

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

ملاحظة: هنالك أخطاء مطبعية نرجوا الإنتباه لها.

**مقدمة:**

لا يستطيع دارس القانون الإداري أن يظم هذا العلم إلى مصاف قواعد القانون العادي أو المشترك على اعتبار أن الظاهرة الإدارية نشأت حديثاً مع نشوء الدول الحديثة، فكان لمبدأ سيادة القانون والفصل بين السلطات دور رئيسي في إيجاد قواعد مقومة لأعمال السلطة التنفيذية بصفة عامة وقواعد الرقابة القضائية تحديداً على الإدارة، بصفة خاصة.

وبالرجوع للأصول التاريخية لعلم القانون الإداري ترجع نشأة هذا القانون بسبب بسط رقابة القضاء الإداري على الإدارة وتمكينه من معالجة الظاهرة الإدارية.

لذلك وجب علينا كحقوقيين أن نفهم هذه الظاهرة فهما قانونياً ولعل أن علم الإدارة العامة هو الظاهرة السياسية التي لم يستطع فهمها الحقوقيون إلا بعد أن أعادوا صياغة علم الإدارة العامة ضمن إطار علم القانون الإداري وإن كانت الإدارة العامة تعتمد على مفهوم القيادة والحكم، فإن القانون الإداري يعتمد على أدوات القيادة وأساليب الحكم.

فعلم الإدارة العامة بهذه الكيفية هو العلم الذي حلل الظاهرة الإدارية على اعتبار أنه وظف الكثير من العلوم لفهم هذه الظاهرة وأهمها علم القانون. واستناداً إلى نظرية العقد الاجتماعي للفقيه جون جاك روسو تم تحليل نشوء الدولة، ليس من منظور تكوينها لأن الأکید أنها تتكون من إقليم وشعب وسلطة بل من الجانب العضوي البارز فيها وهو السلطة في حد ذاتها الذي هو الشخص الذي يمثل الدولة وإن كان حسب هذا الفقيه الدولة لم تكن إلا باتفاق معنوي بين الحاكم والمحكوم.

إلا أنه و حسب المنهج الوظيفي للأستاذين جورج بلانديه و قابريل أليوند فإن السلطة لا تفهم إلا من خلال وظيفتها وهي السيطرة و بالاستناد إلى النظرة المكملسة، فإن الاتفاق كان على تحديد وظيفة السلطة وليس على من يكون على

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

رأسها ، فوظيفة السلطة هي السيطرة وإشباع حاجيات المجتمع وعلى هذا فالمجتمع يعطي للسلطة السيطرة في مقابل أن السلطة تلبى حاجياته. وهذا الشيء لم يكن سهلا، فكيف يمكن أن نختار حاكما يحترم هذا الاتفاق في التحول الدولي لممارسة السلطة عن طريق الديمقراطية لأجل ضمان احترام الحاكم للاتفاق فإن الشعب والمجتمع هو الذي يختاره.

وعسى هذا الأساس فإن مبدأ اختيار الشعب لمن يمثلهم في السلطة لم يكن ميلاده يسيرا إلا بالمرور بنظرية سيادة الأمة ومن ثم نظرية سيادة الشعب وبالتالي ظهر أقوى جهاز طبق هذه النظرية وهو البرلمان وظهر أقوى نظام ديمقراطي وهو النظام البرلماني وهو أول نظام من النظم الذي نقل السلطة من الملكية الإقطاعية إلى السلطة المعروفة اليوم في ظل الدولة الحديثة.

إن الدولة الحديثة اليوم ناجمة عن الديمقراطية التي أفضت أنواعا من الأنظمة الديمقراطية، فبالإضافة إلى النظام البرلماني ولد النظام الرئاسي والشبه رئاسي ونادت صيحات بضرورة الفصل بين السلطات وحسب الفقه الدستوري الفرنسي توجب إحداث مجلس دستوري يسهر على رقابة واحترام البرلمان للدستور وبالتالي إيجاد آلية لضمان مبدأ دستورية القوانين.

وإذا كان على السلطة التشريعية احترام الدستور بألية المجلس الدستوري فمن الواجب أن تحترم السلطة التنفيذية الدستور و إن كانت السلطة التنفيذية تحت رقابة تفلسفية من القضاء ، فإن هذا يحدث تداخلا بين السلطة القضائية و السلطة التنفيذية.

ولم يكن من بد في بداية القرن التاسع عشر من منع القضاء من رقابة السلطة التنفيذية ومن ثم دخلت في مرحلة غير منطقية وهي مرحلة المنع وسميت بمرحلة الوزير القاضي التي كانت فيها الإدارة و السلطة التنفيذية القاضي والخصم في آن واحد لتعمل من أجل السيطرة على هذا الانزلاق.

ومن جهة أخرى بدأ العمل على إنشاء جهات مستقلة عن السلطة القضائية و السلطة التنفيذية تراقب هذه الأخيرة وتضمن بالتالي عدم تداخل السلطات فاعتبر إنشاء مجلس الدولة أول خطوة تمت بها معالجة المشكلة .



فإذا كانت كل القوانين تسنها السلطة التشريعية وتساهم السلطة التنفيذية بتنفيذها وفي تنظيم المجالات التي لم تشرع فيها الأولى ، فهذا الطرح لا ينطبق مع خصوصية القانون الإداري الذي خلافا لجميع التقنيات التي ساهمت في تنظيم حياة الفرد ومنعت بشأن تساهم في تنظيم الحياة الإدارية تلك التي وصفت بالتشريعات واللوائح التنفيذية لها.

بل وأن القضاء الطبيعي لها هو القضاء الإداري الذي منع منذ نهاية القرن 19 من الفصل بموجب هذه التقنيات الشيء الذي دفعه للاجتهاد فلم يضع في حسابه أنه ينشأ قانونا إداريا وهو بصدد تكييف النزاعات المطروحة أمامه التي في جلها الإدارة طرفا فيها.

وعلى اعتباره أنه ممنوع من استعارة التقنيات العادية فقد اجتهد لصنع قواعد يحكم بموجبها وبالتالي كون القواعد والأحكام والتي ببساطة نعرفها اليوم باسم القانون الإداري .

## 2/ القانون الإداري حديث النشأة:

إن الفقيه الألماني ( جينيلك ) وبمقولته الشهيرة لا يمكن تخيل دولة بدون سلطة تنفيذية ولكن يمكن تخيلها دون سلطة تشريعية وقضائية.

والمثال الجزائري في مرحلة أمر 1965/07/10م إلى غاية دستور 76 لم تكن هناك سلطة تشريعية بالمعنى العضوي للكلمة ، وفي مرحلة إعلان المجلس الأعلى للأمن 1992 إلى غاية دستور 96 تدهورت واستبدلت السلطة القضائية بل حلت محلها أجهزة منشأة من السلطة التنفيذية انطلاقا من المراسيم التشريعية الصادرة من المجلس أعلى للأمن والمتضمنة إنشاء المجالس القضائية الخاصة.

وباستبدالنا بالمثل الجزائري يمكن القول بصحة المدرسة الألمانية التي تطرق إليها الفقيه المصري أحمد سليمان الطماوي في كتابه - النظرية العامة للقرارات الإدارية - مشيدا بالعمل الإداري الذي اعتبره أقدم من العمل التشريعي والقضائي مسند إلى نفس المدرسة بما أن السلطة التنفيذية كافية لاستمرارية بل أن التوجه الأمريكي في الدراسات الدستورية الإدارية ومن خلال

الأستاذين \* قايسريال ألموند ، جورج بلندي \* أصحاب المنهج الوظيفي اللذان حللا السلطة تحليلا وظيفيا واعتبراها تلك السلطة التي تقوم بحكم الشعب مشيرين إلى أنها السلطة التنفيذية ولا غيرها تسير في نفس الاتجاه مع المدرسة الألمانية.

وهذا ما ذكره الأستاذ حسن ملحم في كتابه المتعلق بالتحليل الوظيفي للسلطة سنة 1993 متسيرا إلى علم الاجتماع السياسي وعلى هذا فإن رؤية القانون الإداري حديث النشأة من الزاوية الفرنسية ليس هو من الزاوية الألمانية والأمريكية اللتان تريان في الإدارة أقدم سلطة ضمن السلطات الثلاث كونها نواة السلطة التنفيذية فهي أقدم من السلطتين التشريعية والقضائية .

### 3/ القانون الإداري سريع التطور:

يكفي هنا أن نذهب إلى مدرسة الفقيه جيني المنظمة إلى مدرسة الفقيه دوجي (مدرسة المرفق العام) والتي فيها ساهم بإرساء القواعد الذهبية الثلاث للمرفق العام.

المرفق العام كقاعدة أولى مجاني والمرفق العام مستمر وهو متكيف ومتحول ولما كان المرفق العام بهذا الوصف الأخير لا يمكن ضبطه لارتباطه بفلسفة الدولة التي قد تصنع مرافق تراها في وقت إدارية وفي وقت آخر غير إدارية.

والمستأهل الجزائري أن النشاط العقاري الذي كان قبل 1991 في الجزائر إداريا وبعد 1991 تحول في صلب المشروع المتعلق بالترقية العقارية إلى دواوين ترقية وتسيير عقاريين والتي اعتبرت مرافق اقتصادية تجارية بعيدة عن كونها إدارية فلاهي بمشاريع دولة ولا هي بمشاريع عامة ولا تهدف إلى مصلحة عامة كونها تهدف إلى مصالح تجارية واقتصادية التي يطغى فيها الربح.

فتقلبات المرفق العام المستمرة والمتكررة تفرض تسارعا في تغير قواعد القانون الإداري ليواكب هذه التقلبات وانطلاقا مما سبق تعد هذه الخصائص الأعمدة الثلاث للقانون الإداري وهي التي ساهمت في بناء مفهوم هذا القانون لكن تبقى إشكالية فصله عن القانون العادي.

### إشكالية فصل القانون الإداري عن القانون العادي :

ظهرت إشكالية فصل القانون الإداري عن القانون العادي منذ نشأة القانون الإداري في حد ذاته لأن قصور عمل مجلس الدولة الفرنسي الذي يعتبر المدافع عن اختصاصه في القضايا الإدارية والساخرة على رقابة الإدارة عاملان لا يكفيان على الإطلاق في صناعة القانون الإداري في ظل تنافس شديد بينه وبين القضاء العادي.

وأن القضية التي أبرزت حدة هذا التنافس هي قضية بلا نكو بالرجوع إلى مصنف القرارات الكبرى لمحكمة التنازع الفرنسية تم التطرق إلى هذه القضية التي لولا نشوء محكمة لما تم القضاء على هذا التنافس وعلى أن نشوءها كان وقائياً على اعتبار أنها تفصل في تنازع الاختصاص الإداري ( مجلس الدولة ) والقضاء العادي.

إلا أن نشوءها في الجزائر كان احتياطياً لعدم تمكن هذه المحكمة في الجزائر منذ القسانون العضوي لها سنة 1998 من أخذ دورها على اعتبار أن القاضي الإداري في الجزائر هو قاضي جميع القضايا مهما كانت طبيعتها استناداً على نص قانوني مدسوس في قانون الإجراءات المدنية وهو الشهير بالمادة 07 حيث يختص القضاء الإداري.

وبحكم هذه المادة للفصل في جميع القضايا مهما كانت طبيعتها التي تكون الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها مع العلم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (سنة 2008) لم يغير شيئاً من نص هذه المادة في قالبها الجديد انطلاقاً من المادة 300 له.

فإن كان القاضي الإداري لا يريد أن يفهم ما إن كانت هذه القضية إدارية أم عادية لأنه قاضي جميع القضايا فلا يحتاج على محكمة تنازع لأن هذه الأخيرة تكون عندما يكون هناك صراع بين القضايا الإدارية والعادية وخاصة إن كان في الاختصاص ، فالصراع بين هذه وتلك غير قائم في الجزائر والدليل هو التساؤل الذي طرحه للفقه الجزائري وهو كيف استمرت الدولة الجزائرية بقضاياها

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن عليّة

الإداري منذ الاستقلال إلى غاية عضوي 98 ومنظومتها القانونية تحت على أن هناك نوعان : منظومة القضاء الإداري والقضاء العادي فكيف استمرت بدون محكمة تنازع إلى غاية 1998 وهذا ما يطرح تساؤل هل نحن بحاجة إلى محكمة تنازع ؟

فالأطروحة الجزائرية الفقهية ترى بازدواجية القضاء ووحده القانون من جهة كون القانون الذي يطبق على الإدارة هو القانون يطبق على الفرد ( نعود إلى قاضي جميع القضايا مهما كانت طبيعتها ).

وبالرجوع إلى المستندات الفرنسية كما ذكرنا ابتداءً من خلال نشأة محكمة التنازع الفرنسية وقضية بلانكو التي لم تحل إلا فيها بدليل أن القضاء العادي في فرنسا رفض الفصل فيها لأن بلانكو وهي الفتاة التي تضررت من نشاط إداري إعتبرها القاضي العادي قضية إدارية على اعتبار أنه حمل المسؤولية للموظف بمناسبة وظيفته الذي قام بالحاق الأذى بهذه الفتاة وهو في مهمة على متن سيارة تابعة للإدارة.

في حين أن القضاء الإداري رفض الفصل فيها على أن الخطأ لا يمكن أن ينسب للوظيفة بل للموظف لأن الوظيفة الإدارية لا يمكن أن تتخللها الإرادة على اعتبار أن الذي يقوم بها المؤسسة الإدارية بل وأن القانون المدني حمل المسؤولية المدنية لهذا الصنف من القضايا المتعلقة بمسؤولية حارس الشيء المادة 136 وما يليها من ق م فمن تولى قيادة شيء وكانت له سلطة التوجيه والمراقبة لهذا الشيء حمل المسؤولية الإدارية ، وفي فهم القضاء الإداري مادام أن المسؤولية الإدارية فهي تعود إلى القضاء العادي .

فهذا التنازع الذي رفض القضاء العادي والقضاء الإداري الفصل في هذه القضية حصل أمام محكمة تنازع وبعد صراع طويل بجهد رئيس هذه المحكمة الذي لم يرحل إلا من خلال طلبات ممثل الحق العام ( النائب العام ) في محكمة التنازع الذي كتب في طلباته إلزامية تحميل المسؤولية على عاتق الإدارة طبقا لمقتضيات القانون إذ وليس القانون العادي وما كتب بالحرف الواحد: >> إن

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

هذه المسؤولية ليست بالعامّة والمطلقة بل لها قواعد تحكمها تنسب إلى المرفق العام والتحليل أن سوء سير المرفق العام هو المتسبب في إلحاق الأذى بهذه الفتاة لا الموظف لأن المرفق العام لا يحدث الأضرار بسبب المنافع ولأن كل المنتفعين به لا يجب أن يتضرروا به ولما كان تضرر هذه القناة يجب تحميل المسؤولية الإدارية طبقاً لمقتضيات القانون الإداري <<.

اعتبرت هذه القضية التي أكتست على استقلالية القانون الإداري هي من أولى قضايا هذا القانون التي أفرزت أهم قاعدة فيه وهي استقلالية القانون إداري عن القانون العادي واعتبر ممثل الحق العام والذي اشتهر ونسب إليه مبدأ استقلالية القانون إداري وهو محافظ الدولة روميو من أوائل من ساهم في إرساء هذا المبدأ ومن نهج نهجه وخاصة بول بونوا الذي نشر مقالات دافع فيه عن هذا المبدأ .

وهنا استقر أوائل الفقه الإداري أخيراً على الجزم بالإعلان نهائياً عن ميلاد قانون جديد يختلف عن المنظومة القانونية التي عرفناها بل وأكدوا على مستقبل هذا القانون الذي سيكون حافلاً بالانتصارات على اعتبار أن قضية بلا نكو هي انتصار لهذا القانون .

لكن لم يدم هذا الانتصار طويلاً بل وسرعان ما تراجع تحت أزمات تعرض لها فقهاء القانون الإداري وهم الذين أيدوا بصفة مباشرة استقلالية هذا القانون إذا كان هؤلاء الفقهاء تسرعوا في الحكم على استقلاله فإن المترين منهم كانوا على حق وهم الذين تأنوا في فهم القانون الإداري.

فاتجاههم كان يعمل دون أن يقدم أدكاما مسبقة على تحليل الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الإداري واكتشاف معيار الفصل بين القانونين ( وخلص الاتجاه الأول وهو المعروف بمدرسة السلطة العامة) إلا أنه لا قانون

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

إداري حسب أحكام القضاء إلا إذا قامت الإدارة بأعمال السلطة أما في حين إذا قامت بأعمال التسيير يطبق عليها القانون العادي.

ولم يسلم هذا الاتجاه ولا هذه المدرسة من سهام النقد اعتبارا من أن التعريف بين القانون الإداري والعادي وانطلاقا من أعمال السلطة وأعمال التسيير يحتاج إلى معيار يفرق بين أعمال السلطة وأعمال التسيير وكيف يكون هذا و الإدارة أحيانا تقوم بأعمال السلطة وأحيانا أخرى بأعمال التسيير وفي الكثير من الأحيان تقوم في نفس اللحظة بأعمال السلطة والتسيير.

والمثال إيجار المرافق العامة وإيجار الأموال العامة فإن توجر شارعا لصاحب مقهى خاص ينطبق عليه وصف العمل العادي لأنه يهدف إلى الربح (الإيجار) وينطبق عليه وصف عمل السلطة لأن موضوع الإيجار مال عام فأى وصف يؤخذ وهذا ما عجزت مدرسة السلطة العامة فيه على التفريق بين العاملين وأعتبر أكسير عجز بالرغم من النجاحات الكثيرة لهذه المدرسة التي ترأسها الفقيه موريس هوريو الذي ودع فيما سبق الدراسات الدستورية بعدما أعجب بميلاد القانون الإداري.

أما الاتجاه الآخر فهو ما يسمى بمدرسة المرفق العام التي ظهرت منتصرة أكبر من المدرسة الأولى لأن فهمها المتأني لأحكام القضاء الإداري جعلها تحكم بأن لا قانون إداري إلا عندما يدور موضوع القضية مرفقا عاما وانتصار قضية بلانكو هو انتصار لهذه المدرسة التي جذبت حولها الكثير من الفقه الذي فسر التصرفات الصادرة من الإدارة على ضوء المرفق العام.

وعلى غرار قضية بلانكو من خلال تفسير للعمل الإداري وحل لا يكون كذلك إلا حينما يظهر بالنسبة لتسيير المرفق الإداري وحل معضلة الفصل بين أعمال السلطة وأعمال التسيير التي عجزت مدرسة السلطة العامة فيها عن الفصل بينها واعتبر إيجار المرفق عملا إداريا لأنه صدر بمناسبة مرفق إداري يتمثل في شارع عام تستطيع الإدارة إيجاره للمقاهي الخاصة ، بهذا ارتقت مدرسة المرفق العام إلى نواة القانون الإداري بل واعتبرت من صناعة الفقيه دوجي لوجوده لأنه

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

هو المسبب كونهم فهم الدولة على أنها مجموعة مرافق عامة بل أنه تهكم عن الكثير من أساتذة القانون الإداري الذين يولون العناية بالأجهزة الإدارية من أتباع مدرسة السلطة العامة.

وهي المدرسة التي تؤكد على وجوب وجود سلطة أي وجوب وجود إدارة بل وتقتضي إصباغها بالشخصية المعنوية الإدارية ، قائلا أنه لم يسبق لي تناول وجبة غداء مع شخص معنوي ، وبالتالي هو يؤكد أطروحة المرفق العام لا أطروحة الشخص العام في حين أنه لم يكن يضع في حسبانته تدهور المرفق العام منذ الأزمة الاقتصادية العالمية .

1929 والتي فيها اعتبرت وظيفة الدولة الحارسة أحد الأسباب المؤدية لهذه الأزمة بعد أن تدفقت البطالة بغلق المؤسسات التابعة للخوادم ابتداء من بورصة نيويورك من تلك السنة نهاية بالبورصات الأوروبية وعالم الاقتصاد كينز الذي كان له دور عالمي في صياغة علم الاقتصاد من خلال مؤلفته ثروة الأمم أكد على ضرورة إسترجاع الثروات الاقتصادية للدولة أي وجوب أن تأخذ الدولة دورها في المجال الاقتصادي وهو الشيء الذي حدث بعد أن أنشأت الدولة المؤسسات الاقتصادية والتجارية التابعة لها للخوادم وأصبحت نسمع عن مرافق ليست بالإدارية بل المرافق الاقتصادية والتجارية.

