

الإرث الاستعماري للمفهوم القانوني للمرفق العام

محمد بوسماح¹

أستاذ، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1.

مقدمة

يتمسك مفهوم المرفق العام بالنظريات «الإيديولوجية» السائدة والقائمة في العالم، ويختلف من بلد لآخر حسب الظروف الجغرافية، الاقتصادية والتقنية الموجودة. كما يتغير تأثيره حسب المكان والزمن.

ظهر مفهوم المرفق العام أولا في فرنسا وفيها عرّف. يتطابق هذا المفهوم والرسم التالي: بما أن المبادرة الخاصة تتمتع باختصاص مبدئي بالنسبة لنشاط المجموعات العمومية فهي لا تستطيع أن تتكفل بكل احتياجات الأفراد وهذا لسببين : أولا، لأن المبادرة الخاصة غير قادرة على ممارسة نشاط ضروري لحياة المجموعة الاجتماعية،

1: لقد اختار صاحب المقال مصطلح «إرث»، المتداول عادة، عوض مصطلح «إيصاء».

هذه الدراسة هي ملخص للجزء المعنون: «المرفق العام في بلد ليبرالي: حالة فرنسا»، التي وردت ضمن دروس «النظرية والتنظيم المقارنين للمرافق العامة»، التي تم إلقيها على طلبة السنة الرابعة لليسانس، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1978-1977، مطبوعة، ص من 14 إلى 121.

إن أطر المرفق العام، بحكم وجودها غداة حصول الجزائر على الاستقلال، كانت محل دراسة فيما يخص بعض النقاط إما على مستوى الهوامش أو في متن المقال وهذا من جراء التأكيد الصادر عن الاجتهاد القضائي أو الذي تضمنته بعض التقارير الإدارية التي وردت بعد 5 جويلية 1962.

قام بترجمة هذا المقال السيد رحال بن عمار، أستاذ مكلف بالدروس سابق بكلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1. الأستاذ محمد احميد أو أضيف الشكل على النسخة الأولية للدراسة وترجم بعض المقاطع التكميلية.

صاحب المقال يشكر الأستاذ احميد أو محمد على التكفل بالأعمال اللوجستية لهذا المقال.

الأمر الذي من شأنه أن يمدد مفهوم المجموعة العمومية بذاتها (الدفاع الوطني، الضبط والعدالة)؛ ثانيا، لأن المبادرة الخاصة لا تهتم ببعض النشاطات تكون إما تلبية حاجياتها غير مثمرة أو تفوق إمكاناتها المالية، أو تتنافى وأخلاقياتها، مع أنه من الضروري توفيرها للمجتمع (العلاج، معاونة الأشخاص المسنين والمعوقين). في الولايات المتحدة فان المرافق العمومية من الصنف الثاني غير متطورة (انعدام الضمان الاجتماعي، قلة الجامعات العمومية، الخ.). أما في البلدان الاشتراكية، فان المجموعة العمومية هي التي تسير نشاطات الإنتاج، التوزيع والخدمات.

ليس لمفهوم المرفق العام نفس الدور كمعيار تفسير للقانون العام والقانون الإداري. شكل مفهوم المرفق العام في فرنسا خلال مدة طويلة الفكرة الجوهرية للقانون الإداري، غير أن هذا المفهوم لم يبق هو السائد بمفرده بعد الكسوف الذي أصابه، سواء من الناحية الفقهية أو من الناحية القضائية، فإنه يتعايش حاليا مع مفهوم السلطة العامة، إلا أنه يحتفظ بمكانة مميزة من الناحية النظرية، من الناحية العملية ومن الناحية القضائية. ورث القانون الإداري الجزائري في سنة 1962 هذا المفهوم ذو الأهمية المختلفة، بينما عرفت الوظيفة الإدارية تطورا كبيرا بإنشاء جهاز الدولة، فإن مفهوم المرفق العام لم يؤخذ بعين الاعتبار لا من طرف الإيديولوجية السياسية (لم يشر إليه في وثائق وبرامج جبهة التحرير الوطني ولا في الخطاب السياسي) ولا من طرف قضاء المجلس الأعلى، وهذا نتيجة اختيار معيار عضوي (المادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية) في تحديد الاختصاص الإداري، غير أنه بموجب محتواه الفكري والتقني لقد رِدَ اعتباره اليوم.

من الواضح، منذ العصور القديمة، فإن كل مجموعة بشرية تنظم نفسها من أجل العيش الجماعي: تزود نفسها بأدوات سياسية وقانونية من أجل تنظيم حياة المجموعة وضمان خدمات مادية وغير مادية لأعضاء المجموعة الاجتماعية والدفاع في الداخل والخارج. هذا ما يسمح القول بأن المرافق العامة وجدت قبل ظهور التسمية وقبل ظهور المفهوم.

لم تستعمل عبارة «المرفق العام» في اللغة القانونية الفرنسية إلا انطلاقاً من ثورة 1789. غير أنه من الناحية التاريخية يمكن أن نربط هذه العبارة بنشأة الدولة في أواخر القرن الثاني عشر.

لم يعرف قانون النظام الملكي بين هاتين الفترتين إلا الكلمة الإغريقية CITE = POLIS (التي تعني المدينة والضبط) لتنظيم حياة المدينة أولتعيين أجهزتها الإدارية. كان استعمال كلمة «مرفق عام» لا يمكن تصوره في العهد الملكي، لأن كلمة مرفق لم تفهم لا بالنسبة للملك ولا بالنسبة للمرتفقين. كانت كلمة عمومي قليلة الاستعمال وتعني كلمة «رسمي» المهمة وكانت تعني لفظاً الشيء العمومي، أي الدولة.

أصبحت تستعمل عبارة مرفق عام في أواخر القرن الثامن عشر، خصوصاً بفضل قانون المدارس الخاصة المتعلقة بالمهن المخصصة للمرفق العام (Loi du 30 vendémiaire an IV)، إلا أن العبارة لم تعرف بعد.

بدأت عبارة «مرفق عام» تستعمل في الفقه منذ أوائل القرن التاسع عشر وامتد استعمالها من طرف المؤلفين ولم توضع نظرية عامة للمرفق العام إلا في بداية القرن العشرين، وسرعان ما ستواجه هذه النظرية تزايد مهام الدولة الليبرالية في المجال الاقتصادي. مدرسة «بورديو» BORDEAUX هي التي وضعت النظرية التقليدية للمرفق العام وجعلت منها القاعدة الجوهرية للقانون الإداري الفرنسي (المبحث الأول) وستعرف بسرعة سلسلة من الأزمات القانونية التي ستزعزع حتى أسسها (المبحث الثاني) وستجدد تحت تسمية مهمة المرفق العام (المبحث الثالث).

المبحث الأول : النظرية التقليدية للمرفق العام

الظهور القانوني والتقني لمفهوم المرفق العام شيء حديث نوعا ما، ويرجع تاريخه إلى بداية القرن العشرين وهو نتيجة لقاعدة الفصل بين السلطات الإدارية والسلطات القضائية التي فرضها الثوار الفرنسيون. هذه القاعدة أدت بالفقه والقضاء إلى البحث على معيار ملائم لتوزيع الاختصاصات بين الهيئتين القضائيتين.

سمحت فكرة السلطة العامة للتمييز القديم بين أعمال السلطة وأعمال التسيير بأن تشكل معيارا لتفسير القانون الإداري (المطلب الأول). إن إعادة اكتشاف قرار (T.C. BLANCO 2 David) - 8.2.1873 من طرف مؤلف ستكون السبب في ترقية المرفق العام كطريقة تفسير ملائمة للقانون والقضاء الإداريين (المطلب الثاني). يبدو هذا المعيار وكأنه بسيط وواضح، غير أنه لما نتصدى لتعريف المرفق العام كل شيء يتعقد (المطلب الثالث).

المطلب الأول - ظهور المفهوم القانوني للمرفق العام

ظهرت فكرة (أو مفهوم) المرفق العام في إطار تفسير قاعدة الفصل بين السلطات الإدارية والسلطات القضائية في القضاء ثم في الفقه.

الفرع الأول - تفسير قاعدة الفصل بين السلطات الإدارية والسلطات القضائية كانت تجاوزات برلمانات النظام القديم (المجالس القضائية) سبب اتخاذ هذه القاعدة التي كانت تستهدف حماية السلطة التنفيذية وتقسيماتها من تدخلات القاضي العادي (العدي). طُبِّقَت القاعدة في أول الأمر بصفة صارمة، ثم مع مرور الوقت بصفة مرنة، وهذا لزوال الأسباب السياسية التي أدت إلى تأسيسها، وسرعان ما رفض مجلس الدولة أن يستفيد من نصوص تعطي امتيازات كبيرة للإدارة. اقترح الفقه خضوع الإدارة للقاضي العادي عندما تتصرف هذه الأخيرة كمجرد شخص عادي. وكانت هذه نظرية أعمال السلطة وأعمال التسيير، قبل بروزها (avant la lettre) كنظرية .

2- إن كل القرارات المذكورة في هذه الدراسة موجودة في مؤلف : القرارات الكبرى للاجتهاد القضائي الإداري

Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative (GAJA), 6° édition, Sirey.

كان مجال القانون الإداري يتطابق في هذه النظرية مع النظام القانوني لأعمال السلطة العامة ورقابة مشروعية القرارات الإدارية، دون أن نستثني كل المنازعات المخصصة بحكم القانون (الأشغال العمومية مثلا).

لم يعمل القضاء بهذه النظرية في آخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين إلا في مجالين يخضعان فيما بعد للقانون الإداري : الطعن فيما يخص للمسؤولية المدنية للدولة والطعن التعاقدي. عندئذ بدأ الفقه يبحث على معيار آخر وهكذا ستتطور نظرية المرفق العام.

الفرع الثاني - قرار بلانكو BLANCO

طوال القرن التاسع عشر، أي في عصر نظرية أعمال السلطة وأعمال التسيير، كان قضاء مجلس الدولة يستعمل عبارة «مرفق عام»، بدون أن يعطيها معنى خاصا في الميدان القانوني. ولم يجعل القضاء من المرفق العام مفهوما قانونيا يرتبط بنظام قانون عام خاص به إلا في بداية القرن العشرين.

يتفق الفقه على أن حكم BLANCO (محكمة التنازع 02/ 08 / 1873، مذكرات David) هو أساس هذه الحركة : «حيث أن مسؤولية الإدارة عن الأضرار التي تلحق بالأفراد بسبب تصرفات الأشخاص الذين تستخدمهم في المرافق العامة، لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقرها القانون المدني للعلاقات فيما بين الأفراد، وهذه المسؤولية ليست بالعامة ولا بالمطلقة، بل لها قواعدها الخاصة التي تتنوع وفقا لحاجات المرفق، وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة».

يعتبر الفقيه مارسيل فالين (Marcel WALINE) أنه من الممكن إعطاء تفسيرين اثنين لهذا القرار.

للتفسير الأول بعدا محدودا من حيث المضمون، لم يبق أي مبرر لوجود قاعدة الدولة المدينة (l'Etat débiteur) التي أدينت بصفة صريحة. ويمكن القول أن هذا الحل البسيط والمنطقي يعكس الواقع التاريخي.

التفسير الثاني أكثر عمقا من الأول : يشكل قرار بلانكو (BLANCO) ثورة قضائية حقيقية هي بمثابة قطيعة مع القضاء السابق. وهذا لأنه انطلاقا من هذا القرار، فإن معيار توزيع الاختصاص الإداري أو العدلي (judiciaire) سيحدد حسب الهدف المصوب إليه. ولم يبق إلا الرجوع إلى هدف المرفق العام.

في الواقع، كان هذا التفسير غير موجود في تصور القضاء في ذلك العهد ولم يظهر إلا ثلاثين سنة من بعد.

