

جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي.

كلية الحقوق والعلوم السياسية .. قسم الحقوق.

ملخص محاضرات في: المرافق العامة والضبط الإداري.

لطلبة السنة الثانية ماستر .. قانون اداري.

بقلم الأستاذ صالح جابر.

2022-2021

خطة الدراسة:

القسم الأول: في نظرية الضبط الإداري.

المبحث الأول: مفهوم الضبط الإداري وهويته.

المبحث الثاني: تطور النظام العام وتحوله، كغاية للضبط الإداري.

المبحث الثالث: حدود سلطات الضبط الإداري.

القسم الثاني: في نظرية المرفق العام.

المبحث الأول: مفهوم المرفق العام وهويته.

المبحث الثاني: قانون المرفق العام، المبادئ الأساسية للمرفق العام والمستحدثة.

المبحث الثالث: طرق إدارة وتسيير المرفق العام.

قائمة لبعض المصادر والمراجع:

- الدستور الجزائري،
- قانون الجماعات المحلية للبلدية والولاية،
- المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،
- المرسوم التنفيذي 18-199 المتضمن تفويض المرفق العام،
- محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، د م ج، الجزائر، 1995،
- عمار بوضياف، القانون الإداري - الوجيز في القانون الإداري،
- ناصر لباد، القانون الإداري،
- سامي جمال الدين: أصول القانون الإداري، العمل الإداري، الضبط الإداري والمرافق العامة،
- مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية،
- نادية ظريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، رسالة دكتوراة، منشورة الكترونياً،
- فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، رسالة دكتوراة، منشورة الكترونياً،

## القسم الأول: في نظرية الضبط الإداري.

تمهيد وتقسيم:

ان الإدارة العامة مكلفة قانونا بالحفاظ على النظام العام بمعنية باقي الهيئات والسلطات، داخل المجتمع حتى ولو اقتضى الأمر تقييدها للحقوق والحريات. وفي سبيل القيام بهذه المهمة منحها المشرع " سلطة الضبط الإداري " التي تتميز بنوع من التضييق على الحقوق والحريات رغم ضرورتها والحاجة اليها، وحاجتها تتمثل في موازنتها بين مصلحتين خاصة وعامة، وخلق توازن بينهما، مع التأكيد على أن الغلبة للمصلحة العامة وهو ما يبرر وجود وقانونية سلطة الضبط الإداري.

فالضبط الإداري نشاط اداري، يستهدف تنظيم وتقييد الحقوق والحريات، بهدف حفظ النظام العام، في ظل الظروف العادية والظروف غير العادية.

ويمكن تناول نظرية الضبط الإداري من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: في مفهوم الضبط الإداري وهويته.

المبحث الثاني: في تطور النظام العام وتحوله.

المبحث الثالث: في حدود سلطات الضبط الإداري.

المبحث الأول: في مفهوم الضبط الإداري.

سؤال هوية الضبط الإداري؟

يمكن التطرق الى مفهوم الضبط الإداري وتحديد هويته من خلال النظر في:

أولاً: تعريف الضبط الإداري.

ثانياً: خصائص الضبط الإداري.

ثالثاً: تمييز الضبط الإداري عن ما يشابهه.

رابعاً: تكييف طبيعة الضبط الإداري.

أولاً: تعريف الضبط الإداري

يمكن النظر في دلالة الضبط الإداري وتعريفه، وذلك من خلال ضبط الدلالة اللغوية، ثم تبين الموقف الفقهي من

تعريفه، وصولاً الى تحديد الموقف التشريعي من تحديد معناه أو عدم تطرقه الى ذلك.

1- يعرف الضبط لغة، بأنه مصطلح من مادة ضبط، وهو القيام بالأمر على الوجه الأكمل، ومنه ضبط زمام الأمور. وهو لزوم الشيء وحبسه.

ضبط لسانه، حفظه بالحزم حفظاً بليغاً. ضبط عمله، اتقنه وأحكمه. ضبط الكتاب، أصلح ما فيه من خلل.

ضبط البلاد، قام بأمرها قياماً ليس فيه نقص. ورجل ضابط، رجل حازم وقوي شديد.

2- أما في فقه القانون، فان الضبط الإداري يعد وظيفة أساسية من وظائف الإدارة العامة، ترتبط بتنظيم الحريات بغرض حفظ النظام العام.

ومنه، الضبط الإداري يعرف عرفاً، بأنها وظيفة تمارسها الإدارة العامة تنظم من خلالها الحريات بهدف الحفاظ على النظام العام داخل الدولة.

وفي فقه القانون اختلفت وجهات النظر الى تعريف الضبط الإداري وتحديد ماهيته، فبعضهم عرفه من زاوية الأهداف والاغراض المتعلقة به، وبعضهم عرفه باعتباره قيد على حقوق وحرريات الأفراد، واتجاه مقابل عرفه باعتباره تنظيم لها. واتجه اتجاه رابع الى تعريف الضبط الإداري من زاوية أساليبه.

عرفه جورج فيدال بأنه: مجموعة من الأنشطة الإدارية يكون موضوعها قواعد عامة وتدابير أمنية تكون لازمة لحفظ النظام العام، الأمن، الصحة..

وعرفه جورج ريفيرو بأنه نوع من أنواع التدخل أي أنه قيد من جانب السلطات الإدارية على حريات الأفراد لأجل المحافظة على النظام العام. وقال بأنه: "الضبط هو مجموع التدخلات الإدارية التي توجب على النشاط الحر للأفراد الانضباط الذي تفتضيه الحياة في المجتمع"

أما هوريو فقد عرفه تعريفين، الأول يقول بأنه: "سيادة النظام والسلام"، وهو تعريف عام وفضفاض وغير دقيق. أما الثاني فقال فيه: "هو كل ما يستهدف به المحافظة على النظام العام في الدولة".

وعرفه أندري دي لوبادير بأنه: "شكل من أشكال تدخل بعض السلطات الإدارية يتضمن فرض حدود على حريات الأفراد بغرض حماية النظام العام".

وعرفه محمد سليمان الطماوي بأنه: "حق الإدارة في أن تفرض على الافراد قيودا تحد بها حرياتهم بقصد حماية النظام العام".

وعرفه محمد عاطف البنا بأنه: "النشاط الذي تتولاه الهيئات الإدارية ويتمثل في تقييد النشاط الخاص بهدف صيانة النظام العام".

ويرى محمد عاطف البنا أن استئثار وظيفة الضبط الإداري بنظام قانوني خاص ومتميز يبرز قيمة الهدف المراد تحقيقه من مباشرة هذه الوظيفة، ومدى خطورة أثار ممارستها والمتمثلة في تقييد نشاط الفرد والحد من حقوقه وحرياته، حيث قال " يتحدد الضبط بمحلله وغايته وهو ما يعطي الضبط الإداري طابعا متميزا ويبرز استئناره بنظام قانوني خاص".

أما في الفقه الجزائري، فقد عرف أحمد محيو الضبط الإداري بتعريفين، الأول؛

عضوي وجاء فيه: "أنه مجموعة من الأشخاص المكلفين بتنفيذ الأنظمة القانونية وحفظ النظام القانوني".

والثاني مادي جاء فيه: "أحدى نشاطات السلطات الإدارية". وفي رأيه أن المفهوم المادي للضبط الإداري أهم من المفهوم العضوي. باعتباره أحد الأنشطة الأساسية للسلطات الإدارية.

وعرفه عمار عوابدي بأنه: "كل الأعمال والإجراءات والأساليب القانونية والمادية والفنية التي تقوم بها السلطات الإدارية المختصة وذلك بهدف ضمان المحافظة على النظام العام".

حيث يلاحظ أن عمار عوابدي جمع بين المعيار العضوي والمادي والوظيفي كذلك في تعريفه للضبط الإداري.

وعمار بوضياف كذلك تناول تعريف الضبط الإداري بحسب المعيارين العضوي والمادي، معتبرا إياه، بحسب الأول "مجموع الأجهزة والهيئات التي تتولى القيام بالتصرفات والإجراءات التي تهدف الى المحافظة على النظام العام". أما تعريفه بحسب المعيار المادي فيرى بأنه: "مجموعة الإجراءات والتدابير التي تقوم بها الهيئات العامة حفاظا على النظام العام".

الملاحظ في هذه التعاريف الخاصة بالفقه الجزائري بخلاف المقارن وعلى سبيل المثال التي ذكرناه أعلاه، لم تشر الى أن ممارسة الضبط الإداري يعتمد بتقييد الحقوق والحرريات الأفراد.

وتبعاً لذلك، قد يعرف الضبط الإداري بأنه: "نشاط اداري وقائي تتولاه هيئات إدارية محددة قانوناً بواسطة وسائل قانونية ومادية ينصب موضوعه أو محله على تنظيم ممارسة الفرد لنشاطاته في حدود ما يسمح به القانون، يهدف الى حفظ وصيانة النظام العام".

ونظراً أن النظام العام يتغير ويختلف من مكان لمكان ومن زمان لزمان، كما سنرى فيما بعد. فإننا يمكن تعريف الضبط الإداري كما يلي:

"نشاط اداري وقائي تقوم به هيئات إدارية بموجب صلاحياتها القانونية، ينظم ويقيد من خلاله حقوق وحرريات الأفراد والمواطنين، بهدف الحفاظ على النظام العام في الوقت والمكان الممارس فيه هذا النشاط الضبطي الإداري".

3- **في التشريع:** الناظر لمختلف التشريعات لا يجدها جاءت بتعريف الضبط الإداري بل، تطرقت لأغراضه وهدفه. ففي فرنسا، أشارت المادة 97 من القانون الصادر بتاريخ 05 أبريل 1884 على أن يختص البوليس المحلي بالمحافظة على النظام والأمن والصحة العامة. ويقابلها ما ورد بالمادة 131 فقرة ثانية من قانون البلديات الصادر في 27 يناير 1977 وما قضت به المادة 2212 من القانون الجديد رقم 142 الصادر في 21 فبراير 1996 والمتعلق بالجماعات المحلية، ونفس الأثر اتبعه المشرع المصري، حيث نصت المادة الثالثة من القانون رقم 109 لسنة 1971 والخاص بهيئة الشرطة على: "تختص هيئة الشرطة بالمحافظة على النظام العام والأمن والآداب وحماية الأرواح والأموال وعلى الأخص منع الجرائم وضبطها. كما تختص بكفالة الطمأنينة والأمن للمواطنين في كافة المجالات وتنفيذ ما تفرضه عليها القوانين واللوائح من واجبات".

والمشرع الجزائري لم يشذ عن ذلك، فاتخذ ذات الاتجاه، من خلال قانون الجماعات المحلية على سبيل المثال، قانوني البلدية والولاية.

في هذا السياق؛ وضمن خاصية عدم تقنين القاعدة الإدارية، هل هناك ضرورة لتقنين كتلة الضبط الإداري؟ وضرورة لدسترة الضبط الإداري؟

- هوية الضبط الإداري السياسية والقانونية ضرورة لتقننته.
- خصائص الضبط الإداري؛ الصفة الوقائية- التعبير عن السيادة - الانفرادية - ضرورة لتقننته
- الضبط الإداري نشاط اداري ذو طابع قمعي. ضرورة لتقننته.
- تحقق الرقابة المساءلة .

ثانياً: خصائص الضبط الإداري.

### 1- الضبط الإداري ضرورة اجتماعية:

ان للضبط الإداري كوظيفة إدارية، ضرورة اجتماعية، خاصة في حال الفوضى وعدم الاستقرار داخل إقليم الدولة، والاخلال بالنظام العام من أمن وصحة وسكينة عامة على الخصوص.

وتبعاً للقاعدة الفقهية المعروفة بالضرورة تقدر بقدرها، فان الضرورة في موضوع الضبط الإداري تقدر بقدرها، لأن أي تدبير ضبطي يقيد من الحريات العامة لا يمكن تبريره الا اذا كان ضروريا لوقاية النظام العام وحفظه.

### 2- الضبط الإداري يخضع لسيادة القانون.

المقصود بخضوع الضبط الإداري لسيادة القانون "أن كل تصرف تقوم به سلطة الضبط وتخالف به قواعد القانون يقع باطلا غير نافذ، مما يجعله حقيقاً بالإلغاء فضلاً عن ما يترتب عنه من مساءلة الإدارة بتعويض الضرر الناتج عنه".

### 3- الضبط الإداري ذو طابع وقائي انفرادي:

المقصود باعتبار الضبط الإداري ذو طابع وقائي، انه يستدرك الحوادث التي قد تخل بالنظام العام واستباق وقوعها ووقوع الكوارث لو حصلت. فهو عمل وقائي لا ردعي كالذي تقوم به الضبطية القضائية. أما الصفة الانفرادية للضبط الإداري، فيقصد بها، هو اتخاذ تدابير الضبط الإداري بصورة منفردة من قبل سلطات الضبط الإداري دون الرجوع الى أي طرف ثان، استنادا لسلطة السلطات العامة وتطبيقا لها، تحت طائلة الالتزام بالقوانين والتنظيمات.

ثالثا: تمييز الضبط الإداري عن ما يشابهه.

#### الضبط الإداري والضبط القضائي والضبط التشريعي، أي علاقة؟

يشتهب الضبط الإداري بمفاهيم وأعمال تقترب منه، ومن بينها الضبط القضائي والضبط التشريعي. فكيف نميز ونفرق بينهم؟ وأي علاقة في ما بينهم؟

#### 1: تمييز الضبط الإداري عن الضبط القضائي.

ان الضبط القضائي لا يتحرك الا بعد الاخلال بالنظام العام، بكل فعل قد يدخل في دائرة التجريم، فهو عمل ردعي زجري غايته علاج أثار الجرائم. ويقصد بالضبط القضائي الإجراءات والتدابير التي تتخذها السلطة الضبطية القضائية في التحري عن الجرائم بعد حدوثها في سبيل القبض على مرتكبي هذه الجرائم، وجمع الأدلة اللازمة للتحقيق وإقامة الدعوى لمحاكمة المتهمين وإنزال العقوبة على من تثبت ادانته.

فما هي معايير تمييز الضبط القضائي عن الضبط الإداري، وأهمية ذلك التمييز:

#### 1-1- معايير التمييز بين الضبط القضائي والضبط الإداري:

توجد عدة معايير تميز بين الضبط القضائي والضبط الإداري، منها معايير فقهية وأخرى قضائية، نذكر منها:

#### ● المعايير الفقهية:

##### أ- المعيار العضوي- الشكلي:

إذا صدر التدبير والاجراء المتعلق بالحفاظ على النظام العام، من سلطة إدارية كان الضبط إداريا، وان كان صادرا من سلطة قضائية كان الضبط قضائيا، ويتسم هذا المعيار بالوضوح والبساطة.

غير أنه يمكن أن يكتنفه التداخل، في حال ما قد تمارسه سلطة ما صلاحيات تدخل في الضبط الإداري تارة والضبط القضائي تارة ثانية، ومثال ذلك ما يتعلق باختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي، حيث يمارسان تدابير ضبط اداري وأخرى للضبط القضائي بموجب قانون الجماعات المحلية وقانون الإجراءات الجزائية. أي نكون أمام ازدواج وظيفي لنفس الجهة القضائية.

وبالتالي المعيار العضوي ليس دقيقا.

##### ب- معيار الغاية من النشاط:

ان الغاية من نشاط الضبط الإداري تختلف عن غاية نشاط الضبط القضائي، باعتبار الأول يهدف الى تدابير وإجراءات وقائية استباقية قبل الاخلال بالنظام العام مانعة ووقائية. بينما نشاط الضبط القضائي جزائي لاحق يقع بعد الاخلال بالنظام العام ووقوع الجريمة، فهي تدابير بعدية زجرية.

ويمكن ملاحظة انه لا يمكن الأخذ بهذا المعيار على اطلاقه، حيث قد تتداخل السلطات الضبطية وتمارس نشاطا ليس عنوانها، حيث يمكن لسلطات الضبط الإداري ان تسلط على الأفراد ما يسمى بالجزاء أو العقوبات الإدارية اللاحقة عند تهديد النظام العام، كما أن الضبط القضائي ليس رادعا بصفة مباشرة وإنما الزجر والردع يترتبان على الأحكام الصادرة بتوقيع العقوبات.

### ج- معيار انشاء القاعدة القانونية:

ان سلطة الضبط الإداري تصدر أعمالا متعددة قانونية، تكيف على أنها قواعد قانونية، حيث تدابير الضبط الإداري القانونية، والتي تختلف عن التدابير المادية التي يمارسها أعوان سلطات الضبط الإداري، هي قرارات إدارية تنظيمية أو فردية، وهي في نظرية التشريع تنتمي الى التشريعي التنظيمي ما تحت التشريع البرلماني العادي أو العضوي. كاصدار قرارات إدارية تنظيمية ضبطية من قبل رئيس البلدية أو الوالي بغرض الحفاظ على النظام العام، والتي تكيف على انها قواعد قانونية لكنها قد تكون صحيحة وقد تكون معيبة، من خلال مدى موافقتها أو مخالفتها للمشروعية القانونية، ولمبادئ تدرج القواعد القانونية.

بينما تدابير الضبط القضائي فهي تكون متى كان الاهتمام بمدى مخالفة قواعد القانون، لا انشاءها.

لكن ليس في كل الحالات تتطلب أعمال الضبط الإداري انشاء قاعدة قانونية.

### د- المعيار المادي أو الموضوعي:

هذا المعيار يستند الى طبيعة النشاط الممارس، حيث اذا كان النشاط أو العمل الذي يقوم به الموظف المختص والذي يختص في البحث والتحري والاستدلال عن جريمة معينة بقصد القبض على مرتكبيها وتقديمهم للعدالة، وتوقيع العقوبات عليهم، ويعتبر الضبط إداريا اذا كان العمل الذي يقوم به الموظف المختص يدخل في نطاق المراقبة والاشراف العام بغية المحافظة على النظام العام.

فاذا كان الاجراء الضبطي اتخذ بصدد جريمة محددة، فهو ضبط قضائي، أما اذا كان الاجراء الضبطي بصدد الحفاظ على النظام العام دون مواجهة جريمة محددة فهو ضبط اداري. وقد اتخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا المعيار في عديد أحكامه ومنها قراره في 11 ماي 1951 في قضية "BAUD"، وقراره الصادر في 24 يونيو 1960 في قضية FRAMPAR.

### ● المعايير القضائية:

بمناسبة قضية السيد بود والتي أظهرت صعوبات عملية في كيفية التفريق بين الضبط الإداري والضبط القضائي، حيث تتلخص وقائعها، في أن السيد بود أصيب أثناء مطاردة رجال البوليس له في الطريق، اذ طرحه رجل البوليس أرضا، فدفع السيد بود دعوى التعويض أمام مجلس الدولة الفرنسي على الضرر الذي لحق به نتيجة المطاردة على أساس أعمال الضبط الإداري، بينما تمسكت هيئة الضبط بأن المطاردة خاصة بجريمة وعملها صادر عن سلطة ضبط قضائي لا يختص مجلس الدولة بنظره.

حيث لعب مفوض الدولة Delvove دور كبير وهام في استخلاص معيار التمييز في تقريره المقدم للمجلس وجاء تقريره كالآتي:

" موظفو الضبط يستطيعون على السواء الاشتراك على في اجراء الضبط الإداري والضبط القضائي، والمعيار الوحيد المرضي يمكن استخلاصه من موضوع تحقيقاتهم، فاذا عبرت التحقيقات على أن الاجراء قد اتخذ لجمع الاستدلالات

في جنائية أو جنحة أو البحث عن الفاعلين لتقديمهم الى القضاء كان الاجراء ضبط قضائي، واذا لم يرشد التحقيق عن ذلك، وكان الاجراء يهدف الى وقاية النظام العام كان الاجراء ضبط اداري.

ان الخلاصة الوحيدة للاعتبارات التي تملي حيثياتها أن الموظف الذي أوقع السيد بود شارك في اجراء البحث بخصوص جريمة معينة ومحددة والمطاردة التي أصيب فيها السيد بود تتصل مباشرة بهذه الإجراءات ولا أهمية في ذلك أن لا تكون النيابة العامة قد أمرت بالقبض على المتهم اذن موظف الضبط يمارس ضبط قضائي وبذلك المحكمة المختصة هي وحدها المختصة بالتعرف على طبيعة عمله."

أخذت محكمة القضاء الإداري في مصر تطبيق هذا المعيار على تديبر ضبط اداري في حكم لها أورده محمود سعد الدين شريف، جاء فيه: ان اتجاه البوليس الى مسكن شخص ليلا واجراء تفتيشه والقبض عليه، ولما انتهي المناسبة يفرج عنه وقاية من سلوكه وتصرفاته. يفيد صدور الأمر الاداري بالقبض عبرت فيه الإدارة عن قصدتها وغرضها ونفذته باعتبارها ذات وظيفة وأن القبض والاعتقال في حد ذاته، وان كان من الأفعال المادية، فانه لم يكن الا نتيجة لأمر اداري غابته وقاية المجتمع من السلوك الخاص لهذا المواطن، هو الذي وجه البوليس الى هذا التصرف.

يقول عمور سيلامي، أن هذا المعيار الغائي وان كان ليس دقيقا، ولا يعمم عن تلك الصعوبات المميزة بين الضبط الإداري والقضائي، الا أنه المعتمد عليه فقها وقضاء في ذلك.

## 2-1- أهمية التمييز بين الضبط القضائي والضبط الإداري:

....

### 2- تمييز الضبط الإداري عن الضبط التشريعي.

يقصد بالضبط التشريعي مجموعة التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية كسلطة ذات اختصاص أصيل، يكون موضوعها تنظيم الحقوق والحريات الفردية التي نص عليها الدستور والقيود الواردة عليها. حيث للبرلمان دور أساسي بجوار السلطة التنفيذية في الحفاظ على النظام العام، باعتباره ممثلا للإرادة الشعبية من خلال تشريع القوانين حماية للحقوق والحريات.

ومن قبيل التشريعات البرلمانية المهمة بالضبط التشريعي، نجد:

- قانوني البلدية والولاية رقمي: 11-10 و 12-07، على التوالي، بما يحتويانه من قواعد ناظمة للضبط

بخصوص رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي.

- قانون 03-10 المتعلقة بحماية البيئة والتنمية المستدامة.

- قانون 18-11 المؤرخ في 20 غشت 2018 يتعلق بالصحة.

ويختلف الضبط التشريعي عن الضبط الإداري، من حيث:

الجانب العضوي بين اختصاص البرلمان من جهة واختصاص السلطة التنفيذية في جانب الأخير.

وفي جانب الرقابة، يخضع الضبط التشريعي الى رقابة ومطابقة الدستورية، باعتباره نصوص قانونية برلمانية عادية أو عضوية، تخضع لرقابة المجلس الدستوري من حيث الصحة الدستورية. بينما الضبط الإداري فيخضع لرقابة القضاء الإداري باعتباره قرارات إدارية ضبطية.

ومن حيث التدرج الهرمي، نجد الضبط التشريعي يعلو الضبط الإداري، لعلو القانون على التنظيم، وعلو النص القانوني الضبطي على القرار الإداري الضبطي، وتبعاً لذلك يجب أن تخضع تدابير الضبط الإداري الى تدابير الضبط التشريعي، ولا يخالف الضبط الإداري الضبط التشريعي.

### 3- الضبط الإداري العام والضبط الإداري الخاص.

من تقسيمات الضبط الإداري، تقسيمه الى عام وخاص، فأما الضبط الإداري العام فهو مجموعة الصلاحيات والسلطات التي تملكها هيئاته للمحافظة على النظام العام عن طريق تنظيم الأنشطة الفردية أو الحريات دون تحديد في بعض الحالات. أما الضبط الإداري الخاص فهو تلك التدابير التي تملكها هيئاته للمحافظة على النظام العام تطبيقاً لنظام قانوني خاص، مثل المرافق الخاصة بالمرافق الخطرة والمضرة بالصحة، أو الخاص بالأثار والمرافق السياحية. فالضبط الإداري الخاص قد يكون متعلقاً بموضوع معين يصدر بشأنه تشريع خاص، مثل القوانين المتعلقة بالمحلات العامة وتنظيم المرور، والقوانين الخاصة بالمحلات الخطرة أو المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة، وقد يكون متعلقاً بمكان خاص، كالضبط المتعلق بالمناطق الأثرية والسياحية، وبالمناطق المحمية الطبيعية مثلاً، وقد يخص طوائف معينة من الأفراد، كالمتعلق بمن يمارس مهنة الطب أو الصيدلة، أو الأجناب.

والسؤال الذي يمكن طرحه في هذا السياق، ماذا لو حدث تنازع اختصاص بين سلطات الضبط الإداري العام فيما بينها، وبينها وبين سلطات الضبط الإداري الخاص؟

#### رابعاً: الطبيعة القانونية للضبط الإداري.

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للضبط الإداري، كما اختلفوا في معياره العضوي والموضوعي، اذ ثار جدل فيما اذا كان ذو طبيعة قانونية محايدة أم ذو طبيعة سياسية أم هو مزيج بين الطابع القانوني السياسي. حيث هوية الضبط الإداري تمايزها ثلاثة اتجاهات أساسية:

#### 1: الضبط الإداري ذو طبيعة قانونية محايدة.

يرى اتجاه فقهي، أن تدابير الضبط الإداري لا تعدو الا أن تكون ذو طبيعة قانونية محايدة، ترتبط ارتباطاً مباشراً مع النص القانوني، ووظيفة ضرورية محايدة من وظائف السلطة العامة تهدف الى وقاية النظام العام في المجتمع بوسائل الجبر. والتزاماً بما تقرره النصوص القانونية.

" فالضبط الإداري وظيفة ضرورية ومحايدة من وظائف السلطة العامة وحيادها هذا ينبع من خضوعها في كافة إجراءاتها للتنظيم التشريعي "

كما يعتبر الضبط الإداري كذلك لأنه يهدف الى حماية النظام العام بعناصره دون أن يرتبط بفلسفة عقائدية أو قيم سياسية معينة قد تنسلخ من مقتضيات النظام العام.

ويعني ذلك، أن الضبط الإداري كوظيفة للإدارة العامة الضابطة، هي بعيدة كل البعد عن الفلسفات الاجتماعية والقيم السياسية، كما أن ممارستها يجب أن تكون بعيدة عن كل ما يقترب من السياسة، وأن لا تنصرف الى حماية النظام السياسي أو المصالح الحزبية المتميزة عن المصالح الجماعية.

وعند تقدير هذا الاتجاه، يمكن القول أنه يقترب الى الصوابية بشكل كبير، خاصة وأنه يدعو الى ضرورة موافقة اعمال وتدابير الضبط الإداري مع "المشروعية القانونية"، بحيث تكون تصرفات الإدارة العامة الضبطية الإيجابية أو السلبية في دائرة وحدود النظام القانوني المقرر.

هذا فضلا عن ضرورة خضوع تدابير الضبط الإداري الى "المشروعية القضائية"، وذلك بخضوع أعمال الضبط بوصفها محتكمة الى القانون الى رقابة القاضي الإداري. فتجتمع بالتالي ضمانتين أساسيتين لها في غاية الأهمية حفاظا على حقوق وحرية الأفراد والمواطنين، من أي تعسف لسلطات الضبط الإداري، أو خروجا عن غاية الحفاظ على النظام العام.

وبالنظر الى مدى حيادية السلطات الإدارية الضبطية القانونية، يجدها صعبة التحقيق للارتباط الوثيق لهذه السلطات بالسلطة التنفيذية والتي تعد واحدة من السلطات الثلاثة والتي تحوز مركزا سلطويا قويا، كثيرا ما تكون في موقف المهاجم وفي موقف قد يصطدم مع حقوق وحرية الأفراد والمواطنين.

## 2: الضبط الإداري ذو طبيعة سياسية.

يرى هذا الاتجاه، أن هوية الضبط الإداري سياسية لا قانونية أو إدارية، باعتبار تدابير الضبط الإداري تهدف الى حماية النظام العام في المجتمع باعتبارها فكرة سياسية لا اجتماعية، ويرتبط بكل ما يتصل بالسلطة السياسية وأهدافها. فالقيود العديدة التي تفرضها الديمقراطيات المعاصرة على الحريات كحرية الصحافة والاجتماع والتظاهر وانشاء الجمعيات والأحزاب السياسية والاضراب هو بسبب الخشية من تنامي قوة هذه التجمعات في مقابل قوة السلطات العامة بوجه عام وقوة السلطة الحاكمة بوجه خاص، وبالتالي تقييد الحريات قد يبتعد عن غاية حفظ النظام العام الى هدف حماية النظام السياسي الحاكم.

وتقدير هذا الاتجاه، قد يدعو التسليم به مطلقا الى الخروج عن مبادئ المشروعية القانونية والرقابة القضائية بالنسبة لأعمال الضبط الإداري واعتبارها من أعمال سيادة وذلك بجانب للحقيقة وواقع تلك التدابير، كما يدعو قد يدعو الى انحسار النظام الديمقراطي للدولة القانونية وسيادة حكم الفرد.

## 3: الضبط الإداري ذو طابع قانوني سياسي.

يعد الضبط الإداري حسب هذا الرأي ذو طبيعة قانونية سياسية في نفس الوقت، حيث يكتسي الطابع القانوني في الوظائف التقليدية، ويكتسي الطابع السياسي في الوظائف ذات الطابع السياسي. غير أن هذا الرأي قد يعوزه السند القانوني الصحيح حيث لم يقدم معيار التمييز بين الوظائف التقليدية والوظائف ذات الطابع السياسي.

في ظل الجدل الفقهي في تحديد طبيعة الضبط الإداري وهويته، انه يمكن أن يتمص الطبيعة القانونية في الحالة العادية والظروف العادية للدولة، ويكتسي طابع سياسي في الحالة غير العادية حيث تكون درجة الاضطراب تلتحق بمقاييس عالية.

## المبحث الثاني: تطور وتحول النظام العام

### كهدف وغاية الضبط الإداري.

يعتبر النظام العام المهدف والغرض الرئيس والأساسي الذي تعمل الادارة العمومية على الحفاظ عليه متى اتخذت تدابير واجراءات الضبط الاداري.

فلا يجوز للإدارة العامة ممارسة سلطات الضبط الإداري الا لتحقيق هدف الحفاظ على النظام العام، والا كانت معرضة للمسؤولية ولو كانت تهدف الى أهداف أخرى تحقق المصلحة العامة.

والسؤال الأساسي الذي يمكن طرحه، من المسؤول عن تحديد ما يدخل في مضمون النظام العام وما يخرج عنه كهدف للضبط الإداري؟ ومتى نكون أمام تهديد للنظام العام حتى تتدخل الإدارة للحفاظ عليه من جهة؟ ويراقب القاضي الإداري لذلك حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم.

حيث في النظرية القانونية لا يخرج المسؤول عن ذلك عن واحد من الثلاثة، المشرع أو الفقيه أو القاضي.

والبحث في فكرة النظام العام لم يلق أي اجماع فقهي، الا أنه يركز على فكرة المصلحة العامة العليا التي يستوجب تسببها على المصالح الخاصة، أو كما قال كارينيه المصلحة العامة الاجتماعية.

بداية يمكن التنويه أن فكرة النظام العام ترتبط بقواعد القانون المختلفة، التي تنتمي الى القانون الخاص والى القانون العام على السواء، حيث مهمته في القانون الخاص تركز أساسا الى الحد من الحرية التعاقدية، على اعتبار أنه نقيض الحرية التعاقدية وفقا لأحكام القانون المدني.

لكن النظام العام في قواعد القانون الخاص أضيق تطبيقا من تطبيقها في قواعد القانون العام، فالأول يضم قواعد أمرية وهي التي تتعلق بالنظام العام، كالمعاملات المالية المرتبطة بالمصلحة العامة في أحكام القانون المدني، والأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية، وأحكام الحالة المدنية والأهلية، وعلاقة الشخص بأسرته وما له من حقوق وما عليه من واجبات، وقواعد احترام الشكليات والاجراءات ضمن قواعد قانون الاجراءات المدنية الجوهرية، وأخرى مكملة أو مفسرة وهي تخرج عن قاعدة النظام العام. أما قواعد القانون العام كالقانون الدستوري والقانون الإداري والجنائي كذلك في مجملها تتعلق بالنظام العام لا يجوز مخالفتها.

وفي نظرية القانون الإداري، للاجتهاد القضائي أثر بين في تحديد مضمون ومدلول النظام العام وما يخرج عنه، ليأتي المشرع في ما بعد ويجاول تقننة فكرة النظام العام على ضوء آراء وأحكام الاجتهادات القضائية و تتطور فكرة النظام العام تبعا لتطور وظائف الدولة المستمر

**أولا: تعريف النظام العام للضبط الإداري.**

يمكن التطرق في تعريف النظام العام للضبط الإداري، الى التحديد التشريعي له ان تولى ذلك (الفرع الأول)، لتعرض الى موقف الاجتهاد القضائي منه (الفرع الثاني)، ثم التعريف الفقهي (الفرع الثالث).

**1: التحديد التشريعي للنظام العام للضبط الإداري.**



حيث يمكن النظر الى إطلاق المشرع الى اصطلاح " مطامح الشعب الاشتراكية " على اعتبارها ضابطا للنظام العام الاشتراكي في تلك المرحلة، مع مبدأ وحدانية الحزب، باعتباره نظاما عاما سياسيا بالدرجة الأولى، مقرر عدم امكانية ممارسة الحريات السياسية التعددية الحزبية والتي قد ينشق عنها قيود لممارسات حرية أخرى.

وجاء في المادة 59 منه على أنه: " في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ تدابير استثنائية لحماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية، ويجتمع المجلس الوطني وجوبا ".

حيث هذا النص الدستوري يتيح لرئيس الجمهورية اتخاذ سلطة الضبط الاداري للحفاظ على النظام العام في الحالة غير العادية، حالة الخطر الوشيك بهدف الحفاظ على استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية.

أما في دستور 1976، جاء في المادة 33 منه الدولة مسؤولة عن ظروف حياة كل مواطن وتكفل استيفاء حقوقه المادية والمعنوية ومتطلبات الكرامة والأمن.

والباب الأول منه متعلق بالمبادئ الأساسية لتنظيم المجتمع الجزائري في الفصل الرابع منه: " الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطن " .

وفي المادة 39 منه نص على أنه: " تضمن الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطنين .. " .

وفي المادة 48 منه : " تضمن الدولة حصانة الفرد " . كما نص الدستور على حريات حرمة حياة المواطن الخاصة وشرفه، وسرية المراسلات والمراسلات وحرمة المسكن وحرية المعتقد والرأي والابتكار الفكري والفني والعلمي وحرية التأليف وحرية التعبير والاجتماع مضمونة، حرية التنقل وحق الانخراط في النقابة وحق الحماية والصحة والوقاية الصحية أثناء العمل، ..

حيث يمكن القول أن الخيار الاشتراكي الذي ساد فترة ما قبل دستور 1989، أثر في تبني نظاما عاما ذو طابع اشتراكي، من خلال أولوية الأيدولوجية الاشتراكية على الأيدولوجية الحقوقية ان صح الوصف، مع عدم انكار أن الحفاظ على الحقوق والحريات الفردية والجماعية لم يكن مستثنى طبعاً في مضامين الدستورين الأولين.

أما الفترة الدستورية ما بعد دستور 1989، نجد للاجتهاد الدستوري أثر في تحديد مضمون للنظام العام باعتباره مدلولاً محايثاً للحقوق والحريات - ولو كان ذلك ضمنياً - ، مع تبني عناصر للنظام العام في الدستور الأخير تكاد تكون واضحة، حيث:

" يعتبر المجلس الدستوري أنه إذا كان شرط السن لا يثير أية ملاحظة خاصة، فإن الأمر ليس كذلك بالمرّة فيما طلب من المترشحين وازواجهم من أن يكونوا من جنسية جزائرية أصلية.

ونظرا لما نصت عليه أحكام المادة 47 من الدستور، اعترف لجميع المواطنين الذي تتوفر فيهم الشروط القانونية أن ينتخبوا وينتخبوا، كما أن الأحكام القانونية المتخذة في هذا المجال بإمكانها أن تفرض شروط ممارسة الحق، لكن ليس بإمكانها أن تحذفه تماما بالنسبة لفئة من المواطنين الجزائريين بسبب أصلهم ... وبعبارة أخرى، لا يمكن أن تكون ممارسة هذا الحق موضوع تضيق الا لضرورة فقط في مجتمع ديمقراطي، بغية حماية الحريات والحقوق الواردة في الدستور، ثم ضمان أثرها الكامل " .

حيث الاجتهاد الدستوري أعلاه غيب اصطلاح " النظام العام " وذلك مرده للدسترة الجنينية والمرتبط بمحيط مقاوم للحركات الاصلاحية ما بعد دستور 1989، والخوف من التكريس الظاهر له - النظام العام - قد يقيد ويحد من الحقوق والحريات.

ومن خلاله - الاجتهاد الدستوري - مفهوم النظام العام ووظيفته في النظام القانوني يمثل " التضييقات الضرورية "، لكن وظيفة القانون حماية الحقوق والحريات، بالإضافة الى وظيفة التضييق.

بالتالي جاء دستوري 1989 و1996 بمضمون مختلف عن ما كان في الفترة السابقة، ومن أهم ذلك دسترة واضحة لعناصر النظام العام.

حيث تبني الدستور الأخير خاصة لسنة 1996 المعدل والمتمم عناصر النظام العام، مع أنه في هذا السياق قد نفرق بين موضوع الضبط الاداري العام باعتباره وقاية من اضطراب النظام العام، فحدود سلطات الضبط الاداري تمكن في المساس بالحريات العامة، وليس في المساس بعناصر الأمن والسكينة والصحة العامة، فالعبرة بوظائف النظام العام.