فهل يمكن بعد كل هذا القول بأن معيار المرفق العام ، المرفق العام مازال معيار يفرق بين القانون الإداري والقانون العادي مادام المرفق العام يحتاج إلى معيار يفرق بين المرفق العام الإداري وبين المرفق العام الاقتصادي والتجاري فإن كانت هذه المدرسة أنه لا قانون إداري إلا إذا كانت القضية مرتبطة بالمرفق الإداري فما الحل أن إكتشف أن هذا المرفق إقتصادي وأكثر من ذلك إذ ما كان ق إداري يطبق على الإدارة إذا ما قامت بتسيير مرفق العام .

الشيء الذي ولد أزمة كبرى في هذه المدرسة سميت بأزمة مدرسة المرفق العام .

ورغم الحثول الكثيرة التي ومن أشهرها ما وضعه الفقيه جورج فيدال من خلال المزج بين المدرستين في القول بأن لا قانون إداري إلا حينما يسير المرفق بأعمال السلطة إلا أن الوضع المتردي..

ف جعل من الرأي العام لفقهاء القانون الإداري يتوحد في القول بنسبية استقلال القانون الإداري واليوم إلى غاية سنة 2004 في فرنسا يظهر صاحب أطروحة مساهمة القانون المدني في إنشاء قانون إداري والتي حصل على جائزة وزارة التعليم العالي الفرنسية الأكاديمية وتشريعه بأطروحة الدكتوراه عن أن هناك اندماج قديم بين القانون الإداري والقانون الخاص كشف عند بعد تحليله لمبدأ نسبية استقلال القانون الإداري إلى غاية سنة 2006 لم تستقر نظريته التي مازالت محل تداول بين السنة وكتابات رجال الفقه الفرنسي .

### مصادر القانون الإداري:

لا تتناول مصادر القانون الإداري أسسا مثل الأسس التي يتناولها القانون الخاص هذا الأخير الذي يجعل من الشريعة العامة أهم أساس له فإبتدأ من القانون المدني تم تحديد مصادر القانون الخاص بل حتى ورتبت حسب قوتها الإلزامية من تشريع وعرف وشريعة إسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إلا أنه بالنسبة للقانون الإداري وعلى اعتبار مفهومه الخاص فيجهد أساس مصادره ولكن بالنظر إلى المعايير الفقهية الكلاسيكية والحديثة فقد تم تناول مصادره ورغم أن الترتيب الوارد في هذه المصادر يتغير باستمرار فإن علاج ذلك في الإسناد للقيم القانونية بدل القوة الملزمة وعلى هذا فالمعيار الكلاسيكي يجعل مصادر القانون الإداري نوعان رسمية وغير رسمية أما المعيار الحديث فيجعلها نوعا واحدا بالنسبة للمعيار الكلاسيكي :

### 1/ المصادر الرسمية :

تتجلى في : أ / الدستور : الذي شكلت أغلب مواد مصدر القانون الإداري ولعل نظرية جورج فودال المتعلقة بالأسس الدستورية للقانون الإداري كانت أهم نظرية بينت أهمية الدستور في القانون الإداري من خلال ماكتبه في مؤلفه

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

الصادر سنة 1971 في جزئين والمعنون بالقانون الإداري فكان الجزء الأول يمثل النشاط الإداري والجزء الثاني القضاء الإداري وقد تناول في مقدمة الجزء الأول أهمية الأسس الدستورية كمصدر للقانون الإداري من خلال مقولته بأن القانون الإداري غريب عن العلاقات السياسية ولكن بعد أن انفصلت اللاتحة الإدارية عن التشريع أصبح مصدرا للقانون الإداري من خلال أن اللاتحة أصبحت تحكم الحياة الفردية وأشار إلى السلطة التنفيذية المشرفة على اللوائح والتي تعد للإدارة وللنظام الإداري إلا أن تعرضه لإنفصال اللاتحة عن التشريع بعث روحا جديدة في المصدر الثاني المتمثل في التشريع والمصدر الثالث اللاتحة .

## ب / التشريع :

يتأكد منذ ميلاد الجمهورية الخامسة الفرنسية إنطلاقا من دستور 58 فرنسي أن التشريع بات محصورا في مجالات محددة وهذا إنطلاقا من المادة 34 منه وما دام كذلك فلا يجوز للسلطة التشريعية إلا تناول تلك المجالات ومن بينها الحرية الفردية والأموال والتجريم والعقاب إلى غيره في حين أن اللاتحة لم تحدد مجالاتها فيمكن لسلطة تنفيذية إصدارها دون تردد في كل المجالات الأخرى وهذا إنطلاقا من المادة 37 من الدستور الفرنسي وترك لرئيس الجمهورية وحده الحق في ممارسة إصداره لهذا النوع من اللوائح وسميت في صلب الدستور باللوائح التنظيمية إنطلاقا من المادة 37 .

وعرفت لدى رجال القانون الخاص بالتشريع المستقل الذي إستقل عن التشريع الفرعي أي في النهاية إضافة سلطة أخرى للسلطة التنفيذية وهي السلطة التنظيمية وتعد أقوى حق بحيث أنها كانت السبب الرئيسي في تدهور وظيفة البرلمان ومرد ذلك أن الجمهورية الخامسة الفرنسية بنت فلسفتها وفلسفة الدولة الجديدة على المراهنة على السلطة التنفيذية وتأكد ذلك من خلال الأسباب التي قوت هذه السلطة في مقابل تضعيف السلطة التشريعية وهي بعد سنين عن إنشغال المواطنين في مقابل قرب الإدارة منها عدم كفاءة النواب وجعلهم للقانون في مقابل كفاءة الإداريين وهذا الشيء وسع اللاتحة على حسب التشريع

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

إضافة إلى أسباب أخرى مردها يقينا أن ما قاله جينبليك الألماني تأكد في فرنسا وهو كأن العمل الإداري أقدم من العمل التشريعي والعمل القضائي بل يمكن تخيل دولة دون س ش أو س ق ولكن لا يمكن تخيلها دون س ت ( أحادية السلطة ) وبالتالي يتأكد الصراع القائم بين التشريع والتنظيم كمصدرين رسميين للقانون الإداري .

2/ المصادر غير الرسمية :

أ/ الاجتهاد : أي كل أعمال مجلس الدولة ومحكمة التنازع القضائية والتي جاءت بمناسبة فصلها في عديد من القضايا أبرزها السبب المتمثل في إعدام تقني إداري فكان فصلها من منطلقات إجتهادية مثل قضية بلانكسو ولوموني كارول وباك ديوكا .....

ب / المبادئ العامة للقانون :

تعرف على أنها قواعد ليست موجودة في متن النصوص القانونية كمقدمات الدساتير والأعمال التحضيرية والتي شكلت مصدر للقانون الإداري وأداة للتفسير الإداري ويلاحظ فسي هذا الصعيد أن اعتماد القضاء الفرنسي في دستور 48 الجمهورية الرابعة الفرنسية على مقدمة الدستور من أجل إصدار لوائح كان أبرزها تلك المتعلقة بحق الاجتماع والتجمع وإنشاء الجمعيات في حين أنها ممنوعة سابقا بموجب قانوني شومبولي الذي جعل من الجمعية أو الاجتماع أو التجمع فعلاً مجرماً سمي بجريمة إنشاء الجمعيات والتجمعات إلى أن صدرت مقدمة هذا الدستور لتؤكد على حرية الاجتماع والتجمع وإنشاء الجمعيات وتؤكد أمرها من خلال دستور الجزائر 89 في مقدمة وكرسها د 96 أيضا .

ج / الفقه : لم يتأكد إلى حد الآن درجة القيمة القانونية لهذا المصدر لأنه مرتبط بآراء موجودة في المؤلفات الكبرى للقانون التي قامت بشرح هذا القانون الذي يحتمل أن يؤخذ بالشرح كمصدر له .

المعيار الحديث :

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

لم يستقر هذا المعيار بعد لأنه لم يضيف جديد للمعيار الكلاسيكي إلا مصدرين آخرين همسا القانون ت . ع والعرف الكنسي ، فالأول جاء إنطلاقاً من اعتبار مفهوم الدولة متغير لتغير النظام الدولي.

فمبدأ السيادة النسبية للدول مثلاً الذي جاء في مكان السيادة المطلقة أكد تدخل القانون الدولي وخاصة من خلال المعاهدات في الشؤون الداخلية للدولة ومن أمثلتها: مبدأ حماية الأقليات وتسليم المجرمين وغيرهم وهذا ما يجعل لزاماً على السلطة ت وكيف لا وهي التي أوجبت على الدولة إحترامها وتطبيق نفوذها أما العرف الوارد من الكنيسة المسيحية فقد أضيف كمصدر جديد تحت عنوان العرف الإداري.

وقد تطرق له الدكتور السوري برهان رزيق في أطروحة دكتوراه " العرف الإداري في بداية الثمانينات " تمت مناقشة بكلية الحقوق بدمشق وأكد هذا الأستاذ أن الأعراف الإدارية المتمثلة في التقاليد الإدارية التي مع الزمان أصبحت ملزمة والتي أخذت من وحي الحضارة الإدارية مصدراً للقانون إذ في حين نرى كما ذهب إليه الفرنسيون أن وجبهم الإداري يضرب إلى ما قبل ظهور القانون الإداري.

والمتمثل في المرحلة الاقتصادية التي تحكمت فيها الكنسية وتحكمت بموجبها في سلطة الدولة أي مرحلة ما قبل فصل الدين عن الدولة ونتج في تلك المرحلة أعراف دينية في المجال الإداري مازالت الإدارة الفرنسية تأخذ بها بالرغم من إعتبارها دولة عثمانية مستسخرة وراء مصطلح العرف الإداري . وبالتالي فإن هذين المصدرين أخلط ترتيب المعيار الكلاسيكي وأضيفها في جملة المصادر الرسمية وغير الرسمية للقانون الإداري وذلك في صنف واحد.

التنظيم الإداري:

إذا ما تعرضت إلى تعرف في إذ من الزاوية التاريخية ونشأة في إذ كظاهرة إدارية ومميزات في إذ من أجل تحديد المعالم الأساسية التي نوظفها في سبيل تعريف في إذ أملاً منا أن نصل إلى وضع مفهوم لهما ، فإن هذا يبقى منطقي

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

نظري يحتاج إلى تشخيص علمي لجمال المعارف التي أكتشفناها حول السمات الأساسية لهذا القانون فيجعلنا مضطرين لتشخيص قى إذ ضمن إطار جانب العملي وقد تناول فكرة تشخيص هذا قى في مجمل ما كتبه الفقه إنطاقاً من التنظيم الإداري وقد طرح سؤال مبدئي أن من أوليات التنظيم إذ هو الشخص المخاطب فمن هم أشخاص قى إذا؟.

وتحت هذا التساؤل تظهر تداعيات هامة تتمثل في اعتبار الوصول إلى كشف أشخاص القانون الإداري يحتم معرفة الحياة القانونية لهذا الشخص وعلى اعتبار أنه شخص عام ذو طابع إداري ليس فقط تابع للدولة كالشركات الوطنية بل هو من صميم الدولة كالمؤسسات الإدارية.

فإن تبعيته إما تكون غير موجودة فتعتبره

شخص إداري مركزي وإما أن تكون التبعية موجودة فتعتبره شخص إداري مركزي وانطلاقاً من فكرة تبعية هذا الشخص تثار فكرتين المركزية اللامركزية اللتان تعتبر أن عاملين أساسيين في فهم الحياة القانونية لهذا الشخص فيثار التساؤل الثالث والمتمثل في المفاهيم المركزية وعلاقتها بالفاهم اللامركزية ، هذا السؤال يرتب سؤالاً أخيراً في التنظيم القانوني لحياة هذا الشخص الإداري والتي يجب أن تخضع لرقابته تختلف عن الرقابة القضائية من منطلق رقابة إدارية تتراوح بين نمطين متنافسين يتمثلان في ما هو المتنافس الوارد بين النمطين المتمثلين في رقابة رئاسية من جهة تخدم الدولة ورقابة وصائية من جهة أخرى تكون في مواجهة مع الأولى هذه الأسئلة الثلاث نثيرها في ثلاث زوايا هي :

أشخاص القانون الإداري .

المركزية واللامركزية الإدارية .

الرقابة الإدارية .

أشخاص القانون الإداري:

أشخاص القانون الإداري فكرة فرضت نفسها بالحاح من منطلق أن هذه القانون الغريب عن قواعد القانون الخاص هذا الأخير الذي أكمل قواعده بل

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

وأصبح مقننا منذ أكثر من 3 قرون بل أصبح يمثل الشريعة العامة ضمن إطار ما يسمى بالقانون المدني الذي توبع على عرش الكثير من فروع مثل قانون الأحوال الشخصية ق التجاري ق ( ا. م. ق عقاري .... وبياكتمال أسس وإستقرار مبادئه نأفسق الإداري بإختلاف قواعد ه عنه وإعتباره قانونا مألوف من منطلق القواعد المستشفة من القضاء الإداري والتي بموجبها خالف كل مبادئ ق المدني وبالنتيجة يفرض على القضاء والفقه مجتمعين الكشف عن أشخاصه الحقيقيين الذين يطبق عليهم هذا القانون ، الشيء الذي أدخل الباحثين فيه في مسألة الكشف عن أشخاص القانون الإداري .

إن مجرد إثارة كهذه وإن تبدو طبيعية فإن تقبلها لم يكن سهلا على إعتبار أن القانون الإداري أتشأة القضاء لمراقبة س ت وبالتحديد نواتها المتمثلة في الإدارية وعلى إعتبار الإدارة ليست في فهم رجال هذا القانون تلك الهياكل المشخصة بل تلك الوظيفة غير المشخصة ( المعنوية ) .

وفهم كهذا يجعلها تحكم بوجود الإدارة حينما هذه الوظيفة من أمثال جاز بونال وجول بونوا متأثرين بما أنجزه فقيه القانون المدني الفرنسي صافيني حول وضع نظرية الشخص المعنوي وهذا ما كان ظاهر في فقهه الذي تناول تحليل نظرية الوجود الحقيقي للشخص المعنوي والوجود المجازي له تم اكتشاف حل من خلال الوجود التقني للشخص المعنوي كتقنية شخصية .

إلا رجال القانون الإداري لم يكونوا نظريين فتأثير الاتجاه الأول بفقه صافيني كسان في إشعاره الحلول المدنية كحلول يمكن أن تطبق على ما أسموه بالشخص المعنوي الإداري لأنهم وجدوا في فكرة المركز القانوني في الشخص المعنوي المتمثل إتجاه حقوق مشتركة للمساهمين فيه مثل الشركات .

وأثار ذلك من وجود ذمة مالية له واسم وموطن فإن رجال ق إه هذا الاتجاه الأول ربطوه بعنصر الاستقلال المالي والإداري تعبيراً عن الذمة المالية والأهلية والإسم والموطن تعبيراً عن الوظيفة الإدارية .

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

أمّا الاتجاه الثاني فكان إقصاء لفكرة الشخص المعنوي إذ هو الإجهاد الذي كان كل من ديجي وموريس ديفارجية وفودال وغيرهم كون أن الفقيه دوجي أنكرة فكرة الشخصية المعنوية تماما على إعتبار أن الإدارة ماهي إلا مرفق عام والدولة ماهي إلا مجموعة مرافق عامة ومن هذا المنطلق فقد فصل الشخص الإداري العام عن المرفق العام.

وكمثال فإن المستشفى الإداري ليس إلا أداة لتسيير مرفق العام الصحة العمومية وانفصال ش العام عن المرفق العام كان له وطء فيما بعد ، والسبب من بين الأسباب التي أدت إلى أزمة المرفق العام المعروفة فالهيئات الوطنية المشتركة التي نشأت في فرنسا كانت مثلا عن انفصال الشخص العام عن المرفق العام ومن بينها نقابة حماية البيئية الفرنسية 1945.

وهي مجموعة أشخاص تابعين لثق الخاص يساهمون في تنفيذ مهمة مرفق عام يمثل في البنية فسمي بهيئة مشتركة وأشخاصها ليسوا أشخاص إداريين بل مجرد وجود مرفق إداري بدون شخص إداري أكد على ضرورة القول بالاتجاه الأول المستقبل لفكرة الشخص الإداري وعدم الأخذ بالاتجاه الثاني الراض لهذه الفكرة .

إن الحل المتمثل في الرضوخ لفكرة الشخص بغرض تحديد معالمه ولعل عدم تمكننا من تحديد معالمه لاعتبار هذا الشخص معنوي مجرد لا يمكن القول بوجوده الحقيقي فإن فكرة إدارته أي الاستناد إلى تحديد الإدارة كي يتم تحديد ش أدت إلى الشرع في القول بأن ش إد هو الأداة في حد ذاتها ومن ثم جسم مسألة مفهومه كون أن الإدارة في النهاية هي الوظيفة الإدارية والانتقال دون تردد إلى تصنيف الأشخاص الإداريين .

تصنيف الشخص الإداري : هماك اتجاهان الأول كلاسيكي والثاني حديث .

الاتجاه الكلاسيكي : يتمثل في صنفين ش إد العام وش إد الخاص فألا ول يقوم بكل الوظائف كالبديّة والثاني يقوم بوظيفة واحدة كالمستشفى إلا أن أساس هذه الفكرة انطلق من القول بأن ش إد العام هو تعبير عن لا مركزية إقليميّة تفرض

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

تطابق مع الهيئات الإقليمية إلا أنه لا يمكن تطبيق ذلك في الأشخاص الإدارية الخاصة لأنها لا تفرض تطابق بين لا مركزية مرفقية ومؤسسات إدارية ( المستشفى ) لأن المستشفى لا تمثل لا مركزية مرفقية كونها تخضع لسلطة رئاسية تدرجية قمتها الوزارة وارتباط عضوي معها في حيث أن البلدية نظام لا مركزي منفصل عن الدولة كونه أن منجيبته لم يتم تحديدهم من قبل الدولة بل تم انتخابهم بصفة مستقلة من مواطني هذا الإقليم وبالتالي فإن المستشفى تمثل عدم تركيز مرفقي لا يتطابق إلا مع المؤسسة الإدارية .

فإذا كان هذا المبرر المتمثل في اللامركزية التي أوحيت صنفين هما ش إدارية عام وش إدارية خاص فإن ضعف هذا المبرر نقل الفقه إلى توجه حديث .

الاتجاه الحديث / وهو الداعي إلى وجود صنفين للشخص الإداري هما :

الشخص الإداري من النموذج التجمعي : يعني القول بالشخص إداري من النموذج التجمعي وجوب وجد مظهرين لهذا الشخص هما المظهر الاجتماعي والمظهر القانوني فالمظهر الاجتماعي يتمثل في وحدة الخصائص الاجتماعية للأفراد المنطويين تحت هذا الشخص التجمعي وعلى هذا وجب إحداث تقسيم إقليمي للدولة من جهة يتمثل في البلديات التي تختلف مظاهرها الاجتماعية كل حدى قبلية ساحلية أفرادها ليسوا في خصائصهم الاجتماعية كبلدية صحراوية (المادة 115 من 965) كما فرض هذا وجود تجمعات مهينة وحرفية لها نفس المظهر الاجتماعي بتوحد الأفراد المنضمين لها وعلى هذا تختلف نقابة الأطباء عن نقابة المحامين عن نقابة المهندسين المعماريين ضمن إطاره الاجتماعي المختلف ضمن مفهوم رغم أن كل من الهيئات الإقليمية ( البلديات والنقابات والمحامين والأطباء ) يعتبرون أشخاص إداريين من النموذج التجمعي ولكن لا يكفي هذا إلا بوجود المظهر القانوني المتمثل في اتحاد مراكزهم القانونية لأن لهم نفس الخطاب القانوني ، فالمدولة مثلا المصادق عليها في بلدية الجلفة وهي مظهر قانوني لا يمكن أن يطبق في باب الواد لأن المركز القانوني يختلف والقرار الصادر عن نقابة محامي تيزي وزو لا يمكن أن يطبق

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

على نقابة محامي وهران لإختلاف مراكزهم القانونية ، وبالتالي يجد الفقه في تواجد المظهر الإجتماعي والمظهر القانوني مسألة تثبت مفهوم ش إ د من النموذج التجمعي .

