

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



الرقابة القضائية على نشاط المرافق العامة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون إداري

إشراف الدكتورة:

صوفيا شراد

إعداد الطالب:

رشيد لبعل

السنة الجامعية : 2014/2013

مقدمة

قديمًا لم تكن تعرف الدولة إلا نوعًا معينًا من المرافق العامة هو مرفق الدفاع و مرفق الأمن و القضاء وظل الحال كذلك حتى إندلعت نيران الحرب العالمية الثانية فبدأ نشاط المرفق يشع مداه و تغيرت الصورة التقليدية للمرفق العام.

بدأت الدولة تتراد المجال الذي كان محجوزًا للأفراد ، فنشأت المرافق الحديثة ذات الطابع الإقتصادي و التجاري ، و كذلك المرافق الإجتماعية ، فسمحت للأفراد بمعاونتها في مجال النفع العام.

كما أن للمرافق العامة أنواع مختلفة ، فلذلك من الطبيعي أن تتباين طرق إدارتها تبعًا لطبيعة كل نوع منها .

و من ثم و من أجل تحقيق المنفعة العامة فقد منحت للإدارة مظاهر السلطة العامة ، كسلطة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ، و إتخاذ القرارات الإدارية المختلفة و التي قد تلحق الأذى بالأفراد وذلك دائمًا في إطار نشاط المرفق العام.

و قد يحدث أن يمس هذا النشاط ببعض من حقوق الأفراد و حرياتهم مساسًا من شأنه أن يمس بمبدأ هام من مبادئ الدولة القانونية ألا و هو مبدأ المشروعية و الذي يقوم على شرط خضوع الجميع للقانون حكما و محكومين.

و مما لا شك فيه أن المرفق العام أثناء القيام بنشاطه يمكن أن ينقص بعض الحقوق لأفراد و حرياتهم و حتما هذا لا يمكن أن يترك بدون ضابط يرسم الحدود التي لا يتجاوزها و إلا تعرضت تصرفاته للبطلان.

تتجلى ضرورة العمل على فرض رقابة مجدية على نشاط المرفق العام حتى لا ينحرف عن حدود إختصاصه و غايته ، و ذلك من خلال إلزامه بإحترام القوانين و الخضوع لأحكامها في كل ما يأتيه من أعمال و ما يتمتع به سلطات و هذا لا يكون إلا بإفتراض قيام التنظيم القانوني في الدولة على أساس مبدأ المشروعية.

أهمية الموضوع

و ما لهذا الموضوع من أهمية بالغة من حيث جانبه العملي و من خلال أهمية الرقابة القضائية كضمان من ضمانات مبدأ المشروعية و حماية النظام القانوني في الدولة من تجاوزات الإدارة بما يحقق قدرا هاما من الحماية و كفالة الحقوق و الحريات ، بالإضافة إلى محاربة كل صور التعسف و الفساد.

كما لا يفوتنا أن نشير إلى أهم عقبة واجهتنا في دراستنا هذه إلى إفتقار إلى حد ما إلى المراجع المتخصصة في الرقابة القضائية على نشاط المرفق العام.

الإشكالية

أما من ناحية الإشكاليات المطروحة في الموضوع فهي تنقسم إلى إشكالية جوهرية تتبثق عنها إشكاليات فرعية تخدم الموضوع بالنسبة للإشكالية الجوهرية:

- ما هي حدود الرقابة القضائية على نشاط المرفق العام؟ .
- تتفرع عنها جملة من التساؤلات ألا و هي :
- هل تخضع جميع منازعات المرفق العام إلى إختصاص قضائي واحد؟
- ماهي المعايير التي يأخذ بها المشرع الجزائري في منازعات المرافق العامة الإقتصادية و المهنية؟.

ونشير الي ان موضوع الرقابة القضائية علي نشاط المرافق العامة ليس بالموضوع المستحدث الا اننا من خلال تطرقنا اليه حاولنا التركيز على جانب من جوانبه هذا من خلال الإشارة إلى قضاء المشروعية و نظرا لتفشي الفساد في المؤسسات و المرافق العامة بمختلف أنواعها إرتأينا أن نقوم بدراسة الرقابة القضائية على نشاط هذه المرافق

و تجدرالإشارة إلى أهم الصعوبات التي واجهتنا في تحضير هذه الدراسة و التي تتمثل في نقص المراجع المتخصصة في هذا الميدان على الرغم من أهمية هذا الموضوع و فاعليته .

المنهج المعتمد

و من أجل تفصيل ذلك إعتدنا في دراستنا و إنطلاقا من طبيعة الموضوع على المنهج الوصفي التحليلي أساسا و المنهج المقارن إستثناءا.
و ذلك وفق الخطة التالية:

المبحث التمهيدي : ماهية المرفق العام

المطلب الأول: مفهوم المرفق

المطلب الثاني: عناصر المرفق العام.

المطلب الثالث : أنواع المرافق العامة.

المطلب الرابع : النظام القانوني للمرافق العامة.

المطلب الخامس: طرق إدارة المرافق العامة.

الفصل الأول: الرقابة على المرافق العامة الإدارية

المبحث الأول : المرافق الإدارية و مبدأ المشروعية:

المطلب الأول : المرافق الإدارية :

المطلب الثاني : مبدأ المشروعية نطاقه ومصادره

المطلب الثالث : ضمانات مبدأ المشروعية ودور القضاء الإداري

المبحث الثاني : خصوصية المنازعة الإدارية ودور القضاء الإداري

المطلب الأول : سلطات الإدارة ودور القضاء الإداري في الرقابة

المطلب الثاني : رقابة القاضي الإداري للمشروعية الخارجية للقرار الإداري

المطلب الثالث : عيب مخالفة القانون وعيب الانحراف في استعمال السلطة.

المطلب الرابع : عيب انعدام السبب في القرارات الإدارية

الفصل الثاني : الرقابة القضائية على نشاط المرافق الاقتصادية العامة

المبحث الأول : ماهية المرافق العامة الاقتصادية و أنواعها

المطلب الأول : تعريف المؤسسة العامة

المطلب الثاني : أنواع المؤسسات العامة

المبحث الثاني : تسيير المرفق العام من طرف أشخاص القانون الخاص

المطلب الأول : تعريف الإمتياز

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للإلتزام

المطلب الثالث : أركان الإلتزام (الإمتياز)

المطلب الرابع : آثار الإلتزام

المطلب الخامس : نهاية الإلتزام

المبحث الثالث : الرقابة القضائية على المرافق العامة الإقتصادية و المهنية

المطلب الأول : الرقابة القضائية على المرافق العامة الإقتصادية

المطلب الثاني : الرقابة القضائية علي المرافق العامة المهنية

المبحث التمهيدي
ماهية المرافق العامة

مقدمة

الفصل الثاني

الرقابة القضائية على نشاط المرافق الاقتصادية العامة

الفصل الأول

الرقابة القضائية على المرافق الإدارية العامة

خاتمة

قائمة المراجع

الفهرس

المبحث التمهيدي

ماهية المرافق العامة

المبحث التمهيدي : ماهية المرافق العامة

يعد المرفق العام من المواضيع الهامة في تحديد مجال تطبيق القانون الإداري و تحديد اختصاص القضاء الإداري، و رغم الاختلاف القائم بين الفقهاء في تعريفه إلا أنه يمكن تعريفه من خلال زاويتين الأولى شكلية و الثانية موضوعية ، فالمعيار الشكلي يقوم على إعتبار المرافق العامة منظمة تديرها الإدارة أما المعيار الموضوعي فيرتبط بطبيعة النشاط¹ و هذه التعاريف في مجملها تشترك في أهم العناصر التي تقوم عليها المرافق العامة .

و سنتناول من خلال هذا المبحث العناصر الآتية:

- المطلب الأول: مفهوم المرفق العام
- المطلب الثاني: عناصر المرفق العام.
- المطلب الثالث : النظام القانوني للمرافق العامة.
- المطلب الرابع : طرق إدارة المرافق العامة.

المطلب الأول: مفهوم المرفق العام

في البداية ينبغي التذكير إن لفكرة المرفق العام علاقة وثيقة بالقانون الإداري كفرع من فروع القانون حيث استندت مدرسة المرفق العام لهذه الفكرة القانونية واعتبرتها أساسا لتحديد نطاق القانون الإداري و تطبيق أحكامه.

كما اعتمد عليها أيضا لرسم مجال اختصاص كل من القضاء العادي والقضاء الإداري. واعتبرت مدرسة المرفق العام الدولة بمثابة جسم خلاياها المرافق العامة. ويعتبر المرفق العام أكثر المفاهيم القانونية غموضا وإثارة للجدل. فمن الفقهاء من ارتكز على معيار الوظيفي. ومنهم من استند في تعريف المرفق العام الى معيار العضوي ومنهم من مزج بين الأول والثاني.

¹ عبد الفتاح أبو الليل ، الوجيز في القانون الإداري، القاهرة ، دار النهضة العربية سنة 2000، ص 177.

الفرع الأول : المعنى العضوي

يقصد بالمرفق العام تبعاً لهذا المعنى كل منظمة عامة تنشئها الدولة وتخضع لإدارتها بقصد تحقيق حاجات الجمهور. ومن هنا جاز اعتبار كل من مرفق القضاء والأمن والدفاع وغيرها مرافق عامة لأنها منظمات أنشأتها الدولة بغرض أداء خدمة للجمهور.¹ ويتصف هذا المعنى بالشمولية والإطلاق حتى أن الدكتور أحمد محيو قال عنه يقصد بالمرفق العام تبعاً لهذا المفهوم الإدارة بشكل عام.²

الفرع الثاني : المعنى الوظيفي أو الموضوعي

يقصد بالمرفق العام بالنظر للمعيار الموضوعي كل نشاط يباشره شخص عام بقصد إشباع حاجة عامة³ ومن ثم تخرج عن نطاق هذا التعريف سائر النشاطات الخاصة بالمؤسسة الخاصة كما يخرج عنه المشروعات التي تستهدف فقط تحقيق الربح.

المطلب الثاني: عناصر المرفق العام

حتى يحقق المرفق العام المصلحة العامة لجميع المنتفعين فقد أنشأ له الفقه أسس و مبادئ أجمع عليها الفقهاء و إستقرت في أحكام القضاء و هذه العناصر هي كالتالي :

الفرع الأول : المرفق العام تنشأه الدولة

إن كل مرفق عام تحدته الدولة. ويقصد بذلك أن الدولة هي التي تقدر اعتبار نشاط ما مرفقاً عاماً وتقرر إخضاعه للمرافق العامة بناءً على قانون معين. وليس من اللازم أن يكون كل

¹ شاب توما منصور، القانون الإداري، ط1، جامعة بغداد 1980، ص 194. - وكذلك حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة، المرافق العامة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984، ص 45.

² أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية ص 430 ولقد تبني جانب الفقه الفرنسي هذا التعريف كالفقيه هوريو. Delaubadere, traite de droit administratif 8^{eme} édition t1 1980 P6.

³ - محمد فاروق عبد الله، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين مفهومين التقليدي والإشترافي ديوان المطبوعات الجامعية 1987، ص 6. وأيضاً رياض عيسى، نظرية المرفق العام في القانون المقارن، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985، ص 11.

مشروع تحديثه الدولة أن تتولى هي مباشرة إدارته ، وفي هذا المعنى قدم الفقيه "ديجي" وصفا للمرفق العام باعتباره نشاط بأنه: "أنواع النشاط أو الخدمات التي يقدر الرأي العام في وقت من الأوقات وفي دولة معينة أن على الحكام القيام بها نظرا لأهمية هذه الخدمات للجماعة. ولعدم إمكان تأديتها على الوجه الأكمل بدون تدخل الحكام".¹

الفرع الثاني : هدف المرفق هو تحقيق المصلحة العامة

إن المصلحة العامة هي هدف كل وظيفة إدارية، بل وحتى المؤسسات التي تسيروها الدولة والتي تكون غايتها تجارية بحتة كالمؤسسات الاقتصادية إنما تسعى الى تحقيق المصلحة العامة.

كما أن المصلحة العامة ليست حكرا على الإدارة فمن الوظائف التي يمارسها الأشخاص العاديون ما تتصل كذلك بالمصلحة العامة كخدمات البناء والنقل و يقول ريني شابى "René chapus" في هذا الصدد: " إذا كانت الوظيفة تمارس أساسا لصالح الغير فإنها تمثل مرفق عاما. وإذا كانت تمارس أساسا للمصالح الذاتي للمصلحة التي تتبعها فإنها تمثل وظيفة لصالح النفع الخاص".²

ويترتب على تمييز المرفق بهذا الوصف أن كل مرفق عام ينبغي أن يخضع الى مبدأ المجانية. ولا يقصد بذلك عدم وجود مقابل بل القصد أن فرض مقابل ما ليس هو الغاية المقصودة من خلال القيام بالنشاط ، أي أن المجانية لا تفيد هنا انعدام المقابل انعدام تاما، بل تفيد فقط أنه ليس من الضروري أن يكون المقابل مساويا للتكلفة المالية للمرفق العام.

الفرع الثالث : خضوع المرفق لسلطة الدولة

يتصف المرفق العام بصفة أخرى وهي خضوعه للدولة. وهو ما يترتب عليه أن لهذه الأخيرة وهيئاتها ممارسة جملة من السلطات على المرفق سواء من حيث تنظيمه وهيكلته أو من حيث

¹ محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي القاهرة الكتاب الثاني 1979 ص 22 - حماد شطا، المرجع السابق، ص 60.

² حماد محمد شطا ، المرجع السابق، ص 52.

نشاطه. فالدولة هي من تنشئ المرفق، وهي من تحدد له نشاطه وقواعده تسييره وعلاقته بجمهور المنتفعين، ومن حيث بيان سبل الانتفاع ورسومه. (السلطة على نشاط المرفق). والدولة هي من تضع التنظيم الخاص بالمرفق وتبين أقسامه وفروعه وتعين موظفيه وتمارس الرقابة على النشاط وعلى الأشخاص .

الفرع الرابع : خضوع المرفق لنظام قانوني متميز

أجمع الفقهاء أن هذا النظام يختلف من مرفق إلى آخر. حسب طبيعته¹ غير أن هناك قواعد مشتركة تحكم المرافق جميعا سنتولى توضيحها عند دراسة النظام القانوني للمرافق العامة. ويجدر التنبيه أن بعض الفقهاء اعتبر خضوع المرفق لنظام قانوني متميز بمثابة الأثر المترتب على كونه مرفق عاما فهو إذن نتيجة ولا يمكن اعتباره عنصرا من عناصر المرفق العام.

المطلب الثالث : النظام القانوني للمرافق العامة.

عمدت غالبية الأنظمة المعاصرة الى تخصيص قواعد تحكم كل نشاط لوحده. وهو ما عمل به المشرع الجزائري حيث خص كل قطاع بقانونه الأساسي، فللجامعة قانونها الخاص وللقضاء قانونه أيضا وللبريد والجمارك والصحة والدفاع وهكذا... الأصل هو عدم إمكانية وضع قانون واحد جامع مانع يحكم سائر المرافق وكل النشاطات والقطاعات، الا أن ذلك لا يمنع أن تتحد المرافق جميعها في قواعد أساسية وأحكام عامة تجد تطبيقها في شتى ميادين النشاط.

ومن هنا جاز لنا القول أنه إذا كان يتعذر سن قانون عام يحكم كل المرافق، فانه بالإمكان سن قانون مصغر تسري قواعده على جميع المرافق وهذا ما اصطلح عليه فقها بقانون المرافق المتمثل في المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة. وتقتضي دراسة النظام القانوني للمرافق التطرق لقواعد إنشاء المرافق والمبادئ الأساسية التي تحكمها وكذا طرق وقواعد سيرها. فصل ذلك فيما يلي:

¹ - عبد الفتاح أبو الليل، المرجع السابق، ص 200.

الفرع الأول: إنشاء وإلغاء المرافق العامة

سبق البيان أن أهمية المرافق وتعددتها مسألة تخضع معالجتها للنظام السياسي السائد في الدولة. فناطق تدخل الدولة وقيامها بممارسة بعض النشاطات وسيطرتها على ميادين محددة دون غيرها، أمر لا يمكن التطرق إليه بعيدا عن فلسفة الدولة وخطتها ونهجها السياسي. فللمرافق الاقتصادية مكانة بارزة في ظل الفكر والنظام الإشتراكي. ولا تحتل ذات الموقع في ظل الفلسفة الليبرالية. ولما اختلف الموقع والأهمية وجب أن تختلف قواعد انشاء المرفق.

وثمة مسائل أخرى تتحكم في قواعد الإنشاء و الإلغاء وهي العلاقة داخل الدولة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية ومجال تدخل ونشاط كل منهما.

فاذا كان دستور الدولة قد قطع بأن انشاء مرافق ما، بالنظر لأهميتها يعود للسلطة التشريعية، فان هذا النوع من المرفق ينشأ بنص تشريعي. واذا كان الدستور عند استعراضه لصلاحيات السلطة التنفيذية قد حكم بأنه يعود اليها انشاء بعض المرافق فان قاعدة انشاء المرفق تكون بموجب نص تنظيمي.

والأمر 71-74 و تحديدا نص المادة 5 منه نجدها قد جاءت بالشكل التالي " تحدث المؤسسة الإشتراكية بموجب مرسوم باستثناء المؤسسات التي لها أهمية وطنية والتي تحدث بموجب قانون".¹

من هذا النص يتضح أن المشرع ربط بين أداة الإنشاء (نص تشريعي أو نص تنظيمي) وبين أهمية المرفق فان كان يحتل مكانة بارزة ونشاطه سيعود بالنفع العام على مجموع الإقليم دون أن يخص جزءا معينا منه، فان إحداثه يتم بموجب نص تشريعي، وان ثبت خلاف ذلك تعين احداثه بموجب نص تنظيمي.

ولو وقفنا عند دستور 1976 وتحديدا عن نص مادته 151 والتي نصت صلاحية المجلس الشعبي الوطني لوجدناها تخلو من الإشارة الى صلاحيات المجلس في انشاء المؤسسات العامة. وهو ذات النص تقريبا نجده في دستور 1989 (المادة 115 منه) مما يفهم منه أن الأصل في إنشاء المؤسسات يعود للسلطة التنفيذية.

¹ - الأمر 71-74 الصادر بتاريخ 27-أفريل 1971 المتعلق بالتسيير الإشتراكي للمؤسسات

الفرع الثاني: المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة.

سبق القول أن سن قانون واحد يحكم المرافق جميعا بات أمر من المحال تجسيده في الواقع العملي بسبب اختلاف طبيعة نشاط كل مرفق. غير أن ذلك لا يمنع من إخضاع لكل المرافق الى مبادئ معينة اتفق الفقه والقضاء بشأنها وأضحت اليوم من المسلمات في نظرية المرافق. وتتمثل هذه المبادئ في:

- مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرفق.
- مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد.
- مبدأ قابلية المرفق للتغيير والتبديل.

أولاً : مبدأ المساواة المنتفعين أمام المرفق: إن مبدأ المساواة أمام المرافق العامة هو امتداد للمبدأ العام هو مساواة الأفراد أمام القانون. والذي بات يمثل اليوم حقا من حقوق الإنسان وحقا دستوريا أعلنت عنه مختلف الدساتير.

ويترتب على هذا القول نتائج تتمثل في مبادئ فرعية هي المساواة المنتفعين من خدمات المرفق والمساواة في الالتحاق بالوظائف العامة.

ثانياً : مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد: تؤدي المرافق العامة دورا كبيرا داخل المجتمع أي كان موضوع نشاطها. وهذا يفرض أن تقدم خدماتها للجمهور بشكل مستمر ومتواصل. فلا يمكن أن نتصور مثلا توقف جهاز القضاء عن الفصل في الخصومات. أو توقف جهاز الأمن عن أداء مهامه أو مرفق الدفاع. إن توقف أحد هذه الأجهزة وغيرها سينجم عنه لا شك إلحاق بالغ الضرر بالمصلحة العامة وبحقوق الأفراد. لذا تعين على المشرع وبغرض تحقيق المقصد العام وهو استمرارية نشاط المرفق وقيامه بالخدمات المنوطة به أن يعد من الآليات القانونية ما يضمن أداء الخدمة وتواترها وانتظامها وعدم انقطاعها.¹

¹ نصت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 95-280 المؤرخ في 17 سبتمبر 1995 المتضمن القانون الأساسي للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري " سونلغاز" على ما يلي: " تلتزم مؤسسة سونلغاز بتقديم الطاقة الكهربائية، والغازية باستمرار فيما عدا الإنقطاعات التي من شأنها أن تحدث على أثر حوادث أو رداءة الطقس أو حالة القوة القاهرة...".

ويعتبر مبدأ الاستمرارية أكثر المبادئ وزناً لأن القضاء الإداري كثيراً ما اعتمد عليه. ولأن معظم أحكام ومبادئ القانون الإداري تخص هذا المبدأ ومتفرعة عنه كما سنوضح ذلك لاحقاً.

ثالثاً : مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير: سبق القول أن المرافق العامة تخضع لقوانين وتنظيمات وهذه القوانين والتنظيمات منها ما يحكم المرفق العام من حيث تنظيمه وهيكلته. ولا يقتصر التغيير على القواعد المنظمة

للمرفق، بل يمتد أيضاً لأسلوب إدارته فيجوز تغيير أسلوب الإدارة من الإدارة المباشرة إلى المؤسسة العامة. أو من المؤسسة العامة إلى الشركة المختلطة. وللمرفق أيضاً أن يفرض رسوماً لقاء الخدمات التي يقدمها أو أن يخفض من هذه الرسوم إذا رأى في ذلك مصلحة. ولا يجوز لأي كان الإحتجاج على هذا التغيير. ولقد أكد القضاء الإداري في مصر هذا المبدأ بقوله: " من المسلم قانوناً أن للجهة الإدارية سلطة وضع الأنظمة التي تتولاها سيراً منتظماً ومنتجاً وكذلك لها تعديل هذه الأنظمة بما تراه متفقاً مع الصالح العام دون أن يكون لأحد من الناس الإدعاء بقيام حق مكتسب في استمرار نظام معين".¹

المطلب الرابع: طرق إدارة المرافق العامة.

