

جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

تنظيم المرافق العامة " دراسة مقارنة "

اعداد

اكثم وجيه عبد الرحمن سليمان

اشراف

الدكتور محمد شراقة

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون العام بكلية
الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين .

2014م

تنظيم المرافق العامة

" دراسة مقارنة "

اعداد

اكثم وجيه عبد الرحمن سليمان

نوقشت هذه الاطروحة بتاريخ 13 / 3 / 2014 ، وأجيزت

أعضاء لجنة المناقشة

- د. محمد شرافة / مشرفاً ورئيساً
- د. أحمد الديك / ممتحناً خارجياً
- د. نائل طه / ممتحناً داخلياً

التوقيع



الإهداء

- الى منارة العلم والامام المصطفى الى الأمي الذي علم المتعلمين الى سيد الخلق الى رسولنا الكريم سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم .
- الى الينبوع الذي يملأ حياتي بالعطاء الى رفيقة دربي الى من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها الى والدتي العزيزة .
- الى من سعي وشقي لأنعم بالراحة والهناء الذي لم يخل بشيء من أجل دفعي في طريق النجاح الذي علمني أن أرتقي سلم الحياة بحكمة وصبر الى والدي العزيز .
- الى من حبهم يجري في عروقي ويشق بذكراهم فؤادي الى أخي وأخواتي .
- الى من حبه يعانق روحي وذكراه خيمت في قلبي وفقدانه ألم ينهج حياتي الى روح أخي الطاهرة .
- الى من سرنا سوياً نشق طريق العلم معاً نحو النجاح والابداع الى أصدقائي .
- الى من علمونا حروفاً من ذهب وكلمات من درر وعبارات من أسمى وأجلى العبارات في العلم الى من صاغوا لنا علمهم حروفاً ومن فكرهم منارة تنير لنا سيرة العلم والنجاح الى أساتذتنا الكرام .
- الى اللاجئين الفلسطينيين الذين يعيشون على أمل العودة والى كل شهداء وأسرى وجرحى فلسطين .
- الى مدينة الأجداد التي تعانق الروح وتشق بذكراها الوجود الى مدينة حيفا .

شكر وتقدير

الحمد لله حمداً يليق بمقامه والصلاة والسلام على نبي الحق وامامه محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه ومن والاه، أما بعد :-

فيسعدني وقد انتهيت بفضل الله ورعايته من اعداد هذه الدراسة المتواضعة أن أتوجه الى الله بالحمد والشكر، الذي هداني وأنار الطريق أمامي وأمدني بالعزم والتصميم لإتمام هذا العمل العلمي، وهياً لي من الأساتذة الأجلاء والعلماء الأفاضل من أناروا لي سبيل العلم وأرشدوني الى طريق الصواب وأخص بالذكر الدكتور محمد عادل شراقة، مشرفي ومثلي الأعلى في العلم والمعرفة .

ولا أنسى أن أتقدم بجزيل الشكر والامتنان الى كل من سعى جاهداً مخلصاً صادقاً من أجل مساعدتي لإتمام هذا العمل من زملاء وأصدقاء ومن ساهم في حصولي على ما يلزمي من كتب من مكتبة جامعة النجاح أو مكتبة الجامعة الأردنية . وكل من ساهم في حصولي على ما يلزمي من معرفة وعلم جديد وأخص بالذكر أصدقائي وزملائي المحامين، ومن ساعدني بأي شكل كان، ومن وفر لي الوقت والجهد الكافي وأخص بالذكر أصدقائي وزملائي في كلية الدراسات العليا في قسم القانون العام . فلهم مني كل الشكر والتقدير والعرفان .

الاقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل عنوان :

تنظيم المرافق العامة " دراسة مقارنة "

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه
حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أية درجة أو لقب علمي أو
بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى .

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the
researcher's own work , and has not been submitted elsewhere for any other
degree or qualification .

Student's name :

اسم الطالب :

Signature :

التوقيع :

Date :

التاريخ :

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
	الاهداء
	الشكر والتقدير
	الإقرار
	الملخص
	المقدمة
	أهمية الدراسة
	أهداف الدراسة
	مشكلة الدراسة
	منهجية الدراسة
	محددات الدراسة
	الدراسات السابقة
	الفصل الأول :- المرفق العام والمبادئ التي تحكم سيره
	المبحث الأول :- السياق العام للمرافق العامة
	المطلب الأول :- مدلول المرفق العام
	الفرع الأول :- مفهوم المرفق العام
	الفرع الثاني :- عناصر المرفق العام
	المطلب الثاني :- التمييز بين المرافق العامة والمشروعات الخاصة ذات النفع العام
	الفرع الأول :- وجود نص صريح في القانون
	الفرع الثاني :- المعايير الموضوعية
	الفرع الثالث :- المعيار الشخصي
	الفرع الرابع :- النتائج القانونية المترتبة على التمييز بين المرافق العامة والمشروعات الخاصة ذات النفع العام
	المطلب الثالث :- انشاء المرفق العام
	الفرع الأول :- سلطة الإدارة في انشاء المرافق العامة
	الفرع الثاني :- موقف تشريعات بعض الدول العربية من انشاء المرافق العامة

	المطلب الرابع :- الغاء المرفق العام
	الفرع الأول :- الجهة المختصة بإلغاء المرفق العام
	الفرع الثاني :- آثار الغاء المرفق العام
	المبحث الثاني :- المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة
	المطلب الأول :- مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد
	الفرع الأول :- تنظيم الاضراب في المرافق العامة
	الفرع الثاني :- تنظيم استقالة الموظفين العمامين
	الفرع الثالث :- نظرية الموظف الفعلي
	الفرع الرابع :- نظرية الظروف الطارئة
	الفرع الخامس :- عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام
	المطلب الثاني :- مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل
	الفرع الأول :- مضمون مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل
	الفرع الثاني :- القيود التي ترد على سلطة الادارة في تغيير وتبديل المرافق العامة
	المطلب الثالث :- مبدأ المساواة بين المنتفعين من خدمات المرفق العام
	الفرع الأول :- مضمون مبدأ المساواة بين المنتفعين من خدمات المرفق العام
	الفرع الثاني :- جزاء مخالفة مبدأ المساواة بين المنتفعين من خدمات المرفق العام
	الفصل الثاني :- طرق ادارة المرافق العامة
	المبحث الأول :- الطرق المباشرة في ادارة المرافق العامة
	المطلب الأول :- طريقة الادارة المباشرة
	الفرع الأول :- مضمون طريقة الادارة المباشرة
	الفرع الثاني :- النتائج القانونية المترتبة على الأخذ بطريقة الادارة المباشرة
	المطلب الثاني :- طريقة المؤسسة العامة
	الفرع الأول :- مضمون طريقة المؤسسة العامة
	الفرع الثاني :- انشاء والغاء وادارة المؤسسة العامة
	المبحث الثاني :- الطرق غير المباشرة في ادارة المرافق العامة
	المطلب الأول :- طريقة الامتياز
	الفرع الأول :- مضمون عقد الامتياز
	الفرع الثاني :- الطبيعة القانونية لعقد الامتياز
	الفرع الثالث :- النظام القانوني لعقد الامتياز

	الفرع الرابع :- أثار عقد الامتياز
	الفرع الخامس :- تقييم طريقة الامتياز
	المطلب الثاني :- طريقة الاستغلال غير المباشر
	الفرع الأول :- تمييز طريقة الاستغلال غير المباشر عن طريقة الادارة المباشرة
	الفرع الثاني :- تمييز طريقة الاستغلال غير المباشر عن طريقة الامتياز
	الفرع الثالث :- تقييم طريقة الاستغلال غير المباشر
	المطلب الثالث :- طريقة الاقتصاد المختلط
	الفرع الأول :- مضمون طريقة الاقتصاد المختلط
	الفرع الثاني :- النظام القانوني لشركة الاقتصاد المختلط
	الفرع الثالث :- تقييم طريقة الاقتصاد المختلط
	الخاتمة
	النتائج
	التوصيات
	قائمة المصادر والمراجع
b	Abstract

تنظيم المرافق العامة " دراسة مقارنة "

اعداد

اكثم وجيه عبد الرحمن سليمان

اشراف

د. محمد شراقة

الملخص

تناولت هذه الدراسة والتي موضوعها " تنظيم المرافق العامة دراسة مقارنة "، حيث ألقى الباحث بداية الضوء على المرفق العام والمبادئ التي تحكم سيره في ظل القانون الاداري المقارن، ومن ثم حاول التركيز على السياق العام للمرافق العامة والتي يستسقي هذا التنظيم منها جذوره، فتعرض الباحث الى هذا السياق عن طريق تقسيمه الى مدلول المرفق العام والذي تمثل في توضيح مفهوم المرفق العام وعناصره . ثم تطرق الباحث الى تمييز المرافق العامة عن المشروعات الخاصة ذات النفع العام، والتي تمثلت في وجود نص صريح في القانون، وكذلك المعايير الموضوعية، والمعيار الشخصي، وبينت أكثر هذه المعايير تمييزاً وفاعلية . ثم تطرق الباحث بعد ذلك الى انشاء المرفق العام من حيث مدى سلطة الادارة في هذا الانشاء، وموقف تشريعات بعض الدول العربية منها . ثم تطرق الباحث بعد ذلك الى الغاء المرفق العام موضحاً الجهة المختصة بهذا الإلغاء في تشريعات بعض الدول العربية المقارنة، وكذلك بينت ومن خلال هذا الإلغاء الآثار المترتبة عليه محدداً معالمه بعيداً عما يعتريه من غموض في التحديد .

ثم تطرق الباحث ومن خلال المبحث الثاني الى المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة، وبين هذه المبادئ في فلسطين مقارنة مع تشريعات بعض الدول العربية . فحدد الباحث ومن خلال تناول مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد مضمون هذا المبدأ موضحاً النتائج المترتبة على الأخذ به، ثم تناول أيضاً مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل من حيث تحديد المقصود بهذا المبدأ وتوضيح أثر التغيير في المرافق العامة على الموظفين في المرفق والمنتفعين والمتعاقدين مع المرفق، وكذلك تحديد القيود التي ترد على هذا المبدأ . ثم تناول

أيضاً مبدأ المساواة بين المنتفعين من خدمات المرافق العامة، وذلك بتحديد مضمونه، موضحاً مظاهر هذه المساواة، والنتائج المترتبة على الأخذ به، وجزاء مخالفته .

وفي الفصل الثاني من الدراسة، فقد تناول الباحث أهم الطرق في ادارة المرافق العامة في فلسطين مقارنة مع تشريعات بعض الدول العربية، وكان لإنشاء المرافق العامة ظهور هذه الطرق لإدارتها. فقام بتناول هذه الطرق في قسمين وهي الطرق المباشرة في ادارة المرافق العامة، فتمثلت في طريقة الادارة المباشرة من حيث تحديد مضمونها، والمرافق التي تدار بها، وتوضيح النتائج المترتبة على الأخذ بهذه الطريقة، كما تناول الباحث طريقة المؤسسة العامة من حيث تحديد المقصود بهذه الطريقة وأركانها، وتوضيح آليات ادارتها وانشاؤها والغاؤها.

