

جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



# القانون الإداري

## السداسي الثاني

مطبوعة موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق

المجموعة الثانية

أ.د بن علية حميد

الموسم الجامعي : 2020/2019

## الباب الثاني

### النشاط الإداري

يعتبر النشاط الإداري النظام الذي يبين الأدوات ومظاهر العملية الإدارية ، فالإدارة مثقلة بالأعباء والمهام ولهذا فإنها تستعمل أدوات لممارسة مهامها وتبرز بمظاهر للتكفل بأعبائها ومكايل ذلك أنها تنتقي الموظفين بقرارات إدارية وتسير المصالح بصفات عمومية ، فالقرارات والصفات أدوات للإدارة لمباشرة المهام الإدارية ، وإذا ما أرادت الإدارة لتكفل بأعبائها فهي تنشئ مرافق لهذا الغرض كالمؤسسات التعليمية والصحية فهنا لم تستعمل أداة وإنما أخذت مظهر وهنا إيجاد كما أنها يمكن تأمر وتنتهي فتنشئ حراس السواحل وشرطة العمران من أجل الحفاظ على الإقليم الساحلية أو من أجل الحفاظ على سلامة المعمار وعلى هذا فقد قامت بالتكفل بعبء لا عن طريق الأدوات وإنما ظهرت بمظهر يعتبر سلبي في هذه الحالة ، كونه يرتكز على الأوار والنواهي وفي الكثير من الأحيان يختلط على رجال القانون الإداري ، فك الارتباط الواضح بين مختلف أدوات النشاط الإداري من جهة وكذا مختلف مظاهر النشاط الإداري من جهة أخرى ، ولهذا فيبرز لنا فصلين أساسيين في فهم النشاط الإداري هما :

أولاً : أدوات النشاط الإداري ( الفصل 1).

ثانياً : مظاهر النشاط الإداري ( الفصل 2 ) .

### الفصل الأول

#### أدوات النشاط الإداري

إن المتمعنين في عنوان هذا الفصل يستنتج بأن النشاط الإداري متنوع الأدوات إلا أن رجال القانون الإداري وخاصة الفرنسيين في الغرب والمصريين في الشرق أجمعوا على أن هناك أداتين فقط هما الأداة الإنفرادية للنشاط الإداري والمسماة (العمل الإداري المنفرد) والأداة التعاقدية للنشاط المسماة ( العمل الإداري التعاقدية ) بل ذهب منذ بداية الولوج في مسألة ازدواجية أدوات النشاط الإداري من قبل الفرنسيين إلى اعتبار مبدأ تصنيف هذه الأدوات إلى صنفين لا رجعة فيه لأنهم كانوا قد إنتهوا من حسم إشكالية تعدد هذه الأدوات ولا يبدو أن الأمر كان سهلا عليهم بسبب بسبب غزارة وغنى أدوات النشاط الإداري من مراسم وأوامر ولوائح وتعليمات ومداولات وإعلانا ومناشير وصفقات وعقود مقاوله وغيرها والتي يستحيل حصرها إلا أن حسمها في إطار العمل المنفرد والتعاقدية قضى على إشكالية صعوبة الإلمام فيها ، وقد سار في هذا الاتجاه دون تردد المشارق من المصريين واللبنانيين ، إلا انه وسرعان ما في الأفق صعوبات التميز بيني الأعمال

الانفرادية والتعاقدية ومنذ سنوات العشر بنات من ق 20 وضمن إطار أصعب قضية المجلس الدولة الفرنسي والمتعلقة بقضية تبريا وهي مؤسسة قامت بالتأجير بموجب قرار وأبتعث هذا القرار يعقد إيجار وبعدها عازمت على فسخ العقد مع المؤجر والذي تقاضى أمام مجلس الدولة في أن فسخ عقد الإيجار ، يؤدي مباشرة إلى إلغاء قرار الإيجار ، وكان غاية الإلغاء غير قاد على فحص مشروعية فسخ

العقد على أساس أنه يقوم بإبطال القرارات ، أما مهمة فسخ عقود الإدارة وما ينجز عنها من نزاعات فهي تؤول إلى قاضي التعويض لا إلى قاضي الإلغاء إلا أن قاضي مجلس الدولة وانطلاقا من أبرز حيثياته التي جعلته يحطم قاعدة ازدواجية أدوات النشاط إد ، هي اعتبار أنه وقع في أزمة تمثلت في كونه اكتشف نوعا حاليا من أدوات النشاط إد عرف فيها ل بعد بإسم العمل الإداري المختلط لا هو إنفرادي لا تعاقدية كونه نظرا إلى الإيجار برمنه كعملية إدارية قامت بها المؤسسة لا تستطيع فيها الفصل بين قرار الإيجار وعقد الإيجار كون أن الأول أعتبر أساسا للثاني ولا يمكن أن نحذف الأساس وان فصل الثاني عنه ، وتوقعات الفقه كانت في غير الاتجاه قاضي مجلس الدولة لا أنها اعتبرت النوع الثالث ليس عملا مختلط وإنما عملا منفصلا .

وبالتالي فقد ظهرت نوع رابع صعب من الإلمام مجددا بقاعدة ازدواجية أدوات النشاط الإداري فظهرت القرارات الإدارية والقرارات الإدارية المنفصلة وظهرت العقود الإدارية والعقود الإدارية المختلطة فإين نحن من مبدأ أن لا ثالث لكل من النوعين وهذا ما أدى إلى تراجع الفقه المصري من جديد ليبدأ بدلو هو الآخر على الحلول الفرنسية ، فعندما وقع مجلس الدولة المصري في إشكالية القرارات التي تصدر بالإعلان عن الفائز في منافسة هل تدخل في مفهوم عقد الصفقة أم لا ؟

فعندما ترسو الصفقة العمومية عند الشخص تظهر لنا عملية لا يمكن أن نجزم بأنما انفرادية ، أو أنها تعاقدية لأن الصفقة رغم أنها عقد بين الفائز في الصفقة والإدارة التي نسخته الصفقة إلا أنه يظهر القرارات على أساس أن الأداة تمنح على أساس قرار رسو المنافسة فهل نحن أمام عمل إنفرادي او تعاقدية؟؟ علق على لك مستشار مجلس الدولة عبد الفتاح باغي المصري على أن هناك عمل لم يراه مختلط كالفرنسيين وإنما سماه بالعمل المركزي ، وبالتالي إن عملية التصنيف التي كانت بدهية من منطلق أن أدوات النشاط الإداري قرارات وعقود إلا أنها أصبحت مأساوية لأنه ظهرت أدوات جديدة لا نستطيع أن نضعها في صنف القرارات كما لا يمكن أن نضعها في صنف العقود .

وتراجع الفرنسيون معلقين أحالهم على محاولات الفقيه دوجي الذي أكدت على نظرية الإتحاد في النشاط إد من خلال ما كتبه في أول مؤلف من القانون الإداري وضرب المثال إن الطالب في الجامعة تربطه علاقة تعاقدية وتنظيمية مع الجامعة ، فهي تنظيمية على أساس أن بقائه في الجامعة مرتبط بقرار التحاقه بالشعبة التي تتفق الشروط المعلنا عنها مع درجة التحصيل العلمي إلا أن قرار الالتحاق مبني في أساس طلب يقدمه الطالب ولهذا تظهر إرادة إيجاب وقبول نوحى بفكرة العقد

أيضا وتجربنا إلى إعتبار العلاقة أيضا تعاقدية فهل يحتمل أن تقبل الجامعة الطالب بنوعين من الأدوات في وقت واحد بقرار وعقد ؟؟ .

وإن كان الأمر هكذا فإن القرار الذي يقبل التحاق الطالب بالجامعة يختلف من حيث آثاره القانونية عن العقد فإن ما رفض التحاقه وكان التحاقه بقرار يستطيع أن بلغيه أمام القضاء الإداري وإن أعتبر الأمر هو قبول وإيجاب لا يستطيع أن يذهب إلى القضاء الإداري في جانب الإلغاء وإنما يذهب إلى القضاء إداري في جانب التعويض كما أنه يستطيع أن يحتج بتغيير مركزه القانوني إن اعتبرت العلاقة تعاقدية على اعتبار العقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن تعير المركز القانوني من أحد المتعاقدين بإرادة المنفردة أما إذا أعتبرت العلاقة بنظمية فتستطيع الجامعة بتغيير المركز القانوني دون الاتفاق معه .

لان ما ذكره دوجي فيم بعد أن القول بالعلاقتين في أن واحد ( التنظيمية / التعاقدية ) بدخلنا في المفهوم المختلط الذي يستحيل على اعتبار أن القرار الصادر بقبول في مقاعد الجامعة لا يمكن اعتباره عقد كون أن الطلب الذي قدمه الطالب بالالتحاق لا يعتبر إيجاب وإنما تصرف متعرض لاستصدار قرار إداري يدخل في مفهوم **Les actes adminis prvoques**

وهكذا ظلت الصعوبة قائمة ، اعتبر فيها الفرنسيون أن هذه الأعمال التي لا يمكن تصنيفها لقرارات ولا عقود هي أعمال استثنائية قل ما تحدث والأصل أن أدوات النشاط الإداري هو العقد والقرار أما الاستثناء فهو الأعمال الإدارية المحرصة المركبة ، المختلفة .

أما عند المصريين فإن هذه الأزمة أدت إلى التراجع في مبادئهم حيث اعتبروا بأن هاته الأعمال لا يختص بها القضاء الإداري رغم طبيعتها الإدارية فاعتبروا الأعمال الإدارية المحرصة والمختلطة تصرفات تخضع للقانون الخاص بدليل أن ما ذكره الدكتور السوري مختار نوح في رسالة دكتوراه سنة 2001 نوقشت في جامعة عين شمس بمصر بعنوان >> الإيجاب والقبول في العقد الإداري << أن الاستثناءات الواردة عن مبدأ ازدواجية الأدوات النشاط الإداري خاضعة للقانون الخاص من موقع ما درسه في الفقه المقارن والمصري الجزائر اتخذت موقف لا يعترف بهذه الإشتثناءات من خلال القاضي الإداري الجزائري ومن خلال المؤلفات إدارية جزائرية وعلى هذا تبقى دراستنا داخلية في إطار الدراسة التقصيرية في الجزائر من موقع عنوان بحث 01 القرارات الإدارية م 02 عقود الإدارة .

## المبحث الأول

### القرارات الإدارية

تدخل القرارات الإدارية في مفهوم التصرفات الإدارية المنفردة وأن القرارات هي أحد نماذج الأعمال المنفردة وأن تسمية القرارات الإدارية هي تسمية جزائية في حين أن القانون المقارن يصفها بالتصرفات الإدارية الانفرادية وباعتبار أن من أهم امتيازات الإدارة هو القيام بأعمال منفردة وأنظمة وحيدة الجانب أي بإرادة إدارية لواجب بها كل من يشملهم الخطاب المرجو من القرار الإداري وعلى اعتبارات مشروعية عمل الإداري تفترض أن تكون قرارات الإدارة لمنفعة عامة فإن حدث وأصبحت هذه القرارات محل خصومة أمام القضاء فمن سلطة هذا الأخير إبطال العمل ورغم أن قضاء المجلس الدولة الفرنسي في الغرب والمصري واللبناني في الشرق لم يكلف نفسه جهد إعطاء مفهوم للقرارات الإدارية بحيث أنه لجأ مباشرة لفحص مشروعيتها وتبيان ما إذا كانت باطلة أو قابلة للإبطال في حين أن الفقه انتظر في غياب شرح قضائي لهذا النوع من التصرفات ما إذا كان القضاء قادراً على التوصل لإعطاء تعريف له .

أما رجال الإدارة العامة فلم يعرفوا القضاء لأن نظرتهم للقرارات الإدارية ليست من زاوية قانونيتها بل من زاوية نجا عنها ومن هذه الأجرة فإنهم رأوا أن القرار الإداري هو جهد الإدارة الذي تصدره لتلبية حاجيات الأفراد لا يهم فيها أن تلبى بقدر ما يهم قانونية هذا العمل فإنهم استخلصوا من كثير من أعمال قضاء مجلس الدولة معايير لتعريف القرار الإداري .

### المطلب الأول تعريف القرار الإداري :

#### 1 في الفقه المقارن :

أ - فرنسا : لجأت مدرسة القانون الإداري الفرنسي إلى استخلاص مبادئ القضاء الإداري المقررة لصعد مفهوم شامل للقرارات الإدارية وهي رغبة الفقه الملحة وكل الفقه إذ هناك رأوا بأن سلطة القاضي إذ التي تمنحه أحقيته تفسير وفحص مشروعية القرارات الإدارية ( قضاء الملائمة ) وتتعدى إلى سلطة إبطال القرارات الإدارية غير الملائمة ( قضاء الإلغاء ) فوصل استبعاد القرارات الإدارية إذ المعيبة والتي اعتبرها القضاء الإداري منعدمة وأول عيب تم إكتشافه في القرارات إذ من قبل القضاء هو عيب عدم الاختصاص الذي جعل الفقه يشترط أن يكون القرار صادر من سلطة إدارية أما ثاني عيب فهو أن يكون القرار قد خالفا للقانون وتوازي مع شرط أن يكون القرار معتبر قانوني ، وثالث عيب هو مخالفة القرار للشكل والإجراءات وهو يفترض اشتراط أن يكون القرار نافذا ، في حين أن الاكتشاف الحديث لرابع العيوب المتعلقة بالانحراف في استعمال السلطة لم يكلف الفقه عناء اكتشاف الشرط الرابع للقرارات كون هذا العيب يتعلق بنوايا مصدره مصدره ومأربه الإنتقاسية التي يخفيها تحت ظل شرعية القرارات إذ وباعتبار أن القانون إذ لا يعترف بأي دور الإدارة في نشأ العمل إذ فإنه لم يشترط شرطاً يوازي هذا العيب ، وبالتالي أستعملها الفقه الفرنسي

في شروط وذلك إنطلاقاً من معايير أساسية سميت بالعناصر الثلاث المكونة للقرار الإداري وهي ، أن يصدر من سلطة إدارية ، وإن يكون مغير لمركز قانوني ، وأن يكون نافذا .

**ب / في مصر و الدول العربية ( الشرق ) :** سارت مجمل هذه الدول نفس النهج الفرنسي إلا أن تأثرها بالتفكر المدين طعن على معالجتها لمعايير القرارات الإدارية التي أرادوا بها أن يصلوا إلى ما وصلت إليه المدرسة الفرنسية بحيث أنهم اعتبروا بأن هناك شرط رابع يتمثل في السبب الذي يجب أن يكون مشروعاً حتى تتمثل شروط القرار الإداري بحيث يتجرد القرار إذ من النوايا الشخصية ومن إرادة مصدره ويرتقي لأن يكون بسبه الوحيد المصلحة العامة التي لا يجب أن تتخذ كذريعة يجلب بها مصدر القرار منافع شخصية وإلا أصبح القرار باطلاً لانحراف في استعمال السلطة ومن خلال هذا المسعى تؤكد تقليدهم للقانون الفرنسي من جهة على اعتبار أنهم أخذوا رابع القيود ومخالفهم من جهة ثانية للتوجه لأنهم شكلوا من العيب الرابع شرطاً رابعاً سمي بالسبب، ولم يكتفوا بل أنهم لم يعتبروا أن للقرار شروط وعناصر بل أركان مقلدين رجال القانون المعنيين الذين وضعوا أركان المفاهيم المدنية الذي له ثلاث أركان سياسة : الرضا ، المحل ، السبب ووضع له ركن رابع كما القرار وهو الشكل في العقود الشكلية ولتأثرهم بالحلول المدنية فإنهم احتلوا مع المدرسة الفرنسية .

## **2 في الفقه الجزائري :**

لا يبدووا في الجزائر وإن أخذت من القانون الفرنسي نفس الشروط المتعلقة بالقرارات إذ وهي ثلاث والمتمثلة أساساً في شرط الاختصاص وتغير المركز القانوني والنفاد ، فهي ثلاث شروط مقلدة بصفة متطابقة تماماً مع التوجه الفرنسي وإن تم تقليدها دون إشكال إلا أن استعمالها أبرز الكثير من الأزمات عند رجال القانون الإداري الجزائري .

وتجدر الإشارة أن جميع المؤلفات التي ذهبت لشرح لنشاط الإدارة الجزائرية لم تستغن عن النظريات الفرنسية بصفة مطلقة غاضين الطرفين عن خصوصية القانون الإداري في الجزائر وتبعاً لذلك ، فقد ظل النشاط الإداري هن زاوية أدوابه متطابقاً مع القانون الإداري الفرنسي أخذاً بمبدأ ثنائية الاداة القانونية للقانونية للإدارة التي تعتمد على نوع يتمثل في القرار الإدارة مستخلصة من العمل الإداري المنفرد والعقد الإداري بالأخص الصفة العمومية مستخلصها من العمل الإداري الإتفاقي بل أن الاستثناءات الواردة على هاتين الأداتين في فرنسا اعتمدت أيضاً في الجزائر اعتماداً أعمى في جميع ما وصلت إليه مدرسة القانون الإداري الفرنسي ولكن ستغرب ما أل إليه النشاط الإداري بموجب الوضع الجزائري غير المهياً لإستراد الأنظمة الفرنسية وعلى إعتبار أن قانوننا الإداري يرتكو على المؤسسات الإدارية في غياب المرفق العام فيبدو أن قانوننا الإداري هو قانون المؤسسات الإدارية فلا مجال للحديث عن الوظيفة الإدارية بل الموظف ولا مجال للحديث عن العمل الإداري .

بل عمل الإدارة ولا مجال للحديث عن المنازعات الإدارية بل منازعات الإدارة وهاته النقطة الأخيرة مبرر كافي وسبب وحيد للقول بأن أرضية القانون الإداري في الجزائر غير مهياً لاستقبال النشاط الإداري بقدر ما هي مهياً لاستقبال نشاط الإدارة وعلى اعتبار أننا أمام منازعات الإدارة لا المنازعات الإدارية فإن مبرر ذلك التمسك الصلب بكل ما هو إدارة واستبعاد كل ما هو إداري فلا قضاء إداري إلا حينما تكون الإدارة طرفاً في منازعة إدارية وذلك ما أشار إليه التبرني العشوائي للمعيار العضوي المتشدد المتمثل في اختصاص قضائي لجهات القضاء الإداري شامل لكل أنواع القضايا وإن كان يؤول الفصل فيها.