لم يبرز قرار بلانكو (BLANCO) ولم يكتشف من جديد إلا سنة 1903 بفضل مذكرات مندوب الحكومة روميو ROMIEU في قضية طيريه ((C.E., 6 février 1903) TERRIER وأكثر من ذلك مع مندوب الحكومة TEISSIER في عام 1906. سيعطي هذا الأخير لقرار بلانكو (BLANCO) مدلولاً جديداً مؤكداً على عبارة «المرفق العام» الواردة في الحثيات. سيعمق تيسي (TEISSIER) تفكيره في كتاب صدر في عام 1906 وسيرجع للموضوع في مذكراته بمناسبة قضية فاتري FEUTRY

1908.29.02.T.C.)). كما أنه سيقدم وجهة نظره وكأنها الترجمة الصادقة للقضاء منذ سنة 1873. أكد قرار طيرون (THEROND C.E. 04.03.1910) سنتين من بعد تفكير تيسي (TEISSIER) وسمح لنظام المرفق العام أن يبرز للوجود.

مع دخولها القانون الوضعي، استغلت نظرية المرفق العام بصفة واسعة ونظامية من طرف الفقيه ليون ديقيت Léon DUGUIT.

بلا شك، أن DUGUIT كان قد أدرك الفكرة منذ سنة 1901، ومنذ ذلك الحين اعتمد على دلائل أخذها من القانون الوضعي ليعني نظامه. وسيُطلق عليه العميد موريس هوريو Maurice HAURIOU اسم «مدرسة المرفق العام».

المطلب الثاني - تعميم النظام : مدرسة المرفق العام

سينجز العميد DUGUIT البناء النظري الإجمالي للمرفق العام وسوف ينظم إليه JEZE – BONNARD و ROLLAND. عرف مذهب DUGUIT سطوعاً وإشعاعاً خاصين

طوال أربعين سنة، ويبدو أن كل آثاره لم تبرز. إن تفكير عميد مدرسة BORDEAUX ثري، وغامض من حين لآخر، ويرمي إلى بناء نظرية الدولة على أساس المرفق العام أكثر من بناء النظرية القانونية للمرفق العام التي هي من صنع أتباعه.

الفرع الأول - المرفق العام في عمل دوقيت DUGUIT

العميد DUGUIT من أكبر رجال القانون وهو كذلك فيلسوف وعالم في علم الاجتماع، خاصة فيما يتعلق بالقانون. لقد عبر عن أفكاره في عدة كتب، وجاءت هذه الأخيرة ملخصة بإيجاز في كتيب صدر سنة 1913 بعنوان «تحويلات القانون العام» (Les transformations du droit public). في عمل DUGUIT الكبير يمكن اكتشاف تأثير علم الاجتماع لـ «أوقست كونط» Auguste COMTE و دركهيم DURKHEIM وتأثير علم التضامن (التضامنية) للمؤلف ليون بورجوا Léon BOURGEOIS وأخيرا تأثير فكرة العدالة عند سان طوماس داكوان Saint Thomas d'AQUIN. يرتكز نظامه النظري على الأساس «السوسيولوجي» للظاهرة القانونية. لقد وضع حدود لنشاط الدولة بواسطة القانون.

تعلقت اهتمامات DUGUIT منذ بداية عمله بمفهوم الدولة وبماهية روح النظام السياسي. كان هدفه محاربة الأفكار القديمة كالسيادة والسلطة العامة والقيادة وتهديمها لاعتبارها بالية ورمز عهد ملكي مضى. وكيف يمكن له أن يقبل أن تعتبر السلطة العامة كامتياز للدولة وهو يرفض فكرة الدولة كشخص معنوي. في وجهة نظره، لا وجود للدولة التي ليست كائنا حقيقيا ولا وهميا. لا وجود للشخص المعنوي، لا في القانون العام ولا في القانون الخاص. ليس هناك إلا أفراد، ومن ثم جاء تعبيره «ما تناولت قط الطعام مع شخص معنوي». تستند علاقات الحياة العمومية على التمييز بين الحكام والمحكومين باعتبارهم أفراد، ولا تختلف إرادة الحكام من حيث طبيعتها عن إرادة المحكومين. وإن كانت تفرض عليهم، فهذا راجع إلى شيء أقوى لا علاقة له بالقانون. فهي قوة واقعية وليست قوة قانونية. ولا تكون مظاهر إرادة الحكام هذه شرعية إلا إذا تطابقت مع مجموعة القواعد القانونية أي القانون الوضعي. ومن ثم جاءت تسميتها بمدرسة القانون الموضوعي (école du droit objectif).

عندئذ كيف يمكن أن نكيّف العمل العمومي، أي العملية العمومية ؟ لا تدخل السلطة العامة في مميزاتها لأنها مفهوم ميتافيزيقي (تجريدي) ليس له قيمة، أي تصوّر وهمي، وشيء لا وجود له. ولكنهما يتميزان بالهدف المصبو إليه. ولا يمكن أن يكون هذا الهدف الحاسم إلا المرفق العام. يحاول DUGUIT هكذا أن يعوّض وجهة النظر القديمة بتصوّر تضامني للدولة، حيث يحتل النشاط النقابي، الذي هو وليد الملاقاة النظرية بين القانون العام وعلم الاجتماع، مكانا هاما. DUGUIT يتصوّر الدولة وكأنها منظمة تعاونية تستهدف تلبية حاجات الجمهور. فهو يقول في هذا الصدد : « الدولة ما هي إلا مجموعة من المرافق العامة، حزمة من المرافق العامة ». بالتالي فإن كل نشاطات السلطات العمومية التي كانت تعتبر تقليديا مميزا عن الإدارة كالسلطة التشريعية والسلطة القضائية تعدّ نشاط مرفق عام. هكذا تدرج مدرسة BORDEAUX في مجموعة مصطلحاتها المرفق العام للعدالة وحتى المرفق العام للتشريع. ومن باب أولى تعد المجموعات المحلية، ولايات وبلديات، وكأنها تعاونيات محلية لمرافق عامة. وما المجلسين الولائي (Conseil général) والبلدي (Conseil municipal) ورئيس البلدية (Le maire) إلا هيئات وأعوان مكلفين بتسيير الجماعات الإقليمية.

الفرع الثاني - مدرسة المرفق العام

وضع البناء القانوني للمرفق العام من طرف مدرسة BORDEAUX وخاصة من طرف JEZE و ROLLAND. سرعان ما اعتُبر الأول رائد المدرسة. يقول JEZE بأن مفهوم المرفق العام هو المفهوم الأساسي، «حجرة الزاوية للقانون الإداري». كما سيرتبط اسم الثاني بقواعد تسيير المرفق العام، ويعبر عنها البعض بقواعد ROLLAND.

تعتبر مدرسة المرفق العام بأنه يجب تعريف كل المفاهيم التقنية للقانون الإداري بالرجوع إلى فكرة المرفق العام.

DUGUIT هو أول من أتى بوجهة النظر هذه بالنسبة لأربعة مفاهيم :

- 1 - الموظفون هم الذين ينتمون لمرفق عام ويُسيرونه. يعتبر DUGUIT أن «مفهوم الموظف يرتبط ارتباطا متينا بمفهوم المرفق العام».

2 - الملك العمومي (Domaine Public) هو مجموعة الأملاك المخصصة لتسيير المرفق العام.

3 - العمل العمومي (Travail Public) هو الذي يُجرى على عقار ويرمي لتنفيذ مهمة مرفق عام.

4 - العقد الإداري هو الذي يستهدف تنفيذ مهمة مرفق عام.

سيضيف JEZE إلى هذه العناصر المؤسسية والخاصة بنظام القانون العام العناصر التالية :

1 - تخضع الأموال (deniers) المخصصة لتسيير المرافق العامة لقواعد المحاسبة العمومية الخاصة (règles spéciales). فهي أموال عمومية.

2 - الأعمال القانونية التي يقوم بها أعوان المرافق العامة هي قرارات إدارية، أي أعمال قانونية تخضع للقانون العام.

3 - تخضع المسؤولية المترتبة عن التسيير السيئ للمرافق العامة لقواعد خاصة ومميزة، تختلف عن قواعد القانون المدني، كما أبرز ذلك قرار BLANCO. غير أن التسيير الخاص تترتب عنه المسؤولية للقانون العادي (Droit Commun).

4 - تختص الهيئات القضائية الإدارية بالمنازعات المالية الناتجة عن سير المرافق العامة. أما المنازعات الأخرى فهي تخضع للهيئات القضائية العادية.

5 - أخيراً، القابلية للتغيير لكل القواعد الخاصة بالمرافق العامة : «كل قواعد سير وتنظيم المرفق العام قابلة للتغيير في كل وقت بموجب القوانين واللوائح».

إن هذه العناصر التقنية التسعة تغطي الجوانب الرئيسية للقانون الإداري.

باستثناء بعض التحفظات الخاصة بالعقود والأعوان العموميين، وبغض النظر عن امتياز المرفق العام، كانت نظرية المرفق العام تغطي كل المفاهيم التقنية للقانون الإداري. كما أنها أعطت خلال مدة طويلة صورة دقيقة للحياة العمومية والحياة

الإدارية. وكانت آنذاك المرافق العامة تمتاز بطابع إداري بحت، بما فيها المصالح التقنية كالبريد والمواصلات أو السكك الحديدية المستغلة عن طريق الوكالة (régie).

وضع ROLLAND قواعد سير المرفق العام: قاعدة استمرارية المرفق العام، قاعدة مساواة المرتفقين أمام المرفق العام وقابلية تبادله، تكيفه أو تغييره.

في الأخير وبفضل وضوحه وبساطته، فإن مفهوم المرفق العام كان لمدة أربعين سنة معيارا لتوزيع الاختصاصات بين الهيئتين القضائيتين.

المطلب الثالث - صعوبة التعريف القانوني للمرفق العام

لم يعرف قط مفهوم المرفق العام بصفة دقيقة، فهو يتميز إما بتنظيمه (المعنى العضوي) وإما بموضوعه (المعنى الوظيفي).

تارة يُقال أنه مؤسسة (entreprise ou institution) تخدم الصالح العام وتلبي الحاجات الجماعية للجمهور تحت إشراف الإدارة. لعبارة «مرفق عام» في هذه الحالة معنى عضويا sens organique.

تارة يُقال أنه كل نشاط مجموعة عمومية تستهدف إشباع حاجات المصلحة العامة. للعبارة في هذه الحالة معنى وظيفيا. وفي هذه الحالة نعني بالطبع هدف المرفق العام.

يبدو أن مدرسة BORDEAUX تأخذ أساسا بعين الاعتبار جانب النشاط للمرفق العام. فهو أساسا مهمة، عمل أو وظيفة. المرافق العامة هي عبارة عن وظائف تمارسها الإدارة.

العنصر المادي هو المهيمن ويكفي للنشاط الممارس أن يتسم ببعض الخصائص لنكون بصدد مرفق عام. لقد أعطى دائما مؤسسي النظرية، DUGUIT و JEZE، هذا المعنى لمفهوم المرفق العام، وكذا BONNARD يبقى ROLLAND هو الوحيد الذي أعطى للعبارة معنى عضويا.

اختلفا وتطابقا التعريفان المادي والعضوي خلال مدة طويلة. كانت وظائف المرفق تمارس من طرف هيئات ذات طابع إداري واضح، الأمر الذي أدى بالتعبير عنها بالمرفق العام. قليلا ما كانت الأشخاص العمومية تتدخل في الحياة الاقتصادية. وكلما تدخلت اكتست الهيئات طابعا إداريا، سواء في بنيتها أو في تنظيمها. وهذا شأن إدارة البريد والمواصلات، مصلحة التبغ والسكك الحديدية، الخ.

كانت هذه المؤسسات منظمة على شكل وكالة (régie) أو على شكل مؤسسة عامة (établissement public) وهي أساليب قانون عام محضة.

في هذا الوضع القانوني، كانت الحياة الإدارية الفرنسية تمتاز بالبساطة حتى بالنسبة للتمييز بين المرافق العامة والنشاطات الخاصة.

لذا كان مفهوم المرفق العام سواء بمعناه العضوي أو بمعناه المادي يعبر عن القانون الوضعي (droit positif). أصبح فيما بعد التمييز بينهما ضروريا ولم يأخذ فقه المرفق العام إلا التعريف المادي بعين الاعتبار. يؤكد AUBY و DUCOS - ADER وخاصة DE LAUBADERE على الجانب المادي للعبارة. ويعترف DE LAUBADERE بأنه لا يمكن الاستغناء عن الجانب العضوي، غير أن هذا الأخير ما هو إلا معنى مشتقا منه (sens dérivé). بالنسبة له «لم يكن المرفق العام أولا وقبل كل شيء إلا نشاطا من نوع خاص».

