



جامعة الجيلالي اليابس بسيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الأساليب الحديثة لتسيير المرافق

العامّة الإدارية

رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون

تخصص: القانون العام

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

كراجي مصطفى

إعداد الطالب:

مدون كمال

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	أ.د. مكلل بوزيان
مشرفا ومقررا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	أ.د. كراجي مصطفى
عضوا مناقشا	جامعة تيارت	أستاذ التعليم العالي	أ.د. قوسم حاج غوثي
عضوا مناقشا	جامعة سعيدة	أستاذ محاضر "أ"	د. دويني مختار

السنة الجامعية 2020/2019

كلمة شكر

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله
وأصحابه أجمعين أما بعد:

من لا يشكر الناس لا يشكر الله أتقدم بالشكر بعد إتمام بعون الله وفضله هذه الرسالة
لأستاذي الفاضل الذي كان من دواعي فخري واعتزازي أن يكون مشرفا على رسالتي هذه الأستاذ
الدكتور "كراجي مصطفى" الذي أنارت توجيهاته طريقي في إكمال هذه الدراسة ولولاه لما كان لأي جهد
أن يثمر ولما كان هذا البحث الذي يرى طريقه إلى النور.

والشكر الموصول إلى الأستاذة الدكتورة "شايب صورية" التي وفرت لنا من دعم ومساندة من
خلال مخبر المرافق العامة والتنمية بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سيدي بلعباس.
والشكر كذلك موصول لعميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة ابن خلدون تيارت
الأستاذ الدكتور "عليان بوزيان" على دعمه المتواصل.

كما لا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس.
على ما وفرت لنا خلال مسيرتنا العلمية بالجامعة

وأتقدم بموفور الشكر والإمتنان والتقدير والإجلال إلى الأساتذة الأفاضل

" أ.د. مكلل بوزيان، أ.د. قوسم حاج غوثي، د. دويني مختار "

على تشريفهم لي بقبولهم مناقشة هذا العمل

والله أسأل أن يوفهم عني عظيم ثوابه وجزيل احسانه.

الشكر إلى كل من قدم لي العون من قريب أو من بعيد.

الطالب: مدون كمال

إهداء

إلى والدي العزيزين "أبي وأمي" ومن في مقامهما

إلى سندي إخوتي وأخواتي

إلى زوجتي الغالية وأولادي

إلى أصحابي الكرام "بن تمرة بن يعقوب، داودي عبد القادر، سيف الدين برية"

إلى زملائي وزميلاتي الأفاضل الأساتذة بجامعة ابن خلدون تيارت

إلى كل أساتذتي الرائعين الذين تتلمذت على يديهم من الإبتدائي حتى الآن.

إلى كل الطاقم الإداري والبيداغوجي لكليتي الحقوق والعلوم السياسية بجامعة سيدي

بلعباس وجامعة تيارت.

وإلى حسن الخلق وطيب القلب ورحب الصدر وحسن المعاملة الأخ الفاضل

"وزاني محمد"

أهدى لهم جميعا ثمرة هذا العمل ،

وأسأل الله أن يجازيهم جميعا عني خير الجزاء في الدنيا والأخرة

الطالب: مدون كمال

إن التطور المعاصر الذي شمل وظائف الدولة أيا كان النظام الإقتصادي الذي تعتنقه، سواء كان رأسماليا أو اشتراكيا، أدى إلى تدخل الدولة في شت المجالات والأنشطة، ومارست الأجهزة الإدارية العامة العديد من الوظائف، إما خدمات عامة تشكل إحتياجات ملحة للجمهور يجب إضطلاع الدولة بها، وإما لرغبتها بتوجيه إقتصادياتها الوطنية، وتنفيذ خططها الإنمائية.

إن مهمة السلطة التنفيذية في الدولة المعاصرة الإضطلاع بمسؤوليات إدارة شؤون المجتمع بطرق ووسائل مختلفة لتغطي العديد من إحتياجات الجماهير، وتحقيق المصالح العامة الوطنية. وتحقيق سيادة النظام العام بمدلولاته الثلاث: الأمن العام، السكنينة العامة والصحة العامة. عن طريق تنفيذ قوانين ولوائح الضبط الإداري وغيرها من التشريعات المنظمة والضابطة لسلوك الافراد عند مزاولتهم لأنشطتهم المختلفة، وتمكينهم من ممارسة حرياتهم القانونية بما لا يعوق الآخرين عن ممارسة حرياتهم.

ويتخذ تدخل الدولة صورة المرفق العام، إذ يعتبر المرفق العام وسيلة في يد الدولة لتنفيذ الخدمة العامة وهدفه الأساسي تلبية الحاجات العامة، لأن له علاقة مباشرة بالمواطنين. وقد كان المرفق العام محور القانون الإداري والدولة بصفة عامة، حتى أن مدرسة المرفق العام في فرنسا عرفت الدولة بمثابة جسم خلاياها المرافق العامة.

ولا يوجد تعريف دقيق محدد للمرفق العام، وقد حاول العديد من المفكرين والفقهاء إعطاء تعاريف له فقد عرفه العميد دوجي بأنه " الأنشطة التي يجب أن تضمن وتضبط وتراقب من طرف الحكومة بسبب طبيعتها والتي يمكن تحقيقها بتدخل كلي للدولة".

وعرفه الأستاذ أندري دي لوبادير على أنه " المرفق العام هو مجموعة من الأنشطة الهيئات التي تستهدف المنفعة العامة".

وعرف الأستاذ هوريوالمرفق العام على أنه منظمة organisation تجمع مجموعة من العناصر البشرية المادية، المالية والقانونية.

مقدمة

وإعتمد الأستاذ أحمد محيوفي تعريفه للمرفق العام على معيارين عضوي ومادي :فإستنادا إلى المعيار العضوي يقصد المرفق العام الإدارة بشكل عام والمؤسسة الإدارية، فحيث توجد مؤسسة إدارية يوجد مرفق عام. إما بالاستناد على المعيار المادي فيقصد به كل نشاط يهدف لإشباع مصلحة عامة، فهو يختلف عن النشاط الخاص، فهذا الأخير تحركه الأرباح.

أما الدكتور ناصر لباد فقد عرف المرفق العام بناء على الجمع أوالدمج بين المعيارين الموضوعي والشكلي بقوله أن المرفق العام هو" كل نشاط تقوم به السلطة العمومية إتجاه المواطنين بصفة مباشرة أوغير مباشرة أي تحت رقابتها - وفي بعض الأحيان هونفسه الجهاز العمومي الذي يقوم بهذا النشاط - بهدف تحقيق المصلحة العامة وخاضعا في ذلك ولوجزئيا إلى قواعد القانون العام".

والمرفق العامة التي تنشؤها السلطة العامة تتنوع وتنقسم إلى أنواع أو تقسيمات عديدة وأهم تقسيم للمرفق العامة هو على أساس طبيعة نشاطها حيث تقسم إلى مرافق عامة إدارية ومرافق عامة إقتصادية ومرافق عامة مهنية أونقائية. و المرفق العامة الإدارية هي أقدم أنواع المرفق العامة فهي تعتبر جوهر وظيفة الدولة، ومظهر جوهري لسيادتها تماما. فالمرافق العمومية الإدارية تتعدد وتنوع فمنها: الدفاع، الأمن، العدالة، التعليم والصحة...، كلها مرافق عامة إدارية ذات أهمية حيوية في بناء الدولة. فهي تقدم خدمات جوهرية للمواطنين، بدونها - المرفق العامة الإدارية - لا معنى لوجود الدولة، ولذلك فإن هذه المرفق تتولاها كل الدول عن طريق أجهزتها الإدارية او عن طريق الإدارة العامة وذلك بسبب طبيعة نشاطها والوسائل التي تستخدمها.

ويكتسي موضوع المرفق العامة الإدارية أهمية بالغة ؛ فيعد محور القانون الإداري، بل حتى أن هناك من يعرف القانون الإداري بأنه قانون المرفق العامة، ولأنه من المعروف مرونة القانون الإداري، فإنه من الضرورة معرفة مدى تأثير أي تحول إقتصادي أو سياسي على تسييرها الأخير، ومدى مطابقة تسيير المرفق العامة عامة والإدارية منها خاصة للحياة العامة والحاجات المتزايدة والمتطورة للمواطنين، وضرورة التحسين الدائم للخدمة العمومية، خاصة في إطار النقائص الملاحظة على الطرق الكلاسيكية لتسيير المرفق العام الإداري، سواء التسيير المباشر. أو عن طريق تسيير المرفق بأسلوب المؤسسات في إطار التخصص للوصول إلى إلى أكثر فعالية، لكنه أثبت عجزه كذلك، مما يطرح ضرورة إصلاح المرفق العامة

مقدمة

الإدارية في ظل أن الدولة لا يستطيع التخلي عن جميع المرافق للخواص، مما يفرض الإصلاح ومحاولة تحسين الخدمات التي تقدمها.

وتنوع المرافق العمومية فرض وجعل من الطبيعي تنوع طرق تسيير المرفق من جهة ولتواكب نوع النظام وكذا تحول الإطار العام من جهة أخرى، فكل نوع تناسبه طريقة تسيير معينة فهناك مرافق لا يمكن أن تتخلى عنها الدولة نظرا لخصوصيتها وطبيعتها المتميزة، ومرافق قابلة لإشراك القطاع الخاص ولو جزئيا عن طريق الخوصصة ؛ أي أن أشخاص القانون الخاص هم الأقدر على تسييرها بأكثر فعالية، ولهذا تعدد طرق تسيير المرفق العام.

وإن كان متفقا عليه أن التسيير الكلاسيكي كان يعتمد يعتمد تسيير المرافق العمومية من الدولة أو الجماعات المحلية، لكن عجزها وعدم إستطاعتها السيطرة على جميع المرافق فرض إيجاد مؤسسات عمومية تقوم على مبدأ التخصص في تسيير المرفق العمومي وتضمن نوعا من الإستقلالية والفعالية.

والتحولات الجديدة التي فرضها النظام المتبع بعد 1989 خاصة التي مست الجوانب السياسية والإقتصادية والتي إنعكست بالضرورة على الدولة ومؤسساتها وكذا علاقتها بالمواطن في ظل تزايد حاجياته، وكذا ضرورة توفيرها بكل فعالية ونوعية أحسن، وبحثا عن المردودية التي أصبحت من أهداف ونتائج التحولات في محاولة التقليل من العجز الذي تعرفه المرافق العامة لكن مع ضمان خدمة عمومية في المستوى المطلوب والتي تواكب الإنفتاح والإيديولوجية الجديدة، في الوقت الذي أصبحت كل المرافق العامة مدعوة لتحقيق مردودية مالية حتى وإن كانت تمس مجالات حساسة كالتربية والصحة.

إن هذه التحولات في محاولة للتكيف وإعادة التموقع فرضتها عوامل خارجية على غرار العولة وإقتصاد السوق - والأزمة المالية العالمية - وما يملئانه من رهانات تتمثل في فعالية ومردودية النشاط العمومي والمرفق العام بصفة خاصة، كما فرضتها عوامل داخلية خاصة بالجزائر منها التحول السريع من دولة إشتراكية إلى نظام أكثر إنفتاحا وضرورة قياس الفعالية وضمان خدمة عمومية جيدة ترقى إلى مستوى عال خاصة بنمو الوعي المدني لدى المواطنين وشيوع ثقافة الديمقراطية والحكم الرشيد، الذي شكل ضغطا على الهيئات العمومية.

مقدمة

هذا ما أدى بالمشرع إلى التفكير الجدي لإيجاد أساليب جديدة لإدارة تلك المرافق وتمكينها تحقيق الأهداف التي أنشأت من أجلها ولعل أهم هذه الأساليب الخوصصة ، غير ان موضوع الخوصصة يثير الكثير من الجدل، يصل إلى درجة العنف في بعض الأحيان، غير أن هذه الدراسة تنطلق من منظور خارج الإنحياز إلى النيوإيرالية التي تقول أن كل شيء في أيدي الدولة مردود، وليس له فعالية، أو العقيدة المعاكسة التي تقول إن كل شيء في أيدي القطاع الخاص لا يمكن أن ينجح في خدمة الناس بشكل عام.

وقد يظن البعض أن مفهوم الخوصصة قاصر على نقل ملكية المرافق العامة من القطاع العام إلى القطاع الخاص، في حين أن مفهومها يشمل إدارة وإستغلال المرافق العامة من قبل أشخاص القانون الخاص، وللمفهوم الأخير أهمية كبيرة، لأن الخوصصة عن طريق الإدارة والإستغلال تحافظ على ملكية الدولة لمرافقها العامة، وتوافر إدارة مرنة لهذه المرافق، وتحقق إنتاجية عالية .

لا شك أن الخوصصة ليست مجرد تحويل للأصول المملوكة للدولة إلى القطاع الخاص، بل هي عملية إعادة تحديد الدور الإقتصادي للدولة، وصولاً للإنتقال بالإقتصاد إلى نمط من أنماط الإدارة التي يقوم على اللامركزية، وتحدد فيه القواعد والأدوار التي تحكم مسار الأداء الإقتصادي

غير أنه بعد ثلاثة عقود من تجارب تأميم القطاع الخاص في أوروبا إبان الحرب العالمية الثانية وفي الدول الإشتراكية، تبعتها ثلاثة عقود من تجارب خوصصة مست القطاع العام عالمياً، لم تعد قضية الخيار بين نظرية السوق الحر ونظرية ملكية الدولة لوسائل الإنتاج قضية نظرية بحتة، فقد تمت تجربة كل منها على أرض الواقع. ولم يبق في بلد في العالم، ربما بإستثناء كوريا الشمالية، وإلا ولديه مزيج من الملكية الخاصة والعامة لوسائل الإنتاج،

وحتى تاريخ أوروبا قد شهد مثل هذه التحولات، ففي القرن التاسع عشر، كانت البلديات والحكومات في أوروبا الغربية هي المالك لمعظم مرافق الخدمات العامة، كما إرتبط مفهوم التدخل الحكومي قبل الحرب العالمية الأولى بالحقبة الفكتورية في بريطانيا وعهد الجمهوريين في البرازيل والبسماركية في ألمانيا. بيد أن أوج التدخل الحكومي بزغ مباشرة بعد الحرب العالمية الثانية، حين إتجهت السياسات الإقتصادية إلى في عدد من الدول الخارجة من الحرب نحو سياسة التأميم مدفوعة بشكل رئيسي بحاجة هذه الدول إلى إعادة إعمار الصناعات المحلية التي تضررت جراء الحرب والحاجة إلى ضبط إيقاع

مقدمة

تدخل النظام في الإقتصاد. وهذه ما يفسر أن الدول التي كانت إلى حد ما في معزل عن الآثار التدميرية للحرب مثل السويد والنرويج، لم تشهد توجهات متشابهة نحو التأميم

ويرجع بروز الخوصصة وإكتسابها أهمية متصاعدة إلى التحول الكبير الذي حدث في إستراتيجيات التنمية التي إتبعتها معظم الدول النامية، ذلك ضمن إستراتيجية شمولية إرتكزت على التوجيه المركزي للموارد وللإدارة الإقتصادية التي قادت إلى هيمنة القطاع العام على الإقتصاد وتفشي القيود الإدارية في كافة جوانبه

وبالمقابل فرضت التحولات الجديدة الإعتماد على طرق أكثر فعالية وذات مردودية لتسيير المرافق العامة أثبتت فعاليتها في أكثر من بلد، فكيف سايرت هذه الأساليب تسيير المرفق العام الإداري في ظل التحولات الجديدة من أجل محاولة تحسين الخدمة العمومية من جهة، ومن جهة أخرى التحكم والإنقاص من الإنفاق العام الذي يثقل كاهل الدولة لا سيما في ظل التأثير بالتطورات الخارجية من عوامة وحوكمة وحكومة إلكترونية وتطورات علمية وتكنولوجية إضافة إلى الأزمة العالمية، في إطار السياسات الوطنية والإصلاحات الإدارية والإقتصادية التي إنتهجتها الحكومات الجزائرية منذ الإستقلال لا سيما مرحلة التحول إلى إقتصاد السوق منذ سنة 1989.

وتمثلت الحلقة الأخيرة في هذا التطور المستمر، في لجوء الحكومات إلى أساليب أوصيغ تمويلية حديثة في إقامة مشاريع البنية الأساسية، اشتركت جميعها في الاعتماد على القطاع الخاص المحلي منه والأجنبي بصورة رئيسية ومحورية، وبأشكال ودرجات متفاوتة، دون تهميش إلزامية تفعيل دور الدولة في ضرورة الأخذ بمبدأ التعاون لتحقيق التنمية، بما يضمنه لها من الرقابة على حسن أداء مشاريعها التي تعد من الاعتبارات التي تعكس سيادتها على أراضيها.

برز من تلك الصيغ ما يعرف بتفويض المرافق العامة وكذلك بعقود الشراكة بين القطاعين العمومي والخاص التي يرمز لها اختصارا بتسمية "P.P.P" وكذا عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أو ما يسمى بنظام البوت "B.O.T" كمصطلحات عملية للشراكة الضرورية بين القطاعين في إطار تعاقدية، وقد سارعت أغلب البلدان النامية والمتقدمة إلى تبني هذه العقود نظرا لأهميتها في تطوير وتحديث مرافقها العامة ولاعتبارها من الخيارات الموجهة للدول النامية لحل مشكلة البنية الأساسية لما توفره من قدرات مالية ضخمة وتكنولوجيات عالية، وهو ما جعلها تتسابق لاستقبال هذه المشاريع البعض

مقدمة

منها عن دراية بمختلف الجوانب القانونية المحيطة بهذا النوع من العقود، والبعض الآخر اندفاعا ولدته الضرورة الحتمية لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية. فالخصوصية تعد في الوقت الحاضر الوسيلة الاهم التي تستعين بها الدول لتمويل وتشغيل وادارة مرافق الاساسية.

إن الهدف من هذه الدراسة هوالتطرق لطرق تسيير وإستغلال المرفق العام الإداري ومدى تأثير التحولات الجديدة سواء الداخلية أوالخارجية على إدارته سواء بضرورة تحديث المرافق العامة من خلال الإصلاح أوتنفيع طرق تسيير جديدة والهدف طبعاً هوتحسين أداء المرفق العام والخدمة العامة في ظل تزايد الوعي المدني وتزايد دور الدولة.

عليه فالإشكالية المراد معالجتها في هذه الرسالة هي " ما الطرق الحديثة التي إنتهجتها الدولة لإدارة المرافق العامة الإدارية في ظل التحولات والمؤثرات الداخلية والخارجية من اجل التوفيق بين نوعية الخدمة والمردودية من جهة وبين المصلحة العامة وتكلفة الإنفاق العام من جهة أخرى؟ ".

وفي هذا البحث سيتم الإعتماد على المنهج التحليلي النقدي من خلال دراسة التركيز على أسلوب الخصوصية في تسيير وإستغلال المرافق الإدارية في محاولة للوصول إلى الصورة الأنجع في تسيير المرافق العام الإداري.وسنعمد كذلك على المنهج المقارن من خلال المقارنة بين مختلف تطبيقات أسلوب الخصوصية في الأنظمة المقارنة كفرنسا ومصر وبعض الإشارات إلى التجربة المغربية وعلى ضوء هذه الإشكالية سيتم مناقشة هذه الإشكالية وفق الخطة التالية: حيث تناول الباب الأول: الخصوصية أسلوب جديد لإدارة المرافق العامة الإدارية، تطرق الفصل الأول إلى الإطار العام لخصوصية المرافق العامة الإدارية، وعالج الفصل الثاني أثر الخصوصية على المرفق العام الإداري أما الباب الثاني فعالج صور خصوصية المرفق العام الإداري، تناول الفصل الأول تفويض المرافق العامة الإدارية، أما الفصل الثاني عالج صور أخرى غير التفويض كعقود البوت وعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص وتطبيقاتها في مجال المرافق العامة الإدارية ويختتم البحث بخاتمة تضم أهم النتائج المتوصل إليها والتوصيات الممكن تقديمها من اجل إنجحت هذه الأساليب في إدارة المرافق العامة الإدارية.

الباب الأول

الخصوصية أسلوب جديد

لإدارة المرافق العامة الإدارية.

الباب الأول

الخصوصية أسلوب جديد لإدارة المرافق العامة الإدارية.

منذ بداية القرن العشرين وحتى منتصفه، تعاظم دور الدولة حيث تدخلت في تقديم كثير من الخدمات ولذلك انشأت ونظمت المرافق العامة بأنواعها سواء أكانت إدارية أو اقتصادية أو مهنية وكان الأمر مقصوراً عليها فقط دون تدخل أو مشاركة القطاع الخاص. ويرجع ذلك التغيرات التي واكبت الحرب العالمية الأولى والكساد الاقتصادي الكبير الذي أصاب معظم دول العالم فضلاً عن نشوب الحرب العالمية الثانية وما خلفته من دمار إستدعى قيام الدولة بأعمال التعمير والبناء وإعادة الحياة إلى الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية في البلاد.

غير أن مصطلح الخصوصية أصبح يعني في الدراسات الاقتصادية الحديثة أكثر من مصطلح التحول إلى القطاع الخاص، بحيث أصبح وسيلة اقتصادية تعبر عن فلسفة جديدة لدور الدولة في الاقتصاد، وعنصراً رئيسياً من مجموعة سياسات متكاملة للإصلاح الاقتصادي وتتمثل هذه السياسات بتقليص دور الدولة في الإنتاج المباشر للسلع وتقديم الخدمات وتخفيف أعباء الموازنة العامة وتحقيق الإستقرار النقدي والمالي وتشجيع المنافسة وتوفير بيئة تمكن القطاع الخاص من النمو وإتساع دوره، والتحول إلى القطاع الخاص يمثل إحدى وسائل تقليص حجم القطاع العام

وسيتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : الإطار العام لخصوصية المرافق العامة الإدارية.

الفصل الثاني : أثر الخصوصية على المرافق العامة الإدارية

الفصل الأول

الإطار العام لخصوصية المرافق العامة الإدارية.

الفصل الأول

الإطار العام لخصوصية المرافق العامة الإدارية.

مع إنتهاء عقد الثمانينات وبداية التسعينات من القرن الماضي وعلى أثر إنحيار الإتحاد السوفياتي ونهاية الحرب الباردة شهد العالم عددا من المتغيرات السياسية والإقتصادية التي أعادت صياغة دور الدولة من جديد. فقد ساد نمط الإقتصاد الحر وسيطرة تكنولوجيا المعلومات، وإنخفاض المدخرات والإستثمارات، بالإضافة إلى الخلل في ميزانيات العديد من الدول والذي تمثل في زيادة الدين المحلي وعدم القدرة على خفض الإنفاق المحلي.

هذه التراكمات أدت إلى بزوغ ما يسمى بظاهرة العولمة¹ والتي تجسدت في زيادة التفاعل والإندماج بين الأنشطة الإقتصادية في مختلف دول العالم، وإرتبطت بسيادة إقتصاد السوق وهذا الإرتباط بدوره يثير قضية علاقة الإقتصاد بالدولة وتأثير ذلك على المرفق العام عامة والمرفق العام الإداري خاصة.

ومن وسائل الإقتصاد الحر ظهور ما يسمى بالخصوصية التي تسارعت الدول المتقدمة كبريطانيا وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية ثم لحقتها الدول النامية ودول العالم الثالث، إلى أن اصبحت ظاهرة تبنتها أغلب دول العالم إن لم نقل كل دول العالم². كأساس تحقيق النمو الإقتصادي والتنمية الإجتماعية، فكانت البداية بالمرافق الإقتصادية غير الناجحة فقط ثم توسعت إلى مجالات أخرى إقتصادية وإدارية وإجتماعية.

سيناقش هذا الفصل تحديد مفهوم الخصوصية ورحلة البحث عن المفهوم في المبحث الأول وفي المبحث الثاني إلى المرافق العامة الإدارية القابلة للخصوصية.

1 - العولمة " هي مجموعة من الظواهر والمتغيرات والتطورات الإقتصادية والإجتماعية والسياسية والثقافية والتكنولوجية والمعلوماتية التي تمتد تفاعلاتها معظم دول العالم ومناطقه"، وبهذا المعنى فإن العولمة تعبر عن مرحلة تاريخية في تطور دول العالم، جوهرها تحقيق المزيد من الترابط والتداخل والتأثير المتبادل بين الدول والمناطق المختلفة. كميل حبيب و حازم البني، من النمو والتنمية إلى العولمة والغات رؤية جديدة لنظام إقتصادي عالمي جديد، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2000، ص 343.

2 - بإستثناء كوريا الشمالية التي لازالت تطبق الإشتراكية وبقاء كل المرافق العامة ملكا للدولة.

المبحث الأول :

الخصوصية ورحلة البحث عن المفهوم

إن الأزمات الهيكلية الحادة التي هددت إقتصادات معظم دول العالم، وشكلت خطراً كبيراً على كافة الأصعدة الإقتصادية والإجتماعية والسياسية، أدت إلى ضرورة إيجاد سبل وحلول لتجاوز هذه المخاطر فكانت الخصوصية أحد هذه الوسائل.

في ظل هذه التطورات بدأت النظرة تتبدل حول كفاءة القطاع العام ودوره، الأمر الذي دفع العديد من دول العالم المتقدمة والنامية إلى الإسراع في تطبيق نظام الخصوصية وأخذت هذه الظاهرة في التزايد مع ظهور الآليات الإقتصادية الحديثة والتي تسيطر بشكل كبير على الحركة التجارية العالمية ورؤوس الأموال على الصعيد الدولي مثل صندوق النقد والبنك الدوليين ومنظمة التجارة العالمية¹.

فعدت الخصوصية توجه إقتصادي تسيير به معظم دول العالم خاصة دول العالم الثالث النامي والكتلة الشرقية ودول مجلس التعاون الخليجي ومصر والمغرب والجزائر والأردن وباقي الدول العربية وقد تعدت الدوافع التي بررت التحول نحو القطاع الخاص، ومن أهمها تخفيف عبء الدولة في إدارة المرافق والمؤسسات العامة، ومواجهة نقص السيولة والتضخم وتفاقم المديونية، وكذلك الحد من الفساد وفتح الباب للمنافسة لتحقيق مزيد من الكفاءة والفاعلية².

1 - وفي هذا الإطار لا يمكن إنكار الدور الذي لعبته بعض مؤسسات التمويل الدولية (البنك الدولي لإنشاء و الإعمار وصندوق النقد الدولي) وبعض الدول الكبرى (الولايات المتحدة الأمريكية) في مجال دعم الخصوصية و الربط بين ما تقدمه من مساعدة وتعميق توجه الخصوصية فالفكر لدى البنك الدولي وصندوق النقد الدولي يقوم على التحليل التالي : " لكي تتجنب الدول النامية و الكتلة الشرقية مصاعب خدمة ديونها ومشكلات ميزان مدفوعاتها فإنها تحتاج لإعادة هيكلة إقتصادياتها، حتى تتمكن من رفع كفاءة تشغيل وتخصيص مواردها، يلزم ذلك مجموعة من السياسات النقدية والمالية، مع برنامج للتكييف الهيكلي تأتي الخصوصية من أهم مكوناته.

2- محمد فتوح محمد عثمان، الخصخصة في الدول الليبرالية وأثرها على مفهوم القانون العام، مجلة العلوم الإدارية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية، السنة السابعة والثلاثون، العدد الأول، يونيو 1995، ص 7.

ونظرا للنجاح الذي حققته الخوصصة في تطوير المرافق العامة الإقتصادية، أرادت الدول الإستفادة من التجربة والنظر في إمكانية تطبيقها على المرافق العامة الإدارية أملا في الوصول إلى نفس النتائج ستم التطرق في هذا المبحث إلى :

المطلب الأول : تاريخ الخوصصة ، وفي المطلب الثاني : تعريف الخوصصة

المطلب الأول: تاريخ الخوصصة

قادت بريطانيا راية خوصصة منشآت القطاع العام، وتبعتها بذلك العديد من دول العالم على مستوى فردي في بداية الثمانينات، فإن تبني صندوق النقد الدولي والبنك الدولي لتوافق واشنطن، وتحويله إلى برامج إقتراضية مشروطة للدول النامية، جعل من الخوصصة موجه إجتاح معظم دول العالم خلال العقد الأخير من القرن الماضي ، غير أن ذلك سبقه وجود للمفهوم قبل المصطلح .

سيتم تناول هذا المطلب في ثلاثة فروع يتعلق الأول : بدايات الخوصصة ، الفرع الثاني تطور فكرة الخوصصة في إنجلترا وفرنسا ، أما الفرع الثالث تناول : تطور الخوصصة في مصر والجزائر

الفرع الأول : بدايات الخوصصة.

يعتبر ابن خلدون هو أول من أشار إلى فكرة الخوصصة والتي تهدف إلى التحول نحو نمط الإنتاج الخاص¹، عندما تحدث عن أهمية إضطلاع القطاع الخاص بالإنتاج منذ أكثر من ستمائة عام، فقد أنكر ابن خلدون على الدولة القيام بأعمال هي في الأصل من أعمال القطاع الخاص، وأفرد عنوانا خاصا في كتابة المقدمة يتعلق بأن التجارة مع السلطان مضره بالرعايا ومفسدة للجباية، ورأى ابن خلدون ان مزاحمة الدولة للرعايا تؤدي إلى إختلال السوق وتعوق الإستثمار الخاص لسببين :

1 - لم تكن فكرة الخوصصة بالفكرة الجديدة في العالم الإسلام ي والعربي حيث ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم، خصص لبلال بن الحارث المزني أرضاً عريضة وطويلة ويمكن القول بأن هذه العملية ربما كانت أول عملية خوصصة في الإسلام، ولما جاء عهد عمر بن الخطاب، وجد أن بلالا لم يستغل هذه الأرض بكاملها، فأمر باستعادة الجزء غير المستعمل للدولة، وربما كانت تلك العملية أول إلغاء الخوصصة قامت بها الدولة الإسلامية. بوعشيق أحمد، الأساليب الحديثة لتدبير المرافق العامة المحلية، مقالات قانونية، ص ص 479، 480. موقع

الأول : عجز الأفراد عن مسايرة الدولة لإنعدام التكافؤ بينهم، فالدولة غالبا تلجأ إلى إستعمال مزايا السلطة العامة، في حين أن السوق لاينجح إلا إذا توافر قدر من المساواة والتنافس بين المتعاملين، الأمر الذي يتحقق عادة للأفراد المتكافئون ومتقاربون، ومزاحمة بعضهم بعض تنتهي إلى غاية وجودهم. غير أنه إذا رافقهم السلطان في ذلك، فماله أعظم كثيرا منهم، فلا يكاد أحد يحصل على غرضه في شيء من حاجاته، ويدخل ذلك على النفوس غم ونكد، ثم أن السلطان قد ينتزع الكثير من ذلك إذا تعرض له غصبا¹.

الثاني : تآكل رؤوس اموال الأفراد لعدم إستثمارها نتيجة لمزاحمة الدولة للأفراد، وتآكل قدرة الآخرين على مسايرة الدولة لإنعدامها التكافؤ بينهما، ويتراجع النشاط الإقتصادي للأفراد، ويترتب على ذلك وفقا لكلمات ابن خلدون أن الرعايا إذا قعدوا عن تثمير أموالهم بالفلاحة والتجارة نقصت وتلاشت النفقات وكان فيها تلاف أموالهم².

وأكد ابن خلدون على فشل هذا الأسلوب في علاج عجز الموازنة العامة، لأن أرباح المشروعات تكون أقل من عوائد الجباية، وأن الدولة لا تقدر على الإستثمار الأمثل للموارد وذلك إذا قارن السلطان بين ما يحصل عليه من جباية وبين هذه الأرباح القليلة، وجدت بالنسبة للجباية أقل من القليل، ثم إنه لو كان مفيدا فيذهب له بحظ عظيم من الجباية فيما يعانیه من شراء أوبيع³.

وقد ركز ابن خلدون على الدور الإنتاجي للقطاع الخاص بقوله " أن السلطان لا ينمي ماله ولايدر موجودة إلا بالجباية، وإدراها إنما يكون بالعدل في أهل الأموال والنظر لهم بذلك، فبذلك تنبسط أمالهم وتنشرح صدورهم للأخذ في تثمير الأموال وتنميتها فتعظم منها جباية السلطان.... وفي غير ذلك مضرة عاجلة للرعايا، وفساد في الجباية، ونقص للعمارة " ويخلص ابن خلدون إلى أن من تتوافر فيه الصفتان. الثقة والخبرة غالبا ما يتجنب الوظيفة العامة، لأن خدماته مطلوبة أكثر للقطاع الخاص، أما من

1- المقدمة لابن خلدون، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان ص ص 286، 281، وأيضا د حازم الببلاوي، دليل الرجل العادي إلى تاريخ الفكر الإقتصادي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، طبعة سنة 1998، ص 151 وما بعدها.

2- ابن خلدون، المرجع السابق، ص 282.

3- ابن خلدون، المرجع نفسه، ص 282. و عبد الله حسن رمضان حسن، فلسفة الخوصصة و أثرها على نظرية المرفق العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 2008، ص 16.

يخلو من الصفتين، فلا يوجد عاقل يستخدمه، وبذلك ينحصر الاختيار غالباً في من يتوافر لديهم صفة واحدة من الصفتين، الخبرة، الثقة، وفي كلتا الحالتين هناك قصور في أداء النشاط العام¹.

أما في الغرب فقد كان آدم سميث أول من دعا إلى الخوصصة، حيث ذهب في عام 1776، لتدعيم فكرة الإعتماد على قوى السوق، والمبادرة الفردية، وذلك من أجل التخصص وتقسيم العمل وبالتالي تحقيق الكفاءة الاقتصادية. وفي ضوء هذه الأفكار ظهر الاقتراح المؤيد للخوصصة من جيمى بنثام في كتابه بانوبيتكون عام 1791 بإسناد السجون إلى الخواص بواسطة العقود، وقد أثر هذا الاقتراح على تصميم مباني السجون وإدارتها².

هذه المرحلة لم تقتصر على هذه المقترحات بل سبقتها أول عملية للخوصصة في العالم وكانت بالولايات المتحدة الأمريكية عندما سمحت بلدية نيويورك لشركة خاصة للقيام بأعمال النظافة لشوارع المدينة عام 1676 في حين أنها كانت تعد من الخدمات العامة التي يضطلع بها مؤسسة حكومية. ومن المؤكد أن هناك الكثير من الحالات والتجارب التي شارك فيها القطاع الخاص الحكومة في تقديم الخدمات العامة في فترات زمنية قديمة، ولكنها تمت قبل بلورة الخوصصة كمنهج أو برنامج حيث تعبر عن منطلقات ايديولوجية سياسية إقتصادية في إعادة توزيع الأدوار بين القطاعين العام والخاص³.

بالنسبة لدول العالم الثالث فإن جانباً من فمفكرها وإقتصادها بات يتساءل عن جدوى الإستمرار في تعظيم دور الدولة إلى الحد الذي أصبحت فيه غير قادرة على ممارسة وظائفها الحيوية التقليدية فضلاً عن وظائفها الإنتاجية خاصة في ظل عجز مزمّن ميزانيتها العامة وركز أنصار الخوصصة على دورها في زيادة مستوى الكفاءة الاقتصادية وتحقيق التنمية التي عجز عن القيام بها القطاع العام⁴.

1 - حازم الببلاوي، دليل الرجل العادي إلى تاريخ الفكر الإقتصادي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، طبعة سنة 1998، ص 33 وما بعدها.

2- ستيف هانكي، ضرورة حقوق الملكية، مؤتمر تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص والتنمية الاقتصادية والذي عقد في واشنطن سنة 1986، ترجمة محمد مصطفى غنيم، دار الشروق، القاهرة، 1990، ص 51.

3- ماجد بن عبد العزيز القهيدان، خصخصة قطاع النقل وإنعكاساتها على الأمن الوطني، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص 37، وكذلك وجيه إبراهيم عبده محمد غنيم، مرجع سابق، ص 13.

4- حسن رمضان حسن، مرجع سابق، ص 19.

نظرا لكثرة العلماء المنادين بالتحول إلى القطاع الخاص فقد ظهرت بالفعل عمليات تحول، نتيجة إخفاق الملكية العامة في تحقيق الأهداف المرجوة منها، ففي مصر إتجه محمد على باشا عام 1836، تحت ضغط الأزمة الاقتصادية الدولية والضغط البريطاني إلى تخفيض الإنفاق الحكومي، وكانت إحدى وسائل هذا التخفيض هومنح ضباط الجيش وكبار رجال الدولة ضياعا (مزارع) خاصة بدلا من رواتبهم ومعاشاتهم وهوما يمثل ردة على نظام الإحتكار والذي تحولت بموجبه مصر إلى مزرعة حكومية شاسعة تحت الإدارة المباشرة للجهاز الحكومي¹.

رغم تسجيل بعض عمليات الخصخصة، إلا أنها لا تتعدى مرحلة الإجراء الشكلي حيث أنها تمثلت في مجرد الميول والإقتراحات أو إسناد المشروعات العامة إلى إدارات خاصة مع الإحتفاظ بملكيتها العامة بالإضافة إلى وجود حالات تم خصصتها بالفعل ثم رجعت الحكومة إلى تأميمها مرة أخرى.²

وهذه دلالة واضحة على أن عمليات الخصخصة خلال هذه المرحلة كانت تفتقد إلى الإعداد والدراسة، حيث كانت الخصخصة قبل سبعينات القرن الماضي لا ترق إلى التعبير عن جهد مدروس لتخفيض حجم ونطاق النشاط الحكومي، بل غالبا ما كان نقل مشروع مملوك للدولة إلى القطاع الخاص مصحوبا بإنشاء مشروعات جديدة مملوكة للدولة، غير أن الخصخصة بعد سبعينات القرن الماضي فقد إتسمت بقواعد خاصة.

ويرجع ظهور الخصخصة كسياسة إقتصادية رئيسية منذ نهاية السبعينات إلى إجتماع عدة عوامل عديدة منها إنتخاب عدد حكومات غربية³ ترى أن السوق هي الإدارة الرئيسية لتحقيق الأهداف الإقتصادية وهي وسيلة التغلب على المصاعب الهيكلية العارضة التي واجهها الإقتصاد الغربي في تلك

1 - فوزي منصور، بحث منشور باللغة الإنجليزية تحت عنوان " مأزق العالم العربي " دراسة تحليلية سنة 1990، ترجمة ظريف عبد الله وكمال السيد، مكتبة مدبولي القاهرة سنة 1993، ص4.

2- تم خصخصة شركة الحديد والصلب البريطانية سنة 1953، وتم إعادة تأميمها مرة أخرى في الستينات بواسطة الحكومة البريطانية، امل صديق عفيفي، الخصخصة في مصر، ص 21.

3 - إنتخاب مارجريت تاتشر في بريطانيا ورونالد ريغان في الولايات المتحدة الأمريكية و جاك شيراك في فرنسا.

الفترة، والنظر إلى القطاع العام على أنه عقبة في مواجهة نجاح سياسات التصحيح الضرورية لمواجهة المشاكل المترتبة على عجز الميزانية خاصة بعد الأزمة المترتبة على زيادة اسعار البيترول¹.

الفرع الثاني : تطور فكرة الخوصصة في إنجلترا وفرنسا

في سبعينات وثمانينات القرن الماضي، وفي ضوء صعود تيار المحافظين إلى سدة الحكومات في بريطانيا والولايات المتحدة على الصعيد السياسي، وتدني مستويات النمو الإقتصادي وتفشي التضخم، والتذمر من مستوى الخدمات العامة في العديد من دول العالم. فقد برز ما يسمى بتوافق واشنطن الذي جمع بين مجموعة سياسات، أهمها تحرير الإقتصاد وضبط الإنفاق الحكومي، والخوصصة².

يرتبط ظهور مصطلح الخوصصة أو الخصخصة بمارغريت تاتشر وحكومتها في إنجلترا في نهاية عام 1989³، نظرا لإلتزاماتها التي قدمتها بتحويل المشروعات المملوكة للدولة إلى القطاع الخاص وبالتحديد تحويلها إلى أسهم وأنصبة خاصة⁴، وقد كانت البداية من أروقة حزب المحافظين البريطاني عام 1970، عندما إرتفعت نعمة السياسات الإقتصادية التشريعية في أدبيات الساسة البريطانيين.

1- أحمد جمال الدين موسى، الآثار الإقتصادية والقانونية والإجتماعية المترتبة على خصخصة وحدات القطاع العام، -دراسة نظرية وتطبيقية على الواقع المصري، مطبعة جامعة المنصورة، مصر، 2004، ص 18.

2 - رفعت لقوشة، قراءة في إستراتيجية حركة الخصخصة، بحوث الندوة الفكرية التي نظمها المركز الوطني للدراسات والتحليل الخاصة بالتخطيط الموسوم بعنوان " الإصلاحات الاقتصادية وسياسات الخوصصة في البلدان العربية "، بالجزائر ، نشرها مركز دراسات الوحدة العربية ، فيفري 2005 ، ص 151.

3 - و إذا كانت تاتشر هي أول من طبقت عمليا سياسة الخوصصة، إلا أن الفضل في إستعمال مصطلح الخصخصة في الكتابات، يرجع إلى الأمريكي بيتر داركر، حيث إستعلمه أولا في كتاباته المتعلقة بالخدمات البلدية، وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009 ص 103. كذلك ماجد بن عبد العزيز القهيدان، خصخصة قطاع النقل وإنعكاساتها على الامن الوطني، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص 38.

4- محمد فتوح محمد عثمان، الخصخصة في الدول الليبرالية وأثرها على مفهوم القانون العام، مجلة العلوم الإدارية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية، السنة السابعة والثلاثون، العدد الأول، يونيو 1995، ص 9.

وفي عام 1971، بدأ المحافظون يعدون مسودة برنامج الخصخصة حيث نبه RHODES Boyson¹ الأنظار إلى فشل السيطرة الحكومية على الصناعات والحاجة إلى العودة لإطار تنافسي وضرورة توسيع قاعدة ملكية الأسهم قدر الإمكان، وبيع النشاطات الثانوية عن طريق المزاد العلني لمن يقدم أفضل العروض، وفي عام 1972 ظهرت دراسة _ المركز السياسي للمحافظين _ التي تؤكد على التأميمات لم تعد صالحة سوى لعدد قليل من الإحتكارات، وفي عام 1973 أعلن أحد الكتاب المستقلين، أن فكرة المجتمعية تعد خرافة؛ وأنه لم يعد هناك مبرر للنغمة العالية التي ترتفع أحيانا عن طريق أولئك الذين يرغبون أن يتم تقديم خدمات الرعاية الصحية والتأمين، وفي بعض الحالات الإسكان عن طريق الدولة. ومن هنا رفع المحافظون عام 1979 " شعار الخصخصة " للوصول إلى منصة الحكم لتشهد الخصخصة أحد أهم تطبيقاتها في بريطانيا في القرن العشرين.

ومع بداية عقد الثمانينات لم يبق إلا القليل جدا من البريطانيين الذين كانوا يرون أن القطاع العام يحقق بالفعل مصالح المجتمع، فلقد ضاق مديروه ذرعا بالتدخل الحكومي في شؤونه، وأظهرت التجربة أن الإعتبارات السياسية والإنتخابية كانت الأكثر تأثيرا على علاقة الحكومة بالقطاع العام، وشيئا فشيئا تحول مديروا القطاع العام إلى قوة سياسية وشكلوا طبقة لها وزنها واصبت فكرة بيع القطاع العام للقطاع الخاص، أي الخصخصة تروق لهم كثيرا، فهم أول المستفيدين وأكثر المستعدين، فعنده سوف تمتزج الملكية الخاصة بالخبرة في إدارة هذه المشروعات، ولكن مع المزيد من الإستقلالية².

وهكذا إتفق المعارضون للقطاع العام مع مؤيديه على ضرورة فتح الباب على مصراعيه أمام برنامج التحول إلى الملكية الخاصة وليعمل القطاع العام في إطار نظام السوق الحرة، ولتبعث فيه الصحة والحيوية³.

1 - رودس بويسون هو عضو برلمان بريطاني وينتمي إلى حزب المحافظين، نال شهادة الدكتوراه في الإقتصاد سنة 1967 من جامعة لندن https://en.wikipedia.org/wiki/Rhodes_Boyson

2 - زكي إمام عبد اللا، أثر تطبيق سياسات، الخصخصة على المرفق العام الإقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2006، ص 52.

3 - محمد رياض الأبرش، نبيل مروزق، الخصخصة أفاقها وأبعادها، دار الفكر ، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية ، 2002، ص 15.

اما في فرنسا فقد بدأت الخوصصة كسياسة إقتصادية يحيطها إطار قانوني منذ أوائل الثمانينات، وتعد من أوئل الدول التي أخذت بهذه السياسة ونفذتها، وتبعتها دول كثيرة - متقدمة ونامية-، وقد ترتب على هذه الظاهرة ؛ الحاجة إلى وضع ضوابط قانونية لحماية الإقتصاد الوطني من نشوء الإحتكارات وسيطرة الأجانب وتوزيع عادل بين أبناء الوطن لمقدرته الإقتصادية وان معيار الكفاءة والقدرة على الإستثمار وفرض الإرادة على السوق ففي ظل منافسة مشروعة هي وسيلة التحكم، حيث لا تتدخل الدولة إلا بقصد التوجه بما يتفق مع سياستها الإقتصادية والإجتماعية.

وقد صاغ المشرع الفرنسي إطارا تشريعيًا محكما لبرنامج الخوصصة، يضمن نهضة المشروعات العامة من سباتها، لتطوير أدائها لخدمة الإقتصاد الوطني، وكانت البداية من خلال الإتجاه نحو الإلغاء المستتر للتأميم.

ومنذ نهاية الحرب العالمية الأولى، إتجهت فرنسا نحو سياسة تدخل الدولة في النشاط الإقتصادي، منافسة للأفراد وتعاضم دور القطاع العام فيها بعد الحرب العالمية الثانية، وكانت الدولة تسيطر على نشاط الطاقة والنقل والتأمينات، وبلغ القطاع العام ذروته بصدر قانون 11 فبراير سنة 1982، الأمر الذي هيا الرأي العام الفرنسي لنقد سياسة الدولة في هيمنتها على الإقتصاد الوطني، وتدخلها المتزايد في النشاط الإقتصادي الخاص؛ وبخاصة بعد ظهور الوثائق الرسمية التي تشير إلى عجز شركات القطاع العام. وهي وثائق صادرة من ديوان المحاسبات، وتقارير اللجنة المالية الخاصة بمجلس الشيوخ¹، حيث أثبتت عجز القطاع العام عن مواكبة التطور، ومنافسة المشروعات الخاصة في دول السوق الأوروبية المشتركة بل زيادة خسائره²، وكثرة إستثناءاته.

الأمر الذي حدا بالقائمين على سياسة الدولة ضرورة التدخل لمجابهة الأفكار التي تهدد القطاع العام، فأصدر المشرع الفرنسي القانون رقم لسنة 1983 الصادر بتاريخ 03 يناير 1983 بشأن

1 - ففي عام 1985 كان القطاع العام الفرنسي يضم نحو ثلاثة آلاف مشروع يعمل بما حوالي مليون عامل، وهذا الحجم يمثل أضعاف حجم القطاع خلال هذه الحقبة في كل من السويد اليابان والمانيا الإتحادية.

Michel DURUPTY , les privatisations en France ,documentation française ,1988, p 5

2 - فقد بلغت خسائر القطاع العام الصناعي 62 مليار فرنك فرنسي في الفترة 1981 حتى 1985. زكي إمام عبد اللا، أثر تطبيق سياسات، الخصخصة على المرفق العام إقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الرقازيق، مصر، 2006، ص 53.

الإدخار الخاص، وأنشأ بموجبه السندات المشتركة وشهادات الإستثمار، والإستعانة بمساهمات رؤوس الأموال الخاصة، ثم إتجهت الحكومة الفرنسية نحو سياسة الإصلاح الإقتصادي، ببيع فروع بعض الشركات وإستخدام حصيلتها في إصلاح هياكل الشركات الخاسرة، بما في ذلك إلغاء التأمين جزئياً، غير أن هذا الأسلوب تعارض مع نص المادة الرابعة والثلاثين من الدستور الفرنسي، والتي تنص على " يحدد القانون القواعد المتعلقة بتأميم المشروعات، ونقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص " الأمر الذي أوجب تدخل المشرع الفرنسي من أجل حماية مبدأ الشرعية¹.

وقد بدأت المرحلة الأولى للخصوصية في فرنسا في نوفمبر 1986، وبعد ثمانية شهور فقط من انتخاب برلمان يسيطر عليه المحافظون وشملت المشروعات بيعاً عاماً لخمسين في المائة من الأسهم " سان جوبال " وهي مجموعة لإنتاج الدجاج ومواد خاصة مملوكة للحكومة، ومما يلفت النظر أنه عند إفتتاح التعامل التجاري في البورصة بعد شهر من العرض كان سعر الأسهم قد إرتفع بنسبة 18 % عن السعر الذي عرضت به، وكانت الخطوة الأولى التي إتخذها " جاك شيراك " رئيس وزراء هي إستبدال رؤساء أكثر من 12 بنكا وشركة مملوكة للدولة بأشخاص يتعاطفون مع القطاع الخاص، مما أثار إنتقادات حادة، ولكن إكتسبت كل برامج إلغاء التأمينات في أنحاء البلاد قوة دافعة، وقد إستهدفت عدة مؤسسات هامة، شركة التأمين الحكومية " أسورانس جينرال دي فرانس " Assurance général de France، والشركة العامة للتركيبات التليفونية وهي شركة الإتصالات السلكية واللاسلكية المملوكة للدولة التي تورد إحتياجات القطاع العام و25 % من إحتياجات القطاع الخاص من معدات الإتصال السلكي واللاسلكي وقد كانت تعاني عجزاً سنوياً².

ومن مظاهر التدخل صدور عدة تشريعات أهمها، قانون 06 أغسطس سنة 1986 المتعلق بطرق تطبيق الخصوصية، والمراسيم التطبيقية رقم 86-1140، و86-141 الصادرين في 24 و25 تشرين الأول (أكتوبر) 1986 وأصبح هذا الأساس القانوني يتفق مع الدستور حيث أعلن المجلس الدستوري في

1 - MICHEL DURUPTY , les privatisations en France ,op cit ,1988, p 251-.

2 - محمود السيد عرفات سليمان، أثر الخصخصة على السياسات الضريبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر ، 2009، ص 25،

عدة مناسبات من أن الخوصصة التي نظمها قانون 1986 يتفق مع نص المادة 34 من الدستور¹ التي كانت تشترط صدور قانون لإجراءات هذا التحول وليس قرارا من السلطة التنفيذية، وبصدوره تم تحديد القواعد والإجراءات التنفيذية لسياسة الخوصصة، إلى جانب ذلك صدر من مجلس الدولة الفرنسي عدة قرارات تتماشى مع هذا الطرح منها القرار الصادر عن مجلس شورى الدولة، في المراجعة قضائية رقم 8242682476 بتاريخ في 2 شباط (فبراير) 1987 المتعلق بطلب السيد جوكس (JOXE) والسيد بولون (Bollon) إبطال القرارات وزير الإقتصاد الفرنسي بخوصصة الشركة الوطنية ألف-أكيثف (ELF -AQUITAIVE).

الفرع الثالث : تطور الخوصصة في مصر والجزائر

أما بالنسبة للخوصصة في مصر، فيعد الإهتمام بالخوصصة كأداة للتنمية الإقتصادية ثمرة تطور تاريخي بدءا من صدور القانون 43 لسنة 1973 بشأن إستثمار رأس المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة، وصاحب ذلك الإعلان فلسفة جديدة، رأت هذه الفلسفة ضرورة تفعيل دور القطاع الخاص وأدواته في عملية التنمية.

ولئن ظل هذا التحول في المفاهيم وفي السياسات بطيئا في بدايته، إلا أن هذا التحول قد تسارعت خطواته منذ أوائل التسعينات بإعتباره بديلا مطروحا للخروج من المشكلات التي يعاني منها الإقتصاد المصري.

حيث بدأت الحكومة المصرية بإعداد البنية الأساسية برنامج الخوصصة منذ عام 1991، وقد تمثل ذلك في صدور قانون رقم 203 لسنة 1991 الذي تضمن الأسس والقواعد والإجراءات الخاصة

1 - بعض قرارات صادرة عن المجلس الدستوري منها : القرار رقم 86-207 الصادر في 26 حزيران (يونيو) 1986 المتعلق بدراسة القانون الذي يجيز للحكومة اتخاذ إجراءات مختلفة في الأمور الاقتصادية والاجتماعية، وكذا القرار رقم 87-232 الصادر في 7 كانون الثاني (يناير) 1988، المتعلق بدراسة القانون المتعلق بإنشاء تعاونية الصندوق الوطني للتسليف الزراعي، وكذا القرار رقم 89-254 قرار الصادر في 4 تموز (يوليو) 1989، المتعلق بدراسة القانون الذي عدل القانون رقم 86-912 الصادر في 6 آب (أغسطس) 1986 والمتعلق بكيفية تطبيق الخوصصة.

بإعادة هيكلية وحدات القطاع العام والذي صدر في إعقاب توقيع خطاب النوايا¹ بين الحكومة المصرية وصندوق النقد الدولي سنة 1987 والذي تركز على تحرير الإقتصاد وإتباع نظام السوق الحر. فقد جعل هذا القانون شركات قطاع الأعمال العام وحدات إقتصادية مستقلة ورسم أسلوب إدارتها على نمط شبيه بالشركات الخاصة، وفض الإشتباكات بينها وبين كل من الموازنة العامة والأجهزة الحكومية الأخرى، كما صدر القانون رقم 95 لسنة 1992 لتنظيم سوق المال الذي سيتم في إطاره بيع الشركات، كما صدرت الإجراءات واللوائح المنظمة لعمليات توسيع قاعدة الملكية المرتقبة².

ولقد إتخذت عدد من الدول العربية إجراءات تحويل مشروعات عامة إلى القطاع الخاص كجزء من سياسات إصلاح إقتصادي تشمل تحرير الإقتصاد وتشجيع القطاع الخاص، وتخفيف أعباء تملك الدولة وإدارتها لمشروعات إقتصادية، رغم الجدل الذي ثارته هذه السياسات خلال الثمانينيات إلا أن التجارب المتلاحقة لتطبيقها عالميا جعلتها تمثل تيارا قويا لم يعد هناك جدوى من مقاومته أو الوقوف ضده، وأصبح من الأجدى البحث في كيفية الإستفادة من تجارب هذه الدول لإدارة سياسة الخوصصة على النحو الذي يحقق الغايات النهائية المستهدفة منها³.

اما المشرع الجزائري فقد تناول تعريف الخوصصة من خلال الأمر 95-22 المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية، ثم تلاه التعريف الذي جاء به الأمر 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية وخوصصتها.

بالرجوع إلى المادة الأولى من الأمر 95-22 نجدها تعرف الخوصصة كالتالي { تعني الخوصصة القيام بمعاملة أو معاملات تجارية تتجسد :

1 - عقدت مصر مع صندوق النقد الدولي ثلاثة خطابات نوايا أعوام 1976، 1987، 1978 بهدف تحقيق الإصلاح الإقتصادي، ولكنها باءت بالفشل إلى أن عقدت معه إتفاقية عام 1991.

2 - إضافة إلى بعض النصوص المتعلقة بقوانين الإستثمار مثل رقم رقم 02 لسنة 1992 بتعديل قانون الإستثمار، رقم 8 لسنة 1997 الذي يتضمن ضمانات وحوافز الإستثمار لسنة 11 ماي 1997.

3 - زكي إمام عبد اللا، أثر تطبيق سياسات، الخوصصة على المرفق العام إقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2006، ص 13.

- إما في تحويل ملكية كل الأصول المادية اوالمعنوية في مؤسسة عمومية أوجزة منها، أوكل رأسمالها أوجزة منه لصالح اشخاص طبيعيين أومعنويين تابعين للقانون الخاص.

- وإما في تحويل التسيير مؤسسة عمومية إلى أشخاص طبيعيين اومعنويين تابعين للقانون الخاص، وذلك بواسطة صيغ تعاقدية يجب أن تحدد كيفيات تحويل التسيير وممارسته وشروطه.

أما الأمر 01-04 فقد عرف الخوصصة من خلال المادة 13 منه والتي تنص على ما يلي " يقصد بالخوصصة كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى الأشخاص الطبيعيين أومعنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية، كل المؤسسة اوجزة منه تحوزه الدولة بصفة مباشرة أوغير مباشرة و/ أوالأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون العام، وذلك عن طريق التنازل عن أسهم اوحصص إجتماعية أوإكتتاب للزيادة في رأس المال، - الأصول التي تشكل وحدة إستغلال مستقلة في المؤسسات التابعة للدولة.

ومن خلال مقارنة النصين يتضح أن التعريف الاول قد جمع بين خوصصة الملكية وخوصصة التسيير، في حين إقتصر التعريف الثاني على خوصصة الملكية دون الإشارة إلى خوصصة التسيير بالصيغ التعاقدية

مسار الخوصصة في الجزائر شهدت المؤسسات العمومية الإقتصادية العديد من الإصلاحات، التي صاحبت إنتقالها من الإقتصاد الإشتراكي الموجه إلى إقتصاد حر تحكمه مكايزمات السوق وإباته، فبعد الاسقلال انتهجت الجزائر نظام التسيير الذاتي ثم نظام التسيير الإشتراكي للمؤسسات إبتداءا من سنة 1971 بهدف إشراك العمال في تسيير مؤسساتهم، وامام تفاقم مشاكل التسيير وتضخم حجم المؤسسات ظهرت الحاجة إلى إعادة الهيكلة العضوية والمالية للمؤسسات خلال ثمانيات القرن العشرين، هذه الفترة التي تعد إنطلاقة لإستقلالية المؤسسات ومرحلة التوجه الفعلي نحوإقتصاد السوق والتخلي عن أسلول الإقتصاد الموجه واللجوء إلى الخوصصة بإعتبارها إحدى دعائم الإقتصاد الليبرالي¹.

1 - بقة عبد الحفيظ، الحماية القانونية للعامل في ظل الخوصصة والتسريح الإقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013، ص20.

ويمكن القول أن بوادر الخوصصة بالجزائر ظهرت بصدر قانون 81-01 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية، غير أن الدولة لم تكتف بخوصصة المباني السكنية، والتجارية، والمهنية، التابعة للدولة بل أضافت إليها الأراضي الفلاحية المستصلحة بمقتضى القانون 83-18 المتعلق بالحيازة العقارية، كما أنها سلكت نفس النهج، عندما إستحدثت ما يسمى بعقد الشهرة، والذي يعد هو الآخر إطار قانوني جديد لتوسيع الملكية الخاصة¹. وفي سنة 1986 تم تعديله بموجب القانون 86_03 الذي وسع دائرة التنازل لتشمل العقارية التي دخلت في الإستغلال إبتداءً من 1981، وجاءت هذه الخطوة متبوعة في المجال الزراعي العمومي الذي تم على أساسه تفكيك المؤسسات الزراعية المسيرة ذاتيا إلى مستثمرات جماعية وفردية، وكذا توزيع الأراضي التي كانت تابعة لممتلكات الثورة الزراعية على هذا الأساس، ثم توسعت الخوصصة لتشمل قطاع المحروقات - وبصفة غير مقننة - وإستمره العملية بوتيرة سريعة بحجة تسوية الدين الخارجي، فأبرمت مؤسسة سوناطراك عشرات العقود مع شركات أجنبية تتعلق بالإمتياز في مجال البحث والتنقيب مع إقتسام الإنتاج فيؤ حالة الإكتشاف والإستغلال².

وتعتبر سنة 1988 سنة الإصلاحات الإقتصادية، حيث شهدت صدور عدة قوانين، أهمها القانون 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية³، والقانون 88-02 المتعلق بالتخطيط، والقانون 88-03 المتعلق بصناديق المساهمة، والقانون 88-04 المعدل المتمم للأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري، والذي يحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الإقتصادية.

وبعد مرور سنة صدر دستور 23 فيفيري 1989، الذي تحمل بعض نصوصه بوادر التحول نحو الإقتصاد الحر.

1 - عجة جيلالي، قانون المؤسسات العمومية الإقتصادية، دار الخلدونية، ص 374،

2 - عجة جيلالي، المرجع السابق، ص 374،

3 - القانون 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، جريدة الرسمية رقم 2 المؤرخة في 13 يناير 1988 ص 30 وما بعدها.

وإذا كانت فترة الثمانينات قد تميزت بظهور قوانين الإصلاحات الإقتصادية والتوجه نحوالخصوصية، فإن فترة التسعينات قد شهدت وضع أطراوإليات الخصوصية، حيث صدر قانون النقد والقرض 90-10¹ الذي نص على إستقلالية البنك المركزي وإنشاء السوق المالى وتفعيل العلاقة بين البنوك التجارية والمؤسسات الإقتصادية، وكذا القانون 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة².

وقد شكلت هذه الفترة مرحلة الشروع الفعلي في عملية الخصوصية بوضع الأطر القانونية وتحديد إليات تنفيذها، حيث سمح قانون المالية لسنة 1994 لأول مرة بيع المؤسسات العمومية والتنازل عن أصولها وفتح رأسمالها للمساهمين الخواص وحتى الحجز على أموالها، وهو ما يعرف بالخصوصية الجزئية، حيث ساهم الخواص في رأسمالها في حدود 49 % ليتم تجاوز هذه النسبة بصدور الأمر 95-22 المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، ودخلت عملية حل المؤسسات وخصوصيتها ودخولها حيز التنفيذ مع نهاية 1996 بإنشاء شركات جهوية قابضة التي عوضت صناديق المساهمة المنحلة، بناء على الأمر 95-25 المتعلق بكيفية تسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة³.

وبفشل صناديق المساهمة في تحقيق النجاعة الإقتصادية أصبح لزاما على الدولة التفكير في إصلاحات أعمق تجسدت من خلال تحويل الأسهم أو سندات المساهمات والقيم التي كانت تحوزها هذه الصناديق إلى الشركات القابضة، قصد تسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة وإدارتها وتنظيمها في شكل شركات كساهمة، وذلك بموجب الأمر 95-22⁴

وبجول سنة 1998 وصل عدد المؤسسات المخصوصة إلى 800 مؤسسة، ومع نهاية سنة 1997 تم إعتداد برنامج يقضي بخصوصية 250 مؤسسة عمومية كبرى خلال سنتي 1998 - 1999، وبجول 2001 صدر الأمر 01-04 المتضمن تنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخصوصيتها. لتتوسع الخصوصية لتشمل كافة مجالات النشاط الإقتصادي.

1 _ القانون 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض الجريدة الرسمية رقم سنة 1990.

2 - القانون 93-10 المؤرخ في 1993.. المتعلق ببورصة القيم المنقولة

3 - الأمر 95-25 المتعلق بكيفية تسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة

4 - بقعة عبد الحفيظ، الحماية القانونية للعامل في ظل الخصوصية والتسريح الإقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر بباتنة، 2013، ص26.

المطلب الثاني تعريف خصوصية المرافق العامة الإدارية

لقد إزداد دور الحكومات في النشاط الإقتصادي في البلدان الصناعية منذ أواخر الحرب العالمية الثانية، وعلى الرغم من تلك الإنجازات، فإن مساهمة القطاع العام في عملية التنمية والتطوير وبحسب ما تبينه دراسات البنك الدولي، كانت دون المستوى المتوقع، الأمر الذي دفع العديد من البلدان المتقدمة والنامية إلى إعادة النظر في دور الدولة في الحياة الإقتصادية. فإتجهت الأنظار نحو ظاهرة الخصخصة التي زاد الإهتمام بها في أعقاب تدهور الأوضاع الإقتصادية الدولية في الثمانينات من القرن الماضي¹.

وإن الخصخصة موضوع يثير الكثير من الجدل، يصل إلى درجة العنف في بعض الأحيان، غير أن هذه الدراسة تنطلق من منضور خارج الإنحياز إلى النيوايبرالية التي تقول أن كل شيء في أيدي الدولة مردود، وليس له فعالية، أو العقيدة المعاكسة التي تقول إن كل شيء في أيدي القطاع الخاص لا يمكن أن ينجح في خدمة الناس بشكل عام².

يستخدم الباحثون عدة مصطلحات للدلالة على عملية الخصخصة³ privatisation - إن كلمة privatization في اللغة الإنجليزية، هي إسم مشتق من الصفة privat ومعناها " الخاص" لذلك نلاحظ أن معظم الترجمات العربية مشتقة من كلمة خاص كالخصخصة والخصخصة⁴ ولعل هذين

1- وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009 ص 03.

2 - جورج قرم، الخصخصة وتحديات التنمية المستدامة، بحوث ومناقشات الحلقة النقاشية التي أقامتها المنظمة العربية لمكافحة الفساد، بيروت، تموز يوليو، 2010، ص 15.، و الإشارة أن جورج قرم هو وزير المالية سابق، لبنان، عضو مجلسي الأمناء والإدارة في المنظمة العربية لمكافحة الفساد.

3 - يرى علماء اللغة في تحديد المعنى المصدري للإحداث، إستخدام صيغتي التفعيل والفعلة، والصيغة الأولى كالتعميم والتخصيص، على وزن تفعيل، أما الصيغة الثانية بوزن فعلة، كالخصخصة وعلى ذلك فإن الإصطلاحين : التخصيص والخصخصة، صحيحان من الناحية اللغوية. أحمد محمد محرز، النظام القانوني لتحويل القطاع العام إلى القطاع الخاص - الخصخصة -، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2009، ص 5.

4 - محمد فتوح محمد عثمان، الخصخصة في الدول الليبرالية وأثرها على مفهوم القانون العام، مجلة العلوم الإدارية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية، مصر، السنة السابعة والثلاثون، العدد الأول، يونيو 1995، ص 9.

المصطلحين هو أكثر الإصطلاحات شيوعاً في الإستخدام. غير أن مصطلح الخوصصة تأخر في الظهور، حيث ظهر أول مرة في الطبعة التاسعة لمعجم ويب شارس نيوكوليجيت سنة 1983¹.

وظهرت الخوصصة² كمصطلح للتعبير عن حركات التحول إلى القطاع الخاص منذ عام 1968 مع هذا لا يوجد مفهوم دولي متفق عليه لكلمة الخوصصة بل تعددت وإختلفت المفاهيم³، تبيانت اراء الفقهاء⁴ في تحديد معنى الخوصصة، فمنهم من ذهب الى أنها العملية التي يتم من خلالها نقل ملكية او ادارة المرافق العلمية او الصناعية او التجارية الى القطاع الخاص مع إجراء الإصلاحات القانونية والاقتصادية اللازمة لذلك من أجل تحقيق أهداف محددة بواسطة القطاع الخاص⁵، تبعاً لتعدد مجالات تنفيذ هذه السياسة وإلى تعدد اساليبها، وبالتالي فإن التعريف يتسع ويضيق بقدر شموله لهذه الأساليب أو تلك نظراً للأبعاد المتداخلة لهذا المصطلح سواء كانت هذه الأبعاد سياسية أو اقتصادية أو إجتماعية.

وقد أعطى المجلس الدستوري في فرنسا تكريساً لفكرة التمييز بين الخوصصة وتغيير الشكل القانوني للمشروع " فقد قرر المجلس أنه لا يعتبر من قبيل الخوصصة ما تضمنه القانون 660 لسنة 1996 من تحويل مشروع فرنسا للإتصالات France Telecom من شخص معنوي عام إلى شركة مساهمة،

1 - عجة الجيلالي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من الإشتراكية التسيير على الخوصصة، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 357.

2 - كذلك، إستخدمت كلمات وتعابير أخرى للدلالة على هذه العملية إذ يستخدم البعض كلمة "الأهنة" للدلالة على هذه العملية، كما أن بعض الدول استخدمت مصطلحات أخرى للدلالة على هذه العملية فعلى سبيل المثال إستخدمت تونس تعبير خروج الدولة من الإقتصاد والتفويت إستخدمت الشيلي وسريلانكا تعبير الرأسمالية الشعبية وإستخدمت كوستاريكا وجمايكا تعبير الديمقراطية الاقتصادية. مهند إبراهيم علي فندي الجبوري، النظام القانوني للتحول إلى القطاع الخاص " الخصخصة " دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص ص : 18-19.

3- وقد إتجه البعض إلى إستخدام تعبيرات غامضة غير مستساغة من بينها الإستخصاص، التخصصية، الخاصخصة والإخصاص والمخاصة والتخاصية والتخصوص والتخوص وهي كلمات ومصطلحات ناشئة عن كلمة خاص. وقد لجأ البعض إلى كلمات ومصطلحات أكثر غرابة كان من بينها البريفتة، الإنفرادية، التفويت. محسن أحمد الحضيبي، الخصخصة منهج إقتصادي متكامل لإدارة عمليات التحول إلى القطاع الخاص على مستوى الإقتصاد القومي، والوحدة الاقتصادية مكتبة الأنجلوا المصرية، القاهرة، طبعة سنة 1993، ص 18.

4- عبده محمد فاضل الربيعي، الخصخصة وأثرها على التنمية بالدول النامية، الطبعة الأولى، مكتبة مدبولي، القاهرة، 2004، ص 121.

5- عبد العزيز الصالح، إدارة عمليات الخصخصة وأثارها في إقتصاديات الوطن العربي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 1.

تملك الدولة فيها مباشرة أكثر من نصف رأس المال، وذلك رغبة للإستجابة المنافسة في قطاع الإتصالات.

الفرع الأول: المفهوم الضيق للخصوصية

يقصد بالخصوصية، بالمعنى الضيق للكلمة، عملية إتفاقية يتم بمقتضاها نقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص، ومن هذا التعريف يتضح ان الخصوصية تعني اولاً نقل ملكية المشروعات العامة¹، كما أنها تتميز ثانياً بأنها عملية إتفاقية مع القطاع الخاص.

ويرى البعض أن الخصوصية تعني نقل ملكية المشروعات العامة إلى القطاع الخاص وفي ظل هذا المفهوم يكتفي البعض ببيع أغلبية بسيطة من أسهم المشروع العام للقطاع الخاص، في حين يشير تعريف آخر إلا أن خصوصية المشروعات العامة بالمعنى الدقيق يقصد به تحويل المشروع على نحو حاسم من القطاع العام إلى القطاع الخاص في شكل تنازل عن الأسهم أو الأصول أو تنازل عن السيطرة أو الإدارة².

ومنهم من عرف الخصوصية على أساس أنها عكس التأميم فإذا كان التأميم يعني تحويل الملكية الخاصة إلى الملكية العامة عن طريق إستبعاد رأس المال وذلك على إعتبار أن معظم المشروعات التي دخلت برنامج الخصوصية في مصر وفرنسا هي ذات المشروعات التي سبق تأميمها من قبل³.

يرى بعض الفقه أن الخصوصية تعني بمفهومها الضيق نقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وتعني كذلك إنتقال النشاط أو القطاع من الرقابة أو الملكية العامة إلى القطاع الخاص⁴. ولقد عرف

1 - إن الخصوصية الكلية تعني نقل ملكية المشروعات العامة إلى القطاع الخاص ويتحقق ذلك في الحالتين الآتيتين: الحالة الأولى: أن تفقد الأشخاص العامة، وفي مقدمتها الدول، أو أي أشخاص تابعة للقطاع العام، أغلبية رأس مال إحدى الشركات، ومن تطبيقات هذه الحالة إمكانية زيادة رأس مال المشروع العام، مع تخلي الدولة عن الإكتتاب في هذه الزيادة وترك الإكتتاب فيها للأفراد، وهو أمر يؤدي إلى أن تفقد الدولة أغلبية رأس المال في المشروع، الحالة الثانية: التنازل إلى القطاع الخاص عن مجموع الأصول التي يمكن أن تكون محلاً لإستغلال مستقل ومن تطبيقاً هذه الحالة بيع أصول المشروع بالإتفاق المباشر.

2 - الحسن محمد محمد سباق، أثر الخصوصية على حقوق العمال، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2006، ص 34.

3 - مهدي إسماعيل الجراف، الجوانب القانونية للخصخصة، مجلة الحقوق، السنة التاسعة عشر، العدد الرابع، الكويت، ديسمبر، 1995، ص 291. و الحسن محمد محمد سباق، المرجع السابق، ص 34.

4- أونيس، الخصخصة: المفهوم، الأساليب، التحديات، التجارب، حالة الجزائر، مؤتمر تحديات التنمية وتحديث الإدارة في الوطن العربي، طرابلس، ليبيا، 15-17 مارس 2004، ص 8.

التحول إلى القطاع الخاص بأنه تقليص لدور الدولة في الإقتصاد ومن الواضح أن هذا التعريف يركز على حقيقة إن التحول إلى القطاع الخاص هو وسيلة لدعم القطاع الخاص وتقليص دور القطاع العام¹.

وبعني مصطلح الخوصصة كذلك في بعض التعريفات بيع المشروعات التي تملكها الدولة للقطاع الخاص أو إعادة توجيه الإقتصاد الوطني بكيفية تسمح لقوى السوق أن تؤدي دورها وتطرح تأثيراتها، كما ينصرف المضمون الضيق للخوصصة عند البعض إلى نقل ملكية المنشآت كليا أو جزئيا من يد القطاع العام إلى يد القطاع الخاص " أو " نقل ملكية أو إدارة نشاط إقتصادي ما إما جزئيا أو كليا إلى القطاع الخاص².

كما ان هناك تعريفات طرحتها الأدبيات المعاصرة منها تعريف البنك الدولي " بأنها زيادة مشاركة القطاع الخاص في إدارة الأنشطة والأصول التي تسيطر عليها الحكومة أو تملكها ".

ومن الملاحظ ان التعريفات السابقة هي الأخرى قصرت مفهوم الخوصصة على مجرد ملكية المشروعات العامة إلى القطاع الخاص أو تحويل الإدارة فقط دون الملكية ولم تراعي الإعتبارات السياسية والإقتصادية والإجتماعية لتبنى هذه السياسة.

الفرع الثاني : التعريف الواسع للخوصصة

أن هذا المعنى يقوم على اساس تخلي الدولة عن بعض الوظائف والأنشطة للقطاع الخاص سواء عن طريق الإعتماد على إليات السوق في إدارة وتشغيل المشروعات العامة والتخلص من المركزية والبيروقراطية أو تأجير معدات الإنتاج التي يمتلكها القطاع العام إلى القطاع الخاص مع حفاظ الدولة بملكيتها للمشروعات أو لتلك الوحدات.

كما يشمل أيضا الإعتماد في إشباع الحاجات الإجتماعية على القطاع الخاص أو تحويل ونقل ملكية المشروعات إلى الملكية الخاصة عن طريق بيع أصول هذه المشروعات وفي ضوء هذه المعاني جاءت

1- مهند إبراهيم علي فندي الجبوري، النظام القانوني للتحول إلى القطاع الخاص " المخصصة " دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 20.

2 - وجيه إبراهيم عبده محمد غنيم، أثر الخصخصة على النظام الضريبي في ظل النظم المالية المقارنة، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، 2011، ص 20.

بعض تعريفات الخصخصة خالية من مضمون محدد وثابت لجوهر هذه السياسة وفيما يلي بعض تعريفات الخصخصة بالمفهوم الواسع.

المعنى الواسع للخصخصة يشمل كافة إجراءات التحرر الإقتصادي، فهي عبارة عن قرار الإدارة العامة بهجر نشاط إقتصادي لمصلحة القطاع الخاص¹.

الخصخصة : عبارة عن سياسة متكاملة تستهدف إدارة الإقتصاد الوطني بكفاءة اعلى وبنفعالية أكبر من خلال إليات السوق ومبادرات القطاع الخاص والمنافسة من أجل تحقيق التنمية والعدالة الإجتماعية²

وتم تعريفها أيضا بانها " تحرير كل الأنشطة الإقتصادية التي كانت وفقا على القطاع العام الحكومي، بحيث يتم التخلص من القيود والعوائق القانونية الإدارية التي تحد من المبادرات الخاصة في نطاق هذه الأنشطة، الأمر الذي يعلي من شأن المنافسة الحرة ويقضي على المظاهر الإحتكارية "

كما يمكن تعريف هذه الظاهرة التي أصبحت موضوعا رئيسيا يتم تناوله في معظم دول العالم بأنها تعني تحويل عدد كبير من القطاعات الإجتماعية والإقتصادية، والتي لا ترتبط بالسياسة العليا للدولة إلى القطاع الخاص فنشاط الدولة في مفهومه الحديث يهتم بالمسائل الكبيرة كالقضايا السياسية والإدارية الأمنية والإقتصادية والإجتماعية التي ترتبط بسياستها، اما المسائل الأخرى من إقتصادية واجتماعية وحياتية، فهي تؤمن من القطاع الخاص في إطار القوانين والأنظمة التي تضعها الدولة وتنظم من خلالها عمل القطاع الخاص³.

ويوجد مدخل آخر للخصخصة فهي " عبارة عن تشجيع الإدارة الخاصة للمرافق العامة مع الإحتفاظ بملكيتها للقطاع الحكومي لاسيما عن طريق عقود الإمتياز والتأجير والإدارة المحددة المدة

1 - صابر زكي إمام ، دكتوراه بعنوان " أثر تطبيق سياسات الخصخصة على المرفق العام الإقتصادي، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2006، ص 40.

2- صديق محمد عفيفي، التخصيصية و الإصلاح الإقتصادي المصري، كراسات إستراتيجية "، مركز الدراسات السياسية بالأهرام، سبتمبر 1991، ص 05.

3 - إسماعيل صعصاع البديري، فكرة التخصيصية في المرافق العامة، مجلة بابل، المجلد 14، العدد 2، 2007، ص 184، 185.

"فالخصوصية بهذا المعنى لا تعدوان تكون عملية بحث عن دور جديد للدولة في إطار علاقة الحكومة بالقطاع الخاص لكن في النهاية لابد من تحديد مضمون ثابت ومحدد لجوهر هذه السياسة يتفق مع اهداف الدولة السياسية والإقتصادية والإجتماعية¹.

ويرى آخرون أنها العملية التي تتمثل في زيادة كفاءة إدارة وتشغيل المرافق والمشروعات العامة من خلال الإعتماد على إلتات السوق والتخلص من المركزية وهو ما يعني ان الخصوصية هنا تنصرف إلى إدارة المرافق والمشروعات وفقا لعقود الإدارة من القطاع الخاص على أن تحتفظ الدولة بملكيتها للمشروعات والمرافق العامة².

ومن هذا المنطق يمكن تعريفها على الوجه التالي : بأنها " سياسة تقوم بها الدول لنقل المشروعات العامة إلى القطاع الخاص يحكمها إطار قانوني منظم بغرض تحقيق أهدافها السياسية والإقتصادية والإجتماعية على أن يكون لها دور رقابي لمعالجة الآثار السلبية الناتجة عن هذه السياسة "، وتعتبر الخصوصية كذلك منهجا وأسلوبا تعتمد عليه الدول للتخلص من مشاكل البطالة والتضخم والخروج من الأزمات التي باتت تشكل تحديا خطيرا على كافة الأصعدة الإقتصادية والإجتماعية والسياسية لهذه الدول³.

الفقهاء مختلفون على كل شيء بما في ذلك التعاريف الأساسية للمتغيرات الإقتصادية، وهذا ينطبق على الخصوصية، فمن الكتاب من يرى أن الخصوصية تعني تقديم سوق اكبر يتسم بدرجة أعلى من الرشادة والمنافسة في مجال الأنشطة الإقتصادية⁴، وهناك من يرى أن الخصوصية عبارة عن مبادرات تهدف لخفض نشاط القطاع العام، وتقليص مجاله في الإدارة أوفي مجال ملكية الدولة كليا اوجزئيا⁵.

1 - وجيه إبراهيم عبده محمد غنيم، مرجع سبق ذكره، ص 22

2- عبده محمد فاضل الربيعي، الخصخصة واثرها على التنمية بالدول النامية، مصدر سابق، ص 121.

3 - وجيه إبراهيم عبده محمد غنيم، المرجع السابق، ص 24

4 - امانى قنديل، القطاع الخاص والسياسات العامة في مصر، القاهرة، مركز البحوث السياسية، 1989، ص12. صابر زكي إمام عبد اللان المرجع السابق، ص 40.

5 - إعاد حمود القيسي، الخصخصة ونظامها القانوني، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، الإدارة العامة لشرطة دبي، السنة التاسعة، العدد الول، يناير 2001، ص 285.

وهناك منهم من يرى أن الخصخصة تعني الإفتتاح نحو اقتصاد السوق ومواكبة النظام العالمي الجديد وذلك بإعطاء فرصة لنمو القطاع الخاص في الأنشطة الاقتصادية للدولة ليحل محل القطاع العام في مجالات عدة، وخاصة تلك التي تعتمد على آلية السوق، ضمن إطار تحويل مشروعات خاصى تتلاءم والتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والإدارية في ذلك البلد.

ولهذا فإن المفهوم الاقتصادي للخصخصة يبقى مربوطا بما ستتبعه الدولة من خطوات التنفيذية في برنامجها الاقتصادي الكلي او الجزئي، ومهما يكن فإن هذا المفهوم لا يخرج عن كونه تحويل بعض المؤسسات العامة المرشحة للخصخصة إلى المشروعات الخاصة لإعتبرات إستراتيجية وأمنية أو وطنية يتوقع تحويلها وتحسين أدائها في ظل إدارة الملكية الخاصة¹.

كما يرى البعض الآخر أن الخصخصة تعني إشراك القطاع الخاص في عمليات إنتاج وتوصيل وتوفير الخدمات العامة إلى مستحقيها². وعرفت أيضا، أنها سياسة ومرحلة من سياسات التحرر الإقتصاد يعمل على تحويل المشروعات العامة إلى مشروعات خاصة سواء ملكية الموارد المتاحة، وتعبئة الموارد الكامنة³، وهناك من يرى أنها زيادة مشاركة القطاع الخاص إدارة ملكية الأنشطة والأصول التي تسيطر عليها الحكومة أو تملكها⁴.

وعرفها البعض بأنها " إعادة هيكلة في الملكية نقلها من الدولة إلى القطاع الخاص بهدف تحسين مستوى الأداء والإستجابة بشكل أسرع لمتغيرات السوق"، وقد عرفها آخرون بأنها " أي مبادرات تهدف لخفض القطاع العام سواء في صورة الملكية أو الإدارة"⁵.

1 - إعاد حمود القيسي، الخصخصة ونظامها القانوني، المرجع السابق، ص 286.

2 - فريد علي محمد شوشة، إستخدام أساليب المزيج الإستراتيجي في قرارات التخصيصية لأنشطة قطاع الأعمال العام، مجلة البحوث الإدارية، العدد الأول والثاني، المجلد 5، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، 1995، ص 266.

3 - إيهاب الدسوقي، التخصيصية و الإصلاح الإقتصادي في الدول النامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 115، 116.

4 - صابر زكي إمام عبد اللان، المرجع السابق، ص 40.

5- أسامة مدلول أبو هلبية المطيري، خصخصة المرافق العامة بنظام البناء والتشغيل والتحويل، ط1، مطبعة وزارة الإعلام، الكويت، 2006،

وفي المقابل يتفق العديد من المشتغلين في هذا المجال، ومنهم البنك الدولي، على إعتبار عمليات نقل الإدارة إلى القطاع الخاص خصوصية حتى مع إحتفاظ الدولة بكامل رأس المال¹.

إذا فالخصوصية تعني أيضا إعطاء القطاع الخاص الدور الأكبر في عملية التنمية بهدف تحسين الأداء الإقتصادي وليس فقط المشاركة أو نقل الملكية إلى القطاع الخاص².

وقد عرف كولن روبنسون الخصوصية " بأنها لا تتعدى كونها حقنة من رأس المال الخاص تعطى للمشروعات التي تقوم الأجهزة الحكومية أساسا بتصميمها وتشغيلها ". وعرفت أيضا بأنها عملية بيع للأصول العامة تكون نتيجتها تحويل ملكية اصل عام بشكل كامل أو جزئي على القطاع الخاص³.

فالخصوصية بمعناها الواسع وكما يراها الدكتور وليد حيدر جابر" هي مجموعة من السياسات المتكاملة التي ترمي إلى الإعتماد الأكبر على إلبات السوق وإفساح المجال أمام القطاع الخاص ليؤدي دوره الطبيعي في إطار المنافسة من أجل تحقيق الكفاءة، فهي ليست غاية بحد ذاتها إنما أداة وسياسية وبرنامج إصلاح إقتصادي وحتى إداري للدولة⁴.

ومما سبق يمكن القول بأن الخصوصية هي عملية سياسية إقتصادية يقصد منها نقل إشباع الحاجات العامة الذي تقوم به الدولة بالطريقة التي تراها مناسبة من أجل مشاركة القطاع الخاص في إشباع الحاجات العامة وبحسب نوع النشاط وطبيعته، وتتم هذه العملية من خلال تحويل مشاريع القطاع العام بيعا وإدارة وتهيئة البيئة الإقتصادية ليتمكن القطاع الاصل من تأدية هذه المهام بعيدا عن التخطيط

1- رضا محمد سعد الله، أساليب الخصوصية وتقنياتها مع الإشارة إلى لتجربة التونسية، مجلة العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، العدد 04، 2005 ص ص 10-11.

2 - إذا هناك أسلوبان للخصوصية:الخصوصية التلقائية و التي تتمثل في تشجيع القطاع الخاص عبر زيادة حجمه في الإقتصاد القومي دون المساس بالقطاع العام. والخصخصة الهيكلية والتي تتمثل بتحجيم القطاع العام من خلال نقل الملكية وإدارة المشروعات العامة إلى القطاع الخاص، وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009 ص 104.

3- أسامة مدلول أبو هليله المطيري، المرجع السابق، ص30،

4 - وليد حيدر جابر، المرجع السابق ، 2009 ص 104

المركزي أو البيروقراطي¹.

وترتبط خصوصية المرافق العامة في الواقع بمنهج معقد تكمن نقطة بدايته في قرار سياسي، وتصب نقطة نهايته إنتقاله المشروع إلى القطاع الخاص والخصوصية عكس التأميم الذي يعني تحويل الملكية الخاصة إلى الملكية العامة عن طريق إستبعاد راس المال الخاص فهو يرتبط بنزع الملكية وإن تنوعت صوره وتباينت أشكاله²

غير أن مصطلح الخصوصية أصبح يعني في الدراسات الإقتصادية الحديثة أكثر من مصطلح التحول إلى القطاع الخاص، بحيث أصبح وسيلة إقتصادية تعبر عن فلسفة جديدة لدور الدولة في الإقتصاد، وعنصراً رئيسياً من مجموعة سياسات متكاملة للإصلاح الإقتصادي وتمثل هذه السياسات بتقليص دور الدولة في الإنتاج المباشر للسلع وتقديم الخدمات وتخفيف أعباء الموازنة العامة وتحقيق الإستقرار النقدي والمالي وتشجيع المنافسة وتوفير بيئة تمكن القطاع الخاص من النمو وإتساع دوره، والتحول إلى القطاع الخاص يمثل إحدى وسائل تقليص حجم القطاع العام³.

والتحول إلى القطاع الخاص لا يعد الغاية بحد ذاته وإنما هو إحدى الوسائل التي قد تنتهجها الدولة في عملية الإصلاح الإقتصادي، فلم يعد مفهوم التحول إلى القطاع الخاص قاصراً على نقل ملكية المشروعات العامة إلى القطاع الخاص، بل أصبح يشمل كل الوسائل التي من شأنها أن تقلص دور الدولة في الإقتصاد تعمل على دعم القطاع الخاص لذلك فإن الدراسات الإقتصادية الحديثة تشير إلى أن صور التحول إلى القطاع الخاص باتت تختلف من دولة إلى أخرى تبعاً لإختلاف نظرة كل دولة إلى هذه العملية.

ونتيجة لذلك، فإن المعنى الواسع للخصوصية يشير إلى الخصوصية الجزئية، إذ يساهم القطاع الخاص مع القطاع العام في تنظيم وإدارة المرافق والمشروعات العمارة، ولا يقتصر على نقل الملكية

1 - إسماعيل صعصاع البديري، المرجع السابق، ص 185

2- محمد المتولي، الإتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص33.

3- مهدي إبراهيم علي فندي الجبوري، النظام القانوني للتحول إلى القطاع الخاص " الخصخصة " دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص ص 34 35.

فقط. أما المعنى الضيق للخصوصية، فيتضمن الخصوصية الكاملة او الكلية وذلك عندما تنتقل الملكية او أصول المشروعات العامة بالكامل الى القطاع الخاص، إذ يقوم هذا الأخير بتشغيل المرفق او المشروع وإدارته فضلاً عن تملكه للأموال الثابته والمنقوله¹.

فالخصوصية ليست هدفا في حد ذاتها ولكنها وسيلة للإصلاح والتقدم، وأن الهدف النهائي منها يتمثل في تحسين أسلوب الإدارة، وهذا الهدف لا يمكن أن ينطلق من فراغ، بل لابد من، توافر مناخ موات وشروط ومتطلبات أساسية لإنجاح تلك السياسات. إلا أنه لا يغيب على البال، أن الإتجاه إلى الخصوصية ومحاولة تنفيذها ليس بالأمر اليسير، ليس فقط حول المقصود منها، وإنما كذلك بشأن الجوانب المختلفة لها كفكرة، بعدما أضحت نشاطا رئيسيا ونظاما ساد غالبية دول العالم².

ويعرف الدكتور محمد المتولي خصوصية المرافق العامة بأنها إشباع النفع العام الذي تقدمه الدولة إلى الأفراد بالطريقة التي تراها مناسبة لمساهمة ومشاركة القطاع الخاص في أداء ذلك النفع العام بحسب نوع النشاط وطبيعته³.

تعرف الخصوصية بمفهومها العام الشمولي " بأنها نقل ملكية المشروعات الاقتصادية العائدة إلى القطاع العام إلى القطاع الخاص " والحقيقة ان هذه هي الصورة الحقيقية للخصوصية ولكن مع ذلك فهي تشمل صورا اخرى، فهي ليست مجرد نقل ملكية تلك المشروعات إلى القطاع الخاص. حيث تعني في بعض الاحيان، تحويل المنشآت العامة إلى شركات مساهمة وبيع أسهمها بالتدريج إلى القطاع الخاص او العاملين فيها. او تعني أحيانا الخصوصية الإدارة فقط مع بقاء الملكية بيد الدولة. او نقل الاختصاصات التي كانت تقوم بها الدولة إلى القطاع الخاص، او إعطاء امتياز للقطاع الخاص لاستغلال بعض الموارد الطبيعية⁴.

1 - إسماعيل صعصاع البديري، المرجع السابق، ص، 185

2 - زكي إمام عبد اللا، المرجع السابق، ص 14.

3- محمد المتولي، الإتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص33

4- حسن عجلان حسن، القطاع العام في العراق بين ضرورات التطوير وتحديات الخصخصة، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد الحادي عشر، ص 16

الفرع الثالث : أساليب الخوصصة

وهذه الصور والأشكال يمكن تقسيمها إلى ثلاث مجموعات رئيسية على النحو الآتي:

أولا : الخوصصة الصريحة أو التحول الصريح إلى القطاع الخاص وتشمل هذه المجموعة بيع المشروعات العامة جزئيا أو كليا وتصفية المشروعات العامة، كما وتشمل حالة تخفيض مساهمة الدولة في رأسمال المشروعات العامة عن طريق زيادة رأسمال هاته المشروعات بأموال يقدمها القطاع الخاص، أو إدماج هذه المشروعات بالشركات الخاصة وهذه الأساليب تعد أكثر أساليب التحول إلى القطاع الخاص فاعلية وأثرا، وهي التي تمثل المفهوم القانوني للتحول إلى القطاع الخاص والذي عاجته التشريعات المقارنة - لاسيما التشريع الفرنسي -¹.

ثانيا : الخوصصة الجزئية أو التحول الجزئي إلى القطاع الخاص وتتميز أساليب هذه المجموعة بأنها لا تؤدي إلى نقل ملكية المشروعات العامة إلى القطاع الخاص بل تقتصر على نقل إدارة هذه المشروعات للقطاع الخاص، ولذلك تسمى أيضا بتحويل الإدارة إلى القطاع الخاص أو خوصصة الإدارة، وقد كلفها بعض الفقه على أنها خوصصة من النوع المعتدل بالمقارنة مع الخوصصة الكلية التي هي من النوع الراديكالي أو الجزئي²، وأهم هذه الأساليب تتمثل بما يسمى عقود الإدارة وتأجير المشروعات العامة وعقود الإمتياز والتعاقد مع القطاع الخاص لتقديم الخدمات العامة ويدخل ضمن إطار هذه المجموعة أيضا أسلوب آخر، يتمثل بالسماح للقطاع الخاص بممارسة أنشطة كانت حكرا على القطاع العام³.

ثالثا : الخوصصة الضمنية أو التحول الضمني إلى القطاع الخاص وهي تعني إدارة المشروعات العامة وفقا للأسس التي يعمل بها القطاع الخاص وفقا " لقوى السوق وإلته " إذ تبقى الدولة متحفظة بملكية وإدارة، وتعمل من جهة أخرى على إزالة وتبسيط القوانين التي تنظم إدارة هذه المشروعات العامة،

1- مهند إبراهيم علي فندي الجبوري، النظام القانوني للتحول إلى القطاع الخاص " المخصصة " دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 35 36.

2 - عجة الجليلي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من إشترابية التسيير على الخوصصة، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 361.

3- مهند إبراهيم علي فندي الجبوري، المرجع نفسه، ص 36.

وتخفيف أو إلغاء بعض صور الرقابة الحكومية عليها وإلغاء الدعم الحكومي لهذه المشروعات، وتحديد أسعار المنتجات أو الخدمات التي تقدمها تلك المشروعات وفقا لتكلفة الإنتاج.

ويبدو واضحا أن مفهوم الخوصصة أصبح أشمل وأوسع بكثير من المفهوم التقليدي له - نقل ملكية المشروعات العامة إلى القطاع الخاص -، وإنه بات يمثل نظرية جديدة متكاملة تهدف بشكل أساسي إلى إعطاء دور أكبر للقطاع الخاص على حساب تقليص دور الدولة في الإقتصاد ولعل السبب الذي دفع الإقتصاديين لإعطاء هذا المفهوم الواسع للتحويل إلى القطاع الخاص يكمن في رغبتهم في تجنب الآثار السلبية التي تنجم عن نقل الملكية العامة إلى القطاع الخاص، وإيجاد البدائل التي من شأنها أن تحقق نفس الآثار الإقتصادية الناجمة عن نقل الملكية العامة إلى القطاع الخاص¹.

ومهما يكن من أمر فإن التشريعات المقارنة والخاصة بعمليات التحويل إلى القطاع الخاص لا تعنى في حقيقة الأمر إلا بالمفهوم التقليدي للتحويل إلى القطاع الخاص " التحويل الصريح "، مع التأكيد أن الأساليب الأخرى التي أشرنا إليها للتحويل إلى القطاع الخاص لا تخلو من الجوانب القانونية، وذلك على أساس أن القانون يمثل بالضرورة الإطار التنظيمي لأية سياسة إقتصادية، فضلا عن أن هذه الأساليب التي يقول بها الإقتصاديون لم تأت في حقيقة الأمر بما هو جديد في ميدان القانون وهي مفاهيم قانونية معروفة لدى المختصين بالقانون والجديد يتمثل ببعض التفاصيل والتي قد تكون غير معروفة سابقا فإذا أمعنا النظر في أساليب ما يسمى بالتحويل الجزئي للقطاع الخاص، لتبين أنها لا تخرج في حقيقتها عن كونها عقودا تبرمها الإدارة مع القطاع الخاص، وتمنحه بموجبها حق ممارسة بعض النشاطات والأعمال التي تمارسها؛ وأبرز هذه العقود التي تعد من قبيل وسائل التحويل إلى القطاع الخاص، عقد الإيجار وعقد الإدارة وعقد الإمتياز².

1- مهند إبراهيم علي فندي الجبوري، المرجع السابق، ص 37.

2- مهند إبراهيم علي فندي الجبوري، المرجع السابق، ص 37 38.

اما بالنسبة للمشرع الجزائري قد أخذ بالشكلين معا في نص المادة الأولى من الأمر رقم 22/95 المؤرخ في 26 / 08 / 1995¹، والتي قضت على أنه

" يحدد هذا الأمر القواعد العامة لخصوصية المؤسسات التي تمتلك فيها الدولة والاشخاص المعنيون التابعون للقانون العام بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءا من رأسمالها اوكله "، وهي إشارة إلى رغبة المشرع في الجمع بين الخصوصية الجزئية أوالكلية حسب الحالة².

وقد حاول المشرع الجزائري طرح تعريف تشريعي لمصطلح الخصوصية حيث عرفه في الفقرة الثانية من نص المادة الأولى من الأمر 22/95 على أنها " تعني الخصوصية القيام بمعاملة اومعاملات تجارية تتجسد، إما في تحويل ملكية الأصول المادية اوالمعنوية في مؤسسة عمومية إلى أشخاص طبيعيين اومعنويين تابعين للقانون الخاص، وذلك بواسطة صيغ تعاقدية يجب أن تحدد كيفيات تحويل التسيير وممارسة شروطه".