يؤول الفصل فيها بموجب القانون الخاص عندما تكون الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الصيغة إدارية طرفاً فيها وهنا يصح أن نقول بأسبقية الإداري على القضائي ومرد ذلك أن المؤسسة الإدارية كمرفق عضوي في المنظور الجزائري لا يرى إلى ما يمكن أن تقوم به بقدر ما يرى وجودها وعلى هذا فالقاضي الإداري لا يبقى له بعد ذلك إلا أن يكيف ما تقوم به ليفصل بموجب القانون الإداري إن كانت ما تقوم به تصرفاته خاضعة للقانون العام ويطبق عليها القانون الخاص إذ كيف ما تقوم به عندما تخضع نفسها لهذا الأخير ، أي أنه مختص سواء كانت الإدارة خاضعة للقانون الإداري أو خاضعة للقانون الخاص وهنا دائماً يوجد المعيار العضوي لجوء المتقاضي الإداري بمجرد تأدية من الغدارة وهكذا فإن العمل الإداري يصبح عمل الإدارة في حين تستبعد الأعمال الصادرة عن أشخاص غير إدارية وإن كانت أعمال وهذا الوضع لا يتناسب والقول بالتصرف الإداري وإنما يتناوب مع القول بتصرف الإدارة ومن هنا يجب على المؤلفين الجزائريين إعادة النظر في هذه المفاهيم الأساسية لأن بتصرف الغدارة يتمشى مع نوعين يختلفان عن التوجه الفرنسي وهما القرار الإداري بدل التصرف الإداري المنفرد وعقد الإداري وعقد الإدارة بل العقد الإداري ودليل ذلك كما أكدته قواعد المرافعات أمام القضاء الإداري الجزائري فالمادة 07 من ق إ م وفي ما ذهبت إليه لم تتناول مفهوم التصرف الإداري المنفرد لأنها ركزت على أن الإلغاء يكون في القرارات الإدارية الصادرة عن الولايات ورؤساء المجالس الشعبية البلدية ومدراء المؤسسات الإدارية والمادة 274 من القانون تذهب إلى نفس التسمية وهي إلغاء القرارات الإدارية بدل التصرفات الإدارية المنفردة الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية ، وتقترب تبني المشرع ج مصطلح القرار الإداري بدل التصرف الإداري المنفرد رغم ان هذا الأخير مستورد من النظام الفرنسي ورغم أن الأول يعد أحد النماذج من كثير تدخل في مفهوم التصرف المنفرد فإذا ما قامت الإدارة بعمل منفرد في الجزائر ولم تصدره على شكل قرار إداري فالوضع القائم يجعل القاضي غير مختص بالفصل في التصرفات المنفردة لأن المشرع حتم عليه الفصل عندما يكون القرار الإداري ناهيك على أن القاضي محكوم عليه الفصل عندما تكون الإدارة لا الوظيفة الإدارية بموجب المعيار العضوي ، وهذا الأمر لم يفصل فيه لحد الساعة في الفقه الجزائري المشرع الذي عزف الأوتار الفرنسية رغم أن الوضع إداري ليس هو نفسه الوضع إداري الفرنسي ويبقى السؤال المطروح : متى يتفطن الفقه الجزائري؟؟.

ولان الوضع مفروض على الباحثين في مجال التصرف إد المنفرد والذي لا يعدوا إلينا سوى القرار الإداري الوحيد الذي تأمل أن نجد له معايير لتعريفه وإنطلاقاً من أن القاضي إذ الجزائري فإنه مرتبط دوماً بأخذ بالمعايير الثلاث المحددة للقرار الإداري والتي إذ ما إجتمعت في عمل إداري معين نقول بأننا أمام قرار إداري .

### 3 عناصر القرار الإداري:

#### 1/ أن تكون العمل الإداري صادر من سلطة إدارية ( الإختصاص ):

هذا المعيار ليس معبأ في الجزائر لأنه من السهل جدا تحديد السلطات الإدارية من السلطات غير الإدارية على إعتبار أن القانون قد حدد للقاضي مجمل أنواع السلطات الإدارية والتي تكون كالتالي : الدولة تعبير عن سلطة مركزية ، الولاية في مفهوم شخص الوالي ، البلدية في مفهوم شخص رئيس م ش ب ، ومدير المؤسسة الإدارية ، فإذا صدر عمل من هذه الهيئات اعتبر صادر من سلطة إدارية وذلك بمجرد تحليل بسيط يفيد تبني الجزائر فقط لمفهوم المرافق العضوية وإستبعادها للمرافق المادية فالمستشفى بدل الصحة العمومية والجامعة بدل التعليم العالي والشرطة بدل الأمن العمومي ، لكن وعلى سهولة إكتشاف السلطات إد في الجزائر إلا أن النشاط الإداري قد يصدر عن سلطات غ إدارية وقد تقوم المؤسسات الإقتصادية محل المؤسسات الإدارية في إصدار القرارات والقضية المشهورة والمتعلقة بالسومباك ( الديوان الوطني للحبوب ) أكدت الفضيحة الجزائرية التي داس فيها القاضي إد على شرط أن يكون القرار صادر من سلطة إدارية وذلك بموجب قرار صادر عن الغرفة إد بالمجلس الأعلى سنة 1981 والذي فيه إكتشف وهو بصدد فحص مشروعية منشور أصدره مدير مؤسسة سومباك بأن هذا المنشور أضاف قواعد جديدة وغير مراكز جديدة لا يمكن أن يغيرها قرار إداري عندما قام مدير هذه الشركة بتحديد نسبة إستخراج السميد بموجب اللوائح والتنظيمات ولم يكتف بتنفيذ هذه اللوائح بل عدل فيها وإن كان القاضي الإداري غير مختص عندما تكون أشخاص غير إدارية طرف في النزاع وأن الشخص المتمثل في شركة إقتصادية أصدرت قرار إداري لم يأخذ بمعيار من أصدر القرار بل أخذ بمعيار محتوى القرار الذي عبر عن وظيفة إذ بدل وظيفة إقتصادية ورغم إعتبار ما ذهب إليه هذا القاضي شاذاً وعدم سلامته من سهام الناقدین له إلا أن المشرع ج إنتظر حتى يتم تعديل قانون الشركات الإقتصادية والذي كان بموجب ق 01/88 المتعلق باستقلالية المؤسسات الإقتصادية ليؤكد بإمكانية أن تقوم المؤسسة الإقتصادية بعمل إداري وتصدر قرار إداري بشرط أن تكون المؤسسة الإدارية قد أكلتها هذه المهمة لتقوم مقامها وتحل محلها في المهام الإدارية المستقلة بها وذلك انطلاقاً من نص المادتين 55- 56 .

2/ أن يغير القرار مركزاً قانونياً : كثير من الأعمال المنفردة ما تصدر من الإدارة فإن إلتقينا بالمعيار الأول المتمثل في شرط الإختصاص فإننا نكون أمام عدد كبير من التصرفات التي



تصدرها الإدارة غير أبهين بما إذا غيرت المراكز القانونية للمخاطبين بها أم لا ومثال ذلك أعمال السيادة وهي :

أ/ الأعمال السياسية : التي لا تعني الأفراد كأن يصدر وزير المالية قرار بإلغاء عملية وكأن يعين رئيس الجمهورية سفير في الخارج وهذه الأعمال وإن صدرت من الإدارة لا تعني الأفراد كونها لا تمس بحقوقهم ولم تغير مراكزهم ، ففي قرار وزير المالية لا يهمله الفرد إن تعامل بالعملة النقدية الملغاة أم بالعملة الجديدة حتى وإن أحدثت أعمال السيادة أضرار للأفراد فلا يمكن أن تكون محل خصومة أما القضاء واعتبر الفقه الفرنسي أن أعمال السيادة وصمه عار في جبين القضاء الإداري تفلت من رقابته المركز القانوني .

ب / التعليمات والمناشير : هي الأعمال الصادرة من الأداة وتستوفي الشرط الأول ولكن تبقى مجرد لوائح تغييرية للأفراد المخاطبين بها فلا يهمل إذا ما صدر منشور من إدارة النقل لتغيير محطة المسافرين أو صدر منشور من مدير الجامعة لتغيير المدخل الرئيسي للجامعة لأنه لا في الأول ولا في الثاني تغير المركز القانوني للمسافر أو للطالب فهي أعمال تخرج عن مفهوم القرارات الإدارية

ج/التهديدات و الإنذارات إد : إذ يمكن للإدارة بتوجيه إنذار للمواطنين القاطنين في عمارة تؤول إلى السقوط أو أن توجه إدارة الضرائب يحتوي على تهديد يفرض غرامة عن التأخير في تسديد الضريبة فلا الإنذار ولا التهديد غير المركز القانوني للمخاطب به في حين يكون لا حقا عنهما كان يصدر قرار بإزالة العمارة او بفرض الضريبة فهذين مفدين للمركز القانوني.

3 - أن يكون القرار نافذا: فقد يصدر قرار من السلطة ويغير المركز القانوني لكن لا يكون نافذا ومثال ذلك أن تصدر اللجنة المتساوية الأعضاء كالمجلس التأديبي قرار يطرد موظف لكن هذا القرار يبقى غير نافذ لأنه مجرد رأي يحتاج لمصادقة المدير وكان ترفض البلدية منح رخصة بناء فهذا الرفض ماهو إلا رأي صدر من مديرية التعمير غير نافذ يحتاج إلى مصادقة رئيس البلدية وكان تدمج لجنة إختيار الأراضي أرضك في الاحتياطات العقارية للبلدية فهذا مجرد رأي يحتاج إلى مصادقة الوالي وهنا تكون الأعمال اللاحقة لهذه الآراء فقط هي قرارات إدارية فعندما يصادق المدير على طرد موظف أو يصادف رئيس البلدية على رفض رخصة البناء ، أو يصادق الوالي عراي لجنة إختيار الأراضي نقول بنفاذ هذه القرارات.

### المطلب الثاني النظام القانوني للقرارات الإدارية :

هو مجموعة القواعد التي تحكم لنشوء وتنفيذ القرارات ويعد اصل هذا النظام قضائي كون أن القضاء الإداري ساهم في وضع منظومة متكاملة تعبر عن القواعد التي تحكم الحياة القانونية للقرار الإداري سواء تعلق الأمر بقواعد نشوئه أو تنفيذه أو إزالته .

1 - قواعد نشوء القرار الإداري : تجدر الإشارة إلى أن نشأة القرارات تحتكم إلى مبدأ هام يتمثل في النشأة الانفرادية له وهذا وإن كان من بين المسلمات التي لا تحتل الجدل فإن الاستثناءات التي وردت على هذا المبدأ جعلت القضاء الإداري يتراجع في كثير من الأحيان إذا ما اصطدم بأعمال إدارية انفرادية لم تنشأ نشأة انفرادية ومن أهم الأمثلة القرارات الإدارية الناجمة عن تحريض من المخاطب و التي تعبر عن حقيقة النشأة الثنائية لقرار يظهر انفرادي كان يقدم شخص طلب للحصول على رخصة بناء فهذه العملية ناجمة عن إرادة المستفيد من رخصة البناء التي لولاها لما صدر قرار رخصة البناء والتي عبر فيها عن رغبته ضمن طلب وجهه للإدارة ومن أمثلة هذه الاستثناءات كثيرة ومتعددة تطرقت إليها في عرض حديثنا عن مفهوم التصرف الإداري الانفرادي ، وهذا ما يجعلنا نضع احتمالات عدم نشوء القرار الانفرادي نشأة غير انفرادية واردة ونحتاط من هذه القرارات التي تسمى بـ : les faux decisions أما من حيث الدراسة القانونية المحضة

فإن الفقه لم يجد بين ما إذا كانت القرارات الإدارية الانفرادية حقيقية *les varies decisions* أم ليست كذلك *Les feux deaisions* بحيث يعتبر القرار إداري قرار إكتمل نشوؤه بمجرد سريان في حق المخاطب به والعبارة في ذلك تتمثل في علم المخاطب بمحتوى القرار وهذه المسألة تم حسمها إنطلاقاً من قرينتي التبليغ والنشر ، فإن القرار المبلغ أو المنشور يعد صحيحاً صحة نشوؤه لأنه يولد الحقوق و الإلتزامات المعبأ لها في حق المخاطب به منذ اللحظة التي تم تبليغه فيها إذا كان فردياً أو اللحظة التي نشر فيها إذا كان تنظيمياً والفرق بين القرار الفردي والتنظيمي يمثل في أن الأخير يخاطب فئة معينة أما الأول فيوجب للشخص المعني بالأمر . ولطالما اعتبر التبليغ والنشر قاعدة تؤكد نشوء القرار الإداري في حين تراجع القضاء الذي حصل بسبب عدم تمكن التبليغ والنشر من القول بان المخاطب بالقرار قد علم به ومثال ذلك أن يستفيد شخص من سكن بموجب قرار تام مبلغ له في حين أن الإدارة تقوم بمنح إستفادة نفس اسكن لشخص لآخر بقرار مبلغ فهذا لا يجعل من القرار الثاني الذي نزع حق الاستفادة للشخص الأول قد نشأ وسرى في حق هذا الشخص رغم اعتباره القرار تام ومبلغ لان التبليغ هنا لم يؤد إلى علم الشخص الأول بتراجع الإدارة عن منح الاستفادة للشخص الأول لأن التبليغ كان للشخص الثاني الذي استفاد من نفس سكن بدليل أن الشخص الأول لم يعلم وإن علمه مرتبط باللحظة التي يتفاجأ بها بالشخص الثاني وهذه المسألة يقينية ترتبط بوقائع مادية لا قانونية ومن ثم فإن التبليغ كواقعة قانونية لم يعتبر قرينة للعلم والإدراك وهذا ما أدى بمجلس الدولة الفرنسي إلى هجر القرينة القانونية وتطبيق القرار ش المنجز اليقينية من خلال نظرية العلم اليقيني إلا أن القضاء وبسبب تطبيقه لهذه النظرية كان قد تسبب في تقصير الإدارة عن أداء وظيفتها المتمثلة في التبليغ والنشر وخوفاً من ذلك فقد تراجع القضاء عن هذه النظرية ليعيد إحياء القرارات القانونية المتمثلة في التبليغ والنشر .

2 - تنفيذ القرارات الإدارية : يجب التفرقة هنا بين مصطلح النفاذ والتنفيذي على اعتبار أن النفاذ هو العنصر الثالث من عناصر القرارات الإدارية الذي يضاف إلى عنصري أن تكون القرار

صادر من إدارية و أن يكون مغير لمركز قانوني في حين أن تنفيذ القرار الإداري عملية مادية محضة تقوم بها الإدارة لتنفيذ ماصدرته وفي هذا قاعدتين .

أ - القاعدة المرتبطة بالتنفيذ الاختياري : وهنا الإدارة تتقدم لتنفيذ القرار عندما لا تكون هناك أية مقاومة للمخاطب به عندما يكون القرار موضعاً لنزع حق أما إذا كان القرار وفي كل الأحوال لإقرار حق فإن الإدارة توجهه وتكون أما تنفيذ الاختياري والإشكالية المطروحة في هذا الصعيد عندما يرفض الشخص

بموجب قرار من الإدارة في تنفيذه اختياراً فهنا لا تستطيع الإدارة إجبار الشخص وكما سوف يتم التطرق إليه لا يكون إلا في الحالات التي تدخل في جانب نزع الحقوق أو إلغائها وبالتالي فتعمد الإدارة إلى إعدام هذا القرار واللجوء إلى الأساليب التعاقدية وهذا ما ظهر في التنازل عن أعمال الدولة والتي وإن ظهرت في الإدارة بقرار بالتنازل فإن عملية التنازل مصحوبة بعقد تنازل ويشار هنا إلى إمام ق إ د من أساس لأن مصطلح التنازل مصطلح مدني يدخل ضمن إطار العقود الملزمة لجانب واحد وهذا الأمر لم يظهر إلا في أنشطة الإدارة الجزائية التي لا يمكن معها تصور إدارة خدمائية من أنه يتمشى معها الأسلوب التعاقدية في حين أن الإدارة السلطوية يتمشى معها الأسلوب التنظيمي وكون هذا الأخير مأخوذ في الجزائر من جانب الأمر والنهي أي فرض الحقوق بالقرارات لا التعاقدات

فإنه وإن لجأت الإدارة الجزائية إلى التعاقد فهي تزل لأسلوب الفرد فتتعاقد لقواعد القانون المدني وهنا لا تكون أمام تنفيذ إختياري للقرار الإداري لأننا في هاته الحالة أمام عملية مادية .

ب - التنفيذ الجبري : ولو أن التنفيذ الاختياري يعتبر قاعدة للإدارة تقوم بها في كل الأحوال إلا عندما تصطدم بمقاومة من قبل الشخص المخاطب بالقرار فهي تلجأ الجبر استثناءً فإن الأمر إفتضح على أن الإستثناء أمج قاعدة على إعتبار كثرة لجوء الإدارة إلى الأساليب الجبرية ( العنف ) بدل الأساليب الإختيارية ( الأساليب السلمية ) رغم أن إجتهد القضاء يؤكد على أن التنفيذ الجبري إستثنائي ولا يكون إلا عند توفر شرطين :

- عندما تكون هناك مقاومة من الشخص المخاطب بالقرار .