المبحث الثاني : تطور مفهوم المرفق العام

إن استعمال مفهوم المرفق العام كمعيار وحيد للقانون الإداري الفرنسي ما هو إلا كيفية خاصة برجال القانون العام للتعبير عن الواقع المعقد والمتشابك للقانون الوضعي بصفة منطقية وموجزة. وطوال أوجّه (apogée) أصبح المرفق العام يعني أسلوب قانون عام. وقدمت العلاقة بين المرفق العام ونظام القانون العام وكأنها المعادلة التامة للقانون الوضعي. وما كانت هذه المعادلة التامة إلا مظهرا وستندهور بسرعة، حتى بدأ الكلام عن أزمت متتالية للمرفق العام (المطلب الأول). بصفته وفيها لمدرسة بوردو (l'école de Bordeaux)، حاول دي لوبادير De Laubadère أن يحافظ

على دور المرفق العام في القانون الإداري الفرنسي، وهذا بالأخذ بعين الاعتبار القانون الوضعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول – الأزمات المتتالية لمفهوم المرفق العام

لم تكن أزمة نظرية المرفق العام أزمة عنيفة تعبر عن قطيعة عميقة مع الماضي، بل هي نتيجة لسلسلة طويلة من التحريفات المتتالية النابعة من الفقه والقضاء أساسا. إن كانت مظاهر الأزمة محسوسة منذ البداية (الفرع الأول)، فإنها زادت تعقيدا فيما بعد (الفرع الثاني).

الفرع الأول - مظاهر الأزمة

سرعان ما اسطضمت مدرسة المرفق العام ببعض قرارات مجلس الدولة ومحكمة التنازع التي كانت تتنافى ومبادئها الأساسية. لا يؤدي دوما وحتما المرفق العام إلى نظام قانوني إداري. وقد يحدث في بعض الحالات وأن يخضع عنصر من النظام القانوني من المرفق العام إلى القانون العادي.

أولا – في العقد الإداري

أهم الأحكام في هذا المجال تتعلق بتعريف العقد الإداري. إن العقد المبرم لتسيير مرفق عام لا يكون حتما عقدا إداريا منذ سنة 1910 :

(C.E., 04.06.1910, Compagnie d'Assurance le Soleil).

وخاصة منذ 1912 :

(C.E., 31.07.1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges) .

تبني مجلس الدولة تمييزه بين العقد الإداري والعقد العادي على أساس مذكرات مندوب الحكومة BLUM. حسب هذا القضاء، لا يكفي أن يكون العقد مبرم لتنفيذ مهمة مرفق عام، ليخضع للاختصاص الإداري، بل يجب أن يتضمن بنودا غير مألوفة في القانون العادي.

هذا القضاء الذي حاربه من البداية DUGUIT و JEZE سيبقى على حاله في كلتا الهيئتين القضائيتين.

ثانيا - في الشغل العمومي

سيمتد هذا النفي للعلاقة الموجودة بين المرفق العام والاختصاص الإداري إلى الشغل العمومي. صرح مجلس الدولة في قرار Commune de Monségur (C.E., 10.06.1921) بأن الكنائس المخصصة للعبادة تبقى بناءات عمومية تدرج في الأملاك العامة (domaine public) والأشغال التي تقام فيها أشغال عمومية، وهذا بالرغم من أن قانون 1905 المتعلق بالفصل بين الدولة والكنيسة كان قد ألغى المرفق العام للعبادات.

ستؤكد محكمة التنازع هذا القضاء في قرار Préfet des Bouches du Rhône

(T.C., 24.10.1942).

ثالثا - إهمال امتياز المرفق العام

وإن كانت هذه الأحكام تعد آنذاك استثنائية وغير منطقية، فإن DUGUIT و JEZE قد أهملتا بصفة إرادية في تفكيكهما تحليل امتياز المرفق العام. إن امتياز المرفق العام هو عقد إداري يربط شخص عام يُدعى مانح الامتياز (Concedant) وشخص خاص يدعى صاحب الامتياز (Concessionnaire) أو الملتزم مكلف باستغلال نشاط ذي مصلحة عامة: السكك الحديدية، توزيع المياه، أو الكهرباء والغاز، الخ. تخضع علاقات صاحب الامتياز - شخص خاص أو شركة تجارية - مع مستخدميه ومع مرتفقي المصلحة إلى القانون الخاص وإلى اختصاص المحاكم العادية. يبدو أننا في الامتياز نجد أنفسنا أمام مرفق عام وأمام سيره، مع أن المنازعات الخاصة بمرتفقيه ومستخدميه لا تخضع للقانون العام. يعتبر عموما امتياز المرفق العام كاستثناء تقليدي لنظرية المرفق العام.

رابعا - تسيير الأملاك الخاصة للإدارة

كان تسيير الأملاك الخاصة للإدارة يخضع كليا للقانون الخاص لأنه يستهدف تحقيق الأرباح والكسب ولا يستهدف المرفق العام، مع أن الأملاك الخاصة للدولة

تسييرها مصلحة إدارية بحتة وهي مصلحة الأملاك الوطنية (service des domaines) يعمل بها أعوان لهم صفة موظفين.

خامسا - السكوت العمدي على المرافق العامة للتشريع والعدالة

أخيرا، بقيت على الهامش المرافق العامة للتشريع والعدالة وكذا كل المنازعات بحكم القانون التي كانت تسمح للقاضي العادي أن يفصل في المنازعات المتعلقة ببعض المرافق العامة كالضرائب غير المباشرة، والجمارك، الخ.

كل هذه الأمثلة ما هي إلا تطبيق لفكرة التسيير الخاص الواردة في مذكرات مندوب الحكومة روميو ROMIEU في قرار طيري (C.E., 6.2.1903 TERRIER): «... قد يحدث أن الإدارة، التي تعمل لا كشخص خاص بل كشخص عام وفي إطار تنفيذ مهمة مرفق عام، لا تثير صفتها العمومية وتضع نفسها في ظروف الجمهور (...) على القضاء أن يحدد الحالات التي نكون فيها بصدد مرفق عام يعمل بقواعده الخاصة وطابعه الإداري أو بالعكس نكون بصدد أعمال تستعمل أسلوب التسيير الخاص وتريد البقاء في إطار علاقات بين أفراد تخضع للقانون الخاص».

Terrier : « ... Il se peut que l'administration tout en agissant non comme une personne privée mais comme une personne publique, dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique et se place volontairement dans les conditions du public ... Il appartient à la jurisprudence de déterminer ... dans quels cas on se trouve en présence d'un service public fonctionnant avec ses propres règles et son caractère administratif ou au contraire en face d'actes qui, ..., empruntent la forme de la gestion privée et entendent se maintenir exclusivement sur le terrain des rapports de particulier à particulier dans les conditions du droit privé ».

سيتمتع استعمال القانون الخاص والتسيير الخاص بصفة كبيرة بعد الحرب العالمية الأولى، وفي عدة اتجاهات، الأمر الذي سيؤدي أزمة مفهوم المرفق العام.

من جهة أخرى، فإن الفقيهين الكبيرين مورييس هوريو Maurice HAURIU وبارتلمي BERTHLEMY حاربا مذهب المرفق العام. ركز الأول على فكرة السلطة العامة والثاني على التمييز القديم بين أعمال السلطة وأعمال التسيير.

الفرع الثاني - تفاقم الأزمة

عرف هذا تفاقم الأزمة أربعة مراحل ذات أهمية كبيرة.

أولا - استعمال أساليب التسيير الخاص أو القانون الخاص في المرافق العامة منذ سنة 1921 وخاصة منذ 1933، أدخلت سلسلة من الأحكام مبدأ التسيير الخاص في المرافق العامة وعممت تدريجيا. وبعد 1918 تطورت النشاطات الاقتصادية في إطار الدولة وعلى مستوى المجموعات المحلية. للآثار القانونية لهذه التطورات وجهان. في أول الأمر ستتغير أساليب تسيير المرافق العامة. فبجانب الوكالة والامتيازات التي هي أساليب تقليدية ستظهر أشكال جديدة كالداوين التي ليست لها محتوى قانوني دقيق³، أو الشركات ذات الاقتصاد المختلط.

ثانيا، لقد أظهرت هذه المؤسسات أن جانبا من الحياة الإدارية مشابه ومطابق للنشاطات الخاصة مما أدى إلى نشأة نظرية المرافق العامة ذات الطابع التجاري والصناعي.

إن نقطة انطلاق هذا القضاء هو قرار محكمة التنازع (Colonie) 1921T.C., 22.01. c/ société commerciale de l'ouest africain ، المعروف تحت اسم قرار Bac d'ELOKA.

من أهم حيثيات هذا القرار أن «مستعمرة Côte d'Ivoire تستغل مصلحة نقل في نفس الظروف التي يستغل فيها صاحب صناعة مصلحة مماثلة»، مما يؤدي إلى اختصاص المحاكم العادية (عدلية). كما نلاحظ، فلا تتضمن هذه الحيثية عبارة مرفق عام بل كلمة مصلحة أو مرفق فقط⁴. لم يُرض هذا الحكم أصحاب مدرسة المرفق

³ إن الديوان هو مصطلح جنيس، فهو ليس بصنف قانوني. يمكن أن يكون جزءا من إدارة، كما يمكن أن يأخذ الطابع الإداري أو طابع صناعي وتجاري.

⁴ من أجل معلومات أدق راجع :

BOUSSOUMAH Mohamed, «Réflexions sur le service public colonial», Revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, nouvelle série n°4/2011, décembre 2011, pp. 5 – 83.

العام لأنه يخرج عن نطاق نظريتهم. وقد علق عليه DUGUIT بأشد القسوة كما اعتبرت مدرسة BORDEAUX أن هذا القرار حكم منفرد ويشكل حالة فريدة من نوعها (un cas d'espèce).

غير أن الأفكار المرسومة في قرار 1921 ستكرّس من قبل القضاء الإداري ومن قبل القضاء العادي في سلسلة من القرارات :

- KHÜN - C.E., 29.01.1929، المتعلق بمرشحات مدينة ستراسبورغ Strasbourg.

- Dame Melinette T.C., 11.07.1933، المتعلق بحادث مرور ارتكبته سيارة شحن للمرفق العام للطرق (voierie) وتسبّب في جروح للسيدة مالينات Melinette.

- Verbanck T.C., 27.11.1933، حادث مرور سببته سيارة إدارية.

للآثار المترتبة عن قرار Bac d'ELOKA والقرارات الموالية أهمية بالغة. بالفعل، ستُكيف علاقات الشخص العام مع مستخدمي مصالحه بأنها علاقات خاضعة للقانون الخاص ومن اختصاص القضاء العادي. ولا يمكن لأعوان هذه المؤسسة أن يتمتعوا بصفة موظفين باستثناء الأعوان المسيرين (C.E., 26.01.1923, Robert Lafrégeyre).

لم يتطابق هذا القرار ونظرية المرفق العام، بحيث أن مستخدمي المرفق العام هم موظفون عادة.

سمح هذا القضاء لنظرية التسيير الخاص التي كانت محصورة في حدود ضيقة أن تتسع بصفة حقيقية. زيادة على ذلك، يمس هذا القضاء بالجانب الشكلي لتعريف المرفق العام، أي النظام القانوني للقانون العام.

منذ ذلك الحين أصبح المرفق العام المنظم من طرف مجموعة عمومية (معيار عضوي) والذي يعمل للمصالح العام (معيار مادي) يسيّر طبقا للقانون الخاص (معيار شكلي).

ثانيا - تسيير مرفق عام من طرف هيئة خاصة

أدى التطور الاقتصادي والاجتماعي إلى إنشاء هيئات يصعب إدراجها في التنظيم التقليدي للإدارة. كان امتياز المرفق العام مثلاً لتسيير المرفق العام من طرف هيئة خاصة، غير أن استعماله بقي محدوداً إلى غاية نهاية القرن التاسع عشر. ومنذ ذلك الحين سيتسع اللجوء إلى هذا الأسلوب بصفةٍ جدٍ سريعة.