حيث أشار الدستور الى عنصر الأمن العام؛ في المادة 26 منه: " الدولة مسؤولة عن أمن الأشخاص والممتلكات " . وفي المادة 51 منه: " .. لا يمكن أن تمس ممارسة هذا الحق - حق الحصول على المعلومات والوثائق والاحصائيات ونقلها - .. بمقتضيات الأمن الوطني " .

وأشار الى عنصر الكرامة الانسانية في المادة 50 منه، والتي نصت على أنه: " .. لا يمكن استعمال هذه الحرية للمساس بكرامة الغير وحرقاتهم وحقوقهم " .

وقد أشار الى عنصر الصحة العامة في نص المادة 66 منه، والتي نصت على أن: " .. تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية وبمكافحتها.

تسهل الدولة على توفير شروط العلاج للأشخاص المعوزين " .

وجاء في نص المادة 68 الاشارة الى النظام العام البيئي، حيث نصت على أن: " .. تعمل الدولة على الحفاظ على البيئة ".

المادة 105 تطرقت لصلاحيات رئيس الجمهورية لحالي الحصار والطوارئ. في المادة 107 الى الحالة الاستثنائية. بالتالي يمكن تأكيد مبدأ أولي من خلال النقطة السالفة الذكر أن المشرع الدستوري الأخير تطرق الى الاشارة الى عناصر النظام العام المختلفة، والتي تعد وظائف أساسية للدولة ومؤسسات الدولة والسلطات الادارية.

### 1-2-: النظام العام في التشريع البرلماني.

الملاحظ أن المشرع البرلماني لم يهتم بتحديد تعريف ومدلول النظام العام هو كذلك، انما كان اهتمامه بتعداد عناصره المختلفة التقليدية منها والمستحدثة.

حيث تعتبر القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية الاختصاص الأصلي لتبيان الحريات والحقوق، وفي تبيان وظائف الدولة في حماية الحقوق والحريات.

وبالتالي النظر في النظام العام من جهة ضرورة عدم التعدي على تلك الحريات والحقوق، بصفة غير مباشرة. وقد يكون مباشرا بالنص على عناصره المختلفة من جهة ثانية.

على المستوى المحلي؛ يختص كل من الوالي ورئيس البلدية في الحفاظ على النظام العام، وأساس ذلك قانون الجماعات المحلية.

ففي قانون البلدية رقم: 11-10 يمارس رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلا للدولة وللبلدية جملة من الصلاحيات ذات العلاقة بالنظام العام في المواد 88-89-90-91-94-95. حيث استنادا لهذه المواد يكلف رئيس البلدية على الخصوص بما يأتي:

- السهر على النظام والسكينة والنظافة العمومية.
- يأمر رئيس المجلس الشعبي البلدي بتنفيذ تدابير الأمن التي تقتضيها الظروف ويعلم الوالي بها فورا .
- السهر على المحافظة على النظام العام وأمن الأشخاص والممتلكات.
- التأكد من الحفاظ على النظام العام في كل الأماكن العمومية التي يجري فيها تجمع الأشخاص، ومعاينة كل مساس بالسكينة العمومية وكل الاعمال التي من شأنها الاخلال بها.
- تنظيم ضبطية الطرقات المتواجدة في اقليم البلدية مع مراعاة الأحكام الخاصة بالطرقات ذات الحركة الكثيفة.
- السهر على حماية التراث التاريخي والثقافي ورموز الثورة.
- السهر على احترام المقاييس والتعليمات في مجال العقار والسكن والتعمير وحماية التراث الثقافي المعماري.

- السهر على نظافة العمارات وضمنان سهولة السير في الشوارع والساحات والطرق العمومية.
  - السهر على احترام التنظيم في مجال الشغل المؤقت للأماكن التابعة للأماكن العمومية.
  - اتخاذ الاحتياطات والتدابير الضرورية لمكافحة الأمراض المتنقلة أو المعدية والوقاية منها.
  - منع تشرد الحيوانات المؤذية والمضرة.
  - السهر على سلامة المواد الغذائية الاستهلاكية المعروضة للبيع.
  - السهر على احترام تعليمات نظافة المحيط وحماية البيئة.
  - ضمنان ضبط الجنائز والمقابر طبقا للعادات وحسب الشعائر الدينية..".
- وبخصوص الوالي فلقد جاءت المادة 112 من قانون الولاية: 12-07 محددة اختصاصه في حماية حقوق المواطنين وحررياتهم.
- وفي المادة 114 نصت على: الوالي مسؤول على المحافظة على النظام والأمن والسلامة والسكينة العمومية ".
- وفي المادة 115 يعمل الوالي على تنسيق نشاطات مصالح الأمن المتواجدة على اقليم الولاية، في القضايا المتعلقة بالأمن العام والنظام العمومي على مستوى الولاية.
- وفي المواد 116 و 117 تكلمتا على اختصاص الوالي في حفظ النظام في الظروف الاستثنائية.
- وفي مجال حماية الصحة العامة، فان قانون الصحة 18-11 الجديد، نص في المادة الأولى منه الفقرة الثانية بين أن القانون: " .يرمي الى ضمان الوقاية وحماية صحة الأشخاص والحفاظ عليها واستعادتها وترقيتها ضمن احترام الكرامة والحرية والسلامة والحياة الخاصة " .
- والفصل الثاني من الباب الأول منه، عنوانه: بواجبات الدولة في مجال الصحة من المادة 12 الى المادة 20، يشير الى دور الدولة ومنه الادارة الصحية في الحفاظ على الصحة العامة كعنصر من النظام العام.
- كما أن المادة 09 من القانون: 89-28 المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية نصت على أنه:
- " يمنع في أي اجتماع أو مظاهرة كل مساس برموز ثورة أول نوفمبر أو النظام العام و الآداب العامة".
- ونصت المادة 06 منه: " يمكن للوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يطلب من المنظمين خلال الأربعة والعشرون ساعة من ايداع التصريح تغيير مكان الاجتماع مقترحا عليهم مكانا تتوفر فيه الضمانات اللازمة لحسن سيره من حيث النظافة والأمن والسكينة العامة " .
- كل تلك النصوص القانونية لها دور أساسي في تبني مسألة الحفاظ على النظام العام من قبل التشريع البرلماني. وهي على سبيل المثال فقط.

حيث الأصل العام أن التشريع البرلماني يعبر عن ارادة الشعب أو ارادة الأمة، أي أن هذا القانون صادر عن ممثلي الشعب، وهم أحق بتبيين ما يدخل في نطاق الحريات وضابط النظام العام وكيفية حمايته.

## 2: التحديد القضائي للنظام العام للضبط الإداري.

المتفق عليه في نظرية و فقه القانون الاداري غموض ومرونة ونسبية فكرة النظام العام كهدف وغاية للضبط الاداري، و إزاء هذا الغموض فان القاضي قد يكون له دور في كل ذلك، حيث الأصل أن يتدخل المشرع عن طريق القواعد القانونية الآمرة الدستورية والتشريعية والتنظيمية، لحماية ما يستجد من قيم عليا في المجتمع غير أن تدخل المشرع غالبا ما لا يكون في الوقت المطلوب، علاوة على أنه من الصعب عليه - المشرع - أن يحيط دفعة واحدة بكل التطورات التي طرأت على المجتمع من النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية في وقت من الأوقات.

" حيث أنه اذا كان الاختصاص بالنظام والأمن يعود الى السلطة التقديرية للإدارة، فان هذه السلطة لا تمارس الا بمقتضى نص صريح أو بمقتضى المبدأ العام الذي يحمل الدولة ضمان السير الحسن للمرافق العامة، حيث أن هذه السلطة تمارس في اطار القوانين وتحت رقابة القاضي ويجب أن لا يؤدي في تحديد مدلول النظام العام.

للاجتهاد القضائي الاداري دور لا ينكر في تحديد مدلول ومضمون النظام العام في عدد من القرارات القضائية الجزائرية، ومن بين ذلك قرار للغرفة الادارية بمجلس قضاء الجزائر بتاريخ: 17-01-1982 والذي قال فيه القاضي الاداري:

" لفظ النظام العام يعني مجموع القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي والواجب توافرها كي يستطيع كل ساكن من ممارسة جميع حقوقه الأساسية عبر التراب الوطني في اطار حقوقه المشروعة ..".

حيث هذا التوصيف القضائي للنظام العام، جاء على لسان وصف بعض الفقه قبل ذلك، معتبرا اياه " السير الحسن للمؤسسات الضرورية للجماعة ". أو هو: " مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تعلق على المصلحة الفردية وتمم الجميع، سواء أدخلت تلك المصالح في المجال السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي أو الأخلاقي، ولو لم يرد بهذه القواعد نص تشريعي ".

ولقد ذكر رشيد خلوفي معلقا على قرار قضائي متعلق بموضوع الحفاظ على النظام العام في قضية السيد عثمان محمد ضد وزير الداخلية والفلاحة، أنه قرار جريء ومفاجئة قانونية سارة كذلك، لما لها من أبعاد قانونية وتأصيلية لفكرة النظام العام في نظرية الضبط الاداري والقانون الاداري عموما، حيث يتجاوز القرار القضائي مجرد الغاء لقرار اداري الى اجتهاد قضائي مبدئي مؤصل لنظرية النظام العام كغاية للضبط الاداري في القانون الاداري.

ونظرا لأهمية هذا الاجتهاد القضائي، نورد حيثياته في الآتي:

كان السيد محمد عثمان مالكا لقطعة أرض فلاحية، وقد تم حبسه بتاريخ: 30-05-1964 الى غاية تاريخ: 08-07-1965 بسبب انتمائه ونشاطه مجزب جبهة القوى الاشتراكية وأطلق سراحه دون محاكمة، وفي أثناء حبسه أصدر والي ولاية الجزائر قرارا في تاريخ: 30-05-1964 يضع القطعة الأرضية الفلاحية المملوكة للسيد عثمان محمد تحت الحماية.

وبتاريخ: 03-06-1990، رفع السيد محمد عثمان دعوى قضائية يطعن فيها بالغاء قرار الوالي السابق، المؤرخ بتاريخ: 30-05-1964.

حيث أجابت الغرفة الادارية بالمحكمة العليا بقبول الدعوى شكلا، وبالغاء قرار الوالي.

فالقاضي الاداري في هذا القرار عرف مفهوم النظام العام باعتباره: " مفهوم نسبي ويتطور تاريخيا في الزمان والمكان، وأنه من الواضح أن المساس بالنظام العام يقدر بالمعايير السائدة في 1963 " .

وقول: " أنه في قضية الحال، ان الانتماء لحزب سياسي لا يعد مساسا بالنظام العام .. استرجاع الملك يعد حقا وفقا للنظام العام الجديد".

هذا القرار القضائي يحدد مفاهيم قوية ويعلن عن ميلاد " نظام عام جديد "، على أساس دستوري جديد، دستور 1989 متجاوزا دستور 1963، كأنه يقول أن هناك قطيعة بين النظام العام القديم الذي كان سائدا في تطبيق دستور 1963، مع النظام العام الجديد الذي أتى به دستور 1989.

وفي قرار مجلس الدولة الجزائري في: 16-09-2003 جاء فيه: "... يستخلص من معطيات الملف أن القرار المراد ابطاله يدخل في صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في إطار أعمال الضبط الاداري المخولة له من أجل المحافظة على النظام العام والأمن العام والصحة العامة بموجب مداولاته".

حيث الملاحظ أن هذا القرار القضائي، يبين هدف أعمال الضبط الاداري باعتبارها تتعلق بالحفاظ على النظام العام والأمن العام والصحة العامة.

غير أن استعمال القاضي حرف العطف الواو بين النظام العام والأمن والصحة العامة، كأن هناك تقابل بينها واختلاف بين النظام والأمن والصحة. والحال أن النظام العام فقها وقضاء يتشكل من العناصر الثلاثة المعروفة مع العناصر المستحدثة.

رغم ذلك يبقى الاجتهاد القضائي السابق من قبل قضاء الجهات القضائية الادارية المذكور أعلاه، دليلا على تبني القاضي دوره الأساسي في بناء نظرية للنظام العام في مجال الضبط الاداري، وفي نظرية القانون الاداري عموما. ويتضح هذا الدور والأثر أكثر من خلال المعيار الواجب اتخاذه من قبله - القاضي الاداري - في تحديد مدلول النظام العام.

## 2: المعيار المحدد للنظام العام.

أن النظر في تحديد معيار النظام العام وأساسه يبرر ضرورة تولى القاضي الاداري مهمة تحديد مضمون ومدلول النظام العام بداية، وبالتالي تحديد متى نكون أمام تعدي حقيقي على النظام العام، وعليه يمكن لسطات الضبط الاداري اتخاذ تدابير وقرارات تحد وتقيّد وتنظم من خلالها حقوق وحرّيات الأفراد والجماعات.

فلسطات الضبط الاداري لما تقدر اتخاذ تدبير ضبطي متعلق بحق أو حرية معينة، فهي تستهدف غاية أساسية وهي الحفاظ على النظام العام، وهنا يطرح التساؤل الأساسي: ما هو معيار وضابط تحديد النظام العام الذي تؤسس عليه الادارة العمومية الضبطية تقييدها وتنظيمها للحقوق والحرّيات؟

يمكن القول أن الضابط والمعيار المحدد لذلك هو بالأساس الأول الخضوع للمشروعية القانونية المتعلقة بالنظام العام. فحيث يكون هناك نص قانوني يحدد مضامين النظام العام فان الادارة العامة تتدخل تبعا لذلك.

المشروع بمفهومه الواسع عمد الى تحديد عناصر تقليدية للنظام العام متمثلة في الأمن والصحة والسكينة العامة بداية، ثم بموجب الاجتهاد القضائي الاداري دخلت عناصر أخرى لمدلول النظام العام ولكن دون احاطة بالمعيار الأساسي له.

بالتالي فان القاضي الاداري هو الذي يتكفل عند نظر المنازعات المعروضة عليه بتحديد مضمون النظام العام. من واقع الخصومة تبعا لمعيار غير جامد متوافق مع روح وضمير الجماعة المنتمي اليها، وملبيا المصلحة العامة.

حيث ابتداء؛ القاضي وسع من عناصر النظام العام بما له من سلطة الابتداع في نظرية القانون الاداري عامة، كما يعد انتهاء الضامن الحيادي لحقوق وحرّيات الأفراد وترقيتها وتنميتها متى خرجت الادارة العمومية عن المشروعية القانونية حال اتخاذ تدابير الضبط الاداري أو سكتت وسكنت عن ما يجب أن تقوم به.

وفي ذلك يرى عبد الرزاق السنهوري أن "المصلحة العامة" هي الأساس في كل ذلك، وهي الضابط في تحديد ما يدخل في مدلول ومضمون النظام العام، فما يعد من المصلحة العامة دخل في ماهية النظام العام وما لا يعد من المصلحة العامة خرج عن ماهية النظام العام.

وهو يؤكد على: " عدم امكان حصر مدلول النظام العام في دائرة دون أخرى، فهو شيء متغير يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة " مصلحة عامة "، ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد " النظام العام " تحديدا مطلقا يتمشى مع الزمان والمكان، لأن النظام العام شيء نسبي، وكل ما يستطيعه هو أن يضع معيارا مرنا يكون معيار المصلحة العامة، وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي الى نتائج غير التي نصل اليها في حضارة أخرى.. فالنظام العام يؤثر في القانون وروابطه، ويجعله يتمشى مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية والخلقية في الجيل والبيئة، وتتسع دائرته أو تضيق تبعاً لهذه التطورات، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وتبعاً لتقدم العلوم الاجتماعية. كل هذا يترك للقاضي يفسره التفسير الملائم لروح عصره. فالقاضي يكاد يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بأداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة، فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة ".

وفي نفس السياق يؤكد حسن كيرة على ضابط المصلحة العامة كمحدد للنظام العام في تعريفه له، معتبراً إياه:

" مجموع المصالح الأساسية والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها ". وذات الرأي قال به سمير تناغو معتبراً النظام العام يخص مصالح أساسية قد تكون سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية.

ولما تكون المصلحة العامة معياراً محدداً للنظام العام، فإن القاضي الإداري يكون بداية أمام ضرورة تحديد مضمون المصلحة العامة والكشف عنها في قرار الضبط الإداري وهو في ذلك يبحث في مفهوم غير محدد في إطار ثابت.

ومن جهة ثانية؛ يكون القاضي الإداري أمام تحدي الموازنة بين مصالح متقابلة، المصلحة العمومية التي تتوخاها سلطات الضبط الإداري في اتخاذها لتدابير الضبط الإداري من جهة، ومن جهة ثانية ضرورة حماية حقوق وحرريات الأفراد والجماعات.

ففكرة المصلحة العامة كمعيار ضابط للنظام العام، لا تقتصر على المسائل المتعلقة بمصالح الدولة العليا فحسب بل تتعداها الى حماية الحياة الاقتصادية والاجتماعية للأفراد والفئات الضعيفة، وبدون شك حماية حقوق وحرريات الافراد الفردية والجماعية.

### 3: التحديد الفقهي للنظام العام للضبط الإداري.

نعني بالتحديد الفقهي للنظام العام للضبط الإداري تعريف فقه القانون له.

فما تعريف النظام العام للضبط الإداري فقهيًا؟

يمكن النظر في آراء الفقه في تحديد مضمون النظام العام للضبط الإداري، من خلال إضفاء طابعين أساسيين ميزاه، الأول كان طابعا سلبيا والثاني كان طابعا إيجابيا.

فالطابع السلبي للنظام العام للضبط الإداري، يتمثل في كل تقييد وحصر للحقوق والحريات حماية للمصلحة الجماعية والسلم الاجتماعي داخل الدولة. وهو ما عبر عنه هوريو بتعريفه للنظام العام بأنه: " حالة واقعية تعارض حالة واقعية أخرى هي حالة الفوضى ".

أما الطابع الإيجابي للنظام العام للضبط الإداري، فيمثل انتقال وظيفة وواجبات الدولة الى خير الجماعة نتيجة لتوسع دور وتدخل الدولة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية عموما.

عبر عن ذلك محمد عصفور بقوله: " لا يمكن أن يعرف النظام العام التقليدي تعريفا سلبيا وهو اختفاء الاخلال وانما يجب أن ينطوي على معنى انشائي يتجاوز النتيجة المباشرة. ولهذا لم يعد الهدوء العام مثلا يعني اختفاء الضجة والاضطرابات الخارجية وانما راحة السكان بمعنى اختفاء الجانب السلبي لكي يحل محله سياسة عامة، لتنظيم وتحقيق الانسجام في المجتمع ".

#### ثانيا: تحولات النظام العام للضبط الإداري؛ من التقليدي الى المستحدث.

تعد فكرة النظام العام كغاية للضبط الإداري مبدأ أساسيا يشكل الضمير الجمعي لأي شعب، وتقوم فلسفته على صون أمن وسكينة المجتمع وحماية معتقداته ومقوماته الأساسية التي تعارف عليها عبر تاريخه القديم والحديث.

فالفكرة ليست جامدة انما تتطور وتحول بتطور المجتمع، سواء الأمر باستحداث تشريعي أو اجتهاد قضائي عند تطبيقه للنصوص القانونية. حيث يمكن النظر الى هذا التحول انتقالا في فكرة النظام العام من النظام العام التقليدي، الى نظام عام مستحدث أو أنظمة عامة.

#### 1: المضمون التقليدي للنظام العام، السياسي.

المفهوم المعبر عن النظام العام في صورته الأولى بمعناه التقليدي أو الضيق كما يصفه بعض الفقه، والمرتبط أساسا بالتعدي المادي على الحقوق والحريات، وذلك في المجالات الثلاثة المتداولة في الفقه والنظرية الادارية، وهي المتمثلة في التعدي على الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة.

حيث يرتبط هذا المفهوم للنظام العام بالدولة الحارسة. والدولة البوليسية كذلك، قبل التحول الذي طرأ على وظائف الدولة والذي انعكس ايجابا على تحول مهم في ماهية النظام العام وعناصره.

ففي مجال القانون الاداري - التقليدي - يشكل تطبيق فكرة النظام العام في الضبط الاداري - الى جانب تطبيقها في مجال الاجراءات الادارية - الجانب السلبي في ما يتعلق بالحقوق والحريات العامة، فالفكرة في هذا المجال تمثل قيودا على ممارسة الحريات العامة وعلى استعمال تلك الحقوق. وذلك نلمسه من خلال التعريفات التي جاء بها الفقه في تحديد مضمون النظام العام بداية.

حيث تتفق النظم القانونية المقارنة وكل من الفقه والقضاء على عناصر ثلاثة للنظام العام التقليدي وهي؛ الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة.

وفي هذا السياق، يقول عمار عوابدي ان أول وأقدم نص تشريعي تعرض للعناصر المادية التقليدية للنظام العام هو التشريع الفرنسي، في قانون البلدية الصادر بتاريخ: 05-04-1684 في المادة 97 منه: " ان البوليس البلدي هو ضمان حسن النظام، والأمن العام والصحة العامة ".

نبين ذلك في ما يلي:

#### أ- الأمن العام: Sucreté Puplicque.

يعد الأمن عنصرا أساسيا وجوهريا لتحقيق السلم الفردي والجماعي، حيث الاخلال به والتعدي على الفرد أو الجماعة وتوليد حاسة الخوف لكليهما ينتج عنه امكانية تهديد النظام داخل الدولة . لذلك عد الأمن العام العنصر الأول الذي يمكن للإدارة العامة التدخل من أجل الحفاظ عليه أو ارجاع الحالة الى حالة الاستقرار حال الفوضى والاضطراب.

وبالتالي يعد حفظ الأمن العام ضرورة هامة لاستقرار الدولة وتطورها ولحفظ المجتمع وصيانه واستقراره، وهو المبرر الأول الأساسي الذي يخول لسلطات الضبط الاداري فرض القيود على الحريات العامة للأفراد عن طريق لوائح الضبط

فهو لا يزال عنصرا ملحا لمهام الدولة قديما وحاضرا ومستقبلا، وشرطا ضروريا للحياة الجماعية، وهو يهدف الى غايتين أساسيتين؛ حماية وسلامة أرواح أفراد المجتمع من جهة، وحماية السلطة في المجتمع من أي عدوان داخلي أو خارجي يتغني منه القضاء عليها أو الانتقاص منها. وبذلك يصح ان يوصف الضبط الاداري بأنه سياسي بالأساس تبعا لذلك، وبالتبعية يمكن وصف النظام العام بـ " النظام العام السياسي " .

وهو يعد من جهة أخرى، كل ما يطمئن الشخص على نفسه وماله من التعدي، من خلال المحافظة على السلامة العامة والعمل على درء ومنع كل الأخطار والمخاطر التي تهدد حياة الناس وسلامة أجسادهم وأموالهم. ومن جهة ثانية سلامة وأمن الدولة ككيان معنوي مستقل.

حيث مصادر الاخلال بالأمن العام تتعدد الى عدة أصناف من بينها: المصادر الطبيعية؛ مثل الحرائق، الفيضانات، الزلازل.. والمصادر المادية؛ مثل المركبات، المصانع الكيميائية، مناطق تجارب علمية.. اضافة الى دور الانسان في حد ذاته من امكانية الاخلال بالأمن العام.

والبحث في الأساس القانوني للأمن العام مهم جدا في النظام القانوني الجزائري، يمكن أن نجده دستوريا في نص المادة 24 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم حيث قالت: "الدولة مسؤولة على أمن الأشخاص والممتلكات، وتتكفل بحماية كل مواطن في الخارج".

حيث النص الدستوري يؤسس لدور الدولة وبالتالي الادارة العامة في حماية الأمن العام، من خلال حماية أمن الأشخاص والممتلكات وحماية المواطن ولو كان في الخارج.

وهو ما جسد في قوانين وتشريعات عديدة، من بينها قانون البلدية رقم: 11-10 في نصوص المواد 88-89-94، وفي قانون الولاية رقم: 12-07 في المواد 114-115.

أما على المستوى القضائي؛ فقد أكد اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي عنصر الأمن العام كغاية أساسية لتدابير السلطات الادارية الضبطية في قرارات عديدة من بينها على سبيل المثال؛ القضاء بمشروعية قرار رئيس بلدية يمنع بمقتضاه ممارسة رياضة الترحلق في بعض الأماكن، وفي بعض الأوقات الى حين تحسن الظروف المناخية.

كما أيد قرار محافظ يحضر بموجبه بيع المشروبات الكحولية من الساعة العاشرة مساء الى الساعة السادسة صباحا من أجل التقليل من حوادث المرور ووقاية الأمن العام.

وفي الحقبة الاستعمارية للجزائر، أمر مدير مدينة الجزائر بقرار في 29 ديسمبر 1956 بحجز عدد جريدة فرانس سوار الخاص بيومي 30 و 31 ديسمبر 1956. وفي 6 يناير 1957 أمر المدير كذلك بناء على تعليمات تلغرافية من الوزير المقيم بالجزائر بحجز عددي 6 و 7 يناير من جرائد لوند وفرنس سوار وباري برس. وقد تم في الحالتين حجز مجموع الطبعة المخصصة للبيع في اقليم الجزائر.

حيث كانت تلك القرارات مستندة الى قواعد الاخلال بالأمن العام داخل الاقليم. وقرر مجلس الدولة الفرنسي بخصوصها معتبرا أنها ذات طابع اداري قابلة للطعن عليها بتجاوز السلطة أمام القضاء الاداري، مستندا الى غاية الادارة العامة في حفظ النظام العام باعتباره ضبطا اداريا لا ضبطا قضائيا.

وتطبيقات الحفاظ على الأمن العام من قبل سلطات الضبط الاداري في النظام الجزائري، متعددة وكثيرة، تصاحب كل احساس بالتعدي عليه والاخلال به

**ب- الصحة العامة: La Santé Publique.**

تعد الصحة العامة العنصر الثاني التقليدي من عناصر النظام العام، والتي تلتزم الادارة العمومية الضبطية باتخاذ كافة التدابير والاجراءات الوقائية التي قد تهدد صحة الانسان من كل المخاطر التي قد تعثره، من أمراض و أوبئة وأوساخ. حيث الادارة العامة مسؤولة على صحة الانسان في جسمه ومأكله وملبسه ومسكنه. ان كان ذلك على المستوى الفردي أو الجماعي.

فالصحة العامة هي المحافظة على صحة المواطنين، وذلك من خلال القضاء على الأمراض ومخاطرها ومنع انتشار الأوبئة، والاحتياط من كل ما يكون سببا أو يحتمل أن يكون سببا للمساس بصحة أفراد المجتمع.

والأساس الدستوري للرعاية الصحية نص المادة 66 من الدستور الجزائري الحالي:

" الرعاية الصحية حق للمواطنين.

تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية ومكافحتها

تسهل الدولة على توفير شروط العلاج للأشخاص المعوزين".

ولقد خول قانوني البلدية والولاية لرئيس البلدية والوالي بحماية الصحة العمومية كل حسب نطاق اختصاصه، كما جاء التنظيم كذلك مؤكدا على ضرورة حفظ الصحة العمومية كعنصر من عناصر النظام العام المحافظ، ومن بين ذلك المرسوم التنفيذي رقم: 01- 285 مؤرخ في: 24-09-2001 الذي يحدد الأماكن العمومية التي يمنع فيها تعاطي التبغ وكيفيات تطبيق ذلك المنع، حيث حدد الأماكن العمومية التي يمنع فيها تعاطي تبغ التدخين في المؤسسات المدرسية، ومؤسسات التعليم التحضيري، والتكوين المهني، والأماكن المستخدمة لاستقبال القصر وايوائهم، وكل الأماكن المغلقة والمغطاة المخصصة لاستعمال جماعي خاصة مؤسسات التربية والتعليم والتكوين، ومؤسسات الصحة والترفيه وغيرها.

أما عن تعريف الصحة العامة فالمادة 25 من قانون 85-05 المؤرخ في: 16-02-1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم قالت: " يعني مفهوم الصحة العمومية مجموع التدابير الوقائية والعلاجية والتربوية والاجتماعية التي تستهدف المحافظة على صحة الفرد والجماعة وتحسينها ".

وهو المعنى القريب الذي أتى به قانون 18-11 المتعلق بالصحة في المادة 29 منه.

وهذا التعريف التشريعي للصحة العمومية يتوافق مع ما جاء في المادة الأولى من ميثاق منظمة الصحة العالمية OMS حيث قالت: " الصحة: حالة من اكتمال السلامة بدنيا وعقليا واجتماعيا، لا مجرد الخلو من المرض والعجز ".

ومن تطبيقات ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بصحة قرارات ادارية بمنع ممارسة الاستحمام، وكذا منع مرور المراكب ذات المحرك في احدى البحيرات، وذلك بسبب تلوث مياهها، وهو ما كان يشكل خطرا على صحة المستحمين، مما يبرر الحظر، محافظة على الصحة العامة.

### ج- السكنية العامة:

يقصد بالسكنية العامة الهدوء والاستقرار السمعي، ومنع مظاهر الازعاج والمضايقات العادية للحياة الاجتماعية. فالسكنية العامة تمثل نقيض الضوضاء، والتي تعبر كما قالت الجمعية القانونية الفرنسية كل ما يحسه السمع من أصوات غير مرغوب فيها أو مزعجة، وعرفتها دائرة المعارف البريطانية بأنها " الصوت غير المرغوب فيه ". ودائرة المعارف الأمريكية عرفتها بأنها الضغط الذي يؤدي الانسان وغيره من الحيوان. وبالتالي السكنية العامة تعبر عن حد معين لا تصبح فيه الأصوات مزعجة، بمعنى أنه ليست كل الاصوات تثير الضوضاء وتتعدى السكنية العامة ، انما هي - الضوضاء - هي تلك الأصوات التي تزيد على حد معين يؤدي السمع ويكون غير مرغوب فيه.

ومن بين أحكام القضاء الاداري الفرنسي في هذا الشأن؛ حكم مجلس الدولة الفرنسي في 07 جوان 1970 الذي قضى فيه بأن رئيس البلدية الذي يمنع مرقصا Bal بسبب اخلاله براحة الجيران لا يمس حرية التجارة والصناعة اذا كان هذا المنع لا يشكل عائقا أمام حرية استعمال نفس المرقص كمدرسة للرقص.

وفي حكم للمحكمة الادارية بمونبيليه في قضية Artillon بتاريخ: 11-04-1980 قضت ان: " سلطات الضبط التي يستعملها رئيس البلدية بناء على المادة 131-2 من قانون البلديات لضمان حماية الراحة العامة، يمكن استعمالها لا في مواجهة المؤسسات المفتوحة للجمهور، بل أيضا في مواجهة المؤسسات المسماة ب" النوادي الخاصة" التي حدد دخولها لأصناف معينة من الناس "

ومن بين الاجتهادات الحديثة قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ: 11-01-2008 في قضية: L'association Vigilance Nature Environnement Bresse Revermont ، حيث بتاريخ: 02-10-2006 أصدر وزير الداخلية قرارا يرفض بمقتضاه الموافقة على الترخيص باجراء سباق الدرجات النارية وذلك حفاظا على الهدوء العام، فقامت الهيئة برفع طعن للمطالبة بإلغاء هذا القرار غير أن المجلس رفض الطلب استنادا لضرورة الحفاظ على السكنية العامة.

ومن تطبيقات الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا الشأن، أحكام مجلس الدولة المتعلقة باقرار الغلق الاداري المؤقت حماية للسكنية العامة والآداب العامة، ورفض الغلق الاداري النهائي لمخالفة القانون

## 2- المضمون المستحدث للنظام العام، القانوني.

أن فكرة النظام العام ليست فكرة قانونية خالصة، ابتدعها علم القانون فأنحصرت فيه وتوقعت داخله، بل لها امتدادات خارج محيط القانون تصل حتى علوم السياسة والاقتصاد والاجتماع كذلك، باعتبارها احدى قوى التأثير داخل المجتمع والدولة.

كما لفكرة النظام العام دور رئيسي في ابراز ما هو ثابت وما هو متغير في الجماعة البشرية، فتكشف ما يعد من الأصول والكليات والثوابت لا يجوز مخالفتها، وما لا يعد من الثوابت فيتغير ويتعدل حسب المتطلبات الحضارية للجماعة.

تبعاً لذلك كان لفكرة النظام العام خصائص هامة وهي أنها:

- فكرة ليست قانونية بحتة، أي ليست من صنع المشرع.
  - فكرة اجتماعية أساساً، أي متصلة ولصيقة بواقع المجتمع، لذلك هي ليست ثابتة بل متطورة.
- فالأصل العام أن يتدخل المشرع عن طريق القواعد القانونية الآمرة الدستورية أو ما دونها لحماية ما يستجد، و ما يدخل في ماهية النظام العام، غير أن تدخل المشرع قد يكون متأخراً، أو قاصراً في الاحاطة بمضمون التطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي دفعة واحدة.
- ولما كانت فكرة النظام العام نسبية ومرنة تتطور بتطور الجماعة البشرية، نجد العناصر التقليدية الثلاثة قاصرة في تحديد مضامينها.

وتبرز نسبية النظام العام في الضبط الاداري، هو تحوله من " فكرة النظام العام " الى " فكرة الأنظمة العامة " وفي بروز أنظمة عامة مستحدثة.

ان النظام العام كهدف وغاية أساسية للضبط الاداري تطور انطلاقاً من تطور فكرة المصلحة العامة المرعية، وذلك على سبيل المثال في تطبيقات كثيرة، من بينها؛ حماية المصلحة العامة الأخلاقية، ليتشكل النظام العام الأخلاقي أو الأدبي، وحماية المصلحة البيئية، ليتشكل النظام العام البيئي، وحماية المصلحة الاقتصادية، ليتشكل النظام العام الاقتصادي. بالإضافة الى حماية المصلحة العمرانية، ليتشكل النظام العام العمراني.

### أ- النظام العام الأدبي والأخلاقي:

يقصد بالآداب العامة الحد الأدنى من الأفكار والقيم الخلقية التي تواضع الناس عليها، فهي تمثل جزء من الأخلاق العامة متفقاً عليها كحد أدنى يراه المجتمع واجب الاحترام والتقدير. ويتحدد هذا الجزء في ضوء العادات والتقاليد والأعراف وأحكام القضاء.

حيث أكد الفقه على ضرورة تدخل السلطات الادارية الضبطية لحماية كل ما يمس بالآداب والأخلاق العامة، والذي من شأنه أن يعكس النظام العام المادي للمجتمع، وذلك بهدف الحياة المادية والمعنوية. ولقد أكد ذلك موريس هوريو قائلاً:

" .. علاوة على النظام المادي الذي يعني عدم وجود الفوضى، يوجد النظام الخلقي الذي يرمي الى المحافظة على ما يسود من معتقدات وأحاسيس وأفكار. فاذا كان الاضطراب في النظام الخلقي قد بلغ درجة من الخطورة تهدد كيان النظام العام المادي، يستوجب تدخل السلطات الادارية الضبطية لوضع حد لذلك الاضطراب .."

ولعل لوي لوك ذهب الى أبعد من ذلك، قائلاً: "كل فكرة عن النظام العام متغيرة وعائمة، فهي أقرب صلة بالشعور منها بالواقع القانوني..".

حيث رفض مجلس الدولة الفرنسي الغاء قرار رئيس البلدية بمنع بيع بعض المطبوعات رغم سبق الترخيص بها من السلطة المركزية، وذلك لأنها كانت تحتوي على عبارات ومواقف ضارة بأخلاق الشباب. كما قضى المجلس بصحة قرار رئيس البلدية بمنع الشباب الذين تقل اعمارهم عن الثامنة عشر من دخول حانات شرب الخمر. كما أكد مجلس الدولة الفرنسي اختصاص سلطات الضبط الاداري والتزامها بحماية الأخلاق والآداب العامة كذلك في قرار 18 ديسمبر 1959 في قضية شركة أفلام لوتيسيا والنقابة الفرنسية للمنتجين ومستثمرين الأفلام.

وبخصوص موقف التشريع الجزائري، أكد في عديد نصوصه على دور الادارة العامة كسلطة ضبط اداري في الحفاظ على الآداب العامة، ومن قبيل ذلك، على سبيل المثال، في قانون العضوي المتعلق بالإعلام وذلك في المادة 92 على أنه: "يجب على الصحفي على الخصوص:

الامتناع عن نشر أو بث صور أو أقوال تمس الخلق أو تستفز مشاعر المواطن".

#### ب- النظام العام البيئي:

يعد النظام العام البيئي أحد الأنظمة العامة التي تسعى الادارة العامة الى الحفاظ عليه من خلال الحفاظ على " المصلحة العامة البيئية" والتي أصبحت التشريعات الدستورية والقانونية اليوم تولي اهتماما بها من خلال " دسترة حق الانسان في العيش في بيئة نظيفة وصحية"، وذلك من خلال الاهتمام بالمحيط البيئي الذي يعيش فيه المواطن، من خلال مؤسسات الدولة أو المؤسسات المجتمعية المختلفة.

حيث أصبح من مهمات ووظائف الدولة الحديثة مراعاة أن تكون بيئة المواطن ملاءمة للعيش الكريم.