إن المرافق تختلف من حيث وضع يد الدولة عليها، فأحياناً نجد الدولة هي من تحتكر النشاط وهي من تنفق الأموال وتعين الموظفين وتراقب سير المرافق ونشاطه وغيرها. وهو ما اصطلح عليه بطريقة الاستغلال المباشر، وأحياناً أخرى نجد الدولة تكلف وفي إطار القانون أحد أشخاص القانون الخاص للقيام بأداة المرفق على نفقته وأن يتكفل بتوفير اليد العاملة وكل ما يلزم لقيام المرفق بالخدمة للجمهور على أن يتقاضى رسوماً من هؤلاء. وهذا ما أطلق عليه بطريقة الامتياز. وبين الطريقة الأولى والثانية هناك طرق أخرى.

وتجدر الإشارة أن اختلاف طرق إدارة وتسيير المرفق العام يدل على اتساع مجال الخدمة العامة. فلو كان نشاط الدولة مقتصرًا على جانب الأمن والقضاء والدفاع فقط كما كان من قبل، لتولت الدولة بنفسها إدارة هذه المرافق بصفة مباشرة وتركت بقية المجالات

¹ سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 184.

للأفراد، ولترتب على ذلك وجود طريقة واحدة لإدارة المرافق العامة هي طريقة الإستغلال المباشر.

وانطلاقاً مما قلناه يمكن تقسيم طرق ادارة المرافق العامة الى قسمين. فاما أن يدار المرفق بواسطة جهاز حكومي أو أن يدار بواسطة شخص من أشخاص القانون الخاص، وفيما يلي تفصيل ذلك.

الفرع الأول: إدارة المرفق العام بواسطة جهاز حكومي.

وهذه الطريقة بدورها يمكن تقسيمها الى قسمين ادارة المرفق بطريقة الإستغلال المباشر وادارة المرفق عن طريق مؤسسة عامة.

أولاً : الإستغلال المباشر (Regie)

ويقصد به أن تقوم الدولة أو هيئاتها بادارة المرفق بنفسها مستعملة في ذلك أموالها وموظفيها ومستخدمة وسائل القانون العام. وهذه الطريقة هي أقدم طرق ادارة المرافق اطلاقاً. وقد لازمت الدولة منذ ظهورها. وتدار بها الآن جميع المرافق الإدارية. لأن نشاطها لا يستهوي الأفراد وعادة ما يعزفون ويمتنعون عن القيام به لأنه لا يدر عليهم ربحاً خلافاً لنشاط المرافق الإقتصادية.

ولا تقتصر طريقة الإستغلال المباشر على المرافق الإدارية، بل تمتد أحياناً للمرافق التجارية والصناعية

ثانياً : أسلوب الإمتياز أو عقد الإلتزام

تعريف الإمتياز:

يقصد بالإمتياز ان تعهد الإدارة ممثلة في الدولة أو الولاية أو البلدية الى أحد الأفراد أو أشخاص القانون الخاص بادارة مرفق اقتصادي واستغلاله لمدة محدودة وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته وفي مقابل ذلك يتقاضى رسوماً يدفعها كل من انتفع بخدمات المرفق.¹

¹ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق ، ص 90.

ومثال ذلك أن تعهد الدولة لأحد الأفراد استغلال خدمات توزيع المياه أو الكهرباء أو الغاز أو استغلال البترول أو المرجان أو استغلال ميناء أو منطقة حرة. ولقد اعتبر القضاء الإداري عقد الإمتياز بأنه عقد اداري من نوع خاص موضوعه ادارة مرفق عام يتعهد بمقتضاه الملتزم وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وبتكليف من الدولة أو أحد ولقد عرف القانون 83- 17 المؤرخ في 16 جوان 1983 والمتضمن قانون المياه اهيئاتها بالقيام بنشاط معين وخدمة محددة والحصول على مقابل من المنتفعين.¹ لمعدل بموجب الأمر 96- 13 المؤرخ في 15 جوان 1996 وتحديد المادة 4 منه عقد الإمتياز بأنه عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما أو خاصا قصد ضمان أداء ذات منفعة عمومية.

ثالثا : أسلوب الإستغلال المختلط

قد تقتضي متطلبات التنمية الوطنية إشراك القطاع الخاص الوطني أو الأجنبي للتعاون مع القطاع العام في إطار قانوني يتجسد في شركة المساهمة و يعتبر أسلوب الإستغلال المختلط حديثا نسبيا و مثال هذا النوع من إدارة المرافق تدخل الشركات الأجنبية في مجال التنقيب على شكل شراكة بين المؤسسة الوطنية سوناطراك و الشريك أو الشركاء الأجانب و يخضع للقانون الجزائري² .

¹ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق ، ص 90.

² عمار بوضياف . الوجيز في القانون الإداري . جسور للنشر و التوزيع . ط2 . الجزائر 2007.ص333

الفصل الأول

الرقابة القضائية على المرافق الإدارية العامة

الفصل الأول: الرقابة القضائية على نشاط المرافق الإدارية العامة

من خلال هذا الفصل نستعرض مختلف المرافق العامة الإدارية و تعريفها و خضوعها لمبدأ

المشروعية بالإضافة للضمانات التي يقدمها هذا المبدأ و ذلك من خلال مبحثين هما

- المبحث الأول : ماهية المرافق الإدارية العامة
- المبحث الثاني : خصوصية المنازعة الإدارية ودور القضاء الإداري

المبحث الأول : ماهية المرافق الإدارية العامة

و نتطرق في هذا المبحث لى ماهية المرافق العامة الإدارية و ذلك بتعريفها و بيان مختلف

أنواعها بإختصار شديد ثم نتطرق لظهورها و ذلك من خلال المطالب الآتية :

- المطلب الأول : تعريفها

- المطلب الثاني : ظهورها

-

المطلب الأول : تعريف المرافق الإدارية العامة

وهي المرافق التي تؤدي الخدمات المرفقية التقليدية وقد لازمت الدولة منذ زمن طويل وعلى

رأسها مرفق الدفاع والأمن والقضاء ثم مرفق الصحة والتعليم. وهذه المرافق عادة ما تتسم

بارتباطها بالجانب السيادي للدولة الأمر الذي يفرض قيامها بهذه النشاطات وأن لا تعهد بها

للأفراد بما في ذلك من خطورة كبيرة¹.

ورغم قدم هذا النوع من المرافق إلا أن الفقه لم يهتد لوضع معيار دقيق يمكن توظيفه والاعتماد

عليه لمعرفة هذا النوع من المرافق على الأقل. وتكمن صعوبة وضع معيار في اختلاف

نشاطات المرافق ذات الطابع الإداري. لذلك ذهب بعض الفقهاء إلى القول أن المرافق الإدارية

هي مجموعة المرافق التي لا تدخل في عداد بقية أنواع المرافق الأخرى وهو ما أطلق عليه

بالتحديد السلبي للمرافق.

فهذا الفقيه ديلوباير يعرفها، بأنها " تلك المرافق التي لا تعتبر مرافق صناعية أو تجارية أو

مهنية " وعرفها الدكتور فؤاد مهنا بأنها " المرافق التي يكون نشاطها إداريا وتخضع

¹ فؤاد مهنا المرجع السابق ص 263.

في تنظيمها وفي مباشرة نشاطها للقانون الإداري وتستخدم وسائل القانون العام ، كما أن هذا النوع من المرافق شيد على أساسها نظريات القانون الإداري الحديث¹. إن الدارس للقانون الإداري في كل محور من محاوره كثيرا ما تصادفه فكرة المرفق العام ذو الطابع الإداري سواء عند التطرق للقرار الإداري أو العقد الإداري أو المنازعة الإدارية أو المال العام أو سلطات الإدارة وغيرها. وتتميز هذه المرافق عن غيرها أيضا أنها تخضع من حيث الأصل للقانون العام في سائر نشاطاتها لأنها تستخدم وسيلة القانون العام.. وإذا كان من الثابت فقها وقضاء أن المرفق الإداري يخضع على سبيل الاستثناء لقواعد القانون الخاص، إلا أن هناك من أنصار مدرسة المرفق العام من اعتبر ذلك غير منسجم مع قواعد القانون العام ذاته².

المطلب الثاني : ظهور المرافق العامة الإدارية

في بداية الأمر كان الأفراد يتمتعون باستقلالية تامة عن الدولة حيث كانوا يديرون مختلف شؤونهم بأنفسهم و لكن و مع إتساع رقعة الدول و زيادة عدد السكان و تعدد حاجياتهم كان لزاما أن تتكفل الدولة بهذه الحاجيات و ذلك مما أدى إلى ظهور فكرة المرفق العام خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين حيث لم تكن على درجة من الإبهام والغموض كالذي نراه الآن. خاصة وأن وظائف الدولة في تلك المرحلة كانت واضحة ودقيقة ولأن المرافق العامة في بداية الأمر كانت تتسم بارتباطها بمظهر سيادة الدولة الأمر الذي جعل الفقهاء يجمعون على خضوعها للقانون العام.

المبحث الثاني مبدأ المشروعية كآلية للرقابة على نشاط المرافق الإدارية العامة

إن الحديث عن القضاء الإداري ودوره في حماية مبدأ مشروعية الأعمال الإدارية يفرض أولا التطرق لهذا المبدأ وإبراز أهميته القانونية. لذا فضلنا التطرق لمبدأ المشروعية اعتبارا أن كل المنازعات الإدارية تدور حوله. وأن دور القاضي الإداري هو الحافظ

¹ محمد سليمان الطماوي المرجع السابق ص 38.

² المرجع نفسه ص 39.

- الأمين على هذا المبدأ وهو من يتصدى لكل محاولة إدارية من شأنها المساس بهذا المبدأ أو النيل منه. و سوف نتطرق من خلال هذا المبحث لى مطلبين هما :
- المطلب الأول : ماهية مبدأ المشروعية.
 - المطلب الثاني : مظاهر مبدأ المشروعية في نطاق الرقابة القضائية على نشاط المرافق الإدارية العامة.

المطلب الأول : ماهية مبدأ المشروعية

إن السمة البارزة للدولة الحديثة أنها دولة قانونية تسعى إلى فرض حكم القانون على جميع الأفراد في سلوكهم ونشاطهم، وكذلك فرضه على كل هيئات الدولة المركزية و المحلية وسائر المرافق العامة. ومن هنا تبرز العلاقة بين مفهوم الدولة القانونية و مبدأ المشروعية ،

الفرع الأول : تعريف مبدأ المشروعية

ويقصد بمبدأ المشروعية الخضوع التام للقانون سواء من جانب الأفراد أو من جانب الدولة. و هو ما يعبر عنه بخضوع الحاكمين و المحكومين للقانون و سيادة هذا الأخير و علو أحكامه و قواعده فوق كل إرادة سواء إرادة الحاكم أو المحكوم¹ ، إذ لا يكفي أن يخضع الأفراد و حدهم للقانون في علاقاتهم الخاصة، بل من الضروري أن تخضع له أيضا الهيئات الحاكمة في الدولة على نحو تكون تصرفات هذه الهيئات و أعمالها و علاقاتها المختلفة متفقة مع أحكام القانون و ضمن إطاره ، فلا يجوز لها طبقا لهذا المبدأ أن تأتي سلوكا مخالفا للقانون بإصدار قرار غير مشروع. وإن بادرت إلى فعله تعين على القضاء بعد رفع الأمر إليه التصريح بإلغاء هذا القرار محافظة على دولة القانون.

و يمثل مبدأ المشروعية من جهة أخرى صمام أمان بالنسبة للحقوق و حريات الأفراد. و هو الحصن الذي يكفل صيانتها و حمايتها من كل اعتداء . فلو أخذنا على سبيل المثال حق الملكية و هو حق من حقوق الإنسان كفله الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 17 منه. و ثبته العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية. و هو حق ثابت أيضا في دساتير الدول على اختلاف نظامها السياسي، و مكرس في القوانين المدنية ، فإن الاعتداء على هذا

¹ محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 22.

الحق بمباشرة إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة من قبل أحد الجهات الإدارية المخولة و دون مراعاة جوانب إجرائية ، فإن قرار النزع على النحو صدر مخالفا لما قرره القانون، بما يصح معه نعتة بالقرار الغير مشروع . ومآل القرار الغير مشروع هو البطلان و الإلغاء إما من جانب سلطة إدارية أو سلطة قضائية.

ومن هنا تبين لنا أنه لولا مبدأ المشروعية لضاع حق الملكية، بل و كل حق أي كانت طبيعته. لذلك ذهب الفقه في فرنسا إلى إبراز دور القاضي الإداري في الربط بين القرار المطعون فيه، وبين القواعد القانونية باعتباره الحارس الأمين لقواعد القانون من أن تنتهك نتيجة عمل من أعمال الإدارة.¹

وتأسيسا على ما تقدم فإن دولة القانون تبدأ بتكريس مبدأ المشروعية في أرض الواقع على نحو يلزم كل هيئات الدولة بمراعاة حكم القانون في نشاطاتها و تصرفاتها و في علاقاتها المختلفة . إذ ما الفائدة أن ينظم القانون علاقات و روابط الأفراد و تتحرر هيئات الدولة من الخضوع إليه. إن مثل هذا الأمر إذا كرس في أرض الواقع لنجم عنه العودة بالمجتمع البشري إلى مراحل الأولى و التي سادت فيها الدولة البوليسية. من أجل ذلك ذهبت الدراسات الدستورية إلى تقسيم الدول من حيث خضوعها لمبدأ المشروعية إلى حكومات و دول استبدادية و أخرى قانونية.

ولم يخفي مجلس الدولة الفرنسي في العديد من قراراته وجود علاقة متينة بين دعوى الإلغاء وبين مبدأ المشروعية. فهذه الدعوى بالتحديد هي تمكن القاضي الإداري من أن يمارس دوره في المحافظة على مبدأ المشروعية وسلامة الأعمال الإدارية وملائمتها لقوانين الدولة. من ذلك قراره بتاريخ 17 فبراير 1950 القضية رقم 86949.

وتكريسا لمبدأ المشروعية في أرض الواقع أقر المشرع المصري مبدأ خضوع الإدارة للقانون في مختلف قوانين مجلس الدولة كان آخرها القانون رقم 47 لسنة 1972. حيث قضت المادة العاشرة منه بأن يختص القضاء بإلغاء القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية وكذلك التعويض عن الأضرار الناجمة عنها. وعلى ضوء ذلك أكد القضاء المصري بسط رقيبته على أعمال الإدارة حتى في حالات الضرورة. إذ ذهبت المحكمة الإدارية في حكم لها بجلسة 2004/3/27 الطعن 46/7943 ق أوضحت من خلاله أن

¹ MORAND Devellier , Cours De Droit Administratif , 9^e Edition , 2005 p 706

وصف الخطر الذي يبيح استخدام السلطات المنصوص عليها في المادة 74 من الدستور لم يكن محققا وقت صدور القرار المطعون فيه بإلغاء ترخيص إحدى المجالات والتحفظ على أموالها ومقرها وبالتالي ما كان يسوغ اتخاذ الإجراء الوارد بها.¹

وليس المشرع المصري فقط هو من أقر خضوع الإدارة في أعمالها لرقابة القضاء، بل المشرع الجزائري، والتونسي، والمغربي، وسائر التشريعات العربية الأخرى. كما تبنت مبدأ خضوع الإدارة للقانون مختلف الأنظمة القانونية على اختلاف طبيعة نظامها القضائي.

الفرع الثاني : نطاق مبدأ المشروعية و مجاله

أولاً: من حيث تدرج القواعد

يمتد سريان مبدأ المشروعية ليشمل كل مصادر المشروعية من قواعد مكتوبة و غير مكتوبة . فيشمل التشريع لما يحتويه من قواعد متدرجة من حيث القوة و الإلزام من قواعد الدستور و المعاهدات و التشريع العادي و اللوائح.

وتأكيدا لذلك ذهب محكمة القضاء الإداري في مصر إلى القول أن ما انعقد عليه الإجماع من أن الدولة إن كان لها دستور مكتوب وجب عليها التزامه في تشريعها وفي قضائها وفيما تمارسه من سلطات إدارية، وتعين اعتبار الدستور فيما يشمل عليه من نصوص وفيما ينطوي عليه من مبادئ هو القانون الأعلى الذي يسمو على جميع القوانين والدولة في ذلك إنما تلتزم أصلا من أصول الحكم الديمقراطي هو الخضوع لمبدأ سيادة التشريع. وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم تاريخي صادر عنها في 21 يونيو 1952 الطعن رقم 109 . وذات الأمر أكدته محكمة العدل العليا في الأردن في قرارها رقم 66/63 وقرارها 264/107.²

ولم تحد المحكمة الإدارية في تونس عن المبادئ السابقة في أحكام وقرارات كثيرة منها القرار الصادر بتاريخ 2 ديسمبر 1980 القضية عدد 365 تس. والقرار التعقيبي بتاريخ

¹ محمد منير، دور القضاء الإداري في ترسيخ مبدأ المشروعية من خلال الأحكام القضائية، مطبوعات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2008، ص39

² أسامة النعيمات مطبوعات للمنظمة العربية للتنمية الإدارية 2007 ص6.

14 جويلية 1983 القضية عدد 212. والقرار التعقيبي بتاريخ 26 مايو 1983 القضية عدد 1191.¹

كما يشمل مبدأ المشروعية المصادر الأخرى لمبدأ المشروعية كالعرف والمبادئ العامة للقانون . وهذا ما يمكن التعبير عنه بنطاق مبدأ المشروعية من حيث تدرج النصوص القانونية .

ثانيا : من حيث سلطات الدولة

أما عن سريان المبدأ من حيث سلطات و هيئات الدولة فمبدأ المشروعية ملزم لكل الهيئات و هياكل الدولة بصرف النظر عن موقعها أو مركزها أو نشاطها و حتى طبيعة قراراتها فالمبدأ ملزم :

أ- للسلطة التشريعية :

إن السلطة التشريعية في كل الدول منوط بها اقتراح القوانين ومناقشتها و المصادقة عليها بحسب ما تقره القواعد الواردة في الدستور و في قوانين الدولة . فهي إذن محكومة حال قيامها بالعملية التشريعية بمبدأ المشروعية . فإذا حدد لها الدستور مجالا للتشريع فليس لها أن تتجاوزه. وإذا حدد لها نصابا معيناً لاقتراح القوانين فوجب الخضوع له. وإذا حدد لها القانون جهة داخلية معينة تمارس سلطة تسيير الهيئة التشريعية وتبين قواعد عملها و العلاقة فيما بينها وبين الحكومة و رسم الجوانب الإجرائية للعملية التشريعية و جب في كل الحالات الخضوع لهذه القواعد سواء كان مصدرها الدستور أو القانون .

ب- للسلطة التنفيذية

إن السلطة التنفيذية في كل الدول هي السلطة الأكثر امتلاكاً للهيكل و الأكثر استخداماً للأعوان العموميين . وهي سلطة مكلفة بتنفيذ القوانين و إشباع حاجات الأفراد و المحافظة على النظام العام. و هي الأخرى ملزمة في عملها بمراعاة مبدأ المشروعية. فإذا كان القانون يجيز لها مثلاً نزع الملكية للأفراد لمقاصد عامة ، أو اتخاذ إجراءات الضبط، أو الإشراف على العمليات الانتخابية و تنظيمها أو تقديم الرخص و غيرها، فإنها

¹ عبد الرزاق بن خليفة، إجراءات النزاع الإداري، القانون وفقه القضاء، دار اسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2007، ص ص : 56 ، 57

في كل هذا النوع من الأعمال يجب أن تخضع لمبدأ المشروعية . وأن أي خروج و انتهاك لقاعدة قانونية من جانبها ينجم عنه بطلان التصرف.

ويتعلق الأمر بالقرار الصادر عن المحكمة الإدارية العليا في جلسة 2005/9/6 والتي أرست من خلاله مبدأ عاما أن القاضي الإداري هو الحارس الأمين على مبدأ المشروعية. وقالت المحكمة في ذات القرار " إن مبدأ المشروعية لا يتفق وتحصين قرارات لجنة الانتخابات المشرفة على انتخاب رئيس الجمهورية من رقابة القضاء باعتبارها قرارات إدارية مما يختص القضاء الإداري بفحص مشروعيته، إلا أن القاضي الإداري التزاما منه بمبدأ المشروعية أعلن التزامه بتطبيق النص الدستوري الذي حصن قرارات تلك اللجنة." و ذهبت المحكمة للدعوة لتصويب النص الدستوري وتعديله بما يجعل للقضاء الإداري ولاية كاملة تشمل كل القرارات الإدارية تطبيقا لمبدأ المشروعية وحفاظا على حقوق الأفراد بقولها " والمحكمة إذ تقضي بذلك ، فإنها تهيئ بالمشروع الدستوري أن يعيد النظر جديا في نص المادة 76 من الدستور في ضوء ما تقدم بحيث يرجع النص إلى الأصل العام والمبادئ المستقرة في شأن عدم تحصين أي قرار من رقابة القضاء الإداري"¹

ونسجل للمحكمة الإدارية بمصر العديد من القرارات المهمة من ذلك قرارها بتاريخ 2005/02/25 الطعن 47/7711 ق حيث انطلقت المحكمة من نص المادة 41 من الدستور التي لا تجيز منع الأفراد من التنقل والسفر إلا بأمر من القاضي المختص أو من النيابة العامة وذلك وفقا لأحكام القانون. ونظرا لوجود فراغ تشريعي ناجم عن الحكم بعدم دستورية القانون الذي كان ينص على سلطة وزارة الداخلية في المنع من السفر، فإن ما تصدره النيابة العامة من قرارات منع السفر دون وجود قانون ينظم هذه السلطة يجعل ما تصدره النيابة مجرد إجراء فاقده لسنده الدستوري والقانوني².