أول قرار في هذا المجال هو قرار شركة هيئات فيزيا Société des établissements VEZIA (C.E., 20.12.1935). كان المشكل القانوني المطروح هو معرفة ما إذا كانت شركات الاحتياط الأهلية 5 تسيير مرفقاً عاماً بصفتهما كشخص معنوي خاص يتمتع ببعض امتيازات السلطة العامة (الانخراط الإجباري للشركاء، الاقتطاع الإجباري للاشتراكات، التمتع بحق نزع الملكية للمنفعة العمومية).

أوضح مندوب الحكومة لاتورنوري LATOURNERIE بأن هذه الهيئات الزراعية لها طابع تعاوني وتضامني وليست مؤسسات عامة، بل تندرج في صنف المرافق ذات المصلحة العامة؛ أي صنف وسيط بين المرافق العامة والمصالح الخاصة البحتة. ليبرّر هذا الحل، ارتكز مندوب الحكومة على مرفق العبادات الذي أخرجته قانون 1905 من صنف المرافق العامة، غير أنه وبسبب الفائدة التي يقدمها للجمهور بقي يخضع للقواعد المتعلقة بأمالك الدولة والأشغال العمومية. قبل مجلس الدولة طريقة التفكير هذه إلا أنه بقي حذراً في حيثياته.

نجد نفس الفكرة في قرار آخر لمجلس الدولة لابيني دي فيلناف La Bigne de Villeneuve

C.E., 24.12.1937. اعتبر هذا الأخير بأن مدرسة القانون الفرنسية بالقاهرة (مصر)، بالرغم من أنها كانت تسيّر بموجب قانون 1901 المتعلق بالجمعيات، إلا إنها تشكل مؤسسة عامة لارتباط سيرها بتحقيق المصلحة العامة.

أخيرا، استقرّ القضاء مع تكييفه للهيئات المحلية للضمان الاجتماعي : اعتبر أنها هيئات خاصة تسيّر مرفقا عاما، C.E., Caisse primaire « Aide et protection » 13.05.1938.

وقد كانت هذه الصناديق عبارة عن شركات تعاون تضامنية، أي مؤسسات خاصة من حيث أصلها وتنظيمها بالرغم من اعتمادها ورقابتها من طرف الدولة.

غير أن الضمانات الاجتماعية في مجموعها كانت تشكل بدون شك مرفقا عاما. دعى مجلس الدولة موقفه بقوله : « حيث أنه يستنتج سواء من نص القانون أو من أعماله التحضيرية (قانون 1936.06.20) أن أحكامه تعني كل الأعوان الذين ينتمون إلى هيئة مكلفة بتنفيذ مهمة مرفق عام حتى إذا كان لهذه الهيئة طابع مؤسسة خاصة».

يتضح من هذا القرار المبدئي أنه يمكن إسناد مرفق عام لهيئات خاصة. يستنتج كذلك أن هذا النشاط (مرفق عام) الذي تقوم به هيئة خاصة يخرج عن نطاق القانون الخاص ويدخل في اختصاص القضاء الإداري. في الأخير، يمكن القول أنه تم المساس بالجانب العضوي لتعريف المرفق العام.

نصل هكذا إلى فكرة جديدة، إلى تعريف مادي بحت، إلى تعريف وظيفي للمرفق العام. ومن ثم أصبح مفهوم المرفق العام أكثر غموضا. كانت فكرة المرفق العام الوظيفي أو المادي مهمة لأنه من الممكن تمديدها إلى حيث مالا نهاية له.

ثالثا - تسيير مرفق عام من طرف هيئة غير معرفة

ستزداد الصعوبات ويتدهور مفهوم المرفق العام مع امتداد المرفق العام الوظيفي إلى مجالات أخرى وبالأخص إلى سلسلة المؤسسات المزدوجة التي لم يكتف بها القضاء ولا المشرع بصفة أو بأخرى (عام وخاص)، كلجان التنظيم الصناعي والتنظيمات المهنية. لمواجهة آثار الهزيمة والاحتلال الألماني، قامت حكومة فيشي (VICHY)، منذ سنة 1940، بتنصيب هيئات كلفت بصفة واضحة بتنفيذ مهمة مرفق عام. تتمتع هذه الأخيرة بامتيازات غير مألوفة للقيام بمهمتها. من أجل هذا العمل ذو المنفعة العامة تم اللجوء بصفة واسعة إلى الأفراد، التجار، أصحاب الصناعة وأعضاء عدة مهن منظمين في

إطار هيئات ذات طابع مهني (Corporatif) تقوم بالتنظيم الاقتصادي وبرقابة الحياة الاقتصادية للبلاد.

اضطر مجلس الدولة في قضية (MONPEURT C.E., 31.07.1942)) إلى اتخاذ موقف حول الطبيعة القانونية للجان التنظيم المهنية هذه، المنظمة بموجب قانون 16 أغسطس 1940. أوضح مندوب الحكومة SEGALAT في مذكراته عنصرين :

أولا - نحن بصدد مهمة مرفق عام : مصلحة وطنية واضحة، امتيازات سلطة عامة واسعة، تدخل مباشر للمشروع في إنشاء هذه اللجان؛

ثانيا - مع هذا لا يمكن اعتبار هذه الهيئات مؤسسات عامة.

أكد قرار مجلس الدولة هذه الاستنتاجات : المرفق العام هو الذي يقوم بالوظيفة غير أن الهيئة لم تَكَيَّف إلا بصفة سلبية ولا يعترف لها بطابع المؤسسة العامة. وهكذا كَرَّس الفصل بين المهمة والهيئة. بالرغم من ذلك، فإن قرارات هذه اللجان تخضع لاختصاص القاضي الإداري.

إن المفهوم الوظيفي أو المادي للمرفق العام الذي تم استنتاجه بهذه الطريقة سيعرف اتساعا كبيرا ويُطبق في ظروف مماثلة على عدة هيئات.

طبقه كل من :

- قرار (C.E., 02.04.1943) BOUGUEN على نقابة الأطباء.

- قرار (C.E., 28.06.1946) MORAND على التعاونية الفلاحية (الهيئة المهنية الفلاحية).

- وكذلك قرار (C.E., 02.04.1949) Feray du Coudray على المجموعات المهنية المشتركة للحليب.

أثارت هذه القرارات مناقشات حادة بين الفقهاء حول المعنى الذي يجب أن يعطى لمبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية وحول تحديد اختصاص القاضي الإداري، وتوضيحات الفقه كثيرة ومختلفة (CONSTANS – CHAPUS - DRAGO)

CHENOT -). يجب أن نتذكر بأن هذه الهيئات تشكل صنفا خاصا من الأشخاص العمومية. فهي أشخاص معنوية جديدة في القانون الإداري وهي أشخاص ذات طابع هجين، مزدوج. فهي كشخص معنوي خاص تخضع للقانون الخاص بالنسبة لتسييرها، ومنازعاتها تدخل في اختصاص المحاكم العادية. كهيئة إدارية فهي تصدر أوامرو تتمتع بامتيازات. في هذه الحالة تخضع قراراتها للقاضي الإداري. بالتالي يمكن القول أن طبيعة هذه الهيئات مزدوجة. وان تقنية الازدواج الوظيفي، وبالتدقيق العضوي أو النوعي (dédoublement organique ou fonctionnel)، تسمح لنا بتفسير هذا القضاء على أحسن وجه.

رابعا - المرفق العام والتأمين

لقد ازداد التفاوت بين المفهوم التقليدي للمرفق العام وواقع القانون الوضعي مع حملة التأمينات من سنة 1944 إلى 1946. وكرّست هذه الأخيرة إنشاء أصناف جديدة من المرافق العامة الصناعية والتجارية لا تخضع لا للقانون الإداري ولا لاختصاص القضاء الإداري، غير أن بعض الحالات لا زالت من اختصاصه : الكهرباء والغاز -EDF GDF، المفاحم (Charbonnages). زيادة على ذلك، فإن بعض المؤسسات المؤممة لم تتمتع بأي صفة من صفات السلطة العامة. فهي شبيهة من حيث تنظيمها وسيرها بالمؤسسات الخاصة مثل ريجي رونو Régie RENAULT ، التي وصفها أمر سنة 1944 بالهيئة ذات الطابع الصناعي والتجاري، أو شركات التأمين مثلا⁶.

يعترف الفقه والقضاء بأن EDF- GDF وأحواض الفحم (Bassins Houillers) هي هيئات تسيير مرفقا عاما، الأولى والثانية كانتا تستغل عن طريق امتياز المرفق العام قبل التأمين، والثالثة كانت تعد مؤسسة خاصة ذات مصلحة عامة. غير أن هذا التكييف رُفض للشركات الوطنية للبنك والتأمين وريجي رونو 7 (Régie RENAULT).

6 وكذا بالنسبة للمجموعات الصناعية التي أُممت في عام 2891.

7 نفس المثال.

هذا هو المنتهى المنطقي للمعيار المادي الذي أدى مندوب الحكومة TRICOT، في قضية (C.E., 23.12.1953, Dame veuve Lillo)، أن يستنتج بأن عبارة مرفق عام «تعبير صارم في المظهر إلا أنه أصبح واسعا لدرجة أنه فقد تقريبا كل فائدة قانونية».

المطلب الثاني - محاولة دي لوبادير De Laubadère: استبقاء وتكييف نظرية المرفق العام

بعد أن أبرزت التأميمات أن هناك فرق كبير بين مفهوم المرفق العام والقانون الإداري بصفته كمجموعة من القواعد الخاصة، كانت نظرية المرفق العام موضوع انتقادات فقهية عديدة. يرفض بعض المؤلفين معيار المرفق العام ويعتبرون بأنه إن كان القضاء الإداري (مجلس الدولة ومحكمة التنازع – CE-TC) لازال يستعمل عبارة مرفق عام، فما هذه إلا بقية لغوية. وقد تختفي معايير أخرى وراء هذا التعبير الواسع يستلهم منها القاضي. رفض دي لوبادير LAUBADERE وجهة النظر هذه بشدة وبقي هو ومجموعة من الفقهاء (L'HUILIER, BLAVOET, LATOURNERIE) أوفياء للنظرية التقليدية للمرفق العام. كما أنهم حاولوا تكييفها مع القانون الوضعي بإدخال بعض التغييرات، وخاصة دي لوبادير DE LAUBADERE.

يعترف DE LAUBADERE في مؤلفه Traité de droit administratif بأن مفهوم المرفق العام فقد دقته الأصلية، كما أنه ضعف وتقهر. هو يزعم أنه يجب استبقائه لأنه لم يفقد من أهميته ويكفي أن نجعله يتطابق وتغييرات القانون الوضعي. وإن كان وجود المرفق العام شرط غير كاف ليكون القضاء الإداري مختص، فهو شرط ضروري للخضوع لاختصاصه. لا يطبق القانون الإداري ويختص القاضي الإداري إلا في حالة وجود مرفق عام في نزاع معين. وهذا لا يكفي دائما لأنه يحدث وأن نكون بصدد مرفق عام واختصاص القاضي العادي. غير أنه لا يمكن تطبيق قواعد القانون العام في حالة عدم وجود المرفق العام. لهذا يبقى مفهوم المرفق العام ضروريا. وهكذا ورغم تعديله لا يزال المعيار الأساسي المبدأ والقاعدة. يكتب DE LAUBADERE «في النظام الإداري الفرنسي، إن نشاطا معيناً يكون أو لا يكون مرفقا عاما». ويضيف فيما بعد «كل ما

يرتبط بنشاط المرفق العام لا يخضع حتما للقانون الإداري. هذه المنافسة بين القانون الخاص والقانون العام تقوم على الفكرة العامة التي مفادها أن المرفق العام ليس دائما في حاجة إلى قواعد القانون الإداري غير المألوفة».

وتدقيقا لرأيه، يستعمل دي لوبادير DE LAUBADERE معيار إضافي ومخفض لمفهوم التسيير العمومي المعارض لمفهوم التسيير الخاص. يقتصر النظام الإداري في إطار المرفق العام على الوضعيات التي تأخذ شكل التسيير العمومي. يبدو أن معيار مفهوم التسيير العمومي يكمن في طابعه غير المألوف بالنسبة للوضعيات والنشاطات الخاصة. وبعبارة وجيزة، فإن هذا المعيار الإضافي هو معيار المشابهة أو عدم المشابهة بالقانون العادي.