و الاجتهاد القضائي الفرنسي كان في بداياته يرفض اعتبار حماية الطابع الجمالي كأحد أوجه النظام العام، مؤكدا هذا الموقف في قراره في 04 ماي 1928 في قضية Leroy والذي نص فيه: ".. السلطة القائمة على وظيفة الضبط

الاداري لا يحق لها أن تستهدف صون المظهر المنمق والمحافظة على جمال الرواء، الا في الحالات التي يرخص بها القانون بذلك بنصوص قاطعة .. " وذات الحكم في قرار 18 فيفري 1972.

غير أن هذا الموقف تغير لصالح حق الادارة العامة في تبني حماية البيئة كمظهر من مظاهر النظام العام المستحدث، ومن ذلك في قرار مجلس الدولة الفرنسي في 15 أكتوبر 1936 في قضية اتحاد نقابات المطابع والنشر بباريس.

وقد تواترت أحكام وقرارات القضاء الفرنسي في ذلك.

والمشروع الجزائري تبنى في عديد نصوصه مسألة الحفاظ على النظام العام البيئي، بل قام بدسترة حق حماية البيئة، كما ذكرنا قبل قليل.

ففي الدستور الأخير في نص المادة 68 منه: " للمواطن الحق في بيئة سليمة.

تعمل الدولة على الحفاظ على البيئة.

يحدد القانون واجبات الاشخاص الطبيعيين والمعنويين لحماية البيئة "

وقبل ذلك في دستور 1976 في المادة: 151-22، حيث نصت على:

" يشرع المجلس الشعبي الوطني في المجالات التي خولها له الدستور.

تدخل كذلك في مجال القانون:

.. - الخطوط العريضة لسياسة الاعمار الاقليمي، والبيئة، ونوعية الحياة، وحماية الحيوانات والنباتات .. "

هذا التأسيس الدستوري الأخير صدر بموجبه قانون 83-03 المؤرخ في: 05 فبراير 1983 يتعلق بحماية البيئة، ثم صدر بعده قانون 03-10 المؤرخ في: 19 يوليو 2003 يتعلق بحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة، والذي ألغى سابقه

ولعل للقضاء الاداري الجزائري اجتهادا وأثرا بارزا في حماية النظام العام البيئي، ومن بين ذلك دوره في حماية المساحات الخضراء، في القرار الصادر بتاريخ: 03-04-2008، حيث ألغى مجلس الدولة رخصة البناء التي تتعلق بقطعة أرض كانت ستخصص كمساحة خضراء لفائدة مواطني ورقلة

كما أقر - مجلس الدولة - في 28-10-2010 على وجوب عرض ملف رخصة البناء على مصلحة التهيئة والتعمير للمعينة واعطاء رأيها التقني ولاحظ أن رخصة البناء المطعون فيها تم تسليمها في غياب أي مخطط لشغل الأراضي.

وصدر عنه كذلك قرار بتاريخ: 03-10-2006 الذي أمر البلدية بأن تضمن السلامة والصحة العمومية أمام المحل التجاري للمستأنف عليها.

فبخصوص القرارين الأخيرين، وإن كان اجتهاد مجلس الدولة وقراراته تتعلق بالمجال العمراني، فإنها ترتبط بكل تأكيد بنظام حفظ البيئة من جهة أخرى.

كما صدر عن مجلس الدولة قرار بتاريخ: 17-09-2015 بين من خلاله البعد الحقيقي لمفهوم القرب الجغرافي والجواري وهو عامل مهم وحاسم بالغ الأهمية في تقدير وجود المصلحة في التدخل وذلك فيما يتعلق بالمسائل ذات الصلة بالتلوث والازعاج للبيئة عموماً. وكان القرار متعلق بمفرغة بلدية اقيمت بجوار مزرعة، وهي تفتقد لمعايير السلامة البيئة وطنياً ودولياً. حيث اقر القاضي الاداري بالزام البلدية بغلق المفرغة العمومية وتحويلها.

يتبين من خلال ما تقدم دور وأثر الاجتهاد القضائي في النزاع البيئي عموماً باعتباره أحد النزاعات المستحدثة، والتي تستوجب تدخلاً وتأصيلاً قضائياً ادارياً لحداتها خاصة في النظام القضائي الجزائري، ولما لها من أثر في بناء نظرية أصيلة في " النظام العام البيئي " .

### ج- النظام العام الاقتصادي:

النظام العام الاقتصادي يخول سلطات الضبط الاداري التدخل في الشؤون الاقتصادية لإشباع الحاجات العامة. حيث عرف البعض النظام العام الاقتصادي باعتباره: " مجموعة القواعد الالزامية التي تنظم العلاقات التعاقدية الخاصة بالنظام الاقتصادي والعلاقات الاجتماعية والتوازن الداخلي للعقد " ويقسمه الفقه الى:

- نظام عام اقتصادي توجيهي؛ ويقصد به تلك الأسس الاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها مجتمع ما، بحيث يرمي الى تجسيد السياسة الوطنية بتدخل السلطة في حرية الأفراد، فهو يمثل مجموعة القواعد القانونية الملزمة التي تحكم العلاقات التعاقدية المتعلقة بالسياسة الاقتصادية والهادفة الى تحقيق المصلحة العامة، وهي أحكام وقواعد موضوعية متغيرة تتبع سياسة الدولة الاقتصادية<sup>1</sup>.
- فالنظام العام الاقتصادي في ظل النظام الاشتراكي يختلف عنه في النظام الليبرالي.
- نظام عام اقتصادي حمائي؛ ويتكون من مجموع القواعد التي تهدف الى حماية أحد أطراف العقد ضماناً للعدالة العقدية، فيتدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف سببه الخزام التوازن بين المتعاقدين حيث أن المتعاقد الأقوى قد يعتمد الى فرض قيود محففة على الطرف الضعيف " .

ان النظام العام الاقتصادي، قد يتداخل اليوم بما تمارسه السلطات التجارية المستقلة في الميدان الاقتصادي، لما لها من دور في الحماية التي تقررها لأطراف العلاقة وأشخاص قانون المستهلك والقانون الاقتصادي عموماً.

ولما كان الأمر كذلك فإن المسألة تستدعي تدخل السلطة القضائية ممثلة في القضاء الإداري لحل أي نزاع يكون من اختصاصها في هذا المجال، وتبني اجتهاداً في مادة النظام العام الاقتصادي.

خاصة وأن فكرة النظام العام الاقتصادي، تتجاوزها قواعد القانون العام من جهة وقواعد القانون الخاص من جهة ثانية، فيكون للاجتهاد القضائي الإداري والعادي العدلي وحتى اجتهاد محكمة التنازع دور أساسي في بناء نظرية " النظام العام الاقتصادي " عموماً.

#### د- النظام العام العمراني:

ان فكرة النظام العام العمراني، ترتبط أساساً بالتشريع العمراني بمختلف تقسيماته وفروعه، من خلال حماية " المصلحة العامة العمرانية "، من قبل النص القانوني أولاً، ثم الإدارة العامة الضبطية من خلال تدابير الضبط الإداري، ليتدخل القضاء كذلك متى تم اخلال من قبل الإدارة العامة في التعدي على الحرية العمرانية.

فالمحيط العمراني والذي قد نعتبره جزءاً من المحيط البيئي قد يتعرض للإساءة بفعل مسببات متعددة، من خلال التشوه الذي قد يصيب بنايات والمظهر الجمالي للمدن والعقارات المختلفة، بمخالفة القوانين والتشريعات العمرانية من ناحية، أو لتعديلاتها المتعاقبة والسريعة، وكثافة الشروط التقنية لطلب رخص البناء أو التجزئة أو التقسيم.

حيث قد تتعدد مظاهر الاخلال بالتشريعات العمرانية، من خلال عدم الالتزام بالقواعد والتشريعات ذات الصلة، مما يؤدي الى انتشار البناء الفوضوي، والبناءات التي لا تستجيب الى المعايير والمقاييس العمرانية والتي تشتتتها التشريعات ذات الصلة بالعمران، بالإضافة الى انتشار البناء في الأراضي الفلاحية بمحاذاة الأودية وبجوار الأماكن المعرضة للخطر الزلزالي أو الانجراف، على حساب اختفاء المناطق والمساحات الخضراء. بالإضافة الى انتشار البناءات العمرانية السكنية داخل أو بجوار المناطق الصناعية، دون الالتزام بالقواعد العمرانية ذات الصلة.

من خلال ما تقدم، يتدخل المشرع العمراني في إطار تدابير " الضبط الإداري العمراني "، حيث قانون العمران يعتبر الإطار القانوني للعمليات الرامية الى اقامة بنايات وتجهيزها والتحكم فيها بمقتضى نصوص تشريعية وتنظيمية تحافظ على النظام العام العمراني، ومواجهة كل اخلال بالنظام العام العمراني، وذلك بالرقابة القبلية والبعدية التي تنتهجها الإدارات المعنية من جهة، ومن أجل تحقيق التوازن بين مصلحتين متقابلتين؛ المصلحة الخاصة للأفراد والمتمثلة في الحق في السكن وبين المصلحة العامة العمرانية بكل مقتضياتها.

أي التوفيق بين الحق في ممارسة النشاط العمراني، والمحافظة على النظام العام في مجال التهيئة والتعمير بكل أبعاده.

فالنظام العام العمراني، يمثل مجموع القواعد التي تقيّد أو تنظم الأوعية العقارية وفي البناء، من خلال ترشيده استعمال المساحات العقارية للبناء وأن لا يكون ذلك على حساب النشاطات الفلاحية والمساحات الحساسة والمواقع والمناظر.

ومن بين التشريعات النازمة لذلك قانون: 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم، والذي أخضع في قواعده الأراضي القابلة للتعمير لقيّد من النظام العام وهو احترام مخطط شغل الأراضي وفقا للمرسوم التنفيذي 91-176 المعدل والمتمم يحدد كفاءات تحضير شهادات التعمير وتسليمها. و القانون: 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية. والمرسوم التنفيذي رقم: 15-19 المؤرخ في: 25 يناير 2015، يحدد كفاءات تحضير عقود التعمير<sup>2</sup> وتسليمها،

بالإضافة الى قانون الجماعات المحلية للبلدية والولاية، 11-10 و 12-07 على التوالي. وغيرها من القوانين والتنظيمات.

" ونظرا لتصادم المصالح في مجال تطبيق قانون العمران، بين مختلف الأطراف ومحاوله كل جانب فرض موقفه مؤكدا على صحته ومشروعيته مما ينشأ عنه منازعات تعرض على القضاء غالبا من أجل احكام لغة القانون، رغم الصعوبات التي تحول دون تحقيق هذا الهدف والمتمثلة في أن المشرع الجزائري في مجال المنازعات الادارية المتولدة عن تطبيق قانون التعمير لم يكلف نفسه عناء تفصيل مسائل هامة مكثفيا بمواد قليلة جدا لا تصلح مرجعا لحل هذه المنازعات".

ان تدخل القاضي الاداري اجتهادا ضروري وأكد في مادة التعمير عموما، وفي فكرة الحفاظ على النظام العام العمراني على وجه الخصوص، في ظل قصور المشرع في تبين مجال المنازعة الادارية العمرانية كما ذكر عبد الكريم بودريوة.

#### رابعا: حدود سلطات الضبط الإداري:

ان وظيفة الضبط الإداري تخضع وبلا جدال الى المشروعية القانونية، فاذا تجاوز تدبير ضبطي حدود القانون جاز الغاؤه، وهذا في الحالات الطبيعية العادية.

واذا ما قامت ظروف استثنائية غير عادية في الدولة، وبوقوع أخطار جسيمة وحالة، فان للإدارة أن تتجاوز الحدود التي يفرضها القانون، والخروج عن المشروعية القانونية والتوسع في تدابير الضبط الاداري، لكن في حدود لمواجهة تلك الظروف.

فسلطات الضبط الإداري تمارس تدابير الضبط حماية للنظام العام، وفقا لحدود في حالات عادية وأخرى حدود في حالات غير عادية، استثنائية.

#### 1- حدود سلطات الضبط الإداري في الحالات العادية:

تمارس سلطات الضبط الاداري وظيفتها في حماية النظام العام ووقايته من كل اخلال، من خلال اتباع القوانين والتنظيمات ذات الصلة بالضبط الإداري، فالضبط الإداري وظيفة قانونية بالأساس تمارس تطبيقا للقانون وتحت سلطته.

وتبعاً لذلك كان من الواجب على سلطات الضبط الإداري أن تمارس الاختصاص الضبطي تبعاً للمشروعية القانونية، تطبيقاً للقانون بمفهومه الواسع، من النصوص الدستورية وصولاً إلى التنظيمات. فحد سلطات الضبط الإداري في الحالات العادية، هو خضوعها إلى المشروعية القانونية أولاً، وتبعاً لها الخضوع للرقابة القضائية متى كان هناك خروج عن المشروعية القانونية.

#### أ- الخضوع إلى المشروعية القانونية:

مبدأ المشروعية القانونية يعنى به سيادة القانون، وخضوع الإدارة العامة للقانون، بحيث يلزم أن يتفق كل تدبير ضابطي لسلطات الضبط الإداري مع القواعد القانونية، والا وقع تدبيرها وتصرفها مخالفاً للقانون وللمشروعية القانونية وجاز طلب الغاء قضاءً، وتقرير مسؤولية الإدارة عما يترتب عليه من أضرار،

#### ب- الخضوع إلى الرقابة القضائية:

إن تصرفات الإدارة العامة ليست دائماً صحيحة خالية من العيوب، ومنها تدابير الضبط الإداري والتي قد تجانب فيها الإدارة العامة الضبطية صحيح القانون، فكان لا بد أن تعرض أعمالها وتصرفاتها للجهات القضائية المختصة ليفصل القضاء في صحتها من عدمها.

فالقاضي الإداري يتولى فحص الاجراء الضبطي والتأكد من توافر الأسباب أو الظروف الواقعية والتي تمثل اخلالاً جدياً وحقيقياً بالنظام العام بحيث يمكن للإدارة الاستناد إليه عليها لتبرير تدخلها بالاجراء الضبطي، وبالتالي يتأكد القاضي من أن تدخل الإدارة كان ضرورياً لمنع التهديد الجدي والحقيقي للنظام العام.

فبعد أن يتحقق القاضي الإداري أن الاجراء كان يهدف إلى الحفاظ على النظام العام، يتعين عليه أن يبحث بصورة مجردة كل الظروف والملازمات المحيطة بهذا الاجراء الضبطي من قبل الإدارة العامة والتأكد من أنه: كان لازماً وضرورياً لتحقيق هذا الهدف. فإذا تبين للقاضي أن الحفاظ على النظام العام لم يكن من الممكن تحقيقه إلا بهذه التدابير التي اتخذتها الإدارة كان الاجراء مشروعاً، وأما إذا تراءى للقاضي أنه كان يمكن للإدارة العامة الضبطية اتخاذ تدابير أقل شدة ووطأة بخصوص الحرية، يقضي بعدم مشروعية التدبير الضبطي، باعتباره التدبير الضروري واللازم للحفاظ على النظام العام.

وتبعاً لذلك، يشترط لصحة التدبير الضبطي الإداري، كما يرى بعض الفقهاء ثلاثة شروط وهي: أن يكون الاجراء ضرورياً، وأن يكون مجدياً وفعالاً، وأن يكون هناك تناسباً بين خطورة الاخلال ودرجة تقييد الحريات العامة. في حين يرى جانب آخر من الفقهاء، أن الشروط الثلاثة السابقة، يمكن أن تستغرق في شرطا واحداً وهو شرط الضرورة أو اللزوم. فما يكون ضرورياً أو لازماً سيكون حتماً مجدياً وفعالاً ومتناسباً.

كما يجب التأكيد من جهة مقابلة، أن رقابة القاضي الإداري لتدابير الضبط الإداري لا تخص فقط تلك التدابير الإيجابية، بل تتعداها إلى تلك التدابير السلبية، أو بمعنى أخرى إمكانية رقابة القاضي الإداري امتناع سلطات الضبط الإداري المختصة عن ما يجب عليها اتخاذه في حينه.

وقد يكون في بعض الحالات الواقعية أن يحدث أمام الإدارة العامة الضبطية أن تتساوى في نظرها اعتبار اطلاق الحرية وضرورة حفظ النظام العام، فيرى الفقه في ذلك تطبيق مبدأ " ايثار الحرية " على توقي الاضرار بالنظام العام وتقييد الحرية. وكذلك مراعاة الزمان والمكان لممارسة الحرية، بحيث قد يمكن للإدارة التمييز بين الأماكن والأزمنة بصدد ممارسة حرية معينة. فحرية التنقل مثلاً تختلف من الطرقات العامة عنه في الممتلكات الخاصة وفي المناطق العسكرية. وفي النهار وفي الليل.

## 2- حدود سلطات الضبط الإداري في الحالات غير العادية:

الأصل العام أن سلطات الضبط الإداري تتقيد بذات الحدود في تديرها الضبطي في الحالات العادية والغير العادية كذلك، أي في كل الظروف وفقا لمبدأ المشروعية القانونية وسيادة القانون، لكن الالتزام بهذا المبدأ قد يؤدي الى حدوث اضطراب كبير في الدولة وذلك في حالة وقوع ظروف استثنائية وطارئة كالكوارث والحروب والأزمات، ولما كانت مثل هذه الظروف تستدعي السرعة للمحافظة على سلامة البلاد ودفع الأخطار والكوارث العامة فمن المستقر عليه ضرورة منح الإدارة بعض السلطات الخاصة التي قد يظهر وأنه يتعارض مع المشروعية العادية، لكنه يبقى في أمرا مشروعاً وقانونياً. وذلك في إطار المشروعية الاستثنائية، لأن " سلامة الشعب هي القانون الأعلى الذي يسمو على القوانين الوضعية...

الأصل العام أن سلطات الضبط الإداري تتقيد بذات الحدود في تديرها الضبطي في الحالات العادية والغير العادية كذلك، أي في كل الظروف وفقا لمبدأ المشروعية القانونية وسيادة القانون، لكن الالتزام بهذا المبدأ قد يؤدي الى حدوث اضطراب كبير في الدولة وذلك في حالة وقوع ظروف استثنائية وطارئة كالكوارث والحروب والأزمات، ولما كانت مثل هذه الظروف تستدعي السرعة للمحافظة على سلامة البلاد ودفع الأخطار والكوارث العامة، فمن المستقر عليه ضرورة منح الإدارة بعض السلطات الخاصة التي قد يظهر وأنها تتعارض مع المشروعية العادية، وذلك في إطار المشروعية الاستثنائية.

ففي ظل الحالات غير العادية " تتغلب متطلبات السلطة على متطلبات الحرية " بشكل يؤدي الى اتساع سلطات الضابطة لأن " سلامة الشعب هي القانون الأعلى الذي يسمو على القوانين الوضعية ".  
يجمع الفقه على وجوب توسيع سلطات وصلاحيات السلطة التنفيذية والخروج عن دائرة النصوص العادية وترجيح أمن الدولة وسلامتها على حساب حقوق الأفراد وحرمتهم، متى تحققت حالة من حالات الظروف الاستثنائية.  
نبين بداية، تعريف الحالة الاستثنائية وصورها الفرع الأول،  
**الفرع الأول: تعريف الحالة الاستثنائية وصورها.**

لم يتفق الفقه والتشريع على تسمية جامعة مانعة للظروف أو الحالة الاستثنائية، وذلك من خلال استخدام عدة تسميات بهذا الشأن كـ "نظرية الضرورة"، و "أعمال الضرورة"، و "سلطات الحرب"، إضافة الى "نظرية الظروف الاستثنائية".

ونظرية الظروف الاستثنائية أو السلطات الاستثنائية كما سماها مسعود شيهوب، هي نظرية قانونية من صنع القضاء الفرنسي.

فمجلس الدولة الفرنسي صاحب النظرية مايز بين نظرية الحرب وغيرها من الظروف الاستثنائية حال السلم. غير ان المسلم به فقها، هو اعتبار حالة الحرب هي أحد الصور التي تميز الظروف الاستثنائية والتي تتيح للضابطة الإدارية اتخاذ تدابير بخصوصها.

### أولاً: تعريف الحالة الاستثنائية.

عرف R.Revero الظروف الاستثنائية باعتبارها: " الأوضاع الفعلية التي تؤدي الى نتيجتين اثنتين تتمثلان في وقف العمل بالقواعد العادية اتجاه الإدارة، وذلك بتطبيق قواعد مشروعية خاصة، حيث يقيم القاضي بتحديد مقتضيات هذه المشروعية الخاصة ".

ويعرفها مسعود شيهوب باعتبارها. " أحداث الحرب وكل حالات المساس الخطير بالنظام العام، تسمح هذه النظرية للإدارة باتخاذ إجراءات ما كانت لتعتبر مشروعة لولا هذه الظروف، بل انما لو اتخذت في ظروف عادية لكانت غير مشروعة وتعين الغاؤها "

أما سعاد الشراوي، فقد عدت جملة من الشروط حتى نكون أمام ظرف استثنائي، وهي التالية:

- يجب أن يكون هناك وضع غير عادي.
  - يجب أن يترتب على الوضع غير العادي، استحالة على الإدارة العامة مواجهته بقواعد تخص مشروعية الظروف العادية.
  - يجب أن تنحصر الظروف غير العادية، وتقدر بقدر ما لا ينسحب الى ما لانهاية، في الحدود التي تتطلبها المصلحة العامة.
  - يجب انتهاء الحالة الاستثنائية بمجرد زوال الظروف الاستثنائية، ويقتصر استخدام السلطات الإضافية خلال الفترة الزمنية التي ظلت الظروف قائمة خلالها.
- في الظروف الاستثنائية تتحلل الادارة العامة بصفة مؤقتة من قيود المشروعية العادية وشروطها الى نظام استثنائي يصبح تسميته مشروعية غير عادية، تتمتع من خلال الإدارة العامة بسلطات واسعة مما ورد في التشريعات العادية. حيث تقيد الحقوق والحريات الفردية والجماعية والضمانات الدستورية المقررة لها.
- الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية تستطيع أن تخرق القواعد الواجبة الاحترام في الظروف العادية، وهكذا فإنها تستطيع الخروج على قواعد الاختصاص، فيجوز لها اصدار مرسوم في موضوع من اختصاص القانون، وتستطيع خرق قواعد الشكل والإجراءات، وكذلك خرق قواعد الموضوع، ومثال ذلك المساس بالحريات الفردية بواسطة تدابير الضبط الإداري.
- وتعد نظرية الظروف الاستثنائية من ابتداء قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وتاريخ ظهورها يعود لأول مرة في الحرب العالمية الأولى 1914-1918، فريفيرو يذكر أن مجلس الدولة اعتبر الحرب العالمية الأولى هي المنشئة لحالة الظروف غير العادية. حيث طبقها على تسمية سلطات الحرب أو السلطات في حالة الحرب آنذاك.
- في قرار 06 أوت 1915 دلمونت وسنمارتن، أعلن مجلس الدولة الفرنسي أن حالة الحرب تخول لجهات الضبط الإداري اصدار قرارات لا تكون من صلاحياتها في وقت السلم.
- وفي 28 جوان 1918 في قضية هرباس، اعتبر قضاء مجلس الدولة الفرنسي المرسوم الصادر من طرف الحكومة والمتضمن تعليق الضمانات التأديبية التي نص عليها القانون لصالح الموظفين، مشروعاً بسبب الظروف الاستثنائية " الحرب العالمية الأولى " .
- وفي أعقاب الحرب العالمية الثانية 1939-1945، أكد مجلس الدولة الفرنسي على حالة الحرب لهذه النظرية، وموسعا لها للحالات أخرى فعلية، مثل حالة الثورات السياسية المترتبة عن التحرير، وحالات التهديد بالإضراب العام، وحالات الاضطراب الاجتماعي.
- فكل وضعية غير عادية، تفرض على الإدارة العامة الزامية اتخاذ الإجراءات اللازمة والا أصبح الصالح العام في خطر، ولو بعدم تطبيق القوانين في ظل الظروف العادية.
- وبالتالي أصبحت صور الحالات الاستثنائية أو الظروف الاستثنائية تكون في حالة الحرب كدرجة قصوى، وحتى في حالة السلم متى وجد تهديد للنظام العام داخل البلاد.
- ثانيا: صور الظروف الاستثنائية.

وتتعدد حالات الظروف الاستثنائية الى حالات أربعة وهي: حالة الطوارئ وحالة الحصار، والحالة الاستثنائية وحالة الحرب، وهو ما جاء به في الدستور الجزائري لسنة 2020 المعدل والمتمم لسابقه، من نص المادة 97 الى المادة 101 منه، نبينها في الآتي:

-1

### حالة الطوارئ:

يعرف M.Hauriou حالة الطوارئ بأنها: " نظام قانوني معد سلفا لتأمين نظام البلاد يتركز على تقوية صلاحيات السلطة التنفيذية عن طريق نقل السلطة المدنية الى يد السلطة العسكرية ".

وعرفها Burdeau بأنها: " ظروف أو أحداث غير متوقع حدوثها ومحددة في قانون الأحكام العرفية أو قانون حالة الضرورة، يؤدي حدوثها الى عجز السلطات الممنوحة للهيئة القائمة على الضبط الإداري بموجب التشريعات السارية عن مواجهة تلك الظروف أو الأحداث الشاذة، لذلك يمنح القانون تلك السلطات تدابير استثنائية لمواجهة هذه الظروف، وتخضع في ذلك لرقابة القضاء ".

وعرفها A.Delaubadaire باعتبارها: " نظام استثنائي تبرره فكرة الخطر الوطني ".

في الجزائر، عرف فؤاد الشريف حالة الطوارئ: " نظام استثنائي تفرضه السلطات العليا في الدولة أثناء حدوث خطر داخلي أو وشيك الحدوث يهدد المؤسسات الدستورية في البلد أو أمن وسلامة المواطنين، واقليمهم الوطني ويهدف الى استتباب النظام العام والسكينة العامة وحماية أفضل لأمن الأشخاص والممتلكات وتأمين السير الحسن للمصالح العمومية ".

ان الأساس الدستوري لحالة الطوارئ هو المادة 97 منه والتي تطرقت كذلك الى حالة الطوارئ معها. مبينة شروطهما. حيث السلطة المخولة بإقرار حالة الطوارئ (أو حالة الحصار).

لمدة لا تتعدى ثلاثون يوما. والتي لا تمدد الا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا.

ويكون إقرار حالة الطوارئ (أو حالة الحصار) بعد تحقق الشروط التالية:

- اجتماع المجلس الأعلى للأمن.
- واستشارة: رئيسي غرفتي البرلمان. والوزير الأول أو رئيس الحكومة. ورئيس المحكمة الدستورية.
- حيث يحدد قانون عضوي تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار، كما نص الدستور في ذلك.
- حيث صدر المرسوم الرئاسي رقم: 92-44 المؤرخ في 09 فبراير 1992 يتضمن اعلان حالة الطوارئ، الذي جاء في ديباجته الاعتبارات المستند اليها لاعلان حالة الطوارئ والمتمثلة في:
- المساس الخطير والمستمر للنظام العام المسجل في العديد من نقاط التراب الوطني.
- التهديدات التي تستدق استقرار المؤسسات، والمساس الخطير المتكرر بأمن المواطنين والسلم المدني.
- ثم أكدت المادة الثانية منه هدف اعلان حالة الطوارئ متمثلا في:
- استتباب النظام العام.
- ضمان أفضل لأمن الأشخاص والممتلكات.
- تأمين السير الحسن للمصالح العمومية.
- وبينت المادة الأولى منه مدة حالة الطوارئ، باثناء عشر شهرا -12- على كامل التراب الوطني، تبدأ من تاريخ 09 فبراير 1992.

كما بينت المادة الثالثة الى المادة العاشرة السلطة المخولة باتخاذ تدابير حالة الطوارئ متمثلة في الحكومة والتي تتخذ كل الإجراءات التنظيمية من خلال وزير الداخلية والجماعات المحلية في كامل التراب الوطني، والوالي في دائرته الإقليمية من خلال التوجيهات الحكومية.

فاختصاص إدارة حالة الطوارئ هي للسلطة التنفيذية متمثلة في الحكومة، غير أنه وبموجب المادة 9 من المرسوم الرئاسي أعلاه يمكن لها تفويض السلطة العسكرية قيادة عمليات استتباب الأمن على المستوى المحلي أو على مستوى دوائر إقليمية محددة.

ثم بينت المادة الخامسة الى المادة العاشرة التدابير التي يمكن اتخاذها من السلطات المختصة في حالة الطوارئ هذه.

وتم تمديد مدة حالة الطوارئ بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-02 المؤرخ في 06 يناير 1993.

ثم تم رفعها -حالة الطوارئ- بموجب الأمر رقم: 11-01 المؤرخ في 23 فبراير 2011 بإلغاء المرسوم التشريعي الآنف ذكره الممدد لحالة الطوارئ.

## -2- حالة الحصار:

حالة الحصار هي: " حالة تسمح لرئيس الجمهورية باتخاذ كافة الإجراءات القانونية والتنظيمية بهدف الحفاظ على مؤسسات الدولة واستعادة النظام والسير العادي للمرافق العمومية ".  
وحالة الحصار أشد خطورة من حالة الطوارئ وأدنى خطورة من الحالة الاستثنائية، تتعلق بالأعمال التخريبية أو المسلحة أو التمرد، حيث تكون السلطة للجيش في هذه الحالة، وتتيح لرئيس الجمهورية اتخاذ كافة التدابير لاستتباب الأمن في البلاد.

يرى أحمد محيو وجود ثلاثة نتائج كبرى تترتب عن حالة الحصار:

- أن السلطة العسكرية تحل محل السلطة المدنية في تولي سلطات الضابطة.
  - سلطات الضابطة تتسع وتصبح غير مألوفة؛ كالتفتيش ليلا ونهارا، ابعاد الأشخاص ووضعهم في الإقامة الجبرية، منع الاجتماعات والمنشورات.
  - اتساع سلطة القضاء العسكري بشكل يسمح النظر في مخالفات المدنيين.
  - تم تطبيق حالة الحصار في التحرية الجزائرية بإعلانها بموجب المرسوم الرئاسي 91-196 المؤرخ في 04 يونيو 1991 المتضمن اعلان حالة الحصار، لمدة قدرها أربعة -04- أشهر عبر كامل التراب الوطني.
  - وبينت المادة الثانية منه الهدف من إقرار حالة الحصار في التالي:
  - الحفاظ على استقرار مؤسسات الدولة الديمقراطية والجمهورية.
  - استعادة النظام العام، والسير العادي للمرافق العمومية.
- وبينت المادة الثالثة منه، اختصاص ممارسة تدابير حالة الحصار في السلطة العسكرية. كما أقرت الحاق مصالح الشرطة بالقيادة العليا للسلطات العسكرية.
- بالإضافة الى التدابير التي يمكن أن تتخذها السلطة العسكرية في حالة الحصار، جاء المرسوم الرئاسي السابق، في المادة الخامسة منه، بإنشاء "لجنة لرعاية النظام العام" تكون على مستوى كل ولاية، نرأسها السلطة العسكرية المعنية قانونا، تتكون من:

- الوالي،

- محافظ الشرطة للولاية،

- قائد مجموعة الدرك الوطني،
  - رئيس القطاع العسكري، ان اقتضى الأمر.
  - شخصيتان معروفتان بتمسكهما بالمصلحة العامة.
- تختص هذه اللجنة بدراسة والنصح بتطبيق التدابير الاستثنائية المنصوص عليها في هذا المرسوم، التي من شأنها استعادة النظام لعام، وسير المرافق العمومية، وأمن الأملاك والأشخاص.
- وتسهر على حسن تنفيذ هذه التدابير.
- ثم بينت المواد من السابعة -07- الى الحادي عشر -11- الصلاحيات التي يمكن اتخاذها من السلطة المختصة في حالة الحصار المقررة.

-3

### الحالة الاستثنائية:

" أحد الابداعات الدستورية الحديثة لمواجهة الأحداث والمستجدات التي تنتج عنها تشنجات خطيرة في ذات المجتمع الواحد، ويتأتى ذلك عن طريق تدارك عجز التشريع القائم الذي ليس بوسعه حماية نظام وأمن ووحدة الدولة ".  
الأساس الدستوري للحالة الاستثنائية نص المادة 98 من دستور 2020 المعدل والمتمم، والتي بينت أحكامها. من خلال اعتبار جهة الاختصاص في إقرارها، لرئيس الجمهورية، كسلطة تقريرية لا مجرد اعلان عن الحالة، تحت سبب يتعلق بتهديد سلامة البلاد بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها. لمدة أقصاها ستون 60 يوما.

مع ضرورة استشارة: رؤساء كل من مجلس الأمة والمجلس الشعبي الوطني والمحكمة الدستورية.  
الاستماع الى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء.

ويوجه خطابا للأمة.

ويجتمع البرلمان وجوبا.

يمكن تمديد الحالة الاستثنائية بشرط موافقة أغلبية أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا.

وتنتهي الحالة الاستثنائية بنفس الإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها.

يعرض رئيس الجمهورية بعد انقضاء مدة الحالة الاستثنائية القرارات التي اتخذها اثناءها على المحكمة الدستورية لإبداء الرأي بشأنها.

### حالة الحرب:

-4

"الحالة الحاسمة التي تكون أشد من الظروف الاستثنائية، وتبدي في عدم الاقتصار على أن تكون البلاد مهددة بخطر داهم، وانما يشترط أن يكون العدوان واقعا أو على وشك الوقوع حسب ما نصت عليه ترتيبات الملاءمة لميثاق الأمم المتحدة ".

والأساس الدستوري لحالة الحرب هو نص المواد من 100 الى 102 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

وبحسب نص المادة 100 الدستورية حالة الحرب هي وقوع عدوان فعلي أو يوشك أن يقع بحسب ما نصت عليه الترتيبات الملاءمة لميثاق الأمم المتحدة.

يتيح ذلك، لرئيس الجمهورية اعلان حالة الحرب، كجهة اختصاص أصيلة لا تقبل التفويض فيها للغير.

غير أنه في حالة وجود مانع مؤقت لرئيس الجمهورية، يتولى اعلان حالة الحرب رئيس الدولة بحسب الحالة.

وذلك بتوافر شروط دستورية وهي:

- اجتماع مجلس الوزراء تحت رئاسة رئيس الجمهورية.
- الاستماع الى مجلس الأمن الذي يرأسه رئيس الجمهورية.
- استشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المحكمة الدستورية.
- اجتماع البرلمان وجوبا.
- توجيه رئيس الجمهورية خطابا للأمة بخصوص الوضع.
- **ويترتب على اعلان حالة الحرب الآثار التالية:**
- توقيف العمل بالدستور مدة اعلان حالة الحرب،
- جميع السلطات تصبح بيد رئيس الجمهورية لمواجهة الظروف الاستثنائي،
- ضرورة تمديد العهدة الرئاسية في حال انتهاءها والحرب قائمة، الى غاية انتهاءها.
- توقيع رئيس الدولة اتفاقيات الهدنة والسلم، ويلتمس رأي المحكمة الدستورية بشأن الاتفاقيات المتعلقة بهما، ويقوم بعرض هذه الاتفاقيات على غرفتي البرلمان بغرض الموافقة الصريحة عليها.
- يتولى رئيس الدولة في حالة شغور منصب رئيس الجمهورية خلال مدة الحرب نفس الصلاحيات الدستورية لرئيس الجمهورية.

\*\*\*\*\*

#### القسم الثاني: في نظرية المرفق العام.

سوف نتطرق في هذا القسم الى النقاط التالية:

مبحث أول: هوية المرفق العام وتحديد مفهومه.

مبحث ثان: قانون المرفق العام، المبادئ الناظمة والضابطة للمرفق العام.

مبحث ثالث: طرق إدارة وتسيير المرفق العام.

#### المبحث الأول: هوية المرفق العام وتحديد مفهومه.

بقصد تحدد هوية المرفق العام وتحديد مفهومه، نبين بداية مفهومه، ثم عناصره وأركانه، ثم تصنيفه.

#### المطلب الأول: مفهوم المرفق العام.

يمكن تحديد مفهوم المرفق العام، فقها وتشريعا وقضاء.

#### أولا: التعريف الفقهي.

فقهاء القانون الإداري لم يحددوا تعريفا ثابتا لفكرة المرفق العام، إذ أن الفقه قدم تعريفات عديدة له، فهناك من يركز تعريفه للمرفق العام على الجانب العضوي أو الشكلي، والاتجاه الثاني يركز على الجانب المادي أو الموضوعي.

" فغياب تعريف دقيق لمفهوم ما يكون عادة بمثابة دليل على أنه محل تطور مستمر ". ففالين Waline يقول: " قد يسهل جمع الزئبق السائل من المحرار القاسم المكسر في حين يصعب إعطاء تعريف واضح دقيق لمفهوم المرفق العام ". ولعل أرجح التعريفات هي التي تعتمد على المعيارين معا، إذ انه سواء كان نشاط أو إدارة فإذا كان يهدف للمصلحة العامة فانه يحمل مواصفات المرفق العام.

فالمرفق العام بحسب المعيار العضوي: يمثل كل جهاز، أو مشروع، أو هيئة، يرتبط بعلاقة مباشرة أو غير مباشرة بالدولة أو أحد الجماعات المحلية اللامركزية، يستهدف غاية ما، هي غاية المصلحة العامة. والمرفق العام بحسب المعيار الموضوعي: يمثل كل مصلحة أو منفعة عامة، يأتيها جهاز أو مشروع أو هيئة تابعة للدولة أو جماعة محلية لامركزية.

يعرفه محمد سليمان الطماوي أنه: " مشروع يعمل باضطراب وانتظام تحت اشراف رجال الحكومة بقصد خدمة عامة للجمهور، مع خضوعه لنظام معين " وهو تعريف يتبنى المعيار العضوي أساسا.