وتناولت الدراسة أيضاً موضوع الطرق غير المباشرة في ادارة المرافق العامة، وحددت الوضع القضائي والتشريعات الفلسطينية المطبقة مقارنة مع الوضع القضائي وتشريعات بعض الدول العربية . وبين طريقة الامتياز من حيث توضيح مضمونها، وتحديد الطبيعة القانونية لعقد الامتياز، وتوضيح النظام القانوني لهذا العقد وأثاره، وكذلك تقييم هذه الطريقة موضحاً مزاياها وعيوبها . ثم تطرق الباحث بعد ذلك الى طريقة الاستغلال غير المباشر موضحاً المقصود بها، وتمييز هذه الطريقة عن طريقة الادارة المباشرة وطريقة الامتياز، وتقييم هذه الطريقة موضحاً مزاياها وعيوبها. ثم تطرق الباحث بعد ذلك الى طريقة الاقتصاد المختلط موضحاً مضمونها، وتحديد النظام القانوني لهذه الشركات، وكذلك تقييم هذه الطريقة موضحاً مزاياها وعيوبها. وخلصت هذه الدراسة أخيراً الى عدد من النتائج والتوصيات على الصعيد القانوني والعملي في فلسطين.

المقدمة

ان من موضوعات القانون الإداري الحديث هو التنظيم الإداري الذي يقوم على صورتين : الأولى فهي المركزية الادارية، أما الصورة الثانية فهي اللامركزية الادارية¹، وأيضاً من موضوعاته النشاط الإداري الذي يقوم على صورتين : الأولى سلبية متمثلة بسلطات الضبط الإداري، والتي تهدف الى المحافظة على النظام العام بمدلولاته (الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة، والآداب العامة)، والثانية ايجابية حيث تظهر عند قيام الدولة بالتدخل في نشاط معين، وذلك من خلال المرفق العام الذي يهدف الى اشباع الحاجات العامة للأفراد².

تحتل نظرية المرفق العام مكانة بارزة في القانون الإداري، فالموظفين العموميين، والعقود الإدارية، والأموال العامة، والمسؤولية الإدارية والأشغال العامة، مردّها ومرجعها فكرة المرفق العام، ولهذا فان مناط تطبيق قواعد القانون الإداري على نزاع معين ينشأ بين الإدارة والإفراد، هو كون هذا النزاع متعلقاً بتنظيم أو سير احد المرافق العامة او طرق ادارة احد المرافق العامة، وعلى هذا الأساس فان القضاء الإداري هو الذي ينظر في هذا النوع من المنازعات، وهكذا أصبح المرفق العام أيضاً معياراً لتحديد اختصاص القضاء الإداري³.

وتعمل الادارة على إنشاء المرافق العامة لما لها من أهمية في توفير احتياجات الأفراد التي لا تنتهي أبداً فهي متطورة ومستمرة في حياة الأفراد اليومية ، والمرافق العامة هي أفضل وسيلة لتحقيق هذه الاحتياجات عن طريق إنشاء مرافق عامة متخصصة بنشاط معين لإشباع هذه الحاجات للأفراد، فقد منحت الادارة امتيازات القانون العام لضمان حسن سير هذه المرافق على اكمل وجه وتقديمها للخدمات الموكلة اليها بأفضل صورة ممكنة، وبأعلى مستوى من الجودة الممكنة من الخدمات⁴.

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . ط6 . القاهرة : دار الفكر العربي . 2007م . ص 75.

² . القيسي، اعاد حمود : الوجيز في القانون الاداري . ط1 . عمان : دار وائل للنشر والتوزيع . 1998م . ص 145.

³ . الطهراوي ، هاني علي : القانون الإداري . ج1. ط1 . عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع . 1998م . ص 260 .

⁴ . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . ط1 . عمان : دار وائل للنشر والتوزيع . 2003م . ص215.

وللمرافق العامة نظام قانوني يضم مجموعة من الأحكام والمبادئ القانونية التي تخضع لها هذه المرافق العامة، حيث تشمل الاحكام المتعلقة بإنشائها وتنظيمها والغائها، والمبادئ الأساسية التي تضبط سيرها، والقواعد التي تحكم مختلف العلاقات القانونية التي تنشأ نتيجة لمزاولتها نشاطها، فتتشترك المرافق العامة جميعاً في حد أدنى من الأحكام والمبادئ والقواعد القانونية، تسمى بمجموعها النظام القانوني العام للمرافق العامة؛ لأنه ينطبق على جميع المرافق، وأياً كان نوعها، وأياً كان الأسلوب الذي تدار به¹.

والمقصود بتنظيم المرافق العامة هو " وضع القواعد التي تسيّر عليها بعد إنشائها، فيبين ما إذا كان المرفق الجديد سيلحق بشخص إداري، أم ستكون له شخصيته المستقلة، وطريقة استغلاله، وهل سيكون احتكاراً للسلطة الإدارية بحيث لا يباح لغيرها مزاولة نشاط من نفس النوع أم لا، كما تحدد القواعد التي تتبع في تعيين موظفين المرفق الجديد وتأديبهم وعزلهم"².

تأثر تنظيم المرافق العامة في فلسطين بعدة أمور على الخدمات التي تقدمها للأفراد في فلسطين، ومنها الاحتلال الاسرائيلي لفلسطين، والانقسام الفلسطيني عام 2007م بين الضفة الغربية التي تخضع للسلطة الوطنية الفلسطينية وبين قطاع غزة الذي يخضع لحكومة حماس، مما أثر على اختلاف القوانين السارية على المرافق العامة، وعلى انشاء هذه المرافق العامة وتنظيمها والغائها، وكون فلسطين دولة ناقصة السيادة لخضوعها للاحتلال الاسرائيلي، وأثر هذا الاحتلال على الخدمات المقدمة من قبل المرافق العامة، حيث أدت هذه الأمور الى عدم رضا الأفراد عن جودة الخدمات المقدمة من قبل المرافق العامة في فلسطين .

¹ . حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . بدون طبعة . القاهرة : بدون دار نشر . 1963-1964م . ص 107 .

² . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 380.

التطور التاريخي :

لقد صاحب نشأة المرافق العامة واستمرار وجودها الكثير من التطورات حيث اقترن تطورها بتطور الدولة ومهام هذه الدول، وان انشاء والغاء المرافق العامة مرتبط بالدولة، ويعزى ظهور المرافق العامة الى ظهور الدولة، فظهرت في بداية الامر بدور محدود ؛ لان الدولة كان دورها محدود، ومهد نشأة فكرة المرفق العام ووضع قواعد خاصة بها يعود الى الثورة الفرنسية عام 1789م، وان وظيفة الدولة مرت بعدت تطورات عبر التاريخ، وأثر ذلك المقترن على تطور نشأة المرافق العامة¹، وهذا التطور كما يلي :

اولاً : الدولة الحارسة، سادته فكرة الدولة الحارسة من عام 1789م الى عام 1914م، حيث اقتصر دور الدولة في الحياة الاقتصادية على اشباع الحاجات العامة في ثلاث مجالات تقليدية، هي الدفاع الخارجي والامن الداخلي وفض المنازعات (القضاء)، وقد اطلق على الدولة في تلك الفترة بالدولة الحارسة لاقتصار دورها على هذه المجالات الثلاثة فقط وعدم السماح بترك هذه المجالات بيد الافراد، وهذا يعد الحد الأدنى من تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية، وهذا أسس للنظام الرأسمالي الذي يعتقد بمقدرة وقدرة المبادرة الفردية على تحقيق التقدم الاقتصادي خارج المجالات التقليدية الثلاث².

ثانياً : الدولة المتدخلة، سادته فكرة الدولة المتدخلة من عام 1914 الى عام 1945م، حيث اضطرت الدولة من التدخل في الحياة الاقتصادية لإشباع حاجات عامة جماعية لعدم مقدرة المبادرة الفردية على اشباعها³، ولان الاستثمار فيها يتطلب امكانيات مالية ضخمة تفوق امكانيات الافراد العاديين او لأحجام المبادرة الفردية عن ارتيادها لعدم تحقيقها لمستوى من الربح الذي تهدف اليه، ولهذا تضطر الدولة تحت الضغط للاعتبارات العملية لا العقائدية للتدخل في هذه المجالات واشباع الحاجات الجماعية للأفراد فيها، وأيضاً الآثار التي ترتبت على

¹ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . ط1. حولي : مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع . 2008م . ص 26 .

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . ج2 . بدون طبعة . عمان : مطبعة الجامعة الاردنية . 1996م . ص 8 .

³ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . ط3 . القدس : المطبعة الحديثة . 2008م . ص 112 .

الحربين العالميتين الأولى عام 1914م والثانية عام 1939م، وهذا استوجب من الدولة التدخل لحل الكثير من المشكلات الاجتماعية والاثار المترتبة على الازمة الاقتصادية العالمية الأولى عام 1929م¹، ولهذه الاعتبارات العملية والاقتصادية تدخلت الدول في الحياة الاقتصادية ومارست العديد من الأنشطة الاقتصادية جنباً الى جنب مع الافراد لتحقيق توازن اجتماعي واقتصادي².

ثالثاً : الدولة الاشتراكية، ساد فكرة الدولة الاشتراكية من عام 1945م الى عام 1991م، حيث وصل تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية الى اقصاه حينما تمتلك الدولة وسائل الانتاج وتحظر على الأفراد المبادرة الفردية في الانتاج، فكان هذا التدخل راجع لأسباب عقائدية لا عملية، وظاهرة تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية هي ظاهرة عالمية تختلف وتتفاوت باختلاف الدول حسب العقيدة السياسية التي تعتنقها الدولة، ودرجة تقدمها الاقتصادي، ولهذا نجد ان تدخل الدول النامية في الحياة الاقتصادية أكبر من درجة تدخل الدول المتقدمة نظراً لضعف المبادرة الفردية مادياً وفنياً، لهذا نجد الدول النامية مضطرة للتدخل في الحياة الاقتصادية في المجالات الضرورية واللازمة لعملية التنمية³، وتتركز وظيفة الدولة حديثاً في كفالة اشباع الحاجات العامة للجمهور، والسهر على تحقيق سعادتهم ورفاهيتهم⁴.

رابعاً : دولة الرفاه، ساد فكرة بأن الدولة الحديثة هي دولة رفاه من عام 1991م، حيث أصبحت المرافق العامة تلعب دوراً هاماً في الدولة؛ لأن الدولة أصبحت دولة رفاه اعمالاً لمذهب التدخل، ولهذا أصبح من وظائف الدولة الحديثة أن توفر احتياجات المجتمع وإشباع حاجات الأفراد بهدف تحقيق المزيد من التنمية والتقدم وعجز النشاط الفردي عن هذا الاشباع، وهذا فرض على الدول الحديثة إلى نشأة فكرة المرفق العام وتطورها، والواقع أن دوافع انشاء المرافق العامة

¹ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 8-9 .

² . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 27 .

³ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . ج 2 . مرجع سابق، ص 9.

⁴ . حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . مرجع سابق . ص 8 .

تخضع لظروف متعددة يأتي في مقدمتها فلسفة الدولة في المجال الاقتصادي، أو الاجتماعي¹، ومن أجل توفير احتياجات الأفراد التي هي بطبيعتها متطورة ومستمرة وتختلف من دولة إلى أخرى حسب متطلبات واقتصاد وغنى الدولة أو فقرها ، وتقاليد كل دولة وكذلك من زمن إلى آخر، واختلاف الحاجات العامة المراد اشباعها، هذا كله أدى إلى انشاء المرفق العام².

تطورت المرافق العامة في فلسطين عبر مراحل تاريخية متلاحقة، كانت فلسطين بحدودها التاريخية خلالها خاضعة لقوى أجنبية، هي تحديداً (الإمبراطورية العثمانية، والانتداب البريطاني والحكم الأردني في الضفة الغربية، والادارة المصرية في قطاع غزة، والاحتلال الاسرائيلي)، الا أن هذه القوى لم تعمل على تمكين المرافق العامة لتكون ممثلاً للمصالح والتطلعات الصادقة للشعب الفلسطيني، اذ لم تكن هذه المرافق بالنسبة لها سوى امتداد للسلطة المركزية، واستخدمتها القوى الحاكمة وسيلة للسيطرة، وأدى اتفاق أوسلو الذي وقع في 13 سبتمبر 1993م الى قيام السلطة الفلسطينية في مايو 1994م، ومنذ ذلك الحين استلمت السلطة الفلسطينية العديد من المسؤوليات المدنية وبعض المسؤوليات الأمنية، وتنظيم المرافق العامة في فلسطين مبنياً على صورتين : أحدهما يتمثل في الحكومة المركزية، وثانيها يتمثل في السلطة اللامركزية³.