لوجهة النظر هذه بعض النقائص. يعتبر العميد VEDEL أن هذا النظام ينتهي إلى تعقيد كبير تحت مظهر البساطة. فهو يطرح مبدأ المرفق العام وفي نفس الوقت يأتي باستثناءات كالمرفق العام الصناعي والتجاري، العقد، الخ، التي تتنافى والمبدأ الأساسي. وهكذا نتوصل إلى سلسلة من الاستثناءات التي تشوّه الأطروحة التي انطلق منها.

المبحث الثالث : المرفق العام الجديد

مع تطور الأفكار وعادات المجتمع في مرحلة ما بين الحربين والتحول من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة، مر المرفق العام على أزمات من أنواع عديدة مع المحافظة على ما هو أساسي. إن التقلبات من أنواع شتى الناتجة عن الصراع الدولي الثاني، ظهور الدولة-النعمة تسببت بطريقة غير مباشرة في طموح المواطنين إلى التكفل الأحسن للحاجيات الجماعية للمجموعة الاجتماعية، تحت إشراف متعاملين خواص وليس عموميين. كل هذا يؤدي بالاجتهاد القضائي إلى مقارنة وظيفية وإلى مقارنة مادية للمرفق العام تحت تسمية مهمة المرفق العام. إن التصورين للمرفق العام، القديم والجديد، لا ينفيان بعضهما البعض، فهما يتعايشان معا. إن تكريس المرفق العام من طرف الاجتهاد القضائي (المطلب الأول) له حدود (المطلب الثاني). إن المرفق العام يكتسي ثلاثة معاني، مهما كان طابعه، عضوي أو وظيفي (المطلب الثالث).

المطلب الأول - التجديد للمرفق العام في الاجتهاد القضائي : مهمة مرفق عام

لا زال مفهوم المرفق العام يلعب دورا هاما في القضاء الإداري. فمنذ سنة 1955 صدرت سلسلة من القرارات في ميادين مختلفة للقانون الإداري تجعل من مفهوم المرفق العام أساس نظام القانون العام. في هذه القرارات، فإن عبارة مرفق عام تعني نظام قانون عام. إن هذه الصيغة قابلة للنقاش لأنه تختفي من ورائها فكرة التي مفادها أن «ميزة المهمة ناتجة عن طبيعتها» (بنوا BENOIT). يبدو أنه لا يوجد نشاط خاص بحكم الطبيعة، فلا توجد مهمة مرفق عام بحكم طبيعتها. الفصل بين النشاطين ليس نهائيا لأن هناك مرورا من صنف إلى آخر حسب تطور الأوضاع السياسية والاجتماعية. يبقى هذا الموقف صحيحا عندما يعني أن القاضي قرّر بأن نشاطا ما يصبح مرفقا عاما في القانون الوضعي وينتج عنه تطبيق القانون العام. وبهذا المفهوم يسمح هذا الموقف بتعريف عدة مفاهيم تقنية للقانون الإداري.

الفرع الأول - بالنسبة لتعريف القرار الإداري

المبدأ هو أن القرار الإداري يعرف بالمعيار العضوي. فهو بموجب أمر 1945 المتعلق بمجلس الدولة يشمل كل قرار تتخذه سلطة إدارية. إلا أنه منذ 1940 وجد مجلس الدولة نفسه أمام هيئات ذات الطبيعة غير المعرفة أو الخاصة تتخذ قرارات قهرية تلزم الأفراد، وكان القضاء التقليدي لمجلس الدولة لا يقبل الطعن ضد مثل هذه القرارات، هذا ما يشكل خطرا لأعضاء هذه المجموعات. تفادى مجلس الدولة هذه الصعوبة لما أعلن أنه في حالة ما إذا كانت هذه القرارات تدخل في إطار تسيير مرفق عام، فهي قرارات إدارية قابلة للطعن أمام القاضي الإداري.

وكان قضاء مونبور MONPEURT وبوثنان BOUGUEN قد اعتبر بأن قرارات لجان التنظيم أو النقابات المهنية قرارات إدارية لأن نشاطها نشاط مرفق عام بالرغم من أن هذه الهيئات ليست مؤسسات عامة.

ويذهب قرار MORAND إلى أبعد من ذلك (C.E., 28.06.1946). بعد أن اعتبر مجلس الدولة مثل هذه المجموعات هيئات خاصة، أعلن أن قراراتها إدارية قابلة للطعن لتجاوز السلطة⁸.

الفرع الثاني - بالنسبة لتعريف العقد الإداري

يكون العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها إداريا إذا تضمن بنودا غير مألوفة بالنسبة للقانون العادي (C.E., 31.07.1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges) أو إذا كان الشخص الخاص يساعد في مهمة مرفق عام (قرار C.E., 20.04.1956, Epoux Bertin). إن إعادة رعايا سوفيات إلى بلدهم وإيوائهم قبل رحيلهم تتكفل بهما الدولة عادة. نظرا للظرف العام السائد في نهاية الحرب العالمية الثانية فإن الدولة، من خلال رئيس مركز الإيواء، أبرمت عقدا شفويا مع الزوجين برتان Epoux Bertin للتكفل بهما. ظهر نزاع عندما رفض الوزير الوصي دفع مبلغ منحة التغذية الإضافية التي تم تقديمها بطلب من رئيس المركز. اعترف القاضي بأن عقدا شفويا، لا يتضمن أحكاما غير مألوفة بالنسبة للقانون العادي، يكلف شخص خاص بـ«تنفيذ خدمة عمومية» يبقى دائما عقدا إداريا.

8 - من ثم سيعرف هذا القضاء عدة تطبيقات :

- قرار E.C REINGAM, 1691.10.31 ((هيئة خاصة (اتحاد محاربة الحشرات أعداء الزراعات) تتخذ قرارات اعتبرت إدارية لأن الاتحاد يسير مرفقا عاما.

- قرار eingapmoC ecnarF riA reibraB xuop/c (C.T51.8691.10)، اعتبرت محكمة التنازع بأن بعض من مداوات مجلس إدارة شركة ecnarF riA وهي شخص معنوي خاضع للقانون الخاص لها طابع القرار الإداري. وتقتصر الجثثيات على الإشارة فقط إلى عبارة المرفق العام. «حيث أن النظام الذي أعدته الشركة الوطنية ecnarF riA ... يتضمن في مادته 27 ... أحكاما يظهر وأنها عناصر من تنظيم المرفق العام الذي تستغله هذه الأخيرة ...». كيفية تعريف القرار الإداري هذه لا تحل المشكل لأن محتوى مفهوم «تنظيم مرفق عام» يبقى غامض.

- وفي قرار E.C. TEHCNALB rueiS, 4791.40.22 ((تستعمل صيغة جديدة. منحت المحكمة الطابع الإداري لمناشير الصندوق الوطني لتأمين المرض والأمومة للعمال غير الأجراء (MANAC)، هيئة خاصة (خاضعة للقانون الخاص) مكلفة بتنفيذ مرفق عام. وهذه المناشير التي تلزم المرتفقين، من جهة، والصناديق الجهوية وهيئات التنفيذ، من جهة أخرى، تظهر استعمال امتيازات السلطة العامة بالرغم من سكوت القاضي. ومهما يكن من أمر، فإن التعبير الجديد «تنفيذ مرفق عام» لا يتسم مع ذلك بالوضوح.

وذهب القضاء إلى أبعد من ذلك : لقد اعتبر أن العقد المبرم بين شخصين خاصين بغية تنفيذ مهمة مرفق عام هو عقد إداري. يرى الفقه في هذا القضاء تطبيقا لنظرية الوكالة لأن أحد المتعاقدين يعمل لحساب الإدارة⁹.

الفرع الثالث - بالنسبة لتعريف الشغل العمومي

ثلاثة قرارات غيرت جذريا تعريف مفهوم الشغل العمومي :

- T.C., 28.03.1955, Effimieff ;
- C.E., 20.04.1956, Grimouard ;
- C.E., 12.04.1957, Mimouni.

المؤكد أن قرار افيميف Effimieff هو نقطة الانطلاق لهذا الاجتهاد القضائي. ولكن نظرا لان قرار ميموني (Mimouni) يهتم بلدية جزائرية سيتم عرضه باختصار هنا.

في قرار Effimieff ، يجب معرفة ما إذا كانت أشغال إعادة بناء العمارات المنكوبة بسبب الحرب والمنجزة لحساب مشتركها من طرف الجمعيات النقابية لإعادة البناء لها صفة الأشغال العامة أو صفة الأشغال الخاصة. رأت محكمة التنازع انه وبحكم صفتهم كهيئة عمومية، الممنوحة لهم من طرف المشرع، فان هذا الأخير قد أفصح عن إرادته لتكليفهم ب«مهمة مرفق عام» وإخضاعهم كنتيجة لهذا إلى «قواعد القانون العام التي تتناسب مع هذه المهمة». ويختم بان الأشغال التي تقوم بها هذه الجمعيات، مهما كان المستفيد منها، هي أشغال عمومية.

في هذا الاتجاه، جاء قرار مجلس الدولة في قضية ميموني Mimouni فيما يخص الأشغال التي يتم القيام بها بصفه إجبارية، من اجل ضمان الأمن العمومي، على مستوى عمارة مهددة بالانهيار، بمقتضى قرار الخطر الصادر عن رئيس البلدية (بلدية بولوغين – سانت اوجان- سابقا – Ex-Saint Eugène – بالجزائر) أو بمقتضى حكم صادر من طرف المحكمة الإدارية : عند قيامها بمثل هذه الأشغال على مستوى عمارات

⁹ انظر في هذا الإطار قرار C.E., 3691.70.80, (Société d'équipement montpelliérain et C. d'habitat de l'Est) وقرار C.E., 30.05.1975, (Société d'équipement montpelliérain).

تابعة للخواص وبمصاريف تقع على عاتق مالكيها، فإن البلدية المذكورة أعلاه تقوم بمهمة مرفق عام.

سمح وجود مهمة مرفق عام باعتبار الأشغال التي يقوم بها شخص معنوي تابع للقانون العام (دولة - ولاية - بلدية - جمعية نقابية لإعادة البناء) لفائدة شخص خاص بأنها أشغال عمومية. بقي المفهوم التقليدي للشغل العمومي مأخوذ بعين الاعتبار. فهو كل عمل يُنجز لحساب الإدارة (C.E., 10.06.1921, Commune de Monségur).

الفرع الرابع - فكرة مهمة مرفق عام في تعريف الأملاك العمومية

قرار شركة لوبطون Société le Béton C.E., 19.10.1956, أكدته وطوره قرار دوفان DAUPHIN10.

إن قرار Société Le Béton مهم جدا لما يقدمه من توضيحات حول المرفق العام والهيئة الخاصة. المرفق العام أصيل لأنه يسمح بإنشاء وسير ميناء على مستوى النهر ولأن الأراضي المؤجرة مخصصة لتحقيق هذا الهدف من خلال ممارسة نشاط خاص مثلا. أما الهيئة الخاصة فإنها تحدد طبيعته، طبيعي أم اصطناعي.

في هذا المسعى، فإن مجلس الدولة ادخل ضمن الأملاك الوطنية النزعات العمومية «المخصصة بهذه الصفة لاستعمالها من طرف الجمهور والتي تمت تهيئتها لهذا الغرض»، قضية Dauphin, 11 mai 1959، وهذا فيما يخص ممر مخصص لمرفق عام ذو طابع ثقافي وسياحي كان محل تهيئات من أجل هذا الاستغلال. في هذا الإطار، يمكن بالنسبة للجزائر ذكر قرار

Compagnie fermière du Casino municipal de Constantine, (C.E., 13 juillet 1961, à propos de l'aménagement d'un square).

غير أنه يلاحظ أن فكرة المرفق العام ليست منفردة فيما يتعلق بالأملاك العامة.

10 في هذا النحوجاء كذلك قرار (C.E., 5691.20.50, Société L'étié, trop snart ed).

الفرع الخامس - علاقة مهمة المرفق العام بالعون العمومي

يعد عونا عموميا المتعاقد مع الإدارة الذي يساهم في سير المرفق العام الذي ينتهي إليه، حتى لو كان العقد الذي يربطهما لا يتضمن بنودا غير مألوفة بالنسبة للقانون العادي. (C.E., 20.03.1963, LAUTHIER). بين القاضي في هذا القرار بأن بؤاب مجموعة عمارات سكنية ذات الكراء المعتدل (H.L.M) يساهم بصفة مباشرة في مهمة مرفق عام¹¹.