وقد عرفها المشرع في الأمر 04/01 بموجب المادة 13 حيث نصت على أنه " يقصد بالخصوصية كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى الأشخاص طبيعيين أومعنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية، وتشمل هذه الملكية:

وتأسيسا على ذلك لا تقتصر الخصوصية في نظر المشرع على تحويل ملكية الجانب المادي اوالمعنوي لمؤسسة عمومية إلى أشخاص تابعين للقانون الخاص، ولكن نكون أمام خصوصية في حالة تحويل سلطة التسيير إلى هؤلاء الأشخاص في شكل عقود تسيير وهذا التوسيع لنطاق الخصوصية له ما يبرره حسب المنطلق السائد لدى السلطة والذي لا يعتبر الخصوصية مجرد عملية بيع لأصول عمومية، إنما أسلوب تقني إقتصادي الغاية منه إصلاح المؤسسة أوتحديثها، كما تقضي بذلك المادة الرابعة من الأمر 22/95

1 - الأمر رقم 22/95 المتعلق المؤرخ في 26 / 08 / 1995، الصادرة في الجريدة الرسمية رقم الصادرة بتاريخ الملغى بموجب الأمر 04/01 المؤرخ ب 20 أوت 2001 المتعلق بالمؤسسة العمومية وتسييرها وخصوصيتها

2 - عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 363

وهكذا تصبح الخوصصة حركة واعية تندرج في إطار غايات سياسة إعادة الهيكلة الصناعية، وتقييم الإقتصاد الوطني¹.

المطلب الثالث : دوافع خوصصة المرافق العامة الإدارية

يثور التساؤل لماذا خوصصة المرافق العامة الإدارية بمعنى آخر لماذا اللجوء إلى القطاع الخاص ومشاركته في إدارة هذه المرافق، والإجابة على هذه السؤال تكمن في سببين اساسيين هما ؛

الأول : المعوقات التي تعاني منها المرافق العامة الإدارية، والثاني : النجاح الذي حققه القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة الاقتصادية.

الفرع الأول : معوقات المرافق الإدارية

أ- الإفتقار إلى الكفاءة الأداء في المرافق العامة الإدارية

حيث واجهت العديد من الدول عدم كفاءة الأداء² في المرافق العامة الإدارية بسبب مردوديتها الضئيلة، إضافة إلى عدم الإستغلال الأمثل للعمالة الكبيرة التي تستخدمها مما يؤدي إلى تشتت أهداف التنظيمية للمرفق، وكذا تقييد إستقلاليتها.

إضافة إلى فشل هذه المرافق في تحقيق الأهداف المنوطة بها خاصة ما يرتبط منها بالمساهمة بالتنمية على مختلف مجالات الحياة ؛ لأسباب منها مركزية القرارات الأساسية، عدم وضوح معايير الأداء، ضخامة بعضها وعدم إتباع سياسات ترشيد الإنفاق³.

ب- الإستنزاف المالي :

1 - عجة الجليلي، المرجع السابق، ص 363.

2 - يحظى مفهوم الأداء بأهمية كبرى في تسيير المؤسسات، لذا نال ولا يزال الاهتمام المتزايد من طرف الباحثين والمفكرين والممارسين في مجال الإدارة والتسيير، اما كفاءة الأداء فقد عرفها بعض الفقه على أنها " القدرة والكمال علي تحديد الأهداف المحددة "،

3- أسامة مدلول ابو هلبية المطيري، خوصصة المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل، الطبعة الأولى، مطبع وزارة الإعلام الكويت، 2006، ص 32.

إن تكلفة إدارة وتسيير المرافق العامة تكلفة كبيرة، غير أنه ومقارنة بالمبالغ المخصصة لإدارة وتسيير المرافق يعتبر كبيرا جدا نظرا لضآلة نوعية الخدمات التي يقدمها وهما ما يؤثر على موارد المالية للدولة من جهة، وإستقرار المرفق لا سما في ظل الأزمة المالية العالمية وآثارها على مختلف إقتصادات الدول لا سيما أن مظاهر الأزمة بدأت واضحة في خضم إجراءات التقشف التي إتبعها الجزائر على إثر الإنخفاض الحاد لأسعار البيترول.

ج- الإفتقار إلى الإستجابة لإحتياجات المنتفعين :

حيث أن أغلب المتعاملين مع المرافق العامة الإدارية غير راضيين بصفة مطلقة عن الخدمات التي تقدمها هذه المرافق لا من حيث المردودية لا من حيث نوعية الخدمة لا من وسائل تقديم الخدمة فهي وسائل تقليدية إضافة إلى البيروقراطية والمحسوبة¹.

الفرع الثاني : مبررات خصوصية :

إن الخصوصية لها عدة مبررات أهمها :

- 1- يؤدي التحول نحو القطاع الخاص إلى رشاده التصرفات المالية الحكومية وإلى تعميق الإستفادة من الموارد المالية للدولة، فهو أولا يزيل عن كاهل الدولة عبء تمويل المشروعات الحكومية التي تم نقل ملكيتها إلى القطاع الخاص، وكذا عبء الدعم أو تغطية الخسائر التي حققتها هذه المشروعات، فهي تمثل تكاليف باهضة مترتبة على إعادة تأهيل وتطوير المرافق العامة ذات المستوى الإداري والفني المتدني². وثانيا يزيده موارد الدولة نتيجة تحصيل الضرائب والتأمينات الإجتماعية، ومن ثم يسمح للدولة بتركيز جهودها ومواردها لأهداف أمنية وإجتماعية وإقتصادية محددة.
- 2- تؤدي عملية الخصوصية إلى زيادة الربحية المالية والكفاءة التشغيلية والقدرة التجارية للمشروعات، وفي الوقت ذاته زيادة العائد الإجتماعي وتحقيق طفرة تنموية في المنفعة العامة للمجتمع ككل سواء

1 - محمد متولي، الإتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 34.

2 - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 107.

- من حيث ترشيد سلوك الإنفاقي والإستثماري، او من حيث القضاء على الرشوة والمحسوبية وتجارة النفوذ والواسطة، فضلا عن زيادة الإستفادة من الخبرات والكوادر النادرة في المجتمع¹.
- 3- تشجيع القطاع الخاص ليقوم بالدور الرئيسي في نشاط المرافق العامة الإدارية والرفع من مردوديتها ومستواها، كما فعل في المجال الإقتصادي مع خصوصية المشروعات العامة المملوكة للدولة. لأن ذلك يؤدي إلى زيادة الطاقة الوطنية والقدرة المحلية على الإعتماد على الذات.
- 4- إن القطاع الخاص يتيح مجالا كبيرا للمبادرة سواء أكانت فردية او جماعية، ومن ثم فإنه يتيح دائما الفرصة لكل جديد فهو يتيح فرصة التجربة، وفرصة الظهور والنجاح والتقدم، وإختيار الأمثل من بين مختلف التجارب المعروضة.
- 5- لا يمكن لأي إقتصاد أن ينمو، في ظل سياسة تقشفية تمتنع عن الإنفاق على المجالات الأساسية كالبنى التحتية والإنارة والبيئة، وإن إعادة إطلاق هذه مشروعات إستثمارية في هذه المجالات، قد لا تتطلب زيادة ملحوظة في الإنفاق العام، لأنه من الممكن تفعيل الإستثمار في البنى التحتية من خلال إشراك القطاع الخاص في إنجازها، بإعتبار أن عملية تطوير ورفع مستوى خدمات البنى التحتية سمكفة وبحاجة إلى إستثمارات كبيرة.
- 6- إن القطاع الخاص اكفأ من الحكومة في إدارة نشاطه الإقتصادي، تلك الإدارة التي لا تستنزف الفائض وتحوله إلى عجز دائم ومستمر، بل هي تلك الإدارة التي تحقق إقتصادية التشغيل بما يعظم من الفائض، ويوفر في إستخدام الموارد ويحسن من أداء المشروعات ومن ثم تحقيق فائض متراكم من الأرباح، إضافة إن القطاع الخاص بما يقدمه من نظام أجري وحوافز ترتبط بالإنتاج وإنتاجية العاملين يكون أقدر من الحكومة على تحفيز العمال، وإيجاد الدافع لديهم على زيادة الإنتاج وتطوير وتنمية أدايتهم، وبما يملكه من سياسات مباشرة أو غير مباشرة في المحاسبة والعقاب والرقابة يجعل من مجتمع العمال مجتمع منتج متحفز لديه الدافع على التطوير والعطاء وليس على التكاسل والتخاذل².

1 - حسن رمضان حسن، عن فلسفة الخوصصة و أثرها على نظرية المرفق العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 2008، ص 65.

2 - حسن رمضان حسن، المرجع السابق، ص

- 7- أن سياسة الخوصصة من أهم الوسائل التي تساعد على توفير الموارد الحكومية اللازمة لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية. كما أن الخوصصة تعمل على زيادة وإتساع نطاق المشاكة الشعبية، وزيادة إهتمام الأفراد والهيئات الإجتماعية والتنظيمات الشعبية والنقابية في الإستثمار وفي رسم السياسات الإقتصادية والإشراف على تنفيذها والرقابة عليها.
- 8- تؤدي الخوصصة إلى فرض الانضباط وذلك بعكس ماهوسائد في المؤسسات العامة التي لا تتورع في تحقيق الخسائر، معتمدة على المساندة الحكومية لنجدتها وإمكانية رضوخها لضغط النقابات العمالية من أجل الحصول على رواتب دون تحقيق زياددة في الإنتاج¹.
- 9- إستبدال إستراتيجيات التنمية ذات التوجه الداخلي بإستراتيجيات ذات توجه خارجي غايتها دمج الإقتصادات الوطنية للدول النامية في الإقتصاد العالمي².

الفرع الثالث : النجاح الذي حققه القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة الإقتصادية

هناك سمات القطاع الخاص دفعت إلى ضرورة الإستفادة منه من اجل أجل تطوير اداء المرافق العامة الإدارية لجعلها اكثر ملائمة ومرونة مع المتغيرات المحيطة بها، فهويتصف - القطاع الخاص - بالعديد من السمات مما جعله يقوم بدور مساند وفعال في عملية التنمية بل أصبح في العديد من الدول يقوم بالدور الأساسي في التنمية ومن أهم سماته ما يلي :

1-رفع كفاءة المرفق

يتأتى السماح للقطاع الخاص للمشاركة في إدارة بعض المرافق العامة مستندا إلى فكرة أن القطاع الخاص أكفأ من الدولة في إدارته لهذه المرافق مما يسهم في توفير الموارد، وبالتالي يرفع معدلات النمو، من خلال الإستغلال الأمثل للموارد الذي يحقق مردودية أكبر بأقل تكاليف ممكنة.

وفي الوقت نفسه زيادة قدرة الإقتصاد الوطني على مواجهة التطورات الإقتصادية الحادة التي إتسم بها العالم الخارجي مثل التدهور الحاد في أسعار البيترول، وكذا شروط التبادل الدولي وإنكماش المساعدات والقروض المالية، وتصاعد الإتجاهات الحمائية في البلاد المتقدمة

1 - وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص 107.

2 - حسن رمضان حسن، المرجع السابق، ص 11

ضد صادرات الدول النامية، وإزدياد ضغوط أزمة الديون الخارجية، وتأثيرها المزدوج على الأداء الإقتصادي، وعلى النمو ما اسفر عنه إنخفاض في الأداء وتراجع في النمو في الدول النامية، كل هذا وغيره احتاج إلى معالجة من نوع جديد، تقوم فيها الخصوصية بدور رئيسي لإحداث التوازن الهيكلي وإستعادة معدلات النمو¹.

2- الإصلاح التنظيمي :

وهو الإصلاح الذي يمتد إلى كل الهياكل التنظيمية اللوائح المختلفة الحاكمة لنشاط وحدات القطاع العام من ناحية والمؤسسات والهيئات الحكومية من ناحية أخرى، ويأتي هذا الإصلاح التنظيمي في ضوء ما تعانيه هذه الوحدات بين أعباء البيروقراطية وبطء عمليات صنع القرار التي لا زمتها في عهد التخطيط المركزي.

ويقتضي الإصلاح التنظيمي أيضا الإهتمام بسياسة الأجور والأسعار والحوافز للقضاء على التشوهات في تخصيص الموارد، وأيضا توفير قدر من المرونة المتعلقة بنظم العمالة كالتعيين والفصل والحوافز وتشجيع الطاقات الخلاقة المبدعة منهم، فضلا عن تدعيم مراكز التدريب والبحث العلمي².

3- خلق وظائف جديدة :

يعد من الأهداف الرئيسية لأي نشاط هو خلق وظائف جديدة ومعظم الدول الآخذة في النمو والتي تبني حديثا برامج الخصوصية تواجه مشكلة البطالة، التي تعد من أخطر المشكلات في المجتمع لإرتباطها بالبيئة السياسية والاجتماعية، بجانب آثارها السلبية على إقتصاد الدولة، ويضاعف من خطورتها أن برامج الإصلاح الإقتصادي التي تأخذ بها الحكومات هذه الدول قد تؤدي إلى المزيد من البطالة في المراحل الأولى من تطبيق هذه البرامج، وهو ما يعرف بمشكل التخلص من العمالة الزائدة" بمشروعات القطاع العام، وترجع هذه المشكلة إلى تبني كثير من

1 - حسن رمضان حسن، المرجع نفسه، ص 12

2 - زكي إمام عبد اللا، المرجع السابق، ص 76.

الدول الأخذة في النمولبرامج تشغيل الخرجين وفق برامج مختلفة¹، وهي برامج لها بعد إجتماعي دون أن ترعي المدلول الإقتصادي لتوظيف يد العاملة وإرتباطها بالإحتياجات الفعلية، وبالتالي إرتفاع التكاليف وأصبحت المرافق العامة غير قادرة على المنافسة².

4- تشجيع المنافسة: يتجه نظام الخوصصة إلى محاولة القضاء على الصفة الإحتكارية التي تتميز بها السياسات الإقتصادية للدول النامية³. لأن فتح المنافسة يقضي على الممارسات الإحتكارية لبعض مشروعات العامة هذا من جهة ومن أخرى، ويضمن خدمة نوعية مقدمة لطالبي الخدمات بأقل تكلفة⁴.

5- إيجاد مجتمع أفضل :

تساهم الخوصصة في الأجل الطويل على إيجاد مجتمع أفضل حيث يكون لدى الأفراد بدائل كثيرة للحصول على الخدمات الحكومية، ويقل الإعتداد على الهياكل البيروقراطية والإعتداد على أكثر من مصدر للتمويل، ويتم التعامل عن طريق المرافق المحلية، من أجل إشباع الحاجات، الأمر الذي يؤدي إلى مزيد من الترابط ويولد شعورا من المودة بين افراد المجتمع.

6- تخفيف الأعباء المالية والإدارية:

الخوصصة تخفف الأعباء المالية والإدارية التي تتحملها الدولة وإيقاف أو الحد من أوتخفيض نزييف الموارد المالية الذي يسبب العجز المالي في بعض المرافق العامة من خلال تخفيض الدعم المالي إلى هذه المرافق والسماح للقطاع الخاص بالمشاركة في إدارته. تخفيف أعباء الموازنة العامة والمساعدة على تخفيض الدعم الحكومي وترشيد الإنفاق وفي حالات

1 - برنامج التمهيّن والتكوين ووعقود ما قبل التشغيل التي تبنتها الدولة الجزائرية منذ سنة 2008.

2 - زكي إمام عبد اللا، المرجع السابق، ص76.

3 - أحمد محمد محرز، النظام القانوني لتحويل القطاع العام إلى القطاع الخاص، ص 117.

4 - حسن أحمد الشافعي ، الخصخصة الإدارية والقانونية في التربية البدنية والرياضة ، الطبعة الأولى، دار الوفاء ، الإسكندرية ، مصر، 2006،

كثيرة تخفيض العجز العام وتوفير السيولة النقدية وربما مواجهة التضخم المالي¹ توفير عوائد مالية للدولة من سياسية الخوصصة تساعد على بناء وتمويل مشروعات جديدة، وإتاحة خدمات ومشروعات كان من الصعب إيجادها دون مشاركة القطاع الخاص².

وكذلك الأهداف التي يمكن للقطاع الخاص تحقيقها :

- 1- المهارة الإدارية وفي مقدمتها سرعة ومرونة إتخاذ القرارات.
- 2- الكفاءة الإنتاجية : طالما إن الربح هو القوة الدافعة الأساسية في القطاع الخاص، فإن محاولة تخفيف تكاليف الإنتاج وتوصيل الخدمات للمنتفعين تعد مسألة أساسية تساعد على تحقيق ذلك كون القطاع الخاص أقل عرضه للقيود البيروقراطية والسياسية.
- 3- الكفاءة الديناميكية وإمكانية المساءلة أمام المنتفعين : حيث يوجد لدى القطاع الخاص الدوافع والمرونة اللازمة لتحقيق جودة أفضل للخدمة والإعتماد على تكنولوجيا، والإستجابة الدائمة والقوية لإحتياجات المنتفعين والشعور بالمسؤولية أمامهم.
- 4- الإستقلالية المالية وجذب موارد جديدة : حيث يؤدي إنتقال الخدمات العامة من الإدارة الحكومية إلى القطاع الخاص إلى فصلها عن موازنة الدولة وإستقلالها المالي وتخفيف العبء المالي عن الحكومة.
- 7- رغبة الدولة في أن ينحصر نشاطها في مجال الأنشطة الإستراتيجية المتعلقة بنواحي (الدفاع، الأمن، والقضاء) وبعض مكونات البنية الأساسية والحيوية وإصدار العملة ووضع السياسات النقدية والتكافل والرعاية والإجتماعية بشكل يختلف من دولة إلى أخرى وفقا لموروثها السياسي والديني والإجتماعي والتي يقوم بها القطاع الخاص³.
- 8- الإتجاه العالمي الحديث بعدم إمكانية الدولة على إدارة مؤسساتها بمهارات تجارية ومالية وإدارية وفنية متقدمة مما يؤدي لإنخفاض وهذا ما أكدته سياسة الإقتراض للبنك الدولي

1 - أحمد منير نجار، ماهية الخوصصة والدروس المستفادة من بعض تجاربها، مجلة الكويت الإقتصادي ص22، مأخوذة من أسامة مدلول ابو هلبية المطيري، خوصصة المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل، الطبعة الأولى، مطبع وزارة الإعلام الكويت، 2006، ص 32

2 - أسامة مدلول ابو هلبية المطيري، المرجع السابق، ص 32

3 - عبد العزيز إسماعيل، التخصيص، مركز فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، الرياض، 2000، ص 33.

وصندوق النقد الدولي والتي أصبحت سياسة الخوصصة شرطا من الشروط الأساسية لإبرام إتفاقيات مع الدول النامية¹.

9-الدوافع الخارجية المتمثلة في سياسة الضغط التي تمارسها المؤسسات المالية الدولية الكبرى كالبنك الدولي وصندوق النقد الدولي وهيئات الإعانة الدولية، وبعض الدول الكبرى كالولايات المتحدة الأمريكية على الدول النامية، وضرورة إستجابة هذه الأخيرة بقصد الحصول على معونات مالية أو بهدف إعادة جدولة الديون الخارجية².

ويرى الدكتور زكي إمام عبد اللا أن التنمية بكل أبعادها الإجتماعية والإقتصادية هي الهدف الرئيسي من عملية الخوصصة، وقضية الأداء والكفاءة هي المعيار الرئيسي ينبغي الإهتمام به في كافة وسائل إدارة المشروعات العامة وإدخال القطاع الخاص في تولي المساهمة في خطة التنمية الإقتصادية والإجتماعية³.

وأصبح يتوقف نجاح الخوصصة على التحديد المسبق لهدف الدولة منها، وبدون هذا الهدف تصبح أي جهود تالية نوعا من العشوائية والتخبط، كان الهدف المعلن بواسطة الدولة في البداية هو توسيع قاعدة الملكية الخاصة عن طريق إشراك القطاع الخاص ومنحه دورا متزايدا في الإقتصاد، ثم أنتقل الأمر إلى باقي اما المرافق العامة حتى الإدارية منها، فيتم تحرير إدارتها وذلك بغرض رفع الكفاءة.

تجدر الإشارة إلى أن إتجاه الدول النامية ومنها مصر والجزائر نحوخوصصة المرافق العامة الإدارية وقطاعها العام لم يكن وليد فكر إقتصادي داخلي أو ضرورات موضوعية داخلية بقدر ما كان وليد الشروط التي وضعها صندوق النقد الدولي والبنك الدولي في سياق التمهيد لإعادة جدولة ديون هذه البلاد، وبدات سياسة الخوصصة بإعتبارها مكونا أساسيا ومن مكونات الإصلاح الإقتصادي تحتاج إلى وضع برنامج ذي إلبات خاصة تبدأ بمسح كامل المشروعات العامة ومشاكلها وتصنيفها وتحديد

1 - أسامة مدلول ابو هلبية المطيري، المرجع السابق، ص 33.

2 - ومن مظاهر الضغط قيام البنك الدولي بتقديم قروض ضخمة لبرنامج الخوصصة أ إذ قام بتمويل ما يزيد عن 200 عملية ذات صلة بالخوصصة، تنطوي على قروض بقيمة تفوق 25 مليار دولار، وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 1، 2009، ص 107.

3 - زكي إمام عبد اللا، المرجع السابق، ص 76.

المشروعات المراد خصصتها، وقد قبلت الحكومة الجزائرية مبدأ الخوصصة بشكل عام ضمن مفاوضاتها مع صندوق النقد الدولي والبنك الدولي، وفي الواقع أن الدافع والطريقة التي تتم بها الخوصصة تختلف من دولة إلى أخرى وفقا للأوضاع السياسية والإقتصادية والإجتماعية¹.

وأخيرا فإن خوصصة المرافق العامة الإدارية ليست هدفا في حد ذاته وإن كان البعض يعتبرها كذلك ولكنها وسيلة من أجل تحقيق كفاءة أكبر ورفاهية أعلى في ظل تناقص الموارد المالية ومعاناة الدولة من عجز الموازنة العامة².

المبحث الثاني

المرافق العامة الإدارية القابلة للخوصصة

تتفرع وظائف الدولة إلى ثلاث وظائف اساسية وقد أسند الدستور هذه الوظائف لكل سلطة حسب نشاطها غير ان الدستور لم يفصل فصلا مطلقا بين هذه السلطات³، فوظيفة السلطة التشريعية هي سن القوانين واللوائح بقصد تنظيم الحياة الاجتماعية؛ ووظيفة السلطة القضائية تمارس عن طريق تطبيق القوانين واللوائح على المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة، وتوقيع العقوبات على مرتكبي الجرائم، وذلك بقصد نشر العدل والأمن بين الأفراد في المجتمع..

وللسلطة التنفيذية نشاطين أساسيين نشاط حكومي ونشاط إداري، وهذا الأخير له وجهين سلبي وإيجابي فالسلبي هو أعمال الضبط الإداري التي تمارسه الإدارة من أجل حفظ النظام العام، والإيجابي

1 - حسن رمضان حسن، المرجع السابق، ص 13.

2 - محمد متولي، المرجع السابق، ص 37.

3 - فمثلا السلطة التنفيذية التي تباشر وظيفتين سياسيتين هما الحكم والإدارة، نجدتها تشارك كلا من السلطتين التشريعية والقضائية في ممارسة بعض مظاهر الوظيفتين التشريعية والقضائية؛ فتساهم في الوظيفة التشريعية عن طريق ما تمنحها الدساتير من حق إقتراح مشروعات القوانين، وحق التصديق أو الاعتراض عليها، وسلطة إصدار اللوائح التنظيمية المختلفة، وتساهم في الوظيفة القضائية ومظهر ذلك ما يعهد به القانون إلى الهيئات أو اللجان الإدارية من إختصاص قضائي.

هو القيام بنشاطات المنفعة العامة والسهر على إشباع الحاجات العامة للأفراد . وتحقيق السعادة والرفاهية للمجموع وهو ما يسمى عن فقهاء القانون الإداري بالمرفق العام.

فمن الوجهة النظرية يعتبر المرفق العام من أهم موضوعات القانون الإداري، أن لم تكن أهمها جميعاً، ولذلك لم يتردد كبار الفقهاء الفرنسيين في تعريف القانون الإداري، بأنه قانون المرافق العامة كالفقيه بونار، ويرى جيز أن فكرة المرافق العامة هي الفكرة المركزية للقانون الإداري، ويرى العلامة دوجي زعيم مدرسة المرفق العام، أن الدولة ليست إلا مجموعة من المرافق العامة المنظمة الخاضعة لرقابة الحكومة.

فكل الفقهاء السابقين ومن ساندتهم كانوا يقصدون بالمرافق العامة ؛ المرافق العامة الإدارية وليس الاقتصادية والاجتماعية والمهنية، لأن في المرحلة التاريخية التي أعتمد فيها المرفق العام كأساس للقانون الإداري خاصة بعد قرار محكمة النزاع في قضية بلانكو الشهيرة بتاريخ 08 فيفري 1973¹، لم تكن توجد إلا المرافق العامة الإدارية، أما الأنواع الأخرى من المرافق التجارية والصناعية والاجتماعية والمهنية فقد بدأت في الظهور بعد نهاية الحرب العالمية الأولى 1919².

وسيقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول : ماهية المرافق العامة الإدارية

المطلب الثاني : الموقف من خصوصية المرافق العامة

المطلب الثالث : المرافق الإدارية غير الدستورية القابلة للخصوصية

1- tribunal des conflits , 8 février. 1873,Blanco, recueil,1 er supplt, 61 , conclusions, David ; D. 1873.3.17.,conclusion.David ; S. 1873.3.153 ,conclusions, David

أحمد يسري، أحكام والمبادئ في القضاء لإدارية الفرنسي، الطبعة العاشرة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1995، ص 22 إلى 30.

2 - غير أنه وبعد التطور الذي شهدته وظائف الدولة وانتقالها من دولة حارسة إلى دولة متدخلة في ظل إثار الحرب العالمية الأولى وإنتشار الفكر الإشتراكي، وزيادة تدخل الدولة في النشاط الفردي أدى إلى ظهور مرافق عامة صناعية وتجارية وأنواع أخرى، إضافة إلى ذلك ظهر تطور في إتجاه آخر، حيث ظهرت وتكاثرت المشروعات الخاصة ذات النفع العام والتي تخضع للجانب من قواعد القانون الإداري وتتمتع بقدر من إمتيازات السلطة العامة. اثر سلبا على مكانة المرفق العام في القانون الإداري. ورغم كل ذلك مازالت نظرية المرافق العامة تحتل مكانة هامة في القانون الإداري، سواء من الناحية النظرية أو الناحية العملية.

المطلب الأول ماهية المرافق العامة الإدارية :

تمثل المرافق العامة الإدارية المعنى التقليدي للمرفق العام، وهي أقدم أنواع المرافق العامة التي تهدف إلى تحقيق النفع العام والمصلحة العامة دون النظر إلى تحقيق الربح فهي تمثل جوهر وظيفة الدولة التي تتعلق بسيادتها وتتناول نشاطا يختلف تماما عن الأنشطة التي يقوم بها الأفراد.

ونظرا لأهمية الكبيرة التي تحظى بها هذه المرافق، فقد أحاطتها القانون بحماية خاصة تضمن إستمرار تقديم هذه المرافق لوظيفتها الأساسية في الدولة، فهذه المرافق تحكمها نظم القانون العام، فمالها مال العام يخضع لحماية خاصة فيعاقب من يعتد على هذه الأموال بعقوبة أشد من الذي يقوم بالإعتداء على مال خاص، كما أن لها حماية إستثنائية من القانون الإداري، وأن موظفيها مظيفون عموميون وليسوا عمالا يخضعون لقانون العمل كقانون خاص، وبما أن هذه المرافق تخضع لنظم القانون العام فإنها محولة لإستعمال وسائل القانون العام¹.

وهي تخضع لأحكام القانون الإداري حيث تعتبر أموالها أموال عامة ويكتسب العاملين فيها صفة موظفين عموميين، وأيضا العقود الإدارية التي تبرمها عقودا إدارية تخضع لنظم القانون العام لأن المنطق يفرض أن نصفها بأنها عقودا إدارية، وتتمتع بشأنها الدولة بإميازات إستثنائية مثل حق فسخ وتعديل العقود بالإدارة المنفردة وحق توقيع جزاءات على المتعاقد معها، كما أن المنازعات المتصلة بنشاط هذه مع الأفراد أو منازعاتها مع الموظفين تخضع كأصل عام لإختصاص مجلس الدولة كقضاء إداري.

الفرع الأول : مفهوم المرفق العام الإداري

يستعمل إصطلاح المرفق العام بمعنيين : أولهما عضوي أو شكلي وفقا له يعرف المرفق العام بأنه : المشروع أو الهيئة أو الجهاز التي تقوم على نشاط يهدف إلى إشباع حاجة ذات نفع عام²، وقد يختلط

1 - ميادة عبد لقادر إسماعيل، التنظيم القانوني لخصخصة المرافق العامة بين الواقع والمأمول دراسة مقارنة، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 98.

2 - ماجد راغب الحلوي، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 338

بالهيئة الإدارية العامة ذاتها، فهوكل منظمة إدارية أو مصلحة عامة أو وزارة تقوم بنشاط يستهدف تحقيق منفعة عامة للمواطنين¹، ومن أمثلة المرفق العام بالمعنى العضوي : الجامعات، والمستشفيات. والثاني: مادي يهتم فقط بطبيعة النشاط ذاته، فيكون المرفق العام طبقاً لهذا المعيار كل نشاط أو مشروع يستهدف تحقيق المنفعة العامة دون النظر إلى المنظمة أو الهيئة التي تتولاه، ومن أمثلة المرافق المادية: التعليم والصحة والعدالة².

غير أنه وجهت عدة إنتقادات لكل من المعيارين ولذلك التعريف الدقيق للمرفق العام³ يجب أن يعتمد ويتأسس على المعيارين معا : المعيار العضوي والمعيار المادي في نفس الوقت، وهو الإتجاه الغالب في الفقه والذي يتفق مع حقيقة الواقع واحكام القضاء الإداري.

ولما كان أفضل تعريف هو الذي يقتصر على ذكر الأركان الضرورية لمحل التعريف بشكل يميزه عن غيره، فإن هذا المعنى ينطبق على التعريفات القديمة والتقليدية والتي من بينها تعريف الدكتور عثمان خليل للمرفق العام بأنه " مشروع تتولاه الإدارة، لأداء خدمة عامة "4.

ولكن هذا المفهوم لم يصمد طويلاً امام التطور المستمر لفكرة المرفق العام وإدارته، والذي ادى إلى ظهور مرافق عامة تخضع للقانون الخاص، نتيجة لطبيعة انشطتها الصناعية والتجارية، ونتيجة لذلك أصبح هذا المفهوم متجاوزاً وقديماً.

ويبدو أن أقدم التعريفات إلى الصواب هو الذي يعرف المرفق العام بأنه مشروع يعمل بانتظام وإطراد تحت إشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور مع خضوعه لنظام قانوني معين⁵. ومنهم

1 - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 268

2 - Pierre ESPUGUS, e service public, daloz, 1998, p 17.

3 - إن معظم المرافق العامة الإدارية تشمل هذين المعيارين أو المدلولين يتطابقان أو يتلاقيان فيها، فهي مشروعات تحقق نفعاً عاماً وتسد حاجة عامة للجمهور، وتتولاها هيئات عامة، أي تابعة لشخص من اشخاص القانون العام.

4 - محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، ص 21.

5 - سليمان الطماوي، القانون الإداري، دراسة مقارنة الجزء الثاني، 1982، ص 125،

من يرى أن المرفق العام هوكل نشاط أومشروع تنشؤه الدولة وتديره الإدارة ويستهدف تحقيق منفعة عامة مباشرة أوإشباع حاجات للمواطنين¹.

أما بالنسبة للمرافق العامة الإدارية فيرى الفقيه الفرنسي دي لوبادير De Laubadère أنه لا يمكن تعريف المرافق العامة الإدارية إلا بمقارنتها بالمرافق الصناعية والتجارية ومرافق التوجيه المهني والإقتصادي، فالمرافق الإدارية في نظره هي تلك التي لا تعتبر مرافق صناعية وتجارية أو مهنية².

ولكن يرى الدكتور محمد فؤاد مهنا أنه يمكن تعريف المرافق العامة الإدارية بالرجوع إلى موضوع نشاطها والوسائل التي تستخدم في مباشرة هذه النشاط. فالمرافق العامة الإدارية نشاطها إداري بحت وتخضع في تنظيمها وفي مباشرة نشاطها للقانون الإداري وتستخدم في مباشرة نشاطها وسائل القانون العام. وعلى هذا الأساس يمكن تعريف المرافق العامة الإدارية " بأنها نشاط إداري مما يدخل في إطار الوظيفة الإدارية للدولة يعجز الأفراد والهيئات الخاصة عن مباشرته - أولاً يجدون مصلحة في مباشرته - تتولاه سلطة إدارية مستخدمة في إدارته ما تملكه بوصفها سلطة عامة، من حقوق وإمميزات، ومن أظهر امثلة هذا النوع من المرافق مرفق الدفاع مرفق الضبط ومرافق التربية والتعليم والصحة والري والصرف وإعداد طرق المواصلات³ ".

ويرى الأستاذ عبد الغني بسيوني أن الرأي الراجع في الفقه يعرف المرافق العامة الإدارية على أساس طبيعة النشاط الذي تمارسه، والوسائل المستخدمة في مباشرة هذا النشاط، وبذلك يكون كل مرفق عام يقوم بنشاط إداري مما يدخل في مجال وظيفة الدولة الإدارية، ويعجز الأفراد والهيئات الخاصة عن مباشرته أولاً يجدون مصلحة في ذلك، وتتولاه الإدارة مستخدمة إمتهيازاتها كسلطة عامة في إدارته، مرفقا عاما إداريا⁴.

1 - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 268، و سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة عين شمس، 1989، ص 369

2-DE Laubadere , traite élémentaire de droit administratif, p 61

3 - محمد فؤاد مهنا، الوجيز في القانون الإداري -المرافق العامة- مطبعة الشاعر، الإسكندرية مصر، 1961، ص 16

4 - عبد الغني بسيوني، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 422.

فمن المتفق عليه فقهاء في فرنسا أن المرفق الإقتصادي مشروع، فيرى الفقيه جيز " أنه يتعين أن تقتصر عبارة العام على المرافق العامة الإدارية وحدها، وإطلاق عبارات مشروعات عامة على المرافق الإقتصادية والصناعية والتجارية الكثيرة التي تديرها الدولة أو الأشخاص الإدارية الأخرى"¹

ويرى بعض الفقهاء أن المرافق الإقتصادية هي التي يكون موضع نشاطها تجاريا أو صناعيا ويمكن تعريفها على هذا الأساس بأنها مشروعات صناعية وتجارية تقوم بنشاط مماثل للنشاط الذي يتولاه الأفراد والجماعات الخاصة، وتتوافر لها في نفس الوقت جميع الصفات المميزة للمرافق العامة وتخضع لأحكام القانون العام والقانون الخاص معا كل في نطاق محدد.

ويرى البعض الأخر أن المرافق الإقتصادية هي التي تقوم على أساس مزاوله نشاط من جنس نشاط الأفراد، وتمثل طابع الدولة الحديثة القائمة على المبادئ الإشتراكية والإقتصادية الموجهة ل سيما عقب الحربين العالميتين، وأن هذه المرافق لا تقتصر على الهيئات الإدارية، بل قد يزاول الأفراد نشاطا من نفس النوع، فيعمل المرفق العام والمشروع الخاص جنبا إلى جنب وكثيرا ما تقوم بينهما منافسة تؤدي إلى تحقيق صالح الأفراد.

ومن يرى الدكتور زكي إمام عبد اللا " أن تعبير المرفق العام الإقتصادي في الدلالة على المشروعات العامة، ذات الصبغة التجارية والصناعية، لا ينسجم مع المعنى الحقيقي لتلك الأنشطة، وأن تعبير المرفق العام، يعبر لفظا ومعنا عن المرافق الإدارية، وأن تعبير المشروع العام يعبر لفظا ومعنا عن الأنشطة التجارية والصناعية ذات الطابع الإقتصادي، مع هيمنة السلطة العامة رقابة وإشرافا على كلا النشاطين ؛ المرفق العام، والمرفق العام الإقتصادي"².

ولا يقصد بخضوع المشروع لهيمنة السلطة العامة مجرد خضوعه لرقابة وإشراف الإدارة التي تمارسه بما لها من سلطة البوليس أو الضبط الإداري، لأن هذا الخضوع لا تختص به المرافق العامة وحدها وإنما يشمل

1 - jeze ((g), les principes generaux du droit administratif. T.M 1990.p 7.

2 - زكي إمام عبد اللا، أثر تطبيق سياسات،الخصخصة على المرفق العام إقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2006، ص 21.

مختلف أوجه النشاط الفردي والمشروعات الخاصة، إنما المقصود هو سيطرة السلطة العامة على المشروع وتوليها لإدارته بطريق مباشر أو غير مباشر، فالمرافق العامة بيد وفيها تدخل الدولة إلى أبعد مدى، حيث تتولى إنشاء المشروع، وقد تتولى إدارته بنفسها أو تعهد بهذه الإدارة للأفراد أو الهيئات الخاصة وتشرف على تلك الإدارة¹.

الفرع الثاني معايير تمييز المرافق العامة الإدارية عن المرافق الاقتصادية

وقد جرت محاولات فقهية وقضائية لتمييز المرافق الإدارية عن المرفق الاقتصادية، إذ يعتمد البعض على شكل المشروعات أو مظهرها وإستند البعض الآخر إلى الطرق والأساليب التي تدار بها هذه المشروعات، ورأي فريق ثالث الرجوع إلى الغرض الذي أنشأ المرفق من أجله². وقد عدد الفقه عدة معايير للفرقة منها :

المعيار الأول : القانون الواجب التطبيق

يذهب البعض إلى القول بأن المرافق العامة الاقتصادية تتميز بخضوعها لأحكام القانون الخاص وهو قول مردود عليه بأن الأخذ به يؤدي إلى خضوع هذا النوع من المرافق العامة لقواعد القانون الخاص وهو اثر مترتب على طبيعته الصناعية والتجارية والتي يلتزم أن تحدد قبل أن نقرر خضوعه لتلك القواعد³.

إختلف الفقهاء بشأن التمييز بين المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة الاقتصادية، حيث يرى بعضهم أن المميز الرئيسي للمرافق الصناعية والتجارية ينحصر في خضوعها لأحكام القانون الخاص، ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنه يصادر على المطلوب، ذلك أن خضوع هذا النوع من المرافق لقواعد

1 - زكي إمام عبد اللا، المرجع السابق، ص 21.

2 - عبد الغني بسيوني، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 422.

3 - جار الله علي جار الله المري، رسالة دكتوراه بعنوان " النظام القانوني للمرافق العامة الاقتصادية دراسة مقارنة "، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2014، ص 37.

القانون الخاص، هونتيجة مترتبة على طبيعته الصناعية والتجارية التي يجب أن تحدد قبل أن نقرر خضوعه لتلك القواعد¹.

المعيارالثاني : الهدف إلى تحقيق الربح

يميز البعض المرافق العامة الإقتصادية بإستهداف الأرباح المادية وبمصول الدولة من ورائها على بعض الموارد المالية بيد انه يعاب على هذا المعيار أنه يشوبه اللبس وعدم الدقة. لأنه يخطيء من يقول بأن معيار التفرقة بين المرافق العامة الإدارية والمرافق الإقتصادية هو تحقيق الربح، فيكون - حسب القائل- المرفق مرفقا عاما إداريا إذا إستهدف تقديم خدمة عامة دون توخي هدف تحقيق الربح، بينما يعد مرفقا إقتصاديا إذا إستهدف هذا المرفق تحقيق الربح. والسبب في ذلك أن كثيرا من المرافق الإقتصادية التي قد تعود بخسائر على الدولة تتحملها خزانتها في حين توجد الكثير من المرافق العامة الإدارية التي تدر ربحا معقولا للدولة كالمتاحف الأثرية التي تدفع رسوم لدخولها، ومثل بعض وحدات المستشفيات العامة للعلاج عن طريق ما تتقاضاه أحيانا من رسوم مالية تفرضها على المنتفعين للإستفادة من خدماتها². ولذلك لا يوجد تعارض حتمي بين فكرة الربح وبين المرفق العام الإداري.

وذهب رأي آخر إلى أن الطابع المميز لهذه المرافق ينحصر في أن غرضها الأساسي أن تكون مصدر إيرادات للإدارة، وهذا المعيار رغم سهولته ووضوحه وتعبيره عن الحقيقة في معظم الأحوال، يشوبه اللبس وعدم الدقة، فتحقيق الربح أو احتمال تحقيقه هونتيجة لكون هذه المرافق تجارية أو صناعية، كما أنه ليس قاطعا في الدلالة على طبيعة هذه المرافق بدليل أنه ليس هناك ما يمنع الإدارة . على الأقل نظريا- من تحقيق أرباح عن طريق المرافق الإدارية فيما لو تقاضت مثلا رسوما مرتفعة³.

1 - Michel ROUSSET et Mohamed Amine BENABDALLAH, Le service public au Maroc, REMALD, Impremie E Maaref Al Jadida , Rabat , MOROC , n 119 Fevrier 2018.p245.

2 - ميادة عبد لقادر إسماعيل، التنظيم القانوني لخصخصة المرافق العامة بين الواقع والمأمول دراسة مقارنة، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 99.

3 - VEDEL G, Le Droit Administratif., Coll., THEMIS.1976. P 820

ويرى جانب آخر أن الطابع المميز لهذه المرافق يقوم على أساس النظر إلى طبيعة النشاط الذي يزاوله المرفق العام، بمعنى أنه لكي يعتبر المرفق العام ذا طبيعة إقتصادية وتجارية، يجب أن تكون الخدمات التي يؤديها المرفق مما يعتبره القانون الخاص تجاريا فيما لوقام به أحد الأفراد. ولقد تبني هذا الرأي كثير من كبار القانون الإداري، على رأسهم العميد بونار، والفقيه فالسن، والذي لا شك فيه أن هذا الرأي على الأقل أن هذا الرأي على الأقل من الناحية الفقهية هو أدق ما قدم في هذا الخصوص. ولكن القضاء الإداري ذا الطابع العلمي، لم يتقيد به باستمرار وذلك لأن بعض النشاط الذي تمارسه أعمال المرافق الإقتصادية لا يعتبر عند التحليل الدقيق مما يندرج في قائمة الأعمال التجارية بمدلول الفني¹.

ويلاحظ في هذا الصدد أن بعض الفقهاء يعطي أهمية لفكرة الربح: " حيث يمكن في جميع الحالات الإستهداء بفكرة احتمال تحقيق الربح، فالحقيقة أن فكرة الربح هذه، ولو أنها ليست من طبيعة المرافق العامة التي يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة، بصرف النظر عن النتائج المالية لإدارتها، إلا أنها تميز إلى حد كبير بين المرافق الإدارية والمرافق الصناعية والتجارية، فالأولى تكلف الدولة نفقات كبيرة في إدارتها، أما الثانية فإن نشاطها يأتي بموارد مالية، ويعلل وجه نظره بأن فكرة احتمال الربح هذه هي التي شجعت وتشجع الهيئات الإدارية - لا سيما المحلية - على الإكثار من هذه المرافق²

كما أن هناك جانبا من الفقه لا يؤيد هذا الرأي على أساس أن فكرة الربح يمكن أن تتحقق في المرافق الإدارية عندما تفرض الإدارة رسوما عالية على الخدمات التي يؤديها المرفق الإداري للأفراد أو أن يتم إنشاء إدارات إنتاجية داخل هذه المرافق تتولى أداء الخدمة بالمقابل³

المعيار الثالث : طبيعة النشاط

ويتمثل ذلك المعيار في القول بان المرافق العامة الإقتصادية تتميز بإحصار نشاطها الرئيسي المعتاد في أعمال تجارية أو صناعية مما يعتبره القانون الخاص تجاريا، فيما لوقام به احد الأفراد، وذلك نظرا لقيام

Michel ROUSSET et Mohamed Amine BENABDALLAH, Le service public au Maroc, op cit.p 246

2 - محمد فؤاد عبد الباسط، نشاط الإدارة ووسائلها، دار النهضة العربية، مصر، 1985، ص31،

3 - مصطفى محمود عفيفي، الوسي في مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن، ص 154،

المرافق المذكورة بنشاط يماثل نشاط امشروعات الخاصة ذات الصبغة الإقتصادية، في ظل ظروف تماثل الظروف التي تعمل فيها هذه المشروعات الخاصة¹.

وهذه هوالمعيار الراجح، ذلك ان نشاط المرافق العامة الإقتصادية يتميز بصفته التجارية أوالصناعية أوالمالية أوالزراعية، وبواسطته تتمكن الدولة من إقتحام المجال الإقتصادي الذي كان وقفا على النشاط الفردي².

ولذلك من الأفضل الأخذ بمعيار موضوعي يتمثل في طبيعة الخدمة أوالنشاط الذي يقوم به المرفق، فالمرفق الذي يقوم بتقديم خدمة ذات طبيعة إدارية تمثل مرفقا عاما إداريا، أما المرافق الإقتصادية فإنها تقوم بشاط إقتصادي أو تجاري يشبه إلى حد كبير ما يقوم به الأفراد العاديون³.

ولذلك غالبا ما يستبعد تدخل الأفراد أو مشاركتهم في المجال الإداري للدولة، فمن الطبيعي أن تقوم الدولة بإدارة مرفق الدفاع والقضاء والبوليس والضرائب، وايضا القيام بضبط العملة أ فلا تنتظر أن يتم ذلك من قبل الأفراد حيث أن ذلك لا يعود عليهم بفائدة أرباح⁴.

بيد أن الإتجاه الذي وجد قبولا لدى غالبية الفقه هو الذي يحدد المرافق على أساس طبيعة النشاط الذي تضطلع به هذه المرافق، لأنه إذا كان نشاطها الرئيسي يتسم بالطابع التجاري أوالصناعي أوالعمليات المتعلقة بهذا النشاط فإنها تعتبر مرافق عامة إقتصادية كمرافق المياه والغاز والنقل⁵.

1 - جار الله علي جار الله المري، رسالة دكتوراه بعنوان " النظام القانوني للمرافق العامة الإقتصادية دراسة مقارنة "، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2014، ص 38

2 - يلاحظ أن كثيرا من الفقه الفرنسي تبنى هذا المعيار كالفقيه فلين، و العميد بونار، الذي كان يعتنق معيار الربح، ثم عدل عنه وأيد هذه المعيار، جار الله علي جار الله المري، المرجع السابق، ص 38

3 - ميادة عبد لقادر إسماعيل، التنظيم القانوني لخصخصة المرافق العامة بين الواقع والمأمول دراسة مقارنة، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 100

4 - ميادة عبد لقادر إسماعيل، المرجع السابق، ص 100

5 - عبد الغني بسيوني، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 422.

وبذلك يمكن تعريف المرافق العامة الإقتصادية بأنها المشروعات التي تقوم بنشاط تجاري أو صناعي مماثل لنشاط الفراد والهيئات الخاصة وتدار بأساليب إدارة المشروعات الخاصة مع توفر الخصائص المميزة للمرافق العامة، وخضوعها لقواعد القانون العام والقانون الخاص معا.¹

ولعل أكثر المعايير شيوعا هو ما نادى به الفقيه CHAVANON ويقوم هذا المعيار على أساس طبيعة النشاط الذي يزاوله المرفق العام، بمعنى أنه لكي يعتبر المرفق العام ذا طبيعة إقتصادية وتجارية يجب أن تكون الخدمات التي يؤديها هذا المرفق مما يعتبره القانون الخاص تجاريا فيما لوقام به أحد الأفراد.² ولقد تبنى هذا الرأي الكثير من كبار فقهاء القانون الإداري الفرنسي، على رأسهم العميد بونار والفقيه فالن، ويرى الدكتور سليمان الطماوي - رحمة الله عليه - أن هذا المعيار على الأقل من الناحية الفقهية هو أدق من ما قدم في هذا الخصوص.³

بيد أن القضاء الإداري الفرنسي ذا الطابع العملي لم يتقيد بهذا المعيار باستمرار، ذلك لن أوجه النشاط الذي تمارسه المرافق الإقتصادية والتجارية لا يعتبر عند التحليل الدقيق مما يندرج في قائمة الأعمال التجارية بمدلولها الفني.

يقوم هذا المعيار على عنصرين الأول موضوعي ويتعلق بطبيعة النشاط الذي تزاوله الإدارة إذ ينبغي أن يكون هذا النشاط صناعيا أو تجاريا بطبيعته، والثاني شخصي يقوم على تنظيم والإدارة المرافق التي تزاول النشاط الصناعي والتجاري.

إذ تخضع المرافق المذكورة لقواعد القانون العام، وذلك بوصفها مرافق عامة تتمتع ببعض إمتيازات السلطة العامة، أما فيما عدا ذلك فإن الإختصاص للمحاكم القضائية العادية والقانون الذي يطبق هو القانون الخاص، أيا كان الأمر؛ فإن الفقه الإداري يتجه في الوقت الحاضر إلى القول بضرورة إنحسار

1 - عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص 422.

2 - حسن رمضان حسن، عن فلسفة الخوصصة و أثرها على نظرية المرفق العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 2008، ص 89

3 - عبد الحفيظ الشيمي، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2014، ص 357.

قواعد القانون العام عن المرافق العامة الإن وإخضاع الإقتصادية وإخضاع الجانب الأكبر من نشاطها إلى القانون الخاص¹.

والمعيار الثاني الذي يلقي تأييدا من غالبية الفقه والقضاء المصري هو استخدام وسائل القانون العام، فإذا كان المرفق يستخدم وسائل القانون العام مثل إصدار قرارات ملزمة للأفراد دون رضاهم وحق توقيع جزاءات على المتعاقدين معه، وحق فسخ العقد بالإرادة المنفردة وغيرها من أساليب القانون العام فنحن بصد مرفق عام إداري، أما إذا إستعملت المرافق الوسائل العادية الموجودة في نظم القانون الخاص وتعاملت معه معاملة الأفراد العادية فنكون بصدد مرافق عامة إقتصادية وبذلك تحقق المعيارين ضروري لتميز هذه المرافق ومعرفة ما إذا كانت مرفق عام إداري أم مرفق عام إقتصادي²

أما موقف مجلس الدولة الفرنسي من معيار تمييز المرافق الإقتصادية والتجارية: أقر مجلس الدولة الفرنسي، في حكمه الهام الصادر في 16 نوفمبر 1956 في قضية UNION SYNDICAL DES INDUSTRIE AERONAUTIQUES، أن إضفاء الصبغة الإقتصادية والتجارية على المرفق العام، تقوم على ثلاثة عناصر

- 1- محل المرفق
- 2- مصدر موارد
- 3- أوضاع تسيير

وقد إنضمت محكمة التنازع الفرنسية صراحة إلى هذا المعيار في حكمها الصادر في 20 جانفي 1986 في قضية SA RABLOT. ويلخص لنا الدكتور الطماوي هذا المعيار في أن القضاء الإداري لا يعتبر المرفق إقتصاديا أو تجاريا إلا إذا شابه المشروعات التجارية من ثلاث نواح : محله، مصدر تمويله، وأوضاع تسييره.

فمن حيث محل المرفق : يضع المجلس في إعتبره العمليات والإجراءات التي ينفذ بها أهدافه، وأحيانا تكون المماثلة بين نشاط المرفق الإقتصادي والمشروعات الخاصة واضحة، ومن حيث مصدر

1 - جار الله علي جار الله المري، المرجع السابق، ص 39

2 - ميادة عبد لقادر إسماعيل، المرجع السابق، ص 100

التمويل وهو العنصر الأكثر إنضباطا ومقتضاه يعتبر المرفق إقتصاديا وتجاريا إذا كان يقدم خدمات للمنتفعين مقابل أجر، وعلى العكس من ذلك إذا إعتد المشروع في تمويله أو الغائب منه على الضرائب والرسوم فإنه يعتبر مرفقا إداريا.

ومن حيث أوضاع تسيير المرفق : فإن المشرع قد إستبعد الطابع الصناعي والتجاري عن المشروع العام، ومن أوضح الدلائل على ذلك ما قرره مجلس الدولة في الماضي عن الطريقة التي حدد بها المشرع رسوم الإنتفاع بخدمات المشروع التي إذا حددتها يجب ألا تتجاوز النفقات الفعلية فإنه يكون قد كشف عن نيته الدالة على إعتبار المرفق إداريا¹.

تدل غالبية الأحكام الحديثة الصادرة من مجلس الدولة ومحكمة التنازع الفرنسيين على أن القضاء الإداري يستنير في تحديد المرافق الإقتصادية بمعيار ذي شقين، شق موضوعي : ويتعلق بطبيعة النشاط الذي تزاوله الإدارة إذ يتعين أن يكون هذا النشاط صناعيا أو تجاريا بطبيعته، فالمهم أن يخصص موضوع النشاط في عمل صناعي أو تجاري وليس من الضروري إلتزام معيار القانون التجاري في هذا الخصوص، بل يكفي كما يقول البعض أن يتصل نشاط المرفق بالإنتاج والتوزيع، ويدخل في مجال هذا المدلول النشاط الزراعي والصناعات الإستخراجية².

شق شخصي : يضع في المقام الأول رغبة الإدارة الأكيدة في تنظيم وإدارة المرفق الذي يزاول النشاط المحدد في الشق الموضوعي، وإنما يجب أن تكشف الإدارة رغبتها في إخضاعه للنظام القانوني المقرر للمرافق التجارية والصناعية، وتؤكد هذه الرغبة عندما تتولي الإدارة تسيير المشروع في ظروف وأساليب مماثلة للمشروعات الخاصة، لأنها تستطيع من ناحية أخرى أن تستخدم في إدارة المرفق الصناعي والتجاري وسائل القانون العام، فتطبق عليه أحكام القانون الإداري الخاصة بالمرافق الإدارية عندما تلجأ في إدارته إلى الوسائل الإستثنائية وغير المألوفة التي يتميز بها القانون العام، ومن هنا يخرج المرفق الذي تطبق في شأنه الوسائل الإستثنائية التي يتميز بها القانون العام من عداد المرافق الصناعية

1 - سليمان محمد الطماري، الوجيز في القانون الإداري، طبعة 1992، ص 362.

2 - زكي إمام عبد اللا ، المرجع السابق ، ص 25

والتجارية. ويعتقد جانب من الفقه أن كل ما فعله هذا القانون هو محاولة تجميع المعايير الفقهية السابقة وترتيبها وتقسيمها علمياً¹.

كما أن التمييز من الناحية العملية بين مرفق تقليدي أو إداري ومرفق ذي طبيعة تجارية أو صناعية مسألة معقدة لدرجة أن المؤسسة أو الهيئة الواحدة يمكن أن تضم الصفتين، وأن شخصاً معنوياً عاماً بالمعنى الدقيق كالمؤسسة العامة يمكن أن يدير مرافق ذات طبيعة إقتصادية، ولهذا لا بد من أن نحدد طبيعة كل تصرف يصدر من هذه المؤسسة أو الهيئة، وما إذا كان يتعلق بأنشطة إدارية أم أنشطة إقتصادية².

المطلب الثاني : الموقف من خصوصية المرافق الدستورية

سيتم التطرق في هذا المطلب أنواع المرافق العامة الدستورية مدي قابليتها للخصوصية

الفرع الأول : المرافق الدستورية السيادية

الفرع الثاني : المرافق الدستورية غير السيادية

الفرع الأول : المرافق الدستورية السيادية

وقد اطلق عليها المجلس الدستوري الفرنسي " إصطلاح المرافق العامة الدستورية " في حكم الشهر 25-26 يونيو 1986 حيث أن هذه المرافق تستمد أهميتها من قواعد دستورية، وهذه هي المرة الأولى التي ظهرت فيها فكرة المرافق الدستورية³. وقد اطلق عليها البعض فكرة المرافق العامة السيادية نظراً لأنها تضطلع بوظائف ترتبط بسيادة الدولة⁴.

1 - زكي إمام عبد اللا، المرجع السابق، ص 25.

2 - سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق ، ص 215،

3- ميادة عبد القادر إسماعيل، المرجع السابق ، ، ص 109.

4 - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، ط 2000، 45، ميادة عبد القادر إسماعيل، التنظيم القانوني لخصوصية المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، ص 109

وتعد هذه المرافق الدستورية من المرافق التي لا يجوز خصصتها كما أوضح المجلس الدستوري الفرنسي حيث أن هذه المرافق بجوهر فكرة الدولة لما لها من سيادة، ونظرا للدور البالغ الأهمية لهذه المرافق والتي لا يستطيع الأفراد الإضطلاع بأعبائها فقد عهد بها إلى الدولة نفسها للقيام بها وعدم جواز تفويض أي شخص بأعباء هذه المرافق¹.

برز مفهوم المرافق العامة الدستورية les services publics constitutionnels بشكله الإصطلاحي لأول مرة من خلال قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 207 لعام 1986 الذي عدّ هذه المرافق هي التي تستمد ضرورة وجودها وقيمتها من المبادئ والقواعد الدستورية². وقد إستمر المجلس الدستوري الفرنسي بتوصيف هذه المرافق بعبارات مثل " المرافق العامة التي يتطلب الدستور وجودها وتشغيلها³، او المرافق العامة التي تجب أساسها في الأحكام ذات الطبيعة الدستورية.

وتبدو إرهاصات هذا المصطلح بادية بشكل واضح من خلال الرأي الإستشاري للجنة القانون التابعة للجمعية الوطنية الفرنسية الذي ميز ومنذ عام 1980 بين الوظائف السيادية للدولة التي أسماها مهام الدولة التي يقوم بها موظفو الدولة حصرا، وبين المرافق العامة الأخرى التي يجوز تفويضها لمشتغلين بالقطاع الخاص⁴.

1 - ميادة عبد القادر إسماعيل، المرجع السابق، ص 109

إبراهيم يوسف هرموش، القيود الدستورية الموضوعية للخصخصة، مجلة جامعة دمشق للعلوم 2 C,C, 25 -26 juin 1986 rec, p61 الإقتصادية والقانونية، المجلد، 29، العدد الثاني 2013، ص 373

3- CC Décision n° 96 – 375 DC. 09 avril 1996 revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger ,1996.pp 1147.

4- avis n °b1296 de la commission des lois de l'assemblée nationale sur le projet de lois de finances pour 1980. Dans, Delvolvé, Pierre, La Privatisation du service de l'état, Pouvoirs, Vol 2, n° 117, 2006, p 113.

إبراهيم يوسف هرموش، المرجع السابق ، ص 373.

والمرافق العامة الدستورية هي المرافق العامة ذات الطابع الوطني الشامل التي تقوم بسد الحاجات الضرورية والعامة التي يجب أن تستمر في عملها، وإلا تهدد بقاء الدولة ذاتها للخطر، مما يعني وجوب بقائها تحت لواء الإدارة العامة، ضمانا لحسن إستمرارها في أدائها لعملها، من دون توقف أوتعثر¹.

وهي أيضا المرافق العامة التي ترتبط إرتباطا عضويا بكيان الدولة وبشخصيتها القانونية، ومن ثم فإن ليس كل مرفق عام يمكن أن يكون دستوريا، وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم 380 لعام 1996، أن مفهوم المرفق العام الدستوري أضيق من مفهوم المرفق العام الوطني ولذلك فإن مرفق الإتصالات مرفق وطني ولكنه ليس دستوري. وقد اشارت محكمة العدل الأوروبية ومنذ عام 1980، إلى هذا النوع من المرافق الذي ينطوي على إتصال مباشر اوغير مباشر، بممارسة سلطة عامة، والوظائف التي صممت لحماية المصالح العامة للدولة والتي يجب أن تبقى، وطنية، وملكا للعامة، وفي متناول جميع المواطنين في دول الإتحاد الأوروبي².

وعلى الرغم من وضوح مفهوم المرافق العامة الدستورية إلا أن بعض الفقه يؤكد بأن المفهوم ما زال ضبابيا وغير ملموس³، ومهما يكن، إن المرافق العامة الدستورية تنقسم إلى مرافق تتعلق بالوظائف المرتبطة بسيادة الدولة، مثل الدفاع القضاء العلاقات الدولية والشرطة والضرائب، ومرافق لا ترتبط بسيادة الدولة مثل التعليم والصحة⁴.

وهي المرافق العامة التي نص عليها الدستور ومنح الدولة وحدها حصرية القيام بمهامها، ومن ثم فإن المستحيل بحكم الدستور قيام الدولة بخصوصية هذه المرافق المندمجة إندماجاً كلياً بشخصيتها القانونية وسنعرض فيما يأتي لأهم المرافق العامة الدستورية السيادية.

أولا : مرفق الجيش والقوات المسلحة

1 - محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 25.

2 - C.C.Decision n 96-380 DC du 23 juillet 1996 journal officiel du 27 juillet 1996 ;p 11408 recueil.p 107.

3 - إبراهيم يوسف هرموش، المرجع السابق، ص 373.

4 - محمد عبد اللطيف، الإتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الإقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 18.

وهومن أهم المرافق المرتبطة إرتباطا عضويا بسيادة الدولة، ولذلك فإننا نجد أن معظم الدساتير العالمية تنص على ضرورة قيام الدولة وحدها بمهام هذا المرفق، إذ تنص المادة 20 من الدستور الفرنسي لعام 1958، على أن توضع القوات المسلحة تحت تصرف الحكومة، برئاسة رئيس الجمهورية المادة 15، وهو امر طبيعي ومنطقي لأنها رمز من رموز السيادة الوطنية التي يشدد الدستور الفرنسي في المادة 03 منه على أنه " لا يجوز لأي فئة من الشعب أوأي فرد أن يسوغ لنفسه حق ممارسة السيادة الوطنية"¹.

كما تعطي الفقرة الثامنة من المادة الأولى لدستور الولايات المتحدة الأمريكية الحق الحصري للكونغرس الأمريكي في إنشاء الجيوش وتأمين نفقاتها، وتكوين قوة بحرية للتكفل بها ووضع قواعد لإدارة القوات البرية والبحرية وتنظيمها، أما للدستور المصري فقد تضمنت المادة 180 منه على أن " الدولة وحدها هي التي تنشئ القوات المسلحة وهي ملك للشعب

أما في الجزائر فقد سمى الدستور مؤسسة الجيش بالجيش الوطني الشعبي إذ نصت المادة 25 منه - الدستور الجزائري 1996- " تتمثل المهمة الدائمة للجيش الوطني الشعبي في المحافظة على الاستقلال الوطني والدفاع عن السيادة الوطنية. كما يضطلع بالدفاع عن وحدة البلاد، وسلامتها الترابية، وحماية مجالها البري والجوي، ومختلف مناطق أملاكها البحرية. إضافة إلى نص المادة 77 من الدستور في الفقرة الاولى : هوالقائد الأعلى للقوات المسلحة للجمهورية

وقد أشار المؤسس الدستوري إلى أن مؤسسة الجيش الوطني الشعبي هي امتداد لجيش التحرير الوطني الذي حرر الجزائر من قيود الإستعمار الفرنسي بعد ثورة الفاتح نوفمبر 1954 إلى غاية 05 جويلية 1962. غير أنه لم يتناول مؤسسة الجيش كمؤسسة دستورية كباقي المؤسسات الدستورية² الأخرى ولم يتطرق إلى طرق إنشائها أوأنها ملك للشعب كما نصت بعض الدساتير الأخرى.

1 - وبالسبب نفسه نجد أن المادة 87 من القانون الأساسي الألماني تنص بأنه على الدولة الإتحادية أن تؤسس قوات مسلحة لأهداف الدفاع. وكذا تنص الفقرة الثانية من المادة الثانية، من دستور الولايات المتحدة الأمريكية، التي تضع الجيش الأمريكي تحت قيادة رئيس الجمهورية " يكون الرئيس قائدا أعلى لجيش وبحرية الولايات المتحدة، والمليشيات مختلف الولايات".

2 - إذ يرى الأستاذ بوحنية قوي من خلال مقاله الجيش الجزائري والدستور.. أية علاقة؟، صادرة عن مبادرة الإصلاح العربي. نشر في 17\06\2015 أن مؤسسة الجيش الشعبي الوطني مؤسسة فوق الدستورية بقوله " يشير مفهوم الدستورية إلى المنظومة القانونية التي يُركن إليها لمعرفة مدى دستورية وقانونية الهيكل التنظيمي والممارسة المشروعة لكيان ما. في حين تشير المبادئ فوق الدستورية إلى أحد معنيين؛ إما أن

وبناء على تقدم، الأصل العام أنه لا يجوز أن يكون مرفق الدفاع محلاً للخصوصية، لكن قد رصدت حالات تفسر على أنها خصوصية لبعض مهام الجيش، فإدارة الجمعيات العسكرية les circles militaires يعهد بها إلى جهات متميزة، وإن لم تكن طبيعتها محددة بوضوح. أو إلى شركات عسكرية خاصة بالأمن مثل التي شاركت في كثير من الدول الإفريقية كشركة (صن رايز) البريطانية، التي منحها وزارة الخارجية البريطانية ترخيصاً للمشاركة في أحداث (سيرالون)، وشركة إكسكتف آوتكمز (EXECUTIVE OUTCOMES) والتي سعى الإتحاد الأفريقي من قبل لاستخدامها في بعض مناطق النزاعات الأفريقية¹.

وتفويض مهام الجيش للشركات الخاصة كما حدث في العراق مع شركة بلاك ووتر الأمريكية. حيث ومنذ الغزو الأمريكي للعراق في مارس/ آذار 2003، كلفت هذه الشركة التي يعمل فيها آلاف الحراس المسلحين من مختلف الجنسيات بحماية الحاكم الأمريكي السابق بول بريمر والسفيرين السابقين جون نيغروبونتي وزلماي خليل زاد والسوم راين كروكر. كما تتولى بلاك ووتر أمن الدبلوماسيين وكبار الشخصيات التي تزور العراق .

وقد أبرمت الشركة عقوداً بلغت قيمتها مئات ملايين الدولارات مع وزارة الدفاع الأمريكية (البنتاغون) إثر الحرب على العراق. وتستخدم الشركة التي تتخذ من ولاية كارولينا الشمالية مقراً لها رعايا أميركيين معظمهم خدموا في القوات الخاصة بالجيش الأمريكي. وقد أسسها عنصر سابق في القوات الخاصة البحرية الأمريكية عام 1997².

المؤسسة لا تخضع للمساءلة أمام المؤسسات الدستورية، وفي هذا تغيب لعناصر الشفافية والعدالة ودولة القانون، أو أنّ المؤسسة منزهة عن أي رقابة دستورية قبلية أو بعدية لاعتبارها تشمل عناصر الكمال والانسجام القانوني والدستوري، وكونها تمتلك مقومات تصحيح مساراتها وأدائها بشكل أوتوماتيكي. وبهذا المعنى فإنّ المؤسسة العسكرية الجزائرية، كمؤسسة فوق الدستور، تشير إلى كونها لا تخضع للمساءلة وهي معفاة من كل معايير المحاسبة باعتبارها تسمو وفق هذا الاتجاه على جميع القوانين والدساتير.

<http://www.alarab.co.uk/m/?id=549>

1- الطيب الهادي، هل بدأ عصر (الجيش الخاصة) و (شركات المرتقة) في السودان؟ صحيفة الركوبة الإلكترونية بتاريخ الأحد، 05 آب/أغسطس 2012، 13:00، alrakoba.net/posts/398184013570619.

2- <http://www.aljazeera.net/news/arabic/2007/9/18/> - شركات بلاك ووتر الأمنية في العراق

ثانيا :مرفق الشرطة " البوليس " :

ويعد من أهم المرافق الدستورية السيادية لأنه يتضمن عمليات السلطة العامة، وينطوي على عنصري الأمر والإخضاع المطلقين، ولذلك فهو يرتبط مباشرة بسيادة الدولة، ولا يمكن القيام بمهامه إلا من جانبها¹، وقد عبر مجلس الدولة الفرنسي عن هذا المبدأ بشكل حاسم ومستقر، في العديد من احكامه، وخاصة في حكمه المبدئي الصادر في قضية (Ville de castelnaudary)، حين رفض المجلس العقد الذي أسندت بموجبه مدينة castelnaudary، بعض إختصاصات الضبط الإداري إلى شركة خاصة، مقررًا أن "..... مرفق الشرطة -بطبيعته- لا يمكن أن يسند إلا للموظفين الموضوعين تحت السلطة المباشرة للإدارة..."²، كما أدان المجلس العقد الذي يمنح لأحد الأفراد سلطة تنظيم صيد السمك في إد دى البحيرات، كما كرر المجلس موقفه حديثًا عندما قضى ببطلان عقد عهدت بموجبه الإدارة إلى متعاقدتها سلطة تنظيم الوقوف على الطريق العام³.

وقد كرس المجلس الدستوري مبدأ الطبيعة الدستورية لمرفق الشرطة، وعدم إمكانية خصوصته أوحى تفويضه للقطاع الخاص، من خلال قراره الصادر حديثًا بتاريخ 10 مارس 2011، حين عد القانون الذي يسمح لمشغلين من القطاع الخاص بتنفيذ عمليات المراقبة الإلكترونية والرصد الفوري للمباني والمرافق العامة والطرق العامة السريعة، وتشغيل أنظمة الدوائر التلفزيونية المغلقة في القطاع العام ومشاهدة هذه الصور وعرضها بالنيابة عن الجهات العامة، هو قانون مخالف للدستور، لأنه يخول هؤلاء ممارسة مهام ذات صلة بسيادة الدولة كما أنه ينطوي على تجاهل للمتطلبات المتصلة بالحماية الدستورية للحرية الفردية والخصوصية، ويضيف قرار المجلس بأنه " وبموجب المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر بتاريخ 26،08،1798، فإن ضمان حقوق الإنسان والمواطن يتطلب قوة

1 - مهند نوح مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2001، ص46

2 - C.E 17-6-1932 Dalloz 3.1932.p26

جورج فوديل، بيار ديلفولفيه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2001، ص 483.

3 - إبراهيم يوسف هرموش، المرجع سبق ذكره، ص 376.

عامة يتم إنشائها لمصلحة الجميع، لا صالح هؤلاء الذين أوكلت إليهم، وبالتالي،، فإن تفويض المشغلين الخاصين بهذه المهام من شأنه تمكينهم من ممارسة مهام الشرطة الإدارية المرتبطة بالسلطة العامة والتي تعتبر حيز الزاوية في حماية حقوق جميع الأفراد¹.

ومرفق البوليس أو الشرطة فهويئة نظامية مدنية اي تنشؤه الدولة كما أن رئيس الدولة هو الرئيس الأعلى لهيئة الشرطة²

أما في الجزائر، وقد تم تحويل جهاز الشرطة إلى السيادة الوطنية بموجب مرسوم 22 جويلية 1962 لتخلف المديرية العامة للشرطة الوطنية الفرنسية بعيد الإستقلال مباشرة. وفي سنة 1963 وبموجب المرسوم 36-365³ تم إنشاء هيئة وطنية مكلفة بالأمن تابعة لوزارة الداخلية، ثم إلحقت هذه الهيئة بمديرية عامة للهيئة الوطنية للأمن تابعة لرئاسة الجمهورية بموجب المرسوم 65-472⁴، ثم وفي نفس السنة أحييت السلطة الرئاسية لهذه الهيئة من رئاسة الجمهورية وأعيدت غلى وزارة الداخلية بموجب

1- CC Decisin n °2011-625 DC.10 mars 2011.journal officiel du 15 mars 2011. p 48630 إبراهيم يوسف هرموش، القيود الدستورية الموضوعية للخصخصة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني، 2013، ص 376.

وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الدستوري الفرنسي قد عد بأن تركيب السلطات العامة لأنظمة المراقبة بالفيديو وتوفير نقل وتسجيل الصور المتقطعة على الطرق العامة المستخدمة من قبل السلطات العامة لحماية المباني والمرافق العامة والمناطق المحيطة بها والتنظيم حركة المرور وضبط إنتهاكات قانون السير أو لمنع وقوع ضرر على أمن الأشخاص والممتلكات في المناطق المعرضة للخطر وبشكل خاص للإعتداء أو للسرقة، ليس من شأنه المساس بالحريات التي يحميها الدستور، أنظر قرار مجلس الدستوري الفرنسي :

CC Décision n 94-352 DC ;18 JANVIER 1995 ;JOURNAL OFFICIEL DU 21 JANVIER 1995. P 1154 ;RECUEIL ;P 170

2 - المادة 148 من الدستور المصري، ميادة عبد القادر إسماعيل، التنظيم القانوني لخصوصة المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، ص 110
3 - décret n° 63-365 du 17 septembre 1963 portant création d'un corps national de sécurité. Journal Officiel n 67. p 970.

4 - المرسوم 65-72 المؤرخ في 11 مارس 1965 المتعلق بإنشاء مديرية عامة للهيئة الوطنية للأمن برئاسة الجمهورية، الجريدة الرسمية رقم 31 المؤرخة 11 مارس 1965، ص 362

المرسوم 65-185¹. والسبب في ذلك التغير في هرم السلطة السياسية في الجزائر على إثر الانقلاب الذي قاده الهواري بومدين على الرئيس بن بلة بتاريخ 19 جوان 1965 أو ما يسمى بالتصحيح الثوري. أما الآن يقود جهاز الشرطة المديرية العامة للأمن الوطني (Direction générale de la Sûreté nationale وإختصاراً DGSN وهي تقوم بقيادة الجهاز تحت رعاية وزارة الداخلية تقوم الشرطة الجزائرية² وموكل لها مهمة حفظ الأمن والنظام العام بالمدن الجزائرية الكبرى والمناطق الحضرية بالإضافة إلى ضمان حماية الاشخاص والممتلكات وكذا التحقيق في الجرائم والقبض على الجناة، كما تؤدي مهام الشرطة الروتينية الأخرى كمرقبة حركة المرور.

ثالثاً : مرفق القضاء

تعد السلطة القضائية إحدى السلطات الرئيسية في الدولة المعاصرة، إلى جانب السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، وهي مظهر من مظاهر هيبتها وسلطته العامة، ولذلك فإن مرفق القضاء يعد من المرافق الدستورية السيادية في الدولة الذي نصت عليه معظم الدساتير العالمية وضمنت إستقلالته عن باقي سلطات الدولة وأجهزتها، وفي هذا الإطار، فإننا نجد أن المادة 64 من الدستور الفرنسي لعام 1958، تنص على أن رئيس الجمهورية هو حامي إستقلال السلطة القضائية ويساعده في ذلك مجلس أعلى للقضاء " كما أن المادة الثالثة من دستور الولايات المتحدة الأمريكية، تؤكد أن مرفق القضاء هو من صميم إختصاص السلطة العامة، عندما تنص على أنه " تناط السلطة القضائية في الولايات المتحدة بمحكمة عليا واحدة، وبمحاكم أدنى درجة كما يرثي الكونجرس، وينشأه من حين لآخر،... "

1 - المرسوم 65-180 المؤرخ في 12 يوليو 1965 المتعلق بالهيئة الوطنية للأمن، الجريدة الرسمية رقم 58 المؤرخة 13 يوليو 1965. ص 832.

2 - تم تصنيف الشرطة الجزائرية في المرتبة الخامسة عالمياً من قبل [الأنتربول](#) كأحسن شرطة .والسادسة عالمياً من حيث عدد الأفراد مقارنة بعدد السكان من قبل وكالة بلومبرغ الأمريكية.

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B4%D8%B1%D8%B7%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D8%AC%D8%B2%D8%A7%D8%A6%D8%B1

وفي السياق نفسه، تنص المادة 165 من الدستور المصري على أن " السلطة القضائية مستقلة، تتولاها المحاكم على إختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر احكامها وفق القانون "، كما تشير المادة 166 إلى أن القضاء مستقلون.. ولا يجوز لأي سلطة التدخل في القضايا أو في شؤون العدالة".

ونفس النهج إنتهجه المشرع الدستوري الجزائري في دستور 1996¹ بموجب المادة 136 " السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون " كما أكدت المادة 145 كذلك إستقلالية القضاء وإلزامية تنفيذ أحكامها بقولها " على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم، في كل وقت في كل مكان، وفي جميع الظروف بتنفيذ أحكام القضاء "

مما سبق نستنتج، أن مرفق القضاء هو من أهم المرافق العامة الدستورية التي تتمتع بحماية دستورية صارمة، نظرا إلى إرتباطها العضوي بشخصية الدولة القانونية.

أما مرفق السجون، فإن النظرة الحديثة هي أنه من الصعب الحاقه بالشرطة، وأنه يجب التمييز بين الحكم بالعقوبة *prononce des peines* وهي وظيفة ترتبط بسيادة الدولة، ولا يجوز خوصصتها، وبين تنفيذ العقوبة *exécution des peines* وهي وظيفة لا ترتبط بسيادة الدولة، فيجوز خوصصتها. وفقا لقانون 12 يونيو 1987 في فرنسا أن يعهد بإدارة السجون إلى أشخاص القانون العام أو الخاص، فيما عدا وظائف القيادة والرقابة والإدارة، وذلك وفقا لنظام التصريح².

رابعا : المرفق الضريبي أو مرفق الضرائب

ويعد المرفق الضريبي - بطبيعته - من المرافق العامة الدستورية السيادية، لأنه من اهم الوسائل التي تستخدمها الدولة في سبيل تمويل أجهزتها ونشاطاتها العامة وتقديم خدمات لعموم المواطنين، ومن ثم فهو من المرافق التي لا يمكن للدولة خوصصتها والتخلي عنها، لأن من شأن هذا التخلي حرمانها من مصدر مالى هام جدا، فضلا عن أن من شأنه الإخلال بمبدأ المساواة أما الأعباء العامة³ الذي قرره

1 قد خصص المؤسس الدستوري الفصل الثالث من الدستور الجزائري للسلطة القضائية من المواد 138 إلى المواد 158

2 - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، ص 76.

3 Delvolvé p le principe d'égalité devant les charges publique ; these ;L ,G,D,J ; PARIS 1969 , PP 91 -92.

المادة 13 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، للحفاظ على القوة العامة، ولتوفير النفقات الإدارية، فإن الضريبة العامة امر لا غنى عنه، ويجب ان توزع بالتساوي بين جميع المواطنين كل بحسب قدرته على الدفع.

وقد عادت ديباجة دستور عام 1946 لتأكيد هذا المبدأ، عندما نصت في فقرتها الثانية عشر أن الأمة تنادي بالتضامن والمساواة بين كل المواطنين الفرنسيين في تحمل الأعباء الناجمة عن الكوارث الوطنية، وضمنان لهذه المساواة فقد أكدت المادة 34 من الدستور الفرنسي لعام 1958، ان القانون هو الذي يحدد القواعد المتعلقة بأساس فرض الضرائب مهما تكن طبيعتها ونسبها وكيفيات تخليصها، وقد رسخ المجلس الدستوري الفرنسي دستورية تدخل المشرع في تنظيم السلطة الضريبية، عندما عد ان مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة لا يمنع السلطة التشريعية من ممارسة صلاحياتها المستمدة من المادة 34 من الدستور.. وبالتالي تقليل العبء الواقع على كاهل بعض دافعي الضرائب، من خلال خصم قانوني جزئي ومحدود ومتدرج للضريبة¹. كما أن هذا المبدأ لا يمنع المشرع من وضع رسوم محددة هدفها تشجيع دافعي الضرائب على التصرف وفقا لأهداف المصلحة العامة أولتشجيع الشركات والنشاط الإقتصادي وخلق فرص العمل².

وفي هذا السياق يؤكد الدستور المصري أيضا أهمية الضريبة العامة من خلال عدها واجبا يجب أدائه، إذ تنص المادة 61 من الدستور المصري على أن " أداء الضريبة والتكاليف العامة واجب وفقا للقانون".

1- CC Décision n° 93-320 DC ,21 juin1993 ,journal officiel du 23 juin 1993 , p 8869 recueil p 146

إبراهيم يوسف هرموش، القيود الدستورية الموضوعية للخصخصة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 29 العدد الثاني، 2013، ص 376.

2- CC Décision n° 98-405 DC ,29 decembre1998 - article 7- ,journal officiel du 31 decembre 1998 , p 20138

CC Décision n° 2011-638 DC , 28 juillet 2011. - article 13- ,journal officiel du 28 juillet 2011, p 13001.

ومرفق الضرائب الذي يعد تقليدياً من المرافق السيادية، وهذا ما يؤكد المجلس الدستوري في حكم له تحصيل الضريبة لا يكون إلا بواسطة مرافق أو هيئات توضع تحت سلطة الدولة أوقابتها¹ وبالتالي يميز هذا الحكم تحصيل الضرائب بواسطة هيئات تخضع لإشراف الدولة ورقابتها"

وهذا الأمر لا يوجد في مصر ولا في الجزائر، حيث لا يوجد شركات خاصة تقوم نيابة عن الدولة بتحصيل الضرائب على الرغم من أن هذا الأمر يميزه بعض الفقه في مصر، حيث يجدون أن ذلك سبيل لرفع الكفاءة والفاعلية لجهاز التحصيل في حين يرى البعض أن تحصيل الضرائب من المرافق السيادية والتي تحتاج للقوة الجبرية وهي لصيقة بالسلطة العامة².

وإلى جانب ذلك مرفق صك العملة وأيضاً العلاقات الدولية التي تعد التعبير الأقوى عن فكرة سيادة الدولة الخارجية وأكد عليها الدستور المصري في أن رئيس الجمهورية هو الذي يقوم بإبرام المعاهدات وتعيين الممثلين الدبلوماسيين وغير ذلك من الأمور التي تتعلق بعلاقات الدولة الخارجية³ كما أكدت الدساتير الجزائرية على ذلك لا سيما دستور 1996- من خلال نص المادة 64 "كل المواطنون متساوون في أداء الضريبة.

ويجب على كل واحد أن يشارك في تمويل التكاليف العمومية، حسب قدرته الضريبية.

ولا يجوز أن تحدث أية ضريبة إلا بمقتضى القانون.

ولا يجوز أن تحدث بأثر رجعي، أية ضريبة أوجباية أورسم، أو أي حق كيفما كان نوعه

ومن ناحية أخرى، إذا كان التفويض الكامل لإدارة المرافق السيادية غير جائز، إلا أنه يجوز في حدود معينة اللجوء إلى تفويض إدارتها للقطاع الخاص. وبناء على ذلك، قرر المجلس الدستوري الفرنسي أن " تحصيل الضريبة لا يكون إلا بواسطة مرافق أو هيئات توضع تحت سلطة الدولة أوقابتها⁴، وإجاز المجلس أن يعهد القانون إلى أشخاص خاصة تخضع لوصاية الدولة ورقابتها تحصيل الضرائب. واستناداً

1- c.c , 28 decembre 1990 , n 285 DC , rec 95

2 - ميادة عبد القادر إسماعيل، التنظيم القانوني لخصوصية المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، ص 111

3 - المادة 143 من الدستور المصري.

4- C.C,28 December, 1990 , 285 Dc , Rec, p.95.

إلى ذلك ذهب بعض الفقهاء ان هذا القضاء يفتح الباب أمام إمكانية اللجوء إلى عقد الالتزام في مجال المرافق السيادية¹.

أما في مصر، فإن وجود شركات خاصة تقوم نيابة عن الدولة بتحصيل الضرائب من الممولين وتوريدها إلى الحكومة نظير عائد محدد، لم يتقرر بعد، لكنه محل خلاف. فيرى بعض المسئولين في مصلحة الضرائب، أن خصخصة الضرائب - ويقصد تفويض إدارة مرفق الضرائب، أمر وارد ويمكن أن يحقق العدالة ويوفر على الدولة نفقات التحصيل، وأن الخصخصة هنا لا تعني العودة إلى نظام الملتزم القديم، لأن الملتزم كان يفرض الضرائب عشوائياً، وإنما تتم لأسس وضوابط محددة في التشريعات، وبالإضافة إلى ذلك، فإن خصخصة الضرائب سوف تؤدي إلى رفع الكفاءة والفعالية لجهاز التحصيل، حيث سيكون لديه الحافز على أكبر حجم من الإيرادات.

أما المعارضين لتفويض إدارة مرفق الضرائب، فيستندون إلى أن مرفق الضرائب من المرافق السيادية، فعملية التحصيل والقوة الجبرية واستخدام الحجز الإداري عمليات لصيغة بالسلطة العامة، وهذا مما لا يجوز أن يعهد إلى شركات خاصة. كما أن نظام الملتزم الذي عرفته مصر في القرن التاسع عشر كان له أسوأ النتائج، فقد أدى ظلم المواطنين، بل أدى أيضاً إلى إنقاص حصيلة الضرائب².

الفرع الثاني المرافق العامة الدستورية غير السيادية :

وهي مرافق عامة دستورية أيضا حيث أنها مكفولة بنص الدستور كالتعليم والصحة فهي تقوم بإشباع الحاجات الاجتماعية والثقافية والصحية للأفراد، ويجوز مشاركة القطاع الخاص فيها بجانب القطاع الحكومي.

وهي المرافق العامة التي نص عليها الدستور، وألزم الدولة بإنشائها، ولكنها تختلف عن المرافق الدستورية السيادية في انها قد تشمل المشاركة مع القطاع الخاص أ والتفويض ووهذا مايعتبر من قبيل الخوصصة - بمفهومها الواسع -، ولعل من ابرز هذه المرافق :

1 - حسن محمد علي حسن البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير دراسة مقارنة في تطور نشاط المرافق العامة الاقتصادية، رسالة دكتوراه، جامعة الموصل، العراق، 2005، ص 145.

2 - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، ص 78

أولا : مرفق التعليم

كان لثورات الشعوب وإنصارها على الحكام المستبدين وتحقيق الديمقراطية، عظيم الأثر في النظم التعليمية في جميع أنحاء العالم، إذ أصبح حق التعليم من الحقوق الأساسية للفرد، والشرط الضروري لتحقيق التنمية في المجتمع، ولذلك فقد حرصت معظم الدساتير العالم على تعميق هذا الحق للمواطن وكفالاته من خلال إلزام الدولة بتوفيره لعموم المواطنين، فعلى سبيل المثال، تنص المادة 13 من ديباجة الدستور الفرنسي 1946، على أن تقديم التعليم المجاني العلماني هو واجب الدولة¹.

وفي السياق ذاته تنص المادة 18 من الدستور المصري، تنص على أن " التعليم حق تكلفة الدولة، وهو إلزامي في المرحلة الابتدائية "

ففيما يتعلق بمرفق التعليم تنص مقدمة دستور 1946 في فرنسا على أن " تنظيم التعليم العام والمجاني والعلماني في جميع مستوياته واجب على الدولة² " لا يعني إن إفراد الدولة وحدها بتسيير مرفق التعليم وإنما يجوز مشاركة القطاع الخاص في هذا المرفق مع بقاء دور الدولة قائما.

وهذا ما يعنيه أيضا نص المادة 20 من الدستور المصري " التعليم في مؤسسات الدولة التعليمية مجاني في مراحله المختلفة".

وتطبيقا لذلك إنتشر حاليًا وجود المدارس الخاصة وأيضا الجامعات الخاصة، واصبحت تقوم جنبا إلى جنب مع المدارس والجامعات الخاصة لا ينفي كونها متصلة بفكرة المرفق العام على الأقل في الشق الخاص بالنفع العام للجمهور وهو واحد عناصر المرفق العام، وخاصة المرافق العامة الحيوية، وكون الدولة لا تديره بنفسها إلا أنها تحرص على الإشراف عليه ليس رقابة من الخارج فحسب، وإنما رقابة عامة تمتد إلى داخل هذه المؤسسات لتراقب البرامج التدريسية والقائمين بالتدريس³.

وتنص المادة 53 من الدستور الجزائري الجديد على ان: الحق في التعليم مضمون.

1 - وقد بالغت بعض الدساتير في الإعتماد على الدولة في مجال التعليم لدرجة أن الفقرة 05 من المادة 16 من الدستور اليوناني قد حظرت نهائيا إنشاء أي جامعة بواسطة القطاع الخاص

2 - L'organisation de l'enseignement public , gratuit et laïque a tous les degrés est un devoir de l'Etat

3 - ميادة عبد القادر إسماعيل، التنظيم القانوني لخصوصية المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، ص 112

التعليم العمومي مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون. التعليم الأساسي إجباري.

تنظم الدولة المنظومة التعليمية الوطنية. تسهر الدولة على التساوي في الالتحاق بالتعليم، والتكوين المهني¹.

فقد صرح المؤسس الدستوري على إلزام الدولة بضمان مجانية التعليم العمومي، وإجبارية التعليم الأساسي. ويفهم من هذه المادة أنه يمكن أن يكون إلى جانب تعليم عمومي تعليم خاص موازي للتعليم العمومي، غير أنه يشترط فيه أساسا أن يكون في إطار المنظومة التعليمية الوطنية التي تنظمها الدولة.

وعلى الرغم من هذا الحرص المؤسس الدستوري على ضرورة قيام الدولة بمهام مرفق التعليم. مجامنا ولجميع المواطنين - إلا أن ثورة العولمة التكنولوجية والثقافية وعمليات التصحيح الهيكلي التي تقوم بها الدول من أجل معالجة إختلالات الموازنة العامة، فضلا عن ظهور التكتلات الإقتصادية والإقليمية العملاقة، قد ساهم إلى حد كبير في تغيير دور الدولة في مجال التعليم، خاصة عندما وجدت الأخير نفسها عاجزة عن أداء المهمة التعليمية على أكمل وجه، والمواكبة الفعالة للتطورات التكنولوجية والمعلوماتية التي تسير بسرعة الضوء حول العالم، بسبب ضعف الموارد المالية وعجز الموازنة العامة، وإرتفاع معدلات السكان في بعض الدول، الأمر الذي يستلزم توسعا أفقيا وعموديا يحتاج إلى إستثمارات مالية ضخمة، هذا نهيك عن ضعف الأطر التدريسية، وتخلف المناهج وعدم مواكبتها لمستجدات العصر.

ذلك كله كان من شأنه أن يدفع الدولة لفتح قطاع التعليم امام القاع الخاص، بغية تخفيف الأعباء المالية التي تتحملها الدولة، والإرتقاء بمستوى الخدمة التعليمية، وقد تنوعت وتعددت الأساليب والإليات التي يقوم بها القطاع الخاص بالمشاركة في مهام مرفق التعليم ومنها تحرير قطاع التعليم، التعاقد، عقد الإدارة، نظام القسائم التعليمية، المدارس المرخصة، التعليم المنزلي²،

وقد كان للمشرع الجزائري موقف واضح من خلال إعترافه صراحة بإمكانية إنشاء مؤسسات خاصة بالتعليم الأساسي والتعليم الجامعي، فقد تناول هذا الموضوع من خلال الباب الرابع مكرر من

1- وكان مضمون نص المادة 53 في دستور 1996 الحق في التعليم مضمون. التعليم مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون.

التعليم الأساسي إجباري. تنظم الدولة المنظومة التعليمية. تسهر الدولة على التساوي في الالتحاق بالتعليم، والتكوين المهني.

2 - إبراهيم يوسف هرموش، المرجع السابق ، ص 382.

القانون 06-08 المعدل والمتمم للقانون 99-05 المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالى فقد نصت المادة 41 مكرر 1 على { يمكن أن تضمن مؤسسات ينشؤها أشخاص معنوية خاصة تكويننا عالياً في الطور الأول والثاني. ويخضع ذلك لرخصة يسلمها وزير التعليم العالى والبحث العلمي وفق شروط صارمة حددتها المادة 43 مكرر 1 إضافة إلى الشروط التي يحددها الوزير في دفتر الشروط¹. لكن المثير للإنتباه في هذا النص هو الفقرة ما قبل الأخيرة من نص المادة سالف الذكر وهي أنه لا يمكن، ولأي سبب كان، خوصصة المؤسسات الجامعية العمومية. ما يفهم من النص يمكن للخوصصة أن يشاركوا الدولة في تقديم خدمة التعليم جنباً إلى جنب، غير أنه لا يمكن أن تكون المؤسسات الجامعية التي أنشأتها الدولة محل تنازل كلي.

ثانياً : مرفق الصحة :

وفيما يتعلق بمرفق الصحة، تنص مقدمة دستور 1946 على " الأمة تكفل للجميع حماية الصحة " وهذا يعني أيضاً إمكانية مشاركة القطاع الخاص في مجال الصحة، وعلى الرغم من أن المرفق الصحة من المرافق الحيوية، نجد مع ذلك أنه قد كثر حالياً في مصر المستشفيات الخاصة وليس فقط العيادات التي تتكون من عدة تخصصات وتنافس المستشفيات العامة وبعضها بلغ من القوة والضخامة ما يجاوز قوة المستشفيات العامة النظرية، ولم يلفت نظر كثير من الكتاب هذه الظاهرة وكان الجميع يسلم بها كحقيقة واقعية دون وضعها في نطاق التقييم².

ويمكن أن نتناول الخوصصة في هذه المرافق جانبا اوجزا من المرافق ذلك كأن تعهد الدولة بصيانة الأجهزة الطبية لشركة عالمية لضمان السلامة والتشغيل والتأجيل، وهذا ما يمكن أن يحدث أيضاً في تشغيل الأجهزة الجامعية وأجهزة الكمبيوتر وهذا يعد نوعاً من التخصيص الجزئي، الذي لا يتناول المرفق ككل وإنما تأتي الخوصصة هنا لفرع معين يزيد من كفاءة أداء المرفق، ولذلك نجد إمكانية خوصصة المرافق العامة الدستورية التي لا تمس سيادة الدولة ولكن مع بقاء دور الدولة قائماً نظراً للدور الحيوي الذي تقوم به هذه المرافق، فلا يمكن أن تتخلى الدولة بصفة مطلقة عن دورها في إدارة هذه المرافق.

1 الفقرة الأخيرة من نص المادة 43 مكرر 1 من القانون 06-08 المتعلق بالقانون لتوجيهي للتعليم العالى.

2 - ميادة عبد القادر إسماعيل، المرجع السابق، ص 113

ويعد هذا المرفق من أهم المرافق العامة في الدولة، نظرا على تماس المباشر مع حياة المواطنين التي هي أعلى مل يمتلكه الوطن، ولذلك فقد إهتمت الدول بهذا المرفق، وألزمت نفسها بتقديم الرعاية الصحية بموجب نص الدستور، إذ تنص المادة 11 من ديباجة الدستور الفرنسي لعام 1946 (اين دستور 1958) على أن " المة تضمن الرعاية الصحية للجميع وخصوصا للأمهات والأطفال والعمال وكبار السن"، وقد تمسكت المادة 35 من معاهدة أودستور الحقوق الأساسية في الإتحاد الأوروبي لعام 2000 " بحق كل فرد في الوصول إلى الرعاية الصحية الوقائية والإستفادة من العلاج الطبي.

كما تؤكد المادة 16 من الدستور المصري أن " تكفل الدولة الخدمات الثقافية والإجتماعية والصحية".

ولكن الإتجاه العام نحو تقليص دور الدولة وتحرير الخدمات العامة من جهة، وإرتفاع كلفة الخدمات الصحية من جهة اخرى، قد دفع الدول إلى خطب د القطاع الخاص من اجل إيجاد بدائل تمكن من المحافظة على المكتسبات الصحية والعمل على تطويرها وتحسين جودتها، وتشمل هذه البدائل حزمة واسعة من التقنيات الإتفاقية التي غالبا ما تشمل التعاقد، عقود الإدارة، عقود البوت، وأخواتها وقد تحصل أحيانا إلى حد الخوصصة بعض المستشفيات التي تقدم الخدمات الصحية وتجدر الإشارة، إلى أن الدولة في الجزائر تقدم الخدمات الصحية مجانا إلى جميع المواطنين، ولكنها بدأت مؤخرا ترزح تحت وطأة النفقات الهائلة الناجمة عن الزيادة المضطرة في عدد السكان، والهدر الكبير الحاصل في موارد المرافق العلاجية، الأمر الذي دفعها إلى البدء في تحويل المرافق إلى مؤسسات إستشفائية عمومية متخصصة مستقلة ماديا وإداريا وكذا فتح المجال امام القطاع الخاص بموجب النصوص يجب البحث عن تشريعات المؤسسات الإستشفائية في الجزائر.

ثالثا: مرفق الحماية الاجتماعية :

يعتبر من المرافق العامة الدستورية، والملاحظ أن معظم الباحثين حول العالم لم يتنبهوا إلى هذه النقطة، ويستمد هذا المرفق صفته من النصوص الدستورية التي توجب على الدولة تقديم الحياة الكريمة لمواطنيها، وفي هذا الصدد تنص المادة العشرة من ديباجة الدستور الفرنسي لعام 1946: " يجب على الأمة أن توفر للفرد والأسرة الظروف الملائمة لتنميتها"، وتكمل المادة الحادية عشرة ويتوجب عليها، أن تضمن للجميع، بما في ذلك الأطفال والأمهات والعمال والمسنين، حماية صحتهم وامنهم المادي،

والراحة والإستجمام، كل إنسان يغدوغير قادر على العمل بسبب عمره اوحالته الجسدية أوالعقلية اوبسبب الوضع الإقتصادي سوف يكون له الحق في الحصول على وسائل مناسبة للحياة من المجتمع.