أهمية الدراسة :

تتبع أهمية هذه الدراسة من حداثة القانون الفلسطيني بشكل عام وحداثة القانون الإداري بشكل خاص، حيث لم تحدد هذه القوانين الحديثة والمتعلقة بالشأن الإداري كقانون الخدمة المدنية، رقم "4" لعام 1998م، والمعدل بقانون رقم "4" لسنة 2005م، وأيضاً قانون الهيئات المحلية الفلسطيني لعام 1997م، تنظيم المرافق العامة من حيث : تنظيم اضراب الموظفين في

¹ . رسلان، أنور أحمد : القانون الإداري السعودي تنظيم الادارة العامة ونشاطها " دراسة مقارنة " . بدون طبعة . بدون مدينة : معهد الادارة العامة للبحوث . 1408هـ . ص 289 .

² . كنعان ، نواف : القانون الإداري . ج1 . ط1 . عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع . 2008م . ص 321 .

³ . عبد العاطي، صلاح : الحكم المحلي والهيئات المحلية في فلسطين . عدد (1315) . 2005م . www.ahewar.org تاريخ الزيارة 2014/1/2م .

المرافق العامة، والقيود المفروضة على الاضراب، وايضا حادثة النمو والتوسع والتطور المستمر في انشاء المرافق العامة على اختلاف انواعها في فلسطين، وارتياح " الادارة " السلطة التنفيذية العديد من المرافق العامة ذات النفع العام والتي تمس حقوق الافراد والموظفين من التقصير في تنظيم وانشاء والغاء المرافق العامة، عدا عن قصر فترة التجربة القضائية التي باشرتها محكمة العدل العليا الفلسطينية .

وتتجلى أهمية هذه الدراسة أيضا في تبيان القواعد والأحكام التي تعالج تنظيم المرافق العامة في فلسطين من حيث: انشاء المرفق العام والغاء، والتميز بين المرافق العامة والمشروعات الخاصة ذات النفع العام، والقوانين التي تنظم المرافق العامة، والارتقاء بأفضل الوسائل في انشاء والغاء المرافق العامة، والمبادئ التي تحكم سير المرافق العامة، وطرق ادارة المرفق العام في فلسطين، في ظل انشاء دولة رفاه حديثة تواكب التطلعات والتطورات القانونية الحديثة في توفير أكبر قدر ممكن من الخدمات المميزة واحتياجات الافراد من قبل المرافق العامة .

أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة الى تحقيق عدد من الأهداف والمتمثلة فيما يلي :

1. تستهدف هذه الدراسة البحث عن أفضل آليات تنظيم المرافق العامة في فلسطين ومقارنتها مع تشريعات بعض الدول العربية، وذلك من أجل الاستفادة من هذه الدراسة في مجالات متعددة منها المشرع والقضاء وطلاب العلم وتحقيق العدالة .
2. توضيح المقصود بمفهوم المرفق العام في القانون الاداري في فلسطين والتشريعات المقارنة في بعض الدول، وتحديد الأساس الذي يستمد منه هذا المفهوم مصدره، وتحديد العناصر التي يتكون منها المرفق العام، من حيث المتفق والمختلف عليها فقهيًا وقضائيًا المكونة للمرفق العام .
3. التمييز بين المرافق العامة والمشروعات الخاصة ذات النفع العام، والنتائج القانونية المترتبة على عملية التمييز .

4. أليات انشاء المرافق العامة في التشريعات المقارنة بشكل عام وفي فلسطين بشكل خاص، وتوضيح الآراء الفقهية حول أفضل طريقة لإنشاء المرفق العام، سواء بقانون أو بناء على قانون، وتحديد الجهة المختصة بإنشاء المرافق العامة في فلسطين .
5. أليات الغاء المرافق العامة في التشريعات المقارنة بشكل عام وفي فلسطين بشكل خاص، وتحديد الجهة المختصة بإلغاء المرافق العامة في فلسطين، موضحاً مصير أموال المرفق العام بعد الغاؤه، وتوضيح مصدر أموال المرفق العام، والجهة التي تؤول إليها أموال المرفق العام بعد الغاؤه .
6. تبيان المبادئ القانونية التي تحكم سير المرافق العامة، وموقف المشرع الفلسطيني من الاضراب، وتنظيم استقالة الموظفين، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الموظف الفعلي، والحجز على أموال المرفق العام، ومقارنتها مع تشريعات بعض الدول .
7. تحديد وتوضيح طرق ادارة المرافق العامة في فلسطين، ومقارنتها مع تشريعات بعض الدول، من أجل الحصول على افضل الطرق لإدارة المرافق العامة في فلسطين .

مشكلة الدراسة :

تكمن اشكالية هذه الدراسة في عدة امور والمتمثلة بما يلي :

1. اثاره مشكله من الجهه صاحبه الاختصاص في انشاء والغاء المرافق العامة في ظل تنوع القوانين السارية في فلسطين، وفي ظل هيمنة السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة التشريعية، وغياب سياسة تشريعية موحدة تحدد من له اختصاص انشاء وتنظيم والغاء المرافق العامة في فلسطين، فهل هي السلطة التشريعية أم السلطة التنفيذية ؟
2. هل يستطيع الأفراد اجبار الإدارة على انشاء مرفق عام، وهل يوجد قيود على الادارة في انشاء المرافق العامة ؟
3. ما هو الوضع القانوني لأموال المرفق العام بعد الغاؤه، ومصير هذه الأموال، ومصدر هذه الاموال، والجهة التي تؤول إليها أموال المرفق العام ؟

4. حداثة تنظيم المرافق العامة في فلسطين، وما هو موقف المشرع الفلسطيني من تنظيم اضراب الموظفين في المرافق العامة، وهل قيد الاضراب بشروط معينة؟. وأيضا ما موقفه من استقالة الموظفين، ونظرية الموظف الفعلي، ونظرية الظروف الطارئة، والحجز على اموال المرفق العام، مقارنة مع تشريعات بعض الدول؟
5. ما هي المبادئ التي تحكم سير المرفق العام، والنتائج المترتبة على الأخذ بهذه المبادئ في فلسطين مقارنة مع تشريعات بعض الدول؟.
6. ما هي الطرق المباشرة في ادارة المرافق العامة؟. وما هي الطرق غير المباشرة في ادارة المرافق العامة؟. وكيف عالج النظام القانوني الفلسطيني الطرق المباشرة والطرق غير المباشرة في ادارة المرافق العامة في فلسطين مقارنة مع تشريعات بعض الدول؟.

منهجية الدراسة :

ومن أجل الاجابة على هذه التساؤلات والمشكلات فان الباحث سيتبع في هذه الدراسة المنهج المقارن، في دراسة نصوص القوانين الفلسطينية الواردة في صدد الدراسة وتحليلها ومقارنتها مع تشريعات بعض الدول العربية، والذي يقوم على ما يلي :

1. جمع المعلومات من الوثائق والدراسات والأبحاث والكتب ذات العلاقة بموضوع الدراسة .
2. جملة الأبحاث والمؤلفات القانونية .
3. تحليل بعض أحكام محكمة العدل العليا حول هذه الدراسة .
4. بعض القوانين ذات العلاقة بالشأن الاداري الفلسطيني .
5. بعض القوانين والتشريعات في بعض الدول .

محددات الدراسة :

اعتمدت هذه الدراسة على ما يلي :

1. بعض القوانين الفلسطينية والعربية ذات العلاقة بالموضوع محل الدراسة .

2. بعض قرارات المحاكم المختصة في هذا الموضوع محل الدراسة .
3. مؤلفات الفقهاء والكتب العربية في هذا الموضوع محل الدراسة .
4. الأبحاث العلمية المنشورة .

الدراسات السابقة :

بالرغم من أهمية هذا الموضوع وحيويته، إلا أنني لم أجد من خلال اطلاعي على الدراسات التي تناولت الموضوع في معظم المكتبات الفلسطينية وعلى الرسائل الجامعية دراسات خاصة تناولت هذا الموضوع غير بحث له علاقة بهذه الدراسة وهو :

1. سامر احمد موسى، اضراب العاملين في المرافق العامة " دراسة في النظام القانوني الفلسطيني والفرنسي والجزائري"، بحث منشور على الموقع الالكتروني،
previous.eastlaws.com/Uploads/Morafaat/19.pdf

وأيضاً وجود بعض الدراسات العلمية في بعض البلدان العربية التي لها علاقة بهذا الموضوع محل الدراسة، وهذه الدراسات هي :

2. حسن محمد علي، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير دراسة مقارنة في تطور نشاط المرافق العامة الاقتصادية، رسالة ماجستير، جامعة الموصل، العراق، 2005، ومنشور على الموقع الالكتروني، www.uomustansiriyah.edu.iq
3. اسامة طه حسين، النظام القانوني للمرافق العامة الاقتصادية في العراق "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، العراق، 2012، ومنشورة على الموقع الالكتروني،
www.colaw.uobaghdad.edu

4. صالح بن عبد الرحمن الحصين، فكرة التزام المرافق العامة في الفقه الاسلامي، بحث منشور على الموقع الالكتروني، <http://rowaq.org>

تقسيم الدراسة :

لقد قام الباحث بتقسيم هذه الدراسة الى فصلين يتناول الفصل الأول منهما المرفق العام والمبادئ التي تحكم سيره وذلك من خلال مبحثين يتناول المبحث الأول السياق العام للمرافق العامة، في حين يتناول المبحث الثاني المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة، ويتناول الفصل الثاني طرق ادارة المرافق العامة، وذلك في مبحثين يتناول المبحث الأول منهما الطرق المباشرة في ادارة المرافق العامة، في حين يتناول المبحث الثاني الطرق غير المباشرة في ادارة المرافق العامة .

الفصل الأول

المرفق العام والمبادئ التي تحكم سيره

يدخل موضوع المرافق العامة ضمن صورة النشاط الإداري للدولة الذي أخذ منذ بداية القرن الماضي يتوسع ويتطور لتتدخل في النشاطات الخاصة، وشكل المرفق العام صورة هذا التطور، فالسلطة الإدارية إذا رأت أن النشاط الخاص يكفي لإشباع بعض الحاجات العامة فأنها تكتفي بأن تقوم السلطة الإدارية بتنظيم ممارسة تلك النشاطات الخاصة، بما في ذلك أن تكفل هذه النشاطات الخاصة المحافظة على أهداف النظام العام في صورته الأربع وهي: (الأمن العام، الصحة العامة، السكنية العامة، الآداب العامة)، وهذا النشاط للسلطة الإدارية يعرف بالضبط الإداري. وإذا رأت السلطة الإدارية أن إجراءات الضبط الإداري لا تكفي لإشباع الحاجة العامة، فإنها تقوم بتقديم العون والمساعدة ودعم المشروعات الخاصة مادياً ومعنوياً، وقد تخلع على هذه المشاريع صفة النفع العام . فان كان ما سبق لا يكفي لتلبية بعض الحاجات العامة، ورأت السلطة الإدارية أنه يجب عليها أن تتولى بنفسها اشباع الحاجة العامة، فانه يطلق على هذا النشاط مرفق عام¹.