- عندما ينص القانون على اللجوء لأسلوب جبري :

فالتنفيذ الجبري وعلى إعتبار أنه عملية مادية أيضاً تقوم بها الإدارة فإنها مسألة تصطدم بالحريات الفردية العامة ومسألة الحريات الفردية إنطلاقاً من المنظومة الدستورية الجزائرية كرسست قديماً ونظمت حديثاً فقد كرسست في الجمهورية الأولى الجزائرية ونظمت في الجمهورية الثانية الجزائرية بدليل أن الدخول في دستور 1989/02/28 ومن خل مقدمة فقط التي تناولت وضع منظومة الحريات بمقولة << الشعب الجزائري حر وهو مصمم على البقاء حر >> فإن توظيف

هذه المسألة بدأ من خلال تكريس ولأول مرة للحرية السياسية والتجارية وحرية الإجتماع والتجمع وإنشاء الجمعيات وغيرهم في متن هذا الدستور وما تبعه من دستور 1996 ولو أن وضع الإدارة الجزائرية في الجمهورية الثانية لم يتقبل فكرة الحريات ما دامت الإدارة في الجزائر ظلت محتفظة بمفهومها السلطوي كإدارة أمر ونهي لا يتلاءم معها بيئة دستورية تكرر فكرة الحرية فإن أصدرت قرارات انطبقت عليها عمليات التنفيذ الجبري فإنها تصطدم بالحريات المكزية والشخصية كإصدار قرار يرفض إعتقاد حزب أو وقف مسيرة أو رفض إجتماع فإن ذلك يخل في إطار العمليات الجبرية لا الإختيارية وبسبب هذا الصدام قد أعطيت صلاحيات جديدة للقاضي الإداري الجزائري والذي يستطيع وقف تنفيذ قرار إداري عندما تلجأ الإدارة إلى أسلوب الجبر ولا يكون هذا الأسلوب وفق الشرطين المذكورين سابقاً حيث وفي سنة 1990 عدلت المادة 171 مكرر من ق إ م - بالنص << يجوز بهذه الحالة لرئيس الغرفة الإدارية ... أن يوقف فوراً وبصفة مؤقتة تنفيذ هذا القرار >>

طبقاً لما رسمته المادة في الفترة الثانية منها بنصها الأمر بصفة مستعجلة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة وذلك باستثناء ما تعلق منها بأوجه النزاع التي تمس النظام العام والأمن العام ودون المساس بأصل الحق وبغير إعتراض تنفيذ قرارات إدارية بخلاف حالات التعدي والإستيلاء وقد بينت للقاضي إداري بأن التعدي مثلاً يكون حينما ينفذ قرار إداري مشروع بأسلوب غير مشروع فإن اعتبر القرار مشروع وللصالح العام فإن صاحبه تنفيذ غير مشروع جاز للمتقاضي طلب وقف تنفيذه وجاز للقاضي الإستجابة لهذا الطلب ، ورغم الإصلاحات القضائية المذكورة في مجال حماية الحريات الشخصية من خطورة القرارات الإدارية عندما تنفذ جبراً

فإنها لم تعالج بالكيفية اللازمة تستجيب مع القانون الواجب التطبيق لأن الحريات العامة تنظم بالقانون إداري أما الحريات الشخصية تنظم بالقانون المدني ولا أدل على ذلك نص المادة 655 وما يليها من أحكام ق م التي نظمت عمليات الإستيلاء ونزع الملكية وفقاً لمتطلبات ق م لا الإداري ، وكان الأجدر أن اعتبار التنفيذ غير المشروع للقرار الإداري اعتداء مادي هو أن يؤول الفصل فيه للقاضي المدني لا الإداري ، وتبقى ضمانات المخاطب بالقرار الجبري غير كاملة في ظل منظومة كهذه في الجزائر .

في حين أن المنظومة الفرنسية والمصرية تجعل الفصل في عمليات الإعتداء الإداري المكيفة كتفويض غير مشروع للقرارات الإد من اختصاص القاضي المدني .

**3 - زوال القرارات الإدارية :** هناك نوعان بهما ينتهي القرار الإداري نوع يدخل في النهاية الإدارية للقرارات الإدارية ، ونوع يدخل في النهاية القضائية للقرارات الإدارية .

**أ - النهاية الإدارية للقرارات إد :** يمكن للإدارة أن تضع حداً للحياة القانونية للقرارات الإدارية وهذا بإعدام القرار الإداري ضمن متطلبات تغيير موقفها ، إذ كما لها الحق في صناعة القرار لها الحق في إنهائه وعلى سهولة هذا الأمر إلا أن الوضع ليس بالبساطة لأن الإدارة تصطدم

بالحقوق التي اكتسبها الأفراد من القرارات الإدارية وهذا ، يعد مبدأ يسمى بمبدأ الحقوق المكتسبة يضاهي مبدأ عدم رجعية القوانين في القانون الخاص ، والصعوبة تكمن في أن الإدارة وهي بصدد إنهاء القرار الإداري عليها في نفس الوقت أن تحترم الحقوق المكتسبة من القرار المراد إنهاؤه لأن ضرب هذه الحقوق يؤدي إلى تخوف الأفراد مما اكتسبوه من الإدارة نفسها التي تستطيع أن تتراجع عنها متى شاءت تحت مشيئة الإدارة في ذلك مقيدة باحترامها لها أكسبته من حقوق وهو الأمر الذي ولد مسألة حاول الفقه أن يجد حلاً ، ولم يكن الحل إلا من خلال التفريق بين القرار الإداري المنفرد والقرار الإداري التنظيمي .

- القرارات الانفرادية : وعلى إعتبار أن هذا القرار يولد حقوق شخصية للشخص المخاطب به فإن الإدارة لا تستطيع إنهاءه ببساطة لأنه مرهون بحقوق مكتسبة على هذه الأخيرة أي أن تحترمه وبالتالي فإن إنهاءه لا يكون إلا في المستقبل وهذا ما يتماشى مع الإلغاء ، لأن السحب يسري على الماضي إلى جانب أنه يسري في المستقبل ومادام كذلك فقد يؤدي إلى ضرب الحق المكتسب وهنا القرار الفردي تنهيه الإدارة بالإلغاء فقط .

إلا أن المشكل يبقى مطروحاً بالقرارات الفردية غير الشرعية التي ولدت حقوقاً مكتسبة والتي فيها لا يمكن إلا للقضاء أن يلغيها في حين أن الإدارة تعتمد فقط على الإلغاء الإداري لأن ما يقوم به القضاء هو الإبطال لارتكازه على كونه قضاء شرعي .

- القرارات التنظيمية : فما دامت القرارات التنظيمية لا تولد حقوقاً مكتسبة ومثال ذلك إذ ما كان لفئة من التجار إعفاء جبائي وصدور القرار بغرض الضريبة .

فإن هذا القرار تنظ وعليه فللإدارة أن تسحبه متى شاءت لأنه لا يمكن أن يحتج التاجر بحق مكتسب وبالتالي القرارات التنظيمية تتعرض للسحب .

ب - النهاية القضائية للقرارات إد : القضاء الإداري وحده قادر على إنهاء القرار الإداري بدعوى الإبطال التي تعتبر دعوى مميزة وسامية لاتضاهيها دعوى أخرى .

ولأن التطور الذي حصل للقضاء الإداري قديماً والذي كان فقط جهازاً استشارياً للإدارة أصبح جهازاً قضائياً عليها وبدأ يعمل على تغيير قراراتها وزادت سلطته أكثر وأصبح قادراً على إبطالها ومن هنا نتجت نوعان من الدعاوى فدعوى الإبطال هذه هي دعوى قضائية تعتمد على إلغاء القرار الإداري وتسمى بدعوى الشرعية في حين أن تعرض القرار إد للرقابة دون الإبطال لتفسيره أو فهي شرعية فتسمى بدعوى الملاءمة .

## المبحث الثاني

### العقد الإداري ( الأعمال الإدارية الإتفاقية )

للإشارة فإن هذا الموضوع يعد من أصعب مواضيع النشاط الإداري وأكثرها جدلاً لدى الفقه وأصعبها فهماً لدى القضاء ولا يبدو مرد ما ذكر سوى أن افتراض اعتبار الإدارة في مرتبة التعاقد لا يمكن أن يؤخذ هكذا كون أن التعاقد يفترض اتفاق حر بين الإدارة والطرف المتعاقد معها وإن كانت الإدارة حرة في ذلك فلا يبدو أن الطرف الثاني يملك نفس الحرية كون أن الإدارة صاحبة امتيازات وإذا ما تخلت ونزلت إلى مرتبة الفرد فإن طبيعة العقد الذي تبرمه يحكمه القانون الخاص ويصبح من طبيعة مدنية .

إلا أن تغيير دور الإدارة سواء في ق المقارن أو الجزائر وعدم تمكنها من تسيير مرافقها العامة وتلبية الحاجيات العامة لوحدها فإنها تستعين بأشخاص خاضعين للقانون الخاص ولم تجد الإدارة إلا أسلوب التعاقد كي تستطيع إدارة الشؤون وتلبية الحاجيات العامة وبالتالي فالتعاقد معها يفرض عليه التزام تسيير المصلحة العامة سواء بإنشاء المرافق أو تقديم الخدمات أو إشباع الحاجات وأول الأدوات التعاقدية التي نظمت بحكم القانون هي الصفقات ع التي لها طابع إكعقد يبرم بين الإدارة والمتعامل معها من أجل الأشغال أو التوريدات أو الخدمات .

وإذا لم تلجأ الإدارة إلى إبرام عقد وفق ق الصفقات العمومية ورغم ظهور نصوص متفرقة في القانون إد تسعى لتنظيم العقود الأخرى للإدارة ( ذات الطابع الإداري )

إلا أنها ليست كافية لأن تحل الإلتزامات التعاقدية والإشكالية التي ظهرت بالخصوص في العقود غير المنظمة بأحكام القانون .

والتي تبرمها الإدارة متى شاءت ذلك يجعل من الصعب تحديد طابعها إن كانت عقود إدارية خاضعة للقانون العام أم عقود خاصة خاضعة للقانون الخاص وكما ذكر الدكتور محمد قبطان في رسالة دكتوراه سنة 1981 ( جامعة الجزائر ) تحت عنوان : عقود القطاع العام بأن إشكالية تحديد الطابع الإداري للعقد الذي تبرمه الإدارة تعود إلى الإجابة عن التساؤل المتعلق ب : هل أن العقد الذي تبرمه الإدارة من عقود القانون العام أم من عقود القانون الخاص وذلك في مقدمة رسالته وهذا

الإشكال الذي تعرض له الفقه الجزائري هو نفسه الذي تعرض له الفقه المقارن وبالتالي وجب التطرق أولاً إلى مفهوم الأعمال التعاقدية في القانون المقارن (مبحث أول ) ، وثانياً إلى مفهوم الأعمال التعاقدية في الجزائر ( مبحث ثاني ) .

### المطلب الأول مفهوم العقد الإداري

#### 1 في القانون المقارن :

طبقاً لما ذكر سابقاً فإن عدم تمكن القانون من حكم مختلف الأعمال التعاقدية التي تبرمها الإدارة فيبقى الملجأ الوحيد هو القضاء وكان القضاء الفرنسي السابق يتعرض لتكييف العلاقات التعاقدية للإدارة وذلك من خلال وضع معايير تعريف العقد الإداري .

أ - من معيار السلطة العامة إلى مدرسة السلطة العامة : هذا المعيار الذي وضعه القضاء في تحديد طبيعة العقد ينطلق من اعتبار أن العقد الذي تبرمه الإدارة انطلاقاً من أعمال السلطة وذلك حينما تضع فيه إمتيازاتها وتكرسها في بنود تعاقدية كأن تضع شرط إلغاء العقد بدون اللجوء إلى القضاء وقبل أوانه والرقابة الإدارية على العقد وغيرها من الإمتيازات فهنا يعد العقد من طبيعة إدارية وهذا ما كرس في قضية لا فيريار الصادرة عن محكمة التنازع الفرنسي بداية القرن العشرين في حين إذا أبرمت الإدارة عقداً إنطلاقاً من أعمال التسيير أي الوفاء بحاجياتها الخاصة كالشراء والبيع فهنا يعد العقد مدنياً وبالتالي :

أعمال السلطة التي تقوم بها الإدارة ضمن إطار العقد تجعل من العقد خاضعاً للقانون العام فيعد عقد إداري .

وأعمال التسيير التي تقوم بها الإدارة في عقد تجعل من هذا العقد خاضعاً للقانون الخاص فهو عقد مدني .

إلا أن معيار السلطة العامة الذي استخلص عن مدرسة السلطة العامة لم ينجح في تحديد طبيعة الكثير من العقود كون أنه لا يمكن التعرف أن الإدارة تقوم بأعمال سلطة أو تقوم بأعمال التسيير في الكثير من الأحيان التي فيها تقوم بالعملية في آن واحد .

ناهيك على أن الإدارة وإن تعاقدت تحت ظل أعمال السلطة فهي تكرر امتيازاتها في العقد المبرم والذي فيه يستطيع المتعاقد مناقشة ما وضعته الإدارة من امتيازات أو التفاوض فيها بحيث لا تصبح أمام اتفاق حر فيه يفرغ العقد من محتواه الحقيقي ويصبح العقد مظهراً شكلياً أما محتواه فردي يخاطب المتعاقد مع الإدارة ولا يحدث إلا الآثار التنظيمية لا التعاقدية وهنا يصبح العقد مجرد قرار إداري في نظر القضاء والفقهاء أما عندما تبرم الإدارة العقد انطلاقاً من أعمال التسيير فشيء طبيعي أن يكون العقد مدنياً وهذا ما يجعلنا نعتبر العقد في الحالة الأولى قرار إداري وفي الحالة الثانية عقد مدني ويطرح التساؤل في هذه المدرسة متى تكون أمام عقد إداري وهذا ما يرجعنا إلى نقطة الصفر .

ب - من معيار البند المؤلف إلى مدرسة المرفق العام : إن الإنتقادات التي حطمت معيار السلطة العامة سعى فيها أصحاب البند غير المؤلف Clause exhibitaut إلى إنقاذ ما يمكن إنقاذه بحيث يرى أصحاب البند غير المؤلف أن العقد الذي يتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص يعد عقداً إدارياً وانطلق أصحاب هذا المعيار من فكرة التعريف بين بنود العقد الإداري وبنود العقد المدني ، فإن الفسخ التلقائي للعقد والذي تقوم به الإدارة إنطلاقاً من أنها وضعت شرطاً

في العقد يختلف ولا يعد مألوفاً عن الشروط التعاقدية في القانون المدني بأن العقد في القانون المدني لا يعدل ولا يلغي إلا بمعرفة القضاء ولو أن معيار الشرط غير المألوف في هذا الإطار قد نجح في تحديد الطبيعة الإدارية للتعاقدات التي تقوم بها الإدارة إلا أنه لم يسلم من استفادات الفقه الذي يرونه غير منطقي في جانب أن تطور التعاقدات المدنية أصبحت تحرر إرادة الأطراف المتعاقدة فلهما الحق في اشتراط ما يشاء أنه انطلاقاً من مبدأ سلطان الإرادة الذي انتشر في الإلتزامات التعاقدية التي تقوم بها الأطراف المتعاقدة في القانون المدني ، وأصبحت الشروط غير المألوفة في القانون المدني مألوفة فهل يمكن أن نقول بأنها تعاهدات إدارية وهو السؤال الذي لم يجب عليه أصحاب هذا المعيار.

إن تدخل مدرسة المرفق العام كان معتبراً وملفت للنظر وهي المدرسة التي وضع أصحابها معيار المرفق العام كمعيار لتحديد الطبيعة الإدارية للعقد الذي تبرمه الإدارة وذلك إذ ما قامت الإدارة بعمل تعاقدية من أجل إنشاء أو تسيير أو تنفيذ مهمة مرفق عام فيكون العقد ذو طبيعة إدارية وبالتالي فتعريف العقد طبقاً لمعيار المرفق العام لم يهزم إلا عندما ضعفت مدرسة المرفق العام بسبب أزمتها المعروفة وبقي هذا المعيار يقاوم في معالجة العقد الإدارية لولا تراجع الفقه الفرنسي عن فكرة التعاقد في حد ذاتها وهو الذي وضع تساؤلاً ضمن إطار ما ذكره الفقيه ماتيو إفيس حول غموض الطابع التعاقدية في رسالة دكتوراه سنة 1971 تتعلق بالتشكيك في الطبيعة التعاقدية ذلك أن جل العقود تتضمن شروطاً ليست تعاقدية بل تنظيمية حتى وإن تضمن العقد شروط تنظيمية وتعاقدية فلا يمكن الجزم بطبيعته التعاقدية الخالصة لأنه في النهاية يصبح عملاً تعاقدياً مختلطاً وهذا ما يفسر صعوبة تحديد تعريف العقود الإدارية .

### المطلب الثاني نظرية العقد الإداري في الجزائر:

تختلف نظرية العقد الإداري في الجزائر اختلافاً جذرياً عن القانون المقارن اعتباراً من المناخ القانوني الإداري الذي يتسم بازدواجية القضاء ووحدة القانون وهذه السمة أثرت بشكل واضح في التصرفات التعاقدية للإدارة الجزائرية فإذا ما كانت هذه الأخيرة موضوعاً عقد من عقود الإدارة فيمكن أن نتساءل غرابة تطبيق القانون الخاص في عقود الإدارة إذا ما اتضح أن طبيعتها إدارية ويبقى السؤال المطروح ويبقى الفقه في تردد وتحاشي عن معالجة هذا التساؤل رغم أنه يبرز في كل مرة وإلحاح .

أولاً: برز هذا التساؤل في مؤلف الفقيه أحمد محيو المتعلق بالمؤسسات الإدارية ص 351 إذ وهو بصدد بناء معيار تعريف العقد الإداري في الجزائر تساءل عما

يمكن أن يؤخذ من الصفقات ع - والتي اعتبرها نموذجاً للعقد الإداري ، تتفق مع توصيف عقود الإدارة إذ كانت من عقود القانون الخاص أو من عقود القانون العام



( عقد إداري ) ولو أن الأمر يبدو بسيطاً ولا يجلب المتاعب إلى القاضي إداري الذي ببساطة ليست له صعوبة في تحديث اختصاصه مادام مجرد حضور الطرف إداري يجعله القاضي الطبيعي ( م 07 ق إ م ) فإن كانت القضية المطروحة أمامه أحد أطرافها شخص إداري متعاقد فإنه يرى إن كان تعاقدته قد أبرم وفق قانون ص ع فإنه يعتبره عقداً إدارياً لكن الأمر يبدو مخجلاً أمام هذا الطرح وعسيراً أمام القاضي إذ لم يبرم العقد وفق ص ع وتساءل عن طبيعة هذا العقد في غياب اجتهاد قضائي جزائري ولا أحد في تلك الفترة ، ولا يبدو أن طرح الفقيه أحمد محيو قد حل المشكلة مادامت العقود التي تبرمها الإدارة دون لأن تلجأ لل ص ع مجهولة الطبيعة ومجهولة الاختصاص وهذه النقطة الأخيرة تدخلنا في المسألة الثانية .