وعرفه مورييس هوريو بأنه: " منظمة عامة تقدم خدمة عامة باستخدام أساليب السلطة العامة ".

يؤكد محمد أمين بوسماح في تحديده لمفهوم المرفق العام على وجود " مفهوم قانوني ليبرالي " و " مفهوم اقتصادي اشتراكي " و " مفهوم سياسي " وذلك في التجربة الجزائرية على الأقل، عند معالجته لفكرة تطور المرفق العام في الجزائر ما بين مرحلتي ما قبل الاستقلال وما بعده<sup>3</sup>.

فمن حيث المفهوم القانوني الليبرالي يعتبر المرفق العام نتيجة التمييز بين النشاطات العمومية والنشاطات الخاصة، ومختلفا عن المفهوم الاشتراكي حيث تتسع فيه تدخل الدولة وتتكفل بنشاطات واسعة، مما يتقلص معها المبادرة الخاصة بالنتيجة.

أما المفهوم السياسي للمرفق العام، فيرتبط بسيادة الدولة وقوة الحكام، في تلبية حاجيات المواطن.

ثانيا: التعريف التشريعي.

1- دسترة المرفق العام:

2- اختصاص القانون البرلماني في تحديد المرفق العام:

3- اختصاص التنظيم في تحديد المرفق العام.

ثالثا: التعريف القضائي؛ دور الاجتهاد القضائي في تعريف المرفق العام.

<sup>3</sup> - محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 3.

(من المرفق العام الى المرافق العام).

المطلب الثاني: عناصر وأركان المرفق العام.

متى نكون أمام مرفق عام؟

نكون أمام مرفق عام متى تحققت وتوافرت أركانه أو عناصره.

حيث ترد عناصر وأركان المرفق العام الى:

1- تبعية وارتباط المرفق العام بالدولة أو الجماعات المحلية بطريق مباشر أو غير مباشر:

وذلك حتى يتميز المرفق العام بالمرفق الخاص.

2- غاية كل مرفق عام تحقيق المصلحة العامة والمنفعة العامة.

3- خضوع المرفق العام لسلطة الدولة

4- خضوع المرفق العام لنظام قانوني مستقل ومتميز.

المطلب الثالث: تصنيف وأنواع المرافق العامة.

السؤال الذي يمكن طرحه: من يصنف المرافق العامة؟ المشرع أم القاضي أم الفقيه؟

بداية يمكن القول أن المشرع له سلطة التسمية والتصنيف للمرفق العام في سياق المنظمات التابعة للدولة والتي

تستهدف تقييد المصالح العامة والخدمة العمومية.

وللغق دور في تصنيف المرافق العامة وفق معايير فقهية.

ومتى غفل المشرع عن ذلك، قد يتدخل الاجتهاد القضائي في تبني تصنيفا مرفق عام معين.

أولا: المعايير الفقهية في تصنيف المرافق العامة.

الفقه الاداري اعتمد جملة من المعايير لتصنيف المرافق العامة أهمها:

معيار طبيعة النشاط، معيار النطاق الجغرافي، معيار الالتزام بالإنشاء، معيار الاستقلالية القانونية.

الفرع الأول: تنوع المرافق العامة طبقا لطبيعة النشاط.

تنقسم المرافق العامة طبقا لمعيار طبيعة النشاط الى مرافق إدارية، مرافق اقتصادية، مرافق مهنية، مرافق اجتماعية.

أولا: في التعريف.

يمكننا تحديد تعريف كل مرفق من المرافق الأربعة، تبعا لمنهج التعريف السلي والايجابي تعريفا سلبيا وآخر إيجابا.

1- التعريف السلي للمرفق العام:

حيث يعرف المرفق العام الإداري سلبا، بأنه ذلك المرفق الذي لا يعد مرفقا عاما اقتصاديا ولا مهنيا ولا اجتماعيا.

أي: "المرافق الإدارية هي مجموعة المرافق التي لا تدخل في عداد بقية أنواع المرافق الأخرى"، أي أنها المرافق العامة التي لا تقوم بنشاط له طابع تجاري وصناعي ولا تمول عن طريق موارد ناتجة عن بيع إنتاجها ولا تخضع لمبدأ التوازن المالي. فديلوبادير يعرفها، بأنها " تلك المرافق التي لا تعتبر مرافق صناعية أو تجارية أو مهنية ". وهو تعريف سلمي.

ونفس الشيء بخصوص تعريف المرفق العام الاقتصادي والمهني والاجتماعي.

## 2- التعريف الإيجابي للمرفق العام:

أما تعريف تلك المرافق العامة إيجابا فهو يهتم أساسا طبقا لمعيار طبيعة النشاط، بموضوع النشاط ذاته. بين النشاط الإداري والنشاط الاقتصادي والنشاط المهني.

## 2-1- المرفق العام الإداري:

المرفق العام الإداري، ذلك الذي يتدخل في نطاق الوظيفة الإدارية للدولة، من خلال ممارسة نشاطا يختلف عن ما يمارسه الأفراد، وبمس على الخصوص، نشاط الأمن والدفاع والعدالة، والدبلوماسية. وكل ما يخص النشاط الإداري. وهي تلك المرافق التي تؤدي الخدمات المرفقية التقليدية، التي لازمت الدولة منذ زمن طويل وعلى رأسها مرفق الدفاع والأمن والقضاء ثم مرفق الصحة والتعليم، وهذه المرافق عادة ما تتسم بارتباطها بالجانب السيادي للدولة الأمر الذي يفرض قيامها بهذه النشاطات وأن لا تعهد بها الأفراد بما في ذلك من خطورة كبيرة.

ونظرا لأهمية هذه المرافق فلا معنى للدولة بدونها، كما أن الدولة تتولى تسييرها مهما كان النظام السياسي السائد في تلك الدولة.

الفقه لم يهتد لوضع معيار دقيق يمكن توظيفه والاعتماد عليه لمعرفة هذا النوع من المرافق على الأقل، وتكمن صعوبة وضع معيار في اختلاف نشاطات المرافق ذات الطابع الإداري.

وعرفها الدكتور فؤاد مهنا بأنها " المرافق التي يكون نشاطها إداريا وتخضع في تنظيمها وفي مباشرة نشاطها للقانون الإداري وتستخدم وسائل القانون العام ".

والمرافق الإدارية في غالبيتها تتميز بأن الأفراد لا يستهويهم نشاطها فلا يتصور أن يبادر الأفراد إلى إنشاء مرفق للأمن أو القضاء فهذا النوع من النشاط دون غيره يجب أن يلحق بالدولة ويدعم ماليا من قبلها ويسير أيضا من جانبها بصفة مباشرة، ولا يمكن لدولة أن ترفع يدها عن هذا النوع من النشاطات لأنها تدخل ضمن وظائفها الطبيعية أو واجباتها تجاه الأفراد.

ويقصد بالمرافق الادارية أيضا أنها المرافق العامة التي تمارس نشاطا إداريا بحتا يدخل في صميم الوظيفة الادارية هذا النشاط الاداري الذي يختلف اختلافا جذريا وجوهريا في طبيعته عن النشاط الخاص للأفراد الامر الذي يستوجب ويحتم خضوع هذه المرافق العامة الادارية لنظام مخصوص واستثنائي هو نظام القانون الاداري الذي يختلف في قواعده عن قواعد القانون الخاص اختلافا كبيرا.

وهو أمر أكدنا عليه أكثر من مرة ذلك أن الدارس للقانون الإداري في كل محور من محاوره كثيرا ما تصادفه فكرة المرفق العام ذو الطابع الإداري سواء عند التطرق للقرار الإداري أو العقد الإداري أو المنازعة الإدارية أو المال العام أو سلطات الإدارة وغيرها، حيث تتميز هذه المرافق عن غيرها أيضا أنها تخضع من حيث الأصل للقانون العام في سائر نشاطاتها لأنها تستخدم وسيلة القانون العام.

## 2-2- المرفق العام الاقتصادي:

وهي مرافق حديثة النشأة نسبيا تسبب فيها التطور الاقتصادي وظهور الفكر الاشتراكي مما دفع بالدولة إلى ممارسة نشاطات كانت في أصلها معقودة للأفراد، و مثال هذا النوع من المرافق المؤسسات الصناعية والمؤسسات التجارية. وإذا كان الفقه قد أجمع كما رأينا على إخضاع المرافق الإدارية لقواعد القانون العام، فإن الأمر لم يكن كذلك بالنسبة للمرافق الاقتصادية خاصة وقد ثبت ميدانيا أن المرافق الإدارية يتسم عملها بالبطء وإجراءاتها معقدة وتكاليفها باهظة، وهذه الآليات لا تساعد المرافق الاقتصادية التي تحتاج إلى أن تحرر أكثر وتخضع لإجراءات يسيرة يفرضها مبدأ المنافسة. إن الحقيقة التي لا يمكن إنكارها أن المرافق الاقتصادية إن خضعت لآليات القانون العام جملة، فإنها ستلقى منافسة شديدة من جانب المؤسسات الخاصة. ولربما يؤدي إلى زوالها مع مرور الوقت. لذلك اتجه الرأي الحديث في القانون الإداري وقضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى تحرير المرافق الصناعية من قيود القانون العام.<sup>4</sup>

ولقد أثار ظهور المرافق الاقتصادية إشكالا على المستوى القانوني تمثل في إيجاد معيار فاصل بين المرافق الإدارية والمرافق الاقتصادية. نوجز هذا الخلاف فيما يلي:<sup>5</sup>

### - الرأي الأول: معيار القانون الواجب التطبيق أو النظام القانوني الذي يخضع له المرفق:

وذهب مناصروه إلى القول أن ضابط التمييز بين المرافق الاقتصادية والمرافق الإدارية يكمن في أن النوع الأول من المرافق يخضع للقانون الخاص بحكم ممارسة لنشاط مماثل للذي يقوم به الأفراد. خلافا للنوع الثاني الذي يخضع كليا للقانون العام. ويؤخذ على هذا الرأي أنه يصادر على المطلوب فالخضوع لقواعد القانون العام أو القانون الخاص إنما هو نتيجة طبيعية ترتبت على الاعتراف بالطابع الإداري والاقتصادي للمرفق. ومن ثم لا يمكن الاعتماد عليه.

### - الرأي الثاني معيار الغاية.:

<sup>4</sup> الدكتور محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري ص 40.

<sup>5</sup> يعد الباحث Chavnon من بين الباحثين الأوائل الذي تصدى لهذه الفكرة وعالجها في رسالته للدكتوراه بعنوان *Essai sur la notion et le régime juridique des services publics industriels et commerciaux*, these de doctorat bordeaux 1939, P 18 et suite.

رأى جانب آخر من الفقهاء أن أداة التمييز بين النوعين من المرافق الاقتصادية والإدارية تكمن في أن المرافق الاقتصادية تبتغي في نشاطها تحقيق الربح خلافا للمرافق الإدارية.

ويؤخذ أيضا على هذا الرأي أن تحقيق الربح من عدمه هو نتيجة مترتبة على طبيعته. كما أن المرافق الإدارية تتقاضى رسوما لقاء قيامها بخدمة ما للجمهور.

### - الرأي الثالث: معيار شكل المشروع أو مظهره الخارجي.

ذهب رأي في الفقه إلى التركيز على شكل المشروع أو مظهره الخارجي. فيعد المرفق اقتصاديا إذا أدير عن طريق شركة. إما إذا تولت السلطة العامة إدارته فهو على هذا النحو مرفق إداري. غير أن هذا الرأي تعرض للنقد مفاده أنه لاشيء يمنع السلطة العامة من أن تتولى أيضا إدارة المرافق الاقتصادية.<sup>6</sup>

### - الرأي الرابع: معيار طبيعة النشاط.

وهو أكثر المعايير الفقهية شيوعا بالنظر لدقته. ويقوم هذا المعيار على أساس طبيعة النشاط الذي يزاوله المرفق. فإذا كان هذا المرفق يمارس نشاطا يعتبره القانون تجاريا فيما لو قام به الأفراد عد المرفق على هذا النحو تجاريا. ولقد تبنى هذا الرأي كبار فقهاء القانون الإداري.<sup>7</sup> ونحن بدورنا نعتقد أنه معيار سليم خاصة وقد سلط الضوء على ضابط يمكن الاعتماد عليه للتمييز بين النوعين من المرافق. وإذا كان الدكتور محمد أنس قاسم اعتبر أنه في المرافق الإدارية الوضع الغالب الإدارة هي من تدير النشاط خلافا للمرافق الاقتصادية يعهد بالنشاط لأحد أشخاص القانون الخاص.<sup>8</sup>

## 2-3- المرفق العام المهني:

وهي المرافق التي تنشأ بقصد توجيه النشاط المهني ورعاية المصالح الخاصة بمهنة معينة، وتتم إدارة هذه المرافق بواسطة هيئات أعضائها ممن يمارسون هذه المهنة ويخولهم القانون بعض امتيازات السلطة العامة. مثل نقابات المهندسين والمحامين والأطباء وغيرها من النقابات المهنية الأخرى.

وقد ظهر هذا النوع من المرافق عقب الحرب العالمية الثانية لمواجهة المشاكل التي كان يتعرض لها أصحاب هذه المهن والدفاع عنهم وحماية مصالحهم، لا سيما في فرنسا التي ظهرت فيها لجان تنظيم الإنتاج الصناعي عام 1940 .

<sup>6</sup> الدكتور إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 154.

<sup>7</sup> - الدكتور محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 43. الدكتور إبراهيم محمد علي، المرجع السابق ص 156.

<sup>8</sup> - الدكتور محمد أنس قاسم، 163 الوسيط في القانون العام المرجع السابق، ص 200.

وتخضع هذه المرافق لنظام قانوني مختلط فهي تخضع لنظام القانون العام واختصاص القضاء الإداري في بعض المنازعات المتعلقة بنشاطها غير أن الجانب الرئيس من نشاطها يخضع لأحكام القانون الخاص .

فالمنازعات المتعلقة بنظامها الداخلي وعلاقة أعضائها بعضهم ببعض وشؤونها المالية تخضع للقانون الخاص ولاختصاص المحاكم العادية، أما المنازعات المتصلة بمظاهرها نشاطها كمرفق عام وممارستها لامتيازات السلطة العامة فتخضع لأحكام القانون العام واختصاص القضاء الإداري

ومن ثم فإن المرافق المهنية تنفق مع المرافق العامة الاقتصادية من حيث خضوعها لنظام قانوني مختلط، غير أن نظام القانون العام يطبق بشكل أوسع في نطاق المرافق المهنية ويظهر ذلك في امتيازات القانون العام التي يمارسها المرفق، في حين ينحصر تطبيقه في مجال تنظيم المرفق في المرافق الاقتصادية (18)

تتميز هذه المرافق بالخصائص التالية:

- يكون الانضمام الى هذه التنظيمات المهنية اجباريا.
- النظام القانوني لهذه المنظمات المهنية من اعداد الدولة.
- تظطلع المجالس المهنية الممثلة باعداد النظام الداخلي والسهر على تطبيقه.
- تتولى السلطة التأديبية على أعضاء المهنة عند وقوع مخالفات مهنية أو تنظيمية.

"وقد ظهر هذا النوع من المرافق عقب الحرب العالمية الثانية. وهو يرمي الى تنظيم بعض المهن في الدولة عن طريق أبناء المهنة أنفسهم. والسمة البارزة في المرافق المهنية أن انضمام أفراد المهنة اليها ليس أمرا اختياريا وانما هو أمر اجباري مما يجعلها نوعا من الجماعات الجبرية. وتدار هذه المرافق من قبل مجموعة من المنخرطين فيها. وتتخذ شكل التنظيم النقابي يشرف على إدارته مجلس منتخب.

ومثال هذه النقابات في الجزائر منظمة المحامين . : " لا يجوز لأي كان أن يتخذ لنفسه لقب محام ان لم يكن مسجلا في جدول منظمة المحامين وذلك تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات".

- ولقد أخضع المشرع الجزائري بعض المرافق المهنية كالمنظمة الوطنية للمحامين فيما يتعلق بمنازعاتها لجهة القضاء الإداري سواء فيما يشمل المنازعات الناتجة عن التسجيل في المهنة أو أي منازعة أخرى تطبيقا لقانون المحاماة. ولا ينبغي أن يفهم من أن إخضاع المرافق المهنية لاختصاص القضاء الإداري يعني تغيير طبيعتها أو اعتبارا هياكل التسيير على مستوى المنظمة هي الأخرى مرافق إدارية اذ يظل المرفق مهنيا ولو خضع لاختصاص القضاء الإداري" عمار بوضياف محاضرات

## 2-4- ظهور وغياب التصنيف الاجتماعي للمرفق العام

لقد ظهر التصنيف الاجتماعي للمرفق العام من خلال الاجتهاد القضائي، فهو مستحدث قضائيا. حيث

يعود الى قرار "نالياتو" الصادر عن محكمة حل الخلافات الفرنسية في عام 1955.

ولقد كان لمجلس الدولة الفرنسي دور كبير في ظهور مفهوم المرفق العام الاجتماعي منذ سنة 1951 من خلال اجتهاداته في المنازعات الاجتماعية؛ الضمان الاجتماعي والتعويضات العائلية.

حيث طبق القانون الخاص لاعتقاده بأنه القانون الملائم للبحث في مثل هذه المنازعات أي قانون العمل والضمان الاجتماعي.

حيث اعتبرت التجمعات الترفيهية المنظمة من قبل الدولة مرافق عامة بسبب هدفها الاجتماعي، وقد أخضعها للقضاء العادي، أي القضاء المدني. ثم تراجع الاجتهاد القضائي سنة 1957 بعد سنتين من قرار نلياتو، عن اخضاع المرافق العامة الاجتماعية للقانون المدني والقاضي المدني، من خلال اجتهاد محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 1957/10/30

أرملة رادوكس في مخيم العطل. ثم تلا ذلك اجتهادات عدة ترى بعدم خضوع المرافق الاجتماعية للقاضي المدني. لكن فكرة المرفق العام الاجتماعي لم تعرف تطورا وسرعان ما عزل القضاء الفرنسي عنها، خاصة بموجب قرار "جامبيني" الذي تخلى صراحة على اعتماد فكرة المرفق العام الاجتماعي كمعيار لتطبيق القانون الخاص.

## الفرع الثاني: تنوع المرافق العامة من حيث النطاق المكاني لنشاطها.

### - المرافق العامة الوطنية

وهي مجموع المرافق التي يمتد نشاطها ليشمل جميع إقليم الدولة. ومثلها مرافق الدفاع والأمن والبريد والقضاء ونظرا لأهمية هذا النوع من المرافق فإن إدارتها تلحق بالدولة ونفعها يكون واسعا يشمل كل الأقاليم.

### - المرافق العامة المحلية.

وهي المرافق التي يقتصر نشاطها في جزء من إقليم الدولة كالولاية والبلدية. ويتنفع من خدمات هذا المرفق سكان الإقليم. وتتولى السلطات المحلية أمر تسييره والإشراف عليه لأنها أقدر من الدولة.<sup>9</sup> وأكثر منها اطلاعا ومعرفة لشؤون الإقليم كما عرفنا ذلك سابقا.<sup>10</sup> فهذه المادة 136 من قانون البلدية تعترف للبلدية بحق انشاء مؤسسات عمومية مشتركة تتمتع أيضا بالشخصية المعنوية.

وجاءت قواعد قانون الولاية أكثر وضوحا عندما أجازت هي الأخرى للولاية احداث مؤسسات عمومية ذات طابع اداري أو صناعي أو تجاري (المادة 126 الى 129). وتجدد الإشارة أن المرافق الوطنية والمرافق المحلية ليست منفصلة انفصالا تاما، بل كثيرا ما يحدث بينهما التعامل بما توجيه مقتضيات المصلحة العامة وبما يحقق النفع لجمهور المنتفعين.

<sup>9</sup> نقصد بالدولة السلطة المركزية.

<sup>10</sup> راجع ما قلناه سابقا بخصوص الأسباب الداعية للعمل بنظام الإدارة المحلية.

- الفرع الثالث: تنوع المرافق العامة تبعا للسلطة التقديرية للإدارة.
- الفرع الرابع: تنوع المرافق العامة تبعا لمدى تمتعها بالشخصية المعنوية.
- مرافق عامة تتمتع بالشخصية المعنوية
- مرافق عامة لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

المبحث الثاني: قانون المرفق العام. المبادئ العامة للمرفق العام.

(المبادئ الأساسية التقليدية والمستحدثة التي تحكم المرفق العمومي).

ان سن قانون واحد يحكم المرافق العامة جميعا بات أمر من المحال تجسيده في الواقع العملي بسبب اختلاف طبيعة نشاط كل مرفق عن المرافق الاخرى. غير أن ذلك لا يمنع من إخضاع كل المرافق الى مبادئ معينة اتفق الفقه والقضاء بشأنها وأضحت اليوم من المسلمات في نظرية المرافق.

كافة المرافق العامة سواء أكانت إدارية، أو تجارية، أو صناعية، وسواء أكانت تتمتع بالشخصية المعنوية أم لا، تطبق عليها المبادئ الأساسية للمرفق العام المسماة Lois de Rolland باسم الفقيه الفرنسي "رولاند" الذي صاغها، وهي: قوانين رولان.. وهي التالية: مبدأ استمرارية المرفق العام. مبدأ المساواة أمام المرفق العام. مبدأ التكيف الدائم للمرفق العام.

اضافة الى مبادئ أخرى مستحدثة، جاءت بجوار المبادئ الثلاثة السابقة، في اطار تحسين وجودة الخدمة العمومية، ونجاعة الأداء والمردودية للمرافق العامة، من بينها مبدأ الشفافية والمساءلة، والجودة والنجاعة والمردودية، وأخلقة المرفق العام.

يمكننا تقسم هذه المبادئ النازمة للمرفق العام الى مبادئ تقليدية ومبادئ مستحدثة.

**المطلب الأول: المبادئ التقليدية للمرفق العام- مبادئ رولان-**

**الفرع الأول: مبدأ استمرارية المرفق العمومي.**

مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، يعد من أهم المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة. ويقتضي هذا المبدأ ضرورة سيرها بانتظام، دون توقف، أو انقطاع في تقديم الخدمات الأساسية للجمهور؛ وإشباع حاجاته العامة، التي رُتِبَ على أساسها تنظيم أحوالهم المعيشية. وبذلك فإن حدوث أي انقطاع، أو تعطيل في سير أي مرفق من المرافق العامة، يترتب عليه حدوث اضطراب، وإلحاق أضرار بالأفراد.

على الرغم من أن المرافق العامة خاضعة لمبدأ الاستمرارية، فإنها تتعرض بصفة نظامية إلى حركات الإضراب. لكن في المقابل، يعد الحق في الإضراب حقاً دستورياً، يأتي في أعلى المقاييس ويصعب تطبيقه وتحديدده بصفة دقيقة. غير أن تحديدده يبدو ضرورياً لما تتطلبه المصلحة العامة من حماية واستمرار الخدمة العامة. والأمر على هذا النحو، يفرض ضرورة التوفيق على نحو سليم وفعال بين تلك المعايير ذات القيمة القانونية، وهو أمر صعب، ولكنه ضروري. فهل يجد هذا التوافق الصعب والضروري بين هذين المبدأين حله، في إيجاد مقاييس الحد الأدنى من الخدمات، نظراً للالتزامات، وتداعيات استمرار المرفق العام؟ وهل يشكل ذلك نظاماً عاماً يؤمن مبدأ الاستمرارية في إجمال المرافق العامة؟.

تنشأ المرافق العامة وتنظم لكي تشبع حاجات الجمهور العامة التي لا غنى له عنها، لذلك، كان لزاماً باسم المصلحة العامة، أن تؤدي هذه المرافق خدماتها العامة على نحو يمكن الجمهور من الاستفادة منها. ولا يمكن تحقيق هذا الهدف الذي قصد إليه من وراء إنشاء هذه المرافق -إلا بضمان سيرها بانتظام واطراد، لأن الحاجات الجماعية التي تنشأ المرافق العامة لإشباعها بشكل كاف، لا تعتبر أنها قد أشبعت، وأن المرفق العام حقق رسالته التي أنشئ من أجلها، إذا تم هذا الإشباع بشكل وقتي، أو على فترات متقطعة، بل يجب أن تكون هذا الإشباع بصفة دائمة ومنتظمة.

#### 1- تبرير مبدأ استمرارية المرفق العام:

السؤال الأول الذي يتبادر الى ذهن الباحث، هو ما هو مبرر ان تقدم الخدمة العامة باستمرار ودون انقطاع؟

إن تبرير مبدأ استمرارية المرفق العام قد يركز على مبررات ومبادئ متعددة، على سبيل المثال، نجد مبدأين أساسيين؛ الأول دستوري، والثاني سياسي.

فالأول هو تواجد الدولة، والثاني يركز على هدف اجتماعي، هو ضرورة تفادي الفوضى. والاجتهاد القضائي بدوره اعتبر منذ قرار winkell الصادر في: 07 أغسطس 1909 "إن الاستمرارية هي جوهر المرفق العام".

وعملاً بمبدأ الاستمرارية المكرس في الاجتهاد القضائي الفرنسي وأيضاً من قبل المجلس الدستوري الفرنسي، ينبغي على المرفق العام أن يعمل باستمرار، دون انقطاع ودون تأخير، وعلى الإدارات العامة تأمين دخول المستفيدين من المرافق العامة إلى المكاتب بشكل منتظم، وحسن، وضمن الدوام الرسمي، وإن إغلاق المكتب (...). قبل انتهاء الدوام الرسمي يشكل خطأ خدمة تسأل عنه الإدارة. ولا يمكن أن يتوقف المرفق العام إلا في العطل الرسمية، وأيضاً في حالة القوة القاهرة.

ومبدأ سير المرافق العامة بانتظام، واطراد كما لاحظ "هوريو" بحق، اتخذ شكلاً رائعاً في جميع الدول المتقدمة. فهئية البريد، أو هيئة النقل العام، تعملان كل جهد ليلاً ونهاراً وفي فترات دورية منتظمة على تقديم خدمات أساسية

للجمهور. والبوليس "الشرطة" ساهر باستمرار، وانتظام، في آناء الليل وأطراف النهار على حفظ الأمن والسكينة، وحماية الأرواح، والممتلكات في ربوع البلاد المختلفة.

لهذا، فإن الجمهور، يعلق أهمية كبيرة على المرافق العامة، ودوام سيرها بانتظام، ويصاب بعنت كبير إذا ما شلت هذه المرافق، أو توقفت عن مواصلة رسالتها في تقديم خدماتها الجوهرية.

فلنتصور مثلا، ماذا تكون النتيجة لو تعطل مرفق النقل يوما، أو بعض يوم. إن النتيجة المترتبة على ذلك، هي امتناع الموظفين والعمال عن الذهاب إلى أعمالهم ومباشرة مهام ووظائفهم، وهذا يؤدي إلى تعطيل مصالح الدولة وهيئاته المختلفة.

ولنتصور مدى الخطورة، والضرر لو حدث الانقطاع أثناء فترة الامتحانات، فنجد أنه بينما الطلبة متأهبون للذهاب إلى مقار لجان امتحاناتهم، إذا بوسيلة نقلهم غير موجودة، الأمر الذي يؤدي إلى انزعاجهم وارتياحهم من ناحية، وإضرار بالنظام العام من ناحية أخرى.

لذلك فإن من أبرز المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة، دوامها في سيرها بطريقة منتظمة. ذلك المبدأ الذي نال عناية فائقة وأبهر الأنصار وحظي بالتأييد في ظل الشعوب المتمدنية.

وقد اتسع نطاق تطبيق المبدأ المذكور في الوقت الحالي، نظرا لتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية واتساع ميدان نشاط الدولة، وازدياد مرافقها وكثرة مهامها وتعدد وظائفها وتشعب اختصاصاتها.

لهذا يجب على الدولة أن تعمل على ضمان سير مرافقها العامة، بشكل دائم ومنتظم، لأن غاية الغايات من هذه المرافق هي استهداف النفع العام، وأداء الخدمات الأساسية للجمهور، وأصبح هذا الأخير يركن إلى هذه الخدمات، ويرتب أموره على أساس وجودها بصفة دائمة ومنتظمة.

فمبدأ استمرارية المرفق العام، أساسي في تفادي الفوضى الاجتماعية، واستقرار كيان الدولة.

## 2- الأساس القانوني لمبدأ استمرارية المرفق العام:

### 2-1 الأساس ما تحت الدستوري:

المشرع الجزائري كرس مبدأ الاستمرارية للمرفق العمومي في تقديم الخدمة العمومية، وذلك في المرافق العمومية الاقتصادية بمناسبة قرار 03 مارس 1965 الذي منح مؤسسة الكهرباء والغاز امتيازاً على شبكات تموين وتوزيع الطاقة الكهربائية، والذي حتم في المادة 12 منه ضرورة استمرارية تقديم الخدمة العمومية من قبل هذه المؤسسة العمومية الوطنية.

اما بخصوص المرافق العمومية الادارية فان الاعتراف القانوني له بهذا المبدأ جاء متأخرا حيث صدر الأمر بشأتها بموجب المادة 11 من قانون رقم: 85-07 المؤرخ في: 06 غشت 1985 المتعلق بإنتاج الطاقة الكهربائية ونقلها وتوزيعها وبالتوزيع العمومي للغاز، والتي نصت:

" يتعين على المؤسسة صاحبة الاحتكار أن تزود غيرها دائما بالكهرباء والغاز.

غير أنه يمكنها أن توقف تقديم الخدمة من أجل تقديم الصيانة وأشغال الايصال وكل الأشغال القريبة من المنشآت التي يجب توقيفها على سبيل الأمن "

ثم يمكن التأسيس القانوني لمبدأ استمرارية المرفق العمومي في المرسوم رقم: 88-131 الذي ينظم العلاقات بين الادارة والمواطن، وكذلك في النص الدستوري 1996 المعدل والمتمم حين قال: " يسهر الوزير الأول على حسن سير الادارة العمومية "

ونص المادة 3 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة: " تتمثل الأهداف في مجال الصحة في حماية صحة المواطنين عبر المساواة في الحصول على العلاج وضمان استمرارية الخدمة العمومية للصحة والأمن الصحي .."

وفي المادة 06 منه أيضا: " تهدف المنظومة الوطنية للصحة الى التكفل باحتياجات المواطنين في مجال الصحة بصفة شاملة ومنسجمة ومستمرة.

ويرتكز تنظيمها وسيرها على مبادئ الشمولية والمساواة في الحصول على العلاج والتضامن والعدل واستمرارية الخدمة العمومية والخدمات الصحية "

أما على المستوى الدولي في الميثاق الافريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة في المادة الثالثة الفقرة الرابعة منه، حين قالت: " تتفق الدول الأعضاء على تنفيذ الميثاق وفقا للمبادئ الآتية: ..

#### 1- استمرارية الخدمات العامة في كل الظروف .. "

فالملاحظ أن المشرع يهتم بمبدأ استمرارية المرفق العام ويضمه في النصوص القانونية المختلفة، وقد نص من خلال ذلك على ضمانات مهمة لتطبيقه، بمعية الاجتهاد القضائي.

#### 2-2- الدسترة المتأخرة للمبادئ التقليدية للمرفق العام:

تبعا للاهتمام الدولي في المواثيق الدولية لمبادئ المرفق العام، بدأت الدساتير الداخلية توطر وتضم بين صحفها هذه المبادئ، من بينها الدستور الجزائري في تعديله الأخير لسنة 2020 في نص المادة 27 منه.

.....

## الفرع الثاني: الضمانات التشريعية والقضائية لتطبيق مبدأ استمرارية المرفق العمومي.

بغرض ضمان تقديم الخدمة العمومية باستمرار ودون توقف، أوجد المشرع ضمانات للحد من كل ما قد يعيق ذلك، من خلال توقف العامل أو الموظف عن العمل، بممارسة الاضراب، أو تخليه عن العمل.

كما كان للاجتهاد القضائي أثر في تعزيز مبدأ استمرارية المرفق العام .

### أولاً: الضمانات التشريعية لتطبيق مبدأ استمرارية المرافق العمومية.

تتمثل الضمانات التشريعية لتطبيق مبدأ استمرارية المرافق العامة في تنظيم حق الاضراب، وتنظيم حق الاستقالة.

#### 1-تنظيم ممارسة الحق في الإضراب:

وضعت التشريعات المختلفة عدة قواعد وأحكام، ورسمت حدوداً وضوابط لممارسة الحق في الإضراب، بطريقة سليمة وشرعية، بهدف المحافظة على الجانب المهني، والجماعي، والفردى من جهة، والمحافظة على استقرار الأمن المهني والاجتماعي، والاقتصادي في المؤسسات المستخدمة بصفة خاصة، والمجتمع ككل بصفة عامة. ومن جهة ثانية، ومن أجل الوقوف على هذه التنظيمات، والضوابط القانونية لكيفية ممارسة الحق في الإضراب، التي يمكن وصفها بالضمانات القانونية لممارسة هذا الحق، يتعين التطرق إلى تعريف الاضراب ثم أساس الحق في الإضراب، وشروط وشرعية الإضراب، وضوابط هذا الحق.

#### أ- تعريف الاضراب:

الاضراب مصدر أضرَب، يقال أضرَبت عن الشيء، مققت عنه وأعرضت عنه، وضرب عنه الأمر، صرفه عنه. قال تعالى " أفنضرب عنكم الذكر صفحاً " .

وفي العرف، الاضراب جاء في المعجم الوسيط الاضراب هو الكف عن عمل ما.

وعرف الاضراب لدى البعض: " امتناع شخص أو جماعة عن العمل أو عن الطعام، تحقيقاً لمطالب أو شروط، يعلنون عنها للمسؤولين رسميين أو غير رسميين " .

وهو ذلك الانقطاع الجماعي والفعلي عن العمل، من أجل الضغط على صاحب العمل أو الإدارة المستخدمة للوصول الى تلبية مطالب مهنية.

فالإضراب قد يكون عن الطعام، أو عن العمل، كما قد يكون اضراب عاماً.

## ب- أساس الحق في الإضراب:

يمكن رد أساس الحق في الإضراب إلى أساس فقهي ثم أساس قانوني.

### ب -1- الأساس الفقهي لحق الإضراب:

شرح الحق في الإضراب للعمال، للدفاع عن مصالحهم المهنية، التي تنشأ من جراء انعدام التوازن الاقتصادي والاجتماعي بين العمال، وأصحاب العمل، فقد ثبت بالتجربة، أن الحق في الإضراب هو الوسيلة الفعالة والناجعة في تحقيق هذا التوازن في مجال علاقات العمل، وفي هذا الصدد تتسم المجتمعات الحديثة، ولاسيما المجتمعات الرأسمالية، بخاصية جوهرية تتمثل في فكرة الصراع بين الطبقات الاجتماعية المختلفة (نزاع حول اقتسام فائض القيمة)، ذلك الصراع الذي مرده اختلال التوازن الاقتصادي والاجتماعي بين الطبقات، ومن هنا وجدت النقابات العمالية كنظام قانوني، أنيط به مهمة الدفاع عن مصالح العمال، وتطور الأمر في الدفاع عن تلك المصالح إلى ممارسة الحق في الإضراب، ذلك الحق الذي ناضلت من أجله الطبقة العاملة ردحا من الزمن، لتعزيزه حتى تكفل هذا الكفاح باعتراف المشرع به صراحة، كوسيلة لإعادة التوازن الاقتصادي والاجتماعي بين العمال وصاحب العمل.

ولإلقاء الضوء على فكرة التوازن الاقتصادي والاجتماعي، كأساس لحق الإضراب، سنعرض أموراً، منها

يذهب أغلب الفقه الفرنسي إلى أن أساس الحق في الإضراب، يكمن في وجود علاقات العمل غير المتكافئة، تلك التي يتميز أحد طرفيها بمركز اقتصادي قوي، يستطيع بموجبه فرض الشروط التي تناسبه، دون استطاعة الطرف الآخر معارضة ذلك، ومن ثم تنور فكرة انعدام التوازن بين طرفي علاقة العمل.

وقد أشار إلى هذه الحقيقة العديد من أساتذة القانون العام في النصف الأول من القرن العشرين، أمثال

الفقيه هوريو "HAURION"، وسالومون "SALOMON"، وسيناي "H. SINAY".

من المتفق عليه فقها، أن أساس حق الإضراب لا ينشأ من علاقات العمل التي يكون أطرافها في مراكز متوازنة، إنما أساس هذا الحق، ينشأ عندما يكون أحد طرفي هذه العلاقة له الكفة الراجحة اجتماعيا، واقتصاديا على الطرف الآخر.

فيرى الفقيه "سالومون" أنه فيما يتعلق بحق الإضراب، يجب على المشرع أن يمنح العاملين الوسيلة الضاغطة من أجل إعادة التوازن بينهم، وبين أولئك الذين يفرضون عليهم شروطهم.

ويذهب الفقيه لاروك "P. LAROQUE" إلى أن "الإضراب يشكل الحماية الوحيدة للعاملين ضد أولئك الذين يملكون وسائل الإنتاج". أما الفقيه أولييه "P. L. OLLIER" فيرى أن "الإضراب كواقعة قانونية - يؤدي إلى ضرورة التفاوض، وهذا في ذاته يعتبر أحد الضمانات التي يتحقق بها التوازن".

والفقيه "سيناي" يرى في حق الإضراب أنه "وسيلة الطبقة العاملة في تحقيق التوازن بين القوى الاجتماعية".