ومارس القضاء الإداري في مصر كما في دول أخرى دور حماية الحقوق الفردية منها حق الملكية باعتباره حقا دستوريا وحقا مدنيا. ففي قرار للمحكمة الإدارية بمصر بتاريخ 1998/01/18 الطعن 288 لسنة 33 ق ذهبت المحكمة إلى القول " ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة جرى على أنه وفقا لأحكام الدستور والقانون فإنه بالنسبة لنزع ملكية العقارات

¹ محمد منير، المرجع السابق ص 40 وما بعدها.

²، المرجع نفسه، ص40.

اللازمة للمنفعة العامة، يتعين مراعاة قاعدة أساسية أساسها الموازنة بين مصلحة الدولة وحققها في الاستيلاء على العقارات المملوكة ملكية خاصة لمشروعاتها العامة وبين حق الملكية الخاصة لذوي الشأن من ملاك هذه العقارات. وتتمثل هذه القاعدة الجوهرية في أن تكون العقارات بالحتم والضرورة لازمة للمنفعة العامة بحيث يجب أن يكون المشروع المحقق للمنفعة العامة في حاجة حقيقية وضرورية لهذه العقارات...¹

ج- للسلطة القضائية

إذا كان منوط بالسلطة القضائية في كل الدول الفصل في الخصومات و المنازعات المعروضة عليها طبقاً للإجراءات و بالكيفية التي حددها القانون، فإن هذه السلطة هي الأخرى مكلفة بالخضوع لمبدأ المشروعية في أعمالها . فإذا كان القانون قد رسم قواعد الاختصاص النوعي و نظم عمل جهات قضائية معينة كأن وزع الاختصاص بين جهات القضاء العادي و الإداري ، فإنه لا يجوز لجهة قضائية ذات طبيعة إدارية مثلاً أن تفصل في خصومة مدنية هي من اختصاص المحاكم المدنية.

فكأنما مبدأ المشروعية يلزم كل سلطة من السلطات بأن تعمل في إطار قانوني محدد فإن حدث عنه، عد عملها غير مشروع و نجم عنه البطلان . من أجل ذلك تدخل المشرع ضابطاً مجال اختصاص السلطات الثلاث المذكورة بقواعد جزائية تكفل قانون العقوبات بتحديدتها².

و بهدف تفعيل مبدأ المشروعية أقرت مختلف الأنظمة القانونية أطراً رقابية معينة كالرقابة على دستورية القوانين التي تمارسها المحاكم الدستورية أو المجالس الدستورية. و الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة من خلال آليات الأسئلة الشفوية و المكتوبة و من خلال لجان التحقيق. و الرقابة الإدارية التي تمارسها الوزارات المختلفة و الهيئات و اللجان الخاصة بالكيفية التي حددها القانون. و الرقابة القضائية التي تمارسها المحاكم على اختلاف درجاتها . و الغرض الأساس من خلال ممارسة كل هذه الأشكال من الرقابة هو العمل على تجسيد دولة القانون في أرض الواقع و التي لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال مبدأ المشروعية.

¹ محمد منير، المرجع السابق، ص40.

² المواد 116 و 117 و 118 من الامر رقم 66_159 المتضمن قانون العقوبات الصادر بتاريخ 08_06_1966

الفرع الثالث : شروط تطبيق مبدأ المشروعية

إذا كان مبدأ المشروعية يحتل مكانة مميزة كأحد أهم مبادئ القانون إطلاقاً ، فإن تجسيده في أرض الواقع يفرض توافر ثلاثة شروط ينجم عن تخلف أحدها غياب ما يسمى بمبدأ سيادة القانون و بالتالي اختفاء معالم و مظاهر الدولة القانونية. و هذه الشروط هي :

- الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات.
- التحديد الواضح لسلطات و اختصاصات الإدارة.
- وجود رقابة قضائية فعالة.¹

أولاً - الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات

يقصد بمبدأ الفصل بين السلطات توزيع السلطات الأساسية في الدولة على هيئات مختلفة بحيث لا يجب أن تتركز هذه السلطات في هيئة واحدة بما ينجم عن ذلك من آثار قانونية بالغة الخطورة . ذلك أنه ما إن اجتمعت السلطات الثلاث في يد هيئة واحدة إلا و ترتب على ذلك حدوث انتهاك و تعسف . فلا يتصور إذا اجتمعت السلطات و تركزت في يد الهيئة التنفيذية فصارت لها على هذا النحو يد في التشريع و أخرى في القضاء وثالثة في التنفيذ، أن تسلم هذه الأخيرة بخضوعها للجزاء أو وقوفها للحساب أمام القضاء و هو جهاز تابع لها. من أجل ذلك ذهب الفقيه مونتسكيو إلى القول أن السلطة توقف السلطة. بمعنى أن تعدد السلطات كفيل بإحداث نوع من الرقابة على كل سلطة حتى لا تتفرد بالقرار بما يؤدي في النهاية إلى احترام مبدأ المشروعية.

ثانياً- التحديد الواضح لاختصاصات الإدارة

لا يمكن أن يتحقق مبدأ المشروعية في أرض الواقع إلا إذا كانت أعمال و صلاحيات السلطة الإدارية أو التنفيذية واضحة و محددة . و يعود سر تحديد صلاحيات السلطة التنفيذية دون سواها إلى أن صلاحيات السلطة التشريعية واضحة و عادة ما يتكفل دستور الدولة بتبيان القواعد العامة لممارسة العمل التشريعي. و يتولى القانون تفصيل هذه القواعد . كما أن صلاحيات ووظائف السلطة القضائية واضحة و محددة فهي التي تتولى الفصل في المنازعات و الخصومات بما يقره القانون و طبقاً للإجراءات المعمول بها.

¹ محمد منير، المرجع السابق، ص45.

فإذا قامت الإدارة بإصدار قرارات خارج نطاق اختصاصها عد عملها هذا غير مشروع و كذلك الحال في حال ابتعادها عن الهدف ألا و هو تحقيق المصلحة العامة المختلفة محاولة منها جبرها على احترام مبدأ المشروعية ، وحتى لا تتخذ الإدارة من وسيلة القرار الإداري ذريعة لتحقيق مقاصد غير مشروعة مستغلة بذلك الطابع التنفيذي له¹.

ثالثاً - وجود رقابة قضائية فعالة

إن مبدأ المشروعية يفرض من جملة ما يفرضه وجود سلطة قضائية تتولى توقيع الجزاء على المخالف في حال ثبوت التجاوز أو الخرق للقانون . فلو تصورنا أن السلطة الإدارية أصدرت قرارا غير مشروع فقامت بفصل موظف عن وظيفته دون تمكينه مثلا من ممارسة حق الدفاع عن نفسه، أو دون تمكينه من الإطلاع على ملفه التأديبي أو دون تبليغه لحضور الجلسة التأديبية ، فإنها في مثل هذه الحالات تجاوزت القانون وأعتبر قرارها غير مشروع². ويعود للقضاء المختص التصريح بعدم مشروعية القرار و من ثم إلغاءه لذات السبب بعد رفع الأمر إليه.

الفرع الرابع : مصادر مبدأ المشروعية

يمكن تصنيف مصادر المشروعية إلى قسمين رئيسيين هي المصادر المكتوبة و تشمل الدستور والمعاهدات والتشريعات العادية والتنظيمات أو اللوائح. و المصادر غير المكتوبة و تشمل العرف و المبادئ العامة للقانون .

أولاً : المصادر المكتوبة

يقصد بالمصادر المكتوبة مجموعات مدونة تحتوي على قواعد قانونية ملزمة تتفاوت في درجة قوتها القانونية ، و المصادر المكتوبة هي الدستور و المعاهدات و التشريعات العادية و اللوائح أو التنظيمات أو التراتيب كما يطلق عليها في تونس .

¹ عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 6.
² سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب، دار الفكر العربي، 1995، ص 255

- 1- الدستور :** يعتبر الدستور القانون الأسمى و الأعلى في كل دولة و يمثل قمة هرم النصوص القانونية وأعلىها مرتبة وأكثرها حجية على وجه الإطلاق . ويستمد الدستور علو مرتبة من مصدرين أساسيين أحدهما موضوعي و الآخر شكلي.
- و يمثل المصدر الموضوعي في أن الدستور يتكفل بضبط و تحديد أهم وأخطر علاقة ألا و هي علاقة الحكام بالمحكومين . وترتبط على ذلك عاد له صلاحية تنظيم عمل السلطات الثلاث التشريعية و التنفيذية و القضائية. كما يتضمن إلى جانب ذلك الإعلان عن مجموع الحقوق و الحريات التي يتمتع بها الأفراد داخل الدولة.
- أما المصدر الشكلي فيقصد مساهمة الشعب بصفة مباشرة في إقرار الوثيقة الدستورية و هذا باعتمادها بطريق الاستفتاء، و هو الأسلوب الغالب في ظل الدولة الحديثة أو المعاصرة . بل حتى ولو انتخب الشعب جمعية تأسيسية و كلفت بصياغة الدستور، فإن الشعب بهذا الطريقة يكون قد ساهم مساهمة غير مباشرة في صياغة الدستور .
- 2- المعاهدات :** تعتبر المعاهدات مصدرا لمبدأ المشروعية و هذا بعد أن يتم التصديق عليها من جانب السلطة المختصة داخل الدولة. وفور التصديق عليها تصبح المعاهدة جزءا من التشريع الداخلي، بل إن بعض الدساتير كالدستور الجزائري يعترف لها بطابع سمو على القانون¹. وطالما احتلت المعاهدة درجة عليا ضمن هرم النصوص الرسمية سواء كانت أسمى من القانون أو تعادله و تماثله في القوة، فإن بنودها و موادها ملزمة للسلطات المعنية داخل الدولة .
- 3- القوانين العادية :** لعل أهم مصادر مبدأ المشروعة وفرة من حيث القواعد هي القوانين بحكم كثرتها و اختلاف موضوعاتها. فكثيرة هي النصوص القانونية التي تضعها السلطة التشريعية و تمس جهة الإدارة أو تنظم علاقاتها مع الأفراد كقانون الوظيفة العامة و القانون المنظم لرخص البناء و غيرها . فهذه المنظومات القانونية أيا كان موضوعها متى صدرت و تم نشرها أصبحت ملزمة للجهات الإدارية المختصة و ملزمة أيضا للأفراد فيما يتعلق بوضعيتهم و مركزهم.

¹ المادة 132 دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996. الصادر بتاريخ 16/أكتوبر/1996 ولتفصيل أكثر راجع عمار بوضياف، القاضي والمعاهدات الدولية، مداخلة مقدمة للمؤتمر الدولي للقضاء الإداري، جامعة سوسة، 11-12 أفريل 2008.

وضمن فعاليات نفس المؤتمر راجع مداخلات

- Abderrazak Ben khalifa , **le contrôle de conventionalité par le juge Administratif.**
- Patrick Jacq , **le juge Administratif et le traité P 40.**

والقانون إذا صدر لا يجوز إلغائه أو تعديله إلا بقانون يماثله في الرتبة . فلا يجوز للسلطة التنفيذية إلغاء أو تعديل نص قانوني. و هذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري بمصر بقولها : " مما لا جدال فيه أن القانون لا يعدل إلا بقانون آخر و أنه لا يجوز تعديل قانون بقرار من مجلس الوزراء"¹

4- التنظيمات أو اللوائح أو الترتيب : وهي عبارة عن قرارات تنظيمية تتضمن قواعد عامة و مجردة و لا تخص مركزا بذاته تصدر عن الجهة الإدارية المختصة . وتشترك اللائحة مع القانون في أن كل منها يصدر بشكل عام و مجرد . و يختلفان خاصة من زاوية التدرج أو الحجية. فاللوائح تحتل مكانة أدنى من القانون العادي . وتتقسم اللوائح إلى أنواع منها اللوائح التنفيذية و اللوائح المستقلة و لوائح الضرورة و اللوائح التفويضية.

ثانيا : المصادر غير المكتوبة

1- العرف : يقصد بالعرف ما جرى عليه العمل من جانب السلطة التنفيذية في مباشرة صلاحياتها الإدارية بشكل متواتر وعلى نحو يمثل قاعدة ملزمة واجبة الإلتباع . ذلك أن إلتباع السلطة الإدارية لنمط معين من السلوك بشأن عمل معين بوتيرة واحدة وبشكل منتظم خلال مدة زمنية معينة مع الشعور بالإلزام ينشئ قاعدة قانونية عرفية. وهو ما أكده القضاء الإداري في كثير من المنازعات².

2-المبادئ العامة للقانون

يقصد بالمبادئ العامة للقانون مجموعة القواعد القانونية التي ترسخت في وجدان وضمير الأمة القانوني ويتم اكتشافها واستنباطها بواسطة المحاكم، وهي تختلف عن المبادئ العامة المدونة في مجموعة تشريعية كالقانون المدني. لأن مصدر هذه الأخيرة هو التشريع لا القضاء.

ذهب الفقيه مارسيل فالين أن المبادئ العامة للقانون تستمد قوتها الملزمة من العرف، فالقواعد العرفية هي التي تضي على المبادئ العامة الصفة الملزمة خاصة حينما يتعود القضاء على تطبيق هذه القواعد ويعملون على ترسيخها³.

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 25.

² حسين الدوري، القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، ندوة القضاء الإداري، مطبوعات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الدار البيضاء، المغرب، 18، 22 جوان 2007، ص 18.

³ ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 98.

ولقد أفصحت المذكرة الإيضاحية لقانون مجلس الدولة في مصر رقم 63 لسنة 1955 عن الطبيعة الإنشائية للقضاء الإداري بقولها: "يتميز القضاء الإداري بأنه ليس بمجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني، بل هو في الأغلب قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد"¹

المطلب الثالث : ضمانات مبدأ المشروعية ودور القضاء الإداري

بغرض تكريس مبدأ المشروعية على أرض الواقع وجب تحريك وتفعيل آليات الرقابة المختلفة سواء السياسية أو الإدارية أو البرلمانية أو القضائية حتى تمارس كل جهة دورها في إلزام الإدارة بالخضوع للقانون، وبالتالي الوصول إلى الهدف الأسمى ألا وهو إقامة الدولة القانونية ، وستتولى باختصار إعطاء لمحة وجيزة عن كل نوع من أنواع الرقابة.

الفرع الأول : الرقابة القضائية

إذا كان مبدأ المشروعية الإدارية مسيجا بجملة من أشكال الرقابة الإدارية والسياسية والبرلمانية وأن لكل من هذه الأنواع جهاتها وإجراءاتها ونطاقها، فإن وجود رقابة قضائية تمارس على أعمال الإدارة المختلفة المادية والقانونية أمر لا بد منه لتأكيد سيادة القانون على الحاكمين قبل المحكومين.

فلا ينبغي أن يتخذ من مبدأ الفصل بين السلطات حجة وذريعة للقول مثلا أنه ليس من حق القضاء التدخل في شؤون الإدارة، لأن مثل هذا الطرح إذا ما أثير فمن شأنه أن يفكك كل معالم دولة القانون أو الدولة القانونية .

إن الدولة القانونية تبدأ من فكرة أن كل عمل أو قرار من الممكن عرضه على جهة القضاء المختص لفحصه وتقدير مشروعية ورقابته. وقد يؤدي الأمر إلى إلغاءه مع ترتيب آثار الإلغاء. إذ ما الفائدة التي يجنيها المواطن إذا كانت حقوقه ثابتة بموجب نصوص دستورية وقانونية كحق الملكية مثلا، إذا لم نعترف له باللجوء للقضاء في حال خرق الإدارة للقانون ونزعها لملكية دون مراعاة الجوانب الإجرائية، ودون التقيد بالنصوص الرسمية التي تحكم عملية النزاع. لا شك أن تصورا من هذا القبيل ينجم عنه العودة بالمجتمع البشري إلى

¹ محمد عبد الوهاب رفعت ، المرجع السابق، ص 68.

مراحلها السابقة والقديمة حيث كانت الدولة وهيئاتها لا تنقيد بالقواعد ولا تلتزم بضابط أو إجراء. وتأسيسا على ما تقدم فإن الرقابة القضائية تحتل مكانة متميزة ضمن أشكال وصور الرقابة. فالفرد هو من يدافع عن مصلحته ويسارع إلى عرض دعواه على جهة القضاء بعد استيفاء جملة الإجراءات المنصوص عنها قانونا.

إن الدعاوى الإدارية المختلفة سواء دعوى الإلغاء¹ أو دعوى التفسير² أو دعوى الفحص³ أو دعوى التعويض وغيرها من الدعاوى الأخرى تمثل ضمانا أساسية لمبدأ المشروعية الإدارية. وتمكن جهة القضاء المختص من ممارسة رقابته على جهة الإدارة، ومن ثم التصريح في حال ثبوت الخرق بإعدام القرار المطعون فيه أو إقرار مسؤولية الإدارة مع التعويض عن العمل الضار وغير ذلك من القرارات القضائية. وينظر القضاء الإداري في الدعاوى المرفوعة أمامه بصفة مستقلة فلا سلطان للإدارة وينبغي الإشارة أن الإدارة في كثير من الأنظمة القانونية قد تتناول على أحكام القضاء وتتمرد على تنفيذها رغم

أن المشرع فتح السبيل القانوني أمام صاحب الحق في اللجوء للقضاء الجزائي كما هو الحال في مصر والجزائر. غير أنه ورغم فتح هذا السبيل، إلا أن الملاحظ في كثير من الأنظمة العربية أن الإدارة قد لا تمتثل لأحكام القضاء خاصة إذا تعلق الأمر بدعوى الإلغاء⁴.

المطلب الرابع : مظاهر المشروعية في نطاق الرقابة القضائية على نشاط المرافق العامة الإدارية

1 أحمد يوسف، قضاء الإلغاء أمام مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 29 وما بعدها.
سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 20 وما بعدها.
محمد أنور حمادة، القرارات الإدارية ورقابة القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 7 وما بعدها.
2 عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة الجزائر، 2002، ص 92 وما بعدها.
3 عمار عوابدي، دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 7 وما بعدها.
4 عمار بوضياف، تنفيذ الأحكام القضائية في المادة الإدارية بين الإطار القانوني والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي تبسة الجزائر العدد 2، 2007، ص 9 وما بعدها.
عائشة سلمان، إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الإدارة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 72، أبريل 2007، ص 45 وما بعدها.

إن في إضفاء المشروعية على انحراف الإدارة بسلطتها لتحقيق مصلحتها , وإن كان فيه إشباع لاحتياجات الهيئات إلا أن فيه اعتداء على حقوق الأفراد المقررة دستوريا , و تنكر لمبدأ المشروعية الذي يجب إعلائه على أي مصلحة كانت فنبل الغاية لا يبرر استخدام الوسيلة و في تقرير مشروعية هذا الانحراف بالسلطة خطورة بالغة لما في ذلك من جعل حقوق الأفراد و احترام مبدأ مشروعية لهذا الانحراف بالسلطة خطورة بالغة لما في ذلك من جعل حقوق الأفراد و احترام مبدأ المشروعية

الفرع الأول : تأديب الموظف العام

حتى تتمكن الإدارة من أداء واجبها في الحفاظ على انضباط العمل الإداري فقد كفل لها المشرع حق تأديب موظفيها بتوقيع ما يناسب مخالفتهم من جزاءات تأديبية منصوص عليها لمنعهم من معاودة اقترافها و دفعهم إلى الحرص على عدم الإخلال بواجباتهم الوظيفية و حتى يعتبر غيرهم من الموظفين الذين قد تسول لهم أنفسهم ارتكاب المخالفات و هدف توقيع الجزاء التأديبي يجب أن يكون دائما تحقيق الصالح العام المتمثل في ضمان سلامة أداء الجهاز الإداري و رفع كفاءاته لضمان سير و انتظام المرافق العامة في الوفاء بالتزاماتها نحو جمهور المتعاملين معها و لكن حق الإدارة في توقيع الجزاء على رجالها ليس حقا طليقا من كل قيد بل هو حق مشروط بأن يكون الجزاء صريحا و ليس مستترا خلف قرار نقل أو خلافه , كما أن الإدارة يتعين عليها لتوقيع الجزاء أن تتبع الإجراءات المقررة قانونا للتأديب , و ذلك حتى يتمكن العامل من الدفاع عن نفسه فإن خالفت الإدارة هذا الشرط أو ذاك أو خالفت الهدف من منحها سلطة التأديب و هو تحقيق المصلحة العامة كان قرارها مشوبا بالانحراف في استعمال السلطة¹.

و يظهر الانحراف بالسلطة التأديبية بجلاء فيما يطلق عليه " العقوبة المقنعة " كنقل عامل أو نذبه بدلا من توقيع جزاء تأديبي عليه و هذه عقوبة مستترة خلف ستار تنظيم العمل في الإدارات و المصالح و المرافق العامة.

و تتعلق مشكلة العقاب المقنع في واقع الأمر بأخلاقيات الإدارة و سلوكها في مواجهة موظفيها حيث تقوم في هذا الصدد عمدا بتوقيع عقوبات بالمعنى الصحيح للضغط على موظفيها

¹ الطماوي سليمان . نظرية التعسف في استعمال السلطة . ط 3 . دار الفكر العربي القاهرة . 1978 . ص 47

بطريقة خفية غير قانونية مستخدمة في تحقيق مآربها في بعض الأحيان إجراءات غير منصوص عليها في القانون ، و في أحيان إجراءات منصوص عليها و لكنها تستخدمها في غير الأغراض التي تقررت من أجلها و للقضاء على هذا النوع من العقاب يجب على الإدارة من جانب أول الالتزام بتسبب جميع القرارات ذات الآثار العقابية الضارة الصادرة عنها كما يجب على المشرع من جانب ثان تقنين كافة الإجراءات و التدابير التي تسعى الإدارة من خلالها لتوقيع العقوبات المقنعة كما يجب على القضاء أخيرا بوصفه المحامي لحقوق الأفراد ألا ينفصل عن الواقع العملي عند تطبيقه للقانون على الوقائع المعروضة عليه بحيث يتفحصها و يتلمس معالمها في ضوء الظروف الملازمة لها و التي أدت إلى اتخاذها بما لا يخل بمصلحة كل من الإدارة و العاملين فيها ¹.