ثانياً : أصلاً ونحن حينما درسنا القرارات الإدارية في جانب خضوعها للرقابة القضائية لم يتردد التشريع الجزائري في معالجة سبل الرقابة عليها وفي المادة 07 وفي مجمل نصها حددت قواعد اختصاص القاضي إداري عندما يكون موضوع الدعوى قراراً إدارياً ولم تحد اختصاص القاضي الإداري حينما يكون موضوع الدعوى عقد إداري إذ يلغي القاضي قرارات الولاية فأين عقود الولاية ويلغي القاضي قرارات رؤساء البلديات فأين عقود البلديات ويلغي القاضي قرارات مدراء المؤسسات العمومية فأين عقود المؤسسات وهي هامش م 07 بفقرتها الأخيرة جنيت أمال كل من وجد الحل بالقول بالمسؤولية التعاقدية التي تكون من صميم اختصاص القاضي الإداري إذا كان أحد أطراف العقد دولة أو ولاية أو بلدية أو مؤسسة عمومية إدارية فأمل الفقه خاب على اعتبار أن نص هذه الفقرة كان صريحاً بالقول بالمسؤولية المدنية للدولة والولاية والبلدية ومع الإدارية فإذا ما كان التعاقد إداري فإن القاضي يضطر إلى تطبيق المسؤولية التعاقدية أي لاوجود لاختصاص القاضي الإداري نوعياً في قضية التعاقدات الإدارية من أساسها .

بل وحينما نتفحص المادة 169 ق 1 من ق إ م والتي تنص : >> لا يجوز لأي فرد رفض دعوى قضائية ما لم يكن موضوعها قرار إداري << فكيف الحال إذا كانت الدعوى القضائية موضوعها عقد إداري ، ولا نجد في اختصاص القاضي النوعي أي اختصاص ليتيح له الفصل في التعاقدات الإدارية وهذا يعد أكبر جواب على فقدان الإجهادات القضائية مجال التعاقدات الإدارية بل أن والأدهى للأمر أنه تم الإشارة لاختصاص القاضي في ص ع في نص المادة 08 ق 02 ق إ م بحيث أن القاضي المختص هو القاضي الذي يقع في دائرة اختصاص مكان إبرام الصفقات إلا أن هذا الاختصاص إقليمي وليس نوعي بمعنى لا يحدد معيار لتعريف العقد فأين اختصاص القاضي في الفصل في ص لأن نص المادة الثامنة بين الاختصاص المكاني فقط رغم أن ص ع ما هي إلا أحد التعاقدات إداري ، بذلك يتأزم الوضع أكثر نتغاضى عما سلف ونسلم جدلاً بأن ص ع معيار للعقد إداري ، فإذا ما تمعنا في محتوى عقد ص ع في الجزائر لا نجد له أي محتوى تعاقدية وكلمة عقد الصفقة ع شكلية .

فقط فإذا كانت ص ع لا تبرم مع المتعاقد إلا بعد أن يستوفي الشروط المحددة في دفاتر الشروط محددة بصفة انفرادية من الإدارة فإن المتعاقد لا يفاوض ولا يناقش في عملياته التعاقدية بل إنه في الحقيقة يتلقى قرار إد عليه أن يرضى به كي ترسوا المناقصة عليه فأى محتوى تعاقدي هذا رغم أن العقد يفرض حرية في التعاقد ولو كان من عقود الإدارة وهذا ما يؤكد اختلاف ص ع في الجزائر عنها في القانون المقارن لأن في هذا الأخير دفاتر الشروط تتم بطبيعتها المزدوجة لا الأحادية أي أن دفتر الشروط في ص ع م الإدارة يحوي نوعين من الشروط تعاقدية وأخرى تنظيمية الأولى : كمدة الإنجاز ، الثمن والثانية : ك نوعية الإنتاج كما أن دفتر ش في الجزائر كله تنظيمي فكيف يمكن أن تبنى ص ع على أرضية تنظيمية لا على أرضية تعاقدية وفي النهاية يجب أن نسلم بطبيعتها التعاقدية ، كل النقاط الثلاث المشار إليها هي المناخ الصعب الذي يعيش فيه العقد إد في الجزائر ويبدو أن هذا المناخ قاتل لمفهوم التعاقد إد لا يسمح بأن نتحصل فيه على نظرية عقد إد ولهذا فإن التضاربات الفقهية لم تكن هيئة وهي التي نتناولها في ما يلي:

### 1 نظرية العقد الإداري من خلال قانون الصفقات العمومية:

أ أطراف الصفقات العمومية : صدر أول قانون للـ ص ع بأمر مؤرخ 1967/06/01 وقد نص المادة الأولى فيه على أن ص ع هي عقود خطية تبرمها الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ... وهذا ما يشير إلى الأخذ بنفس أطراف الصفقات في القانون المقارن لأن ص ع لا تبرم إلا لتنفيذ المشاريع ذات النفع العام وصاحب المشروع لا يكون إلا طرفاً إدارياً أما التعديل الذي ورد على أطراف الصفقات ع فقد انتظر أكثر من 20 سنة ليأتي مرسوم تنفيذ 2002 ويعدل نص م 01 في فحوى م 04 منه بإضافة أطراف غير إداريين وهي المؤسسات ع ذات الطابع الصناعي والإقتصادي والتجاري ومراكز البحث ويبدو أن تهور ص ع يضرب في صميم إداريتها لعدم التمسك الطرف الإداري للصفقة إد فماذا يتلقى من إداريتها أما الشيء الثاني فهو إتاحة الفرصة لأطراف غير وطنية في إبرام ص ع إنطلاقاً من التعديل الصادر بموجب قانون رقم 91 - 434 المتعلق بقانون الـ ص ع والذي مكن الأشخاص الأجانب من إبرام الصفقات فبعد أن كان محظور على كل متمتع بجنسية غير جزائرية من إبرام الصفقات أتاحت له الفرصة وذلك بعدم الأخذ بالجنسية بل بالإقامة فإذا كان الشخص ( الشركة ) مقيم في الجزائر أو لها فرع بسيط في الجزائر فلها أن تبرم ص ع ولو لم يكن لها جنسية جزائرية وأكد على ذلك المرسوم التشريعي الصادر 93 - 03 المتعلق بالإستثمار .

ب : تنفيذ الصفقات العمومية : تمر ال ص ع بمراحل نشأتها وبطرق تنفيذها ولا يمكن أن تنشأ ص ع في الجزائر ولا القانون الفرنسي إلا من خلال الطرق الأربع لإبرامها وهي التراضي ، المناقصة ، استدراج العروض ، المزادات والمسابقات . وعند شخص هذه الطرق نجد أن التراضي تغلب كثيراً على الأساليب الأخرى لأنه وإن كان من النادر اللجوء إلى استدراج العروض أو المسابقات أو المزادات فإنه لإبرام ص يتنافس أسلوب التراضي والمناقصة فلما كانت المناقصات

مبدأ لإبرام ص ع على اعتبار تحري عدم التمييز وسرية العروض ناهيك على أن قانون ع يجعل من التمييز في إبرام ص ع جريمة تكيف على أنها جنحة فإن العرض عن طريق الجرائد اليومية وعرض المناقصات فيها رغم فقدان نشرياته إدارية يجعل هذا الأسلوب مدعماً لشفافية إبرامها ، كما أن استيفاء الشروط المحددة في دفتر الشروط ، شرط يسري على الكافة وتقديم العروض في أظرفة مغلقة يؤكد على تحري الحياد الإداري وعدم استنزاف المال العام مبدأ ترميه المناقصات كون أن الذي ترسوا عليه الصفقة عن طريق المناقصة هو الذي يقدم عرض بأقل ثمن فإن كان طريق إبرام الصفقات لهذه الدرجة التي فيها نصت المواد 05 ومايليها على اعتبار المناقصة مبدأ ورغم تمسك المشرع ج بهذا المبدأ إلا أنه وفي كل مرة يعدل فيها قا ص ع يجعل من المناقصة استثناء ومن التراضي مبدأ وهذا واضح من خلال أن ق 91 الشهير الصادر تحت رقم 91 – 434 لأول مرة يفرق بين نوعين من التراضي ، البسيط ، والتراضي بعد الإستشارة ويجعل من التراضي قاعدة لإبرام ص ع ويؤكد على أن شروطه إذا ما اقتضت سرعة إبرامها أو وجود شخص له سلطة إحتكارية وهذا أن الوصفات يتطابقان على تغير الحياة إد وسرعتها التي تفرض تفضيل التراضي على المناقصة خاصة ما إذا حدثت ما تم تهديمه من بناء وبنى تحتية وفي برزت فيه الشركات الإحتكارية فأى مناقصة اليوم تجعل مبدأ يتمثل في مرور الصفقات عن طريق المناقصات في ظل انقلاب الوضع التشريعي للصفقات لتصبح المناقصة استثناء والتراضي مبدأ وهذا ما يضرب حتى في التوصيف إد ص لتصبح الصفقات رضائية أكثر منها إدارية أي تخضع لقاعدة الإيجاب والقبول وهي قاعدة مدنية .

في حين أن ندرة اللجوء إلى استدرج العروض كأسلوب ثالث لإبرام الصفقات العمومية والذي يتمثل في انتقاء المتعامل الذي يقدم عرضاً يتحرى فيه جودة المشروع وليس قلة ثمنه وفي هذا يتأكد قلة اللجوء إلى هذا الأسلوب والذي ينطبق عليه الأسلوب الرابع والمتمثل في المزايدات والمناقصات إما في تنفيذ الصفقات فإن قرار إبرام الصفقة الذي تتخذه الإدارة لا ينهي المشكل لأنه تتعرض الصفقة العمومية إلى الرقابة والتعديل فالوقاية تلازم الصفقات منذ نشوئها فتبدأ على شكل رقابة مالية بحيث أنه لا تبرم ص ع التي تتعدى الغلاف المالي المخصص لها و تتعرض إلى رفض التأشير عليها من طرف المراقب المالي كون أن الصفقات هي من الصفقات العمومية ويجب أن تخضع أي نفقة إلى الرقابة المالية السابقة كما أن تنفيذها يتطلب رقابة إدارية تتمثل في الرقابة الوصائية على الإدارة التي تبرم الصفقة وتتطلب رقابة داخلية من الإدارة نفسها فإذا ما تجاوز المتعاقد مدة إنجاز المشروع يتعرض إلى إنذار من اللجنة المراقبة قد يؤدي إلى الفسخ الآلي للصفقة في حال عدم الإستجابة له .

أما تعديل الصفقات فقد نصت عليه م 192 من ق ص ع تقليداً لنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني فإذا ما حدث وأن أبح من الصعب أو المستحيل على المتعاقد تنفيذ المتعاقد للصفقة العمومية يتم تعديل الصفقة العمومية من خلال تعيين ( actualication ) الأسعار من خلال ملحق والإختلاف هنا عن العقود المدنية لا يشترط اللجوء إلى القضاء لتعديل العقد ويكون التعديل

من قبل الإدارة دون اللجوء إلى القضاء كما إذا تعرض المتعاقد مع الإدارة في مشروع شق طريق إلى أرضية صخرية لم يكن يتوقعها تحتاج إلى أشغال وأموال إضافية فتلجأ الإدارة إلى إبرام ملحق . هذه المراحل تشكل النظام القانوني للصفقات العمومية والتساؤل الذي يطرح في طبيعة النظام القانوني هذا .

إن خلاصة اعتبار العقود التي تبرمها الإدارة من خلال معيار الصفقات العمومية تجعلنا نتساءل عن طبيعة نظامها القانوني ويبدو أن نظاماً كهذا يتماشى وقواعد القانون إـ الذي يؤكد اختلاف عن قواعد القانون الخاص ولربما أن أمر 1967/06/01 المنظم لـ الصفقات العمومية حافظ على الطبيعة الإدارية للصفقات لكن ذلك لم يدم طويلاً وسرعان ما تدهور النظام القانوني وهذا تحت وطأة قانون 81 المعدل له حتى في التسمية والذي غير تسمية القانون إلى قانون المتعامل العمومي ويالتعرض إليه تبرز بـغرابة نص المادة 04 والتي أضافت جملة حطمت بها تعريف ص ع الوارد في أمر 67 وهو أن ص ع عقود خـطية تبرمها الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ، فهذا كان النص القديم فالصفقة

81 – م 04 حسب التشريع الساري على العقود تبرمها الولاية ، الدولة ، البلدية و م ع إـ د ومن ثم فإن التفسير الحقيقي لخضوعها لنفس التشريع الساري على أي تعاقد يجعل منها عقداً من عقود القانون الخاص أي تنطبق عليه الشريعة العامة سواء قواعد القانون المدني أو التجاري وعلى هذا تم الإحتفاظ بهذا النص في تعديل 91 وتعديل 2002 مما يؤكد تدهور طبيعة الصفقات ع وهذا ما أشار إليه الأستاذ بناجي شريف في أطروحة دكتوراه دولة سنة 1991 بعنوان : تطور تنظيم ص ع في الجزائر .

## 2) نظرية العقد الإداري من خلال عقود الإمتياز :

بعد الفشل الذي ساد الإتجاه المعتمد على نظرية العقد الإداري من خلال الصفقات ع لم يتسنى للفقهاء الجزائري التجرد في معالجة العقود إـد بدليل أن المؤلفات التي تعرضت للعقد إـد منذ بداية الثمانينات في الجزائر اكتفت بالإشارة إلى ص ع متجاهلة أن العقد إـد أشمل وما الصفقات إلا نوع منها وفي هذا حتى الدارسين وطلاب الحقوق لم يتلقوا المعارف العلمية المتعلقة بنظرية العقد إـد بل تم تغطية

الأمر بالصفقات وانطلاقاً من تغير دور الدولة الجزائرية منذ ميلاد الجمهورية الثانية في دستور 89 واعتماد النظام الدستوري القانوني لا البرامجي وتراجع دور الإدارة المتعلق بتدخلها في المجالات الإقتصادية التي تركت للسوق الحرة فقد عمدت الإدارة وبشكل غريب ومتسارع في الجزائر إلى منح المرافق العامة عن طريق الإمتياز ولا شك أن هذا يضرب مبدأ الملكية العامة للدولة لمرافقها التي تصنف في فقه رجال المالية بالأموال العمومية وبالتفتيش في قانون المالية منذ بداية التسعينات فقد نص في أحد مواده وبشكل غريب على إمكانية استغلال

المرافق العامة من قبل أشخاص عامة ذات طابع اقتصادي وكل الأشخاص الأخرى الخاضعة للقانون الخاص .

وهذا ما يدل على تدخل أشخاص القانون الخاص في استغلال المرافق العامة ولو أن مشروع قانون المالية المقترح من الحكومة آنذاك لم تتفطن له س ش في الجزائر وصادقت عليه مباشرة وهو الشيء الذي منح للحكومة الحق في التنازل عن إدارة المرافق العامة وهذا ما يذهب إليه رجال المالية من خلال ما يسمى بنظرية فرسان المالية ويبدو أنه ومنذ صدور هذا القانون تسارعت المراسيم التنفيذية والتشريعات التي تمنح حق استغلال المرافق العامة لصالح الأشخاص العامة وتم الأخذ بأداة الإمتياز كوسيلة قانونية ومبرر شرعي للإدارة في كف يدها عن تسيير مرافقها وجعل ذلك لصالح الأشخاص الخاصة ، إلا أن الدخول في الإمتياز يحتم على الإدارة إبرام عقد مع الطرف الثاني فتسمى الإدارة السلطة مانحة الإمتياز ويسمى الطرف الثاني صاحب الإمتياز وهذين الطرفين تحكمهما علاقة تعاقدية تدهبنا في مفهوم عقود الإدارة فإذا كان القانون المقارن اعتمد على الإمتياز كأداة للقيادة الرشيدة في تسيير المرافق العامة بسبب عجز الدولة وعجز مؤسساتها عن قيادة مرافقها التي بدأت تعجز عن تلبية حاجيات الأفراد فإنه في الجزائر اعتبر الإمتياز أداة سطو من قبل الأشخاص الخاصة وإهمال من قبل الإدارة لمرافقها بحجة تحرير السوق الجزائرية وذلك بكف يد الإدارة عن السوق .

فإذا كان ما سبق يعد أحد أهم الأسباب التاريخية في مفهوم الإمتياز في الجزائر فإن هذا الأخير تسارع وتكثف لدرجة تفتيش الإمتياز فيصبح لقانون الصفقات ج ق امتياز تسيير المرافق العامة وهو نفس الطرح الذي تبناه القانون المقارن الذي يمد بجذوره إلى فكر الفقيه الألماني إيزمان والذي يعد أول من اكتشف الطبيعة القانونية لامتياز تسيير المرافق العامة وسماها بعقد الإمتياز .

فلجأ بعض من الفقه الجزائري من أمثال بوسماح أمين ورحال بن عمر وعلى رأسهم بناجي شريف إلى محاولة إنقاذ تدهور نظرية العقد إ د في الجزائر عبر عقود الإمتياز وبذلك تغير معيار تعريف العقد إ د في الجزائر من خلال الصفقات إلى الإمتياز .

### عقود الإمتياز :

إذا تطرقنا إلى خصوصية عقود الإمتياز\_كونها أداة لتسيير المرافق العامة فإن الإمتياز يشمل ثلاث عناصر :

1 - السلطة المانحة للإمتياز : في الجزائر الإدارة وحدها تستطيع منح الإمتياز عندما يخول لها القانون ذلك كقانون امتياز استغلال المياه الجوفية من قبل أشخاص غير إداريين وقانون إمتياز الطرق السريعة ، امتياز تسيير المرافق الرياضية وامتياز استغلال المحروقات وغيرها وفي كل مرة يصدر فيها قانون إلا وتنص مواده على أن الإمتياز عقد من عقود القانون إ د كما نصت عليها م 04 من المرسوم التنفيذي 1989 والمتعلق بكيفية ممارسة الدولة لامتياز احتكار التجارة الخارجية

وهذا ممنوح لأشخاص غير إداريين يحق لهم القيام بالإستيراد بعد أن يمنح لهم الإمتياز بقرار مشترك صادر من وزير المالية ووزير التجارة على أن يبرم عقد فيما بعد .