واكد المجلس الدستوري الفرنسي الطبيعة الدستورية للمرفق الضمان الإجتماعي، كما رسخ الإتحاد الأوروبي المكانة الدستورية لمرفق الإجتماعي بشكل واضح وصريح، وذلك من خمل المادة 34 من معاهدة الحقوق الأساسية في الإتحاد الأوروبي لعام 2000 التي إعترفت بالضمان الإجتماعي كأحد الحقوق الأساسية في الدول الإتحاد، ولم تكن الدساتير العربية أقل شأنًا من مثيلها الأوربية من حيث الإعتراف بالموقع الدستوري لنظام الضمان الإجتماعي، إذ تنص المادة 17 من الدستور المصري على أن تكفل الدولة خدمات التأمين الإجتماعي والصحي، ومعاشات العجز عن العمل والبطالة والشيوخوخة للمواطنين جميعا، وذلك وفقا للقانون¹، وفي المعنى نفسه تنص الفقرة الثالثة من المادة 23 من الدستور الجزائري.

ولم تشد الدول المتقدمة عن النزعة العالمية نحونزوع عبء مرافق الضمان الإجتماعي عن كاهل الدولة، إذ عمدت المملكة المتحدة بزعامة حزب المحافظين، وومنذ العام 1986، إلى سن تشريعات تشجع المواطنين على المساهمة في صناديق الضمان الإجتماعي الخاصة . وتمنحهم خصومات على مساهماتهم التأمينية². كما قامت فرنسا - منذ أواسط التسعينات- بسن عدة تشريعات تهدف إلى تشجيع الموظفين والعمال على الإشتراك في صناديق التقاعد الخاصة، وفي الإطار نفسه، سعت الولايات المتحدة الأمريكية بقوة ومنذ عام 2005 في عهد جورج بوش الابن، إلى إصلاح نظام الضمان الإجتماعي بإتجاه المزيد من الإعتماد على القطاع الخاص³.

1 - إبراهيم يوسف هرموش، المرجع السابق، ص 386.

2 - ولكن على الرغم من القيمة الدستورية لمرفق الضمان الإجتماعي، إلا أنه كان من بين المرافق العامة التي تعرضت للخصوصية حول العالم، وتعد دولة التشيلي أول دولة في العالم تقوم بخصخصة مرفق الضمان الإجتماعي في عام 1981، وأن تستبدل بأخر تتولاه الشركات الخاصة ويقوم على تجميع مساهمات العمال في حسابات إستثمارية، ومن ثم دفع معاشات التقاعد من العوائد الإستثمارية. وبعد نجاحها الكبير، أصبحت تجربة الشيلي في هذا المجال ميثالا يحتذى به من باقي دول العالم، إذا قامت معظم دول أمريكا اللاتينية في عقد التسعينات بإقتباس التجربة التشيلية، كما نفذت معظم دول أوروباالشرقية برامج خصخصة مرافق الضمان الإجتماعي او لمشاركتها مع القطاع الخاص وتأتي بولغاريا وهنغاريا والتشيك في مقدمة هذه الدول.

3 - إبراهيم يوسف هرموش، المرجع السابق، ص 386

وتجدر الإشارة ان في الجزائر القطاع العام هو من يتولى مرفق الضمان الإجتماعي من خلال صناديق الضمان الإجتماعي المختلفة الصندوق الوطني للتأمينات الإجتماعية للعمال الأجراء CNAS، الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي لغير الأجراء COSNOS والصندوق الوطني لتأمين عن البطالة CNAC.

ولم يقتصر تخلى الدولة عن وظائفها الإجتماعية على مرفق الضمان الإجتماعي، بل إمتد أيضا ليشمل مجموعة من الخدمات الإجتماعية التي يطالب الدستور بتقديمها للمحتاجين، ففي الولايات المتحدة الأمريكية على سبيل المثال، قامت الدولة وخاصة بعد قانون 1996 بتفويض الشركات الخاصة لإدارة ملاجئ المشردين وبنوك الطعام، مراكز عناية الأطفال مراكز تقديم الخدمات العلاجية، وقد بلغت قيمة تعاقدات الدولة والحكومات المحلية مع الشركات الخاصة لتقديم الخدمات العلاجية والبرامج الإجتماعية نحو مليار ونصف مليار دولار في عام 2001 وحده¹.

وكذلك يعتبر مرفق الطرق من المرافق غير الدستورية ينتمي بطبيعته إلى أملاك الدولة² فالطرق الوطنية هي ملك للدولة وتديرها السلطة المركزية. أما الطرق الولائية فهي تتبع الولايات والمدن. ويعتبر مرفق الطرق جزءاً من المهام الأساسية للأشخاص العامة ويشكل الحد الأدنى الضروري لوجود علاقة اجتماعية تضمنها الأشخاص العامة. وبالتالي، فإن الطرق تشكل مرفقا سياديا. ومع ذلك، فإن الطرق السريعة، ومنشآت الطرق والمحطات وأماكن الراحة يمكن أن تدار عن طريق الالتزام، دون أن يتعارض

1 - أما السويد دولة الرفاهية الإجتماعية فإن الدولة قد بدأت تتخلى، شيئا فشيئا، عن المرافق العامة التي تقدم خدمات إجتماعية، في مقابل تشجيعها على قيام مرافق الخدمة الإجتماعية الخاصة، مع تقديمها للأموال النقدية وللقسائم المجانية لمحتاجي هذه الخدمات، على ان الدولة بالدفعة للشركات الخاصة عن كل فرد قام بالحصول على خدماتها، وفي السياق نفسه، قامت البلديات في السويد بالتعاقد مع مؤسسات صحية خاصة لتقديم الرعاية الصحية لكبار السن.

2- T. Confl. 8 juillet 1963, | Entrepnse Peyrot, Rec., P. 787.

ذلك مع أي مبدأ دستوري¹. ومع ذلك، لا يجوز لإحدى المدن أن تعهد إلى مشروع باستغلال الطرق العمومية.²

ووما سبق نستنتج، بان الوضع المميز للمرافق العامة الدستورية غير السيادية لم يحصنها من الخصوصية والتفويض للقطاع الخاص، بسبب سعي الدول المحموم إلى تقليص النفقات العامة ورفع كفاءة المرافق العامة وجود الخدمات التي تقدمها، فضلا عن إراحة عبء هذه المرافق ومسؤوليتها عن كاهلها. إذا كان الوضع كذلك بالنسبة للمرافق العامة الدستورية غير السيادية، إلا أن المرافق العامة الدستورية السيادية - ولإن كانت غير قابلة للخصوصية إطلاقا - إلا أن رياح التطورات المعاصرة التي حملتها العولمة، ورغبة الدول في ضبط نفقاتها وتقليص حجم نشاطاتها، قد عصفت بهذه المرافق واخضعتها لتفويض العديد من مهامها إلى القطاع الخاص، إذا كانت العقود الثلاثة الماضية شاهدة على أحداث سياسية واقتصادية قلبت العالم رأسا على عقب، وغيرت موازين القوى العالمية، ونشوء أخرى بدلا منها وقد كانت موافقة الدولة على مشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مهام المرافق العامة الدستورية السيادية، ومن ابرز تجليات هذه الأحداث، إذ إستعانت الدولة بالقطاع الخاص ليشاركها في مهام كانت تعد سابقا من الوظائف الحصرية لها، والتي يمتنع على غيرها القيام بها كما في الحروب وفي حفظ الأمن أوحى في جباية الضرائب.

بناءً على ما سبق، يمكن القول أن إنتصار النظرية الليبرالية وأنصار العولمة، قد ادبا إلى تطور مفهوم الدولة ووظائفها في عالمنا المعاصر وتوجيهها نحوالدولة الرشيقة والكفاءة والخدمة، مما قاد إلى تراخي الحماية المفروضة على المرافق العامة الدستورية بشقيها السيادي وغير السيادي، وأدى في النهاية إلى إخضاع المرافق العامة الدستورية غير السيادية إلى الخصوصية والتفويض إلى القطاع الخاص، اما المرافق العامة الدستورية السيادية فقد خضعت للتفويض للقطاع الخاص.

1-C.C., 12 juillet 1979, n. 107 DC, Rec., P. 31. V.Y. Gaudmet, les concessions d'ouvrages d'art routiers: quelques observations, Melanges Chapus, Montchrestien, 1992 P. 229.

2- T.A. Clermont. Ferrand, 30 mars 1993, Prefet de L'allier C. / commune de Vichy, D.A, 1993, n. 227.

غير انه مايجب الإشارة إليه ان المشرع والفقهاء والقضاء الجزائريين لم يضعوا معيار أساسيا للتفرقة بين المرافق العامة الدستورية السيادية والمرافق العامة غير السيادية، رغم إشارة المشرع إلى أهمية بعض المرافق التي إستبعدتها النصوص الدستورية والقوانين من مجال الخصوصية نظرا لأهميتها القصوى ولأنها مكفولة بنصوص الدستور كالقضاء وتحصيل الضرائب، كان يجب على المجلس الدستوري، أن يأخذ بالتقسيم الموجود في فرنسا بصورة صريحة، وأن يضع معيارا واضحا وتقسيما صريحا يمكن أن يرجع إليه الفقهاء وأيضا السلطة التنفيذية ليكون بمثابة دستور يسري على جميع سلطات الدولة.

المطلب الثالث: القيود الدستورية على عملية خصوصية المرافق العامة

إن حق الدولة في تبني سياسة الخصوصية والتحول إلى القطاع الخاص ليسا مطلقا، فلا بد من مراعاة النصوص الدستورية التي تحدد فلسفة الدولة السياسية والإقتصادية. والحقيقة، أن التعارض بين التحول إلى القطاع الخاص يتوقف على الهدف الذي تسعى الدولة إلى تحقيقه من وراء تطبيق مثل هذه السياسة الإقتصادية من جهة، وعلى طبيعة الفلسفة السياسية والإقتصادية التي تتبناها " إشتراكية أوراسمالية " من جهة أخرى.

ذلك أن وظيفة القانون تختلف باختلاف مذهب الدولة أو فلسفتها الإقتصادية إذ أن تبني الدول الإشتراكية والتي تستند في قوانينها إلى المذهب الجماعي، ومبادئ الدول الرأسمالية التي تستند قوانينها إلى المذهب الفردي يتطلب حتما تغيير وظيفة القانون في هذه الدول، وذلك لإختلاف المذهبين في نظرتهما إلى كل من القانون العام والقانون الخاص من حيث الأشخاص والحقوق والأموال لذلك يجب أن تتم عمليات الخصوصية ضمن إطار المشروعية، أي أن يراعى فيها القواعد القانونية ولا سيما الدستورية منها ويرى البعض إن توافر المشروعية يعد ضروريا لإنجاح عمليا الخصوصية، إذ ان فكرة المشروعية تختلف عن فكرة الشرعية التي تعني بالجانب القانوني فقط، ذلك ان المشروعية تستلزم فضلا عن توافر الإطار القانوني السليم لهذه العملية، توافر القبول الإجتماعي، وهو أمر يتجاوز مجرد التحقق من وجود الإطار القانوني السليم إلى ضرورة خلق الشعور العام بان هذه العمليات تتم مراعاة للمصلحة العامة وفي إطار العدالة والإنصاف، دون محاباة أو تمييز لأي طرف على حساب الآخر¹.

1 - مهني إبراهيم علي فندي الجبوري، النظام القانوني للتحوّل إلى القطاع الخاص " الخصخصة " دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص ص : 47

وستم التطرق في هذا المبحث إلى القيود العامة لخصوصية المرافق العامة سواء كانت مرافق إدارية او مرافق إقتصادية (الفرع الأول)، وإضافة إلى هاته القيود التي ترد على المرافق العامة الإدارية هناك قيود خاصة بالمرافق العامة الإدارية فقط (الفرع الثاني).

الفرع الأول : القيود العامة الواردة على خصوصية المرافق العامة

لقد وضع القضاء قيودا على عملية خصوصية المرافق العامة الإقتصادية، وأشار إليها في احكام مختلفة بناء على قواعد دستورية وقانونية فمن باب أولى كان من الضروري إخضاع المرافق العامة الإدارية لمثل هذه القيود إضافة إلى قيود خاصة تتعلق بها فقط دون غيرها.

أ- أن لا يكون المرفق المخصص مرفقا عاما وطنيا

إن المشرع الفرنسي قد راعى في التشريعات الخاصة بالتحويل إلى القطاع الخاص أو المتعلقة بالخصوصية، نصين دستوريين، يتمثل الأول منهما بالفقرة التاسعة من ديباجة الدستور الفرنسي لسنة 1958، والتي تنص على أن " كل مال وكل مشروع يتمتع بخصائص المرفق العام الوطني أو يكون نشاطه محل إحتكار فعلي ينبغي أن يكون ملوكا للجماعة "، أما الثاني فيتمثل في نص المادة 34 من الدستور الفرنسي التي تنص على أن " للمشرع وحده سلطة وضع القواعد الخاصة بتحويل مشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص"¹.

وقد اقر المجلس الدستوري الفرنسي، بالقيود الواردة في هذين النصين لدى تصديده لبحث في مشروعية عمليات التحويل إلى القطاع الخاص التي جرت في فرنسا، وذلك في قراره المرقم 86- 207 الصادر بتاريخ 25-26 جوان 1986، فقد جاء في هذه القرار أنه " لا يفترض أن تتم كل عملية تحويل من القطاع العام إلى القطاع الخاص، بموجب نص تشريعي خاص، بل إن على المشرع أن يضع القواعد والإجراءات التي تطبق على جميع هذه العمليات، بيد لأنه لا يمكن للهيئات التي أناط بها المشرع مهمة تحويل المشروعات العامة، تحويل المشروعات التي تدير مرفقا عاما وطنيا أو تلك التي يكون نشاطها محل إحتكار فعلي "².

1 - مهند إبراهيم علي فندي الجبوري، المرجع السابق، ص : 48

2 - مهند إبراهيم علي فندي الجبوري، المرجع السابق، ص 49

يستبعد المشرع في العديد من الدول خصوصية المرافق العامة الوطنية¹ ويثير ذلك التساؤل عن حقيقة المقصود بالمرافق العامة الوطنية، ذلك أن فكرة المرافق العامة قد شهدت تطوراً كبيراً بعد ما إتسعت وتطور الظروف الإقتصادية والسياسية، مما أدى إلى ظهور مرافق إقتصادية ومهنية لم تكن موجودة من قبل، ويدل على هذا الإتساع ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي حديثاً ووصوله على سبيل المثال إلى حد الإعتراف بصفة المرفق العام وإطلاقها على بعض المشروعات الخاصة ذات النفع العام إذا ما كانت تخضع لترخيص إدارياً مقيد ببعض الشروط وهي ما تسمى المرافق العامة الفعلية أو الحكومية. وكذا تغير وتطور مفهوم الخدمة العامة التي تقدمه هاتئة المرافق

ألا ينطوي المشروع المقترح خصوصته على إحتكار :

تجري عادة الدول، على إستبعاد المرافق العامة، التي تتمتع بإحتكار فعلي، من الدخول في مجال الخصوصية، وقد أوضح المجلس الدستوري الفرنسي، خصائص الإحتكار الفعلي من أهمها : إنفراد الدولة وحدها بإنتاج سلطة أو أداء خدمة ما وإستئثارها في هذا المجال بمجموع عناصر وتمكنها بذلك من القضاء على كل منافسيها.

وعلى أي الأحوال، فإن مهمة القاضي الدستوري أن يراقب التفسير المادي لمفهوم الإحتكار الفعلي، ويمكن أن نشير إلى أن القانون الصادر 19 يوليو 1973، في فرنسا قد حرص عند خصوصية شركة سيتا SEITA على إلغاء الإحتكار الذي تسفيد منه هذه الشركة في صناعة التبغ وإستيراده وتجارته، وكان ذلك إستجابة _ ليس فقط للضوابط الدستورية _ وإنما لمتطلبا القانون الأوروبي².

ومن اجل ذلك تدخلت الدولة بوضع مشروع قانون لحماية المنافسة ومنع الإحتكار، ويرتكز هذا القانون على وضع ضوابط للتعامل التجاري بما يضمن حرية التجارة بين الشركات. وتهدف تلك الضوابط لمنع السلوك الإحتكاري وما قد يتبعه من تقييد لحرية التجارة، ويحرم هذا القانون عقد أي

1 - لقد أفصح المجلس الدستوري الفرنسي بقراره بتاريخ 25 26 يونيو 1986، عن عدم جواز خصوصية المرافق العامة الوطنية لأهداف المبادئ الدستورية

2 - زكي إمام عبد اللا، المرجع السابق، ص 85.

إتفاقيات أوقيام إتحدات بهدف الإحتكار، وتضمن القانون ايضا العقوبات، يث حدد الحبس والغرامة بما يعادل ضعف الكسب غير المشروع المتحقق نتيجة الإحتكار¹.

وقد حدد المجلس الدستوري مفهوم الإحتكار الفعلي في القرار ذاته، وذلك على اساس النظر إلى " السوق الذي تمارسه فيه الشركات الأخرى نشاطها والمنافسة التي يواجهها المشروع من قبل هذه الشركات "، لذلك لم يعتبر مجلس الدولة الفرنسي نشاط مؤسسة الإئتمان الفرنسي ANKER CREDIT LOCUL DE F، مرفقا عاما وطنيا أو محل إحتكار فعلي، لأنه يواجه منافسة من قبل الشركات المصرفية الأخرى في السوق².

كذلك أقرت محكمة النقض الفرنسية بهذه القيود الدستورية، فقد جاء في قرار لها انه " إستنادا إلى أحكام المادة 34 من الدستور الفرنسي للمشرع وحده سلطة تحديد القواعد المتعلقة بتحويل المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص، ولا تستطيع الحكومة ان تحول المشروعات العامة إلى القطاع الخاص بمراسيم وقرارات دون أن يخولها المشرع ذلك".

إن هذا النوع من الهيئات والتي ترتبط بحاجات الجمهور، لا يجوز خصصته بالنقل إلى القطاع الخاص وإن يمكن خصصة إدارته مع بقاء ملكية الدولة³. أما المرافق الإقتصادية أو المشروعات الخاصة ذات النفع العام وكذلك المشروعات الملائمة، فهي جميعا تقبل الخصصة.

ولكن المجلس الدستوري وضع قيودا على عملية الخصصة ذاتها، ومن هذه القيود :

1-مراعاة الإستقلال القومي وحماية المصالح الوطنية :

يجب الا يكون من شأن الخصصة الإخلال بالإستقلال القومي للبلاد أو بالمصالح الوطنية، وقد فرض المجلس الدستوري في فرنسا هذا الشرط، لكنه لم يحدد المقصود به، وليس من الصعب تحديد أساس

1 - زكي إمام عبد اللا، أثر تطبيق سياسات،الخصخصة على المرفق العام إقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2006، ص 85.

2 -مهند إبراهيم علي فندي الجبوري، المرجع السابق،ص 49 - 50

3 - زكي إمام عبد اللا، المرجع السابق، ص 85.

هذا القيد، فرييس الدولة يلتزم بالمحافظة على الإستقلال الوطن، وبالتالي لا يجوز أن تتضمن القوانين، وهوالمختص بإصدارها، ما يتضمن إخلالا بهذا الإستقلال.¹

ومن شان هذا القيد تسويغ اللجوء إلى بعض القيود في مجال الحريات، خصوصا حرية المشروعات، ويمكن للدولة أن تلجأ في مجال الخوصصة إلى عدد من الأساليب من عدم سيطرة الأجانب على المشروعات الحيوية، وللرقابة على المشروعات التي تم تخصيصها.²

إذ حرص المشرع الفرنسي في قانون 06 أغسطس 1986 على حماية المستثمرين الوطنيين، فوضع حدا اقصي من الأسهم التي يجوز للاجانب تملكها فقدنص أنه لايجوز ان تزيد على 20 % من قيمة أسهم رأس مال الشركة المخصصة، بل اجاز لوزير الإقتصاد تخفيض هذه النسبة، إذا ماتطلبت ذلك حماية المصالح الوطنية، كما أن قانون 19 يوليو 1993، قد تضمن نفس المبدأ أيضا.

وفي المملكة المتحدة إعترض البرلمان البريطاني والحكومة البريطانية سنة 1988 على أن تمتلك الدولة الكويتية ما زاد عن 21% من اسهم شركة البترول البريطانية.³

2-خضوع المشروع للمبادئ العامة للمرافق العامة : إذا كان المشروع العام يشكل مرفقا عاما، فإنه يخضع للمبادئ الدستورية والقانونية الضابطة للمرافق العامة، ومن هذه المبادئ هي :مبدأ المساواة بين المنتفعين، ومبدأ القابلية للتعديل، ومبدأ إستمرار سير المرفق العام بانتظام وإضطراب والقاعدة أن خوصصة المشروع العام تؤدي إلى إخضاعه للقواعد التي كانت تسري على الشركات الخاصة، ومع ذلك يثور التساؤل الآتي : إذا كان نشاط المشروع قبل الخوصصة يشكل مرفقا عاما فهل يجوز إخضاعه لمبادئ المرافق العامة بعد تقرير الخوصصة

1 - زكي إمام عبد اللا، المرجع السابق، ص 89.

2 - محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخوصصة، ص 66 وما بعدها.

3 - زكي إمام عبد اللا، المرجع السابق، ص 90.

يمكن القول أنه إذا كان المشروع العام يشكل مرفقا عاما فإنه يخضع لمبادئ المرافق العامة، وفي هذا المجال إنتهى حكم المجلس الدستوري في فرنسا إلى أنه إذا ما كان المشروع العام يشكل مرفقا عاما . وتقرر تغيير الشكل القانوني للمشروع، بمعنى أنه تحول من شخص قانوني عام إلى شركة مساهمة بحيث تظل الدولة مالكة لأغلبية رأس المال، فلا يجد شك في هذه الحالة في ضرورة تطبيق المبادئ الدستورية والقانونية للمرافق العامة.

وقد أكد المجلس الدستوري هذه القاعدة في الحكم الخاص بتحويل شركة France telecom من شخص معنوي عام إلى شركة مساهمة، حرص المجلس على تأكيد أمرين : أولهما من أن المجلس يؤكد أنه لا يجوز للمشرع إعفاء المشروع من الخضوع للمبادئ المرافق العامة، وهذا التأكيد يتضح من قول المجلس أن النصوص التي إتخذها المشرع بشأن المركز القانوني للمشروع لا تتضمن إعفاءه من إحترام المبادئ الدستورية بشأن القيام بمهام المرفق العام التي تقع عليه ¹.

ومن ناحي أخرى يؤكد المجلس أنه يقع على عاتق السلطات القضائية والإدارية أن تراقب بحزم إحترام المشروع للمبادئ الدستورية الضابطة للمرافق العامة

يتفق الفقه على أن المبادئ الدستورية للمرافق العامة تطبق أيا كانت الطبيعة القانونية للشخص المعنوي، أي بصرف النظر عما إذا كان الشخص المكلف بالمرفق عاما أو خاصا. غير أن هذا التأكيد الفقهي الذي تبلور بمناسبة حكم المجلس الدستوري في France télécom قابل في حالة إنتقال ملكية المشروع العام إلى القطاع الخاص أيضا، واسباس ذلك أن فكرة المرفق العام ذاتها لا ترتبط حتما بالمشروع العام، ويزترتب على ذلك نتيجة مهمة هي أن الخوصصة وإن كانت تؤدي إلى إلغاء المشروع العام إلا أنها لا تؤدي إلى إلغاء فكرة المرفق العام ²

1 - محمد محمد عدل اللطيف، النظام الدستوري للخوصصة، ص 66 وما بعدها،

2 - esplugas (p) , conseil constitutionnel et service public, op,cit ,153 note 143

وبناء على ذلك فإن الفقه رأى أنه إذا كانت خوصصة شركة البرامج التلفزيونية T.F.I تعني نقل ملكية رأس المال، إلا أنها لم تؤد إلى إختفاء المرفق العام الذي تديره هذه الشركة، ويقمع على الأخيرة المحافظة على إلتزامات المرفق العام التي يحددها دفتر الشروط¹

بالإضافة إلى خضوع المشروع بعد الخوصصة للمبادئ العامة الضابطة للمرافق العامة فإن كل مشروع يخضع لبعض المبادئ الخاصة، ومن ذلك خضوع مشروعات الإعلام لمبدأ التعددية، نظرا لأن تعددية التعبير عن الإتجاهات الإجتماعية والشفافية تشكل مبدأ دستوريا، كما يخضع مرفق الإتصالات لمبدأ المحافظة على الخصوصية، وهو أحد عناصر الحياة الخاصة التي يجب إحترامها²

غير أن الوصول إلى هذه النتيجة يدفعنا إلى معالجة ذات الفكرة من منظور آخر، وبيان ذلك أن الخوصصة هي عملية إتفاقية، وقد يتفق الطرفان في هذه العملية على تأكيد الإلتزام المشتري أو مجموعة المشتري بمبادئ المرافق العامة، فهل أساس خضوع المشروع لهذه المبادئ هو ما ورد في العقد من قيود ؟

إن إلتزام المشروع الخاص بمبادئ المرافق العامة لا يرجع إلى شروط العقد، فالمرافق العامة سواء كانت تابعة للدولة أم لا، يجب في جميع الأحوال أن تسير على سنن محددة، والسلطة التنفيذية هي المسؤولة عن سير المرافق بما يؤدي إلى إشباع الحاجات العامة وفقا لهذه السنن، بالتالي فهي ترتكب خطأ إذا لم تفرض قيودا على مشتري المشروع العام. وهذه المسؤولية التي تقع على عاتق الإدارة، وهي التي تسوغ حماية المستفيدين من المرافق العامة، خصوصا فيما يتعلق بسير المرافق بإنتظام وإضطراب³.

وخلاصة ذلك أن القيود الواردة في إتفاق الخوصصة ليست هي مصدر إلتزام المشروع بعد الخوصصة بالخضوع لمبادئ المرافق العامة، لكنها فقط تحدد مضمون هذا الإلتزام⁴.

1 - LACHAUIRE , (J.F) GRAND SERVICES PUBLICS ; MASON.1989.P 356

2 - محمد محمد عدل اللطيف، النظام الدستوري للخوصصة، المرجع السابق، ص 66 وما بعدها

3 - زكي إمام عبد اللا، المرجع السابق، ص 89.

4 - محمد محمد عدل اللطيف، النظام الدستوري للخوصصة، ص 67.

الفرع الثاني القيود الخاصة بخصوصية المرافق العامة الإدارية

إن قابلية المرفق العام الخوصصة هي شرط لصحة الخوصصة، لكنها ليست معياراً له. فعدم قابلية المرفق العام الإداري للخوصصة هي قيد من القيود الواردة على الخوصصة، لأنه إذا كان المرفق قابلاً للخوصصة، فإن الشخص العام المسؤول عنه يملك سلطة تقديرية لتحديد ما إذا كانت إدارة المرفق تتم بواسطة التفويض أو الاستغلال المباشر، إذ لا توجد مرافق يجب أن يعهد بإدارتها إلى ملتزم خاص.

وتطبيق هذا الشرط ليس سهلاً، بل إنه صعب في كثير من الأحيان، فالمسألة ليست هي معرفة ما إذا كان يجوز خوصصة أو تفويض مرفق في مجموعة أم لا، وإنما المسألة هي معرفة ما هي الاختصاصات التي لا يجوز للشخص العام التخلي عنها، إذا ما عهد بإدارة جزء من نشاط المرفق إلى الغير. فالقاعدة أن الشخص العام لا يجوز له أن يتخلى كلياً عن المرفق العام، ويجب دائماً أن يحتفظ بالرقابة عليه، والمسؤولية النهائية. وهذا يعني عدم جواز التنازل عن كل الاختصاصات التي يملكها في مرفق ما. (1) وبالمقابل أيضاً، فإنه لا يوجد مرفق عام يستبعد تماماً وجود أي قدر من التفويض، فالتفويض قد توغل في كافة المرافق، وإن كان بنسب متفاوتة².

إن المرافق غير السيادية تعتبر المجال المختار لتفويض المرفق العام، فالقاعدة هي جواز التفويض في إدارة هذه المرافق، ومع ذلك، توجد مرافق غير سيادية لا تقبل التفويض، وذلك بالنظر إلى اعتبارات متعددة.

فقد يرجع عدم جواز التفويض إلى "طبيعة المرفق". ومن التطبيقات ما تضمنه رأى صادر عن مجلس الدولة، من أنه لا يجوز للمؤسسات العلاجية أن تعهد إلى مشروعات خاصة بمهمة القيام " بإقامة المرضى " Hébergement الذين تتطلب حالتهم الحجز بالمستشفى. ويستند الرأي إلى أن الإقامة بالمستشفى تشكل أحد العناصر الأساسية وغير القابلة للانفصال عن مهمة المرفق العام الذي تقوم به

(1) J.B. Auby, note sous C.E., 1 er avril 1994, Commune de Menton, RDP, 1994, P. 1833.

2 - تمت الإشارة على هذا في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول في الجانب المتعل بالمرافق العامة الإدارية القابلة للخوصصة.

المؤسسات العلاجية "وأنه بسبب طبيعتها فإنه يجب أن تقوم بها هذه المؤسسات بنفسها ولا يجوز تفويضها.¹

ومن التطبيقات أيضاً، أنه إذا كان يجوز للمقاطعات أن تعهد إلى المشروعات بإدارة المقاصف المدرسية، فإنه لا يجوز لها أن تتخلى لهم عن مهام تابعة لمرفق التعليم العام، وخصوصاً مراقبة التلاميذ.

وقد يرجع عدم جواز التفويض إلى إرادة المشرع، ومن التطبيقات ما ورد برأي لمجلس الدولة من أن إدارة غرف الموتى بالمستشفيات لا يجوز أن يعهد بها إلى المرفق الخارجي لدفن الموتى، وعدم القابلية للتفويض ترجع إلى المادة 1-19-361 L. من تقنين المقاطعات التي تنص على أن المؤسسات الخاضعة لأحكام القانون يجب أن يكون لها غرف للمتوفى *chambre mortuaire*، وهذه الغرف يجب أن توضع تحت المسؤولية المباشرة لهذه المؤسسات.²

ومن التطبيقات أيضاً، ما قضى به مجلس الدولة، من أنه لا يجوز لإحدى المحافظات أن تتخلى عن مرفق الرقابة من أمراض الطفولة إلى إحدى الجمعيات. وقد استند المجلس في ذلك، إلى أن المحافظة قد تنازلت تماماً عن اختصاصاتها التي عهد إليها القانون فيما يتعلق بتحديد وتطبيق سياسة الصحة العقلية للأطفال، كما أن الاتفاق خالف الوظائف والاختصاصات التي تقرها النصوص، في مجال الوقاية من الأمراض العقلية للشباب، لأطباء الصحة النفسية في مستشفيات المحافظات.³

أ- عدم خوصصة المرفق العام الإداري خوصصة كلية

القيد الثاني الخاص بالمرافق العامة الإدارية هو عدم اللجوء إلى خوصصة ملكيته أو خوصصته بصفة كلية بحكم أنه من المرافق الضرورية التي لا يمكن للدولة التخلي عليها بصفة نهائية.

إن الدولة يمكن أن تلجأ إلى خوصصة كلية لأحد المرافق العامة الاقتصادية بسبب إفلاسها أو عدم قدرة المؤسسة على مواصلة تواجدها ووجودها في ظل التنافسية الشديدة على مستوى الأسواق

1- C.E., Assemblée generale, avis, 16 juin 1994, EDCE, 1994, P. 267.

2 - محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، ص 50.

3- C.E. 17 mars 1989, Syndicat des psychiatres français, Rec., P. 95, concl. B. Stirn, RFDA, 1991, R267.

الوطنية والدولية، أو أن الدولة رأّت أنه يمكن للمؤسسة ان تحقق أكثر مردودية من خلال تحويلها إلى القطاع الخاص الذي يتولى إدارتها والإشراف عليها والرفع من مستواها على مصاف المؤسسات الكبيرة فيكون حالها أحسن من تبقى مؤسسة تابعة للدولة، غير انه من المستحيل أن يكون المرافق العام الإداري قابل للخصوصية خصوصية كلية ويمكن للإدارة التنازل عنه

الفصل الثاني :

أثر الخصصة على المرافق العامة الإدارية

الفصل الثاني :

أثر الخصوصية على المرافق العامة الإدارية

إن المرفق العام يعتبر الحجر الأساس في وظيفة الدولة خاصة ببقاءه مؤدياً لنشاطه دونما توقف أو إختلال ، ووضع المنتفعين للخدمات المرفق علي قدم المساواه علي الوجه الذي يحقق الغاية من إنشائه تاشيا مع عموم منفعتة ، وكذا قابليته للتعديل بحسب المستجدات علي النحو الأقرب تحقيقا للمصلحة العامة .

غير أن الخصوصية بمفهومها الحديث الواسع الذي يرمي إلى تقليص دور الحكومة وزياده دور مؤسسات الخاصة ، في المجتمع لإشباع حاجات الناس ، يعني الإعتماد على القطاع الخاص أكثر وأق علي القطاع العام ، وذلك من خلال توكيل الحكومة لجزء من أعبائها وتستمر هي في تحمل المسؤولية والرقابة¹ .

بعد التطرق فيما سبق لمفهوم الخصوصية وكذا مفهوم المرافق العام ومدى قابليتها للخصوصية سيتم التطرق في هذا الفصل إلى أثر الخصوصية على المرافق العامه الإدارية من خلال تحديد أثرها علي المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة في المبحث الأول ، اما المبحث الثاني فتناول أثر الخصوصية علي علاقة المرفق العام الإداري بالدولة من خلال التطرق لأثرها على المنفعة العامة والمصلحة العامة و المال العام وعاي وظيففة الدولة .

1 -غالب أبو صالح ، التشاركية والأنظمة العربية ، بحوث ومناقشات الندوة التي أقامتها المنظمة العربية لكافة الفساد الموسومة بعنوان " دور القطاع الخاص في مسار التنمية المستدامة وترشيد الحكم في الأقطار العربية "المنعقدة بتاريخ 22-23 سبتمبر 2011، المركز العربي للأبحاث ودراسات السياسات،بيروت ، لبنان ، جانفي 2013 ،ص 80

المبحث الأول :

أثر الخصوصية على المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة الإدارية

إن اتجاه مجلس الدولة الفرنسي والمجلس الدستوري الفرنسي هو أن المبادئ العام للقانون لها قوة الدستور، وهذا واضح في أحكام مجلس الدولة الفرنسي في أعوام 1987 و1988 و1989 و1992 و1996 وقرارات المجلس الدستوري الصادرة عام 1971 وفي عام 1969، وقد كان مجلس الدولة على هذا التوجه حتى قبل دستور 1958 وذلك واضح في حكمه الشهير في قضية دام لاموت عام 1950 والتي قام فيها مجلس الدولة بمخالفة نص قانوني يمنع التقاضي فقام المجلس بالنظر في القرار الإداري الممنوع من النظر فيه حسب النص وإعتبر المجلس أن القانون الذي يمنع التقاضي لا اثر له وإعتداد به مستندا في ذلك إلى مبدأ حق التقاضي¹.

وسيتم التطرق في هذ المبحث إلى المطلب الأول : مبدأ المساواة امام المرافق العامة الإدارية ، اما في المطلب الثاني : أثر الخصوصية على مبدأ إستمرارية المرفق العام الإداري

المطلب الأول : مبدأ المساواة امام المرافق العامة الإدارية

تعني المساواة² في صورتها المجردة عدم التمييز بين الأفراد بسبب الأصل واللغة أوالعقيدة أوالجنس، فالبشر كلهم متساوون في التكاليف والأعباء العامة والحقوق والحريات العامة، لا فرق بين فرد وآخر في تحمل عبء أوالتمتع بمزية معينة بسبب أوصله الإجتماعية أوميوله العقائدية والدينية، وكل شخص توافرت فيه الشروط التي تتطلبها القاعدة القانونية المقررة أن يستفيد من الحقوق والخدمات التي ترتبها هذه القواعد³.

1- فارس عبد الرحيم حاتم، حدود سلطة الإدارة عند تطبيق مبدأ سير المرفق العام بانتظام وإضطراب، ص 233

2- كلمة مساواة مأخوذة من سواء وتستعمل المساواة في اللغة في المعاني التالية التكافؤ و المشابهة و المماثلة والمثل و النظير والعدل

3- محمد متولي، مبدأ المساواة امام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص 3.

فمبدأ المساواة بين الناس يعتبر من اهم المبادئ الأساسية التي أكدتها الأديان السماوية بصفة عامة والدين الإسلامي بصفة خاصة، الذي قرره منذ أن أشرق نوره وقضى على الفوارق بين الناس وأعلنهم جميعاً أنهم خلقوا من النفس واحدة. كذلك ورد على لسان إعلانات الحقوق والدساتير على السواء¹

ومبدأ المساواة من المبادئ الرئيسة التي قام عليها الدين الإسلامي، إذ أن أهم ما دعى إليه النبي صلى الله عليه وسلم بعد التوحيد المساواة المساواة بين الغني والفقير وبين السيد والمسود، حيث قرر الاسلام مبدأ المساواة بين الناس في أكمل صورته ولم يقتصر على كونه حقاً للإنسان، بل جعله واجباً يرتكز عليه في جميع العلاقات وعلى جميع المحالات التي تقتضي العدالة الإجتماعية، فالإسلام جاء بمبدأ إنساني عظيم يتمثل في المساواة بين الناس في الدنيا والآخرة².

ثم بعد ذلك جاءت المواثيق الدولية³ وإعلانات الحقوق لتؤكد على أهمية مبدأ المساواة بين الأفراد في الحقوق والواجبات العامة، فقد نصت المادة الثانية من الإعلان العلمي لحقوق الإنسان الصادر في العاشر من ديسمبر 1948 على المبدأ بقولها " لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز. بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر دون أي تفرقة، كما أن لهم جميعاً الحق في التمتع بحماية متكافئة دون أي تفرقة بين الرجال والنساء⁴.

1- محمد عبد الحميد ابوزيد، منافع المرافق العامة وحتمية إستخداماتها دراسة مقارنة، مطبعة العشري، مصر، 2012، ص 262.

2- محمد متولي، مرجع سابق، ص 45.

3- ونصت المادة 26 من الإتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية الصادرة في 16 ديسمبر 1966 على أن " جميع الأشخاص متساوون أمام القانون ومن حقهم التمتع دون تمييز وبالتساوي بحمايته ويحرم القانون في هذا المجال أي تمييز، و يكفل لجميع الأشخاص حماية متساوية وفعالة ضد أي تمييز سواء أكان ذلك على أساس العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غيره أو الأصل القومي أو الإجتماعي أو الملكية أو صفة الولادة أو غيرها "

4- المادة (2) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 الف (د-3) المؤرخ في 10 كانون الأول / ديسمبر 1948

كما الدول على إختلاف أشكالها وتباين أنظمتها السياسية والإقتصادية أكدت على المساواة بين الأفراد في الحقوق والواجبات العامة في كل تشريعاتها الأساسية والعادية والفرعية لاسيما الخدمات التي تقدمها الدولة من خلال المرافق العامة¹.

كما أن قيام الدولة القانونية يعتبر شرطا لا غنى عنه في أي مجتمع ديمقراطي وضروريا ليعتمتع الأفراد بحقوقهم وحررياتهم حيث بمقتضاه يصدر التشريع بقانون يحمل صفة العموم والتجريد إعمالا لمبدأ المساواة الذي يعتبر ضمانا مهمة للأفراد وحجر الزاوية في كل تنظيم ديمقراطي للحقوق والحرريات دون أي تمييز وتفرقة بين الأفراد بسبب الجنس أو اللغة أو الدين أو أي شيء آخر يميز ما بين الأفراد².

ان مبدأ المساواة ينطبق تماما في القانون الإداري الاقتصادي وبالقدر المطبق نفسه في مجموع القانون الإداري العام، ويتعلق بتسيير المرافق العامة الاقتصادية والتي لا يجوز فيها التمييز أو التفرقة بين منتفعيها فهو مبدأ عام ينطبق على المرافق العامة الإدارية وعلى المرافق العامة الاقتصادية³.

1- وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "من طبيعة الخدمة المرفقية حسبما هو مسلم به أن تكون مسيرة للجميع مهياً للكافة طبقاً للشروط التي يرسها القانون، فلا يمكن قصرها على شخص أو أشخاص معينين بذاتهم وحرمان غيرهم ممن يتساوون معهم في الأحوال والظروف معينين بذاتهم وحرمان غيرهم ممن يتساوون معهم في الأحوال والظروف من الانتفاع بتلك الخدمة لا يسوغ ذلك لما تنطوي عليه التفرقة من إخلال بمبدأ المساواة في المعاملة إزاء الانتفاع بالمرافق العامة..." الطعن رقم 412 لسنة 7 جلسة 1966/1/1، الموسوعة الإدارية الحديثة (مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية منذ عام 1946 وحتى عام 1985)، الجزء الثاني والعشرون، الطبعة الأولى 1986، 1987، ص 1132.

كما تقول المحكمة في حكم آخر لها بتاريخ 3 مايو 1997م أن: "مبدأ المساواة، ليس مبدأ تلقينياً جامداً منافياً للضرورة العلمية، ولا هو بقاعدة صماء تنبذ صور التمييز جميعها، ولا كافلاً لتلك الدقة الحسائية التي تقتضيها موازين العدل المطلق بين الأشياء. وإذا جاز للسلطة التشريعية أن تتخذ بنفسها ما تراه ملائماً من التدابير لتنظيم موضوع محدد، وأن تغير من خلال هذا التنظيم ووفقاً لمقاييس منطقية بين مراكز لا تتحد معطياتها، أو تتباين فيما بينها في الأسس التي تقوم عليها، إلا أن ما يصون مبدأ المساواة، ولا ينتقص من محتواه، هو ذلك التنظيم الذي يقيم تقيماً تشريعياً ترتبط فيه النصوص القانونية التي يضمها، بالأغراض المشروعة التي يتوخاها. فإذا قام الدليل على انفصال هذه النصوص عن أهدافها، أو كان اتصال الوسائل بالمقاصد واهياً، كان التمييز انفلتاً وعسفاً فلا يكون مشروعاً دستورياً.." حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 29 لسنة 15 ق دستورية، بتاريخ 1997/5/3م، الموسوعة الشاملة لجميع أحكام المحكمة الدستورية العليا وقراراتها بالتفسير (منذ إنشائها وحتى آخر مايو 1998)، مرجع سابق، ص 441.

2- رشا جواد جمعة، مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة ضمن تطبيقات القضاء الإداري، كلية الحقوق، جامعة المستنصرية، العراق، ص 05.

3 عزت فوزي حنا، المصدر السابق، ص 276.

فسيتم التطرق إلى حتمية توافر هذا المبدأ في المرافق العامة الإدارية وثانيا الأثر المترتب على هذا المبدأ بعد خصوصية المرافق العام الإداري.

الفرع الأول : التعريف بمبدأ المساواة أمام المرافق العامة

ترتكز قاعدة المساواة بين المنتفعين بالمرافق العام الإدارية على أساس التزام الجهة القائمة على إدارة المرفق العام الإداري بأن تؤدي الخدمة التي يضطلع بها المرفق لكل من يطلبها من المنتفعين الذين تتوافر فيهم شروط الاستفادة منها دونما تمييز بينهم. فالقاعدة لها أساس من وجود المرفق العام الذي لم يوجد في الأصل إلا لإشباع الحاجات العامة للجمهور، فهويتني المصلحة العامة التي تهم المنتفعين بقطع النظر عن جنسهم ولونهم ومكانتهم ومعتقداتهم.¹

ومبدأ المساواة أمام المرافق العامة الإدارية الذي يقضي بعدم التمييز في الانتفاع بخدمات المرفق العام يسري بصرف النظر عن الفلسفة السائدة في الدولة، ففي النظم الرأسمالية فإن المساواة أمام المرافق العامة تعد أسمى تطبيقات الديمقراطية التي تشكل الدعامة السياسية لهذا النظام، كما أن في الدول الاشتراكية الشيوعية يعد تحقيق مساواة الأفراد أمام المرافق العامة من أبرز أهداف النظام الاقتصادي والسياسي الذي تقوم عليه الفلسفة الاشتراكية.²

فالمرافق العام الإداري يهدف إلى إشباع الحاجات العامة للأفراد بصورة جماعية والانتفاع بخدمات هذه المرافق لا يستلزم قيام رابطة شخصية بين المنتفع والمرافق فكل فرد في الدولة يفيد بما يحققه مرفق الشرطة من توفير الأمن فهودائما في مركز قانوني ونظامي تحكمه القواعد القانونية المنظمة للمرفق ويعني

1 - مصطفى أبو زيد فهمي، الإدارة العامة (نشاطها وأموالها)، مرجع سابق، ص 83، 84. ومبدأ المساواة يمثل ركناً أساسياً في فلسفة الحكم في الشريعة الإسلامية الغراء وركيزة جوهرية في صلاحية نظمها الإدارية، فقد عنى القرآن الكريم على تأكيد هذا المبدأ في أكثر من موضع، وظهرت تطبيقات المساواة في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته رضوان الله عليهم، وفي هذا يذكر أستاذنا الدكتور محمد مرغني خيرى أن: "جميع الخلق متساوون، فلا فرق بين شعب وآخرن أو بين أمة وأخرى، ولا بين غنى وفقير أو قوى وضعيف، ولا يميز الناس على أساس ألوانهم أو أنسابهم أو أحسابهم، بل ولا فرق بين العربي والعجمي أو بين المسلم وغير المسلم، وفي هذا يقول الرسول الكريم: (من ظلم ذمياً أو معاهداً أو كلفه فوق طاقته أو انتقص أو أخذ منه شيئاً يغير طيب نفسه، فأنا حججه يوم القيامة)".

2 - محمد المتولي، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص 203.

ذلك أنها عامة وغير شخصية، فالمساواة امام المرافق العامة الإدارية قائمة على اساس العموم والتجريد وليس على الأساس القانوني الشخصي للفرد.

ويختلف في ذلك عن المرافق الصناعية والتجارية التي تقدم حاجات مادية محددة للأفراد يستحوذ عليها كل منهم ويختص على سبيل الإنفراد كما هو الحال في مرفق توريد المياه او الكهرباء، حيث يعد المنتفع في علاقته بالمرفق العام الإقتصادي في مركز تعاقدى سواء اكان المرفق يدار بالطريق المباشر او طريق الإمتياز أي رابطة تعاقدية تخضع للقانون لروابط القانون الخاص وبخاصة لنظرية الإشتراط لمصلحة الغير¹.

وعلى ذلك فإن المساواة امام المرافق العامة الإدارية هي مساواة نسبية وليست مطلقة، فلا بد لإعمالها من أن تتوفر شروط التمتع بخدمات المرفق فيمن يطلب الخدمة، وأن يكون الأفراد في ذات المركز القانوني وتتوافر بشأهم ذات الضوابط التي فرضها القانون، ذلك أن الالتزام المفروض على الجهة القائمة على المرفق في أن تحترم مبدأ المساواة بين المنتفعين إنما هورهيين بتماثل ظروفهم وشروط الانتفاع بخدماته، فإن توافرت هذه الشروط في مجموعة من الأفراد دون غيرهم كان للمرفق أن يقصر خدماته على هذه المجموعة دون أن يوصم ذلك بالتمييز، ومن ذلك الخدمات التي يقصرها القانون على سكان بلدة معينة².

ولا يعد ذلك إخلالا بمبدأ المساواة، ولذا إذا كانت ظروف المنتفعين مغايرة من حيث المكان أو النوع أو الغرض أو كانت مغايرة من حيث البيئة أو الحالة الإجتماعية أو الثقافية كان طبيعيا أن يطلب المرفق من الراغبين الإنتفاع بخدماته شروطا خاصة تتفق وهذه الظروف المذكورة ولا تعد هذه الشروط قيدها على مبدأ المساواة لأنها تهدف إلى الصالح العام³.

غير أنه يجب ان تتخذ هذه الشروط صورة القواعد العامة وتتعلق بنوعين من الشروط أما الأول فيتصل بالمقابل الذي يتطلبه المرفق مقابل أداء الخدمة، ويعني بذلك أنه إذا ما تغيرت ظروف أداء الخدمة

1- محمد المتولي، المرجع السابق، ص 217.

2- مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، موقع الأكاديمية العربية المفتوحة بالدمارك: تم ييارته بتاريخ 14 مارس 2017 علي الساعة
www.ao-academy.org. 22:35

3 - محمد المتولي، المرجع السابق، ص 218

من حيث المكان أو الغرض أو النوع إختلف تبعاً لذلك حقوق المنتفعين وواجباتهم، كما بينا ذلك سلفاً، فقد يقرر القائمون على المرفق أداء رسم معين بشرط أن يكون ذلك عاماً بالنسبة لجميع المنتفعين بالخدمة.

أما الثاني يرتبط بشخص طالب الانتفاع بالخدمة، إذ يجب أن تتوفر في شخص طالب الخدمة شروط خاصة، وتختلف هذه الشروط باختلاف الخدمات والمرافق التي تضطلع بعبء أدائها، فمن المرافق ما تتطلب شرط المواطنة للحصول على خدماتها بحيث لا يستطيع الأجانب الحصول عليها، ومن ذلك مرفق الصحة.

بينما تتيح بعض المرافق كالتعليم الجامعي خدماتها لسائر الأفراد، فمبدأ المساواة ينطوي على وجوب التسوية بين الأفراد المنطبقة عليهم شروط الانتفاع، وفي ذات الآن يتمتع وفقاً لهذا المبدأ وضع شروط بقصد استبعاد أشخاص بذواتهم أو تمييز ومحاباة مجموعة من الأفراد على نحو غير دستوري¹.

ومع ذلك "إن هذا المبدأ لا يتعارض مع منح الإدارة بعض المزايا لطوائف معينة من الأفراد لاعتبارات خاصة كالسماح للعجزة أو المعاقين بالانتفاع من خدمات مرفق النقل مجاناً أو بدفع رسوم مخفضة أو إعفاء أبناء الشهداء من بعض شروط الالتحاق بالجامعات، وإذا أخلت الجهة القائمة على إدارة المرفق بهذا المبدأ وميزت بين المنتفعين بخدماته فإن للمنتفعين أن يطلبوا من الإدارة التدخل لإجبار الجهة المشرفة على إدارة المرفق على احترام القانون، إذا كان المرفق يدار بواسطة ملتزم، فإن امتنعت الإدارة عن ذلك أو كان المرفق يدار بطريقة مباشرة فإن من حق الأفراد اللجوء إلى القضاء طالبين إلغاء القرار الذي أحل مبدأ المساواة بين المنتفعين وإذا أصابهم ضرر من هذا القرار فإن لهم الحق في طلب التعويض المناسب"².

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول بأن قاعدة المساواة بين المنتفعين بالمرافق العامة تؤدي إلى نتائج عدة أهمها³:

1 د. مصطفى أبو زيد فهمي، الإدارة العامة (نشاطها وأموالها)، مرجع سابق، ص 86.

2 د. مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق.

3. محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، مرجع سابق، ص 50 وما بعدها.

أولاً: أن المنتفعين بخدمات المرفق العام يتساوون أمام تشغيل المرفق بحيث يلتزم المرفق بتقديم الخدمات التي يتولى تقديمها بذات الشروط التي يضعها للأفراد دونما تمييز بينهم وعلى نحو يمكن المنتفعين، فلا يحق للإدارة أن تخص فرداً أو مجموعة من الأفراد بخدمة ما دون مبرر وخارج الشروط التي وضعتها بالمرفق. وكما تقدم فإن ذلك لا يتنافى مع وضع شروط يتقضيها حسن سير المرفق يكون مؤداها قصر الخدمات على طائفة من الجمهور.

ثانياً: أن الأفراد يتساوون في حق تولى الوظائف العامة بالمرفق متى توافرت بشأنهم الشروط التي تتطلبها الوظيفة، ومن ثم فلا يجوز التمييز بينهم في تولى وظائف المرافق العامة.

ثالثاً: تقتضي قاعدة المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق العام حيادة المرفق العام في أدائه للخدمات العامة، فيتوجب عليه ابتغاء الصالح العام دونما انحياز لمصلحة خاصة لجماعة أو أفراد معينين، وينبغي على ذلك أنه يتعين على الإدارة ألا تسخر المرفق لتحقيق أغراض سياسية.

رابعاً: أن للأفراد متى أخلت الإدارة بقاعدة المساواة اللجوء إلى القضاء لإلغاء القرار الخارج عن هذه القاعدة وطلب التعويض عن الأضرار التي ترتبت عليه.

غير مبدأ المساواة أمام المرافق العامة الإدارية وإن كان يقتضي إشماله على كل من تتوفر فيهم الشروط لإنتفاع أمام هذه المرافق، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة وقيدتها بقيود تملئها المصلحة العامة فأحالها المشرع إلى السلطة التقديرية للإدارة.

وعليه فإنه تحقيقاً للمصلحة العامة فيمكن للإدارة التمييز بين المنتفعين بخدمات المرفق العام الإداري وهذا التمييز ينطوي على تقييد للمساواة بالنسبة لبعض الأفراد المنتفعين ومع ذلك فهولا يعد إخلالاً بمبدأ المساواة أمام المرافق العامة¹.

ومثالا على ذلك أنه من حق كل الطلبة الحاصلين على شهادة البكالوريا الإلتحاق بالجامعة لكن وتنظيماً لمرفق الجامعة وتحقيقاً للصالح العام ليس كل من ينجح بوجه بالضرورة للتخصص المطلوب، فقد تضع الجامعة شروط معينة أوضرة الحصول على على معدل كحد ادنى من أجل الإلتحاق بشعب معينة كما هو الحال بالنسبة لتخصص الطب أو الصيدلة.

1- وقد قضى بذلك القضاء المصري ومجلس الدولة الفرنسي والمجلس الدستوري والقضاء الأمريكي، محمد متولي، المرجع السابق، ص 220.

ولكن يشترط في تصرف الإدارة وفق سلطتها التقديرية ألا تخالف القانون وأن تكون المصلحة العامة المراد تحقيقها تتماشى وأهداف المرفق وأن ترتبط هذه الأهداف مع تنظيم المرفق وحاجات المجتمع ولذا فإن الإستثناءات تتعارض مع تخصيص الأهداف إذا قامت على غير مقتضى موضوعي وإنما على أسس شخصية لا تتفق وفكرة المصلحة العامة.

كما يمكن لطبيعة الخدمة العامة المقدمة او طبيعة المرفق ان تكون سببا في تقييد مبدأ المساواة، إذ تقتضي طبيعة الخدمة المقدمة حصرها على بعض الأفراد دون غيرهم وليس في ذلك إخلال لمبدأ المساواة امام المرافق العامة طالما كانت المساواة بين من تتوافر فيهم شروط الإنتفاع بتلك الخدمة ومن ذلك تخصيص بعض المنزهات للأطفال فقط اولالأطفال ذوي الإحتياجات الخاصة، او تخصيص بعض المستشفيات لتخصصات بعينها بشرط ألا تخالف في تطبيق مبدأ المساواة بين من تتماثل مراكزهم القانونية في الإنتفاع بخدماتها¹.

الفرع الثاني : مكانة مبدأ المساواة أمام المرافق العامة الإدارية بعد الخصوصية

كما سبق الإشارة إلى أهمية قاعدة المساواة أمام المرافق العامة الإدارية، فهي تضمن للأفراد متساوالمراكز القانونية المتمتع بخدمات المرافق على قدر التساو، بغض الانظر عن إنتمائهم وجنسياتهم وألوانهم. غير أن الإشكال الذي يثار هو هل يتأثر هذا المبدأ بسياسة الخصوصية لا سيما إذا تعلق الأمر بخصوصية مرفق عام إداري ؟.

تعد قاعدة المساواة أمام المرافق العامة من القواعد التي يتعين احترامها بصرف النظر عن القائم على المرفق العام أوالمستخدم لهذا المرفق، ذلك أن هذه القاعدة تدور فلسفة وجودها حول حق استعمال الأموال العامة المرصودة للمرفق العام استعمالاً جماعياً حراً غير عصى على التقييد وفق القواعد والأنظمة التي تحكم تقديم الخدمة ومصلحة المرفق، وبمعنى آخر فإن قاعدة المساواة أمام المرفق غايتها وضع سائر المتعاملين في مرتبة واحدة دون تفضيل أحد عن الآخر، ونبذ أي صورة من صور التمييز بين الأفراد

1- محمد متولي، المرجع السابق، ص 222

حينما يكونون في مراكز قانونية متماثلة وينتفي وجود اختلافات بينهم تبرر الخروج عن قاعدة المساواة لمصلحة أي منهم¹.

غير أن خصوصية تسيير مرفق عام إداري وإشراف الخواص² على إدارته الذي ينتقل إليه عبء تنفيذ مهمة مرفق عام؛ لا سيما عندما يتعلق الأمر بمرافق تقدم خدمات أساسية للجمهور كما الحال بالنسبة لمرفقي الصحة والتعليم.

ويكون أداء الشخص الخاص أو العام بنفس الطريقة أو أحسن من تلك التي كانت تدير بها الدولة المرفق. لا تمنع أوتنافي تطبيق المبادئ الدستورية التي كان يتبعها المرفق بل وبالعكس على المرفق السير على نفس الأحكام والنظم القانونية التي كان يسري عليها لا سيما فيما يتعلق بالخدمات التي يقدمها والمنتفعين منها.

وعلى ذلك يمكن القول بأن قاعدة المساواة تتعلق بالمرفق ذاته وتكون لازمة لنظام المرفق طالما بقي مؤدياً لنشاطه العام، ولا تتعلق هذه القاعدة بشخص المسير للمرفق العام أو المهيمن عليه، بل إنها لا تتأثر بتغيير النظام القانوني للمرفق أو شكل إدارته³.

لذا يمكن القول أنه ليس ثمة تعارض بين الخصوصية كسياسة اقتصادية وبين قاعدة المساواة أمام المرافق العامة، ذلك أن ملكية أصول المرفق العام للشخص الخاص بفعل سياسة الخصخصة ليست للاستثمار بهذه الأصول وإنما لتنميتها وتسخيرها لخدمة أهداف لا تبتعد عن هدف المرفق العام وغاياته، لذا فإن ملكية المرفق لا تعدوان تكون ضرباً من ضروب الاستثمار المقيد بتحقيق أهداف المرفق ونشاطه دونما ترخص في الانحراف عن هذه الأهداف والمبادئ التي تحكمها.

1 -G. Dupuis, M.-J. Guedon, P. Chretien, Droit administrative, op. cit.,p. 371.

محمود أحمد سليمان البراشدي، النظام القانوني لأموال المرفق العام في ظل سياسة الخصخصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009، ص 632.

2- يمكن أن يكون شخصا من أشخاص القانون العام، سيتم التفصيل في ذلك في الباب الثاني من البحث.

3- محمود أحمد سليمان البراشدي، المرجع السابق، ص 632.

إن قاعدة المساواة تنصرف إلى جميع المرافق العامة أياً كانت طريقة إدارتها سواء كانت بشكل مباشر أو غير مباشر أي بطريق الامتياز¹. وبالمثل فهي تطبق على المرفق العام بعد الخوصصة². إذ يتعين على الشخص الخاص الذي انتقل إليه المرفق العام أن يطبق مبدأ المساواة بين المنتفعين على النحو الذي يحقق قصد المشرع الدستوري من وراء تقرير هذه القاعدة.

وفي نطاق عقود التزام المرافق العامة فقد اعترف الفقه للإدارة بأن تقرر لاعتبارات تتعلق بالصالح العام تخفيف شروط الانتفاع بالمرافق العامة لفئة معينة من المنتفعين كضحايا الحرب أو الشهداء³، ومثل هذا الأمر ينطبق على اتفاق الخوصصة، فبالرغم من أنه يتعين على الدولة أن تحرص على كفالة قاعدة المساواة بين المنتفعين في اتفاق الخوصصة، إلا أنها تملك تضمين هذا الاتفاق ما يمليه الصالح العام من حدود واستثناءات على هذه القاعدة، بيد أن ذلك لا يعني إهدار روح القاعدة لما تمثله من أصل دستوري لا يجوز الخروج عليه.

وبالرغم مما تقدم فإنه لما كانت قاعدة المساواة تستمد من طبيعة المرفق العام ذاته، فإن تطبيقها على المرفق العام بعد الخوصصة إنما يقوم على ذات الأساس، فهي لا تتوقف على النص الصريح في اتفاق الخوصصة، وإن كان هذا الاتفاق مهم في رسم حدودها، ومن ثم فلا يحق للشخص الخاص أن يتذرع بعدم وجود مثل هذا النص ولا أن يجيد عن هذه القاعدة على نحو يخالف المقصد منها، فالشخص الخاص الذي انتقل إليه مرفق ملتزم بتقديم هذه الخدمة للجمهور على قدم المساواة وإن لم تحدد الدولة

1 - محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الهدى للمطبوعات، ص 221.

وفي هذا الشأن يذهب الأستاذ العميد الدكتور سليمان الطماوي إلى أن: "المنتفعين بالخدمات العامة هنا يتلقونها من مرفق عام لا من مشروع خاص، ولهذا تنشأ علاقات بين المنتفع والسلطة العامة من ناحية، وبينه وبين الملتزم من ناحية أخرى، مقتضاها أن للإدارة هيمنة تامة فيما يتعلق بإعداد المرفق العام وتشغيله، غير أن هذه السلطات ليست بحقوق مطلقة مقررة للإدارة إن شاءت استعملتها أو تركتها ولكنها حقوق مقررة لمصلحة المنتفعين الذين لا تربطهم بالملتزم روابط مباشرة، ومن ثم فإن من حق المنتفعين أن يطلبوا من الإدارة أن تتدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط الالتزام، وعلى أن ينفذ بين المنتفعين قاعدة المساواة في المعاملة، بحيث لا يمتنع بغير حق عن تقديم خدماته إلى من استوفى شروط الحصول على تلك الخدمات...". سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، طبعة 1979، ص 367 وما بعدها، وقد اشار عليه: د. شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 36.

2 - محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، مرجع سابق، ص 78 وما بعدها.

3- دويب حسين عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، مرجع سابق، ص 349.

ذلك تقريراً وكيفية عند التعاقد، ويحرم عليه اختصاص طائفة من الجمهور بخدمة أكثر جودة عن الآخرين. ذلك أن "أيلولة المرفق العام الإداري للقطاع الخاص أكثر جودة عن الآخرين. لا يغير من نشاط المرفق العام من أجل إشباع الحاجات العامة للأفراد المنتفعين بخدماته.

والمشروع في هذه الحالة يستهدف النفع العام، ومن ثم فلا يجوز للقائمين عليه أن يمتنعوا عن أداء الخدمات التي يقدمها المشروع لأي فرد توافرت فيه شروط الانتفاع بخدماته وينبغي تطبيق مبدأ المساواة¹.

ويبقى أن نذكر بأن تطبيق قاعدة المساواة أمام المرافق العامة بعد الخوصصة لا يخرج عن أصول تطبيق هذا المبدأ التي أجمع عليها الفقه وأكد عليها القضاء، وأهم ما يتعين مراعاته ماهية المساواة إلت يلتزم المرفق العام بتحقيقها بعد الخوصصة، وهي المساواة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة من المنتفعين بخدمات المرفق العام²، ولا تعني المساواة الحسائية ذلك لأن المشرع يملك سلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط تحدد المراكز القانونية التي تتساوى بها الأفراد أمام القانون بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد بموجب أعمال المساواة بينهم لتمثيل ظروفهم ومراكزهم القانونية، فإذا اختلفت هذه الظروف بان توافرت الشروط المذكورة في البعض دون البعض الآخر، انقضت مناط التسوية بين الفريقين والتجاء المشرع إلى هذا الأسلوب لا يخل بشرطي العمومية والتجريد الواجب توافرها في القاعدة القانونية لأنه إنما تخاطب الكافة من خلال هذه الشروط³.

وما أكد ذلك الأحكام القضائية الصادرة عن وقضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ القدم زاجر بالأحكام التي كفلت مبدأ المساواة في تلقي الخدمات الأساسية⁴. أما في مصر وفي مصر تستند قاعدة المساواة أمام المرافق العامة على مبدأ من المبادئ الدستورية العامة في شأن الحقوق والحريات والذي أكدته

1 - محمد المتولي السيد، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، مرجع سابق، ص 231.

2- محمود أحمد سليمان البراشدي، المرجع السابق، ص 626.

3- حسن البنان، المبادئ الحاكمة للمرافق العامة الاقتصادية، ص 135

4 - أحكام مجلس الدولة الفرنسي في قضية "شوميل":، C.E. du 29 Novembre 1911. "chomel" Sirey Paris 1914, وفي قضية "نقابة الملاك بمرسيليا":، C.E. du 10 Ferier 1928, "Syndicat proprietaites marseilais". P. 102. 3, وفي قضية "فيير":، In: Rec. Lebon, p. 222. C.E. du I Juillet 1936 "Veyre" in: Sirey, Paris. محمد أحمد سليمان البراشدي، المرجع السابق، ص 623.

الديساتير المصرية المتعاقبة، فقد نصت المادة الأربعون من دستور سنة 1971 على انه " المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، ولا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة، بيد ان مساواة الأفراد أمام المرافق العامة ليست مطلقة فلا تعني انه يجوز لكل فرد بدون قيد أو شرط ان يطلب انتفاعه بالخدمات التي تؤديها المرافق، وانما هذه المساواة ككل المراكز القانونية لا تصبح حقا للمنتفع إلا بتوافر شروطها.

وفي هذا المعنى تقول المحكمة العليا في حكمها الصادر في 1972/9/1¹ بشأن المادة 76 من قانون المؤسسات العامة الصادر بالقانون رقم 60 لسنة 1971" ان نص المادة 76 من قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام الصادر بالقانون رقم 60 لسنة 1971، لا ينطوي على مخالفة لمبدأ المساواة ولا لمبدأ تكافؤ الفرص، فكل المبدأين يتحققان في التشريع بتوافر شرطي العمومية والتجريد².

تأسيساً على نظرة المحكمة الدستورية العليا في مصر لمبدأ المساواة باعتباره من أهم الحقوق التي كفلها الدستور وحرصت على تأكيد المواثيق الدولية، وأن مبدأ المساواة من حقوق الإنسان الملازمة لوجوده³، والتي لا يمكن الانتقاص منها أو تعطيلها، لذا فقد كان تأكيد المحكمة الدستورية العليا على ضرورة تطبيق قاعدة المساواة على المرفق العام بعد الخخصة ينسجم مع فلسفة هذه القاعدة وأهميتها ووجوب كفالة إعمالها بين المنتفعين بخدمات المرفق العام بصرف النظر عن القائم عليه.

1- حكم المحكمة العليا بجلسة 1972/7/1 الدعوى رقم 4 لسنة 2 قضائية عليا دستورية، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة في دعاوى الدستورية، ج1، الفترة من إنشاء المحكمة سنة 1970 حتى نوفمبر سنة 1976، ص108. وقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ من جديد في حكمها الصادر في جلسة 1974/6/29 في الدعوى رقم 1 لسنة 5 قضائية من سنة 1970 حتى نوفمبر 1976، ص163. ولا يتعارض مع مبدأ المساواة استبعاد بعض الحالات وحرمانها من تقديم عطاءاتها بشأن العقود التي تبرمها المرافق العامة الاقتصادية. إذ قد يحدث ان يكون مقدمي العطاءات ممن يخضعون لإجراءات التصفية أو ممن حكم عليهم بالإفلاس أو الذين حكم عليهم بعقوبات جنائية في المسائل الضريبية والذين لم يؤديوا الاشتراكات والتأمينات الاجتماعية والمشروعات التي قضى بأدائه مديرها في اتفاقات غير مشروعة صراحة أو ضمنا مع الموظفين العموميين، فاستبعاد هذه الحالات لا يخل بمبدأ المساواة، للمزيد عن هذا الموضوع راجع : د. عبدالفتاح صبري ابو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة طنطا، 1993، ص416.

2 - حسن البنان، المبادئ الحاكمة للمرافق العامة الاقتصادية، ص 135

3- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 30 لسنة 16 ق "دستورية"، بتاريخ 1996/4/6م.

ففي حكمها الصادر بتاريخ 2 سبتمبر 1995 أكدت المحكمة انبساط قاعدة المساواة على خدمات مرفق التعليم الخاص، إذ تقول المحكمة: "أن التعليم حق، وأن العملية التعليمية متكامل عناصرها، فلا يجوز تبييضها بفصل أجزائها عن البعض، ذلك أن تظافر مكوناتها هو الضمان لفاعليتها، لتمتد الحماية التي كفلها الدستور للحق في التعليم، إلى كل العناصر التي يتألف منها، فلا يجوز تعطيل بعض جوانبها أوتقييدها بنصوص قانونية أو تدابير إدارية من شأنها الإخلال ببركاز التعليم بما ينال من محتواه، وبوجه خاص يجب أن تتخذ السلطات العامة جميعها، التدابير التي يقتضيها إنهاء التمييز غير المشروع، سواء في مجال شروط القبول في المعاهد التعليمية، أو من خلال القواعد التي تفرق بين الطلبة في شأن مصروفاتهم، أو منحهم الدراسية. ما لم يكن هذا التمييز بينهم، مستندا إلى جدارتهم، أو متصلاً بأوضاع تلك المعاهد واحتياجاتها.

تأسيساً على نظرة المحكمة الدستورية العليا في مصر لمبدأ المساواة باعتباره من أهم الحقوق التي كفلها الدستور وحرصت على تأكيد المواثيق الدولية، وأن مبدأ المساواة من حقوق الإنسان الملازمة لوجوده¹، والتي لا يمكن الانتقاص منها أوتعطيلها، لذا فقد كان تأكيد المحكمة الدستورية العليا على ضرورة تطبيق قاعدة المساواة على المرفق العام بعد الخوصصة ينسجم مع فلسفة هذه القاعدة وأهميتها ووجوب كفالة إعمالها بين المنتفعين بخدمات المرفق العام بصرف النظر عن القائم عليه.

ففي حكمها الصادر بتاريخ 2 سبتمبر 1995 أكدت المحكمة تعميم قاعدة المساواة على خدمات مرفق التعليم الخاص، إذ تقول المحكمة: "أن التعليم حق، وأن العملية التعليمية متكامل عناصرها، فلا يجوز تجزئتها بفصل أجزائها عن البعض، ذلك أن تظافر مكوناتها هو الضمان لفاعليتها، لتمتد الحماية التي كفلها الدستور للحق في التعليم، إلى كل العناصر التي يتألف منها، فلا يجوز تعطيل بعض جوانبها أوتقييدها بنصوص قانونية أو تدابير إدارية من شأنها الإخلال ببركاز التعليم بما ينال من محتواه، وبوجه خاص يجب أن تتخذ السلطات العامة جميعها، التدابير التي يقتضيها إنهاء التمييز غير المشروع، سواء في مجال شروط القبول في المعاهد التعليمية، أو من خلال القواعد التي تفرق بين الطلبة في شأن مصروفاتهم، أو منحهم الدراسية. ما لم يكن هذا التمييز بينهم، مستندا إلى جدارتهم، أو متصلاً بأوضاع تلك المعاهد واحتياجاتها.

1- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 30 لسنة 16 ق "دستورية"، بتاريخ 1996/4/6م.

ولا يسوغ كذلك أن تتخذ السلطات العامة، من أشكال المعونة التي تقدمها على المعاهد التعليمية، وأياً كان مقدارها موطئاً لتقييم حقوق فئة بذاتها من طلبتها، أو تقديمها وتفضيلها على نظرائهم، وليس لها أن تعطل حق أولياء أمور الطلبة في إلحاق أبنائهم بمعاهد تعليمية غير التي أنشأتها، بشرط ألا يقل مستواها عن الحدود الدنيا التي تتطلبها الجهة ذات الاختصاص بتنظيم شؤون التعليم.

وفضلاً عما تقدم لا يسمح قانوننا، أن يكون انتفاع طلبة المعاهد التعليمية، بمرافقها أو خدماتها، مرتبطاً بقدراتهم المالية، ذلك أن التمييز بين المواطنين (في مجال مباشرتهم للحقوق الأساسية عينها) على ضوء ثرواتهم كان دائماً أمراً محظوراً منهيّاً عنه دستورياً.

ولئن صح القول بأن الأصل في التعليم الخاص هو جوازه في الحدود التي بينها المشرع، وبما لا يناقض ونصوص الدستور، وبشرط ألا يكون مستبعداً لفئة بذاتها من المواطنين انحرفاً، وأن يكون ملتزماً من حيث مستواه في كل مرحلة تعليمية بالمقاييس التي تفرضها الجهة الإدارية ذات الاختصاص في نفس المرحلة، فإن من الصحيح كذلك أن الحماية التي يكفلها الدستور للحق في التعليم بكل العناصر التي يشتمل عليها إنما تمتد إلى المعاهد التعليمية جميعاً، بغض النظر عن مملكتها أو إديرها..¹

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تناول المساواة في عدة مواد، حيث نصت المادة 32 من الدستور الجزائري² على مبدأ المساواة بقولها " كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو إجتماعي. "

وفي المادة 34 " تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والإجتماعية والثقافية"

1- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 40 لسنة 16 ق "دستورية"، بتاريخ 1995/9/2م، الموسوعة الدستورية الشاملة لجميع أحكام المحكمة الدستورية العليا وقراراتها بالتفسير (منذ إنشائها وحتى آخر مايو 1998)، مرجع سابق، ص 654 محمود أحمد سليمان البراشدي، المرجع السابق، ص 626.

2- قانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري.

وفي المادة 63 " يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أي شروط أخرى فير الشروط التي يحددها القانون"

وفي المادة 65 الفقرة الرابعة. تسهر الدولة على التساوي في الإلتحاق بالتعليم والتكوين المهني وكذا المادة 78 " كل المواطنين متساوون في أداء الضريبة".

غير أن المشرع الجزائري في البداية لم يتعامل مع موضوع الخوصصة محل الدراسة بصفة صريحة وواضحة حيث أنه لا توجد نصوص تشريعية وطنية نص فيها المشرع على هذا المبدأ⁽¹⁾. غير أنه ما يمكن إستنتاجه إن كان المشرع الجزائري من خلال قانون المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية الإقتصادية 04-01 والنصوص التطبيقية له، أن اللجوء إلى الخوصصة كان الهدف الأساسي منه هو المحافظة الخدمة التي كان يقدمها المرفق العام ومحاولة ضمان الإستفادة كل المرتفقين.

وقد حرص المشرع الجزائري على ضمان قاعدة المساواة أمام المرافق العامة بعد الخوصصة والنص عليها صراحة في قانون الصفقات العمومية² بموجب نص المادة 209 والتي تنص على " تخضع إتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم³. زيادة على ذلك يخضع المرفق العام عند تنفيذ إتفاقية تفويضه على الخصوص إلى مبادئ الإستمرارية والمساواة والتكيف".

ورد في هذه الفقرة المبادئ الواجب للجهة الإدارية مراعاتها في حالة خوصصة تسيير مرفق عام فقد نصت المادة على ضرورة تطبيق مبدأ المساواة إذ "يجب على الطرف المتعاقد معه في جميع الحالات

1- ذلك أن تحديد الالتزامات الملقاة على عاتق الشركات بعد الخوصصة من شأنه تبصير الشركة بما لها وما عليها ويجنبها مخاطر تقديم الخدمات للجمهور على أساس غير قانوني أو أساس غير اقتصادي على نحو قد ينال من استمراريته وقدرتها على الوفاء بحاجات الجمهور. ربيع بن صادق دحلان، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المشروعات العامة (التحول إلى القطاع الخاص)، الطبعة الثانية، 1999، مكتبة الملك فهد الوطنية، ص 277.

2 - المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015، ص 3 وما بعدها.

3 - المادة 05 من تنص على " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن إحترام أحكام هذا المرسوم"

عدم التمييز أو الانحياز دون مبرر قانوني بين الأشخاص والالتزام بالسياسة العامة للدولة لدى مباشرتها المهام المسندة إليها بموجب هذا القانون وهذا النص يعد تكريساً واقعياً لمبدأ المساواة بين المنتفعين بالمرافق العام، فبالرغم من أن هذا المبدأ لا يحتاج إلى نص يقره باعتباره يحوز على المرتبة الدستورية فضلاً عن كونه من المبادئ العامة التي تطبق بداهة، إلا أن حرص المشرع على النص عليه يعد تأكيداً لذلك المبدأ وحتى يكون تحت بصر من اوكلت له مهمة إدارة المرفق.

أنه بالرغم من الإشادة بمسلك المشرع الجزائري في التأكيد على سريان قاعدة المساواة أمام المرافق العامة بعد الخوصصة في ضوء النصوص التي ساقها قانون الصفقات العمومية، فإنه كان من الأولى وضع هذه القواعد في قانون جديدي خاص بتنظيم الخوصصة بالمفهوم الجديد.

لضرورة وجود تنظيم خاص بالخوصصة يعد الإطار القانوني لعمليات الخوصصة التي تجرى على مختلف القطاعات لا سيما المرافق العامة الإدارية، خلفاً للتشريع القديم 01-04 الذي يتحدث عن الخوصصة الكلية أو الجزئية للمؤسسات والشركات الصناعية أو التجارية خاص بالمرافق الإقتصادية.

حتى وإن كان يعني النص العام على قاعدة المساواة التي يتعين أن يلتزم بها المخاطبون بأحكام هذا القانون عن ترديد هذه القاعدة في سائر القوانين المتصلة بالخوصصة. ولا شك أن مناسبة وضع هذه القاعدة في قانون الصفقات العمومية مرده أهمية القاعدة وباعتبار أن جذورها راسخة في أحكام النظام الأساسي للدولة الذي ساوى بين المواطنين في سائر الحقوق والواجبات¹. أن الظاهر من النصوص سالفة الذكر أن واجب مراعاة قاعدة المساواة في خدمات مرفق العام الإداري يعد من الواجبات العامة التي لا تسقط ولا تتغير بتغير الجهة القائمة على المرفق.

المطلب الثاني : أثر الخوصصة على مبدأ إستمرارية المرفق العام الإداري

ومبدأ إستمرار المرافق العامة يعتبر من المبادئ الأساسية على الرغم من أنه لم يرد بشأنه نص في الدستور أو القانون سواء في فرنسا أو في مصر أو في الجزائر، لأن هذه النصوص سواء كانت واردة في الدستور أو المنخرطة في التشريع العادي أو الفرعي، إنما تعتبر مقررة لمبدأ أساسي من مبادئ القانون الإداري، وليست منشأة له.

ولقد ذكر الفقه أن هذا المبدأ هو أهم المبادئ العامة التي تحكم عمل المرافق العامة وهناك من ذهب إلى أنه يعتبر القلب الذي يضح الدم إلى بقية المبادئ وأوضح الفقه أهمية هذا المبدأ من حيث النتائج المترتبة على تطبيقه¹. هذا المبدأ يتعلق بجميع المرافق العامة سواء كانت إدارية أو اقتصادية ومهما اختلفت طرق إدارتها. سواء كانت تدار بالطريق الإداري المباشر أو بطريق الإلتزام، أو طريق أخرى خلاف ذلك².

سيتم التطرق إلى مبدأ إستراتيجية المرفق العام الإداري في الفرع الأول أما الثاني تطبيق مبدأ إستراتيجية المرفق العام الإداري بعد الخوصصة

الفرع الأول : التعريف بمبدأ إستراتيجية المرفق العام الإداري

يؤدي المرفق العام الإداري خدمات أساسية للأفراد، يعتمدون عليها إلى حد كبير في تنظيم امور حياتهم ؛ فهم لا يتخذون احتياطات لتزويد أنفسهم بها وتخزينها، لأنه إذا تعطلت هذه المرافق اوتوقف سيرها ولومؤقتا نتج عن ذلك أضرار ومضايقات للجمهور.

ولما كانت إدارة أي مرفق من المرافق العامة تركز على دعامتين، الأولى بناء تنظيمي محكم يستمد أصوله وقواعده من طبيعة المرفق وأهدافها، والثانية جهاز مدرب قادر على النهوض بأعباء هذه المرافق في إطار ذلك التنظيم، وكانت كل دعامة من هاتين الدعامتين لا غنى لها عن الأخرى، لأنهما يشكلان معا أساسا صالحا متكاملا يقوم عليه سير المرفق العام وإنتظامه، فقد وجب على الإدارة أن تعني بأمر سير المرافق العامة لتجعل منه أداة فعالة قادرة على الإنطلاق والتقدم نحو تحقيق الاهداف الجلية التي قصد إليها من وراء إنشائها³.

ولذلك كان من واجب السلطات الإدارية أن تعمل على ضمان سير المرافق بإنتظام وإضطراد، بحيث يجد المنتفع الخدمة المطلوبة متوفرة في الزمان والمكان المحدد لأدائها فيه.

1 - فارس عبد الرحيم حاتم، حدود سلطة الإدارة عند تطبيق مبدأ سير المرفق العام بإنتظام وإستمرار، ص 220.

2 - محمد عبد الحميد ابو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية إستدامتها، ص 308، محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ واحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 309.

3 - محمد عبد الحميد ابو زيد، منافع المرافق العامة وحتمية إستدامتها، ص 305.

ويعد هذا المبدأ من صنع القضاء الإداري الفرنسي¹، الذي إبتدعه لكي يكفل سير المرفق في آدائه لخدماته دون إنقطاع، الأمر الذي يدل على أن هذا المبدأ أساسه تفضيل الصالح العام على الصالح الخاص عند التعارض. ويعود فضل السبق للفقهاء رولان في إستخلاص هذه المبدأ من احكام مجلس الدولة الفرنسي، فهواول من تناوله بالشرح والتحليل².

وأقد أضفى المجلس الدستوري الفرنسي قيمة دستورية على هذا المبدأ في قراره الصادر بتاريخ 25 يوليو 1979، ثم اكد ذلك في قراره الصادر بتاريخ 23 يوليو 1996، الذي قرر فيه المجلس إلتزام سائر المرافق العامة بإحترام المبادئ الدستورية الضابطة لسيرها، ومن بينها مبدأ دوام سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد³.

يعني هذا المبدأ أن المرافق العامة يجب أن تعمل بصفة مطردة ومستمرة، إذ إن الحاجات العامة التي ينشأ المرفق لإشباعها لاتعد كذلك، ولا يكون المرفق العام قد حقق الهدف من إنشائه إذا ما تم سد تلك الحاجات بصفة وقتية وعلى نحو متقطع وغير منتظم وبيان ذلك أن الناس يرتبون امور حياتهم المعيشية على أساس إستمرار سير المرافق العامة العامة، فإذا ما فوجئوا بتوقف أو تعطيل هذه المرافق أو إضراب موظفيها أدى إلى إضطراب أحوال المجتمع، ويلحق بأفراده المشقة والضرر ويعرض النظام العام للخطر⁴.

1 - C E 7 aout ,1909 , winkell ,rec p 826 , sivey 1909 - 3-145

وكان هذا يتعلق بإضراب موظفي البريد و الإتصالات في الوقت الذي لم يكن الإضراب فيه مجرماً ثم تلا ذلك عدد من الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي والتي أكدت مبدأ دوام سير المرفق العام منها :

C.E 6AOUT 1910 , AMALRIC ET AUTRES ,REC P 72

C.E , 22 OCT ,1937 DELLE MINAIRE ET AUTRES ,REC P 843 , CONCL ,LAGRANGE JEZE.R.D..P 1938 P 121.

ROLAND :PRECIS DE DROIT ADMINISTRATIF 10 EME ED 18.

2 - محمد عبد الحميد ابو زيد، المرجع السابق، ص 308.

3 - CC 25 JUI 1979 ?REC P 33 RDP 1979 P 1705 RDP 1981 P 1660 , CONCL , FAVOREU , AJDA ,2 JUI 1997 P 16.

4 - داوود الباز، أثر تطبيق الحكومة الإلكترونية على المرافق العامة، ص 133.

فيمكن تصور الوضع لحظة إنقطاع الكهرباء في المستشفى في أثناء قيام الأطباء بعملية جراحية لمريض والقلب أوالبطن اوالراس مفتوحا، وكذلك الحال لتوقف مرفق نقل الطلبة المتأهبون لإجراء الإمتحانات، لا شك أن ذلك يؤدي إلى إرتباكهم وإضطراب أحوالهم، وصبهم كل غضبهم على المرفق المعهود إليه بنقلهم¹.

والحقيقة أن هذا المبدأ ينبع من طبيعة المرفق ذاته، فالمرفق العام الإداري هوهم المرافق العامة نظرا لجمهور المنتفعين منه وإعتيادهم على الإستفادة من خدماته وتحقيق أمالهم في تلبية احتياجاتهم وقضاء مصالحهم، ومن ثم لا يتصور عندهم توقف اوإنقطاع خدمات هذه مرافق أووقفوا دوام أدائها، أو تأخير سير المرفق دون أن ينالهم ضرر، أويمسهم عذاب البحث عن خدماته بالطريقة التي يظنونها بديلة لها.

وقد يكون تطبيق هذا المبدأ حسب عبارة موريس هوريوبشكيل رائع في جميع الدول المتقدمة فالشرطة تؤدي رسالتها في السهر على أمن الأفراد بانتظام وبإستمرار في أثناء الليل وأطراف النهار، كما ان مرفق الدفاع دائم إلقظة والإنتباه، وكثيرا ما سهرت عيون جنود تحرس سلامة أرض الوطن، وهي متأهبة للذود عن البلاد، ومرفق التعليم يجب على القائمين عليه توفير الإنشاءات والوسائل، وإعداد المعلمين والمدرسين للقيام بمهمة التعليم والبحث العلمي والإبتكار، علاوة على الطاقم الإداري المعاون في ذلك².

ويترتب على المبدأ المذكور نتائج مختلفة، تعتبر في ذاتها تطبيقا لمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام وإضطراد، ومن اهمها تنظيم إضراب الموظفين، تنظيم إستقالتهم، إقرار نظرية الموظف الفعلي، نظرية الظروف الطارئة وحماية اموال المرافق العامة وغيرها

أولا : الإضراب في المرافق العامة

يعد الإضراب إجراءً خطيراً يؤثر على حركة المرافق العامة وأخطر ما يهدد مبدأ سيرها بانتظام واضطراد، ويقصد به اتفاق بعض العمال على امتناعهم عن تأدية أعمال وظائفهم بصفة مؤقتة، تعبيرا

1 - محمد ابو زيد، مبدأ دوام سير المرافق العامة، المرجع السابق، ص 10..

2 - محمد عبد الحميد ابو زيد، المرجع السابق ص 309.

عن عدم الرضى من أمر معين، وهو من الحقوق المكفولة بمقتضى الدستور¹. وسنعرض بعجالة لاحكام الاضراب في كل من فرنسا ومصر الجزائر.

1- أحكام الإضراب في فرنسا :

الإضراب في فرنسا كان عملاً غير مشروع إلى أن صدر دستور 1946، فقد كان قضاء مجلس الدولة يجري على اعتبار الإضراب خطأً شخصياً وخروجاً على القوانين واللوائح ويستوي في ذلك أن يكون المضرب عاملاً في مرفق إداري أو مرفق تجاري أو صناعي، مرفق يدار بالريجي أو بأسلوب التزام المرافق العامة. ويكون على جهة الإدارة بالتالي أن تتخذ فوراً الإجراءات المناسبة التي تكفل استمرار سير المرفق العام وأن تحل غيره محله في عمله الذي تخلى عن أدائه².

ثم جاء دستور 1946 ونص في ديباجته على أن " حق الإضراب يباشر في حدود القوانين التي تنظمه " وأحال دستور الجمهورية الخامسة 1958 إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر 1789، ومقدمة دستور سنة 1958، والذي صدر بموجبه قانون 31 يوليو (جويلية) 1963³ المنظم

1 _ محمد الأعرج، الإضراب في المرافق العامة : القاضي الإداري وضابط ممارسة حق الإضراب، المجلة المغربية للسياسات العمومية، عدد مزدوج 3/2 - 2008، ص 222

2-Winkell ,C.E. 7 oct 1909, SIREG 1909, 3. 145.

وهو حكم بصدد إضراب بعض موظفي البريد إذ قرر المجلس " ومن حيث أن الإضراب يعد عملاً غير مشروع على الرغم من أنه لا عقاب عليه طبقاً لاحكام قانون العقوبات ومن حيث أن الموظف بقبوله للوظيفة التي عرضت عليه قد اخضع نفسه لكل الالتزامات الناتجة عن ضرورات المرفق وتنازل عن كل رخصة تتعارض مع الاستمرار الأساسي للحياة الوطنية ". صلاح يوسف عبدالعليم، المصدر السابق، ص 181، ولقد استمر مجلس الدولة في تطبيق المبادئ التي قررها في الدعوى سالفة الذكر (Winkell) على جميع المرافق العامة فقد اعترف المجلس للحكومة بسلطة استدعاء المضربين للخدمة العسكرية أو إصدار أوامر بتكليفهم، من بين الأحكام

C.E. 6 oct 1910, Amalric et autres, R.P.270 et C.E.18 juillet, 1913, Syndicat national des chemins de fer, R.P 875 et C.E. 5 decembre 1941, Sellier, R.P.208.

حسن محمد علي حسن البنان، مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطوير - دراسة مقارنة -، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2014، مصر، ص 153.

3 - محمد عبد الحميد ابو زيد، المطول في القانون الإداري، مصدر سابق، ص 289،

لحق الأضراب والذي حظر الإضراب الشامل والزم النقابات التي ترغب في القيام بإضراب في غير هذه الحالة بمجموعة من الضوابط وهي :

أ - إبلاغ السلطات العامة قبل القيام بالإضراب بخمسة أيام على الأقل حتى تستطيع استخدام التدابير اللازمة نحوه.

ب - احتواء الأخطار بالإضراب على أسباب الالتجاء إليه.

ج - تحديد مكان وزمن الإضراب وساعة البدء فيه حتى تكون السلطات المختصة على علم بالإضراب، فتؤمن نفسها ضد خطر المضربين، أو الحد من شرورهم، ورتب المشرع جزاءات تأديبية على المخالفين لقواعده وأحكامه، وصدر أيضا قانون 13 يوليو (جويلية) عام 1983 بشأن حقوق وواجبات الموظفين، وأكد على ان " يمارس الموظفون حق الإضراب في إطار القوانين التي تنظمه "1.

أما عن الحلول العملية التي ظلت تنطلق من التحريم التام والبسيط إلى تنظيم جزئي عبر الالتزام بالحد الأدنى من الخدمة فهي :

أولا : انها الصيغة التي اختيرت في عدد معين من المرافق حيث تشغيلها المتواصل يفرض نفسه بلا جدال، وهكذا مراقبوا الملاحة الجوية قد حرموا على الدوام من حق الإضراب، وبناء على ذلك فاتهم يعرضون لتوقيع الجزاءات اللائحية إذا خالفوا المنع.

ثانيا : طريقة أخرى اقل إلزاما بالرغم من انها تحمل في طبيعتها إشباعا للمنتفعين تتمثل في تحديد (خدمة بسيطة) يلزم بها وبممارستها للضرورة في المستشفيات في حالة الإضراب كما اختيرت أيضا في الراديو والتلفزيون حيث لم تف مع ذلك بالحاجة اللازمة أو الضرورية.

ولكن استطاع مجلس الدولة ان يضع لها الحدود في حكمه بشأن النقابة العامة للراديو والتلفزيون " C.E.D.T. الصادر في 12 نوفمبر 1976. حيث اعتبر ان ما قرره وزير الإعلام من إلزام الشركة

1 - عزت فوزي حنا، المصدر السابق، ص 272.

القومية T.F.1 بنوع من الخدمة البسيطة ببث نشرتين من الأخبار بالتلفزيون أيام السبت والأحد والعطلات في الفترة المسائية يخالف القانون¹.

2- أحكام الإضراب في مصر :

لم يكن الإضراب معاقبا عليه حتى سنة 1923، اكتفاء بالعقوبات التأديبية التي يمكن توقيعها بسبب الامتناع عن أداء العمل أيا كانت طبيعة هذا الامتناع ولما ظهرت مخاطر حركات العمال العنيفة، وجد المشرع ان الجزاءات التأديبية غير رادعة، وانه لابد من وضع عقوبات جنائية تضمن استمرار المرفق في أداء خدماته للجمهور، ولهذا ادخل تعديلات على قانون العقوبات بمقتضى القانون رقم 37 لسنة 1923 لمواجهة تلك الحالة، ونقل التعديل الجديد لقانون العقوبات الصادر سنة 1937 وظل ساريا حتى سنة 1946، ثم تدخل المشرع بتشديد العقوبات القديمة بمقتضى المرسوم بقانون 116 لسنة 1946 ثم بالقانون رقم 24 لسنة 1951 ثم بالقانون رقم 29 لسنة 1982² بحيث أصبح الإضراب محرما على جميع عمال المرافق العامة كما يأتي :

أ : بالنسبة للموظفين العموميين (عمال المرافق التي تدار بواسطة الربحي) فانه يستفاد من المادة 124 عقوبات ما يأتي :

1- شددت العقوبات على الإضراب سواء صدر من ثلاثة فاكتر أو من موظف بمفرده.

2- أهتم المشرع في سنة 1946 وكذلك الحال في قانون سنة 1951 وقانون سنة 1982 بالحرصين فوضعهم في مركز خاص نظرا لخطورتهم البالغة، فنص على معاقبتهم بضعف العقوبات المقررة للمضربين.

1 - عزت فوزي حنا، المصدر السابق، ص 272.

2 - الجريدة الرسمية في 22 ابريل (نيسان) 1982 العدد 16، ولقد كانت للإضرابات التي وقعت من المدرسين والمهندسين وموظفي مصلحة التليفونات ابان الحرب العالمية الثانية اكبر الاثر في دفع المشرع إلى تشديد عقوبة الإضراب، حسن محمد علي حسن البنان، مرجع سابق، مصر، ص 155.

3- سوى المشرع بالموظفين العموميين في العقوبات السابقة أشخاصا ليسوا بموظفين وذلك بقوله في المادة 134 ج فيما يتعلق بتطبيق المواد الثلاث السابقة (123، 123، 124أ، ب) " يعتبر كالموظفين العموميين جميع الأجراء الذين يشتغلون بأية صفة كانت في خدمة الحكومة وفي خدمة سلطة من السلطات الإقليمية أو البلدية أو الفردية والأشخاص الذين يتدبون لتأدية عمل من أعمال الحكومة أو السلطات المذكورة ".

ب : بالنسبة لغيرهم من عمال المرافق العامة تنص المادة 374 عقوبات على انه يحظر على المستخدمين والأجراء الذين يقومون بخدمة عامة أو بالخدمة في المرافق العامة أو بعمل يسد حاجة عامة ولولم يكن موضوعا لها نظام خاص ان يتركوا عملهم أو يمتنعوا عنه عمدا. وتجري في شأن ذلك جميع الأحكام المبينة بالمادتين 124، 124أ، وتطبيق العقوبات المنصوص عليها فيهما على هؤلاء المستخدمين والأجراء على المحرضين والمشجعين والمجندين والمذيعين على حسب الأحوال.

وبذلك لم يقتصر المشرع وهويتحدث عن عمال المرافق العامة التي تدار بطريق آخر غير الإدارة المباشرة على طريقة الامتياز كما كان الحال في التشريع السابق، بل استعمل صيغة عامة تشمل جميع طرائق الإدارة الأخرى¹.

وفي عام 1981 انضمت مصر إلى الاتفاقية الدولية لحماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المبرمة عام 1966 والتي نصت في مادتها الثانية على الاعتراف بحق الإضراب وممارسته وطبقا لقوانين كل بلد، ومنح كل دولة الحق في فرض القيود القانونية على ممارسة هذا الحق بواسطة سلطاتها المختلفة. وهذه الاتفاقية لا تسري بذاتها مقرررة حق إصدار كل دولة تشريعا ينظم حق الإضراب، ونرى انه ينبغي ان يتضمن هذا التنظيم التأكيد على ممارسة هذا الحق بحيث لا ينال من الصالح العام، وهذا الاتجاه بدأت بواده في مصر بمشروع قانون العمل الجديد 137 لسنة 1981 في المادة 192 إذ تنص على " الإضراب إجراء سلمي وحق للعمال تمارسه منظماتهم النقابية للدفاع عن مصالحهم المهنية والاقتصادية والاجتماعية"². وهذا أول نص يعطي للعمال الحق في الإضراب من خلال منظماتهم

1- عزت فوزي حنا، المصدر السابق، ص 274.

2 - حسن محمد علي حسن البنان، مرجع سابق، ص 157.

النقابية وليته يشمل باقي طوائف العاملين في الدولة والمرافق العامة بكافة أنواعها، لان الإضراب يؤدي إلى التوفيق بين اعتبارات المصلحة العامة ومصالح الأفراد الذين من حقهم التعبير عن مطالبهم التي قد تكون أحيانا حقوقا مشروعة لهم. وقد نكون قد خالفنا بعض الفقهاء في تأييدهم لتحريم الإضراب بحجة تحقيق استقرار العمل بالمرافق العامة وخاصة المرافق الاقتصادية لما في ذلك من تأثير على الاقتصاد القومي¹.