لقد قام الباحث بتقسيم هذا الفصل الى مبحثين، وهما كما يلي :

المبحث الأول : السياق العام للمرافق العامة

المبحث الثاني : المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة

المبحث الأول : السياق العام للمرافق العامة

للمرافق العامة ادواراً وجوانب متعددة وأهمية في القانون الإداري، فهو معيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري، وأيضاً هو اساس تقوم عليه نظريات القانون الإداري، كما أنه يبرر قواعده وأحكامه، وأخيراً فان المرفق العام هو وسيلة لتحقيق تدخل الإدارة وتنظيم نشاطها².

¹ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 112 .

² . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 362 .

وتحتل المرافق العامة مكانة خاصة في القانون الإداري، فهي محوراً أساسياً وجوهرياً لنظرياته ومبادئه العامة، واليها ترد وبها تفسر الأحكام الخاصة للعديد من نظرياته العامة، لذا نشأت في القانون العام مدرسة فقهية يطلق عليها مدرسة المرفق العام، والذي وضع أسسها وقواعدها العلامة دوجي ؛ فيرى أن المرافق العامة هي حجر الزاوية في القانون الإداري، بل هي أساس القانون العام كله، فالدولة ليست الا كتلة من المرافق العامة المنظمة الخاضعة لرقابة الحكومة، فهو أيضاً انكر فكرة السيادة المطلقة وألوية الإدارة العامة على إرادة الأفراد، وانكاره لفكرة الشخصية المعنوية، فالدولة بنظر دوجي ليست سلطة أمرة، وإنما هي مجموعة من المرافق العامة ينظمها ويشرف عليها الحكام¹، ويترتب على انشاء المرافق العامة مساس بالحقوق والحريات العامة، خاصة حرية التجارة والصناعة².

ومن أجل تحديد السياق العام للمرافق العامة فإن الباحث قام بتقسيم المبحث الى أربعة مطالب وهي كما يلي :

المطلب الأول : مدلول المرفق العام

المطلب الثاني : التمييز بين المرافق العامة والمشروعات الخاصة ذات النفع العام

المطلب الثالث : انشاء المرفق العام

المطلب الرابع : الغاء المرفق العام

المطلب الأول : مدلول المرفق العام

سيتناول الباحث في هذا المطلب مفهوم المرفق العام في الفرع الأول، ومن ثم تناول عناصر المرفق العام في الفرع الثاني، وذلك وفق الترتيب التالي :

¹ . شطناوي، علي خطر : مبادئ القانون الإداري الاردني . مرجع سابق . ص 57 .

² . جمال الدين ، سامي : أصول القانون الإداري . ج2 . بدون طبعة . الاسكندرية : دار المطبوعات الجامعية . 1996م . ص 597 .

الفرع الأول : مفهوم المرفق العام

يقصد بالمرفق لغةً : هو ما يرتفق به، أي ينتفع به¹.

فيقول الله سبحانه وتعالى : (واذا اعتزلتموهم وما يعبدن الا الله فأووا الى الكهف ينشر لكم ربكم من رحمته ويهيئ لكم من أمركم مرفقاً)²، أي أمراً ترتفقون به³.

أما اصطلاحاً : فقد تطور مفهوم المرفق العام بتطور نشاط الدولة وعدم وقوف هذا النشاط عند حدود معينة، فعندما كان دور الدولة محدوداً في مهام يتعذر على الافراد القيام بها من الناحيتين القانونية والمادية ساد المفهوم العضوي (الشكلي) للمرفق العام، حيث ينصرف هذا المدلول الى الهيئة أو المنظمة أو العضو أو الجهاز الذي تنشؤه الدولة ليكون أحد اعضائها ويعهد اليه القيام بنشاط عام، وبعد ذلك تطور هذا المدلول ليظهر المفهوم المادي (الوظيفي) للمرفق العام، وينصرف هذا المدلول الى كل نشاط موضوعه تلبية احتياج عام الهدف من هذا النشاط تحقيق مصالح عامة تقوم الدولة بتحقيقها بنفسها أو تحت اشرافها أيا كان الشخص الذي يقوم بهذا النشاط سواء كان من اشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص⁴.

¹ . الظاهر، خالد خليل : القانون الاداري " دراسة مقارنة " . ج 2 . ط 1. عمان : دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة . 1997م . ص 25.

² . سورة الكهف . أية رقم "16" .

³ . الظاهر، خالد خليل : القانون الاداري " دراسة مقارنة " . مرجع سابق . ص 25 .

⁴ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 27-28 .

عرفت محكمة العدل العليا الاردنية المرفق العام تعريفاً موسعاً - اقتداءً بالتعريف الموسع الذي أخذ به القضاء الاداري المقارن في حكمها رقم 1967/74. مجلة نقابة المحامين الاردنيين . العدد 6 . 4/30/1969 . ص 321 . بأنه " حاجة جماعية بلغت من الأهمية مبلغاً يقتضي تدخل الحكومة لكي توفرها للأفراد باستخدام وسائل القانون العام، سواء كان الأفراد يستطيعون بوسائلهم الخاصة اشباع تلك الحاجة أم لا ؛ أي أن العنصر الأساسي في المرفق العام هو ضرورة وجود خدمة عامة يهدف المشرع الى ادارتها من الحكومة مباشرة، أو بواسطة ملتزم تحت اشرافها، ولا فارق بين أن تكون تلك الخدمة تتعلق بنشاطات تجارية أو صناعية أو خلافاً ... " . كنعان ، نواف : القانون الإداري . ج 1 . مرجع سابق . ص 317.

وعرفت محكمة القضاء الاداري المصرية المرفق العام في حكمها الصادر في 3/3/1957 . (السنة 11 . ص 239) . بأنه " معنى انشاء المرفق العام أن جهة الادارة رأّت أن هناك حاجة جماعية ملحة، قد بلغت من الأهمية مبلغاً يقتضي تدخلها لكي توفرها للأفراد باستخدام وسائل القانون العام التي تتطوي على قدر كبير من المساس بحقوق الافراد

ومن هذا المنطلق فان اصطلاح " مرفق عام " يستعمل للدلالة على معنيين : الأول، يستعمل للدلالة على نشاط من نوع معين تقوم به الادارة للصالح الأفراد، والثاني، يقصد به المنظمة او الهيئة التي تقوم بالنشاط السابق¹.

والهدف الأساسي من وجود المرفق العام بمعناه الشكلي والمادي هو الحاجة التي يراد اشباعها، والمصلحة العامة التي تهدف الادارة الى تحقيقها، فتقوم الادارة بإنشاء وادارة المرفق العام بمعناه الشكلي، أو تتولى النشاط بمعناه المادي اذا رأت حاجة عامة لا تشبع اشباعا تاما بواسطة الأفراد، ويقتضي تدخل الادارة لإشباعها بواسطة المرفق العام، فكانت النظرية التقليدية تفرق بين أوجه نشاط الادارة، فكانت تفرق بين النشاط الذي تمارسه الادارة بقصد اشباع الحاجات العامة وتعتبر مرافق عامة، والنشاط الذي تمارسه الادارة بقصد الحصول على موارد نقدية، كأن تستغل بعض العقارات أو تقوم ببعض الاعمال التجارية بقصد زيادة الموارد النقدية للدولة، ولا تعتبر هذه الالوجه من نشاط الادارة من المرافق العامة تبعا للنظرية التقليدية ؛ لأنها لا تشبع حاجة عامة. في حين أن وظيفة الدولة في المجتمع الاشتراكي لا تقتصر على وظائف الادارة والخدمات، وانما ممارسة الأعمال التجارية لزيادة الموارد النقدية اللازمة للتنمية الاقتصادية . وفي هذا المجال يقول الدكتور محمود حلمي " أن يعتبر من المرافق العامة جميع أوجه النشاط التي تمارسها الادارة، ولو كانت من طبيعة تجارية بحتة، طالما كان الهدف هو تحقيق مصلحة عامة"².

أدى الاختلاف الفقهي في مفهوم المرفق العام الى اختلاف واضح بين الفقهاء في تعريف المرفق العام نفسه، وتباينت هذه التعريفات الفقهية، الا اننا نجعلها في قسمين، قسم يرجح عنصر السلطة العامة، وقسم آخر يرجح عنصر موضوع النشاط والخدمة المقدمة³.

=وحياتهم، مما يستتبع احاطة هذا الانشاء بشيء من الضمانات للتأكد من أن هذا المساس له في الواقع من الأمر ما يبرره " . الطماوي، سليمان : مبادئ القانون الاداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص372.

¹ . حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . ط1 . الاسكندرية : دار الفكر الجامعي . 2007م . ص 180 .

² . حلمي ، محمود : موجز مبادئ القانون الإداري . ط1 . القاهرة : دار الفكر العربي . 1977 م . ص 365-366 .

³ . شطناوي، علي خطر : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 19 .

القسم الأول : تعريف المرفق العام حسب المفهوم الشكلي

يولى أنصار المفهوم العضوي للمرفق العام أهمية خاصة لعنصر السلطة العامة، فقد عرف المرفق العام بأنه " منظمة عامة تباشر قدرا معيناً من السلطات والاختصاصات التي تكفل وتضمن لها اشباع حاجة جماعية على نحو منتظم ومطرد "، فهي وسيلة تلجأ إليها السلطات العامة لإشباع حاجة عامة، ففيل ان يشترط لاعتبار أي نشاط مرفقاً أن يكون يتولاه شخص معنوي عام يهدف الى منفعة عامة للأفراد، ولكن يرد على هذا التعريف مأخذين، أولهما أنه يخالف الواقع العملي ؛ حيث يوجد بعض الاشخاص العامة الإدارية تمارس نشاطات لا تعد باي حال من الاحوال مرافق عامة، فمن المتفق عليه أن كل ما تتولاه الاشخاص العامة الادارية لا يعد بالضرورة مرفقا عاما، فلو اعتبرنا أن شخص معنوي يقوم بإدارة نشاط معين يعد قرينة قابلة لإثبات العكس بأن النشاط هو مرفق عام، كما أن المنفعة العامة لم تعد حكرا على الدولة، فيوجد مشروعات خاصة تستهدف منفعة عامة، وثانيها أنه يخالف الاجتهاد القضائي في فرنسا والأردن الذين اعترفا صراحة بأن نشاط التنظيمات المهنية يعتبر مرفقا عاما، وقيام اشخاص القانون الخاص بإدارة مرافق عامة بطريقة الامتياز او شركات الاقتصاد المختلط¹.

القسم الثاني : تعريف المرفق العام حسب المفهوم المادي

يولى أنصار المفهوم المادي عند تعريفهم للمرفق العام أهمية خاصة لعنصر النشاط نفسه والمنفعة العامة المنطوية عن النشاط². فيعرف العميد دوجي المرفق العام بأنه " كل نشاط تقوم به وتنظمه وتراقبه الحكومة - اذ يكون هذا النشاط ضروريا لتحقيق التضامن الاجتماعي، ولا يمكن ان يتحقق تماماً الا بتدخل السلطة العامة"³.

¹ . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 217 .

انظر قرار محكمة العدل العليا الاردنية . 1981/1/25 . نقابة المحامين الاردنيين . ص 1369 .

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 20 .

³ . حلمي ، محمود : موجز مبادئ القانون الإداري . ط2 . القاهرة : دار الثقافة للطباعة والنشر . 1984م . ص 90-

تأثر جانب كبير من الفقه العربي بالمفهوم المادي ؛ فنجد أن البعض يحدد المقصود بالمرفق العام بأنه الخدمة أو النشاط بصرف النظر عن الهيئة التي تؤدي الخدمة أو تمارس النشاط وهل هي خاضعة للقانون العام أم الخاص كفرد أو شركة، على أن يتحقق في جميع الأحوال اشراف السلطة العامة وهيمنتها على النشاط او الخدمة المذكورة¹. فيعرف الدكتور ابراهيم طه الفياض منظوراً الى المفهوم المادي بأنه " كل نشاط موضوعه تلبية احتياج عام هدفه تحقيق الصالح العام وتكون للدولة الكلمة العليا في خلقه وتنظيمه وادارته بصورة مباشرة أو غير مباشرة"².