**ب - صاحب الإمتياز :** وهو الطرف الثاني الممنوح له الإمتياز ورغم أنه يمكن أن يكون من أحد الأشخاص الخاصين إلا أن الجزائر وفي قانونها لا تمنح الإمتياز إلا للأشخاص العاميين ذو الطابع الإقتصادي والتجاري وليسوا الخواص وبدأ في منتصف التسعينات منح الإمتياز فقط للخواص .

**ج - المنتفعين :** وهم المستفيدين من خدمات المرفق العام الممنوح تسييره عن طريق الإمتياز والذين يعاملون كما لو لم يمنح الإمتياز بحيث يستفيدون بتوزيع عادل من خدمات المرفق ع وخصوصية عقد الامتياز ناجمة عن هذا الطرح الثلاثي الأبعاد لأن العقد يقتصر على طرفين أما عقد الإمتياز فيرتبط بين إثنين بالنسبة لطرف ثالث .

والعلاقة التعاقدية لايمكن استخلاصها إذن إلا من خلال السلطة مادحة الإمتياز وصاحب الإمتياز ، أما الفقه الجزائري فقد استخلص معيار تعريف الفقه الإداري من خلال الطرف الأول مانح الإمتياز بحيث كشف على أن هذا الطرف يملك إمتيازات تستمر طيلة الحياة التعاقدية للإمتياز وهذه الإمتيازات تتمثل في سلطة الرقابة والتعديل واتخاذ العقوبات وإنهاء العقد وهي سلطات تتمتع لها الإدارة لذلك سميت بالسلطة مانحة الإمتياز وهذه السلطات الأربع تعد قواعد الإمتياز فلما ظهر عقد حسب الفقه الجزائري قامت به الإدارة واحتكرت فيه هذه السلطات يسمى بعقد الإمتياز كون هذه السلطات تشكل نظاما قانونيا غير مألوف عن القانون الخاص وتم تعميم هذا المعيار على كل العقود إذ فأي عقد يتمتع بهذه السلطات المحتكرة للإدارة يدخل في عقود القانون العام ( العقود إد ) وأي عقد تغيب فيه هذه السلطات رغم قيام الإدارة فيه يعد عقدا من عقود الخاص ويسمى هذا المعيار الجديد المأخوذ من عقود الإمتياز ب معيار النظام القانوني غير المألوف .

## الفصل الثاني

### مظاهر النشاط الإداري

#### المبحث الأول المرفق العام:

وجهت عدة انتقادات للمرافق الإدارية بالمفهوم الذي استقرت عليه على اعتبار أن احتكار جميع الصلاحيات يولد بيروقراطية غير مسبوقة لأن مفهوم البيروقراطية هو مختلف إجراءات التي تمتد على الإدارة و تستنفذها هذه الأخيرة لأجل تسيير الشؤون العمومية و لما كان للمركزية الإلحاق في تسيير هذه الأخيرة فإن هذا ما يولد تضخم غير مسبوق أيضا لدى الإدارة المركزية مما يجعل من اعتماد مفهوم لهذا هو اعتماد نظام محكوم عليه بالاختناق و بالتالي لم تطبق المرفق الإداري بهذا المفهوم و لم ترى النور ابدا و بقيت مجرد نظرية دون تطبيق .

لا يوجد قانون واضح في المرافق العامة و إنما توجد أحكام عامة و مأخوذة من نصوص قانونية و بالاجتهادات القضائية ، و يبدو أن قانون المرافق العامة يكون بصورته الواضحة عندما نكون أمام طرق إدارته و هو الموضوع الذي ندرسه في الفصل الثاني من خلال أساليب تسيير المرافق العامة ، و أما القيم القانونية للمرافق العامة لم تنظم بنصوص واضحة كون أن هناك شبه من القواعد سواء كانت ذات قيمة قانونية و تشريعية أو لائحية تبين المسائل النوعية و الفنية المرتبطة بالمرفق العام و على هذا فإنه لم يسئل حبر كما سال فقه حبر القانون الإداري و هو بصدد دراسته و بحثه في هذا الموضوع.

#### المطلب الأول ماهية المرفق العام:

##### أولا - تعريف المرفق العام:

عند الوقوف أمام التطور التاريخي للمرفق العام فإن اكتشافه بصورة حديثة يعود إلى حداثة نشأة القانون الإداري ، الذي نشأ متزامنا مع المرفق العام ، ذلك أن العام و الخاص من الباحثين من القانون الإداري يعرفون جيدا أن المرفق العام ظهر كنظرية في البداية استنادا إليها في حل أزمت القانون الإداري و لم يدرسها إلا القضاء الذي كان في زقت معين مشبع بالمفاهيم المدنية و عندما

انفصل عنه القضاء الإداري بقيت تلك المفاهيم المدنية عالقة معه بحيث و مع غياب تقنين القانون الإداري كان القضاء الإداري مجبرا على التفتيش في حلول يستعيرها من القضاء المدني و القانون المدني أي عموما الشريعة العامة .

- فالمرحلة تلك كانت المرحلة التي سميت بكسوف المرفق العام و غيابه و التي فيها تشهد الكثير من القضايا تم الفصل فيها بقرارات مبدئية بالاستعانة بقواعد القانون الخاص إلا أن هذا الأخير لم يكن مؤهلا للفصل في قضايا تنتج مواد إدارية بعيدا كل البعد عن مواد القانون الخاص بكل فروعه سواء كانت في القانون المدني أو التجاري أو حتى حينما ضخت الدولة بعض القوانين الأساسية و المثال الفرنسي - قانون الأشغال العمومية - في منتصف القرن 18 الذي استعير من عقد المقاول المنظم لقواعد القانون المدني و الذي تم التراجع عنه تدريجيا إلى أن الغي في نهاية القرن 18 و حل محلها ما يعرف اليوم بقانون الصفقات العمومية .

فلا التفكير القضائي و لا التفكير القانوني استطاعا معا أن يحيطا بالمسائل التي قد تكون لها علاقة بما سوف يعرف بالمسائل بمفهوم المرفق العام .

عند الولوج من نافذة القانون الإداري على مر الحقب الصعبة التي سار فيها هذا القانون لا نجد التفكير له غير الذي أحاط به ليون دوجي ، و يتخلى عن أبحاثه الدستورية و يدخل في تشخيص الظاهرة الإدارية التي أدت إلى نشوء القانون الإداري و التي أنكر فيها على أن هذا القانون له أشخاص مخاطبين به و إنما له مرافق منظمة به حتى انه عرف الدولة بكونها ليست شخصا من أشخاص القانون الوطني كما انه أنكر على الدولة كونها شخصا من أشخاص القانون الدولي و عرفها بأنها مجموعة من المرافق العامة .

إلا أن الوضع في الجزائر استغرق سنوات منها بناء الدولة بعد الاستقلال و منها إعادة النظر في سياسة النظام الجمهوري و منها إشكالية استمرارية النظام و الاختيار الايدولوجيا الذي زاد الأمر تأزما في تأخر ميلاد المرفق العام و إن كانت عملية ميلاده هي عملية قضائية في القانون المقارن إلا انه في الجزائر تركت للتشريع بل أن هذا الأخير عطل العملية القضائية و كان المتقاضى يتجه إلى القضاء و لازل عندما يقاضي الإدارة كشخص من أشخاص القانون الإداري و يحجب عنه مقاضاة الإدارة كعملية إدارية يصبها في نزاعه معه أمام جهات القضاء الإداري و هذا



ما يعطل ظهور المرفق العام الذي يعتمد على العملية الإدارية كونه مظهر من مظاهر النشاط الإداري و الاختيار التشريعي المتمثل في المعيار العضوي لتحديد اختصاص القاضي الإداري أدى إلى ضرب مفهوم المرفق العام إلى عرض الحائط بالرجوع إلى مؤلف الأستاذ بوسماح أمين من صفحة 37 من كتابه المرفق العام في الجزائر يتأكد انه حمل مسؤولية المرفق العام من القضاء على عائق المعيار العضوي لان هذا الأخير استند على أشخاص إدارية تؤدي إلى ميلاد المرافق العضوية كما سماها هو في مؤلفه .

و بين القانون المقارن و القانون الجزائري سوف يتم معالجة مسألة قانون المرافق العامة و التي جزء منها مخصص في أساسيات المرفق العام و جزء منها يخصص في وضع المرفق العام بالجزائر

## ثانيا القيم المتعلقة بتعريف المرفق العام :

### 1 القيم الايدولوجية

هي الميراث الفكري الاجتماعي التي تقوم بصناعة تقاليد الحكم و هذه الأخيرة من خلالها يستطيع الحاكم الحكم المحكوم و هذا الجانب قانوني نظرا للدستور فالدستور الذي يبين العنصر الإيديولوجي في المرفق العام (الدستور الفرنسي دستور قانون) مهما تغيرت المبادئ في فرنسا يبقى الطرح الإيديولوجي .

أما في الجزائر ( دستور برنامج – دستور قانون ) شهدت الجزائر كسوف طويل للمرفق العام حتى سنة 1990 يقول الجيلالي اليابس ( لابد من إعادة تعريف دور الدولة الجزائرية و هذا لم يحدث في فرنسا فقط في الجزائر و من خلال إعادة التعريف تم إلغاء العديد من الأفكار لتحل محلها أفكار أخرى و بذلك تحلت الجزائر من فكرة أنها صانعة ، تاجرة ... و بذلك عرفت دستور جديد ( الجمهورية الثانية ) و بذلك انتقلنا إلى دستور قانون يظهر فيه المرفق العام .

و من العنصر الإيديولوجي و القانون هما من عرفا المرفق في الجزائر ، التغيير من نظام الى نظام ( اشتراكي إلى رأسمالي ) أدى إلى ضبط مفهوم المرفق العام ( المعيار العضوي ) لان

الإيديولوجية الاشتراكية تقضي على المرفق العام لأنها تقوم على الملكية العامة و المرفق العام لا يقوم على هذه الفكرة كما انه في النظام الاشتراكي لا يوجد توكيل الإدارة ( الدولة ) للمواطن .

فإذا كانت الجزائر قد تغيبت عن هذه الإيديولوجية ( 1976 الاختيار الاشتراكي خيار لا رجعة فيه ) فقد تم التخلي عنه في دستور 1989 و ظهر العديد من الحريات ( دولة ليبرالية ) مثل فرنسا دولة ليبرالية لأنها على مبدأ الحرية العدالة المساواة كما أن ليبراليتها فيها طرح اجتماعي .

إن هذه الأخيرة تأتي بعد أن يتحقق العنصر الإيديولوجي و تسمى القانوني و يجب أن نتأكد بان النظام الحاكم هو الذي يقر و يقرر نشأة المرفق العام و مصيره أيضا بل انه يستطيع أن يلائمه حتى إن كان لا يعرف به و ذلك بالرجوع إلى المثال المأخوذ من الأنظمة الاشتراكية تعتمد على اديولوجية الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج التي تجمع كل الأفراد جماعة تعمل على إنشاء الدولة و تسيورها و هذا المنطق لا يلتقي مع منطق المرفق العام الذي يعتبر المصلحة و المشرع اللذان تنشاهما الدولة و تحتكر تسييرهما و تنفيذ مهامهما ضمن إطار و هدف واحد هو المرفق العام فحين أن هذا المنطق لا يتلاءم مع الأنظمة الاشتراكية التي فيها المصلحة العامة في الجماعة و الجماعة هي التي تحتكر إدارة شؤون الدولة و بالتالي يصعب الكشف عن المرفق العام في الأنظمة الاشتراكية الشيء ذي يرجعنا إلى أن الدولة قد تتلف المرفق العام و قد تعدمه في المثال الأخير مادامت الدولة هي صاحبة المرفق العام فهي التي تعمل على وضع سياساتها التي يترجمها المرفق العام عندما تبعثه الدولة و تعمل على تحديد مصيره و هذا يجعل من إيديولوجيتها عنصرا مبدئيا في تعريف المرفق العام الشيء الذي له تأثير بالغ في تعريفه كون انه يتغير بتغير إيديولوجيات الدول .

عند الولوج إلى الجزائر و عند النظر في الماضي القريب فان الايديولوجية الجزائرية التي يمكن أن نصفها في البداية و على اعتبار أن منذ الاستقلال تبنت الخيار الاشتراكي بالرغم من الصعوبات التي واجهتها من الناحية الإدارية في تبني هكذا خيار الشيء الذي دفعها إلى القيام بإصلاحات سنة 1985 التي يمكن وصفها بالتراجع النسبي عن الخيار الاشتراكي ثم الانسداد الذي أدى إلى الاستبداد المطلق منذ سنة 1989 فقبل هذا التاريخ و بالرجوع إلى دستور 1963 و دستور 1976 كان واضحا أن النمط الدستوري المختار في الجزائر هو العمل بدستور البرنامج الذي لم تكن له أي قيمة قانونية بالنظر إلى سيطرة القيم السياسية في هذين الدستورين اللذان استمدا أيضا

مما سمي بالمواثيق الوطنية ميثاق يجعل الدستور اقل منه درجة و دستور يفلت بمبادئه التنظيم القانوني للدولة و يكرس التنظيم السياسي البرامجي .

الوضع التشريعي لم يكن أحسن حالا هو الآخر من الوضع الدستوري بسبب قلة المنتج التشريعي الناتج عن غياب واضح في المؤسسة التشريعية بين سنة 1963 و1976 أكثر من عشر سنوات تغلبت فيها الأوامر التي لا يمكن تحديد طبيعتها سواء وصفها على أنها تشريعية أو لائحية وفترة كانت أساسية في الجزائر لأنها اتسمت بالانتهاء بالعمل بأمر 31/ديسمبر 1963 الذي كان ينص باستمرار العمل بالقانون الفرنسي بشرط أن لا يتعارض مع السيادة الوطنية و أن إنهاء العمل بهذا الأمر منذ سنة 1956 يفرض وجود تحقيق البديل و إنشاء منظومة قانونية بديلة بالرغم من أن نص الدستور كان مستمد من روح أمر 10 جويلية 1965 و هو النص الذي لم يتبناه الدستور في تلك الفترة و اديولوجية تلك الفترة لم تحقق من المنتج التشريعي و المرجع العام سوى ظهور قانون المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات الذي الغي قانونا الستينات المتعلق بالتسيير الذاتي للمؤسسات و القول بالمؤسسات الاشتراكية مأخوذ من خيار الحكومة آنذاك ممثلة في المجلس الأعلى للثورة و مجلس الوزراء

إن استفتاء الجزائريين سنة 1963 على دستور جزائري كدستور 63 يأتي بالجديد بل قوة الصلة بين الدولة و الخيار الاشتراكي و لم تغير الإيديولوجية الجزائرية عن اعترافها بالمرفق العام عند الولوج إلى النصوص التشريعية فانه لم تحصل تسمية للمرفق العام في ضل مسألة القول بالدولة أو الولاية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الراداري إلى الأخذ بالأشخاص الإدارية العضوية دون الأخذ بالمرافق الإدارية و الشيء الذي تم العمل به في تحديد اختصاص القضاء الإداري و هذا ما سماه محمد الأمين و بسماح في كتابه المرفق العام في الجزائر بفترة الكسوف الطويل للمرفق العام أن العنصر الإيديولوجي سواء عندما أخذنا المثال الجزائري أو أي مثال من دول الجوار يؤكد لا مجال للشك فيه بارتباط العنصر الإيديولوجي بتعريف المرفق العام .

يولد إيديولوجيا ينظم قانونيا ما عدا في القضاء فهو يأتي بقيم لم تنص عليها النصوص عندما نكون أمام مؤسسة عمومية كنا أمام مرفق عمومي لكن هذه المعادلة لم يرضى بها القضاء فالعديد

من المؤسسات ليس لها مرافق عمومية و انه مثل البيئة المشرف عليها هيئات وهو ما اكتشفه القضاء الفرنسي مرافق عامة في بيئة يؤول الفصل فيها إلى القضاء الإداري بالرغم من أن الجمعيات ليست من أشخاص القانون الإداري مثل أيضا مرفق المستهلك تسهر عليه جمعية المستهلك و بالتالي اكتشف المشرع الفرنسي الهيئات ذات المصالح المشتركة كما اكتشف القضاء أشخاص بدون مرافق مثل مديرية البريد و المواصلات و المرافق التي تسهر عليها هي مرافق مثل مديرية البريد و المواصلات و المرافق التي تسهر عليها هي مرافق تجارية و اقتصادية و هذه سميت بالهيئات الإدارية الخاصة في فرنسا .

بالرغم من أن القضاء لا يضع تحديد و تنظيم المرفق العام و ذلك بين التغيرات الحاصلة في فرنسا و قد وصلت فرنسا بين مرحلة من الضغط و بالتالي الدولة لم الصرف في كل العراقيل و بذلك أصبحت الدولة تتخلى عنها و بذلك تعد الامتياز حيلة فرنسية لمرور بصفة أخرى (حيلة قانونية ) و ذلك نيابة عن الدولة و بالتالي لا يظهر من الدولة غيرت نظامها رأسمالي إلى نظام رأسمالي حذر .

## **2 - القيم القانونية:**

الأدوات التي اعتمدت عليها لغة القانون الفرنسي في المرافق العامة ( المرفق العام قد يكون غير موجود في القانون الإداري و يعكس القانون المدني و التجاري ) و بالتالي المرفق العام العنصر الإيديولوجي مستمر و بالتالي يجب أن يكون المرفق للدولة و تكون مشطوب من الإطار الفردي و بالتالي المرفق العام أصبح عبئ عام .