و قد وقف مجلس الدولة المصري وقفا حاسما من قرارات الإدارة التي قصدت بها توقيع جزاءات مقنعة حيث ألغت محكمة القضاء الإداري قرارا إداريا بنقل أحد أعضاء تنظيم نقابي حينما ثبت لديها أن القرار صدر بقصد التكيل بالمدعي بسبب نشاطه النقابي المناوئ للإدارة و من ثم كان مشوبا بإساءة استعمال السلطة .

كما ذهب نفس المحكمة إلى أن النذب تترخص فيه جهة الإدارة بما لها من سلطة تقديرية و لا تعقيب على قرارها طالما خلا من إساءة استعمال السلطة .

و من صور إساءة استعمال السلطة تعديل قرار النذب إلى نقل ثم إعادته و صدور تلك القرارات في وقت قصير بعد أن أوضحت الإدارة عن صدها في أن الغرض من ذلك هو توقيع جزاء تأديبي "

في هذا الحكم اعتبرت المحكمة أن إصدار الإدارة لقرارات نقل و نذب متتابعة في فترة وجيزة دليل على الانحراف بالسلطة و من ثم ألغت قرار نذب أحد أعضاء الإدارات القانونية دون موافقة الكتابية بعد ما كشفت الإدارة عن أن قصدها من النذب و النقل توقيع جزاء تأديبي و وجه الانحراف هنا أن الإدارة خالفت الهدف المخصص للنقل و هو حسن سير و انتظام المرافق العامة حيث استبدلت به الهدف المخصص للتأديب و المتمثل في المنع و الردع و قد استنشت المحكمة الإدارية العليا أن الإدارة اتخذت من النقل وسيلة لعقاب الموظف استنادا إلى أن النقل تم إلى جهة تزرخ بالعمالة الزائدة ، و ليس بها درجات خالية و أن قرار النقل

¹ الطماوي سليمان . المرجع السابق . ص48

واكبه ادعاء جهة الإدارة المنقول منها الموظف لأنه تعدى بالضرب على أحد زملائه بالعمل و قد استنتجت المحكمة من كل الملابس أن النقل اتخذ بهدف توقيع عقوبة مقنعة على الموظف المنقول لذلك ذهبت إلى إلغاء القرار الصادر به لكونه مشوبا بالانحراف بالسلطة و إذا كان ما سبق هو موقف مجلس الدولة من الجزاءات المقنعة المستترة خلف قرارات النقل ما دام قد خلا من شبهة الجزاء التأديبي المقنع لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " و لما كان الثابت من الأوراق أن الوظيفة المنقول إليها هي وظيفة مدير إدارة الرقابة على المخزون السلعي و لم يثبت من الأوراق أو يقدم المطعون ضده ما يدل على أن الوظيفة المنقول إليها نقل في درجتها أو مرتبتها عن الوظيفة منها بل أن الثابت أن كلا من الوظيفتين يحتل موقعا واحدا في مجموعة الوظائف المالية و المحاسبية "

و تأسيسا على ما تقدم ذهبت المحكمة إلى أن قرار النقل لا يحمل في طياته جزاء مقنعا و لذلك فهو قارا مشروع و لا يجوز النعي عليه بالانحراف بالسلطة

و من جهة أخرى قد تتحرف الإدارة في استعمال سلطة نقل الموظفين حيث قد تفرض مقتضيات الصالح العام على جهة الإدارة نقل أحد موظفيها من مكان لم يعد بحاجة إلى خدماته إلى مكان آخر في أمس الحاجة إلى تخصصه و هذا هو النقل المكاني و يختلف عن النقل النوعي الذي يكون من وظيفة لأخرى في نفس المستوى الوظيفي و في نفس جهة العمل حيث تفرض متطلبات العمل الإداري اللجوء إليه و حتى يكون النقل مشروعا يجب أن يكون نابعا من الرغبة في تحقيق مصلحة العمل و تيسير أداءه و رفع مستوى الخدمة التي تؤديها الجهة الإدارية , حيث إن القاعدة المسلمة أن للإدارة سلطة نقل موظفيها بهدف تحقيق الصالح العام فإذا خالفت جهة الإدارة هذه القاعدة فإن القضاء يلغي قرارها لأنه مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة¹.

الفرع الثاني: نزع الملكية للمنفعة العامة

لقد ورد في القانون المدني الجزائري ضمن المادة 689 تعريف لنزع الملكية بأنها: (حق الإدارة العامة في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل)²

¹ الطماوي سليمان . المرجع السابق . ص 50.

² المادة 689 من القانون 07/05 الصادر بتاريخ 13-05-2007 المتضمن القانون المدني الجزائري .

كما عرف المشرع الجزائري نزع الملكية في القانون 91-11 في نص المادة 02 كما يلي:

(يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية.

وزيادة على ذلك لا يكون نزع الملكية ممكنا إلا إذا جاء تنفيذا لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط تتعلق بإنشاء تجهيزات جامعية ومنشآت وإعمال كبرى ذات منفعة عمومية)

وبهذا يتضح أن نزع الملكية تعتبر استثناء للقواعد العامة في اكتساب الدولة للملكية العقارية و حددت كذلك هذه المادة مجال للمنفعة العمومية وأن يكون التعويض سابق لنقل الملكية.

و كان غرض المشرع الجزائري في تعريفه للمنفعة العامة في قانون 91-11 من وراه إبعاد الإدارة عن استعمال امتيازات السلطة العامة لأهداف اقتصادية ، هو أن الإدارة مقيدة عندما تقوم بإنجاز المشاريع العامة فلا يمكنها أن تستعمل نزع الملكية من أجل المنفعة الخاصة فلا بد أن يكون هدفها الرئيسي هو تحقيق المنفعة العامة¹.

وتقدير المنفعة العامة يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي حيث يراقب مشروعية ، وينظر إلى الملاءمة ، والمحكمة العليا قد كانت تمنع عن تحقيق من وجود أو عدم وجود منفعة عامة فهي بذلك ترفض التدخل في مراقبة الملكية وبسبب التجاوزات من قبل الإدارة كان لازما على القضاء التدخل لمراقبة مطابقة عملية الإدارة للأهداف المصرح بها .

و من أجل حماية الملكية الفردية ضد التعسفات غير المشروعة الصادرة من الإدارة فقد حدد المشرع في المادة 03 من قانون 91/11 الإجراءات الواجب على الإدارة إتباعها ،

و هي :

- 1- التصريح بالمنفعة العمومية.
- 2- تحديد كامل الأملاك و الحقوق العينية القابلة للنزاع.
- 3- تقييم الأملاك المنزوعة .

¹ القانون 91-11 الصادر بتاريخ 27-04-1991 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة .

4- التصريح بقابلية التنازل عن الأملاك .

5- قرار نزع الملكية .

و تجدر الإشارة إلى أن هذه إجراءات إلزامية و خاضعة لرقابة القاضي الإداري الذي يستطيع إبطال قرارات الإدارة التي اتخذت خرقا لهذه الإجراءات.¹

المبحث الثالث : خصوصية المنازعة الإدارية ودور القضاء الإداري

يساهم القضاء الإداري بدور في غاية من الأهمية في مجال مراقبة مشروعية الأعمال الإدارية وحماية حقوق وحرقات الأفراد وهذا من خلال فصله في القضايا المعروضة عليه ويستمد القضاء الإداري هذه الأهمية من وظيفة الطبيعة كونه الجهاز الرسمي الذي يفرض حكم القانون على جميع الهيئات وأيا كان مركزها وموقعها وطبيعتها كما يفرض حكم القانون على الأفراد وهو ما يؤدي في النهاية إلى إقامة دولة القانون ودولة المؤسسات ودولة الحقوق والحرقات ولا يمكن تكريس هذه المفاهيم في أرض الواقع دون دور للقضاء الإداري .

وإذا كانت مختلف القوانين اعترفت للإدارة بسلطة إصدار قرارات إدارية وأن هذه القرارات تتمتع بالطابع التنفيذي وأن الإدارة لا تحتاج إلى اللجوء لسلطة أخرى ولتكن القضاء لتنفيذ قراراتها فإن الدساتير أيضا اعترفت من جهة أخرى للفرد بحقه في اللجوء للقضاء لرد المظالم ووضع حد لكل تعسف قد يلاقه من جانب الإدارة خاصة وأنه الطرف الضعيف في العلاقة بما يفرض بسط حماية له من كل اعتداء.

وإذا كان القضاء العادي ممثلا في المحاكم العادية والابتدائية وجهات الاستئناف وقضاء النقض هو الآخر يصون مبدأ المشروعية بصفة عامة ويحفظ الحقوق المقررة قانونا . وكذلك القضاء الدستوري يتولى حماية مبدأ دستورية القوانين والأنظمة فإن القضاء الإداري يظل مع ذلك يتمتع بخصوصية لا نجدها في غيره من القضاء وتتجلى هذه الخصوصية فيما يلي :

1- أن المنازعة الإدارية أحد أطرافها سلطة إدارية وقد تكون سلطة مركزية أو إدارية محلية أو مرفق عام ذو طابع إداري . فالنزاع لا يتعلق بأشخاص القانون الخاص كما هو الحال بالنسبة للقضاء المدني بل نزاع أحد أطرافه سلطة عامة ، وبذلك تميزت المنازعات الإدارية عضويا عن الخصومة المدنية .

¹ القانون 91-11 المرجع السابق

2- يتعلق موضوع النزاع بمسألة لها علاقة بالمصلحة العامة . فلو تصورنا أن النزاع يدور حول نزاع ملكية للمنفعة العامة ، أو فصل موظف عن وظيفة ، فإن القرار الإداري وإن مس مركزاً قانونياً فردياً ، إلا أنه يتعلق بالمصلحة العامة اقتضت إصدار

3- قرار النزاع أو قرار العزل ، وهو يميز المنازعة الإدارية من حيث الموضوع عن الخصومة المدنية التي يحكمها مبدأ المساواة بين الأطراف

4- يمارس القاضي الإداري سلطات واسعة في مجال المنازعات الإدارية ، فهو من يوجه الإجراءات وقد يأمر الإدارة بإفادة جهة القضاء بوثائق ومستندات حتى أن البعض أطلق على القاضي الإداري بأمير الإجراءات ، وهذا خلاف للقاضي المدني الذي يوجه الأفراد تطبيقاً للمبدأ القائل "الخصومة ملك للخصوم".

5- إذا كان القاضي المدني على الوجه الغالب الأعم يطبق القانون على الوقائع المعروضة عليه ، ويجد الحل في القاعدة القانونية ، فإن القاضي الإداري في كثير من الحالات يمارس دور القاضي المبدع المنشئ للقاعدة ثم يطبق لها وهو دور في غاية الأهمية . و تجدر الإشارة أن القانون الإداري كأحد أهم فروع القانون العام هو من منشأ قضائي ولو الدور الرائد للقضاء الإداري ليعرف نشأة ولا تطور كالذي نشهده في الكثير من الأنظمة القانونية خاصة تلك التي تنبت نظام القضاء المزدوج.

6- أن القانون الواجب التطبيق على الخصومة المدنية هو القانون الخاص وهذا الأخير يعترف بأنه قانون التوازن والمساواة فلا يستطيع المشرع مثلاً أن يفاضل مصلحة خاصة عن مصلحة مماثلة كأن يفضل مصلحة البائع على المشتري أو المؤجر على المستأجر وغيرها. بينما القانون الواجب التطبيق على المنازعة الإدارية هو القانون العام . وهذا الأخير وصف بأنه قانون السيطرة والخضوع . فمهما يكن من أمر المساواة بين الإدارة والفرد أمام القضاء تظل الإدارة تتمتع بامتيازات السلطة العامة ، والدليل أن لجوء الفرد للقضاء الإداري طالبا إلغاء قرار إداري لا يترتب عنه وقف سريان القرار المطعون فيه ، بل تمتد آثاره إلى غاية إلغاء قضاء ما لم تقرر السلطة القضائية المختصة توقيف سريانه إلى غاية البت في دعوى الموضوع .

7- أن القاضي الإداري هو أكثر القضاة عرضة للمخاطر بحكم خصوصية المنازعة المعروضة عليه فأمام القاضي الإداري يقف رئيس الدولة والوزير الأول والوزير والمدير

المركزي والمحافظ أو الوالي وغيرهم من أصحاب النفوذ وقد يتصدى القاضي الإداري لعمل الإدارة فيصرح إما بإلغاء قرار إداري بعد تنفيذه ، أو يصرح بحق
8-المتضرر في الحصول على تعويض يلزم جهة الإدارة ونح من نفوذها وتعسفها والمقصد العام هو تكريس مبدأ المشروعية وإقامة الدولة القانونية وحفظ الحقوق والحريات ولا يتعرض القاضي المدني لضغط مماثل في القوة لأنه يفصل في مسائل تتعلق بالمصلحة الخاصة وأشخاص القانون الخاص¹.

المطلب الأول : سلطات الإدارة ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها

ذهبت غالبية النظم القانونية للاعتراف لجهة الإدارة بممارسة سلطاتها التقديرية . كما ألزمتها في حالات معينة باتخاذ القرار بمضمون معين . وهو ما يطلق عليه بالسلطة المقيدة للإدارة . وسنتولى فيما يلي التفرقة والتمييز بين هذين السلطتين :

الفرع الأول : السلطة التقديرية

ابتداءً نقول إن مناط التمييز بين الإرادة الحرة للإدارة (السلطة التقديرية) والإرادة المقيدة (السلطة المقيدة) تحددها النصوص القانونية أو التنظيمية . فقواعد القانون أو التنظيم هي التي تبرز لنا متى نكون أمام إرادة حرة أو إرادة مقيدة .
فحين يترك القانون للإدارة حرية تقدير الظروف وتكييف الوقائع المعروضة أمامها ولا يلزمها بإصدار قرار محدد بمضمون معين خلال مدة معينة . فهي في هذه الحالة تتمتع بسلطة تقديرية وأبرز مثال على ذلك القرارات الضبطية . فالدستور وكذا القانون منحا جهة الإدارة (رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو الوزير أو الوالي أو رئيس البلدية) كامل الحرية في إصدار القرار الضبطي حسب الظروف وما تقتضيه من إجراءات .
وتتمتع الإدارة أيضا بقدر من الحرية فيما يخص قرارات الترقية فموقعها يؤهلها من معرفة الموظف المعني بالترقية وقدراته ومؤهلاته ومدى التزامه وأدائه الوظيفي .
ولها أن تقدر عما إذا كان يستحق هذه الترقية من عدمها . كما تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في توقيع الجزاءات التأديبية وتكييف الأخطاء الوظيفية .

¹ محمد أنور حمادة . المرجع السابق . ص25

غير أن تمتع الإدارة بقدر معين من الحرية لا يعني تفردا بشكل مطلق باتخاذ القرار وأن لا رقيب عليها، ذلك أن السلطة المطلقة لا تولد إلا تعسفا . ثم أن مفهوم دولة القانون يفرض إخضاع مجموع قرارات الإدارة من حيث الأصل إلى رقابة القضاء إلا إذا قدر القضاء أن بعض الأعمال تخرج عن ولاية رقابته .

وبناء على ذلك فإن القرارات الضبطية تخضع للرقابة القضائية، ويمكن للقضاء إلغاء قرار ضبطي إذا تبين له تعسف الإدارة في إصداره . وذات الأمر ينطبق فيما يخص القرارات التأديبية إذ يجوز مقاضاة الإدارة بشأنها.

وتتمتع الإدارة بقدر من الحرية بخصوص تقييم كفاءة وأداء الموظف المعني عما إذا كان يستحق التثبيت في منصب عمله من عدمه . وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية فيما يخص توزيع المهام بين الموظفين، وتنظيم المصالح، ومنح الإجازات، وسلطة التنقيط ووضع العلامات الخاصة بالموظفين.

وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية فيما يخص تعيين موظف في وظيفة تجعله على صلة بأحد أقاربه . فهذا القانون الجزائري ممثلا في المادة 28 من المرسوم 59/85 المتعلق بالقانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العامة الملغى) حظر على الإدارة تعيين شخص يكون على صلة بوظيفته مع أحد أقاربه من الدرجة الثانية. غير أن ذات النص منح جهة الإدارة رخصة تستغلها في حالات الضرورة واعترف لها بممارسة السلطة التقديرية¹ .

إن السلطة التقديرية للإدارة تجد أساسها وتبريرها في أن المشرع عند سنه للنصوص القانونية بشكل عام ومجرد، لا يمكن أن يحيط علما بمجمل الوقائع بما تحمله من احتمالات مختلفة، وحالات متباينة، وفروع وجزئيات متداخلة، لذلك نجده يعترف للإدارة بقدر من الحرية اعتبارا من أنها الأقرب ميدانيا والأكثر اتصالا بالحياة اليومية الجارية والأكثر علما بالمعطيات والملابسات الغير مشمولة بالنص .

وجدير بنا القول أن السلطة التقديرية وإن كان ينجم عنها الاعتراف للإدارة بقدر من الحرية في أداء العمل الإداري، ولا تكبل إرادتها كما هو الحال بالنسبة للسلطة المقيدة، إلا أنه من عيوب السلطة التقديرية أنها قد تستغل للمساس بحريات الأفراد وحقوقهم² .

¹ عمار بوضياف، القرار الإداري، جسر للنشر، الجزائر، 2007، ص 49 وما بعدها.

² عمار بوضياف، المرجع السابق ص 51.

الفرع الثاني : السلطة المقيدة للإدارة

إذا قيد القانون إرادة الإدارة وألزمها باتخاذ القرار بتوافر ظروف واجتماع عناصر ووقائع معينة كنا أمام إرادة مقيدة . فحين يلزم القانون الراغب في الحصول على رخصة بناء الاتجاه والتقرب من جهة إدارية حددها النص، كما تكفل بتبيان الملف المطلوب وشروط الاستفادة من قرار الإدارة وألزمها بالتصريح بموقفها بشأن الملف المقدم، إن قبولاً أو رفضاً، فإنه بذلك يكون قد قيد إرادتها مما يسهل على القاضي عند رفع الأمر إليه إخضاعها للرقابة من منطلق أن إرادتها مقيدة .

إن الإرادة المقيدة للإدارة على حد قول رئيسة مجلس الدولة الجزائري هي الوضعية التي تكون فيها الإدارة ملزمة بالتصرف أو برفض التصرف عندما تتوفر بعض الشروط ذات الصلة بالواقع أو القانون. فسلوكها مفروض عليها كإحالة موظف بلغ سن التقاعد¹. لذلك قضت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في الجزائر أن عدم مراعاة الإدارة المعنية للمهلة القانونية بشأن رخص البناء يعد تجاوزاً للسلطة².

كما أن إرادة الإدارة تكون مقيدة في مجال الاختصاص ولا تملك أي سلطة تقديرية . إذ أن قواعد الاختصاص قواعد أمرة يضعها المشرع لتنظيم العمل الإداري ويتكفل وحده بتوزيع الاختصاص بين الهياكل الإدارية المختلفة المركزية والمحلية والمرفقية . وتكون إرادة الإدارة مقيدة أيضاً في مجال الأشكال والإجراءات والآجال، فلا تملك مخالفتها أو استبدال قاعدة بقاعدة، أو إجراء بإجراء، أو الزيادة في المدة أو تقليصها . وكذلك تكون إرادة الإدارة مقيدة بشأن الغاية، فلا تستطيع بعملها الإداري إلا أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة، فإن حادت عنها كان عملها مشوباً بعيب الهدف . فحين يقرر القانون أحكاماً للترقية تبنى فقط على معيار التجربة دون غيرها، فأرادة الإدارة هنا مقيدة فهي ملزمة بأن ترقى الموظف الأقدم فالقديم. وأن كل خروج عن هذه القاعدة يعرضها للرقابة القضائية وإلغاء قراراتها . من أجل ذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري بمصر إلى القول: " من المتفق عليه في الفقه

¹ فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص 37.
² قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف 68240 بتاريخ 07-28-1990، المجلة القضائية العدد الأول، 1992، ص 153 وما بعدها.
 قرار مجلس الدولة الجزائري، بتاريخ 11-03-2003، الغرفة الثالثة، الملف 007736 مجلة مجلس الدولة العدد الثالث، 2003، ص 148.

الإداري الحديث أنه لا يوجد قرار إداري تستقل الإدارة بتقدير جميع عناصره ومن ثم تختلف درجات التقدير من قرار إلى آخر¹.

إن السلطة المقيدة للإدارة لاشك أنها تحمي مبدأ المشروعية وتوفر ضمانات أكثر للأفراد من تعسف الإدارة . لكن من جهة أخرى نرى ذات السلطة (المقيدة) تفرض قيوداً على الإدارة وتكبل إرادتها وتفقد مرونة التصرف بما يؤثر سلباً على نشاطها . وينبغي الإشارة أن مقتضيات المصلحة العامة تفرض الاعتراف للإدارة بالسلطتين معاً التقديرية والمقيدة على حد سواء . ذلك أنه لا يجوز بحال من الأحوال أن نعترف للإدارة بالسلطة المقيدة في جميع أعمالها وقراراتها لما في ذلك من أثر بالغ وخطير في تكبيل إرادتها ومحاولة التقليل منها . كما لا يجوز الاعتراف لها في جميع المواضع والحالات بالسلطة التقديرية لما في ذلك من أثر بالغ وخطير على حقوق الأفراد . ويبقى القضاء هو الجهة التي يلجأ إليها كل فرد للطعن في القرار الإداري . فيمارس القضاء سلطته في مجال الرقابة على أعمال الإدارة وبإمكانه إلغاء قراراتها متى انتهى إلى نتيجة أنها مشوبة بعيب في المشروعية .