3- : أحكام الإضراب في الجزائر :

أصبح الإضراب مسموحا به في الجزائر ؛ بعد دستور 1989 بعد تبني النظام الإفتتاح الإقتصادي والتعددية الحزبية وحرية التعبير والصحافة وكذا الحقوق النقابية. فقد نص المادة 57 من الدستور على " الحق في الإضراب معترف به، ويمارس في إطار القانون، يمكن أن يمنع ممارسة هذا الحق، أو يجعل حدودا لممارسته، في ميادين الدفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع"².

وبناء على ذلك صدر القانون 90-02³، الذي وضع قيودا وشروطا للممارسة للإضراب من طرف موظفي المرافق العامة ضمانا لإستمرارية تقديم خدماتها للجمهور، على رأسها الإلتزام بتقديم ما يسمى بالحد الأدنى من الخدمة بموجب نصوص المواد 37، 38، 39 و40 حيث نصت المادة 37 على " إذا كان الإضراب يمس الأنظمة التي يمكن أن يضر إنقطاعها التام إستمرار المرافق العمومية الأساسية، أو يمس الأنشطة الإقتصادية الحيوية أو تموين المواطنين أو المحافظة على المنشآت والأموال الموجودة، فتعيين تنظيم مواصلة الأنشطة الضرورية في شكل قدر أدنى من الخدمة إجباريا أوناتج عن

1د- عزت فوزي حنا، المصدر السابق، ص274.

2 - المادة 70 :دستور 2016 الحق النقابي مُعترف به لجميع المواطنين. المادة 71 :الحق في الإضراب مُعترف به، ويُمارس في إطار القانون.

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

3 _ القانون 90-02 المؤرخ في 06-02-1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب الصادر في الجريدة الرسمية رقم 06 الصادرة بتاريخ 7 فيفري 1990.

مفاوضات أو إتفاقيات أو عقود كما نصت على ذلك المادتان 38 و 39 أدناه"، إذ تضمنت المادة 38 المجالات التي يجب فيها تقديم الحد الأدنى من الخدمة أما المادة 39 عم كيفية تحديد الحد الأدنى من الخدمة.

غير أن القانون وحفاظا منه على ضمان السير الحسن لبعض المرافق لا سيما الإستراتيجية منها منع الإضراب بصفة مطلقة كما هو لمرفق الجيش والشرطة والعدالة إضافة إلى المرافق التي حددتها المادة 43 من القانون 90-02.

ثانيا: تنظيم استقالة العاملين بالمرافق العامة الإدارية

يرتبط هذا الموضوع بعلاقة العمال والموظفين بالمرافق الإدارية والمقصود بالاستقالة هي طلب مكتوب يقدمه الموظف العم إلى سلطته الرئاسية ويعبر فيه عن إرادته بترك الخدمة والوظيفة بصفة نهائية. فهي تختلف عن الإضراب الذي لا يتضمن إرادة الموظف بإنهاء خدمته نهائيا، بل بصفة مؤقتة مع تمسك المضرب بالمزايا الوظيفية. والأصل أن الموظف العام له الحق في الاستقالة وترك وظيفته بإرادته، ولكن هذا الحق يجب أن يكون منظما ومقيدا حتى لا يعوق سير المرفق العام ولا يهدد إنتظامه ودوامه¹.

ولم يترك المشرع سواء الفرنسي أو المصري أو الجزائري حق الاستقالة مطلقا بل أورد عليه بعض القيود التي تضمن سير المرافق العامة الإدارية بانتظام واضطراب وعدم الأضرار بالمصلحة العامة. إذ لا يجوز للموظف ترك وظيفته بمجرد تقديم الاستقالة بل ينبغي عليه الاستمرار في عمله حتى تعلن جهة الإدارة رأيها في هذه الاستقالة صراحة أو ضمنا وذلك بمضي مدة معينة من تاريخ تقديم الاستقالة يحددها المشرع، ويجب ان تصدر الاستقالة من الموظف برغبة صادقة ورضاء صحيح ولا يكون مكرها عليها والاستقالة بأنواعها المختلفة رخصة مشروعة للموظف له ان يستعملها بحرية ما لم تنطوعلى عمل آخر يجرمه القانون².

1 - محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 310.

2 - حسن محمد علي حسن البنان، مرجع سابق، ص 160.

ولا تختلف الأنظمة القانونية كثيرا في تنظيمها لموضوع الاستقالة إلا ما تعلق الأمر بمدة الرد على طلب الإستقالة، فهي تكون بطلب مكتوب يقدم إلى السلطة الرئاسية المختصة في التعيين من أجل موافقه عليه ويلتزم الموظف بالبقاء في عمله إلى غاية صدور الرد بالموافقة الصريحة على الإستقالة، أو الموافقة الضمنية بعد مرور المدة المحددة قانونا ولم تبد السلطة الرئاسية رأيها.¹

فقد إعترف المشرع الجزائري بحق الموظف في الإستقالة²، وأن الإستقالة يجب أن تكون في شكل طلب مكتوب يعلن فيه الموظف صراحة نيته بقطع العلاقة الوظيفية³، ويوجه هذا الطلب إلى السلطة المخولة بالتعيين، ويتعيين على الموظف مواصلة مهامه إلى غاية صدور قرار صريح هذه السلطة⁴، أو بعد مرور الأجل القانوني للرد على الإستقالة والمقدرة في الحالات العادية بشهرين، غير أنه يمكن أن تمدد السلطة المخولة بالتعيين الموافقة على الإستقالة لمدة شهرين آخرين بعد إنقضاء الأجل الأول وذلك لضرورة القسوى المصلحة⁵.

وقد يعاقب القانون على الإستقالة إذا كانت هذه الإستقالة الهدف منها المساس بالسير الحسن للمرفق العام كأن يقدم موظفين إستقالة من أجل التأثير على الإدارة المستخدمة بالتسبب في علاقة السير الحسن للمرفق العام، نص المادة 115 من قانون العقوبات⁶ "القضاة والموظفون الذين يقررون بعد التشاور فيما بينهم تقديم استقالتهم بغرض منع أو وقف قيام القضاء بمهمته أو سير مصلحة عمومية يعاقبون بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات".

ثالثا : الإعتداد بنظرية الموظف الفعلي

1 - الأمر 03-06 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العامة المؤرخ في 15 جويلية 2006. المنشور في الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة في 16 جويلية 2006.

2 - المادة 217 من الأمر 03-06

3 - المادة 218 من الأمر 03-06

4 - المادة 219 من الأمر 03-06

5 - المادة 220 من الأمر 03-06

6 - الأمر 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم

القاعدة العامة أن القرارات الإدارية يجب أن تصدر من الموظف المتخصص والمعين بطريقة قانونية طبقاً للإجراءات والشروط السارية المفعول، ومع ذلك، فإنه يرد على هذا الإختصاص الشخصي إستثناء يتمثل في الأخذ بنظرية الموظف الفعلي أو الواقعي، وهو الشخص الذي يكون قرار تعيينه باطلاً، أو الذي لم يصدر قرار تعيينه أصلاً، مع الإعتداد والأخذ بالعمل والقرار والتصرف الصادر عنه، وإعتباره سليماً وقانونياً ومنتجاً لآثاره، بغض النظر عن مدى إحتمال متابعتة شخصياً¹.

ويعرف الموظف الفعلي كذلك بأنه هو ذلك العامل الذي يتولى وظيفة معينة دون سند شرعي بان يصدر قرار بتعيينه، أو ترشحه الإدارة لوظيفة معينة وتعهده إليه بعمل ليمارسه قبل صدور قرار تعيينه خضوعاً لمقتضيات المرافق العامة، أو الذي تم تعيينه بشكل معيب استناداً إلى سند غير مشروع تقرر إلغاؤه بعد فترة من توليه منصبه وتعد أعماله باطلة وفقاً لقواعد تنظيم الوظائف العامة.² وقد يستحيل على الموظفين في حالة الحرب أو الثورات القيام بأعمالهم فيتطوع فرد لا صلة له بالمرفق بأداء عمل الموظف.

يقوم أساس نظرية الموظف الفعلي - تبعاً للحالة - على

الظاهر : حيث يؤخذ بنظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية لحماية لمصلحة الأفراد / مادام ظاهر لحال والوضع لا يسمح لهم بإدراك بطلان قرار تعيينه.

الضرورة : لقد تم تسوية سلامة القرارات الإدارية الصادرة عن الموظف الفعلي في حالة الضرورة ضماناً امبدأ إستمرارية المرفق العام³.

قد ابتدع القضاء الفرنسي نظرية الموظف الفعلي التي يمكن تطبيقها في الظروف العادية وكذلك الظروف الاستثنائية ومن أهم التطبيقات العملية في الظروف العادية هي حالي إلغاء الصفة الوظيفية

1 - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، الجزائر، ص 229.

2- محمد محمود ابو زيد، المطول في القانون الإداري، المصدر السابق، ص 461.

3 - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 230.

والتفويض غير المشروع، وهذا ما أقرته الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي بشأن الأعمال التي باشرها الأفراد العاديون في فرنسا أبان الحرب العالمية الثانية¹.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة الفرنسي² أن نظرية الموظف الفعلي. لا تقوم إلا في الأحوال الاستثنائية البحتة، تحت إلحاح الحاجة إلى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير أمور العمل في بعض الوظائف ضمانا لإنتظام المرافق العامة، وحرصا على تأدية خدماتها للمتفعين بها، بإطراد ودون توقف³.

وتحتم الظروف غير العادية أن تعهد جهة الإدارة إلى هؤلاء الموظفين بالخدمة العامة إذ لا يتسع أمامها الوقت لإتباع إجراءات التعيين في الوظيفة في شأنها ونتيجة لذلك لا يحقلهم طلب تطبيق أحكام الوظيفة العامة، كما لا يحق لهم الإفادة من مزاياهم لأنهم لم يخضعوا لأحكامها ويعينوا وفق لأصول التعيين فيها⁴.

الفرع الثاني : تطبيق قاعدة سير المرافق العامة بإنتظام وإضطراب بعد الخوصصة

إن الأساس الذي تقوم عليه قاعدة سير المرافق العامة بإنتظام وإطرد والذي يتمثل في أهمية إستمرار الخدمات التي يقدمها المرفق، ونظرا لعموم المنفعة المتأتية من نشاط المرفق، والخوصصة كعملية

1 - نجد في فرنسا في حالة الظروف الاستثنائية أول تطبيق لها ابان غزو الحلفاء لفرنسا ومغادرة أعضاء المجلس البلدي بحيث حلت المدينة من جميع الموظفين بإدارة المرافق العامة وإزاء هذه الظروف قام بعض الأفراد . بدافع الحرص على سير المرافق العامة . بتأليف مجلس فعلي وقيام هذا الأخير بالاستيلاء على البضائع والأغذية وتوريدها للسكان وقضى مجلس الدولة بصحة تصرفات هؤلاء الأفراد، ومن الحالات الأخرى للنظرية في ظل الظروف الاستثنائية حالات التفويض الضمني، محمد محمود ابو زيد، المطول في القانون الإداري، المصدر السابق، ص 462.

2 - اخذ مجلس الدولة المصري بنظرية الموظف الفعلي استنادا إلى مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراب حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في جلستها المنعقدة بتاريخ 29 نوفمبر (تشرين ثاني) 1964 بان "نظرية الموظف الفعلي لا تقوم الا في الأحوال الاستثنائية البحتة تحت إلحاح الحاجة إلى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف ضمانا لانتظام المرافق العامة وحرصا على تأدية خدماتها للمتفعين بها باضطراب ودون توقف، وتحتم الظروف غير العادية بان تعهد جهة الإدارة إلى هؤلاء الموظفين بالخدمة العامة، اذ لا يتسع أمامها الوقت لاتباع شروط شغل الوظيفة العامة كما لا يحق لهم الإفادة من مزاياها لأنهم لم يخضعوا لاحكامها ولم يعينوا وفقا لاصول التعيين فيها " : حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 29 نوفمبر سنة 1964 رقم 1390 لسنة 7 ق المجموعة السنة العاشرة ص 88.

3 - عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 432.

4 - عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 432.

جديدة تطرا على المرفق العام الإداري بإشراك القطاع الخاص في تسييره أو اعتماد أسلبيه، ومن هنا يثور التساؤل حول مدى إنطباق قاعدة سير المرفق العام بانتظام وإطراد بعد الخوصصة، وبمعنى آخر مدى إلزام الشخص الخاص الذي إنتقل إليه المرفق العام بالإنصياع والإذعان لهذا المبدأ، وكذى مدى وجوب ما تقتضيه هذه القاعدة من نظريات وأحكام على المرفق العام الإداري الذي جرت خوصصته ؟

يمكن القول إبتداء أن تطبيق قاعدة سير المرفق العام بانتظام وإطراد على المرفق بعد خوصصته من عدمه مرهون بمدى توافر الأساس الذي بنيت هذه القاعدة، ويتحدد ذلك بطبيعة الخدمات التي يسديها المرفق والتي تجعل من النفع العام عنوانا لنشاطه، وفيما إذا كانت وظيفة المرفق العام بعد الخوصصة تبقى بذات الأهمية التي تدعو إلى حمايتها ولضمان إستمرار أدائها، وبمعنى آخر فإن المناط في سحب قاعدة سير المرافق العام بانتظام وإطراد للتطبيق على المرفق العام بعد الخوصصة هو مدى تلازم وظيفة المرفق وفكرة النفع العام التي يتوخاها. والواقع أن مثل هذا التلازم لا ريب في تحقيقه، بل إنه يعد من مقتضيات بقاء صفة العمومية للمرفق بعد الخوصصة. فمتى تحقق ذلك وثبت للنشاط وصف المرفق العام فإن هذه القاعدة تنطبق دون شك، ذلك أن هذه القاعدة تعد من مستلزمات قيام المرفق بنشاطه، إذ هي مستوحاة من طبيعة النفع المحقق من نشاط المرفق والذي يتعين ان يكون دائما ومستمر بلا إنقطاع¹.

وعلى ذلك فقد إعتبرت هذه القاعدة من القواعد المتعلقة بالنظام العام كونها تعبر عن واجب السلطة العام في الوفاء بحاجات الجمهور بقطع النظر عن القائم على تنفيذ هذه الخدمات، فلا يتصور أن تتوقف المرافق العامة التي تسدى حاجات أساسية للجمهور لما في ذلك من أضرار محقق حدوثها، على نحو يجعل من تعطيل هذه القاعدة إخلالا بالنظام العام².

فمن المؤكد أن خوصصة المرفق العام الإداري عند منح تسييره للقطاع الخاص بأي أسلوب من أساليب التسيير لا يخلى ذمة الدولة من الوفاء بالحاجات العامة أو تحللها من المسؤولية تجاه أفراد المجتمع،

1 - محمود أحمد سليمان البراشدي، أطروحة دكتوراه بعنوان " النظام القانوني لأموال المرفق العام في ظل سياسة الخصخصة - دراسة مقارنة لوضع أموال المرافق العامة في ظل الخصخصة بكل من جمهورية مصر العربية وسلطنة عمان"، كلية الحقوق، جامعة عيت شمس، مصر، 2009، ص 599-600.

2 - مليكة الصروخ، نظرية المرافق العامة الكبرى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ص 112.

ومن ثم فإن ذات القواعد التي تطبق على المرفق في عهدة الدولة تطبق عليه بعد الخوصصة وهذا المبدأ من أهمها.

فالخوصصة لا يمكن النظر إليها على أنها سياسة لتحقيق الربح فحسب، بل هي سياسة تتعلق بالمصلحة العامة ومن الواجب ان تعمل تلك السياسة في المحافظة على تلك المصلحة، ومن مقتضيات الحفاظ على المصلحة العامة أن تلتزم سياسة الخوصصة بضمان توفير الخدمات للجمهور والقيام بكل ما من شأنه بقاء هذه الخدمات وإستمرار أدائها على سالف عهدها دون إنتقاص أو إنقطاع¹.

وطالما أن سياسة الخوصصة طالت المرافق الإستراتيجية كالصحة والتعليم والنقل والمطارات والموانئ، وهي مرافق بالغة الأهمية بالنسبة للجمهور فإن حماية حقوق المتعاملين مع هذه المرافق يقع على عاتق الدولة بما توفره من وسائل رقابية على المرفق العام بعد خوصصته، واول مراتب هذه الحقوق بقاء الخدمات التي تسديها هذه المرافق متاحة للجمهور دون توقف أو إنقطاع.

غير أنه قد يطرح تساؤل حول مدى وجوب النص على هذه القاعدة في تشريع صريح حتى يتأتى إلزام من إنتقلت إليه إدارة المرفق بمراعاتها والتقييد بمقتضياتها ؟

الواقع أن قاعدة سير المرفق العام بإنتظام وإطراد تنطبق على المرافق دون أن يتوقف ذلك على نص تشريعي يقضي بتطبيقها، فالقاعدة أن المبادئ الحاكمة لسير المرافق العامة ومنها دوام سير المرفق العام بإنتظام وإطراد ليس بحاجة إلى نص يقرها بإعتبارها أن لازمة لضمان أداء المرافق العامة الإدارية لمهبتها إتجاه المنتفعين بخدماها.

كما أنه من غير المستساغ القول بتوقف تطبيق قاعدة سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد على بنود إتفاقية الخوصصة التي تعقد بين الدولة والشخص الخاص الذي أوكلت إليه مهمة إدارة المرافق العام الإداري، فخلو هذه الإتفاقيات من نص يوجب تطبيق هذه القاعدة لا ينال من المبدأ المتقدم ولا يجعل القائم على المرفق بعد خوصصته في حل من القاعدة².

1 - وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة، مرجع سابق، ص 131.

2 - محمود أحمد سليمان البراشدي، المرجع السابق، ص 602.

ويمكن توطئة بيان ما تقدم، التعرض لمدى إنطباق عناصر القاعدة المشار إليها على المرافق بعد
الخصوصية

أولا: تنظيم الإستقالة والإضراب في المرفق العام بعد الخصوصية

وإن كان الإشكال لا يثار بالنسبة للمرافق العامة الإدارية المسيرة بطريقة مباشرة، لأن الإشكال يثار حول مدى تطبيق مبدأي الإستقالة والإضراب في المرافق التي العامة التي خصص تسييرها عن طريق الإمتياز أو التفويض، وأساس ذلك نص المادة 115 من قانون العقوبات¹ "القضاة والموظفون الذين يقررون بعد التشاور فيما بينهم تقديم استقالتهم بغرض منع أو وقف قيام القضاء بمهمته أو سير مصلحة عمومية يعاقبون بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات".²

إن منع الإضراب وتنظيم الإستقالة تنطبق على المرافق العامة المشار إليها، وفق الضوابط القانونية المقررة في هذا الشأن وعلّة ذلك لا تفتقر عن العلة التي من أجلها قررت قاعدة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد على المرافق التي تديرها الدولة، فالمرفق العام يبقى محققا للمنفعة العامة التي تمم جمهور المنتفعين³، ومن ثم فإن تنظيم الإستقالة ومنع الإضراب من الأمور التي تكفل سير هذا المرفق بانتظام.

وحتى بالنسبة للعمال المرافق العامة التي تسيير بطريق غير مباشر، فإن المشرع المصري فقد حرص ولذات العلة على تجريم إمتناعهم عن العمل فالمادة 374 من القانون 24 لسنة 1951 نصت على أنه "يحظر على المستخدمين والأجراء الذين يقومون بخدمة عامة أو بخدمة المرافق العامة أو بعمل يسد حاجة عامة ولولم يكفم موضوعا لها نظام خاص أن يتركوا عملهم أو يمتنعوا عنه عمدا....". كما نصت المادة 374 مكررا من قانون العقوبات على أنه "يحظر على المتعهدين وعلى كل من يدير مرفقا أو عملا من

1 - الأمر 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم

2 - يمكن أن تضاعف العقوبة إذا كان الترك أو الإمتناع من شأنه أن يحدث إضطرابا أو فتنة بين الناس أو إذا أضر بمصلحة عامة.

3 - المادة 374 من قانون العقوبات في مصر لسنة 1937 تنص على أنه: "محظور على المستخدمين و الأجراء التابعين لمصلحة خاصة حاصلة على إمتاز بإدارة عمل من الأعمال ذات المنفعة العامة كالسكك الحديدية والترامواي والتنوير وتوريد المياه وما شابه ذلك أن يتوقفوا عن العمل كلهم معا أو جماعات منهم بكيفية يتعطل معها سير العمل في تلك المصلحة بدون أن يخطروا المدير أو المحافظ بذلك قبل الوقت الذي ينوون فيه التوقف عن العمل بخمسة عشر يوما على الأقل....."، أما المشرع الجزائري لم يشر إلى هذه الحالة في قانون العقوبات.

الأعمال العامة المشار إليها في المادة السابقة أن يوقفوا العمل بكيفية يتعطل معها أداء الخدمة العامة وإنتظامها.... "

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المشار إليها فيما يخص تبين هذه المادة أن: هذا النص المستحدث بالقانون سالف الذكر وهو يرمي إلى حماية المرافق العامة ممن يتولون إدارتها إذا ما بدا لهم تعطيلها أو وقفها على نحو يمنع معه أداء الخدمة العامة وإنتظامها، لأن المصلحة العامة تضار في هذه الحالة كما لو كان تعطيل العمل حاصلًا من المستخدمين أو الأجراء الذين يعملون في هذا المرفق¹ :

ويستفاد من هذا النص أن الغاية من تجريم الإضراب هي حماية المرفق العام والحيلولة دون توقفه وإضطراب نشاطه، ولا فرق في ذلك بين أن يكون التعطيل قد وقع من موظف عام أو أحد مستخدمي المرفق المسير بطريقة غير مباشرة، أو أن يكون تعطيل المرفق العام بفعل الشخص الخاص الذي إنتقلت إليه شؤون المرفق العام أو وقوع الفعل المعطل للمرفق العام من العاملين لدى هذا الشخص الخاص، وذلك طالما أن النتيجة المحققة من ذلك كله توقف أو اضطراب نشاط المرفق العام وتضييع مصالح الجمهور من المنتفعين بخدماته².

وعلى ذلك يمكن القول أن الإضراب أصبح محظورا على سائر العاملين بغض النظر عن طرق إدارتها فلم يعد منع الإضراب قاصرا على عمال المرافق فحسب بل غدا حظر الإضراب شاملا العاملين في المشروعات الخاصة التي تؤدي خدمات عامة للجمهور³.

ثانيا : تطبيق نظرية الظروف الطارئة ونظرية الموظف الفعلي

إذا كان الأساس في تطبيق نظرية الظروف الطارئة ضمان عدم توقف المرفق العام عن نشاطه نتيجة لما يطرأ من ظروف غير متوقعة، وتتحمل الدولة بعض الخسائر التي تلحق بالمتعاقدين نتيجة للظرف

1 - محمد عبد الحميد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة، ص 68.

2 - محمود أحمد سليمان البراشدي، المرجع السابق، ص 605.

3 - محمد عبد الحميد أبو زيد، المطول في القانون الإداري، ص 405، 406.

الطارئ، فإن ذات الأساس يتوافر للمرفق العام الإداري بعد خصوصته، فالعبرة في تطبيق هذه النظرية تكمن في ضمان عدم توقف المرفق العام عن العمل وهو ما ينسحب على حالة المرفق بعد الخصوصية¹.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " نظرية الظروف الطارئة التي تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فمراد الجهة الإدارية هو كفاءة سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها، كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة وذلك بأن يؤدي إلتزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل وهذا ما يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات.."²

ولما كانت نظرية الظروف الطارئة محلها في التطبيق العقود الإدارية، ومضمونها مساندة الإدارة للمتعاقد بغية التغلب على الظروف الطارئة التي ألت به ولم تكن متوقعة ومن شأنها جعل الإلتزام مرهقا³، حيث أن الخصوصية تفترق عن الصورة أو الفرض الذي تنطبق فيه نظرية الظروف الطارئة في قالبها التقليدي، فإن الحاجة تدعو إلى إعادة رسم هذه النظرية لتستوعب الإحتمال الذي يعترض فيه الشخص الخاص الذي إنتقلت إليه إدارة المرفق العام لظرف طارئ من شأنه تعطيل المرفق أو إحداث إضطراب في الخدمات التي يسديها، وبمعنى آخر فإنه يمكن أخذ روح المبدأ أو الأساس الذي تقوم عليه النظرية وهو الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام وإطراد وتطبيقه في هذه الحالة.

ومن هذا يتضح من أن الخصوصية لا يترتب عنها نخلي الدولة عن وظيفتها الأساسية وهي تقديم الخدمات الأساسية للمواطنين حتى في حالات نقل الملكية المرفق العام إلى القطاع الخاص / ومن مقتضيات هذا الإلتزام أن تقوم الإدارة بنجدة الشخص الخاص الذي إنتقلت إليه شؤون المرفق العام متى عجز لظرف طارئ عن الوفاء بالخدمات العامة التي يسديها المرفق، وعلى الدولة أن تضمن إتفاقات الخصوصية سائر الأحكام ذات الصلة بمعالجة هذا الظرف، فإذا كانت نظرية الظروف الطارئة في نطاق

1 - محمود أحمد سليمان البراشدي، المرجع السابق، ص 608.

2 - الطعن رقم 46 لسنة 14 ق (17.06 .1972) 17 . 82 . 576، المستشار حمدي عكاشة موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 329، محمود أحمد سليمان البراشدي، المرجع السابق، ص 608.

3 - محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992، ص 481.

العقود الإدارية تجد مكانها من الأهمية كونها احد وسائل إعادة التوازن المالي للعقد الإداري لإتصاله بمرفق عام، فإن تطبيق هذه النظرية على حالة المرفق العام بعد الخوصصة تجدي نظرنا أهمية أكبر كون أن إعادة التوازن المالي للشخص الخاص يقتضيه بقاء المرفق ذاته¹.

اما فيما يخص نظرية الموظف الفعلي على المرفق العام الإداري بعد الخوصصة فإن ذلك من مسلمات الأمور، فإذا كان بقاء المرفق العام منتظما في نشاطه يوجب عدم تعطيل سيره في الظروف العادية والظروف الإستثنائية على أساس أنه إذا كانت مهام المرفق وضرورة إستمرار القيام بها في الظروف العادية تعد ضرورة، فإنها تكون أشد إلحاحا في الظروف الإستثنائية، فإن تطبيق ذلك على حالة المرفق العام الإداري بعد خوصصته يكون أدعى وأقرب إلى المنطق. وإذا كان مقتضى نظرية الموظف الفعلي أن يعد أشخاص عاديون في حكم الموظفين العموميين فيما يقومون به من أعمال المرافق العامة خشية توقف هذه المرافق، فإن الأمر يكون أبسط وأهون عند الإعتراف بمشروعية أعمال اشخاص عاديين في تسيير المرافق العامة بعد الخوصصة في الفترات الإستثنائية وإعتبارهم في حكم عمال المرفق الذين يعدون أصلا من قبيل الموظفين العموميين².

وخلاصة لما تقدم فإن ذات العلة التي شرعت من أجلها قاعدة سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد تصلح على المرافق العامة الإدارية بعد خوصصتها، فمتى شكل المشروع العام مرفقا عاما فإنه يخضع لقاعدة سير المرفق العام بإنتظام وإطراد، وفي هذا الصدد يذكر الأستاذ الدكتور محمد عبد اللطيف بأن الفقه يتفق على أن: "المبادئ الدستورية للمرافق العامة تطبق أيا كانت الطبيعة القانونية للشخص المعنوي المكلف من جانب المشرع القيام به، أي بصرف النظر عما إذا كان الشخص عاما أو خاصا.. ويترتب على ذلك نتيجة مهمة أن الخوصصة وإن كانت في أقصى دودها إلى إلغاء المشروع العام - خوصصة كلية عن طريق نقل الملكية- إلا انها لا تؤدي إلى إلغاء فكرة المرفق العام³.

1 - محمود أحمد سليمان البراشدي، المرجع السابق، ص 609.

2 - محمود أحمد سليمان البراشدي، المرجع السابق، ص 610.

3 - وقد ساق سيادته على سبيل التذليل على هذا الموقف حكم المجلس الدستوري الفرنسي في قضية شركة France télécom الذي بين أنه " إذا ما كان المشروع العام مرفقا عاما، وتقرر تغيير الشكل القانوني للمشروع، بمعنى أنه تحول من شخص قانوني عام إلى شركة مساهمة، بحيث تظل الدولة مالكة لأغلبية رأس المال، فلا يوجد شك في هذه الحالة على ضرورة تطبيق المبادئ الدستورية للمرافق العامة. وقد أكد المجلس

المطلب الثالث : أثر الخصوصية على مبدأ قابلية المرفق العام الإداري للتغيير والتعديل

إن الظروف والأحوال الاقتصادية تتغير مع تغيير الزمن والمتطلبات، وهذا التغيير قد يجعل النظام الذي وضع في ظروف معينة غير محقق للأغراض المقصودة منه في الظروف الجديدة. ولهذا كان من الطبيعي أن يسمح للسلطة العامة المختصة تعديل النظم المقررة للمرافق العامة في كل وقت تحقيقاً للمصلحة العامة دون أن تتقيد بحقوق الأفراد الخاصة التي قد تتأثر بهذا التعديل¹.

لإن القواعد القانونية والتنظيمية المنظمة لسير المرافق العامة توضع بقصد تمكين هذه المرافق من تحقيق النفع العام بأفضل طريقة ممكنة، وفقاً للظروف والأحوال المصاحبة لوضعها². لما كانت المرافق العامة منشأة لتحقيق النفع العام وكانت الحاجات العامة متعددة ومتطورة، فإن المرافق العامة القائمة على الوفاء بحاجات الجمهور ملتزمة بتعديل طرق أدائها لنشاطها حسبما تمليه اعتبارات النفع العام³.

غير أن هذا المبدأ يجد أهمية في المرافق العامة الإدارية أكثر منها من المرافق العامة التجارية، لأن الوضع يكون في المرافق العامة الاقتصادية أكثر إلتباساً بسبب علاقات هؤلاء المرتفقين بالمرفق في أغلب الحالات تكون تعاقدية فقد تكون موضوعاً للتغيير وبطريقة إنفرادية⁴. غير أن التعديلات لا يمكن أن تبرر إلا في ضوء المصلحة العامة⁵

الدستوري هذه القاعدة في الحكم الخاص بتحويل France télécom من شخص معنوي عام غلى شركة مساهمة، وقد حرص المجلس على تأكيد امرين فمن ناحية يؤكد المجلس على أنه لا يجوز للمشرع إعفاء المشروع من الخضوع لمبادئ المرافق العامة، وهذا التأكيد يتضح من قول المجلس أن النصوص التي إتخذت بشأن المركز القانوني للمشروع لا تتضمن إعفائه من إحترام المبادئ الدستورية بشأن القيام بمهام المرفق العام التي تقع عليه. ومن ناحية اخرى، يؤكد المجلس أنه يقع على عاتق السلطات القضائية والإدارية أن تراقب بحزم إحترام المشروع للمبادئ الدستورية الضابطة للمؤاقت العامة،،، " محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصوصية، مرجع سابق، ص 78 وما بعدها

1 - محمد فؤاد مهنا، الوجيز في القانون الإداري، مؤسسة المطبوعات الحديثة، ص 190

2 - عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص 440.

3 - محمود أحمد سليمان البراشدي، المرجع السابق، ص 456

4 - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 4 2006، ص 489.

5 - أحمد محيو، المرجع السابق، ص 488.

وعلى ذلك فإن قابلية المرفق العام للتعديل تعد من القواعد الأساسية التي تحكم المرافق العامة نظراً لما تحققه من ضبط للخدمات التي يقدمها المرفق، ومعناها بإيجاز كما يذكر الأستاذ سليمان الطماوي هوتدخل السلطة العامة في أي وقت لتعديل قواعد سير المرافق العامة¹، ويمكن استعراض مضمون هذه القاعدة ومدى تطبيقها على المرفق العام بعد الخوصصة وذلك من خلال المطالبين الآتين:

الفرع الأول: مضمون قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل

الفرع الثاني: تطبيق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل بعد الخوصصة.

الفرع الأول مضمون قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل

لما كانت المرافق العامة تهدف إلى إشباع الحاجات العامة للأفراد وكانت هذه الحاجات متطورة ومتغيرة باستمرار فإن الإدارة المنوط بها إدارة وتنظيم المرافق العامة تملك دائماً تطوير وتغيير المرفق من حيث أسلوب إدارته وتنظيمه وطبيعة النشاط الذي يؤديه بما يتلاءم مع الظروف والمتغيرات التي تطرأ على المجتمع ومسايرة لحاجات الأفراد المتغيرة باستمرار.

ومن تطبيقات هذا المبدأ أن من حق الجهات الإدارية القائمة على إدارة المرفق كلما دعت الحاجة أن تتدخل بإدارتها المنفردة لتعديل النظم واللوائح الخاصة بالمرفق أو تغييرها بما يتلاءم والمستجدات دون أن يكون لأحد المنتفعين الحق في الاعتراض على ذلك والمطالبة باستمرار عمل المرافق بأسلوب وطريقة معينة ولو أثر التغيير في مركزهم الشخصي.

وقد استقر القضاء والفقهاء على أن هذا المبدأ يسري بالنسبة لكافة المرافق العامة أيا كان أسلوب إدارتها بطريقة الإدارة المباشرة أم بطريق الالتزام²، وبمعنى آخر فإن مضمون هذه القاعدة يتمثل في أحقية الإدارة في تعديل قواعد سير المرفق العام بما يتلاءم مع المستجدات واعتبارات المصلحة العامة³.

1 - سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 394.

2- مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإدارية، الجامعة المفتوحة الدنمارك.

3 - محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 482.

وعلى ذلك فإذا ظهر لجهة الإدارة في أي وقت أن التنظيم القائم للمرفق العام لا يحقق انتفاع الجمهور به على الوجه المنشود وأن هناك تنظيمًا أفضل منه يحقق هذه الغاية، فإنها تملك تغيير التنظيم القائم للمرفق العام، ومن ذلك تغيير طريقة إدارته من أسلوب الإدارة المباشرة إلى أسلوب المؤسسة العامة أو العكس، كما أن لها أن تغير من الرسوم المفروضة لقاء الانتفاع بخدمات المرفق العام زيادة أو نقصاناً أو تعديل شروط تقديم الخدمات العامة وتولي الوظائف بالمرفق العام¹.

وقد عبرت فتوى للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة عن اتصال هذه القاعدة بطبيعة المرافق العامة بقولها أن: "السلطة العامة هي صاحبة الكلمة العليا في تنظيم وإدارة المرافق العامة لتعلق ذلك بالصالح العام، فإذا تغيرت الظروف وأصبح نظام المرفق الذي تقرر وقت التعاقد لا يتفق مع الظروف الجديدة ولا يحقق المنفعة العامة التي أنشئ لتحقيقها، كان للسلطة العامة مانحة الالتزام أن تغير هذا النظام وأن تفرض على الملتزم بمحض سلطتها النظام الذي تراه أدنى إلى تحقيق المصلحة العامة..."².

ومن أهم النتائج التي تترتب على قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل وارتباطها بهدف المرفق العام وهو تحقيق النفع العام أنه ليس لأحد أن يحتج في مواجهة الإدارة عندما تمارس سلطتها التقديرية في تغيير النظام الذي يسير عليه المرفق العام طالما أن إعمالها لهذه السلطة يتعد عن التعسف³.

وينتج عم ذلك أنه لا يحق للمنتفعين بخدمات المرفق العام كما لا يحق أيضاً لموظفي المرفق وعماله التمسك بالقواعد والتنظيمات السابقة على التعديل، بحجة أنها كانت أصح لهم، وبالتالي مقاومة سريان التعديلات الجديدة عليهم لأنها أكثر شدة. لا يجوز لهم ذلك تطبيقاً لهذا المبدأ وهو جواز تعديل وقواعد ونظام ولوائح المرافق العامة⁴.

1 - سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 559، 590.

2- الفتوى رقم 93 بتاريخ 1956/2/4م، الموسوعة الإدارية الحديثة (مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية منذ عام 1946 وحتى عام 1985)، الجزء الثاني والعشرون، مرجع سابق، ص 1122.

3- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 361، 362.

4 - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 319.

الفرع الثاني: تطبيق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل بعد الخوصصة

يقول الأستاذ الطماوي في تحديد نطاق انطباق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل أنها "لا تقتصر على المرافق التي تدار بطريق الريجي وحدها، بل إنها تمتد لتشمل جميع أنواع المرافق العامة أياً كانت وسيلة إدارتها، لاسيما المرافق التي تدار بطريق الامتياز، فهذه المرافق، ولوأن إدارتها عملاً في يد الملتزم فرداً كان أو شركة، فإن للإدارة، بل عليها، أن تخضعها لإشرافها لتحقيق مصلحة الجمهور..".¹

وعلى هذا الأساس تقوم فكرة تطبيق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل على المرفق العام بعد الخصخصة، فلا شك أن النفع العام الذي يتوخى المرفق العام تحقيقه قبل الخصخصة وبعدها يعد من المهام المنوطة بالإدارة التي تملك توجيه المرفق القائم على تحقيقه الوجهة التي تراها أكثر قرباً للوصول إلى الخدمات الأفضل لجمهور المنتفعين.

أولاً: قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل ومسؤولية الإدارة:

سبق الذكر أن الخوصصة لا تعفى الإدارة من مسؤوليتها في توفير الخدمات الضرورية للمواطنين، ولا يعد نقل الملكية العامة المتصلة بأصول أو نشاط يمثل مرفقاً عاماً خلاصاً من المحاسبة أما الرأي العام ومؤسساتها القانونية والقضائية عن أي تقصير في طبيعة الخدمات التي يقدمها المرفق بعد أيلولته للقطاع الخاص.

فالجمهور من المنتفعين لا يهتم من يقدم الخدمة بقدر ما يهتم الحصول عليها وفق أفضل المعايير وبأيسر السبل وأقل تكلفة، فإن لم تقض حاجته على هذا النحو لم تؤد الخدمة بإتقان، فإنه يشير بأصبع الاتهام والتقصير إلى الإدارة التي يقع على عاتقها الوفاء بهذه الاحتياجات. وهذا أساس فلسفة نظرية المرفق العام التي كرست لجهة الإدارة من الممكنات ما يمكنها من سد حاجة الجمهور، والصلاحيات تقابلها المسؤولية على نحو ما هو معهود في فقه القانون الإداري.

وإذا كان بقاء المرفق العام مسائراً لتنوع حاجات الجمهور وتعددتها وتطورها ارتباطاً بتطور الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية لا يعد من بديهيات أداء الخدمة فحسب وإنما من عناصر

1- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 559، 561.

بقاء الجدوى والمنفعة من المرفق ذاته، ولما كانت الإدارة مسؤولة عن مهمة المرفق العام على نحو ما سلف، فإن من حق الإدارة أن يظل المرفق العام بعد الخوصصة خاضعاً لقاعدة القابلية للتغيير والتعديل وفق مقتضيات المصلحة العامة، تلك المصلحة التي يتسم بها نشاط المرفق رغم انتقاله إلى القطاع الخاص.

ويعضد هذا القول أن قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير ذاتها ليست بقاصرة على المرافق الإدارية أو المرافق المسيرة بطريق مباشر وحدها بإجماع الفقه، ذلك أنه من المعلوم أن قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل تعد إحدى القواعد الدستورية الضابطة لسير المرافق العامة التي تنطبق على المرفق العام بوصفها هذا حتى بعد خوصصته¹، إلى جوار القاعدتين الأخريين السابق ذكرهما، وأن أساس خضوع المرفق العام لهذه القواعد ليس اتفاق الخوصصة وإنما طبيعة المرفق العام ذاته والهدف المعقود له تحقيقه وهو النفع العام.

وقد طبقت هذه القاعدة على المرافق العامة المسيرة بطريق الامتياز²، ولم ينل من هذا التطبيق تعارض القاعدة مع نصوص عقد الامتياز، فاعتبارات المصلحة العامة وامتيازات الإدارة تمكنها من إجراء التعديل والتغيير على المرفق متى اقتضت ذلك المصلحة العامة، ودون الإخلال بحق المتعاقد في عدم التأثير على حقوقه المالية³.

وعلى ذلك فإننا نرى أن أساس بقاء قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير مطبقة على المرفق بعد الخوصصة هو واجب الإدارة ومسؤوليتها في تحقيق النفع العام، كما أن هذا الاعتبار هو الذي ينهض سنداً في تقرير رقابة جهة الإدارة على المرفق العام بعد الخوصصة.

1- محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، مرجع سابق، ص 78.

2- كمال صلاح رحيم، مبادئ القانون الإداري، مجمع الدراسات والبحوث بأكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشركة (نزوى، سلطنة عمان)، الطبعة الأولى (2008)، ص 126، 127.

3- وأساس هذه المكنة حسبما استقر عليه القضاء هو اتصال عقد الامتياز بمرفق عام واعتبارات انتظام سير هذا المرفق، فحق الإدارة في تعديل عقد الامتياز كلما اقتضت المصلحة العامة تعديل خدمات المرفق العام مصدره ليس العقد، وإنما النظام الحاكم لير المرافق العام. فهذا الحق مرتبط في الأساس بالحاجة إلى التغيير التي تدعو إليها مصلحة الكافة من المنتفعين بالمرفق العام. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011، ص 279.

ثانياً: حدود تطبيق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل بعد الخصوصية:

لا ريب أن القول بتطبيق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير على حالة المرفق العام بعد أيلولته إلى القطاع الخاص لا يعني أن تكون هذه القاعدة سيفاً مسلطاً على الشخص الذي انتقل إليه المرفق العام بموجب اتفاق الخصوصية، فلا نعتقد أن هذه القاعدة تخول الإدارة التدخل السافر في طريقة أداء المرفق العام على نحو يفرغ عملية الخصوصية من مضمونها وأحد أهم أهدافها وهو تحرير المرافق العامة من المفاهيم التقليدية للإدارة الحكومية.

بل نرى أن هذه القاعدة تنطبق على وجه عام يجعل من الإدارة الرقيب في تقييم كفاية أداء المرفق العام ومسايرته للحاجات المتعددة لجمهور المنتفعين باعتبارها الأمانة على تحقيق هذه الغاية، ومن ثم توجيه القائم على المرفق إلى الأسلوب الأمثل الذي يستوعب تحقيق تلك الحاجات.

كما أن هذه القاعدة لا يحتج بها لإهدار الشروط الاتفاقية التي يحويها اتفاق الخصوصية، فلا تعني بحال مراجعة الإدارة لالتزاماتها نحو الطرف الآخر بموجب هذا الاتفاق، بل إنها تظل ملتزمة بما يفرضه عليها الاتفاق. وهذا ما يظهر الاختلاف بين عقد الامتياز الخصوصية في نطاق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل، إن سلطان الإدارة على الملتزم في تعديل المرفق العام ينطبق بذات الكيفية على الشخص الخاص في ظل الخصوصية، وإنما ينحصر كما أسلفنا في تقييم أداء المرفق العام بوجه العام وتوجيه أدائه حفظاً للصالح العام.

المبحث الثاني

أثر الخصوصية على علاقة المرافق العامة الإدارية بالدولة .

تعد المرافق العامة حجر الأساس في وظيفة الدولة وأهم وسائلها في تحقيق النفع العام فهي تجسد المهمة السامية للدولة ، وقد ظهر إختصاص المرفق العام بقواعد متميزة في عدة وجوه جميعها تصب في غاية واحدة هي تحقيق المصلحة العامة. وما يميز المرفق العام كذلك إحاطة أمواله بنظام قانوني لانظير له في القانون الخاص

غير أنه وبعد أنه وبعد إكتساح الخوصصة لمختلف الحالات الاقتصادية وطبقت عب أغلب المرافق العامة الاقتصادية وحتى الإدارية كان لها اثر كبير علي تلك الخوصصية التي تميز بها المرفق لعقود طويلة .

وعليه سيناقش هذا المبحث أثر الخوصصة علي كل من :

المنفعة العامة في المطلب الأول ، وفي المطلب الثاني : أثرها على وظيفة الدولة ، اما المطلب الثالث فنناقش فكرة عمومية المرفق في الطلب الأخير تطرق إلى الخوصصة على أموال المرفق العام .

المطلب الأول : أثر الخوصصة

على المنفعة العامة.

إن الدولة لا تقدم على إنشاء مرافق عامة إلا من أجل اشباع حاجات عامة للجمهور ترى أنها لو تركت للأفراد لما استطاعوا إشباعها، وإذا حققوا ذلك يكون بصورة سيئة وغير جيدة أويكون بصفة متقطعة غير مستمرة، لأنها تحتاج إلى إمكانيات مادية وبشرية كبيرة قد لا يقدر الأفراد على توفيرها أو أن تركها للأفراد قد يجعل المصلحة العامة في خانة الخطر.

هذا كان في بداية ظهور المرافق العامة لكن بتطور النظام القانوني وتعدد مجالات المرافق العامة وتنوع الخدمات المقدمة وسعي الدولة إلى تحقيق الرفاه الاجتماعي، هذا ما جعل للفرد دور فعال وجديد في تحقيق هذه الأهداف من خلال إسهامه في تطوير المرفق العام وجعله جهة فاعلة في ظل التطور التكنولوجي والعلمي والإقتصادي الذي يشهده العالم وتداخل الوسائل والأساليب بين القطاع العام والخاص.

ومما لا شك فيه أنه كان للخوصصة كذلك أثر كبير على أهم عنصر من عناصر المرفق العام وهو تحقيق النفع العام والسبب يرجع إلى توسع مجالات الخوصصة فقد كانت - كما ذكرنا سابقا- تتعلق بالمرافق الاقتصادية فقد، لكنها إنتشرت وشملت المرافق الإدارية كالتعليم والصحة ومست منها حتى

المرفق الإستراتيجية والسيادية كما هو الحال لمؤسسات الأمن الخاصة وهيئات خاصة تشرف على تنفيذ العقوبة وجهات تختص في تحصيل الضريبة.. إلخ

الفرع الأول : النفع العام عنصر من عناصر المرفق العام.

يعتبر الفقه أن المنفعة العامة هي المبرر لقيام الدولة وإستمرارها¹. ويتبوأ عنصر إستهداف النفع العام وإشباع الحاجات العامة للأفراد، مكانا مميذا ويحظى بأهمية خاصة. إذ يعتبر عنصرا أساسيا في مختلف مراجع ومؤلفات القانون الإداري، فهو شرط اساسي لوجود المرفق العام اي كان نوعه إداري واقتصادي اومهنى أو اجتماعي، وإن غاية أي نشاط إداري هي المصلحة العامة، ولكن ماهي المصلحة العامة² وما الفرق بينها وبين النفع العام.

أولا : ما المقصود بالمصلحة العامة.

فالمصلحة لغة هي الصلاح والمنفعة، وهي ضد الفساد، وأصلح الشيء بعد فساده، فالمصلحة تطلق بإطلاقين الإطلاق الأول : على وصف الفعل تكون بمعنى الصلاح، والصلاح كون الشيء على هيئة كاملة بحسب ما يراد لذلك الشيء، والإطلاق الثاني على ذات الفعل الجالب للنفع والدافع للضرر³، ويقال في الأمر مصلحة أي خير والمنفعة هي اللذة تحصيلا أو إبقاء، والمراد بالتحصيل جلبها وبالإبقاء المحافظة عليها⁴.

أما في القانون فإن مصطلح المصلحة يستعمل لعدة معاني فمرة يستعمل بمعنى أنها عنصر من عناصر الحق فيقال " أن الحق مصلحة مادية يحميها القانون، ومرة أنها شرط لقبول الدعوى فيعرفها الفقه على أنه " المنفعة التي يجنيها المدعي من إلتجائه إلى القضاء " فكل شخص إذا أعتدي على حقه تحققت

1 - إبراهيمي سهام، فكرة المنفعة العمومية في نزع المكلية، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 55، جوان 2013، 337.

2 - حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، مشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 56

3 - سليم سلامة حتاملة، شرط المصلحة في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية، مجلة الأكاديمية العربية في الدنمارك، العدد 15، الدنمارك، 2013، ص 184.

4 _ هثم حميد عبد الأمير، المصلحة والمجتمع في الشريعة الإسلامية، مجلة أداب ذي قار، العدد 3، المجلد 1، ماي 2011، ص 139.

له مصلحة من الإلتجاء إلى القضاء¹. ومعنى آخر هو المصلحة العامة التي يهدف القانون الإداري إلى حمايتها وتحقيقها وهذا محل دراستنا.

تتعامل دولة القانون بشكل أساسي مع السلطات العامة من خلال الصلاحيات المقررة لها، وبالكيفية المحددة لممارستها والأهداف التي من أجلها منحت هذه الصلاحيات، وهذا كله ينطبق بشكل أساسي على الإدارة العامة وصلاحياتها، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن دولة القانون تعنى بتحديد الوسائل والإليات التي يمكن من خلالها مراقبة كيفية ممارسة الإدارة العامة لهاته الصلاحيات.

وعليه فإنه لا يمكن إعتبار هذه الصلاحيات وبأي حال من الأحوال، إمتيازاً للإدارة فحسب تستخدمها كما ترتئي وفي الوقت الذي تشاء، بل أنه لا بد من استخدامها لتحقيق غايات محددة منحت تلك الصلاحيات من أجلها، وما هذه الغايات إلا المصلحة العامة²، فهذه الأخيرة تشكل القيد العام على أي عمل تقوم به السلطات العامة بشكل عام³. تعد المصلحة العامة الهدف الذي تسعى إليه الإدارة من خلال نشاطها، على إعتبار أن الهدف الأساسي والوحيد من وجود هذه الأخيرة هو تحقيق الصالح العام والخير العام للجميع، فالإدارة ملزمة دائماً بتحقيق الغرض المحدد لاختصاصها.

كل ذلك يدل على أن المصلحة العامة فكرة مرنة متطورة تختلف باختلاف الأنظمة السياسية والاجتماعية القائمة، وتلعب في تحديدها عوامل خارجة عن القانون. ففي ظل نظام قائم على المبدأ الفردي الحر، القائم سيادة المذهب الفردي وسيطرته، تضيق دائرة الأهداف العامة لتتحصّر في إشباع الحاجات الجماعية التي يعجز الأفراد عن إشباعها، أولاً يرغبون في مباشرتها؛ حيث لا تحقق لهم ربحاً يعتبرونه مجزياً. لذلك تتمثل المصلحة العامة - في ظل هذه الفلسفة الفردية - في صيان الأمن والمحافظة

1 - سليم سلامة حتاملة، المرجع السابق، ص 184.

2 - المصلحة العامة هي منطلق و أساس النشاط الإداري وغايته، فياسم المصلحة العامة تتمتع الإدارة بصلاحيات تشريعية، وبإسمها قد تخوض الحروب وتبرم المعاهدات، وبإسمها قد يحكم القاضي بمشروعية العمل الصادر عن الإدارة على الرغم من أنه قد يلحق اضرار بالغير، كما أنه قد يحكم بعكس ذلك حتى ولو كان العمل الإداري مشروعاً لمجرد أن الإدارة لم تحقق المصلحة العامة المحددة بالقانون.

3 - عمر عبد الرحمان البوريني، المصلحة العامة كمحدد لمشروعية العمل الإداري، مقالة في مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، العدد 32، أكتوبر 2007، ص 265.

على النظام في الداخل والخارج، وإقامة العدل بين الناس. أما مباشرة الأنشطة المربحة فلا تدخل، طبقاً لهذه الفلسفة، في دائرة الأهداف العامة¹.

كما يرى أصحاب النظام الرأسمالي ان المصلحة العامة ممكن أن تتحقق من خلال تحقيق المصالح الفردية فالمجتمع مجموعة من الأفراد وأن تحقيق مصلحة الفرد في النهاية سيؤدي إلى تحقيق مصلحة المجتمع².

أما فكرة المصلحة العامة في نظام قائم على تدخل الدولة في النشاط الاجتماعي، فهي لا ترتبط بطبيعة النشاط الممارس وإنما ترتبط بالأهمية التي توليها له السلطة العامة، فكل نشاط - بغض النظر عن مسألة قدرة الأفراد أو عدم قدرتهم على ممارسته - ترى الإدارة أن ممارستها له يشبع حاجة عامة يكون محققاً للمصلحة العامة، أي أن للمصلحة العامة تتسع لتشمل ممارسة كافة الأنشطة التي ترى السلطة السياسية أن مباشرة الإدارة لها مسألة ضرورية لإستمرار سير المجتمع بغض النظر عن موقف الأفراد من هذه الأنشطة³.

كما أن القضاء الإداري لا يهتم بوضع مفهوم محدد للمصلحة العام بقدر ما ينظر إلى الوظيفة التي تلعبها في النشاط الإداري، ودور هذا الأخير في تحقيقها، ففي أحكامه عادة ما يصرح أن الهدف من القرار الإداري غريب عن المصلحة العامة أو النشاط الإداري لا يحقق المصلحة العامة، وكل ذلك يعود إلى فكرة المصلحة العامة متغيرة ومتطورة من زمان لآخر أيضاً.

ففي أعقاب الحرب العالمية الأولى مثلاً كانت المصلحة العامة تتمثل فقط في الحفاظ على إدارة المرافق العامة بشكل حسن وفي الحفاظ على النظام العام، ومع تغير دور الدولة ووظيفتها واتساع

1 - حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، مشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 59

2 - زهير عبد الحميد معربة، المصلحة الفردية والمصلحة العامة بين الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي، كلية التجارة، جامعة الأزهر، ص

3 - حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 59

المجالات التي تدخل ضمن نطاق اختصاصها ونشاطها ظهرت مصالح عامة جديدة تتلاءم وطبيعة الوظيفة الجديدة للدولة¹.

إن الحقيقة التي لا يمكن إنكارها في هذا المقام هي أنه من الصعوبة بمكان وضع تعريف أو مفهوم قانوني محدد للمصلحة العامة، على اعتبار أنها " لا تعرف ولكن تلاحظ فقط "، فهي مفهوم فضفاض وواسع وليس من السهولة بمكان تحديده، ومن الخطأ بمكان محاولة وضع تعريف محدد لفكرة المصلحة العامة، فهي توجد في ضمير الفرد والجماعة، حيث تحتوي على قيم ومثُل لا حصر لها، وتجمع بين طياتها مجموعة من الآمال والطموحات والرغبات للجماعة، فهي المصلحة العامة تنبذ الظلم ولذلك خلق مبدأ المساواة، كما أن المصلحة العامة تنبذ التمييز على أساس الجنس واللون والعرق فالعدالة جزء لا يتجزأ منها والمصلحة العامة كذلك تتضمن كل القيم والمثل الأخلاقية التي تشكل بالنهاية النظام العام بجميع عناصره ومدلولاته².

وأن النص على بعض صورها في النظام القانوني ككل لا يمكن أن يكون إلا نسبياً، فهي لا تتواجد في النصوص القانونية أو الأحكام القضائية أو في وثيقة أو في ميثاق، فكل ذلك هونتاج المصلحة العامة حيث دعت هذه الأخيرة للنص عليها، فالمشروع ما يكتفي عادة بالنص عليها بشكل عام وعلى سبيل التمثيل فقط، دون وضع معيار ثابت ومحدد لها³.

ثانياً : ما المقصود بالنفع العام.

المنفعة هي الاسم للواحدة من المنافع، وقد تكون مصدراً للنفع وما يترتب على العمل النفع أو يمكن حمله على النفع، ولقد أطلقت المنفعة بمعنى الخير والإفادة، كما أطلقت بمعنى المصلحة وهي الصلاح وصلح الشيء كان نافعاً ومناسباً، فالمنفعة في اللغة كالمصلحة لفظاً ومعنى.

1 - حيث أصبحت المصلحة العامة تتمحور حول محددات ثلاثة المصلحة العامة الإجتماعية و المصلحة العامة الإقتصادية والمصلحة العامة البيئية، عبد الرحمان البوريني، المرجع السابق، ص 265.

2 - رأفت فودة، مصادر المشروعية الإدارية ومنحيتها، دار النهضة العربية، 2012 ص 159.

3 - عمر عبد الرحمان البوريني، المرجع السابق، ص 265.

أما المنفعة باللغة الفرنسية فتعرف بلفظ *intérêt / utilité* بمعنى النفع أو الفائدة، وتستخدم الصفة منها *utile* بمعنى يقترب من كلمة *nécessaire* بمعنى ضروري، فيقال أعمال ضرورية معنى أعمال مفيدة¹.

والمنفعة من الأفكار الأخلاقية التي عبرت إلى مجال القانون، ويعبر الفلاسفة عن المنفعة بأنها تحقيق السعادة أو اللذة للأفراد، ووصفت اللذة بأنها الشعور بالرحمة نتيجة خفض توتر الفرد بإشباع حاجة معينة لديه فسلوك الفرد ونشاطه وسعيه في الحياة، إنما هو لتحقيق سعاته عن طريق إشباع حاجاته².

إذا كان تحديد علماء مسلمين للمنفعة قد إقترب من تعريف الفلاسفة إياها، فإن الفقه الإسلامي منذ البداية قد سماها بالمنافع البشرية وإعتبرها دينية أكثر منها دنيوية، يفضل آجلها عاجلها، ونبذ الطابع المادي لها، والذي ابتليت به الحضارات المادية سواء أكانت من الشرق أو الغرب، لكن نظرة الإسلام للمنفعة، تقوم على أنها ليست في إشباع الإنسان لغرائزه ورغباته، بل في كبح جماحها وضبطها على المنهج، وأن سعادة الإنسان ليست في تحصيل المزيد من اللذة، وإنما في التحرر من سيطرة نفسه عليه³.

أما المنفعة بالنسبة لبعض الفقه هي الدافع دائماً وراء أي تصرف إنساني، فالإنسان يسعى من كل حركة في الحياة إلى تحقيق منفعتة بإشباع رغباته وسد إحتياجاته، ولكن ليس كل إشباع للرغبة أوسد

1 - براهيمى سهام، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة العشرى العدد الخامس والخمسون جويلية 2013، ص 343.

2 - أحمد أحد الموايى، فكرة المنفعة العمومية في نزع الملكية الخاصة (نظرية الموازنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1992، ص 14.

3 - الحضارة المادية في الشرق ضحت بمصلحة الفرد تماماً في سبيل مصلحة الطبقة المسيطرة، أما الحضارة الرأسمالية في الغرب فهتفت إلى حماية مصلحة الطبقة الرأسمالية، فمثلاً تهدف الصناعة إلى صناعة الألة حتى ولو أنتجت الهلاك والدمار وهذا من أجل خلق حاجات لا قيمة لها فتصارع الناس لإشباعها، سواء عادت عليهم بالنفع أم لا. أحمد أحمد الموايى، المرجع السابق، ص 18.

للحاجة هوالذي يحقق المنفعة لا، انما تحقيق المنفعة النافعة وفق ما يقتضيه إعمال العقل البشري السليم
1.

يقصد بالرفع العام في صورته العامة سد حاجات عامة أوتقديم خدمات عامة للجمهور²، وهذه الحاجات والخدمات العامة قد تتمثل في منافع مادية محسوسة للجمهور، مثل مرافق المواصلات بمختلف أنواعها البرية والبحرية والجوية، ومثل مرفق توريد المياه النقية كالجرائرية للمياه ومرفق توليد وتوزيع الكهرباء مثل مؤسسة سونالغاز، ولكن في كثير من الحالات لا تكون المنفعة مادية بل معنوية وغير محسوسة مثل مرفق الأمن، مرفق الدفاع ومرفق التعليم³. تعرف الخدمة العامة حسب اللجنة الاقتصادية والاجتماعية الأوروبية CESE في رأيها الصادر في عام 2002 " إنها خدمات⁴ تكتسي أهمية بالنسبة للحياة اليومية " 5.

وتختلف هذه الحاجات والخدمات وتنوع وتطور مع الزمن وتختلف من مكان لآخر⁶، وكلما تعددت وازدادت الحاجات الخاصة للأفراد تنوعت وتضاعفت وتشعبت حاجات الجماعات، وبالتالي

1 - وهذا ما يميز المنفعة عن الهوى، فالهوى هو لطف الشيء في النفس والميل إليه، فالذي يتبع الهوى لا يحقق المنفعة، إنما يتبع ما تميل إليه نفسه، فالمنفعة تتحقق بعمال العقل لأختيار ما هو نافع، أما الهوى فهو الميل وإتباع الرغبة دون تعقل. أحمد أحمد الموائي، المرجع السابق، ص 22.

2 - محمد فؤاد مهنا، الوجيز في القانون الإداري - المرافق العامة -، مؤسسة المطبوعات الحديثة، مصر، 1961، ص 9.

3 - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 271

4 - المقصود بما خدمات التريبة والصحة والخدمات الاجتماعية وكذلك الثقافة والسمعي البصري

5- comité économique et social européen.avis sur les services d'intérêt General.

CES /860/2002.17 JUILLET 2002 ، بيارتريس بواسار، معاملة الجماعة الأوروبية لمرافق المنفعة العامة غير الاقتصادية، مجلة القانون العام وعلم السياسة، ترجمة محمد عرب صاصيلا، العدد 05، 2006، ص 1323.

6 - يختلف أولويات الحاجات المراد إشباعها من دولة إلى أخرى ومن زمان إلى آخر فقد يكون نشاطا معين مرفقا عاما في دولة ويكون إشباعه ضروريا، في حين لايعتبر كذلك في دولة أخرى لخروجه عن تقاليدنا وقيمها ومن أمثلة ذلك أن القضاء الإداري الفرنسي اعتبر تنظيم الحفلات المسرحية على المستوى الوطني والمحلي مرفقا عاما، أن القضاء الإداري المصري إعتبر دفن الموتى مرفقا عاما، وأن قضاء محكمة العدل العليا الأردنية إعتبر الخدمة المتعلقة بدباغة الجلود وتسويقها مرفقا عاما. نواف كنعان، القانون الإداري - للكتاب الأول - الطبعة 4، عمان، الأردن، 2010، ص 321 وما بعدها.

إتسع نطاق تدخل الدولة وأنشأت أنواع جديدة وكثيرة من المرافق العامة لإشباع تلك الحاجات المستحدثة¹.

ولا تقتصر صفة النفع العام على مجموع الأفراد في كل إقليم الدولة، وإنما تعتبر منفعة من كان يشمل إقليمًا محددًا كولاية أو مقاطعة أو دائرة أو بلدية أو قرية، فالمرافق التي تقدم خدماتها على مستوى هذه الأقاليم تعتبر مرافق عامة، كذلك المرافق التي تقدم خدمات لمنتفعين تتوافر فيهم شروط معينة²، أو ينتمون لفئات محددة كالمحامين، الأطباء، المهندسين أو الفلاحين تعتبر مرافق عامة فهي مرافق عامة مهنية أو نقابية.

ويرى جانب من الفقه أن شرط النفع العام الذي يترتب عليه إعتبار المشروع مرفقًا عامًا لا يتحقق إلا إذا كان من نوع النفع العام الذي يعجز الأفراد والهيئات الخاصة عن تحقيقه أولاً يرغبون في تحقيقه أولاً يستطيعون تحقيقه على الوجه الأكمل³. ومعنى هذا المشروعات العامة التي تنشأها الدولة لا تعتبر مرافق عامة إلا إذا كان الهدف من إنشائها سد فراغ يعجز الأفراد عن تأديته، أو عدم قدرته على تقديمه على أكمل وجه.

وما يمكن استنتاجه أن المشروعات الصناعية والتجارية التي تنشؤها الدولة لا تعتبر مرافق عامة إذا كانت إلى تهادف إلى مجرد تحقيق الربح كالمشروعات الخاصة يمكن أن تنشأ الدولة مشروعات عامة لا تعتبر مرافق عامة لعدم استهدافها النفع العام بصفة مباشرة مثال ذلك استغلال الدولة لأموالها الخاصة⁴

1 - محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982، ص 22.

2 ماجد راغب الحلوة، القانون الإداري، دار اجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 340.

3 - محمد فؤاد مهنا، المرجع السابق، ص 11.

4 - يرى الدكتور ثروت بدوي أن إدارة الدولة لأموالها الخاصة (الدومين الخاص) يخضع لقواعد للقانون الخاص ويتخذ الإدارة أسلوب القانون الخاص في إستغلاله وإدارته وهذا قائم على فكرة ان الدومين الخاص ليس مرفقًا عامًا، ولكن هذا التفسير غير مقنع و خصوصاً بعد أن إتسع تعريف المرفق العام وأصبح يستند على المعيار المادي والموضوعي، فإذا كان الموضوعي للمرفق العام يعرفه بأنه كل نشاط يستهدف حاجة جماعية أو عامة، فلماذا لا نعترف للدومين الخاص بصفة المرفق العام؟ قد يقال أن إدارة الدومين الخاص لها طبيعة مالية، ولا تشبع الحاجات العامة إلا بطريق غير مباشر، إذ توفر الأموال اللازمة للإدارة. لكن نشاط مصلحة الضرائب لا يختلف عن نشاط الدولة في إدارة أموالها الخاصة فهو لا يقدم خدمات عامة بصفة مباشرة إنما يوفر الأموال لإدارة المرفق، ومن ذلك الفقه التقليدي يعترف لمصلحة الضرائب بالمرفق العام ويخضع نشاطها للقانون الإداري. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016، ص 229 - 230.

بهدف الربح وتنمية مواردها، ولا يقال أن هذا الإيراد المالى سيدخل الخزينة وسيصرف منه على مصالح المواطنين، لأن المقصود هو الهدف المباشر من المشروع هل يحقق نفعا عاما مباشرا أم لا¹.

في حين ذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يشترط أن يكون النفع العام الذي يتحقق عن طريق المرفق العام مما يعجز النشاط الفردي عن القيام به، إذ أن كل مشروع تقوم السلطة العامة بإنشائه ويحقق غرضا من أغراض النفع العام يعتبر مرفقا عاما، سواء كان هذا النفع مما تقدر المشروعات الخاصة على تحقيقه أم لا، وهذا ينطبق على جميع المرافق العامة سواء أكانت إدارية أو صناعية أو تجارية.

ويترتب على إستهداف المرفق العام لتحقيق النفع العام، عدم إستهدافه للربح بصفة أساسية، فإذا كانت مشروعات صناعية وتجارية وفلاحية تحقق جانبا هاما من الربح فإنها لا تستهدف الربح بصفة أساسية، وإنما تهدف إلى تحقيق النفع العام، أما الربح الذي تحققه، فهو أمر طبيعي بالنظر إلى طبيعة النشاط الذي تمارسه هذه المرافق².

كما انه لا يشترط وجوبا أن تكون الخدمة مجانية حتى يقال أن المرفق العام حقق نفعا عاما، لأنه يمكن للسلطة العامة أن تعلق حق الجمهور في الانتفاع بخدمات بعض المرافق العامة على دفع رسوم دون أن يعتبر ذلك إخلالا بشرط المنفعة العامة أو عدم استهداف الربح. لأن مثل هذه الرسوم لا تفرض بقصد تحقيق الربح وإنما تفرض تطبيقا للسياسة العامة التي تنتهجها الدولة في توزيع الأعباء العامة على الجمهور³.

1 - ومن أمثلة المشاريع التي أنشأتها السلطة العامة ولا يهدف مباشرة إلى النفع العام بل مجرد الربح، ولا تعتبر بالتالي مرفقا عاما، مصانع رينو للسيارات في فرنسا فقد أمتها الدولة بقلنون وأصبحت من مشروعاتها ولكنها لا تستهدف النفع العام، بل تم تأميمها كعقوبة لمالكها لتعاونه مع الاحتلال الألماني لفرنسا أثناء الحرب العالمية الثانية، ومن ثم لا يعتبر هذا المشروع المؤمم مرفقا عاما محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 270 - 271.

2 - عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 414. 415.

3 - فقد ترى الدولة في بعض الحالات توزيع أعباء المرافق العامة على المجموع كله وتحمل تبعاً لذلك خزينة الدولة كل النفقات و تجعل الانتفاع به مجانا للجميع، وقد ترى توزيع بعض الأعباء على المنتفعين وحدهم فتتحمل خزينة الدولة بعض النفقات وحصل الباقي من جمهور المنتفعين في شكل رسوم تفرضها عليهم جراء إنتفاعهم بخدمات المرفق كما هو الحال بالنسبة للرسوم القضائية والرسوم الجامعية وغيرها. محمد فؤاد مهنا، المرجع السابق، ص 12.

ثالثا : الفرق بين المصلحة العامة والمنفعة العامة

أن كانا يتفقان في الجهة التي تحددها وانه أساس لوجود القانون الإداري إلا أنهما يختلفان من حيث مجال الإتساع إذ أن المصلحة العامة أوسع في نطاقها من المنفعة العامة، وذلك أن المصلحة العامة تعتبر هي الهدف الأسمى الذي القانون الإداري لتحقيقه، ويمكن إشارة كذلك أن المصلحة العامة أساس لقيام الإدارة بمهامها، وكذلك أساس لرقابة القاضي الإدارة، فهي كما تمنح السلطات العامة إمتيازات السلطة العامة المتمثلة في التنفيذ الجبري، القرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، كذلك أساس رفض القاضي لقرارات الإدارة فالمصلحة العامة فهي سيف ذو حدين.

وتحقق السطلة الإداريه مصلحتها العامة من خلال نشاطها الذي يشمل الضبط الإداري والمرفق العام، فمن خلال نشاط الضبط الإداري الذي يشمل مجموعة الإجراءات والتدبير التي تندها السلطه الإداريه تقييدا لحريات الأفراد حفاظا على النظام العام وهذا يعتبر جزءا من المصلحة العامة.

أما المرفق العام فهو النشاط الإيجابي للسلطه الإداريه التي تسعى من خلاله إلى تحقيق المنفعة العامة، وعليه فالمنفعة العامة هي جزء من المصلحة العامة، لان المنفعة مقتصره علي النشاط الإيجابي للدولة، اما المصلحة العامة فهي تشمل كل النشاط الإداري. بمعنى آخر أن كل منفعة هي مصلحة والعكس غير صحيح.

الفرع الثاني : أثر الحوصصة على النفع العام

وبمعنى آخر فإن فكرة النفع العام التي تميز المرفق العام عن غيره من المشروعات التي تطرحها الدولة للحوصصة تظل ملازمة لخدمات المرفق العام بعد أيلولته إلى القطاع الخاص، ولا يتعارض ذلك كما سلف البيان مع سعي الشخص الخاص إلى تحقيقه وراء نشاط المرفق.

وإذا كانت الموضوعات التي تتناولها الخصوصية تعد عصب النشاط الذي يعني حياة الأفراد وتترجع على المراتب الأولى في الحاجات العامة، فلا محل للجدل بعدئذ حول طبيعة الخدمات التي تقدمها المرافق العامة بعد الخصوصية، فالنفع العام الذي تؤديه هذه المرافق لا يزيغ عن الناظر، بل إن ارتباط مصالح الأفراد بما تقدمه المرافق العامة بعد الخصوصية يتعاظم مع تطور أداء هذه المرافق وهي بيد القطاع الخاص، ويكون تعلق المنتفعين بهذه الخدمات بدرجة تفوق تلك التي كان عليها قبل الخصوصية¹.

المطلب الثاني : أثر الخصوصية على المال العام

تقوم نظرية أموال المرافق العامة المسيرة وفقاً لقواعد القانون العام (الأموال العامة) على فكرة تخصيص المال للمنفعة العامة، فهذا التخصيص يعد علة وجود هذه النظرية وغايتها في ذات الآن، فمن حيث العلة فإن نظرية الأموال العامة لم تشرع إلا لارتباط الأموال التي تخاطبها بالمنفعة العامة بغية صونها حتى يتأتى تحقيق الهدف الذي من أجله خصصت هذه الأموال. أما غاية هذه النظرية فهي خفية إذ تتمثل في ضمان تحقيق النفع العام من المرافق والمصالح التي رصدت لها هذه الأموال.

وإذا كانت أموال المرفق العام وهي بيد الدولة تعد أموالاً عامة وتبسط عليها نظرية الأموال العامة، فإن خصوصية المرفق العام تؤدي إلى انحسار صفة العمومية عن أمواله بالرغم من احتفاظه بهذه الصفة، ومرد ذلك ما تشترطه نظرية الأموال العامة من وجوب أن يكون المال مملوكاً للدولة أو أحد الأشخاص العامة لاعتباره مالا عاماً حسبما يمليه معيار التخصيص للمنفعة العامة كمعيار مميز لهذه الأموال.

وإذا كانت أموال المرفق العام في ظل الخصوصية تعد من قبيل الأموال الخاصة ولا تتمتع بصفة الأموال العامة، ولكون هذه الأموال مرصودة لتسيير مرفق عام، فإنه يثور التساؤل حول ما إذا كان توظيف الأموال الخاصة لخدمة وتسيير المرفق العام يؤثر على الطبيعة القانونية لهذه الأموال؟

1 - وبيان ذلك في رأينا أن الخدمات التي يؤديها المرفق العام بعد الخصوصية وما تتسم به من جودة تنال ثقة الأفراد من المنتفعين ويكون الاعتماد على هذه الخدمات بشكل أساسي، ومن ذلك مرفق النقل وما يطرأ عليه من تطور في الوسائل المستخدمة فيه يؤدي بلا شك إلى تبدد النفور من وسائل النقل البالية في عهد القطاع العام، والإقبال على نحو متزايد على وسائل النقل التي يوفرها المرفق بعد الخصوصية، محمود أحمد سليمان البراشدي، النظام القانوني لأموال المرفق العام في ظل سياسة الخصوصية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009،

وعلى ذلك نسعى في هذا المطلب إلى الإجابة على السؤال السابق الفروع التالية:

الفرع الأول : المقصود بتخصيص المال للمنفعة العامة في ظل نظرية المال العام

يمكن القول بأن معيار تخصيص المال للمنفعة العامة يعد من أبرز المعايير التي قيل بها لتحديد مدلول المال العام، وقد جاء هذا المعيار في أعقاب معيار آخر ظهر في الفقه الفرنسي وهو معيار تخصيص المال لمرفق عام¹.

وقد توخى معيار تخصيص المال لمنفعة عامة تلافي ما قبل بشأن معيار تخصيص المال لمرفق عام من مثالب ومن أهمها أنه يضيق عن احتواء أشياء ينتفع بها عموم الناس بطريق غير المرفق العام ومن ذلك محلات العبادة في فرنسا التي خصصت للمنفعة العامة دون أن تعتبر العبادة مرفقاً عاماً²، ومن ثم فإن جل الفقهاء القائلين بهذا المعيار اعتبروا أن ما يميز الأموال العامة عن غيرها من الأموال هو تخصيص هذه الأموال للمنفعة العامة، فيعد المال عاماً متى خصص لتحقيق نفع عام سواء كان ذلك بطريق مباشر أم بطريق غير مباشر بواسطة المرفق العام³.

ويتحقق التخصيص للمنفعة العامة إما بطريق رسمي عند صدور تشريع يقضي باعتبار مال معين من أموال الدولة الخاصة مالاً عاماً، أو بطريق فعلي حين ترصد الدولة مالا بالفعل للمنفعة العامة، كما يتم التخصيص للمنفعة العامة بتخصيص الشيء المملوك للأفراد للمنفعة العامة.

وبالرغم مما وجه لمعيار التخصيص للمنفعة العامة من انتقادات⁴، إلا أنه بقي مترعاً على غيره من المعايير، ومرد ذلك ما سبق ذكره من أن المال العام ليس محمياً في ذاته فهو لا يختلف في مفرداته ومكوناته

1- هذا المعيار، نادى به فقهاء من بينهم دييجي Duguit وجيز Jeze، إذ رأى الفقيه دييجي أن معيار تمييز المال العام يكمن في تخصيصه بطريقة مباشرة لمرفق عام، فلا يعد مالا عاماً وفقاً لهذا المعيار سوى الأموال التي يتم تخصيصها لتسيير المرفق العام وقد غطى هذا المعيار على ما سبقه من معايير أخرى:

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص 102.

3- حمد زيدان نايف، الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة، مرجع سابق، ص 50، و محمد عبد الحميد أبو زيد، حماية المال العام، مرجع سابق، ص 37.

4- ومن ذلك ما ذكره الأستاذ الدكتور عبد العزيز شيحا من أنه "إذا كان القائلون بفكرة المنفعة العامة الشاملة كمعيار مميز للمال العام. قد حاولوا بها تفادي ما وجه من نقد إلى المعايير السابقة عليه (معيار طبيعة المال ومعيار التخصيص لمرفق عام) وقصدوا بذلك التوسيع من دائرة الأموال العامة، فإن بعض الفقه قد لاحظ أن الأخذ بفكرة المنفعة العامة الشاملة على إطلاقها، يؤدي إلى تضخيم دائرة الأموال

عن المال الخاص، إنما تكمن حماية المال العام في الوظيفة التي خصص من أجلها، فهي وظيفة سامية تتمثل في تحقيق المنفعة العامة، تلك المنفعة التي لا تقف عدد فئة أوطائفة من المنتفعين، بل تعني المجتمع بأسره وهي حق للجمهور من الناس، ولذا فإن هذه الوظيفة هي السمة التي تتسم وتعلو بها الأموال العامة.

ويمكن القول بأن ثمة نتائج تترتب على اعتبار المال عاماً وفقاً لمعيار التخصيص للمنفعة العامة، يمكن إجمالها فيما يأتي:

- أن المال يكون مخصصاً للمنفعة العامة، وذلك بأن يكون الغرض الذي وجد من أجله هو تحقيق منفعة الجمهور من المنتفعين، فلا يكون المال عاماً كان اقصد منه تحقيق منافع خاصة. ويتحقق تخصيص المال العام كما سلف الذكر بالفعل، أو بالقانون، ويكون المال مخصصاً للمنفعة العامة بالفعل متى استخدم من قبل الجمهور بوجه مباشر ومن ذلك الطرق والميادين العامة، أو يكون باستعمال الجمهور له عن طريق مرفق عام كالسكك الحديدية والمطارات والمستشفيات، أما التخصيص للمنفعة العامة بمقتضى قانون فيتحقق بصدور تشريع يقضي بإضفاء صفة العمومية للمال.¹
- أن يكون هذا المال خاصاً بالدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى²، ومن ثم فإنه ينحسر عن المال وصف العمومية متى كان مملوكاً للأفراد ما لم ينتقل لشخص من أشخاص القانون العام بأحد الطرق المشروعة ومنها نزع الملكية للمنفعة العامة³. وفي هذا الشرط يتجلى الفرق بين الأموال العامة والأموال الخاصة المرصودة لمرفق عام كما هو الحال في

العامة، بانطوائها على أشياء نافهة من حيث قيمتها، ليست بحاجة إلى تطبيق نظام قانوني غير مألوف وهو نظام الأموال العامة". انظر: د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، الأموال العامة، مرجع سابق، ص 72.

1- مصطفى أبو زيد فهمي، المرافعات الإدارية، مرجع سابق، ص 339.

Hauriou, *Precis elementaire de droit administrative*, op. cit., p. 358.

"مشار إليهما في مرجع د. حمد زيدان نايف، الحماية الجنائية للأموال العامة، مرجع سابق، ص 50.

2- سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 550.

3- محمد فؤاد مهنا، الوجيز في القانون الإداري (المرافق العامة)، مؤسسة المطبوعات الحديثة، 1961، ص 377.

الخصوصية، ومن ثم فإن ملكية المال للدولة أو أحد الأشخاص العامة للمال المخصص للمرفق العام وفقا لمعيار التخصيص للمنفعة العامة تعد حجر الأساس في إسباغ صفة العمومية للمال.

ومن ثم فلا يكفي تخصيص المال للمنفعة العامة لاعتباره من قبيل المال العام بل يشترط أن يرد هذا التخصيص على أموال مملوكة للدولة أو أحد الأشخاص العامة.

الفرع الثاني : تخصيص المال لخدمة المرفق العام بعد الخصوصية

إذا كانت خصوصية المرافق العامة بمفهومها الضيق ؛ تعني السياسة التي بمقتضاها يتم نقل ملكية أو تسيير بعض المرافق العامة إلى القطاع الخاص، وكان من بين أهدافها تحسين الكفاءة الاقتصادية وتخفيف ما يثقل كاهل الدولة من أعباء مالية ناتجة عن العجز المالي في بعض المرافق العامة¹، فإن عصب عملية الخصوصية يكمن في تسخير الموارد المالية اللازمة لنجاحها، بحيث تكون هذه الموارد مخصصة للمرفق العام محل الخصوصية ووسيلته لأداء الخدمات العامة التي يضطلع بها. وهذه الأموال تتمثل في رأس المال الخاص للشخص الذي آل إليه المرفق العام.

وقد تم تبين أن مقتضى معيار تخصيص المال للمنفعة كمعيار مميز للمال العام هو عدم اعتبار أموال المرفق العام بعد الخصوصية الكلية من قبيل الأموال العامة، باعتبار أن الخصوصية الكلية هي عملية ناقلة للملكية المرفق وما يلحق به من أموال ومنشآت وأصول لشخص أو أشخاص خاصة على نحو تفقد معه هذه الأموال صفة العمومية، غير أن ذلك لا ينفي أن هذه الأموال تظل مرصودة لخدمة المرفق العام بالرغم من كونها أموالاً خاصة. وعلى ذلك تتحد هذه الأموال مع الأموال العامة في كونها مخصصة للنفع

1- محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 32، 36. وفي هذا الصدد يذكر محمد عبد الله الظاهر أن: "الخصوصية ليست فقط مجموعة من الإجراءات المتفرقة، وهي ليست مجرد التخلص من بعض الوحدات الخاسرة للقطاع العام، بغية الخروج من مأزق استنزاف موارد الموازنة، وهي ليست مجرد بيع الأصول العامة لتمويل النفقات الجارية، وإنما حزمة متكاملة من السياسات التي تستهدف تحقيق الأهداف التنموية والتوزيعية بفاعلية أكبر، من خلال إطلاق آليات السوق، ومبادرات القطاع الخاص، وتوزيع نطاق الكفاءة، فهي إذن رؤية متكاملة لكيفية إدارة الاقتصاد القومي بكفاءة أعلى وفاعلية أكبر...". محمد عبد الله الظاهر، الضرورات التي تفرضها سياسة الخصخصة في مجال علاقات العمل، مرجع سابق، ص 158، 159.

العام ومن ثم فهي تتعلق بالمنفعة العامة التي تعود على جميع المتفاعلين بخدمات المرفق العام. اما بالنسبة للخصوصية الجزئية الناقلة للتسيير دون الملكية تعتبر الأموال المرفق العام أموالاً عامة بمقتضى نفس المعيار.

ومما يدل على أهمية أموال المرفق العام بعد الخصوصية ما تراعيه الحكومات عند التصرف في ممتلكات القطاع العام وأيلولتها إلى القطاع الخاص، ذلك أن عملية الخصوصية تنطوي، كما أسفنا، على نقل أصول الملكية العامة إلى الملكية الخاصة أو نقل التسيير إلى القطاع الخاص، ومن ثم تتضح الحكمة من الضوابط التشريعية التي تفرض من أجل إحكام التصرف في هذه الأصول حماية لأموال الدولة بموجب عملية الخصوصية¹، فإن مثل هذا الحرص ليس مبعثه حماية حقوق الدولة فحسب بل الحرص على أن يظل المرفق العام محل الخصوصية محتفظاً بملاءمته المالية التي تمكنه من القيام بواجباته واستمرار نشاطه.

ولا شك أن الأموال التي تخصصها الدولة للمرفق العام سواء أكانت قبل عملية الخصوصية أو خلالها مبتغية نجاح خصوصه هذا المرفق، وبصرف النظر عن كونها من قبيل الأموال العامة أو الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة، تعد من قبيل الأموال المرصودة للمنفعة العامة اتفاقاً مع الغرض الذي خصصت من أجله، وهذا المعنى هو ذاته الذي تصب فيه الأموال الخاصة التي يملكها المرفق العام بعد الخصوصية.

ولا ينفي تخصيص المال لخدمة المرفق العام بعد الخصوصية وارتباطه بفكرة النفع العام التي يسعى المرفق العام إلى تحقيقه كونه هذه الأموال الخاصة تبتغي تحقيق الربح للأشخاص الخاصة، فقد سبق بيان أن فكرة تحقيق الربح لا تتنافى مع فكرة النفع العام كما هو الحال بالنسبة للمرافق العامة الاقتصادية²، صحيح أن أموال المرفق العام الخاصة ليست كأموال المرافق العامة المملوكة للدولة والتي تسعى في جميع الأحوال إلى تحقيق المصلحة العامة، إلا أنه يمكن النظر إلى أموال المرفق الخاصة كأموال مسيرة لخدمات

1- مهدي إسماعيل الجراف، الجوانب القانونية للخصوصية، مجلة الحقوق (الكويت)، العدد الرابع، ديسمبر 1995، السنة التاسعة عشرة، ص 308.

2- وفي هذا الشأن ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن "التطور الحديث في الفقه والقضاء يعترف بصفة المرفق العام للمرفق الصناعي والتجاري، مع أنه يعمل لتحقيق الربح، ولكن الواقع من الأمر أن الهدف الرئيسي لمثل هذه المرافق ليس تحقيق الربح، بل تحقيق المنفعة العامة، أسوة بكل المرافق العامة الأخرى وما الربح الذي يحققه إلا أثر من الآثار المترتبة على صفة المرفق باعتباره يقوم بأعمال صناعية وتجارية". حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 2 يونيو 1957، القضية رقم 3480 لسنة 9 قضائية، مشار إليه في المرجع السابق، للدكتور محمد عبد الحميد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة، ص 7.

عامة انتقلت إلى القطاع الخاص بهذا الوصف، وفي ذلك غنى عن البحث وراء القصد من تسخير هذه الأموال للمرفق العام وهو الربح لا جدال.

وبالمثل فإنه لا يغير من ارتباط أموال المرفق العام بعد الخوصصة بفكرة النفع العام خروجه من دائرة القانون العام وأسس إدارة المؤسسات والهيئات العامة إلى أسلوب القانون الخاص، ذلك أن تحقيق النفع العام في ظل سياسة الخوصصة وما اقتضاه من توسع في تحديد القائم على تحقيق النفع العام ليشمل الأشخاص الخاصة التي ينتقل إليها تلك المرافق العامة بموجب الخوصصة يفرض بالمثل عدم حصر وسيلة تحقيق هذا النفع على أسلوب القانون العام، وهذا ليس بالأمر المستجد فقد ظهرت أشخاص خاصة تعني بتحقيق النفع العام ولم ينكر عليها الفقه أو القضاء استهدافها لهذه الغاية.

ومما لا ريب فيه أن الخوصصة تقتضي ضرورة تغيير طرق إدارة المرافق العامة التي انتقلت إلى القطاع الخاص حتى تكون متوائمة مع القانون الخاص وحتى تتمكن من تحقيق الأهداف المرسومة لها وفي مقدمتها رفع الكفاءة الإنتاجية¹.

كما أن ارتباط الأموال الخاصة المملوكة للمرفق العام في ظل الخوصصة بفكرة المنفعة العامة هو الذي يفسر تمتع الدولة بسلطة رقابية على هذه الأموال بالرغم من كونها مملوكة لأشخاص خاصة، كما أنه يفسر ما قد يفرض لهذه الأموال من حماية منقطعة النظير في القانون الخاص الذي تخضع له هذه الأموال.

وإجمالاً يمكن القول بأنه إذا كان الهدف المتمثل في تحقيق المنفعة العامة ليس حكرًا على جهة الإدارة وحدها، بل إن كثيرا ما يكون النشاط الفردي أو الخاص محققا للمنفعة العامة سواء قصد تحقيق هذا الهدف أم لم يقصد²، فإن ذلك ينبئ عن أن الأموال الخاصة التي يتم تخصيصها لنشاط محقق

1- صفوت عبد السلام، الآثار التنموية للخوصصة، مرجع سابق، ص 13. وللاشارة يمثل خروج المرافق العامة عن أسلوب القانون العام الذي ترسخ في إدارة المنشآت العامة ضرورة حتمية ومنطقية آخذًا في الاعتبار الهدف الأبرز من عملية الخوصصة وهو إخفاق القطاع العام وما تكبديه الدولة خسائر نتيجة لذلك، فالخوصصة ترمي إلى تحرير المشاريع العامة من القيود المفروضة عليها وانتشالها من دائرة الضغوط والقيود التي رسمتها السيطرة الحكومية.

2- ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 219.

للمصلحة العامة سواء كانت ملكاً للدولة أو مملوكة لأشخاص خاصة تتأثر بفكرة التخصيص لهذه المنفعة وما يرتبط بها من أحكام وآثار والتي من أهمها وجوب استعمال المال في الغرض المخصص من أجله.

الفرع الثالث : استعمال أموال المرفق العام في الغرض المخصصة له:

إن من أهم النتائج المترتبة على تخصيص المال للمنفعة العامة في ظل نظرية الأموال العامة عدم جواز التصرف أو التعامل في المال العام في غير الغرض الذي خصص من أجله، ويقصد بذلك أن التعامل بالمال العام يكون مقصوداً على الهدف الذي رصد لتحقيقه وهو النفع العام بحيث يتمتع التصرف في هذا المال لتحقيق هدف آخر، وهذا الحظر موجه في الأساس إلى الإدارة باعتبارها القائمة على الأموال العامة، إذ يبطل كل تصرف تجريه في الأموال العامة على نحو يتنافى مع الغاية التي خصص من أجلها¹.

وكذلك هو الحال بالنسبة للشخص الذي حولت إدارة المرفق سواء كان عاماً أو خاصاً² المرفق العامة، فليس له أن يسخر أموال المرفق العام لتحقيق أهداف غير متطابقة مع الأهداف التي يتوخى المرفق العام تحقيقها، وحتى في الحالة التي يطلب فيها الشخص المسير للمرفق بالترخيص من الإدارة صاحبه المرفق بشغل جزء من الأموال العامة فإن ذلك لا يعد استعمالاً لأموال مخصصة للمرفق العام الملتمزم بإدارته وإنما استعمالاً أساساً للاستعمال العام³.

وإذا كانت العلة وراء تقرير هذا المبدأ تتمثل في حماية المال العام من ناحية وضمان تحقق النفع العام من ناحية أخرى، وذلك بمنع التصرفات التي لا تتلاءم مع المال العام باعتباره مخصصاً للنفع العام⁴، فإن التساؤل الذي يثور في هذا المقام هو ما إذا كانت أموال المرفق العام بعد الخوصصة تتأثر بهذا المبدأ؟

1- عبد الرسول عبد الرضا، أموال الدولة العامة والخاصة، مجلة الحقوق (الكويت)، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، يونيو، جوان/1998م، ص 230.

2- يمكن أن تعهد الدولة أو من يمثلها التعاقد مع شخص عام لإدارة مرفق عام كما هو الحال بالنسبة لأسلوب المؤسسه العام أو أسلوب التفويض. أو الي شخص خاص كما هو الحال بالنسبة للإمتياز. ويمكن كذلك أن يكون مختلطاً بين الخاص والعام كما هو الحال بالنسبة لأسلوب الاقتصاد المتلخط.

3- محمد فاروق عبد الحميد، المركز القانوني للمال العام في مصر في ظل التطبيق الاشتراكي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص 177 وما بعدها.

4- غير أن هذا لا ينفي وجود تصرفات تتلاءم مع المال العام مع احتفاظه بصفة العمومية ومن هذه التصرفات المبادلات التي تتم بين الأشخاص الإدارية المختلفة بشأن عين من أعيان المال العام، فينتقل المال من الدولة إلى المحافظة أو المدينة أو العكس.. على أن قاعدة

يمكن القول بدايه أن أساس مبدأ عدم التصرف في الأموال العامة في غير الغرض المخصصة من أجله لا يكمن في طبيعة هذه الأموال باعتبارها غير قابلة للتملك الخاص فحسب وإنما في تخصيصها للمنفعة العامة، فوجود هذا المبدأ رهين بالتخصيص للنفع العام¹.

وإذا كان عدم اعتبار أموال المرفق العام بعد الخوصصة من قبيل الأموال العامة من مقتضاه كأصل عدم اخضاع هذه الأموال لنظام الأموال العامة ومن بينها مبدأ عدم جواز التصرف في المال العام في غير الغرض الذي خصص من أجله المال، إلا أن ارتباط هذه الأموال بالمنفعة العامة باعتبارها مرصودة لتسيير المرفق العام يجعل من هذا المبدأ غير عصى على التطبيق عليها.

ويدعم ما تقدم ما سبق إيضاحه عند التعرض لمدى تطبيق قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد على المرفق العام بعد الخوصصة، فإذا كانت هذه القاعدة من مقتضيات تحقيق النفع العام بواسطة المرفق العام وأنها تنطبق عند تسيير المرفق بصرف النظر عن القائم بذلك باعتبارها من القواعد الدستورية²، فإن ذلك يستلزم استخدام الأموال المرصودة للمرفق في الغرض المخصصة له، ذلك أن الحيد عن هذا المبدأ من شأنه التأثير على سير المرفق العام وتعطيله، ومن ثم فإن سريان مبدأ استعمال أموال المرفق في الغرض المخصصة له يعد من مقتضيات قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد التي تطبق على المرفق العام بعد الخوصصة كما سبق الذكر.

غير أن تطبيق مبدأ عدم جواز التصرف في الأموال العامة في غير الغرض المخصص من أجله على أموال المرفق العام بعد الخوصصة لا يكون على إطلاقه على النحو المتبع بالنسبة للأموال العامة، وإنما يكون في الحدود اللازمة لضمان عدم توقف المرفق العام عن أداء وظيفته وتحقيق الهدف الذي حول من أجله.

عدم جواز التصرف في المال العام هي قاعدة مفروضة لصالح المرافق العام، من أجل الغرض الذي خصص المال العام لتحقيقه". سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 597 وما بعدها.

(1) - عبد العزيز شيحا، الأموال العامة، مرجع سابق، ص 563.

(2) - محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخوصصة، مرجع سابق، ص 78.

ويعنى آخر فإن مبدأ عدم جواز التصرف في المال العام مرتبط بغايتين، الأولى حماية المال العام باعتباره مملوكاً لشخص عام، والثانية ضمان سير المرفق العام بصفة مستمرة¹، فإذا كانت أموال المرفق العام بعد الخوصصة تخرج من دائرة الأموال العامة باعتبارها ملكاً خاصاً فلا محل بعدئذ للنظر إليها من زاوية الملكية والحماية، ويبقى التعويل على ارتباط هذه الأموال بالمنفعة العامة من جانب رصدها لتسيير المرفق العام. وعلى ذلك يمكن سحب هذا المبدأ للتطبيق على أموال المرفق العام بعد الخوصصة درءاً لخطر تأثير سير المرفق بما يجرى على أمواله من تصرفات خارجة على الغرض منه.

وما تقدم يمكن القول أن ارتباط أموال المرفق العام في ظل الخوصصة بالنفع العام يقتضي استعمال هذه الأموال في الغرض المخصصة له، وهذا ما يمثل الأثر الأبرز لوظيفة هذه الأموال، إذ أن الأصل في الاموال الخاصة وفقاً لقواعد القانون الخاص حرية مالكيها في استعمالها.

الفرع الرابع : حدود التمييز بين أموال المشروعات الخاصة وأموال المرفق العام بعد الخوصصة

إذا كانت أموال المرفق العام بعد الخوصصة تتقاطع مع الأموال العامة في كونها مرتبطة بالمرفق العام ومرصودة لتسييره، فإن هذه الأموال بالمقابل تمتاز عن أموال المشروعات الخاصة في كونها مخصصة لمرفق عام ومرتبطة وجودها بالنفع العام الذي يؤديه المرفق بخلاف أموال المشروعات الخاصة التي لا تهدف إلا لتحقيق الربح والنفع الخاص لمالكيها.

وعليه فإن الأساس الأوحده الذي يمكن الارتكاز إليه في التمييز بين أموال المرفق العام في ظل الخوصصة وأموال المشروعات الخاصة هو الغاية التي خصص المال من أجلها، ومن ثم فإن ما يترتب على هذه التفرقة من آثار لا يمكن بحال أن يجاوز مقتضيات أساس التمييز بين طائفتي الأموال، وفي ذات الآن لا يمكن تجاهل وظيفة هذه الأموال والآثار التي قد يربتها اختلال موازين هذه الأموال على سير المرفق العام.

وعلى ذلك يمكن تحديد نقطة البدء في تناول هذا الموضوع وهي أن أموال المرفق العام هي أموال خاصة محكومة بقواعد القانون الخاص، وأنها لا تفرق عن الأموال الخاصة في الطبيعة القانونية، إلا أن

1- سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 597، 598.

رصدتها لتسيير المرفق العام وتعلقها بنشاطها يضفي عليها ضرباً من الأهمية، بدايتها ونهايتها فكرة النفع العام التي يؤديها المرفق العام.

أولاً: خضوع أموال المرفق العام بعد الخوصصة للقانون الخاص:

يعد تغيير أسلوب تشغيل وإدارة المشروعات والمرافق العامة ليتفق مع مبادئ القانون الخاص من أهم أهداف عملية الخوصصة الكليه سعياً لمضاعفة الإنتاجية والربح وتحسين الكفاءة الاقتصادية للمشروع¹.