المطلب الثاني - حدود تجديد مفهوم المرفق العام

لم يشكل أبدا هذا التجديد لمفهوم المرفق العام رجوعا للعهد المزدهر للمرفق العام. فلم يبق اليوم المفهوم الوحيد، بل أكثر من ذلك لم يبق المفهوم المحوري من الناحية العضوية والشكلية والمادية. إن كان المفهوم الوظيفي أو المادي فرض نفسه وسمح بتعريف عدة مفاهيم تقنية للقانون الإداري، فهو لا يخل من المساوئ. لماذا ؟ لأنه مفهوم انطباعي (impressionniste) غير موضوعي وغير ملموس. وهو بالتالي ليس دائما ذا فعالية. لهذا يرجع القضاء إلى معايير أخرى.

يرجع القضاء تارة إلى معيار استعمال امتيازات السلطة العامة دون سواه. في هذا الصدد يمكن ذكر مجموعة من القرارات :

- محكمة النقض/مدني. Cass. Civ., Houillères du Bassin de Lorraine, 21.10.1957 (أحواض الفحم لمنطقة لوران).

-C.E., 06.10.1961 Groupement des produits oléagineux,
(مجموعة المنتوجات الزيتية).

¹¹ أخذت محكمة التنازع نفس الاتجاه في قرارين : قرار (DNAREZAM evueV, 3691.11.32, C.T) : منذ أن كلفت المديعية بتسيير روضة الأطفال أصبحت بالتالي تشارك في تنفيذ مهمة مرفق؛ وكذا قرار (C.T), 1791.40.32, lucirgA1 ed ertsiniM-
(erut).

-Fédération nationale des huileries métropolitaines, C.E., 06.10.1961
moyennes (النقابة الوطنية للمعصرات الزيتية المتوسطة) 12.

وتارة أخرى يرجع القضاء في آن واحد إلى تنفيذ مهمة مرفق عام واستعمال امتيازات
السلطة العامة : قرار (MAGNIER, C.E., 13.01.1961)) السالف الذكر 13.

استقر القضاء على هذا النحو مما سمح له بأن يشرح بصفة أوضح مفهوم المرفق
العام الوظيفي. وبالتالي لم يصبح مشكل الاختيار بين المرفق العام أو السلطة العامة إلا
اختلافا لا مبرر له، لأن الشرط الأول لا يستثني الثاني، كما أنهما يلتقيان حتما في وقت
أو آخر. وباختصار إنهما شرطان متكاملان.

يلخص قرار نارسي NARCY بصفة واضحة هذا الاتجاه الجديد للقضاء الذي
أوضحه وأتممه مندوب الحكومة بارتان BERTRAND في مذكراته بمناسبة قضية
CAPUS. فلكي يتسم نشاط خاص بطابع المرفق العام، يجب أن تجتمع ثلاثة معايير :
- يجب أن يستهدف النشاط المصلحة العامة.
- يجب أن يكون تحت رقابة الإدارة.
- يجب أن يتمتع بامتيازات السلطة العامة.

هذه المعايير تعرّف مفهوم المرفق العام الوظيفي أو المادي مجتمعة وليس بصفة
انفرادية. سيتم توظيف هذه المعايير فيما يلي.

الصندوق العام للتوزيع). 12 C.E., 07.11.1963, Caisse générale de péréquation de la papeterie
(بالتساوي لمعامل الورق)

Cette décision de principe a été précisée et complétée par trois autres arrêts postérieurs à
1962 et par les conclusions du Commissaire du Gouvernement BERTRAND.

13

C.E., 28.06.1963, NARCY;

C.E., 13.07.1968, CAPUS;

C.E., 22.11.1974, Fédération des Industries françaises des articles de sport,

(نقابة الصناعات الفرنسية للمنتوجات الرياضية).

الفرع الأول - المعيار الأول : استهداف نشاط المصلحة العامة

هذا هو العنصر التقليدي لتعريف المرفق العام. العنصر الجديد لهذه الميزة يتعلق بمجال تطبيقها وقد أصبح يشمل هذا الأخير كل مظاهر حياة المجموعة الاجتماعية : الإدارية، الاجتماعية، الثقافية، الجمالية، الرياضية، الخ.

إن القاضي الإداري هو الذي يُكرّس هذا المعيار في معظم الحالات عوض المشرع أو الحكومة. ونظرا للدور المميز للقاضي الإداري، يصبح القضاء في بعض الأحيان مصدرا تعسفيا للقانون. لأنه بالفعل، يصعب في بعض الحالات تحديد محتوى الصالح العام.

الفرع الثاني - المعيار الثاني : رقابة الإدارة على النشاط

يبحث مجلس الدولة عن أساليب الرقابة التي تمارسها الإدارة على الهيئات الخاصة مهما كانت تسميتها : شركة، لجنة، جمعية، رابطة، مركز، تعاونية، الخ. والأساليب الأكثر استعمالا هي الآتية :

-الاعتماد الممنوح لهيئة خاصة : إما أن يكون الاعتماد شرط وجود الهيئة، وفي هذه الحالة لا يمكن لها أن تعمل إلا بعد الحصول عليه مسبقا. إما أن يسمح لها من الاستفادة من مساعدة مالية أو تسهيلات قانونية خاصة.

-وجود ممثلين للدولة داخل هذه الهيئات، كمندوبي الحكومة (Commissaires du Gouvernement) أو مراقبي الدولة (Contrôleurs d'Etat). يمارس الأولون رقابة إدارية والآخرون رقابة مالية.

-المصادقة المسبقة على بعض أعمال هذه الهيئات الخاصة من طرف الدولة أو ممثلها.

يعتبر القاضي الإداري أن كل أشكال الرقابة هذه تدل على أن الهيئة الخاضعة للمراقبة تقوم بتسيير مرفق عام.

الفرع الثالث - المعيار الثالث : تمتع النشاط الخاص بامتيازات السلطة العامة

يشكل استعمال امتيازات السلطة العامة من طرف هيئة خاصة دليل وجود مرفق عام. والامتيازات الأكثر استعمالا هي الآتية :

-منح احتكار لهيئة خاصة قصد ممارسة نشاطها، وهكذا تقوم رابطات محاربة الحشرات أعداء الزراعات (C.E., 13.01.1961, MAGNIER) بتسيير مرفق عام لأنها تتمتع باحتكار. كذلك بالنسبة للمراكز التقنية الصناعية (C.E., 28.06.1963, NARCY)، أو بالنسبة لشركات التهيئة العقارية والاستثمار الزراعي (C.E., 13.07.1968, CAPUS)، تتمتع هذه الهيئات بالاحتكار، كل واحدة منها في دائرتها الإقليمية.

-ثم حق الشفعة الذي تتمتع به شركات التهيئة العقارية والاستثمار الزراعي (SAFER) (قرار CAPUS).

-أخيرا، تستفيد الهيئة الخاصة من حق قبض اشتراكات إلزامية (أرجع إلى قرار (NARCY) 14.

يمكن القول في الأخير أن القاضي الإداري هو الذي يقرر إن كان نشاطا خاصا ما يشكل مرفق عام وظيفي أم لا، على أساس سلسلة من العناصر والانطباعات، وكثيرا ما يصعب على المتقاضى والممارس وحتى القاضي إبداء رأيهم حول هذا المشكل.

المطلب الثالث : مدلول المرفق العام

يعرف اليوم المرفق العام اهتماما متزايدا في جميع المجالات. في المجال السياسي، أثري تعريف المرفق العام بفضله برامج الأحزاب السياسية اليسارية وممارستهم الحكومية (الفرع الأول). كما جدد تقرير NORA وأعمال أخرى، على الصعيد الاقتصادي، الأبعاد المالية والاقتصادية للمرفق العام (الفرع الثاني). أما على الصعيد القانوني، فإن التفكير

14 يبدو أن بعض القرارات الحديثة منافية وهذا العنصر الأخير بقدر ما تعتبره أنه يمكن أن تكون هناك مهمة مرفق عام حتى في غياب امتيازات السلطة العامة C.T. 8791.11.60 (IDRANREB) و AESADA 8791.01.31 en ôh r ud (C.8791.01.31). إلا أن هذه القرارات تتعلق بالمسؤولية غير التعاقدية.

الفقهي والقضاء الإداري عمّقا التعريف الشكلي 15 للمرفق العام (الفرع الثالث). فيما يخص الجانب المؤسسي للمرفق العام، لم يتم التطرق إليه هنا لأنه تم تناوله عدة مرات أعلاه.

الفرع الأول - التعريف السياسي للمرفق العام

إن إنشاء مرفق عام ينتج دائما عن قرار من السلطات العمومية. بالتالي تكون أهدافه وأبعاده المصلحة العامة، التي هي مفهوم ذو طابع سياسي مميّز، والذي يتغير مع الإيديولوجية السائدة. لذا يبقى المرفق العام خاضعا في نسبة معينة لهذه السلطات، فهو حسب قول ROLLAND «تحت القيادة السامية للحكام»، مما يسمح لهم النظري سيره الحسن وتسييره (استمرارية، توازن مالي، ...).

بعبارة أخرى، نجد وراء إنشاء كل مرفق عام نية سياسية، ووراء كل تعريف أو تكيف أو نظام فقهي تصوّرا أو فلسفة سياسية.

كان أول تصور سياسي للمرفق العام للفقيه DUGUIT. لقد جعل هذا الأخير من المرفق العام الفكرة المحورية للنظرية العامة للدولة. في هذه النظرية، فإن الدولة هي عبارة عن تعاون مرافق عامة قائم على أفكار مثل التضامنية، العدالة التوزيعية والتبادلية وكذا النقابية. على السؤال الآتي: ما هي النشاطات التي تشكل مرفقا عاما؟ ردّ DUGUIT: «لا يمكن أن نجد جوابا ثابتا لهذا السؤال لأننا أمام شيء جد متغير وقابل للتطور بالدرجة الأولى».

التصوّر السياسي الثاني للمرفق العام للمحامي العام ماطر MATTER الوارد في مذكراته بمناسبة قرار (BAC d'ELOKA (T.C., 22.01.1921). إذا كان روميو ROMIEU هو الذي رسم نظرية المرفق العام بحكم الطبيعة في قضية (TERRIER (C.E., 06.02.1903)، فإن ماطر (MATTER) هو الذي قام بتعميمها، ونجد آثار هذه النظرية في قرار لمجلس الدولة

15 Bien que postérieurs à 1962, ces éléments étaient en germe dans la doctrine et dans la jurisprudence administrative, c'est pour cela qu'ils sont pris en compte ici.

بالرغم من أنها لاحقة لسنة 2691، فإن هذه العناصر كانت تنضج على مستوى الفقه والاجتهاد القضائي الإداري، لهذا لقد تم أخذها بعين الاعتبار هنا.

C.E., 30.05.1930) Chambre syndicale du commerce en détail de NEVERS)

وفي قرار (Dame Mélinette (C.E. 11.07.1933).

حسب المحامي العام ماطر MATTER، «تتسم بعض المرافق بطبيعة وبروح الدولة أو الإدارة العمومية (...). تتسم مرافق أخرى بالطابع الخاص ولا تتكفل بها الدولة إلا بصفة عرضية، عن طريق الصدفة، بسبب عدم اهتمام الخواص بها ولأنه يجب ضمانها بغية تحقيق الصالح العام».

« Certains services sont de la nature, de l'essence même de l'Etat ou de l'administration publique (...). D'autres services, au contraire, sont de nature privée, et s'ils sont entrepris par l'Etat, ce ne sont qu'occasionnellement, accidentellement, parce que nul particulier ne s'en est chargé, et qu'il importe de les assumer dans un intérêt général ; ... ».

وهكذا يقابل MATTER النشاطات العادية للدولة بالنشاطات العارضة، أي النشاطات الخاصة بحكم طبيعتها والتي قد يحدث وأن تتكفل بها الدولة. وجهة النظر هذه ما هي إلا انعكاس للفقه الليبرالي المنتصر آنذاك. وكان قد انتقدها بقوة الأستاذ BENOIT في كتابه «القانون الإداري الفرنسي». يرفض BENOIT هذا الترتيب وهذا التمييز لأن الليبرالية كما يقول هدفها تحقيق الربح والمردودية، مما يؤدي إلى انتقالات متتالية من القطاع العام إلى القطاع الخاص والعكس بالعكس (الطرق السريعة، التأمينات وإلغاء التأمينات في سنة 1986).