المرفق العام لتتبعه بالمفاهيم الإيديولوجية لا يستطيع رجال القانون فهمه بالمفاهيم الإيديولوجية لا يستطيع رجال القانون فهمه و الجانب الإيديولوجي هو من أعطى هذه الصورة الظاهرة للمرفق العام رغم وجود العديد من النظريات إلا انه مع الوقت أصبح غير صالحة

هناك عنصران في تعريف المرفق العام العنصر الإيديولوجي و العنصر القانوني و قد اكتشف الفقه من خلال الدراسات أن المرفق العام انفصل عن الشخص العام ( مثل شركة النقل البحري في فرنسا ) و بذلك استطاعوا فصل العنصر الإيديولوجي عن العنصر القانوني .

إن توفر الدولة للبيئة الملائمة من خلال اديولوجيتها تقوم بوضع النصوص القانونية التي تعمل على إنشاء المرافق العامة في هذه البيئة و يبدو جليا أن المرفق العام يكتسي بالمظهر القانوني بعد أن تتوفر الإيديولوجية المناسبة التي ينشأ فيها و يحيا فيها و ينتهي فيها المرفق العام فنشؤه و حياته و نهايته لا يحدد العنصر الإيديولوجي و إنما يحدد العنصر القانوني ذلك أن المراحل الثلاث يعبر عن وجوب توفر نظام قانوني متكامل ينظم المرفق العام ، يطرح تساؤل في العنصر القانوني عن صعوبة اظفاء المظهر القانوني للمرفق العام الذي جاء انطلاقا من إيديولوجية محددة من الدولة و الصعوبة تكمن وراء القول بان المرفق العام ليس من غدوات النشاط الإداري كون هذا الأخير هو الجانب القانوني للإدارة و هي بتصرفاتها تنشئ المراكز القانونية و تحميها و تبطلها أحيانا ، فتنشئ دوما بوسائل إدارية تتمثل في التصرفات المنفردة للإدارة ( القرارات الإدارية ) و التصرفات الثنائية للإدارة ( العقود الإدارية ) و بالتالي أين المرفق العام ؟

المرفق العام ليس من وسائل النشاط الإداري حتى نجده من خلال القرارات و العقود و إنما هو مظهر تظهر به الإدارة من اجل تلبية الحاجيات الفردية و هكذا فان على القانون تنظيم هذا المظهر إلا انه يبقى عاجزا عن تعريفه فجل القوانين تناولت تنظيم المرافق العامة و تناولت بذلك طرق إدارته كما تناولت قواعده المتمثلة في مجانيته و استمراريته و تقلباته إلا أنها لم تتناول ضبطه أو تحديده ناهيك عن تعريفه و أي منظومة قانونية تبقى عاجزة عن فك المسألة المعقدة في وضع مفهوم المرفق العام في حين يجد الفقه صعوبة في استخلاص العنصر القانوني و هو الثاني في تعريف المرفق العام .

إن المعالجة الوحيدة لهذا الإشكال هو تخلي الفقه عن البحث في المنظومة القانونية و التفتيش في المنظومة القضائية و ذلك من خلال الأحكام القضائية التي تعتبر منتوجا قانونيا لأنها مصدر من مصادر القانون .

إن القضاء لم يعجز و نقول القضاء الإداري تحديدا عم استخلاص العنصر القانوني لتعريف المرفق العام و منذ ظهور قضاء مجلس الدولة و محكمة التنازع كقضاء له صفة الرقابة على أعمال الإدارة ناهيك عن صفته الاستشارية فيما يتعلق بإدارة رأيه في اقتراح القانون أو صفته الدستورية في تقييم أعمال السلطة التنفيذية ففي صفته القضائية لم يتراجع و منذ الوهلة الأولى على الشطف

عن المرفق العام و الذي ورد في أحكام توصف بالاجتهادات كعنصر مهم في حل النزاعات الإدارية فان أي عمل تقوم به الإدارة بمناسبة تنفيذ أو تسيير أو إنشاء المرفق العام يعتبر عملاً إدارياً أما بخصوص المرفق العام فهو الذي لا يمكن لقواعد القانون الخاص الكشف عنه أو تنظيمه لأنها تحكم العلاقة سواء بين الأفراد أو بين أشخاص القانون الخاص و الموصوفة بالمصالح الخاصة لكل هذه الأطراف ، فعرف القضاء العنصر القانوني بأنه المصلحة العامة و الشأن العمومي و المصلحة العليا للدولة التي تحميها بممارسة سيادتها و احتكارها و هو العنصر القانوني الذي عبر عن إبداع القضاء في تحديده و جنباً إلى جنب مع العنصر الإيديولوجي .

إلا أن القضاء لم يتناول مسألة اختصاص من يعود إليه إنشاء المرفق العام التي ضلت مسألة تتقارب حولها النصوص ، و شكلت النصوص الدستورية مرجعية في مبادئ المرفق العام في حين كانت النصوص التشريعية من خلال السلطة التشريعية من لها الحق في إنشاء المرافق العامة و هذا الحق بالنص شطب من السلطة التنفيذية هذه الأخيرة التي تعمل على إنشاء المرافق العامة عندما تنفذ الإيديولوجية و تعمل من زاوية التقلبات التي تنجم عن الإدارة في مواجهة المصالح العامة .

### ثالثاً تصنيف المرفق العام :

المرافق العامة مبدئياً تصنف إلى مرافق عامة إدارية ، مرافق عامة تجارية و يكاد المرفق العام كمبدأ جاءت به النظريات التقليدية و حتى انه جاء في تعريف الدولة من خلال إعلان ليون دوجي أن الدولة هي مجموعة من المرافق العامة فيكاد يكون المبدأ بمثابة مبدأ لا رجعة فيه و هو اعتبار المرفق العام مظهراً من مظاهر النشاط الإداري لكن و فيما بعد لم يعتبر كذلك و لم تسمح لنا أزمات تاريخ المرفق العام بالتأكيد على انه دوماً مظهراً من مظاهر نشاط الإدارة .

إن اختلاف الحاصل في الدول و الذي جعل منها مجبرة على حل أزماتها الداخلية كما حدث منذ بداية الأزمة الاقتصادية العالمية بديّة القرن العشرين أن الدول لم تصبح فقط دولا حارسة لان حراستها غير كافية بدليل كانت عن دورها الاقتصادي الشيء الذي دفعها إلى لعب هذا الدور و ذلك بمشاهدة أشخاص تابعين لها يعملون على القيام بالمشاركة و المساهمة في اقتصاد الدولة و هو ما دفع إلى تواجد فئة مقاولات العامة كما هو المثال المأخوذ من النموذج الفرنسي الذي أتاح لفرنسا الدخول كإدارة في الاقتصاد و اعتبار الدولة تاجرة و صانعة أيضاً مما نجم عنه التراجع عن المبدأ

الذي اعتبر لا رجعة فيه كون أن المرفق العام هو مظهر من مظاهر نشاط الإدارة سينتهي لان الإدارة أصبحت تنشط في مجالات ينشط فيها الفرد و أصبحت تعمل في إطار المصالح الخاصة و هو الذي لم ينفطن له الفقه الذي لم يتساير في فرنسا مع مسالة تغير دور الدولة الفرنسية إلى أن اصطدام بالإعلان القضائي الخطير في قضية باك ديوكا و هي التي نبهت الفقه على وجود أزمة المرفق العام الذي ولد من المرافق الإدارية مرافق صناعية و تجارية .

وترجع مسالة تصنيف المرافق العامة إلى موضوع الدولة في المجتمع هذا الموضوع الذي يتناول التمثيل الذي من خلاله يحق إلى أفراد المجتمع لاختيار من يمثلهم و يقوم مقامهم في حكم الدولة و الذي يفترض نظام دستوري ببعده السياسي و الإداري و طالما شكلت مسالة التمثيل عنصرا لا يقل أهمية في الدولة و المجتمع مع عنصر ثاني مفاده الحريات .

إذ أن الدولة و المجتمع هي ذلك الكل الذي يشمل التمثيل و الحريات فالتمثيل الذي سبق و اشرنا إليه أعلاه هو الذي يصنع الأجهزة التي تدير الدولة محددة بالمجالس المنتخبة أما الحريات فهي موروث الاجتماعي ما على مستوى الزمان و المكان .

إن عنصر التمثيل مأخوذ من موضوع الدولة و المجتمع يجسد العلاقة بين هذه الثنائية الدولة من جهة و المجتمع من جهة ثانية و هذا الأخير الذي يختار من يمثله في الدولة يجعل مبرره يرجع الى مسالة السيادة التي تمارس من المجتمع عبر الممثلين المنتخبين و هكذا بدت السيادة الاختراع البشري الذي أبدعت فيه البشرية لبناء الدول المدنية اليوم أو ما كان يعرف منذ وقت قصير في الدول الديمقراطية دولة قانون و هي العنصر البارز من العناصر المركبة لمفهوم الدولة فالسيادة تشكل مع الشعب و الإقليم بالمفهوم الحديث .

و هكذا وصل موضوع الدولة و المجتمع في فكر بودان في القرن 14 للميلاد من خلال السيادة و امتدت لتصل إلى ليون دوجي و كارل ديمالبار و موريس دوبارجي لتقدم أحسن صورة لنظرية السيادة سواء سيادة الشعب أو سيادة الأمة .

إلا أن رأي ليون دوجي كان مميزا إلى حد بعيد في تناوله لموضوع سيادة الدول لعدم إيمانه بتطابق نظرية الشخصية المعنوية لدولة القانون العام مع نظرية الشخصية المعنوية في القانون

الخاص و بالتالي فجر تعريفا انطلق من نظرية السيادة للدولة و اعتبرها مجموعة من المرافق العامة و هكذا بدا الأمر من الناحية النوعية مميزا عن آراءه للفقهاء بل أن رائيه تجسد بعد ظهور القانون الإداري أمام القضاء فصدقت رؤياه عندما توصل القضاء إلى اعتبار القانون الإداري مسألة ترجع إلى المرفق العام .

سمح تعريف الدولة على أنها مجموعة من المرافق العامة إن صحت هذه العبارة لان كتابه تناول فيه تعريف الدولة L'Etat c'est une bouquée des services public أي باقة من المرافق العامة و بالتالي ظهر إلى الوجود المرفق العام الإداري .

### 1 المرفق العام الإداري :

مر المرفق العام الإداري بمرحلتين أساسيتين الأولى مرحلة ازدهار المرفق العام و الثانية مرحلة استقرار المرفق العام الإداري .

#### مرحلة ازدهار المرفق العام :

عند الولوج إلى المرحلة الأولى فان اعتماد تعريف الدولة على أنها مجموعة من المرافق العامة بهذه الصورة النظرية التي تجعل من المرفق العام له ارتباط عضوي ووظيفي بالدولة فالارتباط الأول أكد على أن المرفق العام لا يتجزأ من أجهزة الدولة أما الثاني فلا يحيد عن وظائفه و بذلك فقد ظهر نوعان من المرافق الإدارية .

أ المرافق الإدارية العضوية : لكون المرفق العام له ارتباط عضوي بالدولة و هي التي تتطابق مع أشخاص القانون العام بحيث يمكن اخذ المرافق العامة ممثلة بالهيئات الإدارية و التي نجمت عن تبني فكرة الأمركية الإقليمية مجسدة كمثل في البلدية .

و مرافق عامة لها علاقة بالمؤسسات العمومية و تكون مجسدة في المؤسسات الإدارية و بدت المرافق العامة من خلال الارتباط العضوي بالدولة كهيئات و مؤسسات و في المقابل فقد ظهرت مرافق عامة إدارية باعتبار أن هناك ارتباط وظيفي بالدولة و الارتباط الوظيفي بالدولة هو ارتباط لممارسة سيادة الدولة على إقليمها و الذي جعلها تمارس السيادة من خلال مرافقها و بالتالي أنتجت المرافق العامة السيادية التي تؤخذ منها المرافق الأمنية و العسكرية و مرفق العدالة و هي تشكل



مرافق إدارية ارتبطت بوظيفة الدولة لا مرافق ارتبطت عضويا و كانت مرافق عضوية كما سبق بيانه هذه المرحلة التي ازدهر فيها المرفق العام و أصبح يشكل الدولة في حد ذاتها لطالما واجهت موجة من عدم الاستقرار بسبب عدم استقرار سياسة الدولة إلا أن خفض مستوى أداء المرفق العام من كونه المحتكر و المستغل مباشرة من الدولة أكد أننا على مشارف مرحلة جديدة .

**مرحلة استقرار المرفق العام :** إن خفض مستوى أداء الدولة من خلال التراجع النسبي في السيطرة على المرافق العامة ترك ورائه بعض من المرافق غير المسموح بوقف احتكارها و هي المرافق السيادية فيما عدا ذلك سمح لبقية أنواع المرافق بتنظيمها دون احتكارها و هذا من خلال فصل الشخص الإداري عن المرفق الإداري و اعتبار الأول هو الذي يقوم مقام الدولة بتسيير الثاني فالشخص الإداري جعل لتسيير المرفق الإداري .

عندما جيء بالشخص الإداري بدل الدولة فقد تراجعت القيمة الديمقراطية للمرافق العامة لان الشخص الإداري معين و المرفق الإداري الذي كان يدار من قبل الدولة و من خلال السلطة المنتخبة أصبح يدار من قبل شخص معين و تراجع القيم الديمقراطية للمرفق العام جعل المرافق العضوية و الوظيفية مرافق تجاوزها الزمن ماعدا المرافق السيادية و أصبحت المرافق الإدارية مرافق مستقرة هيا استقرارها إلى ميلاد الكثير منها من اجل تلبية حاجيات الأفراد و لم يحدث أبدا أن تناقضت بسبب وحدة الشخص الإداري الذي يشرف على تسييره .

الدولة لم تصبح هي الدولة و دورها لم يبقى ذلك الدور و الدولة التي كانت حارسة أصبحت متدخلة و هاهي السنوات الأولى من القرن العشرين ترمي بضلالها على المرفق العام كون الدولة تعرضت إلى أزمات مست المعمورة و أخطرها كانت الأزمة الاقتصادية العالمية و اكتفائها بالقطاع الإداري مما جعل هذا القطاع الاقتصادي عرضه لمضاربة كبار رؤوس الأموال اللذين ضخوا أسهم شركاتهم في البورصة و تحكروا في اقتصاد الدولة الشيء الذي وصل الى انسداد اقتصاد وركود دفع برؤوس الأموال إلى تصفية العمال مما جعل من البطالة و الشلل الاقتصادي حديثا لا ينتهي .

إن محاولات الأستاذ كينز لإنقاذ العالم من الأزمة الاقتصادية التي وجدت في كتابه ثروة الأمم التي كرس فيها ملكية الأمة لثروة لا ملكية رؤوس الأموال لها جعلت من الدول تتدخل في الاقتصاد ضبطا و إدارتا و مادامت آخر مرحلة للدولة للقطاع الإداري إنشاء أشخاص إداريين فقد انشأت

أشخاصا اقتصاديين الشيء الذي سرع بظهور ما يعرف بالمرافق الاقتصادية و التجارية المدارة من قبل اشخصا عامون تابعين للدولة لكن من فئة الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص .

## 2 المرافق العامة الاقتصادية و الصناعية و التجارية

لم يكن يعرف أن يظهر المرفق الاقتصادي أو المرفق التجاري أو المرفق الصناعي لان ما كان يعرف هو أن المرفق يعبر عن الدولة و الدولة تعبر عن المجتمع و المجتمع له من يمثله في صناعة ما يراه مناسباً من مرافق عامة إلا أن ظاهرة الدولة الصانعة و الدولة الناشئة و الدولة الحرفية سرعان ما تطورت بعدة عوامل أهمها أنها تزامنت مع ميلاد النظرية الاشتراكية التي تؤيد فكرة تدخل الدولة في الاقتصاد بل أن استقرارها في تفكير .

إن دروكسلي فعل مسألة تدخل الدولة في الاقتصاد و حتى عندما انهارت الشيوعية و الاشتراكية و تراجع الاتحاد السوفياتي بقيت أفكاره تعمل على إنقاذ ما يمكن إنقاذه و لعل اعتماد الاتحاد السوفياتي على البيروستريكا في عهد غربدشوف كان اعتماداً على الحلول المأخوذة من تفكير تروفكسي هذه و تلك عوامل خارجية و داخلية أقامت ثورة إدارية جسدت بالفعل هبوط الدولة إلى مستوى الفرد الصانع و الحرفي و التاجر و جعلت من مصالح المصلحة الصناعية و التجارية و الحرفية الشيء الذي دفع إلى ميلاد مرافق لها هذه الطبيعة .

لم يكن من بد و لم تكن الحاجة ملحة أكثر من هذا اليوم و خاصة في تفكير الفرنسيين سلطة و حكومة في التشريع من اجل تنظيم ما أصبح يعرف بالمرفق ذو الطابع الاقتصادي و التجاري خاصة مع السابقة القضائية الخطيرة الممثلة في قضية باكديلوكا التي أعلنت عن أزمة المرفق العام بان تشيع جنازة المرفق الإداري مخلفة خلفه المرفق الاقتصادي و الصناعي و التجاري بل كان الاجتهاد القضائي مفلس و يعلن القانون الإداري عن إفلاسه لما يتأكد بان القانون الخاص قابلاً لان يكون مطبقاً على المرافق الموصوفة بأنها تجارية و صناعية و اقتصادية إلا أن المشرع الفرنسي اوجد الحل من خلال إصدار قانون المرافق العامة الاقتصادية و التجارية و كانت أرضية القانون الإداري غير مهيأة لترحيب بهذا القانون الذي يؤكد استقلال المرفق الاقتصادي و التجاري عن المرفق الإداري هذه الاستقلالية جعلت القانون الإداري غير قابل للتطبيق مطلقاً في المرافق الاقتصادية و التجارية بسبب خضوع الأشخاص المسيرة لهذه المرافق و إن كانت تابعة للدولة إلى

أحكام القانون المدني و التجاري مما صعب في مهمة المدرسة الفرنسية التي لم تجد حلا سوى القرصنة من مدارس جيرانها الأول حيث أن المدرسة الإيطالية كانت سابقة في حل هذه المعضلة و اعتبار أن هذه المرافق مرافق يمكن أن يتدخل فيها القانون الإداري لأنها تستعمل أداة القانون العام ( الشخص العام ) و أداة القانون الخاص ( أحكام القانون التجاري و المدني و هذا ما أسمى من قبل المدرسة الإيطالية بالعمل المركب و ما أسمى بالمدرسة الألمانية بالعمل المزدوج و بالتالي لم يكن للمدرسة الفرنسية من بد في حل ما صعب حله إلا عندما ظهرت مسألة تمثيل الشخص الإداري فإذا كان الشخص العام مسير للمرفق الاقتصادي و الإداري حسب القانون الفرنسي خاضعا للأحكام القانون الخاص في نشاطه ألمرفقي فانه إن كان يمثل الدولة و باسمها و لحسابها يسير المرفق الاقتصادي و التجاري من هذا المنطلق وحده يمكن أن يخضع لأحكام القانون الإداري انطلاقا من نظرية الوكالة التي أصبحت النظرية الفرنسية المناهضة للنظرية الإيطالية المتعلقة بالعمل المركب و النظرية الألمانية المتعلق بالعمل المزدوج .