فكما سبق الإشارة لأسباب الخوصصة أن من أبرز بواعث الخوصصة السعي نحو تحرير المشروعات العامة بما فيها تلك التي تشكل مرافق عامة بالمعنى القانوني من قبضة القانون العام وأسلوبه الذي تجسده المؤسسات العامة²، والانتقال إلى قواعد القانون الخاص لبلوغ نظام السوق الحر³، وذلك بوضع هذه المشروعات على المحك الاقتصادي توسلاً للارتقاء بالخدمات التي يؤديها المرفق بعد أن تتجاذبها قوى المنافسة.

والواقع أن خضوع أموال المرفق العام في ظل الخوصصة لقواعد القانون الخاص يعد النتيجة الحتمية للخروج من دائرة القانون العام ومطلباً أساسياً لعملية إعادة هيكلة المرافق العامة توطئة لتخصيصها، وعليه أنه ولئن كانت أموال المرفق العام بعد الخوصصة مسخرة لتسيير المرفق العام فإن ذلك لا يمنع من خضوعها لأحكام القانون الخاص الذي تخضع له سائر الأموال الخاصة.

ثانياً: النفع العام هو أساس تمييز أموال المرفق العام بعد الخوصصة:

1- عادل محمد صالح ملا، الخوصصة كخيار استراتيجي، مقال منشور بالموقع: <http://pr.sv.net> تم زياره الموقع بتاريخ 25 مارس 2015 علي الساعه 22:47.

2- وقد ورد هذا الهدف بعبارة صريحة بين دفتي المذكرة الإيضاحية لقانون شركات قطاع الأعمال العام المصري رقم 203 لسنة 1991 بقولها "إن تحرير القطاع العام هو من المطالب الملحة التي طالما نادى بها الكثيرون وأوصت به خلاصة التجارب والبحوث باعتبار ذلك يمثل الركيزة الأساسية في تطوير القطاع العام بهدف تحقيق النتائج الاقتصادية المرجوة. ويتحقق ذلك بالفصل بين الملكية والإدارة حيث يقتصر دور الدولة بصفتها المالكة للقطاع العام على المحاسبة على النتائج، وممارسة الإدارة في ذات الوقت نشاطها في الاستثمار بذات الأسلوب والمنهج الذي تدار به الاستثمارات الخاصة بعيداً عن سيطرة الأجهزة الحكومية والتعقيدات الإدارية...".

3- محمد عبده محمد فاضل، الخوصصة وأثرها على التنمية بالدول النامية، مرجع سابق، ص 158.

سبق أن بينا أن فكرة التخصيص للمنفعة العامة هي أساس نظرية الأموال العامة، وأن الطبيعة الخاصة للأموال المرصودة للمرفق العام في ظل الخصوصية لا تنفي ارتباطها بالنفع العام الذي يؤديه المرفق، ولما كانت هذه الأموال مرتبطة بنشاط المرفق العام الهادف إلى تحقيق النفع العام، فإن هذا الارتباط هو أساس تميز هذه الأموال، إذا لا يمكن النظر إلى هذا التميز إلا من زاوية النفع العام المتحقق من نشاط المرفق العام.

وعلى ذلك فإن حدود التمييز بين أموال المرفق العام في ظل الخصوصية وأموال المشروعات الخاصة تقف عند مقتضيات النفع العام، فلا يمكن أن تخص أموال المرفق الخاصة بأحكام متميزة إلا بالقدر اللازم لسير المرفق العام.

وهذا المبدأ هو أساس اختصاص المنشآت الخاصة المالكة للمرافق العامة التي انتقلت إليها بطريق الخصوصية بأحكام خاصة ومن ذلك إعانة هذه المنشآت، فالدولة قد تضطر بما تمليه عليها مسئوليتها في تحقيق الصالح العام إلى دعم وإعانة منشآت خاصة تقوم على مرافق عامة بالرغم من ملكية أموالها للقطاع الخاص وذلك عندما تقع هذه المنشآت في ضائقة يخشى أثرها على أداء المرفق العام، فتدخل الدولة عند مواجهة الشخص الخاص المشرف على المرفق العام لصعوبات مالية بعد الخصوصية يكون حتمياً إنقاذاً للمرفق الذي يهم الجمهور من المتفاعلين¹، وذلك أيضاً ما يبرر منح الدولة الشخص الخاص الذي انتقلت إليه ملكية المرفق العام بعض المزايا لأموال من حيث المعاملة الضريبية². ومن جهة أخرى فإن أموال المرفق العام بعد الخصوصية مرتبطة بأغراض الخصوصية، ومن المعلوم أن هذه العملية تجعل من القطاع الخاص شريكاً في تحقيق التنمية الاقتصادية³.

1 - أحمد جمال الدين موسى، الآثار الاقتصادية والقانونية والاجتماعية المترتبة على خصخصة وحدث قطاع الأعمال العام، مرجع سابق، ص 30.

2- منحت الدولة إمتيازات كبيرة وكثيره للمتعاملين الخواص في عمليات الخصوصية لاسيما الإعفاءات الضريبية و منح إستغلال العقار الصناعي بالديتار الرمزي مثال إستغلال شركه TMS المتخصصة في تركيب السيارات من نوع هينداي في ولاية تيارت لمصنع النسيج الذي تبلغ مساحته 3000 م² ببدل إيجار 30000 دح في السنه أي 10 دج للمتر المربع الواحد في السنه.

3- محمد صالح الحناوي، الخصخصة المصرية (رؤية شخصية)، الدار الجامعية (الإسكندرية)، 1998م، ص 19.

والواقع أن فكرة النفع العام المتحقق من المرفق العام التي لازمت المشروعات العامة بعد إعادة هيكلتها إلى شركات خاصة كانت هي السند في استبعاد تطبيق بعض قواعد القانون الخاص على أموال هذه الشركات متى تعارضت هذه القواعد مع فكرة المرفق العام والوظيفة التي يؤديها، ومن ذلك استبعاد القضاء تطبيق التصفية القضائية عليها "لأن المشرع لم يخضع هذه الشركات لقواعد القانون التجاري إلا بشرط اتفاقها مع موضوع المرفق العام، وأن القانون الخاص بالتصفية القضائية يبدو متعارضاً مع هذا الهدف، وقد رفضت محكمة النقض في فرنسا تطبيق قانون التصفية القضائية على شركة الخطوط الفرنسية Air France. ويمكن القول إن عدم تطبيق قواعد التصفية القضائية والإفلاس على الشركات الخاصة التي تقوم بإدارة مرفق عام (شركة مملوكة للدولة أو شركة اقتصاد مختلط) يعتبر مبدأ قانونياً عاماً¹. وكل ذلك يصب في قالب التمييز المشروع لأموال المرافق العامة بعد الخوصصة توخياً لحماية وظيفية المرفق العام.

وفي الأخير يكمن الإجمال أن مادام النفع العام هو الهدف حتى بعد الخوصصة فإن الأموال تعامل معاملة خاصة ولا تخضع كليه وبصه مطلقه لأحكام الأموال الخاصة فهي تحصن مادام الهدف تحقيق النفع العام ولاسيما إذا تدخلت الدولة لمساعدته هذا الشخص الخاص في قيام بنشاطه.

1- محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 105، 106.

الباب الثاني :

صور الخصوصية

الباب الثاني :

صور الخصصة

أدت إدارة أشخاص القانون للمرافق العامة الاقتصادية والإدارية إلى تراكم الديون وتزايد العجز في المالية العامة ولم تعد تقدم خدمات ذات جودة عالية تستطيع منافسة الخدمات المقدمة من القطاع الخاص ، لذلك وجد العديد من الدول أن الحل يكمن في خصصة المرافق العامة ، بهدف تقليص حجم القطاع العام ، ومنع المديونية من التفاقم ، والحد من تراجع جودة الخدمات المؤداة من قبل المرافق العامة الإدارية وذلك عن طريق نقل إدارة و إستغلال هذه المرافق إلى القطاع الخاص.

وذلك من خلال تفويض إدارة المرفق العام إلى احد أشخاص القانون الخاص دون التخلي عن ملكية المرفق ، بل يبقى مرتبطا به ويمارس رقابته عليه ، ويشرف على إستمرارية تشغيله وحسن تأديته للخدمات المطلوبة وفقا للمبادئ للمرافق العامة .

وفي هذا الباب سنتناول صور خصصة المرافق العامة حيث قسم هذا الباب إلى فصلين تناول

الفصل الأول تفويض المرافق العامة الإدارية هو نظام مستمد من النظام اللاتيني

الفصل الثاني تطرق إلى صور أخرى للخصصة كعقود التشغيل والبناء والتحويل BOT ،

وكذلك عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص PPP من اجل إستغلال المرفق أحسن إستغلال .

الفصل الأول :

تفويض المرافق العامة الإدارية

ان عملية تحديث الدولة تجد طريقها من خلال مرافقها العامة فأبي تحديث للمرافق العامة هو تحديث في المجتمع نفسه، ان الأزمات الاقتصادية والمالية والحاجات الاجتماعية كانت السبب في تدخل الدولة في ال مجال الاقتصادي فقد كانت الازمات الاقتصادية و المالية و الحاجات الاجتماعية سبب تدخل الدولة في المجال الاقتصادي واحتكارها مهمه النهوض بالمرفق العام، الا انه بالمقابل ايضا ان هذه الازمات نفسها مشكله العامل الدافع في خروج الدولة من سياسه احتكارها الاحادي لقطاعها العام.

فقد كانت المرافق العامة تدار من قبل الأشخاص العامة، ثم بدأت الدولة تدريجيا بإشراك الخواص في إدارة المرافق العامة وبأساليب مختلفة و وهذا بما يسمى الإدارة الخاصة للمرافق العامة فكانت البداية من عقود الإمتياز حتى وصلت إلى التفويض الذي يعتبر من الأساليب الحديثة التي تبنتها مختلف التشريعات.

وقد تبني المشرع الجزائري التفويض كأسلوب حديث منذ صدور قانون المياه سنة 2005¹، قانون البلدية² 10/11، ثم افرد له باب خاص في المرسوم الرئاسي 15.247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015³ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لا سيما المواد 207 إلى 210.

1- القانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 60 المؤرخة في 04 سبتمبر 2005.

2- المادة 156 من قانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية و الصادر بالجريدة الرسمية رقم 37.

3- المرسوم الرئاسي 15.247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر بالجرية الرسمية رقم 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

المبحث الأول :

مفهوم تفويض المرافق العامة الإدارية

ويمكن تعريف " تفويض المرفق العام بأنه عقد يتم من خلاله تسيير و استغلال مرفق بمقابل مبالغ يتحصل عليه المفوض له، يدفعه المرتفقون أو الإدارة المفوضة، ويتعلق مباشرة باستغلال المرفق. إن الاعتماد التفويض كأداة مفضلة لتسيير المرافق العامة جاء ليواكب التحولات التي يعرفها العالم والمتمثلة في عوامة الاقتصاد وتحرير التجارة العالمية من جهة، وليترجم عمليا سياسة تخلي الدولة وتقليص تدخلها في قطاعات كانت تعتبر في وقت قريب قطاعات استراتيجية. سيقم هذا البحث إلى الطالب التالية

المطلب الأول : تطور فكرة تفويض المرافق العامة

المطلب الثاني : تعريف تفويض المرافق العامة الإدارية

المطلب الثالث : صور التفويض.

المطلب الأول : ظهور فكرة تفويض المرافق العامة

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى ظهور فكرة تفويض المرافق العامة في الحياة الإدارية ن الناحية التشريعية (الفرع الأول) والفقهية (الفرع الثاني)

الفرع الأول : الظهور التشريعي لفكره التفويض

ظهر اصطلاح تفويض المرافق العامة لأول مرة في فرنسا على يد الأستاذ J-M.AUBY سنة 1981 في كتابه " المرافق العمومية المحلية "، وأشار إلى هذه التقنية الفقيه جون لويس ماستار jean louis master في كتابه مقدمه في تاريخ القانون الإداري الفرنسي الصادر سنة 1985¹ ، كما إستعمله وزير

1 -milreille barbari et ect ,delegations de service public , editin litec, paris France . 2000, p1

الداخلية الفرنسي في المنشور الوزاري في 07 جويلية 1987 الخاص بتفويض الإدارة المحلية¹، إذ قرر هذا المنشور مجموعة من الضوابط المتعلقة بعقود المرفق العام من حيث شروط الإبرام ومدة العقد وطرق الرقابة².

ثم توالى التشريعات في فرنسا التي شملت مجال عقود تفويض المرفق العام فيما لا يقل عن سبعة قوانين صدرت خلال أربع سنوات³. ومن أهم هذه التشريعات تلك التي صدرت في 6 فبراير 1992 بشأن الإدارة الإقليمية، و29 يناير 1993 بشأن الوقاية من الفساد والوضوح في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة، وهو القانون المعروف باسم "قانون Sapin"⁴، وقانون 8 فبراير 1995 بشأن العقود العامة وتفويض المرفق العام⁵.

ففي القانون 125-92 الصادر 6 فبراير 1992 المتعلق بالإدارة المركزية للجمهورية الفرنسية⁶ استخدم المشرع الفرنسي اصطلاح "عقود تفويض المرفق العام" لأول مرة في المادة 52 من. والذي أطلق عليه إسم Loi Joxe والذي تضمن في أكثر من موضع مفهوم تفويض المرفق العام⁷ ويفرض هذا

1 - يعرب محمد الشرع ، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، دار الفكر ، دمشق سنة 2010 ، ص 93.

2 - أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام - دراسة تحليلية مقارنة -، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 75.

3- وهذه القوانين هي: قانون 6 فبراير 1992 بشأن الإدارة الإقليمية للجمهورية؛ قانون 29 يناير 1993 بشأن الوقاية من الرشوة ووضوح الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة؛ قانون 9 فبراير 1994 بشأن بعض الأحكام في مجال التنظيم العمراني والبناء ؛ قانون 8 أغسطس 1994 بشأن بعض الأحكام الاقتصادية والمالية، قانون 2 فبراير 1995 بشأن حماية البيئة، قانون 4 فبراير 1995 بشأن العقود وتنمية الأراضي، وأخيراً قانون 8 فبراير 1995 بشأن العقود العمومية وتفويض المرفق العام.

4- وينسب هذا القانون إلى Michel SAPIN وكان وزيراً للاقتصاد وقت صدور القانون، ثم عاد بعد ذلك إلى عمله السابق مستشاراً في المحكمة الإدارية في باريس، وشغل منصب عمدة مقاطعة Argenton sur Creuse.

5- وقد أصدر المجلس الدستوري حكماً قرر فيه مطابقة هذا القانون للدستور، وكان القانون قد أحيل إلى المجلس من جانب رئيس الوزراء، الذي لم يثر أي وجه بعدم دستورية القانون، لكنه أراد فقط أن يعطي المجلس القانون الصفة الدستورية، ويذكر بعض الفقه أن هذا المسلك لم يكن جديداً. وقد قرر المجلس، في حكم مختصر جداً، دستورية هذا القانون دون تقديم حجج:

C.C., () Fev. 1995, n. 361 D.C., D., N. 17, 24 avril 1997, P. 137, note A. roux.

6- milreille barbari et ect, op cit , p 1.

7- مروان محي الدين القطب ، طرق خصخصة المرافق العامة ، منشورات الحلبي الحقوقية ن بيروت ، 2009 ، ص 436

القانون بعض الشروط الإجرائية في إبرام هذه العقود، ويقرر مبدأ ضرورة العلانية السابقة. ولا يتعلق هذا القانون إلا بالعقود التي تبرمها الوحدات المحلية فقط. وهذا القانون إستعمل مصطلح التفويض ولكن لم يعطه معنى دقيقاً بحيث أستعمل :

- إتفاقية تفويض المرفق العام convention de délégation
- إتفاقية التسيير المفوض la convention de gestion déléguée
- عقد المرفق العام¹ le contrat de service public

غير أن قانون رقم 122/93 المؤرخ في 29 يناير 1993 المسمى قانون سابان Sapin ، المتعلق بالوقاية من الفساد و تكريس الشفافية و وضوح الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة²، فقد وسع نطاق عقود تفويض المرفق العام إلى العقود التي يبرمها كل شخص عام، بما في ذلك الدولة والمؤسسات العامة الوطنية. كما يمنح القانون هذه العقود نظاماً قانونياً أكثر اكتمالاً من النظام الوارد في القانون السابق. إذ يعد قانون سابان الإطار القانوني لعقود تفويض المرافق العامة من خلال ما تضمنته القواعد التي تضم الية تنفيذ المرفق العام إذ تضمنت المادة الثامنة والثلاثون منه والمواد التي تليها الإجراءات اللازمة لإبرام عقود التفويض، وتدعيم قواعد فرض الرقابة وترسيخها، وفرض قيود في مضمون التفويض³.

وكما لاحظ الفقه، فإنه لا يوجد من بين هذه القوانين قانون واحد يتناول فقط عقود تفويض المرفق العام، وبالتالي فإن التدخل التشريعي اقتصر على مجموعة متفرقة من القواعد تنظم بعض جوانب عقود التفويض. ويرجع ذلك، أن المشرع كان يهدف في المقام الأول إلى تحقيق أكبر قدر من الوضوح في

1- نادية ظريفي، المرفق العام والتحويلات الجديدة، ص 127، 128

2- La prevention de la corruption et la transparence de la vie economique et des procedures publiques.

3 - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 76.

الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة، والتي يشكل تفويض المرفق العام عنصراً أساسياً فيها¹، فالمشرع لم يقصد منذ البداية إعادة بناء قانون العقود الإدارية وفقاً لتحليل فقهي للأفكار الخاصة بالموضوع.²

ومع صدق هذه الملاحظة، فإنه لا يجوز التقليل من أهمية تدخل المشرع في مجال عقود تفويض المرفق العام. فالقانون يضع عدداً من القواعد التي تخضع لها كافة عقود تفويض المرفق العام، كما أنه وضع لأول مرة تسمية هذه الطائفة، وبالتالي أدى تدخله إلى تكريس ظهور هذه طائفة نوعية من العقود الإدارية، والتي ظلت حتى هذا الوقت كامنة.³

ثم تكرست خطوات الإصلاح والتحديث بصدر قانون رقم 1168_2001 الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 2001 والمسمى قانون مورسيف Murcef المتعلق بالإجراءات المستعجلة للإصلاح ذات الطابع الاقتصادي والمالي⁴ والذي تضمن تنظيمًا للصفقات العامة والتفويض و إستغلال المرافق العامة، وشكل هذا القانون أهميه خاصة إذ وضع لأول مره تعريفاً موحداً لتفويض المرفق العام بأنواعه المختلفة⁵.

الفرع الثاني : التكييف الفقهي لظهور فكره التفويض

و إستعمل مصطلح تفويض المرفق العام لأول مرة طرف الأستاذ J-M AUBY في سنوات الثمانينات في كتابه المرافق العامة المحلية، وعلي إثره حاول العديد من الفقهاء إيجاد تعريف دقيق و موحد له و الذين تباينت آراؤهم و إتجاهاتهم بسبب غموض مضمون هذا الأسلوب الجديد، حيث انقسم الفقه إلى ثلاث مجموعات :

1-E. Fatome, Le nouveau cadre legal, AJDA 1996, P. 577; g. Marcou. Precite, P. 693;

J.C., Douence precite, P. 939. حمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 29.

2- N. Symchowieg, La notion de delegation de service public, AJDA, 1998, P. 197

3 - محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 31.

4 - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 63،

5 - أبو بكر عثمان النعمي، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، مجلة الفقه والقانون، ماي 2017، العدد 55، المملكة المغربية، ص 51،

هناك من يعتبر التفويض شكلا من الأشكال و إليات نقل مهمة تسيير و إدارة المرفق العام إلى الخواص مثل باقي الأساليب والإليات التقليدية المعروفة كالامتياز والإيجار فهو يعني احد أحد الأنماط تتوفر فيها شروط محددة . البعض الآخر يعتبر أن التفويض أسلوب يجمع ويضم كل الأساليب التقليدية الأخرى التي تعتبر حسب هذا الرأي أنها تمثل صور للتفويض¹ .

أما بعض الفقه فقد دفع إلى التشكيك في إستقلالية فكرة تفويض تسيير المرفق العام ، حيث رأوا بأنه ليس إلا تطبيق لفكرة إمتياز المرفق العام ، غير أن هذا الرأي جوبه بمعارضة شديده من جانب أغلب الفقه الفرنسي والذي شدد علي أن فكره التفويض لا تنحصر فقط كما إدعي البعض بإمتياز المرافق العامه فالأخير ليس إلا مظهرا خاصا في مجموعة أوسع تضم صيغ تعاقدية اخري² .

وعلي إثر هذا الإنقسام تدخل المشرع الفرنسي وضع تعريف للتفويض بموجب قانون مورسيف Murcef الصادر سنه 2001 ، غير أنه أثار التكريس التشريعي لاصطلاح عقود "تفويض المرفق العام" ثار التساؤل كذلك حول مدى دقة استخدام هذا الاصطلاح. بعض الفقه رأي أن استخدام المشرع الفرنسي لإصطلاح "تفويض المرفق العام" من جانب المشرع هو استخدام غير صحيح ، و لذلك لسببين³:

أما السبب الأول، فهو أن استخدام اصطلاح تفويض المرفق العام "من شأنه أن يخلق حالة من الخلط أو الالتباس مع نظام آخر متميز تماماً وهو تفويض السلطة الذي يتعلق بالقرارات الإدارية وليس العقود، والذي ينظم كيفية توزيع الاختصاصات بين مختلف الجهات الإدارية لشخص عام واحد.⁴

1 - وليد حيدر جابر ، التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامه ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009 ، ص 60-61 ،

2 _ أبو بكر عثمان النعيمي ، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية ، مجلة الفقه والقانون ، ماي 2017 ، العدد 55 ، المملكة المغربية ، ص 53 ،

3 - محمد محمد عبد اللطيف ، تفويض المرافق العامه، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر ، 2000، ص 18.

4- J. C. Douence, La devolution contractuelle de service public local, collectivités locales, Encyclopedie Dalloz, fasc. 6150. N. C. Huglo, point de vue sur une notion tres discutee: la delegation de service public, Les Petites Affiches, 16 mai 1994, n "58, P. 12;

وأما السبب الثاني، فهو أن الاصطلاح غير دقيق، لن التفويض لا يرد على "المرفق" ذاته، وإنما على "إدارة المرفق" ذاتها، لأنه يتعلق بإدارة المرفق من جانب شخص متميز ومستقل عن المرفق. ولذلك يستخدم البعض اصطلاح "تفويض إدارة المرفق العام". فالمرفق العام نفسه يستمر تابعاً أو خاضعاً للسلطة العامة التي لا تتوقف عن ممارسة اختصاصاتها في مواجهته، والتفويض يرد فقط على إدارة المرفق *la gestion* وهذا ما تتداوله بعض الكتب - تفويض إدارة المرافق العام- ، وقد استخدم مجلس الدولة اصطلاح تفويض إدارة المرفق العام في بعض أحكامه¹.

وأمام النقد الموجه إلى استخدام اصطلاح "تفويض المرفق العام"، لجأ بعض الفقه إلى اصطلاح آخر هو "نقل المرفق العام"²، وقد استخدم القضاء أيضاً اصطلاح *devolution* في بعض الأحكام³.

غير أن استخدام اصطلاح "نقل الاختصاص" للتعبير عن تفويض المرفق العام، هو أيضاً غير دقيق. ويرجع ذلك، كما يقول الأستاذ P. Delvolve⁴، إلى مجموعة من الأسباب:

الأول، أن التفويض لا يعني الترك أو النقل لأن الشخص العام حينما يعهد إلى شخص آخر بمهمة استغلال مرفق عام، إنما يمارس بنفسه اختصاص، وفي إطار ممارسته لهذا الاختصاص الذي يستمده من القانون، فإنه يقوم بتنظيم المرفق ويعهد بإدارته إلى شخص آخر. ويبقى الشخص العام الرقيب علي التطبيق الحسن للقواعد المتعلقة بسير المرفق العام ، ويبقى متمتعاً بسلطة تعديل العقد من طرف واحد أو

1- Delvolve, Les contradictions de la delegation de service public, AJDA, 1996, P. 678.

C. E., 15 juin 1994, Syndicat intercommunal des transports publics de la region de douai, Rec., Tables, P. 1033. ، مروان محي الدين القطب ، طرق خصخصة المرافق العامه ، منشورات الحلبي الحقوقية ن بيروت ، 2009 ، ص 437

2- G. Dupuis, Sur la concession de service Public d., 1978, ch. 222.

3- T.C., 6 juin 1989, SAEDE C/ SA Lyonnais des eaux et ville de Pamiers, Rec., P. 293, محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق ، ص 18. RFDA, 1989, concl. Stirn.

4- P. Delvolve, Les contradictions de la délégation de service public, pre cite, p. 677.

حتى إلغائه وعليه القول بوحود نقل صلاحيات يعني منع الشخص العام من ممارسه مثل هذه الصلاحيات¹

وأما الاعتبار الثاني، فهو أن الشخص العام لا يفقد اختصاصه في مواجهة المرفق العام الذي تم "تفويضه" إلى الغير. وبرهاننا لذلك، فقد استقر القضاء على عدة مبادئ منها: أن الشخص العام "المفوض" يلتزم بمراقبة احترام "المفوض إليه" قواعد المرفق العام، بل أن رفض تطبيقها يمكن أن يكون محلاً لمنازعة قضائية من جانب المستفيدين من المرفق، ويجوز للسلطة المفوضة أن تعدل من شروط تنفيذ المرفق، بل ويجوز لها أن تضع نهاية لعقد التفويض².

ومن ناحية أخرى، فإن فكرة نقل الاختصاص ذاتها غير صحيحة، فالقاعدة أنه لا يجوز لشخص عام أن يتنازل للغير عن هذا الاختصاص، فالتنازل عن الاختصاص غير جائز. وبناء على ذلك، قضى مجلس الدولة الفرنسي، أنه لا يجوز لأحد المجال العمومية أن يتخلى تماماً عن اختصاصاته في المجال الزراعي لمصلحة شخص خاص، ولا أن يمارس هذه الاختصاصات وفقاً لنظام القانون الخاص³.

باختصار، إن تفويض المرفق العام لا يشكل انتقالاً للاختصاص، إن السلطة المفوضة لا تتوقف عن ممارسة اختصاصها حين تفوض مرفقاً عاماً.

ومع صحة الانتقادات الموجهة إلى اصطلاح "تفويض المرفق العام"، إلا أنه الاصطلاح السائد، نظراً لأنه حظي بتكريس تشريعي، وبالتالي فلا بد أن اتباع هذا الاستخدام الجديد له، ويكون المقصود به تفويض إدارة المرفق العام.

1 - وليد حيدر جابر ، التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامه ، دراسه مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 2009 ، ص 34 .

2 - محمد محمد عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص 18-19

3 C.E., 27 mars 1995, chambre d'agriculture des Alpes – maritimes, Rec., p. 142; AJDA 1995, P. 921, note Braud. محمد محمد عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص 19.

المطلب الثاني : تعريف تفويض المرافق العام

الفرع الأول : التعريف اللغوي

*المعنى اللغوي لكلمة التفويض : بالفرنسية : Délégation ، وتعني بالانجليزية mandate :

تفويض مصدر فَوَّضَ

قَرَّرَ تَفْوِيضَ أَمْرِهِ لِشَرِيكِهِ : جَعَلَهُ حُرّاً فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ

- الفقه : إخلاء الزواج عن المهر

- القانون : توكيل ، عريضة قانونية تفويض الشخص أو توكله للتصرف كمحامٍ لآخر أو وكيلٍ عنه

تفويض كتابي ، لجوء السلطة العليا التي تملك الأمر إلى نقل جزء من سلطتها أو صلاحياتها إلى سلطة

أدنى

- تفويض أهلية : صفة تجعل صاحبها أهلاً للقيام بمهمة

- فَوَّضَ : فعل : فَوَّضَ يَفْوِضُ ، تَفْوِيضًا ، فهو مُفَوِّضٌ ، والمفعول مُفَوَّضٌ

فَوَّضَ فُلَانًا / فَوَّضَ فُلَانًا فِي الْأَمْرِ : أَنَابَهُ ، وَكَلَّهُ ، أَقَامَهُ مُقَامَهُ

فَوَّضَ الْأَمْرَ إِلَيْهِ : وَكَلَّهُ بِهِ وَجَعَلَ لَهُ حُرِيَّةَ التَّصَرُّفِ فِيهِ ، سَلَّمَهُ إِلَيْهِ : أَرَدَ وَأَسَلَّمَ

فَوَّضَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا : تَزَوَّجَتْ بِإِلَاءِ مَهْرٍ

تفويض مُطلق : تفويض كامل تام

*المعنى الإصطلاحي لكلمة تفويض :

- تفويض : تفويض صلاحيات وسلطات معينة من شخص .

- تفويض أو توكيل : هو الشخص الذي أعطى إذن أو تفويض ليصوت لشخص آخر في اجتماع .

- تفويض السلطة : نقل السلطة إلى بعض المرؤوسين للتصرف في مسائل محددة المجال : الادارة

- تفويض صرف عائد سهم : تفويض من مساهم الى الشركة بصرف أرباح أسهمه الى طرف ثالث¹.

1- معجم المعاني الجامع و المعجم الوسيط ، معجم عربي عربي <file:///Users/xp/Desktop/>

الفرع الثاني : التعريف القانوني

ويشمل التعريف الفقهي والتشريعي والقضائي لتفويض المرافق العامة

أولا التعريف الفقهي

وقد حاول العديد من الفقهاء إيجاد تعريف دقيق و موحد له و قد تباينت آراءهم و اتجاهاتهم

نذكر منها

كما أشرنا سابقا أن مصطلح تفويض المرفق العام لأول مرة طرف الأستاذ J-M AUBY في سنوات الثمانينات في كتابه المرافق العامة المحلية ، و عرفه أنه " العقد الذي يعهد فيه إلى شخص آخر يسمى "صاحب التفويض" تنفيذ مهمة مرفق عام و القيام بالإستغلال الضروري للمرفق ، و يمكن أن يتضمن إقامة منشأة عامة ، و أن يتحمل صاحب التفويض مسؤولية تشغيل المرفق و إقامة علاقة مباشرة مع المستفيدين الذين تؤدي إليهم الخدمات مقابل تأديتهم لتعريفات محددة ، و تقيد صاحب التفويض بالمدة المحددة في العقد التي تعكس الإستثمارات التي يهدف إلى تغطيتها.

عرفه الفقيه G.Drou أنهُ هو " عقد مبرم بين شخص عام و شخص خاص ،يقوم على إعتبار شخصي بغية تنفيذ مرفق عام ، و هو من ثم بأخذ عدة أشكال هي من صنع القضاء :الإمتياز ، الإدارة غير المباشرة ، إدارة المرفق العام .

وعرفه Dévolvé علي أنه * هو فكرة تستوعب عقود الإمتياز و و الإلتزام و الإدارة غير المباشرة و الإدارة الحرة بمثابة منح لمؤسسة أو مشروع ما مهمة تحقيق مرفق عام وفقا لصيغ من العائدات يتم التوافق عليها و مختلفة عن الثمن¹.

و عرفه الفقيهان D.Laurent et O.Rousset * هو عقد مسمى أو غير مسمى تقوم من خلاله الجهة العامة المحلية بنقل ، لشخص قانوني مستقل ، إدارة نشاط ذا منفعة عامة محلية ، يدخل ضمن صلاحياتها و يقع عليها مهمة تحقيقه².

1- أبو بكر أحمد عثمان " المرجع السابق" ، ص 80

2- يعرب محمد الشرع ، المرجع السابق ، ص 97 .

فتفويض المرفق العام حسب الأستاذ cchenuaud – frazier هو التقنية التي تسمح بالتعاقد مع شخص خاص لتسيير مرفق عام حسب العقود المعروفة من قبل (إمتياز، إيجار، التسيير... إلخ).

وبذلك فتفويض المرفق مصطلح واسع يضم كل العقود التي تتنازل الهيئات العمومية من خلالها عن تسيير مرفق عام دون أن تتنازل عنه كلياً¹.

أما الفقيه Chapus* يعرف تفويض تسيير المرفق العام بأنه عقد موضوعه تكليف المتعاقد مع الإدارة مهمة تنفيذ مرفق عام إداري أم إستثماري بصورة جزئية أو كلية².

أما من جانب بعض الأساتذة العرب فكانت لهم أيضا بصمات في محاولة تعريف أسلوب تفويض تسيير المرافق العامة ، نذكر منها :

* هو عقد بموجبه يعهد إلى شخص آخر (يطلق عليه صاحب التفويض) تنفيذ مهمة مرفق عام ، و القيام بالإستغلال الضروري للمرفق و يمكن أن يتضمن العقد إقامة منشآت عامة ، و أن يتحمل صاحب التفويض مسؤولية تشغيل المرفق العام ، و أن يتقيد بالمدة المحددة في العقد³.

ويعرفه بعض الفقه " هو إتفاق تعهد بموجبه الدولة أو إحدى الجهات العامة التابعة لها (مانح التفويض) إلى أحد أشخاص الجهات العامة أو الخاصة فردا كان أم شركة (المفوض إليه) بإدارة مرفق عام ، حيث يقوم الأخير بإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق و تجهيزه بالمعدات و الآلات اللازمة أو يتسلم المرفق من مانح التفويض جاهزا ليقوم في الحالتين بتشغيله و إدارته لقاء حصوله على المقابل المالى وفقا لنتائج الإستثمار"⁴. و هو أيضا يحمل معنيين :

1- نادية ظريفي، المرجع السابق، ص 128.

2 - يعرب محمد الشرع ، المرجع السابق ، ص 97 .

3- ميادة عبد القادر إسماعيل، المرجع السابق ، ص 162 .

4 - عرب محمد الشرع " نفس المرجع " ، ص 99 .

- التفويض يحدد بدايه التصرف القانوني الذي من خلاله يمكن لشخص عام نقل أو تحويل التسيير إلى شخص خاص ، كما يحدد اثار هذا التصرف التي تضمن تحمل الشخص الخاص للمهام التي كانت موكله للشخص العام¹

- تم الإعتماد علي خوصصة التسيير من اجل دعم القطاع الخاص مع الحفاظ علي النشاط الذي حدده الشخص العام².

وكذلك يعرف تفويض المرفق بأنه العقد المبرم بين شخص عمومي متمتع بصلاحيات وشخص آخر، مكلف بتسيير جزء أو كل المرافق المرتبط بهذه الصلاحيات " ويمكن تعريفه بأنه العقد الذي من خلاله يحول شخص من القانون العام تسيير مرفق عام بكل مسؤولياته وبكل ما يحمله التسيير من أرباح وخسائر، لشخص آخر بمقابل مالى متعلق مباشرة بنتائج إستغلال المرفق ويتحمل بذلك كل المنشآت والتجهيزات الضرورية التي تسمح بالإستغلال الجيد والتسيير العادي للمرفق"³.

فقد عرفه الأستاذ أحمد بوعشيق بأنه " عقد إداري تعهد السلطة المفوضة للمفوض له، داخل المجال الترابي المحدد في مدار التفويض بأستغلال وتديير المرفق الصناعي والتجاري المحلي لمدة محدودة تنتهي بإنقضاء مدة محدودة تنتهي بإنقضاء مدة العقد⁴.

اما الأستاذ عبد الله حداد فيعتبره طريقة جيدة من بين الطرق المعتمدة لتسيير المرافق العامة، تتشابه مع عقد إمتياز وتختلف عنه لأن المدة الزمنية لعقد الإمتياز تكون أطول، كما أن الملتزم يتعهد

1 - Rachid ZOUAIMIA, la délégation de service publique au profit de personnes privées - Maison D'Édition BELKEISSE , Algérie ,2012 , P/ 4 .

2- Amel TEBANIE, PRIVATISATION des entreprises publiques économiques en Algérie" , Algérie, Maison D'Édition BELKEISSE 2011, P/ 159.

3- نادية ظريفي، المرجع السابق، ص 130

4- أحمد بوعشيق، المرجع السابق، ص 46.

بتوفير الأموال والمستخدمين بينما في التدبير المفوض تبقى التجهيزات في ملكية الإدارة، كما يحتفظ المفوض له بالمستخدمين مع مراعاة حقوقهم¹.

وساند الأستاذ عبد السلام البقالي هذا الإتجاه عندما أكد على وجود خصوصيات للتدبير المفوض، بالرغم من أن أصوله ترتبط بالإمتياز².

ومن خلال هذه التعاريف يمكن استنتاج عناصر تفويض المرفق العام وهي :

أولا : وجود مرفق عام يهدف إلى تحقيق منفعة عامة ولا يمنع القانون إدارة من طرف الخواص أي أن المرفق يكون قابلا للتفويض

ثانيا : وجود علاقة عقدية تربط بين المفوض والمفوض له في إطار إتفاقي يتضمن كل الشروط المتعلقة بالعقد يتعلق بالنشاط وبالمقابل المالى والمدة وكذلك كفاءات تنفيذ كل البنود.

وعلى هذا الأساس يعتبر تفويض المرافق العامة طريقة أصلية في التسيير مؤطرة بواسطة قواعد تهدف إلى إقامة شراكة فعالة بين القطاع الخاص و القطاع العام³.

فالتفويض هو عقد يتم بموجبه تفويض مرفق عام من طرف الإدارة العامة أو من يمثلها الى شخص عام او خاص لإدارة المرفق لمدة محددة مقابل نتائج استغلال لهذا المرفق

ثانيا : التعريف التشريعي

بعد الإشارة إلى مختلف التشريعات الفرنسيه التي اشارت إلى مصطلح التفويض وتعريفاته ، سيتم الإشارة في هذا العنصر إلى مصطلح التفويض في التشريع الجزائري والتشريع المغربي ،

أ : تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري:

1- يونس سلامي، الشراكة قطاع عام - قطاع خاص (التوجه المغربي على ضوء التجارب المقارنة)، السلسلة المغربية لبحوث الادارة والاقتصاد والمال، ط 1، الرباط، المغرب، ص 46.

2- يونس سلامي، المرجع السابق، ص 46.

3- رفاقي محمد زكرياء، مقالة بعنوان واقع المنافسة عند إبرام عقود تفويضات المرافق العامة في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سعيدة، العدد الثامن، ديسمبر 2017، ص 58.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري ففي البداية إرتبط لديه مفهوم تفويض تسيير المرافق العامة بأسلوب الإمتياز الذي كان الصورة الأكثر إستعمالا إن لم نقل الصورة الوحيدة من صور إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة¹. و الذي عرفه في قانون المياه 17/83² في المادة 21 " يقصد بالإمتياز بمفهوم هذا القانون عقد من عقود القانون العام تكلف بموجبه الإدارة شخصا اعتباريا قصد ضمان الخدمات للصالح العام... ". وكذلك قانون البلديه 08/90 و المورخ في 07 أفريل 1990 بموجب المادة 138³ من الولاية 09/90 الصلدر بنفس التاريخ بموجب المادة 130⁴

و وإستخدم المشرع الجزائري مصطلح التفويض لأول مرة في قانون المياه 12/05 المورخ في 04 أوت 2005⁵ في المواد 101 وما بعدها ، علي حيث نصت المادة 104 علي أنه " يمكن للإدارة المكلفة بالموارد المائية التي تتصرف باسم الدولة او صاحب الإمتياز ، تفويض كل او جزء من تسيير نشاطات الخدمة العمومية للماء او التطهير لمعاملين عموميين أو خواص لهم مؤهلات مهنية و ضمانات مالية كافية " .

ثم ذكر المصطلح في قانون البلدية رقم 10/11⁶ في الفصل الأول في الفقرة الثانية من المادة 150 " و يمكن تسيير هذه المصالح مباشرة في شكل استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض"، و كذلك في الفصل الرابع المعنون بـ " الامتياز و تفويض المصالح

1 - فقد كان المشرع الجزائري سابقا في الإشارة إلى امتياز المرافق العامة وذلك بموجب الأمر 69-38 المؤرخ في 22 ماي 1969 المتضمن قانون الولاية الصادر في الجريدة الرسمية رقم 44 بتاريخ 23 ماي 1969 . حيث تضمنت المادة 136 " يسوغ للمجلس الشعبي للولاية ، قصد استغلال بعض المصالح ، أن يمنح الامتيازات التي يصادق عليها وزير الداخلية...."، ثم تراجع عن ذلك النهج بسبب السياسات الاقتصادية التي انتهجتها الدولة .

2- القانون رقم 17/68 المؤرخ في 16.07.1983 المتعلق بالمياه، الجريدة الرسمية العدد 30، لسنة 1983، ص/98

3 _ تنص المادة 138 من قانون البلدية 08/90 الملغى بموجب القانون 11/10 علي إذا لم يكن استغلال المصالح العمومية البلدية استغلالا مباشرا دون أن ينجم عن ذلك ضرر، جاز للبلديات منح هذا الإمتياز

4 - تنص المادة 130 من قانون الولاية الملغى بموجب القانون 07/12 علي أن " إذا تعذر إستغلال المصالح العمومية الولائية في شكل إستغلال مباشر أو مؤسسات يمكن المجلس الشعبي الولائي أن يرخص باستغلالها عن طريق الإمتياز "

5 _ قانون 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بقانون المياه الصادر بموجب الجريدة الرسمية رقم 60 المؤرخة في 04 سبتمبر 2005 .

6 - القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22.06.2011 المتعلق بالبلدية ، الجريدة الرسمية العدد 37 ، الصادرة بتاريخ 2011.07.03 .

العمومية " ، حيث نصت المادة 156 منه على " يمكن البلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقا للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها " .

و لم يحدد المشرع الجزائري تعريفا لأسلوب تفويض المرافق العامة، إلا بصدور المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام¹ ، حيث عرفه من خلال تحديد عناصره إذ جاء في نص المادة 207 منه " يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام ، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له ، و ذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف و يتم التكفل بأجر المفوض له ، بصفة أساسية ، من إستغلال المرفق العام "

المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرخ في 02 أوت 2018 ، المتعلق بتفويض المرفق العام الصادر بموجب الجريدة الرسمية رقم 48 الصادرة بتاريخ 05 أوت 2018.²

حيث نصت المادة 02: يقصد بتفويض المرفق العام ، في مفهوم هذا المرسوم ، تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية ، لمدة محددة ، إلى المفوض له المذكور في المادة 4 أدناه ، بهدف الصالح العام " ، وجاء في المادة 4 " يمكن الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها ، والمسؤولة عن المرفق العام ، التي تدعي في صلب النص " السلطة المفوضة " ، أن تفوض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي ، عام أو خاص ، خاضع للقانون الجزائري ، يدعى في صلب النص المفوض له / بموجب اتفقيه تفويض "

والملاحظ من هذه النصوص ان المشرع الجزائري لم يعط تعريفا واضحا ودقيقا للتفويض كأسلوب جديد تعمده السلطات الإدارية في تسيير مرافقها او تقديم خدماتها .

1 - المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16.09.2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، الجريدة الرسمية العدد 50 ، لسنة 2015 ، ص/46 .

2 - المرسوم التنفيذي 199/18 المؤرخ في 02 أوت 2018 ، المتعلق بتفويض المرفق العام الصادر بموجب الجريدة الرسمية رقم 48 الصادرة بتاريخ 05 أوت 2018.

ب : تفويض المرفق العام في التشريع المغربي :

على المستوى القانوني، أستعمل مصطلح التدبير المفوض لأول مرة المغرب في الميثاق الجماعي الصادر في 03 أكتوبر 2002، حيث نصت المادة 39 من القانون 78.00 على أن المجلس الجماعي " يقرر في طرق تدبير المرافق العامة المحلية عن طريق الوكالة المباشرة والوكالة المستقلة والإمتياز وكل طريقة أخرى من طرق التدبير المفوض للمرافق العامة "، وقد سار القانون 00، 79 المتعلق بالتنظيم الإقليمي على نفس النهج بنصه في المادة 36 على أن مجلس العمالة أو الإقليم " يقرر في إحداث المرافق العامة للعمالة أة الإقليم، وتحديد طرق تدبيرها إما عن طريق الوكالة المباشرة أو الوكالة المستقلة أو أي طريقة أخرى من طرق التدبير المفوض للمرافق العامة.

إلا أن هذا المفهوم غامضا وغير محدد بطريقة دقيقة بسبب غياب الإطار القانوني والذي ظل سائدا منذ إبرام عقود التفويض سنة 1997، تاريخ إنطلاق هذه التجربة في الدار البيضاء إلى حدود الإقرار القانوني مع قانون 05، 54 أواخر سنة 2005¹، الذي جاء بإطار عام ومرن وواضح وبسيط يكرس الشفافية والمساواة في الولوج للمرافق العامة المحلية والوطنية، كما جاء ليسد فراغا تشريعيا في هذا المجال الذي كانت تتحكم فيه إرادة السلطة الوصية دون إلتزام بمبادئ الشفافية وفي هذا الإطار عرفت المادة 02 من القانون 05.54 التدبير المفوض بأنه عقد يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى "المفوض" محددة، تدبير مرفق عام يتولى مسؤوليته إلى شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يسمى المفوض إليه"، يخول له حق تحصيل أجرة من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التدبير المذكور أو هما معا²

" تفويض المرفق العام هو الذي من خلاله يحول شخص من القانون العام (الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية) تسيير واستغلال مرفق بكل مسؤولياته وما يحمله من أرباح وخسائر، يختلف عن الصنفقة العمومية من حيث الإستغلال وطريقة تحصيل المقابل المالي، ويتحصل المفوض له

1- يونس سلامي، الشراكة قطاع عام - قطاع خاص (التوجه المغربي على ضوء التجارب المقارنة)، السلسلة المغربية لبحوث الادارة والاقتصاد والمال، ط 1، الرباط، المغرب، ص 47.

2- سعيد نكاوي، التدبير المفوض في المغرب على ضوء القانون رقم 05/54، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الرباط المغرب، 2010، ص 65.

على المقابل المالى للتسيير و الإستغلال من إتاوات المرتفقين مقابل أداء الخدمة، أو عن طريق الإدارة لكن يجب أن يكون هذا المقابل أداء الخدمة، أو عن طريق الإدارة لكن يجب أن يكون هذا المقابل المالى مرتبطا بإستغلال المرفق وناتجا عن تشغيله، ويكون هذا الإستغلال لمدة معينة، قد يشمل المرافق العامة الإدارية أو الصناعية و التجارية، ويتم إختيار المفوض وفق إجراءات واضحة تضمن الشفافية والمنافسة لإختيار الأفضل وبذلك ضمان خدمة عمومية أجود وأحسن تجاه المرتفقين، وفق عقد يحدد حقوق المفوض له وإلتزاماته بكل قيود المرفق من مساواة و إستمرارية وضرورة تكيف مع المحيط الداخلي والخارجي¹.

ثالثا : التعريف القضائي

لا شك أن حكم Epoux Bertin أعطى أساساً قضائياً لعقود تفويض المرفق العام. وبالتالي يمكن القول أن فكرة العقود التي يكون موضوعها تنفيذ مرفق عام ليست جديدة، وإنما هي قديمة. وقد تبلورت المساهمة القضائية لهذه العقود في اتجاهين²:

فمن ناحية، استخدم القضاء هذه الفكرة لاضفاء الصفة الإدارية لهذه العقود، وبالتالي تقرير الاختصاص للقضاء الإداري، وتطبيق القواعد العامة للعقود الإدارية، لقد أصبح يكفي لتقرير الصفة الإدارية للعقد أن يكون موضوعه أن يعهد للمتعاقد بتنفيذ مرفق عام، دون البحث فيما إذا كان العقد يتضمن شروطا استثنائية أم لا.

ومن ناحية أخرى، حدث تطور قضائي يتعلق بالتزامات المرافق العامة بعيداً عن البحث عن معيار العقد الإداري. وقد وضع القضاء عدة قواعد في هذا الشأن منها على سبيل المثال، قبول دعوى الإلغاء ضد رفض مانح الإلتزام إلزام الملتمزم تطبيق شروط العقد، وكان من شأن هذا القضاء مولد فكرة

1- نادية ضريفي، المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، دار البيضاء الجزائر، دت، ص 141، 142

2 - محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 29.

الشروط اللائحية في التزام المرافق العامة¹، وكان من نتيجة هذا القضاء اعتبار أن كل النصوص الواردة في عقد وتعلق بتنظيم وتسيير مرفق عام لائحية بطبيعتها، أي أنها تحدث آثاراً بالنسبة للغير، أي المستفيدين من المرفق؛ استثناء من المبدأ العام بشأن نسبية أثر العقود.

غير أنه أياً ما كانت الحلول القضائية، فإن القضاء قد امتنع دائماً عن إطلاق اسم على هذه العقود، وتجميعها في فكرة نوعية مستقلة ومتميزة²، وإنما كان يسعى لإيجاد معيار للعقود الإدارية، وتحديد اختصاص القضاء الإداري بها، ووضع بعض القواعد الخاصة بتنفيذها.

المطلب الثالث : صور التفويض

قبل العمل بقانون Sapin، كانت عقود تفويض المرفق العام محددة في أربعة فقط، تتوافر في اثنين منهما معايير التفويض بكل مطلق، ويجب بالتالي اعتبارهما النموذجين الأساسيين لعقود تفويض المرفق العام، وهما إمتياز المرفق العام وإيجار المرفق العام. أما النوعين الآخرين، فلا يوجد اجماع بشأن اعتبارهما من عقود التفويض، وهذا النوعان هما مشاطرة الاستغلال والإدارة.

وإذا كان قانون Sapin قد تضمن تكريسا لفكرة عقود تفويض المرفق العام، فإن ذلك يعني عدم حصر هذه الفكرة في هذه النماذج الأربعة، وإنما يمكن أن تقبل أية عقود أخرى تتوافر فيها معايير التفويض.

الفرع الأول : الإمتياز إمتياز المرفق العام **La concession de service public**

ويعرف بعض الفقه إمتياز المرفق العام أنه "عقد إداري يتولى الملتزم - فرداً كان أو شركة - بمقتضاه" وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضها من المنتفعين"¹

1 C.E., 21 decembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix - de - Seguey, Rec., P. 962, SO 1907, 3. 33, note Hauriou; D. 1907. 3. 41, concl. Romieu.

2 J.C. Douence, Les contrats de delegation de service public, pre cite, P. 938, 939.

وواضح من هذا التعريف انه يقصر الامتياز على المرافق الاقتصادية، بينما يمكن أن يستوعب أيضاً بعض المرافق الإدارية كالمستشفيات، كما أنه يقصر المقابل المالى على ما يحصل عليه الملتزم من "رسوم" من المنتفعين، بينما يستفيد الملتزم من إيرادات أخرى.

لقد أشار المشرع الجزائري الامتياز في عده نصوص، لكنه عرفه في نص المادة 210 في المطة الأولى أن أنه الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله ، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام .

يستغل المفوض له المرفق العام بإسمه وعلى مسؤوليته ، تحت مراقبة السلطة المفوضة ، ويتقلض عن ذلك أتاوي من مستخدمي المرفق العام . يعول المفوض له الإنجاز و إقتناء الممتلكات و إستغلال المرفق العام بنفسه.

ويتميز الإمتياز بموضوعه وبالمقابل المالى.

أما موضوع الإمتياز ، فهو استغلال مرفق عام، على مسؤولية الملتزم وحسابه. غير أن الملتزم يتحمل، على الأقل جزئياً، استثمارات هامة في انشاء المرفق.

أما المقابل المالى للامتياز، فإن العقد يتميز بحصول الملتزم على مقابل مالى من المنتفعين. غير أن هذا المقابل ليس هو الوحيد وإنما يستكمل بمقابل آخر من مصادر متعددة.

رغم أن المشرع الجزائري وفق في إعطاء تعريف واضح لإمتياز المرافق العامة لكم لم يحدد القواعد الموضوعية التي تحدد متى يتم اللجوء إلى هذه الصورة ولم يحدد كذلك القواعد الإجرائية الواجب إتباعها من أجل تفعيل هذا الأسلوب بهذه الصروة حتى يحقق الأهداف المتوخاه منه

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، 1984، ص 97، د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، القاهرة، 1981، ص 73.

الفرع الثاني: إيجار المرفق العام:

الإيجار حسب المطة الثانية من المادة 210 أن الإيجار هو تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها. ويتصرف المفوض له، حينئذ، لحسابه وعلى مسؤوليته. تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوي من مستعملي المرفق.

فعقد إيجار المرفق العام L'affermage، هو اتفاق بموجبه يعهد شخص عام إلى شخص آخر باستغلال مرفق عام مع تقديم المنشآت إليه، على أن يدفع المستأجر مقابلًا للشخص العام المتعاقد.¹ ويتفق الإيجار مع الإمتياز في أمرين: الأول أن العقد يعهد إلى المستأجر مهمة إدارة واستغلال المرفق العام. والثاني، أن المستأجر يقوم بتحصيل مقابل من المنتفعين بالمرفق. غير أن المستأجر يدفع مقابلًا مبالغاً للإدارة من حصيلة ما يتقاضاه من المنتفعين، وذلك حتى يمكن لها استهلاك التجهيزات التي قامت بتنفيذها.

ومع ذلك، فإن عقد الإمتياز يتميز عن الإيجار، فلا يعتبر الثاني مجرد تطبيق للأول. والتمييز بينهما لم يتم إلا حديثاً، وفقاً لحكم مجلس الدولة في قضية Commune d'Elancourt في 29 إبريل 1987. وأساس التمييز بينهما أن عقد الإيجار ليس موضوعه "الزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ انشاءات تتطلب استثمارات هامة". وقد أكد مجلس الدولة في حكم بتاريخ 3 نوفمبر 1995 معيار التمييز بين الإمتياز والإيجار.²

1 -A. de Laubadire et autres Op. Cit., n. 260 .

2 -C. E., 29 avril 1987, Commune d'Elancourt, Rec., P. 152; RFDA, 1987, 525, concl. M. Robineau; AJDA, 1987, P. 543, note. x. Pretat. Et S. Duroy, Le contrat d'aiTermage: identification et pouvoirs du juge du contrat, reflexions autour de l'arret du Conseil d' Etat, 3 nov. 1995, Ste Lyonnaise des Eaux - Dunez, RFDA, 1997, p. 927 . محمد محمد عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص .

غير أن ذلك لا يعني أن المستأجر لا يتحمل أية استثمارات، وإنما يعني أنه لا يتحمل الجزء الأكبر من الاستثمارات اللازمة لتشغيل المرفق ، فيجوز بالتالي تكليفه القيام بأشغال التوسع في الشبكة التي عهدت إليه¹.

غير أنه ليس هناك تحديد رقمي لما يعتبر من الاستثمارات الهامة. وعلى سبيل المثال، رأى مجلس الدولة في حكم 3 نوفمبر 1995، أن اسناد عملية إنشاء واستغلال جزء من شبكة تطهير المياه ليس من شأنها الزام المتعاقد باستثمارات هامة، رغم أن تكاليف هذه العملية، وفقاً لما جاء في تقرير مفوض الحكومة، تصل إلى 7 مليون فرنك⁽²⁾، فيجب بحث كل حالة على حدة، وإجراء تحليل دقيق لاقتصاديات العقد، أخذاً في الاعتبار العنصر الأهم ألا وهو تكاليف الانشاءات الأولى.

ومن أهم تطبيقات عقود الإيجار في مصر ، إيجار شركات قطاع الأعمال ، إذا كانت هذه الشركات تباشر نشاطا يشكل مرفقا عاماً وبشرط أن يعهد بإدارتها إلى القطاع الخاص، فإذا تحقق هذان الشرطان فإن عقد الإيجار يكون من عقود تفويض المرفق العام. وبالمقابل، فإن تأجير شركات متخصصة في تجارة السلع الغذائية إلى وزارة التموين، لا يشكل عقد تفويض مرفق عام، حتى وإن كان العقد يوصف بأنه عقد إيجار³.

الفرع الثالث : الوكالة المحفزة

ويقصد بالوكالة المحفزة⁴ regie interessee حسب المادة 3 من المادة 210 من المرسوم 247/15 أن تعقد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام، ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحتفظ بإدارته. ويدفع

1-C. E., 6 mai 1991, Syndicat intercommunal du Bocage, Rec., P.170, Kr, 1991, محمد محمد عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص 21749, note M. Guibal.

2- S. Duroy, precite, P. 930.

3 - محمد محمد عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص

4 - بعد يسميها الإدارة بالشراكة الفقه اللبناني وفي الفقه المصري فيسميها مشاطرة الاستغلال. لكن المشرع الجزائري أختار تسمية الوكالة المحفزة.

أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من أرباح، عند الإقتضاء.

تحدد السلطة المفوضة، بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية "

إذن فالوكالة المحفزة هي عقد بموجبه يعهد شخص عام بإدارة مرفق عام إلى شخص خاص، نظير مقابل يتقاضاه الأخير من الجهة المتعاقدة وفقاً لحسن سير الاستغلال.

والذي يميز الوكالة المحفزة عن الإمتياز والإيجار، أن المدير regisseur يتقاضى مقابلاً مالياً يختلف بشكل جوهري عن الملتزم والمستأجر، إذ أنهما يحصلان على المقابل المالي من الأرباح، بينما يرتبط المقابل المالي الذي يحصل عليه المدير ببعض نتائج الاستغلال، والتي لا تعتبر بذاتها أرباحاً. باختصار، إذا كان الملتزم يجد المقابل المالي العادي في الربح، فإن المدير يحصل على حافز وفقاً لحسن سير الاستغلال¹.

ولا يشترط حتماً في الوكالة المحفزة أن تحتفظ الإدارة بسلطة على المرفق تفوق تلك التي تمارسها في عقود الإمتياز، إذ توجد الوكالة المحفزة استغلال تترك للمدير حرية أكبر من تلك التي تقرر للملتزم أحياناً².

وأسلوب الوكالة المحفزة نادر التطبيق في الجزائر، غير أنه و من أهم التطبيقات عقد في الإدارة المصرية في الفترة ما بين سنتي 1932 و 1947³.

1 - محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص

2- G. Vedel, P. Delvolve, Droit administrative, Op. Cit., p. 761.

3- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة، القاهرة، 1979، ص 119، 120.

الفرع الرابع : عقود التسيير

عرفت المادة 210 في المطة الرابعة عقد التسيير بأنه تصرف قانوني تتعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو صيانة المرفق العام. ويستغل المفوض له المرفق لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإرادته

ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية.

تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحتفظ بالأرباح. وفي حالة العجز، فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك للمسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا، ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية"

أما عقود الإدارة *la gerence*، فإنها تتميز عن الوكالة المحفزة ، في أن المدير *Le Gerant* يتقاضى مقابلا مائلا يحدد جزافيا ، وقد يقترن أحيانا بحوافز تتعلق بنتائج المرفق، ولذلك يمكن أن يختلف المقابل المائلي الجزافي من فترة لأخرى¹. كما أن الشخص العام يحدد بدقة شروط استغلال المرفق، ويترك للمتعاقد الإدارة العادية.²

والراجح فقها هو اعتبار عقود الوكالة المحفزة و التسيير من تفويض المرفق العام. ومع ذلك، فإن البعض يعارض هذا الاتجاه نظراً لأن مركز المدير أقرب إلى الوكيل، كما أن المقابل يحدد جزافياً³،

1- J.B. Auby, Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion deleguee du service public, article precite, P. 11.

2- G. Vedel, P. Delvolve, Op. cit., 792.

3- محمد محمد عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص

المبحث الثاني

أطراف عقد التفويض المرفق العام الإداري

تفويض المرفق العام هو عقد يفترض وجود أطراف له: أساساً هما السلطة المفوضة المفوض له. ويضاف إليهم إلى ذلك المستفيدين من المرفق العام، وإن لم يكونوا طرفاً في اتفاق التفويض، لأن لهم مركزاً قانونياً هاماً في مجال التفويض. وستم التطرق في هذا المبحث إلى المتستفيدين في بمطلب الأول، والسلطة المفوضة في المطلب الثاني، أما في المطلب الثالث سيتطرق إلى المفوض له.

المطلب الأول : المستفيدون من المرفق العام

المستفيدون من المرفق العام¹، هم الأشخاص الذين ينتفعون بالمرفق العام أو يستعملون المنشآت العامة، ويمنح القانون المستفيدين مركزاً هاماً خصوصاً في حالات تفويض المرفق العام، وذلك ضماناً للوضوح في العلاقات بين السلطة المفوضة المفوض له. فقد خصص المشرع الفصل الخامس من المرسوم التنفيذي 18-199² المتعلق بتفويض المرفق العام للعلاقة بين المفوض له ومستخدمي المرفق العام

الفرع الأول : حقوق المستفيدين في مجال تفويض المرفق العام:

تثبت للمستفيدين من المرفق العام عدة حقوق نذكر أهمها:

1- وفقاً للمرسوم 88-131³ الصادر بتاريخ 04 جويلية 1988 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن، ولا سيما المواد 08، 09، 10 الاطلاع على عقود تفويض المرفق العام، لأنها تدخل بالضرورة في هذه الطائفة من الوثائق الإدارية التي يجوز الاطلاع عليها، فإن الوثائق التي تبين كيفية

1- اللفظ المقابل في اللغة الفرنسية هو usagers، وهناك بعض المصطلحات الأخرى المرادفة لم تعد تستخدم إلا نادراً مثل .beneficiaires, destinataires.

2 - المرسوم التنفيذي 18-199 المؤرخ في 02 أوت 2018 المتعلق بتفويض المرافق العامة، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 48 بتاريخ 05 أوت 2018.

3 - المرسوم 88-131 المؤرخ في 04 جويلية 1988 المنظم للعلاقات بين الإدارة و المواطن، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 27 بتاريخ 06 جويلية 1988.

تنفيذ مرفق عام، أو ترتبط بهذا التنفيذ"، تعتبر طبيعتها وبحسب موضوعها " وثائق إدارية يجوز للمستفيدين الإطلاع عليها¹.

غير أن هذا الحق لا يعتبر مطلقا فهو مقيد بعدة قيود، إذ لا يمكن للمستفيد من خدمات المرفق أن يطلع على معلومات التي تعتبر سرا مهنيا² أو تجاريا لأطراف العقد، كما لا يمكن كذلك للمستفيدين الإطلاع على المعلومات المتعلقة بالحياة الخاصة لأفراد أو بوضعيتهم الشخصية³ وذلك حماية للخصوصية خاصة المتعلقة بالمفوض له، وعليه فإن من الحق للمستفيد الإطلاع على المعلومات المتعلقة بتقويض لمرفق العام التي له مصبحة مباشرة في معرفتها.

2- يجب أن تحدد عقود تفويض المرفق العام شكل التعريف التي يتحملها المستفيدون بموجب نص المادة 48 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام في المطلة الخامسة من البيانات التي يجب أن تشير إليها إتفاقية التفويض شكل المقابل المالي الذي سيدفعه مستعملوا المرفق العام، كذا إلبات تحيينه ومراجعته

3- من حق المستفيد من المرفق المطالبة بإلزام المفوض له بنشر أو إشهار إعلان يتضمن الشروط الرئيسية بخصوص إستخدام المرفق العام طوال مده إستغلال المرفق العام وحسب طبيعة هذا الإستغلال، لاسيما مبلغ الأتاوي والتعريفات وساعات العمل والمستفيدين من المرفق العام⁴.

4- من حق المستفيدين تسجيل ملاحظاتهم وإنطباعاتهم وإقتراحاتهم في سجل خاص بهم يفتحه المفوض له ويكون مؤشرا عليه من السلطة المفوضة⁵

1- المادة 08 " يتعين علي الإدارة أن تطلع المواطنين علي التنظيمات والتدابير التي تسطرها

المادة 09 " يتعين علي الإدارة أن تنشر بإنتظام التعليمات والمناشير والمذمرات والأراء التي تم علاقتها بالمواطنين إلا إذا وردت احكام مخالفة في التنظيم الجاري به العمل "

2 - المادة 10 من المرسوم 88-131 " يمكن المواطنين أن يطلعوا علي الوثائق والمعلومات الإدارية، مع مراعاة أحكام التنظيم المعمول به في مجال المعلومات المحفوظة والمعلومات التي يهيمها السر المهني "

3 - المادة 11 من المرسوم 88-131 " لا يجوز الإدارة المسيرة أن تنشر أو تسلم أية أ أو أي خبر، مهما يكن، إذا كانت الوثيقة والخبر يتصلان بحياة الأفراد الخاصة ويرتبطان بوضعيته الشخصية، بصرف النظر عن أحكام المادة 10 السالفة الذكر، مالم يرخص بذلم تنظيم معمول به أو تكن ثمة موافقه من المعني "

4 - المادة 84 من المرسوم التنفيذي 18-199

5 - المادة 85 من المرسوم التنفيذي 18-199.

- 5-المساهمة في الرقابة على تنفيذ عقود تفويض المرفق العام تبدمظاهر الرقابة التي يمارسها المستفيدون من المرفق العام في مجال التفويض إذا من خلالها يمكن أن تضع السلطة المفوضه لجنه تحقيق عهد تقريراً في هذا الشأن وإتخاذ التدابير الضرورية لتدراك الوضع ويكون ذلك فياحالات التالية :
- إهمال أو تجاوز من قبل المفوض له.
 - عدم إحترام المفوض له الشروط المتعلقة بإستغلال المرفق العام المعني
 - المساس بمبدلاً من مبادئ تسيير المرفق العام والحفاظ عليه.
 - سوء إستغلال المرفق العام.

الفرع الثاني : طعون المستفيدين في مجال تفويض المرفق العام:

للمستفيدين الحق في الطعن في القرارات الإدارية المتعلقة بتنظيم وتسيير المرفق العام، والتي تتضمن إخلالاً بشروط العقد التي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين.¹ وأساس ذلك، أن الشروط التي تنظم كيفية أداء الخدمة، هي شروط ذات طبيعة لائحية، وبالتالي لا يجوز للإدارة أوالمفوض له مخالفتها. إن المخالفة هنا ليست مجرد إخلال بالتزام شخصي مرجعه العقد، وإنما الأمر يتعلق بمخالفة قاعدة لائحية تضمنها العقد.²

ولكن هل يجوز للمستفيدين الطعن في شروط العقد نفسه؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي التمييز بين الشروط اللائحية والشروط التعاقدية.

أما الشروط اللائحية الواردة في عقد التفويض، فإنه يجوز للمستفيدين الطعن فيها مباشرة. وقد وضع مجلس الدولة هذا المبدأ في حكم Cayzeele في 10 يوليو 1996.³

1- محمود عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 99.

2- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 195، 196.

3- AJDA, 1996, P. 32, RFDA, 1996, P. 1037, "considerant, enfin, que les dispositions don't M. Cayzeele a demande l'annulation ont un caractere reglementairee; qu'elles peuvent, par suite, etre contestees devant le juge de l'exces de pouvoir".

أما الشروط التعاقدية المحضة، فإنه لا يجوز للمستفيدين المنازعة بها إلا بطريق غير مباشر، وذلك بالطعن في القرار المنفصل، وهو ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي منذ حكم Martin في 1905¹. والتمييز بين الشروط اللائحية والشروط التعاقدية يستند إلى معيار مؤداه أن الشروط اللائحية هي تلك النصوص الواردة في دفتر الشروط ويمكن أن توجد مرة أخرى في إتفاقية تفويض المرفق. واستناداً إلى ذلك، فإن الشروط الخاصة بتنظيم أو تشغيل المرفق هي شروط لائحية، أما الشروط المالية الخاصة بالمزايا المالية وغيرها من المزايا التي يحصل عليها المفوض له من السلطة مانحة الالتزام، فإنها من الشروط التعاقدية، لأنها لا تمم الجمهور ولا تتعلق بتنظيم المرفق. غير أن الطبيعة التعاقدية تتعلق فقط بالشروط التي تتناول العلاقات المالية بين المتعاقدين².

وبالتالي، فإن الفقه يرى أن الشروط الخاصة بالمقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض له من المستفيدين تعتبر جزءاً من الشروط اللائحية، لأنها تمثل عنصراً أساسياً في تسيير المرفق، كما أنها تمم مباشرة المستفيدين من المرفق. وقد اعتنق القضاء في فرنسا هذا التكييف³.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي أصدر حكماً، قرر فيه توافر شرط المصلحة في دعوى للمستفيدين من مرفق الطرق السريعة "للطعن في القرارات الصادرة باعتماد الاتفاق المبرم بين الدولة وبعض شركات التزام الطرق السريعة". وهذا الاتفاق يتضمن نصاً مؤداه التزام المفوض له بأن يدفع للدولة مبلغاً مالياً مقابل تكاليف تشغيل قوات الشرطة المكلفة بالخدمة في هذه الطرق ومقابل تكاليف الرقابة التي تمارسها الدولة على منشآت هذه الطرق⁴.

1- C.E., 4 aout 1905, Martin, Rec., P. 749, concl. Romieu; S. 1906, III, P. 49.

2- Ph. Terneyre, note sous C.E., 10 juillet 1996, Cayuzeele, CTEG, 1996, p 382.

3- T. A., de Dijon, 7 oct. 1997, M. Segaud C./ commune de Chalon – sur- Saone, AJDA, 1998, P. 172, obs. L. Richer.

أما في مصر فقد حسم المشرع طبيعة الشروط الخاصة بالمقابل المالي الذي يتقاضاه الملتزم من المستفيدين، حيث قرر الطبيعة اللائحة لهذه الشروط، فقد نصت المادة 5 من القانون رقم 129 لسنة 1947 على أنه "المانح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد أو استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التفويض إن كان له محل".

4- C.E., Assemblée, 30 octobre 1996, Mme Wajs et M. Monnier, AJDA, 1996, p. 1041.

ومن الواضح أن الشروط الخاصة بتكليف تشغيل قوات الشرطة وتكليف الرقابة لا تتعلق بصورة مباشرة بتحديد التعريف، لكنها تنعكس بطريق غير مباشر على المستفيدين ومن شأن تطبيق القواعد العامة، فإن هذه الشروط تعتبر شروطاً تعاقدية نظراً لأنها تتعلق بالعلاقات المالية بين الدولة والمفوض له. وبالتالي لا يجوز الطعن فيها من جانب المستفيدين. ومع ذلك كان من المتوقع أن يطور مجلس الدولة قضاءه السابق في حكم Cayzele ويسمح بقبول دعوى الإلغاء ضد النصوص غير اللائحية، غير أن الجمعية العمومية للمجلس لم تكن على استعداد للوصول إلى هذه النتيجة بهذه السرعة، رغم انتقاد الفقه لمسألة التمييز في منازعات العقود بين النصوص اللائحية والنصوص التعاقدية¹. ومع ذلك، يرى البعض أن إمكانية قبول الطعن من جانب المستفيدين من المرفق في النصوص التعاقدية للالتزام هي مسألة وقت، لكن ذلك يعني إعادة النظر في معايير المصلحة في الدعوى².

الفرع الثالث : المستفيدون بين قانون الاستهلاك وقانون المرافق العامة:

يطلق أحياناً على المستفيدين من المرفق العام إصطلاح "المستهلكين" *consommateurs*، فهل هم حقاً مستهلكين يخضعون لقانون الاستهلاك³. إن المستهلك هو من يستعمل خدمة أو يستهلك سلعة قام مشروع بانتاجها بقصد بيعها. وبالتالي فإن قانون الاستهلاك ينظم أساساً العلاقة بين المستهلك والمشروع⁴.

وفي بعض الأحيان، فإن مركز المستفيدين من المرفق العام ليس مماثلاً لمركز المستهلكين، وذلك حين لا يوجد أداء محدد يمكن استعماله أو استهلاكه. ومن أهم التطبيقات المحافظة على الأمن. ومن

1- D. Chauvaux et T-X. girardot, chronique generale de jurisprudence administrative francaise, 1996, P. 973 et S.

2 - محمود عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 97

3- Dalvolve, La question de l'application du droit droit de la consommation aux services publics, in les services publics face au droit de la consommation, Editions techniques, 193, P. 3s.

4- J. Callais – AuLOY, Droit de la consommation, Dalloz, 179, p.

ناحية أخرى، قد تكون بصدد استعمال الخدمة، لكن لمستفيد منها لا يعتبر مستهلكاً. من ذلك استعمال الطرق إذا كان مجانياً، فالعمل القانوني للاستهلاك هو العقد.

وفي أحيان أخرى، فإن مركز المستفيد من المرفق العام يكون ممثلاً لمركز المستهلك، وذلك حين يستهلك أموال وخدمات تقوم بإنتاجها مشروعات عامة، تشكل في نفس الوقت مرافق عامة، مثل مرافق الكهرباء والغاز والمياه والنقل والبريد. وفي هذه الحالات يدفع المستفيد مقابلاً يعادل الخدمة وهو عبارة عن ثمن أدا الخدمة أو السلعة.

ولا شك أن قانون المرافق العامة يوفر حماية للمستفيدين. ومن مظاهر الحماية المبادئ التي تسري على المرافق العامة مثل الاستمرار والمساواة.

ومع ذلك، فإن المرفق قد لا يحقق حماية كافية للمستفيدين:

فمن ناحية، فإن العلاقة بين الإدارة والأفراد ما زالت في حاجة إلى إعادة نظر. فالإدارة تسودها نزعة السيطرة ولا ترى في المستفيدين من المرفق إلا مجرد عناصر سلبية في عملية تنفيذ المرفق. من هنا، اتجهت منذ فترة إلى تحسين هذه العلاقة بين الإدارة والأفراد. وقد أجاز المرسوم 88-131 المنظم لعلاقات الإدارة سا تمكين المستفيدين من الإطلاع على عقود تفويض المرفق العام.

ومن ناحية أخرى، فإن مبدأ قابلية المرافق للتعديل يمكن أن يؤدي إلى الإضرار بالمستفيدين، فقد يؤدي إلى نقص الأداء، من ذلك الغاء بعض خطوط السكك الحديدية على سبيل المثال.

وأخيراً، فإن المركز اللائحي للمستفيد يمنعه من التفاوض حول شروط التعاقد، ويمكن أن يؤدي إلى إخضاعه لشروط تعسفية. إن العلاقة بين المستفيدين والمرفق تتسم بعدم التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد، وهذا واضح في العقود الخاصة باشتراك الكهرباء والغاز والمياه.

وتأخذ حماية المستهلكين وفقاً لقانون الاستهلاك صوراً مختلفة: حق المستهلكين في معرفة خصائص المنتجات والخدمات، وحمايتهم في مواجهة عيون ومخاطر المنتجات والخدمات، والحق في الحصول على المعلومات عن الأسعار؛ وحماية المستهلكين من الدعاية الكاذبة، والحق في الاستعانة بجمعيات المستهلكين للدفاع عن مصالحهم المشتركة أمام القضاء... الخ.

باختصار، ليس هناك ما يمنع من تطبيق قانون الاستهلاك على المستفيدين من المرافق العامة، خصوصاً أن المرافق العامة تتجه إلى أن تطبق قواعد القانون، لأنها أصبحت تقوم بنفس الوظائف مثل المروعات الخاصة تماماً، كما أن حماية المستهلك هي هدف يتعلق بالمصلحة العامة، بل إنها تعتبر مرفقا عاماً¹.

المطلب الثاني : السلطة المفوضة

الفرع الأول : السلطة المختصة بإصدار قرار تفويض المرفق العام:

إن المرفق العام لا يمكن أن يفوض إلا إذا صدر قرار بإبرام عقد التفويض والسلطة المختصة بإصدار هذا القرار هي تلك السلطة التي يدخل المرفق في اختصاصاتها، هي السلطة المسؤولة عن إدارته. وبالتالي، فإن السلطة المكلفة فقط بتنظيم المرفق، وليس فقط بإدارته، لا يجوز لها أن تقرر تفويضه، إلا في الحالة التي تحتلط فيها سلطة التنظيم مع سلطة الإدارة.

أولاً : تحديد السلطة المختصة بإدارة المرفق العام في فرنسا:

إن قرار إبرام عقد التفويض من اختصاص سلطة القرار *autorite decisionelle* للشخص العام المسئول عن المرفق.

ومع ذلك، فإن مجلس الدولة الفرنسي أصدر رأياً مخالفاً لهذه القاعدة، تضمن أن اصطلاح تفويض المرفق العام الوارد في المواد 38-40 من قانون Sapin يتناول الحالات التي يكون فيها الشخص العام مكلفاً بمرفق عام ويعهد بإدارة هذا المرفق إلى شخص يختاره، وأنه يدخل في نطاق هذا القانون الحالات التي يتم فيها تفويض مرفق عام بواسطة "سلطة مسؤولة عن تنظيم المرفق" إلى شخص تعهد إليه مهمة تنفيذه².

2- C.E., Assemblée generale, 9 mars 1995, Section des travaux publics, rapport precite, P. 399; "la loi inclut dans son champ d'application les cas ou le service public est delegue par une autorite charge de l'organisation du service a une personne qui recoit pour mission de l'executer".

ويمكن للدولة والوحدات المحلية والنقابات التابعة للمدن أن تكون سلطة تفويض.

ففيما يتعلق بالدولة، فإن السلطة المختصة بقرار التفويض، هي السلطة اللائحية، أي رئيس الوزراء. ومن أبرز التطبيقات تفويض استغلال الاستاد الكبير بإقامة بطولة كأس العالم لكرة القدم في 1998.

وفيما يتعلق بالوحدات المحلية، فإن السلطة المختصة هي هيئة التقرير *assemblee deliberante* وليس السلطة التنفيذية للوحدة المحلية¹. ومن المعروف أن هيئة التقرير للوحدات المحلية هي المجالس البلدية *Conseils municipaux*، والمجالس العمومية *Conseils generaux* والمجالس الإقليمية *Conseils regionaux*².

ومن الملاحظ أن إبرام عقود تفويض المرافق العامة المحلية في فرنسا لم يعد يتطلب موافقة سابقة من سلطة الوصاية، أي المحافظ *le Prefet* وذلك اعتبارا من 1982.

ويملك الشخص العام المسئول عن المرفق سلطة تقديرية في تقرير ما إذا كان المرفق يدار بالاستغلال المباشر أم بتفويضه إلى الغير³.

ثانيا : السلطة المختصة بتفويض المرفق العام في الجزائر :

للأسف يوجد بعض الإضطراب لدي المشرع الجزائري في تحديد السلطة المختصة في التفويض وسيتم توضيح ذلك من خلال النقاط التالية

نصت المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-147 يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسئول عن مرفق عام، ان يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض له"، فموجب نص هذه المادة كان مجال السلطة المفوضه مفتوحا إذ يشمل كل الأشخاص العامة المسئوله عن المرفق العام بما فيها الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العامة ذات الطابع الإداري.

1- C.E., 6 janvier 1995, Ville de Paris, Rec., P. 4.

2- R. chapus, Op. Cit., n. 316.

3- C.E., 10 janvier 1992, Association des usagers de l'eau de Pey Rec., P. 13.

لكن بموجب نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 18-199 حصر الهيئات التي لها سلطة التفويض في الجماعات المحلية المؤسسات الإدارية التابعة لها¹. وقد نص قانون البلدية 11-10² المرخ في 22 جوان 2011 في المادة 156 أنه يمكن للبلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليه في مادة 149 أعلاه عن طريق عقد برنامج أوصفقة طلبية طبقا لأحكام التشريعية المعمول بها. غير ان الإشكالية تثار في قانون الولاية 12-07³ لم يشر لا من قريب ولا من بعيد إلى إمكانية الولاية اللجوء إلى هذا الأسلوب في التسيير، رغم عدم وجود نص يمنع ذلك ألا انه يمكن فهم أن المشرع وجه هذا الأسلوب لأي البلديات أكثر من اجل إيجاد إليات أسلوب فعال يساهم في رفع مداخيلها وتحسين إنتاجيتها.

ونصت المادة 05 من المرسوم التنفيذي 18-199 يمكن أن تكون السلطة المفوضة ممثلا عن مجموعة من الأشخاص العامين المنشئين للمرفق العام أوالمسييرين له، إذ يقوم هذا الممثل في تجسيد تفويض المرفق العام

1 - المادة 4 من المرسوم التنفيذي 18-199 " " يمكن للجماعات الإقليمية والمؤسسات الإدارية التابعة لها، المسؤولة عن المرفق العام، والتي تدعي في صلب النص " السلطة المفوضة " أن تفوض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي عام أو خاص "

2 - قانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بقانون البلدية الصادر بالدريدة الرسمية رقم 37 الصارة بتاريخ 03 جويليه 2011.

3 - قانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتعلق بقانون الولاية الصادر بالدريدة الرسمية رقم 12 الصادرة بتاريخ 29 فيفري 2012

المطلب الثالث : المفوض له

إن المفوض له في عقود تفويض المرفق العام يكون عادة شخص عام اوخاص، ويشمل ذلك على الجمعيات وشركات الاقتصاد المختلط.

الفرع الأول : الأشخاص العامة كمفوض إليه:

ليس هناك ما يمنع أن يتم التفويض لأشخاص عامة مثل المؤسسات العامة. فقد نصت كل التشريعات علي إمكانية تفويض المرفق العام شخص شخص عام. لاسما المواد 207 من المرسوم الرئاسي 15-147، والرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرافق العامة.

ومن أهم التطبيقات في فرنسا التزام توزيع الغاز والكهرباء في فرنسا والذي عهد إلى مؤسسة فرنسا للغاز والكهرباء، ويمكن أيضاً أن يتم التفويض إلى وحدة محلية¹.

ولكن في هذه الحالات، فإن قانون Sapin لا يطبق من حيث المبدأ. (المادة 41 من القانون). والتفويض في هذه الحالات غير مفهوم. فمن ناحية، إذا كان التفويض يهدف من مساهمة القطاع الخاص إلى تحقيق المرونة في إدارة المرفق، فإن هذا الأمر يتحقق إذا كان التفويض إلى شخص عام أيا كان نظامه القانوني. ومن ناحية أخرى، إن التفويض إلى هذه الأشخاص العامة يشوه فكرة التفويض، إنه يؤدي إلى نقل الاختصاص فيما بين الأشخاص العامة².

ويمكن ان يكون الخض العام شركات الاقتصاد المختلط غير أن تفويض المرفق لشركات الاقتصاد المختلط في فرنسا. فشركات الاقتصاد المختلط المحلية تشكل جزءا من القطاع العام، لأن الأشخاص العامة المحلية لها بالضرورة أغلبية رأس المال فيها.³

1- Ph. Terneyre, La notion de convention de delegation, precite, P. 590.-1

2- P. Delvolve, Les contradiections de la delegation de service public, precite, P. 687.-2

3- C.E., avis, section de l'Interieur, 10 nov, 1993, rapp. N. 45, P. 349.

إن المفوض إليه يكون عادة إلى شركة تجارية، أي من أشخاص القانون الخاص. ويصدق ذلك بشكل خاص في بعض الشركات الخاصة ويجوز أن يكون التفويض لأشخاص طبيعيين مواطنين دون الأجانب لان النص طام بضروره خضوعه للتشريع الجزائري

الفرع الثاني: الجمعيات كمفوض له:

إن الجمعيات les associations الخاصة لا تسعى إلى اقتسام الربح. غير أن ذلك لا يعني ابعادها كلية عن دائرة النشاط الاقتصادي. فهي تخضع للقواعد الخاصة بمساعدة المشروعات¹. ويجوز لها أيضاً ممارسة نشاط اقتصادي. وفي هذا الشأن، فإن المجلس الدستوري الفرنسي قرر "أن المبدأ الدستوري بشأن حرية الجمعيات لا يمنع الجمعيات من أن تحصل على الإيرادات الضرورية لتحقيق أهدافها، والتي ليست اقتسام الربح بين أعضائها، بواسطة ممارسة أنشطة ربحية²."

وهكذا دخلت الجمعيات عالم المشروعات، وهذا يتفق على وجه خاص مع القانون الأوربي الذي يعتنق مفهوماً واسعاً للمشروع، إذ يعتبر أن كون الشخص المعنوي لا يستهدف غرضاً مالياً لا يرفع عن النشاط الذي يمارسه الطبيعة الاقتصادية³.

وتوجد عديد من الجمعيات في فرنسا تتولى إدارة مرافق عامة، حينئذ تعتبر مشروعات خاصة لمرافق عامة، حتى ولو قامت بإدارة مرفق عام ليس من طبيعة صناعية وتجارية¹.

1- C.E., 27 mars 199, Chambre d'agriculture des alpes – Maritimes, AJDA, 1995, P. 921, note C. Braud; T.A. Dijon 27 nov. 1990, Prefet de Saone – et – Loire, Rec., P. 512.

2- C.C., 25 juillet 1984, n. 176 Dc, Rec, P. 55.

3- L. Richer, Precite, P. 104.

غير أن هذه الجمعيات في فرنسا وإن كانت خاضعة لقانون الجمعيات الصادر في 1901، إلا أنها جمعيات أنشأها غالباً شخص عام للقيام بمهمة محددة. وبالتالي، فإن التساؤل عن جدوى تفويض المرفق إليها ومدى احترام القواعد الخاصة بالعلانية والمنافسة.²

الفرع الرابع : المناولة :

لا شك أنه في الحالات التي يكون التفويض فيها لائحياً، فإنه لا يجوز أن يرد عليه تفويض إلى شخص آخر، غير أنه إذا كان التفويض تعاقدياً، فهل يجوز للمفوض إليه أن يفوض كل أجزء من المهمة التي عهدت إليه؟

لم يرد في قانون Sapin أي نص يعالج هذا الفرض. وفقاً للقواعد العامة فإن التفويض الكامل أوالتنازل غير جائز لأنه يتعارض مع أحد الأفكار الأساسية، وهي أن عقود التفويض تستند إلى الاعتبار الشخصي، وذلك ما لم توافق الجهة الإدارية على هذا التنازل.³

ويحدث عملاً في كثير من الحالات أن المفوض إليه وفقاً للعقد ليس هوالقائم بالتشغيل operateur. فالمفوض إليه إما أن يلجأ إلى تفويض غيره أوالاستعانة بمن يقوم بأداء خدمات prestataires de services. ويمكن أن يتم التفويض لشركة تتكون لهذا الغرض، يساهم فيها مجموعة من الشركاء الفنيين والمالين، وهذا ما أسماه المشرع الجزائري المناولة⁴.

عرفت المادة 60 من المرسوم التنففيدي 18-199 المناولة بقولها " المناولة في تفويض المرافق العامة علي أنه الإجراء الذي من خلاله المفوض له لشخص طبيعي أومعنوي يدعي المناول تنفيذ جزء من الإتفاقية المبرمة بين السلطة المفوضة والمفوض له، شريطة أن يتضمن هذا الجزء من الإتفاقية إنجاز منشآت أوإقتنار ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام اولتسييره، وذلك في حدود 40% من إتفاقية تفويض المرفق العام.

1- D. Giltard, L'association de la loi de 1901 et le SPIC, JCP, 1981, I. 3028.

2- Ph. Limouzin – Lamothe, precite, p. 573.

3- محمود عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 113.

4 - بعض الفقه يسميها التفويض الفرعي subdelegation

غير أن المشرع قيد العملية المناولة بعدة قيود :

- موافقة السلطة المفوضة: الأصل مثل هذه العقود انه لا يجوز تفويضها¹ لأن المفوض له تم إختياره بناء علي شروط ومعايير قانونية مرور بعدة مراحل، غير أنه يمكن إستثناء اللجوء إلى المناولة إذا فرضت متطلبات التسيير كنوعية الخدمة المقدمة من طرف المرفق، أو تكنولوجيا المستعملة في تقديم الخدمة أو تسيير المرفق . أو إقتناء تجهيزات ضرورية لإنشاء المرفق أو تشغيله، غير يشترط في حالة اللجوء إلى المناولة لكن يشترط الموافقة الصريحة للسلطة المفوضة.
- وعليه أن السلطة المفوضة تبدي موافقتها على إجراء المناولة وكذلك موافقتها علي الشخص المناول له² أي أنه من صلاحيتها الإعتراض على الشخص المناول له تنفيذ إتفاقية تفويض المرفق العام.
- أن تتضمن إتفاقية تفويض المرفق العام إمكانية اللجوء إلى المناولة حتي يتسني السلطة المفوضة الترخيص بي ممارسته من طرف المفوض له³.
- يشترط في المناولة أن تشمل جزء من موضوع عقد التفويض لأنه إذا لم يتعلق بتنفيذ العقد المبرم بين الطرفين كإنجاز منشآت أو إقتناء ممتلكات ضرورية لأقامة المرفق أو تسييره فلا يمكن إعتباه مناولة⁴. فالعقد الأصلي والعقد اللاحق يفترضان ذاتية المحل ووحدته *l'identité d'objet*، وان المتدخل اللاحق أي المناول له يجب ان يقوم بعمل يتدخل بموجبه في تنفيذ العقد الأصلي⁵.

1 - المادة 07 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرافق العامة

2 - المادة 61 من المرسوم التنفيذي 18-199

3 - الفقرة الأخير من المادة 61 من المرسوم التنفيذي 18-199

4 - المادة 60 من المرسوم التنفيذي 18-199 ,

5 - غازي خالد أبو عرابي، المقاول من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي -، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى 2009، عمان، الأردن، ص 20.

- أن يكون إجراء المناولة جزئيا وليس كليا¹ ويكون ذلك في حدود 40% علي الأكثر من اتفقيه تفويض المرفق العام².
- إمكانية المفوض له منح تنفيذ العقد إلى أكثر من مناول غير أنه يشترط أن يكون مجموع الأنشطة المناولة في حدود 40%³ المنصوص عليها في المادة 60 من المرسوم 18-199 وإشاره أنها نفس النسبة التي حددها المشرع في المناولة في الصفقات العمومية بموجب نص المادة 140 من المرسوم الرئاسي 15-147 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- المفوض له هوالمسؤول الوحيد تجاه السلطة المفوضة عن تنفيذ جزء من إتفاقية تفويض المرفق العام موضوع المناولة فالمفوض يتحمل المسؤولية كاملة عن إنجاز الأعمال وعن الأخطاء التي قد يرتكبها المناول او مناولين لهم⁴.

1 - الفقرة الأخية من المادة 7 من المرسوم التنفيذي 18-199

2 - المادة 60 من المرسوم التنفيذي 18-199

3 - المادة 61 من المرسوم التنفيذي 18-199

4 - الفقرة 2 من المادة 61 من المرسوم التنفيذي 18-199

المبحث الثالث:

إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام الإداري

تقوم عقود تفويض المرفق العام على فكرة أساسية هي حرية اختيار المتعاقد. واستناداً إلى ذلك، فإن هذه العقود لم تكن خاضعة لأية قيود في إبرامها، ولهذا السبب أيضاً انحسرت الرقابة القضائية على القرارات السابقة على إبرام العقد، وتطبيقاً للقواعد العامة، لم تكن لأحكام الإلغاء أية قيمة مباشرة على العقد نفسه.

غير أن هذه الأوضاع التقليدية قد أصابها قدر من التطور. فقد أصبح اختيار المتعاقد خاضعاً لبعض القيود الإجرائية مثل العلانية والمنافسة. وترتب على ذلك اتساع الرقابة القضائية على القرارات المنفصلة عن العقد. وأخيراً، بلغ التطور مداه، إذ أمكن أن يؤدي الغاء القرار المنفصل إلى فسخ العقد نفسه.

المطلب الأول القيود الخاصة بالعلانية والمنافسة

الفرع الأول : المضمون التقليدي لحرية اختيار المفوض له :

وفقاً للقواعد العامة في إبرام العقود الإدارية، فإن الإدارة مقيدة بطرق معينة لإبرام العقود. ويترتب على إبرام العقد بالمخالفة لهذه الطرق بطلان العقد. واستناداً إلى ذلك أفتى مجلس الدولة في مصر، أن العقد المبرم بين وزارة الداخلية وإحدى الشركات الخاصة فنشاء أكاديمية مبارك للأمن تم إبرامه بالمخالفة لأحكام القانون، نظراً لأنه تم اسناد أعمال العقد بالأمر المباشر إلى الشركة المتعاقد معها، بينما يستلزم القانون طرح الأعمال محل العقد في مناقصة أو ممارسة يتنافس فيها المقاولون لتقديم أفضل عروضهم سعراً وشروطاً⁽¹⁾.

1-الجمعية العمومية لتقسي الفتوى والتشريع في 21 يناير 1998، 344/1/54 غير منشورة، راجع في الموضوع بشكل خاص: د. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري، القاهرة، 1994.

ووفقاً لقاعدة تقليدية، فإن السلطة مانحة الالتزام تتمتع بحرية اختيار الملتزم، على النحو الذي تراه، دون أن تكون مقيدة بإجراءات التعاقد في العقود العمومية الأخرى¹. وأساس ذلك، أن العلاقة بين المتعاقدين يجب أن تقوم على أساس الثقة المتبادلة، بالنظر إلى أهمية موضوع هذه العقود، فهي ترتبط بالمرفق العام الذي يحتل أهمية خاصة لاتصاله بالمصلحة العامة.

إن اختيار المتعاقد يستند إلى فكرة الاعتبار الشخصي *L'intuitus personale*، صحيح أن الإدارة يجب أن تختار متعاقداً ذا سمعة، متمتعاً بإمكانية مالية وكفاءة فنية كبيرة، حتى يستطيع الاضطلاع بمسئوليتها في إدارة المرفق، لكنها مع ذلك تستطيع أن تختار هذا الشخص دون غيره استناداً إلى فكرة الاعتبار الشخصي التي تستند إلى الثقة الكاملة في المفوض إليه، وهذه الثقة لا تتحقق ولا تستمر طوال مدة العقد إذا كانت حرية الاختيار مقيدة في إطار جامد².

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة، وذلك في قضية يتعلق موضوعها في الطعن على قرار المجلس البلدي في *Saint-Denis de la Reunion* والذي قرر فيه تجديد عقد إيجار مرفق توزيع مياه الشرب دون مراعاة اجراءات العلانية والمنافسة، فقرر مجلس الدولة في الحكم أن المجلس البلدي كان يستطيع أن يختار المفوض إليه المرفق بحرية دون أن يخضع لإجراءات العلانية والمنافسة³.

وقد أتبع القانون رقم 129 لسنة 1947 في مصر بشأن التزام المرافق العامة هذه القاعدة الخاصة بحرية السلطة مانحة الالتزام في اختيار الملتزم، فلم يحدد أية اجراءات يجب اتباعها لاختيار الملتزم.

1- C.E., Assenblee, 3 mars 1993, Association des amis de la Foret de Saint Germain et de Marly et autres, RFDA, 1993, P. 615; C.E. Ass., 14 Fevrier 1975, Epoux Merlin Rec., P. 109; AJDA 1975, p. 229, chron france et Boyon;

2- c. Vincent, L'avenir de la concession après levote de la loi Sapin, Les Petites Affiches, 23 avril 1993, n. 49, P. 6., R. Chapus, Op. Cit., n. 673, P. 576.

3- C.E., 23 juillet 1993, compagnie general des eaux, RFDA, 1994, P. 252, note ph. Terneyre. Le conseil municipal Saint – Denis de la Reunion pouvoir choisir le delegataire du service municipal de l'eau sans etre astreint, en l'elar de la legislation alors en vigueur, a une mise en concurrence prealable".

ومع ذلك، فمن الناحية العملية، فإن الأشخاص العامة كانت تقوم من تلقاء نفسها بوضع المشروعات الخاصة في حالة منافسة، وكانت تدخل في مناقصات طويلة، تستمر شهوراً أو سنوات، حتى يمكن استبعاد أي سوء فهم، بحيث تتولد الثقة المتبادلة الضرورية لتنفيذ العقد على نحو مرضي⁽¹⁾.

غير أن هذا الواقع الذي كان يمكن أن يحدث أحياناً، أصبح الآن التزاماً قانونياً.

الفرع الثاني : الأساس القانوني لإجراءات العلانية والمنافسة.

لقد أكد قانون Sapin في فرنسا على مبدأ حرية اختيار المتعاقد من جانب السلطة المفوضة. ومع ذلك فإنه فرض إجراءات خاصة بالعلانية ووضع المشروعات الخاصة في منافسة (المادة 38)².

ولقد قرر المجلس الدستوري أنه "يجوز للمشرع من أجل تحقيق أهداف الوضوح والمنافسة التي يحددها، أن يحظر إبرام عقود تفويض مرفق عام لمدة غير محددة أو أن يقرر أن مدة العقود يجب أن تأخذ في الاعتبار طبيعة وقيمة الاستثمارات التي يقوم بتنفيذها المفوض إليه³

ومن الواضح أن المجلس لم يقرر صراحة أن الأهداف التي يسعى القانون المعروض عليه لتحقيقها، وهي الوضوح والمنافسة، لها في حد ذاتها قيمة دستورية، على عكس ما قرره في أحكام سابقة⁴، وإن كانت هذه النتيجة مستفادة ضمناً من الحكم. ويرى بعض الفقه أن مبدأ الوضوح يجد مصدره دستورياً

1- B. Pradas, Les relations entre le delegataire et le delegant, precite, P. 638.

2 - أن المشرع المصري قد اتجه مؤخراً إلى الزام سلطة التفويض بمراعاة المنافسة والعلانية في بعض طوائف عقود الالتزام. من ذلك التزام المرافق العامة فنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، والتزام إنشاء طرق لحرّة والسريعة ورئيسية وإدارتها واستغلالها وصيانتها، التزام انشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد الكهرباء.