المطلب الثاني : رقابة القاضي الإداري للمشروعية الخارجية للقرار الإداري

نقصد بالمشروعية الخارجية للقرار الإداري ، ما إذا كان يحتوي هذا الأخير على عيب من عيوب عدم الاختصاص ، أو كان مخالفاً للأشكال و الإجراءات المقررة قانوناً ، و ذلك تحت طائلة تحقق عدم المشروعية ، و هما وجهان من أوجه دعوى الإلغاء التي يكتشفها القاضي بعد البحث عنها في ظاهر القرار ، و هذا ما دفعنا إلى القول أنها رقابة خارجية .

الفرع الأول : عيب عدم الاختصاص

يتأسس معيار توزيع سلطة القرارات الإدارية على الاختصاصات المقررة للوظيفة العامة التي يشغلها الموظف الإداري ، بحيث يكون لكل موظف يتمتع بهذه السلطة ولاية إصدارها في حدود اختصاصه ، و من تم يكون القرار مشوباً بعيب عدم الاختصاص إذا صدر ممن لا

¹ محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية القرار الإداري العقد الإداري، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي 1989، ص 109.

- ولاية له بإصداره، و بالتالي فان هذا العيب يعد الأكثر العيوب جدية¹، و هو ينقسم إلى :
- عيب عدم الاختصاص الجسيم
 - عيب عدم الاختصاص البسيط
- و التي ستنم دراستها كالتالي :

أولاً : عيب عدم الاختصاص الجسيم

1- اغتصاب الوظائف و السلطة : تحدث هذه الحالة حينما يلجا شخص ليست له سلطة قانونية و لا ينتمي إلى التسلسل الإداري ، إلى إصدار قرار إداري ، هذا الشكل من عدم الاختصاص هو الأكثر جسامة و يؤدي بالقاضي إلى التصريح ليس فقط بان هذا القرار باطل بل هو معدوم ، و بالتالي يصبح القرار موضع الخصومة في حكم الفعل المادي ليس له و لا يمكنه مطلقا ترتيب أي آثار قانونية ، إلا أن هذه النتيجة تم تخفيفها بواسطة نظرية الموظف الفعلي *fonctionnaire de fait* ، بحيث قد يكون لشخص ما جميع مظاهر الموظف المنتظم و يقوم بأعمال يحترمها المواطنين ، و عليه فانه من غير المناسب أن يكون هؤلاء الذين يخضعون عن حسن نية لأنهم يجهلون انتفاء أو عدم شرعية التكليف لذلك الموظف ، محرومين من أي طعن حسب النتائج المترتبة عن الانعدام، و بالتالي القاضي يصادق على صحة التدابير المتخذة من قبل الموظف الفعلي و ذلك لضمان الحقوق المكتسبة عن حسن النية .

كما تظهر هذه المخالفة عندما تعدي سلطة أخرى على اختصاصات السلطة الإدارية ، كاعتداء حاصل من السلطة القضائية أو التشريعية أو العكس ، أو اتخاذ قرار من هيئة لا وجود لها² .

ثانيا : عيب عدم الاختصاص البسيط

¹ أحمد محيو . المرجع السابق ص 180
² إبراهيم عبد العزيز شبيحة . القضاء الإداري ، ولاية القضاء الإداري ، دعوى الإلغاء منشأة المعارف الاسكندرية 2006 . ص 496 - 497 .

و هو الأكثر حدوثا والأقل خطورة من الأول ، و يقوم على أساس مخالفة قاعدة توزيع الاختصاصات بين الهيئات الإدارية المكونة لسلطة التنفيذية و هذه باعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية أخرى . و تتمثل صور هذا العيب في :

1- **عدم الاختصاص الموضوعي** : و مفادها إصدار قرار إداري من طرف سلطة إدارية في مجال معين هو من اختصاص سلطة إدارية أخرى و يتنوع إلى :

أ- **اعتداء هيئة إدارية عليا على صلاحيات هيئة إدارية دنيا** : فالقانون يحمي ميدان اختصاص هذه الأخيرة ، و لا يمكن للسلطة الرئاسية أو الوصائية التدخل إلا في حدود ما سطره القانون ، مثال ذلك الوالي له حق المصادقة على القرارات التي تتخذها البلدية ، لكن ليس بإمكانه حق تعديلها أو الحل محلها و إلا يكون مرتكبا لعيب عدم الاختصاص.

ب- **اعتداء سلطة إدارية على ميدان سلطة إدارية موازية لها** : كإصدار وزير الداخلية قرار من اختصاص وزير النقل ، فهنا القرار يكون مشوب بعدم الاختصاص الموضوعي و قابل للإلغاء .

ج- **الامتناع عن مزاولة الاختصاص** : و هي الحالة التي تكون الهيئة الإدارية تعتقد بان رأيا استشاريا يقيد بها بينما الواقع غير ذلك .¹

ثالثا : عدم الاختصاص المكاني : و نعني به التحديد الجغرافي أو المكاني الذي يجوز في إطاره للسلطة الإدارية المختصة أن تمارس اختصاصاتها ، بما في ذلك إصدار القرارات الإدارية ، و حالات عدم الاختصاص هذه نادرة ، لكن قد تحدث عندما تكون الحدود غير واضحة أو غير معترف بها .²

¹ أحمد محيو . المرجع السابق ص 182 - 183 .

² محمد الصغير بعلي القرارات الإدارية دار العلوم للنشر و التوزيع عنابة ص 70 و ما بعدها ..
لحسن بن شيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الإدارية ، وسائل المشروعية . ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر . ص 95 و ما بعدها .

رابعا : **عدم الاختصاص الزمني** : و هو التحديد الزمني للسلطة الإدارية ، و التي تستطيع خلاله فقط اتخاذ القرارات الإدارية ، إلا انه قد يحدث أن يتخذ عون إداري قرار إداريا لم يكن فيه مؤهلا للقيام بذلك ، أي قبل استلامه لوظائفه أو بعد انقطاعه عن ذلك ، و لتجنب هذه الحالة يتم تنصيب العون الإداري بشكل رسمي أو بإجراء عملية نقل السلطة .

لكن قد تمضي فترة طويلة قبل نصيب السلطة الإدارية الجديدة ، و بانتظار ذلك و لضرورة سير المرفق العام وجدت نظرية تسيير الشؤون العادية و التي بموجبها تستمر الإدارة التي انتهت مهامها في تامين السير العادي للإدارة ، مع مراعاة عدم اتخاذ أية مبادرة جديدة من شأنها إعاقة السلطة اللاحقة .¹

الفرع الثاني : عيب مخالفة الشكل و الإجراءات

هو مخالفة الإدارة للقواعد و الإجراءات الشكلية التي قررها القانون بمناسبة إصدارها لقراراتها و يستوي في ذلك أن تكون هذه المخالفة كاملة أو جزئية ، و الأصل ، انه لا يشترط في القرارات الإدارية شكل خاص لصدورها ، مالم يقرر الدستور أو القانون عكس ذلك على سبيل الاستثناء ، و عندئذ لا تكون القرارات مشروعة إلا إذا صدرت ممن يملك إصدارها ، و بإتباع الشكليات المحددة و باتخاذ الإجراءات المقررة .

و لكي يكون القرار مشروعاً لابد من إتباع هذه الشكليات و إتباع تلك الإجراءات من الجهة المختصة بإصداره ، فقد ينص المشرع على البطلان كجزاء على مخالفة قواعد الشكل و الإجراءات المقررة ، و في هذه الحالة يصدر القرار معيباً و باطلاً .

أما إذا سكت المشرع عن ذكر هذا الجزاء، فإن الأمر يرجع في هذه الحالة إلى القضاء الإداري ، الذي يبحث في مدى أهمية الشكل المطلوب، و الذي صدر القرار مخالفاً له ، لكي يحدد ما إذا كانت هذه المخالفة تؤثر على مشروعية القرار أم أن لها أهمية ثانوية و لا تؤثر بالتالي على هذه المشروعية .

أولاً : أنواع الشكليات²:

¹ أحمد محيو المرجع السابق ص 183 .

إبراهيم عبد العزيز شيحا المرجع السابق ص 502 ومايليها

² خالد خليل الطاهر ، القانون الإداري (دراسة مقارنة) ، الكتاب الأول ، ط1 ، دار الميسرة للنشر و التوزيع ، عمان 1998 ، ص 120 .

1- الأشكال التي تؤثر على مشروعية القرار الإداري

تتمثل هذه الطائفة في نوعين أساسيين من الأشكال ، الإجراءات السابقة على اتخاذ القرار من جهة و المظهر الخارجي للقرار الإداري من جهة أخرى .

أ- الإجراءات السابقة على اتخاذ القرار:

هناك أمثلة عديدة لهذا النوع من الإجراءات نذكر منها :

* **مراعاة الاستشارة المسبقة** : فقد انتشر الإجراء الاستشاري في الإدارة و ذلك بقصد إشراك أشخاص و مؤسسات أخرى في عملية اتخاذ القرار ، و أن عدم احترام أو انتفاء الاستشارة يؤدي إلى عيب الشكل و تعرض القرار للإلغاء من طرف القاضي ، و هذه الحالات كثيرة منها :

-انعدام الاستئثار في حين يلزم القانون بطلب الرأي.

-عدم مراعاة الرأي الاستئثار ، في حين ينص القانون على رأي موافق.

-تشكيل غير نظامي للجنة التي أعطيت الرأي.

* **احترام حقوق الدفاع**: تقوم حقوق الدفاع على الاطلاع المسبق على الأفعال المسببة للجزاء، وطبقا للمبدأ العام في القانون، فإن كل شخص ، له أن يدافع عن نفسه في مواجهة الاتهامات الموجهة إليه ، ومثال ذلك أن كل موظف مهدد بعقوبة تأديبية من حقه الاطلاع على ملفه لمناقشة الأسباب، ويقدم دفاعه بشكل ملائم.

وهناك إجراء جوهري آخر يؤدي عدم مراعاته إلى إلغاء القرار لقيام عيب الشكل، وهو مخالفة إجراءات التحقيق في القرارات الإدارية التي تتطلب إجراء تحقيق قبل إصدارها مثل قرارات نزاع الملكية الخاصة للمنفعة العامة.

ب- المظهر الخارجي للقرار الإداري :

* **كتابة القرار الإداري** : إذا كان الأصل أن لا يشترط اتخاذ القرار في شكل خارجي معين ، إلا انه قد يشترط القانون أن يتخذ القرار شكلا معينا ، فإذا اشترط القانون أن يكون القرار كتابيا أو في أي شكل آخر ، فيجب على الإدارة أن تحترم إرادة المشرع .

* **تسبب القرار الإداري**: الأصل هنا كذلك ، أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها مع افتراض صدور القرار بناء على سبب أو أسباب معينة ، بيد أن القانون قد يلزم الإدارة أن تذكر أسباب

القرار الإداري في صلبه ، فعليها أن تحترم النص القانوني في هذه الحالة و إلا كان قرارها معيبا بعيب الشكل .

زيادة على تثبيت تاريخ صدوره و توقيعه ووضع خاتم السلطة الإدارية المصدرة .

2- الأشكال التي لا تؤثر على مشروعية القرار الإداري

هي الشكليات التي لم يوجب القانون مراعاتها و احترامها ، و لم يرتب البطلان على مخالفتها من جانب الإدارة ، و كذلك الأشكال التي لا تؤثر على مضمون القرار و محتواه ، بحيث لا ينتج عن مخالفتها أي تغيير في محتوى القرار الإداري و التي تم تقريرها لصالح الإدارة .

ثانيا : تصحيح عيب الشكل¹

- و يتمثل في حالات عيب الشكل التي لم يرتب على عدم استفاءها الإلغاء منها :
- استحالة إتمام شكل أو إجراء معين ، فقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على إمكانية تجاوز الأشكال و الإجراءات التي استحال على الإدارة المختصة إتمامها من الناحية المادية المانعة و ليس العابرة أو المؤقتة مثلا استحالة سماع دفاع المتهم بارتكابه خطأ وظيفي في حالة عدم تركه لعنوانه و استحالة معرفة هذا العنوان.
- إصدار قرار نتيجة ظروف استثنائية، وكان إصدار القرار ضروري لتحقيق المصلحة العامة .
- الاستيفاء اللاحق لشكل جوهري كحالة حدوث أخطاء مادية لا تؤثر على مضمون القرار و لا على سلامته القانونية ، فغالبا القضاء الإداري لا يجازي ذلك بالإلغاء .

المطلب الثالث : عيب مخالفة القانون وعيب الانحراف في استعمال السلطة

الفرع الأول: عيب مخالفة القانون في القرارات الإدارية

لقد كان يطلق على مخالفة القانون اسم عيب مخالفة الحقوق المكتسبة، ثم سمي بعيب مخالفة القانون والحقوق المكتسبة، إلى أن استقرت بصفة نهائية تسميته بعيب مخالفة القانون

¹ محمد مرغني خيري ، القضاء الإداري و مجلس الدولة ، ج 1 ، الجيزة للنشر ، القاهرة 1989 ، ص 333.

ويقصد بعبارة مخالفة القانون المعني الواسع للمخالفة، أي أنها تتعلق بالقانون، الدستور واللائحة والقواعد المكتوبة وغير المكتوبة ، كالمبادئ العامة للقانون.

و تنشأ مخالفة القانون بمجرد عدم مراعاة التدرج القانوني من طرف سلطة ما ، لان الإدارة خلال ممارستها لنشاطها يجب أن تخضع لالتزام مزدوج :

* التزام ايجابي يفرض عليها تطبيق قاعدة قانونية بكل النتائج المترتبة عنها .

* التزام سلبي يفرض عليها الامتناع عن القيام بفعل حضره القانون .

قد تكون مخالفة القرار الإداري للقانون مخالفة مباشرة أو غير مباشرة، وذلك ما سندركه كمايلي:

أ- المخالفة المباشرة لأحكام القانون:

يكون عيب مخالفة القانون في صورة المخالفة الصريحة والمباشرة للقانون، وذلك عندما يصدر قرار إداري وهو يخالف في الآثار القانونية المتولدة عنه قاعدة أو أكثر من قواعد القانون وذلك كأن يكون مخالفا لمبدأ من المبادئ العامة الدستورية، أو مخالفة لقاعدة من قواعد القوانين التشريعية، أو مخالفة لمبدأ من المبادئ العامة للقانون، أو لمعاهدة دولية مصادقة عليها من السلطات الرسمية المختصة، أو لقرارات إدارية عامة، أو لقرارات إدارية فردية أو عندما ترفض الإدارة الانصياع لحكم قضائي ضدها، فإن هذا الرفض يعد بمثابة مخالفة القانون ويستند القاضي على هذا الرفض لإلغاء القرارات الإدارية المتخذة بشكل مخالف للحكم الصادر ضدها¹.

ب- مخالفة القانون بصورة غير مباشرة عن طريق الخطأ في تفسير وتطبيق القانون:

إن عيب مخالفة القانون قد يكون نتيجة خطأ السلطات الإدارية المختصة في تفسير وتطبيق القانون، فيما تصدره من قرارات إدارية، وتكون الآثار الناجمة عن القرارات الإدارية الصادرة مخالفة للقانون مخالفة غير مباشرة عن طريق الخطأ في تفسير وتطبيق القانون، من ذلك نذكر الحالات الآتية:

-حالة أن تصدر السلطات الإدارية قرارا إداريا تطبيقيا لنص قانوني غير النص القانوني الصحيح والواجب التطبيق.

¹ محمد مرغني خيري ، المرجع السابق ص 334

- حالة إغفال نصوص قانونية نافذة عند إصدار القرارات الإدارية، ومثال ذلك أن تصدر السلطة الإدارية المختصة قرار التعيين بالوظيفة العامة تطبيقاً لمبدأ الاستحقاق وتغفل تطبيق النصوص المتعلقة بشرط السن مثلاً.

- حالة صدور قرار إداري بخصوص أوضاع وحالات لا يشمل النص القانوني الذي صدرت القرارات الإدارية تفسيراً وتطبيقاً له.

هذه أهم حقائق ومفهوم عيب مخالفة القانون كسبب من أسباب الحكم بالإلغاء في دعوى الإلغاء.

الفرع الثاني: عيب الانحراف في استعمال السلطة¹

يقصد بعيب الانحراف في استعمال السلطة هو استخدام الإدارة لسلطتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة، سواء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة أو بابتغاء هدف مغاير للهدف الذي حدده لها القانون، و الذي من أجله منحت لها هذه السلطات، وهو ملازم للسلطة التقديرية للإدارة الذي يترك فيه المشرع للإدارة جانباً من الحرية في التدخل أو عدمه، و في اختيار الوقت الملائم للتدخل، كما هو الحال في مجال وظيفة الضبط الإداري، و من ثمة تعد السلطة التقديرية المجال الطبيعي لظهور عيب الانحراف في استعمال السلطة.

فالقاضي الإداري في هذه الحالة يراقب مدى مشروعية الهدف المبتغى من إصدار القرار المخاصم، و للوصول إلى ذلك يجب عليه البحث عن نية مصدر القرار، و ذلك بالتميز بين الدوافع و البواعث.

فالبواعث: هي معطيات واقعية أو قانونية، أي عناصر لها وجود موضوعي أو عيني، وهي التي تبرر القرار، مثلاً الباعث لجزاء تأديبي هو الجريمة التأديبية وذلك كعقاب الموظف لتغيبه بدون إذن.

أما الدوافع: فهي على العكس شخصية، وتنتج عن نية ورغبة مصدر القرار، وبذلك فالموظف المتغيب يعاقب حرصاً على حسن سير المرفق فهذا دافع مقبول، لكن قد يعاقب كذلك لوجود خلاف شخصي أو ضغينة في نفس رئيس المصلحة وهو دافع غير مقبول.²

¹ أحمد محيو المرجع السابق ص 191 .

² أحمد محيو المرجع السابق ص 192 .

وبناء على ذلك فإن عيب الانحراف بالسلطة يتميز بالخصائص الآتية :

1- انه عيب يقع على الغاية من القرار و هو عيبا ذاتيا لا يمكن الكشف عنه إلا من خلال البحث في هدف و غاية مصدر القرار و إقامة القرائن على انه كان يستهدف غرضا آخر غير المصلحة العامة .

2- انه عيب يتعلق بنفسية مصدر القرار و نواياه و ما أراد تحقيقه من إصدار القرار .

3- إن عيب الانحراف بالسلطة هو عيب احتياطي لكون القضاء الإداري يبحث عن العيوب الأخرى للقرار الإداري قبل أن يقوم بالبحث في عيب الانحراف بالسلطة و الحكمة من ذلك أن عيب الانحراف بالسلطة يتعلق بمقاصد و نوايا مصدر القرار، و هي أمور تتعلق بالأخلاق لذلك يصعب إثباتها .

4- انه عيب لا يتعلق بالنظام العام ، فلا يقضى به القاضي من تلقاء نفسه بل يتعين على الطاعن التمسك به .

و تتمثل صور إنحراف السلطة في : إذا كانت القرارات الإدارية يجب أن تستهدف الإدارة من إصدارها المصلحة العامة ، و هي قاعدة عامة ، فان تجاهل الإدارة في قرارها للمصلحة العامة يعيب القرار بعيب الانحراف بالسلطة ، و هناك ثلاث صور للانحراف بالسلطة هي :

1- استهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة :

إذا كانت القاعدة العامة التي تحكم القانون الإداري تتمثل في استهداف جميع القرارات الصادرة عن مختلف السلطات الإدارية تحقيق المصلحة العامة ، فعلى هذا الأساس إذا استهدفت سلطة إدارية من خلال إصدارها لقرار في مجال ما ، تحقيق غاية بعيدة أو مجانية للمصلحة العامة ، و من ثمة للأهداف الموكولة لها قانونا تجسيدها ، فان قرارها يكون مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة و قابلا للإلغاء ، إذا ما تمت مخصصته قضائيا ، و هناك صور لمجانبة الإدارة للمصلحة العامة منها .

1* استهداف مصدر القرار تحقيق غرض شخصي :

و ذلك عندما ترغب الهيئة الإدارية في الانتقام الشخصي أو لضغينة ، كالقرار المتضمن رفض منح رخصة لمزاولة نشاط تجاري من قبل سلطة محلية رغم استيفاء طالبها لكل الشروط

القانونية ، بهدف منع منافسة طالبا للنشاط التجاري المماثل الذي تملكه السلطة المحلية أو بهدف الانتقام منه لخلاف شخصي سابق بينهما¹.

2* لتحقيق غرض سياسي:

و مثله قرار تحويل موظف للعمل إلى منطقة نائية ليس لضرورة حسن سير المرفق بل لإبعاده و الحد من نشاطه السياسي كونه عنصر نشط في حزب منافس لحزب الذي ينتمي إليه رئيسه الإداري .

3* لتحقيق نفع للغير :

مثالها القرار الصادر في 1978/03/04 عن المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية- في القضية التي جمعت خيال عبد الحميد و من معه ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين البنيان و ذلك عندما اصدر رئيس المجلس الشعبي البلدي لعين البنيان قرار أمر بمنع استهلاك و بيع الخمر في المقاهي و المطاعم الموجودة في بلدية عين البنيان باستثناء المركز السياحي في منطقة الجميلة .

و اثر مخاصمة هذا القرار من قبل خيال عبد الحميد و من معه ، اصدر المجلس الأعلى قرار جاء في إحدى حيثياته :

" حيث إذا كان لرئيس المجلس الشعبي البلدي لمدينة عين البنيان أن يستعمل السلطات التي يخولها له القانون البلدي لتنظيمه بيع الخمر حفاظا على الأمن العام ، فقد اتضح بعد التحقيق أن البواعث التي أدت إلى اتخاذ القرار ترجع إلى اعتبارات أخرى لا سيما أن بيع و استهلاك الخمر ممنوع عن المدعى لا يزال مباحا في محلات أخرى على مستوى البلدية . " و لذلك تم إلغاء القرار كونه مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة .

ب- مخالفة القرار لقاعدة تخصيص الأهداف

في هذه الصورة فإن الغاية من القرار لا تتنافى مع المصلحة العامة ، و لكنها تخالف قاعدة تخصيص الأهداف ، و التي من خلالها يمنح المشرع امتيازات السلطة العامة لهيئة إدارية من اجل تحقيق هدف محدد قانونا ، فإذا خرج القرار على هذه الغاية و لو كان هدفه تحقيق المصلحة العامة ذاتها كان القرار مشوبا بعيب الانحراف .

¹ أحمد محيو المرجع السابق ص 193 .

و مثال ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 04 /07/ 1992 في قضية Beugé و التي تتمثل وقائعها في صدور قرار عن رئيس بلدية يمنع المستحمين من ارتداء و نزع ملابسهم على الشاطئ و جبرهم على استعمال وحدات خلع الملابس التابعة للبلدية مقابل اجر معين ، فهذا القرار لا يهدف إلى حماية الآداب العامة (و هو هدف مشروع) ، و إنما هدفه البعيد ه تحقيق مصلحة مالية للبلدية ، فهذا هو وجه الانحراف¹

ج- الانحراف بالإجراءات

تتمثل هذه الصورة في لجوء الإدارة من اجل تحقيق أهدافها إلى استعمال إجراء قانوني بدل الإجراء القانوني الملائم و المحدد قانونا من اجل بلوغ نفس الأهداف ، و هذا ليسر الآراء الأول و تجنب بعض الشكليات و التعقيدات ، أو حرمان المخاطبين به من الضمانات التي نص عليها الإجراء الثاني .

و أكثر الحالات تطبيقا لهذه الصورة هو لجوء الإدارة المختصة إلى استعمال إجراء الاستيلاء من اجل بناء مرافق عامة بدل إتباع الإجراء القانوني السليم و هو نزع الملكية للمنفعة العامة .

الفرع الثالث : سلطات القاضي الإداري في الكشف عن عيب الانحراف في استعمال السلطة
يعتبر عيب الانحراف في استعمال السلطة من أصعب العيوب من حيث اكتشافها والتأكد منها وإثباتها من طرف القاضي الإداري، لأن هذا العيب هو من العيوب الداخلية غير الظاهرة.

وبالتالي فإن مهمة المدعي صعبة لإثبات هذا العيب الذي شاب القرار المخاصم و كذلك الحال بالنسبة للقاضي الإداري ، حيث يستلزم الأمر تبيان نية مصدر القرار، فإذا اشتمل القرار على أسباب إصداره، فإن دراستها تساعد على معرفة النية واكتشاف الانحراف بالسلطة، إلا أنه حين لا يشار إلى أي سبب، فالقاضي لا يمنح نفسه الحق بالأمر بتحقيقات من اجل البحث عن نية مصدر القرار أو طلب مثوله لاستجوابه و الوقوف على الدافع من إصداره للقرار المخاصم ، إذ يكفي غالبا بالأدلة غير مباشرة و القرائن الناجمة عن موقف الإدارة من

¹ أحمد محيو المرجع السابق ص 194 .

النزاع و الظروف و الملابس المحيطة به ، خاصة إذا كانت الإدارة غير ملزمة بتسبيب القرار المخاصم¹.

المطلب الرابع : عيب انعدام السبب في القرارات الإدارية

عيب انعدام السبب في القرارات الإدارية هو عيب من عيوب عدم الشرعية، يصيب ركن التسبب في القرارات الإدارية. وقد تم التطرق إليه كوسيلة من وسائل الرقابة القضائية على مدى شرعية القرارات الإدارية في منتصف القرن العشرين، في نطاق سياسة التوسع في عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة.

والسبب هو " كل واقعة قانونية أو مادية تخرج عن إرادة السلطة الإدارية المختصة، فتحركها وتدفعها إلى اتخاذ قرار إداري معين في مواجهة هذه الواقعة المادية أو القانونية ".
فمن أمثلة الوقائع المادية، الحالة المادية لمسكن معين التي تجعله مهددا بالسقوط بين الحين والآخر، فتتحرك هذه الواقعة المادية السلطة الإدارية وتدفعها إلى إصدار قرار إداري يقضي بإخلاء هذا المسكن والأمر بتزميمه أو هدمه.

ومن أمثلة الوقائع القانونية المكونة لركن السبب في القرارات الإدارية، حالة شغور منصب وظيفي وقيام ضرورة شغله حسب الشروط المطلوبة قانونا، فيظهر شخص تتوفر فيه هذه الشروط، فتتحرك هذه الواقعة² القانونية السلطة الإدارية المختصة وتدفعها إلى إصدار قرار إداري يتعلق بالتعيين، أو حالة خطأ تأديبي من طرف موظف عام، فيتطلب الأمر إصدار قرار إداري تأديبي لتوقيع عقوبة تأديبية عليه.

الفرع الأول : رقابة القضاء لعيب السبب

تقوم رقابة القضاء الإداري لعيب السبب على ثلاث درجات هي :

- 1- مراقبة الوجود المادي للوقائع : يتعين على القاضي الإداري أن يبحث فيما إذا كانت الحالة المادية في الواقع قد وجدت حقا و ليس مجرد توهم من طرف الإدارة .
- 2- مراقبة التكييف القانوني للوقائع : أي عملية إسناد الواقعة المادية أو القانونية و إلحاقها بمجموع القواعد القانونية و التنظيمية التي تكون في مجموعها النظام القانوني الذي يحكمها .

¹ طعمة الجرف ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة ، قضاء الإلغاء دار النهضة العربية القاهرة ، ط3 1976 ص 251 .

² ابراهيم عبدالعزيز شيحا المرجع السابق ص510

فإذا ثبت للقاضي الإداري صحة الوقائع ماديا ، و لكن تبين له أن الإدارة لم تعطي للوقائع الوصف أو التكييف القانوني الصحيح ، فان القاضي يعتبر سبب القرار معيبا و يستوجب الإلغاء .

3- رقابة ملائمة القرار الإداري للوقائع

أي قيام السلطة الإدارية المختصة بتقدير مدى أهمية أو خطورة الوقائع الثابتة لاتخاذ قرار إداري ملائم لمواجهة تلك الوقائع، و بالتالي الوقائع المستوجبة لاتخاذ قرار إداري معين دون غيره ، فالقاضي الإداري يراقب مدى التناسب بين القرار المتخذ من قبل الإدارة و الوقائع المستند عليها .

الفرع الثاني : إثبات عيب السبب

إذا كانت الإدارة غير ملزمة بذكر أسباب القرار الإداري إلا إذا اوجب القانون عليها ذلك ، و لما كانت القواعد العامة في الإثبات تقضي بان البينة على من ادعى ، أي يجب على الطاعن أن يثبت انعدام وجود الوقائع المكونة لركن السبب أو عدم صحة الوصف القانوني الذي أعطته الإدارة لهذه الوقائع¹ .

و لما كانت مهمة الطاعن عسيرة ، فان للقاضي دور ايجابي في هذا المجال يكون على النحو التالي :

- أ- إذا ذكرت الإدارة أسباب القرار الإداري: في هذه الحالة ، إذا أفصحت الإدارة صراحة عن السبب أو الأسباب ، سواء كانت ملزمة قانونا بالإفصاح أو قامت بتسبب القرار طواعية و اختيارا ، فان هذه الأسباب التي أفصحت عنها الإدارة تخضع لرقابة قضاء الإلغاء .
- ب- عدم إفصاح الإدارة عن أسباب القرار : إذا لم تقم الإدارة بذكر الأسباب التي أسست عليها القرار ذاته أو أمام المحكمة فان الأمر يكون عسيرا على الطاعن في شأن عبء إثبات عيب السبب، و لذلك تدخل القضاء الإداري للتخفيف و مساعدة الطاعن في إثبات دعواه.

¹ عبدالغني بسيوني عبدالله ، القضاء الاداري . دار العلم . الطبعة الثانية . 1990 ص 651 .

و قد ظهر هذا الاتجاه واضحا جليا في حكم شهير لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1954/05/28 و هو حكم BAREL الذي حكم فيه مجلس بإلغاء القرار الإداري بحرمان السيد باريل و آخرين من دخول المسابقة التي تعقدتها المدرسة الوطنية للإدارة ، و ذلك إزاء عدم إفصاح الإدارة عن الأسباب التي دفعتها إلى اتخاذ القرار ، و بناء على ما قدمه الطاعن و زملائه من تدعيم لادعائهم من ملاسبات ووقائع محددة يمكن اعتبارها قرائن جدية على

صحة ادعائهم من أن السبب الحقيقي لاستبعادهم هو سبب سياسي ، يتمثل في صلتهم بالحزب الشيوعي الفرنسي ، مما يجعل القرار مشوبا .¹

¹ عبدالغني بسيوني عبدالله ، المرجع السابق ص 654-655 .

الفصل الثاني

الرقابة القضائية على نشاط المرافق الاقتصادية العامة

الفصل الثاني : الرقابة القضائية على نشاط المرافق الاقتصادية العامة

وفيه نتطرق الي ماهية المرافق العامة الاقتصادية ثم نعرض علي تسيير المرفق العام من طرف اشخاص القانون الخاص وختاما نستعرض طبيعة الرقابة القضائية علي هذه المرافق والقضاء المختص في حل نزاعاته

المبحث الأول : المرافق العامة الاقتصادية

وسنبحث من خلاله تعريف المؤسسة العامة الاقتصادية ومعايير تمييزها عن المرافق العامة الادارية مع التطرق لى الرقابة القضائية عليها.

وذلك من خلال الخطة التالية

المطلب الأول : تعريف المؤسسة الاقتصادية العامة

المطلب الثاني : الرقابة القضائية على المؤسسات الاقتصادية العامة

المطلب الأول : تعريف المؤسسة الاقتصادية العامة

المؤسسات العامة باعتبارها منظمات عامة أو مشروعات عامة أو مرافق عامة ، تتمتع بالشخصية القانونية المعنوية العامة و الاستقلال المالي و الإداري مع ارتباطها بالسلطات الإدارية المركزية المختصة بعلاقة التبعية و الرقابة الوصائية ، و هي الصورة و النوع الثاني من أنواع اللامركزية الإدارية ، حيث تشكل فكرة المؤسسات العامة اللامركزية الإدارية المرفقية أو المصلحية أو المادية و الفنية.¹

إذ تعد المؤسسات العامة مجرد تنظيم داخلي للأجهزة الإدارية فهي ظاهرة إدارية بحتة بمعنى أن الهدف أو الباعث من وراء الأخذ باللامركزية المصلحية إداريا أساسيا ، و يتمثل هذا الهدف في تحقيق استقلال بعض المرافق العامة ماليا و إداريا بغية تحريرها و إبعادها عن الروتين الحكومي و هو الأصل بل على العكس نجد أحيانا أن الباعث من إنشاء بعض

¹ عمار عوابدي القانون الإداري . الجزء الأول النظام الإداري . ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الخامسة . سنة 2008 . ص 307

المؤسسات العامة سياسيا و ليس إداريا و إن اختلف عن الباعث السياسي الذي تسعى اللامركزية الإقليمية لتحقيقه و هو تطبيق الديمقراطية على الصعيد المحلي . فالمؤسسة العامة تأخذ بها جميع دول العالم سواء كانت غربية أو شرقية مهما كانت متقدمة إقتصاديا أو سائرة في طريق النمو ، فهي ظاهرة إدارية أساسية لا غنى عنها لتنظيم الإدارة العامة في الدولة ، لذا تعددت و تنوعت تعريفات المؤسسة العامة في فقه القانون العام عموما و في الفقه الفرنسي على الخصوص ، و إتسمت هذه التعريفات بتضمينها لأركان المؤسسة العامة ، يعرف الأستاذ بارتيليمي (Barthélemy) المؤسسة العامة بأنها " مرفق عام منح الشخصية المعنوية. Les établissements publics sont les services publics aux quels la " 1 personnalité morale à été conférée.

و لعل ما يمن في هذا المجال هي المؤسسة العامة الاقتصادية و التي هي المؤسسات التي تتخذ موضوعا لها نشاطا تجاريا أو صناعيا مماثلا لنشاط الأفراد ، و قد ظهرت هذه المؤسسات مع بداية الحرب العالمية الأولى نتيجة الظروف الاقتصادية و بروز مبدأ ضرورة تدخل الدولة في الميدان الإقتصادي لمواجهة الأزمات لمنع الإحتكار و المغالاة في الأسعار و تحقيق ما يسمى الأمن الغذائي أو الإقتصادي و هو نشاط يستهدف تحقيق النفع العام .² فخضوع المؤسسات العامة الاقتصادية للقانون الخاص يرجع إلى طبيعة نشاطها الإقتصادي الذي لا يختلف عن نشاط الأفراد ، مما يستدعي خضوعها للقانون الذي يتلاءم مع طبيعة هذا النشاط و هو القانون الخاص ، و عليه فهذا القانون يحكم دعاوي المسؤولية المترتبة عن نشاط المؤسسة ، و لا يعتبر عمالها موظفون عموميون ، فالقانون الخاص والقضاء العادي مختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بكافة هذه المسائل، و قد وضع فقه القانون الإداري ، القضاء الإداري في القانون الإداري المقارن معيارا مركبا أو مختلطا لتحديد المؤسسات العامة الإقتصادية و تمييزها عن المؤسسة العامة الإدارية و المؤسسات الخاصة في ذات الوقت .

¹ علي خطار شنتاوي . نظرية المؤسسات العامة وتطبيقاتها في المملكة الأردنية الهاشمية - دار الفكر للنشر و التوزيع الطبعة الاولى ، سنة 1990 . ص 11 .

² زيقران سامية .رسالة ماجستير الرقابة الخارجية على المؤسسات العامة في الجزائر السنة الدراسية 2001/2002 ص 27 .

و يتكون هذا المعيار المركب أو المختلط من عنصر مادي موضوعي يتمثل في الطبيعة الاقتصادية البحتة للنشاط و عنصر ذاتي شخصي يتجسد في آلية كل من المشرع و السلطة الإدارية التنظيمية الظاهرة و المعلنة في النظام القانوني للمؤسسة العامة الاقتصادية و إخضاعها لنظام قانوني يتمثل في قواعد القانون الخاص مثلها مثل المؤسسات الخاصة الخاضعة للقانون التجاري.

و يمكن الإستدلال على نية المشرع و الإدارة في ذلك من عدة شواهد و أدلة مثل أسلوب تمويل المؤسسة و أسلوب إبرام عقودها ومدى تحرر المؤسسة العامة من قيود و شروط و أساليب القانون الإداري الشديدة التقيد و التحديد والبطء و نظام المحاسبة التي تخضع له المؤسسة.¹

و قد اختلف الفقه حول معيار تمييز المرافق العامة الاقتصادية عن المرافق العامة الإدارية و على النحو التالي:

أولاً : المعيار الشكلي

يعتمد هذا المعيار على أساس شكل المشروع أو مظهره الخارجي فإذا اتخذ المشروع شكل المشروعات الخاصة كما لو تمت إدارته بواسطة شركة فإنه مرفق اقتصادي ، وبعكس ذلك لو تمت إدارته بواسطة الإدارة أو تحت رقابتها و إشرافها و باستخدام أساليب السلطة العامة فهو مرفق عام إداري .

ثانياً : معيار الهدف

اتجه هذا المعيار إلى التمييز بين المرافق الإدارية والمرافق الاقتصادية على أساس الغرض الذي يستهدفه المرفق، فالمرافق الاقتصادية تقوم بنشاط صناعي أو تجاري يهدف إلى تحقيق الربح مثلما هو الحال في المشروعات الخاصة .
في حين لا تسعى المرافق الإدارية إلى تحقيق الربح بل تحقيق المنفعة العامة وإشباع حاجات الأفراد.

غير أن هذا المعيار يتسم بالقصور من حيث أن الربح الذي تحققه المرافق الاقتصادية ليس الغرض الأساسي من إنشائها بل هو أثر من آثار الطبيعة الصناعية أو التجارية التي تمارسها

¹ عمار عوادي ، المرجع السابق ، الصفحة 318 إلى 320 .

فهي تستهدف أساساً تحقيق المنفعة العامة، كما أن المرافق الإدارية يمكن أن تحقق ربحاً من جراء ما تتقاضاه من رسوم تقوم بتحصيلها مقابل الخدمات التي تقدمها .

ثالثاً : معيار القانون المطبق

ذهب جانب من الفقه إلى التمييز بين المرافق العامة الاقتصادية والمرافق العامة الإدارية على أساس النظام القانوني الذي يخضع له المرفق، فإذا كان يخضع لأحكام القانون الخاص اعتبر المرفق اقتصادياً وعلى العكس من ذلك إذا كان يخضع لأحكام القانون العام فهو مرفق عام إداري .

غير أن هذا المعيار غير سليم ولا يتفق مع المنطق لأن المطلوب هو تحديد نوع المرفق العام قبل إخضاعه لنظام قانوني معين، و ليس العكس أي أن خضوع المرفق الاقتصادي لقواعد القانون الخاص هو نتيجة لثبوت الصفة الاقتصادية للمرفق، كما أن خضوع المرفق العام للقانون الخاص مجرد قرينة على أن هذا المرفق ذو صفة اقتصادية ولكن لا يمكن الاعتماد عليها بثبوت هذه الصفة قطعاً

رابعاً : معيار طبيعة النشاط

ذهب رأي آخر من الفقه وهو الرأي الراجح إلى أن المرفق يكون اقتصادياً إذا كان النشاط الذي يقوم به يعد نشاطاً تجارياً بطبيعته طبقاً لموضوعات القانون التجاري، ويعتبر المرفق مرفقاً عاماً إدارياً إذا كان النشاط الذي يمارسه نشاطاً إدارياً ومما يدخل في نطاق القانون الإداري.¹ و قد أخذ بهذا الرأي جانب كبير من الفقهاء، و مع أن القضاء الإداري في فرنسا لم يعتمد معياراً واحداً منها و إنما أخذ بمعيار يقوم على فكرتين أو عنصرين:

العنصر الأول : يعتمد على موضوع وطبيعة النشاط الذي يمارسه المرفق الاقتصادي الذي يتمثل مع النشاط الخاص .

العنصر الثاني : يتعلق بالأساليب و طرق تنظيم و تسيير المرفق في ظل ظروف مماثلة لظروف عمل المشروعات الصناعية .

أما بخصوص القانون الذي تخضع له المرافق الاقتصادية فقد استقر القضاء الإداري على أن

¹ عمار عوابدي ، المرجع السابق ، الصفحة 322 .

تخضع لقواعد القانون الخاص في نشاطها ووسائل إدارتها، مع خضوعها لبعض قواعد القانون العام من قبيل انتظام سير المرافق العامة والمساواة بين المنتفعين بخدماتها وقابليتها للتغيير بما يتلائم مع المستجدات وتمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة اللازمة لحسن أدائها لنشاطها مثل نزع الملكية للمنفعة العامة، والاستيلاء المؤقت، وبنعقد الاختصاص في هذا الجانب من نشاطها لاختصاص القضاء الإداري، و بهذا المعنى فهي تخضع لنظام قانوني مختلط يجمع بين أحكام القانون الخاص والقانون العام معاً، واختصاص القضاء الإداري في بعض المنازعات المتعلقة بنشاطها غير أن الجانب الرئيس من نشاطها يخضع لأحكام القانون الخاص، فالمنازعات المتعلقة بنظامها الداخلي وعلاقة أعضائها بعضهم ببعض وشؤونها المالية تخضع للقانون الخاص واختصاص المحاكم العادية، أما المنازعات المتصلة بمظاهر نشاطها كمرفق عام وممارستها لامتيازات السلطة العامة فتخضع لأحكام القانون العام واختصاص القضاء الإداري، و من ثم فإن المرافق المهنية تتفق مع المرافق العامة الاقتصادية من حيث خضوعها لنظام قانوني مختلط، غير أن نظام القانون العام يطبق بشكل أوسع في نطاق المرافق المهنية ويظهر ذلك في امتيازات القانون العام التي يمارسها المرفق، في حين ينحصر تطبيقه في مجال تنظيم المرافق الاقتصادية .

و من أمثلة المؤسسات العامة الاقتصادية في النظام الإداري الجزائري، مؤسسة ميناء الجزائر، المؤسسة الوطنية للكهرباء و الغاز، مؤسسة الخطوط الجوية الجزائرية .

المطلب الثاني : الرقابة القضائية على المرافق الاقتصادية¹

اما تشريعيا فان القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية رقم 01/88 المؤرخ في 12/01/1988 فانه يميز بين المؤسسات العمومية الادارية التي تخضع للقانون الاداري والمؤسسات العمومية الصناعية والتجارية واصفا هذا الاخير في نص المادة 45 منه كما يلي تخضع الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي التجاري للقواعد المطبقة علي الادارة في علاقتها مع الدولة وتعد تاجرة مع الغير وتخضع لقواعد القانون التجاري ولأحكام القانونية والتنظيمية المطبقة في هذا الشأن

¹ ناصر لباد، القانون الإداري : النشاط الإداري، ج2، لباد Editeur 2004، ص187 .

يستفاد من هذا النص ان المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي التجاري تخضع بالنظر الي موضوع نشاطها للقانون الخاص و بالتالي ينعقد الإختصاص القضائي بنظر منازعاتها للقضاء العادي غير أنه و إسنادا للمرافق العمومية الصناعية و التجارية هي مرافق عامة تستفيد من إمتيازات السلطة العامة لتسهيل أدائها لوظائفها و لذلك ينعقد الإختصاص للقضاء الإداري بالإضافة إلى ذلك فإن عمال المرافق العمومية الصناعية و التجارية يخضعون للقانون العام إذا استغلوا و وظائف عليا كالمديرين و المحاسبين اما غيرهم فيعتبرون عمالا يخضعون للقانون الخاص و يختص القاضي العادي بنظر منازعاتهم¹ كما يخضع النظام المالي لهذه المرافق بصفة اساسية للقانون الخاص ولنظام الضرائب المطبق علي الافراد والهيئات الخاصة .