كانت هذه الفكرة مقبولة عندما كان نشاط الادارة يقتصر على الأعمال الإدارية البحتة، وعند امتداد الادارة الى النشاط الاقتصادي في الدول الرأسمالية اضطرت الادارة الى ممارسة بعض هذه الأنشطة، وقد اضطر الفقه والقضاء الفرنسي الى التمييز بين نوعين من أوجه النشاط الاداري الذي يعتبر من قبيل المرافق العامة، المرافق العامة الادارية ويطبق عليها القانون الاداري، وتدخل المنازعات التي تنشأ عنها في اختصاص القضاء الاداري، والمرافق العامة الصناعية والتجارية، والتي تدخل المنازعات التي تنشأ عنها في اختصاص القضاء العادي، ولا تدخل في اختصاص القضاء الاداري³.

ولهذا فقد اتجه الرأي الراجح في الفقه الى الجمع بين المعنيين الشكلي والمادي لتعريف المرفق العام، وعلى هذا الأساس فان التعريف الحديث للمرفق العام هو كل نشاط تقوم به الادارة بنفسها أو بواسطة افراد عاديين تحت اشرافها وتوجيهها بقصد اشباع الحاجات العامة⁴. وهذا الرأي الذي أيده الباحث لأنه يتفق مع الواقع العملي .

¹ . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 217 .

² . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 29 .

³ . حلمي ، محمود : موجز مبادئ القانون الإداري . ط2 . مرجع سابق . ص 91 .

⁴ . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر .

ط 1 . الاسكندرية : منشأة المعارف . 1991م . ص 400 .

الفرع الثاني : عناصر المرفق العام

إذا اردنا أن نحلل مفهوم المرفق العام، فانه يتكون من ثلاث عناصر متفق عليها وعنصر رابع مختلف عليه، تلزم لوجود المرفق العام، وتتمثل العناصر الثلاث المتفق عليها في كون المرفق العام مشروع تنشؤه السلطة العامة، والمرفق العام تتولاه الادارة، والمرفق العام لا يستهدف سوى تحقيق النفع العام . أما العنصر الرابع المختلف عليه فهو خضوع المشروع للنظام القانوني الخاص بالمرافق العامة¹.

اولاً : المرفق العام مشروع تنشؤه السلطة العامة

كل مرفق عام هو عبارة عن منظمة تتكون من مجموعة وسائل وأشخاص ومواد مرتبة ترتيباً ادارياً، لأداء الخدمة العامة². وبهذا يكون المرفق العام باعتباره نشاطاً منظماً تمارسه مجموعة بشرية معينة بوسائل مادية وفنية وقانونية كتلة متكاملة من العناصر السابقة . فكل مشروع مهما كانت طبيعته عامة ام خاصة يتضمن العناصر الاساسية التالية³:

1. المجموعة البشرية، وهذه تنقسم الى قسمين :

أ- هيئة توجيهية، تتولى التوجيه العام للنشاط المرفق العام، ووضع الخطط والرقابة على نشاط المرفق العام، وهذا الدور تقوم به الادارة التي انشأت المرفق العام سواء تديره بنفسها أم بواسطة غيرها ممن يعهد اليهم بإدارة المرفق العام .

ب- هيئة تنفيذية، وهم الاشخاص الذين يقومون بتنفيذ قرارات الهيئة الادارية، وايصال خدمات المرفق العام الى جمهور المنتفعين⁴.

¹ . حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . ص 22-32 .

² . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 367.

³ . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 220 .

⁴ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 31.

2. المجموعة القانونية : وهي الوسائل والأساليب القانونية التي يمكن للمشروع اللجوء إليها واستخدامها، فتلجأ المشروعات العامة عادة الى القانون العام بما ينطوي عليه من امتيازات قانونية يمنحها القانون العام لقيام المشروع واستمراره، كاستملاك العقارات لبناء المشروع وإبرام العقود الادارية لإحداث المشروع كعقد التوريد وعقد اشغال عامة¹.

3. المجموعة المادية، وهذه تنقسم الى قسمين :

أ- الأدوات والآلات والمواد التي يستخدمها المرفق العام ليقدم منها خدمة لجمهور المنتفعين من نشاط المرفق العام .

ب- الأموال العقارية والمنقولة، فهو عصب كل مشروع، فقيام أي مشروع وإدارته ادارة حسنة يستلزم صرف مبالغ مالية ضخمة يتعين التفكير بتدبيرها قبل الاقدام على انشاء مشروع فاشل أو ضعيف².

وتقوم الدولة بإنشاء العديد من المشروعات، منها ما يعد مشروعات خاصة، ومنها ما يعد مرافق عامة، ولتحديد المرافق العامة من المشروعات التي تنشؤها الدولة يجب البحث عن ارادة المشرع التي قد تكون صريحة وحاسمة، وقد يمكن التعرف عليها بالقرائن المختلفة . وفي هذا الصدد يرى بعض الفقهاء، أنه اذا تعذر الكشف عن قصد المشرع اعتبر المشروع مرفقاً عاماً، في حين يرى آخرون أن موضوع نشاط المشروع القائم على أساس احتكار الإدارة له دليل على قصد المشرع في جعله مرفقاً عاماً . وعلى العكس من ذلك عند قيام السلطة العامة بمنع المساس في حق الافراد في ممارسة نشاط معين، فهو قرينة على أن المشرع يحرص على بقاء هذا النوع من النشاطات في نطاق المشروعات الخاصة³، وهذا الرأي الاخير الذي أيده الباحث .

¹ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 26 .

² . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 221 .

³ . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 401 .

ثانياً : المرفق العام تتولاه الادارة العامة

يلزم لاعتبار المشروع مرفقاً عاماً وجود ارتباط بين المشروع والإدارة العامة، بحيث يكون المشروع تابع للإدارة، وأيضاً تكون الإدارة مسؤولة عن المشروع بنفسها أي بموظفيها وأموالها بإدارة المشروع وتسييره، أما بنفسها أو تعهد بإدارته الى شركة أو هيئة خاصة أو فرد معين ينوب عن الادارة في ذلك، وتعني هذه المسؤولية ايضاً ضرورة انشاء هذا المشروع بواسطة الدولة، أما باستحداثه بداءة، وأما بتأميمه، حيث يتم تحويل هذا النشاط من الملكية الخاصة الى الملكية العامة، واما بشرائه ان امكن¹. وهذا يعني أن المشروعات يجب أن تخضع للدولة حيث لها الكلمة العليا والنهائية، من حيث الانشاء أو التنظيم أو الادارة أو الرقابة لهذه المشروعات لكي تعتبر مرافق عامة².

ثالثاً : المرفق العام لا يستهدف سوى تحقيق النفع العام

المشروع عندما يستهدف النفع العام يكون غرضه سد حاجات عامة مشتركة³، سواء كانت هذه الحاجات والخدمات مادية كتوفير المياه والكهرباء ووسائل المواصلات العامة، أو كانت معنوية كتوفير الأمن الداخلي والخارجي للأفراد، والتعليم بمراحله المختلفة، فاذا فقد المشروع هذه الصفة لم يعد مرفق عام، ولو حتى أنشأته الدولة وتتولى ادارته، ومع ذلك فان للتطور الحديث للقانون الاداري يعترف بصفة المرفق العام للمرافق الصناعية، والتجارية التي تنشئها الدولة مع أنها تعمل على تحقيق الربح، والسبب ان هذه المرافق ليس الهدف تحقيق الربح من انشائها وانما المنفعة العامة، وما الربح الا أثر من الآثار المترتبة على نوعية هذه المرافق باعتبارها تقوم بأعمال صناعية وتجارية⁴.

¹ . جمال الدين ، سامي : أصول القانون الإداري . مرجع سابق . ص 585 .

² . القيسي، اعاد حمود : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 168 .

³ . حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 181 .

⁴ . الطهراوي ، هاني علي : القانون الإداري . ط1. مرجع سابق . ص 264 .

وقد أكدت محكمة العدل العليا الأردنية على عنصر النفع العام في تعريفها للمرفق العام كما سبق ذكره، ويترتب على عنصر المنفعة العامة أنه لا يشترط في المنفعة المنطوية عن نشاط المرفق العام أن تتعلق بجميع سكان الدولة، فقد يستفيد منها اقليم معين كالمرافق العامة المحلية، وقد يستفيد منها طائفة معينة كالمرافق العامة المهنية الخاصة بالمحامين أو المعلمين، فالمهم أن لا يكون محدد الافراد المستفيدين من خدمات المرفق العام بذواتهم، ومن جانب آخر فهناك هيئات تقوم بأنشطة فيها نفع عام ولا تعتبر مرافق عامة كالجامعات الخاصة، لأن الهدف الاساسي من نشاطها هو تحقيق الربح المادي، أما النفع العام فيأتي بشكل عرضي، وأيضا لا يشترط مجانية الخدمات المقدمة من نشاط المرفق العام، فقد ترى الحكومة ضرورة فرض رسوم بسيطة مقابل الخدمة الصحية أو التعليمية المقدمة للمواطنين كمساهمة منهم في تحمل الاعباء العامة، وهذا الوصف لا يغير من أن استيفاء رسوم مقابل الخدمات العامة لا يزيل صفة المرفق العام¹. وكذلك استمرار المرفق العام بالرغم من الخسائر المتكبدة من نشاط المرفق العام، لأن الهدف هو اشباع حاجات عامة للأفراد وليس الغاية الربح المادي².

صنف بعض الفقهاء نشاط المرفق العام الذي يشبع حاجة عامة للجمهور الى فئتين وهما :

1. النشاط الذي يشبع حاجات عامة بشكل مباشر: نشاطات تقوم بها هيئات عامة لإشباع حاجات عامة، كالمرافق الادارية مثل الوزارات وبعض المرافق الاقتصادية اللازمة والضرورية، و نشاطات تقوم بها هيئات خاصة بموجب تراخيص أو امتيازات تمنحه لها السلطة العامة³.

2. النشاط الذي يشبع حاجات عامة بشكل غير مباشر: نشاطات تقوم بها هيئات خاصة وتشبع حاجات عامة بشكل عرضي، بمعنى أنها تستهدف تحقيق الربح بشكل أساسي ولا

¹ . الخلايلة، محمد علي : القانون الاداري . ج1. ط1. عمان : اثراء للنشر والتوزيع . 2010م . ص 252-254 .
انظر قرار محكمة العدل العليا الاردنية . رقم 1967/74 . مجلة نقابة المحامين الاردنيين . العدد "6" . 1969 / 4/30 . ص 321 .

² . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 223 .

³ . القيسي، اعاد حمود : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 168 .

تستهدف اشباع حاجات عامة بصورة مباشرة، كالمستشفيات الخاصة والمدارس الخاص¹.

رابعاً : خضوع المشروع للنظام القانوني الخاص بالمرافق العامة

إذا كانت العناصر الثلاث السابقة محل أجماع الفقه، فإن العنصر الرابع أثار خلافاً فقهيّاً واسعاً، حيث ترى طائفة من الفقه أن خضوع المشروع للنظام القانوني الخاص بالمرافق العامة عنصراً لازماً لقيام المرفق العام، بينما ترى طائفة أخرى أن الخضوع لهذا النظام القانوني الخاص لا يعد عنصراً ضرورياً لقيام المرفق العام².

الاتجاه الأول : ذهب جانب من الفقه الى القول أن خضوع المشروع للنظام القانوني الخاص بالمرافق العامة عنصراً لازماً لقيام المرفق العام، فقيل أن المرفق العام يعني النظام القانوني، فهو مجموعة من الوسائل والامتيازات الاستثنائية على القانون العام، وقيل أن المرفق العام هو عبارة عن نشاط معين يخضع لنظام قانوني معين³.