الشخص الإداري من النموذج التأسيسي : إن المستشفى والشرطة والمدرسة والجامعة هي أشخاص من النموذج التأسيسي كونها تسير من قبل مؤسسة عمومية (إدارية) وليست من هيئة إقليمية ومن ضروريات المؤسسة العمومية الإدارية أن نشأتها تكون برغبة من الدولة بموجب قانون تأسيسي وهذا مما يخالف نشأة الجهاز الإداري للمؤسسة المتمثل م ش البلدي ورئيسه الذين ينشأون عن رغبة الأفراد بالانتخاب وعلى هذا تظهر المؤسسة الإدارية صنف يختلف عن الهيئة الإقليمية وتكون بذلك أمام أشخاص إدارية من النموذج التجمعي ( الهيئات الإقليمية ) وأشخاص من النموذج التأسيسي ( المؤسسات الإدارية )

أزمة هذا التصنيف : أزمة هذا التصنيف راجعة إلى التشريع الفرنسي الذي غرض عن الطرف عن تحويل الإدارة في الزمان والمكان وذلك بظهور أشخاص عامسة من طابع اقتصادي وتجاري لم يجد الفقه الفرنسي إلا وضعها كاستثناء ضمن إطار قانون المرافق العام ذات الطابع الاقتصادي / التجاري وهذا الحل ، لكن في الجزائر لم يتم استثنائهم كونهم تم ضمهم إلى المؤسسات العمومية ضمن إطار القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي / تجاري الشهير الصادر تحت رقم 01/88 ولم يكن يظن المشرع أنه نشوة المؤسسة الإدارية ووضعها بموجب هذا ق في نفس المستوى ما سماه بالمؤسسة الاقتصادية وهو الإنزلاق الخطير لنظرية الشخصية المعنوية في الجزائر .

المركزية واللامركزية الإدارية :

## المركزية الإدارية /

**1/ المفهوم :** يتطرق مفهوم الإدارة المركزية من بعد دستوري وبعد إداري ، فأما البعد الدستوري لمفهوم الإدارة المركزي يتناول جملة الأجهزة السياسية التي تعمل على ممارسة الحكم وتختلف من حيث نمطها وأنواعها من نظام دستور إلى آخر فيلاحظ أن النظام الدستوري البرلمان تعمل الإدارة المركزية فيه انطلاقاً من ممارسة البرلمان الذي يساهم في إنشاء الإدارة المركزية كون أن رئيسها هو حزب الأغلبية في البرلمان فيحتل منصب رئيس مجلس الوزراء وبالتالي فهي إدارة لا تستطيع إلا تنفيذ التشريعات الصادرة من البرلمان وأما اللوائح التي تصدرها فهي أضيق مجالات من مجالات التشريع ويظهر جلياً أن هناك علاقة مباشرة بين رئيس الجهاز التنفيذي ووزرائه ورغم قوة هذه العلاقة فهي لا تضاهي قوة صلاحيات البرلمان .

في حين أن النظام الرئاسي يعطي اعتباراً أكبر للجهاز التنفيذي وعليه فإن نشأة هذا الأخير تكون بإرادة الشعب مباشرة نفس ما ينشأ به البرلمان في هذا النظام إنطلاقاً من إرادة الشعب أيضاً وإن كان الأمر هكذا فإن السلطة تملك زيارة عن تنفيذ التشريعات سلطة إصدار لوائح مستقلة وهي التي تسمى السلطة التنظيمية والتي فيها بدأ التنافس بين التشريع واللوائح ومن هذا المجال فالإدارة المركزية ليست إدارة تنفيذية فقط بل هي إدارة تنظيمية تنشئ قواعد خاصة تنظم بها الحياة الفردية .

أما في النظام الشبه رئاسي فإن الإدارة المركزية تستمد قوتها من مبدأ ثنائية الجهاز التنفيذي الذي نشأ على أنقاض مبدأ أحادية الجهاز التنفيذي المكرس في النظام الرئاسي معتمد على رئيس جمهورية ووزراء .

والنتيجة الذي شكك في الفقرات الإدارية للإدارة المركزية في النظام من إنطلاقاً من أنه اعتبر مجرد تقسيم السلطة إلى رئاسة حكومة ورئاسة جمهورية ومن ثم إنشاء منصب رئيس الحكومة الذي يفوق في صلاحياته الوزير الأول في النظام الرئاسي اعتباراً من أن هذا التقسيم هو تفكيك لقوة الإدارة

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

المركزية فهذا التوجه وإن كان بين رأيه طرح سياسي فإن هذا الرأي يتنافى والطرح الدستوري على اعتبار أن احتفاظ السلطة التنفيذية بالتنفيذ والتنظيم وتداعياتهما في الإدارة المركزية يمكن لسلطة التنفيذية نفسها من اختكار التنظيم في شخص رئيس الجمهورية.

هذا الأخير في الجزائر له القيادة العليا وبالتالي يكون التنفيذ لرئيس الحكومة حسب المادة 34 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 والمادة 125 من الدستور الجزائري 1996 (لم يتغير الأمر كثيرا في تعديل 20087).

فإن إحتكار رئيس الجمهورية للتنظيم يؤدي إلى إعتبار الإدارة المركزية هنا ذات سلطة تنظيمية أكبر ما أسماه الدستور بالسلطة التنفيذية التي تركت لرئيس الحكومة المعين من رئيس الجمهورية ناهيك عن إتساع نشاط الإدارة المركزية ومساهمته في صنع التشريعات وهو أكبر إنتصار للإدارة المركزية في النظام ش ر فيمكن للحكومة أن تقترح القوانين ويمكن لرئيس الجمهورية أن يفسر أوامر تشريعية بل يتعدى الأمر في حق إلى اللجوء لإرادة الشعب مباشرة وفي مجالات تشريعية دون العودة إلى البرلمان ، بل ويتعدى الأمر لأن يتعين 1/3 ثلث أعضاء مجلس الأمة وهي الغرفة الثانية في البرلمان الذي يمثل السلطة التشريعية.

أما البعد الإداري :

إن الدخول في البعد الإداري لمفهوم الإدارة المركزية يزداد صعوبة وذلك إنطلاقا من دخولنا في شبكة النشاطات الإدارية التابعة من البنى الإدارية للإدارة المركزية ولتذليل منذ ميلاد الجمهورية الثانية الجزائرية والتي إستقرت على د 1996 ومن ذلك يتضح لنا البعد التاريخي والقانوني للإدارة المركزية ، فالبعد التاريخي يكسب وراء تطور التنظيم الهيكلي للإدارة المركزية فإن كان في ظل دستور 63 رئيس جمهورية ووزراء قَلصوا إلى ثلاث وهم : وزير التوجيه الوطني ووزير الاقتصاد ووزير الشؤون الاجتماعية وفي د 96 أستقر في وزارات تقليدية تحسنت سلطة رئاسة لرج وكذا الأمر في د 89 فإنه وفي ظل د 96 وباعتماد الجزائر سياسة الإصلاحات السياسية والأمنية و الإدارية فقد

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

تعتبر التنظيم الهيكلي للإدارة المركزية رأسا على عقب فباحتفاظ بمنصب رج ،  
رج لم يكن الأمر كذلك بالسنة لمنصب الوزير الذي تغير إصطلاحيا وتعدد نوعيا  
في ظل وجود وزير مكلف فوق العامة ووزير دولة وكتابة دولة وغيرهم من  
التنظيمات الجديدة داخل الإدارة المركزية يضاف إليها مؤسسات جديدة من ديوان  
رئاسة الحكومة ، رئاسة الجمهورية ، وأمين عام لكليهما في سبيل تقوية الإدارة  
المركزية

أما نوعيا وإنطلاقا من إدارة الأزمات فقد ظهرت وزارات للإصلاح كوزارة  
إصلاح السجون وإصلاح المستشفيات وهذا للوصول إلى حل الأزمات المتعلقة  
بتسيير هذه الأنشطة ويظهر جليا أن التعقيد والصعوبة في مفهوم الإدارة  
المركزية من البعد الإداري ناجم عن توظيف علم الإدارة العام بالموازاة مع علم  
ق إ د لان هذا الأخير يكتفي لكشف عن نشاط الإدارة المركزية من صلاحيات  
وغيرها أما الأول (علم إ د العامة) فيكشف عن التنظيم الهيكلي لها من ديوان  
وأمين عام لها .

2/ انتصار مفهوم الإدارة المركزية : إن إنتصار مفهوم إ د المركزية تحقق  
بعد تبوء الفقيه جينيليك بدور العمل الإداري وانتصار على العمل التشريعي  
والقضائي وقد ظهر جليا تنبؤه من خلال إمكانية تصور دولة دون س ش أوس  
ق مع إمكانية تصورها بـ : س ت واحدة .

إن الأمر أصبح مفضوحا في الجمهورية الجزائرية الثانية وذلك من خلال  
إعتمادها على س ت التابعة من نظام س وسائد الإدارة المركزية ولأول مرة في  
الجزائر تحدث الثنائية في الجهاز التنفيذي من خلال د 1989 وذلك بوجود  
رئيس جمهورية وحكومة وما لهذا من آثار على الحياة الفردية لتدخل اللوائح  
الصادرة من هذه السلطة في تنظيمها ورغم تجميد العمل بهذا الدستور وظهور  
ما يسمى بالمرحلة الانتقالية فقد ظلت الإدارة المركزية محتفظة بانتصارها  
فإعلان سنة 1992 الصادر عن المجلس الأعلى للأمن أنشأ سلطة لها الطابع  
الإداري وأعطى لها صلاحيات رئيس الجمهورية وهي المتمثلة في المجلس

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

الأعلى للدولة ولم ينشئ ما يماثل السلطة التشريعية إلا في ضوء مجلس انتقالي يهدي آراءه للمجلس الأعلى للدولة لصلاحيات رئيس الجمهورية.

وفي ظل هذه المرحلة التي لم يتم أو لم يستمر فيها بس: 89 بل أعتبر أساسا لحكم الشعب ولأن المجلس الأعلى للأمن المنشأ في ظله وهو الذي أنشأ المجلس الأعلى للدولة فإن ممارسة هذا الأخير تعدت إلى صلاحيات من شأن فأول ما صدر من م. أ. للدولة الإعلان الشهير إنطلاقا من مداولة بين أعضائه تعطي الحق لهذا المجلس في التشريع بمراسيم تشريعية وهذا ما يعد استبدالاً للمعيار التشريعي لمعيار تنظيمي.

كما أن هذه المرحلة شهدت تباينا في الوزراء المشكلين للحكومة من خلال وزارة الداخلية مثلا التي أعادت أحياء وزارة الإصلاح الإداري التي أحدثت في نهاية التباينات وكانت أول وزارة في الدول العربية كلها والثانية وزارة البيئة وهكذا فإن وزارة للجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإدارة ، ناهيك عن الإدارة المحلية لم يصبح لها دور في ظل انتصار الإدارة المركزية والدليل هو حل المجالس ش البلدية في نهاية 92 واستبدالها بمندوبات بلدية وبعد أن كانت البلدية منتخبة أصبحت معينة.

وما لهذا التغيين من ولاء لهذه الإدارة رغم الوصول إلى الوفاق الوطني من خلال الأرضية المتضمنة للوفاق الوطني خلال 1995 والدخول في انتخابات رئاسية في نفس السنة ومن ثم الاستعداد لمواصلة الاستمرارية الدستورية في صلب د 96 الذي اعتمد في تكوينه على الدستور 89 وعلى إعلان 92 وبذلك فقد احتفظت بانتصار الإدارة المركزية في الجزائر بدليل اعتمادا النظام المركزي حتى في أبسط الوظائف وبموجب مرسوم رئاسي صادر سنة 1992 قامت صلاحيات التعيين الموكلة لرج في الدستور من نعت الولاية والموظفين السامين ناهيك عن رج والسوزراء إلى تعيين رؤساء الدوائر وعمداء الجامعات والموظفين الذين هم في أقل درجة ، وبالتالي بنيت الإدارة المركزية اليوم على

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

أنتقاص اللامركزية والمسائل الجزائرية واحد من الأمثلة في العالم التي فيها تتراجع الدول عن النظام اللامركزي وتنشئ نظاما مركزيا بدلا عنه.

اللامركزية الجزائرية : تظهر اللامركزية الإدارية في رغبة الدولة المتمثلة في تحرير الإدارة من القيود القانونية والإدارية وذلك بإعطاء استقلال لصالح مجموعات وأشخاص بحيث لا يرجعون إليها في كل ما تعلق بالنشاط الإداري وتسير الشؤون العمومية وبالمقابل فإننا نجد الإفراط في تحري هذه الهيئات بمختلف أنواعها يؤدي إلى التأثير على الطبيعة الإدارية للدولة.

ولعل النظام الفيدرالي أحسن مثال يذهب في هذا الاتجاه ولا أدل على ذلك تسميته بالنظام اللامركزي على حساب الأصناف الأخرى التي تدخل في مفهوم الدول المركبة كالإتحاد الشخصي الذي ليس له أي وصف لا مركزي لأنه إتحاد من سوريا ومصر وأن النظام الفيدرالي لا يعطي الاستقلال القانوني والإداري فقط بل أيضا الاستقلال السياسي تشكل هذا الاتجاه لها مشروعها السياسي المتنقل عن الدول الأخرى بحيث تختلف الأنظمة القانونية في الدولة الواحدة .

أما النظام اللامركزي الإداري الذي يتجنب إعطاء الاستقلال السياسي لهذه الهيئات فهو ذلك النظام يعطي للهيئات استقلال عضويا وظيفيا .

1/ الاستقلال العضوي : يعد الاستقلال العضوي أهم شيء لأنه يساهم في نشوء هذه الهيئات نشأة متحررة من الدولة التي لا تتحكم في سلطة إنشاء هذه الهيئات وهنا يبدو الانتخاب أهم ضمان لاستقلال هذه الهيئات ذلك أن اختيار ممثلين منتخبين بكل حرية له بعد قانوني مزدوج فمن جهة يعبر عن الاستقلال الإداري المتمثل في صنع هيئات برغبة من المواطنين وهذا ما يدخل في مفهوم التمثيل لأن إستقلالية الهيئة مرهون بمن يمثلها فما هو رئيس البلدية وهو رئيس المجلس ش البلدي يمثل البلدية في كل شؤونها أمام الدولة وليست له مدة قانونية على إعتبار أنه ليس معين بل أن له عهدة تمكنه من ضمان استقلاله هيسنة والتعبير عن إرادة من إختاره ، أما البعد الثاني سيادي فإذا كانت للسلطة

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

ش سيادة صنعها الشعب وله فيها كل السلطة الكاملة والممكنة بحيث يعتبرون نوابا للشعب في صنع أدوات الحكم فإن مصطلح مستعمل في المجالس الإدارية المنتخبة فإن نائب في أي مجلس بلدي يصنع أدوات تسيير شؤون المجموعة من ذلك المدونات التي يمارس سلطة معيارية لتخفيف إرادة من أنتخبه والتعبير عنها بدلا منه إلا أن سلبات الانتخابية تصطدم بالمركزية الإدارية التي تغير الإصابة الأولى والأخيرة التي تقلل من شأن النظام اللامركزي وذلك اعتبارا من أن النظام اللامركزي ينقضه الاعتراف من السلطة المركزية بسيادته النابعة من الانتخاب .

2/ الاستقلال الوظيفي : إن تكريس البعد الوظيفي في النظام اللامركزي لا يعبر أبدا عن تنازل الدول لهذه المجموعة عن بعض السلطات التقريرية لأن ذلك هو من سمات النظام المركزي بل أن بعد الاستقلال الوظيفي متأصل في النظام اللامركزي لأن صناعة القرار المتخذ بمناسبة ما تقوم به الهيئات المنقوبة تحت النظام اللامركزي تكون ناشئة من هذا النظام الذي وبالاستقلال الوظيفي يقوم بوظيفة منسلة للحقوق وليست كاشفة لأن تبعيات النظام المركزي فقط هي التي تكشف عن الحقوق التي يصنعها هذا النظام الذي يقوم بأعماله ، لا يملك معها من يتبع هذا النظام إلا سلطة التنفيذ بالكشف عن الحقوق التي صنعها النظام المركزي ، غير أن القول بالاستقلال الوظيفي يوحى بمباشرة إنشاء الحق وتعقيده في أن واحد .

إن معايير النظام اللامركزي تتضح من خلال التزام هذين الشرطين وهما :  
الاستقلال العضوي المعير عن الانتخاب والاستقلال الوظيفي المعير عن السلطة المعيارية ، غير أن الحياة القانونية لنظام لا مركزي يعيش في بيئة مركزية محكوم عليها بحدود وضوابط من السلطة المركزية تقلل من شأن هذين الشرطين و هذا ما يدعو لقول بالتعارض بين السلطة والحرية وهو أكبر إصابة قانونية لم تؤخذ بالحسبان في الأنظمة القانونية التي تعترف بالنظام اللامركزي ، ذلك أن تحرير المجموعات المنتمية للنظام اللامركزي يتعارض والسلطة

## الملاحق

القائمة لان حياة نظام كهذا محكوم عليه بنوع السلطة التي تمارس عليه ولا يبدو أن إنشاء الأنظمة اللامركزية قد نجح في الأنظمة البسيطة ذات النظام الجمهوري تحديدا التعارض مركزي الإدارة مع لا مركزيتها ، وعدم إمكانية تعايش نظامين متناقضين في دولة واحدة وببقي مجرد الاعتراف بالاستقلال وحرية الجماعات المحلية مثلا في المواثيق والدساتير ضمن إطار نصوص ليست لها أي طابع قانوني بل فلسفي.

ولعل المادة 16 د 96 تسيير في هذا الاتجاه بنصها على تركز مبدأ اللامركزية الإدارية في إطار عبارة يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية ، فإن اتخاذ المجلس المنتخب كقاعدة لهذا النظام لا يعد خلفية تضمن الحرية المرجاة منه فأى حرية لمجلس منتخب أعضاؤه لا يستطيعون التفرقة بين ما هو شأن خاص وعلى اعتبار إنهم تحت وطأة الإدارة المركزية لا يستطيعون فيه الحياد عن وخدمة من اختارهم ، أما القول بمكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية عنهم وتكون لمن تم انتخابهم كممثلين عنهم في شؤونهم ولا يبدو هنا أي إشارة أو دليل لمفهوم المشاركة بل أن ذلك مجرد تمثيل لهم وبالتالي عملية صنع أي قرار من المجلس المنتخب لا تكون بمشاركة كل المواطنين بل بعض من من يمثلهم .

ومن هذا يبدو أن الانتخاب وصنع نظام لا مركزي من المجالس منتخبة لا يضمن الاستقلال النهائي عن السلطة وهذا وارد بدليل وجود رقابة من هذه الأخيرة على السلطات وهذا اللامركزية وإن تركز جانب الرقابة الإدارية عليها هو آخر إصابة لما يسمى بالنظام اللامركزي لأن الأخذ بالرقابة الإدارية وهي أقوى صور الرقابة كونها لا تستقر في مرحلة معينة بل تتماشى مع سير النظام اللامركزي كله فيخضع المتخضع منذ الوهلة الأولى في انتخابه إلى سلامة و انتخابه كما يخضع الجهاز كله إلى الرقابة في حالة التعارض بين أعضائه ثم يخضع أعماله أيضا إلى الرقابة في حالة فحص مشرعتها وهكذا لا يكمن القول بنظام لا مركزي خاضع لرقابة مسبقة من النوع الإداري وأكثر من

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

ذلك حينما تكون مشددة في حالة الرقابة الوصائية ، وبالتالي تظهر إشكالية مصداقية شرطا النظام اللامركزية .

أنواع النظام اللامركزي : هناك نوعين في هذا النظام ضمن إطار الدراسات التأصيلية له .

1/ اللامركزية الإقليمية : وهناك لا يمكن إلا القول بالهيئات الإقليمية فهي وحدها المعبرة عن لا مركزي هذا النوع وهذه الهيئات إما أن تكون جماعات المحلية كالبلدية والولاية أو تكون نقابات مهنية ، كنقابة المحامين والأطباء وهنا تتركس النظام الإقليمي في هذا النظام لتمكينه من الاستقلال كون أن البعد الإقليمي وحده هو الذي يحترم المظهر الاجتماعي ويطبق المظهر القانوني الوحيدين اللذان يشتملان النظام اللامركزي الإقليمي وهنا نتمكن من القول المجلس المنتخب ونظام المجالس نظام إقليمي وهنا فإن كان محليا اعتبر هيئة إقليمية وإن كان وطنيا اعتبر دولة وإذا كان دوليا اعتبر شخص من أشخاص المجتمع الدولي.

إلا أن هذا المجلس لا يستماش مع أي نظام آخر غير إقليمي لان هناك من المؤسسات الادارية لا الهيئات الإقليمية فيها مجالس لكن من تعبر عن النظام اللامركزي كالمجلس العلمي في كليه ومجلس إدارة في مستشفى لان المجلس هذا المجلس ون كان منتخبا فإنه يتعارض مع المؤسسة المنشأة بإدارة الدولة وكون من يمثلها معين من الدولة أيضا ، وبالتالي يظهر أن المؤسسة العامة لا تدخل إلا في أشخاص من النموذج التأسيسي الإقليمي وهذا ما يوحى بالتنوع الثاني من أنواع النظام اللامركزي .