### المطلب الثاني أساليب إدارة المرفق العام :

لابد من الإشارة إلى أن أساليب إدارة المرفق العام و على تعددها إلا أنها تصب في نقطة واحدة تتمثل في طرح سؤال حول معالجة مسألة تسيير المرفق العام و لم يكن لهذه المسألة أن تطرح ساسا إلا لاعتبار المرفق العام موضوعا لا يشكل في القانون الإداري معيارا به يتم تحديد الاختصاص و المسؤولية لان الاختصاص يرجع للدولة و المسؤولية ترجع للشخص الإداري فما من تنظيم يكشف لنا عن المرفق العام .

مادام القانون يعتمد على الاختصاص و المسؤولية فكيف لهذا القانون أن ينظم المرفق العام البعيد عن الاختصاص و المسؤولية لذلك فان الدول التي اعتمدت الازدواجية القانونية تلقت صعوبات و عبر الباحثين في هذه النقطة التي تؤكد بأنه حان الأوان لصب جهود الباحثين في مسألة المرفق العام و الذي كان عبارة عن مجرد معيار و نظرية في تعريف القانون الإداري .

لم تحل شفرة تنظيم المرفق العام إلا عبر موضوع كيفية إدارته هذا الموضوع الذي عندما تم معالجته انبثقت عنه اتجاهات حددت أنماط إدارة كل ما هو مرفق عام سميت بأساليب إدارة المرفق العام و هي البعيدة عن الاختصاص الراجع للدولة و المسؤولية الراجعة للشخص الإداري و هي

القريبة من موضوع تنظيم المرافق العامة هكذا بدأت استومولوجية البحث و التي نقتصر فيها على اساليب إدارة المرفق العام في القانون المقارن و تحديدا في فرنسا و أساليب إدارة المرفق العام في الجزائر .

### أولا : أساليب إدارة المرفق العام في القانون المقارن

نأخذ بالنموذج الفرنسي لكي نأخذ فكرة عن القانون المقارن و هذا النموذج بنفس الانشغال الفقهي حول مكانة المرفق العام في القانون الإداري ما دام الاختصاص راجع للدولة و المسؤولية راجعة للشخص الإداري لتؤخذ بموضوع توظيف المرفق العام التي يتم التعرف على مكانته و عند هذه النقطة تحديدا لابد من إطلالة عبر نافذة تاريخ المرفق العام في البداية ثم الولوج إلى المعالجة القانونية في النهاية و هذا عبر مطلبين أساسيين .

#### 1 الرواية التاريخية :

كما في القانون الإداري الذي نشأ انطلاقا من حادث تاريخي فأساليب المرفق العام نشأت أيضا من حادث تاريخي يتمثل أساسا في انشغال المنظومة القانونية بوضع قواعد تنظيم المرفق العام عبر نسيج قانوني جعل الفقه يعالج هذا التنظيم من زاوية الحياة القانونية للمرفق مادام المرفق العام نشأ فله حياة و هذا هو المقصود بالتنظيم و الكشف عن طريق حياة المرفق العام هي الحركة التي تنشط فيه و تجعل منه مشبعا بحاجات الأفراد و معبرا عن انه المثال الذي يقتدي به عند مسالة الشؤون العامة و بالتالي منظومة حياته هي منظومة إدارية و لما كان الوضع ف بداية نشأة الدولة المدنية أن يعمل بقاعدة الحكم للشعب و بالية الانتخاب و التمثيل فمن يمثل الشعب يعتبر حاكما و من يحكم عليه إدارة دواليب الحكم و من يدير دواليب الحكم سيدير المرافق التي تشبع حاجيات الأفراد و بهذه السلسلة تم طرح السؤال المتمثل قابلية إدارة المرافق العامة ، كون أن المساس الحاكم باختصاصه في إدارتها يؤكد بان المرافق العامة ليست كلها قابلة أن تدار من الحاكم لأنه يستطيع الكشف عن كل المصالح العامة و هذا من المستحيل بما كان إلا من خلال حكومته لها برنامج تضعه و تسطيره في تغطية الحاجيات أي في الحفاظ من المصالح العامة و من هنا بدا القول بان المرافق العامة و على تعددها أن كان فيها مرافقا غير قابلة للإدارة من الحاكم فعلى الحكومة اتخاذ قرارات في مسالة إدارتها و هو ما وضعه فقه القانون الإداري في قلبه و صورته المستحقة .

يجعل فن إدارة المرافق العامة من المرافق العامة ما يسمى بخلق أساليب و أدوات و هذا من الناحية الفنية لأجل تسيير المرافق العامة العمومية و هو ما يؤكد أن الموضوع في زاويته التاريخية جعل من الفقه يكشف سياسة الدولة المتبعة و أساليب الحكومة المتبعة في إدارة المرافق العامة و هذا فقط البداية لان الدولة المدنية هي مفهوم يرجع إلى القرن 18 إلى 19 و هذا في تاريخ صراع الحكومة آنذاك من اجل الكشف عن اكبر عدد من المرافق العامة و لأجل إنشاء أداة لإدارتها .

## 2 الرواية القانونية:

تؤكد انه من الأزم وضع المنظومة القانونية للمرفق العام و لم يعرف من هذه المنظومة سوى أن المرفق العام سوى المسألة الراجعة للحكومة و بالتالي انه يصبح تحت طائلة سلطتها و امتيازها . إن امتياز السلطة جعل المرفق العام غائبا كمظهر للإدارة و لكن حاضرا كأداة لها كونه استقى من اهم الامتيازات السلطة العامة على الإطلاق ما يسمى الأنظمة الوحيدة الجانب التي من بينها القرارات الإدارية أهم أداة فيه و شكل العامل القانوني المفوض لتسيير المرفق العام و بالتالي بدت المنظومة القانونية له من منطلقها استعمال القرار الإداري لإدارة المرفق العام و بالتالي كانت الحكومة تتخذ قراراتها الإدارية بشأن كل مرفق تكتشفه رغم هذا الأمر بهذا الحد بل المرافق غير قابلة للإدارة أصبحت قابلة لها بفضل القرار الإداري هكذا بدت الصورة الأولى للرواية القانونية التي عكست إلى جانب الرواية التاريخية أرضية لها أساليب إدارة المرافق العامة و منظومة بدائية ألا أنها وضحت أن المسؤولية المسندة للشخص الإداري فهو قريب من التنظيم الإداري و هو الحل المنشود الذي حضر لمرحلتين في تسيير المرفق العام .

## المرحلة الأولى تسيير المرفق العام عن طريق الاحتكار :

هنا تقوم الدولة ممثلة في الحكومة باستقلال المرفق العام و بصفة مباشرة و هذا ما يسمى بأسلوب الاستغلال المباشر و هو أسلوب قديم قدم ظهور الدول الحديثة أو الدول التي أخذت بمبدأ دولة القانون أو ما يعرف اليوم باسم الدولة الحديثة و المرجعية في ذلك أن ظهور الدولة أدى إلى وجود قيامها بتسيير الشؤون العمومية التي بدت كأنها مرافق عضوية لارتباطها الوثيق بالدولة من صنف المرافق التي يعرف بتسميتها اليوم المرافق السياسية و هي التي تتمثل في الأمن سواء

الداخلي أو الخارجي وصولاً إلى الصحة و العدل و حتى مرفق السياسة الخارجية فهي تشكلت في بداية ظهور الدولة و مثيلاتها أيضاً و أديرت مباشرة من قبلها فسمح الأمر بميلاد ما يعرف بمبدأ الاستغلال المباشر في تسيير المرفق العام .

ألا أن تضخم المرافق العامة الراجع إلى تطور الدولة و أدائها آنذاك جعل من المنظومة القانونية المتمثلة في أسلوب الاستغلال المباشر للمرفق العام منظومة محكوم عليها باختناق فلا تستطيع الدولة أن تباشر تسيير كل مرافقها بهذه الصفة و عبر هذا الوصف مما دفع بها لتنازل عن مبدأ اختصاصها في تسيير المرفق العام و البحث في أساليب أخرى و هذا ما كان محل معالجة فقيه لا تقل أهمية لا في الماضي و لا في اليوم و هي التي أكد عليها الفقه على أن الدولة بدت و كأنها تمر من قاعدة الاختصاص إلى قاعدة المسؤولية .

المسؤولية كمبدأ تتمثل في إناطة المرفق العام لأشخاص لهم مسؤولية في إدارة المرفق العام من صنف أشخاص القانون العام و كان أول هؤلاء الأشخاص ما يعرف بتسميتهم اليوم المؤسسة العمومية الإدارية .

نشأت المؤسسة العمومية من قبل الدولة و فسر ظهورها الفقه بأنها شخص من أشخاص القانون الإداري و أصبحت الأسلوب البديل عن الاستغلال المباشر في تسيير المرفق العام بل ازدهر تسيير المرفق العام عن طريق المؤسسة العمومية كما لم يزدهر من قبل ( الاستغلال المباشر ) و لا من بعد ( تفويض المرافق العامة ) كأسلوب يعبر عن استقرار و تنظيم المرافق العامة لتصبح تلك المرافق التي تحت مسؤولية المؤسسة العمومية و تصبح هذه الأخيرة أداة لتسييرها .

ازدهار أسلوب المؤسسة في تسيير المرافق العامة :

بداية القرن (20) سال حبر فقه القانون الإداري الفرنسي في علاجه كمفهوم المؤسسات الإدارية حتى وصل الأمر إلى أن البعض منهم و على رأسهم جورج فوديل إلى التعبير على القانون الإداري كله للمؤسسة الإدارية و ألف كتابه المؤسسات الإدارية و هو الكتاب الذي لقي شهرة بدل أن يؤلف في القانون الإداري و حتى أن الأمر مس الجزائر فألف عميد القانون الإداري الجزائري

الأستاذ احمد محيو كتاب من محاضرات في المؤسسات الإدارية بدل القانون الإداري كل هذا يسير إلى ازدهار المؤسسات الإدارية و نضرة الفقه للدولة على أنها مؤسسات كل مرافقها تدار بها

هذا النموذج كان يعبر عن ميلاد ما يسمى بالأشخاص المعنوية من النموذج التأسيسي و هي التي كانت تعرف فيما قبل بالأشخاص المعنوية من صنف اللامركزية مرفقية و لكون استحالة وجود اللامركزية مرفقية جنبا إلى جنب مع اللامركزية الإقليمية فانه تم العمل بالمؤسسة الإدارية تعبيراً عن هذا المسعى بل أن قوة المؤسسة الإدارية من خلال قانونها التأسيسي و أما أنيط للسلطة التنفيذية فأصبح إنشاء المؤسسات الإدارية حكراً عليها و أصبح هذا الاختصاص مشطوب من صلاحيات السلطة التشريعية فيكفي صدور مرسوم ( في الجزائر ) أو صدور لائحة ( في فرنسا ) لإنشاء

### المرحلة الثانية تفويض المرافق العامة :

أصبح المرفق العام عبئاً عام و هذا يتداخل مع مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة

إن تغير دور الدولة بتسيير مرافقها العامة لم يكن سبباً مباشراً في تنويع في هذه الأساليب و إنما تعدد المرافق العامة و كثرتها أثقل كاهل الحكومات و خاصة في فرنسا التي وصلت إلى حد اعتبار المرفق العام على انه عبئاً عام و أن هذا التوجيه الحكومي ترجم بإرادة سياسية واضحة تتمثل في ترشيد الإنفاق على المرافق العامة و حتى التوقف عن تمويلها و هي السياسة التي رسمت دون أن يكون هناك استعداد قانوني لتقبل مسألة التخلي التدريجي عن المرافق العامة و لم يفهم هذا التخلي في البداية إلا بالتطرق لاختصاص كون أن الإدارة هي المختصة في تسيير مرافقها العامة و لكن في النهاية فهم الأمر على أساس انه تغيير فقط في أسلوب تسيير المرفق العام و ليس التخلي عنه لان الاختصاص قاعدة تبقى مستمرة لكن الأسلوب هو اقتراح من الإدارة يغير من نمط تعاملها مع المرفق العام لاحظ القضاء الفرنسي هذا التغير و هو القضاء الإداري كان في الواجهة و الذي تناوله من خلال اعتبار انه اكتشف مبدأ جديد سمي بتفويض المرفق العام .

استمر القضاء في حل نزاعاته انطلاقاً من المبدأ المذكور حتى جاءت منظومته القانونية لترسي قواعد تفويض المرافق العامة و ذلك من خلال إرادة المشرع في التشريع لمسألة التفويض و من أشهر ما تم التشريع له أسلوبان في التفويض و هما :

## 1- تفويض المرفق العام عن طريق الامتياز :

من الناحية الاصطلاحية تطلق عبارة الامتياز كترجمة للاصطلاح الفرنسي cassation حيث نجد المشاركة في الدول العربية يطلقون عليه اسم التزام و في رأينا أن هذا المصطلح هو ترجمة خاطئة فلالتزام يعبر عن قواعد القانون المدني سواء كان في الالتزام عقديا أو غير عقدي و خاصة حينما تتطابق الإرادات أمام العقد المدني و هذا غير مقبول في قواعد القانون الإداري.

فضلا عن الناحية الاصطلاحية أن التشريع للامتياز في القانون الفرنسي وصل إلى حد تقنين الامتياز و ذلك ما عبر عن منظومة قانونية جديدة اكتسحت قواعد القانون الإداري و أثرت فيه و بدا الأمر في هذه المنظومة يتعلق فقط بطرفين ' (الإدارة المفوضة مانحة الامتياز و صاحب الامتياز المفوض له )

إنها بدأت العلاقة تفويض délégation و هو الأمر المقبول في القانون الإداري لأنه يبعد عن التوكل و المصطلحات المشابهة التي تدخل في قواعد القانون المدني و رسم التشريع قواعد التفويض عن طريق الامتياز إلا انه لم يبحث طبيعة العلاقة الموصوفة بأنها علاقة تفويض .

تصدى الفقه و جهوده لتحديد طبيعة هذه العلاقة و سال حبر كثير من الباحثين الفرنسيين في دراسة محتوى التفويض عن طريق الامتياز إلا أن الأمر بدا محيرا لان محتوى هذا التفويض يلغى في كثير من الحالات إرادة المفوض له الذي يبقى مذعنا للإدارة المفوضة فأى علاقة هذه عندما نكون تمام طرف واحد هو الإدارة فقط الشيء الذي قد يرجع بنا إلى أسلوب الاحتكار في إدارة المرافق العامة ألا أن الدراسات الألمانية توصلت إلى حل هذه المشكلة لان هذه الدراسات انطلقت من وجود ثلاث أطراف و ليس طرفين و أن طبيعة هذه العلاقة وصفت بإهمال مزدوج :

هي ثلاث أطراف على اعتبار أن المخاطب بالمرفق العام هو الفرد المنتفع منه و الذي للإدارة فوضت المرفق العام للشخص الذي يقوم مقامها لأجل الطرف الثالث الذي هو الفرد و هو عمل مزدوج لأنه فسر التفويض على انه اشتراط لمصلحة الغير فمحتوى التفويض كله هو مجموعة من الشروط اشتراطتها الإدارة على المفوض له لمصلحة الغير الذي هو الفرد .



هذه الحلول الألمانية و إن كانت تغازل نوعا ما القانون المدني لان المصطلح الاشتراط مأخوذ من قواعد القانون المدني إلا انه مستعار فقط و كيف بطريقة إدارية لفت هذا الحل الألماني الباهر رواد الفقه الفرنسي الذين بقوا مكتوفي الأيدي في إيجاد حل مناسب لاشكاليتهم و تأخر هذا الحل إلى أن قدم الأستاذ ايفيس ماديو أطروحة دكتوراء في 1971 تناولت حدود العقد و القرار الإداري بحث في العمل المختلط في القانون الإداري الفرنسي و بالتالي قدم حلا يتمثل في كون الامتياز هو نوع من الأعمال المختلطة الذي يحتوى شروط تنظيمية و شروط تعاقدية و بالتالي استقر الفقه الفرنسي على نظرية ماديو وما قام بها كان سند 1985 و بالتالي تأكد حل الغموض الذي تم تفسيره على مستوى المنظومة القانونية للتفويض فيما تعلق بالامتياز و التي شكلت قواعد تتمثل في أطراف عقد الامتياز و محتوى الامتياز و شروط الإدارة مانحة الامتياز عند اخذ العنصر ما قبل الأخير المتمثل في عقد الامتياز فانه عنصر يشكل احد جوانب امتياز تسير المرافق العمومية و هي الوثيقية التي فسرها ماديو على أنها عمل مختلط تحتوى نوعين من الشروط و عند التطرق للعنصر الأخير و المتمثل في شروط الإدارة مانحة الامتياز فإنها شكلت معيار لتوصيف هذا العقد و القول بأنه إداري إذا ما احتفظت الإدارة عبر شروطها بسلطة الرقابة و فرض العقوبات و التعاليم و إنهاء عقد الامتياز قبل انتهاء مدته و التي اعتبرت معيارا ( اعتبار الوثيقة التعاقدية عقد إداري يضاف آلة نظرية العقد الإداري انطلاقا من كونها جاءت نتيجة لتفويض المرافق العامة و هذا ما يتماشى جنبا إلى جنب مع العقود الأخرى التي جاءت بنفس الكيفية كعقود البرنامج و عقود التخطيط و التي سميت مع عقد الامتياز .