ويقول الدكتور سليمان الطماوي : " ان كل مرفق عام يخضع لقدر معين من القواعد القانونية تحكم سيره، فالمرافق العامة ليست كلها على نمط واحد، كما أنها لا تدار بنفس الطريقة، ولكن يجمع بينها بعض القواعد القانونية، تنطبق عليها جميعاً أياً كان شكلها أو طريقة ادارتها"⁴.

واجه هذا الاتجاه انتقادات من جانب كبير من فقه القانون العام وهي :

¹ . كنعان ، نواف : القانون الإداري . ج1. مرجع سابق . ص322 .

² . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 228 .

³ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 35 .

⁴ . يقول أيضاً الدكتور سليمان الطماوي " اننا نذكر هذا العنصر بين عناصر المرفق العام - مع تسليمنا بأنه نتيجة- ولكنه في الحقيقة ليس مجرد نتيجة، بل ان فكرة المرافق العامة أصبحت تتعلق بإرادة المشرع، وهكذا يصبح التنظيم ولوائحه نتيجة، إلا أنه خاصية للمرفق العام في ذات الوقت ؛ لأن المشروع لا يصبح مرفقاً عاماً إلا اذا أرادت الإدارة ذلك، بأن أخضعت نظامه القانوني للنظام الذي يحكم المرافق العامة " . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 367-368.

الأول : المفهوم الحديث للمرفق العام هو أنه لم يعد في الوقت الحاضر أن كل المرافق تعد مرافق ادارية بحتة تخضع بشكل قاطع للنظام القانوني المقرر للمرافق العامة، حيث يوجد مرافق عامة اقتصادية تخضع لأحكام القانون الخاص في جانب من نشاطها ووسائل ادارتها مع احتفاظها بصفة المرفق العام، والثاني : أنه عند توافر العناصر الأساسية للمشروع يطبق النظام القانوني الخاص بالمرافق العامة، حيث يأتي تطبيق هذا القانون كنتيجة لثبوت صفة المرفق العام للمشروع، ولهذا لا يعتبر عنصر من عناصر المرفق العام¹.

الاتجاه الثاني : ذهب جانب آخر من الفقه الى القول أن الخضوع لهذا النظام القانوني الخاص لا يعد عنصراً ضرورياً لقيام المرفق العام، لذا قيل لا يمكن التسليم وقبول وجهة نظر أنصار التعريف الضيق، فلا يجوز اللجوء الى فكرة النظام الاداري الخاص الا كقرينة تطبق على المرافق العامة التي تتولى ادارتها التنظيمات الخاصة².

ويوجد على هذا الاتجاه بعض الملاحظات المهمة والأساسية وهي كما يلي :

1. بعض الاحيان يحدث التقاء بين العناصر الأربعة : حيث يتولى شخص معنوي عام ادارة مشروع (نشاط) ينطوي على نفع عام، ويخضع لنظام قانوني خاص³.
2. ان هذا النظام القانوني الخاص ما هو الا قرينة من بين القرائن التي يستدل بها على نية المشرع⁴.
3. يقر أنصار الاتجاه الثاني صراحة بأنه لا يمكن استبعاد فكرة النظام القانوني الذي يحكم المرافق العامة بصفة كلية ومطلقة، حيث يرون أن الخضوع لهذا النظام القانوني انما

¹ . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 404 .

الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 43-44.

² . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 228 .

³ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 36 .

⁴ . حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . مرجع سابق . ص 31 .

هو مجرد نتيجة، يتضمن بالضرورة تطبيق قواعد القانون الاداري، لأن خضوع المشروع للنظام الاداري ليس الا نتيجة لاعتباره مرفقاً عاماً¹.

ويرى الباحث أن المرافق العامة لا بد وأن تخضع حتى ولو جزئياً لقواعد القانون العام، ولو حتى كان التطبيق في الحد الأدنى من قواعد القانون العام ؛ وذلك من أجل أن تتمتع هذه المرافق بالقدر اللازم من امتيازات القانون العام باعتبارها وسائل وأدوات للمواجهة والتغلب على ما يعترض نشاطها من عقبات ومشكلات، كالاستملاك أو فرض الرسوم نظير الانتفاع من خدمات المرفق العام أو فرض قيود على الغير، كمنعهم من مزاوله نفس نشاط المرفق العام خصوصاً عندما يدار المرفق بأسلوب الامتياز، فمن غير المتصور أن يخضع مرفق عام بصفة كلية ومطلقة لقواعد القانون الخاص، وأيضاً خضوع المرفق العام للقانون العام لا يعتبر عنصراً من عناصر المرفق العام، وإنما هو نتيجة من نتائج اكتساب نشاط (مشروع) صفة المرفق العام وهيمنة الدولة على هذا المرفق، أما بإحداثه أو تأميمه أو الاشراف عليه أو إدارته بطريقة مباشرة أو غير مباشرة .

المطلب الثاني : التمييز بين المرافق العامة والمشروعات الخاصة ذات النفع العام

أدى التطور في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية الى أن مسألة تحقيق الصالح العام لم تعد مقصورة على الدولة، فالنشاط الفردي والخاص يحقق مصالح ومنافع عامة فظهر ما يسمى في فقه القانون العام بالمشروعات الخاصة ذات النفع العام، والتي يشبه نشاطها في مظهره المادي والهدف الذي يسعى الى تحقيقه كثيراً من مظاهر نشاط المرفق العام، وأدى هذا الأمر الى ضرورة ايجاد معيار يميز هذه المشروعات الخاصة عن المرافق العامة².

¹ . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 229 .

² . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 47 .

نص القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003م في المادة "21" منه على " 1- يقوم النظام الاقتصادي في فلسطين على أساس مبادئ الاقتصاد الحر . ويجوز للسلطة التنفيذية انشاء شركات عامة تنظم بقانون . 2- حرية النشاط الاقتصادي مكفولة، وينظم القانون قواعد الاشراف عليها وحدودها . 3- الملكية الخاصة مصونة، ولا تتزع الملكية ولا يتم الاستيلاء على العقارات أو المنقولات الا للمنفعة العامة وفقاً للقانون في مقابل تعويض عادل أو بموجب حكم قضائي . 4- لا مصادرة الا بحكم قضائي " .

ومن هنا تبدو أهمية البحث عن معيار يميز المرافق العامة عن المشروعات الخاصة ذات النفع العام، وسيتناول الباحث هذه المعايير وهي وجود نص صريح في التشريع، والمعايير الموضوعية، والمعايير الشخصي، والنتائج القانونية المترتبة على التمييز بين المرافق العامة والمشروعات الخاصة ذات النفع العام، وذلك وفق الترتيب التالي .

الفرع الأول : وجود نص صريح في التشريع

وجود نص صريح في التشريع أو في النظام المتعلق بالمشروع يحدد بأنه مرفق عام من حيث تحديده لطبيعة نشاطه أو صفته بأنه مرفق عام، فهذا النص الصريح يزيل كل الصعوبات في الوقوف على طبيعة النشاط وماهيته، لكن المشرع قليلاً ما يضمن القوانين التي يصدرها بنص صريح، ويمكن أن ينص على طبيعة النشاط بأنه مرفق عام بنص صريح ولكن هذا النص قد يرد ناقصاً أو غامضاً عندئذ لا يمكن الاستدلال على طبيعة النشاط¹.

الفرع الثاني : المعايير الموضوعية

هذه المعايير تعتمد على مصدر الانشاء وطبيعة النشاط والغرض أو الهدف من النشاط وقواعد التنظيم وسير العمل وشكل المشروع والهيئة التي تتولى ادارته والمعايير الحكمي²، وسأتناول هذه المعايير وفق الترتيب التالي :

أولاً : معيار مصدر الانشاء

وضع القضاء الاداري الفرنسي معياراً ودليلاً على نية المشرع في مصدر انشاء المشروع لتمييزه عن المشروعات الخاصة، فاذا تبين من فحص النصوص القانونية والظروف

¹ . حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . مرجع سابق . ص 34 .

حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 184 .

عرف قانون التعليم العالي الفلسطيني رقم "11" لعام 1998م . في المادة "1" منه بأن " الاعتماد : اقرار الوزارة بأن الشخص الاعتباري المرخص من الوزارة هو مؤسسة تعليم عالي مؤهلة للبدء بتدريس برامج تعليمية محددة وفقاً لأنظمة الاعتماد " .

² . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 49.

المحيطة بنشأة المشروع بأن المنشئ للمشروع هو أحد أشخاص القانون العام أعتبر المشروع مرفقاً عاماً، أما اذا تبين أن مصدره الأفراد أو الهيئات الخاصة أعتبر مشروعاً فردياً ذات نفع عام¹، ولقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا المعيار في حكمه الصادر في (1912/6/21) الذي جاء فيه " أن الشرط الأساسي لوجود المؤسسة الفردية ذات النفع العام هو أن يكون انشاؤها بمبادرة من الدولة"².

ويمتاز هذا المعيار بالسهولة والبساطة وعدم التعقيد، فهو قرينة على وجود المرفق العام ولكن ليست مطلقة، لذلك وجهة انتقادات الى هذا المعيار وهي كما يلي :

1. تستطيع الدولة انشاء مشروعات خاصة .
2. قد ينشأ مشروع نشأة خاصة ثم تقوم الدولة بتحويله الى مرفق عام عن طريق تأميم المشروع³.
3. عدول مجلس الدولة الفرنسي في كثير من الاحيان عن معيار مصدر الانشاء ؛ اذ اعتبر صناديق الادخار مشروعات فردية ذات نفع عام رغم أن الحكومة أنشأتها بناء على طلب المجلس البلدي⁴.

ثانياً : معيار طبيعة النشاط

يعتمد هذا المعيار على طبيعة النشاط الذي يزاوله المشروع، فاذا كان موضوع النشاط يتعلق بالمجال الطبيعي للمرافق العامة ونشاطها فهذا النشاط يعتبر مرفقاً عاماً، واذا كان هذا النشاط من غير القابل بطبيعته أن يكون مرفقاً عاماً فهذا النشاط يعتبر من المشروعات الخاصة ذات النفع العام ولا يعتبر مرفقاً عاماً، فهناك نشاطات بطبيعتها تعتبر مرافق عامة، وهناك

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 548.

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص42.

³ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 53 .

⁴ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص43

نشاطات تعتبر بطبيعتها مشروعات خاصة، ولقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا المعيار، ولكن مجلس الدولة الفرنسي عدل بعد ذلك عن هذا المعيار¹.

وقد وجه لهذا المعيار انتقادات وهي : أولاً، لا توجد نشاطات بطبيعتها مرافق عامة، ونشاطات بطبيعتها مشروعات خاصة، وثانياً عدول القضاء الفرنسي عن هذا المعيار وأخذه بمعيار آخر².

ثالثاً : معيار الغرض أو الهدف من النشاط

يعتمد هذا المعيار من وجهة نظر جانب من الفقه الفرنسي الى الهدف الذي يسعى النشاط الى تحقيقه وما اذا كان يتعلق بتحقيق نفع عام فهو مرفق عام، فهذا المعيار يخرج من نطاق المرافق العامة المشروعات الخاصة المملوكة للدولة والمشروعات الخاصة المؤممة أثر تأمين قصد به معاقبة صاحبه³.

وتعرض هذا المعيار لعدة انتقادات وهي كما يلي :

1. عنصر الهدف عنصر نفسي وليس مادياً ومن الصعب اثباته لأنه يتعلق بقصد السلطة العامة والتحقق من وجوده .
2. فكرة النفع العام هي فكرة سياسية وليست قانونية فهي نسبية ومتغيرة من زمان لآخر ومن مكان لآخر .
3. بعض المرافق تستهدف تحقيق الربح الى جانب تحقيق النفع العام والمشروعات الخاصة ذات النفع العام تشارك المرافق العامة في هدفها وهو تحقيق النفع العام لذلك يصعب التمييز بين المرافق العامة والمشروعات الخاصة ذات النفع العام⁴.