2/ نسبة اللامركزية المرفقية :

إن القول على الإطلاق لنوع ثاني يتمثل في استقلالية المرافق لا استقلالية الإقليم قول يشسر جدلا من حيث أن مبادئ المرفق العام تتعارض مع النظام اللامركزي فمبدأ استمرارية المرفق العام لا يتماش مع استقلالية لأن إعطاء الاستقلال له معناه احتكاره من خلال من يسيره للتحكم في حياته وهو ما

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

يستعارض مع إستمراريته ، كما أن هدف المرفق العام هو الخدمة العامة وهذا الجانب تحديد لا تقره إلا الدولة وحدها التي تصنع المرافق العمومية بالرغم من أنه وفي ظل إزدهار البرلمان كان إنشاء المرافق العامة بتشريع وليس بلائحة إضافة إلى أن المرفق العام ليس إلا التزامات من الدولة لتأدية وظيفة سياسية كالصحة العمومية هو من خلال المستشفيات والأمن العمومي عن طريق الشرطة وبالتالي ليس إلا عبئا عاما على الدولة وحدها وليس لصالح الهيئات المستقلة عنه وهذا ما يجعل من القول باللامركزية المرفقية مسألة نسبية لأن حقيقة ذلك هو التركيز المرفقي.

فأي استقلال عضوي ووظيفي لمرفق العام الذي يعد عبئا من أعباء الدولة صاحبة السلطة المركزية ولم يتم نقل هذه الأعباء لأشخاص منتخبين بل عين من يساهم في تسيير هذا الأعباء ، فلما كانت الدولة تستقل مرافقها بصورة مباشرة قامت بإنشاء مؤسسات كي تستقلها بصفة غ المباشرة فالتعليم العالي عن طريق مؤسسة جامعية والصحة العمومية عن طريق مؤسسات إستشفائية. ويبدو وأن فكرة المؤسسة لقت رواجاً في كثير من أنظمة الدول كأداة لتيسير المرافق ع بالتحقيق من حدة الأعباء العامة الواقعة على س المركزية ، وهذا يعطي استقلالاً نسبياً للمؤسسات العامة لأن استقلالها رهين بأسلوب التعيين الذي يتنافى والانتخاب .

.../...ص19

السداسي الثاني : النشأط الإداري

### مقدمة :

يعتبر النشاط الإداري السنظام الذي يبين الأدوات ومظاهر العلمية الإدارية ، فالإدارة مستقلة بالأعباء والمهام ولهذا فإنها تستعمل أدوات لممارسة مهامها وتبرز بمظاهر لتكفل بأعبائها ومكاييل 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 فتنتشىء حراس السواحل وشرطة العمران من أجل الحفاظ على الإقليم الساحلية أو من أجل الحفاظ على سلامة المعمران وعلى هذا فقد قامت بالتكفل بعبيءا 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 فبرز لنا معنيين أساسيين في فهم النشاط الإداري هما :

أولاً : أدوات النشاط الإداري ( الفصل 1 ) .

ثانياً : مظاهر النشاط الإداري ( الفصل 2 ) .

### الفصل الأول : أدوات النشاط الإداري :

أن المتمتعين 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 أداتيسن فقط هما : الأداة الإفرادية 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

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

مراسم وأوامر ولوائح وتعليمات ومداويل وإعلانات ومناشير وصفقات وعقود  
مقاولات 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 أنه  
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  
وأبتعت 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 إذ، هي اعتبار أنه وقع في أزمة تمثلت في كونه اكتشف نوعا حاليا من  
أدوات النشاط إذ عرف فيها ل بعد باسم 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  
لثاني ولا يمكن أن نحذف الأساس وأن نفصل 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 تنفيذ ليداي بدلوه هو الأخير  
على العنصر الفرنسية، فعندما وقع مجلس الدولة المصري في إشكالية القرارات

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

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 بأنها انفرادية ، أو أنها تعاقدية لأن الصفقة رغم أنها عقد بين الفائز في الصفقة والإدارة التي تسخته الصفقة إلا أنه يظهر القرارات على أساس أن الأداة تمنح على أساس قرار رسو المنافسة فهل نحن أمام عمل إنفرادي أو تعاقدية ؟؟ علق على لك مستشار مجلس الدولة عبد الفتاح باغي المصري على أن هناك عمل لم يسراه 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 إذ 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 المعلنة عنها مع درجة التحصيل العلمي إلا أن قرار الالتحاق مبني في أساس طلب يقدمه الطالب ولهذا تظهر إرادة إيجاب وقبول نوحى بفسرة العقد أيضا وتجرتنا 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 أثاره القانونية عن العقد فإن ما رفض التحاقه وكان التحاقه بقرار يستطيع أن يلغيه أمام القضاء الإداري وإن اعتبر الأمر هو قبول وإيجاب لا يستطيع أن يذهب إلى

.../.../ص 21

التنظيم الإداري في جانب الإلتزام وإنما يذهب إلى الإلتزام إذ في جانب التعويض

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

اعتبار العقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن تعبير 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 متحرض لاستصدار قرار

إداري يدخل في مفهوم **Les actes adminis prvoques** وهكذا ظلت الصعوبة قائمة ، اعتبر فيها الفرنسيون أن هذه الأعمال التي لا يمكن تصنيفها لا قرارات 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 الاعمال 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 توفقت 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 الإستثناءات من خلال القاضي الإداري الجزائري ومن خلال المؤلفات إله الجزائرية وعلمي هذا تبقى دراستنا داخلية في إطار الدراسة التقديرية في الجزائر من موقع عنوان مبحث 01 القرارات الإدارية م 12 عقود الإدارة .

أشكر الله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

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 اعلم 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 المغرب 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 نظر في غياب شرح قضائي لهذا النوع من التصرفات ما إذا كان القضاء قادراً على التوصل لإعطاء تعريف له .

أما رجال الإدارة العامة فلم يعرفهم القضاء لأن نظرهم 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 .

## 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 الملمحة وكل الفقه إذ هناك رأوا بأن سلطة القاضي إذ التي تمنحه أحقيته تفسير وفحص مشروعية القرارات الإدارية ( قضاء الملانمة ) وتتعدى إلى سلطة إبطال القرارات الإدارية غير الملانمة ( قضاء الإلتزام ) فوصل استبعاد القرارات الإدارية إلى المعهية والتي إعتبرها القضاء الإداري مندممة وأول عيب تم إكتشافه في القرارات إذ من قبل القضاء هو عيب عدم الإختصاص الذي جعل الفقه يشترط

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

أن أن يكون القرار صادر من سلطة إدارية أما ثاني عيب فهو أن يكون القرار قد خالفوا القسانون وتوازي مع شرط أن يكون القرار معتبر قانوني ، وثالث عيب هو مخالفة القرار للشكل والإجراءات وهو يفترض أشرارط أن يكون القرار لإد نافذا ، في حين أن الإكتشاف الحديث لرابع العيوب:

المستعلق بالإنحراف في استعمال السلطة لم يكلف الفقه عناء إكتشاف الشرط الرابع للقرارات كون هذا العيب يتعلق بنوايا مصدره ومصدره ومأربه الإنتقاسية التي يخفيها تحت ظل شرعية القرارات إد وباعتبار أن القانون إد لا يعترف بأي دور الإدارة في نشأ العمل إد فإنه لم يشترط شرطا يوازي هذا العيب ، وبالتالي إستعملها الفقه الفرنسي في شروط وذلك إنطلاقا من معايير أساسية سميت بالعناصر الثلاثة 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 بالثفكر المدين طعن على معالجتها لمعايير القرارات الإدارية التي أرادوا بها أن يصلوا إلى ما وصلت إليه المدرسة الفرنسية بحيث:

أنهم إعتبروا بأن هناك شرط رابع يتمثل في السبب الذي يجب أن يكون مشروعاً حتى تتمثل شروط القرار الإداري بحيث يتجرد القرار إد من النوايا الشخصسية 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 لإنحراف في استعمال السلطة.

ومن خلال هذا المسعى تأكد تقليدهم للقانون الفرنسي من جهة على إعتبر أنهم أخذوا رابع القيود ومخالفهم من جهة ثانية للتوجه لأنهم شكلوا من العيب الرابع شرطاً رابعا يسمى بالسبب، ولم يكتفوا بل أنهم نم إعتبروا أن للقرار شروط وعناصر من أركان مقنين رجال القاتون المعتمين الذين وضعوا أركان المفاهيم الهندسية التي له ثلاث أركان سواسية : الرضا ، المعنى ، السبب ووضع له ركن

رابع كما القرار وهو الشكل في العقود الشكلية ولتأثرهم بالحلول المدنية فإنهم احتلوا مع المدرسة الفرنسية .

2/ فسي الفقه الجزائري ( ارجع إلى مقالنا المنشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع1 جوان 2008).

لا يبدوا في الجزائر وإن أخذت من القانون الفرنسي نفس الشروط المتعلقة بالقرارات الإدارية وهي ثلاث والمتمثلة أساسا في شرط الاختصاص وتغير المركز القانوني والنفذ ، فهي ثلاث شروط مقلدة بصفة متطابقة تماما مع النموذج 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 وتبعنا لذلك .

فقد ظل النشاط الإداري هن زاوية أدواته متطابقا مع القانون الإداري الفرنسي أخذنا بمبدأ ثنائية الأداة القانونية للإدارة التي تعتمد على نوع يتمثل في القرار الإدارة مستخلصة من العمل الإداري المنفرد والعقد الإداري بالأخص الصفة العمومية مستخلصتها من العمل الإداري الإتفاقي.

بل أن الاستثناءات الواردة على هاتين الأدوات في فرنسا اعتمدت أيضا في الجزائر اعتمادا أعمى في جميع ما وصلت إليه مدرسة القانون الإداري الفرنسي ولكن ستتغرب ما آل إليه النشاط الإداري بموجب الوضع الجزائري غير المهيا لإستيراد 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 وهائسه المنقطة الأفسيرة مسير كافي وسبب وهيد لنقول بأن أرضية القانون

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

الإداري في الجزائر غير مهياً لإستقبال النشاط الإداري بقدر ما هي مهياً لإستقبال نشاط الإدارة وعلى إعتبار أننا أمام منازعات الإدارة لا المنازعات الإدارية فإن ميرر ذلك التمسك الصئب بكل ماهو إدارة وإستبعاد كل ماهو إداري فلا قضاء إداري إلا حينما تكون الإدارة طرفاً في منازعة إدارية وذلك ما أشار إليه التبنسي العشوائي للمعيار العضوي المتشدد المتمثل في إحتصاص 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 الصبغة الإدارية طرفاً فيها.

وهنا يصح أن نقول بأسبقية الإداري على القضائي ومرد ذلك أن المؤسسة الإدارية كمرشق 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 إذا 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 المتقاضى الإداري بمجرد تأذيه 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 يتناسب مع القول بتصرف الإدارة.

ومن هنا يجب على المؤلفين الجزائريين إعادة النظر في هذه المفاهيم الأساسية لأن بتصرف الإدارة يتماشى مع نوعين مختلفان عن التوجه الفرنسي وهما القرار الإداري بدل التصرف الإداري المنفرد وعقد الإداري وعقد الإدارة بحد ذاته الإداري ودليل ذلك كما أكدته قواعد المرافعات أمام القضاء الإداري الجزائري.

فيما يخص سنة 1977 (3000 الجديدة) مسنق إم وشمسي ما ذهبنا إليه لم نتناول مفهوم التصرف الإداري المنفرد لأنها ركزت على أن الإلغاء يكون في القرارات الإدارية

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

الصادرة عن الولاية 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 أن 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 إذ الجزائري ليس هو نفسه الوضع إذ الفرنسي ويبقى السؤال المطروح : متى يتفطن الفقه الجزائري؟؟.

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

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

هذا المعيار ليس معياً 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 شخصي الوالي ، البلدية في مفهوم شخص رئيس م ش ب ، ومدير المؤسسة الإدارية ، فإذا صدر عمل من هذه الهيئات اعتبر صادراً من سلطة إدارية وذلك بمجرد تحليل بسيط يفيد تبني الجزائر فقط لمفهوم المرافق

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

العضوية وإستبعادها للمرافق المادية فالمستشفى بدل الصحة العمومية والجامعة بدل التنعيم العالي والشرطة بدل الأمن العمومي ، لكن وعلى سهولة اكتشاف المنظمات الادارية في الجزائر.

إلا أن النشاط الإداري قد يصدر عن سلطات إدارية وقد تقوم المؤسسات الاقتصادية محل المؤسسات الإدارية في إصدار القرارات والقضية المشهورة والمستعقفة بالسومباك ( الديوان الوطني للحبوب ) أكدت السابقة الجزائرية التي داس فيها القاضي الإداري على شرط أن يكون القرار صادر من سلطة إدارية وذلك بموجب قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سنة 1981 (حاليا مجلس الدولة).

والذي فسيه اكتشف 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 استخراج السميد بموجب اللوائح والتنظيمات ولم يكثف 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 إدارية بدل وظيفة اقتصادية ورغم إعتبار ما ذهب إليه هذا القاضي شاذاً وعدم سلامته من سهام الناقدين 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 أوكلتها هذه المهمة لتقوم مقامها وتحل محلها في المهام الإدارية المستقلة بها وذلك انطلاقاً من نص المادتين 55- 56 .

2/ أن يغير القرار مركزاً قانونياً :

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

كثير من الأعمال المنفردة ما تصدر من الإدارة فإن إتقينا 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 السيادة :

التي لا تعني الأفراد كأن يصدر وزير المالية قرار بإلغاء عملية وكان 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 لايهمه 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 تقلت من رقابته المركز القانوني .

ب/ التعليمات و المناشير :

هي الأعمال الصادرة من الأداة وتستوفي الشرط الأول ولكن تبقى مجرد لوائح توجيهية للأفراد المخاطبين بها فلا يهم 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 :

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 يقعون لا عقسا عنهما كان يصدر قرار بإزالة العمارة أو يفرض الضريبة فهذين منشورين للمركز القانوني.

د/ أن يكون القرار نافذا :

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

فقد يصدر قرار من السلطة ويغير المركز القانوني لكن لا يكون نافذاً 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 اختيار 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 اختيار الأراضي نقول بنفاذ هذه القرارات.

ـ 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 ـ 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 تحتمل 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

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

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 disions* 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 انطلاقاً من قريتي التبليغ والنشر ، فإن القرار المبلغ أو المنشور يعد صحيحاً صحة نشوؤه لأنه يولد الحقوق والالتزامات 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 فيوجه للشخص المعنى بالأمر.

ولطالما اعتبر التبليغ والنشر قاعدة تؤكد نشوء القرار الإداري في حين تراجع القضاء السذي 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 استفادة 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 لأن التبليغ هنا لم يؤد إلى علم الشخص الأول يتراجع الإدارة عن منح الاستفادة للشخص الأول لأن التبليغ كان للشخص الثاني السذي استفاد من نفس سكن بدليل أن الشخص الأول لم يعلم وإن علمه مرتبط باللمحة التي ستفاجأ 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 من النمط 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 تلك 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 فتعتمد 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 صعوبة مصطلح التنازل فهو مصطلح مدني يدخل ضمن إطار العقود الملزمة لجانب واحد .

وهذا الأمر لم يظهر إلا في أنشطة الإدارة الجزائرية التي لا يمكن معها تصور إدارة خدمانية 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 الجزائرية إلى التعاقد فهي تترك للأسلوب الفردي 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 الإختياري يعتبر قاعدة للإدارة تقوم بها في كل الأحوال إلا عندما تصطدم بمقاومة من قبل الشخص المخاطب بالقرار فهي تلجأ لجر استثناء 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 أيضا 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 وحتى تعديل سنة 2008.

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 يستلزم معها بيئة دستورية تكريس فكرة الحرية فإن أصدرت قرارات انطبقت عليها عمليات التشديد الجبري فإنها تصطدم بالحريات المكزية والشخصية كإصدار قرار برفض إعتقاد حزب أو رفض مسيرة أو رفض إجتماع فإن ذلك يدخل في إطار العمليات الجبرية لا الإختيارية وبسبب هذا الصدام قد أعطيت صلاحيات

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

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 م ج 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 الإداري بأن التعدي مثلاً يكون حينما ينفذ قرار إداري مشروع بأسلوب غير مشروع فإن اعتبر القرار مشروع وللصالح العام فإن صاحبه تنفيذ غير مشروع جاز للمتقاضين 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 إذ 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 .

فسي حين أن المنظومة الفرنسية والمصرية تجعل الفصل في عمليات الإعتداء الإداري المكيفة كتطبيق غير مشروع للقرارات الإداري من اختصاص القاضي المدني

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

**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 اد :** 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 إنتهائه 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 وُجد مسألة حاول الفقه أن يجد حلاً ، ولم يكن الحل إلا من خلال التفريق بين القرار الإداري المنفرد والقرار الإداري التنظيمي .

**ب - القرارات الانفرادية :** وعلى اعتبار 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 مطروهاً بالقرارات الفردية غير الشرعية التي ولدت حقوقاً مكتسبة والتي فيها لا يمكن إلا للقضاء أن يلغيها في حين أن الإدارة تهتم فقط على الإنقضاء الإداري لأن مسأته يقوم به القضاء هو الإبطال لارتكازه على كونه قضاء شرعي .

**ـ القرارات التنظيمية :** فما دامت القرارات التنظيمية لا تولد حقوقاً مكتسبة ومثال ذلك إذ ما كان لفئة من التجار إعفاء جبالي وصدر القرار بغرض الضريبة فإن هذا القرار تنظ وعليه فلإدارة أن تسحبه متى شاءت لأنه لا يمكن أن يحتج التاجر بحق مكتسب وبالتالي القرارات التنظيمية تتعرض للسحب .

**ب ـ النهاية القضائية للقرارات إـد :** القضاء الإداري وحده قادر على إنهاء القرار الإداري بدعوى الإبطال التي تعتبر دعوى مميزة وسامية لاتصاهاها 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 إـد للرقابة دون الإبطال لتفسيره أو فهي شرعية فتسمى بدعوى الملازمة .

### \* نظرية 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 مرفقها العامة وتلبية الحاجيات العامة لوحدها فإنها تستعين بأشخاص خاصين للقائون الخاص ولم تجد الإدارة إلا أسلوب التعاقد كي تستطيع إدارة الشؤون

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

وتلبية الحاجيات العامة وبالتالي فالمتعاقد 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 إذ كعقد يبرم بين الإدارة والمتعامل معها من أجل الأشغال أو التوريدات أو الخدمات .

وإذا لم تلجأ الإدارة إلى إبرام عقد وفق قي الصفقات العمومية ورغم ظهور نصوص متفرقة في القانون إذ 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 بـ : 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 ) .

المبحث 1 : مفهوم الأعمال التعاقدية في القانون المقارن :

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

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 .

**1 - 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 النزاع 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 فسي 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 «مستواه الحقيقي» ويصبح العقد «ظهوراً شكلياً» أما معناه قرار 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 جعلنا نعتبر العقد في الحالة الأولى قرار إداري وفي الحالة الثانية عقد مدني وي طرح التساؤل في هذه المدرسة متى تكون أمام عقد إداري وهذا ما يرجعنا إلى نقطة الصفر .

**2 - من معيار البند المألوف إلى مدرسة المرفق العام :** إن الإنتقادات التي حظمت معيار السلطة العامة سعى فيها أصحاب البند غير المألوف Clause exhibitaut إلى إنقاذ ما يمكن إنقاذه بحيث يرى أصحاب البند غير المألوف 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 يلغى 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 الفقهاء 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 تعاقدات إدارية وهو السؤال الذي لم يجب عليه أصحاب هذا المعيار .

إن تدخل مدرسة المرفق العام كان معتبراً وملفت للنظر وهي المدرسة التي وضعت أصابعها معيار المرفق العام كمعيار لتحديد الطبيعة الإدارية للعقد الذي تبرمه الإدارة وذلك إذ ما قامت الإدارة بعمل تعاقدي من أجل إنشاء أو تسيير أو تنفيذ مهمة مرفق عام فيكون العقد ذو طبيعة إدارية وبالتالي فتعريف العقد طبقاً

لمعيار المرفق العام لم ينهزم إلا عندما ضعفت مدرسة المرفق العام بسبب أزمته المعروفة وبقي هذا المعيار يقاوم في معالجة العقد الإدارية.

لولا تراجع الفقه الفرنسي عن فكرة التعاقد في حد ذاتها وهو الذي وضع تساؤلا ضمن إطار ما ذكره الفقيه ماتيوي إيفيس حول غموض الطابع التعاقدية في رسالة دكتوراه سنة 1971 تتعلق بالتشكيك في الطبيعة التعاقدية ذلك أن جل العقود تتضمن شروطا ليست تعاقدية بل تنظيمية حتى وإن تضمن العقد شروط تنظيمية وتعاقدية فلا يمكن الجزم بطبيعته التعاقدية الخالصة لأنه في النهاية يصبح عملا تعاقدياً مختلطاً وهذا ما يفسر صعوبة تحديد تعريف العقود الإدارية .