اصبحت المؤسسة العمومية الاقتصادية بعد صدور القانون التوجيهي 01/88 السابق الاشارة اليه فان هذه المؤسسات اصبحت مستقلة عن التسيير الاداري وبالتالي لا تخضع لقانون الصفقات العمومية وانما تخضع لقواعد القانون الخاص القانون المدني والتجاري و هنا تكونت إستقلالية منازعاتها عن رقابة القضاء الإداري و رغم إعتبار المؤسسة شركة تجارية خاضعة لإختصاص القضاء التجاري إلا أن هناك جزء من النظام القانوني للمؤسسة ما يزال خاضعا لهيمنة القانون العام و بالتالي لرقابة القاضي الإداري و يتمثل ذلك فيما يلي:

- خضوع الرأسمال لقواعد حماية المال العام بإعتباره مال مملوك للدولة و من ثمة قابل للخضوع لرقابة القضاء الإداري
- وجود نصوص قانونية في القانون التوجيهي 01/88 تقضي بتكليف بعض تصرفات المؤسسات على أنها ذات طبيعة إدارية خاضعة لرقابة القاضي الإداري ، حيث أوضحت الفقرة الأخيرة من المادة 55 من هذا القانون قائلة ".....و في هذا الإطار يتم التسيير لعقد إداري يدعى الإمتياز و دفتر شروط عامة و تكون المنازعات العامة متعلقة بملحقات الأملاك من طبيعة إدارية" كما نصت الفقرة الأخيرة من المادة 56 من ذات القانون على أنه "....تخضع المنازعة المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة" و هي إشارة ضمنية إلى إختصاص القاضي الإداري بالنظر في منازعاتها.

¹ ناصر لباد ، المرجع السابق ص 187 .

و انطلاقا من هذه الأسس كيفت المؤسسة على أنها شخص هجين يجمع بين القانون الخاص و القانون العام ، في حين يرى البعض الآخر أن مثل هذه الأسس في الواقع هي بمثابة الإستثناءات عن القاعدة العامة للنظام القانوني للمؤسسة العمومية الاقتصادية و التي تقضي بأولوية القضاء التجاري على القضاء الإداري فيما يتعلق بمنازعاتها .

المبحث الثاني : تسيير المرفق العام من طرف أشخاص القانون الخاص

وفي هذا المبحث سنستعرض تسيير المرفق العام من طرف اشخاص القانون الخاص وذلك علي النحو التالي

المطلب الأول : المطلب الأول : تعريف الإمتياز

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للإلتزام

المطلب الثالث : أركان الإلتزام (الإمتياز)

المطلب الرابع : آثار الإلتزام

المطلب الخامس : نهاية الإلتزام

المطلب الأول : تعريف الإمتياز

يقصد بالإمتياز ان تعهد الإدارة ممثلة في الدولة أو الولاية أو البلدية الى أحد الأفراد أو أشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق اقتصادي واستغلاله لمدة محدودة وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته وفي مقابل ذلك يتقاضى رسوما يدفعها كل من انتفع بخدمات المرفق.¹

ومثال ذلك أن تعهد الدولة لأحد الأفراد استغلال خدمات توزيع المياه أو الكهرباء أو الغاز أو استغلال البترول أو المرجان أو استغلال ميناء أو منطقة حرة.

ولقد اعتبر القضاء الإداري عقد الإمتياز بأنه عقد اداري من نوع خاص موضوعه ادارة مرفق عام يتعهد بمقتضاه الملتزم وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وبتكليف من الدولة أو أحد هيئاتها بالقيام بنشاط معين وخدمة محددة والحصول على مقابل من المنتفعين.²

¹ محمد سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الاداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1979 ، الكتاب الثاني ، ص 90.

² سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق ، ص 90.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للإلتزام

ذهب بعض الفقهاء الى القول ان الإلتزام عمل انفرادي من جانب السلطة بمقتضاه ترخيص للملتزم القيام بنشاط معين بعد قبوله للشروط التي تحددها الإدارة.

ولقد عاب البعض على هذا الرأي كونه يؤدي تقريبا الى تجاهل ارادة الملتزم ومركزه القانوني لأنه سلط الضوء أكثر على الإدارة ومكنها من حق وضع الشروط أو تعديلها أو انهاء الرابطة التعاقدية وغيرها.

وذهب أتجاه آخر في الفقه الى اعتبار عقد الإمتياز من العقود المدنية ويخضع لأحكامها، ويترتب على هذا القول تجريد الإدارة من بعض السلطات التي قد تستعملها تجاه الملتزم من ذلك مثلا سلطة التعديل وهذا نتيجة اعمال المبدأ العام في العقود المدنية العقد شريعة المتعاقدين.

وخلافا لذلك ذهب العميد ديجي الى القول أن عقد الإمتياز عمل مركب فهو من جهة يتضمن أحكاما تعاقدية لا تعني سوى أطراف العقد دون سواهم كالأحكام المتعلقة بحقوق أطراف العقد والتزاماتهم. ومن جهة أخرى يتضمن العقد أحكاما تخص المنتفعين كأحكام المالية المتعلقة بالرسوم التي يتقاضاها الملتزم من الجمهور مباشرة، وهو الرأي الراجح على حد قول كثير من رجال الفقه.¹

ولم يحد الفقه الإداري في بعض الدول عن هذا الرأي فهذا القضاء الإداري المصري قد تبناه بصريح العبارة بقوله " ان الدولة وهي المكلفة أصلا بادارة المرافق العامة فانها اذا ما عهدت الى غيرها أمر القيام بها لم يخرج الملتزم في ادارته الى أن يكون معاون لها، ونائبا عنها في أمر هو من أخص خصائصها، وهذا النوع من الإنابة أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام لا تعتبر تنازلا أو تخليا من الدولة عن المرفق العام، بل تظل ضامنة ومسؤولة قبل أفراد الشعب عن ادارته واستغلاله في هذا السبيل والقيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة ذات التدخل.....ولذلك فان عقد الإلتزام ينشء في أهم شقية مركزا لائحيا يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة

¹ المرجع نفسه ، ص 96.

العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله.... أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الإلتزام...¹

المطلب الثالث : أركان الإلتزام (الإمتياز)

يتمتع عقد الإلتزام بأركان خاصة تميزه عن غيره من العقود الأخرى هي كما يلي:

الفرع الأول : الأطراف

يتمثل أطراف عقد الإلتزام في ادارة مرفق عام عادة ما يكون اقتصاديا فلا يتصور أن تعهد الإدارة كما قلنا لأحد الأفراد أو الشركات من جهة أخرى.

الفرع الثاني : المحل

ينصب عقد الإلتزام على ادارة مرفق عام عادة ما يكون اقتصاديا فلا يتصور أن تعهد الإدارة كما قلنا لأحد الأفراد أو الشركات بادارة مرفق اداري لما في ذلك من خطوة تمتد آثارها لفئة المنتفعين.

الفرع الثالث : الشكل

ان نقل ادارة المرفق لأحد الأفراد أو الشركات يتم بموجب وثيقة رسمية تتضمن جميع الأحكام المتعلقة بالمرفق والتي وضعتها الإدارة بارادتها المنفردة و يجب على الملتزم التقيد بها اذا رضى التعاقد مع الدولة أو الولاية أو البلدية. وعليه فلا إلزام الا بموجب دفتر للشروط تحدد فيه الإدارة سلفا سائر الأحكام المتعلقة بارادة المرفق بما في ذلك الأحكام التي تمتد آثارها لفئة المنتفعين.

المطلب الرابع : آثار الإلتزام

يرتب عقد الإلتزام كسائر العقود الأخرى حقوقا والتزامات بالنسبة لأطرافه. ولعله من المفيد التذكير بأن هذه الآثار تمتد لفئة المنتفعين .

الفرع الأول : آثار العقد بالنسبة للملتزم

أولا : من حيث الإلتزامات :

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بما يلي:

¹ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق ، ص 94.

1. التنفيذ الشخصي للإلتزام:

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بأن يعمل شخصيا على تنفيذ ما تعهد به. وفي حالة اخلاله بالتزاماته تقع عليه المسؤولية كاملة. وهذا القيد يمنع الملتزم من أن يعهد للغير القيام ببعض المهام المتعلقة بموضوع العقد.

2. ضمان استمرارية سير المرفق:

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بأن يقدم الخدمة للمنتفعين على سبيل الإستمرارية والتواصل وأن يوفر من الإمكانيات المادية والبشرية لضمان توافر هذا المبدأ.

ثانيا : من حيث الحقوق**1. الحصول على مساعدات من جانب الإدارة:**

لما كان نشاط الملتزم على علاقة مباشرة بجمهور المنتفعين تعين على جهة الإدارة أن تقدم بعض الوسائل لتمكينه من أداء هذا النشاط من ذلك مثلا بعض المساعدات المادية. فاذا كان نشاط المرفق يعتمد على الخشب و الإسمنت وفقدت هذه المادة في السوق فعلى الإدارة تقديم يد المساعدة للملتزم بمالها من سلطة بهدف مساعدته على توفير الخدمة للجمهور.

وتحقيقا لنفس الغرض وهو توفير الخدمة للجمهور اعترف القضاء الإداري للملتزم بالإستفادة من بعض قواعد القانون العام كقاعدة عدم جواز الحجز على أموال الملتزم ذات العلاقة بالنشاط موضوع التعاقد. وأكثر من ذلك اعترف له بالإستفادة بنزع الملكية للمنفعة العامة على يد الإدارة¹.

2. الحصول على المقابل المالي

لما كان الملتزم تكفل بالتغطية المالية للمشروع فان من حقه الحصول على عائدات مالية مباشرة من المنتفع لقاء ما قدمه من خدمة. فالملتزم تعاقد مع جهة الإدارة بغرض الحصول على ربح يتقاضاه من المنتفعين.

¹ توفيق بوعشبة، مبادئ القانون الإداري التونسي، تونس، مركز البحوث و الدراسات الإدارية، 1990، ص 144.

الفرع الثاني : آثار العقد بالنسبة للإدارة

وتتمثل سلطات الإدارة في:

أولاً : حق الرقابة والإشراف :

إن إدارة المرفق عن طريق أشخاص القانون الخاص (فرد أو شركة) لا يحجب حق الرقابة والإشراف على الإدارة فلها أن تمارسها بالكيفية والشكل الذي حدده القانون. وهذا بهدف رعاية مصلحة العامة وللتأكد من أن أداء الخدمة للجمهور تم كما هو متفق عليه. وغنى عن البيان أن سلطة الرقابة هذه لا وجود لها في العقود المدنية وهذا ما يؤكد الطبيعة الخاصة لعقد الالتزام.

ثانياً : حق التعديل :

لما كان عقد الالتزام عقدا اداريا جاز للإدارة أن تمارس بمقتضاه حق تعديل بعض أحكام العقد اذا كانت موجبات المصلحة العامة تفرض ذلك. وهذا أمر طبيعي طالما تمتعت الإدارة أصلا بوضع أحكام العقد أو شروط التعاقد بإدارتها المنفردة. وهذه ميزة لا نراها في العقود المدنية التي تفرض أن يحتل طرفا العقد مركزا واحد ولا وجود للتعديل المنفرد. ومثال حق التعديل أن تعهد الإدارة للملتزم القيام بتوفير خدمات في مجال النقل وبموجب خطوط تم الإتفاق عليها غير انه وبعد مدة نتج عنها تطور العمران وزيادة السكان يجوز للإدارة اضافة خطوط جديدة يلزم المتعاقد معها بتوفيرها وأن تغير في مواقيت النقل. ولا يجوز للمتعاقد أن يحتج على الإدارة بسبب ممارستها لهذا الحق¹.

ولقد أكد القضاء الإداري في مصر هذه السلطة أو الحق في كثير من أحكامه من ذلك حكمه الصادر في 15 ديسمبر 1957 والذي جاء فيه; " ومن حيث أنه استقرت الأحكام بأن المتعاقد مع السلطة الإدارية في ادارة مرفق عام يجب أن يضع نصب عينيه وجوب ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد مع وجوب تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. ولو اقتضى الدخول الى ذلك تعديل نصوص العقد الإداري... وحق الإدارة في تعديل شروط العقد أو انهائه يرتكز على سلطتها بالنسبة للعقود الإدارية"².

ثالثاً : حق استرداد المرفق قبل نهاية المدة

¹ توفيق بوعشبة، المرجع السابق ، ص 146.

² عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص144.

قد تفرض مقتضيات المصلحة العامة على جهة الإدارة استرداد المرفق قبل انتهاء المدة المتفق عليها في العقد شريطة أن تعوض الملتزم كل الإضرار التي لحقت به، وليس للملتزم أن يتمسك بفكرة الحق المكتسب أو القوة الملزمة للعقد وهذا ما أكده الفقه والقضاء.

رابعاً : حق أو سلطة توقيع الجزاء

إذا أخل الملتزم بأحد الشروط المتعاقد عليها جاز للإدارة وبارادتها المنفردة أن توقع عليه بعض الجزاءات منها الجزاء المالي المتمثل في الغرامات التأخيرية أو فسخ العقد.

المطلب الخامس : نهاية الالتزام

ينتهي الالتزام بعدة طرق يمكن تصنيفها الى طرق عادية أو طبيعية وطرق غير طبيعية. فالطريقة الطبيعية لنهاية الإمتياز تتمثل في انتهاء المدة المنصوص عليها في العقد، اما الطرق غير العادية فتتمثل صورها مثلاً في صدور حكم قضائي موضوعه حرمان الملتزم من الإمتياز بسبب ارتكابه لخطأ جسيم، أو انتهاء الإمتياز من جانب الإدارة لأسباب فرضتها مقتضيات المصلحة العامة.

المبحث الثالث : المنظمات المهنية والنقابات العمالية

و سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف المؤسسة العامة المهنية و الرقابة القضائية عليها

المطلب الأول : تعريف المؤسسة العامة المهنية

المؤسسة العامة المهنية هي تلك المرافق التي تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي والإداري وتتخذ صورة أو هيئة النقابة.¹

و هي الأشخاص المرفقية التي يكون موضوعها رقابة و توجيه النشاط المهني و قد منح لها القانون بعض حقوق و إمتيازات السلطة العامة بهدف تنظيم المهنة و رعاية مصالح أعضائها ، في الأصل أن مهام السلطة الإدارية تنظم المهن و النشاط الخاص بنفسها غير أن غالبية الدول تفضل ترك هذه المهمة لأبناء المهنة و يدير أمورهم هم أبناءها.²

¹ عمار عوابدي ، المرجع السابق ، الصفحة 321 ..

² سامي جمال الدين ، أصول القانون الاداري ، نظرية العمل الاداري ، مصر ، القاهرة ، شركة مطابع الطويجي التجارية ، 1993 ، الصفحة 195

إذ تتجسد المؤسسة العامة المهنية في نقابة المهن الحرة التي تعتبر من أشخاص القانون العام والتي تكتسب هذه الصفة لأسباب كثيرة.¹

أولاً : فهي تتولى مهمة مرفق عام تتمثل في تنظيم ممارسة المهنة للصالح العام للمواطنين و القانون المنظم لكل نقابة هو الذي منحها هذا الدور الحيوي أو كلفها به لصالح جمهور المواطنين .

ثانياً : الإنضمام إلى النقابة إجباري كما سبق القول ، فهو شرط لممارسة المهنة و يعبر عن سلطة من سلطات كل نقابة .

ثالثاً : مجلس كل نقابة من المهن الحرة يتمتع بإمميزات القانون العام و إمتيازات السلطة العامة منها حق مجلس النقابة و قبول أو رفض القيد في جدول النقابة و كذلك سلطة النقابة المهنية اللائحية التي تتضمن واجبات المهنة و آدابها و سلطة النقابة أيضا في فرض حقوق إجبارية سواء للقيد في جدول النقابة أو الإشتراك السنوي للأعضاء و أخيرا سلطة النقابة في تأديب أعضائها ممن يخالف آداب و واجبات المهنة في ممارستهم لها .

و نظرا لكون المؤسسة العامة المهنية تعاون و تساعد الدولة للقيام بوظائفها عن طريق تمثيل الدولة داخل المهنة و الإظطلاع بعملية تنظيم المهنة و نظرا لتمتعها بمظاهر السلطة العامة فإنها تخضع للقانون العام و لرقابة إختصاص القضاء الإداري جزئيا فيما يتعلق بأعمالها و أنشطتها ، بينما تخضع عملية تكوينها للقضاء الخاص.²

و من أبرز الأمثلة على المؤسسات العامة المهنية في النظام الجزائري : نقابة المحامين الجزائريين (منظمة المحامين).

ومن أهم الأسباب و المبررات التي أدت إلى أخذ السلطة الإدارية بأسلوب المؤسسة العامة المهنية لإدارة المرافق العامة هو أن المؤسسة العامة المهنية تقابل جماعة متميزة من الأفراد لها مصالح متميزة عن المصلحة العامة ، كأرياب المهن الحرة المختلفة و لذا تنشأ

¹ محمد رفعت عبد الوهاب . مبادئ و أحكام القانون الإداري ، منشورات الحبلى الحقوقية الصفحة 105.

² عمار عوايدي ، المرجع السابق ، الصفحة 322.

المؤسسة العامة كمنظمة تتكون من مجموعة من الأفراد تسعى إلى غرض مشترك و يتولى تنظيمها و تسييرها أبناء المهنة أو الحرفة أنفسهم أو ممثلوهم¹ .

المطلب الثاني : الرقابة القضائية علي المرافق العامة المهنية

الفرع الأول : رقابة المحاكم الإدارية

من بين اختصاص المحاكم الإدارية الطعون بالبطلان في قرارات مجالس منظمات المحامين المتضمنة رفض التسجيل رفض الأغفال رفض منح شهادة لفائد المحامي المتدرب بإنهاء التدريب² وهي قرارات قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة .

كما تختص المحاكم الإدارية بالرقابة على أعمال المؤسسات العامة المهنية فيما يتعلق بالقرارات الصادرة عنها و المتعلقة بتسييرها أعضائها و هذا ما كان اجتهاد مجلس الدولة في قراره الصادر تحت رقم 13397 في جلسة بتاريخ 07-01-2003 في قضية قرار الجلسة العامة للنقابة الوطنية للخبراء المحاسبين³

رغم أن الشخص المعنوي العام أي المؤسسة العامة المهنية (المنظمات المهنية.النقابات المهنية) تقوم بتسيير مرفق عام و أن منازعات عقود الأشخاص المحددة في المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تخضع لاختصاص ولاية القانون العام و القضاء الإداري ويستنتج من ذلك و بمفهوم المخالفة بأن عقود المؤسسات العامة المهنية في التشريع الجزائري تخضع لأحكام القانون الخاص و منازعاتها تخضع لاختصاص القضاء العادي كون أن نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لم ينص على اعتبار أن المؤسسة العامة المهنية أو المنظمات الوطنية أو النقابات المهنية على اعتبار أن عقودها تخضع لأحكام هذا المرسوم و التي تخضع لاختصاص القضاء الإداري و القانون الإداري حيث عدت المادة الأشخاص المعنوية العامة المعنية بالعقود الإدارية و قد استنتجت من ذلك المؤسسة العامة المهنية .

¹ نواف كنعان القانون الإداري . الكتاب الأول . دار الثقافة للنشر و التوزيع . الأردن . سنة 2008 . ص 352.

² المادة 20 و 29 من القانون 04-91 الخاص بالمحاماة.

³ قرار مجلس الدولة رقم 13397 المؤرخ في 07/01/2003 النشور في مجلة مجلس الدولة العدد 04 سنة 2003 ص 135 إلى 137.

الفرع الثاني : رقابة مجلس الدولة على اعمال المؤسسة العامة المهنية :

يعتبر مجلس الدولة هيئة مقومة لاعمال الجهات الاقضية الادارية و هو تابع للسلطة القضائية , حيث انه يضمن توحيد الاجتهاد القضائي الاداري في البلاد , و يسهر على احترام القانون , كما انه يتمتع بالاستقلالية حين ممارستها لاختصاصاته القضائية.¹ ومن اختصاصاته انه:

يفصل في الطعون بالاستئناف في القرارات الصادرة ابتداءً من قبل المحاكم الادارية منها :
القرارات الصادرة عن المؤسسات العامة المهينة (منظمات المحامين) كقرارات التسجيل بالجدول و الاغفال و شهادات التدريب لفائدة المحامين.

يفصل في الطعون بالالغاء و التفسير و مدى شرعية القرارات التنظيمية و الفردية الصادرة عن السلطات الادارية المركزية و الهيئات العمومية و المنظمات المهنية الوطنية , حيث يفصل في قرارات اللجان الوطنية للطعن في قرارات التاديب لمنظمات المحامين و الغرف الخاصة بالموثقين و المحضرين² ، وكذا مداولات الجمعية العامة للمنظمات المحامين , وكذا الطعن في انتخابات مجلس منظمة المحامين بالاضافة الى القرارات التنظيمية لل نقابة الوطنية للخبراء المحاسبين و القرارات الفردية اتجاه نفس اعضاء المنظمة ونفس الشيء بالنسبة للوائح لالجمعية للنقابة الوطنية لخبراء المحاسبين .

و احسن الامثلة لاختصاص مجلس الدولة في الطعن في قرارات المؤسسة العامة المهينة وبالاخرى اخصاص القضاء الاداري هي القرار رقم 004827 بتاريخ 2002/06/24 لمجلس الدولة حول طعن اسيد / وزير العدل ضد قرار الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين , حيث فصل مجلس الدولة على انه الجهة القضائية المختصة .³

القرار رقم 27279 بتاريخ 2003/01/07 لمجلس الدولة حول طعن (ر-ل) بصفته رئيس للمجلس الوطني للخبراء المحاسبين ضد ب.ع ومن معه بصفتهم اعضاء الجمعية العامة , حيث فصل مجلس الدولة على انه الجهة القضائية المختصة.