يرد التصور السياسي الثالث للمرفق العام في تمهيد دستور 10 أكتوبر 1946 : «يُصبح ملك للجماعة كل ملك ومؤسسة يتسم استغلالها بخصائص المرفق العام الوطني أو الاحتكار الفعلي أو يكتسبها فيما بعد». لم يكن مفهوم المرفق العام الوطني موضوع أي تعريف دقيق ولا شروحا في إطار الأعمال التحضيرية للدستور. فهو بالتالي يتغير بتغير الاعتقادات السياسية لكل فرد. لقد تمت الإشارة إلى هذا التمهيد في دستور 1958.10.416.

16 أدرج فيما بعد هذا التمهيد في البرنامج المشترك للياسار سنة 2791. طُبِّقَت حكومة YORUAM الخطوط العريضة لهذا

آخر مفهوم سياسي للمرفق العام، وهو السائد حالياً، يرد في الفقه والقضاء. وهو مفهوم شخصي غير عليه مندوب الحكومة كورنائي CORNEILLE في مذكراته، بمناسبة قضية (ASTRUC (C.E., 07.04.1916). تعتبر وجهة النظر هذه بأن وجود المرفق العام يستنتج من نية الحكام، أي السلطات العمومية، وأكثر فأكثر من نية القضاة، وربما تكمن الوحدة السياسية للمرفق العام في هذا المعيار الإرادي¹⁷.

الفرع الثاني - التعريف الاقتصادي للمرفق العام

من الزاوية الاقتصادية، فإن المرفق العام هو عبارة عن مؤسسة تنتج أموالاً وخدمات، وتخضع لقواعد تقنية واقتصادية وكذلك لضرورة الفعالية وتحقيق الربح.

أولاً - المرفق العام كمؤسسة

اعتبر أصلاً المرفق العام وكأنه مؤسسة تزود المرتفقين بخدمات مادية وغير مادية. وردت هذه الفكرة عند CHAVANON, ROLLAND, BONNARD, Maurice. ثم المرفق العام الافتراضي¹⁸ (service public virtuel) سيضعان مفهوم المرفق العام كمؤسسة في المؤخرة، ويؤديان إلى التخلي عن دراسة مشاكل تسيير وتمويل المرفق العام. هذه المسائل كانت مدرجة في مؤلفات القانون الإداري حتى الحرب العالمية الثانية وفي بعض الأحيان حتى بعدها.

سهّل كل من إدخال أساليب التسيير الجديدة في مرافق الدولة - عقلانية الاختيارات في ميدان الميزانية (RCB: rationalisation des choix budgétaires) و«المناجمت»

البرنامج بتأميمها المجموعات الصناعية الكبيرة، البنوك، شركات التأمين، الخ. سنة 1928. أعطى قانون 1938 حول ديمقراطية القطاع العام أكثر قوة للنقابات في مجالس الإدارة. كما أدى تناوب حكومة CARIHC إلى إلغاء بعض التأميمات في عامي 1968 و1979. وقد أعيد انتخاب الرئيس DNARETTIM في ماي 1989 على أساس البرنامج الآتي: «لا تأميم ولا خصوصية».

17 La réflexion politico-économique de la communauté européenne influe sur l'approche politique du service public, notamment sur les services publics industriels et commerciaux.

الفكر السياسي-الاقتصادي للمجموعة الأوروبية يؤثر على المقاربة السياسية للمرفق العام، خاصة على المرافق العمومية الصناعية والتجارية.

18 Cf. C.E., 5 mai 1944, Compagnie maritime de l'Afrique orientale ; C.E., 6 février 1948, Société Radio Atlantique.

العمومي - والرجوع إلى «الأرثوذكسية» المالية وعدم مرونة مالية الدولة إعادة ظهور فكرة المؤسسة مع كل نتائجها التقنية.

يختلف موقف الفقه القانوني إزاء الفكرة. إن اتفق الفقه القانوني على أن المرفق العام الصناعي والتجاري يتسم بكل صفات المؤسسة، فهو حذر (prudent) لما يتعلق الأمر بالمرافق العامة الإدارية. أما الفقه الاقتصادي والسلطات العمومية فهي تحاول تقريب الإدارة العمومية والمؤسسة الخاصة وتعتبر بأن المرفق العام مهما كانت طبيعته فهو مؤسسة. وكان إنشاء لجنة التحقيق المركزية حول سعر ومردود المرافق العامة سنة 1947 قد أبرز إرادة تمديد مناهج المحاسبة التحليلية للاستغلال (comptabilité d'exploitation) المستعملة في بعض المؤسسات الصناعية للدولة إلى المرافق العامة التقليدية. إن إدخال مبادئ وتقنيات محاسبة المؤسسات في تسيير المرافق العامة الإدارية ما هو إلا تطبيق لهذه الإرادة. وعي الحكام بضرورة معاملة الإدارة كمؤسسة سهّل تجربة تقنيات المناجمت، أي عقلانية الاختيارات في ميدان الميزانية (RCB: rationalisation des choix budgétaires)، وتعميمها التدريجي قصد تحقيق الربح.

أجبر هذا الواقع الجديد الفقه القانوني على التراجع. فانتفى البعض كالأستاذين MATHIOT و DE CORAIL إلى فكرة المؤسسة عند ما يتعلق الأمر بالمصالح الإدارية. في هذا المنظور، يكون المرفق العام مجموعة من الوسائل المنظمة حول نشاط ما. وهكذا تلقى مكتب المجلس الوطني مشاريع قوانين عديدة ترمي إلى تحويل نشاط مصلحة الهاتف المستغلة بطريقة إدارية من طرف إدارة البريد إلى مؤسسة صناعية تستطيع تحقيق الربح وتلبي حاجيات الجمهور. وتجدر الإشارة بأن إحدى المديريات التقنية (FRANCE - TELECOM) لوزارة البريد والمواصلات آنذاك منظمة على شكل شبه مؤسسة (quasi-entreprise). مزودة في النهاية بالشخصية المعنوية، أصبحت هذه الأخيرة متعامل عمومي ذو طابع صناعي وتجاري في سنوات 1990.

ثانيا - المرفق العام، الفعالية والمردودية

الأموال والخدمات التي ينتجها المرفق العام على شكل مؤسسة (l'entreprise-service public) تُقدّم للمرتفقين بصفة مجّانية أو غير مجّانية. يحدّد الطابع المجاني أو غير المجاني للخدمات المقدمة للمرتفق طرق تمويل المرافق العامة. وتدور المسألة حول معرفة من سيقوم بهذا التمويل: المرتفق أم المكلّف بالضريبة.

كان طوال الفترة التقليدية وحتى إلى عهد قريب، يتم تمويل المرافق العامة عن طريق الخزينة (Trésor)، أي الضريبة. كرّست عدة نصوص مجانية المرافق العامة كالعدالة، منذ صدور قوانين ثورة سنة 1789 والتعليم الابتدائي منذ قانون 1881. أصبح اليوم الطابع المجاني شيء نسبي وكثير ما يشارك المرتفق ولو بصفة رمزية في تكاليف الخدمات المقدمة إليه. لهذا لم يتمكن لا الفقه ولا القضاء من طرح مبدأ عام للمجانبة. فلا وجود للمجانبة المحضة. في الواقع، نحن بصدد مبدأ الشبه المجانية لأن المرتفق يدفع مكافأة على شكل إتاوات أو رسوم. في غالب الأحيان هذه المكافأة لا تغطّي القيمة الحقيقية للخدمة. وهكذا لم تشكّل آنذاك المردودية المالية الاهتمام الأساسي، وبالمقابل كانت فعالية الخدمات المقدمة للمرتفقين والظروف التي تقدّم فيها تحظى بعناية أكبر.

انقلب هذا الاتجاه في بداية الستينات من القرن الماضي تحت تأثير تطبيق مبادئ المردودية والتسيير الحسن. يجب في هذه الحالة أن تتقارب أو تتطابق مصاريف يوم استشفائي مثلا أو خدمة مقدّمة من طرف مرفق عام صناعي وتجاري من قيمتها الحقيقية. بعبارة أخرى يجب عليها أن تتجه نحو «حقيقة الأسعار». انقلب التوجه الكلاسيكي للمرفق العام (le revirement de la perspective classique) وأصبحت المردودية المالية تسود في المرفق العام ومنذ ذلك الحين أصبح على المرتفق أن يُموّل الخدمات المقدمة إليه.

بالفعل كان خلال مدة طويلة المرفق العام والقطاع العام يعنيان نشاط عاجز ماليا، نشاط بلا مردودية وقليل الإنتاجية، لا يعمل إلا بفضل إعانة الدولة، وهو أخيرا نشاط تتخلّى عنه المبادرة الخاصة لتهتم بنشاطات أكثر ربحا. في الواقع فان الوضع

أكثر تعقيدا من هذا الوصف الذي يجب أن يُدقق. كانت ومازالت السلطات العمومية تضغط وتمارس رقابة صارمة على بعض القطاعات لتدعيم النشاط الاقتصادي العام للبلاد. إن أسعار خدمات المفاحم والغاز والكهرباء (EDF-GDF) أو النقل الحضري (RATP) والنقل بالسكك الحديدية (SNCF) لم يتم تحديدها من طرف المديريات التجارية والمالية لهذه المرافق العامة المذكورة، بل فرضتها ولا زالت تفرضها الإدارة.

لقد حدثت بعض التغييرات في هذا المجال بعد استقلال الجزائر أثرت على النظام القانوني للمرفق العام في فرنسا : كإعادة هيكلة نشاطات الدولة وتكييفها للظروف الاقتصادية للعالم الحديث والمنافسة داخل السوق الأوروبية المشتركة وعقلانية أساليب التسيير. فهذه أهم القرارات الحكومية التي اتخذت منذ تقرير سيمون نورا Simon NORA لعام 1967¹⁹.

أوضح أصحاب هذا التقرير أن المؤسسات المكلفة بمهمة مرفق عام هي في خدمة السياسة الاقتصادية والاجتماعية للحكومة وقد تستهدف تحقيق غايات تتنافى ومصالحها لأنها تعاني من ضغوط شتى. اقترح أصحاب التقرير سلسلتين من التدابير. أولا، التعويض عن الضغوط التي تفرضها الدولة على المؤسسات العمومية، وهذا لأن همّها الأساسي هو «تلبية حاجيات السوق بأقل تكاليف لها وللمجموعة»، تجمع هذه التوصية فكرة المردودية والعقلانية. وثانيا، تدعيم استقلالية تسيير المؤسسات مع تعزيز مسؤولية ميسيرها. ستتحقق هذه الاستقلالية بتخفيف الرقابة المتعددة والثقيلة التي يخضع لها الميسرون، كما ستقيد من الآن مسؤوليتهم بصفة لاحقة. لتحقيق هذا الهدف ستُنظم علاقات الدولة بالمؤسسات بواسطة عقود ترمي قصد تطوير التشاور والتعاون بين الشركاء الاقتصاديين. تغيرت مع الوقت تسمية وطبيعة العقود. في البداية تعلق الأمر بعقود البرامج (contrats programmes) المطبقة على ORTF (Office de la Radio

19 في نفس المرحلة، توصل وزير الدولة المكلف بالنقل راجح بيطاط تقريبا إلى نفس نتائج هذا التقرير، عندما تكلم عن المرفق العام للنقل بالسكك الحديدية:

لمزيد من المعلومات انظر :

بوسماح محمد، المرفق العام في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 5991.

«E iass al noiton rufid eucvres cilbu», n. 2991, ennéirégla euevR ni, 3°n.

EDF – et Télévision française) – و SNCF . هكذا كان عقد 1971.01.27 يسمح لشركة السكك الحديدية أن تلغي بعض الخطوط الثانوية غير المربحة (تم إلغاء أكثر من 3.000 كيلومتر)، على أن تعوّض هذه الخطوط الملغاة بخطوط حافلات وأن تكيّف أسعارها حسب وضعية المرتفقين وأن تطبّق أسعار تفضيلية. وهكذا كان يمكن لشركة SNCF أن تصبح مؤسسة بالمعنى الاقتصادي للكلمة. فيما بعد أبرمت «عقود تقدم» (contrat de progrès) بين النقابات والمؤسسات، لتنظيم علاقات وظروف العمل عن طريق التخطيط. وقد أبرمت بعض عقود التخطيط (contrats de plan) إلا أن النتائج كانت غير مرضية. فعوّضت هذه العقود بعقود المؤسسة (contrats d'entreprise) .