### المبحث 02 : نظرية العقد الإداري في الجزائر ( العمل إداري ) :

تختلف نظرية العقد الإداري في الجزائر اختلافا جذريا عن القانون المقارن اعتبارا 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 موضوعها 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 : يبرز هذا التساؤل في مؤلف الفقيه أحمد محيو المتعلق بالمؤسسات الإدارية ص 351 إذ وهو يصدد بناء معيار تعريف العقد الإداري في الجزائر تتساءل عما يمكن أن يؤخذ من الصفقات ع - والتي اعتبرها نموذجا للعقد الإداري ، تنفق 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 إذ الجزائي الذي ببساطة ليست له صعوبة في تحديث اختصاصه مادام مجرد حضور الطرفين إذ يجعله القاضي الطبيعي ( م 07 ق إ م ) فسان كانت القضية المطروحة أمامه أحد أطرافها شخص إداري متعاقد فإنه يرى إن كان متعاقده قد أبرم وفق قانون من ع فإنه يعتبره عقداً إدارياً لكن الأمر يبدو

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

مخجلاً أمام هذا الطرح وعسيراً أمام القاضي إذ لم يبرم العقد وفق ص ع وتساعل 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 أن تلجأ لل ص ع مجهولة الطبيعة ومجهولة الإختصاص 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 إذ 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 مسدراء 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 كسان صريحاً بالقول بالمسؤولية المدنية للدولة والولاية والبلدية ومع الإدارية فإذا ما كان التعاقد إداري فإن القاضي يضطر إلى تطبيق المسؤولية التعاقدية أي لا وجود لاختصاص القاضي الإداري نوعياً في قضية التعاقفات 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 ليس له الفصل في التعاقفات الإدارية وهذا يعد أكبر مسؤولية على فقهاء الاجتهادات القضائية مجال التعاقفات الإدارية بل أن والأدهى للأمر أنه تم الإشارة لاختصاص القاضي في ص ع في نص المادة 118 ق 02 ق

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

إم 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 القانون الإداري ، بذلك يتأزم الوضع أكثر نتغاضى عما سلف ونسلم جدلاً بأن ص ع معيار للعقد إد ، فإذا ما تمعنا في محتوى عقد ص ع في الجزائر لا نجد له أي محتوى تعاقدي 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.

فأي 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 : كتنوع 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 اعقد إد ولهذا فإن التضاربات الفقهية لم تكن هيئة وهي التي نتناولها في بحثين :

**المبحث 01 : نظرية العقد الإداري من خلال ص ع :**

**مسط 01 : أطر 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**

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

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 إذ 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 الك 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 بالاستثمار .

**بسيط (92) : 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 ، استدرج العروض ، المزادات والمسابقات . وعند شخص هذه الطرق نجد أن التراضي تغلب كثيراً على الأساليب الأخرى لأنه وإن كان من النادر اللجوء إلى استدرج العروض أو المسابقات أو المزادات فإنه لإبرام ص ع يتنافس أسلوب التراضي والمناقصة كما كانت

المناقصة كانت مبدأ لإبرام ص ع على اعتبار تحري عدم التمييز وسرية العروض فالمسألة تكمن في أن قانون ع يجعل من التمييز في إبرام ص ع جريمة تكييف على أنها جريمة قرآن العرض عن طريق الجرائد اليومية ونحو المناقصات فيها رغم فقدان تشريعاته 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 تحميه 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 قاص ع يجعل من المناقصة استثناء ومن التراضي مبدأ وهذا واضح من خلال أن ق 91 الشهرير 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 ( د 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 استدراج العروض كأسلوب ثالث لإبرام الصفقات العمومية والذي يتمثل في انتقاء المتعامل الذي يقدم عرضا 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 فسيان شرار إبرام الصفقة الذي تتخذه الإدارة لا ينهي المشكل لأنه تستعرض الصفقة العمومية إلى الرقابة والتعديل فالوقاية تلازم الصفقات منذ نشوئها فتبدأ على شكل رقابة مالية بحيث أنه لا تبرم ص ع التي تتهدى الخلف المالى المخصص لها و تتعرض إلى رفض التأشير عليها من طرف المراقب

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

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 الاستجابة 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 تحيين ( 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 إذ الذي يؤكد اختلاف عن قواعد القانون الخاص ولربما أن أمر 06/01/1967 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 وبالتعرض إليه تبرز بغرابة نص المادة 04 والتي أضافت جملة حطمت بها تسريفت ص ع السوارد في أمر 67 وهو أن ص ع عقود خطية تبرمها الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ، فهذا كان النص القديم فالصفقة

تُعي

في سنة 04 حسب التشريع الساري على العقود تبرمها الولاية ، الدولة ، البلدية و م ع إذ ومن ثم فإن التفسير الحقيقي لخضوعها لنفس التشريع

الساري على أي تعاقد يجعل منها عقدا 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 .

### المبحث 02 : 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 إذ بدليل أن المؤلفات التي تعرضت للعقد إذ منذ بداية الثمانينات في الجزائر اكتفت بالإشارة إلى ص ع متجاهلة أن العقد إذ أشمل وما الصفقات إلا نوع منها وفي هذا حتى الدارسين وطسلاّب الحقوق لم يتلقوا المعارف العلمية المتعلقة بنظرية العقد إذ 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 تنفطن 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 التخصيص المالية ويبدو أنه ومنذ صدور هذا القانون تسارعت المراسيم

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

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 السذي 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 إد في الجزائر عبر عقود الإمتياز وبذلك تغير معيار تعريف العقد إد في الجزائر من خلال الصفقات إلى الإمتياز .

**مط 01 : تعريف عقود الإمتياز :**

إذا نظرنا إلى خصوصية عقود الإمتياز كونها أداة لتسيير المرافق العامة فإن الإمتياز يشمله ثلاث عناصر :

**أ- السلطة المانحة للإمتياز :**

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

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 إذ كما نصت عليها م 04 من المرسوم التنفيذي 1989 والمستعلق 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 العامين 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 مانحة 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 السرقاية والتعديل واتخاذ العقوبات وإنهاء العقد وهي سلطات تتمتع لها الإدارة لذلك تسميت بالسلطة مانحة الإمتياز وهذه السلطات الأربع تمتد قواعد الإمتياز فأبدا شهر عقده حسب الفقه الجزائري قامت به الإدارة واحتكرت فيه هذه

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

السلطات يسمى بعقد الإمتياز كون هذه السلطات تشكل نظاما قانونيا غير مألوف عن القاتون الخاص وتم تعميم هذا المعيار على كل العقود إذ فأي عقد يتمتع بهذه السلطات المحكرة للإدارة يدخل في عقود القانون العام (العقود إذ) وأي عقد تغيب فيه هذه السلطات رغم قيام الإدارة فيه يعد عقدا من عقود الخاص ويسمى هذا المعيار الجديد المأخوذ من عقود الإمتياز بـ معيار النظام القانوني غير المألوف .

مظاهر النشاط الإداري:

يتفق على أن مظاهر النشاط الإداري ارتبطت بالمرفق العام والضبط الإداري إلا أنه ولارتباط المرفق العام في الجزائر بالإمتياز نجدنا مجبرين على الأخذ بهذا الطرح دون التعمق في المرفق العام كما أن فهم الضبط الإداري كنا قد تناولناه في بعض المناسبات السابقة.

لم يحض تصرف إداري كما حضى الإمتياز، أهتمام رجال القانون الإداري وعلى الأخص المختصين في النشاط الإداري اليوم من أمثال الأساتذة أندري دولو بادير جورج فدا، فرانك مودرن وبيار دالفولفية... الخ، كون أن هذا التصرف الذي ظهر نتاج الحتميات التاريخية للإدارة فأدخلته كوسيلة مناهضة للوسائل المشهورة في عملية التسيير الإداري منها، المؤسسة العامة، ولعل أن أهم ما خاض فيه الفقه هو دراسة الطبيعة القانونية للإمتياز وعلى الأخص طبيعة العلاقة الغربية التي تربط بين السلطة الإدارية مانحة الإمتياز والممنوح له - المسمى بصاحب الإمتياز، والتي مازالت محل تعجب من الفقه في الغرب والمشرق رغم ما رسي عليه الفقه الغربي بعد مناقشات كثير من اعتباره لائحة إدارية تحوي نوعين من الشروط، تنظيمية وتعاقدية.

إلا أن أسلوب الإمتياز في الجزائر لا يبدو مفرحا لأن تقلبه لم يسمح بتكوين فكرة عامة له وذلك رغم محاولات بعض الباحثين الجزائريين في هذا الميدان، وهم الذين أخذوا على عاتقهم التلميح إلى الوضعية الاستثنائية له في الجزائر، من أمثال الفقيه منعم لمين بوسماخ والأستاذ رحال بن عمر والمحاوالات الجزائرية للأستاذ شريف بن ناجي، ولكي نبين بأن ما أحدثه الإمتياز كأسلوب في تسيير المرافق العامة في الجزائر، لم يكن مقتصر على هرولة الفقه الجزائري إلى السعي في رؤيته من الزاوية الفرنسية على الخصوص، كما أنه لم يكن إلا من أجل أن يوضع في الجزائر مونتسج العقد الإداري كنتيجة توصل إليها

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

الباحثون من الذين أخذوا على عاتقهم الدفاع عن علم القانون الإداري الجزائري من المنطلقات الفرنسية أو الرؤى السطحية الشخصية، وفي النهاية لم يستطع هؤلاء الإفلات من نفس الفخ الذي وقعوا فيه وهم بصدد الصفقات العمومية في الجزائر كون أن الامتياز وضع موضع العقد الإداري كتصرف من التصرفات الإدارية الثنائية الجانب، وأعتبر ثاني نموذج للعقد الإداري بعد الصفقات العمومية.

إن النظرة التاريخية تؤكد بصفة عامة أنه لم يكن فقط أداة لإدارة المرافق العامة بل وأيضاً أداة للنشاط الإدارة عموماً كما ظهر في القانون الفرنسي ومن ثم تداعياته في القانون المشرقي وفي الأخير انعكاساته الانقلابية على النشاط الطبيعي للإدارة الجزائرية.

فالامتياز لم تكن له أي قيمة تاريخية في القانون الإداري الفرنسي لو لا أنه ارتبط بالمرفق العام وخاصة لما أحدثه هذا الأخير من ثورة فكرية في تجديد القانون الإداري الفرنسي الذي استند إليه في حل الكثير من الأزمات التي كادت تعصف بمبادئ القانون الإداري عندهم وقد ظهر الامتياز في البداية كسياسة انتهجتها الإدارة لتحقيق أكثر رضا لأفراد الشعب، لأنه من البديهي جداً لدى المساسة خلق أي خدعة دون مراعات القانون ذلك أن الامتياز شكل تخلي غير معلن عن المرفق العام وهذا لا يرضاه الدستور الفرنسي منذ أول جمهورية فرنسية إلى غاية اليوم - الجمهورية الخامسة الفرنسية - خاصة أن فرنسا تشكل في الطرح السياسي العالمي دولة اجتماعية راعية للمجتمع عن طريق الخدمة الاجتماعية المرفقية العامة، لكن كل هذا ترجم من الزاوية القانونية بأن السياسة المنتهجة من خلال الامتياز تتماشى مع اعتبار المرفق العام في أساسه لا يقوم إلا من أجل إشباع حاجيات الأفراد، وهذا أيضاً ما يهدف إليه الامتياز كتصرف قانوني للإدارة التي عمدت إلى اللجوء للغير من أشخاص طبيعة ومعنوية لتسير المرافق، ولم يكن له هذا المظهر القانوني إلا من خلال الشرعية التي منحها الأفراد للمرافق العامة المسيرة عن طريق الامتياز، من أجل إشباع حاجياتهم.

وهذا ما ينشئ علاقة قانونية تربط المرفق العام المسير عن طريق الامتياز بالأفراد تجعلهم في موضع المرتفقين الشيء الذي يفرض على الإدارة مانحة الامتياز تنظيمه على شكل تصرف قانوني نابع من صلب النشاط الإداري.

وعلى هذا فقد عرف الامتياز كتصرف قانوني تعهد بموجبه الإدارة بتنفيذ مهمة مرفق عام بشكل اتفاقي إلى شخص آخر عام أو خاص تنتقيه من حيث التسيباً بمزلة هريبتها وتسمى الإدارة بالمسلطة المانحة "l'autorité" أما المتعاقد معها فيطلق عليه تسمية الملتزم "concedante"

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

**Concessionaire**، وإن الإلتزامات الأساسية المترتبة على عقد الامتياز تتمثل في أن يؤمن الملتزم على نفقته ومسؤوليته سير المرفق طبقاً لدفتر الشروط وأن يقوم بإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق، في مقابل أن تمكنه الإدارة من جباية إتاوات "redevances" من المنتفعين بالمرفق، محل الإلتزام، لمدة محددة هي مدة العقد ذاته والتي بعد انقضائها يلتزم المتعاقد بنقل المرفق مع إنشائه إلى حوزة الإدارة بحال جيدة.

إن استمرار هذه السياسية عن طريق الامتياز وغيرها جعل المشرع الفرنسي المنظم للإجراءات التعاقدية المتخذة لإدارة المرافق العامة من خلال القانون رقم 12 المؤرخ في: 1993/01/23 والقانون رقم 93 / 222 المؤرخ في: 1993/12/29 يدخل الامتياز في فئة عقود إدارة المرافق العامة ويطلق عليها تسمية موحدة هي عقود تفويض المرافق العامة " Les contrats de délégation de service public" وبالتالي فإن عقود تفويض المرافق العامة أصبحت اليوم في فرنسا تظم كل أنواع العقود التي تكون من شاكله عقود الإمتياز مثل عقود إستغلال المرافق العامة L'affermage ومشاطرة الإستغلال "La régie intéressé" و إمتياز الأئسغال العامة " La concession des travaux publics"، ويبدو أن الفقه دخل في أزمة مفاهيمية ناجمة عن عدم التوصل إلى تعريف شامل للإمتياز وأن الغموض الذي بقي مسيطراً على هذا المسعى الرامي لإيجاد عناصر تدخل في تعريف الإمتياز. من خلال إقتصارهم على تعريف الجانب التعاقدى فيه كون أنه يقوم على عقد التفويض.

وفي واقع الأمر فإن الإرتكاز على الطابع التعاقدى لإمتياز المرافق العامة بصفة خاصة، و تفويض المرافق العمومية بصفة عامة أهمل الطابع التركيبي للإمتياز في المفهوم الفرنسي لأن النظرة التركيبية لإمتياز المرافق العامة كتصرف يدخل ضمن التصرفات الإدارية التي تفتن لها كبار المختصين الفرنسيين في مجال النشاط الإداري اليوم وذلك كان متأخراً جداً بعد أن غزى الإمتياز والتفويض المرفقي مختلف الأنشطة الإدارية التي تمارس على المرافق العامة، وبهذا فإن الأمر كان في بدايته غير معلن من قبل الفقهاء الذين أخفوا النظرية التركيبية له تحت لواء إجتهدات متفرقة في حين كان الإتجاه الألماني أكثر صراحة في الإعلان عن تلك النظرية التركيبية التي كسرت الحواجز التقليدية التي تحكم هذا النوع من التصرفات، إذ أن تمويل المرافق المفوضة أصبح بالإمكان وضعه على عاتق الإدارة المفوضة، والمقابل الذي يحصل عليه من الممكن أن يفتسم بين الإدارة المفوضة والمفوض، وهذا ما مهد لبروز ما نعتسره فئسي رئيساً التواءة الأولى التشكيل المركب لنشاط الإدارة المنطوي على تفويض أي إمتياز المرافق العمومية.

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

كما سوف نتعرف إليه ونحن بصدد معرفة مدى التأثير الانقلابي للإمتياز على واقع النشاط الطبيعي للإدارة الجزائرية، فإن الأمر في فرنسا ورغم خطورته على التحول الذي يحدثه هذا النوع الجديد المحدث بسياسة تسيير المرافق العامة لديهم فإن الأمر لم يتعد عندهم حدود العمل المختلط، وذلك من خلال أن الإمتياز هو مجرد مجز بين النشاط التنظيمي والنشاط التعاقدية للإدارة، لأنهم لم ينجحوا في حل معضلته على غرار غريمته ألمانيا التي فيها إعتبر الإمتياز قرارا إداريا ذو طبيعة إتفاقية، إذ أن الملتزم ينحصر دوره في مجرد قبول الإلتزامات الموجبة في وثيقة الإمتياز وعلى هذا الأساس فإن الإمتياز يعتبر تصرفا قانونيا له نفس طبيعة القرار الإداري الصادر بتعيين موظف ويأخذ حكمه في وجوب قبول صاحب الشأن بالقرار المتخذ من قبل الإدارة، وبذلك فإن هذه النظرية أنهت المشكل التركيبي أو المختلط للإمتياز والتي جعلت منه مجرد لائحة إدارية صادرة من الإدارة ماثحة الإمتياز يدعن لها صاحب الإمتياز وبنائها لهذا المشكل فإنه لا الإمتياز ولا حتى التفويض أو ما شابههم من تصرفات، لم تؤثر على القواعد الكلاسيكية التي تحكم النشاط الإداري

إن الحديث عن الفقه المشرقي ونظرته بالنسبة للإمتياز تؤكد أنه قلد الفقه الفرنسي في ذلك لكن بإضافة التحسينات والتعديلات وخاصة في مصر (5)، الذي تبني نفس الرؤى الفرنسية من خلال تعريف أو تكيف الإمتياز كتصرف قانوني قلدت فيه الدول إدارات دول المشرق العربي، الإدارة الفرنسية كأستلوب مناهض لكثير من أساليب تسيير المرافق العمومية، وهكذا نجد نفس التعريف تم تبنيه في هذا الصدد وخاصة من الفقه المصري، إنطلاقا من إعتبار أن الإمتياز عقد إلتزام مرفق عام وهو تصرف قانوني تعهد بموجبه الإدارة تنفيذ مهمة مرفق عام بشكل إتفاقي إلى شخص آخر عام أو خاص ننتقيه من حيث المبدأ بكامل حريتها، وتسمى الإدارة في هذه العملية بالسلطة الماثحة أما المتعاقد معها فيطلق عليه تسمية الملتزم.

إن الإلتزامات الأساسية المترتبة على عقد الإمتياز تتمثل في أن يؤمن الملتزم على نفقته ومسؤوليته سير مرفق عام طبقا لدفتر الشروط، في مقابل أن تمكنه الإدارة من جباية أتوات، والملفت للإنتباه أن الفقه المشرقي درج على تسمية الإمتياز بالإلتزام رغم الفرق الواضح بينهم وعلى الأقل الفرق من حيث المصطلح، كون أن الإمتياز هو مصطلح وارد في القانون الإداري أما الإلتزام مصطلح وارد وناشئ أصلا في القانون المدني، الشيء الذي يثبت أن التفكيك المدني مسيطر في القانون المشرقي على مواضع القانون الإداري، ويؤكد أيضا تبني هذا المصطلح المتمثل في الإلتزام بدل الإمتياز وهو الأخذ بتعريف الإمتياز إنطلاقا من كونه عقد رغم أنهم ساءروا الفقه الفرنسي فيما بعد واعتبروه لا يحودي لأثار تعاقدية كونه عقد ذو طابع تنظيمي، وهذا ما يبين أن الإمتياز في

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

الفقه المشرقي يشكل إتحادا لنوعين من التصرفات القانونية فهو تصرف إداري تنظيمي كونه عقد تنظيمي، وهو تصرف مدني للإدارة كونه التزام مدني.

وإن كان الأمر واضح ومنقول من النظرية الفرنسية الجديدة له والتي تعتبره عقدا إداريا تنظيميا إلا أن إعتباره التزام تماما كمفهوم الإلتزام في القانون المدني هو تبيينهم لنظرية الطبيعة التعاقدية الخالصة للإمتياز من رؤية مدنية بحسنة، وهذا ما أثر على تكيف القانون المشرقي له (الفقه المصري)<sup>(9)</sup>، الذي أكد بالطابع الشخصي للإمتياز كون أن الإمتياز مكيف لديهم على إعتبار نصوصه تتعلق بحالة معينة، وبمرفق معين، ويضع قواعد خاصة بشخص محدد هو صاحب الإمتياز، وبالتالي فإن هذا الأخير يوجد في مركز خاص لا عام وهو مركز ذاتي شخصي إتجاه شروط الإمتياز وبالتالي يتأكد دليلهم للقول بالطرح المدني للإمتياز.