## ب-2-الاساس القانوني لحق الإضراب في التشريع الجزائري:

جاء في المادة 20 من دستور 1963 الجزائري الأول، بأن حق الإضراب معترف به ويمارس في إطار القانون وعندما صدر القانون الأساسي للوظيفة العامة في الثاني من شهر جوان 1966 لم يشر بيان أسبابه ولا أحكامه الى حق الإضراب.

وذاذ المسلك نراه في الأمر رقم 71-74 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات الذي اكتفى بالإعلان عن مجموعة من الحقوق كالحق في الأجر وحق المشاركة في التسيير والحق في الأرباح والتكوين والراحة دون اشارة لحق الإضراب. وهذا أمر طبيعي فرضته طبيعة المرحلة فلا يمكن أن نتصور أن العمال في ظل الفلسفة الإشتراكية هم من جهة رواد التنمية الإقتصادية، ومن جهة وأخرى يعترف لهم المشرع بحق الإضراب.

وجاء دستور 1976 و لم يفصح المؤسس فيه عن موقفه من حق الإضراب في القطاع العام عموما، سواء اداري، أو الإقتصادي، واكتفت المادة 61 منه بالاعتراف بحق الإضراب في القطاع الخاص.

ولم تحد قواعد القانون الأساسي العام للعامل عن المبدأ العام فلم تجز صراحة ممارسة حق الإضراب في القطاع العام الإقتصادي، بل أجازته وبصريح العبارة فقط في قطاع خاص (المادة 21) تجسيدا للمبدأ الدستوري.

وحمل دستور 1989 ولأول مرة شيئا جديدا بخصوص حق الإضراب تمثل في الاعتراف بممارسته في جميع القطاعات إلا ما استثنى بنص. فنصت المادة 54 منه على أن الحق في الإضراب معترف به ويمارس في إطار القانون ويمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق أو أن يجعل حدودا لممارسته في ميادين الدفاع الوطني أو الأمن أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع

وصدر بعده القانون رقم 90-02 المؤرخ في 06 فبراير 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب المعدل والمتمم بالقانون رقم 91-27 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، وتضمنت قواعده كيفية ممارسة حق الإضراب وإجراءاته وآثاره.

وأخيرا صدر الأمر 03.06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية واعترفت المادة 36 منه للموظف بممارسة حق الإضراب في ظل التشريع المعمول به أي في ظل القانون 90-02 المعدل والمتمم.

وذلك تطبيقا لنص المادة 70 من دستور 1996 الحالي في فصل الحقوق والحريات:

" الحق في الاضراب معترف به، ويمارس في اطار القانون.

يمكن ان يمنع القانون ممارسة هذا الحق، أو يجعل حدودا لممارسته في ميادين الدفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للأمة."

## ج- شروط ممارسة الإضراب في التشريع الجزائري:

حتى يمارس الإضراب في إطار قانوني، نظم المشرع الجزائري كيفية ممارسته.

وبالرجوع إلى القانون المنظم لكيفيات ممارسة حق الإضراب، والأحكام الواردة فيه، نجد أن المشرع قد وضع أربعة شروط رئيسية لممارسة الإضراب بشكل مشروع في كل من الجزائر، من المفيد التعرض لبيان بعض الاجتهادات القضائية بهذا الشأن .

### ج-1- استنفاد إجراءات التسوية الودية:

يقصد بهذا الشرط، أنه لا يشرع في الإضراب إلا بعد التأكد من فشل محاولة التسوية الودية والقانونية والرضائية والاتفاقية، والتمثلة في الوساطة والمصالحة. ففي الوساطة يقوم وسيط بإقناع الأطراف المتنازعة حول حل وسط، ويقترح حلاً للنزاع بعد سماعه للطرفين، ويدعوهم إلى قبول الحل الذي اقترحه، كما أنه يمكن اللجوء للتحكيم الذي يتم باتفاق طرفي النزاع، ويمنع اللجوء إلى الإضراب، أو يتم توقيفه إذا تم الشروع فيه، حيث نصت المادة 25 من القانون رقم 90-02 بأنه: "لا يمكن اللجوء إلى ممارسة الإضراب، ويوقف الإضراب الذي شرع فيه بمجرد إتفاق الطرفين في الخلاف الجماعي في العمل على عرض خلافهما على التحكيم"، لأن قرار التحكيم يفرض تطبيقه والإلتزام به من قبل الطرفين وفق نص أحكام المادة 13 الفقرة 02 من القانون رقم 90-02، وذلك لأن أمر اللجوء إليه يفقد المتنازعين هذه الحرية، ويلزمهم مسبقاً بالامتنال لقرار التحكيم والالتزام به وتنفيذه<sup>9</sup>.

### ج-2- موافقة جماعة العمال على الإضراب:

معنى ذلك أن يكون قرار اللجوء إلى الإضراب صادراً عن أغلبية العمال بإرادة حرة، دون إكراه، أو ضغط أو إنفعال، ويتم ذلك في جمعية عامة تضم كافة العمال، أو نصفهم على أقل تقدير، يعبرون فيها عن رغبتهم في الإضراب، عن طريق الاقتراع السري، ويشترط أن يكون القرار النهائي للجوء إلى الإضراب صادراً عن الأغلبية المطلقة للعمال الحاضرين لهذه الجمعية وذلك حسب نص المادة 28 من القانون 90-02.

### ج-3- الإشعار المسبق بالإضراب:

مؤدى هذا الشرط أنه يجب الإشعار مسبقاً بتاريخ ومدة الإضراب، وذلك بإعلام صاحب العمل مسبقاً بقرار اللجوء إلى الإضراب، مع تحديد بداية الشروع فيه، ومدته إذا كان محدد المدة، أو إذا كان مفتوحاً، مما يعني أن بداية الإضراب ليس هو تاريخ إقراره، وإنما يبدأ نفاذه من التاريخ الموالي لنهاية مهلة الإخطار المسبق.

### ج-4- ضمان أمن وسلامة أماكن ووسائل العمل:

يتحدد مفهوم هذا الشرط، في عدم احتلال أماكن العمل بالقوة، وذلك باتخاذ كافة الاحتياطات والإجراءات اللازمة، لضمان المحافظة على وسائل وأدوات، وأماكن العمل، وعدم تعريضها لأية أضرار، أو تخريب، أو إتلاف، أو مساس بالأماكن العقارية، والمنقولة، والمنشآت التابعة للمستخدم

## د- القيود الواردة على ممارسة الحق في الإضراب:

على الرغم من القيمة الدستورية للحق في الإضراب، والاعتراف به ضمن قائمة الحقوق الأساسية للمواطن، إلا أنه مع ذلك ليس حقا مطلقا، بل مقيدا بعدة اعتبارات أمنية، واقتصادية، وسياسية، ومهنية، وهذه القيود مقررة دستوريا كذلك، فأغلب الدساتير الحديثة تنص على هذه القيود وتحيل تنظيمها للقانون.

حيث بينت المادة 71 من الدستور الجزائري التقييد في ممارسة حق الاضراب، فنصت على أنه

"..يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق، أو يجعل حدودا لممارسته في ميادين الدفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع".

فضابط التقييد الدستوري لممارسة حق الاضراب هو كل ما يضر بالمنفعة الحيوية للمجتمع.

وفي هذا الصدد، هناك نوعين من القيود، منها ما هو كلي، ومنها ما هو جزئي. فالقيود الكلية هي المنع المطلق لممارسة الحق في الإضراب، على بعض الفئات العمالية، في بعض القطاعات أو المرافق، وذلك إما بسبب حيوية واستراتيجيه الوظيفة، وإما نتيجة الآثار التي قد تنتج عن ممارسة هذا الحق في هذه المرافق، أو القطاعات أو النشاطات. أما عن القيود الجزئية، فهي وضع مجموعة من الالتزامات، التي من شأنها الحد من ممارسة الحق في الإضراب، بصفة كلية وكاملة في بعض القطاعات، والنشاطات لعدة اعتبارات اجتماعية وأمنية واقتصادية.

## د-1- القيود الكلية:

لقد منع القانون الجزائري مثله مثل القانون الفرنسي، ممارسة الحق في الإضراب في بعض ميادين الأنشطة الأساسية، والحيوية. كما نصت المادة 71 الدستورية السابقة الذكر، وماتبينه المادة 43 من القانون رقم 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب، فالقطاعات التي لا يمكن ممارسة الحق في الإضراب فيها، فنصت على أنه: "يمنع اللجوء إلى الإضراب في ميادين الأنشطة الأساسية التي قد تعرض توقفها حياة، أو أمن أو صحة المواطنين، أو الاقتصاد الوطني للخطر وبم هذه الصفة، يحرم اللجوء إلى الإضراب على الفئات الآتية:

(القضاة، الموظفون المعينون بمرسوم أو الموظفون الذين يشغلون مناصب في الخارج، أعوان مصالح الأمن، الأعوان الميدانيون العاملون في مصالح الحماية المدنية، أعوان مصالح إستغلال شبكات الإشارة الوطنية في وزارتي الداخلية والشؤون الخارجية، الأعوان الميدانيون العاملون في الجمارك، عمال المصالح الخارجية لإدارة السجون).

من خلال نص المادة، يُلاحظ أن المشرع الجزائري أباح ممارسة إضراب عمال قطاع الوظيفة العامة، إلا أنه استثنى من ذلك بعض الفئات من الموظفين، انطلاقاً من معيار وظيفي. ومعيار أمن وصحة المواطن، والحفاظ على الاقتصاد الوطني من أي خطر.

## د-2- القيود الجزئية:

يقصد بالتقييد الجزئي لممارسة حق الاضراب، هو عدم المنع المطلق له بداية، وإمكانية ممارسته مع ضمان حد أدنى من تقديم الخدمة العمومية.

وردت هذه القيود في القانون رقم 90-02 المؤرخ في 06 فبراير 1990، وهي من أهم القيود التي أوردها المشرع على ممارسة الحق في الإضراب في هذا القانون، هو إلزام العمال المضربين بتقديم الحد الأدنى من الخدمة الدائمة الضرورية بالنسبة لبعض القطاعات، وفقاً للمادة 37 من القانون 90-02. مراعاة التوازن بين ممارسة حق الإضراب، والصالح العام.

## ج- أثر ممارسة حق الاضراب على من يمارسه:

ان الموظف العام أو العامل الذي قد يمارس حقه الدستوري والقانوني في الاضراب عن العمل، يتمتع بحماية قانونية خاصة لما يكون ممارسته للاضراب متفق مع الشرعية القانونية.

فالاضراب لا يوقف علاقة العمل طيلة مدة التوقف عن العمل، ما عدا فيما اتفقا طرفا الخلاف بواسطة اتفاقية عقود يوقعونها، وتكون الحماية لحقوق الموظف أو العامل المضرب اجرائياً من خلال:

- منع استخلاف العمال أو الموظفين بتعيين موظفين او عمال مكان المضربين، ما عدا في حالات عدم ضمان الاستجابة للتسخير أو الحد الأدنى من الخدمة العمومية.
- لا يمكن تسليط أي عقوبة على العمال متى كان اضرابهم قانونياً.
- معاقبة كل من يعيق ممارسة حق الاضراب. في ظل احترام القوانين والتنظيمات.
- أما بخصوص الأجر، فان المضرب عن العمل تحصم منه أجرة الأيام التي مارس فيها اضرابه القانوني بموجب المنشور الوزاري الموقع بين وزير العمل والمدير العام للتوظيف العمومي بتاريخ 12-03-1991، والذي تلاه منشور مماثل بتاريخ 25-11-1998 والمؤكد على خصم أجور أيام الاضراب.

## ثانياً: تنظيم ممارسة حق الاستقالة:

ان استقالة الموظف العام أو العامل من منصب عمله، تعد أحد معيقات تطبيق مبدأ استمرارية المرفق العام بانتظام واطراد، لذا تنظيماً قانونياً ضماناً تشريعياً من ضمانات تطبيق المبدأ وحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد.

فبغرض المحافظة على حسن سير المرفق العام واستمرارية نشاطه أرسى القانون الأساسي للتوظيف العامة الأول الصادر بموجب الأمر 66-133 المؤرخ في جوان 1966 مبدأ عاما مفاده أن الانقطاع عن العمل لا يتم بمجرد تقديم الاستقالة كتابيا والتعبير عن الإرادة في التخلي عن القيام بأعباء الوظيفة، وإنما بقبول وموافقة الجهة التي لها سلطة التعيين وهذا ما نصت عليه المادة 63 من القانون المذكور بقولها: " لا يمكن أن يكون للاستقالة مفعولا الا بطلب خطي يقدمه المعني ويعبر فيه عن إرادته بلا غموض وقطع الصلة التي تربطه بالإدارة...ويرسل الموظف طلبه عن طريق السلم الإداري الى السلطة التي تمارس حق التعيين ويبقى مكلفا بالقيام بالالتزامات المرتبطة بوظيفته الى أن تتخذ السلطة المذكورة قرارها ". وعليه فان ترك منصب عمله والتخلي عن القيام بواجبات الوظيفة دون انتظار قبول الجهة التي لها سلطة التعيين يعرض مقدم طلب الإستقالة الى العزل ويجرمه التمتع ببعض حقوقه وهذا ما نصت عليه المادة 67 من ذات القانون.

غير أن المشرع ومنعا لأي تعسف قد يحدث من جانب الإدارة أجاز للموظف المعني في حالة رفض الطلب بعد انتهاء ثلاثة أشهر أن يرفع أمره إلى اللجنة المتساوية الأعضاء التي تصدر رأيا ثم تسلمه الى الجهة التي لها صلاحية التعيين.

وأحسن المشرع في نصوص لاحقة عندما اعتبر الاستقالة حقا وهذا ما نصت عليه المادة 93 من القانون الأساسي العام للعامل وأكدته المواد من 133 وما بعدها من القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العامة لسنة 1985. وتبدو الحكمة في الاعتراف بالاستقالة كحق، أن إلزام الموظف بالعمل لحساب المؤسسة المستخدمة رغم إرادته يشكل صورة من صور المساس بحرية العمل والتي بات معترف بها في سائر التشريعات الحديثة. ومن جميع ما تقدم نستنتج أن حرص المشرع على أن يكون طلب الاستقالة مكتوبا ومسببا ثم إلزام الموظف بالعمل بعد تقديم الطلب لمدة محددة هي مدة الإشعار. وإلزامه بالعمل أيضا بعد فوات هذه المدة مع الاعتراف له بحق رفع طلب جديد للجنة المتساوية الأعضاء وغيرها من الإجراءات إنما الهدف منها ضمان استمرارية أداء النشاط والخدمة من جانب المرفق.

ولقد أحسن المشرع عندما فرض الكتابة كأداة لإفصاح الموظف رغبته في التخلي عن الوظيفة لما في ذلك من فرصة أمام الموظف ليدرك من ذلك خطورة التصرف الذي يقدم عليه. فلو ترك المشرع للموظفين سبيلا مفتوحا للتخلي عن مهامهم بمجرد تقديم طلب الاستقالة لنجم عن ذلك المساس بمبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد.

ورجوعا للأمر 06-03 المذكور والمتضمن قانون الوظيفة العمومية الجديد نجده لم يورد الاستقالة تحت عنوان حقوق الموظف وإنما ورد ذكرها في الباب العاشر تحت عنوان إنهاء الخدمة وان كانت المادة 217 من الأمر المذكور قد اعترفت بصريح العبارة أن الاستقالة حق للموظف يمارسه ضمن إطار القانون. وأكدت المادة 218 و 219 على وجوب تقديم طلب كتابي يعبر فيه الموظف عن رغبته في قطع العلاقة الوظيفية يرسل عن طريق السلم الإداري للسلطة المخولة بصلاحيات التعيين ويلزم بالاستمرار في أداء عمله الى غاية صدور القرار. ومتى قبلت الإستقالة فلا مجال للتراجع فيها.

وألزمت المادة 220 من ذات القانون السلطة المكلفة بالتعيين باتخاذ قرارها خلال شهرين ابتداء من تاريخ إيداع الطلب. ويجوز لها في حالة الضرورة القصوى للمصلحة أن تؤجل الموافقة لمدة شهرين بعد انتهاء الأجل الأول (أي الشهرين الأولين) وبانقضاءها تصبح الاستقالة نافذة وفعالية.

ثانيا: الضمانات القضائية لتطبيق مبدأ استمرارية المرفق العام.

ان مبدأ الاستمرارية كما يصفه بوسماح محمد أمين له صبغة سياسية أكبر مقارنة بالمبادئ الأخرى، وذلك ما نجده عند اللجوء الى الاضراب من قبل أعوان المرافق العمومية، حيث يظهر الجدل بخصوصه، لتأثره بالمناخ السياسي والاجتماعي للدولة.

ولما كان الطابع السياسي قد يميز هذا المبدأ، فان تدخل القاضي الاداري بخصوصه أمر ضروري ومهم وجدي، سواء أكان منظما تشريعيا أو لا، ومن ذلك عند ممارسة حق الاضراب وحق الاستقالة لعون الادارة العمومية، كما يمكن ان يكون له دور في نظرية المال العام والعقد الاداري أيضا.

ولقد طبق القاضي الاداري مبدأ الاستمرارية في تقديم الخدمة العمومية في اجتهاده، ومن ذلك اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي عندما أيد قرار للإدارة العامة مخالفا للقانون في التعاقد مع أشخاص من أجل الحيلولة دون توقف مرفق عام قام العاملون فيه بالإضراب، تطبيقا لنظرية الضرورة ومبدأ استمرارية المرفق العام.

وجاء في قرار للمجلس الأعلى الجزائري بتاريخ: 14 جانفي 1989، والذي أقر أن التقسيم الاداري الجديد ينقل التزامات البلدية القديمة الى البلدية الجديدة تطبيقا لمبدأ استمرارية المرفق العام، حيث لا يمكن ان تتجاهل البلدية المستحدثة ما التزمت به البلدية القديمة حماية لحقوق الغير وضمان لسير المرفق العام بانتظام واطراد.

حيث جاء في فحوى القرار القضائي: " حيث أن هذا التقسيم الاداري لم يؤد الى انقطاع في نشاط المرفق العام، مادام نشاط البلدية السابقة المتعلق بتراب البلدية الجديدة تكفل به البلدية الجديدة تطبيقا لمبدأ استمرارية المرفق العام ..".

ولقد كرس القضاء الإداري مبدأ استمرارية المرفق العام، من خلال ابتداء نظرية الموظف الفعلي، ونظرية الظروف الطارئة.

-1 نظرية الموظف الفعلي تطبيق لمبدأ استمرارية المرفق العام:

أ- من هو الموظف الفعلي؟

يمكن تحديد المقصود بالموظف الفعلي، فقها، تحديدا سلبيا وآخر إيجابيا.

فالتحديد السليبي له هو كل موظف غير قانوني، أو كل موظف لا يكون منتحلا لصفة الموظف العام.

لذا تعريف الموظف الفعلي سلبيا، بما يقابله من صفات الموظف. فهو كل موظف كان مختلفا عن الموظف القانوني، أو المنتحل لصفة الموظف العام.

ومنه الموظف الفعلي هو وسط بين موظفين.

فهو كل من لم يستلم مهمة الوظيفة العامة بطرق وإجراءات قانونية، وهو بالتالي يختلف عن الموظف القانوني من جهة، وكل من مارس مهام الوظيفة العامة دون نية الاضرار والانتحال الاجرامي لصفة الموظف العام، لاختلافه عن منتحل صفة الموظف العام، من جهة ثانية.

وعلى المستوى الفقهي، عرف الموظف الفعلي من خلال التحديد الإيجابي بأنه:

"كل شخص يشغل الوظيفة بطريقة غير صحيحة، ويمارس اختصاصاتها ويزول أعمالها سواء أكان البطلان يعود لسبب التولية أو انتهاء أثره".

أو هو ذلك الشخص الذي عين تعيينا معيبا، أو لم يصدر بتعيينه قرار اطلاقا، فيكون الأصل العام أن أعماله باطلة لصدورها من غير مختص، غير أن القضاء سلم بصحة تلك الأعمال استنادا لأسس معينة.

هو الشخص الذي لا اختصاص له بصفة عامة في اتخاذ اجراء اداري معين، أو هو ذلك الذي يعين في وظيفة دون اتباع الاجراءات القانونية الصحيحة في ذلك، فيقع حينئذ قرارا باطلا.

أو هو ذلك الشخص الذي يعترف القضاء - في بعض الظروف - بصحة تصرفاته في مجال المرافق العامة، رغم أنه لم يعين تعيينا صحيحا وما يزال ساري المفعول في الوظيفة التي مارس اختصاصها.

ومن الفقه الفرنسي، عرف الموظف الفعلي، بأنه كل من يقوم بعمل الموظف العام دون توفر السند الصحيح.

وعرفه GasstonJez باعتبار كل شخص يشغل الوظيفة في ظروف معينة بطريقة غير صحيحة، ويمارس اختصاصها، ويقوم بمزاولة أعمالها سواء كان عدم صحة شغله للوظيفة يرجع الى بطلان سند توليه لها أو انتهاء أثره.

كما بين De Loubadere أن الموظف الفعلي يعين تعيينا معيبا أو لا يصدر بتعيينه أي قرار على الاطلاق، فو شخص فاقد للاختصاص، لكن تعد أعماله مشروعة.

وتجدر الاشارة في هذا السياق، ان فكرة الموظف الفعلي هيليست حديثة نجد لها تطبيقات سابقة. تبناها القانون الاسلامي، والقانون الروماني على الخصوص.

ففي أحكام الفقه الاسلامي، وبمناسبة الحديث عن البغاة وتصرفاتهم، الذين خرجوا عن الحاكم الحق بغير حق. اذا استولى البغاة على اقليم أو جزء من البلاد فان تصرفاتهم تطبيقاً لفكرة الموظف الفعلي تجرى وتطبق، ولا تلغى رعاية للحقوق المكتسبة والصالح العام، رغم عدم صحة اختصاصهم الوظيفي. بالإضافة الى ما قرره الفقه الاسلامي في حالة تعذر قيام الأئمة ونوابهم بالتصرف في أموال المصالح العامة، وأمكن القيام بها من جانب الأفراد، فان تلك التصرفات تعتبر صحيحة نافعة.

كما أجاز القانون الروماني في بعض الحالات التصرفات والأعمال الصادرة من الأفراد دون توفر الصفة اللازمة، اذا كانت المظاهر المحيطة بتلك الأعمال من شأنها دفع الغير الى الاعتقاد بأن من قام بتلك التصرفات تتوافر له الصفة اللازمة، وذلك حماية للغير حسن النية. ومن تطبيقاته وأمثلة الفكرة قضية أحد العبيد المثقفين ويدعى Barbarius الذي هرب من سيده ولجأ الى روما، وظهر بمظهر الأحرار، وبلغ به أن تقلد منصب حاكماً قضائياً، ثم اكتشف أمره ورد الى الرق، ومن ثم أثبتت إشكالية الأحكام القضائية التي أصدرها بحكم ممارسته للوظيفة، حيث تم إقرار اعماله واحكامه تطبيقاً لفكرة الموظف الفعلي، وتطبيقاً لمبدأ الغلط الشائع يولد الحق.

ب- التمييز بين الموظف الفعلي والموظف القانوني ومنتحل صفة الموظف:

#### ب-1- الموظف القانوني والموظف الفعلي:

ان التسليم بمفهوم محدد ثابت ومستمر للموظف العام، لفترة طويلة أمر مستبعد، ذلك أن نظرة القانون الإداري للموظف العام مختلفة ومتطورة نظراً للطبيعة المتطورة له والمرونة التي يتسم بها، كما أن نظرة القانون الإداري ليست الوحيدة لمقصود الموظف العام، حيث نجد القانون الجزائي والمدني وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، تتدخل كذلك في تحديد مفهوم للموظف العام لكنه مختلف.

فالمقصود بالموظف القانوني<sup>11</sup>، بموجب قانون الوظيفة العامة، الأمر 66-133 المؤرخ في 02 يونيو 1966 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، كأول تشريع للوظيفة العامة في نص المادة الأولى منه، نص على أنه:

" يعتبر موظفين الأشخاص المعينون في وظيفة دائمة الدين رسموا في درجة التسلسل في الإدارات المركزية التابعة للدولة، والمصالح الخارجية التابعة لهذه الإدارات والجماعات المحلية وكذلك المؤسسات والهيئات العمومية حسب كفايات تحدد بمرسوم "

فبحسب النص أعلاه، يعد موظفا عاما قانونيا متى توافرت الشروط التالية:

- صدور قرار اداري من السلطة المختصة بتعيين الموظف العام.
- ديمومة الوظيفة لأن هذا الموظف لا يشغل منصبا مؤقتا.
- صدور قرار الترسيم في أحد درجات التسلسل الإداري.

<sup>11</sup>- قضاء مجلس الدولة الفرنسي لعب دورا أساسيا في تطوير قواعد القانون العام عموما، و قواعد القانون الإداري خصوصا و كان له نصيب الأسد في تحديد مدلول الموظف العام، و غيره من أعوان الدولة و حرص بنفس المناسبة على إيجاد معيار للتمييز بين مختلف الطوائف العاملة بالدولة، خاصة الموظف العام حيث عرفه في مناسبات كثيرة بأنه (( ذلك الشخص الذي تناط به وظيفة دائمة في هيئة من هيئات المرافق العامة )) و هو التعريف الذي رده القانون العام للتوظيف العمومي في كل من عام 1946 و 1959، و قد حدد عنصرين في هذا التعريف لإعتبار الشخص موظفا هما :

-استمرارية الوظيفة و دوامها

-الاندماج في التسلسل الهرمي لإحدى هيئات الإدارة، و يضيف إلى ذلك، أن تكون الوظيفة التي يشغلها الشخص، في إحدى المرافق العامة الإدارية.

أما في مصر فقد عرفته المحكمة العليا الإدارية : (( فهو من يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى عن طريق شغله منصبا يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق. و قد إشتترطت هذه المحكمة ثلاثة عناصر لاعتبار الشخص موظفا و هي : المساهمة بالعمل في مرفق عام تديره سلطة إدارية مركزية كانت أو محلية أو مرفقية ، و أن تكون مساهمته تلك بصفة دائمة، و الوظيفة التي يشغلها ذاتها دائمة، و أخيرا يجب أن يكون شغله لهذه الوظيفة قد تم عن طريق التعيين .

اما الأمر 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية في المادة الرابعة نص على أنه:

" يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري.

الترسيم هو الذي يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتبته "

حيث يبين النص القانوني، أن الموظف العام هو كل من صدر في حقه قرار تعيين، بصفة دائمة لا موقته، مع ترسيمه في رتبة في السلم الإداري.

أما قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الامر 06-01 المؤرخ في: 20 فبراير 2006، فقد عرف الموظف العام في نص المادة الثانية منه فقرة ب باعتباره:

" 1- كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس المحلية المنتخبة سواء كان معينا أو منتخبا دائما أو مؤقتا مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن رتبته وأقدميته،

-2 كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو

مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أي مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية،

-3 كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما ..".

ثم أكمل نص المادة التعريف بالموظف العمومي الأجنبي، وموظف منظمة دولية عمومية.

حيث وسع قانون الوقاية من الفساد ومكافحته من مفهوم الموظف العام وذلك لغرض الحد من الفساد الوظيفي

وتقليص دائرته في كل من يمارس مهمة وظيفية ويقدم خدمة عمومية، وقد يكون ذلك اتباعا لفلسفة أخلاقية الخدمة

العمومية، وتعزيز الإصلاح الإداري ومواجهة الفساد والوقاية منه.

كما تدخل القانون الجزائري في تحديد المقصود بالموظف العام، بمعنى مختلف عن ما في القانون الإداري.

ففي الفقه الجنائي عرف بأنه: " كل شخص من رجال الحكومة له عمل رئيس ويده نصيب من السلطة العامة "، أو

أنه: " كل شخص من الأفراد احتاجت اليه الحكومة، في أداء واجباتها العامة وتنفيذ أوامرها فحولته جزءا من سلطاتها

العامة "

وعرفه آخر: " كل شخص يباشر طبقا للقانون جزءا من اختصاصات الدولة يعد موظفا عاما وتقوم الحاجة الى تمكينه

من إتيان الأفعال الضرورية أو الملائمة لمباشرة هذا الاختصاص ".

فالموظف العام هو كل من بيده نصيب من السلطة العامة ويمارس اختصاصا يقدم به خدمة ومصالح عامة.

بالتالي مفهوم الموظف العام في القانون الجنائي أوسع نطاقا من القانون الإداري، بحيث لا يتوقف فقط عند شروطه في هذا الأخير .

أما في تعريف الموظف القانوني في فقه القانون عامة؛ يقول المدير السابق للتوظيف العمومي الفرنسي ROGER Grégoire "بأن الوظيفة العامة هي الاصطلاح الذي بدأ استخدامه منذ بضعة سنين لتعيين مجموع المستخدمين الممثلين للإدارة"، و يضيف في نفس السياق قوله "إن الموظف العام هو كل فرد يحصل على مرتب تلتزم الخزينة العامة بدفعه له مباشرة"، و لكن هذا التعريف لا يستقيم في الوقت الراهن. إذ وجهت له عدة انتقادات منها أنه يتميز بالغموض لشدة عموميته. و أنه يوجد ضمن الأعوان من لا يتقاضى أي مرتب من الخزينة العامة كرؤساء البلديات. و على العكس من ذلك هناك من تُصرف لهم مرتبات من الخزينة العامة دون أن يتمتعوا بصفة الموظف العمومي في معناه الدقيق كالنواب في المجالس النيابية.

أما العميد دوجي "Duguit"، فقد عرف الموظف العام "بأنه كل عامل يساهم بطريقة دائمة و عادية في تسيير مرفق عام، أيا كانت طبيعة الأعمال التي يقوم بها". و أضاف لقوله هذا محاولا التمييز بين الموظف و المستخدم "أن العامل هو من يساهم في أعمال لا تدخل في المهام الإجبارية للدولة".

فمعيار التمييز بين الموظف العام و المستخدم بالنسبة لدوجي يتوقف على ما إذا كان المرفق العام يدخل في المهام الإجبارية للدولة أم لا، و من ثم فإن فكرة الموظف تبقى بهذا المعنى متغيرة من مرفق لآخر و من وقت إلى وقت آخر . والواقع أن هذا التعريف، لا يصلح حاليا. و ذلك لإغفاله التمييز بين المرافق التي قد تكون إدارية و قد تكون اقتصادية و قد تدار بطريق الاستغلال أو بطريق الالتزام، و إذا كان ثمة خلاف حول صفة المرافق الاقتصادية فإن أغلبية الفقه يتفق على وجوب اعتبار عمال المرافق التي تدار بطريق الالتزام مستخدمين رغم كونهم يشتغلون في مرافق لا يمكن أن تكون إلا ذات أهمية بالنسبة للدولة.

أما بخصوص تعريف الأستاذ. مصطفى الشريف فقد عرف الموظف العمومي باعتباره عوناً للدولة فهو شخص طبيعي يساعد الدولة باعتبارها شخصا معنويا في أداء دورها ، لذلك فالموظف وسيلة في يد الدولة لتحقيق إشباع الحاجات العامة للأفراد.

كما عرف الأستاذ ميسوم صبيح في مؤلفه "الوظيفة العامة": بأن الموظف العام " يضمن سير الإدارة العامة أعوان لهم أنظمة قانونية مختلفة و لا يخضع منهم للقانون العام للوظائف العمومي سوى الذين لهم صفة الموظف ، و لا يعرف بهذه الصفة إلا الأشخاص الذين رسموا بعد تعيينهم في مناصب دائمة و ثبتوا فيها نهائيا "

## ب-2- المنتحل لصفحة الموظف العام والموظف الفعلي:

.....

## 2- تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مبدأ استمرارية المرفق العام:

تفتر ض نظرية الظروف الطارئة أنه إذا وقعت حوادث استثنائية عامة غير متوقعة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه وخارجة عن إرادة المتعاقد وكان من شأنها أن تؤدي إلى إلحاق خسائر غير مألوفة وإرهاق المتعاقد مع الإدارة، فإن للإدارة أن تتفق مع المتعاقد على تعديل العقد وتنفيذه بطريقة تخفف من إرهاق المتعاقد، ويتحمل بعض عبئ هذا الإرهاق بالقدر الذي يمكن المتعاقد من الاستمرار بتنفيذ العقد فإن لم يحصل هذا الاتفاق فإن للقضاء أن يحكم بتعويض المتعاقد تعويضاً نسبياً.

وهذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي، أقرها خروجاً على الأصل في عقود القانون الخاص التي تقوم على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" ضمناً لاستمرار سير المرافق العامة وللحيلولة دون توقف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته وتعطيل المرافق العامة.

## الفرع الثاني: مبدأ المساواة أمام المرفق العام.

...

## الفرع الثالث: مبدأ التكيف الدائم للمرفق العام.

مبدأ التكيف الدائم للمرفق العام البعض يطلق عليه اصطلاح مبدأ التغيير أي مبدأ تغيير نظام المرفق العام وفقاً للمستجدات.

## تعريفه:

يعتبر لفظ التغيير مفهوماً واسعاً يتضمن معانٍ متفاوتة ومتكاملة تسمح للمرفق العام من التماشي المستمر مع مقتضيات الحياة الاجتماعية.

يمكن ان نعرف المبدأ أنه: "حق المرفق العام في انشاء، تعديل، أو الغاء نشاطات أو انجازات عامة".

كما يعني: "الكفاءة في تحمل التغييرات"، أو "التأقلم مع ظروف جديدة".

لفظ التغيير يتضمن عدة معان كفكرة التطور والتعديل والتأقلم والتكييف؛

فان قلنا التغيير يعني التطور، يعني أن تغيير المرفق العام دائما يرافق تطور المرافق العامة في ذاتها.

وان قلنا التغيير يعني التعديل، يعني أن تغيير المرفق العام دائما يرافق حركة وتحويل المرافق العامة في ذاتها.

وان قلنا التغيير يعني التكييف، يعني أن تغيير المرفق العام دائما يرافق تحسين خدمات المرافق العامة في ذاتها والاندماج بسهولة في التغييرات الاجتماعية والاقتصادية.

يعبر مبدأ التغيير أو التكييف الدائم للمرفق العام واجب عملي تطبيقي يسمح للإدارة العامة من انشاء واصلاح النشاطات والانجازات العامة حتى تتطابق مع مقتضيات الحياة الاجتماعية، لأن التغيير يعني الاستمرارية في الاحتكاك مع التقدم التكنولوجي الذي يساهم في تطور الخدمات العامة - حالة الادارة الالكترونية نموذجاً -

#### مبدأ التغيير الدائم للمرفق العام وقاعدة الحق المكتسب:

قاعدة الحق المكتسب هي احدى قواعد القانون الخاص، تهدف الى استقرار الأوضاع القانونية وتمنح صاحبها منزلة قانونية بقوة القانون، تبعده بالتالي عن الآثار القانونية المترتبة حالة ظهور أحكام جديدة، أي حالة انشاء أو تعديل أو الغاء أثر قانوني معين. كقاعدة عامة.

أما في مجال القانون الاداري وفي موضوعنا هذا تطبيق مبدأ التغيير الدائم للمرفق العام، فنستطيع ان نقول أنه من حق الادارة العامة تغيير تنظيم أو سير المرفق العام دون اهتمام بالمراكز القانونية اتجاه عدة اطراف.

ولقد أكد القضاء الإداري في مصر هذا المبدأ بقوله: " من المسلم قانوناً أن للجهة الإدارية سلطة وضع الأنظمة التي تتولاها سيرا منتظماً ومنتجاً وكذلك لها تعديل هذه الأنظمة بما تراه متفقاً مع الصالح العام دون أن يكون لأحد من الناس الإدعاء بقيام حق مكتسب في استمرار نظام معين."

حيث لا يجوز للمنتفع من المرفق العام بأن يدعي حقاً على المرفق العام مهما كانت وضعيته، منخرط مثلاً في المواصلات حالة الاضافة في الأسعار، اضافة في أسعار وسائل النقل، معاملته حسب وضعيته الاجتماعية أمام مرفق عام كالضمان الاجتماعي.

الموظف العام مثلاً لا يمكنه ان يتمسك بقاعدة الحق المكتسب، حين غلق المؤسسة العمومية عندما ينقل لغيرها أو يحال الى التقاعد، أو يسرح ان كان في منظومة قانون العمل.

وبناء على هذا المبدأ إذا غيرت الإدارة في نظام المرفق من أسلوب الى آخر فليس للموظفين التمسك بالنظام القديم الذي كان يحكمهم. كما أنه ليس من حق المتفعين التمسك بمجانبة الخدمة خاصة اذا غيرت الإدارة الأسلوب من طريقة الاستغلال المباشرة الى أسلوب المؤسسة.

وترتيباً على ذات المبدأ ليس من حق المتعاقد مع الإدارة في عقد الالتزام أن يحول دون ممارسة حقها في تغيير بعض بنود العقد بما يتماشى ومصلحة المتفعين مع الاحتفاظ بحقه في التوازن المالي. وهذا الحق الذي تتمتع به لها أن تمارسه وان خلا العقد من الإشارة لذلك.

### المطلب الثاني: المبادئ المستحدثة الناظمة للمرفق العام.

مع التحولات الحديثة الضابطة للمرفق العمومي سواء في الجزائر أو في النظم الادارية المقارنة، ظهرت بجوار المبادئ الأساسية التقليدية السالفة الذكر، مبادئ حديثة وليدة اشراك القطاع الخاص في تسيير المرفق العام، حيث لا يوجد اجماع حولها وهي غير محددة على سبيل الحصر، انما تخضع دائما لرؤية اجتهادية في تنظيم وتسيير المرفق العام، تبعا لنصوص قانونية داخلية واتفاقات دولية.