¹ المادة 02 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 1998/05/30 و المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله الجريدة الرسمية العدد 37 سنة 1998 .

² المادة 67 من القانون 06-02 الصادر في 20 فيفري 2006 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق.

³ قرار مجلس الدولة رقم 004827 المؤرخ في 2002/06/24 النشور في مجلة مجلس الدولة العدد 02 سنة 2002 ص 171 إلى 173.

المطلب الثالث : الفرق بين المؤسسة العامة المهنية و النقابات العمالية

إن الفرق بين المؤسسات المهنية و النقابات العمالية ، يتجلى في منازعاتها و الجهات القضائية المختصة للفصل فيها ، فمن جهة النقابة المهنية تخضع لإختصاص القضاء الإداري و المتمثل في المحاكم الإدارية (الغرف الإدارية) و مجلس الدولة بإعتبارها مؤسسة عامة عندما تصدر أعمالها أو قراراتها بصفقتها تتمتع بإمتميازات السلطة العامة ، و تخضع لإختصاص القضاء العادي المتمثل في المحاكم العادية و المجالس القضائية و المحكمة العليا في المنازعات التي تتعلق بإدارة شؤونها الداخلية ، و المتمثلة في التصرف في أموالها و ممتلكاتها أو إسثماراتها ، و الخدمات التي تقدمها لأعضائها و التي تتصرف بصفقتها شخص عادي لا يتمتع بإمتميازات السلطة العامة ، بخلاف ذلك النقابات العمالية في كل أعمالها مهما كانت طبيعتها تتصرف بأنها شخص عادي من أشخاص القانون الخاص و بالتالي تخضع لإختصاص القضاء العادي ، و هذه هي أهم الفوارق القائمة بين المؤسسة العامة المهنية (النقابة المهنية) و النقابات العمالية .

الخاتمة

إن الدولة بمفهومها الحديث و القديم ما هي إلا منتج لفكر إنساني غايته إحلال النظام محل الفوضى و تحقيق المنفعة العامة و الصالح العام للمنتمين إلى جغرافيتها، و لكن هذه الغايات لا يمكن تحقيقها إلا بوجود تنظيم إداري بالإضافة إلى مؤسسات و هياكل إدارية. و تجدر الإشارة أن حاجبات الأفراد و المجتمعات تطورت بمرور الزمن فتطورت معه مفهوم الدولة و إنتقلت معه هذه الأخيرة من جهاز مركزي همه المال و السلاح إلى دولة ذات نظريات في التسيير و التوجيه لكل حالة لها علاقة بالفرد و المجتمع .

و هكذا كان ظهور المرفق العام تبعا لتغير الظروف الإقتصادية و السياسية و الإجتماعية التي نشأ المرفق في ظلها.

و لا تأخذ المرافق العامة صورة واحدة بل تتعدد أنواعها تبعا للزاوية التي ينظر إليها فمن حيث طبيعة النشاط الذي تمارسه تنقسم المرافق العامة إلى مرافق إدارية ، إقتصادية و مهنية . و من حيث إستقلالها تنقسم إلى مرافق ذات شخصية معنوية مستقلة و أخرى لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

و كل هذه المرافق أو نشاطها يجب أن يخضع لمبدأ المشروعية بمعناه الواسع أي سيادة حكم القانون في ظل الدولة القانونية و يعتبر مبدأ المشروعية بمعناه العام من المبادئ القانونية العامة الواجبة التطبيق في الدولة الحديثة ذلك أن إعلاء حكم القانون بات عنصرا أساسيا من عناصر الدولة القانونية الحديثة بغض النظر عن الإتجاهات السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية التي تتبناها الدولة.

و معنى مبدأ المشروعية بمعناه الضيق أن يكون نشاط المرافق العامة في تصرفاتها في حدود القانون بمعناه الواسع الذي يشمل جميع القواعد العامة الملزمة أيا كان شكلها (مكتوبة أو غير مكتوبة)و أيا كان مصدرها في حدود تدرجها (دستور ، قانون عضوي أو عاديو) أيا كان تصرف المرفق (قانوني أو مادي).

لذا فالنظام القضائي في الدولة يمثل سيادتها القانونية القائمة على إحترام حقوق الإنسان من خلال الرقابة القضائية على نشاط المرفق العام و ضمان مشروعية تصرفاته . إذ أن وجود الإدارة طرفا في علاقة قانونية مع الأفراد بما تتمتع به من سلطة و إمتيازات كبيرة يؤدي في كثير من الأحيان إلى تجاوز الإدارة في إستعمالها للسلطة المخولة لها .

فالمرفق دائم الإتصال بحياة الفرد و قد تؤدي أخطاؤه إلى الإضرار بهم و الإعتداء على حقوقهم إن القضاء الإداري يحارب التعسف في إستعمال السلطة و تجاوز الإختصاص و عيب السبب .

فوجود رقابة قضائية على مشروعية تصرفات الإدارة يمثل ضمانة حقيقية من ضمانات حقوق الأفراد ، و القاضي هو مفتاح الإلتزام بسيادة القانون و يتوقف عليه إحترامه بمعناه الواسع الذي يتجاوز التقيد المجرد بالنصوص إلى إحترام مضمون القانون .

أما إذا نزلت إلى مرتبة الأفراد و تصرفت كتصرفهم كتاجر مثلا فإن الإختصاص في منازعاتها يرجع إلى القضاء العادي .

إن المؤسسات العامة الإقتصادية و المهنية تعتبر بلا شك من أشخاص القانون العام و ليست من أشخاص القانون الخاص و يؤكد ذلك مهمة المرفق العام الذي تتولاه بناء على القانون المنظم لها ، و ما يؤكد أيضا إمتيازات السلطة العامة أو إمتيازات القانون العام . هذا الجانب الجوهرى من نشاط المؤسسة العامة المهنية و الإقتصادية المتصل بالمرفق العام الذي تتولاه يخضع بلا شك للقانون العام و المفروض و نتيجة لهذا أن يختص القضاء الإدارى المشكل من المحاكم الإدارية و مجلس الدولة بالنظر في الطعون في القرارات الإدارية التي يصدرها مجلس المؤسسة .

و لكن من ناحية أخرى هناك مجال آخر في المؤسسة الإقتصادية و المهنية يخضع للقانون الخاص و هو المجال الذي لا يرتبط بالمرفق العام فإن منازعاتها تخضع للقضاء العادي .

بالإضافة إلى ذلك فإن عمالها مرتبطون بعقود خاصة و لا يعتبرون موظفين عموميين .

إذا فإن النظام الخاص بالمؤسسات هو نظام مختلط بين القانون العام و القانون الخاص.
و حتى تكون الرقابة القضائية أكثر فعالية في تحقيق أهدافها يجب أن تكون :

- 1- تتمتع بالإستقلالية و ذلك بأن تخضع فقط لسلطة القانون فقط دون غيره من السلطات و أيضا أن تتمتع بالحياد و ذلك بأن تعامل كل المتقاضين على درجة واحدة من الأهمية و ذلك من أجل تحقيق العدل و المساوات بين الأفراد.
- 2- أن يحسم النزاع في الجهة المختصة في فض المنازعات بين الأفراد و مختلف المرافق العامة الإدارية (قضاء داري أو عادي) و جعل كل هذه المنازعات من إختصاص القضاء الإداري و ذلك لتسهيل و تسريع فض المنازعات من هذا النوع.
- 3- تدعيم القضاء بالخبرات العلمية و المتخصصة في نشاط المرفق العام.
- 4- إبتداع الحلول المناسبة للعلاقات القانونية التي تنشأ بين المرفق و الأفراد.

قائمة المراجع

أولا : القوانين و الدساتير

- 1- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996. الصادر في 16 اكتوبر الجريدة الرسمية عدد 61
- 2- القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30/05/1998 و المتعلق بإختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله
- 3- الامر رقم 66-159 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري.
- 4- المرسوم التنفيذي رقم 95-280 المؤرخ في 17 سبتمبر 1995
- 5- القانون 91-04 الخاص بالمحاماة. الصادر بتاريخ 08 جانفي 1991
- 6- القانون 06-02 الصادر في 20 فيفري 2006 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق.
- 7- الامر 71_74 المؤرخ في 16 نوفمبر 1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات.
- 8- المرسوم 91-11 المؤرخ في 27 افريل 1991 المتعلق بنزع الملكية من اجل المنفعة العامة

ثانيا: الكتب

أ- المراجع باللغة العربية

- 1- إبراهيم عبد العزيز شيحة . القضاء الإداري ، ولاية القضاء الإداري ، دعوى الإلغاء. منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2006
- 2- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية.
- 3- أحمد يوسف، قضاء الإلغاء أمام مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- 4- توفيق بوعشبة، مبادئ القانون الإداري التونسي ، تونس ، مركز البحوث و الدراسات الإدارية ، 1990.
- 5- ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 6- حسين الدوري، القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، ندوة القضاء الإداري، مطبوعات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الدار البيضاء، المغرب، 18، 22 جوان 2007.

- 7- حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة، المرافق العامة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984
- 8- خالد خليل الطاهر ، القانون الإداري (دراسة مقارنة) ، الكتاب الأول ، ط 1 ، دار الميسرة للنشر و التوزيع ، عمان 1998،
- 9- رياض عيسى، نظرية المرفق العام في القانون المقارن، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985.
- 10- سامي جمال الدين ، أصول القانون الاداري ، نظرية العمل الاداري ، مصر ، القاهرة ، شركة مطابع الطويجي التجارية 1993
- 11- سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 12- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب، دار الفكر العربي، 1995
- 13- شاب توما منصور، القانون الإداري، ط 1، جامعة بغداد 1980.
- 14- الطماوي سليمان . نظرية التعسف في إستعمال السلطة . ط 3 . دار الفكر العربي . 1978 . ص 47
- 15- عبد الرزاق بن خليفة، إجراءات النزاع الإداري، القانون وفقه القضاء، دار اسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2007.
- 16- عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الثالثة .
- 17- عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 18- عبد الفتاح أبو الليل، الوجيز في القانون الإداري دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 19- علي خطار شنتاوي . نظرية المؤسسات العامة وتطبيقاتها في المملكة الأردنية الهاشمية - دار الفكر للنشر و التوزيع الطبعة الاولى ، سنة 1990 .
- 20- عمار بوضياف، القاضي والمعاهدات الدولية، مداخلة مقدمة للمؤتمر الدولي للقضاء الإداري، جامعة سوسة، 11-12 أبريل 2008.
- 21- عمار بوضياف، القرار الإداري، جسور للنشر، الجزائر، 2007.

- 22- عمار عوابدي القانون الإداري . الجزء الأول النظام الإداري .ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الخامسة . سنة 2008.
- 23- عمار عوابدي، دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 24- عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة الجزائر، 2002
- 25- لحسن بن شيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الإدارية ، وسائل المشروعية.
- 26- محمد أنور حمادة، القرارات الإدارية ورقابة القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 27- محمد رفعت عبد الوهاب . مبادئ و أحكام القانون الإداري ، منشورات الحبلى الحقوقية بيروت 2002.
- 28- محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 29- محمد سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الاداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1979، الكتاب الثاني .
- 30- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية القرار الإداري العقد الإداري، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي 1989.
- 31- محمد فاروق عبد الله، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين مفهومين التقليدي والإشتراكي ديوان المطبوعات الجامعية 1987.
- 32- محمد مرغني خيرى ، القضاء الإداري و مجلس الدولة ، ج 1 ، الجيزة للنشر ، القاهرة 1989.
- 33- محمد منير، دور القضاء الإداري في ترسيخ مبدأ المشروعية من خلال الأحكام القضائية، مطبوعات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2008.
- 34- محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 35- ناصر لباد ، القانون الإداري : النشاط الإداري ، ج2 ، لباد Editeur 2004
- 36- نواف كنعان القانون الإداري . الكتاب الأول . دار الثقافة للنشر و التوزيع . الأردن . سنة 2008.

ب- المراجع باللغة الأجنبية

- 1- Abderrazak Ben khalifa ,le contrôle de conventionalité par le juge Administratif.
- 2- Delaubadere, traite de droit administratif 8^{eme} édition t1 1980.
- 3- MORAND Devellier ,cours de droit administratif ,9^e edition ,2005 .

ثالثا : المجالات

- 1- ، المجلة القضائية العدد الأول، 1992 أنظر قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف 68240 بتاريخ 28-07-1990.
 - 2- أسامة النعيمات مطبوعات للمنظمة العربية للتنمية الإدارية 2007.
 - 3- مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي تبسة عمار بوضياف، تنفيذ الأحكام القضائية في المادة الإدارية بين الإطار القانوني والاجتهاد القضائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي تبسة الجزائر العدد 2، 2007.
 - 4- المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 72، أبريل 2007 عائشة سلمان، إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الإدارة،
 - 5- مجلة مجلس الدولة العدد 04 سنة 2003 قرار مجلس الدولة رقم 13397 المؤرخ في 01/07/
 - 6- مجلة مجلس الدولة العدد الثالث ، 2003 قرار مجلس الدولة الجزائري، بتاريخ 11-03-2003، الغرفة الثالثة، الملف 007736 .
 - 7- مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002. فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة
 - 8- مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002. فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة
- رابعاً الرسائل الجامعية**
- 1- زيقوران سامية . مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص قانون إداري بعنوان الرقابة الخارجية على المؤسسات العامة في الجزائر غير منشورة سنة 2001

الفهرس

01.....	المقدمة.....
14-06.....	المبحث التمهيدي : ماهية المرفق العام.....
06.....	المطلب الأول: مفهوم المرفق.....
06.....	الفرع الأول : المعنى العضوي.....
07.....	الفرع الثاني : المعنى الوظيفي أو الموضوعي.....
07.....	المطلب الثاني: عناصر المرفق العام.....
07.....	الفرع الأول : المرفق العام تنشأه الدولة.....
08.....	الفرع الثاني : هدف المرفق هو تحقيق المصلحة العامة.....
08.....	الفرع الثالث : خضوع المرفق لسلطة الدولة.....
09.....	الفرع الرابع : خضوع المرفق لنظام قانوني متميز.....
09.....	المطلب الثالث : النظام القانوني للمرافق العامة.....
09.....	الفرع الأول: إنشاء وإلغاء المرافق العامة.....
10.....	الفرع الثاني: المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة.....
11.....	أولاً : مبدأ المساواة المنتفعين أمام المرفق.....
11.....	ثانياً : مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد.....
11.....	ثالثاً : مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير.....
12.....	المطلب الخامس: طرق إدارة المرافق العامة.....
13.....	الفرع الأول: إدارة المرفق العام بواسطة جهاز حكومي.....
47-16.....	الفصل الأول: الرقابة العامة على المرافق العامة الإدارية.....
16.....	المبحث الأول : ماهية المرافق العامة الإدارية و مبدأ المشروعية.....
16.....	المطلب الأول : المرافق الإدارية :.....
17.....	المطلب الثاني : مبدأ المشروعية نطاقه ومصادره.....
17.....	الفرع الأول : تعريف مبدأ المشروعية.....
19.....	الفرع الثاني : نطاق مبدأ المشروعية و مجاله.....

23.....	الفرع الثالث : شروط تطبيق مبدأ المشروعية.
25.....	الفرع الرابع : مصادر مبدأ المشروعية.
27.....	المطلب الثالث : ضمانات مبدأ المشروعية ودور القضاء الإداري.
27.....	الفرع الأول : الرقابة القضائية.
29.....	المبحث الثاني : خصوصية المنازعة الإدارية ودور القضاء الإداري.
31.....	المطلب الأول : سلطات الإدارة ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها.
31.....	الفرع الأول : السلطة التقديرية .
33.....	الفرع الثاني : السلطة المقيدة للإدارة.
34.....	المطلب الثاني : رقابة القاضي الإداري للمشروعية الخارجية للقرار الإداري .
35.....	الفرع الأول : عيب عدم الاختصاص.
37.....	الفرع الثاني : عيب مخالفة الشكل و الإجراءات.
39.....	المطلب الثالث : عيب مخالفة القانون وعيب الانحراف في استعمال السلطة.
39.....	الفرع الأول: عيب مخالفة القانون في القرارات الإدارية.
41.....	الفرع الثاني: عيب الانحراف في استعمال السلطة.
44.....	الفرع الثالث : سلطات القاضي الإداري في الكشف عن عيب الانحراف في استعمال السلطة
45.....	المطلب الرابع : عيب انعدام السبب في القرارات الإدارية.
45.....	الفرع الأول : رقابة القضاء لعيب السبب.
46.....	الفرع الثاني : إثبات عيب السبب.
66-49.....	الفصل الثاني : الرقابة القضائية على نشاط المرافق الإقتصادية العامة.
49.....	المبحث الأول : ماهية المرافق العامة الإقتصادية و أنواعها.
49.....	المطلب الأول : تعريف المؤسسة العامة.
50.....	المطلب الثاني : أنواع المؤسسات العامة .
50.....	الفرع الأول : المؤسسات العامة الإدارية .
50.....	الفرع الثاني : المؤسسات العامة العلمية و الثقافية.
51.....	الفرع الثالث : المؤسسات العامة الإقتصادية.

54.....	الفرع الرابع : المؤسسة العامة المهنية.....
56.....	الفرع الخامس : الفرق بين المؤسسة العامة المهنية و النقابات العمالية.....
56.....	المبحث الثاني : تسيير المرفق العام من طرف أشخاص القانون الخاص
57.....	المطلب الأول : تعريف الإمتياز.....
57.....	المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للإلتزام
58.....	المطلب الثالث : أركان الإلتزام (الإمتياز)
58.....	الفرع الأول : الأطراف.....
58.....	الفرع الثاني : المحل.....
59.....	الفرع الثالث : الشكل
59.....	المطلب الرابع : آثار الإلتزام
59.....	الفرع الأول : آثار العقد بالنسبة للملتزم
60.....	الفرع الثاني : آثار العقد بالنسبة للإدارة
62.....	المطلب الخامس : نهاية الإلتزام
62.....	المبحث الثالث : الرقابة القضائية على المرافق العامة الإقتصادية و المهنية
62.....	المطلب الأول : الرقابة القضائية على المرافق العامة الإقتصادية.....
64.....	المطلب الثاني : الرقابة القضائية علي المرافق العامة المهنية
64.....	الفرع الأول : رقابة المحاكم الادارية
65.....	الفرع الثاني : رقابة مجلس الدولة على اعمال المؤسسة العامة المهنية
67.....	الخاتمة.....
70.....	قائمة المراجع.....

ملخص

لما كان من سمات الدولة المعاصرة تمسكها بمبدأ سيادة حكم القانون و الذي أصبح يعتبر مقياس تطور الدول و مستوى رقيها. فقد أصبحت غاية القضاء الإداري تحقيق التوازن بين مقتضيات حسن سير المرافق العامة وحماية حقوق وحرريات الأفراد ، بحيث تكون تصرفات السلطات العامة فيها متفقة مع أحكام القانون بمدلوله العام.

ومبدأ المشروعية يعني خضوع الدول للقانون حكماً ومحكومين، غير أن خضوع الدولة للقانون لا يمكن أن يكون رهيناً بإرادتها فحسب فإن شاءت خضعت و إن شاءت أحجمت وإنما يتعين إلزامها على الخضوع ، ومن هنا نشأت فكرة الرقابة القضائية علي أعمال المرافق العامة في الدولة بمختلف أنواعها سواء الاقتصادية ، الإدارية أو المنظمات المهنية .

وأما عن المعايير التي تحدد خضوع المرافق العامة للقضاء من خلال رقابة فاعلة للقضاء سواء كان عادياً أو إدارياً ، و ذلك من خلال نشاط المرفق فإن إستعمل وسائل السلطة العامة خضع للقضاء الإداري و إن نزل إلى مرتبة الأفراد خضع في منازعاته للقضاء العادي .

والسبيل لفرض مبدأ المشروعية هو بأن يدعم ويسند عمل القضاء بما يكفل له الاستقلال بالإضافة إلى توفير الامكانيات المالية والبشرية فالسلطة القضائية عماد أساسي يلزم التطور في عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية في دولة القانون.

و ختاماً نؤكد على دور وأهمية القضاء لضمان عدم التعسف أو الانحراف من جانب الإدارة فيما تصدره من تصرفات وقرارات في مواجهة الافراد

شكر و عرفان

إن الحمد لله ولي النعم المتفرد بالإنعام و التوفيق على عباده
و الذي أعانني و سدد خطاي طيلة مشواري الدراسي و الذي كانت ثمرته
هذا العمل المتواضع الذي أوجه من خلاله كل شكري و عرفاني لكل من
كانت له يد المساعدة على إنجازهِ و أخص بالذكر من هؤلاء جميعا :
أستاذتي المحترمة الدكتورة صوفيا شراد معبرا لها عن شكري و
إمتناني على كل الجهود التي بذلتها معي و سعة صدرها .
و كل أساتذتي و زملائي الذين رافقوني طيلة مشواري الدراسي

الإهداء

لعله من دواعي سروري و فرحتي أن أهدي هذا العمل المتواضع
لأشخاص كانت لهم بصمة كبيرة و هامة في حياتي و لعل من أهم
هؤلاء شخصين كان لهم السبب في وجودي بعد خالقي ألا و هما روح
والدي رحمه الله و أمي الغالية و لا أنسى رفيقة دربي و شريكة حياتي
زوجتي الحبيبة و إلى فلذات كبدي كل بإسمه سارة ، إيمان ، محمد
هشام ، شاهيناز ، و الحبوبة الصغيرة نسرين.