وإن كان الفقه المشرقي متعلق بالطابع التعاقدية الخاص للإمتياز فإنهم لم يفسروا المركز الموضوعي للمنتفعين الذين ينتفعون من المرافق العامة كلها سواء كانت مدارة عن طريق الإمتياز أو بغيره، وهم بصدد الإنتفاع من هذه المرافق لا يفرقون بين هذه أو تلك مما لا يؤكد وجود الطابع الشخصي له مادامت العلاقة بين المنتفع وصاحب الإمتياز الذي يديره ليست شخصية، كونها علاقة غير مباشرة مع الإدارة مانحة الإمتياز والتي يظل القانون الأساسي للمرفق العام يحكمها وباختصار فلا يمكن تكيفها إلا بكونها علاقة تنظيمية من هذا المنطلق الشيء الذي يتناقض مع الطبيعة الخاصة للإمتياز.

ويبقى عرض التجربة الجزائرية بكل أبعادها والتي لم تسلم من النقائص والتداعيات التي خالفت الغرض المتوخى من إستعمال الإمتياز كأداة جديدة لتسيير المرافق العامة، بل إتخذت كأداة لتحرير الإدارة في حد ذاتها من المهام المثقلة بها خاصة في الميدان الإقتصادي والاجتماعي، مما أثر على مستقبل المرافق العامة في الجزائر وأصبح ذلك محل العديد من التسؤلات.

وعلى هذا فإن هذه الدراسة المقترحة هي إستطلاع للتجربة الجزائرية منموقع نقدي وحصص للتحديات التي واجهت هذه التجربة ومستقبلها خاصة عندما تسرعت الانظمة الجزائرية فيفتحام الغمطياز بصورة معممة على كل المرافق العامة تقريبا مما جعل وتيرة إنتشارها متسارعة مما قد يعزل الواحد يحكم بالتسرع ربما العشوائية في توضيف هذه الأداة دون تهيئة كاملة لأرضية عمل لها مع العلم أن المرفق العام في الجزائر يكاد يكون غير مستقر، لكن منجهة أخرى فقد عاشت الجزائر منذ التجربة الديمقراطية والفعلان عن الجمهورية الثانية الجزائرية (نستور 1998) بعد أحداث أكتوبر 1988 مباشرة على وقع نظام دولة جديد قللت من دورها للمرور من مفهوم الدولة المتدخلية إلى مفهوم

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

الدولة الحارسة لا فكان الغمّيّاز من بين احد أهم الوسائل التي به تخلت الغدارة الجزائرية بصفة مشروطة لمن منحتهم غمّيّاز تسيير مرافقها.

لاشك أن المرفق العام على المحك وهو الذي أعتبر من قبل رجال القانون العام بديل لمفهوم السيادة وبالأخص من منظور الفقيه كيون ديجية وهو يقارن بين توجهاته الدستوية والحكومية وتطابقها مع النظام الإداري الفرنسي، في حين أن فقدان أهميته في الانظمة العربية واستبداله بالمؤسسة العمومية خاصة في لبنان والجزائر جعل من الدولة في وضع دركي ضبطي بالرغم من أنه احتل مكانة هامة في الجزائر من خلال الخطاب الحكومي ، ذلك ان المصلحة العامة كهدف للبرامج السياسية تتطابق واولويات المرفق العام، فلهذا الجزائر اليوم تسريد رد إعتبار المرفق العام من خلال إدارته بأسلوب الإمتياز لعجز الدولة عن إدارته بصفة مباشرة في مقابل كثافته المحتومة بتنامي الحاجيات الفردية وعدم القدرة على تغطية تكاليف الإدارة المباشرة له فهل يمكن القول بنجاح هذه التجربة؟ لا سيما وانها لم تضع في حسابها الصدمة التي يتلقاها المرفق العام وفي عذريته تحديدا لان ان الإمتياز سيؤثر على كيان المرافق العامة وهذه هي أكبر سلبياته.

### الإمتياز كأداة إنقلابية للتصور العام للإدارة الطبيعية المرافق في الجزائر.

إن تفعيل العمل المرافق العامة من خلال الإمتياز الذي يسير في نفس نسق الصفقات العمومية في الجزائر والتي كانت المثال الذي يحتذى به في النظرية العامة للعقود الإدارية بل هي العقد الإداري في حد ذاته والتي أصبحت فيما بعد مجرد عمل إداري مركب، جعلت منا نرى بأن النشاط الإداري التعاقدى للإدارة الجزائرية لم يكتب له الوجود لحد الساعة، كما وأنه من جهة أخرى فإن الإمتياز في الجزائر كتصرف قانوني تم تبنيه في إدارة المرافق بطريقة أو بأخرى و لم يخرج من إعتباره تصرف إداري من جانب واحد للإدارة — كما تدل عليه الأنظمة القانونية التي بينت أحكامه — رغم أن التصرف المنفرد للإدارة الجزائرية، لا بد أن يكون تابع من إرادتها المنفردة، إلا أن الإمتياز الذي هو لدينا تصرف أحادي الجانب في مظهره الداخلي يصدر بطريقة تعاقدية.

مما يجعل من غير الطبيعي التفكير في عذرية النظرية العامة للقرارات الإدارية التي في الجزائر تجعل بين أجنحتها العديد من الإستثناءات وهذا ما يؤدي إلى إحداث أثر سببي فيها وكما سوف نكشف عليه لاحقا سيكون للنظرية العامة للقرارات الإدارية لدينا، إعادة نظر الأخرى، أي أن الشيء الذي نجزم به مسبقا هو أن النشاط الإداري في الجزائر والذي يكون على شكل قرارات أو عقود لن يستمر هكذا بحيث، أن نشاط الإدارة الجزائرية نشاط مركب، ولقد فعل

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

الإمتياز من جهته النشاط الطبيعي لإدارة الجزائرية وجعل منه نشاط مركب وذلك بتركيب أدوات القانون العام وأدوات القانون الخاص، وبتوحيد العناصر اللانحوية والعناصر التعاقدية في هذا التصرف.

إن خصوصية السياسة العامة لإدارة المرافق العمومية في الجزائر وما صاحبها من إظهار جانب إدارة المرفق من خلال تكريس إمتيازات السلطة العامة<sup>(9)</sup> تلك السياسة التي منعت النظرية العامة للمرافق العمومية من أن تولد وظلت رهينة البرامج السياسية التي حكمت البلاد، وكيف يمكن لها أن تولد في ظل إنعدام المرافق العمومية لدينا؟ والتي فيها لعبت المؤسسات الإدارية دور المرافق العمومية إلى غاية نهاية سنوات الثمانينات، أين باشرت الدولة سياسة رد الإعتبار للمرفق العام الذي بدأ يعيش حالة من الصراع القانوني وفي ظل هذا الوضع الغامض للمرفق العام، كيف يمكن الحديث عن إمتياز المرافق العمومية؟ وكيف يمكن البحث عليه في الفترة التي لم يكن فيها المرفق العام موجودا؟ ولعل هذا ما جعل جانب من الفقه الجزائري يرى بأن الإمتياز لم يظهر إلا في نهاية الثمانينات وهي الفترة التي فيها بدأت الدولة تكتشف مرافقها العمومية ومع ذلك يرى جانب آخر من الفقه<sup>(11)</sup>، بأن الإمتياز كان منذ بداية نشأة الإدارة الجزائرية وبشكله الطبيعي من خلال منح الدولة للشركات الوطنية وبعدها المؤسسات الاقتصادية تسير القطاع الإقتصادي عن طريق الإمتياز.

ومن خلال الإختلاف الفقهي لكل إتجاه له حجته الدامغة فيما ذهب إليه رغم التناقض الواضح بينهما يتأكد لنا بأن مفهوم الإمتياز غير مرتبط بالمرفق العام وغير مرتبط بالنشاط الطبيعي للإدارة الجزائرية التي إستعملته من أجل نقل الإدارة من مرحلة إلى مرحلة أخرى وهو الذي أثر وقلب نشاطها الطبيعي المتمثل في إحداث علاقات ومراكز تنظيمية مع الأفراد أو علاقات أو مراكز تعاقدية معهم، تلبية لحاجياتهم إلى تركيب علاقتها بموجب الإمتياز ضمن توحيد العناصر اللانحوية والعناصر التعاقدية، وهذا يكون حتى في غياب المرفق العام الذي من المفروض أنه أداة إدارة له.

من كل هذا نظم رأينا للإتجاه الذي أكد على وجود الإمتياز حتى ولو في ظل غياب المرفق العام رغم أن هذا الإتجاه إستلزم وجوده في نهاية الأمر إقتداءا بالفكر الفرنسي ولم يوضح أن هناك حلقة مفقودة في التفكير العام لمفهوم الإمتياز وهي المرافق العمومية.

ومن هنا نرى بأن الإمتياز في الجزائر يمشي بساق واحدة وهي السلطة الإدارية نون سنوي ثابتة التي هي المرفق العام، وبذلك السلطة الإدارية لا تحتاج إلى مسرور أو تنظيمية تتماشى مع تحميل صاحب الإمتياز مسؤولية تأمين مهمة مرفق عام، بل إلى عناصر تنظيمية والعنصر التنظيمي الوحيد الرائد في الجزائر

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

هو اللاتحة الإدارية، ولا تحتاج إلى عناصر تعاقدية تنصب على العلاقة بينها وبين صاحب الإمتياز، لأن الشروط تكون منصبة على طبيعة كل مرفق، وفي تغيب هذا الأخير تكون هناك عناصر تعاقدية بديلة يكون فيها عقد الإدارة هو العنصر الرائد في العقود الإدارية في الجزائر كون أنه تحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، تلك القاعدة التي تتبناها دفاتر شروط الإمتياز في الجزائر، ومن هذا فإن مفهوم الإمتياز لدينا مركب من عناصر تعاقدية وعناصر لائحية.

### 1 - العناصر اللائحية التي تحكم الإمتياز والمرفق العام معا:

من الضرورة بمكان أن يتم إصدار لوائح إدارية، إذا تصرفت الإدارة في الجزائر عن طريق أسلوب الإمتياز ولا نكتفي فقط بوضع الشروط اللائحية لأن وضع شروط لائحية يستوجب وجود مرفق عام تتعاقد الإدارة بموجبه كي يؤمن صاحب الإمتياز سير مهمته وفي حالة غياب المرفق لا تظهر علاقة تعاقدية بين الإدارة مانحة الإمتياز وصاحب الإمتياز بل تظهر علاقة لائحية إنطلاقا من أن التكليف الصائب لها هو كونها علاقة تنظيمية تجعل من صاحب الإمتياز يذعن للوائح الإدارة، ومن ثم فالعلاقة بين الإدارة المانحة الإمتياز وصاحب الإمتياز تخضع لعمل أحادي الجانب من الإدارة، فلا وجود لإمتياز إداري بل إمتياز الإدارة في حد ذاته، إلى درجة أن الدارس لمختلف القوانين الجزائرية المنظمة للإمتياز يحكم على ذلك وعلى سبيل المثال، القانون المتعلق بإمتياز الدولة في إحتكار التجارة الخارجية، وإمتياز الدولة الفلاحي.

أ - فيالنسبة لإمتياز الدولة في إحتكار التجارة الخارجية الذي تم تنظيم أحكامه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 89 - 01 المؤرخ في 18/01/1989 (الجريدة الرسمية رقم 3 ص 64) والمتعلق بضبط كفيات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالإمتياز في إحتكار الدولة للتجارة الخارجية الذي جاء تطبيقا للقانون رقم 88 - 29 المؤرخ في 19/07/1988 (الجريدة الرسمية رقم 29 ص 800) و المتعلق بممارسة الدولة للتجارة الخارجية.

هذا المرسوم الذي ورغم أنه عرف الإمتياز في الفقرة الأولى من المادة الرابعة منه فقد إعتبر الإمتياز عقد بنصه: «إمتياز إحتكار الدولة للتجارة الخارجية عقد من عقود القانون الإداري تحدد بموجبه الدولة التبعات والشروط التي يخضع لها صاحب الإمتياز، وتبين حقوقهم وواجباتهم»، إلا أنه أفرغ هذا الاستعاقف من مستواد الحقوق وهذا في الفقرة الثانية من نفس المادة «ينجز صاحب الإمتياز، في هذا الإطار، تحت مسؤوليته الخاصة، وحسب أنسب الطرق

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

لصالحه، عمليات الإستيراد المطابقة لمخططة المتوسط الأمد ضمن احترام البرنامج العام للإستيراد»، والمقصود من ذلك أن صاحب الإمتياز يخضع في جلب المواد المستوردة إلى اللوائح المنظمة لذلك والمعدة من قبل السلطات الإدارية المركزية، وهي اللوائح المنبثقة عن مخطط الدولة وعن برنامجها العام للإستيراد.

وبهذا لا يمكن أن تكون هناك علاقة تعاقدية في إمتياز من هذا الشكل، وهذا ما يستفاد من تفسير خضوع صاحب الإمتياز إلى كل من البرنامج العام للإستيراد في نص المادة 5 من دفتر الشروط الملحق بهذا القانون، والتي تجعل من المستفيد من الإمتياز في مركز المذعن للوائح الإدارة ولا يستفيد من أي مركز تعاقدية على إعتبار أن هناك عمل تنظمي من قبل الإدارة مأتحة الإمتياز «... يمنح إمتياز إحتكار الدولة للتجارة الخارجية في مجال الإستيراد لمدة خمس (5) سنوات قابلة للتجديد، ويمكن أن يمد أو يحد أو يعدل حسب ضغوط التوازنات الخارجية، المنصوص عليها في القانون المتضمن المخطط السنوي ومحتوى المخطط الجديد المتوسط الأمد» مع العلم أن المستورد هو الذي يعد صاحب إمتياز.

أما المصدر فيخضع لرخصة ممنوحة من الدولة ولا يستفيد من أسلوب الإمتياز والترخيص يعد عملا إداريا منفردا من الإدارة يبتعد عن مفهوم الإعتماد<sup>(1)</sup> لأن الإعتماد "L'agrément" هو عملا إداري مختلط يحوي شروطا تعاقدية وأخرى تنظيمية وهذا ما نصت عليه المادة 10 من نفس القانون «يرخص للمؤسسات العمومية في إطار البرنامج العام للتصدير، بتصدير منتجات وخدمات باستثناء المنتجات الخاضعة لنظام قانوني خاص» والغريب في الأمر أن نص المادة 11 من نفس المرسوم تجعل للرخصة نفس قيمة الإمتياز ولا يعلم إن كان المقصود هنا القيمة القانونية؟ فإذا كان الأمر كذلك فالإمتياز الممنوح للمصدر هو في النهاية مجرد رخصة أي لائحة إدارية ولا يبدوا أن المقصود هنا شيء آخر غير القيمة القانونية ومن هذا فإن التكيف المنطقي يؤكد أن الإمتياز إعتد اللائحة الإدارية كمبدأ عام متجاهلا التعاقد الذي هو قاعدة كل إمتياز ميرم.

ومن هذا كله فإن المادة الرابعة من المرسوم المتعلق بامتياز الدولة في إحتكار التجارة الخارجية والتي عرفت الإمتياز على أنه عقد من عقود القانون العام، لم تأت بهذا التعريف الذي يوحي فقط بفكرة الطابع التعاقدية للإمتياز، إلا من باب جعل الإمتياز تعاقد إداري سوى إستثناء والقاعدة هي تنظيم الإمتياز باللائحة الإدارية، مما يؤكد أن أحكام الإمتياز لدينا لا تشير إلى ما توصل إليه الفساحون المعاصر من إحتيازه عقد إداري ذو طابع تنظيمي، لأن ذلك يفترض أن يكون مستندة مساندة منذ البداية، وأن العقد يظل هو القاعدة العامة في الإمتياز والتنظيم هو الإستثناء، بل أننا أمام لائحة إدارية مبنية على موافقة الشخص

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

الممنوح له الإمتياز أي أن الإمتياز هو إتفاق شرطي يتحقق إذا راعى صاحب الإمتياز الوانح المنظمة له.

ب - الإمتياز الفلاحي، والذي نظم بالمرسوم التنفيذي رقم 475/97 المؤرخ في 1997/12/08 والمتعلق بمنح إمتياز المنشآت والهيكل الأساسية للري الفلاحي الصغير والمتوسط، كما تم تنظيمه على الأخص بموجب التنفيذي رقم 483/97 المؤرخ في 1997/12/15 الذي يحدد كفيات منح حق إمتياز الأراضي الخاصة التابعة للدولة والواقعة في المساحات الإستصلاحية، وأعبائه وشروطه (الجريدة الرسمية عدد 83)، وهذا المرسوم الذي يجعل الإمتياز الفلاحي على شاكلة اللاتحة الإدارية وهذا ما تفيدته المادة الأولى منه بنصها «عملا بأحكام المادة 117 من المرسوم التشريعي رقم 93-18 المؤرخ في 29/12/1993 و المتضمن قانون المالية لسنة 1994، المعدلة والمتممة بأحكام المادة 148 من الأمر رقم 95 - 27 المؤرخ في 30/12/1995 والمتضمن قانون المالية لسنة 1996 والمذكور أعلاه، يحدد هذا المرسوم كفيات منح إمتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة، الواقعة ضمن المساحات الإستصلاحية وأعبائه وشروطه وإحتمال تحويل هذا الإمتياز إلى تنازل» ومن نص هذه المادة، يتضح بأن هناك تشكيك إصطلاحي في إدارة القطع الأرضية التابعة للدولة بأسلوب الإمتياز.

وذلك بكون الإمتياز بعد مرحلة إجرائية يمكن أن تتلوها مرحلة أخرى تتمثل في التنازل النهائي لصاحب الإمتياز عن القطعة الأرضية، أي أن تصرف الإدارة مانحة الإمتياز هو تصرف منفرد في النهاية وما التنازل إلا لاتحة إدارية ينضم إليها الإمتياز في نفس القيمة القانونية، ولكن لم يكتف المرسوم بالإشارة إلى التنازل المعرف في التصرفات الإدارية بل جعله تنازل بمقابل، أي أنه مشروط ولم يحسد المرسوم كيفية التنازل الذي يكون بمقابل مما يجعل في نهاية الأمر قيمة هذا التصرف القانونية ليست بيعة لأن الأمر يتعلق بالتنازل أي بالإرادة الحرة المنفردة للإدارة والتي تعلن المقابل الذي يدعن له المستفيد دون مناقشة أو تفاوض والذي يشكل النهاية الحتمية للإمتياز.

إن القول إذا بوجود إمتياز يتحول في النهاية إلى تنازل يجعل من أي باحث في هذا الصدد ينكر أن الإمتياز في القطاع الفلاحي موجود، لأن الإمتياز الفلاحي قد أفرغ من محتواه الحقيقي ويزداد الأمر تعقيدا بتضارب هذا المفهوم مع معتقدات المرفق العام التي تقتضي مبدأ إستمراريته والتنازل يتنافى وهذا المعتقد.

وحتى وإن بحثنا في تكوين الإمتياز الفلاحي فإن نشأته ليست تعاقدية على الإطلاق بل هو ناشئ بموجب لوائح إدارية، أي نشأته لاحية كون أن الإمتياز

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

الفلاحي ينشأ بموجب رخصة من مديرية أملاك الدولة، وهذه الأخيرة ناجمة عن جملة من اللوائح المتعاقبة والتي يكون بدايتها بقرار من وزارة الفلاحة لتمويل المشاريع لصالح المستفيد من الإمتياز الفلاحي - وأن هذا الأمر يتضارب وكون مسؤولية صاحب الإمتياز تفرض عليه أن يمول وحده إدارة المشروع - وبعد ذلك قرار من لجنة التأهيل الأولية على مستوى الدائرة ثم قرار آخر من لجنة التأهيل الولائية وقرار آخر من مديرية أملاك الدولة بحيث أن معظم الإمتيازات التي منحت كانت بموجب ترخيص من مديرية أملاك الدولة، وهنا نكون أمام لائحة إدارية أخرى هو الترخيص الذي يعد قرار إداري تمهيدي سابق عن التعاقد وهو الآخر قرار، إذ أنه مرتبط بجملة من اللوائح الإدارية التي تتحكم في الإمتياز لكي يحصل تعاقد وهذا ما تفيد المادة 8 من نفس المرسوم « تقرر إدارة أملاك الدولة مقررا يتضمن الترخيص بالإمتياز بعد قبول طلب الإمتياز، من طرف اللجنة التي يحدد تشكيلها وعملها بقرار وزاري مشترك بين الوزراء المكلفين بالفلاحة والري والمالية، يرسل هذا المقرر مرفوقا بالملف إلى مدير الأملاك الوطنية التابعة للولاية المختص إقليميا لتحديد عقد الإمتياز الذي يلحق به دفتر الشروط الممضى من الطرفين وبطاقة تعريف المشروع».