3- "Considerant qu'il est loisible au legislateur, pour atteindre les objectifs de transparence et de concurrence qu'il assigne, de proscrire la conclusion de contrats de delegation de service public a duree indeterminée et d'indiquer que la duree des conventions doit tenir compte de la nature et du montant des investissements a realizer par le delegataire". C.C., 20 janvier 1993, n. 316 DC, J.O., 22 janv. 1993, P. 1118.

4- من ذلك على سبيل المثال مبدأ التعددية le pluralisme، انظر

-C.E., 10 et 11 oct 1984, n. 181 DC. Rec., P. 78.

في المادة 14 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن التي تنص على أن لجميع المواطنين الحق، سواء بنفسيهم أو بواسطة نوابهم، أن يتابعوا استخدام الضريبة العامة". كما أن المادة 15 من الإعلان تنص أيضاً على أن المجتمع له الحق أن يطلب كشف حساب من كل موظف عام عن إدارته¹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري

الفرع الثالث : القيود الخاصة بالعلانية السابقة والمنافسة

أولاً : القيود الخاصة بالعلانية السابقة

إن النصوص الحديثة قد أدخلت تعديلات على النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام في فرنسا، حيث أخضعت اختيار المتعاقد لقواعد العلانية السابقة.

ومن الملاحظ أن القانون الأوربي كان له تأثير ما في هذا الاتجاه. فالتوجيه الخاص بعقود الأشغال في 18 يوليو 1989 فرض قواعد العلانية على "امتيازات الأشغال" les concessions de travaux، وقد حددها على أنها العقود المتعلقة بتنفيذ انشاءات أو بنية تحتية، ويكون المقابل المالي فيها حق استغلال المنشآت أو هذا الحق مقترنا بثمن. ومع ذلك، فإن هذه الفكرة، وإن كانت تتعلق بعقود امتيازات الأشغال، إلا أنها تشمل بعض امتيازات المرافق العامة، وهي تلك التي تقترن بامتيازات أشغال⁽²⁾.

أما على مستوى القانون الداخلي، فإن قانون Sapin أخضع إبرام عقود تفويض المرفق العام لقواعد العلانية السابقة. فالمادة 38 تنص على أنه "تخضع عقود تفويض المرفق العام للأشخاص المعنوية للقانون العام، وبواسطة السلطة المفوضة، لإجراءات العلانية بما يؤدي إلى تقديم عدة عروض منافسة، وفقاً للشروط الواردة في مرسوم من مجلس الدولة⁽³⁾".

1-D. Pouyaud, Concurrence, transparence et libre administration, a propos de la decision du Conseil constitutionnel n. 92-316 DC du 20 janvier 1993, RFDA, 1993, P. 905.

2-J.B. Auby, C. Maugue, JCP, 1994, precite, 65; C. Vincent, article precite, P. 6.

3- "les delegations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorite delegante a une procdure de publicite permettant la presentation de

وقد حدد مرسوم 29 مارس 1993 القواعد الخاصة بالعلانية السابقة، ففرض النشر مرتين، مرة في دورية لها حق نشر الإعلانات القانونية، ومرة أخرى في دورية متخصصة في القطاع الاقتصادي ذات الصلة بعقد التفويض. ولا يوجد أي الزام بالنشر في الجريدة الرسمية للجماعات الأوربية لعدم وجود نص في القانون الأوربي⁽¹⁾.

ولا شك أن الالزام بإجراء النشر ليس مجرد إجراء شكلي بحت، إنه يهدف إلى السماح بتقديم عدة طلبات تشريح، ومن شأن ذلك أن يخلق مناخاً تنافسياً، ويفرض على الإدارة أن تلجأ إلى مقارنة فعلية بين العروض.

ويجب أن يحدد الإعلان الموعد النهائي لتقديم العروض، على أن لا تقل هذه المدة عن شهر من تاريخ النشر. وهذه المدة لا تبدأ في السريان إلا اعتباراً من آخر نشر.

ثانياً: القيود الخاصة بإجراء المنافسة **mise en concurrence**

وضع المشرع قواعد تهدف إلى إجراء منافسة بين المرشحين⁽²⁾. وتلخص هذه القواعد فيما يلي:

1- اعداد قائمة بالمرشحين:

تقوم السلطة المفوضة بفحص الضمانات المهنية والمالية للمرشحين وكفائتهم في ضمان استمرار المرفق العام وتحقيق المساواة بين المستفيدين. وبعد ذلك تقوم بإعداد قائمة المرشحين في ضوء هذا البحث ولا يتم إعداد قائمة المرشحين إلا بعد معرفة هؤلاء المرشحين، لأنها تقتضي بحث مركزهم المالي وكفائتهم الفنية.

plusieurs affés concurrentes, dans des conditions definies par un decret en Conseil d'Etat".

1- J.C. douence, La devolution contractuelle du service public, collectivites locales, Dalloz, Precite, 6150-10.

Y. Luchaire, Breves observations sur la loi du 29 janvier 1993 relative a la transparence des activites economiques et a la prevention de la corruption, 1 partie, les Petites Affiches, 11 fevrier 1994, n. 18 P. 5 et 6.

وقد رأى بعض أعضاء مجلس الشيوخ في هذا الإجراء أنه يؤدي إلى المساس بمبدأ "الاعتبار الشخصي".

غير أن وزير التجهيز والإسكان أعلن بصورة قاطعة أن "الحكومة لا تقصد الرجوع عن مبدأ حرية اختيار المفوض إليه للمرفق العام وفقاً للاعتبار الشخصي إن السلطة المفوضة تظل لها الحرية في أن ترفض، دون ابداء الأسباب، المشروعات التي تبدو لها أنها لا تقدم الضمانات الكافية".

وتقوم السلطة المفوضة بتوجيه وثيقة إلى المرشحين تتضمن شروط تنفيذ العملية. ويجب أن تحدد هذه الوثيقة "الخصائص الكمية والكيفية للأداء وكذلك أيضاً، عند الاقتضاء، شروط تعريفه الخدمة التي تؤدي للمستفيد".

ويجب أن تكون هذه الوثيقة واحدة بالنسبة لجميع المرشحين، وإلا فإن اختلافها بحسب المرشحين يشكل اختلالاً بمبدأ المساواة وحرية المنافسة.

2- المفاوضات حول العروض:

تقوم السلطة المسؤولة للشخص العام المفوض بمناقشات حرة بشأن هذه العروض، "وتختار في نهايتها المفوض له". ومن الواضح أن المشرع حرص أيضاً على تأكيد مبدأ حرية المفاوضات من ناحية ومبدأ حرية الاختيار من ناحية أخرى، فهذه الحرية أوتلتك تظل كاملة. إن الهدف من القانون هو تحقيق الوضوح في الإجراءات، وليس الاختلال بمبدأ حرية الاختيار.

ويرفض القضاء أن يمارس رقابة على كيفية المفاوضات مع المشروعات، لأن السلطة المفوضة أن تقوم بهذه المفاوضات بحرية¹.

3- مبدأ المساواة وإجراءات العلانية والمنافسة:

كانت المادة 41 من قانون Sapin في صياغتها الأولى تقرر إعفاء بعض المؤسسات والمشروعات من الخضوع لأحكام القانون. وهذه المؤسسات والمشروعات هي: المشروعات التي يقرر لها

1-t.a. Prais, 27 fév. 1995, Jean Nouvel, Rec., n. 9501573, cite in C. Maugue, Les delegations de service publice et le juge administrative, AJDA, 1996, P. 601.

القانون احتكاراً، والمؤسسات العامة، والشركات التي يكون الشخص العام، مالكاً بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أغلبية رأس المال فيها، وبشرط أن يظهر النشاط المفوض صراحة في نظام المؤسسة أو الشركة وقد أحال بعض أعضاء البرلمان هذا النص إلى المجلس الدستوري، لأنه يتضمن من وجهة نظرهم إخلالاً بمبدأ المساواة. غير أن المجلس لم يشاطر وجهة نظرهم إلا بصورة جزئية.

يقرر المجلس أنه لا يتعارض مع مبدأ المساواة أن يعامل المشرع المراكز المختلفة بطريقة مختلفة، ولا أن يخرج على مبدأ المساواة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، بشرط أن يتعلق اختلاف المعاملة، في هذه الحالة أوتلك، بموضوع القانون⁽¹⁾. غير أن هذه الصياغة لا تتضمن جديداً، لأنها أصبحت من المسلمات.

ويرفض المجلس النقد الموجه إلى هذا النص فيما يتعلق بإعفاء "المشروعات التي تمارس احتكاراً قانونياً مثل مشروعات توزيع الكهرباء والغاز EDF، GDF، فهذه المشروعات بحسب طبيعتها تختلف عن المشروعات القابلة للمنافسة، لن تفويض المشروعات الأولى مفروض على الشخص العام، وبالتالي، فإن العلانية التي تسمح بتقديم عروض منافسة ليس لها سبب للوجود تجاه هذه المشروعات.

ويرفض المجلس أيضاً النقد الموجه إلى هذا النص فيما يتعلق "بالمؤسسات العامة"، لأنها تابعة مباشرة للدولة أو للوحدات الإقليمية، وقد أنشئت لإدارة مرفق تابع للدولة أولهذه الوحدات، وبالتالي فإن مركزها يختلف جوهرياً عن المشروعات الخاصة، ويهدف التفويض إلى توفير شكل مرّن للإدارة المباشرة.

إن المركز المختلف لهذه المشروعات الاحتكارية أو المؤسسات، يبرر نظاماً أقل صرامة من النظام المطبق على سائر المفوض إليهم للمرافق العامة. والمعاملة المختلفة لها علاقة بموضوع القانون؛ فالمركز المختلف يبرر معاملة مختلفة تتعلق بقواعد الوضوح والمنافسة، وبالتالي فإن استبعادهم من نطاق تطبيق هذه القواعد لا يتعارض مع الدستور. غير أن المجلس يشاطر رأي أعضاء البرلمان فيما يتعلق بإعفاء الشركات التي يكون رأس مالها مملوكاً، بطريق مباشرة أو غير مباشرة، للسلطة المفوضة، بشرط أن يظهر النشاط المفوض صراحة في نظام هذه الشركات. ويستند المجلس في ذلك، إلى أن الإعفاء من القواعد الخاصة بالعلانية السابقة والإجراءات الخاصة ببحث العروض والرقابة السابقة من السلطة المختصة

1- C.C., 20 janvier 1993, N. 316 D.C., note D. Pouyaud, precite.

بالتفويض، يتعلق بضمانات جوهرية في المنافسة والوضوح، ولا يجد هذا الإعفاء أي تبرير لا فيما يتعلق بالخصائص المميزة لمركز هذه المشروعات ولا فيما يتعلق بطبيعة نشاطها، ولا فيما يتعلق بالصعوبات المحتملة في تطبيق القانون والخاصة بمخالفة الأهداف التي تتعلق بالمصلحة العامة والتي قصد المشرع تحقيقها. باختصار، إن هذه المشروعات ليست لها أية خصوصية، تبرر عفاؤها من تطبيق هذه القواعد، لن هذه الشركات تظل، رغم ملكية الأشخاص العامة لأغلبية راس المال، من أشخاص القانون الخاص، وتظل القواعد الخاصة منظمها وتسييرها مستعارة أساساً من القانون الخاص.

المطلب الثاني : القيود الخاصة بمضمون عقود تفويض المرفق العام

إن الاتجاه الحديث يميل إلى تقييد سلطة أطراف عقد التفويض في تحديد بعض شروط العقد. وتعتبر الشروط الخاصة بمدة العقد والشروط المالية أهم الشروط التي أصبحت محلاً للتنظيم.

الفرع الأول القيود الخاصة بمدة عقود تفويض المرفق العام

أولاً : الفكرة التقليدية في تحديد مدة عقود التفويض:

وفقاً للفكرة التقليدية فإن عقود التفويض يجب أن تبرم لمدة طويلة، ومن أهم هذه العقود التي تتميز بهذه الصفة هو عقد الإلتزام.¹ والتبرير التقليدي، هو تمكين الملتزم من استهلاك قيمة الانشاءات التي قام بتنفيذها. وهذا التبرير لا جدال في صحته، وإن كان الواقع قد كشف عن مبالغة كبيرة أحياناً، فقد أبرمت بعض عقود الإلتزام مدد طويلة جداً تصل في بعض الأحيان إلى 99 عاماً، كما هو الشأن بالنسبة لعقد امتياز قناة السويس.

وقد اعتبر القضاء المصري عنصر "المدة" بمثابة معيار للتمييز بين عقد الإلتزام وبين التراخيص، فكلاهما يتعلق باستغلال مرفق عام، إلا أن عقود الإلتزام تمنح لمدة أطول، أما التراخيص فإنها مؤقتة وتمنح لمدة قصيرة قد تكون سنة أو أقل.²

C.Battinger, La concession de service public et de travaux publics, Op. Cit., P. 76.-1

(2) المحكمة الإدارية العليا، 17 يناير 1970، السنة 15، العدد الأول، ص 140.

وفي فرنسا أيضا كانت نفس الظاهرة موجودة في وقت ما. فقد حدد قانون 15 يونيو 1906 مدة الالتزام بأربعين وخمسين سنة. وفي عقود التزام الغاز، كانت العقود تبرم لمدة ستين أو خمس وسبعين سنة، ولم يكن ذلك أمراً نادراً. أما في مجال السكك الحديدية والتزام، فكانت المدة تصل إلى تسعة وتسعين سنة.¹

وكان تبرير هذه المدد الطويلة أن الالتزام يتضمن تنفيذ أشغال عقارية هامة تتطلب توظيف أموال كبيرة، من أجلها كان الملتزم يلجأ إلى الاقتراض، ويقوم بسداد القروض خلال مدد طويلة، وبالتالي فإن عقود الالتزام يجب أن تكون ذات مدد طويلة، حتى يتمكن الملتزم أولاً من سداد القروض، وحتى يتمكن ثانياً من الحصول على العائد من إدارة المرفق أو من استغلال المنشآت العامة.

غير أن عقد الالتزام وإن كان يبرم غالباً طويلة، بالمقارنة بعقود التفويض الأخرى، إلا أنه ليس ما يمنع أن يبرم عقد الإيجار أيضاً لمدة طويلة، وليس من شأن المدة الطويلة أن ترفع عنه التكييف الصحيح له وهو أنه عقد إيجار.²

ومع عدم وجود تنظيم تشريعي لمدة عقود تفويض المرفق العام، تظل حرية الطرفين كاملة في تحديد المدة. ولا يمارس القضاء الإداري أية رقابة على حرية المتعاقدين بشأن تحديد المدة، إلا إذا كان هذا التحديد منطويًا على خطأ ظاهر في التقدير، وهو أمر لم يثبت أمام القضاء.³

1- محمد محمد عبد اللطيف ، الرجوع السابق ، ص 115

2- C.E., 29 avril 1987, cne d'Elancourt, Rec., P. 53; RFDA, 1987, P. 525, concl. Y. Robineau.

3- "qu'en l'espece, en fixant a vingtans la duree du nouveau traite d'affermage du service de distribution d'eau potable, le Conseil municipal de Saint – Denis de la Reuion n'a pas commis d'erreur manifeste "d'appréciation".

C. E., 23 juillet 1993, compagnie generale des eaux, precite; C.E., 1 er oct. 1986, Association nationale des elus du littoral, Rec. P. 376.

ثانيا : التنظيم التشريعي لمدة عقد تفويض المرفق العام:

إن الأمور قد تغيرت واتجهت صوب تحديد حد أقصى لعقود التفويض. وكان التغيير في هذا الاتجاه يستجيب للتطور في الحياة الاقتصادية. كان الاتجاه نحو قصر مدة عقد التفويض. غير أن مظاهر التطور اختلفت في القانون المصري عن القانون الفرنسي:

(1) القيود الخاصة بمدة عقد التفويض في القانون المصري:

أدرك المشرع المصري منذ فترة طويلة نسبيًا التطور السريع في المسائل الاقتصادية والاجتماعية، وأنه لم يعد من المقبول أن تمنح الالتزامات لما يقرب من قرن. واستناداً إلى ذلك، تضمن القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزام المرافق العامة النص على أنه لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة (المادة الأولى)، بل وقرر المشرع أن تسري هذه المدة على الالتزامات السابقة والباقي من مدد الالتزامات القديمة أيضاً، فلا تمتد لأكثر من ثلاثين عاماً. وقد رأى المشرع أن هذه المدة تكفل للملتزم الانتفاع بالالتزام مدة كافية لاستهلاك ما قام به من نفقات الانشاءات (المذكورة الإيضاحية).

غير أن المشرع المصري الذي قرر هذا الموقف في منتصف هذا القرن، إذ به يعود في نهاية القرن ليقرر حكماً كان سائداً في القرن الماضي. فقد تضمنت القوانين الخاصة بإنشاء إدارة واستغلال المطارات (قانون 1997/3)، والطرق (قانون 1996/229) ومحطات الكهرباء (قانون 1996/100). النص على أنه "لا تزيد مدة الالتزام عن تسع وتسعين سنة". غير أن التطبيقات الأولى لهذه القوانين تظهر أن عقود الالتزام التي أبرمت كانت لمدة أقل، وإن كانت تبدو طويلة في حد ذاتها، من ذلك أن عقد التزام مطار مرسى علم أبرام لمدة أربعين سنة بما فيها مدة الانشاءات¹، كما أنه وفقاً لما نشر في الصحف، فإن التزام محطات الكهرباء تتراوح مدته بين عشرين وخمس وعشرين سنة².

1- المادة 3/ج/2 من العقد، وكان النص الأول في العقد ينص على أن تكون مدة الاستغلال خمسون عاماً، انظر: تقرير إدارة الفتوى بمجلس الدولة لوزارة النقل والمواصلات للعرض على اللجنة الثالثة لقسم الفتوى، رقم 999/1057 في 1998/1/14، غير منشور.

2- محمود عبد الطيف، المرجع السابق، ص 32.

(2) موقف المشرع الفرنسي من تجديد مدة عقود التفويض:

لم يفرض المشرع الفرنسي في قانون 29 يناير 1993 حداً أقصى لمدة عقود التفويض، وإنما أوجب أن يتم تجديد المدة في العقد. ويفرض المشرع أن يتم تجديد مدة العقد في ضوء "الأداء المطلوب من المفوض إليه، ووفقاً لطبيعة ومقدار الاستثمارات المطلوب تنفيذها؛ على ألا تزيد مدة العقد عن المدة المعتادة لاستهلاك الإنشاءات إذا كانت على عاتق المفوض إليه".¹

وبالتالي، فإن القانون الفرنسي ترك للشخص العام حرية واسعة في تقدير المدة، على ألا تزيد على المدة العادية للاستهلاك²، ولكن دون أن يفرض المشرع أسلوباً أو طريقة قانونية بذاتها. وإشارة المشرع إلى "المدة العادية للاستهلاك" يتفق مع القواعد المحاسبية، والتي تحيل إلى الأعراف المهنية usages professionnels دون أن يفرض القانون طريقة محددة بذاتها. والمدة العادية للاستهلاك تحدد بصفة عامة وفقاً للمدة المحتملة لبقاء الأموال، ولكن يمكن أيضاً تصور استهلاك اقتصادي³.

وقد رأى المجلس الدستوري أن موقف المشرع فيما يتعلق بتحديد مدة عقود التفويض على النحو السابق لا يتعارض مع مبدأ حرية إدارة الوحدات المحلية، طالما أنه يترك، تحت رقابة القاضي، هامشاً من التقدير لهذه الوحدات بالتفاوض في هذه العقود في كل حالة، نظراً لتعدد طرق حساب الاستهلاك، وكذلك تعدد وتعقد المنشآت التي تخضع للاستهلاك. وأضاف المجلس أن القانون حين أحال إلى مرسوم من مجلس الدولة، فإن لم يقصد أن يخول السلطة اللاتحجية أن تحدد بواسطة قواعد عامة المدة العادية للاستهلاك، وأن هذا النص، مع مراعاة هذا التحفظ، ليس مخالفاً للدستور.⁴

1- "en fonction des prestations demandees au delegataire, de la nature du montant de l'investissement a realizer".

2- Duree normale d'amortissement.

3- L. richer, la fin de La convention de delegation, precite, P. 649.

4- C.C., 20 janvier 1993, n. 316 D.C., precite.

غير أنه إذا كان قانون 29 يناير 1993 لم يحدد حداً أقصى لعقود التفويض، فإن قانون 2 فبراير 1995، والذي تتعلق نصوصه بحماية البيئة، تضمن حكماً خاصاً بعقود التفويض الخاصة بمياه الشرب eau potable والتطهير assainissement والنفايات المنزلية ordures menageres وغيرها من النفايات، ففي هذه المجالات فإن عقد التفويض لا يجوز أن تزيد مدته على عشرين عاماً أي كان نوع هذا العقد .

غير أنه تجنبا لعدم دستورية هذا النص، فقد نظم القانون إجراءات من شأنها تجاوز هذه المدة. فإذا ما أراد الطرفان تجاوز هذه المدة، فيجب أن يعرض الموضوع مسبقاً على المسؤول عن الخزنة العامة Tresorier payant general، بناء على طلب من السلطة المفوضة. وحين أحال رئيس الوزراء هذا القانون على المجلس دون تحديد أوجه عدم الدستورية، رأى المجلس أنه ليس في القانون أوجه عدم دستورية ظاهرة يمكن أن يثيرها من تلقاء نفسه¹.

الفرع الثاني : تمديد وتجديد عقود تفويض المرفق العام:

لقد وضع المشرع الفرنسي حلولاً واضحة تتعلق بتمديد وتجديد عقود تفويض المرفق العام. أما في مصر فإن موقف المشرع يثير تساؤلات عديدة.

أولاً : موقف المشرع الفرنسي من تحديد وتجديد عقود تفويض المرفق العام:

لم يتناول المشرع الفرنسي في قانون 29 يناير 1993 إلا الحالات التي يجوز فيها تمديد prolongation عقد تفويض المرفق العام. أما تجديد reconduction لمدة جديدة، فلا يكون إلا بإبرام عقد جديد وبإجراءات جديدة. وبالتالي من غير الجائز أن يتضمن العقد شرطاً يقضي بالتجديد الضمني عند انتهاء مدته.⁽²⁾

أما عن التمديد، فإنه لا يجوز إلا في حالتين، ويجب أن يصدر به قرار من سلطة التقرير. وهاتان الحالتان هما:

1-C.C., 2 fév. 1995, n. 361 D.C., precite.

2-J.C., douence, La devolution contractuelle du service public local, precite, n. 315.

الحالة الأولى:

يجوز التمديد لمدة سنة واحدة، لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة (المادة 2/40) ولم يحدد المشرع هذه الأسباب، وإنما ترك أمر تقديرها للسلطة المفوضة تحت رقابة القضاء. ويمكن أن تتعلق هذه الأسباب على سبيل المثال بصعوبات تواجه السلطة المفوضة في حالة استعادة المرفق وإدارته بالاستغلال المباشر، أ وحتى في سبيل البحث عن مفوض إليه جديد.⁽¹⁾

الحالة الثانية:

يجوز التمديد إذا كان المفوض إليه مضطراً، من أجل حسن تنفيذ المرفق أو توسيع نطاقه الجغرافي، وبناء على طلب المفوض، لتنفيذ استثمارات مادية غير واردة في العقد الأصلي، من شأنها تعديل الاقتصاد العام للعقد، ولا يمكن استهلاكها أثناء المدة الباقية للتفويض، إلا نظير ارتفاع فاحش في الأسعار.²

وحتى يكون التمديد صحيحاً في هذه الحالة، فيجب أن تتوافر عدة شروط:

- 1- أن تكون الاستثمارات ضرورية، وأن تكون السلطة المفوضة قد طلبت تنفيذها.
- 2- أن تكون الاستثمارات ضرورية لحسن تنفيذ المرفق أو لتوسيع نطاقه الجغرافي. ويشترط المشرع في هذه الاستثمارات أن تكون "مادية materials". وكان نص المادة 40 في قانون 29 يناير 1993 يتناول فقط القيام بأشغال إضافية غير منصوص عليها في العقد الأصلي travaux supplémentaires non prévus au contrat initial. غير أن المشرع في قانون 8 أغسطس 1994 استبدل بهذا التعبير "الاستثمارات المادية وغير المادية" وهذا ما سمح بادخال الآلات المتحركة Materiel roulant (القاطرات والعربات والسيارات) ومستلزمات نظم المعلومات acquisition logiciels informatiques وبراءات الاختراع brevets. لكن سرعان ما بدت هذه الصياغة واسعة، مما دفع المشرع في قانون 8 فبراير 1995 إلى استخدام اصطلاح "الاستثمارات المادية".

1- L. Richer, precite, P. 649.

2 - محمود عبد اللطيف، المرجع السابق، ص

3- ألا تكون هذه الاستثمارات قد تم الاتفاق عليها في العقد الأصلي.

4- أن يكون من شأن هذه الاستثمارات تعديل الاقتصاد العام للتفويض، ويكفي أن تؤدي إلى

مجرد التعديل modification وليس إلى قلب bouleversement اقتصاديات العقد.

5- أن تكون الاستثمارات غير قابلة للاستهلاك خلال المدة المتبقية من العقد، إلا بزيادة

الأسعار بشكل فاحص manifeste. وهذا الشرط بيدون صعباً، فهل يتم تقدير الارتفاع في السعر حسب الأسعار السابقة، ام في ضوء سعر يمكن اعتباره السعر العادي.

فإذا لم تتحقق هذه الشروط، فإنه لا يجوز الاتفاق على التمديد، فيجب أن ينتهي العقد عند

انقضاء المدة المحددة⁽¹⁾.

ولم يحدد المشرع مدة التمديد في الحالة الثانية. غير أن النص الأصلي كان يحدد هذه المدة بالألا

تزيد عن ثلث مدة العقد الأصلي. غير أن المجلس الدستوري رأى أن مثل هذا التمديد يمثل قيداً شديداً

من شأنه الاخلال بحرية إدارة الوحدات المحلية دون سبب مناسب. ويقع على عاتق القاضي أن يراقب،

في كل حال على حدة، التقدير الذي قامت به السلطة المفوضة.

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من تمديد وتجديد عقود تفويض المرفق العام:

قبل صدر المرسوم التنفيذي 18-199 لم تكن هناك قواعد قانونية تحدد مدة التفويض وكان

المدة متروكة بحرية للإدارة، المدة الوحيدة التي حددها المشرع هي الإمتياز الفلاحي بمدة 40 سنة قابلة للتجديد.

غير ان الجديد الذي جاء به المرسوم 18-199 أنه حدد المدد المتعلقة بتمديد وتجديد مدة

العقد بصوره مفصلة تتعلق بصور التفويض المختلفة

بالنسبة للإمتياز إذا حدد أن المدة القصوى لمثل هذه العقود لا تتجاوز ثلاثين 30 سنة ويمكن

تمديد مره واحدة بموجب ملحق بطلب من السلطة المفوضة على

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للقيود الإدارية، القاهرة، 1984، ص 719.

أساس تقرير معلل لإنجاز إستثمارات مادية غير منصوص عليها في الإتفاقية شريطة ألا يتعدى مدة التمديد 04 سنوات كحد أقصى¹.

بالنسبة لإيجار فقد حددت المدة إتفاقية تفويض المرفق العام في شكل إيجار بخمس عشرة 15 سنة كحد أقصى، يمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة، بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل لإنجاز إستثمارات مادية غير منصوص عليها في الإتفاقية شريطة ألا يتعدى مدة التمديد ثلاث سنوات كحد أقصى².

بالنسبة للوكالة المحفزة مدة إتفاقية تفويض المرفق العام في شكل الوكالة المحفزة بعشر 10 سنوات كحد أقصى، ويمكن تمديد هذه المدة بموجب ملحق مرة واحدة بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل لإنجاز إستثمارات مادية غير منصوص عليها في الإتفاقية شريطة ألا يتعدى مدة التمديد سنتين 2 كحد أقصى³.

أما بالنسبة لعقد التسيير يجب ألا تتجاوز مدة عقد الإتفاقية المرفق العام خمس سنوات غير لم يحدد المشرع إمكانية التمديد في هذه الحالة⁴، غير انها يمكن أن تخضع للقاعدة العامة وهوامكانية تمديد كل الفترات السابقة الخاصة بالإمتياز والإيجار والوكالة المحفزة لمدة سنة واحدة فقط، بموجب ملحق بطلب من السلطة المفوضة، على أساس تقرير معلل وذلك لحاجات إستمرارية المرفق⁵.

غير أن السؤال يطرح بالنسبة لتمديد العقد إذا كان العقد أبرم لمدة أقل من الحد الأقصى المنصوص عنه قانوناً. نعتقد أنه يجوز للطرفين أن يقررا تمديد العقد لمدة أقل من مدة العقد الأصلية إذا طرأت أسباب تبرر ذلك وتعلق بالمصلحة العامة.

1 - المادة 53 من المرسوم 18-199

2 - المادة 54 من المرسوم التنفيذي 18-199

3 - المادة 55 من المرسوم التنفيذي 18-199

4 - المادة 56 من المرسوم التنفيذي 18-199

5 - المادة 57 من المرسوم التنفيذي 18-199

المطلب الثالث: المقابل المالي في عقود تفويض المرفق العام

إن عقود تفويض المرفق العام تتميز بتطبيق مبدأ حرية التعاقد بشكل كبير سواء في إبرامها أو تحديد شروطها. وقد كان ذلك سببا في حدوث تجاوزات كثيرة، خصوصا فيما يتعلق بالشروط المالية للعقد. من هنا اهتم المشرع مؤخرا بوضع إطار قانوني للشروط المالية، في إطار اهتمامه بمواجهة ظاهرة الرشوة والفساد¹ بصفة عامة أكثر من اهتمامه بوضع نظام قانوني لهذا النوع من العقود².

يوجد في عقود تفويض المرفق العام مبالغ تدفع من قبل صاحب التفويض إلى السلطة المانحة كالبدلات *redevances*، ومبالغ الإتاوه في عقود التأجير *surtaxe*، إضافة إلى مقابل الانتفاع بالتركيبات القائمة.

1- المبالغ التي يدفعها المتعاقد مقابل الانتفاع بالأموال العامة، ويطلق على هذه المبالغ *redevance* أي "البدلات" جمع بدل ويقصد بها المبالغ التي تلقي علي عاتق المفوض له مقابل حقوق محددة يتمتع بها أو مقابل نفقات تتكبدتها السلطة المفوضة، كحقوق إشغال بعض أجزاء من الأملاك العامة التي تعطى له من قبل السلطة المانحة³.

2- مقابل الانتفاع *droit d'usage* بالتركيبات القائمة *installations existantes* وهي تشكل جزءا من الأموال العامة أيضاً. ومن أشهر هذه التركيبيات الشبكات الموجودة في باطن الأرض وهذه المبالغ التي تتقاضاه الجهة المتعاقدة مشروعة، ويجوز أن تأخذ هذه الجهة الشروط الخاصة بشغل المال العام في الاعتبار لتحديد التعريف العامة⁴.

1 - وقد أصبح المقابل التعاقد أمراً عادياً في هذا النوع من العقود، نظراً للصعوبات المالية التي تواجهها الوحدات المحلية من أجل القيام بالتجهيزات في وقت سريع. غير أن الرغبة في تحقيق الوضوح ومقاومة الرشوة ودفعت بالمشرع أن يتدخل لمنع مقابل التعاقد. يمكن أن يعرف مقابل التعاقد أنه عبارة عن مبالغ يقوم المفوض له بدفعها، أو أشغال يقوم بتنفيذها، أو خدمات يقوم بأدائها، من أجل اقتناع الوحدة المحلية أن تبرم معه عقد تفويض مرفق عام، ثم يقوم بعكس قيمة هذه المبالغ أو الأشغال أو الخدمات على السعر الذي يدفعه المستفيدون من المرفق محمود عبد الطيف، المرجع السابق، ص

2 - القانون 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية ومكافحته المعدل والمتمم.

3 - مروان محي الدين، المرجع السابق، ص 496

4- T.A. de Lyon, 14 decembre 1993, chomat, AJDA, P. 439,

3- المبالغ التي يدفعها المستغل باعتباره أتاوة *surtaxe* وذلك في عقود الإيجار، لأن المستأجر لا يقوم بالانشاءات الأساسية الأولى، وتحصل الجهة الإدارية على هذا المقابل الذي يسمح لها باستهلاك قيمة هذه الانشاءات، وهذا ما يميز الإيجار عن الإمتياز¹. وهذا المقابل وإن كان يؤخذ في الاعتبار عند تحديد ثمن الخدمة، إلا أن المفوض له لا يمارس أي دور في تحديد هذا المبلغ، لأن الشخص العام هو الذي يحدده غالباً، وإن كان يقع عليه عدم المبالغة في تقدير قيمة بالإيجار. وبالمقابل، فإنه توجد ثلاث طوائف من المبالغ يمكن أن تختلف بشأنها الآراء². وهذه المبالغ هي:

- 1- المبالغ التي يكون موضوعها إمتياز خاصة بالأقساط السنوية للقروض التي تعاقدها عليها الشخص العام وتتعلق بالمرفق المفوض. ويرى بعض الفقه أن هذه المبالغ لا تعتبر من مقابل التعاقد، لأن المتعاقد يقوم بتمويل بعض الاستثمارات مثل الملتزم، وإن كان الملتزم يقوم بالتمويل في مرحلة سابقة وليست لاحقة على التجهيز، لكن الأمر من الناحية القانونية لا يختلف بالنسبة للملتزم وغير الملتزم³.
- 2- المبالغ التي يكون موضوعها تمكين الوحدة المحلية من استرداد الدعم الذي سبق ان منحته لمرفق ما، بقصد تجنب ارتفاع باهظ ومفاجئ في الأسعار. وهذه المبالغ، في نظر البعض لا تشكل أيضاً مقابل التعاقد⁴.

ثانياً : المقابل الذي يدفعه المرفقين للمفوض له

لقد نصت المادة 40 من قانون *sapin* علي أن إتفاقية تفويض المرفق العام تحدد التعريفات التي تلقي علي عاتق المستفيدين من خدمات المرفق، وأكد القضاء الإداري الفرنسي علي أنه يجب علي عقد التفويض أن يحدد الأحكام المتعلقة بتعريفات الخدمات التي تؤدي، بالإضافة إلى جميع المؤشرات المتعلقة بتطورها، والتي تلقي علي عاتق المستفيدين. ولا يمكن أن يتضمن العقد بندا يفرض علي صاحب التفويض تنفيذ خدمات أو أداء مدفوعات غريبة عن موضوع التفويض⁵

1- P.S. de Bieusses, La specificite de l'affermage, AJDA, 1996, P. 610.

2- C. Deves, Les droits d'entrée, AJDA, P. 633.

3- P. Delevdve, les contradictions de la delegation de service public, precite, P. 688.

4 - محمود عبد الطيف، المرجع السابق، ص 116

5 - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 493،

وتكون هذه التعريفات محددة في دفتر الشروط، غير أنه يمكن ان تكون هذه التعريفات محل مفاوضات بين السلطة المفوضة ممثلة في لجنة الإختيار وإنتقاء العروض مع المترشحين المقبولين الذين إستوفوا شروط التأهيل¹. في حالة اللجوء إلى التراضي بنوعيه التراضي بعد الإستشارة²، والتراضي البسيط³.

إن المشرع تدخل بأحكام تشريعية تقضي بالألا يتمتع المفوض له بجزية في تحديد التعريفات، لأنه في تماس مباشر بتنظيم وتشغيل المرفق العام، لذلك يحتفظ للشخص العام المشرف علي تفويض المرفق مسؤولية تحديد التعريفات ولا يرتك الأمر للمفوض له.

وبما أن لجميع البنود المتعلقة بتنظيم وتشغيل المرفق ذات طابع تنظيمين لا سيما ما تعلق بالتعريفات ويمكن للغير المستفيدين من خدمات المرفق ان يطعنوا في البند المتعلق بالتعريفات امام القضاء الإداري بدعوى تجاوز السلطة.

وغير أن معيار تحديد التعريفات المدفوعة من قبل المستفيدين من خدمات المرفق العام أن تعكس كلفة تشغيل المرفق العام. ويمكن في بعض الأحيان أن تغطي هذه الكلفة بموجب مساهمات تدفع من الشخص العام مانح التفويض، ذلك عندما لا تكفي التعريفات لتغطية كلفة تشغيل المرفق⁴. كما يقتضي أن يدخل في إحتساب التعريفات كلفة صيانة المنشآت والتجهيزات، وإستهلاك الأصول.

كما يجب أن تتضمن الإتفاقية إليات تحيين التعريفات من خلال وضع مؤشرات والمعايير لتطوير ومراجعة التعريفات⁵، إذ ممكن أن تستجد ظروف طارئة أثناء تنفيذ العقد تجعل من التعريفات المحددة في العقد غير محققة للتوازن المالي، وبالتالي المؤشرات المنصوص عليها في العقد تساهم في إعادة النظر في التعريفات بشكل يحافظ علي التوازن المالي للعقد في مواجهة الظروف الطارئة.

1 - المادة 40 من المرسوم 18-199

2 - المادة 37 من المرسوم 18-199

3 - المادة 39 من المرسوم 18-199

4 - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 495.

5 - المطلة 5 المادة 48 من المرسوم 18-199

المبحث الرابع :

نتائج نهاية عقود تفويض المرفق العام

قد ينتهي عقد تفويض المرفق العام نهاية عادية أو غير عادية. فقد ينتهي عقد التفويض نهاية عادية، أي بانتهاء مدته، لأن عقد التفويض من أبرز العقود الزمنية، أي تلك العقود التي يعتبر الزمن عنصر جوهريا فيها. وقد ينتهي عقد التفويض نهاية غير عادية، أي قبل الأوان، وذلك لأسباب متعددة مثل الاسقاط أو الفسخ الجزائي، الاسترداد أو إنهاء العقد للصالح العام.

المسؤول عن المرفق من ضمان استمرار سير المرفق. وبناء على ذلك، يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بصورة مستعجلة المفوض له، الذي تقرر فسخ عقده، أن يقوم بتسليم المنشآت، بينما ما زال النزاع الخاص بمشروعية الفسخ والتعويض لم يفصل فيه بعد¹، فمن الضروري أن تكفل السلطة المفوضة سير المرفق.²

وتثير نهاية عقود تفويض المرفق العام مشكلات قانونية متميزة عن تلك التي تثيرها نهاية العقود الإدارية الأخرى. ويمكن أن نشير إلى مشكلتين في هذا الخصوص. أما المشكلة الأولى، فهي تتعلق بمدى التزام سلطة التفويض بعقود العمل التي أبرمها المفوض إليه أثناء قيامه باستغلال المرفق، وأيضاً بالتعهدات الأخرى في غير مجال عقود العمل، وهذه المشكلة تثير فكرة الحلول بصفة عامة، أي حلول الإدارة محل المفوض إليه في الحقوق والالتزامات، أما المشكلة الثانية، فهي تصفية عقد التفويض، وهذه التصفية تتطلب القيام بعملتين، تتضمن من ناحية تحديد مصير أموال المرفق الذي تم تفويض إدارته، وتتضمن من ناحية أخرى تسوية العلاقات المالية بين سلطة التفويض والمفوض إليه.

وبناء على ذلك سيتم التطرق في هذا المبحث تباعاً: حلول السلطة المفوضة محل المفوض إليه في المطلب الأول، وتصفية عقد التفويض في المطلب الثاني.

1- محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 149.

2- J.B. Auby – C. Maugue, Les contrats de delegation de service public, precite, n. 81.

المطلب الأول حلول السلطة المفوضة محل المفوض له

تثور عادة بعد انتهاء عقد تفويض المرفق العام مشكلة تتعلق بمدى حلول subrogation السلطة المفوضة محل المفوض إليه، سواء بالنسبة لعقود العمل، أو سواء بالنسبة لغيرها من التعهدات، التي ارتبط بها أثناء قيامه باستغلال المرفق، فهل تنقيد السلطة المفوضة بهذه الالتزامات أم لا؟ سيتم التعرض في ما يلي للحلول المطبقة فيما يتعلق باستمرار عقود العمل بعد انتهاء عقود تفويض المرفق العام، وبحلول السلطة المفوضة في حقوق والتزامات المفوض إليه في التشريع الفرنسي والمصري.

الفرع الأول استمرار عقود العمل في مواجهة السلطة المفوضة

اختلفت الحلول المطبقة في فرنسا ومصر بشأن مدى التزام سلطة التفويض بعقود العمل التي أبرمها المفوض إليه مع عماله أثناء قيامه باستغلال المرفق فالقاعدة في فرنسا هي التزام السلطة مانحة الالتزام بعقود العمل التي أبرمها الملتزم وذلك تطبيقاً لقانون العمل. أما في مصر، فقد رفض القضاء، في ظل قانون العمل السابق، تطبيق قاعدة استمرار عقود العمل في مواجهة مانح الالتزام¹.

أولاً: استمرار عقود العمل بعد انتهاء عقود تفويض المرفق العام في القانون الفرنسي

1- وضع المشكلة في القانون الفرنسي:

تنص المادة 12-122 L. من تقنين العمل على أنه "إذا حصل تغيير في المركز القانوني لصاحب العمل، خصوصاً بالميراث أو البيع أو الأدماج أو تحول رأس المال أو الدخول في شركة، فإن جميع عقود العمل السارية وقت حدوث التغيير، تستمر قائمة بين صاحب العمل الجديد والعاملين في المشروع."⁽²⁾

1 - محمود عبد اللطيف، المرجع السابق، ص

2- "S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour. De la modification subsistent entre le nouveau employeur et le personnel de l'entreprise".

ووفقاً لهذا النص، فإن عقود العمل تستمر، بالرغم من تغير أصحاب العمل، وذلك في جميع الحالات التي يتعاقب فيها أصحاب العمل على المشروع. وهذه القاعدة تتضمن خروجاً على القواعد العامة، وفقاً للتقنين المدني، ومؤداها أن انتقال المشروع يؤدي إلى عدم التزام الخلف بالبقاء على عقود العمل التي أبرمها السلف. غير أن المشرع في تقنين العمل، خرج على القواعد العامة ضماناً لاستمرار العمال في عملهم.

وقد أثير التساؤل عما إذا كان يمكن تطبيق القاعدة التي وردت في المادة 12-122 L. من تقنين العمل، في حالة انتهاء عقود الالتزام، وأيلولة المرفق للدولة سواء لإدارته بنفسها أو سواء باسناد إدارته إلى ملتزم آخر.

2- قضاء محكمة النقض بشأن استمرار عقود العمل بعد انتهاء عقود التفويض:

لقد تضاربت الأحكام القضائية، في الإجابة عن هذا التساؤل، إلى أن قضت محكمة النقض مؤخراً باستمرار عقود العمل في مواجهة السلطة مانحة الالتزام والملتزم الجديد.

اختلف قضاء محكمة النقض اختلافاً واضحاً في عام 1986 عن عام 1990 بشأن استمرار عقود العمل في حالة حدوث تغيير في المركز القانوني لصاحب العمل، خصوصاً في حالة تعاقب أصحاب العمل دون وجود علاقة قانونية خاصة بينهم.

فقد أصدرت المحكمة عدة أحكام عام 1986، واشترطت في أحكام عديدة ضرورة وجود هذه العلاقة القانونية بين أصحاب الأعمال المتعاقبين، مما ترتب عليه عدم استمرار عقود العمل التي أبرمها الملتزم السابق، سواء في مواجهة الإدارة أو سواء في مواجهة الملتزم اللاحق¹.

لكن محكمة النقض عدلت عن هذا القضاء في عام 1990، فأصدرت ثلاثة أحكام، قضت فيها بأنه لا يلزم لتطبيق المادة 12-122 L. من تقنين العمل وجود علاقة قانونية بين أصحاب العمل المتعاقبين، بل يكفي لاستمرار عقود العمل مع الملتزم الجديد، انتقال وحدة اقتصادية محتفظة بذاتيتها، مع استمرار صاحب العمل الجديد في مباشرة النشاط السابق.

1- محمود عبد الطيف، المرجع السابق، ص 152

ولا شك أن القضاء الأخير لمحكمة النقض تبرره الرغبة في كفالة الاستقرار للعمال في وظائفه. ومع ذلك، فقد ساهم في تبني محكمة النقض لهذا الرأي أيضاً، ما تضمنه التوجيه الأوروبي الصادر في 14 فبراير 1977 من مجلس المجموعة الأوروبية، بشأن استمرار عقود العمل في حالة انتقال المشروع أو المنشأة، رغم عدم وجود علاقة قانونية بين أصحاب العمل المتعاقبين¹.

باختصار، أنه في حالة انتهاء عقود تفويض المرفق العام، تستمر عقود العمل سواء قامت السلطة مانحة التفويض باستغلال المرفق بنفسها، أو سواء عهدت بالاستغلال إلى مفوض إليه آخر، طالما أن التفويض يتعلق باستغلال مرفق تجاري وصناعي.

ثانياً : استمرار عقود العمل بعد انتهاء عقود تفويض المرفق العام، في القانون المصري

استقر القضاء، في ظل قانون العمل الملغي الصادر في 1959، على أن عقود العمل التي أبرمها الملتزم لا تسري في مواجهة السلطة المانحة للالتزام. أما في ظل قانون العمل الحالي، فإن القضاء لم يتعرض للمشكلة، وإن كان فقه قانون العمل يقطع أعمال قاعدة استمرار عقود العمل في مواجهة السلطة مانحة الالتزام أو الملتزم اللاحق.

❖ موقف القضاء المصري في ظل قانون العمل الملغي:

استقر القضاء في ظل قانون العمل السابق، على أن قاعدة استمرار عقود العمل، تفترض وجود علاقة قانونية بين أصحاب العمل المتعاقبين، وأن هذه العلاقة غير قائمة بين الملتزم السابق والإدارة، مانحة الالتزام؛ وبين الملتزم السابق والملتزم اللاحق. وبالإضافة إلى ذلك، فإن السلطة مانحة الالتزام ليست خلفاً خاصاً للملتزم، فلا تسري في مواجهتها عقود العمل التي أبرمها الملتزم.

وهذا الموقف من القضاء كان يرجع إلى صياغة المادة 85 من قانون العمل السابق، والتي كانت توحى بضرورة وجود علاقة قانونية بين أصحاب العمل المتعاقبين، وضرورة أن يكون صاحب العمل اللاحق خلفاً لصاحب العمل السابق. فمن الملاحظ أن هذه المادة وإن كانت تنص في فقرتها الثانية على أنه فيما عدا حالات التصفية والإفلاس والإغلاق النهائي المرخص به، يبقى عقد عمال المنشأة

1- محمود عبد الطيف، المرجع نفسه، ص. 153

قائماً "إلا أنها في فقرتها الأولى لم تحدد طبيعة التصرفات التي تؤدي إلى تغيير المركز القانوني للمنشأة، هل هي تصرفات ناقلة للملكية فقط، أم أية تصرفات أخرى حتى ولو لم تكن ناقلة للملكية؟¹

وقد استقرت محكمة النقض ومجلس الدولة على عدم اعتبار الإدارة خلفاً خاصاً للملتزم، فلا تسري في مواجهتها عقود العمل التي أبرمها الملتزم مع عماله.

أما محكمة النقض فهي تقرر أنه إذا انتهت مدة الالتزام، وعاد المرفق إلى الإدارة، فإن هذه الأخيرة لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام لمن كان يقوم بإدارته، ومن ثم فلا تلتزم بما علق من ديون أو التزامات في ذمة المستغل بسبب إدارة المرفق". ويترب على ذلك أنه لا تسري في مواجهة الإدارة عقود العمل الخاصة بالعاملين لدى الملتزم السابق، وإذا قبلت الإدارة استمرار هؤلاء في أداء عملهم بالمرفق، فإنه تنشأ علاقة قانونية جديدة منبثة الصلة بعلاقة العمل القديمة، وتكون الإدارة مسئولة عن آثار هذه العلاقة الجديدة فقط.²

وقد شارك مجلس الدولة محكمة النقض في النتيجة التي إنتهت إليها، ويرى "أن الدولة لا تتنازل ولا تملك أن تتنازل أو تتخلى عن المرفق مهما كانت الوسيلة التي اختارتها لإدارته، وتظل رقابتها على سير المرفق دائماً متصلة، ولها إذا عهدت بإدارته إلى فرد أو شركة بمنحه التزام استغلاله أن تسترده وتتولى إدارته مباشرة متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولها أن تسقط الالتزام عنه إذا أخل بالتزاماته التي التزم بها في عقد الالتزام، وتدير المرفق على النحو الذي تراه، وأخيراً فإن لها أن تبقى على الالتزام مع تعديل طريقة سير المرفق، بما يكفل توفير الخدمة على نحو أكمل".

وخلص مجلس الدولة إلى النتيجة من هذا التحليل إلى أن الجهة الإدارية متى استردت التزام استغلال المرفق أو اسقطته لاخلال الملتزم بالتزاماته التي يتضمنها عقد الالتزام، فإنه يعود إليها، لا بوصفها

1- كانت المادة 85 من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959 تنص على أنه: "لا يمنع من الوفاء بجميع الالتزامات حل المنشأة أو تصفيتها أو إغلاقها أو إفلاسها أو ادماجها في غيرها أو انتفائها بالأرث أو الوصية أو الهبة أو البيع أو التنازل أو غير ذلك من التصرفات. وفيما عدا حالات التصفية والإفلاس والإغلاق النهائي المرخص به، يبقى عقد عمال المنشأة قائماً، ويكون الخلف مسؤولاً بالتضامن مع أصحاب الأعمال السابقين عن تنفيذ جميع الالتزامات المذكورة.

2- محكمة النقض المصرية (الدائرة المدنية)، 30 مايو 1957، المجموعة، س8، ص 546، 23 مايو 1962، المجموعة س13، ص 646؛ 4 مايو 1966، المجموعة، س17، ص 1011، 6 يناير 1971، المجموعة، س 22، ص 33.

خلفا للملتزم السابق، وإنما بوصفها السلطة مأنحة استغلال المرفق القوامه عليه أصلاً بحكم وظيفتها عن توفير خدماته للجمهور.

ومن ثم فلا تسري عليها العقود السابقة التي أبرمت بين الملتزم وعماله، وينشأ بينها وبين العمال وغيرهم علاقات جديدة، وهذه العلاقات منبته الصلة بالعلاقات القديمة التي نشأت بين الملتزم والغير، ومن بينهم عمال المرفق. وعلى مقتضى ما تقدم لا تعتبر مؤسسة النقل العام لمدينة القاهرة وهي الجهة الإدارية القائمة على هذا المرفق خلفا للملتزم، ومن ثم تنتقل إليها التزاماته التي التزم بها لعمال المرفق في العقود التي أبرمت بينه وبنبيهم.¹

ومما لا شك فيه أن الإدارة مأنحة الالتزام لا تعتبر خلفا خاصا للملتزم، لأن الخلف الخاص هو من ينتقل إليه شيء معين بالذات أوحق عيني على هذا الشيء²، أما السلطة مأنحة الالتزام، فإنها حين تمنح الالتزام، فإنها لا تنقل المرفق إلى الملتزم، فيظل المرفق تابعا لها، غاية ما هناك أن الملتزم يقوم باستغلاله، وبالتالي، فإنه عند نهاية الالتزام، فإن السلطة مأنحة الالتزام، لا تعتبر خلفا للملتزم، حين تقوم باستغلاله بنفسها أو إسناد استغلاله للغير.

ومع ذلك، كان يمكن الإسناد إلى أن الحكمة من المادة 85 من قانون العمل السابق تقتضي تطبيق قاعدة استمرار عقود العمل حتى ولو لم تتوافر الرابطة القانونية بين أصحاب العمل المتعاقبين، وأن العبرة بأن المرفق مستمر في أداء خدماته دون التفتات إلى شخص من يملكه أو يديره، لأن صلة العامل بالمشروع أصبحت أقوى من صفته بصاحب العمل المتعاقد معه، وكاد العقد يفقد وصفه الشخصي في الواقع، وبالتالي أصبح من الضروري، أن تغير شخصية صاحب العمل لا يؤثر على مركز العامل، بل يستمر العقد قائما ومستمرًا، ما دام نشاط المشروع مستمرًا.

1- الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع، أول ديسمبر 1959، مجموعة المستشار أحمد سمير أبو شادي، 1970/1960، الجزء الثالث، ص 2558، بند رقم 1572.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، القاهرة، ص 546، بند 350.

❖ موقف الفقه في ظل المادة 9 من قانون العمل الحالي:

من المسلم في الفقه، أن المادة 9 من قانون العمل الحالي 137 / 1981، قاطعة في عدم اشتراط وجود علاقة قانونية بين أصحاب العمل المتعاقبين، ولا تشترط في صاحب العمل اللاحق أن يكون خلفا لصاحب العمل السابق¹. ويرى فقه قانون العمل، أن علاقات العمل تستمر بقوة القانون دون حاجة لأي إجراء بين صاحب العمل اللاحق وعملة المشروع أو المنشأة، ويكون وضعهما كما لو كان العقد قد أبرم منذ البداية بينهما، وتعتبر من ثم مدة خدمة العمل متصلة في حساب أقدميتهم في المشروع. كما أن استمرار عقود العمل، رغم تغير صاحب العمل، يتعلق بالنظام العام، فلا يمكن تجنبه باتفاق السلف مع الخلف في العقد الذي آل المشروع، بمقتضاه، إلى هذا الأخير².

واستناداً إلى ما تقدم، يخلص الفقه إلى أن استمرار عقود العمل في حالة انتهاء عقد التزام المرافق العامة، فتستمر عقود العمل التي أبرمتها الإدارة قبل منح الالتزام في مواجهة الملتزم، كما تستمر عقود العمل التي أبرمها الملتزم في مواجهة الإدارة أو في مواجهة الملتزم اللاحق.⁽³⁾

باختصار فإن عقود العمل تستمر قائمة في مواجهة الإدارة مانحة الالتزام، وفي مواجهة أي ملتزم آخر، وهذا الحل يستند فقط إلى المادة 9 من قانون العمل 137 لسنة 1981، وليس إلى قواعد الخلافة في القانون المدني.

❖ مسؤولية السلطة المفوضة مع المفوض له عن التزامات عقد العمل:

إن انصراف أثر عقود العمل إلى صاحب العمل اللاحق، لا يعني براءة ذمة صاحب العمل السابق من الالتزامات التي رتبها عقد العمل قبل انتقال المشروع. وهنا أيضاً خرج المشرع في قانون العمل على القاعدة العامة التي تقضي ببقاء السلف ملتزماً وحده بآثار هذه العقود قبل العامل، فجعل الخلف

1- عبد الحميد عثمان الحفني، أثر تغير صاحب العمل على عقود العمل في القانونين الفرنسي والمصري، مطبوعات جامعة الكويت، 1997.

2- محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، القاهرة، 1982، ص 839.

3- المرجع السابق، ص 840 و 841.

مسؤولاً بالتضامن في تنفيذها. فالمادة 219 من قانون العمل الحالي تنص على أنه "ويكون الخلف مسؤولاً بالتضامن مع أصحاب الأعمال السابقين عن تنفيذ جميع الالتزامات المذكورة".

وينطبق هذا الحكم على وجه الخصوص على مكافأة نهاية الخدمة والأجر والأجزة السنوية عن المدة السابقة على انتقال المشروع، والمبالغ التعويضية التي يحكم بها على السلف لاختلاله قبل العالم بالتزاماته الناشئة عن عقد العمل، لأن هذا التعويض، لا يعدوان يكون تنفيذاً بمقابل للالتزامات العقدية يشملها خطاب المادة 2/9 من قانون العمل لعموم عبارته¹.

وتطبيق هذا المبدأ، في مجال عقود تفويض المرفق العام، يؤدي إلى اعتبار السلطة مانحة الالتزام مسؤولة بالتضامن مع الملتزم عن الفروق المالية المستحقة للعمال قبل الملتزم السابق، وهذا ما يضمن حقوق العمال بسبب تعذر رجوعهم على الملتزم للتنفيذ على أمواله بالخارج.

غير أنه في الحالات التي لا ينطبق فيها قانون العمل، فإنه من الملائم أن يصدر قانون يتضمن استمرار عقود العمل في مواجهة السلطة مانحة تفويض إدارة المرفق العام، ويضمن أيضاً حقوق العمال الناشئة عن عقد العمل والمستحقة لهم قبل المفوض إليه.

الفرع الثاني عدم تقييد السلطة المفوضة بالتعهدات الأخرى للمفوض له

إن التساؤل يثور أيضاً للتعهدات الأخرى التي أبرمها المفوض إليه أثناء استغلال المرفق: هل تحل السلطة المفوضة محل المفوض إليه في الالتزامات الناشئة عن هذه التعهدات؟

القاعدة، هي عدم التزام السلطة المفوضة بالالتزامات الناشئة عن التعهدات التي اتخذها المفوض إليه، ما لم يتضمن عقد التفويض شرطاً بخلاف ذلك. وهذه القاعدة تطبق في فرنسا ومصر على حد سواء.

أولاً : تطبيق قاعدة عدم الحلول في القانون الفرنسي:

تتضمن دفاتر الشروط في عقود الالتزام والإيجار، شرطاً مؤداه أنه عند نهاية العقد، فإن الشخص العام يحل محل المتعاقد السابق في الحقوق. ووفقاً لقضاء قديم، فإن الحلول لا يتعلق فقط بالحقوق وإنما

1- محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، القاهرة، 1982، ص 846.

أيضاً بالالتزامات، وهو لا يتعلق إلا بالتعهدات العادية، فالشخص العام لا يتقيد، بالتعهدات التي لا تسمح، أو التي لا يجيز التفسير المعقول للعقد، للملتزم أن يقوم باتخاذها¹.

ومؤدى ذلك أن الحلول لا يرد بالضرورة على كل الحقوق والالتزامات، وإنما يرد على التعهدات التي تكون لازمة لسير المرفق. وفي هذا الخصوص، فإن مجلس الدولة يفسر الشرط الخاص بالحلول على أنه لا يتناول إلا التعهدات التي يكون موضوعها المباشر هو تنفيذ أشغال (عقد الأشغال)، أو الاستغلال (عقود العمل أو عقود استعمال المال العام)، وليس التعهدات التي يكون موضوعها القروض، حتى ولو كان مبلغ هذا القرض قد خصص لإنجاز.

ثانيا : تطبيق قاعدة عدم الحلول في القانون المصري:

من المسلم أمام القضاء المصري أن السلطة مانحة الالتزام لا تعتبر خلفا للملتزم، وذلك لأنها المكلفة بإدارة المرافق العامة، وإذا عهدت بإدارتها إلى الغير، فإن ذلك لا يعتبر تنازلاً أو تخلياً منها عن المرفق العام، إذ يجوز لها في أي وقت أن تسترد المرفق.

ويترتب على عدم اعتبار الجهة مانحة الالتزام خلفا للملتزم، ألا تكون هذه الجهة مسؤولة عن التزامات الملتزم في مواجهة الغير، في الفترة التي كان مكلفا فيها باستغلال المرفق. وبناء على ذلك رأى مجلس الدولة عدم التزام مؤسسة النقل العام بأداء المبالغ المستحقة عن الملتزمين السابقين مثل الإتاوات والغرامات، وعدم مسؤولية المؤسسة عن الضرائب المستحقة على العقارات المبنية المملوكة للملتزمين السابقين والتي آلت إلى المؤسسة². كما رأى المجلس أيضاً عدم التزام الإدارة بالرسوم البلدية التي كانت مستحقة على شركة سكة حديد الدلتا قبل إسقاط الالتزام³.

ولا شك في صحة تطبيق هذه المبادئ، فالسلطة مانحة الالتزام لا يمكن اعتبارها خلفاً خاصاً وفقاً للقانون المدني على نحو ما سبق بيانه. ومع ذلك، فإن المسألة في حاجة أيضاً إلى تدخل المشرع، فإذا كانت التزامات الملتزم السابق ترتبط ارتباطاً وثيقاً بسير المرفق، فلم لا تسر هذه الالتزامات في مواجهة

1- محمود عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 154

2- الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع، 9 مايو 1964، مجموعة المستشار أحمد سمير أبو شادي، ص 2559.

3- محمود عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 155

السلطة مانحة الالتزام؟ ولا أدل على ذلك من أن عقود الملتمزم السابق مع المتنفعين بالمرفق تبقى سارية باعتبار أن الشروط اللائحية في عقد الالتزام، والتي تبين كيفية أداء الخدمة لمتنفعين تظل مختلفة بقوتها الملزمة، إذا ما انتقل الالتزام بالمرفق للسلطة المانحة.¹

المطلب الثاني: تصفية عقود تفويض المرفق العام

إن تصفية عقود تفويض المرفق العام تثير موضوعين على درجة كبيرة من الأهمية وهما: تحديد مصير أموال المرفق الذي تم تفويض إدارته، وتسوية العلاقات المالية بين السلطة المفوضة والمفوض له. وسيتم التطرق لهذين الموضوعين تباعاً.

الفرع الأول : تحديد مصير أموال المرفق

إن تحديد مصير أموال المرفق هو أحد الموضوعات الأساسية التي ترتبط بطبيعة عقود تفويض المرفق العام. وتثور هذه المشكلة بصفة أساسية في عقود التزام المرافق العامة، ولكن بعد الاعتراف بفكرة تفويض المرفق العام، فإنه من الملائم بحث نطاق هذه المشكلة في هذه العقود بصفة عامة.

أولاً : مدى تطبيق القواعد الخاصة بمصير أموال الالتزام على عقود التفويض الأخرى:

في بعض الأحيان، يثور التساؤل عما إذا كانت قاعدة. تطبق على عقود التزام المرافق العامة يمكن أن تكون قابلة للتطبيق على سائر عقود تفويض المرفق العام من أهم القواعد التي يوجد شك بشأنها، تلك التي تتعلق بتحديد مصير أموال المرفق بعد نهاية عقود التفويض؛ ومن أهم هذه القواعد أن الأموال التي يجب أن تعود إلى السلطة مانحة الالتزام، تعتبر مملوكة لها منذ البداية وتعتبر أيضاً من هذا الوقت جزءاً من الأموال العامة. فهل تسري هذه القاعدة على سائر عقود التفويض الأخرى؟

إن هذه القاعدة منطقية، لأن هذه الأموال يجب أن تعامل كلها على أنها أموال ضرورية ودائمة للمرفق، وبالتالي فإنها تطبق على كل عقود تفويض المرفق العام. والقاعدة تطبق على عقود الالتزام كما سبقت. أما في عقود الإيجار، فإن المستأجر يستخدم منشآت ليس هو مالكةا، وإنما هي ملكية الإدارة المتعاقدة، لكن ذلك لا يمنع أن يكون قد قام بتنفيذ انشاءات على نحو ما قدمنا. أما فيما يتعلق بمشاهدة

1- فتحي عبد الصبور، الآثار القانونية للتأميم، 1967، ص 153.

الاستغلال والإدارة، فإن المتعاقد يتولى إدارة المرفق لحساب لشخص العام، الذي يظل مالكا للمنشآت، ولا توجد منشآت خاصة بالمسؤول عن الإدارة¹.

ومع ذلك، توجد حالة يصعب تطبيق القواعد المتقدمة عليها. وهذه الحالة تتعلق بإيجار الحكر، عندما يشكل عقد تفويض مرفق عام. فالمبدأ في إيجار الحكر، أن جميع الأموال التي قام المستأجر ببنائها تظل مملوكة له أثناء مدة العقد وليست ملكا للمؤجر².

أ - القواعد العامة في تحديد مصير أموال المرفق:

إن الأموال التي ترتبط بعملية التفويض متنوعة من حيث طبيعتها ومصدرها. فمن حيث الطبيعة، قد تكون هذه الأموال عقارية كالأراضي والمنشآت العقارية، وقد تكون منقولة أيضاً. ومن حيث المصدر، فإن البعض منها عهدت به سلطة التفويض إلى المفوض إليه للمساهمة في تسيير المرفق مثل أجزاء الدمين العام في بعض أنواع عقود الالتزام مثل السكك الحديدية، أما البعض الآخر فإن المفوض إليه هو الذي اكتسبه سواء في بداية أو أثناء تفويض المرفق.

وتوجد ثلاث قواعد أساسية تحكم مصير هذه الأموال:

أما القاعدة الأولى، فهي أنه يجب التمييز بين هذه الأموال. فمنها ما يعود إلى سلطة التفويض مجانا، ومنها ما يؤول إليها بمقابل، ومنها ما يظل للمفوض له.

أما القاعدة الثانية، فهي أنه توجد قواعد عامة لنظام كل طائفة من هذه الأموال، لكن هذه المبادئ ليست مطلقة، وإنما هي نسبية لذلك من الهام الرجوع دائما إلى دفاتر الشروط في عقود تفويض المرفق العام، وذلك للتعرف على النية المشتركة للأطراف المتعاقدة.

أما القاعدة الثالثة فهي أن الأموال التي تعود إلى الدولة يجب أن تكون في حالة جيدة صالحة للاستخدام. وهذه القاعدة تفرض حتى دون وجود نص خاص في دفتر الشروط، بل وتملك سلطة

1- J.B. Auby, Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion deleguee du service public, RFDA, 1997, sup. N. 3, P. 12.

2- J-B. Auby, precite, P. 12.

التفويض أن توقع على المفوض إليه جزء في حالة الاخلال بهذا الالتزام، ويتمثل في تخفيض قيمة التعويض المستحق له عن استرداد هذه الأموال، أو الخصم من الكفالة.

ونعرض لهم القواعد التي تخضع لها الطوائف الثلاثة من أموال المرفق عند نهاية عقود تفويض المرفق العام.

1- أموال تؤول إلى الدولة وجوباً ومجاناً Biens de retour

- تحديد الأموال التي تؤول إلى سلطة التفويض وجوباً:

إن الأموال التي تؤول إلى الدولة مجاناً يمكن أن تكون مملوكة للسلطة المفوضة منذ البداية، ويمكن أن يكون المفوض له هو الذي قام بها أو اكتسبها أثناء تنفيذ عقد التفويض. وهذه الأموال بقسميها تشكل جزءاً، منذ البداية، من الأموال العامة لسلطة المفوضة، حتى ولو كانت الأموال التي قام بشرائها المفوض إليه، يمكن أن تكون قابلة للاستهلاك، إن انتفاع المفوض إليه بهذه الأموال، لا يتم استناداً إلى الاعتراف له بحق خاص، وإلا كان ذلك يعني أنه مالك لها، وإنما استناداً إلى سلطات آلت إليه من عقد التفويض بصفته مسؤول عن الأعمال.

وهذه الأموال هي تلك التي تشكل جزءاً لا يتجزأ من الاستغلال، وذلك لأن سبب أيلولة هذه الأموال هو ضرورة استمرار سير المرفق العام

وقد تكون الأموال التي تؤول إلى الإدارة المتعاقدة عقارية، مثل الأراضي والمصانع والتجهيزات العقارية وتوابعها. وإذا لم يرد تحديد هذه الأموال في دفتر الشروط، فإن القاضي يعتبر أن هذه الأموال هي التجهيزات أو الانشاءات الضرورية لمتابعة الاستغلال. من ذلك الانشاءات الثابتة الضرورية مثل ورش الصيانة، مستودعات الحافلات، غرف الانتظار والمراقبة¹

وقد تكون الأموال التي تؤول إلى الإدارة المتعاقدة منقولة، طالما أنها مخصصة للمرفق، من ذلك الأدوات، والأجهزة، والتجهيزات، التموين، وغير ذلك من الأموال المنقولة الضرورية لاستغلال المرفق

1- محمود عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 155

وصيانتته. وعلى سبيل المثال، فإنه في عقود إمتياز السكك الحديدية تؤول إلى الدولة الآلات المتحركة وهي القاطرات والعربات.

وقد تضمنت بعض قوانين الإمتياز الصادرة في مصر هذه القاعدة العامة. فقد نصت المادة الرابعة من القانون رقم 3 لسنة 1997، في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، على أنه تؤول إلى الدولة وفي نهاية الالتزام المطارات وأراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مبان، ومنشآت وأجهزة ومعدات مخصصة للاستعمال". وتطبيقاً لذلك، نصت المادة 1/5/3 من عقد التزام انشاء مطار مرس علم على أن يلتزم الطرف الثاني والثالث بتسليم المطار بكافة الانشاءات والتجهيزات والمعدات وقطع الغيار والخامات الموجودة على المساحة الكلية للمشروع إلى المالك دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستخدام والتشغيل.

والأموال الضرورية للاستغلال المرفق تؤول إلى الدولة وجوبياً، وبقوة القانون لأنه لا يتصور وجود المرفق بدونها. ومع ذلك، فإنه يجوز أن يتضمن العقد نصاً مؤداه، أن بعض الأموال يمكن أن تؤول إلى الدولة اختبارياً، أي في حالة ما إذا اختارت الإدارة عودة هذه الأموال إليها. وهذا الشرط، يسمح للإدارة أن تنجنب أيلولة أموال إليها، قد تكون غير قابلة للاستعمال. وفي هذه الحالة، يلتزم الملتزم أو المستأجر أن يزيلها على نفقته دون تعويض¹.

- أيلولة الأموال اللازمة للاستغلال إلى الإدارة مجاناً:

القاعدة أن الأموال التي تؤول إلى الدولة "وجوبياً"، تؤول إليها أيضاً "مجاناً". ولا شك أن هذه القاعدة مفهومة، إذا كانت هذه الأموال مملوكة منذ البداية للسلطة المفوضة، ثم قامت بوضعها تحت يد المفوض إليه لاستخدامها في عملية الاستغلال.

غير أن هذه القاعدة تبدو غير مفهومة، إذا كانت هذه الأموال قد قام بتنفيذها الملتزم أو المستأجر من ماله الخاص، سواء في بداية أو أثناء عقد التفويض.

يجب أولاً أن نشير إلى أن أعمال هذه القاعدة بالنسبة لهذه الطائفة من الأموال، يتطلب إما أن يكون هناك نص تشريعي أونص في عقد التفويض يميز أعمالها، وإلا كانت الأيلولة "بمقابل".

1- A. de Laubadere et autres, Op. Cit., n. 1509.

وفي هذا المعنى يؤكد مجلس الدولة في مصر أن القانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة لا يتضمن نصاً صريحاً يقضي بأيلولة موجودات المرافق العامة التي تدار بطريقة الالتزام إلى الدولة بدون مقابل عند انقضاء مدة الامتياز، ويتعين الاتفاق عليها سلفاً بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم، ومن ثم فلا وجه لانتقال الملكية للحكومة بالجمان، ما لم يقر على ذلك نص في عقد الالتزام¹.

ومن الملاحظ أن قوانين التزامات المرافق العامة في مصر قد تضمنت النص على أيلولة موجودات المرفق بدون مقابل²، وذلك فيما عدا القانون رقم 100 لسنة 1996 والذي أجاز منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد كهرباء.

ويجب ثانياً إعمال هذه القاعدة، أن يكون المفوض له قد توافر له الوقت عند انتهاء عقد التفويض على استهلاك هذه الأموال من حصيلة الاستغلال، فإذا لم يتمكن من استهلاكها، إما لأن العقد قد انتهى قبل الأوان، وإما لأنه يتمكن من استهلاكها لأنه قد قام بتنفيذها أثناء الاستغلال ولم تكف المدة الباقية للاستهلاك، ففي هذه الحالات فإن قاعدة أيلولة الأموال بمقابل لا تطبق، وإنما يجب أن تكون أيلولة هذه الأموال بمقابل.

1-أموال تؤول إلى الدولة بمقابل Biens de reprise

- تحديد الأموال التي تعود إلى الدولة بمقابل:

إن تحديد هذه الأموال يتم أيضاً في دفتر الشروط. وبصفة عامة، فإن دفتر الشروط يضع في هذه الطائفة. الأموال التي شكل جزءاً لا يتجزأ من الاستغلال ولكن هذه الأموال تكون لها صفة المنقولات. ومع ذلك، ليس ما يمنع أن ينص دفتر الشروط على أيلولة هذه الأموال مجاناً. وبالمقابل أيضاً، يمكن أن يتضمن دفتر الشروط النص على عودة بعض الأموال العقارية بمقابل.

والأموال التي تؤول إلى الدولة بمقابل، تعتبر أنها مملوكة للملتزم أوللمستأجر أثناء مدة الالتزام أوالإيجار، وهذا على خلاف الأموال التي تؤول مجاناً إلى الدولة إذ تعتبر مملوكة لها منذ البداية¹.

1- فتوى إدارة الرأي لمصلحة السكك الحديدية، 4 يونيو 1955، المجموعة، ص 10، 288.

2- المادة 4 من القانون رقم 3 لسنة 1997، في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، المادة 2 من القانون رقم 229 لسنة 1996، بشأن منح التزامات انشاء طرق حرة وسريعة ورئيسية وإدارتها واستغلالها وصيانتها.

ويحدد العقد ما إذا كانت هذه الأموال تؤول إلى الدولة وجوباً أو اختيارياً.

❖ كيفية تحديد المقابل في حالة أبلولة هذه الأموال:

يحدد العقد عادة أسس هذا المقابل. وفي الشأن، يمكن اللجوء إلى إحدى طريقتين:

أما الطريقة الأولى، وهي التي تتم عادة، فإنه تقدير الأموال يتم لحظة الاسترداد، أي عند نهاية الإمتياز أو الإيجار، أو في لحظة الشراء، أو في أي وقت يتم فيه الاسترداد ولوقبل انتهاء مدة الإمتياز والإيجار. ويرجع في تقدير قيمة الأموال إلى أهل الخبرة². فالثمن يتحدد وفقاً للقيمة السوقية للأموال.

أما الطريقة الثانية، فهي تقدير قيمة الأموال وفقاً لقيمة الاستثمارات الأولى مخصوصاً منها الاستهلاكات التي تحققت. ومعنى ذلك، أن يكون أساس التقييم هو القيمة الأساسية للمال، ثم يتم خصم وحدة تمثل الاستهلاك العادي، وهذه الوحدة تتضاعف بعدد السنوات التي انقضت منذ تاريخ الاستثمار. وهذا ما يعرف باسم الثمن بعد خصم الاستهلاك³.

ويلاحظ أن نظام الأموال التي ترتبط باستغلال المرفق، والتي تؤول إلى الدولة وجوباً، ينطبق على كافة عقود التفويض التي تلقى على عاتق المفوض إليه القيام باستثمارات. بل ويلاحظ أن التمييز بين الطوائف الثلاثة من الأموال صالح أحياناً في بعض العقود التي تقترب من عقود تفويض المرفق العام مثل مقاولات الأشغال العامة⁴.

2- أموال تبقى ملكاً للملتزم أو المستأجر

3- تحديد الأموال التي تبقى ملكاً للمفوض له

1 - محمود عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 157

2- A. de laubadere et autres, Op. Cit., n. 1513.

3- Ibidum.

4- C.E., 4 octobre 1978, Societ marseillaise de credit, RDP, 1980, P. 1485.

إنه الأموال التي تبقى ملكاً للمفوض له، هي تلك التي لا تشكل جزءاً لا يتجزأ من الاستغلال، ويتكون مملوكة له منذ البداية. وهذه الأموال أن تكون مستقلة عن المرفق، وإما أن تكون مخصصة للمرفق لكنها لا تعتبر كلاً لا يتجزأ عن المشروع.

وهذه الأموال التي تبقى ملكاً لمفوض له، هي بالضرورة أموال مملوكة له، سواء في بداية عقد التفويض، أو أثناء تنفيذ العقد.. ومع ذلك يلاحظ، أنه إذا كانت الأموال التي تبقى مملوكة له هي تلك أقدمها، إلا أن ليس كل حال كان مملوكاً للمفوض له يظل مملوكاً له بعد انتهاء العقد، فقد يؤول المال مقابل إلى الدولة بينما كان مملوكاً للمتعاقد أثناء العقد.

ويطلق على هذه الأموال "الدومين الخاص لمفوض له".¹

الفرع الثاني تصفية الحسابات بين السلطة المفوضة والمفوض إليه

بانتهاؤ عقد التفويض، فإن الوقت يكون ملائماً لتصفية الحسابات المالية بين الأطراف المتعاقدة. صحيح أن المفوض إليه يتقاضى مقابلاً مالياً يعتمد أساساً على نتائج الاستغلال، غير أن الحصول على هذا المقابل لا يمنع من وجود علاقات مالية بين المفوض إليه والسلطة المفوضة، ومن ثم يجب تسوية هذه العلاقات. وغالباً، تنص دفا تر الشروط على أنه عند نهاية العقد، فإنه يتم اللجوء إلى تصفية الحسابات، التي تحدد الديون والحقوق المتبادلة بين أطراف العقد.

وإجراء التسويات المالية يأخذ في الاعتبار التعويضات المستحقة بسبب الأخطاء التعاقدية لأحد الطرفين، من ذلك إهمال المفوض له في صيانة المنشآت، أو الفسخ الجزائي غير المشروع.²

إن إجراء التسوية المالية بين السلطة المفوضة والمفوض إليه يخضع لعدة مبادئ أساسية. وفي الشأن، يمكن أن نشير إلى المبادئ الثلاث الآتية:

أما المبدأ الأول، فمؤاده أن التسوية المالية تخضع للشروط الواردة في العقد. وهذه الشروط ذات طبيعة عقدية، ولا تتعلق بتنظيم المرفق، وبالتالي لا يجوز للإدارة تعديلها من جانب واحد.

1- domaine prive du concessionaire ou du fonmier.

2 - محمود عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 158

أما المبدأ الثاني، فمؤاده أن التسوية المالية تتم وفقاً للنية المشتركة للأطراف المتعاقدة، وذلك بالتفسير والتطبيق الضيق للشروط التي تتعلق بالتسوية المالية.

وأما المبدأ الثالث، فمؤاده أن التسوية المالية تتطلب من المفوض له أن يقوم بتقديم الحسابات، مثل حسابات الاستثمارات الأولى وحساب الاستغلال. وتقديم الحسابات أمر وجوبي، حتى ولو لم يقرر العقد ذلك.

الفرع الأول : مدى تطبيق مبدأ حق الضمان العام:

إن المبدأ العام في قانون الالتزامات المدنية هو أن حق الضمان العام للدائن يرد على الذمة المالية للمدين. وتطبيقاً لذلك، فإن الجانب الإيجابي للمفوض له يجب أن يكون دائماً في خدمة الضمان العام للسلطة المفوضة.

وهذا المنطق القانوني المجرد يمكن أن يثور في الحالتين الآتيتين:

فمن ناحية، فإن المفوض له يجب أن يقوم برد المبالغ التي قدمتها السلطة مانحة التفويض، إذا كانت هذه المبالغ ليست سوى مجرد سلف والسؤال هنا هل يطبق المبدأ العام بشأن حق الضمان العام؟ بمعنى أن استرداد هذه السلفة يمكن أن يتم من جانب السلطة المانحة على جميع الذمة المالية للمفوض له. ومن ناحية أخرى، إذا كانت المقاصة جائزة في العقود الإدارية، فهل يمكن للسلطة مانحة التفويض أن تمارس هذه المقاصة على جميع العناصر الإيجابية للذمة المالية للمفوض له؟

إن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يذهب إلى أن السلطة مانحة الالتزام لا تملك عموماً حق الضمان العام على أصول الالتزام، ولكن لها فقط ضمان محدود على بعض عناصر هذه الأصول، وأنه على هذه العناصر فقط، يكون لمانح الالتزام أن يتابع استرداد حقوقه أو إجراء المقاصة¹

ويلجأ مجلس الدولة، من أجل استبعاد مبدأ الحق في الضمان العام، إلى النية المشتركة لأطراف العقد، حسبما تتضح من الطبيعة العامة للعقد.

1 - محمود عبد الطيف، المرجع السابق، ص

ويعتبر حكم المجلس الصادر في 11 أغسطس 1922 الحكم الأساسي في هذا الموضوع. وقد أرسى المجلس، في هذا الحكم المبادئ الآتية¹:

1- أن طبيعة عقد التزام السكك الحديدية، والشروط المالية الواردة فيه، تتعارض مع قيام السلطة مانحة الالتزام من متابعة استرداد حقوقها بذات الأوضاع التي يجوز فيها للدائن العادي القيام بها وفقاً للقواعد العامة، وأنه إذا قضى مجلس المديرية بأنه يجوز للسلطة مانحة الالتزام أن تتابع حقها المضمون على جميع الأصول المنقولة والعقارية للشركة، بما في ذلك أموال الطوارئ والدومين الخاص، فإنه يكون قد أعطى لحقوق الدولة مضموناً واسعاً أكثر من اللازم.

2- يخرج عن حق الضمان العام، وبالتالي كل امكانية للمقاصة، الوحدة السنوية annuite المقرر لاسترداد الأموال، والمستحقة للملتزم، لن هذه الوحدة السنوية، وفقاً للنية المشتركة للأطراف، يجب أن تظل لدى الشركة الملتزمة، في جميع الأحوال، دون تغيير.

3- ويخرج أيضاً عن حق الضمان العام، الجزء من العناصر الإيجابية الذي يحد مصدره في المبالغ التي دفعها الالتزام لضمان الحد الأدنى، ولا يجوز لمنح الالتزام وهو تباع تحصيل السلف من هذا الجزء، أن يقوم باسترداد مبالغ على مبالغ نشأت عنها حقوق مكتسبة وفقاً لنظام الضمان.

وبالمقابل، فإن منح الالتزام يمكن أن يتابع اقتضاء حقوقه على كل الجزء من أصول الالتزام مثل التركيبات والأدوات وغيرها والتي أقيمت من رؤوس أموال ناشئة عن مقابل تحقق من الاستغلال.

الفرع الثاني : توزيع الأموال المخصصة واسترداد الكفاية:

إن تصفية أموال عقود التفويض ولا سيما الإمتياز أو الإيجار تتضمن توزيع الأجزاء الباقية لمختلف الأموال التي تناولها العقد، مثل أموال الاحتياطي وأموال الأشغال وأموال الطوارئ. ويحدد العقد كيفية توزيع هذه الأموال.²

1- محمود عبد اللطيف، المرجع السابق، ص

2- A. de Laubadere et autres, Op. cit., n. 1518.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن الملتزم أو المستأجر الحق في استعادة الكفالة، أو الباقي منها، إذا كان قد سبق أن استرد جزءا منها. ويجوز للسلطة مانحة الإمتياز أو المؤجرة أن تستقطع من الكفالة نفقات صيانة المنشآت. وإسقاط الالتزام أو الإيجار يمكن أن يقترن بفقد الملتزم أو المستأجر للكفالة.

الفصل الثاني :

عقود البوت وعقود الشراكة

صور حديثة للخصوصية

الفصل الثاني :

عقود البوت والشراكة صور

حديثة للخصوصية

في ظل تزايد الحاجات العامة وضرورة تلبيتها بفعالية ونوعية، أضحي من أهم نتائج هذه التحولات السعي وراء الحد من العجز الذي تعرفه المرافق العامة بالموازاة مع ضمان المستوى المطلوب من الخدمة العمومية، وكانت أهم ملامح هذا التطور في إخضاع النشاط الاقتصادي لإليات الخصوصية، التي تغل يد الدولة عن مباشرة الكثير من أوجه هذا النشاط، مفسحة المجال للمبادرة الفردية والقطاع الخاص في تمويل وإدارة المشاريع والتجهيزات العامة.

وتمثلت الحلقة الأخيرة في هذا التطور المستمر، في لجوء الحكومات إلى أساليب أوصيغ تمويلية حديثة في إقامة مشاريع البنية الأساسية من مطارات وطرقات ومحطات لتصفية مياه البحر والجسور... الخ، اشتركت جميعها في الاعتماد على القطاع الخاص المحلي منه والأجنبي بصورة رئيسية ومحورية، وبأشكال ودرجات متفاوتة، دون تهميش إلزامية تفعيل دور الدولة في ضرورة الأخذ بمبدأ التعاون لتحقيق التنمية، بما يضمنه لها من الرقابة على حسن أداء مشاريعها التي تعد من الاعتبارات التي تعكس سيادتها على أراضيها.

برز من تلك الصيغ ما يعرف بعقود الشراكة بين القطاعين العمومي والخاص التي يرمز لها اختصارا بتسمية "P.P.P" وكذا عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أو ما يسمى بنظام البوت "B.O.T" كمصطلحات عملية للشراكة الضرورية بين القطاعين في إطار تعاقدية، وقد سارعت أغلب البلدان النامية منها والمتقدمة قبلها إلى تبني هذه العقود نظرا لأهميتها في تطوير وتحديث مرافقها العامة ولاعتبارها من الخيارات الموجهة للدول النامية لحل مشكلة البنية الأساسية لما توفره من قدرات مالية ضخمة وتكنولوجيات عالية، وهو ما جعلها تتسابق لاستقبال هذه المشاريع البعض منها عن دراية

بمختلف الجوانب القانونية المحيطة بهذا النوع من العقود، والبعض الآخر اندفاعاً ولدته الضرورة الحتمية لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

فعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص تعد في الوقت الحاضر الوسيلة الأهم التي تستعين بها الدول لتمويل وإدارة مرافق البنية الأساسية فهي نموذج جديد وتطبيق متطور لعقود امتياز المرافق العامة وفي الوقت نفسه صورة من صور عقود الاستثمار.

المبحث الأول

ماهية عقود التشغيل والبناء والتحويل B.O.T

تتنافس الدول فيما بينها في الأونة الأخيرة لترقي بمشروعات البنية الأساسية بصفة عامة والمرافق العامة بصفة خاصة، لتتمكن من تقديم المستوى الرفيع لمواطنيها من الخدمات المختلفة حتى تحقق لهم حياة أفضل، وعادة ما تلجأ الحكومات إلى الاعتماد على موازنتها لتنفيذ هذه المشروعات الضخمة بيد أن الحكومات قد بدأت في الأونة الأخيرة في الانسحاب من هذه المشروعات المرهقة لموازنتها وإعطاء الفرصة كاملة للقطاع الخاص للقيام بالجزء الأكبر من هذه المشروعات، بل والوقوف إلى جواره حتى يتمكن من القيام بهذا الدور الحيوي والرئيسي. بيد أنها ومن ناحية أخرى وضعت مجموعة من الضوابط لتتمكن من حماية المصلحة العامة وحماية مصلحة الجمهور وتؤكد من كفاءة وقدرة القطاع الخاص على إنجاز هذه الأعمال الضخمة¹.

وقد وجدت حكومات الدول المختلفة في نظام ال B.O.T خير ملاذ لتحقيق هذا الغرض، لأنه يجنبها مغبة اللجوء إلى الاقتراض أو الاستدانة من العالم الخارجي في الوقت ذاته يحافظ على ما هو موجود لديها من أرصدة أجنبية. ومن خلال هذا النظام تستطيع الدول تقديم الخدمات الأساسية وسد حاجات المواطنين إلى المرافق العامة وتخفيف العبء عن كاهل الدولة وتوفير مواردها وإنفاقها في أوجه الإنفاق الأخرى.

1- حمدي عبد العظيم "عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق"، منشور ضمن سلسلة إصدارات البحوث الإدارية بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية بعنوان "مشروعات البوت ال B.O.T وأحوالها الجوانب القانونية والاقتصادية"، طبعة سنة 2001، ص 11.

ونظراً لأهمية نظام الـ B.O.T سواء على المستوى الدولي أو على المستوى المحلي فإنه يجدر بنا أن نقسم هذا الفصل إلى المبحثين الآتيين:

المطلب الأول: تطور نشأة عقود الـ B.O.T وتمييزها عن العقود المشابهة لها.

المطلب الثاني: تعريف عقود البوت وبيان خصائصها.

المطلب الأول تطور نشأة عقود الـ B.O.T وتمييزها عن العقود المشابهة لها

بالرغم من ظهور نظام الـ B.O.T على المستوى الدولي والمحلي منذ فترة قصيرة، إلا أنه اكتسب أهمية خاصة نظراً لانتشار هذا النظام في مختلف دول العالم المتقدم منها والتي في طريقها إلى التقدم، لما يمثله هذا النظام من طوق النجاة للكثير من دول العالم خاصة النامي منها، باعتباره وسيلة تمكنها من إنشاء مرافقها ومشاريعها الكبرى بعيداً عن موازنتها العامة. وقد كان أول ظهور لهذا النظام بهذا المسمى على يد رئيس الوزراء التركي في منتصف الثمانينات من القرن العشرين، غير أن البعض يرد هذا النظام إلى صدر الدولة الإسلامية بل إن البعض الآخر يرد هذا النظام إلى عصر الدولة الرومانية.

وأياً ما كان أمر هذا الخلاف فإن هناك حقيقة مؤكدة هي أن هذا النظام لم يظهر بهذا المسمى إلا منذ فترة قصيرة لا تتجاوز العشرين عاماً الأخيرة من القرن العشرين. ونظراً لأن هذا النظام أتى بتعبيرات ومصطلحات من دول الغرب فإنه يجدر بنا أن نتعرض في دراستنا لضبط هذه المصطلحات.

وعلى ذلك فإننا سوف نقسم هذا المبحث للمطلبين الآتيين:

الفرع الأول: تطور نشأة عقود الـ B.O.T

الفرع الثاني: التمييز بين عقد الـ B.O.T والعقود المشابهة له.

الفرع الأول تطور نشأة عقود الـ B.O.T

إذا علمنا أن قيمة المشروعات التي تم تنفيذها بنظام الـ B.O.T على المستوى الدولي بلغت مليارات دولارات. فإنه من الجدير بنا البحث عن بداية ظهور هذا النظام سواء على المستوى الدولي أو المحلي، وإذا كان العمل قد بدأ بهذا النظام تحت هذا المسمى منذ منتصف الثمانينات من القرن العشرين تقريباً، إلا أن لجوء دول العالم المختلفة إلى تبني سياسة الاعتماد على القطاع الخاص لإقامة

مشروعات البنية الأساسية قد ظهر منذ قديم الزمن. فهناك من يرجع ظهور هذا النظام إلى عصر الدولة الرومانية حيث كانت مشروعات الطرق والجسور تمول عن طريق القطاع الخاص ثم يتولى الممولون بعد ذلك تحصيل ما دفعوه من المنتفعين بخدمات تلك المشروعات¹، وهناك من يرد ظهور هذا النظام إلى صدر نظراً لاتفاق طبيعة الحكر بصورة المتعددة مع نظام ال B.O.T في عدة نواح أهمها:

● الحاجة إلى مصدر تمويل خارجي.

● الممول يقيم المشروع على أرض الجهة التي تطلب التمويل.

● ناظر الوقف أو الدولة لا يتنازل عن ملكية الأرض.

● الممول يستفيد من المشروع (الأرض - البناء - الغرس).

● ناظر الوقف أو الدولة يحقق الإعمار أو الإنماء.

● وينتهي هذا الرأي إلى القول بأن نظام ال B.O.T ليس أسلوباً استحدثه الغرب ابتداءً بل هو تطوير لنظم إسلامية قديمة.²

وهناك من يرجع ظهور هذا النظام إلى عصر الالتزام في فرنسا منذ القرن الثاني عشر عام 1782م عندما أبرمت الحكومة الفرنسية عقداً بينها وبين إحدى شركات القطاع الخاص وهي شركة "بيريه إخوان" لتوزيع المياه في مدينة باريس ثم انتشر هذا النظام بعد ذلك هناك خاصة بعد عام 1830 وكذلك امتد خارج فرنسا إلى كل من إسبانيا وإيطاليا وألمانيا³. وقد ذهب رأي آخر إلى القول بأن أول مشروع نفذ بهذا النظام في القرن التاسع عشر هو مشروع حفر قناة السويس بمقتضى العقد الذي أبرم بين

1- ماهر محمد حامد أحمد، النظام القانوني لعقد (البوت) B.O.T، رسالة دكتوراه، حقوق بنها، مصر، سنة 2004، ص 47 وما بعدها.

2- ندوه الأربعاء حول "هل نظام ال B.O.T نموذج معدل من صور الحكر الت استخدمها المسلمون" الباحث أحمد محمد خليل الإسلامي، تاريخ 1422/9/6 هذه 2001/11/21م أعمال ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي. منشور بالموقع الإلكتروني

<http://islamiccenter-kaau-edu.sa/hewarwed/abs/117.htm>

3- محمد بهجت عبد الله قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ال B.O.T أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية بنظام ال B.O.O.T دار النهضة العربية، ص 4.

الحكومة المصرية من ناحية وبين الشركة العالمية لقناة السويس البحرية من ناحية أخرى، والتي تم تأسيسها بمعرفة الفرنسي "فرديناند ديبسبس" في 30 سبتمبر عام 1854 م والذي يعد بدوره من أضخم المشروعات آنذاك¹، ثم انحسر هذا النظام بعد الحرب العالمية الثانية بسبب انتشار النظم الاشتراكية وزيادة دور الدولة وتقلص دور القطاع الخاص.

بيد أنه ما لبث أن عاد من جديد باسم جديد وهو ال B.O.T وكان ذلك في منتصف الثمانينيات من القرن العشرين، وكان رئيس الوزراء التركي²، تورجوت أوزال Turgotozal أول من استخدم تعبير ال B.O.T للإشارة إلى هذا النوع من المشروعات عند قيامه بتنفيذ مشروع كوبري الفوسفور ومحطة الكهرباء وكان ذلك عقب فوزه "بالانتخابات" في بداية الثمانينيات، وتعد الاتفاقية التي تمت بين الحكومتين الفرنسية والإنجليزية من ناحية وشركة يورتينال Eurtunal من ناحية أخرى، لإنشاء وتشبيد نفق المانش³، والذي يربط بين فرنسا وإنجلترا من أوائل المشاريع المنفذة طبقاً لنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل B.O.O.T.⁴

كما عرفت الولايات المتحدة الأمريكية هذا النظام منذ قيام الثورة الصناعية حيث كان يتم بناء الطرق وتشغيلها من قبل القطاع الخاص مقابل الرسوم التي يدفعها مستخدموه هذه الطرق⁵. وعملت الحكومة على تشجيع الاستثمار عن طريق القطاع الخاص في مجال تشبيد الطرق والجسور وذلك بمقتضى القانون الفيدرالي الخاص بالنقل الصادر في 18/12/1991م وقد تأكد هذا الاتجاه في ظل حكم

1- وقد تم افتتاح القناة للملاحة البحرية عام 1869م بطول يبلغ 195 كم ولمدة "99" عاما بتكلفة إجمالية قدرها ثمانية عشر مليون جنيه إسترليني، وقد حققت شركة المشروع ارباحاً طائلة من هذه القناة، محمد مجت عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 4.

2- محمد المتولي، التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل والتمويل ال B.O.T، الجزء الأول، طبعة 2001، ص 7.

3- وقد بدأت الأعمال الإنشائية التمهيديّة في هذا المشروع العملاق عام 1987 وقد انطلقت بالفعل أول رحلة من محطة ووترلون من لندن إلى باريس في الثالث والعشرين من يناير عام 1995، وتبلغ مدة التزام هذا المشروع حوالي خمسون عاماً تنتهي في عام 2042م هاني صلاح سري الدين. الإطار القانوني لمشروعات لبنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل في مصر، المرجع السابق، ص 10.

4- محمد غازي الجلاي، رسالة للدكتوراه في الهندسة الإنشائية بعنوان "نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل في تشبيد مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية" جامعة عين شمس، يناير 2000، ص 22 وما بعدها.

5- ماهر محمد حامد أحمد، المرجع السابق، ص 54.

الرئيس الأمريكي بيل كلينتون من خلال إصداره للقرار رقم 12893 في 28 يناير 1994 لتشجيع الاستثمار بنظام ال B.O.T.¹

وطبقت الدول النامية هذا النظام ففي الفلبين لجأت الدولة لهذا النظام منذ عام 1989 حين أنشأت في ناقوتاس محطة غاز توربينية لتوليد الطاقة بطاقة إنتاجية قدرها 200 ميغاوات، كما ظهر هذا النظام في هونج كونج عندما أنشأت مؤسسة هويوبل للطاقة محطة للغاز وبدأت العمل في نفق هونج كونج عام 1986 بتكلفة بلغت 442 مليون دولار.² وكذلك استخدمت فيتنام الجنوبية هذا النظام عندما أنشأت نفقا تحت الماء في نهر سايجون بمدينة هوتش منة.

كما أن البلاد العربية لم تكن بعيدة عن هذا الأسلوب فقد طبقته لبنان في 1994/8/3 عن طريق الاتفاق المبرم بين الحكومة اللبنانية وشركة فرنسية تسمى FTMI للإنشاء وتشغيل التلفون المحمول GSM وكانت مدة الالتزام عشر سنوات في عام 2004م، ثم توالى بعد ذلك المشروعات المنفذة بهذا الأسلوب في لبنان وغيرها من البلاد العربية.³ كما ظهر هذا النظام في مصر في بداية السبعينات من القرن الماضي⁴ حين لجأت الحكومة المصرية إلى هذا الأسلوب لإنشاء وإدارة جراج

1- هاني صلاح سري الدين "الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية" المرجع السابق، ص 10.

2- محمد المتولي، التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل والتمويل ال B.O.T المرجع السابق، هامش ص 7.