والمشروع الجزائري أولى عناية بهذه المبادئ المستحدثة، وذلك بالنص على بعضها على سبيل المثال، في المادة الخامسة من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي، والمتمثلة في مبدأي حرية الوصول للطلبات العمومية، والشفافية، اضافة الى المبدأ التقليدي وهو المساواة.

كما أن المادة 209 من المرسوم الرئاسي: 15- 247 ذاته، أكد على بعض هذه المبادئ الواردة في نص المادة 5 منه، بالإضافة الى تأكيد المبادئ الثلاثة التقليدية وهي: مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف على الخصوص .

أما المرسوم التنفيذي رقم: 18- 199 المتعلق بتفويض المرفق العام، بين في المادة الثالثة منه المبادئ التي يجب أن يتم تفويض المرفق العمومي في اطارها، وهي مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف، مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية، وكل ذلك دون الاخلال بما ورد في نص المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي.

ويعني ذلك أن المرسوم التنفيذي الجديد المتعلق بتفويض المرفق العمومي جاء مؤكداً على المبادئ الأساسية التقليدية الثلاثة، مع اضافة معايير الجودة والنجاعة في تقديم الخدمة العمومية.

كما أن المرسوم الرئاسي 12-415 المتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة بين في المادة الثالثة منه أنه:

" تتفق الدول الأعضاء على تنفيذ الميثاق وفقا للمبادئ الآتية:

- 1- المساواة بين كل مستخدمي الخدمة العامة والإدارة العامة.
- 2- منع جميع أشكال التمييز مهما كانت أسسه، بما في ذلك على أساس الانتماء الجغرافي، والعرق، والجنس، والديني، والاثني، والإعاقة، والآراء السياسية، والانتماء النقابي أو الانتماء الى منظمة قانونية.
- 3- الحياد والانصاف، واحترام الشرعية في تقديم الخدمات العامة.
- 4- استمرارية الخدمات العامة في كل الظروف.
- 5- تكييف الخدمات العامة مع احتياجات المستخدمين.
- 6- المهنية والأخلاقيات في الخدمة العامة والإدارة العامة.
- 7- تعزيز حقوق مستخدمي واعوان الخدمة العامة وحمايتهم.
- 8- التأسيس لثقافة المساءلة، والنزاهة، والشفافية في الخدمة العامة والإدارة العامة.
- 9- الاستخدام الفعلي، والفعال، والمسؤول للموارد "

بينت المادة السابقة المبادئ التقليدية لسير وإدارة المرافق العامة الثلاثة في كل من مبدأ المساواة والاستمرارية والتكيف، بالإضافة الى مبادئ أخرى والتي تدخل عمليا في المبادئ غير التقليدية بالأساس.

حيث من خلال قراءة نص المادة يمكننا تبيين هذه المبادئ غير التقليدية، والمستحدثة أو الجديدة، على سبيل المثال،

وهي التالية:

ففي الفقرة الثالثة؛ جاء النص على الحياد والانصاف واحترام الشرعية في تقديم الخدمات العامة.

حيث يعتبر بعض الفقه، مبدأ الحياد والانصاف مبادئ مستحدثة، والبعض الآخر يصنفها ضمن مضمون مبدأ المساواة.

أما احترام الشرعية في تقديم الخدمات العامة، فان ذلك لا يمكن اعتباره مبدأ مستحدثا أو تقليديا حتى، لأن مسألة احترام الشرعية في من يقدم الخدمات العامة مسألة مبدئية وأولية لا تحتاج الى تأسيس مستحدث.

وفي الفقرة السادسة؛ جاء النص على المهنية والأخلاقيات في الخدمة العامة والإدارة العامة.

حيث تشير الفقرة الى مبدأ المهنية ومبدأ أخلاقيات الخدمة العامة والإدارة العامة. ويمكن اعتبارها من المبادئ المستحدثة.

وفي الفقرة الثامنة؛ جاء النص على التأسيس لثقافة المساءلة، والنزاهة، والشفافية في الخدمة العامة والادارة العامة.

ومنه يمكن أن نجد المبادئ التالية: المساءلة، والنزاهة، والشفافية.

وفي الفقرة التاسعة؛ جاء النص على الاستخدام الفعلي، والفعال، والمسؤول للموارد.

ومنه يمكن استنتاج المبادئ التالية: الفعلية والفعالية للخدمة العامة.

ومن خلال ما تقدم، يمكن ان نحدد المبادئ الحديثة الناظمة للقانون الأساسي للمرفق العمومي في عديد المبادئ وهي ليست حصرية: ك مبدأ الشفافية، وحرية الوصول للطلبات، والجودة، والنجاعة، والمساءلة، والنزاهة، والفعلية والفعالية، والمهنية، والأخلاقية.

نبين بعضها في الآتي:

#### أولاً: مبدأ الشفافية في المرفق العام.

الشفافية مصطلح يستخدم في عديد المجالات، ومنها السياسية والتي قد تعني أخلاقيات الحياة السياسية، ويعد مبدأ ناظماً للمرفق العمومي، باعتباره وسيلة لرقابة الخدمات المؤداة بواسطة المرفق العام بغية التأكد من أن المصالح الاقتصادية للمتفاعلين قد احترمت من قبل الشخص المكلف بتحقيق المرفق العمومي، وعلى الخصوص المرافق المحلية.

حيث يشكل مبدأ الشفافية نقطة صراع بين المرتفعين والشخص المكلف بتسيير المرفق العام، حيث المرتفق من حقه ومصلحته اعلامه بكيفية تأدية المرفق العام لنشاطه ونوعية الخدمة وتسعيرتها وشروط الاستفادة منها والامتيازات الاضافية وعملية الرقابة كيفية الاعتراض، بينما من مصلحة مسير المرفق العام هو عدم الافصاح عن ما سبق.

وتكريس الشفافية في تقديم الخدمة العمومية من قبل المرفق العام تكون من خلال آليات وضمانات عديدة، من بينها؛ تلك التي تكلم عنها على سبيل المثال قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الجزائري، ومن بينها:

الاعلام الاداري، وتبسيط الاجراءات الادارية، وحق الحصول على الوثائق الادارية، وتسبب القرارات الادارية وتبيين طرق الطعن فيه للموطن. وللقاضي الاداري أثر بارز وضروري و متميز في كل هذه الاجراءات والتدابير، للحفاظ على مبدأ الشفافية في تسيير المرافق العامة.

فقد يواجه تفعيل مبدأ شفافية المرفق العام تصرف من قبل المرفق العمومي يعرقله أو يحد منه، وذلك بالخصوص لما يمنع حق الغير من الاعلام وحق الحصول على الوثائق الادارية، وعدم تسبب القرارات الادارية.

فالمعمل الاداري على الخصوص يفرض على نشاطها طابع السرية والتكتم، من خلال احاطة العون والموظف الاداري بجو يسمح على اتخاذ قرار بعيد عن المؤثرات الخارجية، فتعمد الادارة العمومية والمرفقية للسرية بقصد ذلك.

واذا كان المشرع قد يقيد حق الاعلام الاداري في بعض الأحيان، ومن ذلك على سبيل المثال ما جاء في المادتين 26-30 من قانون البلدية واللتان تستثيان من علانية الجلسات النشر واعلام الجمهور المداولات التي تتعلق بالنظام العام والحالات التأديبية. وقانون الولاية الذي أجاز التداول سرا في الحالات المتعلقة بالكوارث الطبيعية والتكنولوجية، ودراسة الحالات التأديبية للمنتخبين.

الا أن القاعدة العامة وتطبيقا لمبدأ شفافية الخدمة العمومية، ضرورة اعلام الادارة العامة والمرافق العامة بصوره المختلفة عن مختلف ما يفيد ويطلبه المرتفق.

في التشريع التونسي الشفافية أداة لتفعيل المساءلة والتي تعرف بحسب الأمر عدد 4030 لسنة 2014 بأنها: " واجب المسؤولين العموميين سواء كانوا منتخبين أو معينين، تقديم تقارير دورية عن نتائج أعمالهم وعن مدى نجاعتهم في تنفيذها " .

#### ثانيا: مبدأ المساءلة في المرفق العام.

يمكن تحديد المقصود بالمساءلة في المرفق العام، الحق والقدرة والتمكين على مساءلة ومراجعة وتقييم أداء المرفق العام للخدمة العامة، تطبيقا لمعايير محددة مسبقا، بناء على معطيات وبيانات صحيحة، بهدف تقديم خدمة عامة مرفقية ايجابية.

كما يمكن تحديد المقصود بالمساءلة أيضا؛ التزام مستغل المرفق العام والمشرف عليه الخضوع للمساءلة، وتحمل المسؤولية عن الأداء، من خلال تفسير وتبرير كل نشاط يستهدف تحقيق المصلحة العامة من هذا المرفق العام.

حيث يرى الباحث، في هذا السياق أن دور القاضي الاداري قد يبرز بصورة جلية، من خلال امكانية رقبته و " مساءلته " لمسير المرفق العام فيما يجب أن يقدمه للمرتفقين من خدمات، وفي مدى تحقيق الشروط الواجبة الاتباع بخصوصه. وذلك بمعية السلطات والأجهزة الأخرى، سواء الادارية وحتى الشعبية.

#### ثالثا: مبدأ الجودة والفعالية في المرفق العام.

مفهوم الجودة يعد أحد المبادئ المستحدثة لسير المرافق العمومية، ويعود الى سنوات الثمانيات من القرن الماضي، ويعبر عن التحلي عن النمط الكمي الى نمط جودة الخدمات المقدمة من المرافق العمومية، حيث المواطن اليوم بات

يطالب بالخدمة مع جودتها أيضا، باعتبارها حق ينتزعا بشروط خاصة ومن بينها جودتها، وبالتالي نفي اعتبارها هبة أو  
مزية أو منحة من قبل مرافق الدولة.

والمرشع الجزائري جاء مؤكدا لمبدأ الجودة في تسيير المرفق العام بالإضافة الى ما ذكرنا سابقا، في المادة 06 من المرسوم  
88- 131 المنظم للعلاقات بين الادارة والمواطن، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم: 03- 232 المحدد لمضمون  
الخدمة العامة للبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية والتعريفات المطبقة عليها وكيفية تمويلها المعدل والمتمم.

رابعا: مبدأ أخلقة المرفق العام ونزاهته.

ما المقصود بأخلقة المرفق العام؟ ما هي ضماناته الدستورية؟ ما هي مظاهره وعواقبه؟

ان المبادئ النازمة للمرفق العام، لا تقتصر فقط في تلك المرتبطة بالطابع المادي، بل قد تتعداه الى مبادئ ذات طابع  
معنوي، وموجهة للسلوك اللامادي للمرفق العام وأعوانه. حيث يتعدى مفهوم المرفق العام الى روح الدولة، هذه الأخيرة  
روح الدولة رفعا الى مستوى الأخلاق كما قال Bordeaux.

لذلك يصح أن يتأسس مبدأ ناظما للمرفق العام يمثل " أخلقة المرفق العام ونزاهته " .

حيث يرى محمد أمين بوسماح، أن ما سماه روح الدولة وروح المسؤولية، الذي يعبر في مفهوم " تبني الأخلاقية في ادارة  
وتسيير الشأن العام والمرافق العامة كذلك، كان عاليا غداة الاستقلال الوطني، ثم تراجع في العشرية السبعينية، من خلال  
الانحراف الذي سلكه بعض أعوان الادارة والمرافق العامة. لذلك - يقول - تبني الخطاب الرسمي في الميثاق الوطني  
لسنة 1976 وللسنة 1986 ضرورة التحلي بالروح الأخلاقية والمدنية

ان مبدأ أخلقة المرفق العام ونزاهته يطرح تساؤلا في المواجهة التشريعية القضائية، خاصة لما يقدر من جانب  
مبدأ حسن نية النشاط الاداري من جهة، ومن جهة ثانية حفظ وحماية حقوق وحرقات المواطن والمصالح  
العامة للمرتفقين بوجه عام؟

تنص المادة 10 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم على أنه: " لا يجوز للمؤسسات أن تقوم بما يأتي:

.. السلوك المخالف للخلق الاسلامي وقيم ثورة نوفمبر " .

حيث النص الدستوري عام، ينص على كافة مؤسسات الدولة، والتي قد يدخل في مضمونها مؤسسات المرفق العام،  
والتي يجب عليها التزام اتباع السلوك المتطابق مع الخلق الاسلامي وقيم ثورة نوفمبر.

بمعنى أنه يمكن، تبني دسترة أخلقة ونزاهة السلوك المتبع من قبل المرافق العامة وأعوانه، من خلال النص أعلاه.

ونص المادة 23 منه - الدستور - نصت على أنه: " لا يمكن أن تكون الوظائف والعهدات في مؤسسات الدولة مصدرا للشراء، ولا وسيلة لخدمة المصالح الخاصة ".

حيث يتبنى النص الدستوري حسن سلوك المسؤول عامة، ومنهم أعوان المرافق العامة - من خلال التفسير الواسع للنص الدستوري - ، وبراءة ذمتهم المالية، والتي هي بالتأكيد مرتبطة بأخلقة ونزاهة المرافق العامة في الجوانب المالية.

ونص المادة 25 منه كذلك والذي تطرق الى: " عدم تحيز الادارة يضمه القانون ". يمثل في جانب منه الى ضمان حيادية الادارة العامة وعدم تحيزها لطرف ما على حساب آخر، وهو في تفسير منه مرتبط بأخلقة ونزاهة الادارة العامة كذلك.

وبالتالي يمكن اعتبار النصوص الدستورية السابقة دسرة لمبدأ أخلقة المرفق العام ونزاهته ولو بصفة غير مباشرة.

وبالنظر الى قانون الوظيفة العمومية، الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، نجد نص في حيثيات مواده على مبدأ أخلقة المرفق العام، من خلال النص على مجموعة من الواجبات والأخلاقيات التي يجب على الموظف العام احترامها من جهة مقابل المرافق العامة، كما يجب على المرفق العام بما يمثله من موارد بشرية احترام هذه المبادئ تجاه المرتفقين في المقابل.

ومن قبيل ذلك على سبيل المثال؛ التزام الطاعة كما جاء في نص المادة 04 منه، والالتزام بالتحفظ كما جاء في نص المادة 26 منه، والالتزام بالسر المهني بموجب المادة 48 منه، والالتزام بتقلد الخدمة كما نص عليه المادة 128 منه، والالتزام بالنزاهة والاستقامة كما نص عليه في المادة 41 منه.

وان كان للمشروع دور أساسي في تبني مبدأ الأخلقة للمرافق العامة والنزاهة في سلوكه، فان للقاضي الاداري على الخصوص دور وأثر محوري في تبني المعايير الايجابية والسلبية والتي قد تؤسس لنقطة التوازن في احترام هذا المبدأ من قبل المرافق العامة.

خاصة وأن هذا المبدأ يعبر عن قيم معنوية بالأساس، واحترام اللياقة والأدب في السلوك المتبع من قبل أعوان المرافق العامة تجاه المرتفقين.

**المبحث الثالث: طرق إدارة وتسيير المرفق العام.**

**المطلب الأول: إدارة وتسيير للمرفق العام تقليديا.**

يقصد بالإدارة والتسيير التقليدي للمرفق العام، النموذج الأول الذي من خلاله تقوم الدولة بمباشرة الإدارة والتسيير لمرفقها العامة لتقديم الخدمة العامة، والذي سائر الدولة كأسلوب تقليدي قبل تطور النموذج التسييري لها في ظل تحول وتطور المرفق العام.

ويمثل كل من أسلوب الإدارة والتسيير المباشر للمرفق العام، أو الاستغلال المباشر. وأسلوب المؤسسة العامة. نين ذلك في الآتي:

### الفرع الأول: التسيير المباشر والاستغلال المباشر لإدارة وتسيير المرفق العام.

#### أولاً: تعريف التسيير المباشر - الإدارة المباشرة - للمرفق العام.

يقصد بالتسيير المباشر أو الإدارة المباشرة للمرفق العام، قيام الدولة أو أحد الجماعات المحلية المتمثلة في الولاية والبلدية في النموذج الجزائري، تسيير وإدارة المرفق العام بنفسها دون تدخل وسيط، مستعملة موظفيها وأموالها، ووسائل القانون العام، وهي تخص بصفة أصيلة المرافق الإدارية أو التقليدية، في سياق الدولة الحارسة. حيث الدولة أو الجماعات المحلية تلجأ الى هذا الأسلوب في تسيير وإدارة بعض المرافق العامة، نظراً لطبيعتها من جهة ولأهميتها القصوى من جهة ثانية. أو لعجز الافراد عن تحمل نفقاته من جهة أخرى.

#### ثانياً: ضابط ومعياري التسيير المباشر.

من الأسئلة التي يمكن طرحها في أسلوب التسيير المباشر أو الإدارة المباشرة للمرفق العام، هو: ما ضابط وما معيار الاختصاص المباشر والحصري للإدارة العامة في تسييرها للمرفق العام؟

### 1- المعيار والضابط التشريعي:

قد يتدخل المشرع في تحديد الاختصاص الحصري للإدارة والتسيير للمرفق العام، من قبل الدولة أو الجماعات المحلية فقط، وذلك بتحديد معيار وضابط معين.

فبالاستناد الى المرسوم الرئاسي 15-147 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة جاء في الباب الثاني معنوناً بالأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، وضم مواداً من المادة 207 الى المادة 210.

وبحسب المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام في المادة الأولى منه والتي نصت على:

" تطبيقاً لأحكام المادتين 207 و 210 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1425 الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015 والمتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يهدف هذا المرسوم الى تحديد شروط وكيفيات تفويضات المرفق العام للجماعات المحلية "

بمفهوم المخالفة نستشف ان المشرع يحدد إدارة وتسيير المرافق العامة للجماعات المحلية وفقاً لشروط وكيفيات تفويض معينة. وبالتالي خارج هذه الشروط والكيفيات نكون أمام طرق وأساليب أخرى من بينها الاستغلال المباشر.

### 2- معيار وضابط المتعلق بتصنيف المرفق العام:

تبعاً لتصنيف المرفق العام الى مرافق عامة إدارية ومرافق عامة اقتصادية، كتصنيف أساسي يمكن التمييز بين الإدارة التقليدية والإدارة المستحدثة له، بحيث الإدارة او التسيير والاستغلال المباشر يخص المرافق العامة الإدارية على خلاف المرافق العامة الاقتصادية، والتي جاءت نتيجة التحول والتطور في وظائف الدولة، يصعب تطبيق الإدارة والتسيير المباشر معها، لذا فهي تتناسب مع الأساليب المستحدثة في التسيير والمتمثل في التفويض على وجه الخصوص.

### 3- معيار المهام السيادية والمهام غير السيادية:

تتصل بعض المرافق العام بتسيير بعض المهام ذات الطابع السيادي في الدولة، كمرقفي الدفاع والعدالة، وهي بذلك تكون بعيدة عن أسلوب التسيير المفوض لها، وتتصل مباشرة بالإدارة المباشرة والتسيير المباشر لمرافق الدولة المركزية. دون المرافق العامة والتي تمارس وظائف ومهام غير سيادية، والتي تصلح للإدارة المباشرة والتسيير المفوض، على سواء.

#### الفرع الثاني: المؤسسة العامة لإدارة وتسيير المرفق العام.

المؤسسة العامة تعد الأسلوب الثاني بعد الإدارة والتسيير المباشر للمرافق العامة، وهو طريق قانوني مهم وفعال ظهر بعد عجز الدولة وعدم القدرة السيطرة على المصالح العامة، نتيجة تدخلها المستمر، حيث ارتأت خلق المؤسسات العامة والتي هي من أشخاص القانون العام، بعد كل من الدولة والجماعات المحلية، فهي تعد في المركز الثالث يعد الشخصين السابقين، تعتمد التخصص الوظيفي في ممارسة النشاط الموكل اليها، وتظهر أهميتها ومكانتها من خلال عددها ودورها وميزانيتها وكذا العاملين فيها، وهي مكانة مرموقة في الجهاز الإداري والاقتصادي للدولة. ظهر أسلوب المؤسسة العامة لتسيير المرافق العامة نتيجة العيوب التي صاحبت الأسلوب المباشر والاستغلال المباشر للمرفق العام، التي تمثلت في تسلسل الروتين الإداري وبطء الإجراءات الى داخل المرافق العامة. وغياب التخصص في ادارته.

...

#### أولاً: تعريف المؤسسة العامة.

#### 1- التعريف:

بدأت معالم مفهوم المؤسسة العامة تظهر في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بعد الثورة الفرنسية، والذي قد يرجع بالتحديد الى قرار محكمة النقض الفرنسية في 05-03-1856، حين ميز بين المؤسسة العامة والشخص المعنوي من أشخاص القانون الخاص ذو المنفعة العامة، كما استقر الرأي على اعتبار المؤسسة العامة شخص معنوي من أشخاص القانون العام وذلك في رأي استشاري لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 17-07-1894.

#### 1-1- التعريف التشريعي:

يمكن النظر في تعريف المؤسسة العمومية تشريعياً من خلال النصوص القانونية المختلفة والمتدرجة، الدستور والقوانين والتشريعات البرلمانية، ثم التنظيم.

#### ● المؤسسة العمومية في الدستور:

الناظر للدستور الأول للبلاد لسنة 1963 يجده لم يشر ولو على سبيل التلميح للمؤسسة العمومية ولا حتى لمصطلح المرفق العام، مكتفياً في نص المادة التاسعة 09 منه لنظام اللامركزية الإقليمية. وهو غياب صريح ومتعمد ومفتعل في الدستور كما يقول محمد بوسماح، مكرساً قطيعة مع كل موروث استعماري فرنسي سابق، وعلى الخصوص هنا تنظيم المؤسسات العمومية، على الرغم من تمديد العمل بالقوانين الفرنسية التي لا تتنافى مع سيادة الوطنية بعيد الاستقلال<sup>12</sup>.

ودستور 1976 كذلك لم يستخدم مصطلح المؤسسة العمومية، ولم يعرفها، مشيراً إليها باحتشام وبصورة غير مباشرة وهذا راجع للفلسفة الاشتراكية التي تركز وتبنى المقابلة الاشتراكية على حساب المؤسسة العامة.

أما دستور 1989 فهو الدستور الأول الذي استعمل مصطلح المؤسسة العمومية بصحيح العبارة، تماشياً مع المرحلة الجديدة التي جاء ليُطرها، والانفتاح القانوني والسياسي والاقتصادي، حيث نصت المادة 160 منه على: "يؤسس مجلس المحاسبة يكلف بالرقابة... والمؤسسات العمومية"<sup>13</sup>. وفي نص المادة 54-02 منه: "تطرق الى مصطلح المرافق العمومي بصفة ضمنية:" ويمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق -الاضراب- أو يجعل حدودا لممارسته في ميادين الدفاع الوطني والأمن أو في جميع المرافق أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع".

أما دستور 1996 فقد نص على مصطلح المؤسسة العمومية صراحة تارة، وبصفة غير صريحة في أحياناً أخرى. تماشياً مع النهج الليبرالي للبلاد. في عديد المواد منه.

حيث تشير المادة 122 منه على اختصاص البرلمان في التشريع في عديد المجالات منها: "انشاء فئات المؤسسات"، والتي تحتاج الى تفسير لم يهتم به القضاء ولا المشرع في تفسيرها رغم غموضها، وبقيت بين تجاذبات التحليل الفقهي. ونص المادة 57 الفقرة الثانية عند الحديث عن المرافق التي يمنع فيها ممارسة حق الاضراب، وكذلك نص المادة 170 بمناسبة الحديث عن الرقابة البعدية لمجلس المحاسبة على الجماعات الإقليمية والمرافق العمومية.

وبالرجوع الى الدستور الأخير لسنة 2020

نص المادة 10 منه والتي أشارت الى مفهوم الشؤون العمومية، ودور المجتمع المدني للمشاركة في تسييره.

نص المادة 11 منه والتي أشارت الى مفهوم المؤسسات بدون تعريف مباشر لها، والتي تمتنع عن القيام ببعض الممارسات.

نص المادة 34 منه تطرقت الى مصطلح الهيئات العمومية مقترنة بمصطلح السلطات، لما أشارت بالتزامها بالأحكام الدستورية ذات الصلة بالحقوق الأساسية والحريات العامة وضماناتها.

نص المادة 35 أشارت الى مصطلح مؤسسات الجمهورية، والتي تستهدف ضمان مساواة كل المواطنين في الحقوق والواجبات.

نص المادة 112 اشارت الى صلاحيات الوزير الأول أو رئيس الحكومة بحسب الحالة على السهر على حسن سير الإدارة العمومية والمرافق العمومية.

نص المادة 139 أشارت الى صلاحيات البرلمان في انشاء فئات المؤسسات.

.....

المشرع الدستوري لم يعرف مصطلح المؤسسة العمومية وذلك قد يكون مقبولاً وطبيعياً، لاعتبار القاعدة الدستورية تهتم ببناء الأصول والمبادئ الكبرى دون الاهتمام بتعريفات المفاهيم والاصطلاحات القانونية، تاركاً إياها للقوانين الأدنى منه.

#### ● المؤسسة العمومية في التشريع البرلماني:

ان النظر في مفهوم المؤسسة العمومية في القانون البرلماني، يمكن الرجوع في ذلك الى عديد التشريعات، ومنها:

<sup>13</sup> - تجدر الإشارة أن النص العربي للدستور يستعمل مصطلح المرافق العمومية، أما النص الفرنسي فيستعمل مصطلح publics établissements les، و التي تقابلها باللغة العربية المؤسسات العمومية.

القانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية الذي يعد أول قانون تولى تحديد أصناف ومقومات ونظم القانونية للمؤسسات العمومية.

القانون رقم 05-10 المعدل للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، والذي تطرق الى المؤسسات العمومية في نص المادة 49 منه.

القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مستعملا مصطلح المؤسسة العمومية في نص المادة 800 منه.

كما تطرق قانون الجماعات المحلية للبلدية والولاية الى مفهوم المؤسسة العمومية معتبرا إياها:

-شخص معنوي عام؛

-تتمتع بذمة مالية مستقلة؛

-تتولى مهام تسيير المرافق العمومية.

إضافة الى الأمر رقم: 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، والذي تكلم عن المؤسسة العمومية في المادة الثانية منه، معددا أصنافا لها لا تعريفا.

يعتبر **Rollande** أن المؤسسة العامة: " كل مرفق عام تديره الإدارة لا ينفصل عن مفهوم المؤسسة ويعتبرها مجموعة من الموظفين، من الأدوات والأساليب القانونية والتقنية هدفها الوصول الى غاية معينة " .

والتشريع ينأى بنفسه عن تعريف المؤسسة العامة سواء في فرنسا أو الجزائر، لترك تلك المهمة للفقه والاجتهاد القضائي. حيث يعرف **محمد الأمين بوسماح** المؤسسة العامة باعتبارها: " شخص معنوي خاضع للقانون العام وهي مكلفة بتسيير مرفق عام " .

وهذا التعريف يربط مباشرة بين المؤسسة العامة والمرفق العام.

ويعرفها **أحمد محيو** بأنها: " شخص اعتباري إداري من النموذج التأسيسي، المهدف من أحداثها تأمين التسيير المستقل لمرفق الدولة أو لولاية أو لبلدية أو لشخص عام آخر من النموذج التجمعي " .

حيث هذا التعريف الأخير كأنه مرتبط بنموذج المؤسسة العامة الاشتراكية لارتباطها بالدولة الاشتراكية في ذلك الوقت. ان فقه القانون في تحديده لتعريف المؤسسة العامة، نحى اتجاهين أساسيين، الأول يربط المؤسسة العامة بصفة مباشرة بالمرفق العام، والثاني يرفض كل تلازم بين المؤسسة العامة والمرفق العام.

فمن أنصار الاتجاه الأول؛ جورج فيدال والذي يعرف المؤسسة العامة بأنها: " مرفق عام منحت الشخصية المعنوية " .  
، الا أن هذا التعريف لا يصور الواقع لأنه لا يشمل كل المؤسسات العمومية، وبالأخص الجمعيات النقابية للملاك  
Les associations syndicales des propriétaires.

وعرفت أيضا بأنها: " شخص معنوي عام متخصص أنشئ لإدارة نشاط معين هو في الغالب مرفق عام يتمتع بنوع من الاستقلالية " **André de Loubadere, Traité de droit administratif, Tome 1, 15**  
**ème, édition, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence,**  
**.Paris, 1999, p 307.**

ويعرفها جورج فلاكوس: " المؤسسة العامة شخص معنوي من أشخاص القانون العام غير ذلك الشخص الإقليمي " .

ويعرفها محمد سليمان الطماوي بأنها: " مرفق عام يدار عن طريق منظمة عامة ويتمتع بالشخصية المعنوية " .

ويعرفها سعد العلوش بأنها: " المنظمة العامة المملوكة للدولة وتدار بالأسلوب اللامركزي ".  
وعرفها عمار عوابدي بأنها: " هي منظمة إدارية عامة تتمتع بالشخصية القانونية وبالاستقلال المالي والإداري وترتبط بالسلطات الإدارية المركزية المختصة بعلاقة التبعية والخضوع للرقابة الإدارية الوصائية، وهي تدار وتسير بالأسلوب الإداري اللامركزي لتحقيق أهداف محددة في نظامها القانوني "  
وعرفها محمد الصغير بعلي باعتبارها: " مرفقا عاما مشخص قانونا ".  
وعرفها عيسى رياض: " تنظيم اداري يقوم بإدارة أموال الدولة على وجه الاستقلال النسبي وفقا للأهداف التي يحددها التنظيم القانوني وذلك تحت رقابة الدولة ".

هي شخص معنوي عمومي يتولى تسير المرفق العمومي المحلي بعيدا عن التسيير المباشر له من قبل الجماعات المحلية.  
ما يلاحظ عموما في التعريف الفقهي للمؤسسة العمومية، هو ربطها بالمرافق العامة التي تتولى تسييرها وجودا وعدما، حيث لا يمكن الحديث عن مؤسسة عمومية في غياب المرفق العمومي الذي تتولى ادارته، وعليه كل مؤسسة عمومية هي مرفق عمومي يتمتع بالشخصية المعنوية، غير أنه في المقابل ليس كل مرفق عمومي مؤسسة عمومية ودليل ذلك مرفق الأمن والدفاع والعدالة، التي تدار بطريقة الإدارة المباشرة.  
من خلال ما سبق، يتبين أن المؤسسة العمومية:

- طريقة لتسيير المرافق العمومية،
- تتمتع بالشخصية القانونية وما يترتب عن ذلك من نتائج،
- تخضع للرقابة الإدارية (الوصاية الإدارية)،
- تتولى نشاط محدد، تخصص وظيفي.

## 2- التمييز عن ما قد يشابهه:

### 2-1- المؤسسة العامة والهيئة العمومية:

هل هناك فرق بين المؤسسة العامة والهيئة العامة؟  
مصطلح المؤسسة العامة ينصب على المؤسسة العمومية ذات الطابع الاقتصادي، وهي عبارة عن شركة تجارية تابعة للدولة، أما الهيئة العمومية فهي شخص من أشخاص القانون العام، تنشأ لإدارة وتسيير مرفق عام، وتنقسم الى هيئات عمومية إدارية وهيئات عمومية ذات طابع تجاري وصناعي.

....

### 2-2- المؤسسة العامة والمؤسسة ذات النفع العام:

ان أول من ميز بين هذين النوعين هو حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 05 مارس 1855، المتعلق بصندوق ادخار كاين Caisse déparne de CAEN، حيث أعتبر المؤسسة العامة جزء لا يتجزأ من الإدارة وهي لذلك من الأشخاص العامة، أما المؤسسات ذات النفع العام فهي على العكس ليست الا مجرد تجمعات خاصة تتمتع ببعض امتيازات السلطة العامة.

وقد يتدخل المشرع في تحديد معيار التفرقة بينهما من خلال النية أو الإرادة، فالمشرع هو سيد في تحديد الطبيعة القانونية للهيئة المحدث أو المسيرة، ان كانت مؤسسة عامة أم لا.

وان لم يحدد المشرع طبيعة المؤسسة عامة أو ذات نفع عام، فإن القضاء قد يتدخل في ذلك من خلال تبني معيار أصل نشأة المؤسسة وامتلاك امتيازات السلطات العامة.

فأصل نشأة المؤسسة، عادة المؤسسات العامة هي من انشاء السلطات العمومية، أما المؤسسات ذات النفع العام فالمبادرة الخاصة هي التي تتكفل بإنشائها. غير أن القاضي غالبا ما يلجأ لمعيار امتيازات السلطة العمومية، حيث تتمتع مؤسسة بامتيازات سلطوية، كمنح السلطة التنظيمية، تحصيل الرسوم، فهي تعتبر مؤسسة عمومية. حيث يقول شارل ديباش، أن منح المؤسسة امتيازات السلطات العمومية هو إشارة الى تمتعها بالطابع العمومي مستشهدا في ذلك بقرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 09-12-1899 المتعلق بقضية الجمعية النقابية لقناة جينياك.

### 2-3- المؤسسة العامة والجمعية:

" تعتبر الجمعية في مفهوم قانون الجمعيات رقم: 12-06 تجمع أشخاص طبيعيين و/أو معنويين على أساس تعاقدية لمدة محددة أو غير محددة.

ويشترك هؤلاء الأشخاص في تسخير معارفهم ووسائلهم تطوعا ولغرض غير مريح من أجل ترقية الأنشطة وتشجيعها، لاسيما في المجال المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي والبيئي والخييري والإنساني.

يجب أن يحدد موضوع الجمعية بدقة ويجب أن تعبر تسميتها عن العلاقة بهذا الموضوع.

غير أنه يجب أن يندرج موضوع نشاطاتها وأهدافها ضمن الصالح العام وأن لا يكون مخالفا للثوابت والقيم الوطنية والنظام العام والآداب العامة وأحكام القوانين والتنظيمات المعمول بها "

فبموجب النص التشريعي تعد جمعية كل تجمع لأشخاص راشدين يهدفون تحقيق غاية لا مادية قد تكون، خيرية أو ثقافية أو علمية أو ثقافية، من خلال موارد تتكون من، اشتراكات أعضائها، والعائدات المرتبطة بأنشطتها، والهبات والوصايا، أو الإعانات المحتملة التي تقدمها الدولة أو الولاية أو البلدية.

وتبعا لذلك تختلف المؤسسة العامة عن الجمعية في الأركان والعناصر:

#### • من حيث التكوين:

حيث الجمعية تقوم على الاعتبار الشخصي، فتتكون من أشخاص طبيعية أو معنوية، وهي شخص معنوي من النوع التجمعي. أما المؤسسة العامة هي مجموعة أموال أي شخص معنوي من النوع التأسيسي

#### • من حيث الغاية والهدف:

الطابع الخيري وعدم الحصول على الربح المادي وهو عنصر يميز الجمعية عن المؤسسة العامة الاقتصادية على الخصوص.

#### • من حيث طبيعة النشاط:

قبول الجمعية العمل التطوعي المجاني، بخلاف المؤسسة العامة. فنشاط الجمعية تطوعي، أما المؤسسة العامة فهو نشاط مؤسسي يقترب من النشاط الوظيفي الواجب القيام به من مرافق الدولة.

### 2-4- التمييز العمومية العامة والشركة:

تعد المؤسسات العمومية الاقتصادية شركات تبعا للنظام القانوني المتعلق بها، لذا كان يلزم التمييز بينهما وان كانا متماثلان متطابقان، أم مختلفان.

ان من أبرز الفروق بين المؤسسة العمومية والشركة:

#### • عناصر الجهاز الإداري:

عناصر الجهاز الإداري للمؤسسة العمومية يضم مجلس الإدارة والمدير العام، بينما عناصر الجهاز الإداري للشركة يتكون من الجمعية العامة ومجلس الإدارة والمدير التنفيذي للشركة.

● رأس المال والهدف:

رأس مال الشركة ملك للشركاء على حين رأس مال المؤسسة العمومية ملك للدولة، والهدف في الشركة منفعة الملاك الذين هم المؤسسون لها على حين أن هدف المؤسسة العمومية النفع العام.

يمكن تصنيف المؤسسات العامة الى عدة تصنيفات بالنظر الى تعدد نشاط الدولة، من خلال معايير متعددة.

ان التصنيف الأساسي بين المؤسسات العمومية هو الذي يكون على أساس طبيعة النشاط، والذي يفرق بين المؤسسات العامة ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات العامة ذات الصبغة التجارية والصناعية من ناحية ثانية.

حيث يمكن ان يطرح هذا التصنيف عديد الصعوبات ومنها:

- صعوبة الجزم بنوع مؤسسة عمومية معينة.
- قد يحجم أو يغفل المشرع في أحيان معينة عن تصنيف مؤسسة عمومية ما، ولا يدرجها في أحد التصنيفات.
- قد يتعارض الوصف التشريعي مع طبيعة النشاط وحقيقته.
- قد يكون هناك ازدواج وظيفي لبعض المؤسسات العمومية، فتحمل طابع اداري من جهة وآخر تجاري صناعي من جهة ثانية.

وهذا ما جعل فقه القضاء الفرنسي في مرحلة أولى يدفع الى استخراج المؤشرات الكفيلة بتحديد طبيعة المؤسسة انطلاقا من أغراضها وصولا الى طرق التصرف فيها مرورا بما يأتي مواردها.