وعند الحديث عن الجانب الوحيد المتبقي في الإمتياز وهو التعاقد فإن التعاقد تحرره الإدارة لوحدها ممثلة في إدارة أملاك الدولة أي بإرادة أحادية الجانب منها أي أن البنود التعاقدية الموجودة فيه لم يصنعها الطرفين بل صنعتها الإدارة لوحدها، وهذا ما يكيف على أنه عقد إكتتاب وهو العقد الوحيد الذي يشبه عقد الإذعان في القانون الخاص بما أن البنود التعاقدية في عقد الإكتتاب تصنع من طرف واحد في العقد يملك سلعة حيوية وبهذا فإن الإمتياز الفلاحي، ما هو إلا قرار إداري مشروط برضا المخاطب به ينصرف إلى مفهوم اللائحة الإدارية.

## 2 - العناصر التعاقدية التي تحكم الإمتياز والمرفق العام معا:

إن المنظومة التعاقدية للإمتياز في الجزائر لم تحض باهتمام الفقه الجزائري الذي إقتصر على جعله أسلوبا لإدارة المرافق العامة ودرسه فقط من هذه وربما يرجع الأمر إلى أن وضعية المرفق العام المتردية في الجزائر و عدم إقبال المشرع الجزائري على تنظيم أحكامه كما فعل في الصفقات العمومية.

ورغم تازم عقود الصفقات العمومية وفقدان قيمتها الإدارية بعد أن فلتت نظرية العقد الإداري من محيطها وكان هذا سببا من بين عديد جملة الأسباب التي جعلت بعض الباحثين في هذا الميدان الذي لم تلمسه إلا بعض أقلام المحققين ومن أمثالهم الأستاذ القدير شريمسست بن ناجي الذي يرى أنه في ظل تطور قانون الصفقات العمومية كمعيار لتسوية العقد الإداري، فإنه يمكن الإرتكاز على عقود إمتياز المرافق العامة كبديلة لمعيار الصفقات العمومية، وأن

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

البحث في النظام التعاقدى للإمتياز يفى بالفرض، لأن الإمتياز يحمل نظاما غير مألوف يتمثل في سلطات الإدارة على صاحب الإمتياز من سلطة فسخ العقد الرقابة فرض العقوبات والتعديل المنفرد له.

ولكن وإن كانت هذه السلطات تتماشى مع الشروط التنظيمية، والتي وضعناها في العناصر اللاحية الموجودة في الإمتياز، وتنصرف بالتالي إلى مفهوم التصرفات الإدارية المنفردة فهي لا تتماشى مع الشروط التعاقدية التي أدرجناها ضمن العناصر التعاقدية و بالتالي فإننا نجزم بطابعه التعاقدى الذي يبقى بعيدا عن هذا المفهوم، لأنه لا يصلح أن يكون في الأصل أداة تعاقدية محض فكيف نجعله بديلا وقاعدة لفهم العقود الإدارية في الجزائر ثم أن الشروط التعاقدية الواردة في عقود الإمتياز كلها تنصرف في الجزائر إلى قواعد القانون الخاص غير أن العناصر التعاقدية تتمثل فقط في دفتر الشروط الذي يبين العلاقة التعاقدية الموجودة فيه.

وإن دراسة الطبيعة القانونية لدفتر الشروط تفيد أنه عمل مختلط (14)، يحوي على نوعين من الشروط، شروط تنظيمية وأخرى تعاقدية ولا يختلف الأمر إذا ما كنا في دفتر شروط خاص بالصفقات العمومية، أو أي تصرف إداري آخر أو حتى في إمتياز المرافق العامة كون أنه يخلق دوما نوعين من الشروط ما دام أنه يحكم العلاقة بين الإدارة والمتعامل معها فيجعل لهذا الأخير مركزين، مركز تنظيمي ومركز تعاقدى.

فالمركز التنظيمي لصاحب الإمتياز ينطبق عليه وعلى غيره فعليه بموجب هذا المفهوم أن يحترم قانون المرفق العام الذي هو دوما يحكم العلاقة بين الطرفين وعلى هذا يمكن للإدارة أن تغير ما تشاء من شروطه التنظيمية الموجودة في دفتر الشروط لأن المتعامل مع الإدارة ليس له أن يحتج بذلك مادام المركز الذي إكتسبه مركز تنظيمي عام، كالتقليل من القيمة القصوى للرسوم التي يتحصل عليها صاحب الإمتياز من المنتفعين من المرفق العام لأن الرسوم المفروضة على المنتفعين تدخل في الشروط التنظيمية للمرفق العام ولا تخص صاحب الإمتياز وتخرج بالتالي عن إطار العلاقة التعاقدية التي تربطه مع الإدارة مانحة الإمتياز، كما أن الرسوم المفروضة لها، من القوة القانونية التي تجعلها تتعدى حدود التنظيم لأن الأصل فيها أنه تصدر بتشريع وذلك من خلال قوانين المالية فضلا عىء جباية الإل بنص تشريعي، مما يجعل حتى في بعض الأحيان لصاحب الإمتياز عاجز عن مقاضاة الإدارة عن طريق دعوى تجاوز السلطة في مثل هذه الحالات، لأنه في بقية الحالات يتمكن صاحب الإمتياز من أن يحتج عن تعديل الشروط التنظيمية عن طريق دعوى تجاوز السلطة إذا كان التعديل يشغل ضمن الحالات الأربع لرفع هذه الدعوى.

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

والمركز التعاقدى لصاحب الإمتياز يجعل لهذا الأخير حق شخصي يستفيد منه لأنه ناجم عن علاقة ذات طبيعة تعاقدية، ويمكن له أن يحتج من جراء الاستعديل الإفرادى من الإدارة لهذا المركز التعاقدى، وتجدر الإشارة إلا أن هناك أمرين يؤسسان هذا المركز التعاقدى يتعلق الأول بدفتر الشروط ويتعلق الثاني بالمرفق العام.

فالأساس الأول يتعلق بعنصر تعاقدى ناجم عن وثيقة إدارية تتمثل في دفتر الشروط بوصفه التعاقدى كونه يحدد الحقوق والواجبات المتبادلة بين الطرفين، الإدارة مانحة الإمتياز وصاحب الإمتياز، وبالتالي وإن كان هناك تحديد للحقوق والواجبات المتبادلة بين الطرفين بما يفيد بعضا من الحرية التعاقدية ويضعها محل تساؤل و محل إشكال في مدى تواجد الشرعية الإتفاقية الناجمة عن وجود إتفاق إرادتين، وهذا ما يجعل من عقد الإمتياز عقدا نموذجيا جاهز للموافقة عليه من صاحب الإمتياز، فإن الإشكال لا يطرح هنا وإنما يطرح في مدى أحقية صاحب الإمتياز في رفضه أو تعديله رغم أنه جاهز كي يكون العقد نافذا في حق الطرفين، إلا أن الجواب عن هذه المسألة يكون بالنفي كون العبرة بالإتفاق الذي لا يهيم فيه الأسلوب الذي أتبع فيه، وهذا الجواب الذي يمكن الأخذ به رغم سكوت الفقه والقضاء الجزائريين عن هذه المسألة، كون أن الدليل ناجم عن الآثار التي يتولد عنها تعاقدا من هذا النوع والتي يتأكد فيها الإحترام المتبادل لأرادتي الطرفين المتفقتين والتي لا يجوز فيها للإدارة تعديل الشروط التعاقدية بطريق منفرد.

ويمكن التعرف عن مدى وجود رضائية تعاقدية في دفتر الشروط من خلال الحقوق والإلتزامات المتبادلة بين الطرفين وعند الرجوع للمرسوم التنفيذي رقم 97/483 المتعلق بالإمتياز الفلاحي المذكور سابقا وإطلاقا من الفقرة الثانية (2) من المادة الثامنة (8) التي تنص على عقد الإمتياز « تحرر إدارة الأملاك الوطنية عقد الإمتياز بالرجوع إلى دفتر الشروط النموذجي الملحق بهذا المرسوم والسذي يتضمن الأعباء والشروط الخاصة بكل إمتياز» وهكذا فدفتر الشروط يعد المستند الأساسي في عقد الإمتياز وهذا إقتداء بالنظرية العامة له ومن ذلك وعند الذهاب إلى الملحق المرفق بدفتر الشروط هذا.

فمنص المادة الرابعة منه (4) تبين الإلتزامات صاحب الإمتياز أي حقوق الإدارة «الإلتزامات صاحب الإمتياز، يلتزم صاحب الإمتياز بإنجاز برنامج الإستصلاح فسي الأجل المرجعية الملحقة بدفتر الشروط هذا ويتعين عليه أن يصرخص له بالعسور لكسل هيئة متخصصة تابعة للإدارة المحلية الفلاحية قصد الإستقويم التطوري لعمليات الإستصلاح، يلتزم صاحب الإمتياز بتزويد الإدارة بكل المعلومات التي قد تطلبها منه قصد متابعة عمليات الإستصلاح يلتزم صاحب الإمتياز بتوفير الأموال الضرورية لإنجاز عمليات الإستصلاح بصرف النظر عن

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

عمليات الدعم والمساعدة التي تقدمها الدولة، يتعين على صاحب الإمتياز أن يمثل للتنظيم الساري المفعول فيما يتعلق بعمليات جلب المياه، وعلى الخصوص الحصول على رخصة الإستغلال التي تسلمها المصلحة المختصة».

أما نص المادة الخامسة (5) منه فتبين إلزامات الإدارة أي حقوق صاحب الإمتياز «مساهمة الدولة، يمكن أن تساهم بالتكفل الكلي أو الجزئي بنسبة..... % من النفقات الضرورية للمنشآت الأساسية - طرق العبور، الكهرباء، جلب المياه - إلى نهاية حدود الأراضي موضوع الإمتياز، يمكن للدولة، بناء على طلب صاحب الإمتياز، إنتداب خبراء فلاحين لفترة معينة قصد تقديم المساعدة التقنية، يمكن للدولة أن تتكفل بتكوين مستخدمي المستثمر مهنيا، تقدم الدولة كل التسهيلات والمساعدات الضرورية من أجل نجاح الإستصلاح، تضع الدولة تحت تصرف صاحب الإمتياز كل الوثائق الضرورية» وهذه المواد وجملة أخرى من المواد من المادة السادسة (6) إلى المادة السابعة عشر (17) والتي تتضمن أيضا الحقوق والواجبات من الشروط المالية الضمانات والرهن العقاري... وغيرها تكون محررة من قبل إدارة أملاك الدولة وتضمن في إطار عقد الإمتياز، لتبين لصاحب الإمتياز حقوقه وواجباته وتكون من ثم نافذة حتى إنتهاء الإمتياز هذا خلال مدة الإمتياز والتي تحدد بطريقة إتفاقية وتنتهي بطريقة إتفاقية أو بالرجوع إلى القضاء كما نصت على ذلك المادة الثامنة عشر (18) التي تبين حتى أن هناك نهاية رضائية لعقد الإمتياز... يمكن فسخ الإمتياز في كل وقت باتفاق الطرفين، بمبادرة من صاحب الإمتياز، على أن يقوم بإشعار مسبق مدته ستة (6) أشهر، بمبادرة من الإدارة، إذا لم يحترم صاحب الإمتياز الإلتزامات المفروضة عليه وعلى الخصوص تلك المتعلقة بإتجاز برنامج الإستصلاح وفقا للشروط والأجال المحددة، وفي الحالة الأخيرة يكون لصاحب الإمتياز الحق في تعويض تحده مصالح الأملاك الوطنية المختصة إقليميا، وذلك بعد إعدارين يتم إرسالهما لصاحب الإمتياز برسالة موصى عليها مع الإشعار بالإستيلام وبيقين دون جدوى...».

وهذا كله يدخل في أحد أسس عقد الإمتياز الذي تنبني عليه العناصر التعاقدية ودفتر الشروط في الجزائر يكون بالتالي تجاوز حدود العمل الإداري المختلط "L'acte administratif mixte" لأنه ليس فقط نص يحوي على نوعين من الشروط التنظيمية والتعاقدية بل إنه يتعدى ذلك إلى إعتبره عقد نموذجي "Contrat-type"

وليربط ذلك بالمرفق العام (1) الذي اعتبر كنظام من الوجهة العضوية لا يفهم إلا من خلال المؤسسة العامة بالرغم من أن الوجهة الموضوعية هي التي تبين وجود المرفق العم لان له صلة بالنشاط الإداري وليس بمن يقوم على هذا النشاط، وفي رأينا أن المرفق العام وإن كان عبارة عن نظام فهو يدخل في

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

مفهوم الشخص المعنوي العام الإداري، كي يمكن القول بالتباعد المفاهيمي بين الأمرين وإن كان هذا مجرد احتمال، فلأن الأمر يتعلق بالبحث عن قيمة العمل الإداري بالنظر للتصرف الإداري.

إن التأسيس النظري للربط بين المرفق العام والإمتياز تنحصر في كشف الحدود فمفهوم المرفق العام كان محل معالجة ومراجعة لكثير من الفقه على اعتباره نظام أي شخص عام وهذا ما لا يتلاءم مع طبيعة المرفق في حد ذاته والمثا يبين أنه إن كان التنظيم في مجال الصحة العمومية يفترض وجود مستشفى فإن هذه الأخيرة مؤسسة عمومية إدارية لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تعبر عن الصحة العمومية التي تبقى مجسدة في الإصطلاح السليم لها وهو المرفق العام للصحة العمومية، مما يبين بأن الشخص العام الإداري الذي هو جانب التنظيم في المرفق العام يبتعد عن الإطار الأصيل له.

إن الطرح السابق تاكد من خلال الفصل بين الشخص العام الإداري - الذي يسمى المرفق العام - وبين المرفق العام، ونتيجة لذلك إتسع بإفراط الفرق، طالما أنه فصل التطابق الذي حدث بين المرفق العام العضوي والموضوعي، ويمكن في هذا الصدد عرض أهم السوابق القضائية لمجلس الدولة الفرنسي وهو يتناول قضية Narcy ( مجلس الدولة 1968/06/28 ) الحولية القانوني 1186 - Walinek وخلصنا ماذكر في هذه القضية أن المراكز التقنية والصناعية هي مؤسسة عامة تؤمن إدارة مرفق عام مع بقائها هيئات خاصة فكيف ولدت هذه الهيئات؟

السؤال يجعلنا نربط بين المرفق ذوو الطابع الصناعي او التجاري والمنفعة العامة، فهذا المرفق غير الإداري لإذ أمن منفعة عامة فلن يؤمنها إلا إذا قام باستعمال إمتيازات الإدارة ولا شك أن هذه الأخيرة هي أعمال السلطة أي أعمال إدارية مهمة مهما تنوعت ولتؤكد ما يلي :

إن المرفق غير الإداري الذي ينفذ مهمة مرفق عام إداري يرتقي ليصبح في مصاف المرافق العامة الإدارية، إذا صاحبه عمل إداري لكن في النهاية يمكن أن نقول أنه مشروع خاص يسمى بالهيئة الخاصة، أي أن العمل الإداري قام بتركيب مرفقين، مرفق إداري ومرفق غير إداري، الذشيء الذي يوصلنا إلى العمل الإداري المركب ( الإمتياز ) والمثال، الينات الخاصة كصناديق الضمان الإجتماعي ينطبق عليها التحليل السابق وهكذا يمكن القول أن العمل الإداري من هذه الزاوية له قيمة بالنظر لأحد مظاهر التصرف الإداري وهو المرفق العام، شذا إذا كانت هذه الفكرة محل نقاش، أما الزاوية الأخرى والتي لا نقاش فيها هو مشروع المرفق العام في حد ذاته، لأن نشوؤه عادة ما تبادر به السلطة

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

التنظيمية إذ ما ذهبنا إلى دستور 1958 الفرنسي، فغن إنشاء المرافق العامة يكون عن طريق التنظيم.

وإن دخلنا إلى موضوع تسيير المرفق العام، والمثال المأخوذ من أحدث وأشهر أليب تسيير المرافق العامة وهو الإمتياز فذا الخير أسلوب يخول بموجبه شخص عام - كما عرفنا ذلك سابقا - يسمى مانح الإمتياز شخص طبيعي أو معنوي يسمى صاحب الإمتياز إقمة مرفق عام وإدارته تحت رقابة مانح الإمتياز مقابل عائدات يستوفيها صاحب الإمتياز من المرتفقين، والتميز عمل إداري من منظور أدوات النشاط الإداري رغم أنه مرتبط مع المرافق العمومية التي تعد مظاهر النشاط الإداري وليست أدواته، وعلى هذا فغن المرفق العام لوحد له ليس في غنة عن العمل الإداري ويبدو أن قيمة هذا الأخير تزداد إتساعا حينما يستعمل لتسيير للمرافق العامة رغم أن مفهومه يعد صعبا وغامضا لأنه يستعمل لتبديل عن عملية إدارية.

لكن في الجزائر أعتبر عملية إدارية مشتركة بين مانح الإمتياز والممنوح له والتي لها شيء هام ومشارك بينها وهو العمل المتعلق بإجازة الإدارة و تنازلها عن إحتكار تسيير المرفق العام عن طريق الإمتياز .

نهايك على ان المتيياز في الجزائر أبرز العلاقة التنظيمية والتعاقدية بين الإدارة وصاحب الإمتياز لذلك فإنه عمل إداري تنظيمي وتعاقدية في أن واحد لا يمكن أن يكون إلا عملية إدارية مشتركة وإتفاق مشروط قد تتخلى به الدولة الجزائرية بخطورة عن مرافقها دون الأخذ في الحسبان هذه النقلة النوعية (أنظر الملحق المتعلق بالإمتياز الفلاحي)

المبحث الثاني: تركيب إمتياز إدارة المرافق العامة في الجزائر لأدوات القانون العام وأدوات القانون الخاص.

الإمتياز في الجزائر يرتكز على أساس ثاني فلا يعد فقط إتحاد لعناصر لانحية وعناصر إتفاقية بل يشمل أيضا تركيب أدوات القانون العام وأدوات القانون خاص، وهنا يبرز بوضوح طبيعة الإمتياز في الجزائر المختلفة تماما عن الطبيعة المختلطة له ويتعدى هذا الفهم بحيث يتسع مفهومه ليشمل العمل الإداري المركب في حد ذاته وهذا ما يختلف عن ما ذهب إليه الفقه المقارن لأن الفقه المقارن وتحت ريادة الأستاذ Madiot فيرى فرقا بين العمل المختلط والعمل المركب برأيه:

«... Une assimilation est-elle possible entre l'acte mixte et l'acte complexe? Encore faut-il s'entendre sur cette dernière expression : l'acte complexe n'est pas une convention

**complexe : cette dernière catégorie juridique correspond à un accord de volonté comparant des éléments qui en feraient un contrat administratif et des éléments de qui feraient un contrat de droit commun .ces donc, selon la définition donnée par M. Lamarque "une convention dont l'objet est constitué d'éléments de nature juridique différent que se conditionnent respectivement" il importe également de distinguer l'acte complexe de l'acte collectif. En réalité, l'histoire montre que ces deux notions furent longtemps confondues. Les Allemands ont inventé l'acte complexe .les Italiens l'ont étudié et la doctrine française du droit public, notamment avec la doctrine Française du droit public, avec Duguit et Hauriou, l'a rénové ...».**

و ما أبداه الفقه الفرنسي بعد تورطها وضلوعها في أزمتها التي يعاني منها، وذلك للدفاع عن إستقلالية القانون الإداري برغم أنه ورط النشاط الإداري في فكرة أنه مستمد من القانون العام والخاص لاسيما إذا ما أبرمت الإدارة عقدا خاضعا للقانون العام والخاص في آن واحد في حين أن القانون الإداري الجزائري ورغم سعي الكثير من الذين إستعاروا المفاهيم الفرنسية وحاولوا تطبيقها في المفاهيم الجزائرية، لا يمكن أن نقول باستقلالية القانون الإداري الجزائري

وبذلك فإن النشاط الإداري في الجزائر مستمد من القانون الخاص في معظمه ولا حرج في القول بأن نشاط الإدارة الجزائرية في طريقها لأن تكون نشاطا مركبا من خلال تفعيله بتصرفات مركبة كالإمتياز ومن خلال هذه الزاوية فإن الإمتياز في الجزائر لا ينضم إلا لـصنف الأعمال الإدارية التعاقدية ولا يصلح أن يكون نموذجا للنظرية العامة للعقد الإداري في الجزائر كما أنه ليس بالعمل المختلط لأن ما ذهب إليه الفقه المقارن جعله كذلك وفرق بين العمل المختلط والمركب، في حين يتسرع الباحثين الجزائريين لضمه إلى صنف العمل المختلط وهذا الأمر لا يمكن أن يحدث أبدا في فكرة الإمتياز في الجزائر لأنه مركب من عناصر من القانون العام وعناصر من القانون الخاص وإذا كانت عناصر القانون العام تبدو جليا في فكرة التنظيم المناط بالإدارة مآنة الإمتياز والتي تحتفظ به كسلطة تمارسها على صاحب الإمتياز والتي تجعل هذا الأخير في جزء منه عقد إداري، إلا أنه في جزئه الآخر عقد مدني وهذا ما بددنا إلى دراسة كل من فكرة الإمتياز بين الإثنين من خلال تبين كل من:

1- فكرة الأخذ بالعقد المدني في الإمتياز.