## 2 إيجار المرافق العامة :

اصطلاحا المقصود به la firmage أي في الواقع ليست كترجمة صارحة باللغة العربية و عند البحث في بعض المنشورات نجدهم يترجمونها أحيانا مشاطرة الاستغلال و ربما هذا الأسلوب إلا أن ما يفهم منه هو قابلية إنشاء المرفق العام و تسييره من قبل الشخص الذي اجر له هذا المرفق في حين أن إنشاء المرفق العام غير وارد في أسلوب الامتياز و بالتالي فلم يكن إيجار المرفق العام إلا بمبادرة من أشخاص القانون الخاص سمحت لهم الإدارة بإنشاء بعض المرافق العامة أو المركبات السياحية أو العيادات الطبية التي يساهم فيها الأشخاص في الحالة الأولى في الحفاظ على

الممتلكات و هي مهمة أمنية في الحالة الثانية في المرافق السياحية و هي مهمة إدارية في الحالة الثالثة في الصحة العمومية و هي المهمة الإدارية و بالتالي ادخل هذا الأسلوب كاسلوب تم ضبط قواعده تشريعا و أصبح يوازي في شهرته أسلوب الامتياز

### ثانيا أساليب تسيير المرافق العامة في الجزائر:

بالنظر إلى ما هو معمول به في قانون المرافق العامة لدينا في مجال أساليب تسيير هذه المرافق فانه تأكد من خلال الوضع إلي الذي كان يحتله المرفق العام أثناء الاستقلال و تدهوره في منظومته القانونية لان حقيقة المرافق لدينا منذ الاستقلال هي مرافق مشخصة و عضوية لا تعدو أن تكون إلا أشخاص إدارية تسيطر على إدارة الشؤون العمومية كلها حتى انه يلاحظ تراجع القاضي الإداري في الجزائر عندما يكون بصدد عقد القاضي الإداري في الجزائر عندما يكون بصدد عقد القاضي الإداري في الجزائر عندما يكون بصدد عقد اختصاصه في خصومة لا تكون الإدارة طرفا فيها ، إلا الاجتهاد الشاذ سنة 1981 الذي عقد القاضي الإداري اختصاصه بالرغم من عدم وجود شخص إداري و هي القضية الشهيرة بسمباك و الديوان الوطني للحبوب فهو الاجتهاد الوحيد الذي لا يعبر مشجعا .

ومادام النزاع الإداري كرس فكرة الشخص الإداري كمعيار اختصاص القاضي الإداري فانه أهمل معيار المرفق العام كمعيار مادي بالنظر إلى طبيعة النزاع أكثر من أطرافه و هذه البيئة التي يحاكم فيها القاضي الإداري

ومادام النزاع الإداري كرس فكرة الشخص الإداري كمعيار اختصاص القاضي الإداري فانه أهمل معيار المرفق العام كمعيار مادي بالنظر إلى طبيعة النزاع أكثر من أطرافه و هذه البيئة التي يحاكم فيها القاضي الإداري غير مشجعة كي يجتهد و يكتشف و بالتالي عن المرافق العامة و قواعد إدارتها من اللازم القول أن تأخر ظهور المرفق العام لدينا و حالة الصراع التي يعيشها اليوم إلا دليل على بطئ إحداث منظومة قانونية له و لأساليبه التي بقيت منذ الاستقلال إلى حد الساعة متمحورة في أسلوب المؤسسة العمومية و أسلوب الامتياز .

### 1 أسلوب المؤسسة :

هذا الأسلوب لا غنى عنه في القانون المقارن كما سبق و شرحناه ، إلا انه محل تنافس مع السياسة حددها القانون المقارن إلا أن وضع المؤسسة في الجزائر يبدو انه يحتل مكانا مرموقا بدليل أن المؤسسات الإدارية متضخمة في القطاع الإداري في لغة السياسة و لغة القانون و سيطرة كشخص يقود الشؤون العمومية سواء تعلقت بالشؤون الصحية أو الاجتماعية أو التربوية أو حتى الأمنية فعادة المؤسسة كشخص يقود المرافق و أسلوب سيرها كونها لعبت لدينا أداة تتطابق مع المرفق العام و شبه به و المرفق شيء واحد

إن سبب اختيار المؤسسات العمومية كنمط يفترض أن يدير المرافق العامة هو كون الجزائر دولة حديثة العهد بالاستقلال و أن تلقي الخدمات من الأفراد عن طريق المؤسسات هو في صالح بسط السيادة التي استردتها الجزائر و ما ترتب عن ذلك من خلال تامين ممتلكاتها سواء كانت بحرية أو النفطية كان واضحا في الخيار السياسي الذي أقحم المؤسسة في عملية التاميمات و عند المؤسسات الإدارية يمكن الحفاظ على الطابع الجمهوري للدولة و ذلك من خلال امتلاك هذه الأخيرة لأسلوب تسير الشؤون العامة و المصالح العمومية و المصالح القومية للدولة .

هذه المؤسسة العمومية كانت سببا في اعتبار القانون الإداري لدينا قانون المؤسسات الإدارية و كان القانون الإداري اخذ من مدرسة السلطة العامة أكثر من مدرسة المرفق العام كون المؤسسات العمومية تظهر في أعمال السلطة في حين المرافق العمومية تظهر فيها أعمال السلطة و التسيير ، و هو ما يؤكد المكانة المرموقة لامتياز السلطة العامة في مواجهة الضمانات القليلة للفرد .

و مازلت المؤسسات العمومية و لحد الساعة تحتل مكانة مرموقة رغم توسع دائرة الرقابة عليها و يتغير دور الدولة من دولة مؤسسات إلى دولة خدمات .

## 2 أسلوب الامتياز:

اعتبر الامتياز أداة تطبقت جنبا إلى جنب مع المؤسسة العمومية في إدارة المرافق العامة بالرغم من نظرية أسلوبه في بداية التسعينيات و تكثيف العمل بالامتياز كوسيلة لإدارة المرافق العمومية إلا انه لم يستعمل فقط في إدارة المرافق العمومية بل حتى في إدارة الأملاك العامة مثل الامتياز ألفلاحي امتياز الاتصالات و المياه كذلك لم يستعمل الامتياز على اعتبار أن المرفق العام

أثقل كاهل الدولة بتكاليفه و الباهظة عندما تتدخل في تسييره و بالتالي فعندما تتنازل عن تسييره عن طريق الامتياز لصالح شخص من أشخاص القانون الخاص سيعالج اعتبار و تحسين ادعاءاته و خدماته بل أنها اعتبرت أيضا وسيلة لدخول اقتصاد السوق .

إن السلطة التنفيذية كمؤسسة دستورية تستولي على أهم الصلاحيات وهو الأمر الذي أصبح بديها لدى كل الباحثين فالمرجعية التاريخية أكدت أن أنظمة الديمقراطية الكبرى وقعت في هذا الفخ الذي سيء إلى القيم الديمقراطية لا سيما مبدأ المشاركة الشعبية في اختيار أحكامهم إذا ما اشرفوا على قيادة السلطة التنفيذية فان سقوط المشاركة و المعارضة و التداول من المؤسسات السياسية للحاكم انتشر بشكل كبير في الدول العربية و شمال إفريقيا .

- إن الجزائر كبلد شهد منذ أكثر من 30 سنة تحولا ديمقراطيا هاما و يبدو أن القوى الاجتماعية أثرت بشكل كبير فالتغيير الاجتماعي لدى السيسولوجين في الجزائر اعتبر حدثا عرضيا أن اختيار المجتمع الاحتجاج و التظاهر كان واضحا فها هي مظاهرات وهران في سنة 1982 بخروج طلبة الثناويات للتظاهر في لأجل حياة كريمة و بتدخل من قوات الشرطة سرعان ما انقلبت إلى العصيان مدني فيه أغلقوا الطرقات و حطموا الزجاج المحلات المقابلة ( film) و التحقوا بهم المطرودين من المدارس كلهم شباب لم يتحملوا النظر بمرارة لوضعهم و السيارات من طراز ( هذا ) وزعت مجانا إلى إطارات النظام

- إن الداخلية الجزائرية بكل وسائلها و مع كل شركائها من الأمن السري و عن السري عكفت على معالجة الوضع و لم يكن آنذاك استعمال لإدارة الضبط الشيء الذي يفسر

وجود المعتقلات بالموازاة مع الأحكام العرضية و لم يتم التأسيس لنظام ضبط إداري يعمل على الحفاظ على التوازنات السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية بلا ضغط بأحكام العمل بفلسفة الدولة الدركية .

- إن الدول الدركية في الجزائر و بعد انغلاق الاجتماعي و التمرد المدني لأحداث 15 أكتوبر 1988 انتهت بتحول ديمقراطي أثمر بتأسيس دستور جديد في سنة 1988 غير بصفة عميقة المؤسسات الدستورية العتيبة و أعاد بناء مجتمع لتهيئته من اجل أن يمارس السيادة و كرس التعددية

الحزبية و استقلالية السلطات و بالتالي فقد أسس الدستور الديمقراطي سرعان ما جمد بعد الدور الأول للانتخابات التشريعية في 1991/12/26 و هو الانسداد السياسي الذي لم يلعب فيه الضبط الإداري أي دور لإعادة التوازنات السياسية و أن التحليل الأول لهذا السيناريو الدستوري يؤكد بان الإصلاح الدستوري كان ضيقا و محدودا جدا (1) .

- انه بالعودة للماضي من سنة 1962 فان التركيبة الاجتماعية استميت بعلاقات لها طابع رأسمالي(2) و النظام الحاكم فرض سياسية المعسكر الشرقي المتناقضة مع السمات الاجتماعية في الجزائر و كانت الاجتماعية ثورية و مهياة في أي وقت للعصيان و نظام سياسي أحادي تمثل في حزب FLN و الذي هو من طبيعة أحزاب الجماهير العريضة كان قائدا سياسيا لحزب التحرير و بالتالي فهو مهياً لقمع أي عصيان(2) و كان الوضع كان على فهوة بركان حزب الإخوة الأعداء اتخذها الأحقاد المتزايدة

و كل هذا كان في غياب نظام ضبط إداري يعمل على التخفيض من التوتر الاجتماعي و يوجهه المجتمع إلى احترام النظام العام و الآداب العامة في إطار دولة قانون الإداري تفرض على المحكوم احترام القانون

- إن الحاجة كانت ماسة للآليات ضبط إداري كما كانت هي الحاجة ماسة لآليات دستورية تفرض على الحاكم احترام القانون الشيء الذي يؤكد أن هناك حلقة منقودة و هي أن يؤسس لضبط إداري من خلاله التوازنات الدستورية و هي الحلقة التي وضعت حديثا في الجزائر و التي جاءت بنظام ضبط إداري له من الأصول و القواعد الشيء الكثير .

و من جهة الضبط الإداري في الجزائر تكمن في توازنات لها علاقة بالأصول التالية :

- أن يحفظ الضبط الإداري التوازن السياسي
- أن يحفظ الضبط الإداري التوازن الاجتماعي
- أن يحفظ الضبط الإداري التوازن الاقتصادي

و من جهة أخرى الضبط الإداري في الجزائر تكمن في توازنات لها علاقة بالقواعد التالية :

- الضبط الإداري و التوازن التشريعي

- الضبط الإداري و التوازن

- الضبط الراداري و التوازن التنظيمي

و هذا ما يجعلنا نفصل إعفاء السمة القانونية السياسية للضبط الإداري في الجزائر فما هو نظامه من خلال التوازنات دولة القانون .

### المبحث الثاني الضبط الاداري :

#### المطلب الأول الضبط الإداري و النظام العام

إن النظام العام على الخصوص في تناول أصول الضبط الإداري الذي يعتبر من خلال هذا المعيار وسيلة لحفظ كلما تعلق بالنظام العام لكن مفهومه في الجزائر له علاقة كبرى بأعمال السيادة الذي يستعمله الضبط الإداري للحفاظ على النظام العام فلا يشبه مدلول النظام العام ما هو سائد في الأنظمة الديمقراطية الكبرى كما هو في الأنظمة العربية و الجزائر على الخصوص لأنه و إن كان مرتبطا بالمصلحة العامة فانه يرتبط في الجزائر بالمصلحة العليا .

- فإذا كان النظام العام يحقق المصلحة العامة ، فالمصلحة العليا للدولة تبقى مرتبطة بالحفاظ على النظام السياسي و إن كان ذلك ترجم في الحفاظ على الطابع الجمهوري لدولة مهما كانت المصلحة العامة ، الشيء الذي يجعلنا نفقد هذه الأخيرة على مستوى النظام العام و الشيء الذي يجعل من هذا الأخير أشبه بالنظام السياسي العام .

و أيا كان الأمر فان مسألة النظام السياسي عندما يستعمل الضبط الإداري تجعلنا ندخل إلى مفهوم الضبط السياسي فعندما نتحدث عن هذه الأخيرة فإنها تفهم من خلاله نشاطها و الذي يهدف دوما للحفاظ عن النظام العام و تتدخل عندما يهدد النظام العام و هنا يأتي الحديث عن تصنيف الأنظمة

الأحزاب التي يعقد مؤتمرات خلال السنة و هذه الرقابة التي مارسها الإدارة لم تكن إلا من خلال آلة الضبط الإداري .

## المطلب الثاني الضبط الإداري و الآداب العامة :

إن الحق العام ذلك المدلول الذي يظهر به الجهاز القضائي في متابعتهم للخارجين عن القانون يمكن أن يكون موضوعا يحصيه الجهاز الإداري إذ أن هذا المصلح هو نتاج اجتماعي يجب أن يحميه الضبط الإداري و كان كل فرد في المجتمع يشكل عنصرا من عناصر الضبط الإداري هذا الأخير الذي نجده في خدمة القانون و ذلك في الحفاظ على الإدارة العامة و الصحة و السلامة و السكنية العامة و تحديد إذا كان التشريع هو جانب مهم في القانون و شكل إنتاجا اجتماعيا محضا فإنه يصبح التزاما أدبيا بمرور السنين و مخالفة تعتبر و كأنها مخالفة للآداب العامة ذلك هو الوجه الأول للفكرة لفترة الآداب العامة لكن التضمن في مسألة الآداب العامة تجعلنا نتحرر من سيطرة الميراث التشريعي الذي يعتبر ميراثا اجتماعيا و يبقى إنتاجا فيها أما الآداب العامة فهي تفهم من خلال الذاكرة الجماعية التي هي الميراث الاجتماعي فالمساس بها يعد سياسيا بالآداب العامة .

عملت الجزائر على تقنية الآداب العامة قانونيا فالسكر لا يعتبر انتهاك للآداب العامة إلا إذا كان علنيا و الفعل المخل بالحياة<sup>1</sup> لا يكون انتهاك للآداب العامة إلا إذا كان علنيا و ممارسة الجنس لا تكون انتهاك للآداب العامة إلا إذا كانت دعارة إذ تمارس السلطات الإدارية ضبطا إداريا موازيا للضبط أما ما كان من الآداب العامة التي بينهم تنص القوانين الجزائرية على منع انتهاكاتهم فتضل خاضعة للسلطة التقديرية عند ما يمارسه الضبط الإداري لأجل حمايتها و إذا كان معيار الآداب العامة تحتل الأولوية الأولى في حفظ التوازن الاجتماعي من خلال ممارسة الضبط الإداري على كل ما قد يخل بها فإنه يلاحظ بان باقي المعايير تأتي تابعا و تتمثل في الأمن العمومي السكنية العامة السلامة العمومية الصحة العمومية .

- فالأمن العمومي اليوم يضل مسألة مشتركة من الضبطية القضائية و الضبطية الإدارية هذه الأخيرة اتسمت بالتجديد لانتقال خصائص كانت حkra على الشرطة إلى الإدارة.

إن مسألة السكنية العامة تتشابه إلى حد بعيد بالأمن العمومي بالرغم من التطور الذي شهده مفهوم السكنية التي ارتبطت بالتمسك بالنظام الاجتماعي و وضعية الحياة الاجتماعية أي الضبط الإداري و في مراعاة السكنية العامة فإنه يصدر أي عملية تخريب للنظام الاجتماعي أو للأذواق

العامة أي من جهة الأمن الاجتماعي و من جهة أخرى الأمن المعيشي في حين تطور مفهوم السكنية العمومية في الجزائر اليوم إلى مسألة الأمن الفكري .

و يبدو أن الأمن الفكري له جذور عميقة مرتبطة بمصطلح قديم يتمثل في الغزو الثقافي إلا انه يتمثل في سلامة العقلية و النفسية و السلوكية و كل ذلك ارتبط في الجزائر بمفهوم البيئة الاجتماعية و هذا تقارب الذي قد يأخذنا إلى إرشاد مفهوم السكنية العامة و إن كان مفهوم يبقى غير محدد لأنه ترك في الجزائر لقراء الشريعة العامة أو القانون المدني .

- في حين قواعد السلامة العمومية هي في الجزائر مسألة لها علاقة بالتوازن الاجتماعي كالمسائل التي تم ذكرها إذا أن البلدية في الجزائر إدارة محلية يشرف عليها رئيس مجلس الشعبي البلدي في منتخب له صلاحيات الضبط الإداري التي فيها يمارس سلطة باعتباره ممثلاً للدولة و من بينها حفظ السلامة العمومية خاصة عندما يتعلق الأمر بالمصابين بالأمراض العقلية و المتشردين إذ انه يقوم بنقلهم إلى مراكز الأمراض العقلية كون أنهم قد يشكلوا تهديداً لسلامة العمومية في حالة ما إذا تبين أنهم يشكلوا خطراً على السلامة العمومية للمارة .

أما فيما يتعلق بالصحة العمومية و علاقة الضبط الإداري لها فهي تتمثل في جملة من التدابير المعقدة خاصة فيما يتعلق بحماية المستهلك فهي إدارة قمع الغش التابعة لمديرية التجارة و التي لها صلاحية غلق المحلات التي تعرض سلع استهلاكية قد تؤدي إلى سلامة المستهلكين دون الإخلال بالمتابعة القضائية .