**1- تصنيف المؤسسات العمومية تبعا لمعيار طبيعة النشاط:**

**1-1- المؤسسة العمومية الإدارية:**

المؤسسة العمومية الإدارية هي تلك التي تمارس نشاطا ذو طابع اداري محض، حيث تتخذ الدولة والجماعات الإقليمية كوسيلة لادارة مرافقها العمومية الإدارية.

قانون 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية تطرق الى المؤسسة العمومية الإدارية تحت تسمية " الهيئة العمومية ذات الطابع الإداري"، والتي تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة ولمبدأ التخصص، وبنفس النظام المالي والحسابي المطبق على الإدارة ما لم توجد قاعدة خاصة مرتبطة باستقلالية سيرها وتسييرها. ومن أمثلتها، المدرسة الوطنية للإدارة.

تتمتع هذه المؤسسات بالخصائص التالية:

- يعتبر نشاطها إداريا، لا يستهدف الربح المالي، غير أن المشرع قد يجيز أحيانا بعض المؤسسات ذات الطابع الإداري ولاسيما الموجهة منها للبحث والتعليم والتكوين القيام بنشاطات مربحة زيادة على مهمتها الرئيسية
- تخضع لقواعد القانون العام واساليبه، غير أنه يمكن أن تطبق بعض قواعد القانون الخاص، كعقود القانون الخاص استثناءا؛
- تتمتع بامتيازات السلطة العمومية، كسلطة اتخاذ القرارات الإدارية وابرام الصفقات العمومية؛
- تعد أموال المؤسسات العمومية الإدارية أموالا عامة، تخضع للمحاسبة العمومية، وغير قابلة للتصرف والحجز ولا تملكها بالتقادم؛

- يعد أعوان المؤسسة العمومية الإدارية موظفون عموميون، يخضعون لقانون الوظيفة العامة؛
- الاختصاص القضائي لمنازعات المؤسسات العمومية الإدارية للقضاء الإداري.

## 1-2- المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي التجاري:

المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي التجاري هي تلك التي تمارس نشاطا يشابه نشاطات المقاولات الخاصة، لكنها ليست بالمقاولات الخاصة، تقوم بتسيير مرافق عمومية صناعية وتجارية تابعة للدولة أو الجماعات المحلية. ويمكن تعريفها باعتبارها: "المرافق التي يكون موضوع نشاطها تجاريا وصناعيا ماثلا للنشاط الذي يتولاه الأشخاص الخاصة، وتتخذها الدولة والجماعات المحلية (الولاية - البلدية )، كوسيلة لإدارة مرافقها ذات الطابع الصناعي والتجاري، وتتخضع للقانون العام والخاص كل في حدوده".

والمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي التجاري ظهرت بعد المؤسسة العمومية الإدارية التقليدية، نتيجة ضرورة تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي، على الخصوص عقب الأزمة الاقتصادية لعام 1929، والحرب العالمية الثانية، حيث لم تعد المؤسسة العمومية الإدارية تتماشى والدور الجديد للدولة وضرورة التدخل في القطاع الاقتصادي ذو الطابع الخصوصي.

حيث يرى أحمد محيو أن ولادة المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي التجاري بداية لما يسمى "أزمة مفهوم المؤسسة العمومية"

أما على المستوى التشريعي، فقانون 88-01 عرفها في المادة 44 منه بأنه: "المؤسسة التي تتمكن من تمويل أعباءها الاستغلالية جزئيا أو كليا عن طريق عائد بيع انتاج تجاري ينجز طبقا لتعريفه معدة مسبقا ولدتر الشروط العامة الذي يحدد الأعباء والتقييدات وعند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين". ونصت المادة 46 منه على أنه يحدد الطابع الصناعي والتجاري للمؤسسة وقواعد سيرها وتنظيمها بموجب القوانين، المنشئة لها.

ومن قبيل المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري:

المؤسسة العمومية للنقل الحضري والشبه الحضري<sup>14</sup>، الجزائرية للمياه<sup>15</sup>، بريد الجزائر<sup>16</sup>.

وتتميز المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بالخصائص التالية:

- الخضوع لنظام قانوني مزدوج، تخضع للقانون العام في علاقتها مع الدولة، وتعد تاجرة في علاقاتها مع الغير تخضع للقانون الخاص ولا سيما القانون التجاري، وهذا بحسب المادة 45 فقرة أولى من القانون 88-01
- يتم تمويلها ذاتيا بصفة كلية أو جزئية، حسب المادة 44 من القانون رقم 88-01
- تمسك دفاتر الشروط بحسب المادة 44 من القانون رقم 88-01.
- نظام محاسبتها، محاسبة تجارية وفقا لقانون 07-11 المؤرخ في 25-11-2007 المتعلق بالنظام المحاسبي المالي.
- ميزانية المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري توضع على نمط الميزانيات التجارية.

<sup>14</sup> - المرسوم التنفيذي رقم: 10-91 المؤرخ في 14-03-2010 الذي يحدد القانون الأساسي النموذجي للمؤسسة العمومية للنقل

الحضري وشبه الحضري، ج ر رقم: 18 مؤرخة في: 17-03-2010، المادة 02.

<sup>15</sup> - المرسوم التنفيذي رقم: 01-101 ..... المتضمن انشاء الجزائرية للمياه،

<sup>16</sup> - المرسوم التنفيذي رقم: 02-43 المؤرخ في 14-01-2002 المتضمن انشاء بريد الجزائر، ج ر عدد رقم 04، مؤرخة في: 16-

01-2002، المادة الأولى.

- أعوانها هم عمال يخضعون لقانون العمل، بخلاف الهيئة المسيرة المدبرة لها تبعا لقوانينها الأساسية.
- تتمتع بصلاحيات ابرام الصفقات العمومية، شريطة التمويل الكلي أو الجزئي من خزينة الدولة حسب المادة 02 من قانون الصفقات العمومية.
- منازعاتها القضائية، بعضها للقضاء العادي وبعضها للقضاء الإداري.

### 1-3- المؤسسة العمومية ذات التسيير الخصوصي:

تعد المؤسسة العمومية ذات التسيير الخصوصي نمطا تسييرا حديثا جاء بعد النمطين السابقين، وتم تكريسه تبعا لنص المادة 49 من القانون التوجيهي للمقاولات العمومية الاقتصادية، والتي تنص على ما يلي: "تعد أجهزة الضمان الاجتماعي هيئات عمومية ذات تسيير خاص تحكمها القوانين المطبقة في هذا المجال. يحدد التنظيم الإداري لأجهزة الضمان الاجتماعي عن طريق التنظيم".

### 1-4- المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي التكنولوجي:

استحدثت المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي بموجب القانون رقم 98-11 المؤرخ في 22-08-1998 المتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي 1998-2002، المعدل والمتمم بالقانون 08-05 المؤرخ في 23-02-2008 والتي تعني بمهام البحث العلمي والتطوير التكنولوجي، والذي نصت المادة 17 منه: "تنشئ مؤسسة عمومية خصوصية ذات طابع علمي وتكنولوجي لتحقيق نشاطات البحث العلمي والتطوير التكنولوجي"<sup>17</sup>. وأحال ذات النص في فقرته الأخيرة كليات انشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها، الى مرسوم تنفيذي، وفي هذا السياق صدر المرسوم التنفيذي رقم: 99-256 المؤرخ في 16-11-1999 المتضمن كليات انشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها، الملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 11-396 المؤرخ في 24-11-2011 المتعلق بالقانون الأساسي النموذجي للمؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.

ومن أمثلة المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي:

مركز البحث في الاقتصاد المطبق من أجل التنمية، مركز تنمية الطاقات المتجددة.

وقد منحها القانون الشخصية المعنوية والاستقلال المالي، محمدا طابعها وهو الطابع العلمي والتكنولوجي.

ولعلنا نبين أهم الخصائص التي تتميز بها هذه المؤسسات وهي التالية:

- بموجب المادة 7 من القانون الأساسي النموذجي للمؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي تتولى المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي القيام بمهام إنجاز برامج البحث العلمي والتكنولوجي المحددة في مرسوم انشاءها.
- تتمتع المؤسسة بميزانية خاصة بها، وتحدد الاعتمادات الضرورية لأداء مهامها ضمن ميزانية الدولة بموجب المادة 37 من ذات القانون.
- يعد أعوانها موظفون عموميين، يخضعون لقانون الوظيف العمومي.

- التنظيم الإداري للمؤسسة يضم المدير ومجلس الإدارة إضافة الى مجلس علمي يتشكل من مدير المؤسسة ومديري وحدات البحث وكذا من باحثين على مستوى المؤسسة ومن خارجها، حيث يتولى ذات المجلس تنظيم النشاطات العلمية والتكنولوجية للمؤسسة.
- تخضع هذه المؤسسة الى الرقابة المالية البعدية تطبيقا لأحكام المادة 47 من المرسوم التنفيذي رقم: 11-396 مما يضمن نوعا من المرونة على نشاطها العلمي وآداءها.

### 1-5- المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني:

- عرفت المادة 32 من القانون رقم 99-05 المؤرخ في 04-04-1999 المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي المعدل والمتمم بالقانون 08-06 المؤرخ في 23-02-2008 بنصها على: " تعتبر المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني .. مؤسسة وطنية للتعليم العالي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ". وحددت المادة 38 من ذات القانون أشكال هذه المؤسسة وهي: الجامعات، المراكز الجامعية، المدارس والمعاهد الخارجة عن الجامعة انطلاقا من تاريخ صدور هذا القانون أصبحت مؤسسات التعليم العالي تكيف قانونا على أنها مؤسسات عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني، بعد ما كانت في السابق تكيف على أنها مؤسسات عمومية ذات طابع علمي<sup>18</sup>.
- وتتميز بالخصائص التالية:
- يتسم نشاطها بالطابع الإداري، لعدم استهدافها الربح بل تنمية البحث ورفع المستوى العلمي والثقافي للمواطن، وكذا تكوين الإطارات في مختلف الميادين.
- تخضع للرقابة المالية البعدية، بحسب المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 11-397 المتضمن القواعد الخاصة بتسيير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، وذلك بما يتناسب وخصوصية مهامها طبقا لأحكام المادة 37 من القانون 99-05 .
- تتمتع المؤسسة بميزانية مستقلة، والتي تخضع لذات الأحكام المطبقة على الميزانية العامة للدولة، وتخصص لها اعتمادات التسيير والتجهيز للقيام بمهامها، بحسب المادة 35 من القانون رقم 99-05
- تخضع لقانون وقواعد المحاسبة العمومية.
- أعوان المؤسسة، موظفون عموميين تبعا لقانون الوظيف العمومي الأمر 06-03 ، وهو ما أكدته المادة 50 من القانون التوجيهي للتعليم العالي مؤكدة خضوع مستخدمي هذه المؤسسة لذات القواعد التي تطبق على عمال المؤسسات والإدارات العمومية.
- وبخصوص الاختصاص القضائي، القانون التوجيهي للتعليم العالي سكت عن ذلك.
- غير أن قرارا لمجلس الدولة بتاريخ 22-02-2006 في قضية س ضد عميد كلية الطب، .. والذي جاء فيه: " .. وبما أن كلية الطب ليس لها أهلية التقاضي لتمثيل الإدارة الجامعية باعتبارها مؤسسة عمومية ذات طابع اداري .. " فالجامعة كمؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني هي مؤسسة عمومية إدارية، وبالتالي يختص القضاء الإداري بمنازعاتها.

### 1-6- مراكز البحث والتنمية:

قانون 01-88 المتضمن .... في المواد 51 الى المادة 54، تم التطرق الى مراكز البحث والتنمية واحداثها في مجال البحث العلمي والتقني حسب المادة 51. كما نصت المادة 53 منه، على أن تكون قواعد سيرها وتنظيمها مخالفة لتلك المطبقة للإدارة، أما على التمويل فيكون من الأموال العمومية في شكل مساهمات نهائية أو مؤقتة من ميزانية الدولة حسب المادة 52 من ذات القانون، فتدرج هذه الاعتمادات ضمن قانون المالية للسنة. وبحسب المادة 54 لها إمكانية أن تكون لها شراكة مع المقاولات العمومية الاقتصادية أو انشاء شركات تابعة لها خاضعة للقانون التجاري لتتمين نتائج هذا البحث.

ولعله من المفيد كذلك تحديد الطبيعة القانونية لهذه المراكز، الى أي صنف تنتمي، مؤسساتيا؟ يرى محمد بوسماح ان مراكز البحث والتنمية نوع من أنواع المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية، تمسك محاسبته بالشكل التجاري، أما الطيب السعيد فهو يرى أنها بين نظام المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ونظام المقاولات العمومية الاقتصادية.

أما عن الموقف التشريعي، المرسوم التنفيذي رقم: 99-256 المؤرخ في 16-11-1999 المحدد لكيفيات انشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها، حيث نصت المادة الأولى منه، على أن أنه للمؤسسة الطابع العلمي والتكنولوجي، وهو ما يشكل شياءا جديدا على مستوى المؤسسات المكلفة بالبحث، والتي تمسك محاسبة وفقا لأحكام القانون رقم 07-11 المتعلق بالنظام المحاسبي المالي.

.....

## 2- تصنيف المؤسسة العمومية تبعا لمعيار النطاق الجغرافي:

كما قد تصنف المؤسسة العمومية بحسب مجال ونطاق الاختصاص، الى مؤسسات عمومية وطنية تكون لها صلاحية ممارسة نشاطها في كامل الإقليم الوطني، كما قد تكون مؤسسات عمومية محلية. وقانون الجماعات المحلية للبلدية والولاية يحدد المهام الملقاة عليهما، وهي مهام متعددة ومتنوعة بتعدد وتنوع الحاجات العامة للمواطن داخل الدولة.

### 1-2- المؤسسة العمومية الوطنية:

### 2-2- المؤسسة العمومية المحلية:

تعد المؤسسة العمومية المحلية نمطا عموميا لتسيير المرفق العمومي المحلي سواءا أكان إداريا أو صناعيا وتجاريا، تبنتها قوانين الإدارة المحلية منذ الاستقلال الى اليوم.

حيث أطرها قانونا، قانون الإدارة المحلية، قانون البلدية والولاية. حيث خصها قانون الولاية 12-07 بثلاث مواد من المادة 146-147-148، وقانون البلدية 11-10 تطرق كذلك الى المؤسسة العمومية المحلية في المادتين 153-154. والذان أشار الى الإحالة الى التنظيم بخصوص مسألة تنظيمها وسيرها، ويتعلق الأمر في:

المرسوم 83-200 المؤرخ في 19-03-1983 المتضمن شروط انشاء المؤسسة العمومية وتنظيمها وسيرها. المرسوم رقم 85-117 المؤرخ في 07-05-1985 المحدد لشروط انشاء المؤسسة العمومية المشتركة بين البلديات وتنظيمها وعملها.

إضافة الى القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، في المادة 48 والتي نصت على أنه: " .. يمكن المجالس الشعبية الولائية والمجالس الشعبية البلدية انشاء مؤسسات عمومية ذات طابع عمومي اداري أو صناعي وتجاري وفقا للإجراءات المنصوص عليها في التشريع المعمول بها " .

### المطلب الثاني: التسيير الحديث للمرفق العام؛ أسلوب تفويض المرفق العام

#### - هل يساهم تفويض المرفق العام في تحسين الخدمة العامة وتطوير المرفق العام والخدمة العمومية؟ -

يعد تفويض المرفق العام أحد الأساليب المستحدثة في تسيير المرافق العامة، من خلال انسحاب الدولة كسلطة إدارة وتسيير من الحقل الاقتصادي على وجه الخصوص، وفتح المجال أمام القطاع الخاص في التسيير والإدارة. مع عدم فك الارتباط الرسمي بالدولة.

وفكرة تفويض المرفق العام ليست حديثة المنشأ والعهد، انما تعود الى بداية القرن الماضي عندما اتجهت الدولة الفرنسية الى تفويض أشخاص القانون الخاص بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري. فجدورها تعود الى عقد امتياز المرفق العام . هذا الأخير الذي يشكل نموذج أساسي لتفويض المرفق العام والذي قد يختلط به نطاقا ومضمونا. فتفويض المرفق العام يعد أسلوب إدارة وتسيير للمرفق العام وسط بين الإدارة التقليدية له المباشرة أو عن طريق المؤسسة العامة وخصخصته مباشرة بحيث تنفك رابطة بالجماعات العمومية بصفة كلية. حيث تقنية التفويض للمرفق العام تسمح بالإبقاء على سلطة الاشراف للإدارة والجماعات العمومية مع التخلي لشخص من القانون العام أو الخاص لسلطة التسيير والاستغلال.

#### الفرع الأول: تعريف تفويض المرفق العام.

##### أولاً: التعريف الفقهي لتفويض المرفق العام.

يعتبر تفويض المرفق العام الآلية الوحيدة التي تجسد شراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، في اطار عقود تسمح للدولة أو أحد أشخاص القانون العام بالتنازل عن ادارة واستغلال المرفق العام الى شخص طبيعي أو معنوي، غالبا ما يكون من أشخاص القانون الخاص. يخضع لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني للعقود الادارية. أولاً: التعريف.

استعمل مصطلح تفويض المرفق العام لأول مرة في الفقه الفرنسي سنة 1982 على يد J. AUBY ضمن دراسة للمرافق العامة المحلية. الا أنه كتطبيق طبق قبل ذلك بكثير.

عرفه Braconnier بأنه: " عقد يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى المفوض لمدة محددة تسيير مرفق عام يتولى مسؤوليته شخص خاضع للقانون الخاص يسمى المفوض اليه " .

وعرفه Boiteau بأنه: " عقد يتم من خلاله تسيير واستغلال مرفق عام بمقابل مالي يتحصل عليه المفوض ويدفعه المرتفقون أو الإدارة المفوضة ويتعلق مباشرة باستغلال المرفق ".

وعرفته الأستاذة Carole frazier باعتباره آلية تسمح للقطاع الخاص بتسيير مرفق عام، و بأنها تقنية تسمح بالتعاقد مع شخص خاص لتسيير مرفق عام حسب العقود المعروفة من قبل كالامتياز، التسيير، الايجار... فالفقه الفرنسي يجمع على أن تفويض المرفق العام يعد طريقة من طرق تسيير المرافق العامة تعهد جماعة عمومية به الى أحد أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص.

أما في الفقه الجزائري؛ فقد تطرق رشيد زوايمية لتعريف تفويض المرفق العام وفق مدلولين: الأول؛ باعتباره عملاً قانونياً يسمح أو يخول للهيئات العمومية بنقل مهمة تسيير المرفق العام الى أشخاص القانون الخاص.

والثاني؛ باعتباره طريقة من طرق تسيير المرفق العام، يتولى من خلاله أشخاص القانون الخاص هذه المهمة التي كانت حكراً على الهيئات العمومية.

وعرفته **نادية ظريفي** باعتباره: "ذلك العقد الذي من خلاله يخول شخص من أشخاص القانون العام (الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية الإدارية)، تسيير واستغلال مرفق عام بكل مسؤولية وما يتحمله من أرباح وخسائر يختلف عن الصفقة العمومية من حيث الاستغلال، (وطريقة تحصيل المقابل المالي حيث يتحصل المفوض له المقابل المالي للتسيير والاستغلال من أتوات المرتفقين مقابل أداء الخدمة أو عن طريق الإدارة لكن يجب أن يكون المقابل مرتبطاً باستغلال المرفق وناتجاً عن تشغيله ويكون هذا الاستغلال لمدة معينة قد يشمل المرافق العامة الإدارية أو الصناعية أو التجارية. ويتم اختيار المفوض له وفق إجراءات واضحة تضمن كل من الشفافية والمنافسة لاختيار الأفضل "أفضل عرض"، بهدف ضمان خدمة عمومية أجود وأحسن تجاه المرتفقين وفق عقد يحدد حقوق المفوض له والتزاماته بكل قيود المرفق من مساواة واستمرارية وضرورة التكيف مع المحيط الداخلي والخارجي".

ومن الفقه المغربي؛ عرفه **عبد الله حداد** باعتباره طريقة جديدة من الطرق المعتمدة لتسيير المرافق العامة تتشابه مع عقد الامتياز، وتختلف عنه لأن مدة الامتياز تكون أطول، كما أن الملتزم يتعهد بتوفير الأموال والمستخدمين، بينما في التدبير المفوض تبقى التجهيزات في ملكية الإدارة كما يحتفظ المفوض له بالمستخدمين مع مراعاة حقوقهم.

وعرفه **أحمد بوعشيق** بأنه عقد اداري تحدد السلطة العامة المفوض له داخل المجال الترابي المحدد في مدار التفويض باستغلاله وتديره للمرفق العام الصناعي والتجاري لمدة محددة تنتهي بانقضاء مدة العقد.

أما **عبد السلام بقال** اعتبر أن التدبير المفوض يجد أصوله في أسلوب الامتياز، لكن يختلف عن هذا الأخير وان كان بمثابة اصلاح ضمني له.

ويرى **محمد اليعقوبي** أن التدبير المفوض هو كل تدبير مرفق عام بواسطة شخص معنوي خاص يمتد لاحتواء مختلف طرق التسيير الكلاسيكي كعقود الامتياز، الوكالة...

وتؤكد أمال مشرقي، أن التجربة المغربية في تقنية تفويض المرفق العام مختلفة عن التجربة الفرنسية من خلال النصوص القانونية والعمل القضائي.

**ثانياً: التحديد التشريعي لتفويض المرفق العام.**

استعمل مصطلح التفويض في مجال تسيير المرفق العام في **النظام القانوني الجزائري** لأول مرة في قانون المياه لسنة 2005 في نص المادة 101 الفقرة الثانية: "يمكن الدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص خاضعين للقانون العام على أساس دفتر الشروط ونظام خدمة يصادق عليها عن طريق التنظيم كما يمكن تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو الخاص بموجب اتفاقية". وتنص المادة 104 من نفس القانون على أنه: "يمكن الإدارة المكلفة بالموارد المائية التي تتصرف باسم الدولة أو صاحب الامتياز تفويض كل أو جزء من تسيير الخدمة العمومية للمياه ..".

حيث قانون المياه كما يقول رشيد زوايحية يفرق بين تفويض المرفق العام والامتياز، فكلاهما مستقل عن الآخر ومختلف عنه.

ونص المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، في المادة 207 منه على: "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره الى المفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف، ويتم تكفل بأجر المفوض له أساسا من استغلال المرفق العام. وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية".

أما المشرع الفرنسي فقد تدخل في مجال تفويض المرافق العامة فيما لا يقل عن سبعة قوانين، كرسبت بشكل واضح أسلوب التفويض في مجال تسيير المرافق العامة، ويعد قانون sapin رقم 93-122 المتعلق بالوقاية من الفساد وتكريس الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة من أهم القوانين في ذلك<sup>19</sup>. حيث عرفته المادة 38 منه المعدلة بموجب المادة 03 من القانون رقم 1168-2001 الذي يطلق عليه تسمية Murcef على النحو التالي<sup>20</sup>:

« Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens ou services »

.....

### ثالثا: عناصر تفويض المرفق العام (أركانه).

ان تحديد عناصر تقنية تفويض المرفق العام تمثل كذلك تحديدا لأركانه كذلك، وهي عملية ليست سهلة، بل من الهام الصعبة والمعقدة، على أساس ليس كل عملية متعلقة بتنفيذ مرفق عام تدخل في تقنية التفويض، فتقنية تفويض المرفق العام لها من العناصر التي تجعلها كفتة قانونية مستقلة تحتوي على عناصر تختلف عن باقي الطرق المستخدمة، في تنفيذ المرافق العامة

<sup>19</sup> - Loi N°93-122 du 09 Janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques , op.cit .

<sup>20</sup> -

يعد وجود المرفق العام العنصر الجوهرى الأول والأساسى فى عملية التفويض، كما يجب أن يكون قابلا للتفويض، وذلك لامتناع بعض المرافق العامة عن امكانية تفويضها لمبررات عدة، مع وجود علاقة تعاقدية بين المفوض والمفوض اليه، مع ارتباط المقابل المالى بنتائج استغلال المرفق العام.

### وجود مرفق عام:

يعد تفويض المرفق العام أحد الطرق المستحدثة لتسيير المرافق العامة، ومن المنطق ألا يكون تفويض مرفق عام الا بوجود مرفق عام.

حيث يعد المرفق العام العنصر الأساسى والجوهرى لعقد تفويض المرفق العام، والركن الأساسى له. فيجب أن يشكل النشاط موضوع العقد مرفقا عاما.

والمشروع قد يتدخل ليعطى صفة المرفق العام لبعض المرافق والمصالح العمومية الحيوية والسيادية، يطلق عليها تسمية المرافق العامة السيادية، كمرفق الدفاع والأمن.

وقد يترك المسألة لاجتهاد القاضى متى ثار نزاع بخصوص هيئة أو مشروع ما اذا كان ينتمى الى اشخاص القانون العام أو الخاص.

كما قد تكون تسمية مرفقا ما مرفقا عاما قانونية بإرادة المشرع، لغير المرافق العامة السيادية.

ان تحديد المرافق العامة القابلة للتفويض فى قائمة بعينها، يصعب تطبيقها، ففي الجزائر وفرنسا مهما كانت طبيعة المرافق العامة إدارية وصناعية وتجارية هي قابلة للتفويض بشكل عام.

غير أن المشرع الجزائرى جعل شرطا واقفا فى تعريف تفويض المرفق العام وهو عدم وجود نص قانونى يمنع ذلك، فالمنع يكون وفق نص قانونى صريح.

يمكن استنباط ذلك من نص المادة الثانية من المرسوم التنفيذى 18-199 يتعلق بتفويض المرفق العام، والتي عرفت تفويض المرفق العام بأنه: "تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية، لمدة محددة، الى المفوض له المذكور فى المادة 4 أدناه، بهدف الصالح العام". أى بمفهوم المخالفة لا تفويض للمرافق السيادية بمفهوم نص القانون.

أما المشرع الفرنسى فقد تطرق الى منع تفويض بعض المرافق العامة، من خلال التعديل الذى أدخله على أحكام المادة 41 من القانون 93-122 فى المادة 2 من القانون رقم: 2000-599 والتي نصت على أنه:

" لا تسرى أحكام تفويض المرفق العام:

- اذا نص القانون على احتكار أشخاص القانون العام إدارة واستغلال المرفق العام؛
- لا يجوز تفويض النشاط الممارس من قبل مؤسسة عامة أو شركة مساهمة الا اذا نص القانون الأساسى للمؤسسة أو الشركة على ذلك؛
- لا يكون المرفق محل تفويض وفق الإجراءات المنصوص عليها الا اذا فاق مبلغ المفوض 106000 أورو واذا كانت مدة التفويض لا تتجاوز ثلاث سنوات، ومبلغ 68000 أورو فى السنة، ومع ذلك أقر الزامية الخضوع لأحكام المنافسة.
- عندما يكون التفويض ينص على تأجير المساكن الاجتماعية الملقاة على هيئة الإسكان".
- بالإضافة الى إمكانية منع المشرع تفويض بعض المرافق العامة، فقه القانون والاجتهاد القضائى حددا مجموعة من الضوابط للمرافق العامة غير القابلة للتفويض:
- المرافق العامة الدستورية لا يجوز تفويضها، نظرا لارتباطها بسيادة الدولة وكيانها وجوهر وظائفها، وتحديد المرافق الدستورية هو من اختصاص المشرع الدستورى لا المشرع الإدارى.

- لا يجوز أن يكون موضوع عقد تفويض المرفق العام تحصيل جباية الإيرادات العامة التي يكون لها الطابع الضريبي.
- لا يجوز تفويض المرافق العامة بعض المهام الأساسية المناط بالأشخاص العامة، وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الذي اعتبر أن الأقاليم لا يمكن أن تتخلى على بعض المهام الزراعية الى أحد أشخاص القانون العام، كما لا يمكن تفويض نشاط الضبط الإداري وعدد من المهام الأساسية للدولة كالاقتضيات باعتبار ضابط السلطة العامة التي تتميز به هذه الأنشطة الإدارية.

## 2- قابلية المرفق للتفويض:

لا يكون هناك تفويض المرفق العام، الا إذا كان المرفق قابلا للتفويض، ومن حيث المبدأ العام جميع المرافق العامة قابلة للتفويض، سواء أكانت إدارية أو صناعية أو تجارية، حيث لا وجود قائمة محددة للمرافق القابلة للتفويض، وكما هو الحال في فرنسا فرغم تضارب آراء الفقه حول مدى قابلية المرافق العامة الإدارية، بخلاف المرافق العامة الصناعية والتجارية والتي تقبل بأن تكون قابلة للتفويض بحكم القانون المختلط المطبق عليها. مما يشجع القطاع الخاص على تسييرها بسبب الربح الذي تسعى الى تحقيقه، على عكس المرافق العامة الادارية.

وبخصوص المشرع الجزائري، فقد صدر مؤخرا المرسوم التنفيذي رقم: 18-199 في 02 غشت -أوت- 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام، جاء في المادة الأولى منه:

"تطبيقا لأحكام المادتين 207 و210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يهدف هذا المرسوم الى تحديد شروط وكيفيات تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية".

حيث تبين المادة هدف المرسوم شروط وكيفيات تفويض المرفق العام المحلي.

ثم بينت المادة الثانية من ذات المرسوم التنفيذي 18-199 شرطا أساسيا لتفويض المرفق العام، وهو أن لا يكون من المهام السيادية التابعة للسلطات العمومية. أي لا تفويض للمرافق التي تمارس مهام سيادية.

وبموجب المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي نفسه 18-199 يمكن للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة للجماعات الإقليمية تفويض تسيير مرفق عام. بمعية المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي بطبيعة الحال.

## 3- العلاقة التعاقدية بين المفوض والمفوض اليه:

ان العلاقة التعاقدية في عقد التفويض تكون عادة بين المفوض والذي قد يكون الدولة أو أحد أشخاص الجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة، والمفوض اليه والذي يكون شخصا خاصا في العادة. فاذا كان مانح التفويض شخصا خاصا فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام، الا انه يستثنى من ذلك العقد المبرم بين شخص من أشخاص القانون الخاص لحساب وباسم الشخص العام وتحت اشرافه ورقابته. في هذه الحالة نكون أمام عقد تفويض المرفق العام بالرغم من أن أطرافه من أشخاص القانون الخاص.

فالعلاقة بين المفوض والمفوض له هي تعاقدية بالأساس تخضع للبنود الواردة الذي يضمها الاتفاق المبرم بينهما.

ولعل الاعتبارات التي تجعل من صيغة تفويض المرفق العام، تعاقدية لا انفرادية:

- ارتباط تفويض المرفق العام بكثير من الالتزامات والحقوق لصالح وعلى عاتق أطرافها، مما يحتم ذلك ضرورة ان تكون بنود تفويض المرفق العام منضبة في عقد لا عمل انفرادي لصالح الإدارة المانحة له فقط.

- ان مبدأ الشفافية وحرّة المنافسة، كقيود تركز اليها تقنية تفويض المرفق العام، لا يمكن تصورها أو اعمالها خارج الإطار التعاقدى.
  - ان العقد يشكل الأسلوب الأمثل للتكيف والمواجهة مع التطورات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية.
- ميزات الصيغة العقدية لتقنية التفويض المرفق العام، جعلت المشرع الفرنسي - والجزائري - عندما رسم الاطار العام لتقنية التفويض وحصرها بالعقد دون الأعمال القانونية المنفردة، هذا الاتجاه عبر عنه مجلس الدولة حين أقر أن الضوابط القانونية التي وضعها المشرع الفرنسي في مجال تقنية تفويض المرفق العام، لا تنطبق الا على عمليات إدارة واستثمار المرفق العام التي تتم وفق الصيغة التعاقدية.

-4

#### ارتباط المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق العام:

يجب أن يكون موضوع عقد التفويض استغلال مرفق عام، يتولى صاحب التفويض تشغيل المرفق العام واستغلاله، ويقتضي أن يتحمل مخاطر التشغيل، التي نعني بها المخاطر المالية والتقنية، والمسؤولية عن الأضرار التي تحدث نتيجة استغلاله للمرفق العام، فتحمل مخاطر الاستغلال بصورة كلية أو جزئية أمر ضروري في عقد تفويض المرفق العام من قبل صاحب التفويض. كأن يتولى الشخص الخاص تسيير المرفق العام مقابل مبلغ محدد دون أن يتحمل مخاطر استغلاله، كالعقود المبرمة مع الأشخاص الخاصة للقيام بمهام محددة لقاء أجرة محددة لتشغيل معامل انتاج الطاقة الكهربائية في مرفق القضاء، فلا يعد هذا العقد تفويض مرفق عام.

فصاحب التفويض يتولى استغلال المرفق العام على نفقته ويلقي على عاتقه تمويل عمليات التشغيل، وفي بعض العقود يتولى تحمل أعباء إقامة المرفق العام ويقابل ذلك حصوله على التعريفات الناتجة عن استعمال خدمات المرفق العام أو على أجر محدد من قبل السلطة المانحة للتفويض.

حيث استقر الفقه الفرنسي ان عنصر المخاطر في استغلال المرفق العام يعد العنصر الجوهرى لتمييز تقنية التفويض عن غيره من العقود الإدارية، فمفوضة الحكومة C.Bergeal علقت على قرار لمجلس الدولة قائلة:

" التفويض هو وجود التعاقد في وضعية يستغل فيها ويستثمر في مرفق عام على نفقته ومخاطره "

ففي قضية SMITON أعتبر الاجتهاد أنه اذا كان التمويل المقدم من الجماعة العامة في اطار مشاركتها في تغطية نفقات الاستثمار جوهرية في المشروع فان العقد في هذه الحالة لا يدخل في تقنية التفويض.

وفي قضية TessrieM.M Savaryet تعاقدت بلدية Bordeaux عن طريق عقد امتياز المرفق العام مع شركة لإعادة بناء السوق الأسبوعي، حيث اعتبرت محكمة استئناف بوردو بأن العقد موضوع النزاع يدخل في اطار تقنية تفويض المرفق العام، مستندة على اعتبار صاحب التفويض يحقق عائدات من المتفاعلين من السوق بنسبة 75 وما نسبته 25 من قبل مصالح البلدية كمشاركة لتغطية نفقات الأشغال. فصاحب التفويض يتحمل نسبيا المخاطر والعبء المالي المرتبط بعائداته المرتبطة هي الأخرى بنتائج الاستغلال.

كما أصدرت المحكمة الأوروبية بيانا لها في 12 أبريل 2000 معتبرة امتياز المرافق العامة يتميز بتحمل صاحب التفويض العبء المالي والمسؤولية عن المخاطر الناتجة عن استغلاله المرفق العام.

وبالتالي عنصر المقابل المالي بنتائج استغلال وتحمل مخاطر الاستغلال من الأسس التي تقوم عليها تقنية التفويض كمفهوم قانوني مستقل عن غيره من طرق تسيير المرفق العام.

## الفرع الثاني: أشكال تفويض المرفق العام.

يتحقق اشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة من خلال التنازل له عن مهمة تسييره، في إطار ما يسمى التسيير المفوض للمرافق العامة لصالح الأشخاص الخاصة. ويأخذ هذا التنازل شكلين أو صورتين: بموجب قرار اداري انفرادي تتخذه السلطة العامة أو بنص تشريعي " التفويض الانفرادي (أولاً)، أو بموجب عقد أو اتفاقية تبرم بين صاحب التفويض والسلطة المانحة للتفويض "التفويض الاتفاقي" (ثانياً).

### أولاً: التفويض الانفرادي.

نبين تعريف التفويض الانفرادي وخصائصه.

#### 1- تعريف التفويض الانفرادي:

عرف رشيد زوايمية التفويض الانفرادي كالاتي: منح تسيير المرفق العام لشخص خاص من الجماعة العامة كالتفويض الاتفاقي، غير أن التفويض الانفرادي يمنح بصفة انفرادية من الجماعة العامة وبدون ابرام أي عقد من الطرفين. حيث في التفويض الانفرادي يطلب فيه الشخص الخاضع للقانون الخاص من الشخص العام المكلف بتسيير المرفق العام أن يمنح له ترخيص أو اعتماد لتسيير جزء من المرفق العام.

#### 2- خصائص التفويض الانفرادي:

يتميز التفويض الانفرادي بخاصيتين أساسيتين وهما؛ غياب العلاقة التعاقدية وغياب المنافسة، لأنه يمنح بموجب نص تشريعي أو قرار اداري.

وغالبا ما يكون التفويض الانفرادي ممنوحا للمؤسسات العمومية، اذ تلجأ الدولة الى توكيل المؤسسات العمومية بتسيير المرفق عن طريق القانون، الذي يحدد المهام التي تفويضها لصالح المؤسسة، وبالتالي لا يخضع هذا التفويض لقانون Sapin أي لإجراء الاشهار و المنافسة عند اختيار صاحب التفويض.

كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قرار له بتاريخ 28 سبتمبر 2000 الى عنصر غياب الاشهار والمنافسة في التفويض الانفرادي للمرفق العام، على عكس ما ذهب اليه المحكمة الأوربية والتي أصدرت بيانا في 29 أبريل 2000 حول امتياز المرافق العامة في القانون المقارن، حثت على ضرورة احترام مبدأ الشفافية والمنافسة عند اختيار صاحب الامتياز لتسيير المرفق العام، حتى ولو تم التنازل بموجب تفويض انفرادي للمرفق العام.

ثانيا: التفويض الاتفاقي (الشائي).

تعد فرنسا أول دولة اعتمدت تقنية التفويض الاتفاقي والتي ظهرت من خلال الاجتهاد ثم الفقه، ثم تبناها المشرع الفرنسي لاحقا.