## 2 - فكرة إتحاد العقد الإداري والمدني في الإمتياز.

## 1 - فكرة الأخذ بالعقد المدني في امتياز إدارة المرافق العامة:

إن الإمتياز في نشاط الإدارة الجزائرية في شقه التعاقدية، بالإضافة لوجود علاقة تعاقدية ذات طابع إداري بين الإدارة مانحة الإمتياز وصاحب الإمتياز، مستمدة من إرادة المشرع في توصيفه على أنه عقد إداري في بعض الحالات ولناخذ على سبيل المثال المادة الرابعة (4) من المرسوم التنفيذي رقم 01/89 المتعلق بضبط كيفية تحديد دقاتر الشروط المتعلقة بالإمتياز في إحتكار الدولة للتجارة الخارجية بنصها: « إمتياز إحتكار الدولة للتجارة الخارجية عقد من عقود القانون الإداري...»، والمادة الرابعة (4) من الأمر 13/96 المعدل والمتمم للقانون 83 المتعلق بقانون المياه بنصها: «الإمتياز في مفهوم هذا القانون يعد عقد إداري...» وما شابه هذه المواد، فإن هناك علاقة تعاقدية ذات طابع مدني في نصوص أخرى ومن ذلك التعليلة الصادرة عن وزارة الداخلية بتاريخ: 07/09/1994 المتعلقة بامتياز واستغلال المرافق العامة المحلية فالصفحة الثالثة منها تجعل العلاقة التعاقدية خاضعة لأحكام القانون المدني وفي أهم مبدأ يخص العقود المدنية و في الصفحة السادسة (6) وتحت عنوان طبيعة وموضوع عقد الإمتياز نصت التعليلة على مايلي: «... يتميز عقد الإمتياز بكونه يحتوي على نوعين من الشروط، شروط تعاقدية تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين...» وهذا المبدأ منصوص عليه بموجب المادة 106 و 107 من القانون المدني العقد شريعة المتعاقدين وهو مبدأ شكل مصدر كل أحكام العقود المدنية من خلال إسبهار رجال القانون الخاص به، ويجعل من ذلك قواعد في عدم التعديل المنفرد له، وتنفيذه طبقا لما أشتمل عليه وبحسن نية، ولا تعديل له إلا بحكم قضائي والمسؤولية التعاقدية من جراء خطأ تعاقدية...، وغيره من الأحكام المنبثقة، وعند الوسوج في خلفيات هذا النص من خلال ما ورد في مؤلف السيد عبد الرحمان مزبان الشريف -وزير سابق- (15)، فإنه يرى:

«Les conditions contractuelles: ces conditions sont en principe librement (Consenties par les deux parties au contrat sur la base de l'article 106 du code civil selon lequel "le contrat fait la loi des parties", néanmoins, il est rappeler qu'elles ne jouent que de manière relative en la matière car la concession demeure un contrat administratif marqué par des condition réglementaire. Il en est ainsi pour les usagers des services publics, notamment les clauses relative aux charges et la période de la concession ...».

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

وهذا هو المعتقد المساند بموجب ما ورد من تناول الشروط التعاقدية كشروط تخضع للحرية التعاقدية التامة بين الطرفين وذلك في سبيل تحرير الإدارة من القيود التعاقدية التي تحكم العقد الإداري.

والملاحظ أن تفسير ذلك يرجع إلى تكريس بعد الإدارة العامة في هذا الجانب المتعلق بالأعمال الإدارية لأن عملية تحرير الإدارة هي أحد أوجه الإصلاح الإداري في بداية سنوات التسعينات وهي تصادف ثاني وزارة في الجزائر بعد وزارة الإصلاح الإداري التي كانت موجودة في الجزائر في الستينات لتأسي، وزارة الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري والتي أطلقت جملة من الإصلاحات مست عمق النشاط الإداري والطبيعي للإدارة الجزائرية المرتكزة على إحداث روابط تنظيمية وروابط تعاقدية وتجاوز هذه الروابط الكلاسيكية المعروفة في أي إدارة في العالم، إلى الروابط الإدارية المركبة بالتحام القانون العام والقانون الخاص معا.

ومن آثار ذلك تغيير النظرية العامة الإمتياز في الجزائر لأن فكرة العقد المدني لها استعداد للدخول جنبا إلى جنب مع الإمتياز كعقد إداري وتصل مسألة من يحكم القانون العام أو الخاص مسألة بدون جواب ؟ إلا إذا صنفنا هذا الإمتياز على أنه عمل إداري مركب وإنطلاقا من هذا الأخير ففي الصفحة العشرة (10) من التعليلية، وتحت عنوان آثار الإمتياز أوردت ما يلي: «الإمتياز يعتبر عملا قانونيا مركب ينضمن شروطا إنفاقية وشروطا تنظيمية» و بالنتيجة إذا كان استعمال مصطلح عمل مركب وعدم استعمال العمل المختلط فإن طبيعة العلاقة التعاقدية التي تكون بين الإدارة مانحة الإمتياز وصاحب الإمتياز هي علاقة تعاقدية مركبة من عقدين إداري ومدني الأول مأخوذ من التنظيم الذي يحكم العلاقة التعاقدية فيجعل المرفق العام قانونا للمتعاقدين، والثانية العقد الخاص يحكم هذه العلاقة ويجعل التعاقد قانون للطرفين وعند النظر في الدخول المحتوم للتعاقد المدني كرابطة بين الطرفين فإن هناك علاقة شخصية بين الطرفين تثار من تلقاء نفسها.

وهذا ما مهدت له التعليلية في صفحتها السابعة (7) بنصها تحت عنوان إجراءات منح المرافق العامة المحلية: «ليس هناك إجراء خاص يحدد كيفية منح أمتياز المرافق العامة المحلية وتحديد الشروط المعتمدة عليها في إختيار المتعاملين الخسواص، غير أن أهمية موضوع الإمتياز تجعله عقدا يصفي عليه الطابع الشخصي...»، أي أن تركيب العقد المدني على الإمتياز الذي يعد تصرفا إداريا بدأ حتمية لا مفر منها وهذا ما يجعل الإمتياز في الجزائر يهرب من نظرية العمل الإداري المختلط، وعلى الأقل بالنسبة لإمتياز المرافق العامة المحلية وهذا لأول مرة نجد الإمتياز في الجزائر يأخذ بالطابع المركب إنطلاقا من إسخال فكرة

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

العقد المدني فيه وعلى الخصوص فإن مختلف التشريعات والتنظيمات الجزائرية الأخرى جعلته عقدا إداريا له نوعين من الشروط التنظيمية والتعاقدية.

وبالتالي فإن معيار إرادة المشرع في عقود الإمتياز تظل سارية إلا عندما يسكت هذا الأخير ولا يعرف عقد الإمتياز فيبعد نفسه عن توصيفه إلا أن الإمتياز الذي ينبع بين الطرفين يظل خاضعا لإرادتهما في اللجوء لفكرة العقد المدني أم لا، رغم أن المعطيات القانونية تؤكد مسعى الإدارة الجزائرية في اللجوء إلى هذه الفكرة.

## 2- فكرة اتحاد العقد الإداري والمدني في إمتياز المرافق العامة.

إذا كان الإمتياز وليد سياسة إتبعتها السلطة وخاصة في فرنسا في يوم من الأيام من أجل إعادة ترتيب بيت الإدارة الفرنسية التي أصبحت في نشاطها العادي غير عادية باتباعها الأعمال المختلطة والإمتياز هناك أشهر هذه الأعمال، فإن الأمر لم يولد سياسيا على سبيل الصدفة بل ولد حتميا إلا أنه كان مجرد صدفة في تاريخ القانون الإداري الفرنسي على اعتبار أن تقسيم النشاط القانوني الإداري إلى نشاط تنظيمي ونشاط تعاقدي أصبح غير مقبول اليوم بعد أن باشرت الإدارة بالقيام بتصرفات تحوي في جانب أدوات تنظيمية وفي جانب آخر أدوات تعاقدية.

فكسان لازما عليها اليوم من خلال قضاتها وفقهاؤها العودة إلى الصفر والبحث في هذا التصرف مفاهيميا إذ كيف نفسر وجود تصرفات إدارية تحدث روابط مع الغير لا يعرف إن كانت تعاقدية أو تنظيمية لأن الأمر مرده أن يفلت هذا التصرف من رقابة القضاء كون أنه إذا كيف على أنه تصرف تنظيمي فإن قاضي تجاوز السلطة هو قاضيه الطبيعي إلا أنه يجد نفسه عاجزا عن التعرف عليه وهو في آن واحد تصرف تعاقدي يخضع للقضاء الكامل، وإن كيف على أنه تصرف تعاقدي، فإن قاضي تجاوز السلطة هو قاضيه الطبيعي إلا أنه بدوره يجد نفسه عاجزا على التعرف عليه وهو في آن واحد يخضع للقضاء الكامل وما نظرية العمل الإداري المختلط إلا نظرية يتوارى بها الذين لم يجدوا معيارا للترقية وفك الارتباط بين العلاقتين التعاقدية والتنظيمية، التي لا يمكن فيها أن نفرق بين شرط أو مركز أو موقع تنظيمي وبين شرط أو مركز أو موقع تعاقدي فلا معيار إذا ولو فتشنا في المؤلفات الفرنسية عن معيار واحد فقط، لن نجد، لأن الصعوبة كانت منذ البداية في تحديد طبيعة العلاقة بين المنتفع والمرفق ونسي تضرب بجذورها إلى كتب الفقيه ديجي، وغيره من القدامى وهذا ما لمح عنه الأستاذ دو لوبادار عندما كشف عن ضعف الفقه في حل هذه الإشكالية.

لأن مرد هذا الأمر في نظرنا أن هذا النوع من الأعمال ومع إستحالة الرقابة عليه هو من أعمال السيادة ويضاف إليها حتما كون أن العمل القانوني

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

المختلط ناجم عن عمل سياسي يتمثل في اعلان السلطة عن تخليها في إدارة مرافقها إلى أشخاص غريباء عن المرفق العام والذي فيه تظهر سيادة هذا الإعلان السياسي في تمكين هؤلاء الأشخاص أصحاب الإمتياز من المرفق العام من خلال علاقة سياسية بينهم وهكذا فإن الإمتياز كان من الأفضل أن يدرس في فرنسا علم الإدارة العامة ليعاد تكييفه في علم القانون الإداري.

إلا أن مفهوم الإمتياز في الجزائر إتبع منحى آخر لأنه وليد الإصلاحات الإدارية الجزائرية التي لم تنقطع منذ الإستقلال فلم يكن مربطاً بالمرفق العام الذي بادرت الجزائر باكتشافه مؤخراً رغم أن الإمتياز لا ينفك أبداً على المرافق العمومية لأنه أسلوب من أساليب تسيير المرافق العمومية وكان في الجزائر من أجل إصلاح الإدارة الجزائرية، لأن بعد الإصلاح الإداري هو بعد من علم الإدارة العامة وليس من علم القانون الإداري وأن المتتبع للتنظيم الإداري الجزائري المعتمد على الأخذ بالمؤسسات الإدارية بدلاً عن المرافق العامة الإدارية من خلال نظام عدم التركيز، فإن الإمتياز يظهر جلياً في منح هذه المؤسسات الإدارية إمتياز التسيير العام لها وتنفيذ مهامها بدلاً عن الإدارة المركزية في ظل غياب تام للمركزية فكان البديل هو التسيير الذاتي للمؤسسات.

وهنا بدأ الإمتياز في مفهومه الحالي بالظهور كونه مرتبط في نظامنا بعلاقة القطاع الإداري بالقطاع الإقتصادي وإلا كيف نفسر علاقة السلطة الوصية بمرافقها الإقتصادية في ظل إنعدام تصور للمرفق العام ذو الطابع الصناعي والتجاري أي ذو الطابع الإقتصادي في النهاية فهذه العلاقة التي بدأت في المؤسسات المسيرة ذاتياً، واستمرت مع الشركات الوطنية ثم مع المؤسسات العامة الإقتصادية والتجارية ثم مع صناديق مساهمات الدولة والشركات القابضة ليس إعطاء تسيير هذا القطاع كان عن طريق الإمتياز الممنوح ولو أن مفهومه كان ضعيفاً حينها لأن نظامها القانوني كان غائباً حتى نهاية الثمانينات لتظهر النصوص التي تعلن صراحة عنها.

وهكذا وعند الحديث عن قطاع التجارة الخارجية والتي سبق وان أشرنا له فحسب المرسوم التنفيذي رقم 01/89 المتعلق بضبط كفاءات دقاتر الشروط المتعلقة بالإمتياز في إحتكار الدولة للتجارة الخارجية تنص المادة الثانية (2) منه: «تتدخل الدولة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري في مجال التجارة الخارجية للوفاء باحتياجاتها الخاصة ضمن احترام القواعد المطبقة عليها، ولا يجوز أن تتدخل المؤسسات العمومية الإقتصادية والهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والتجمعات ذات المصلحة المشتركة في مجال التجارة الخارجية لاسيما في الإستيراد إلا بموجب إمتياز إحتكار الدولة للتجارة الخارجية حسب الشروط والأشكال المنصوص عليها في هذا المرسوم»، وهذا النص يشير بوضوح إلى إستعمال الإمتياز وإعتماده من قبل الدولة ممثلة في إدارتها من أجل

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

تسيير التجارة الخارجية، وخاصة في مجال عمليات الإستيراد التي فيها يمنح الإمتياز للإستيراد للقطاع العام الإقتصادي للدولة، بالرغم أن النظرية العامة للإمتياز تجعل الإمتياز ليس حكر على الأشخاص غير الإداريين العاميين بل الخواص أيضا وهكذا فقط المؤسسات العمومية الإقتصادية، الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والتجمعات ذات المصلحة المشتركة أي كل شخص ذوا طابع إقتصادي تابع للدولة فما معنى هذا الارتباط ؟

إن هذا الارتباط يجعل العلاقة القائمة بين الطرفين محكومة بموجب القانون العام وهي علاقة إمتياز وهذا الأخير يعد تصرفا من تصرفات القانون العام الإداري لكن هل أن المنظومة القانونية للإمتياز في الجزائر وبالطريقة التي أراد فيها المشرع الجزائري أن يظهر عليها الإمتياز بقيت تحافظ على طبيعة الإمتياز بعد ذلك ؟

إن إقرار المشرع على أن إمتياز إحتكار الدولة للتجارة الخارجية من خلال نص المادة الرابعة (4) من المرسوم السابق على أنه عقد إداري يفترض معه أن يتم التعاقد أو الإتفاق إلى أن التي يجب أن تتم وفق الطرق المحددة في هذا المرسوم إلا إن هذا المرسوم لم يحدد كيفية إنشاء علاقة إتفاقية من هذا النوع، وكان الأمر منتظرا لأن المادة الثانية (2) من هذا المرسوم جعلت الإمتياز وسيلة تتدخل بها الأشخاص العامة التابعة للدولة في ممارسة إحتكار الدولة للتجارة الخارجية، والملاحظ هنا هو غرابة المصطلح المتعلق في إمتياز الدولة في إحتكار التجارة الخارجية لأنه إذا أشرنا للإمتياز فإن هذا يتعارض مع إحتكار التجارة والإمتياز يتناسب وتحرير التجارة الخارجية.

مما يجعل الإمتياز كتصرف معروف في النظرية العامة وله قيمة مشكوك فيها مادام أن العلاقة بين الإدارة ماثحة الإمتياز وهي السلطة المركزية الوصية من جهة ومن جهة ثانية صاحب الإمتياز الذي لا يعد طرفا غريبا وهو شخص عام تابع للدولة نفسها يحكمها القانون الذي ينظم التجارة الخارجية والذي يقيد فيه ما ورد في نص المادة الخامسة (5) منه: «يمنح الإمتياز بقرار مشترك بين وزير التجارة ووزير المالية...» وهذا ما يتعارض مع نص المادة الرابعة (4) التي تؤكد على أن الإمتياز عقد فكان من المفروض أن يمنح ليس بقرار بل بعقد وإن كان القرار الذي يمنح الإمتياز على أساس دفتر الشروط فالمادة الأولى من دفتر الشروط الملحق بهذا المرسوم تؤكد: «منحت الدولة بموجب قرار إتخذ حسب الشكل القانوني المطلوب المؤسسة...»، و من هنا دفتر الشروط لا يوصلنا إلى وجود تعاقد بل إلى وجود تنظيم و في أبعد الحدود عقد إداري فأين يكمن التعاقد ؟

## الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

إن السؤال السابق جوابه الذي لا مناص منه أن هذا المرسوم لم ينظم العلاقة التعاقدية والتي تركها علاقة تخضع للحرية الكاملة بين الطرفين ولا غرابة في ذلك إذ أن هذا المرسوم أشار في تأشيراته وخاصة التأشيرة الثانية أنه صدر بناء على قانون الإجراءات المدنية والتأشيرة الثالثة بناء على القانون المدني والتأشيرة الرابعة بناء على القانون التجاري وهي أولى التأشيريات التي أتت في الصدارة والتي تجعل منطلق الإمتياز هنا تنطلق من مفاهيم مدنية.

كما أنه ولا غرابة إن قلنا بأن المؤسسة العمومية الاقتصادية في الجزائر وبداية من القانون التوجيهي لها 01/88 ينص في مادتيه 55 و56 على طبيعة علاقتها بالدولة والتي هي علاقة وكالة فهي تنوب شخصا الدولة إذا كانت مؤهلة قانونا وفي هذه الحالة يمكن القول بأن المرسوم المتعلق بالإمتياز الدولة في التجارة الخارجية أوكل هذه المؤسسات الاقتصادية والوكالة هي في الأساس عقد مدني لأنها تعطي للموكل له وهو الطرف الثاني في العقد مركزا شخصيا وإن للمؤسسات الاقتصادية مركزا وحق شخصي على مرفق التجارة الخارجية وليس مركزا عاما وموضوعيا.

كل هذا ما يؤكد فكرة تدخل المؤسسات الاقتصادية في التجارة الخارجية الذي يبقى فيها الإمتياز وسيلة للتخصير لمرحلة تحرير التجارة الخارجية ومن ثم الإقتصاد وإن كان التحرير لا يتمشى إلا مع فكرة العقد المدني الذي فيه الحرية التعاقدية للطرفين ومن هنا تأتي فكرة إتحاد القانون العام بالقانون الخاص والتي تتماشى والعمل المركب لنرى بالتالي هذا الإمتياز كنشاط إداري مركب في رنيننا.

وتظل وسيلة الإمتياز وسيلة جذابة في الجزائر لأنها لم تعتمد إلى من أجل أن تقود الإدارة الجزائرية مرحلة التحولات الاقتصادية أي من الإمتياز إلى التنافس وهذا ما رأيناه في الإمتياز الفلاحي وإن الكم الهائل من المراسيم التي أقحمت الإمتياز في أدق التفاصيل الاقتصادية من إمتياز بمنح إستغلال الشواطئ، الشقق، الحمامات المعدنية إلى الطرق السريعة والمحروقات... وغيرها.

وإذا كان الإمتياز وظف لغرض غير إداري أي ليس من أجل تنفيذ مهمة مرفق عام إداري بل من أجل تنفيذ المهام الاقتصادية للدولة أي المرافق الاقتصادية فإن هذا ما يتعارض والطبيعة الإدارية للإمتياز كتصرف مختلط كون أنه يمثل في الجزائر إتحاد القانون العام والخاص وهذا ما رأيناه بشأن إدارة المرافق العامة المحلية من قبل الدولة إنطلاقا من تعليمات وزير الداخلية المذكورة.

إن روح الإمتياز في الجزائر يجعله أداة لتفعيل العمل الإداري المركب ضمن إطار النظام القانوني للعمل الإداري المركب الذي لا يقتصر على أسس مشونه بل كذلك على وسائل تنفيذية، التي بقيت لحد الآن تقتصر في الجزائر على أشهر الوسائل

الملاحق

محاضرة الدكتور: حميد بن علي

التعاقدية الناجمة عن إرادة المشرع عندنا وهما، الصفقات العمومية والإمتياز،  
ليتما باعتبارهما عملا تعاقديا خالصا بل انهما عمل تعاقدى مفعول للعمل الإداري  
المركب.