3- محي الدين القيسي، التجربة اللبنانية في عقود ال B.O.T البناء والتشغيل والتمويل، ورقة عمل مقدمة إلى "مؤتمر مشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص" شرم الشيخ بتاريخ 29، 30 سبتمبر 2001م، سبقت الإشارة إليه.

4- ذهب البعض الى القول بأن أول مشروع نفذ بنظام ال B.O.T في العالم هو مشروع قناة السويس عن طريق الشركة العالمية لقناة السويس برئاسة الفرنسي ديليسبيس والذي جمعته صداقة حميمة مع الوالي محمد سعيد، وقد مر مشروع حفر القناة بمرحلتين، المرحلة الأولى كانت في الثلاثين من نوفمبر عام 1854 عن طريق عقد الامتياز الأول، والمرحلة الثانية كانت في الخامس من يناير سنة 1856م.

وقد جاءت نصوص كلا العقدين مجحفة للجانب المصري ويتضح ذلك من مطالعة أهم بنود هذين العقدين.

-فقد أبرم العقد بتسرع شديد من الجانب المصري دون مراجعة من جانب أحد المستشارين القانونيين أو المالىين.

-كانت مدة الالتزام 99 عاما قابلة للتجديد لمدة 500 عام بزيادة مقدارها 5% عن كل 100 عام.

-اشتراط العقدان أن يكون ديليسبيس هو رئيس الشركة في السنوات العشر الأولى من بدء التشغيل.

-منحت الحكومة المصرية الأرض اللازمة للمشروع بالمجان معافاة من الضرائب فضلا عن الإعفاءات الجمركية والضرائب على جميع المواد والمعدات اللازمة للمشروع والتي يتم استيرادها.

البستان في وسط القاهرة، ثم بعد ذلك في عام 1987 عندما تعاقدت إحدى شركات مجموعة (دلة البركة) وهي شركة (إلسر) لتحلية وتنقية المياه فقامت أول محطة لهذا الغرض بالگردقة.¹ ثم توالى بعد ذلك العديد من المشروعات التي نفذت بهذا النظام مما اضطر الحكومة إلى التدخل وتعديل بعض القوانين وإصدار بعض القرارات لتهيئ لهذا النظام البيئة القانونية المناسبة.

حيث أصدر مجلس الوزراء القرار رقم 4 لسنة 1998 بشأن محطة كهرباء سيدي كيرير البخارية وكذلك القرار رقم 1 لسنة 1998 بمنح التزام وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام البوت B.O.T لشركة "إيماك مرسى علم" لتشغيل وإدارة المطارات "شركة مساهمة مصرية"، وكذلك القرار رقم

- تقسم أرباح المشروع بنسبة 15% للجانب المصري، 10% لأصحاب الفكرة، 75% لشركة قناة السويس.

- نص العقد على أن يكون 80% من العمال المستخدمين في أعمال الحفر اليدوي من المصريين بنظام السخرة وتحت مسئولية الحكومة المصرية.

هذا وقد تم فتح القناة للملاحة البحرية في السابع عشر من نوفمبر سنة 1869 بتكلفة بلغت 18.144 مليون جنيه إسترليني بزيادة قدرها عشرة ملايين جنيه غسترليني عما كان مقدراً لها، وقد بلغ طول القناة حوالي 195 كم وقد حققت الحكومة البريطانية أرباحاً وصلت إلى حوالي عشرة أضعاف تكلفة المشروع بمضي العقد الأول من القرن العشرين.

كما قد أعقب مشروع شق قناة السويس العديد من المشروعات بنظام الامتياز فقد منحت الحكومة المصرية للمهندس M. Cordier امتياز لتوريد المياه إلى مدينة الإسكندرية لمدة 25 عاماً، وفي عام 1865 منحت الحكومة المصرية السيد شارل لبيون البلجيكي امتياز الغاز في القاهرة ثم مدينة الإسكندرية. وفي عام 1875 منحت الحكومة المصرية لرجل الأعمال الفرنسي، مانوري امتياز الغاز لمدينة بورسعيد، وفي عام 1881 منحت الأمريكي مستر "بيل" امتياز أول خط تليفوني بين القاهرة والإسكندرية وفي عام 1887 تم منح امتياز لتجفيف بحيرة أبو قير وأصبحت الأرض ملكاً للملتمزم مع إعفائه من الضرائب لعدة سنوات، وكذلك في عام 1894 منحت الحكومة المصرية إحدى الشركات البلجيكية امتياز مرفق التزام بمدينة القاهرة لمدة تنتهي في ديسمبر 19463 وقد تم تجديد الامتياز إلى 1978/6/30، هذا وقد تم تأميم معظم هذه المشروعات في عهد الزعيم الراحل جمال عبد الناصر في الفترة ما بين عامي 1956 - 1961م وعادت كل هذه المشروعات مرة أخرى إلى مصر المستشار محمود محمد فهمي، عقود ال B.O.T وتكييفها القانوني، مجلة مصر المعاصرة، العدد 461، 462 السنة الثانية والتسعون ص 7 وما بعدها.

عبد العزيز محمد الشناوي، قناة السويس والتيارات السياسية التي أحاطت بإنشائها، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، الجزء الأول من ص 68 وما بعدها. عبد البارى أحمد عبد البارى، التأميم وأثره في القانون الدولي العام - رسالة حقوق القاهرة سنة 1972 ص 63.

CHEHATA (T.), La concession de service public Eutde compare de droit administrative francais et egypteian, paris, 1941, P. 22.

1- إبراهيم درويش، مقال بعنوان "سلطة تحديد مدة المشروعات الاستثمارية في مجال المرافق العامة في نظام ال B.O.T جريدة الأهرام بتاريخ 1998/9/11م، ص 24.

2 لسنة 1998 بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العلمين بنظام الـ B.O.T لشركة "كاتو" للاستثمار شركة مساهمة مصرية، وكذلك قرار مجلس الوزراء رقم 3 لسنة 1998 بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار رأس سدر بنظام الـ B.O.T لشركة "دلتا جلف" شركة مساهمة مصرية.¹

وفي مجال النقل البحري صدر قرار مجلس الوزراء رقم 1 لسنة 1999 بمنح التزام وإنشاء وإدارة واستغلال رصيف متخصص في تداول المنتجات البترولية بميناء الدخيلة، وكذلك قرار مجلس الوزراء رقم 335 لسنة 2001 الصادر في 17 مارس 2001م بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة تسليم رصيف بحري بترولي متخصص بميناء دمياط بنظام الـ B.O.T للشركة الأسبانية المصرية للغاز (سيجاس)².

الفرع الثاني التمييز بين عقد الـ B.O.T والعقود المشابهة له

يعد مصطلح البوت B.O.T من المصطلحات الجديدة سواء في اللغتين العربية والقانونية. وإن كان هذا المصطلح قد ذاع صيته وتردد في الكثير من المحافل الاقتصادية والقانونية والعلمية المختلفة وعقدت له المؤتمرات³ والندوات في الجامعات المختلفة⁴ نظرا لأهميته بالنسبة لكافة الدول المتقدمة منها وأوحتى تلك التي في طريقها إلى التقدم، كما اهتمت بهذه المشروعات الكثير من المنظمات الدولية كالبنك الدولي وكذلك لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي الاونسيترال وغيرها.

1- الوقائع المصرية، العدد رقم 264 تابع (ب) في 19/11/1998.

2- وما يجدر الإشارة إليه أن مصر قد انفتحت قبل اللجوء الى هذا النظام حوالي 400 مليار جنيه خلال العشرين عام الأخيرة على مشروعات البنية الأساسية. مما أدى بطبيعة الحال إلى إرهاق موازنة الدولة خاصة بعد نجاح هذا النظام ي العديد من دول العالم. بيد أنه ومن ناحية أخرى حذر البعض من الإندفاع نحو هذا النظام دون دراسة كافية بل أن القيادة السياسية قد نادى في غير موضع بضرورة توخي الحذر بالنسبة لهذا النظام ووضع الضوابط اللازمة لهذه المشروعات. مصطفى السلاب، مقال بعنوان "التعاقد أهم مراحل المشروع والنجاح يعتمد على الجدوى الاقتصادية" جريدة العالم اليوم عدد رقم 3063 الصادر في 18/2/2001م.

3- حيث عقد مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي العديد من المؤتمرات والذي قد يتراوح عددها إلى ما يقرب من ستة مؤتمرات وكذلك عقد البنك الإسلامي بالاشتراك مع وزارة المالية مؤتمرا بخصوص هذا الموضوع.

4- عقدت جامعة القاهرة عدة ندوات بخصوص هذا الموضوع كان آخرها في مركز التنمية الإدارية بكلية الحقوق في 19 إبريل 2005م، وكذلك في جامعة المنصورة وغيرها.

لذلك كان لزاما علينا أن نتعرض لمصطلحات B.O.T ، B.O.O.T وغيرها من المصطلحات الأخرى ببعض من العناية محولين إزالة ما بها من غموض.

أولا : عقد البناء والتشغيل والنقل B.O.T:

يعتبر نظام B.O.T من أكثر المصطلحات شيوعا في الواقع العملي خاصة في الفترة الأخيرة ومنذ الثمانينيات من القرن المنصرم¹، ويتكون هذا المصطلح من أحرف ثلاثة هي اختصار لكلمات ثلاثة باللغة الإنجليزية وهي:

● (B) وهي اختصار لكلمة Build باللغة الإنجليزية وهي تعني البناء والتشييد أو إقامة المشروع وهي تساوي باللغة الفرنسية كلمة construction وهي تعني إقامة المشروعات الاستثمارية للبنية الأساسية أو المرافق العامة.

● (O) وهي الحرف الأول من كلمة OPERATE وهي تعني التشغيل أو الإدارة وتساوي بالفرنسية كلمة Exploitation.

● (T) وهي الحرف الأول من كلمة Transfer باللغة الإنجليزية وتعني النقل سواء نقل الملكية أو نقل المنفعة أو الحياة أو حتى نقل التكنولوجيا في نهاية مدة الامتياز وهي تساوي بالفرنسية كلمة Transfert.

وهذه الكلمات الثلاثة اختصرت في مصطلح B.O.T² هو ما شاع استخدامه بمعنى البناء والتشغيل والنقل والإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع.

ونلاحظ أن هذا العقد يتكون من طرفين.

الطرف الأول وهي الحكومة أو أحد ممثليها وتسمى السلطة المانحة.

والطرف الثاني وهي شركة المشروع كأحد أفراد القطاع الخاص وتسمى "الملتزم" وبمقتضى هذا العقد يقوم الطرف الأول "الحكومة" بمنح الطرف الثاني "شركة المشروع" امتيازاً لفترة زمنية محددة وذلك

1- محمد مجت عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 7.

2- ماهر محمد حامد أحمد، المرجع السابق، ص 17.

لتمويل وبناء Build وتشغيل operate أحد مشاريع البنية الأساسية¹ أو أحد المرافق العامة². لإشباع حاجات عامة لجمهور المنتفعين مدة معينة وبشروط معينة وتحت إشراف الطرف الأول المتعاقد معها على أن تنقل الشركة إلى الحكومة ملكية المشروع في نهاية مدة الامتياز في حالة جيدة قابلة للاستمرار وذلك بمقابل متفق عليه أو بدون مقابل في الإطلاق³.

ويلاحظ أن هذا النظام يقوم على مراحل ثلاثة وهي مرحلة البناء أو التشييد أي إقامة المشروع ثم مرحلة تشغيل المشروع ثم المرحلة الأخيرة وهي مرحلة نقل ملكية المشروع في نهاية مدة الالتزام والتي يتم الاتفاق عليها سلفاً⁴.

ثانياً: عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.O.T

صطلح BOOT Transfer – Build – Own – Operate⁵ لا يختلف كثيراً من حيث الألفاظ عن سابقه الـ B.O.T إلا بإضافة حرف هو(O) والتي هي اختصار لكلمة Own بمعنى يمتلك أو Ownership بمعنى ملكية وهو ما يعني أن شركة المشروع تمتلك المرفق الذي تقوم بإنشائه وهي تساوي باللغة الفرنسية Propriete – Construction – Transfert –

1- أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، دراسة شرعية اقتصادية لتمويل مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم إعادة BOT، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية جامعة الإسكندرية، العدد الأول 2001، ص 93 وما بعدها.

2- عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص 127.

3- محمود محمد فهمي، عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني، مركز البحوث، سلسلة إصدارات البحوث الإدارية بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، ص 61 وما بعدها، أعيد نشره وتقديمه في أكثر من مؤتمر من مؤتمرات مركز التحكيم للتجارة الدولية.

4- محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 56. وكذلك الموقع الإلكتروني

www.vietnameselaw=consultancy.com/s-bot/main-0890.htm

5- وقريباً من هذا الشكل يوجد نظام BOOST وهو نظام البناء والتملك والتشغيل والدعم والتحويل حيث تقوم الحكومة بتقديم الدعم والإعانة للمشروع خلال فترة الامتياز... عبد الرحيم عبد الحميد الساعاتي، بحث بعنوان "خصخصة إدارة وبناء وتشغيل البنية التحتية في المملكة العربية السعودية" مقدم إلى ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي في تمويل المشروعات الاقتصادية بجدة في الفترة ما بين 2 إلى 1420/7/4 هذه 110 - 1999/10/13. رفيق يونس المصري، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي جامعة الملك عبد العزيز، مركز النشر العلمي، ص 181.

Exploitation وتسمى هذه الصورة بعقود البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية¹، أو كما يسميها البعض بعقود البناء والتمليك والتشغيل والإعادة².

غير أن ملكية شركة المشروع للمرفق قد ثار بشأنها خلاف فقهي.

فذهب رأي أول: إلى القول بأن شركة المشروع لا تملك المرفق أو المشروع في حد ذاته بل أنها فقط تمتلك العناصر التي أوجدتها كالألات والأدوات والمعدات والأجهزة التي ألحقتها بالمرفق، بل أن ملكيتها لهذه الأدوات لا تكون بصفة مطلقة وطوال مدة العقد بل تقتصر على مرحلة واحدة فقط وهي المرحلة التي تكون فيها تلك الأشياء والموجودات أجزاء مستقلة عن المرفق ذاته. ودليلهم على ذلك أن شركة المشروع لم تحصل على مقابل لتملك تلك الموجودات من الجهة الإدارية كما أنها لم تبدأ بعد استغلال المشروع حتى تتمكن من الحصول على أموالها التي أنفقتها³.

وهو أمر بلا شك يتفق والمنطق القانوني السليم والعدالة والقول بغير ذلك يؤدي إلى إحجام الشركات الخاصة عن التعاقد مع الدولة مما قد يسبب أضراراً بمصالح الدولة وعدم القدرة على إشباع بعض الحاجات الضرورية التي تقوم بها شركات المشروع في هذا النظام، كما يتفق ذلك مع مبادئ القانون المدني والذي يميز مالك المباني المقامة على أرض الغير أن يقوم برهنها، وتبعاً لذلك يعترف لشركة المشروع بالحق في الاقتراض بضمان هذه الموجودات من البنوك والمؤسسات التمويلية المختلفة.

أما في حالة ما إذا كانت تلك الأشياء جزءاً لا يتجزأ من المرفق وذلك في مرحلة استغلال المرفق فإن شركة المشروع لا تمتلك تلك الأشياء، حيث تفقد تلك العناصر ذاتيتها وتصبح جزءاً من المرفق العام أي جزءاً من أموال الدولة وبالتالي يلحقها الحماية المقررة للمال العام حيث لا يجوز لشركة المشروع أن تتصرف في هذه الموجودات بالبيع أو الرهن أو التأمين كما لا يجوز لهيئات التمويل المختلفة أن تحجز عليها اقتضاء لدينها الذي حل أجله⁴. فلا يجوز الحجز أو اتخاذ أي إجراءات تنفيذ على المطارات وأراضي

1- هو المسمى الشائع الاستخدام عند الغالبية العظمى من الفقهاء مثل د. محمد المتولي، المرجع السابق، ص 57.

2- أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، مرجع سابق، ص 64.

3- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 42.

4- م 1038 مدني "يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها وفي هذه الحالة يكون للدائن المرهن حق التقدم في اتسفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق".

النزول محل الالتزام وما عليها من مباني ومنشآت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولاسلكية ومنازل وما بداخلها من مهمات وأدوات وآلات لازمة لسير المرفق العام محل الالتزام¹، كما أن شركة المشروع مجبرة على تقديم الخدمة لجمهور المتفاعلين ولا تستطيع أن تتعلل بملكيتها لهذه الموجودات للامتناع عن تقديم الخدمة.

وينتهي هذا الرأي إلى القول بأن شركة المشروع لا يكون لها في هذه المرحلة إلا مجرد حق انتفاع فقط يخولها قانون استعمال طوال مدة العقد وليس لها تملك أصوله أو عناصره.

في حين ذهب رأي آخر إلى القول بأن شركة المشروع لا تملك المشروع أو المرفق في أي مرحلة من مراحلها سواء في مرحلة الإنشاء أو مرحلة التشغيل وإنما يكون لها فقط حيازة المشروع خلال مدة الإمتياز التي تقوم في نهايتها بإعادة المشروع إلى الدولة والتنازل عن حيازتها لهذا المشروع، كما أن هذه الحيازة تكون مقصورة على حق الانتفاع والاستغلال فقط وينتهي هذا الرأي على القول بأنه ليس هناك فارق بين اصطلاح B.O.T أو B.O.O.T إلا في الألفاظ فقط ففي كلا النوعين لا تملك شركة المشروع المرفق في أي مرحلة من مراحلها².

من خلال إستعراض هذين الرأيين نجد أنهما يتفقان في بعض الأمور ويختلفان في البعض الآخر، فنجدهما يتفقان في عدم التسليم لشركة المشروع بملكية المرفق أو بمعنى أدق الأرض المبنى عليها المرفق سواء أكان ذلك في نظام B.O.T أو B.O.O.T إلا أن الرأي الأول يسلم لشركة المشروع بحق ملكية الموجودات التي أتى بها كالأدوات والآلات والمعدات في مرحلة التشييد فقط أما في المراحل الأخرى كمرحلة الاستغلال فلا يكون له على هذه الموجودات ولا على المرفق من باب أولى إلا مجرد حق انتفاع فقط.

أما الرأي الثاني فنجد أنه لا يسلم لشركة المشروع بأي حق ملكية على المشروع أو المرفق ولا على الموجودات سواء في مرحلة التشييد أو مرحلة الاستغلال وإنما يكون له عليها فقط حق حيازة في أثناء قيام العقد ثم ينقل هذه الحيازة إلى الدولة في نهاية المدة وبالتالي فطالما أن شركة المشروع لا يكون لها حق

1- عصام أحمد البهجي ، الطبيعة القانونية لعقود ال B.O.T ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، ص 14 وما بعدها.

2 - إلياس ناصيف ، عقد ال BOT ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس لبنان ، 2006 ، ص 122

ملكية على المشروع (المرفق) أو موجوداته وإنما يكون لها فقط حق حيازة لذا فليس هناك فارق بين نظام B.O.T أو B.O.O.T، ونميل إلى القول بأن شركة المشروع لا تمتلك المرفق في أي من مراحلها أيا كان طبيعة حقها على المرفق سواء أكان حق انتفاع أو حق حيازة نظرا للأسباب الآتية:

لأن الملكية وكما جاء في تعريف بعض فقهاء الشريعة الإسلامية هي "حكم شرعي مقدر وجوده في أعين أو منفعة يقتضي تمكين من أضيف إليه من الأشخاص من الانتفاع بالعين أو بالمنفعة أو بالإعتياض عنها، ما لم يوجد مانع من ذلك". وكما جاء في نص المادة 675 من القانون المدني¹ أن " المالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن دون أن يفسد أو يتلف أو يتغير.

وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بيها علوا وعمقا

ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها".

وفقا لما جاء في تعريف الفقهاء المسلمين وما جاء بنص المادة من القانون المدني 675 مدني نجد أن هناك مجموعة من العناصر التي ينبغي توافرها في الحق حتى يقال بأنه حق ملكية وهي أن يكون للشخص حق الاستعمال والاستغلال والتصرف فيه في حدود الشرع أو القانون فإذا خلا الحق من أي من هذه العناصر لا يمكن أن يقال عليه أنه حق ملكية، فإذا رجعنا إلى عقود ال B.O.T أو B.O.O.T فنجد أنه بالنسبة للحق الأول وهو حق الاستعمال.

وهو يعني "أن يكون لمالك الحق أن يستعمل الشيء فيما أعد له هذا الشيء وفي كل ما يمكن أن يتسعمل فيه أو حتى ألا يستعمله على الإطلاق، أي أن يكون للمالك كأصل عام الحق في استعمال الشيء بأي طريقة كانت حتى لو ترتب على استعماله هذا إتلاف الشيء نفسه أو إهلاكه ولا يقيد المالك في ذلك إلا ما يفرضه القانون² وهو أمر غير جائز في عقود ال B.O.T أو ال B.O.O.T أو غيرها من الأشكال الأخرى، إذ لا تستطيع شركة المشروع أن تمتنع عن استعمال المشروع فلا تملك الشركة أن تغلق المشروع مثلا، فإذا كان العقد بخصوص إنتاج الطاقة الكهربائية فلا تستطيع الشركة أن تتوقف عن

1 - الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2- عبد الرازق أحمد السنهوي، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 497.

إنتاج الطاقة، كما لا تستطيع الشركة أيضاً أن تمنع بعض المنتفعين من خدمات المرفق كما هو الحال لو كان العقد بخصوص إنشاء أحد المطارات فليس لها أن تحرم بعض الأفراد المعينين طالما تحقق لهم أسباب الانتفاع بالخدمة أو أن تقرر عدم السماح بعبوط الطائرات أو السماح بعبوط البعض دون البعض الآخر.¹

وعلى ذلك يجب على الشركة أن تستمر في تقديم الخدمة وذلك استمراراً لسير المرفق العام بانتظام واضطراد بل أكثر من ذلك فللحكومة (الجهة الإدارية المتعاقدة) أن تجبر شركة المشروع على تقديم الخدمة بل وأن تحل محلها في حالة تقصيرها عن تقديم الخدمة. كما أن استعمال شركة المشروع لهذا الشيء ليس استعمالاً حراً طليقاً بل هو مقيد بما جاء بنصوص العقد فلا تستطيع الشركة أن تخرج عن نصوص العقد.

أما الحق الثاني فهو حق الاستغلال يعني حق الحصول على ثمار الشيء نتيجة استعماله له وقد يكون الاستغلال بصورة مباشرة عن طريق المالك نفسه وقد يكون بصورة غير مباشرة إذا ما سمح لغيره أن يستعمل الشيء مقابل أجر وإذا كان للمالك حق استغلال ملكه فإن له أيضاً الحق في عدم استغلال هذا الملك.² لكن هذا الفرض غير جائز في نظام الـ B.O.T أو الـ B.O.O.T وذلك لأسباب قد تعود إلى شركة المشروع نفسها فقد تجبر شركة المشروع على الاستغلال، فنجد شركة المشروع نفسها مضطرة إلى استغلال المشروع نظراً لكمية الديون التي تنقل كاهلها³، والتي تستحق عليها كل فترة زمنية ونظراً لاعتماد مؤسسات التمويل على التدفقات النقدية من عائدات المشروع الناتج عن استغلاله من شركة المشروع، كما قد تفرض الحكومة (الجهة الإدارية المتعاقدة) على شركة المشروع ضرورة استغلال المشروع واستعماله نظراً لتعلق المشروع في الغالب بأحد مشاريع البنية الأساسية الحيوية أو بأحد المرافق العامة الضرورية، مما يعني تعلقه في النهاية بالمصلحة العامة.

1- محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT، المرجع السابق، ص 48.

2- عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 4.

3- حين معلوم أن رأس المال الذي تساهم به شركة المشروع يتراوح من 15-30% من رأس المال اللازم للمشروع وباقي الأموال والتي تتراوح ما بين 70، 85% تكون عبارة عن قروض من البنوك ومؤسسات التمويل المختلفة، راجع د. عبد القادر محمد عبد القادر عطيه، دراسة الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشروع الـ B.O.T، المرجع السابق، ص 635.

كما أن الحكومة (الجهة الإدارية) هي التي تحدد المشروعات التي سوف تقام بهذا الأسلوب وأيضاً تقوم بوضع النماذج الخاصة بالتصميم والبناء كما قد تتدخل في بعض الأحيان لتحديد لشركة المشروع أوجه الاستغلال المختلفة للمرفق حيث قد تتدخل لفرض بعض القيود على استغلال المرفق¹.

أما الحق الثالث فهو حق التصرف: وهو نوعان إما تصرف مادي بإجراء تغيير مادي في الشيء محل الملكية كالبناء، أو تصرف قانوني فيكون بنقل ملكية الشيء أو تقرير حق عيني عليه²، وإذ جاز للمالك أن يتنازل عن حق الاستعمال والاستغلال ومع ذلك يبقى مالكا للشيء بيد أنه لا يمكنه التنازل عن حق التصرف³.

أما في عقود الـ B.O.O.T فلا تستطيع الشركة أن تتنازل عن المشروع إلى الغير أو إلى متعاقد آخر حيث أن شخص المتعاقد محل اعتبار في العقد.

قلنا أن للمالك أن يستعمل الشيء المملوك له بشتى طرق الاستعمال حتى لو ترتب على ذلك إتلافه للشيء المملوك له وإذا ما وقع منه ذلك فلا شيء عليه أما في عقود الـ B.O.O.T فإن شركة المشروع إذا ما ترتب على استعمالها للمشروع أو المرفق إتلافه فإنها تكون ملتزمة بإعادة الحال إلى ما كانت عليه بل أنها قد تلزم بالتعويض في بعض الحالات⁴.

من أهم خصائص حق الملكية أنه حق دائم: فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن حق الملكية حق دائم لا يجوز توقيته بإضافته إلى أجل واقف أو فاسخ وإلا كانت الملكية مؤقتة، والتأقبت لا يتفق مع كون الملكية حقاً دائماً، ويبقى هذا الحق ما بقى الشيء، فإذا تصرف شخص إلى آخر في ملكيته لمدة معينة على أن يكون له أن يسترد هذا الملك بعد هذه المدة فإن هذا الشرط يكون باطلاً⁵.

1- ماهر محمد حامد أحمد، المرجع السابق، ص 33.

2- عبد المنعم البدر اوي، حق الملكية "الملكية بوجه عام وأسباب كسبها" مكتبة سيد عبد الله وهبة طبعة 1973 بند 15، ص 25.

3- عبد الرازق حسن فراج، دوام حق الملكية، دراسة مقارنة طبعة 1981م، بدون ناشر، ص 24.

4- ماهر محمد حامد أحمد، المرجع السابق، ص 34.

5- عبد الرازق حسن فراج، المرجع السابق، ص 34، وإن كان هناك من يرى أنه يجوز أن يكون حق الملكية حقاً مؤقتاً لمدة معينة يعود بعدها إلى المالك. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية الطبعة الثانية، 1961، ص 33.

وبذلك يختلف حق الملكية عن حق الانتفاع¹ وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاق فهذه الحقوق تقتضي بانقضاء آجالها بخلاف حق الملكية.²

أما المتعاقد بأسلوب B.O.T أو B.O.O.T فحقه مؤقت بطبيعة الحال حيث ينتهي هذا الحق بانتهاء المدة المتعاقد عليها لتنفيذ المشروع، واستغلاله.

نتهي مما سبق استعرضه إلى أن شركة المشروع ليس لها أي حق ملكية على المشروع أثناء مراحلها المختلفة كما أنها في النهاية لا تقوم بنقل ملكية المشروع إلى الدولة لن هذه الملكية لم تكن قد ثبتت لها منذ البداية أصلاً حتى تقوم بنقلها إلى الدولة ولكنها فقط تقوم بنقل الحيازة أو بنقل التكنولوجيا التي تمتلكها بالفعل إلى الدولة في نهاية مدة الالتزام.

ثالثاً : العقود المشابهة لعقود ال B.O.T أو B.O.O.T

1- عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل D.B.F.O.³

وهي اختصار للكلمات الإنجليزية الأربعة الآتية:

"D" اختصار لكلمة - تصميم Design وتعني بالفرنسية Conception.

"B" وهي اختصار لكلمة Build بمعنى يبني أو يشيد وتعني بالفرنسية construction.

"F" وهي اختصار لكلمة Finance وبمعنى تمويل وتساوي بالفرنسية Financement.

"O" وهي اختصار لكلمة Operate وتعني يشغل وتساوي بالفرنسية Exploitation.

وفي الغالب تلجأ الدولة إلى هذا الأسلوب في الحالات التي تكون فيها المشروعات ضخمة ويحتاج التمويل فيها إلى مبالغ كبيرة جداً قد تعجز الحكومة عن توفيرها في الوقت الحالى لذلك تلجأ

1- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية دار الفكر العربي بدون سنة نشر، ص 83.

2- عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 19.

3- كمال طلبة المتولي سلامة ، الاتجاهات الحديثة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT دراسة مقارنة ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، للطبعة الأولى 2015، القاهرة ، مصر ، ص 4.

الجهة الإدارية إلى التعاقد مع القطاع الخاص لإقامة هذه المشروعات وفقاً لشروطها وضوابطها وتحت إشرافها لتتمكن من حماية مصالح مواطنيها من ناحية، وتضمن إقامة هذه المشروعات في الوقت المناسب من ناحية أخرى.¹

وفي هذا النظام تتولى الجهة الإدارية عمل التصميمات اللازمة بنفسها عن طريق أحد أجهزتها الاستشارية كتصميم جسر أو مطار أو ميناء أو غير ذلك ثم تقوم بالاتفاق مع شركة المشروع على أن تتولى عملية الإنفاق على المشروع وتأسيسه وإمداده بالآلات والمعدات والأجهزة المختلفة ثم تتفق على عملية التمويل Finance من أحد البنوك الوطنية أو الأجنبية أو إحدى مؤسسات التمويل بضمان أصول المشروع وموجداته ثم تقوم شركة المشروع بتشغيله Operate وفقاً للضوابط المتفق عليها مع الحكومة (الجهة الإدارية).²

وتحصل الحكومة على ثمن الأرض وعلى نسبة من الأرباح من شركة المشروع إلا أنها في نهاية مدة الالتزام لا تسترد المرفق أو المشروع من شركة المشروع حيث يصير المشروع ملكاً خالصاً لشركة المشروع ويذهب البعض إلى القول بأن هذه الصورة لا تعد من صور عقود ال B.O.T.³ وهناك من يذهب إلى أنه يحق لجهة الإدارة تجديد الالتزام أو منح الالتزام لمستثمر آخر بشروط أفضل مع دفع التعويض المناسب للمتعاقد الأول المالك للمشروع.⁴

2- البناء والتأجير ونقل الملكية B.L.T: (5)

ويسمى البعض الآخر بعقود البناء والتأجير ثم التحويل، وهي أيضاً اختصاراً لثلاثة كلمات باللغة الإنجليزية وهي:

1- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 55.

2- حمدي عبد العظيم، "عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق" سبقت الإشارة إليه، ص 13 وما بعدها.

3- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 56.

4- حمدي عبد العظيم، المرجع السابق، ص 14.

5- محمد أبو العينين، مشروعات البناء والتشغيل وتحويل الملكية BOT ووسائل جسم منازعاتها، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات ال B.O.T بفندق شيراتون هليوبوليس، القاهرة من 7 إلى 9 أكتوبر 1997، ص 5.

"B" اختصار لكلمة Build ويعني يقيم أو ينشأ أو يبني وتساوي بالفرنسية Consturction.

"L" وهي اختصار لكلمة Lease باللغة الإنجليزية وتعني يستأجر وتساوي بالفرنسية كلمة Location.

"T" وهي اختصار لكلمة Transfer باللغة الإنجليزية وتعني ينقل أو يحول وتساوي باللغة الفرنسية كلمة Transfert ويطلق عليه البعض الآخر الـ B.R.T.

وفي هذا العقد تمنح الحكومة أو الجهة الإدارية المتعاقدة امتيازاً لشركة المشروع لإقامة وبناء المشروع أو المرفق والذي غالباً ما يكون أحد المباني الحكومية كمدرسة مثلاً أو أي بناء آخر بأحد القطاعات الحكومية¹ ثم بعد الانتهاء من بنائه تقوم الجهة الإدارية باستئجاره Lease أو location من شركة المشروع طوال فترة الامتياز على أن يغطي مجموع الإيجارات طوال مدة الامتياز تكلفة إقامة وبناء المشروع مع تحقيق هامش ربح معقول لشركة المشروع²، على أن تلتزم الجهة الإدارية طوال مدة الامتياز بصيانة المشروع على أن يصير المرفق في نهاية مدة الامتياز ملكاً خالصاً للجهة الإدارية.

وهناك من يطلق على هذه الصورة اصطلاح التشييد والتأجير والاستغلال والتسليم حيث يرون أن ملكية المشروع لم تنقل أصلاً إلى شركة المشروع وإنما هي ثابتة منذ البداية وحتى نهاية المدة للجهة الإدارية، أما شركة المشروع فليس لها إلا مجرد حق استغلال المرفق والحصول على مقابل هذا الاستغلال نظير ما أنفقته من أموال على بناء وتشييد المرفق، حيث أن جهة الإدارة لا ترغب في دخول شركة المشروع في علاقة مباشرة مع جمهور المنتفعين أو احتكار تقديم الخدمة التي يؤديها المرفق أو توزيعها على الجمهور ولا تسمح لشركة المشروع بالقيام بذلك، لذا تتفق مع شركة المشروع على استئجار حق

1- أحمد بن حسن بن أحمد الحسيني، المرجع السابق، ص 65.

2- جابر جاد نصار، عقود البوت BOT، المرجع السابق، ص 47، عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ص 105.

الاستغلال الثابت لها مقابل مبلغ من المال تؤديه الجهة الإدارية المتعاقدة لشركة المشروع بصفة دورية حتى إتمام استرداد ما قامت شركة المشروع بإنفاقه مع تحقيق هامش الربح المعقول¹.

لذلك فإن الجهة الإدارية في نهاية المدة تسترد المرفق دون أدنى التزام عليها تجاه شركة المشروع وينتهي عقد التشييد والاستغلال ونقل الملكية BLT ويعود المرفق إلى أحضان الجهة الإدارية.

وهناك من يرى أن هذه الصورة يمكن تحقيقها كذلك حتى إذا كان الطرفان من القطاع الخاص، بمعنى استبدال الجهة الإدارية أو الحكومة بإحدى شركات القطاع الخاص فيكون الطرفين من القطاع الخاص وقد حدث ذلك في اليابان حيث قام بنك ستاندرد تشارترد أوف هونج كونج (كطرف أول) بمنح شركة تيشيماتسو العقارية وهي إحدى شركات الإنشاءات اليابانية العملاقة تيشيماتسو (كطرف ثان)، حيث قام البنك بمنح الشركة امتياز لمدة 25 عاما للتأجير من الباطن لمساحة تصل إلى 30% من مبنى المقر الجديد للبنك والتي وافقت الشركة على بنائه دون الحصول على أي مقابل من البنك مقابل حق الشركة في تأجير 30% من مقر المبنى وبالتالي تسترد الشركة ما قامت بإنفاقه في صورة إيجارات لمدة 25 عاما ويتوقعون أن تحصل الشركة على ما قامت بإنفاقه على المبنى مع تحقيق هامش ربح مقبول².

3- عقد البناء والتملك والتشغيل BOO:³

وهي اختصار لثلاث كلمات إنجليزية فحرف ال B اختصار لكلمة Build أوييني أويقيم وتساوي بالفرنسية Construction، "O" اختصار لكلمة Own بمعنى يملك وتساوي بالفرنسية Propriete وحرف "O" الثاني هو اختصار لكلمة Operate بمعنى يشغل وتساوي بالفرنسية Exploitation.

¹ - عصام فرج محسن إبراهيم ، مدى الاستفادة من التعاقد مع طرف وطني في عقود البوت BOT، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، ص 21.

² - خالد بن محمد عبد الله العطية، المرجع السابق، ص 53.

³ - عوض شفيق عوض، الخصخصة، سنة 2000، ص 24.

وهذا الشكل يعني اتفاق الجهة الإدارية (الحكومة) المتعاقدة مع شركة المشروع بإقامة المشروع وتملكه وتشغيله وفي هذا النظام نجد أن شركة المشروع تمتلك المشروع كلياً أجزئياً على أن يكون لها حق استغلال المشروع كاملاً ثم في نهاية المدة يكون لها الحق في التصرف في المشروع دون التزام عليها بإعادته إلى الدولة.¹ لذلك لا ترحب الحكومة بالإقبال على هذا النوع من المشروعات إلا في بعض الحالات النادرة كأن تنهي حاجة الحكومة من الاستفادة من المشروع بعد انتهاء فترة الالتزام أو انتهاء العمر الافتراضي للمشروع،² لذلك يرى البعض أن هذا النموذج لا يعد من أنواع عقود الـ BOT التي يمكن تطبيقها على المرافق العامة.

4- عقد البناء والاستئجار والتشغيل والتحويل B.R.O.T

وهي اختصار لكلمات أربعة وهي Transfer، Operate، Rent، Build وتساوي بالفرنسية Transfert، Exploitation، Location، construction وفي هذا النظام تقوم شركة المشروع (المستثمر) ببناء المشروع لحساب السلطة العامة وعلى نفقته على أن تقوم بعد ذلك باستئجار المرفق من السلطة العامة المتعاقدة.³ والتي تقوم باستغلال المشروع لفترة معينة تحصل خلالها على مقابل تقديم الخدمة للجمهور وفي هذا النظام تظل ملكية المرفق أو المشروع للدولة، والتي لها أيضاً حق الإشراف والرقابة على المرفق وإن كان التشغيل الفعلي في يد شركة المشروع.⁴ ويجد هذا النظام مجاله في المشروعات القابلة للتأجير مثل إقامة منتجع سياحي أو إقامة سلسلة مطاعم أو طرق سريعة.

5- عقود البناء والتحويل والتشغيل B.T.O:

وتعني Operate، Transfer، Build في هذه الصورة لا تملك الشركة المشروع في أي مرحلة بل يقتصر دورها على مجرد بناء المرفق على نفقتها وعند إتمامه تقوم بتسليمه إلى الجهة الإدارية

1- محمد شريف الناظر، التعاقد بنظام البوت BOT نظرة من بعد، ضمن أوراق المؤتمر الدولي عن مشروعات الـ BOT بفندق الميريديان بالقاهرة في الفترة من 14-16 نوفمبر 1999، ص 6.

2- ياسر أحمد كال الصيرفي، النظام القانوني لعقد BOT ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، جلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2008، ص 22.

3- ماهر محمد حامد أحمد، رسالته، المرجع السابق، ص 39.

4- هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية، المرجع السابق، ص 26.

المتعاقدة.¹ لكنها تبرم مع الجهة الإدارية عقداً آخر لإدارة وتشغيل المشروع خلال فترة الالتزام مقابل الحصول على إيرادات التشغيل، وغالباً ما تلجأ الحكومة إلى هذا الأسلوب في محاولة منها لمنع النفوذ الأجنبي من التغلغل في مرافقها العامة خاصة في الدول التي عانت من سيطرة رأس المال الأجنبي.²

6- عقود التحديث - التمليك - التشغيل - التحويل MOOT:

ويسميه البعض الآخر بعقود التحديث والتمليك (تملك عناصر المشروع التي أوجدتها شركة المشروع) والاستغلال والتسليم.⁽³⁾

والـ MOOT هي اختصار لكلمات إنجليزية أربعة وهي Modernize بمعنى التحديث ، propriete،Modernisation وتعني بالفرنسية ، transfer، operate،own . Transfert،Exploitation

وفي هذا الشكل تتعهد شركة المشروع (الطرف الخاص) بتحديث⁴ أحد المرافق العامة أو إحدى مشروعات البنية الأساسية وتطويره تكنولوجياً وفقاً للمعايير العالمية وتملكه شركة المشروع في هذه الحالة على أن تقوم بتشغيله خلال فترة الالتزام وبالتالي يكون لشركة المشروع الحق في الحصول على القروض من البنوك والمؤسسات التمويلية المختلفة بضمان المشروع وفي نهاية فترة الالتزام تتنازل عن المشروع إلى الحكومة أو الجهة الإدارية دون مقابل ويحصل المستثمر أو شركة المشروع على إيرادات التشغيل طوال مدة الالتزام.

1- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 38.

2- جيهان حسن سيد أحمد، المرجع السابق، ص 21 وما بعدها.

3- محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة، المرجع السابق، ص 58.

4- هناك من يخلط بين هذه الصورة وصورة عقد التجديد والتملك والاستغلال والملكية R.O.O. ويعتبرهما صورة واحدة إلا أن الصورة الأخيرة تستعمل لإعادة هيكلة وتجديد المشروعات المتعثرة العامة، كما أن التجديد لا يحتاج إلى وسائل تكنولوجية حديثة، محمد الروبي، المرجع السابق، ص 54.

بيد أن هناك من يرى أن شركة المشروع لا تمتلك المشروع في هذا النظام بل إنها فقط تمتلك العناصر والموجودات التي أدخلتها على المشروع فقط وذلك في المرحلة التي يمكن فصل هذه الموجودات عن المشروع أو المرفق ذاته ولم تصبح جزءاً لا يتجزأ من المشروع.¹

ويقترَب هذا النظام من نظام الـ BOT غير إن الفارق بينهما ينصب على أن الـ BOT يريد على مشروع جديد أما الـ MOOT فيرد على مشروع قائم ولكنه في حاجة إلى تطوير أو تحديث فقط. وغالبا ما تلجأ الحكومة إلى مثل هذا الشكل بالنسبة للمشروعات الحيوية الكبيرة والتي تكون في حاجة إلى تكنولوجيا متطورة وحديثة وبالتالي تحتاج إلى قدرات مادية وتقنية عالية جدا قد لا تتوافر في الدولة المضيفة على الأقل مرحليا فتلجأ الدولة إلى هذا الأسلوب ليحقق لها أكثر من ميزة، وهي:

- عودة المشروع إليها في نهاية مدة الالتزام.
- الحصول على التكنولوجيا المتقدمة والمتطورة.
- تدريب العمالة الوطنية التابعة للجهة الإدارية لتحل محل شركة المشروع عقب انتهاء مدة الالتزام.²

7- عقود التجديد - التمليك - التشغيل R.O.O:³

وتعني باللغة الإنجليزية *operte, own, rehabilitate*

وتعني باللغة الفرنسية *Exploitation, propriete, rehabilitation*

وهناك من يطلق عليها عقود إعادة البناء - التشغيل - والملكية.⁴

1- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 45 وما بعدها.

2- محمد الروبي، المرجع نفسه، ص 54.

3- جيهان سيد حسن أحمد، عقود الـ B.O.T، المرجع السابق، ص 23.

4- محمد ابو العينين، انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق نظام الـ BOT، المرجع السابق، ص 5.

وفي هذا النظام يتم التعاقد بين الجهة الإدارية (الحكومة) وشركة المشروع (المستثمر الخاص) على قيام المستثمر بالإنفاق على تجديد المشروعات التي تحتاج إلى تجديد سواء من حيث المباني أو الآلات والأدوات أو الأثاث، وفي هذه الحالة يمتلك المستثمر الخاص (شركة المشروع) المرفق أو المشروع ويتولى تشغيله واستغلاله ويحصل على الإيرادات مقابل القيمة التي تحددها الحكومة مقابل انتقال الملكية من الدولة إلى المستثمر الخاص. وتستخدم الدولة هذا الأسلوب بكثرة في خصوصية المرافق العامة المتعثرة والتي تجد أنه من الأفضل تجديدها وإعادة بنائها من قبل القطاع الخاص¹.

8- عقود الإيجار والتجديد والتشغيل وتحويل الملكية LROT:

وتعني باللغة الإنجليزية Transfer، Operate، Renwal،Lease يمثل هذا الأسلوب عقد إيجار عادي مع إضافة عنصر التجديد له Renwal وفي هذا الأسلوب تقوم شركة المشروع باستئجار المشروع أو المرفق من الجهة الإدارية المالكة له لمدة محددة - هي مدة عقد الإيجار - ثم تقوم بعملية تجديده وتشغيله واستغلاله وبعد انتهاء المدة المحددة للإيجار تقوم شركة المشروع بإعادته مرة أخرى إلى الجهة الإدارية المالكة له.²

ويلاحظ في هذا الشكل أن شركة المشروع لا تمتلك المشروع في أي مرحلة بل تظل الملكية للجهة الإدارية التي تقوم بإيجاره لشركة المشروع، ونرى أن هذه الصورة لا تعد من صور عقود BOT على الإطلاق فهي مجرد عقد إيجار عادي مع التزام المستأجر بتجديد المشروع حتى يتمكن من استغلاله الاستغلال الأمثل.³

9- عقود البناء والتمويل والتحويل (B.F.T):

وهي تعني بالإنجليزية Build، finance، Transfer .

1-حمدي عبد العظيم، المرجع السابق، ص 15.

2- ماهر محمد حامد أحمد، المرجع السابق، ص 41.

3- وهو ما أقدمت عليه الحكومة الفنزوالية حيث كانت الحكومة تملك مصنعاً لاختزال الحديد فقامت بتأجيره إلى إحدى الشركات اليابانية لمدة أحد عشر عاماً والتي قامت بتجديد المصنع واستغلاله ثم عاد في نهاية المدة إلى الحكومة الفنزوالية بحالة أفضل خالده بن محمد عبد الله العطي، المرجع السابق، ص 54.

وفي هذا النوع من العقود يبادر القطاع الخاص بتمويل أحد المشروعات الأساسية على أن تقوم الدولة بسداد تكلفة هذا التمويل إلى القطاع الخاص على أقساط.¹

10- عقود التأجير والتدريب والتحويل L.T.T.:

وهي تعني باللغة الإنجليزية Transfer، Training، Lease

وفي هذا الشكل يقوم القطاع الخاص بعملية تمويل أحد المشروعات الأساسية كما يقوم كذلك بتدريب العاملين للدولة ثم يؤجر المشروع للحكومة والتي تقوم بتشغيله خلال فترة زمنية معينة تعود بعدها ملكية المشروع للقطاع الخاص بعد ذلك، ويستخدم هذين النوعين الأخيرين من العقود في الوقت الحالي في معظم دول أوروبا بدلا من نظام BOT أو BOOT.² غير انه لا يمكن تطبيقه على المرافق العامة.

11- عقود البناء والتشغيل وإعادة التقييم والتجديد B.O.R.:

ويطلق عليه بالإنجليزية Revaluate، Operate، Build وفي هذا الشكل يقوم القطاع الخاص (شركة المشروع) ببناء المشروع وتشغيله طوال مدة الالتزام ثم يتم تجديد عقد الالتزام لفترة جديدة، وهونوع من أنواع العقود التي لها طبيعة تفاوضية متجددة بتجدد الحاجة إلى تجديد عقد الالتزام لضرورة التطور التكنولوجي وتحديث المشروع للتعرف على مصادر تكنولوجية جديدة.³

12- عقد البناء والتحويل B.T.:

وهي تعني باللغة الإنجليزية Build and Transfer

وفي هذه الصورة يتم الاتفاق بين شركة المشروع والحكومة على قيام شركة المشروع ببناء وتشيد المشروع ثم تقوم بعد ذلك بنقل ملكية المشروع مباشرة إلى الدولة وهوبذلك يختلف عن نظام BOT،

1- جيهان حسن سيد أحمد، عقود B.O.T، المرجع السابق، ص 23.

2- محسن أحمد الخضيري، المرجع السابق، ص 15، وما بعدها.

3- محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة، المرجع السابق، ص 57.

BOOT حيث تقوم فيهما شركة المشروع بتشغيل المرفق فور الانتهاء من عملية البناء في هذه الصورة لا تقوم شركة المشروع باستغلاله وإنما تنقل ملكيته مباشرة إلى الدولة بعد الاتفاق على الطريقة التي يتم بها سداد القيمة¹ ويعد هذا المشروع بمثابة مشروع تسليم مفتاح.²

ويلاحظ أن الاختلافات الواضحة بين هذه الأشكال المتعددة غالباً ما تكمن في الشرط الثالث وهونقل الملكية - فقد تسمح بعض الأساليب بإعطاء الشركة حق التملك الدائم للمشروع بخلاف الأساليب الأخرى التي يجب فيها نقل الملكية بعد فترة محدودة، ولعل هذا الاختلاف يساعد الدول على اختيار الأسلوب الأفضل، والذي يتناسب مع أنظمتها القانونية والسياسية المتبعة لديها فنجد أن بعض الدول لديها مرونة قانونية تسمح بتملك القطاع الخاص BOO ودول أخرى لا تسمح بتملك الشركات الخاصة لمرافقها العامة.³

المطلب الثاني تعريف عقود ال B.O.T وبيان خصائصها

تمثل عقود ال B.O.T بأشكالها المتعددة أطواراً مستحدثة من العقود الإدارية، وإذا كانت بعض هذه الأشكال قد عرف منذ القدم فإن هناك أشكالاً أخرى ظهرت نتيجة للممارسة العملية لهذا النظام، نتيجة لاعتماد هذا النظام على التمويل الخاص لشركة المشروع والتي تقوم بإعادة المشروع للجهة الإدارية مرة أخرى عقد انتهاء مدة العقد غير أن هذه الصور رغم تعددها يجمع بينها مجموعة من الخصائص المشتركة سواء فيما يتعلق بأطرافها أو بطرق تمويلها أو وصفها بالتعقيد الشديد فضلاً عن المخاطر المتعددة التي تحيط بها.

لذلك يقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعريف عقود ال B.O.T،

الفرع الثاني: خصائص المشروعات المقامة بنظام ال B.O.T والمخاطر المحتملة عليها.

1-تقوم الدولة في هذا النظام بتسديد المبالغ المستحقة لشركة المشروع على فترات طويلة قد تستغرق العشريون عاماً بعكس المناقصات العادية التي تكون الدولة قد قامت بدفع المستحقات كاملة بمجرد الاستلام النهائي للمشروع ويطلق على هذا النظام عقود التحويل.

2- عبد القادر محمد عبد القادر، المرجع السابق، ص 634.

3- فهد الأستاذ، نسبية العصفور، نظام ال B.O.T، المرجع السابق، ص 17.

الفرع الأول تعريف عقود الـ B.O.T.

تعددت التعريفات التي قام بها فقه القانون العام وكذلك فقه القانون الخاص وحتى رجال الاقتصاد وبعض المنظمات الدولية لتعريف نظام الـ B.O.T، ولعل السبب في ذلك يرجع لحدثة وانتشار هذه العقود سواء على المستوى الدولي أو على المستوى المحلي، بيد أنه على الرغم من كثرة هذه التعريفات إلا أنها تلتقي جميعاً حول فكرة واحدة وهي قيام أحد أشخاص القانون الخاص (شركة المشروع) بتصميم وبناء وإدارة واستغلال أحد مشروعات البنية الأساسية أو المرافق العامة لفترة محددة من الزمن بناء على إتفاقية المشروع على أن يقوم هو بتمويل هذه المشروعات مشتركاً في ذلك مع بعض مؤسسات التمويل المختلفة، ثم يقوم في نهاية المدة المتفق عليها بإرجاع المشروع مرة أخرى إلى الدولة وبحالة جيدة.

لذا ونظراً لحدثة هذه المشروعات سيتم ذكر بعض التعريفات المتعددة التي قيلت بشأنها سواء عند فقهاء القانون العام أو الخاص أو المنظمات الدولية.

لذا ونظراً لحدثة هذه المشروعات فإننا سوف نورد التعريفات المتعددة التي قيلت بشأنها سواء عند فقهاء القانون العام أو الخاص أو المنظمات الدولية.

أولاً : تعريف فقهاء القانون العام نظام الـ B.O.T.

عرف فقهاء القانون العام نظام (B.O.T) بتعريفات متعددة منها ما ذهب إليه البعض بأنها "تلك المشروعات العامة التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائمة، ويقوم القطاع الخاص بتصميم وبناء وإدارة المشروع خلال فترة محددة يرتبط فيها راعي المشروع مع الحكومة بعقد امتياز ؛ يخوله الحصول على عائدات المشروع طوال فترة الامتياز على أن يقوم عند انتهاء تلك المدة بتحويل المشروع إلى الحكومة في حالة جيدة وبدون مقابل"¹ ويتميز هذا التعريف

1- محمد محمد بدران "نحو آفاق جديدة للخصخصة"، مركز الدراسات القانونية بجامعة القاهرة، ص 2.

بأنه يجعل ملكية الحكومة للمشروع قائمة وهوما يتفق مع الاتجاه الصحيح في أن يد المستثمر على المشروع خلال فترة الامتياز تعد يدا عارضة ولا ترقى إلى الملكية بمعناها الصحيح.¹

وقد ذهب البعض الآخر إلى تعريفه بأنه "عقد تقوم بمقتضاه الدولة بمنح أحد الأشخاص غالباً ما يكون شخصاً معنوياً لضخامة المشروع - وإن كان ليس هناك ما يمنع كونه شخصاً طبيعياً - أن يقوم بإنشاء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية وتمويله على نفقته الخاصة على أن يتملك أو يستأجر هذا المرفق ويشغله بنفسه أو عن طريق الغير مقابل حصوله على عائد تشغيل المرفق طوال مدة العقد ويلتزم هذا الشخص بإعادة أصول المشروع إلى الدولة أو أي من أشخاصها المعنوية عند نهاية مدة العقد بالشروط والأوضاع المبينة في عقد البوت والقرار الصادر بشأنه.²

وأخيراً عرفه البعض بأنه "شكل من أشكال تمويل المشروعات تمنح بموجبه الحكومة لفترة محدودة من الزمن بعض المستثمرين الذين يقومون بتشكيل اتحاد شركات مبدئي مكون من شركة المستودع "المستثمر" والمقاولين والموردين للمعدات والآلات المطلوبة لهذه المشروعات والمساهمين الذين يقومون بالمساهمة في عملية التمويل - امتياز لدراسة وتطوير وتنفيذ وتشغيل مشروع لعدد من السنوات "الفترة المتفق عليها" تكون كافية لتسترد الشركة تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من العائدات المتمثلة في تشغيل المشروع واستغلاله أو من أية مزايا أخرى تمنح لها ضمن عقد الاتفاق الذي يطلق عليه "عقد الامتياز" وفي نهاية الامتياز تنتقل ملكية أوحق امتياز المشروع إلى الحكومة أو الجهة المانحة له دون مقابل أو بمقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقاً أثناء مرحلة التفاوض على منح امتياز المشروع.³

ثانياً : تعريف فقهاء القانون الخاص ورجال الاقتصاد نظام الB.O.T

1- ماهر محمد حامد أحمد، رسالته، المرجع السابق، ص 20.

2- جمال عثمان جبريل، بحث بعنوان "الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الB.O.T أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT ضمن سلسلة إصدارات البحوث الإدارية لأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، 2001، ص 83.

3- جلال الشافعي، مقال بعنوان "المعاملة الضريبية للشركات التي تقوم بتنفيذ مشروعات نظام الB.O.T" جريدة العالم اليوم العدد رقم 331 الصادر في 2001/11/11.

عرف بعض فقهاء القانون الخاص نظام الـ B.O.T بأنه "اتفاق تعهد الدولة بمقتضاه أو إحدى وحداتها الإدارية إلى شركة ما وطنية أو أجنبية أو مشتركة سواء أكانت من القطاع العام أو القطاع الخاص بإنشاء مشروع لإشباع الحاجات العامة للأفراد على نفقة الشركة وتتولى إدارته لأداء الخدمة للمتفعين لمدة معينة وبشروط معينة وتحت إشراف الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة ورقابتها ثم تنقل الشركة المشروع إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة بحالة جيدة في نهاية المدة"¹، كما عرفه البعض الآخر بأنه "شكل من أشكال تمويل المشروعات تمنح بموجبه دولة ما مستثمر أو مجموعة من المستثمرين امتياز لتمويل وتنفيذ مشروع معين تم تشغيله واستغلاله تجارياً لمدة زمنية معينة يثار عند نهايتها إلى رد المشروع إلى الدولة"⁽²⁾.

وهناك من ذهب إلى تعريف الـ B.O.T بأنه "أسلوب لتمويل مشاريع البنية التحتية في هذا الأسلوب يتولى الطرف المتقدم للعطاء بإعداد تصميم المشروع وتوفير التمويل اللازم للبناء والتشييد والإدارة والتشغيل والصيانة مقابل ضمان من الحكومة بشراء السلعة أو الخدمة المنتجة من المشروع خلال فترة زمنية كافية لتغطية تكاليف القرن وتكاليف التشغيل وتوفير العائد لرؤوس الأموال المساهمة في المشروع وفي النهاية تحول ملكية المشروع إلى الحكومة وهي في حالة تشغيلية جيدة دون أي تكاليف وخالصاً من أي التزامات". وذهب البعض الآخر إلى تعريف عقد البوت بأنه "تنظيم تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيصاً لبناء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة، وتمويله على نفقته الخاصة وتملك أو استئجار أصول هذا المرفق وتشغيله بنفسه أو عن طريق الغير ويكون عائد تشغيل المشروع في معظمه خالصاً له طوال مدة الترخيص ويلتزم المستثمر بإعادة كافة أصول المشروع إلى الدولة أو أي من أجهزتها المعنية عند نهاية مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص وقرار منحه"³.

كما ذهب البعض الآخر إلى تعريفه بأنه "نظام يعتمد على التمويل الخاص ويستخدم في المشروعات الكبرى لاسيما الخاصة بالبنية الأساسية والتي تستلزم موارد مالية كثيرة للقيام بها وإنجازها".

1 - محمد المتولي، المرجع السابق، ص 5 وما بعدها وأشار إليه كذلك في "الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى 2004، دار النهضة العربية للنشر، ص 56.

2- محي الدين القيسي، التجربة اللبنانية في عقود الـ B.O.T البناء والتشغيل والاسترداد، المرجع السابق، ص 2.

3- هاني صلاح سري الدين، "الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام الـ B.O.O.T، المرجع السابق، ص 5.

أوهو "نظام تعهد فيه الحكومة إلى احدى الشركات سواء أكانت وطنية أوأجنبية من القطاع الخاص في الغالب أوالعام امتيازاً أوترخيصاً للقيام بمشروع معين تقترحه الحكومة أو تقدمه شركة المشروع وغالباً ما يكون من المشاريع الأساسية للدولة والمتعلق بمرفق من مرافقها الهامة ثم تقوم شركة المشروع بتنفيذه (تصميمه، بنائه، تملكه، استغلاله) لفترة معينة ينص عليه في العقد وتكون كافية لكي تسترد الشركة المنفذة للمشروع تكاليف بنائه بالإضافة إلى ربح مناسب من عائد تشغيل المشروع واستغلاله وفي نهاية المدة المحددة المتفق عليها بين الحكومة وشركة المشروع ينقل المشروع بأكمله إلى الحكومة وبجالة جيدة دووما تحمل الحكومة لأي تكاليف.¹

وقد عرفه البعض الآخر بأنه "نظام بمقتضاه تعهد الدولة أوأحد مشروعاتها العامة إل اتحاد مشروعات يطلق عليها اسم consortium بواسطة عقد يسمى عقد الامتياز بتنفيذ واستغلال مشروع محدد لفترة محددة على أن تنقل ملكية المشروع بدون مقابل إلى الدولة في نهاية مدة الامتياز التي تتناسب عكسياً مع حجم عائدات المشروع.²

كما عرفه رجال الاقتصاد بأنه "هذا النوع من الاستثمار الذي يتولى فيه القطاع الخاص إقامة Build وتشغيل Operate مشروع بنية تحتية كان من المعتاد أن يتولى بنائه وإدارته القطاع العام أوالحكومة على أن يتم تحويله transfer مرة أخرى للحكومة بعد فترة كافة يتم فيها استرداد رأس المال المستثمر وتحقيق معدل عائد معقول.³

ثالثاً : تعريف بعض المنظمات والهيئات الدولية لنظام الB.O.T

أ-تعريف منظمة (إلونيدو)

يعرف نظام الB.O.T وفقاً لتعريف منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية إلونيدو" بأنه ذلك النموذج أوالهيكل والذي يتم بمقتضاه استخدام استثمارات القطاع الخاص في تمويل البنية الأساسية

1- أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 31.

2- سامي عبد الباقي أبو صالح، الضمانات القانونية في تنفيذ عقود الB.O.T، المرجع السابق، ص 1.

3- عبد القادر محمد عبد القادر، دراسة الجدوى الاقتصادية والتجارية والاجتماعية مع الB.O.T، الطبعة الثانية 2000-2001، الدار الجامعية، ص 633.

للدول، وهي الوظيفة التي كانت تقع على عاتق القطاع العام تاريخياً، والذي يكون فيه تمويل المشروعات هو حجر الزاوية بالنسبة لنظام الـ B.O.T حيث يعتمد المقرضون على أصول المشروع نفسه وتدفقاته النقدية كضمان لها لكي يستردوا أموالهم مرة أخرى بدلا من أن تؤدي هذه المهمة مجموعة الضمانات الحكومية أو أصول الشركة أو الشركات الراعية للبرنامج ككل¹.

ب - : تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي:

"هوشكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين "الاتحاد المالي للمشروع" امتيازاً لصوغ مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً، ويضطلع الاتحاد المالي للمشروع أو شركة يقوم الاتحاد المالي بإنشائها بصوغ المشروع وتنفيذ الامتياز وفقاً للاتفاق المبرم بين الحكومة وصاحب الامتياز "اتفاقية المشروع"².

وهناك تعريف آخر للجنة الأنسيترال لعقد البناء والتشغيل والتمويل بأنه شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة ويدعي شركة المشروع امتياز لتنفيذ مشروع معين وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله واستغلاله تجارياً وفي نهاية مدة الامتياز تنقل ملكية المشروع إلى الحكومة.³

الفرع الثاني : خصائص المشروعات المقامة بنظام الـ B.O.T والمخاطر المحتملة عليها

تتميز عقود الـ B.O.T بمجموعة من الخصائص والتي تختلف في كثير من الأحيان عن نظام الامتياز وإن كانت تتشابه معه في البعض منها كما أنها تتعرض لمخاطر أشد من المخاطر العادية التي قد تتعرض لها مشروعات الامتياز

أولاً : خصائص المشروعات المقامة بنظام الـ B.O.T

1-United BOT Guidelines, op. cit., p. 3.

2- تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة التاسعة والعشرون، نيويورك في 28 مايو / 14 يونيو 1996 بعنوان الأعمال المقبلة المتعلقة، مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية 19.424.9/cn.9/A, April 1996، ص 3.

3- جمال الدين نصار، تنفيذ مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت، القاهرة، طبعة 2000، ص 10، د. محمد أبو العينين، انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق القطاع الخاص بنظام الـ B.O.T، المرجع السابق، ص 3.

من خلال التعريفات المختلفة لنظام B.O.T يمكن إستخلاص عدة خصائص نشير إليها في النقاط الآتية:

أ- تعدد أطراف عقود الB.O.T :

تحدثنا فيما سبق عن عقد الالتزام وعرفنا أن له طرفان، طرف أول ويمثل الدولة أوأحدى وحداتها الإدارية المختلفة وطرف ثان ودائماً ما يكون أحد أشخاص القانون الخاص بحيث إذا لم تكن الدولة طرفاً في العقد لم نكن بصدد عقد التزام فهل يصدق هذا الأمر على العقود المبرمة بنظام الB.O.T. بداية نود أن نوضح أن هناك من ذهب إلى القول بأن نظام البوت لا يعد عقداً بقدر ما يعد أسلوباً أو نظاماً يتضمن مجموعة متعددة من العقود والاتفاقيات المختلفة ويتدخل فيها الكثير من الأطراف بخلاف العقود التقليدية،¹ ويرجع ذلك بطبيعة الحال إلى كبر حجم المشروعات التي تنفذ بهذا الأسلوب لذا فإن له العديد من الأطراف والتي سوف نوضحها على النحو الآتي:

1-الطرف الأول (الحكومة المضيفة):

دائماً ما يكون الطرف الأول في هذا النظام هي الدولة أوالحكومة المضيفة مانحة الالتزام وهي المالكة الحقيقي للمشروع فهي التي تملك الأرض والمرفق وهي التي تقوم بمنح حق الالتزام لإقامة المشروع وهي التي تقوم بتجديد مدة الالتزام وأيضاً تقوم بتحديد ضوابط وشروط استخدام الالتزام.² ولا يقتصر دور الحكومة على مجرد منح الالتزام أوحى الإشراف والرقابة عن بعد؛ بل لابد حتى يكتب لهذه المشروعات النجاح أن تقوم الحكومة الراعية للمشروع بدور فعال ونشط لأقصى حد ممكن خاصة في مرحلة ما قبل الإنشاء أو ما قبل الاستثمار. فالحكومة هي الطرف الرئيسي والمسؤول عن تحديد القطاعات والمشروعات التي يصلح تنفيذها بأسلوب الB.O.T كما أنها هي التي تقوم بإدارة عملية

1- خالد بن محمد عبد الله العطية، المرجع السابق، ص 38.

2- محسن أحمد الخضري، المرجع السابق، ص 37 وما بعدها.

المناقصات وتحدد المعايير الواجب مراعاتها والالتزام بها عند اختيار الشركات الأجنبية أو المحلية والتي سيتم تكليفها بإنشاء وتشغيل وصيانة المشروع¹.

بيد أن دور الحكومة في هذه المشروعات يختلف باختلاف نوعية المشروعات المقامة بنظام الـ B.O.T وكذلك باختلاف الظروف الاقتصادية والتنظيمية السائدة داخل الدولة المضيفة. فقد يكون تدخل الدولة ظاهراً وملموساً في تلك المشروعات المقامة بنظام الـ B.O.T في مجالات الطرق والأنفاق حيث تعتمد شركة المشروع في تحصيل إيراداتها على الرسوم التي يدفعها مستخدمو هذه الطرق "الطرق السريعة بنظام البطاقات المدفوعة" وهو أمر بلا شك يتوقف على عدة أمور كوجود طرق بديلة لهذه الطرق وكثافة وأهمية وحيوية هذه الطرق مما يقلل بطبيعة الحال من إقبال المستثمرين على هذه المشروعات مما يدفع الدولة إلى التدخل لدعم المستثمر وإعطائه الكثير من المميزات².

ففي مشروع نفق سيدني بأستراليا قدمت الحكومة الاسترالية ضمانات لشركة التنفيذ تضمنت حق الحصول على حد أدنى سنوي من الإيرادات وإلا تقوم الحكومة بتقديم دعم مالى في "صورة قروض طارئة" للمشروع لحيلولة دون تعثره، وكذلك فعلت الحكومة الباكستانية مع الشركة التي كلفتها بتنفيذ طريق سريع بنظام رسوم المرور³.

وقد يكون تدخل الحكومة بسيطاً وسهلاً كما هو الحال بالنسبة للمشروعات الصناعية والتعدينية والبتروولية حيث تعتمد شركة المشروع على تحصيل إيراداتها نتيجة بيع منتجات هذه المشروعات سواء أكانت خامات أو سلع أو خدمات إلى الأسواق المستقرة في الخارج أو إلى المنتفعين الأجانب بالعملة الصعبة⁴.

2- الطرف الثاني (شركة المشروع)

1- UNIDO BOT – Guidelines. Op. cit., p. 41.

2- محمد بهجت عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 39 وما بعدها.

3- UNIDO BOT, guidelines, op. cit., p. 64.

4- محمد بهجت عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 400.

يمثل الطرف الثاني في التعاقد بنظام B.O.T شركة المشروع وهي عبارة عن شركة أو مجموعة من الشركات تتحد فيما بينها لتكون اتحاد يسمى (consortium) للحصول على التزام من الحكومة لإقامة المشروع والوصول به إلى مراحلهِ الأخيرة¹، ويتم تشكيل هذا الاتحاد من مجموعة شركات متخصصة في شتى المجالات كالتصميم أو التوريد أو التشييد وقد يتكون هذا الاتحاد من مجموعة من شركات القطاع الخاص فقط أو من مجموعة شركات القطاع الخاص والعام معاً².

وغالبا ما تتمتع هذه الشركة بالخبرة والدراية الكافية للحصول على التمويل اللازم للمشروع كما يجب أن تكون هذه الشركة مستعدة لخوض المفاوضات الطويلة والمجهددة التي تسبق توقيع اتفاقية التنفيذ كما يجب أن تكون قادرة ومستعدة لإنفاق الأموال الكثيرة في هذه المرحلة وقبل رسوالعقد عليها³.

ويرجع السبب الرئيسي في تكوين هذا الاتحاد إلى أن تنفيذ المشروعات بنظام B.O.T عادة ما يحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة لأنها غالباً ما تنصب على مشروعات البنية الأساسية كما أنها أيضاً تحتاج إلى الكثير من الخبرات والمهارات الفنية والتنظيمية والإدارية الأمر الذي يكون من العسير على شركة واحدة القيام به⁴. ويتكون رأس مال الشركة من مجموع الحصص التي يوفرها كل راع من رعاة المشروع وتكون الشركة هي الأداة أو الوسيلة اللازمة للحصول على القروض التي يحتاجها المشروع⁵.

وبالإضافة إلى هذين الطرفين الرئيسيين توجد جهات أخرى مساعدة كثيرة في المشروعات المقامة بنظام B.O.T كالممولين والموردين والمقاولين الممونون وغيرهم⁶.

لكن التساؤل الذي يطرح نفسه هو هل من الممكن أن يقوم القطاع الخاص بإنشاء مشروعات بنظام B.O.T للقطاع الخاص؟ أي هل يمكن أن يكون طرفاً عقد B.O.T كلاهما من القطاع

1- عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص 137.

2- UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 10.

3- محمد غازي الجلاي، رسالته، المرجع السابق، ص 25.

4- محمد بهجت عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 42.

5- إرشادات بشأن صياغة ومفاوضات وتعاقدات مشروعات نظام " البناء والتشغيل ونقل الملكية" (B.O.T)، منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية، اليونيدو، ص 10.

6- خالد بن محمد عبد الله العطية، المرجع السابق، ص 44 وما بعدها.

الخاص؟ من الناحية العملية ليس هناك ما يمنع القطاع الخاص من الإقدام على مثل هذه المشروعات كأن يلجأ أحد النوادي أو إحدى الجهات الخاصة إلى إنشاء صالة لإحدى اللعبات أو حتى جراج سيارات أو محلات تجارية وكذلك المستشفيات الخاصة ودور السينما على أن يترك للمقاول الذي قام بإنشاء وتشبيد المشروع الحق في استرداد ما قام بإنفاقه مع تحقيق هامش ربح معقول، بل أن الواقع العملي في مصر يشهد بذلك فعلى سبيل المثال قامت إحدى الشركات الخاصة بإقامة صالة للبولنج والبيارد بمجمع نادي الصيد بالدقي على أن تقول ملكية هذه الصالة إلى النادي بعد مرور عشر سنوات تدفع خلالها الشركة للنادي ستة ملايين جنيه مع تخفيض أسعار اللعب لأعضاء النادي إلى النصف تقريباً ثم عاد النادي وأعلن عن مشروع فنشاء جراج متعدد الطوابق أسفل أرض النادي وفقاً لنظام الـ B.O.T⁽¹⁾ وذلك بالطبع بخلاف الحال بالنسبة لعقود الامتياز التي يشترط فيها أن تكون الدولة أو أحد أشخاصها المعنية طرفاً فيها.

1- محمد بهجت عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 111 وكذلك مهندس حسين صبور، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر مشروعات الـ B.O.T ومقومات نجاحها في مصر، فندق ميريديان القاهرة من 14-16 نوفمبر 1999، ومن ذلك لجدأت إليه قرية (جولدن بيتش) السياحية بالغردقة إلى أن تطرح سواء بالبيع أو بالإيجار بأسلوب الـ B.O.T إنشاء محطة مياه.

المبحث الثاني :

مفهوم عقود الشراكة

لم يتبلور مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تسيير المرافق العامة في القانون الإداري إلا في نهاية ثمانينات القرن الماضي ولم يظهر بطريقة فجائية بل ظهر نتيجة تطور في الأنظمة الاقتصادية والاجتماعية التي أثرت تأثيرا كبيرا في السياسات التشريعية وأدت إلى تطور في معظم مفاهيم القانون الإداري.

المطلب الأول : ظهور عقود المشاركة PPP

يعد نظام الشراكة ظاهرة عالمية فقد تطور في أوروبا خاصة إنجلترا وفرنسا ثم لحقت دول كثيرا تبنت هذا الأسلوب الشراكة بين القطاع العام والخاص،

الفرع الأول : عقود الشراكة في التجربة البريطانية.

وقد ظهر تعبير المشاركة بين القطاع العام والخاص في الفقه والقانون الأنجلوساكسوني في السبعينات من القرن الماضي وذلك بمناسبة عملية التنية العمرانية في الوايات المتحدة الأمريكية قبل نموها وإزدهارها في التسعينات في إنجلترا¹، وسميت تلك الطائفة العقود في إنجلترا عقود Privet PFI (Finance Initiative) وظهرت منذ بداية 1990 إذا كانت هناك العديد من الدراسات أوصت بضرورة السماح للقطاع الخاص بالمشاركة في تمويل البنى التحتية لكي تخفف العبء عن الموازنة العامة حيث تقدم الجهة الإدارية حقوق القطاع الخاص بطريقة مجزأة²، ولكن التطبيق العملي لتلك

1 - يونس سلامي، الشراكة قطاع عام - قطاع خاص (التوجه المغربي على التجارب المقارنة)، السلسلة الغربية لبحوث الإدارة و الاقتصاد والمال، الطبعة الأولى، الرباط، المغرب، 2011، ص 111.

2 - حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2013، ص 105.

العقود بدأ في عام 1992. بعد إلغاء الدور الكبير تلعبه الأموال العامة في هذا الشأن وإتاحة الفرصة أمام القطاع الخاص¹.

وتشمل الشراكة في النظام البريطاني ثلاث حالات رئيسية وهي: الشراكات المؤسسية وتضم شركات تنجز مشاريع ذات رأس مال مشترك عام وخاص مثل نفق المانش ويطبق في مجالات عديدة الصحية التعليمية والعقائبة ومشاريع السكن، وشراكات تقوم فيها المقاولات بتقديم الإستشارة للأشخاص العامة قصد الرفع من ممتلكاتها وتكون ممولة من الأموال العامة، ثم عقود المشاركة مثل مشاريع النفع العام والتي تمول بالكامل من القطاع الخاص².

وقد سعت بريطانيا من خلال تطبيق عقود الشراكة إلى تحقيق لأهداف الأساسية التالية³:

3- الزيادة في قدرات تمويل القطاع العام، خلال تقسيط الأداء المتعلق بالاستثمار على طول مدة العقد؛

4- تحسين جودة الخدمات العامة من خلال إلزام القطاع الخاص باحترام معايير الجودة التي تحدد بشكل كبير مبالغ الأداء المدفوعة من قبل الإدارة؛

5- تقليص النفقات العمومية عبر الإستفادة من كفاءه القطاع الخاص وقدرته على الابتكار وتحقيق وفر مالى من خلال تكييف البنيات التحتية مع الخدمة المقدمة.

ونظرا لأن النظام القانوني في بريطانيا لا يعرف القانون الإداري، فعقود الشراكة فيها تعد عقود دولة وليست عقود قانون خاص، فهي تتم في إطار يسمح للقطاع الخاص بإنشاء المرفق وإستغلاله في مقابل مكافأة يتقاضاها من الحكومة سواء كانت شهرية اوسنوية، وتتم تحت

1 - هاني عرفات صبحي حمدان، النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص (PPP) - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017، ص 20

2 - Sébatien THOUVENOT, la définition des partenariats public-privé a al lumiere du droit comunautaire et du droit anglais " cahier de droit entreprise " , n° 4, juillet – aout 2006 p 17.

3 - يونس سلامي، المرجع السابق، ص 112.

إشراف الإدارة¹. وتتجلى الميزة الأساسية لهاته العقود هو أن الحكومة لاتصل إلى حد التخلي عن ملكية المشروع².

وفي 2006، تم إنجاز 185 مشروعاً في مجال الصحة و 230 مدرسة و 43 مشروعاً في مجال النقل و 180 مشروعاً في ميدان الدفاع والسجون والثقافة والإسكان، وقد إستعملت مبادرة التمويل الخاص PFI في ميادين تبدو سيادية ولا يمكن إدارتها من طرف الخواص كما هو الأمر بالنسبة للسجون والدفاع (مدارس تكوين رابنة الطائرات الحربية وتزيد الطائرات الحربية بالوقود عن طريق الناقلات الخاصة)³.

لقد كان للنموذج البريطاني للشراكات كبرى في تحقيق التنمية، بما إستطاع تحقيقه من طفرة نوعية علي مستوى البنى الأساسية في هذا البلد، من خلال تعدد الأشكال الشراكة وتنوع مجالاتها التي غطتها، وهو الأمر الذي جعل عدة دول ومن بينها فرنسا تسارع إلى افقتداء بالنموذج البريطاني في عقود الشراكة مع القطاع الخاص⁴

الفرع الثاني : ظهور عقود المشاركة PPP في القانون الفرنسي

إذا كان ظهور عقود المشاركة في المملكة المتحدة يرتد إلى أسباب اقتصادية وسياسية. فإن ظهورها في القانون الفرنسي يجد مبرره في أسباب قانونية خالصة.

قبل أن نتعرض لهذه الأسباب يجب أن نشير إلى أن إدخال عقود المشاركة في القانون الفرنسي قد تمت بصفة اساسية بواسطة الأمر رقم 559-2004 الصادر في 17 يونيو 2004. ثم صدر مرسوم رقم 1119-2004 في 19 أكتوبر 2004 باستحداث مؤسسة خبراء تساعد على تطبيق هذا النوع من العقود. والمرسوم رقم 1145-2004 بتاريخ 27 أكتوبر 2004 لتطبيق المواد 3، 4، 7 من الأمر المشار إليه والمواد L.1414-3 و L. 414-4 و L. 1414-10 من التقنين العام للإدارات المحلية.

1 - هاني عرفات صبحي حمدان، المرجع السابق، ص 21

2 - احمد حرير، النظام القانوني لعقود ا شراكة بين القطاعين العام والخاص، المركز الأكاديمي للنشر، مصر، 2019، ص 14

3 - يونس سلامي، المرجع السابق، ص 114.

4 - يونس سلامي، المرجع السابق، ص 122.

والمرسوم رقم 953-2005 بتاريخ 4 أغسطس 2005 بتعديل المرسوم رقم 1145-2004 بتاريخ 27 أكتوبر 2004 المشار إليه. والمعدل بالمرسوم رقم 1740-2005 الصادر في 3 ديسمبر 2005. وأخيراً التعليمات الإدارية الصادرة في 29 نوفمبر 2005 المتعلقة بضوابط تطبيق عقود المشاركة بواسطة الإدارات المحلية.¹

وقد أدخلت على الأمر المار إليه العديد من التعديلات كان أهمها من خلال القانون رقم 735-2008 بشأن عقود المشاركة والصادر في 28 يوليو 2008. إضافة إلى تعديلات أخرى بقانون رقم 1343-2004 بشأن تبيط القانون الصادر في 9 ديسمبر 2004 والقانون رقم 845-2005 الصادر في 26 يوليو 2005 بشأن حماية المشروعات والقانون رقم 224-2007 الصادر في 21 فبراير 2007 بشأن إقليم ما وراء البحار والقانون رقم 1598-2007 الصادر في 13 نوفمبر 2007 بشأن مكافحة الفساد والقانون رقم 179-2009 الصادر في 17 فبراير 2009 بشأن تسريع البرامج الإنشائية والاستثمارات العامة والخاصة والأمر رقم 515-2009 الصادر في 7 مايو 2009 بشأن إجراءات الدعاوى المنطبقة على العقود العامة والأمر رقم 137-2010 الصادر في 11 فبراير 2010 بشأن العقود التي تبرمها الدولة ومؤسساتها العامة في بعض أقاليم ما وراء البحار والأمر رقم 177-2010 الصادر في 23 فبراير 2010 المتعلق ببعض جوانب النظام الصحي.²

كما استتبع التعديلات المشار إليها على النظام التشريعي لعقود المشاركة إدخال العديد من التعديلات الأخرى على النظام اللائحي لهذه العقود. إضافة إلى نصوص لائحية أخرى مستحدثة تعالج العديد من جوانب هذا النوع من العقود.

ونوه هنا إلى أن عقود المشاركة هي أحد أنواع العقود الإدارية في القانون الفرنسي. إذ يعتبر عقداً إدارياً بنص القانون. ولذلك فإن العقود الإدارية في فرنسا في الوقت الحالي أصبحت على ثلاث طوائف بعد إدخال هذا النوع من العقود. وهي الأشغال العامة وعقود تفويض المرفق العام وعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص، وحتى نفهم أسباب ظهور عقود المشاركة في فرنسا. فإنه يجب أن

1- رجب محمود طاجن، عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص، دار النهضة العربية، 2010، ص 18

2 - رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص 33.

نرجع إلى الوراثة قليلا وبالتحديد إلى عام 1963 تاريخ صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي Ville de Colombes: ذلك الحكم الذي أرخ لنشأة عقود مشروعات مقاولات الأشغال العامة¹ Marche .d'entreprise de travaux publics (METP).

حينما ثار نزاع حول التكييف القانوني للعقد محل المنازعة المتعلق برفع المخلفات المنزلية مقابل مكافأة جزافية تلتزم المدينة بأدائها للمتعاقد. وكيف مجلس الدولة هذا العقد بأنه عقد مشروع مقولة أشغال العامة. بالرغم من أن المتعاقد كان قد تولى إنشاء التجهيزات الأولية للمرفق العام واستغلال ذلك المرفق طوال الفترة التعاقدية. بما يشير إلى أن العقد قد كيف على أنه عقد التزام أشغال عامة Concession de travaux public وليس عقد أشغال عامة بمعناها التقليدي والتي تخضع للنصوص الواردة في تقنين الأشغال العامة².

وعلى ذلك وفي ضوء هذا القضاء أمكن تعريف عقد METP بأنه ذلك العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون العام مع أحد أشخاص القانون الخاص بغرض إنشاء التجهيزات الضرورية للمرفق العام واستغلال واستثمار المرفق طوال مدة العقد في مقابل ثمن يترتب على عاتق الجهة الإدارية المتعاقدة تدفعه للمتعاقد في شكل دفعات في فترات زمنية متقطعة طول فتره العقد³.

ومن خلال هذا التعريف يستخلص العناصر اللازمة من الناحية القانونية للقول بوجود عقد METP والتي تتمثل في تعلق موضوع العقد بتحقيق أحد الإنشاءات العامة واستغلالها. وفي مدته الطويلة نسبيا بما يسمح للمتعاقد في غالب الأحيان بالإنشاءات الأولية. باستغلال تلك الإنشاءات بصورة مربحة. وفي شكل مكافأة المتعاقد المحددة من خلال مبلغ تدفعه له جهة الإدارة على دفعات fractionne موزعة على المدة الإجمالية للعقد⁴.

1 - احمد حرير، النظام القانوني لعقود ا شراكة بين القطاعين العام والخاص، المركز الأكاديمي للنشر، مصر، 2019، ص 16.

2-CE, 11 décembre 1963, Ville de Colombes, Rec., p. 611.

3 - احمد حرير، المرجع السابق، ص 16

4 - رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص 36.

وقد كان هذا العقد يقترب بذلك من عقود الالتزام أو عقود تفويض المرفق العام، بإسناده للمتعاقد مهمة إنشاء واستغلال المرفق العام. وكان يقترب في ذات الوقت من عقود الأشغال بطريقة حصول المتعاقد على حقوقه المالية في شكل ثمن Prix تدفعه جهة الإدارة طوال مدة العقد بصورة مجزأة، وهو ما يعني أنه يفترق جوهرياً عن هذه العقود الأخيرة في هذا الجانب أيضاً. وقد كان هذا النوع من العقود يسمح لجهة الإدارة بإنجاز الكثير من مشروعاتها المتعلقة بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية والخدمية: وهذه النقطة كانت السبب الرئيسي لتبني نظام عقود المشاركة¹.

ولكن بعد ظهور عقود تفويض المرافق العامة في فرنسا 1993، ظهر هناك تشابه في أحكام عقود METP وعقود التفويض، حيث تقوم METP بإسناد المتعاقد مع الإدارة مهمة الإنشاء وإستغلال المرافق العامة مما أدى إلى إختلاط أحكام هذا العقد مع أحكام عقود تفويض المرافق العامة، مما أدى لحدوث شكل في تطبيق هذين العقدين، كما تشابه عقد MEPT مع عقود الأشغال العامة وبقي الوضع علي هذه الحالة إلى غاية 1996 حيناً أصدر مجلس الدولة الفرنسي حكمه في قضية Prefet des Bouches-du-Rhone الصادر في 15 إبريل 1996 بشأن عقد يتعلق بجمع ونقل المخلفات المنزلية في مقابل أداءات مالية تتحملها جهة الإدارة (METP). ذهب إلى أن هذا العقد لا يدخل في طائفة عقود تفويض المرفق العام، لن المقابل المالى وإن كان مجزئاً على مدة العقد إلا أنه لا يرتبط جوهرياً بنتائج الاستغلال. أي لا علاقة له بالحالة الاقتصادية والمالية للاستغلال. إذ لا يتأثر بوضع النشاط لا سلباً ولا إيجاباً. وهو الشرط الأساسي للاعتراف بعقود التفويض².

وبقي هذا الغموض محركاً لجدل فقهي كبير حول عقود مشروعات مقاوله الأشغال العامة. بدأت تظهر ملامحه بصورة واضحة باتجاه إنهاء الوجود القانوني لهذا النوع من العقود عقب صدور التقنين القديم للأشغال العامة في 7 مارس 2001 والذي أدى كما يرى البعض إلى إلغاء هذا العقد. إذ نصت المادة 94 منه على حظر إدراج شرط الدفع المجزأ في عقود الأشغال العامة. وهو ما يعني أنه لم يعد بمقدور جهة

1 - حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود البوت BOT، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 106.

2 - احمد حرير، المرجع السابق، ص 17

الإدارة إبرام هذه العقود التي تقوم أساساً على مبدأ الدفع الجزأً على مدة العقد الكلية. خصوصاً وأن أحكام مجلس الدولة قد أخرجتها من نطاق عقود تفويض المرفق العام¹.

يضاف إلى ما سبق أنه إذا كانت هذه العقود تعد من العقود المركبة أو الإجمالية التي تتضمن تحقيق إنشاءات عامة وتنفيذ لمرفق عام، فإن المادة العاشرة من ذات التقنين قد حظرت إبرام العقود الإجمالية *Les contrats globaux*. في حين أن هذه العقود كانت تتضمن في ذات الوقت عقد مقابلة أشغال عامة بالنسبة لإنشاء التجهيزات وعقد صيانة واستدامة لهذه التجهيزات. وهو ما كان يؤدي إلى الوقوع تحت طائلة النصوص العقابية في حال اللجوء إلى إبرامها تحت مظلة هذه النصوص الجديدة².

وكأثر لموقف القاضي الإداري الذي أخرج عقود *METP* من حوزة عقود تفويض المرفق العام *DSP* وتقنين الأشغال العامة الصادر 2001 (ملغي) والذي أخرجها من نطاق تطبيقه. وبسبب الأهمية القصوى لمثل هذا النوع من العقود بالنسبة لجهة الإدارة من الناحيتين المالية والاقتصادية. جاءت المبادرة من المشرع الفرنسي في تبني عقود *METP* تحت مسمى آخر هو عقود المشاركة بين القطاعين الحكومي والخاص *PPP*، بواسطة القانون رقم 591-2003³ الصادر في يوليو 2003 الذي خول الحكومة الاختصاص بتبسيط قواعد القانون، حينما أعطي للإدارة الحق في أن تبرم عقود مجزأة أو إجمالية لإنشاء وتحويل واستثمار وتمويل الإنشاءات العامة وإدارة وتمويل أحد المرافق أو القيام بهذه العمليات جميعاً. ولم يحدد المشرع في هذا القانون شروط وقواعد هذه العقود وإنما خول الحكومة إصدار أمر بتنظيمها تفصيلاً⁴.

1 - احمد حرير، المرجع نفسه، ص 17

2 - وما يذكر في هذا الصدد أن أحكام التقنين الحالي للأشغال العامة الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم 975-2006 في الأول من أغسطس 2006 لم تخرج بصورة جوهرية عن الأحكام المقررة في تقنين 2004، حيث أجازت المادة العاشرة منه مبدأ العقود الإجمالية بالنسبة للعمليات المركبة التي يصعب بصدها التمييز بين الأعمال محل التعاقد، وأجازت الفقرة الأخيرة من ذات المادة فكرة العقود الإجمالية التي تتعلق بإنشاءات وباستغلالها وصيانتها بشرط أن تحدد الأعمال المتعلقة بكل عملية من هذه العمليات بدقة وبصورة مجزأة..

3- Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement a simplifier le droit, Jo du 3 juillet 2003..

4 - احمد حرير، المرجع السابق، ص 17

وقد تركزت الإرادة التشريعية لاحقا بشأن تبني نظام عقود المشاركة كأحد العقود الإدارية من خلال تقنين الأشغال العامة الذي صدر لاحقا بتاريخ 7 يناير 2004 بالمرسوم رقم 15-2004 والذي ألقى أيضاً بالتقنين الجديد للأشغال العامة الصادر في أغسطس 2006. فإذا كانت عقود المشاركة من العقود الإجمالية من ناحية محلها. فإن تقنين 7 يناير 2004 - على عكس تقنين 7 مارس 2001 - ينص في الفقرة الأولى من المادة العاشرة منه على إجازة العقود الإجمالية. وبهذا النص، فإن الأسباب التي أدت إلى حظر عقود METP في تقنين 2001 لم تعد موجودة في تقنين 2004، وهو ما يعني في الوقت نفسه حلول عقود المشاركة محل عقود METP، مع ملاحظة أن هذا التقنين قد حظر فكرة الثمن الجزأ، وهو ما تقوم عليه عقود METP وعقود المشاركة، وهو ما سيستدعي تدخلات تشريعية لاحقة لتنظيم عقود المشاركة تحقيقاً لرغبة المشرع في ضم وجمع كل القواعد المتعلقة بها في تشريع خاص يتلافى أوجه التعارض مع عقود تفويض المرفق العام وعقود الأشغال العامة¹.

ولأن الإطار القانوني السابق لا يستوعب بصورة جيدة عقود المشاركة، فقد صدر الأمر رقم 559-2004 في 17 يونيو 2004 السابق الإشارة إليه وإلى التعديلات التشريعية المتعددة التي لحقته، والمسمى بالأمر المتعلق بعقود المشاركة Les contrats de partenariat. وصدرت بعد ذلك مراسيم عديدة لتحديد مدى ومجا لتطبيق الأمر السابق، مجيزة لكل الأشخاص المعنوية العامة (الدولة والأقاليم والمؤسسات العامة) ولأشخاص القانون الخاص المكلفين بمهمة مرفق عام بإبرام هذا النوع من العقود².

أما بصدد موقف القضاء الفرنسي من هذا النوع من العقود، فإننا نشير إلى اتجاه كل من المجلس الدستوري ومجلس الدولة: فقد قبل المجلس الدستوري بدستورية هذا النوع الجديد من العقود بمناسبة فحصه لدستورية مشروعات القوانين السابق الإشارة إليها - وبخاصة القانون رقم 591-2003 الصادر بتاريخ 2 يوليو 2003 - والتي فوضت الحكومة أن تصدر أمراً يحدد الضوابط القانونية لعقود المشاركة على اساس مبادئ الإعلان والمنافسة والشفافية متضمنا القواعد المتعلقة بالمقابل المالي للمتعاقد

1 - رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص 37.

2 - رجب محمود طاجن، المرجع نفسه، ص 38.

مع جهة الإدارة ومحل العقد ومراعاة الضوابط العامة الحاكمة للمرفق العام. ولذا فإن إصدار الأمر في هذه الحدود لا يعتبر - من وجهة نظر المجلس الدستوري - تحلياً من المشرع عن اختصاصه التشريعي¹.

ما ذهب المجلس أيضاً إلى أن عقد المشاركة وإن كان عقداً إجمالياً يتضمن الإنشاء والاستغلال والإدارة. فإن ذلك مما لا يخالف أي قاعدة أو مبدأ دستوري، إذ أن النظام القانوني لهذه العقود يعتبر نظاماً مستقلاً عن القواعد العامة في إبرام العقود (تقنين الأشغال العامة) تبرره المصلحة العامة والاعتبارات الفنية والاقتصادية للمشروع.²

ومن خلال عرض التطورات القانونية الهامة للإطار التنظيمي لعقود المشاركة في فرنسا، يمكننا القول أنه ابتداءً من عام 2006 أخذت عقود المشاركة بالاتجاه نحو التطبيق على مستوى الدولة والأقاليم، فبالنسبة للدولة أقرت مشروعات تابعة لوزارة الدفاع مثل المشروع المتعلق بتجديد المعهد الوطني للرياضة والتعليم البدني والمشروع المتعلق بالتأهيل الأولي لطيارى الهليكوبتر في إطار مدرسة تطبيق الطيران الخفيف التابعة للجيش وغيرها من المشروعات الهامة الأخرى، أما بالنسبة للإدارات المحلية. وقع عقد الإنارة العامة لبلدية Auvers-sur-Oise إضافة إلى العديد من مشروعات العقود التي مازالت في مرحلة التفاوض مثل تجديد شبكة الإنارة العامة في مدينة Rouen. ويعد مجالي الطاقة والتعليم من المجالات المثلى لإبرام عقود المشاركة في فرنسا في الوقت الحالي³.

1 - CC, 26 juin 2003, DC no 2003-473, sur le site:

www.conseil-constitutionnel.fr; CC, 22 aout 2002, DC no 2002-460, sur le meme site.

2 - هاني عرفات صبحي حمدان، المرجع السابق، ص 28

3 - رجب محمود طاجن، المرجع نفسه، ص 39.

المطلب الثاني تعريف عقود الشراكة PPP وتمييزها عن العقود المشابهة.

الفرع الأول : تعريف الشراكة

سيتم التطرق من خلال الفرع إلى أهم التعاريف التي قادت في هذا الموضوع من الناحية التشريعية في بعض التشريعات المقارنة والفقهي لبعض الفقهاء، لكن بداية يجب الإشارة إلى التعريف اللغوي للشراكة أولاً.

أولاً : التعريف اللغوي للشراكة

قال ابن منصور : " الشَّرْكََة والشَّرْكَة سواء : مخالطة الشريكين يقال : إشتركنا بمعنى تشاركنا، وقد إشترك الرجلان وتشاركوا وشارك أحدهما الآخر، والشريك : المشارك، والشَّرْك : كالشريك وشاركت فلانا فصرت شريكه، وإشتركنا وتشاركنا في كذا وشركه في البيع والميراث أشركه شركه¹.

وجاء في المعجم الوسيط : " شركت : فلانا في الأمر شركا وشركه : كان لكل منهما نصيب منه، فهو شريك منه. أشركه في الأمر أي أدخله فيه، ويقال أشرك بالله أي جعل له شريكا في ملكه²، ويقال مال اوامر مشتلاك أي لك ولغيرك حصة فيه³.

وعقد الشراكة في اللغة هو عقد بين إثنين أو أكثر للقيام بعمل مشترك⁴

ثانياً: التعريف القانوني للشراكة بين القطاعين العام والخاص

إن مصطلح الشراكة هو مصطلح حديث متعدد الأوجه ذو أهمية متزايدة وهو مرتبط بأبعاد عديدة منها البعد القانوني والبعد الإداري والبعد الإقتصادي والبعد الاجتماعي، وقد درس العديد من الفقهاء والباحثين مفهوم الشراكة ضمن تعريف مختلفة دون الوصول إلى تعريف دقيق وموحد ومتفق عليه، كما

1 - جمال الدين ابن منصور، لسان العرب، ط 3، دار الصادر، بيروت، 1414 هـ، ص 448.

2 - الآية 13 من سورة لقمان.

3 - المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، مطبعة الشروق الدولية، 2004، ص 480.

4 - المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، القاهرة، مطبعة الشروق الدولية، 2003، ص 341.

أن مصطلح عقد الشراكة زهي التسمية الشائعة لهذا النوع من العقود ونجدها خاصة في فرنسا le contrat de partenariat، ومن منه من يسميه بالشراكة بين القطاعين العام والخاص partenariat public privé¹، ومنهم من يطلق عليه مبادرة التمويل الخاصة Private Finance Initiative وتم التطرق إليها في التجربة البريطانية.

ورغم التسميات المختلفة ورغم إختلاف التعاريف إلا أنها تصب كلها في مفهوم واحد وهو أن الشراكة هي إحدى وسائل التعاون بين القطاع العام والخاص بغرض إنجاز مشروع معين لتحقيق أهداف معينة منها إشباع الحاجات العامة للأفراد لفترة زمنية².