¹ . حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . مرجع سابق . ص 34-35 .

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص44.

³ . حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . مرجع سابق . ص 38 .

⁴ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 51-52 .

رابعاً : معيار قواعد التنظيم وسير العمل

لقد لجأ القضاء الإداري لمعرفة ان كان المشروع مرفقاً عاماً أم لا ؛ الى فحص القواعد التي تنظم المشروع والتي يجري تسيير المشروع بموجبها، ومدى الرقابة على النشاط، والموارد المالية، وطريقة وضع نظم العاملين في المشروع¹.

ويرى الباحث بأنه اذا توافرت العناصر الثلاث المكونة للمرفق العام وهي : مشروع تنشؤه السلطة العامة، وتتولاه الادارة، ولا يستهدف سوى تحقيق النفع العام، فان النتيجة هي تطبيق قواعد القانون الإداري على المشروع، حيث أن اعتبار تطبيق القانون الإداري على المشروع كلياً أو جزئياً قرينة تدل على نية السلطة العامة إنشاء مرفق عام .

خامساً : شكل المشروع أو الهيئة التي تتولى ادارته

يعتمد هذا المعيار على الهيئة التي تتولى النشاط، فان كانت الدولة أو أحد هيئاتها هي التي تتولى المشروع ؛ فان النشاط يعتبر مرفق عام، أما اذا تولته هيئة خاصة أو فرد من الافراد اعتبر مشروعاً خاصاً².

وتعرض هذا المعيار لانتقاد وهو أن التطور في الوقت الحاضر الذي غير في طرق ادارة المرافق العامة، واعتبار بعض المهمات التي تقوم بها هيئات خاصة مهمات مرفقية عامة، لاسيما في المجال الاقتصادي، ومجال تنظيم المهن ومجال التأمينات الاجتماعية³.

سادساً : المعيار الحكمي

لقد وضع بعض مفوضي مجلس الدولة الفرنسي هذا المعيار الذي يعتمد على أن أي نشاط يتمخض بشكل واضح لا لبس فيه عن تحقيق للمصلحة العامة ودون ان يكون المشرع قد اصدر قانونا بتنظيمه على صورة مرفق عام، بمعنى ان هذا النشاط يعتبر حكماً نشاطاً مرفقياً

¹ . حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . مرجع سابق . ص 40-41 .

² . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 548 .

³ . حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . مرجع سابق . ص 39-40 .

كالنشاط المتعلق بالنقل البري والبحري، وفي مثل هذه الحالة يكون في وسع الإدارة طبقاً لشروط معينة أن تلزم القائمين على النشاط من الأفراد بالتزامات تتعلق بتحقيق الصالح العام، ومن أهم هذه الامتيازات الحصول على ترخيص مسبق لممارسة مثل هذا النشاط وهذه الالتزامات تماثل الالتزامات المفروضة على المرافق العامة، ولكن تعرض هذا المعيار للانتقادات وهي ان المشرع وحده يستطيع تحويل مشروع فردي الى مرفق عام، وايضاً خطورة تمتع الادارة بامتيازات لا يجوز أن تتمتع بها الا من قبل المشرع¹.

وبالنظر لعدم جدوى هذه المعايير الموضوعية المقترحة أتجه الفقه الى معيار آخر يقوم على أسس شخصية .

الفرع الثالث : المعيار الشخصي

سيتناول الباحث في هذا الفرع مضمون المعيار الشخصي، وموقف القضاء والفقه المقارن من المعيار الشخصي، وذلك وفق الترتيب التالي :

أولاً : مضمون المعيار الشخصي

يعتمد القضاء الاداري في هذا المعيار لتمييز المرافق العامة عن المشروعات الخاصة ذات النفع العام على ارادة المشرع باعتبارها المعيار الحاسم، فالعبرة في تحديد المشروع هو ارادة السلطة العامة التي أنشأته ونظمته، فالجهة الادارية التي أنشأت ونظمت النشاط هي وحدها التي تملك تقرير إنشاء المرفق العام واضفاء هذه الصفة عليه، لهذا تنحصر مهمة القضاء الاداري في تكييفه للنشاط على تحديد واكتشاف نية و ارادة السلطة المنشئة، وقد تكون ارادة المشرع بما أنها الحاسمة اما صريحة أو ضمنية²، فان كان بإرادة ضمنية وهذا هو الغالب عندئذ تستخلص هذه الارادة من النظر الى مجموعة من القرائن³.

¹ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 54-55 .

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص44.

³ . حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . مرجع سابق . ص 41-43 .

ثانياً : موقف القضاء والفقه المقارن من المعيار الشخصي

في فلسطين : فحيث أمكن للمشرع الفلسطيني من تنظيم مهنة المحاماة بموجب قانون المحامين النظاميين الفلسطيني الذي نص على تمتع النقابة بالشخصية الاعتبارية الا أنه لم يحدد نوع الشخصية الاعتبارية وهل هي شخصية اعتبارية عامة أم شخصية معنوية عادية كشركة مثلاً¹.

ولكن عند البحث عن ارادة المشرع نجد أنه أتجه نحو الشخصية المعنوية العامة، حيث درجت محكمة العدل العليا على اعتبار قرارات النقابات المهنية على اختلاف النشاط الذي تنظمه، وموضوع القرار الاداري الصادر عنها، قرارات ادارية تقبل الطعن أمامها على سبيل الالغاء².

وقد كرس ذلك قانون المحامين النظاميين، فنص في المادة (13) على امكانية الطعن في قرار النقابة المتعلق بالانخراط دون أن يعين المحكمة المختصة بذلك³، ولكن نص المشرع في نفس القانون على " 1- يجوز الطعن في قرارات الهيئة العامة للنقابة وقرارات المجلس أمام المحكمة العليا خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ التبليغ بالقرار"⁴، ونص أيضاً على " 3- يجوز للمحامي الموقوف مؤقتاً الطعن على قرار الوقف لدى محكمة العدل العليا خلال اسبوعين من تاريخ تبليغه به دون أن يؤثر ذلك على السير في الاجراءات التأديبية "⁵.

¹ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 153 .
نص قانون المحامين النظاميين الفلسطيني رقم "3" لعام 1999م . في المادة "11" منه على " تتمتع النقابة بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي ويتولى شؤونها مجلس تنتخبه الهيئة العامة وفقاً لأحكام هذا القانون " .

² . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 153 .

³ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 153 .

نصت المادة "4/13" من قانون المحامين النظاميين الفلسطيني على " 4- لطالب التسجيل حق الطعن في القرار الذي يقضي المجلس فيه برفض طلبه . 5- لأي محام الحق في الطعن في أي قرار يصدر عن المجلس يقضي بتسجيل محام في سجل المحامين " .

⁴ . قانون المحامين النظاميين الفلسطيني . المادة "1/46" .

⁵ . قانون المحامين النظاميين الفلسطيني . المادة "3/33" .

للمزيد انظر قرار محكمة العدل العليا في رام الله رقم "30" لعام 2000م . فصل بتاريخ 2003/6/23م .

ويرى الباحث بأن المشرع الفلسطيني أخذ بالمعيار الشخصي، حيث أنه لم ينص صراحة في بعض نصوص قانون المحامين النظاميين الفلسطيني، ولكن بالبحث عن أرادة المشرع يتضح لنا بأن المشرع أخذ بالمعيار الشخصي وأعتبر نقابة المحامين النظاميين الفلسطينية هي مرفق عام، حيث أسند الطعن في القرارات التي تصدر عن النقابة الى محكمة العدل العليا .

أما في فرنسا : أخذ القضاء الاداري الفرنسي بهذا المعيار الشخصي، فقد اعتبر القضاء الاداري الفرنسي نشاط لجان التنظيم المهني المنشأة بالقانون رقم (1940/8/16) مرفقاً عاماً رغم أن المشرع لا يعتبر لجان التنظيم المهني مؤسسات عامة، فأنها تسهم بتنفيذ مرفق عام، وتعد القرارات الصادرة عنها قرارات ادارية سواء أكانت فردية أم عامة ويمكن بالتالي مخاصمة مشروعيتها بدعوى الالغاء لدى القضاء الاداري¹.

أما في مصر : أخذ القضاء الاداري والفقهاء المصري في غالبية بالمعيار الشخصي، وهذا ما يبدو هو مسلك القضاء الاداري المصري في حكم محكمة القضاء الاداري حيث تقول بعد أن عرفت المرفق العام : " على أنه لا يمكن أخذ التعريف على علته واحتساب كل مشروع يؤدي خدمة عامة مرفقاً عاماً فان هناك مشروعات ذات نفع عام ورغم ذلك لا تكتسب صفة المرفق العام والقاعدة هي أنه لكي تكون من هذا النوع يجب أن تخضع في ادارتها وتنظيمها للسلطة العامة اما بواسطة موظفيها وعمالها أو أن يكون لها أن تعين مندوبين عنها يشتركون في ادارتها ويتداولون في اصدار قراراتها ويكون لها في النهاية حق الاعتراض عليها"².

=قرار محكمة العدل العليا في رام الله رقم "27" لعام 2000م . فصل بتاريخ 2003/3/12م .
قرار محكمة العدل العليا في رام الله رقم "303" لعام 2010م . فصل بتاريخ 2011/3/28م .
قرار محكمة العدل العليا في رام الله رقم "359" لعام 2011م . فصل بتاريخ 2012/1/30م .
قرار محكمة العدل العليا في رام الله رقم "851" لعام 2009م . فصل بتاريخ 2011/9/12م .
www.muqtafi.birzeit.edu . تاريخ الزيارة 2014/1/12 .

¹ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 45.

² . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 57 .

انظر قرار محكمة القضاء الاداري المصرية . 18 مايو 1954 . مجموعة السنة 8 . ص 497.

لم يشر قانون المؤسسات العامة في المادة (7) الى خضوع العاملين بالمؤسسة لأحكام القوانين المتعلقة بالوظائف العامة، ولكن يستخلص مما تقدم أن قانون المؤسسات العامة لا يعتبرهم موظفين عموميين ويسري عليهم احكام التوظيف العامة الواردة في قانون موظفي الدولة، وأنه أخضعهم لما يصدره مجلس الادارة في شأنهم من قرارات في حدود اللائحة العامة للمؤسسات¹.

ونص قانون الهيئات العامة صراحة على خضوع الموظفين بالهيئة العامة لأحكام القوانين المتعلقة بالوظائف العامة، ويستخلص من ذلك أن موظفي وعمال الهيئات العامة يعتبرون موظفين ويخضعون أولاً لما يضعه مجلس ادارة الهيئة من نظم وقواعد، فإذا لم يوجد نص في اللوائح التي يضعها مجلس الادارة اتبعت في شأنهم القواعد الواردة في قانون موظفي الدولة².

أما في الأردن : فان القضاء والفقه الإداري الأردني أخذ بالمعيار الشخصي، اذ جرى على تلمس نية واردة السلطة العامة واستخلاصها من الظروف المحيطة بالمشروع³.

=أنظر أيضاً حكمها في 2 يونيو 1957 . مجموعة السنة 10 . ص 492.

¹ . مهنا، محمد فؤاد : مبادئ وأحكام القانون الاداري في ظل الاتجاهات الحديثة " دراسة مقارنة " . ج1. بدون طبعة . الاسكندرية : دار المعارف . 1978م . ص283.