عرفته المادة 38 من قانون **sapin** باعتباره: " عقد يخول بموجبه شخص من أشخاص القانون العام تسيير مرفق عام، يتولى مسؤوليته شخص عام أو خاص، بمقابل مالي مرتبط باستغلال المرفق".

حيث يتم اختيار صاحب التفويض والذي يقدم أحسن عرض، بعد إجراءات المنافسة والاشهار، من خلال عقد أو اتفاق بينه وبين الشخص العام مانح التفويض.

ان التفويض الاتفاقي يثير إشكالات معينة منها.

#### ● إشكالية التفويض الفرعي: Subdélégation.

يقصد بالتفويض الفرعي، قيام المفوض له الأصلي بتحويل جزء أو كل النشاط المرفقي المفوض اليه أصلا لصالح شخص آخر.

حيث يطرح التساؤل ما اذا كان من حق المتعاقد مع الإدارة العامة المفوضة اللجوء الى التعاقد مع الغير أثناء تنفيذ التعاقد في اطار ما يعرف في قانون الصفقات العمومية بالتعاقد من الباطن **sous traitance**، في ظل وجود معايير وضوابط لاختيار الجماعة العامة المفوض اليه تتعلق بالاعتبارات الشخصية بشخص المتعاقد أحيانا.

في فرنسا أجاز المشرع التعاقد الثانوي بصورة جزئية بالنسبة للصفقات العامة وأجازه بصفة كلية لعقود تفويض المرفق العام، ويشكل قانون **murcef** الاطار القانوني للتعاقد من الباطن.

في الجزائر نجد التفويض الفرعي يتجسد في عقد المناولة، والذي قد يأخذ عدة مصطلحات في التشريع، فبعضها يستخدم مصطلح المقاول الفرعية، والبعض يستخدم مصطلح المقاول من الباطن، في حين يستخدم طرف ثالث مصطلح التعامل الثانوي، واتجاه آخر يستخدم لفظ المناولة، وأخر يستخدم لفظ التعاقد من الباطن.

وفي قانون الصفقات العمومية المرسوم رقم 15-247 تناول التفويض الفرعي تحت مسمى "المناولة"؛ في القسم السادس من الفصل الرابع المتعلق بتنفيذ الصفقات العمومية وأحكام تعاقدية من الباب الأول المتعلق بأحكام تطبيق على الصفقات العمومية، من المادة 140 الى المادة 144 منه.

حيث "يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم.

ومهما يكن من أمر، لا يمكن أن تتجاوز المناولة أربعين في المئة (40) من المبلغ الإجمالي في الصفقة.

ولا يمكن أن تكون صفقات اللوازم العادية محل مناولة، ويقصد باللوازم العادية اللوازم الموجودة في السوق والتي هي غير مصنعة استنادا الى مواصفات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة ".  
.....

#### ● إشكالية التجديد الضمني للعقد:

يقصد بالتجديد الضمني للعقد تجديد العلاقة التعاقدية بصفة تلقائية بعد انتهاء المدة المقررة في العقد أو اتفاقية تفويض المرفق العام.

حيث التجديد الضمني للعقد يسمح بولادة عقد جديد دون الدخول في أي مفاوضات أو التقييد بقواعد العلنية والمنافسة المنصوص عليها في قانون **sapin**.

رأى مجلس الدولة الفرنسي في قضية بلدية بايتا بأن اعمال هذا البند من شأنه أن يناقض الإجراءات التي أوجبهها المشرع الفرنسي فيما يتعلق بضرورة احترام قواعد المنافسة واعتبره اجراء باطل. ولقد ذهب الفقه والقضاء في فرنسا الى القول بعدم شرعية ادراج بند التجديد الضمني في عقود أو اتفاقية تفويض المرفق العام، لكونها تخضع لإجراءات تفرضها القوانين والأنظمة

أما في الجزائر، فان التطبيق لاتفاقية التفويض الجزائرية للمياه، لمدينة الجزائر العاصمة أقامت تجديد اتفاقية تفويض الخدمة العمومية للمياه مع المتعامل الفرنسي **Suez environnement** لمدة خمسة سنوات أخرى تنتهي في 2016 وذلك دون المرور عبر اجراء المنافسة المنصوص عليه في قانون المياه في المادة 105 منه.

.....

#### الفرع الثالث: أساليب تفويض المرفق العام.

ان التطبيق العملي والواقع في تنفيذ تقنية تفويض المرفق العام، والتضارب في آراء الفقه وحتى الاجتهاد القضائي بخصوصها جعل صعوبة في تحديد عقود تقنية التفويض في أشكالها وأساليبها. بين عقود متفق عليها، وأخرى مستبعدة.

#### أولا: العقود المعتمدة تفويض المرفق العام.

لقد نص المرسوم الرئاسي للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي رقم: 15-247 على صور تفويض المرفق العمومي في نص المادة 210 منه مبينا معيار التصنيف ومحددا بعض الصور على سبيل المثال وهي:

- الامتياز.
- الايجار.

- الوكالة المحفزة
- عقد التسيير.

حيث يمكن القول مع الفقه القانوني، أن هناك أربعة عقود قد تشكل صورا لتقنية تفويض المرفق العام، غير أن اتجاهات معينة، ترى في الامتياز والايجار عقود متفق عليها، بينما الوكالة المحفزة وعقد التسيير مختلف عنهما.

## 1- عقد الامتياز كأسلوب تسيير وتفويض المرفق العمومي.

### 1-1- تعريفه. فقها، وتشريعا، وقضاء:

عرف المشرع الفرنسي عقد امتياز المرفق العام في أحكام المادة 20-06 من الأمر 65-2016، بأنه: "تهدف عقود امتياز المرفق العام الى تسيير المرفق، ويمكن تتمثل في التسيير المفوض للمرفق العام، ويكون صاحب الامتياز مسؤول عن إنجاز منشآت عامة أو اقتناء ممتلكات ضرورية لتسيير المرفق العام"

كما عرفه Braconnier باعتباره: "العقد الذي تكلف من خلاله الإدارة العمومية شخصا عموميا أو خاصا باستغلال مرفق عام بكل أعباءه ومخاطره وأرباحه، ويتحصل على مقابل مالي من خلال إتاوات المرتفقين مباشرة". ويعرفه رشيد زوايمية بأنه: "عقد تبرمه الجماعات العمومية مع شخص طبيعي أو معنوي أو خاص يسمى صاحب الامتياز لتسيير مرفق عمومي في إطار احترام دفتر الشروط، مع تحمل صاحب الامتياز مخاطر وأعباء التسيير".

كما يعرفه ناصر لباد بأنه: "عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة للتفويض سواء كانت الدولة، الولاية، البلدية، بموجبه شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا من القانون العام أو من القانون الخاص، يسمى صاحب الامتياز، بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة، ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما أمواله وعماله ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك، وفي مقابل هذه الخدمة يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مالي يحدد في العقد، يدفعه المنتفعين".

كما حدد ناصر لباد، في ذات السياق مفهومين للامتياز، باعتباره كان تقليديا ثم تطور بتطور وظائف الدولة وتدخلاتها.

### 1-2- عناصر وأركان الامتياز:

#### • أطراف الامتياز:

لعقد الامتياز طرفين، مانح الامتياز وهو فقط السلطة العامة وشخص عام، يتمثل في الدولة أو أحد الجماعات المحلية، وصاحب الامتياز أو الملتزم، وهو غالبا يكون شخصا خاصا، كما قد يكون شخصا عاما في بعض الأحيان.

#### • موضوع عقد الامتياز:

موضوع عقد الامتياز الأصل فيه يخص المرافق العامة الصناعية التجارية لما لها من طابع متميز عن المرافق العامة الإدارية.

غير أن المشرع الجزائري، لم يمنع ولم يحدد فقط النوع الأول من المرافق بالامتياز، حيث يصح الامتياز لهما معا، صناعية تجارية كانت أو إدارية. كما هو الحال في فرنسا.

#### ● المقابل المالي:

يتعلق المقابل المالي في عقد الامتياز بنتائج استغلال المرفق العام، وليس فقط بحسن سير الاستغلال، كما أنه لا يتقاضى صاحب الامتياز ثمنا من الشخص العام مانح الامتياز، بل يتقاضى اتاوات من المنتفعين، غير أنه قد يحصل على موارد مالية أخرى من صورة إعلانات أو صور أخرى.

فلتجنب تحمل ميزانية الدولة والجماعات المحلية أعباء مالية ضخمة تتعلق بإنشاء واستغلال المرافق العامة، وجدت تقنية الامتياز كأحد الحلول، وأنجع السبل لترشيد المال العام.

#### ● مدة عقد الامتياز:

مدة عقد الامتياز محددة، وليست مؤبدة، حيث المرفق العام يبق ملكا للجماعة العمومية، ومحتفظا بصفة المرفق العام، حيث لا تنازل عنه للخواص رغم طول مدته مقارنة بباقي العقود.

ومدة عقد الامتياز طويلة مقارنة بالايجار على سبيل المثال، حتى يستطيع صاحب الامتياز استرداد الأعباء المالية، التي دفعها في انشاء واستغلال المرفق.

### 1-3- معايير تحديد عقد الامتياز وتمييزه:

الناظر للمشرع الفرنسي يجده يؤسس لمجموعة معايير تميز الامتياز عن غيره من العقود، وهي المعيار الشكلي والعضوي والموضوعي.

**فحسب المعيار الشكلي؛** ومن خلال تعريف عقد الامتياز أنه يعتمد على الشكل ولا يمكن يبرم شفاهة، لضمه دفتر الشروط الموضوع من قبل الإدارة ويحدد القواعد العامة وحقوق والتزامات الطرفين.

والعقد الشكلي يستوجب توافر إضافة الى الأركان الثلاثة الأساسية للعقود المتمثلة في التراضي والسبب والمحل ركن الشكلية، حيث اذا انعدم هذا الأخير كان العقد غير صحيح ولو تحققت الأركان الثلاثة الأولى.

وتبعاً لذلك يصح القول إن عقد الامتياز عقد شكلي لضرورة افراغ ركن التراضي الارادي بين أطرافه في قالب شكلي مكتوب يبين حقوق والتزامات أطرافه، فالكتابة شرط جوهري لدرجة أنه لا يمكن تصور وجود عقد امتياز غير مكتوب لأنه يحتاج الى شكليات لإبرامه منها موافقة السلطة صاحبة الصلاحية في الإبرام. وأثر ذلك نجده في دفتر الشروط.

أما بحسب المعيار العضوي فقد حدد المشرع الفرنسي من خلال الأمر: 65-2016 الجهات المخول لها إبرام عقود الامتياز وأطلق عليها تسمية: السلطات المتعاقدة Les pouvoirs adjudicateurs والهيئات المتعاقدة Les entités adjudicateurs والمحددة على التوالي في المادتين 09 و10 من الأمر:

- فحسب المادة 09 من الأمر 65-2016 السلطات المتعاقدة هي:
  - الأشخاص المعنوية العامة: ويقصد بها الدولة ومؤسساتها سواء الإدارية أو الصناعية أو التجارية أو السلطات المحلية ومؤسساتها من الأشخاص التي يعترف لهم بالشخصية المعنوية العامة.
  - الأشخاص المعنوية في القانون الخاص التي تم انشاؤها من أجل تلبية احتياجات المصلحة العامة والتي لها طابع صناعي تجاري، ولكن بشرط أن تكون هذه الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص، اما ممولة معظمها من السلطة المتعاقدة أو خاضعة لسلطة اشراف ورقابة السلطة المتعاقدة أو يتم تعيين أعضاء مجلس ادارتها من قبل السلطة المتعاقدة.
  - الهيئات الخاصة ذات الشخصية القانونية التي أسستها السلطة المتعاقدة من أجل تحقيق بعض الأنشطة المشتركة: وتعتبر هيئات خاصة أنشئت من قبل السلطات المتعاقدة بهدف تحقيق بعض الأنشطة المشتركة، تجمعات المصلحة العامة -GIP- Les groupements d'intérêts publics وهي هيئات قانونية تتمتع بالاستقلالية القانونية الإدارية والمالية، أنشئت بموجب اتفاق بين أشخاص القانون العام وبين أشخاص معنوية من القطاع الخاص، وذلك من أجل ممارسة الأنشطة التي تهدف الى تحقيق المصلحة العامة، وتعتبر GIP وفق ذلك سلطة متعاقدة.
- الهيئات المتعاقدة وفق المعيار العضوي: يطلق تسمية الهيئات المتعاقدة على السلطات المتعاقدة أو المقاولات العمومية أو على الأشخاص الخاصة عندما تمارس أحد الأنشطة المحددة في المادة 11 من الأمر 65-2016، والملاحظ أن المشرع يعتمد تحديد الهيئات المتعاقدة على المعيار المادي والمعيار العضوي:
- \* الهيئات المتعاقدة وفق المعيار العضوي:
  - تسمى وفق هذا القانون هيئات متعاقدة عندما تمارس أحد أنشطة الشبكية - مشغل الشبكة - الواردة في المادة 11 من الأمر وهي:
  - السلطات المتعاقدة: وهي السلطات المذكورة في المادة 09 من الأمر 65-2016.
  - الشركات او المقاولات العمومية: وهي وحدة اقتصادية وقانونية خصصت لإنتاج السلع والخدمات ولكن تحت سلطة الأشخاص العمومية - السلطات المتعاقدة - وتكون اما ممولة معظمها من السلطة المتعاقدة أو خاضعة لسلطة اشراف ورقابة السلطة المتعاقدة أو يتم تعيين معظم أعضاء مجلس ادارتها.
  - التنظيمات الخاضعة للقانون الخاص: وهي هيئات خاصة لا تنتمي الى السلطات المتعاقدة أو الى المقاولات العمومية، وتمارس نشاط تشغيل أحد الشبكات الواردة في المادة 11 من هذا الأمر وذلك عن طريق حق حصري تم منحه من قبل السلطة المختصة بناء على نص قانوني أو حكم قضائي.

● \* الهيئات المتعاقدة وفق المعيار المادي:

يطلق تسمية الهيئات المتعاقدة عندما تمارس أحد الهيئات المحددة في النقطة السابقة أحد الأنشطة في مجال الطاقة، أو المياه، أو استغلال المناطق الجغرافية، أو مجال المطارات والموانئ البحرية والنهرية ومحطات النقل، أو مجال النقل والبريد.

مثل الأنشطة المعنية بتوفير أو تشغيل أو نقل وتوزيع الغاز والكهرباء، وأنشطة تشغيل أو توريد الشبكات في مجال الإنتاج والنقل والتوزيع مياه الشرب، بالإضافة إلى تصريف أو معالجة مياه الصرف الصحي، أو مشاريع الهندسة الهيدروليكية والري، ومجال الأنشطة المتعلقة بالتنقيب واستخراج النفط والغاز والفحم أو أنواع أخرى من الوقود الصلب، ومجال تشغيل أو تسيير شركات الطيران أو الموانئ البحرية أو النهرية بالإضافة إلى تشغيل محطات النقل البحرية والجوية. وأيضا مجال النقل عن طريق السكك الحديدية ..

وبحسب المعيار الموضوعي؛ حدد المشرع من خلال المادة 06 من الأمر 65-2016 موضوع عقد امتياز المرفق العام وعقد امتياز الأشغال العمومية.

حيث يهدف عقد امتياز الأشغال العمومية إلى:

- تنفيذ أو تصميم وتنفيذ للأشغال المحددة من قبل المشرع الفرنسي.
  - تحقيق أو تصميم وتحقيق بأي وسيلة كانت منشأة لتلبية احتياجات السلطة المانحة والمنشأة هي نتيجة مجموعة من الأشغال البناء أو الهندسة المدنية المعدة لأداء وظيفة اقتصادية أو تقنية.
- ويهدف عقد امتياز المرفق العام إلى تسيير المرفق العام، أو تفويض تسيير المرفق العام، وبهذه الصفة فإن صاحب الامتياز يكون مسؤولاً عن إنجاز منشآت عامة أو اقتناء ممتلكات ضرورية لتسيير المرفق العام.
- وبحسب المعيار المالي؛ أكد المشرع الفرنسي على دوره في الدلالة على عقد الامتياز، والمقصود به هو ضرورة ارتباط المقابل المالي الذي يتحصل عليه صاحب الامتياز بنتائج استغلال المنشأة العامة - امتياز الأشغال العامة - أو المرفق العام - امتياز المرفق العام، ويعني ذلك تحمل صاحب الامتياز لمخاطر الاستثمار التي تنتج عن إدارته واستغلاله على نفقته ومسؤوليته، كانعكاس للمقابل المالي. وتبعاً لذلك، يعد معيير المقابل المالي معياراً أساسياً للتمييز بين عقد الامتياز والصفقة العمومية، حيث إذا شكل ذلك المقابل المالي الذي يتحصل عليه صاحب الامتياز ثمناً للخدمة دون أن يتحمل أي مخاطر فنكون بصدد صفقة عامة وليس عقد امتياز.

1-4- الطبيعة القانونية للامتياز كأسلوب تفويض المرفق العمومي.

اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للامتياز كأسلوب تفويض المرفق العام، وذلك لاعتبارات عديدة، فالإدارة العامة طرفاً أصيلاً فيه، وأشخاص القانون الخاص من جهة ثانية طرف مقابل،

## • عقد الامتياز ذو طبيعة تنظيمية:

تتمثل الشروط التنظيمية في عقد الامتياز، تلك التي تملك السلطة مانحة الامتياز حق تعديلها في كل وقت دعت اليها ضرورة تنظيم المرفق العام، وتمتد آثارها الى المرتفقين، كالشروط الخاصة بتنظيم الاشغال وسيرها، وتحديد الأتاوات التي يجوز تحصيلها وبيان كيفية تقديم الخدمة للمستعملين وشروطها والإجراءات الكفيلة بسلا متهم، ويبرر وضعها بأن الإدارة مانحة الامتياز تبقى دائما مسؤولة عن تنظيم المرفق العام مهما كانت طريقة تسييره.

يؤكد دي لاو بادير ان دفاتر الشروط تتضمن أحكاما في مواجهة المستخدمين، وهي أحكام تدخل ضمن الشروط التنظيمية.

فالقهاء الفرنسي يعترف بالطبيعة التنظيمية للأحكام المتعلقة بعمال ومستخدمي صاحب الامتياز.

والمشروع الجزائري أكد هذا التوجه في المرسوم التنفيذي رقم 03-280 المحدد لكيفية منح امتياز الأملاك الوطنية لاستغلال بحيرتي "أوبيرة وملاح"،

## • الطابع التعاقدى للامتياز:

## • الطابع التنظيمي التعاقدى، المختلط للامتياز:

## • الطابع المركب للامتياز:

## -2 عقد الايجار كأسلوب لتسيير وتفويض المرفق العمومي:

عرف بعض الفقهاء عقد الايجار بأنه عقد يلتزم بموجبه مستثمر من القطاع الخاص القيام بتشغيل مرفق عام وتقديم خدماته للجمهور مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات، وذلك مقابل مبلغ يدفع للسلطة المفوضة، ويلتزم هذا المستثمر بتقديم خدمات المرفق لجمهور المستهلكين وفق ضوابط عقدية متفق عليها بين الجهة المفوضة والمستأجر أهمها تحديد سعر رسوم الخدمة التي يتقاضاها المستثمر من جمهور المستهلكين بالإضافة لالتزامه بصيانة المرفق طوال فترة العقد، التي عادة ما تكون قصيرة أو متوسطة.

أو هو عقد تفوض بمقتضاه هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاما أو خاصا استغلال مرفق عام مع استبعاد قيام المستأجر باستثمارات، ويتم دفع المقابل المالي عن طريق اتاوات يدفعها المرتفقون متعلقة مباشرة باستغلال المرفق.

أما على المستوى التشريعي فقد عرف المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام عقد الايجار في المادة 210 منه فقرة 2 باعتباره: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل اتاوة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المفوض له حينئذ، لحسابه وعلى مسؤوليته.

تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام.

ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام".

كما بين المرسوم التنفيذي: 18-199 المتضمن تفويض المرفق العام في المادة 54-1، عقد الايجار باعتباره: "الشكل الذي تعهد به السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام، مقابل اتاوة سنوية يدفعها لها. ويتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة".

يمكن تحديد عناصر عقد الايجار من خلال النصين القانونين أعلاه في التالي:

- يتحمل المفوض له في تسيير وصيانة المرفق العام دون إقامة المنشآت.
- تتحمل السلطة المانحة للتفويض مهمة انشاء المباني والانشاءات التي يمكن المفوض له من القيام بمهمة التسيير والصيانة.
- يلتزم المفوض له بدفع مقابل مالي للسلطة المفوضة نتيجة استغلال المرفق العام، وذلك من خلال الأتاوى التي يتم تحصيلها من مستعملي المرفق العام.

من خلال التحديد القانوني لعقد الايجار يمكن التمييز بينه وبين عقد الامتياز:

- من حيث الموضوع: موضوع عقد الايجار يتعلق فقط بالتسيير والصيانة للمرافق العامة دون انشاءها، بخلاف موضوع عقد الامتياز والذي يضم إقامة المنشآت وتجهيزها، وتبعاً لذلك تكون مدة عقد الامتياز طويلة مقارنة بعقد الايجار لاسترجاع قيمة الاستثمارات.

فمدة عقد الايجار بحسب نص المادة 54 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتضمن تفويض المرفق العام تحدد بخمس عشر سنة، كحد أقصى، يمكن تمديدها بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل لانجاز استثمارات مادية غير منصوص عليها في الاتفاقية، شريطة الا تتعدى مدة التمديد ثلاث سنوات كحد أقصى.

- من حيث المقابل المالي: يتحصل صاحب الايجار على اتاوات من المستفيدين ويدفع منها للشخص العام أو يدفع المبلغ مسبقاً، عكس عقود الامتياز أين يتحصل صاحب الامتياز على كل الاتاوات من طرف المستفيدين في بعض الأحيان يمكن أن يتحصل عليها على اعانات من الشخص العام.

ويمكن ابرام عقد الايجار للمرفق العام، وفق أحد الصيغتين، الطلب على المنافسة كقاعدة عامة، والتراضي كاستثناء.

### 3- عقد الوكالة المحفزة كأسلوب لتفويض المرفق العام:

عقد الوكالة المحفزة شكلا من أشكال تفويضات المرفق العام، يرم بين طرفين، أحدهما سلطة عامة (الادارة المفوضة) مع شخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص. وهو يرادف عقد مشاطرة الاستغلال.

من الجانب الفقهي؛ عرفه Braconnier باعتباره: "العقد الذي من خلاله توكل أحد السلطات العمومية تسيير وصيانة مرفق عام، لشخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص، يتولى التسيير لحساب الجماعة العمومية المفوضة، ولا يتحصل على المقابل المالي من اتاواة المرتفقين بل بأجر محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في استغلال المرفق بالإضافة الى علاوة الإنتاجية وجزء من الأرباح".

وعرفه سليمان محمد الطماوي بأنه: "عقد يرم بين الدولة وفرد أو شركة حيث يتعهد هذا الأخير بإدارة المرفق العام لحساب الدولة مقابل حصوله على عوض من قبل الدولة لا من الأفراد المنتفعين".

....

وقد بين المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 210 منه فقرة 03، على تعريف الوكالة المحفزة بأنها:

"تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو صيانة المرفق العام، ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإرادته.

ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة بواسطة منحة، تحدد نسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصصة من الأرباح عند الاقتضاء.

تحدد السلطة المفوضة، بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية".

كما حددت المادة 52 من المرسوم التنفيذي: 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام أشكال تفويض المرفق العام، ومنها الوكالة المحفزة. ثم بين في المادة 55 منه تعريفها باعتبارها: "الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره أو صيانته...".

وأطراف عقد الوكالة المحفزة تتمثل في:

السلطة المفوضة: والتي تتمثل في الشخص الاعتباري العام وقد تكون، الدولة أو أحد الجماعات المحلية

المفوض له عموماً والمناول استثناء: أو المتعامل الاقتصادي، والذي يمثل الطرف الثاني في عقد الوكالة المحفزة، قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً أو شركة ذات طابع اقتصادي أو تجاري أو جمعية، فتكون له سلطة إدارة المرفق محل التفويض.

المنتفعين: وهم الأشخاص المستفيدين من تلك المنشآت العامة والذين يستعملونها.

حيث يتميز عقد الوكالة المحفزة بالخصائص التالية:

- الاستغلال يكون لحساب السلطة المفوضة.
- السلطة المفوضة تمول المرفق العام وتحتفظ بإدارته.
- تعلق المقابل المالي بنتائج الاستغلال.
- ارتباط مدة عقد الوكالة المحفزة بمدة زمنية، والتي تتراوح من خمسة إلى ثمانية سنوات.
- .....

#### -4 عقد التسيير كأسلوب لتسيير وتفويض المرفق العمومي: La gérance

نكون أمام عقد تسيير مرفق عام بحسب ما جاء في المادة 210-04 من المرسوم الرئاسي: 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام<sup>21</sup>: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام، ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته. ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إليها منحة إنتاجية.

تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحتفظ بالأرباح، وفي حالة العجز، فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك للمسير الذي يتقاضى أجراً جزافياً، ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية".

وهو بذلك يختلف عن عقد التسيير في القانون الخاص، الذي نظمته المشرع بموجب القانون 89-01 المؤرخ في 07 فيفري 1989 المعدل والمتمم للأمر: 75-58 المتضمن القانون المدني، في المادة الأولى منه: "عقد التسيير هو العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها، يسمى مسيراً إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد بتسيير كل أملاكها أو بعضها باسمها ولحسابها مقابل أجر فيفضي عليها علامته حسب مقاييسه ومعاييرها ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع".

<sup>21</sup> - المرسوم الرئاسي: 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي، المادة 210-02.

حيث عقد التسيير في مفهوم هذه المادة لا يدخل في عقود تفويض المرفق العمومي، بل يدخل في طائفة عقود الأعمال التي تهتم بالنشاطات الاقتصادية كمجال تنظيم واستغلال الفنادق.

واعتماد عقد التسيير كتفويض للمرفق العام كان بموجب قانون 2015 رسميا، الا أن تطبيقه كان قبل ذلك، باعتماد قطاع المياه وفي اطار تفويض الخدمة العمومية للمياه سنة 2006، حيث قامت مؤسسة " الجزائرية للمياه "، بتفويض تسيير خدمات التزويد بالمياه في مدينة الجزائر العاصمة لصالح المتعامل الفرنسي Suez environnement لمدة خمس سنوات ونصف، ابتداء من مارس 2006 وهي المدة القانونية التي تستغرقها عقود التسيير، وتم تجديد العقد لمدة خمسة سنوات أخرى الى غاية سنة 2016.

فتم تطبيق عقد التسيير كآلية لتفويض المرفق العمومي في مجال المياه، من خلال تفويض مرفق المياه والتطهير لصالح متعاملين أجنب، وفق اتفاقية شراكة في صيغة عقد التسيير، في إطار تفويض الخدمة العمومية للمياه، على سبيل المثال:

شركة المياه والتطهير لعنابة " سياتا"، والتي هي شراكة بين الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير من جهة والشركة الألمانية Gelsenwasser .

شركة المياه والتطهير لقسنطينة " سياكو"، والتي هي شراكة بين الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير من جهة والشركة الفرنسية la marseillaise des eaux.

ومن الفقه الفرنسي عرف عقد التسيير بأنه: "عقد يفوض بموجبه شخص من القانون العام للغير (شخصا طبيعيا أو معنويا من الخواص)، تسيير مرفق عام لحساب الجماعة العمومية بمقابل مالي جزائي، فهو يضمن التسيير اليومي والعادي للمرفق بكل عناصره ". ولقد ذهب Boiteau الى القول أن عقد التسيير ليس تفويضا للمرفق العام بالنظر الى المقابل المالي الذي يتقاضاه المسير على أساس أنه مبلغ جزائي ليس له ارتباط باستغلال المرفق، ولا يتحمل خسائر وأرباح التسيير.

ونفس الموقف اتخذ Braconnier الذي لم يدرج عقد التسيير ضمن عقود تفويض المرفق العام كذلك، في كتابه

## .Droit de services publics

وتبعاً لذلك، لا يوجد اجماع فقهي في فرنسا حول ائتماء عقد التسيير لطائفة عقود التفويض للمرفق العام، بخلاف الموقف التشريعي الفرنسي والذي تبنى هذا الأسلوب في مجال تفويض النقل العام، كما وجدت تطبيقات له في مجال إدارة ساحات انتظار السيارات. على سبيل المثال.

ثانيا: العقود المستبعدة من تقنية تفويض المرفق العام.

توجد طائفة من العقود تستبعد من نطاق التفويض للمرفق العام، وهي تتمثل في عقود الأشغال العامة، حيث الإدارة العامة اذا ما رغبت في تنفيذ الأشغال العامة، تطرح أمامها ثلاثة خيارات تتمثل في: طريقة التسيير المباشر، بتولي الإدارة بمفردها تنفيذ الاشغال العامة مستعملة عمالها وأموالها، خاصة بخصيص الاشغال البسيطة كأعمال الصيانة، أو صفقة الاشغال العامة، أو امتياز الأشغال العامة.

## 1- صفقة الأشغال العمومية:

تمثل صفقة الأشغال العمومية فئة قانونية مستقلة عن تقنية تفويض المرفق العام، حيث نظمها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بشكل دقيق، وذلك من خلال المعايير التنظيمية التي وصفها المنظم والتي تميزها عن العقود الإدارية.

### 1-1- تعريف صفقة الأشغال العامة:

عرف أحمد محيو صفقة الأشغال العامة بأنها:

«Se sont les contrats par lesquels des entrepreneurs s,,engagent vis-à-vis l,,administration à exécuter des travaux d,,intérêt général relatifs à des immeubles en contrepartie, l,,administration s,,engage à verser le prix convenu ».

وعرفها De Laubadère باعتبارها: " عقد تبرمه الإدارة وتخضع للنظام القانوني العام للقيام بأشغال عامة في عقار وحساب شخص من أشخاص القانون العام بهدف تحقيق النفع العام " .

أو هي: " عقد يبرم بواسطة أشخاص القانون العام وحسابها بهدف القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو صيانة عقار يخضع لنظام قانوني خاص مختلف عن عقود القانون الخاص والعقود الإدارية الأخرى " .

أما على المستوى التشريعي فقد تكفل التنظيم متمثلا في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق رقم:10-236 بتعريف صفقة الاشغال العامة في نص المادة 13 بنصها:

" تهدف الى قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستقلالها في ظل احترام البنود التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع " .

أما المرسوم الرئاسي 15-247 الأخير لم يتكفل بتعريفها، اما جاء بمعايير تنظيمية لتمييزها عن غيرها من الصفقات خاصة صفقة التوريد التي تركز على المنقولات خلافا لصفقة الأشغال العامة التي تركز على العقارات.

وبموجب المادة 29 منه - المرسوم الرئاسي 15-247 عقد الأشغال العامة هو عقد من عقود الصفقات العمومية، ينصب على تنفيذ أشغال واردة على عقار، كأن يتعلق العقد بمشروع طريق عام، أو جسر أو سد، لحساب الإدارة العامة، وتحت إشرافها تحقيقا للصالح العام.

ومدلول صفقة الأشغال العامة يعتمد على ثلاثة معايير أساسية تميزها عن باقي العقود، وتمثل في كل من:

**المعيار الشكلي؛** والتمثل في ضرورة أن تكون صفقة الأشغال العامة مكتوبة، مستبعدا كل اتفاق شفوي بخصوصها.

**المعيار عضوي؛** من خلال تحديد الأشخاص والهيئات التي تخضع لأحكام الصفقات العمومية، وتكبيقا لنص المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247، تتمثل تلك الهيئات في كل من: الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات لعمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة من الدولة أو الجماعات الإقليمية.

**المعيار المالي؛** والذي يسمح بتمييز صفقة الأشغال العامة عن باقي العقود الإدارية خاصة صفقة التوريد، حيث حدد المشرع الجزائري في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247، مبلغ يقدر باثني عشر مليون دينار كحد أدنى لصفقة الأشغال العامة.

ومن خلال هذه المعايير يمكن تعريف صفقة الأشغال العامة بأنها: "عقد يبرم بين شخص من أشخاص القانون العام مع فرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام بهدف تحقيق المنفعة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد".

ما يجعل صفقة الأشغال العامة تختلف عن المقاول في القانون الخاص لكونه متصل اتصالا وثيقا بالعقارات خلافا لعقد المقاول الذي قد يتصل بالمنقولات.

## 1-2-2- عناصر-أركان-صفقة الأشغال العامة:

تقوم صفقة الأشغال العامة على الأسس والعناصر التالية؛ أن يكون موضوع العقد عقارا-ويتم العمل لحساب أحد أشخاص القانون العام-وأن يكون هدف الأشغال هو تحقيق المنفعة العامة.

### 1-2-2-1- أن يكون موضوع عقد صفقة الأشغال العامة عقارا:

حتى نكون أمام عقد صفقة عامة، يجب أن يكون موضوعها عقارا لا منقولا، أي الاتفاق يكون منصبا على:

عقارا بالطبيعة؛ سواء أكان العقد متعلقا ببناء العقار أو ترميمه أو صيانته.

أو عقارا بالتخصيص؛ مثل الخطوط الكهربائية والهاتفية، قنوات المياه والصرف الصحي وصيانة المصاعد..

## 1-2-2- أن يتم العمل لحساب أحد أشخاص القانون العام:

بموجب المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يعد عقدا للاشغال العامة كل عقد أحد طرفيه شخصا معنويا عاما، سواءا أكان العقار مملوكا لشخص عام، أو في حالة التي تتم فيها الأشغال على عقار مملوكا للخواص ستنقل ملكيته في المستقبل للشخص المعنوي مع احتفاظ هذا الأخير - الشخص المعنوي- على حق الرقابة والتوجيه، ولا يهم ان كان الشخص المعنوي العام ذو طبيعة إدارية أو ذو طبيعة تجارية صناعية، اذا كانت الأشغال تهدف الى تحقيق المنفعة العامة.

## 1-2-3- أن يكون هدف الأشغال تحقيق المنفعة العامة:

ترتبط فكرة الأشغال العامة بفكرة المصلحة العامة، والمرتبطة المرفق العام، وهو شرط أساسي لاعتبار العقد من الأشغال العامة، وصفة العقد الإداري بصفة خاصة، لكون الاتفاقات التي تبرمها الإدارة بهدف تحقيق مصلحة مالية لا تعتبر عقودا إدارية.

وان تعددت غايات عقد صفقة الأشغال العامة، يعتد بالباعث الرئيسي لا الثانوي.

## 2- امتياز الأشغال العمومية

### 2-1- تعريف امتياز الأشغال العامة:

يعد الفقيه Dellalou أول من قدم تعريفا لامتياز الأشغال العامة في فرنسا، حيث اعتبره

Un contrat par lequel une ou plusieurs personnes s,,obligent envers l,,administration à faire exécuter à leurs frais, risques et périls un travail d,,utilité publique moyennement la jouissance d,,un péage ou d,,autres avantages stipulés dans l,,acte de concessions».

أو هو: " وسيلة تمويل وبناء وتشغيل منشآت عامة، تتم من خلال تكليف الجماعة العامة لشخص من أشخاص القانون العام أو الخاص بتنفيذ مشاريع تكون غالبا من البنى التحتية مقابل عائدات يتقاضاها من المنتفع أو من الجماعة العامة، ولمدة محددة وبدون ارتباط جوهري مع نشاط المرفق العام ".

يصنف امتياز الأشغال العامة باعتباره صفقة عمومية لكون المتعاقد مع الإدارة لا يحصل على المقابل المالي من المستفيدين من خدمة المرفق العام، ولا تربطه به أي علاقة تعاقدية، ولا يتحمل المتعاقد مع الإدارة أي مخاطر تتعلق باستغلال المنشأة العامة.

والمقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة هو عبارة عن أجر ثابت تدفعه له الجماعة العامة كما هو متفق عليه ومحدد في العقد.

## 2-2- خصائص امتياز الأشغال العامة:

يتمتع امتياز الأشغال العامة بالخصائص التالية:

- يعتبر عقد امتياز الأشغال العامة وسيلة تمويلية.
  - يتولى المتعاون مع الإدارة بموجب عقد امتياز الأشغال العامة ببناء المنشآت العامة أو القيام بأشغال ذات أهمية تتعلق بصيانة أو إعادة تأهيل مرفق عام.
  - يتمثل المقابل المالي الذي يتحصل عليه المتعاقد مع الإدارة في أجر ثابت يتقاضاه مباشرة من الجماعة العامة مقابل القيام ببناء المنشأة العامة وتشغيلها.
  - الهدف من إبرام عقد امتياز الأشغال العامة تحقيق المصلحة العامة بغض النظر عن ارتباطه بوجود مرفق عام.
  - يتألف عقد امتياز الأشغال العامة من قسمين، قسم يتضمن ضففة أشغال عامة تهدف الى إقامة منشآت عائدة لمرفق معين أو إعادة تأهيله، وقسم ثان يتضمن استغلال مرفق عام الذي تم انشاءه مقابل أجر محدد في العقد.
- وتكون مدة العقد طويلة نتيجة الاستثمارات.

" بعض النقاط لم تدرج في ملخص المطبوعة وذلك ليس سهواً، بل ترك، يجد الطالب الباحث تلك النقاط في مصادر ومراجع الموضوع المختلفة ".