ظهر مفهوم عقد الشراكة في القاموس في سنة 1987 بالصيغة الآتية: "هونظام يجمع المتعاملين الإقتصاديين والاجتماعيين"، أما في مجال العلاقات الدولية فإن أصل استعمال كلمة شراكة تم لأول مرة من طرف مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية في نهاية الثمانينات.³

إذا تعد الشراكة بين القطاعين العام والخاص إحدى الوسائل الأساسية التي يمكن أن تساهم في تمويل المرافق العمومية والمشاريع الكبرى في مجال البنية الأساسية، كما أنها تمثل إحدى وسائل التثمين الاقتصادي للأموال العمومية، فهي بالتالي الية من إلبات التصرف الحديث في المرافق العمومية وإنشاء مشاريع البنية الأساسية الضخمة في مجال الخدمات، وترتكز أساسا على تفويض مهمة تصريف شؤون

1 - رغم أن هذا المصطلح فرنسي إلا ان التشريع والفقهاء الفرنسيين لا يجذبان هذا المصطلح Partenariat Public Prive يضم العديد من الصيغ والمشاريع التي يشارك فيها القطاع العام مع القطاع الخاص.

2 - أحمد حرير، المرجع السابق، ص 28

3 - الموقع الإلكتروني للموسوعة الحرة www.wikipedia.org

مرفق من المرافق العمومية أو استغلال أو استعمال أملاك أو معدات من قبل السلطات العمومية لفائدة مستثمرين خواص أو عموميين¹.

كما يعني مصطلح الشراكة بين القطاعين العام والخاص تلك الترتيبات التي يقوم فيها القطاع الخاص بتقديم أصول وخدمات تتعلق بالبنية التحتية جرت العادة على أن تقدمها الحكومة، وقد تنشأ الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص من خلال عقود الامتياز وعقود التأجير للقيام بمجموعة كبيرة من مشاريع البنية التحتية الاجتماعية والاقتصادية ذات الصلة بالموصلات كالطرق السريعة والجسور والأنفاق ومؤسسات المرافق العمومية كالمستشفيات والسجون وغيرها.

وقد عرف آخرون الشراكة على أنها: "الآلية عمل تهدف لحل المشكلات المعقدة أو تنفيذ مشاريع التنمية الضخمة بكفاءة وفاعلية التي لا يمكن تنفيذها من قبل طرف واحد وإنما من خلال أداة لا تمثل بشكل مطلق القطاع الخاص أو بشكل مطلق القطاع الحكومي وإنما للاستفادة القصوى من ميزات كل قطاع للعمل معاً."²

وعرفها آخرون: "بأنها تكوين علاقة تعاونية بين شريك أو أكثر من القطاع الخاص، كما أن الشراكة قد تكون من خلال تنظيم الأدوار بين الدولة والقطاع الخاص بحيث يكون لكل شريك دور خاص به ولكل يكمل بعضها الآخر في إطار تنموي واحد."³

وهناك من ميز بين مفهومين لعقد الشراكة فعرفت بالمعنى الواسع والضيق لها:

1- التعريف الواسع

1- طاجن رجب محمود محمد، عقود الشراكة PPP، دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 75

2 - مقال بعنوان "رجال الاعمال: تفعيل الشراكة بين القطاع العام و الخاص ضرورة ملحة"، عن الموقع: www.doha.shared.com، تم فحص الموقع يوم 12 فيفري 2014، على الساعة 18:49.

3- هاني صلاح سرى الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم البنية الأساسية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000، ص 92

عقود الشراكة هي عقود إدارية تعهد بموجبها الدولة أو المؤسسة العمومية إلى شخص خاص لمدة محددة تتناسب مع حجم الاستثمارات المرتقب إنجازها، كما أن لها مهمة شاملة وكلية تتضمن التمويل والبناء والاستقلال وفي بعض الأحيان تدبير المرفق العام.

من الناحية العضوية: عقد الشراكة تجمع صفتين من المتعاقدين: الأشخاص العمومية والأشخاص الخاصة.

من الناحية المادية: عقود الشراكة تتميز بشمولية المهام الملقاة على عاتق المتعاقد وتشمل بها الفهم الواسع حتي عقود في التمويل والبناء والاستغلال إضافة إلى التصور أو التحضير الأولي للمشروع.

* من الناحية المالية: المتعاقد مع الشخص العام يتقاضى مقابلًا يتغير حسب الأهداف والنتائج المرجوة، والتمويل أو الأداء العمومي يمتد طوال مدة العقد.

2- التعريف الضيق: أما التعريف المنبثق للشراكة فيلغي التعاون لإنجاز مشاريع مشتركة بين الدولة أو المؤسسات العمومية أو الجماعات المحلية من جهة والمقاولات الخاصة من جهة أخرى، وهذه الشراكة تتم بواسطة عقد¹ وهذا المفهوم المتبني في الدراسة.

1- أحمد بوعشيق، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب، المؤتمر الدولي للتنمية

الإدارية، المملكة العربية السعودية، 1_4 نوفمبر 2009، ص 06.

الفرع الثاني : وتمييز عقود الشراكة PPP عن العقود المشابهة

إن قضاء مجلس الدولة الفرنسي واتجاه المشرع الفرنسي في تقنين الأشغال العامة الصادر في 2001 قد وضع عقد مشروعات مقاوله الأشغال العام في أزمة قانونية، سواء من ناحية محله المركب الذي يدخله في نطاق العقود الإجمالية، أو من ناحية حصول المتعاقد على المقابل المالى الذي يتم في شكل ثمن مجزأ على طول مدة العقد. مما مهد الطريق لظهور طائفة عقود المشاركة التي أجاز المشرع فيها ما كان سببا في إنهاء وجود METP من الناحية القانونية. فعقد METP كانت في منطقة وسط بين طوائف العقود الخاضعة لتقنين الأشغال العامة وطوائف عقود تفويض المرفق العام أو عقود الإدارة غير المباشرة.

فإذا كان المعيار القضائي للتمييز بين طائفتي عقود الأشغال العامة وعقود الإدارة غير المباشرة (عقود تفويض المرفق العام) يقوم على أسس مالية. ترتبط بأسلوب اقتضاء متعاقد جهة الإدارة حقوقه المالية قد أدى إلى إنهاء وجود METP وظهور عقود المشاركة بتدخل المشرع الفرنسي لمواجهة هذا الفراغ القانوني بإقرار هذه الطائفة من العقود. ومفوضا فوق ذلك السلطة التنفيذية في تحديد نظامها القانوني.

فإنه يمكن الاعتماد على ذات المعيار في تمييز عقود المشاركة. بحيث يكون نفس المعيار أساسا في بيان أوجه الشبه والاختلاف بينها وبين العقود الأخرى. فهذا الأسلوب في التمييز بين عقود المشاركة والعقود الإدارية الأخرى سيؤدي إلى تحاشي التكرار عند قيام التمييز على أساس استعراض الفروق بين عقود المشاركة وكل عقد إداري آخر على استقلال، وذلك لأن فكرة الثمن كمعيار تشمل العديد من العقود الإدارية في طائفة واحدة. كما أن فكرة نتائج الاستغلال تشمل العديد من العقود المشكلة لطائفة أخرى أيضاً¹.

وعلى ذلك فسوف تكون الدراسة للتمييز بين عقود المشاركة وبين العقود الإدارية الأخرى مرتكزة على معيار أسلوب حصوله على المقابل المالى بحسب ما إذا كان ثمنا تؤديه الإدارة لمتعاقدتها. أو كان ذلك المقابل المالى مرتبطا بالنتائج المالية للاستغلال. ولن تخوض الدراسة في الأفكار العامة التي يكون

موضوعها الطبيعي في الدراسات العامة. بل ستقتصر على المبدأ والتطورات التي طرأت عليه وذلك في حدود دراسة عقود المشاركة PPP.

أولاً: تمييز عقود الشراكة عن العقود التي يكون المقابل المالى فيها ثمناً.

يتحدد المقابل المالى الذي يحصل عليه المتعاقد كمقابل لتنفيذ التزاماته العقدية في العديد من العقود في شكل ثمن تدفعه الإدارة، يرتبط بنسبة الأعمال المنفذة فعلاً، وتغطي هذه الفكرة طوائف العقود التي تخضع لتقنين الأشغال العامة والصفقات العمومية، مثلاً فكرة الأشغال العامة في القانون معنى واسع. يشمل عقود مقاوله الأشغال العامة وعقود التوريد وعقود تلقي الخدمات¹. وقد نصت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-147 التي تنص على أن يكون التعاقد على شراء المنقولات أو على مقاولات الأعمال أو النقل، أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية².

فالرابط بين هذه العقود جميعاً. على الرغم من اختلاف مضمونها أو مدى حقوق والتزامات كل المتعاقد والإدارة. أن المقابل المالى المستحق للمتعاقد يأخذ شكل ثمن تلتزم به جهة الإدارة تجاه المتعاقد معها. وهذه الفكرة تمكنا من إجمال مجموعة من العقود في إطار معين والتمييز بينها وبين عقود الشراكة. ونعرض من خلالها بشمول لأوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين الطائفتين من العقود دون الوقوف عند فكرة الثمن بمضمونها الفني على الرغم من قدرتها منفردة على التمييز بصورة محددة بينهما.

1- أوجه الشبه مع عقود المشاركة PPP

إن عقود الأشغال العامة بأشكالها المختلفة (مقاولات أشغال عامة - توريد - خدمات) تخضع في نظامها القانوني لقانون الصفقات العمومية، بينما تخضع عقود المشاركة لنظام خاص بها، وبالرغم من اختلاف النظام القانوني الذي يحكم كل طائفة من هذه العقود. فإنه يمكن رصد العديد من أوجه الشبه بينهما، باعتبار أنهما يخضعان معاً لنظام مشترك وهونظام العقود الإدارية، فمهما تمايزا في القواعد

1 - تنص المادة 2 المرسوم الرئاسي 15-147 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضاً للمرفق العام¹

2- رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص

القانونية التي تطبق على كل منهما على استقلال إلا أن ذلك لا يحول دون خضوعهما للقواعد المشتركة لنظام العقود الإدارية.

فمن ناحية أولى وإذا كانت عقود المشاركة من العقود الإجمالية. فإن عقود الأشغال العامة يمكن في بعض الحالات أن تكون من العقود الإجمالية أو المركبة أيضاً. فالقاعدة في عقود المشاركة أنها عقود إجمالية تشمل عمليات التصميم والإنشاء والتشغيل والإدارة والصيانة، وهوما استدعى إقامة نظام قانوني خاص بها، على أساس أن ظهورها في القانون الفرنسي كان نتيجة لاختفاء عقود METP بعد أن حظر تقنين الأشغال العامة الصادر في عام 2001 اللجوء إلى فكرة العقود الإجمالية. وإذا كان الأصل في عقود الأشغال العامة إذا ما قررت السلطة المختصة أن تقسيم محل العقد سيكون من نتيجته الحد من المنافسة أوسيكون مؤدياً لصعوبات فنية أو لتمويل باهظ للأعمال¹.

وأيضاً يمكن أن يلتقي العقدان في كون إعتبار كل منهما من العقود الإجمالية. فإن عقود المشاركة وعقود الأشغال العامة تشتركان في أنهما من العقود الإجمالية، كون عقود الشراكة تتضمن عدة عمليات كالتصميم والبناء والتمويل والتشغيل والصيانة، كما يمكن للصفقات العمومية أن تكون عقود إجمالية مركبة، فمي في بعض الأحيان قد تتضمن عدة عمليات أو بعض منها، إلا أن هذا المبدأ لا يمثل قاعدة عامة في الصفقات العمومية على عكس الوضع عقود المشاركة².

وعقود المشاركة وبالرغم من أنها عقود مركبة تشتمل على مراحل متتالية تبدأ بالتصميم ثم الإنشاء والتجهيز والتشغيل والاستغلال ثم أخيراً بالصيانة التي تبقى على الإنشاءات محل العقد في حالة فنية مناسبة مؤدية للهدف من إبرام العقد. إلا أنها لا تصل مع ذلك إلى درجة تفويض إدارة المرفق إلى المتعاقد بسبب أسلوب حصوله على حقوقه المالية من جهة الإدارة في شكل إيجار دوري، ما يقرب هذه العقود من عقود الأشغال العامة ويبيدها في ذات الوقت عن عقود تفويض المرفق العام، التي يعتمد نظامها القانوني على مبدأ تفويض الإدارة للمتعاقد إدارة المرفق³.

1 - رجب محمود طاجن، الرجوع السابق، ص 93.

2 - أحمد حرير، المرجع السابق، ص 70.

3 - هاني عرفات صبحي حمدان، الرجوع السابق، ص 106

فعقود المشاركة تقع في منطقة وسطى بين عقود الأشغال العامة وعقود تفويض المرفق العام. لن المتعاقد يقوم باستغلال الإنشاءات العامة خارج نطاق فكرة المرفق العام بالمعنى المفهوم في عقود التفويض¹.

وتتشابه العقدان في هوية الجهة التي تمنح المتعاقد حقوقه المالية. فالنوعان من العقود يقومان على أن جهة الإدارة المتعاقدة تلتزم بدفع مقابل ما قام به المتعاقد من أعمال في شكل "ثمن". سواء ارتبط هذا الثمن بالأعمال التي نفذها المتعاقد فعلاً (صفقة عومية تطبيقاً لقاعدة الدفع بعد تأدية الخدمة أو حصل عليه المتعاقد في مرحلة تالية للتنفيذ وأثناء التشغيل في صورة مبالغ مالية دورية (عقود المشاركة PPP). ففي النوعين من العقود، يتحدد المقابل المالي في ضوء ثمن تدفعه جهة الإدارة مع اختلاف في أساس وأسلوب دفع هذا الثمن².

كما يتشابه النوعان في خضوعهما لمبدأ التفاوض التنافسي. فعقود المشاركة تخضع لمبدأ التفاوض بين المرشحين لتنفيذ العقد مع الإدارة في حالة ثبوت الطبيعة المركبة أو الإجمالية للمشروع ووفقاً للتصوير المبدئي للمشروع التعاقدية، إذ يمكنها أن تلجأ إلى هاذ الأسلوب بغرض الوصول إلى تحديد دقيق للإمكانات الفنية والقانونية والمالية التي تحقق الهدف الذي تقصده من إبرام العقد.

ويجب لمشروعية هذا الإجراء أن تساوي الإدارة بين كل المتقدمين أو المرشحين للتعاقد، فلا يجوز لها مثلاً أن تتفاوض مع بعض المرشحين دون البعض الآخر أو تمنح بعض المرشحين بيانات أو معلومات تؤدي إلى أن يصبحوا في وضع الأفضلية تجاه المشروع التعاقدية بالنسبة للمرشحين الآخرين، ولا يمكنها من باب أولى أن تطلع أحد المرشحين على حلول اقتراحها غيره من المرشحين أو بيانات سرية قدمها لجهة الإدارة دون موافقتها. فالواجب على جهة الإدارة المختصة أن تجري مع كل المرشحين وفي نطاق مبدأ المساواة حواراً أو تفاوضاً حول موضوع العقد حتى تصل إلى تحديد احتياجاتها الفعلية التي خطت لها عند الدعوة للتعاقد³.

1 - رجب محمود طاجن، الرجوع السابق، ص 96.

2 - أحمد حرير، المرجع السابق، ص 71.

3 - هاني عرفات صبحي حمدان، الرجوع السابق، ص 107.

ومن جانب آخر، فإن الصفقة العمومية تخضع كعقود المشاركة لمبدأ التفاوض التنافسي ولكن ليس كقاعدة عامة كما هو الحال في عقود المشاركة التي غالباً ما تكون إجمالية ومركبة. فإذا كان لجهة الإدارة أن تلجأ صفتها إلى هذا الإجراء مع المرشحين المقبولين بغرض تحديد أو تطوير العديد من الحلول التي تراها كفيلة بتحقيق الهدف من العقد على أساس أن يعيد المرشحين تقييم عطاءاتهم التي سبق أن تقدموا بها، فإن هذا الإجراء ليس مطلقاً ولا عاماً، بل يلجأ إليه فقط عندما يكون موضوع عقد الأشغال العامة مركباً *complexe*، أي عندما لا تستطيع جهة الإدارة أن تحدد بطريقة موضوعية الجوانب القانونية أو المالية للمشروع، أو عندما لا تستطيع موضوعياً أن تحدد بمفردها ومقدمات الوسائل الفنية التي تحقق حاجياتها من العقد¹.

ويشترك النوعان كذلك في إمكانية اللجوء إلى التسوية الودية للمنازعات الناشئة عن تنفيذها وخاصة التحكيم، ولكي تستطيع هذه الأشخاص أن تلجأ إلى التحكيم، فلا بد أن ينص على ذلك صراحة في العقد، الذي يجب أن يحدد الشروط التي بمقتضاها يمكن اللجوء إلى التحكيم. فعقود الشراكة باعتبار أنها تتضمن الطابع التجاري الدولي، فإن الشريك الخاص خاصة إذا كان أجنبي، فإنه في بعض الأحيان أثناء إبرام العقد يشترط من الجهة الحكومية الممثلة في الشريك العام إمكانية اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع أثناء تنفيذ العقد، وذلك الأمر بالنسبة للصفقات العمومية، حيث نص المشرع على ذلك صراحة في نص المادة 153 من المرسوم 15-147 والتي جاء فيها على أن المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن الحل الودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذها².

وإذا ما تم اللجوء إلى التحكيم بعد توافر شروط اللجوء إليه، فيجب أن يقرر المتعاقدين اللجوء إليه حالة بحالة من خلال الانفاق المشترك، ولا يعني ذلك في كل الأحوال من ضرورة الاتفاق لحظة إبرام العقد على مبدأ التحكيم كما ذكرنا.

ويجب الإشارة إلى أن اللجوء إلى التحكيم ليس إجبارياً للأطراف، بل يظل اختيارياً كأحد الخيارات لتسوية المنازعات. فلا يوجد ما يحول دون أن يلجأ الأطراف إلى الخبراء أو إلى لجنة مشتركة

1 - رجب محود طاجن، المرجع السابق، ص 100.

2 - أحمد حرير، المرجع السابق، ص 71 72.

متعادلة العدد أو إلى الوساطة، وإلا فحيث يغيب كل شرط تعاقدى يحدد طريقة حل المنازعات التعاقدية، فإن القضاء الإداري سيكون المختص بذلك لأنه صاحب الاختصاص العام والأصيل في نظر المنازعات الإدارية عقدية أو غير عقدية¹.

2- أوجه الاختلاف مع عقود المشاركة PPP

لا تشير السمات السابقة والتي تجمع بين عقود المشاركة والصفقات العمومية إلى عدم وجود فوارق أو اختلافات بينهما ترجع في الأساس إلى الإلزام التي تخضع لها كل طائفة منهما، وإلى اختلاف الأهداف التي من أجلها لجأ المشرع إلى وضع نظام قانوني متميز لعقود المشاركة في القانونين الفرنسي والمصري. -وممكن في المستقبل القريب المشرع الجزائري -فتعدد من هذا المنطلق الأوجه التي تميز النوعين من العقود.

فمن ناحية أولى، تختلف عقود المشاركة عن الصفقات العمومية في طريقة أداء المقابل المالى المستحق للمتعاقد. فإذا كانت الطائفتان من العقود تتفقان في أن المقابل المالى يتحدد في شكل ثمن أو مبلغ من المال يحصل عليه المتعاقد إلا أنهما يختلفان كلياً في إلتاء الإدارة لهذا الثمن.

فإذا كان للمتعاقد في عقود الأشغال العامة أن يحصل على دفعات مقدمة تحت الحساب تسبيقاً أو دفعات ترتبط بالتنفيذ الفعلي وتبعاً لتقدمه، إلا أن نظام الثمن في هذه العقود يخضع لقاعدة جوهرية تميزها عن غيرها من العقود الأخرى وهي قاعدة عدم الدفع المؤجل أو الجزأ - التي يمكن على العكس اللجوء إليها في نطاق عقود المشاركة، حيث نصت المادة 108 من المرسوم الرئاسي 15-147 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أن المتعاقد يحصل على مقابله المالى وفقاً لثلاث طرق، وهي عن طريق دفع تسبيقات أو الدفع على الحساب أو عن طريق التسويات على رصيد الحساب²، أما عقود الشراكة فلا تخضع لهذا المبدأ من الدفع، إنما يحصل المتعاقد مع الإدارة على

1 - رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص 103.

2 - وشرحت المادة 109 الطرق الثلاث المشار إليها في المادة 108 بقولها :

- التسبيق : هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدات موضوع العقد، وبدون قابل التنفيذ الايدي للخدمة

- الدفع علي احساب : هو كل بلغ تقوح به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لوضوح الصفقة

مقابلته المادي كقاعدة عامة عن طريق الإعتماد على مبدأ الدفع المجرأ أو المؤجل، بحيث يحصل الشريك الخاص علي حقوقه المالية من طرف الشريك العام بصفة دورية قد تكون كل ستة أشهر أو كل سنة أو حسب ما إتفق عليه الطرفان في العقد¹

وقد تبرر فلسفة حظر الدفع المؤجل أو المجرأ في عقود الأشغال العامة استنادا إلى طبيعتها، إذ أنها غالبا ما تكون قصيرة المدة لا تتعدى العام الواحد في غالب الأحوال، وتتعلق بحاجيات ضرورية لجهة الإدارة يلتزم المتعاقد بأدائها في أوقات محددة، وقد يؤدي الدفع المؤجل إلى عدم قدرته على متابعة التنفيذ في بعض الفروض. كما أن طريقة الدفع المؤجل قد تؤدي إلى خلل في ميزانيات جهة الإدارة في حالة مجاوزة مدة العقد لسنة مالية واحدة بما يعد عائقا أمام الاستمرار في تنفيذ برامج التنمية الاجتماعية والاقتصادية².

وعلى ذلك، فإن فكرة الدفع المؤجل أو المؤخر أو المجرأ تعد من أهم النقاط التي تفرق عقود الأشغال العامة بأنواعها المختلفة عن عقود المشاركة وهو الأمر الذي يستدعي إفراد هذه العقود الأخيرة بنظام قانوني خاص.

ويختلف العقدان في مدة العقد. فمن سمات الصفقات العمومية أنها قصيرة المدة. ولا تتجاوز السنة الواحدة في غالب الأحيان. بسبب تعلق موضوعها إما بتوريدات أو تلقي خدمات، وهي بطبيعتها لا تستغرق فترة زمنية طويلة لأدائها، بخلاف عقود مقاولات الأشغال العامة والتي قد تتعدى - بسبب طبيعتها - مدة السنة ولا تتجاوز خمس سنوات كحد أقصى إلا في بعض الحالات الاستثنائية. وفي كل الأحوال وحيث تتجاوز مدة العقد سنة واحدة. فإن ذلك يؤخذ في الاعتبار من الناحية المالية في ميزانية جهة الإدارة السنوية.

أما بالنسبة لعقود المشاركة. فهي عقود طويلة المدة تتراوح بين خمس سنوات ثلاثين عاما في الغالب كما في القانون المصري بسبب طبيعة محل العقد، الذي يشمل مشروعا يبدأ من التصميم

- التسوية على حساب الرصيد: هو الدفع الوقت أو النهائي للسعر المنصوص عايه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها.

1 - أحمد حرير، المرجع السابق، ص 72.

2 - هاني عرفات صبحي حمدان، المرجع السابق، ص 109.

والإنشاء ثم التشغيل والصيانة. ويتعلق بأحد بمشروعات البنية الأساسية في مجال النقل أو مشروعات مياه الشرب أو مياه الصرف الصحي... وهو ما يستلزم أن تكون مدة العقد طويلة نوعاً ما حتى تنتهي هذه الأعمال وحتى يستطيع المتعاقد كذلك أن يسترد ما سبق وأن أنفقه في إقامة المشروع مع تحقيق هامش معقول من الربح. ومثل هذا الوضع لا يوجد في عقود الأشغال مما جعلها عقوداً قصيرة المدة¹.

وتختلف العقدان كذلك من حيث طبيعة الالتزامات محل العقد. فعقود الأشغال العامة محددة طبيعتها من ناحية الأسعار أو المقابل المالى الذي يحصل عليه المتعاقد. وكذلك من حيث محل العقد أو التزامات المتعاقد التي ترد على أداءات محددة مسبقاً لحظة إبرام العقد. وذلك فيما عدا بعض أنواع العقود التي يكون تحديد التزامات المتعاقد لحظة التوقيع على العقد غير ممكن كما في حالة العقود التي ترد على التزامات ذات طبيعة مركبة أو تلك التي يتعلق محلها بوسائل فنية جديدة ولا يمكن تحديد محل العقد والتمن بطريقة محددة مقدماً. ففي هذه الطائفة من العقود. وفيما عدا بعض الاستثناءات المحددة بدقة، فإن الثمن أو المقابل المالى الذي يحصل عليه المتعاقد يرتبط طردياً بمدى تقدم الأعمال أو الأداءات محل العقد. نظراً لانطباق قاعدة "الدفع بعد تقديم الخدمة"².

أما في عقود المشاركة وبسبب طبيعة التزامات المتعاقد المركبة والمشملة على العديد من المراحل وعلى الكثير من الالتزامات وبخاصة في مجال مشروعات البنية الأساسية المعقدة نوعاً ما، فإنه يكون من الصعب تحديد مدى التزامات المتعاقد بدقة لحظة إبرام العقد. إذ يتعلق العقد بالتصميم والإنشاء والتشغيل والصيانة في مقابل مبالغ مالية دورية تدفعها الإدارة، وقد لا تتحد إلا في مرحلة لاحقة لإبرام العقد فمضمون التزامات المتعاقد في مثل هذا النوع من العقود طويلة المدة وما يرتبط بذلك من تطورات اقتصادية ومالية وفنية وتكنولوجية يحول بلا شك دون التحديد الدقيق لمحل العقد لحظة التوقيع عليه³.

ويخضع إبرام عقد المشاركة، إلى قاعدة الإعلان المسبق، الذي يسمح بتقديم أكثر من عرض يتم المفاضلة بينها تنافسياً، كأثر لمدة تنفيذ هذه العقود التي تمتد لسنوات مما يستلزم ضرورة اللجوء إلى

1 - رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص 113.

2 - هاني عرفات صبحي حمدان، المرجع السابق، ص 110.

3 - رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص 114.

إجراءات تضمن الشفافية وتؤدي من ثم إلى اختيار أفضل العروض المتقدمة. فالالتزامات المتعاقد في عقود المشاركة تتعلق بالبنية الأساسية في القطاع الذي أبرم العقد فيه ويؤثر بالتالي في تنمية هذا القطاع خصوصا من ناحية الوسائل الفنية والتكنولوجية الحديثة. ومن هنا كان من الضروري اللجوء إلى إجراءات العلانية والتنافسية حتى يتحقق الهدف من إبرام العقد.

على عكس ذلك، الصفقة العمومية وإن كانت تخضع كقاعدة عامة لمبادئ العلانية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة بقصد اختيار أفضل العروض المقدمة، فإن المشرع أجاز في بعض الفروض إبرام أحد الصفقات العامة إلى أسلوب التراضي والاتفاق المباشر بنوعيه سواء كان تراضي بسيطاً أو تراضي بعد الإستشارة، وذلك بحسب الحالات المنصوص عليها في المواد 49 و51 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا الإجراء يعتبر إستثناء على القاعدة العامة التي هي تلقي العرض في الصفقات العمومية، غير أن عقود الشراكة لا تخضع لهذا المبدأ، لأن أسلوب التراضي تلجأ إليه الإدارة العامة في حالة إنجاز مشاريع ذات طابع إستعجالي وذات أهمية بالغة لا يمكن أن تتلاءم مع أسلوب وإجراءات طلب العروض وغيرها في الحالات المنصوص عليها في المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وبالتالي فإن الإدارة العامة وبناسبة إنجازها مشاريع في إطار عقود الشراكة لا تتضمن الطابع الإستعجالي¹.

وتختلف الطائفتان من العقود أخيراً في أن عقود المشاركة تقوم على مبدأ توزيع المخاطر بين الجهة الإدارية المتعاقدة والمتعاقد معها، بقصد ضمان تنفيذ آمن ومتكامل للالتزامات المتبادلة تحقيقاً للمصلحة العامة التي بررت توقيع العقد. وتقديراً لهذه الاعتبارات، تطلب المشرعين الفرنسي والمصري ضرورة أن يتضمن العقد شرطاً يحدد المعايير التي على أساسها يتم اقتسام المخاطر بين الإدارة والمتعاقد معها، وسوف نعود إلى معيار توزيع أو تقسيم المخاطر تفصيلاً.

أما في الصفقة العامة فلا يوجد مبدأ اقتسام أو توزيع المخاطر، لأن الأصل أن يبرم العقد على أساس التحديد الدقيق للمقابل المالي للمتعاقد ولكافة حقوقه وجهة الإدارة، وإذا ما وجدت مخاطر تحيط بتنفيذ هذه العقود، فإن المتعاقد يتحملها كلياً أو جزئياً في إطار النظرية العامة للعقود الإدارية أو وفقاً لما

1 - أحمد حرير، المرجع السابق، ص 75.

يتفق عليه في العقد. ففي أحيان كثيرة تتدخل جهة الإدارة لإنقاذ متعاقدتها المتعثر في التنفيذ في فروض عدة تحقيقا للمصلحة العامة. كما أن شروط تغيير الأسعار تؤدي إلى تدخل جهة الإدارة عملا لتحمل نصيبا من الأعباء التي تصادف المتعاقد¹.

على أن ذلك وإن كان يؤدي عملا إلى القول بوجود توزيع للمخاطر بين المتعاقدين، إلا أن الأمر لا يصل إلى أعمال ذات القاعدة المطبقة في عقد المشاركة، لأن قواعد توزيع أواقسام المخاطر يتم تحديدها من البداية لحظة التفاوض على العقد قبل التوقيع عليه. فيتحدد تقريبا نصيب جهة الإدارة فيها، بعكس الصفقة العامة والتي يدرج فيها شروط تغيير الأسعار وقد لا يطبق لعدم طروء ظروف تستوجب تطبيقه، كما أن جهة الإدارة هي التي تتحمل بالكامل أثر تطبيق مثل هذا الشرط. على عكس الحل في عقد المشاركة، فلا يمكن التحديد المسبق بدقة كاملة لنسبة المخاطر التي تتحملها الإدارة إلا في أسسها العامة نظرا لارتباط ذلك بموضوع العقد المرتبط بمدته الطويلة ومحله المتعلق بمهام تتدخل فيها الوسائل التقنية الحديثة والتطورات التكنولوجية المتلاحقة².

ففي عقود الأشغال العامة يكون محل العقد محددًا بصورة تقود في كثير من الأحيان إلى توقع نسب التغيير في بنوده التي يلتزم المتعاقد بتنفيذها، وهو ما لا يمكن إدراكه بدقة في عقود المشاركة، وهو دفع المشرع في القانونين الفرنسي والمصري إلى اشتراط أن يتضمن العقد المعايير التي على أساسها ستقسم المخاطر بين المتعاقدين وليس تقسيم المخاطر ذاته الذي يمكن أن يحدث في عقود الأشغال العامة.

ثانيا: تمييز عقود الشراكة عن العقود التي يرتبط المقابل المالي فيها بنتائج الاستغلال

يرتبط المقابل المالي للمتعاقد في العديد من العقود الإدارية بمعياري نتائج الاستغلال لا بمعياري الثمن الذي يأخذ شكل مبلغ مالي تدفعه جهة الإدارة للمتعاقد كمقابل للأعمال المنفذة فعلا. وبعبارة أخرى. فإن طائفة العقود التي يتحدد المقابل المالي للمتعاقد فيها في ضوء نتائج الاستغلال تغطي تلك العقود التي تفوض الإدارة للمتعاقد فيها إدارة المرفق العام بحيث يكون مستقلا في إدارة ذلك المرفق بصورة تؤثر مباشرة على الناتج المالي للاستغلال. وتتحدد حقوقه المالية بشكل كبير في ضوء مسؤوليته عن

1 - أحمد حرير، المرجع السابق، ص 75.

2 - رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص 116.

الإدارة. وهذه الطائفة من العقود تفويض المرفق العام تشمل عقود التزام المرفق العام، وإيجار المرفق العام، ومشاطرة الاستغلال، وإدارة المرفق العام.

ويدخل في هذه الطائفة من العقود التي يرتبط المقابل المالى فيها بنتائج الاستغلال عقود البوت BOT-BOOT. ففي عقود البوت المبرمة في مجال البنية الأساسية، يحصل المستثمر على حقوقه المالية من ناتج التشغيل أو الاستغلال، المتمثلة في تقديم الخدمة إلى المنتفعين بالمرفق. وإذا كان المتعاقد في العقود المشار إليها يحصل على حقوقه المالية في صورة ثمن من الإدارة المتعاقدة، إلا أن هذا المقابل المالى يرتبط بنتائج الاستغلال، لأن جهة الإدارة لا تدفع مقابلاً إلا نظير ما أنتجه المتعاقد بالفعل.

فالجامع بين العقود المشار إليها أن المقابل أو الحقوق المالية للمتعاقد تتجدد بالنتائج المالية للاستغلال لا بمبدأ الثمن المطبق في نطاق عقود الأشغال العامة، وعلى هذا الأساس، تستطيع التمييز بين هذه العقود جميع من جانب وعقود المشاركة من جانب آخر، فنعرض بإيجاز لمعيار النتائج المالية للاستغلال كميز للعقود المشار إليها، ثم لأوجه الشبه بين هذه العقود وعقود المشاركة، ثم أخيراً لأوجه الاختلاف.

إذا كان المتعاقد في عقد المشاركة يحصل على حقوقه المالية في صورة مبالغ دورية يحصل عليها من الإدارة المتعاقدة، فإن هناك عقوداً مثل إيجار المرفق العام وإدارة المرفق العام يتحدد المقابل المالى فيها أيضاً في صورة مبالغ تدفعها الإدارة، مما يستلزم ضرورة التمييز بينها وبين عقد المشاركة¹.

ويمكن بالاستناد إلى معيار النتائج المالية للاستغلال، إقامة هذا التمييز وبصورة دقيقة، لأنه معيار من السعة بحيث تشمل صوراً عديدة من العقود التي تتولى فيها الإدارة المتعاقدة دفع المقابل المالى مع كونه مرتبطاً أيضاً بالنتائج المالية للاستغلال كما في العقدين المشار عليهما، فالثمن في هذه العقود يرتبط بما يقوم به المتعاقد من دور في إدارة مرفق بصورة جيدة بما يؤدي إلى التأثير السلبي أو الإيجابي في محتوى حقوقه، على عكس الوضع في عقود المشاركة، إذ لا يرتبط المقابل المالى (المبالغ المالية) بنتائج الاستغلال، إذ يتقاضى المتعاقد مقابلاً مالياً متدرجاً محسوباً على كامل مدة العقد وفي ضوء تقدم

1 - رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص 120.

الأعمال. على أن معيار نتائج الاستغلال يشمل فوق الصورة السابقة صورة أخرى وهي الصورة التي يتقاضى فيها المتعاقد حقوقه من المنتفعين بخدمات المرفق العام وليس من جهة الإدارة.

1- أوجه الشبه مع عقود المشاركة PPP

لا يؤدي خضوع كل من عقود المشاركة والعقود التي يرتبط المقابل المالى المستحق للمتعاقد بنتائج الاستغلال إلى نظام قانوني متميز تنعدم فيه أوجه الشبه الطائفتين، فالنقاط التي يشتركان فيها يمكن ملاحظتها بوضوح، باعتبار أن كلا النوعين يعدان من العقود الإدارية في كل من القانون الفرنسي والقانون المصري والجزائري ويخضعان بهذه المثابة للمبادئ العامة لهذه الطائفة من العقود.

فالطائفتان من العقود يعدان، من ناحية أولى، من العقود الإجمالية المركبة، التي تتكون العلاقة التعاقدية فيها من العديد من المراحل المتصلة والمتتالية، وتنشأ في رحابها صور أخرى من العلاقات القانونية المتنوعة، فإذا كان عقد المشاركة كما أشرنا من العقود الإجمالية التي تضم مراحل التصميم والإنشاء والتشغيل والصيانة أو بعض هذه العمليات، فلا يوجد ما يحول مطلقا بين عقود المرفق العام التي يرتبط المقابل المالى فيها بنتائج الاستغلال وبين أن تكون عقودا إجمالية مركبة تشمل التمويل والإنشاء والاستغلال، كما هو الحال في بعض عقود التزام الأشغال العامة المكتملة بعقد التزام مرفق عام في حالة ما إذا كان العقد يتعلق بالإنشاء والإدارة، فلا يوجد ما يحول في عقد تفويض المرفق العام من أن يتحمل الملتزم مسؤولية إنشاء المرفق وإدارته مقابل الحصول على المزايا المالية التي يقررها له المانح بالإضافة إلى جني الأرباح الناتجة عن استغلال المرفق، كما أن العقدان يبرمان لمدة طويلة، فعقود الشراكة يمكن أن تصل 30 سنة¹، وكذلك بالنسبة لعقود التفويض يمكن ان تصل 30 في عقود الإمتياز².

كما تخضع الطائفتين من العقود لمبدأي العلانية وحرية المنافسة، فإذا كان الإطار التقليدي لعقود الالتزام قد ظل خاضعا لفترة زمنية طويلة لفكرة الاعتبار الشخصي *intuit personae*³ التي تعطي للإدارة المانحة قدرا كبيرا من الحرية في اختيار المتعاقد معها مراعاة لطبيعة مثل هذا النوع العقود، إلا أن

1 - أحمد حرير، المرجع السابق، ص 79.

2 - المادة 53 من المرسوم 18-199 التعلق بتفويضات المرفق العام.

3 - أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة PPP، دار نصر ، القاهرة ، 2013 ، ص 19

القاعدة قد تبدلت في الوقت الحالى استجابة للتطورات القانونية والاجتماعية والاقتصادية؛ ومنذ عام 2015 ومع صدور المرسوم الرئاسي 15-147 بتاريخ 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. خضعت عقود إدارة المرفق العام جميعها لمبادئ العلانية والتنافسية¹.

ومما لا شك فيه، أن إخضاع عقود تفويض المرفق العام في فرنسا ومصر لقواعد العلانية والمنافسة مما يمثل "قيدا على الإدارة.. (فمن) شأن فرض قواعد العلانية والمنافسة أن تمتد رقابة قاضي الإلغاء إلى قرار اختيار الملتزم، وذلك في حالة الخطأ البين في التقدير، وهو الأمر الذي كان مستبعدا في ظل القواعد التقليدية².

وتخضع عقود المشاركة، كما سبق أن أشرنا عند مقارنتها مع عقود الأشغال العامة، لذات قواعد العلانية والمنافسة كعقود إدارة المرفق العام.

2- أوجه الاختلاف مع عقود المشاركة PPP

تعدد الأوجه التي تختلف فيها عقود إدارة المرفق العام التي يرتبط المقابل المالى فيها بنتائج الاستغلال مع عقود المشاركة، الأمر الذي استوجب إفراد هذه الأخيرة بنظام قانوني خاص يتجاوب مع طبيعتها المتميزة من الناحيتين القانونية والمالية.

فإذا كانت عقود تفويض إدارة المرفق العام تتعلق بالإدارة المترتبة على الاستغلال من ناحية أولى، فإن عقود المشاركة تعد أحد طرق التمويل في إنشاءات البنية الأساسية المخصصة للمرافق العامة وخدماتها. فعقود إدارة المرفق، والتي يأتي على رأسها عقد التزام المرفق العام، هي عقود تبرمها الإدارة وتفوض بمقتضاها إدار المرفق إلى المتعاقد متحملا مسؤولية ذلك بهدف الاستفادة من الإدارة الخاصة وما تحققه من رفع لكفاءة المرفق الفنية والإدارية. ويرد التفويض للقطاع الخاص أوحى لأحد أشخاص القانون العام، وفي الغالب، على مرفق موجود سلفا، ولا يوجد ما يحول دون التزام المفوض إليه - طبقا للعقد -

1 - المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-147.

2- محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص 37.

بإنشاء المرفق العام ثم إدارته مقابل الحصول على أرباح المرفق، على أن الفكرة الجوهرية بالنسبة لهذه العقود أنها عقود إدارة لا عقود تمويل.

بالمقابل، فإن عقود المشاركة تعد بالأساس من عقود التمويل لإنشاء مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، إذ أن المتعاقد ومن خلال عقد إجمالي يلتزم بتمويل إنشاءات البنية الأساسية وبالتشغيل والصيانة في مقابل حصوله على مبالغ مالية دورية من جهة الإدارة والمتعاقدة. فالهدف الرئيسي من اللجوء إلى أحد عقود المشاركة، وبخاصة في الدول النامية التي تعاني مشاكل اقتصادية ومالية، يكمن في الاستفادة من إمكانيات القطاع الخاص المالية في مجال تمويل مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة ذات التكلفة العالية كمشروعات مياه الشرب ومياه الصرف ومشروعات النقل وبخاصة عبر السكك الحديدية¹.

ولا يحول وصف عقود المشاركة بأنها من عقود التمويل دون اعتبارها أيضاً من عقود الإدارة، فنظامها القانوني يعطي المستثمر الحق في إدارة المرفق الذي أنشأه طوال مدة العقد، وهو أشمل بذلك من عقود إدارة المرفق العام، بخلاف عقود البوت التي تعد من عقود التمويل والإدارة أيضاً كعقود المشاركة².

وإذا كانت الطائفتان من العقود تفترضان من ناحية ثانية، وجود المخاطر المرتبطة بالاستثمار والإدارة، فإن تطبيق هذه المخاطر يختلف جوهرياً في كل منهما، فهذه المخاطر تكون في عقود إدارة المرفق العام لاحقة لإبرام العقد أي أثناء التنفيذ، باعتبار أن هذه العقود هي عقود إدارة لا عقود تمويل، وتجسد المخاطر في هذه العقود أساسها في مبدأ تقليدي مطبق على العقود الإدارية وهو مبدأ الإدارة مع تحمل المخاطر. الذي يشير إلى الاستقلال المالي بين الإدارة ومتعاقدتها، الذي يتحمل مسؤولية ونتائج إدارته للمرفق بعيداً عن تدخلات جهة الإدارة.

وفي كل الأحوال وإذا كان مبدأ الإدارة مع تحمل المخاطر قد طبق بصورة كاملة في الفترة قبل الحرب العالمية الأولى على أساس من المبادئ الجوهرية لإدارة المرافق العامة عن طريق عقود الالتزام، فإن هذا المبدأ قد فقد الكثير من مضمونه مع اتباع العديد من الدول لسياسية التدخل في المجال الاقتصادي

1 - أحمد سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص 20.

2 - رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص 121

والتي من بين آثارها اللجوء إلى مساعدة الملتزم المتعثر كواجب على الدولة الموجهة للاقتصاد وإقرار القضاء بحق ذلك الملتزم في الحصول على معاونة الإدارة في العديد من الفروض.

وأيا ما كان المضمون الحقيقي لمبدأ الإدارة مع تحمل المخاطر في عقود المرفق العام، فإن أثره يظهر في المرحلة التالية لإبرام العقد وأثناء التنفيذ إذ لا وجود له في المرحلة قبل التعاقدية في مثل هذه العقود إلا من خلال المعطيات التي يوقع الطرفين العقد في ضوءها، فلا يطبق مبدأ تقسيم أو توزيع المخاطر إلا في ضوء ما يظهره التطبيق من فروض وكأثر لاتفاق مشترك أو لحكم قضائي بالتطبيق للقواعد العامة المنطبقة في تنفيذ العقود الإدارية.

أما في عقد المشاركة، أن المبدأ المقرر بشأن هذه الطائفة من العقود هو مبدأ تقسيم أو توزيع المخاطر أثناء مرحلة التفاوض على العقد وليس في المرحلة التالية على التوقيع المرتبطة بالتنفيذ وما يعترضه من ظروف لم تكن ماثلة للطرفين عند التوقيع. ومما يساعد ويبرر إقرار مبدأ تقسيم المخاطر في عقود المشاركة أنها تخضع أيضاً لقاعدة التقييم المبدئي لمشروع المزمع توقيع العقد بشأنه لبيان مختلف المسائل الفنية والمالية المطلوبة لتنفيذه.

كما أن اعتبار عقد المشاركة طريقة من طرق التمويل ونقل التكنولوجيا يجعل من الممكن توقع المخاطر التي سنواجه المشروع بمختلف جوانبها فنية كانت أم مالية. فمثل هذه العوامل تؤدي إلى إمام الطرفين بكل دقائق المشروع قبل توقيع العقد بما يهيئ بسلاسة عملية اقتسام المخاطر فيما بينهما، بالنظر إلى تقاضي المتعاقد حقوقه المالية في صورة مبالغ دورية ترتبط بتطور المشروع.

ومثل هذه الضوابط المسبقة لإبرام عقد المشاركة تبررها السمة العامة لها المتمثلة في كونه من عقود التمويل لا من عقود الإدارة، التي ترتبط - أي عقود التمويل - بمشروعات البنية الأساسية الحيوية، والتي قد يصعب بصورة مبدئية الوقوف بشكل كامل على كل دقائقها الفنية والمالية والقانونية، لشمولها للمشرع المعني من مختلف الجوانب بدءاً من التصميم وانتهاء بالصيانة الدورية للمشروع بعد تمامه، مما يعني خضوعها لقواعد خاصة واستثنائية لتقنين مبادئها غير المطبقة على سائر العقود الإدارية الأخرى، ولهذا كان اللجوء إلى أطر قانونية استثنائية مستلزماً لإثبات مبرراته الخاصة.

وتوجد العديد من الاختلافات الأخرى بين الطائفتين من العقود فيما يتعلق بالمقابل المالي المرتبط بالنتائج المالية للاستغلال دون الوقوف عند طبيعة مصدره في عقود المرفق العام. ومثل هذا الوضع

لا يوجد في طائفة عقود المشاركة التي يرتبط المقابل المالى فيها بشكل متدرج بتطور المشروع وبصفة دورية طوال مدة العقد دون أن يرتبط بنتائج الاستغلال. كما أنه يصنف محاسبياً في ميزانية جهة الإدارة المتعاقدة كنفقات تشغيل لا كدين كغيره من العقود الإدارية الأخرى¹

ومن بين الاختلافات أخيراً، ما يرتبط بطبيعة شركات الاقتصاد المختلط باعتبارها شركة مساهمة، وهو ما يعطيها بالتالى مجالاً متسعاً للنشاط يتجاوز معيار التخصص، ففوق إمكانية قيامها بتنفيذ مشروعات إنشائية وتنظيمية في مجالات البنية الأساسية والمرافق العامة وخدماتها، فإنها يمكن أن تتولى استغلال المرافق الصناعية والتجارية أو أي نشاط آخر يتصل بالمصلحة العامة، بالإضافة إلى إمكانها إدارة العديد من أوجه النشاطات ذات الصفة التكميلية بالنسبة للنشاط الأصلي الذي تتولاه. كما يمكنها كذلك أن تتولى أوجه الأنشطة التابعة لجهات إدارية لا تشارك في رأس مالها.

1 - أحمد حرير، المرجع السابق، ص 80.

خاتمة

خاتمة

في ختام ما تم إستعراضه خلال هذا البحث هذا للإجابة عن إشكالية ما الطرق الحديثة التي إنتهجتها الدولة من اجل إدارة المرافق العامة الإدارية في ظل التحولات والمؤثرات الداخلية والخارجية من اجل التوفيق بين نوعية الخدمة والمردودية من جهة وبين المصلحة العامة وتكلفة الإنفاق العام من جهة اخرى."، تم التوصل إلى أن الدوافع الأساسية لظهور هذه الفكرة نابع من حتمية النهوض بإقتصاديات الدول التي عرفت أزمت خانقة، نتيجة عجز المرافق العامة بصفة عامة ومرافق الإدارية بصفة خاصة عن تقديم الخدمات العمومية المنشأة لإجلها، وهذا بسبب التسيير المباشر لها من طرف الدولة، والتي لم تستطع مجابهته بسبب عدم قدرتها على تحمل الأعباء المالية التي يتطلبها التسيير المباشر، سواء كان عن طريق الإستغلال المباشر بأموالها وموظفيها، أو كان عن طريق مؤسساتها العامة التي أصبحت في حد ذاتها عبءا على الدولة لإضطرارها الدائم لدعمها المالي لإعادة توازنها المالي.

ففي ظل أوضاع إقتصادية حرجة أثرت على كل الجوانب الحياتية للدول، ظهرت فكرة الخوصصة كصورة لإنحصر دور الدولة التدخلية، بإشراك القطاع الخاص في العملية التنموية للدول، بداية بنقل ملكية المرافق للخواص بتعدد أساليبها، إلى فكرة خوصصة بمفهومها الواسع والتي تشمل خوصصة التسيير تماشيا مع التوفيق بين محافظة الدولة على ملكية مرافقها وإشراك تسييرها وإستغلال مرافقها مع الخواص، إيماننا منها بأنها الأقدر على حماية المصلحة العامة، وبين تقاسم عبء تقديم الخدمة العمومية مع الخواص في ظل الشفافية والعلانية والمنافسة.

وهذا وفق إطار تعاقدية ترتبه تقنية تفويض المرفق العام، بمختلف صوره، كالإمتياز والإيجار والوكالة المحفزة وعقد التسيير، إضافة إلى الشراكة مع القطاع العام وعقود التشغيل والبناء والتحويل، التي اختلفت الدول في تطبيقها تماشيا مع ظروفها، خاصة من حيث مدى قابلية المرافق العامة الإدارية من حيث طبيعتها للخضوع لالية الخوصصة، لا سيما إذا تعلق الأمر بما سمي بالمرافق السيادية.

وعلى العموم بين تباين الدول في تطبيق فكرة خوصصة المرافق العامة الإدارية، تسعى الجزائر إلى منح هذه الفكرة حيزا مهما ضمن توجهات السياسة الإقتصادية المنتهجة فيها، وذلك بوضع إطار قانوني

خاتمة

حديث الصدور، موحد لها ومنظم لمفاهيمها وإجراءاتها الأساسية، والذي من المفروض أن يكون مستوحى من تجارب باقي الدول في هذا المجال بالحرص على الاستفادة منها على سبيل أخذ المزايا وتجنب الوقوع في الأخطاء، فتحقيق أهداف سياسة خصوصية المرافق العامة في أي دولة مرهون بنائها على عدة مقومات تصنع نجاحها، من خلال توفير قاعدة أمنية واقتصادية متينة كفيلة بإستقطاب الإستثمار الخاص وذلك بتوفير الإطار القانوني الذي يقدم الضمانات الكافية لدفع الخواص للإقبال على المشاركة في التنمية المستدامة دون تردد أو خوف من خطر المجازفة بتحمل مخاطر تسيير المرافق العامة الإدارية.

فلا يمكن تصور خصوصية للمرافق العامة الإدارية للدولة دون إقبال القطاع الخاص عليها، الذي يقترن بالجواز المتوفر داخل الدولة، هذا الجواز الذي يجب أن يكون مفعما بأطر قانونية شاملة تمس كل المجالات، وذلك بسن تشريعات تحمي الإستثمار، تشريعات تشجع الحرية والمنافسة وتمنع الإحتكار، تشريعات تضع الإليات الكفيلة بمحاربة الفساد وكل أشكاله من آفات البيروقراطية والرشوة وغيرها، تشريعات تحمي المستهلك وتوفر له الضمانات والحماية من أية تجاوزات، تشريعات توطر العقود والإتفاقات والشركات بالشكل الذي يسهل الإجراءات ويحمي حقوق المتعاقدين وإلتزاماتهم، تشريعات الضرائب والجمارك والبنوك والمصارف التي هي محط أنظار القطاع الخاص والتي يجب أن يراعى فيها التخفيف والمعقولية، التشريعات التي تنظم التجارة والمعاملات التجارية والتي يجب أن يراعى فيها أيضا جانب السرعة وتفادي الشكليات المعوقة، تشريعات تنظم تقنيات وتكنولوجيات الإعلام والإتصال لما لها من علاقة وطيدة بإليات الدعاية والإشهار، تشريعات تشجع البحث العلمي وتعززه، تشريعات تحمي البيئة والمجتمعات من أية أخطار بيئية، تشريعات تكفل حماية الإطار الإجتماعي بالأخذ بعين الإعتبار ضرورة حماية الطبقات الإجتماعية الضعيفة - إن صح التعبير -، أي بمعنى تأطير قانوني كامل شامل لكل المحيط الإستثماري.

وما تم التوصل إليه أيضا، أن خصوصية المرافق العامة الإدارية لا تستدعي بالضرورة غياب الدولة عن الساحة الإقتصادية، وترك السوق لأهواء الخواص لتسود قاعدة البقاء للأقوى، فلا بد من الوجود الحتمي للدولة ولوبدور الإشراف والتوجيه، لأنها بالفعل الوحيدة القادرة على حماية المصلحة العامة وكبح أي مساس بمبادئ إستمرارية المرافق العامة ولا سيما الإدارية وتحقيقها لمساواة المنتفعين أمامها، وضمان

خاتمة

الإلتزام بالحدود (من حقوق وإلتزامات) التي يرسمها القانون، فبقاء الدور الإشرافي وتوجيهي للدولة هو بمثابة الحبل الذي تشد به زمام الأمور حتى لا تخرج الخوصصة عن النطاق الذي وضعت لأجله.

كما أن تجارب الدول بينت أن خوصصة المرافق العامة الإدارية لا يجب أن تنبني على قرارات عشوائية متسارعة لمواجهة ظروف وقتية أو تُتخذ تحت ضغوطات معينة سواء كانت من الداخل أو الخارج، بل لابد أن تنبني قرارات الخوصصة بمفهومها الواسع بصورها من تفويض وغيره من العقود لي أرضية مبنية على نقطة توافق حاسمة ومصيرية.

والتي لابد أن تطرح على طاولة نقاش ودراسة من طرف كل الفاعلين من رجال إقتصاد ورجال قانون ورجال سياسة والتكتلات السياسية والإجتماعية من مختلف أطراف المجتمع مع الحرص على مشاركة أهل العلم والإختصاص من رجالات الجامعة والبحث العلمي، للوصول إلى قرارات مضبوطة ومدروسة تصل بالخوصصة بمفهومها الجديد إلى تحقيق التنمية الكاملة والمنشودة، بدون أن تكون على حساب طبقة أوفئة عمالية معينة ولا لحساب طبق مستثمرين معينة، بل خوصصة هادفة تجعل تحقيق الخدمة العمومية الهدف الأول قبل أي هدف ربحي.

وأخيرا، إن خوصصة المرافق العامة الإدارية أصبحت من موضوعات العصر رغم قدمها في مجال المرافق العامة الاقتصادية، لأن التطورات التي يشهدها العالم جيل بعد جيل، تطرح أفكارا وتوجهات جديدة لهذه الفكرة، لأنها تمتاز بالمرونة فتتغير وتتكيف مع تغيرات متطلبات السوق وتداعياته، وبتطبيق قاعدة المصلحة العامة تعلوولا يعلى عليها، فلا يتوقف النجاح على الأسلوب في حد ذاته وإنما الأهمية الحقيقية تكمن في كيفية التطبيق والممارسة الميدانية التي تحتاج لسلاحين هامين هما العلم والخبرة المتمرس.

ويعتبر التفويض هو أحد صور تطبيق سياسة خوصصة المرافق العامة من خلاله التوفيق بين متطلبات تأمين وتنفيذ المرفق العام الإداري من جهة وبين مرونة القطاع الخاص من جهة أخرى، لأن المفوض له يبقى خاضعا لموجبات المرفق العام ولاسيما للمبادئ الراحية له.

اما عن معرفة موقف المشرع الجزائري من أسلوب التفويض مقارنة بالتجارب الدولية، يبقى بعيدا وغير مرضي ولا يسمولنفس المستوى غير أن الملاحظ أن المشرع الجزائري إنتبه لهذا الأمر وبدأ يسعى إلى إبراز أهمية هذه الطريقة لترقية المرفق العام بصفة عامة وخاصة المرفق العام الإداري وذلك من خلال

خاتمة

المرسوم الرئاسي 15-147 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق الرفق العام، ثم المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرافق العامة ويبقى المطلوب من السلطة الإدارية ضرورة التسريع في إصدار اللات التطبيقية ووكذا تكوين أعوان ذوس خبره وكفاؤه من اجل إنجاز تطبيق هذه الأساليب علي أرض الواقع والإستفادة نها لأكبر قدر ممكن، في ظل المبادئ الأساسية كالشفافية والمنافسة

ونفس الشيء يقال على العقود الشراكة بين القطاع العام والخاص وعقود البوت لأن تطبيق عقود الشراكة في الجزائر يستلزم توفير عدد من المتطلبات القانونية والهيكلية والاقتصادية والاجتماعية، وبعد هذا العرض فإنه يمكن وضع توصيات التالية :

فإننا ندعوالمشرع الجزائري إلى :

1- سن قانون ينظم مرافق البنية الأساسية والاشراف عليها ويحدد اشكال مشاركة القطاع الخاص في تمويل وإدارة هذه المرافق.

2- ضرورة وضع إطارا تشريعي عام وشامل، يعني بكيفية منح وتنظيم خوصصة المرافق العامة بالمفهوم الواسع والجديد المشار إليه في الدراسة بمختلف صوره كالتفويض وأساليب التعاقد مع الطرف الخاص كعقود الشراكة وعقود البوت B.O.T من أجل إدارة وإستغلال المرافق العامة بصفة عامة والإدارية بصفة خاصة. تحديد إلات اللجوء إلى كل أسلوب وصوره من صور التعاقد المشار إليها في الدراسة بشكل دقيق وواضح.

3- إنشاء هياكل إدارية كلفة بإنجاح هذه العملية علي المستوي الوطني والمحلي.

4- ضرورة الموازنة بين المنافع المتوخاه من خوصصة المرافق العامة من جهة والمساوي التي قد تنتج عنها من جهة أخرى. وعدم حصر منافع أسلوب الخوصصة في المنافع المادية، بل يجب الحرص على تحقيق منافع أخرى على جانب المنافع المادية كالمنافع المهنية والمنافع التقنية كضمانات لتسيير المرفق بعد إسترداد.

خاتمة

5- إنشاء أجهزة رقابية فاعلة على المستويات الإدارية والمالية والتقنية، تكون كفيلة بمراقبة شروط تنفيذ عملية الخصخصة.

6- إبعاد التداخلات السياسية عن المشاريع المراد خصصتها.

7- مكافحة الفساد الإداري في الإدارات العامة

8- إرسال أسس الدولة القوية كلما كانت الدولة قوية كلما كانت اللجور إلى لخصصه يحقق نتائج أفضل بسبب قوه الرقابه ونجاعتها ولا يكون ذلك الا بنظام قوي وعادل.

قائمة المصادر و المراجع

قائمه والمصادر المراجع :

I. المصادر

- القرآن الكريم
- المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، القاهرة، مكتبة الشروق الدولية، 2003.
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، مكتبة الشروق الدولية، 2004.
- جمال الدين ابن منصور، لسان العرب، ط 3، دار الصادر، بيروت، 1414 هـ،

II. : قائمة المراجع

أولا : قائمة المراجع باللغة العربية

1- الكتب :

- 1- إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011
- 2- إبراهيم عبد العزيز شيحا، الأموال العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2010،
- 3- ابن خلدون، المقدمة ، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان
- 4- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام - دراسة تحليلية مقارنة -، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.
- 5- أحمد جمال الدين موسى، الآثار الإقتصادية والقانونية والإجتماعية المترتبة على خصخصة وحدات القطاع العام، -دراسة نظرية وتطبيقية على الواقع المصري، مطبعة جامعة المنصورة، مصر، 2004.
- 6- احمد حرير، النظام القانوني لعقود ا شراكة بين القطاعين العام والخاص، المركز الأكاديمي للنشر، مصر، 2019.
- 7- أحمد سيد أحمد محمود، التحكيم في عقود الشراكة PPP، دار نصر ، القاهرة ، 2013

- 8- أحمد محمد محرز، النظام القانوني لتحول القطاع العام إلى القطاع الخاص - الخصخصة-، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2009.
- 9- أحمد محيوترجمة محمد عرب صاصيلا، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2006.
- 10- أحمد يسري، أحكام والمبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، الطبعة العاشرة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1995،
- 11- أسامة مدلول أبوهلبيه المطيري، خصوصية المرافق العامة بنظام البناء والتشغيل والتحويل، ط1، مطبعة وزارة الإعلام، الكويت، 2006،
- 12- إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة 6، عقد آل BOT، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006.
- 13- أنطوان الناشق، الخصخصة (التخصيص) مفهوم جديد لفكرة الدولة ودورها في إدارة في إدارة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- 14- إيهاب الدسوقي، التخصيصية والإصلاح الإقتصادي في الدول النامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- 15- ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016.
- 16- جورج فوديل، بيار ديلفولفيه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2001،
- 17- حازم الببلاوي، دليل الرجل العادي إلى تاريخ الفكر الإقتصادي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، طبعة سنة 1998،
- 18- حسن أحمد الشافعي ، الخصخصة الإدارية والقانونية في التربية البدنية والرياضة ، الطبعة الأولى، دار الوفاء ، الإسكندرية ، مصر، 2006،
- 19- حسن محمد علي حسن البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير دراسة مقارنة في تطور نشاط المرافق العامة الاقتصادية، رسالة دكتوراه، جامعة الموصل، العراق، 2005

- 20- حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010،
- 21- حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2010.
- 22- حمادة عبد الرزاق حمادة، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2013،
- 23- حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود البوت BOT ، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ، 2013.
- 24- رأفت فودة، مصادر المشروعات الإدارية ومنحيتها، دار النهضة العربية، 2012
- 25- ربيع بن صادق دحلان، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المشروعات العامة (التحول إلى القطاع الخاص)، الطبعة الثانية، ، مكتبة الملك فهد الوطنية1999.
- 26- سعيد نكاوي، التدبير المفوض في المغرب على ضوء القانون رقم 05/54 ، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع ، الرباط المغرب ، 2010
- 27- سليمان الطماوي، القانون الإداري، دراسة مقارنة الجزء الثاني، 1982،
- 28- سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة عين شمس، 1989.
- 29- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في الإدارة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2000
- 30- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة، القاهرة عبد العزيز الصالح، إدارة عمليات الخصخصة وأثارها في إقتصاديات الوطن العربي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
- 31- صديق محمد عفيفي،التخصيصية والإصلاح الإقتصادي المصري، كراسات إستراتيجية " ، مركز الدراسات السياسية بالأهرام، سبتمبر 1991،

- 32- عبد الحفيظ الشيمي، مبادئ القانون الإداري ، الجزء الأول، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية
القاهرة ، مصر ، 2014
- 33- عبد الحميد عثمان الحفني، أثر تغير صاحب العمل على عقود العمل في القانونين الفرنسي
والمصري، مطبوعات جامعة الكويت، 1997.
- 34- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام
بوجه عام، القاهرة، ص 546.
- 35- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام
بوجه عام، القاهرة،
- 36- عبد الغني بسيوني، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،
2003
- 37- عبد الفتاح بيومي حجازي، الحكومة الإلكترونية بين الواقع والطموح، دار الفكر الجامعي،
الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2008
- 38- عبده محمد فاضل الربيعي، الخصخصة واثرها على التنمية بالدول النامية، الطبعة
الأولى، مكتبة مدبولي، القاهرة، 2004.
- 39- عجة الجيلالي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من الاشتراكية التسيير على الخصوصية،
دار الخلدونية الجزائر، 2006، ص 357.
- 40- عصام أحمد البهجي ، الطبيعة القانونية لعقود ال B.O.T ، دار الفكر الجامعي ،
الإسكندرية ، مصر .
- 41- غازي خالد أبو عرابي، المقابلة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع - دراسة مقارنة في
الفقه الإسلامي -، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى 2009، عمان، الأردن،
- 42- فتحي عبد الصبور، الآثار القانونية للتأميم، 1967،

- 43- كمال صلاح رحيم، مبادئ القانون الإداري، مجمع الدراسات والبحوث بأكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشركة (نزوى، سلطنة عمان)، الطبعة الأولى (2008)،
- 44- كمال طلبة المتولي سلامة ، الاتجاهات الحديثة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT دراسة مقارنة ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 2015، القاهرة ، مصر
- 45- ماجد راغب الحلوي، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006
- 46- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004
- 47- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر،
- 48- محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004،
- 49- محمد المتولي، التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل والتمويل ال B.O.T، الجزء الأول، طبعة 2001،
- 50- محمد المدني بوساق، التعريف بالفساد وصوره من الوجهة الشرعية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 51- محمد بهجت عبد الله قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ال B.O.T أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية بنظام ال B.O.O.T دار النهضة العربية،
- 52- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005
- 53- محمد رياض الأبرش ونبيل مرزوق، الخصخصة آفاقها وأبعادها، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الثانية، 2002.
- 54- محمد عبد الحميد ابوزيد، منافع المرافق العامة وحتمية إستدامتها دراسة مقارنة، مطبعة العشري، مصر، 2012،

- 55- محمد عبد اللطيف، الإتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الإقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000،
- 56- محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989
- 57- محمد فؤاد مهنا، الوجيز في القانون الإداري - المرافق العامة - مطبعة الشاعر، الإسكندرية مصر،
- 58- محمد متولي، مبدأ المساواة امام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998،
- 59- محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخصخصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000،
- 60- محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، ط 2000
- 61- محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، القاهرة، 1982.
- 62- محمود طاجن، عقود الشراكة ppp، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010،
- 63- محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982
- 64- مروان محي الدين القطب ، طرق خصخصة المرافق العامه ، منشورات الحلبي الحقوقية ن بيروت ، 2009 ،
- 65- مليكة الصروخ، نظرية المرافق العامة الكبرى، مطبعة النجاح الجديدة/الدار البيضاء، المغرب، 2004،
- 66- مهند إبراهيم علي فندي الجبوري، النظام القانوني للتحويل إلى القطاع الخاص " الخصخصة " دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 67- ميادة عبد لقادر إسماعيل، التنظيم القانوني لخصخصة المرافق العامة بين الواقع والمأمول دراسة مقارنة، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015
- 68- نادية ضريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010
- 69- ناصر لباد، الأساس في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، الطبعة الثاني، 2011
- 70- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، مخبر الدراسات السلوكية والدراسات القانونية "الباد"، سطيف، الجزائر، الطبعة الثانية، 2007.

قائمة المراجع

71-نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول الطبعة 4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010 عمان، الأردن، 2010.

72-هاني عرفات صبحي حمدان، النظام القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص (PPP) - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017،

73-وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

74-ياسر أحمد كال الصيرفي ، النظام القانوني لعقد BOT ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، جلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، 2008 ،

75-يعرب محمد الشرع ، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الإقتصادية ، دار الفكر ، دمشق سنة 2010.

76-يونس سلامي، الشراكة قطاع عام - قطاع خاص (التوجه المغربي على التجارب المقارنة)، السلسلة الغربية لبحوث الإدارة و الاقتصاد والمال، الطبعة الأولى، الرباط، المغرب، 2011،

2-الرسائل والمذكرات:

1.محمد صلاح عبد البديع، سلطة الإدارة في انهاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 1992،

2.محمد غازي الجلالى، رسالته للدكتوراه في الهندسة الإنشائية بعنوان "نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل في تشييد مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية" جامعة عين شمس، يناير 2000

3.ممدوح حمزة، ال B.O.T والتطلع إلياتفاقيات متوازنة، مؤتمر ال B.O.T، سنة 2001،

قائمة المراجع

4. مهند نوح مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2001.
5. ماهر محمد حامد أحمد، النظام القانوني لعقد (البوت) B.O.T، رسالة دكتوراه، حقوق بنها، سنة 2004 .
6. الحسن محمد محمد سباق، أثر الخوصصة على حقوق العمال، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2006
7. صابر زكي إمام عبد اللا رسالة دكتوراه بعنوان " أثر تطبيق سياسات الخصخصة على المرفق العام الإقتصادي، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2006.
8. عبد الله حسن رمضان حسن، فلسفة الخوصصة وأثرها على نظرية المرفق العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 2008،
9. ماجد بن عبد العزيز القهيدان، خصخصة قطاع النقل وإنعكاساتها على الامن الوطني، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008.
10. ماجد بن عبد العزيز القهيدان، خصخصة قطاع النقل وإنعكاساتها على الامن الوطني، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008
11. محمود أحمد سليمان البراشدي، النظام القانوني لأموال المرفق العام في ظل سياسة الخوصصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009،
12. محمود السيد عرفات سليمان، أثر الخصخصة على السياسات الضريبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر 2009
13. وجيه إبراهيم عبده محمد غنيم، أثر الخصخصة على النظام الضريبي في ظل النظم المالية المقارنة، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، 2011
14. بقة عبد الحفيظ، الحماية القانونية للعامل في ظل الخوصصة والتسريح الإقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013،

15. جار الله علي جار الله المري، بعنوان " النظام القانوني للمرافق العامة الإقتصادية دراسة مقارنة " ،
كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2014،

3 - المقالات:

1- إبراهيم درويش، مقال بعنوان "سلطة تحديد مدة المشروعات الاستثمارية في مجال المرافق العامة في نظام
ال B.O.T جريدة الأهرام بتاريخ 11/9/1998م،

2- ابراهيم يوسف هرموش، القيود الدستورية الموضوعية للخصخصة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية
والقانونية، المجلد 29 ن العدد الثاني، 2013،

3- إبراهيمي سهام، فكرة المنفعة العمومية في نزع الملكية، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق جامعة
الإمارات العربية المتحدة، العدد 55، جوان 2013،

4- أبو بكر عثمان النعيمي ، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية ، مجلة
الفقه والقانون ، ماي 2017 ، العدد 55 ، المملكة المغربية

5- أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، دراسة شرعية اقتصادية لتمويل مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء
والتشغيل ثم إعادة BOT، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية جامعة الإسكندرية، العدد
الأول 2001،

6- أحمد بوعشيق، الأساليب الحديثة لتدبير المرافق العامة المحلية بالمغرب. المجلة المغربية للإدارة المحلية
والتنمية. 2005.

7- إسماعيل صعصاع البديري، فكرة التخصيصية في المرافق العامة، مجلة بابل، المجلد 14، العدد 2،
2007.

8- إعاد حمود القيسي، الخصخصة ونظامها القانوني، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، الإدارة العامة
لشرطة دبي، السنة التاسعة، العدد الول، يناير 2001،

قائمة المراجع

- 9- أونيس، المخصصة : المفهوم، الأساليب، التحديات، التجارب، حالة الجزائر، مؤتمر تحديات التنمية وتحديث الإدارة في الوطن العربي، طرابلس، ليبيا، 15-17 مارس 2004،
- 10- بوعمران عادل، نظام البلدية في الجزائر،.. تحديات.. وفاق..، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، العدد السابع والعشرون، أبريل 2011.
- 11- جورج قرم، المخصصة وتحديات التنمية المستدامة في الأقطار العربية ، بحوث ومناقشات الحلقة النقاشية التي أقامتها المنظمة العربية لمكافحة الفساد، بيروت، تموز يوليو، 2010.
- 12- حسن عجلان حسن، القطاع العام في العراق بين ضرورات التطوير وتحديات المخصصة، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد الحادي عشر
- 13- حمدي عبد العظيم "عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق"، منشور ضمن سلسلة إصدارات البحوث الإدارية بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية بعنوان "مشروعات البوت ال B.O.T وأخواتها الجوانب القانونية والاقتصادية"، تحرير د. حمدي عبد العظيم، طبعة سنة 2001
- 14- راضية بن جا وحدو، دور المعلوماتية في تحديث الإدارة وتطوير أساليب تسيير، مجلة فكر ومجتمع، العددان الخامس والسادس، يوليو، أكتوبر، كوم للدراسات والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 15- رضا محمد سعد الله، أساليب المخصصة وتقنياتها مع الإشارة إلى لتجربة التونسية، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، العدد 04، 2005
- 16- زهير عبد الحميد معربة، المصلحة الفردية والمصلحة العامة بين الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي، كلية التجارة، جامعة الأزهر،
- 17- ستيف هانكي، ضرورة حقوق الملكية، مؤتمر تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص والتنمية الاقتصادية والذي عقد في واشنطن سنة 1986، ترجمة محمد مصطفى غنيم، دار الشروق، القاهرة، 1990،

- 18- سعيد مقدم، التنمية والإدارة في ظل تحديات العولمة - حالة الجزائر -، مجلة الإدارة، مركز التوثيق والبحوث، الجزائر، العدد 2006، 31.
- 19- سليم سلامة حتاملة، شرط المصلحة في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية، مجلة الأكاديمية العربية في الدنمارك، العدد 15، الدنمارك، 2013، ص 184.
- 20- سهلي حمزاوي، مبادرات التعاون بين المؤسسات والجامعات لبناء قدرات تكنولوجية في ظل الإقتصاد المبني على المعرفة، دراسات إقتصادية، العدد العاشر، مارس 2008، مجلة فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات الخدمات، الجزائر.
- 21- عبد الحكيم معوج، اسباب فشل مشاريع نظم المعلومات، مجلة فكر ومجتمع، العددان الخامس والسادس، يوليو، أكتوبر، طاكسيج. كوم للدراسات والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 22- عبد السند حسن يمامه، نظام ال B.O.T وفقا لأحكام التشريع المصري، الطبعة الأولى، سنة 2000.
- 23- عبد القادر محمد عبد القادر، دراسة الجدوى الاقتصادية والتجارية والاجتماعية مع ال B.O.T، الطبعة الثانية 2000-2001، الدار الجامعية،
- 24- عزت فوزي حنا، المرفق العام الاقتصادي، رسالة حقوق عين شمس سنة 1992،
- 25- عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، مصر
- 26- عمار بوضياف، المجالس الشعبية البلدية في الجزائر بين مقتضيات المركزية وإليات الحكم الراشد، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، العدد السابع والعشرون، أبريل 2011.

27- عمرو صابر، الفساد الإداري والإقتصادي.. رؤية واقعية وإسلامية، دراسات إقتصادية، مركز البصيرة

للبحوث والإستشارات والخدمات التعليمية، العدد التاسع، جويلية 2007.

28- غالب أبو صالح ، التشاركية والأنظمة العربية ، بحوث ومناقشات الندوة التي أقامتها المنظمة العربية

لكفاح الفساد الموسومة بعنوان " دور القطاع الخاص في مسار التنمية المستدامة وترشيد الحكم في

الأقطار العربية "المنعقدة بتاريخ 22-23 سبتمبر 2011، المركز العربي للأبحاث ودراسات

السياسات، بيروت ، لبنان ، جانفي 2013 ، ص 80

29- مبارك لسوس، الإدارة الرشيدة للجماعات المحلية : بين لإلزامية الخدمة العامة، حتمية التوازن

المالي، مجلة الإدارة، العدد 40، 2010

30- محمد الأعرج، الإضراب في المرافق العامة : القاضي الإداري وضابط ممارسة حق الإضراب، المجلة

المغربية للسياسات العمومية، عدد مزدوج 3/2 - 2008،

31- محمد عبد الحليم عمر، ورقة عمل حول الجوانب الشرعية والاقتصادية لنظام ال B.O.T مقدمة إلى

مؤتمر "أسلوب التمويل والتشغيل ونقل الملكية BOT المنعقدة بالقاهرة في 27 يناير 2001،

32- محمد فتوح محمد عثمان، الخصخصة في الدول الليبرالية وأثرها على مفهوم القانون العام، مجلة العلوم

الإدارية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية، السنة السابعة والثلاثون، العدد الأول، يونيو 1995،

33- محمود محمد فهمي، عقود ال B.O.T وتكييفها القانوني، مجلة مصر المعاصرة، العدد 461، 462

السنة الثانية والتسعون

34- مهدي إسماعيل الجزاف، الجوانب القانونية للخصخصة، مجلة الحقوق (الكويت)، العدد الرابع،

ديسمبر 1995، السنة التاسعة عشرة.

35- نور الدين بن براهيم، الشراكة بين المجتمع المدني والحكم الراشد.. مفاهيم... وإليات، مجلة الفكر

البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، العدد الخامس عشر، فيفري 2007.

1- Les ouvrages

- 1- **Sébatien THOUVENOT**, la définition des partenariats public-privé a al lumiere du droit comunautaire et du droit anglais " cahier de droit entreprise" , n° 4, juillet – aout 2006
- 2- **Bouhamed, A et J Chaabouni**, partenariat public privé en Tunisie, les conditions de succès et d'echecs, IJMMST vol 7 n°4, 2008.
- 3- **CHEHATA (T.)**, La concession de service public Etude compare de droit administrative français et Egyptien, paris, 1941
- 4- **CLARISSA VITIELLO REVOL**, SEAAL un PPP original pour la modernisation durable du service de l'eau et de l'assainissement d'Alger, Université de Bordeaux, 09 mars2012.
- 5- **Claude MENARD ET J.M. Oudot**, L'évaluation préalable dans les contrats de partenariats, revue française d'administration publique, n°130.2009.
- 6- **Michel DURUPTY** ; les privatisations en France,documentation française,1988
- 7- **Michel ROUSSET et Mohamed Amine BENABDALLAH**,Le service public au Maroc, REMALD, Impremrie E Maaref Al Jadida , Rabat , MOROC , n 119 Fevrier 2018

- 8- **Mohamed Sabah BEN AISSA**, le partenariat public privé (P.P.P) en Tunisie, l'exemple de la concession, conférence annuelle du groupe européen d'Administration Publique de l'institut international des sciences Administratives, Madrid, 19-23 Septembre 2007.
- 9- **Nacer EDDINE SADI**, la privatisation des entreprises publiques en Algérie, office des publication universitaires, 2^{eme} Edition, 2006.
- 10- **Nicolas Beausée**, partenariats public-privé en méditerranée, IPEMED, 2012
- 11- **Nordine GRIM**, l'économie algérienne otage de la politique, casbah éditions, Alger, 2004.
- 12- **Pierre ESPUGUS**, le service public, Daloz, 1998, p 17.
- 13- **Pierre BRUNET**, les modes de gestion par des personnes privées, Dalloz, 2007.
- 14- **Rachid ZOUAIMIA**, la délégation de service public au profit de personnes privées, maison d'édition Belkousse, algérie, 2012.
- 15- **ROLAND** :PRECIS DE DROIT ADMINISTRATIF 10^{EME} ED 18.

2- Les articles

1. Abdelhak SAIHI, l'établissement public de santé quête d'une nouvelle catégorie juridique, revus IDARA, n°34, 2007.
2. Ahmed BENBITOUR, privatisation ET développement, revus des sciences commerciales et de gestion, n°02 juillet 2003.

3. Ahmed RAHMANI, la culture de service public de l'alibi aux valeurs d'une administration moderne revus IDARA, Algérie, n°23,2003
4. Anne gazier, établissement publics administratifs et établissement publics industriels et commerciaux,
5. Claire MONTIALOUX, service public e l'intérêt général, regards croisés sur l'économie, n°02,2007/02.
6. Denis COLLIN, vers la privatisation de l'état ?, revus nouvelle fondation, n°05,2007/01
7. Denys LAMARZELLE, management public et modernisation des service publics, Le management public en Europe, groupe Europa, janvier 2008
8. Emilien ruiz, réforme l'état pour gouverner la société, la vie des idées.fr, le lien social, 02/11/ 2009.
9. Emmanuel BRILLET, Le service public « à la française » un mythe national au prisme de l'Europe, l'économie politique, n°24,2004/04.
10. Evielise PLENET, La réforme des collectivités territoriales : quand la constitution s'en même, droit et société. 12012/02 n°81 p 381-401.
11. Jacques CHEVALLIER, les nouvelles frontières du service public, regards croisés sur l'économie, n°02,2007/02.
12. Jean EDOUARD COLLIADLA, justification économique des services publics, regards croisés sur l'économie, n°02,2007/02.

- 13.jean LOUIS , l'approche fonctionnelle de service public : sa réalité et sa limites. la revue AJDA,n° spécial sur le service public.1997.
- 14.Kolles CHRISTOPHE, administration publiques et autorités cantonales, working paper,IDHEAP, institut de haute études en administration publique n° 14/2006, mars 2007.
- 15.Korkut BORATAV. Réforme de l'état et développement économiques, in tiers monde.1994.
- 16.Laurence FONTAINE, le service minimum et les services essentiels (étude français confrontée au droit québécois) thèse doctorat ; université Montréal,29/04/2004. Thèse
- 17.jean Alain MARIOTTI, aménagement du territoire services publics et services au public, conseil économique social, paris, 14/12/2005.
- 18.Mamadou DIOUF, privatisation des économies et états africains, politique africaine, n°73, mars 1999.
- 19.Michel POYET, le contrôle de l'entreprise publique essai sur cas Français.10 mais 2001.université de Saint Etienne France.Thèse
- 20.Morand- deviller JACQUELINE, les mecanismes de la reformes administrative.revus internationale de droit comparé.vol 38n°2 avril juin 1986, www.persée.fr.
- 21.Moussa OUMAROU, réformes de l'administration publique des pays membres de l'uemoa impacts et

perspectives, bureau international du travail, geneve, jin 2009.

- 22.Nafissa TLEB –IBRAHIMI, L’alternative public/privé et le champ de la santé : une approche par le droit (première partie), revus algérienne des science juridiques économiques et politiques, office des publications universitaires, volume XXVI, n°01 mars 1988.
- 23.Pierre DELVOLVE, la privatisation du service de l’Etat, pouvoirs, n°117,2006/2.
- 24.Pierre –HUGUES VALLES, le problèmes de la qualification juridique de l’action administrative négociée : un défi aux Caux catégories classiques du droit ? vol 49 n° 02 2008.
- 25.Slimane MEDHAR, enrayement du service public, revus IDARA, Algérie, n°23, 2003.
- 26.Walid LAGGOUNE, la réforme administrative, une approche par la décentralisation, revus IDARA, Algérie, n°23,2003.

3 – WEBLIOGRAPHIE :

- 1-<http://www.alarab.co.uk/m/?id=549>
- 2-<https://ar.wikipedia.org>
- 3-www.alriyadh.gov.sa/documents/dos
- 4-www.ao-academy.org.
- 5-www.APN.dz
- 6-www.cairn.info

- 7-www.CIJFrance.fr
- 8-www.Conseil Constitutionnel.fr
- 9-www.Conseild'Etat.fr
- 10-www.joradp.dz
- 11-www.legifrance.gouv.fr
- 12-www.linguquam.ca
- 13-www.OCDE.Org
- 14-www.persée.fr
- 15-www.Sénat.fr
- 16-www.vietnameselaw=consultancy.com/s-bot/main-0890.htm
- 17- <http://www.aljazeera.net/news/arabic/2007/9/18>

فهرس المحتويات

1.....	مقدمة
12.....	الباب الأول الخوصصة أسلوب جديد لإدارة المرافق العامة الإدارية.
14.....	الفصل الأول الإطار العام لخوصصة المرافق العامة الإدارية.
15.....	المبحث الأول : الخوصصة ورحلة البحث عن المفهوم
16.....	المطلب الأول: تاريخ الخوصصة
16.....	الفرع الأول : بدايات الخوصصة.
20.....	الفرع الثاني : تطور فكرة الخوصصة في إنجلترا وفرنسا
24.....	الفرع الثالث : تطور الخوصصة في مصر والجزائر
29.....	المطلب الثاني تعريف خوصصة المرافق العامة الإدارية
31.....	الفرع الأول :المفهوم الضيق للخوصصة
32.....	الفرع الثاني : التعريف الواسع للخوصصة
39.....	الفرع الثالث : أساليب الخوصصة
42.....	المطلب الثالث : دوافع خوصصة المرافق العامة الإدارية.
42.....	الفرع الأول : معوقات المرافق الإدارية
43.....	الفرع الثاني : مبررات خوصصة :
45.....	الفرع الثالث : النجاح الذي حققه القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة الإقتصادية
50.....	المبحث الثاني المرافق العامة الإدارية القابلة للخوصصة
52.....	المطلب الأول ماهية المرافق العامة الإدارية :

- 52..... الفرع الأول : مفهوم المرفق العام الإداري
- 56..... الفرع الثاني معايير تمييز المرافق العامة الإدارية عن المرافق الإقتصادية
- 63..... المطلب الثاني : الموقف من خصوصية المرافق الدستورية
- 63..... سيتم التطرق في هذا المطلب أنواع المرافق العامة الدستورية مدي قابليتها للخصوصية
- 63..... الفرع الأول : المرافق الدستورية السيادية
- 65..... أولا : مرفق الجيش والقوات المسلحة
- 68..... ثانيا :مرفق الشرطة " البوليس " :
- 70..... ثالثا : مرفق القضاء
- 71..... رابعا : المرفق الضريبي أو مرفق الضرائب
- 74..... الفرع الثاني المرافق العامة الدستورية غير السيادية :
- 75..... أولا : مرفق التعليم
- 77..... ثانيا : مرفق الصحة :
- 78..... ثالثا :مرفق الحماية الاجتماعية :
- 82..... المطلب الثالث :القيود الدستورية على عملية خصوصية المرافق العامة
- 83..... الفرع الأول : القيود العامة الواردة على خصوصية المرافق العامة
- 89..... الفرع الثاني القيود الخاصة بخصوصية المرافق العامة الإدارية
- 93..... الفصل الثاني : أثر الخصوصية على المرافق العامة الإدارية
- 94..... المبحث الأول : أثر الخصوصية على المبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة الإدارية
- 94..... المطلب الأول : مبدأ المساواة امام المرافق العامة الإدارية
- 97..... الفرع الأول : التعريف بمبدأ المساواة أمام المرافق العامة
- 101..... الفرع الثاني : مكانة مبدأ المساواة أمام المرافق العامة الإدارية بعد الخصوصية

- 109المطلب الثاني : أثر الخصوصية على مبدأ إستمرارية المرفق العام الإداري
- 110الفرع الأول : التعريف بمبدأ إستمرارية المرفق العام الإداري
- 112أولاً : الإضراب في المرافق العامة
- 118ثانياً :تنظيم استقالة العاملين بالمرافق العامة الإدارية
- 119ثالثاً : الإعتداد بنظرية الموظف الفعلي
- 121الفرع الثاني : تطبيق قاعدة سير المرافق العامة بانتظام وإضطراب بعد الخصوصية
- 124أولاً :تنظيم الإستقاله والإضراب في المرفق العام بعد الخصوصية
- 125ثانياً : تطبيق نظرية الظروف الطارئة ونظرية الموظف الفعلي
- 128المطلب الثالث : أثر الخصوصية على مبدأ قابلية المرفق العام الإداري للتغيير والتعديل
- 129الفرع الأول مضمون قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل
- 131الفرع الثاني: تطبيق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل بعد الخصوصية
- 131أولاً: قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل ومسؤولية الإدارة:
- 133ثانياً: حدود تطبيق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل بعد الخصوصية:
- 133المبحث الثاني أثر الخصوصية على علاقة المرافق العامه الإدارية بالدولة
- 134المطلب الأول : أثر الخصوصية على المنفعة العامة.
- 135الفرع الأول : النفع العام عنصر من عناصر المرفق العام.
- 135أولاً : ما المقصود بالمصلحة العامة.
- 138ثانياً : ما المقصود بالنفع العام.
- 143ثالثاً : الفرق بين المصلحة العامة والمنفعة العامة
- 143الفرع الثاني : أثر الخصوصية على النفع العام
- 144المطلب الثاني : أثر الخصوصية على المال العام
- 145الفرع الأول : المقصود بتخصيص المال للمنفعة العامة في ظل نظرية المال العام

147	الفرع الثاني : تخصيص المال لخدمة المرفق العام بعد الخوصصة
150	الفرع الثالث : استعمال أموال المرفق العام في الغرض المخصصة له:
152	الفرع الرابع : حدود التمييز بين أموال المشروعات الخاصة وأموال المرفق العام بعد الخوصصة
153	أولاً: خضوع أموال المرفق العام بعد الخوصصة للقانون الخاص:
153	ثانياً: النفع العام هو أساس تمييز أموال المرفق العام بعد الخوصصة:
157	الباب الثاني : صور الخوصصة
158	الفصل الأول : تفويض المرافق العامة الإدارية.....
159	المبحث الأول : مفهوم تفويض المرافق العامة الإدارية.....
159	المطلب الأول : تطور فكرة تفويض المرافق العامة.....
159	المطلب الأول : ظهور فكرة تفويض المرافق العامة
159	الفرع الأول : الظهور التشريعي لفكره التفويض.....
162	الفرع الثاني : التكييف الفقهي لظهور فكره التفويض.....
166	المطلب الثاني : تعريف تفويض المرافق العام.....
166	الفرع الأول : التعريف اللغوي
167	الفرع الثاني : التعريف القانوني
167	أولا التعريف الفقهي
170	ثانيا : التعريف التشريعي
174	ثالثا : التعريف القضائي.....
175	المطلب الثالث : صور التفويض.....
175	الفرع الأول :الإمتياز إمتياز المرفق العام La concession de service public
177	الفرع الثاني :إيجار المرفق العام:

178	الفرع الثالث : الوكالة المحفزة.....
180	الفرع الرابع : عقود التسيير.....
181	المبحث الثاني أطراف عقد التفويض المرفق العام الإداري.....
181	المطلب الأول : المستفيدون من المرفق العام.....
181	الفرع الأول : حقوق المستفيدين في مجال تفويض المرفق العام:.....
183	الفرع الثاني : طعون المستفيدين في مجال تفويض المرفق العام:.....
185	الفرع الثالث : المستفيدون بين قانون الاستهلاك وقانون المرافق العامة:.....
187	المطلب الثاني : السلطة المفوضة.....
187	الفرع الأول : السلطة المختصة بإصدار قرار تفويض المرفق العام:.....
187	أولا : تحديد السلطة المختصة بإدارة المرفق العام في فرنسا:.....
188	ثانيا : السلطة المختصة بتفويض المرفق العام في الجزائر :.....
190	المطلب الثالث : المفوض له.....
190	الفرع الأول : الأشخاص العامة كمفوض إليه:.....
191	الفرع الثاني: الجمعيات كمفوض له:.....
192	الفرع الرابع : المناولة :.....
195	المبحث الثالث: إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام الإداري.....
195	المطلب الأول القيود الخاصة بالعلانية والمنافسة.....
195	الفرع الأول : المضمون التقليدي لحرية اختيار المفوض له :.....
197	الفرع الثاني : الأساس القانوني لإجراءات العلانية والمنافسة.....
198	الفرع الثالث : القيود الخاصة بالعلانية السابقة والمنافسة.....
198	أولا : القيود الخاصة بالعلانية السابقة.....

199	ثانيا :القيود الخاصة بإجراء المنافسة.....
202	المطلب الثاني : القيود الخاصة بمضمون عقود تفويض المرفق العام
202	الفرع الأول القيود الخاصة بمدة عقود تفويض المرفق العام
202	أولا : الفكرة التقليدية في تحديد مدة عقود التفويض:
204	ثانيا : التنظيم التشريعي لمدة عقد تفويض المرفق العام:
206	الفرع الثاني : تمديد وتجديد عقود تفويض المرفق العام:
206	أولا : موقف المشرع الفرنسي من تحديد وجديد عقود تفويض المرفق العام:
208	ثانيا : موقف المشرع الجزائري من تمديد وتجديد عقود تفويض المرفق العام:
210	المطلب الثالث: المقابل المالى في عقود تفويض المرفق العام
213	المبحث الرابع : نتائج نهاية عقود تفويض المرفق العام
214	المطلب الأول حلول السلطة المفوضة محل المفوض له
214	الفرع الأول استمرار عقود العمل في مواجهة السلطة المفوضة
214	أولا :استمرار عقود العمل بعد انتهاء عقود تفويض المرفق العام في القانون الفرنسي
216	ثانيا : استمرار عقود العمل بعد انتهاء عقود تفويض المرفق العام، في القانون المصري
220	الفرع الثاني عدم تقييد السلطة المفوضة بالتعهدات الأخرى للمفوض له
220	أولا : تطبيق قاعدة عدم الحلول في القانون الفرنسي:
221	ثانيا : تطبيق قاعدة عدم الحلول في القانون المصري:
222	المطلب الثاني: تصفية عقود تفويض المرفق العام
222	الفرع الأول : تحديد مصير أموال المرفق
222	أولا : مدى تطبيق القواعد الخاصة بمصير أموال الالتزام على عقود التفويض الأخرى:
228	الفرع الثاني تصفية الحسابات بين السلطة المفوضة والمفوض إليه
229	الفرع الأول : مدى تطبيق مبدأ حق الضمان العام:

- 230 الفرع الثاني : توزيع الأموال المخصصة واسترداد الكفاية:
- 234 الفصل الثاني : عقود البوت والشراكة صور حديثة للخصوصة
- 234 المبحث الأول ماهية عقود التشغيل والبناء والتحويل B.O.T
- 235 المطلب الأول تطور نشأة عقود ال B.O.T وتميزها عن العقود المشابهة لها
- 235 الفرع الأول تطور نشأة عقود ال B.O.T
- 240 الفرع الثاني التمييز بين عقد ال B.O.T والعقود المشابهة له
- 241 أولا : عقد البناء والتشغيل والنقل B.O.T:
- 242 ثانيا :عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية ال B.O.O.T
- 248 ثالثا : العقود المشابهة لعقود ال B.O.T أو B.O.O.T
- 257 المطلب الثاني تعريف عقود ال B.O.T وبيان خصائصها
- 258 الفرع الأول تعريف عقود ال B.O.T
- 258 أولا : تعريف فقهاء القانون العام نظام ال B.O.T
- 259 ثانيا : تعريف فقهاء القانون الخاص ورجال الاقتصاد نظام ال B.O.T
- 261 ثالثا : تعريف بعض المنظمات والهيئات الدولية لنظام ال B.O.T
- 262 الفرع الثاني : خصائص المشروعات المقامة بنظام ال B.O.T والمخاطر المحتملة عليها
- 262 أولا : خصائص المشروعات المقامة بنظام ال B.O.T
- 267 المبحث الثاني : مفهوم عقود الشراكة
- 267 المطلب الأول : ظهور عقود المشاركة PPP
- 267 الفرع الأول : عقود الشراكة في التجربة البريطانية.
- 269 الفرع الثاني : ظهور عقود المشاركة PPP في القانون الفرنسي
- 276 المطلب الثاني تعريف عقود الشراكة PPP وتميزها عن العقود المشابهة.

276	الفرع الأول : تعريف الشراكة
276	أولا : التعريف اللغوي للشراكة.....
276	ثانيا: التعريف القانوني للشراكة بين القطاعين العام والخاص
280	الفرع الثاني : وتمييز عقود الشراكة PPP عن العقود المشابهة
281	أولا: تمييز عقود الشراكة عن العقود التي يكون المقابل المالى فيها ثمنا.
289	ثانيا: تمييز عقود الشراكة عن العقود التي يرتبط المقابل المالى فيها بنتائج الاستغلال.....
290	خاتمة
302	قائمة المصادر والمراجع
314	فهرس المحتويات

ملخص الرسالة

إن الهدف من هذه الدراسة هو التطرق لطرق تسيير وإستغلال المرفق العام الإداري ومدى تأثير التحولات الجديدة سواء الداخلية أوالخارجية على إدارته سواء بضرورة تحديث المرافق العامة من خلال الإصلاح أو تفعيل طرق تسيير جديدة والهدف طبعاً هو تحسين أداء المرفق العام والخدمة العامة في ظل تزايد الوعي المدني وتزايد دور الدولة.

يكتسي موضوع المرفق العامة الإدارية أهمية بالغة ؛ فيعد محور القانون الإداري، بل حتى أن هناك من يعرف القانون الإداري بأنه قانون المرافق العامة، ولأنه من المعروف مرونة القانون الإداري، فإنه من الضرورة معرفة مدى تأثير أي تحول إقتصادي أو سياسي على تسييرها ، ومدى مطابقة تسيير المرافق العامة عامة والإدارية منها خاصة للحياة العامة والحاجات المتزايدة والمتطورة للمواطنين.

Abstract

The aim of this study is to address the methods of managing and exploiting the administrative public facility and the extent of the impact of the new transformations, whether internal or external, on its management, whether by the necessity of modernizing public facilities through reform or activating new ways of running.

The issue of the administrative public facility is extremely important; It is considered the focus of administrative law, and even there are those who define administrative law as the law of public utilities, and because it is known the flexibility of administrative law, it is necessary to know the extent of the impact of any economic or political transformation on its management, and the extent to which the management of public utilities.

Résumé

L'objectif de cette étude est d'aborder les modalités de gestion et d'exploitation de l'équipement public administratif et l'ampleur de l'impact des nouvelles transformations, qu'elles soient internes ou externes, sur sa gestion, que ce soit par la nécessité de moderniser les équipements publics par la réforme ou par l'activation de nouvelles façons de courir.

La question du service public administratif est extrêmement importante; Il est considéré comme le centre du droit administratif, et même il y a ceux qui définissent le droit administratif comme le droit des services publics, et comme on connaît la flexibilité du droit administratif, il est nécessaire de connaître l'étendue de l'impact de tout la transformation politique de sa gestion et la mesure dans laquelle la gestion des services publics, en général et administratif, en particulier, correspond à la vie et aux besoins publics.