مواصلة لسياسة عصرنة القطاع العام، جوّلت بعض المرافق المستغلة عن طريق الوكالة إلى مصالح مستقلة تتمتع بالشخصية المدنية والاستقلالية المالية وتخضع لمخطط المحاسبة التجارية. وهذا شأن الأملاك الغابية (الديوان الوطني للغابات) وصندوق صفقات الدولة، الذي تحوّل طابعه من إداري إلى صناعي وتجاري، وكذا التلفزيون التي تفرقت إلى خمس مؤسسات عمومية، ثم انتقل البعض منها إلى القطاع الخاص، الخ. أدت إعادة هيكلة وإعادة انتشار (redéploiement) القطاع العام إلى نشأة مجموعات عمومية. وقد اقترحت فكرة إنشاء شركة قابضة (HOLDING) قصد منافسة الشركات الأوروبية والأمريكية الشمالية واليابانية الكبرى.

بدأت أفكار المردودية والمصلحة المالية للمرفق العام تطبق بصفة محتشمة من طرف القضاء.

عند بنائه للنظرية المعروفة بأحسن استعمال للملك العام، اعتبر مجلس الدولة أن هذا الملك يشكل ثروة جماعية يجب استغلالها بأكبر عقلانية ممكنة. وفي هذا النحو صدرت القرارات التالية :

C.E. 10.01.1930 , DESPUJOLS ;

C.E., 29.01.1932 , Société des autobus antibois ;

C.E., 26.01.1973 , Société Leroi et Lardereau et autres ;

(المنفعة العمومية المرتبطة بالمرفق العام).

إن كان القضاء قد اعتبر بأن المرفق العام لا يتنافى وتحقيق الربح، فيبدو أنه ذهب إلى أبعد من ذلك لما أوحى بأن العجز المالي للمرفق العام لا يتوافق مع المصلحة العامة : قرار الجمعية العامة لمجلس الدولة (C.E.) (décision d'assemblée Epoux NEEL) (23.01.1970) يدخل العنصر المالي في تعريف المنفعة العامة. إن هذا الموضوع أكثر وضوحا في مذكرات مندوب الحكومة BRAIBANT بمناسبة قرار Ville nouvelle de (l'Est (C.E., 28.05.1971) : « لاشك أن المرافق العامة لا تسير عادة على أساس مبدأ المردودية، لكنه من غير المعقول القيام بعملية تكون أسعارها بدون علاقة مع الفائدة حتى بالمعنى الواسع للكلمة».

يبقى أن مردودية المرفق العام لا تؤمن له حتما تحقيق الأرباح. مفهوم المردودية ينطبق على عمليات معينة للمؤسسة، بينما يكون تحقيق الفائدة نتيجة التسيير بكامله. إن مفهوم الربح لا يعني نفس الشيء على مستوى المرفق العام والمؤسسة الخاصة. بالنسبة لهذه الأخيرة، فإن الربح هو «كسب مالي أو مادي يزيد في ثروة الشركاء» (Cass.). أما بالنسبة للمرفق العام، لا يعود الربح للمسيرين (Chambres réunies, 11.03.1914) لكنه يدخل في ميزانية الدولة التي تستعمله لأغراض أخرى ذات المصلحة العامة.

في الأخير، تكاد فعالية ومردودية المرافق العامة أن تصبح قاعدة.

الفرع الثالث – على المستوى القانوني

بغض النظر عن بعض التحفظات، يمكن القول أن مفهوم المرفق العام سمح بتفسير القانون الإداري والمنازعات الإدارية بصفة سهلة لمدة تقارب حوالي أربعين سنة، إلا أن القانون الإداري لم يبق اليوم قانون المرافق العامة بمعناها الضيق بل يجب أخذها بمعناها الواسع.

لقد فشل رجال القانون العام لما حاولوا توحيد القانون والمنازعات الإدارية، بينما لم يحدث هذا التركيب (synthèse) في فروع القانون الأخرى. كما ألح على ذلك الأستاذ

RIVERO، فإن القاضي الإداري يوظف السوابق القضائية ويقوم بتكييفها شيئا فشيئا آخذا بعين الاعتبار التطور الاجتماعي والسياسي. لم يتأثر تفكيره القانوني بالهدف المصبو إليه، أي المرفق العام، ولا وحتى بالوسائل المستعملة، أي الامتيازات غير المألوفة في القانون العادي، أي بعبارة أخرى السلطة العامة. ونرجع هكذا إلى الحوار القديم الذي شرع فيه العميد موريس هوريو Maurice HAURIUO، والذي لم ينته بعد حول معرفة من، من المرفق العام أو السلطة العامة، يشكل صلب القانون الإداري. إن فشل التعريف المادي البحث للمرفق العام وإدخال العنصر العضوي في القضاء الإداري يؤكدان وجهة النظر الفقهية السالفة الذكر. في الوقت الراهن، فإن المرفق العام هو عبارة عن نشاط يمارسه شخص عام أو يقوم بمراقبته.

مهما كان الأمر، يبقى مفهوم المرفق العام يحتل مكانا ممتازا في القانون الإداري. من بين المائة ولأثنى عشرة (112)، التي تم انتقائها وتحليلها من طرف مؤلفي كتاب «القرارات الكبرى للقضاء الإداري» (- Grands arrêts de la jurisprudence administrative GAJA) سبعة وثلاثين قرارا، أي ما يقارب الثلث من المجموع العام، تتكلم بصفة صريحة عن مفهوم المرفق العام 20.

عدة مفاهيم تقنية للقانون الإداري عرفت، تارة على أساس مفهوم المرفق العام وتارة أخرى بالاستناد على وجود امتيازات غير مألوفة. بإضافة معيار السلطة العامة إلى المرفق العام، فإن هذا الأخير يمكن الإدارة من القيام أو التكفل ببعض النشاطات الضرورية لحياة المجموعة العمومية.

في الختام، يمكن تعريف المرفق العام كما يلي : « المرفق العام هو مهمة ذات المنفعة العامة يمارسها الشخص العمومي أو يراقبها، ويكون نظامها القانوني خاضعا كليا أو جزئيا للقانون الإداري ولمبادئ الاستمرارية والمساواة بين المرتفقين والفعالية في التسيير ».

20 En ce sens Guy Braibant, Cours de droit administratif, I.E.P., Paris.

خاتمة

على هذا النحو يظهر مفهوم المرفق العام الموروث من النظام الإداري الفرنسي والذي تم صقله في إطار ليبرالي. على عكس عدد من الدول الإفريقية التي أدرجت حكما في دساتيرها الأولى يصب في هذا المنوال، فإن الإرث الاستعماري تحول بحكم الواقع، من جراء جزأة القانون القديم على أساس تعليمة 13 جويلية لسنة 1962 الصادرة عن رئيس الهيئة التنفيذية المؤقتة (Exécutif Provisoire)، ثم بحكم القانون بواسطة قانون 31 ديسمبر 1962، الذي يمدد العمل بالتشريع الاستعماري إلى إشعار جديد. إن هذا التأميم المزودج يحمل في طياته الفن الكامل للفكر القانوني الليبرالي : طرق تفكيره، التمييز بين القانون العام والقانون الخاص، ازدواجية القضاء، وسائل نشاط الإدارة بما فيها المرفق العام في كل أشكالها ...

كحصيللة، فإن المرفق العام موجود قبل وجود هذه الوضعية للقانون وهذا من جراء بقاء الإدارة العمومية الاستعمارية المسيرة من طرف الهيئة التنفيذية المؤقتة. كانت موضوعة تحت سلطة هذه الأخيرة المصالح الإدارية المركزية وغير المركزية، والجماعات المحلية (العمالات départements والبلديات) والهيئات العمومية في شكلها، شركات الاقتصاد المختلط وهيئات الضمان الاجتماعي ...، باختصار شبكة متنوعة وغير كثيفة من المرافق العامة. وقد سبق إصدار التعليمة بيوم واحد تنصيب الديوان الجزائري المهني للحبوب الذي تم بمقتضى أمر 12 جويلية لسنة 1962²¹، وهو مؤسسة عمومية ذات صبغة مزدوجة وهو بذلك مسير لمرفق عام.

فيما يخص المفهوم في حد ذاته، نجد اثرله للمرة الأولى والأخيرة في قرار المحكمة العليا الغرفة الإدارية 22 du 16 décembre 1966, Consorts de Bardies Montfa contre Etat. إحدى حيثيات هذا القرار تكرر حرفيا تقريبا حيثية قرار بلانكو Blanco المذكور أعلاه : ماذا تقول هذه الحيثية ؟ تقول ما يلي : «حيث أن المسؤولية التي يمكن أن تقع على عاتق الإدارة من جراء الأضرار اللاحقة بالأفراد لا يمكن أن يحكمها القانون المدني

21 Ordonnance du 12 juillet 1962 portant organisation du marché des céréales en Algérie et de l'office algérien inter-professionnel des céréales, J.O.E.A, p. 34.

22 C.S. Ch. adm. 16 décembre 1966, Consorts de Bardies-Montfa c/Etat, Revue algérienne, 1967, p. 563.

وأن هذه المسؤولية ليست بالعامّة ولا بالمطلقة، بل لها قواعدها الخاصة التي تتنوع وفقاً لحاجيات المرفق العام».

«Attendu que la responsabilité qui peut incomber à l'administration pour les dommages causés aux particuliers ne peut être régie sans autre considération du code civil ; que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue, qu'elle a ses règles qui varient selon les besoins du service public ».

ولكن مباشرة بعد تمديد العمل بمفهوم المرفق العام، فإن هذا المفهوم تحول بدون شعور من وسطه الطبيعي، الليبرالية، نحو وسط مختلف: الاشتراكية. إذا كانت تقنيات القانون القديم تستعمل خلال المرحلة السفلى للاشتراكية، طبقاً للنظرية الماركسية للقانون، فإن مفهوم المرفق العام بقي معمولاً به في النظام القانوني والسياسي الجزائري الجديد.

بهذا التحول، فإن الطابع السياسي للمرفق العام تبخر شيئاً فشيئاً. أصبح المرفق العام لا يمثل الأسطورة التي يتم بها إضفاء الشرعية على التسيير العمومي. بدأ التسيير العمومي يتأسس على أدوات الاشتراكية بوجهيها: المؤسسة المسيرة ذاتياً ومؤسسة الدولة. المرفق العام لم يشكل حجر الزاوية لبناء الدولة الفتية.

بالمقابل، فإن المضمون المؤسسي للمرفق العام لم يتغير تقريباً. يضم المرفق العام مختلف النشاطات والهيئات التي تتبع بطريقة مباشرة أو غير مباشرة الجماعات العمومية.

أما المضمون الاقتصادي للمرفق العام، الذي تم وضعه في المؤخرة إلى حد الآن، فإنه كان محل إخفاء طويل في مرحلة بناء الاشتراكية.

في الأخير، فإن المضمون القانوني للمرفق العام غير قوي وغير واسع كما هو عليه الحال في الإرث التقليدي. بصفته كنظام قانوني، فإن المرفق العام يبقى كلمة مرادفة للإجراءات غير المألوفة في القانون العادي، ولكنه لم يعود يشكل مفهوماً لا لشرح خصوصية القانون الإداري ولا بالنسبة للقاضي الذي يفصل في المادة الإدارية. إن فكرة

السلطة العمومية ونتيجتها المعيار العضوي هما اللذان يتحكمان في القانون والمنازعات الإدارية.

مع الإصلاحات من مختلف الأنواع التي تمت مباشرتها بعد سنة 1988، بدأ المرفق العام يقوي شيئاً فشيئاً موقعه على كل الأصعدة، ما عدا على صعيد المنازعات. لماذا ؟ هذا من جراء اعتماد المعيار العضوي لتحديد اختصاص القاضي الفاصل في المواد الإدارية من طرف قانون الإجراءات المدنية (المادة 7، التي أصبحت المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008).