نص قانون المؤسسات العامة المصري رقم "32" لعام 1957م . في المادة "7/ب" . على " أن مجلس الادارة يضع القواعد المتعلقة بشؤون العاملين بالمؤسسة على التفصيل السابق ذكره وفقاً لأحكام هذا القانون وفي حدود اللائحة العامة للمؤسسات " .

² . مهنا، محمد فؤاد : مبادئ وأحكام القانون الاداري في ظل الاتجاهات الحديثة " دراسة مقارنة " . مرجع سابق . ص 283 .

نص قانون الهيئات العامة المصري رقم "60" لعام 1963م في المادة "7/ب" . على ان مجلس الادارة يضع اللوائح المتعلقة بشؤون الموظفين وفقاً لأحكام هذا القانون وفي حدود قرار رئيس الجمهورية الصادر بإنشاء الهيئة " .

³ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص45.

اعتبرت محكمة العدل العليا الاردنية في قرارها الصادر في 1981/1/25 . نقابة المحامين الاردنيين . 1981م . ص 1396 . بأن نشاط التنظيمات المهنية مرافق عامة " ذلك لأن ادارة مرفق تنظيم مهنة الأطباء من صميم اختصاص الدولة، فاذا أناطت الدولة بمقتضى قانون النقابة أمر تنظيم شؤون هذه المهنة مع احتفاظها بالأشراف عليها والرقابة تحقيقاً للصالح العام، فان القرار الذي تصدره ادارة هذا المرفق يعد قراراً إدارياً " .

أنظر أيضاً قرار محكمة العدل العليا الأردنية . 1987/1/29 . نقابة المحامين الأردنيين . 1987 . ص 73 .

ونص قانون اتحاد المزارعين الأردنيين على " اعتبار اتحاد المزارعين شخصية اعتبارية مستقلة مالياً وإدارياً "، إلا أنه يتبين في نص مادة أخرى من نفس القانون على " أن غاية الاتحاد توفير القروض والمدخلات الزراعية التي يحتاجها أعضاء الاتحاد في أغراض الإنتاج الزراعي بما في ذلك الآلات والأدوات والمواد الزراعية "، ونص أيضاً على " صلاحية الاتحاد شراء ما يحتاجه أعضاؤه لأغراض الانتاج الزراعي وبيعها وتأجيرها لهم "، ونص أيضاً على " أن الاتحاد يمسك سجلات محاسبية منظمة ودورة مستنديه كاملة وفقاً لنظام القيد المزدوج والعرف الحسابي التجاري ويتولى مراقبة وتدقيق حسابات الاتحاد فاحص حسابات قانوني يعينه المجلس ويحدد أتعابه لمدة سنة مالية واحدة ويكون مسؤولاً أمام المجلس عن تدقيق وضبط كافة قيود وحسابات الاتحاد ويصادق على الميزانية السنوية وحساب الأرباح والخسائر "، ونص أيضاً على " اعفاء الاتحاد من جميع الضرائب والطابع والرسوم على كافة معاملاته الرسمية وعلى مشترياته اللازمة لتحقيق غاياته¹.

ثالثاً : مظاهر الكشف عن نية السلطة العامة

يذهب معظم فقهاء القانون الإداري اليوم الى أن هناك مجموعة من القرائن يمكن الاستدلال منها على نية السلطة العامة في خلق مرفق عام، واعتبار نشاطاً ما يعد مرفقاً عاماً وتتمثل هذه القرائن في ما يلي :

1. وجود نص صريح في القانون أو في لائحة يفصح عن نية المشرع في تشييد مرفق

عام².

2. وجود قرائن تدل على قصد السلطة العامة في اعتبار نشاطاً ما مرفقاً عاماً ومن هذه

القرائن :

¹ . قانون اتحاد المزارعين الأردنيين رقم "19" لعام 1974م . المواد " 11، 12، 13/ب، 25، 26 " .
نص قرار محكمة العدل العليا الأردنية الصادر في 1948/12/15 . نقابة المحامين الأردنيين . 1985 . ص 56 . على " ان مجموع النصوص الواردة في قانون الاتحاد لا تخرجها عن كون الاتحاد منظمة تعاونية أهلية إذ أن معظم أموالها هي أموال خاصة تعود للأعضاء المساهمين فيها، وتخضع حساباتها وإدارتها المالية على وجه العموم لقواعد القانون الخاص فهي بهذه المثابة مؤسسة أهلية ذات نفع عام " .

² . الفياض، إبراهيم طه : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 58 .

- أ- الإشراف على النشاط .
- ب- فرض نوع من الرقابة عليه .
- ت- منح النشاط بعض الامتيازات من السلطة العامة مع اخضاعه لقدر من الرقابة .
- ث- تقديم بعض المساعدات المالية أو الفنية أو التسهيلات التشجيعية¹.

الفرع الرابع : النتائج القانونية المترتبة على التمييز بين المرافق العامة والمشروعات الخاصة ذات النفع العام

يترتب على عملية التمييز بين المرافق العامة والمشروعات الخاصة ذات النفع العام العديد من النتائج القانونية المهمة والجوهرية التي هي وليدة تطبيق القانون العام على المرافق العامة، والقانون الخاص على المشروعات الخاصة ذات النفع العام، وتتمثل هذه النتائج القانونية في ما يلي :

1. تعتبر أموال المرافق العامة أموالاً عامة، وتخضع للنظام القانوني الذي يحكم الأموال العامة كعدم قابليتها للحجز عليها، بينما أموال المشروعات الخاصة ذات النفع العام تعتبر أموالاً خاصة، وتخضع لقواعد القانون الخاص .
2. تعتبر القرارات الصادرة عن المرافق العامة قرارات إدارية، حيث يمكن مخاصمة عدم مشروعيتها بدعوى الإلغاء لدى محكمة العدل العليا، بينما القرارات الصادرة عن المشروعات الخاصة ذات النفع العام لا تعتبر قرارات إدارية تخضع لمحكمة العدل العليا .
3. يعتبر العاملون في المرافق العامة موظفون عموميون، حيث يخضعون لقانون الخدمة المدنية، بينما يعتبر العاملون في المشروعات الخاصة ذات النفع العام عمالاً خاضعين لأحكام قانون العمل .

¹ . حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . مرجع سابق . ص 45 .

حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الإداري . مرجع سابق . ص 184 .

4. تعتبر عقود المرافق العامة عقوداً إدارية، بينما تعتبر عقود المشروعات الخاصة ذات النفع العام عقوداً مدنية¹.

المطلب الثالث : انشاء المرفق العام

يقصد بإنشاء المرفق العام هو استحداث مشروع لم يكن قائماً من قبل، كإنشاء وزارة أو مؤسسة جديدة من أجل تقديم خدمات لإشباع الحاجات العامة للأفراد، أو تأمين أحد المشروعات الخاصة عن طريق تحويل مشروع خاص معين قائم بالفعل الى مرفق عام².

ينطوي على انشاء المرافق العامة قدر كبير من المساس بحريات الافراد وحقوقهم، وذلك اذا تمتع المرفق العام الجديد باحتكار فان رجال الأعمال لا يستطيعون تكوين مثل هذه المشروعات، أما الأفراد فانهم مجبرين على اللجوء الى المرفق العام من أجل الانتفاع بالخدمات المقدمة واشباعها، وأيضاً حتى لو لم يتمتع المرفق العام الجديد بالاحتكار، فان الضغط على الحريات يكون أقل ثقلاً، ولكن المشروع الاداري يبقى أقوى من المشروعات الفردية لأنه يمتلك موارد ضخمة ووسائل فعالة في العمل وامتيازات من السلطة العامة ووسائل القانون العام، مما يجعل المشروعات الخاصة غير قادرة على الوقوف أمام المشروعات الادارية موقف الند في المنافسة الحرة³.

تتطوي وسائل القانون العام على المساس بحريات وحقوق الافراد، ولذلك لا بد من احاطة انشاء المرافق العامة بشيء من الضمانات، لهذا فالرأي المتفق عليه في فرنسا بأن انشاء

¹ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 47- 51 .
للمزيد أنظر قرار محكمة العدل العليا الأردنية . 1984/12/15 . نقابة المحامين الأردنيين . 1984 . ص 56 .
قرار محكمة العدل العليا الأردنية . 1978/4/2 . نقابة المحامين الاردنيين . 1978 . ص 659 .
قرار محكمة العدل العليا الأردنية . 1981/1/25 . نقابة المحامين الاردنيين . 1981 . ص 1396 .
قرار محكمة العدل العليا الأردنية . 1972/5/27 . نقابة المحامين الاردنيين . 1972، ص 821 .
قرار محكمة العدل العليا الأردنية . 1976/5/16 . نقابة المحامين الاردنيين . 1976 . ص 1202 .
قرار محكمة العدل العليا الأردنية . 1973/1/31 . نقابة المحامين الاردنيين . 1973 . ص 25 .
² . رسلان، أنور أحمد : القانون الاداري السعودي تنظيم الادارة العامة ونشاطها " دراسة مقارنة " . مرجع سابق . ص 288 .
³ . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . بدون طبعة . الاسكندرية : الدار الجامعية . 1992م . ص 236-237 .

المرافق العامة يكون بقانون أو بناء على قانون، بحيث يصدر قانون بإنشاء مرفق معين (بقانون) أو أن يخول القانون هيئة معينة بإنشاء مرافق معينة يحددها القانون (بناء على قانون)¹.

ومن هنا تبدو أهمية البحث عن أليات انشاء المرافق العامة، وسيتناول الباحث سلطة الادارة في انشاء المرافق العامة، وموقف تشريعات بعض الدول العربية من انشاء المرافق العامة، وذلك وفق الترتيب التالي :

الفرع الأول : سلطة الإدارة في انشاء المرافق العامة

اتفق الفقه المقارن على أن الأصل في انشاء المرافق العامة هو أمر اختياري وسلطة تقديرية متروكة للسلطة العامة، بحيث يتم انشاء المرافق العامة بمحض ارادة السلطة العامة، وليس للأفراد التدخل في انشاء المرافق العامة واجبار السلطة العامة على انشاء المرافق العامة².

والسلطة التقديرية للإدارة في انشاء المرافق العامة ليست مطلقة بل يرد عليها بعض الاستثناءات، حيث تكون سلطة الادارة مقيدة بالنسبة لإنشاء بعض المرافق العامة، وتلتزم السلطة العامة بإنشائها، وهذه هي المرافق الاجبارية، حيث تتصل هذه المرافق بطبيعتها في وظائف الدولة الاساسية، والأهداف الأساسية التي من أجلها وجدت الدولة بحيث تدخل في صميم الوظيفة الادارية وهي أيضاً مرافق تعبر عن هبة وسيادة الدولة، كمرفق الأمن ومرفق الدفاع

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 372.

² . الظاهر، خالد خليل : القانون الاداري " دراسة مقارنة " . مرجع سابق . ص 22 .

ومرفق الصحة ومرفق التعليم¹، حيث تكون الادارة ملزمة بإنشائها اما لوجود نصوص دستورية أو قانونية أو أنظمة تلزمها بذلك².

الفرع الثاني : موقف تشريعات بعض الدول العربية من انشاء المرافق العامة

القاعدة العامة في انشاء المرافق العامة اما بقانون أو بناء على قانون³، ولهذا سوف يتحدث الباحث عن كيفية انشاء المرافق العامة في عدد من الدول المقارنة .

أولاً : انشاء المرافق العامة في فلسطين

1. السلطة المختصة في انشاء المرافق العامة الوطنية في فلسطين

حدد القانون الأساسي الفلسطيني العدد الأقصى للوزارات في الحكومة الفلسطينية بما لا يتجاوز أربعة وعشرون وزارة، حيث ترك لرئيس الوزراء الفلسطيني السلطة التقديرية في انشاء ما يراه مناسباً من الوزارات، مما يعني أن السلطة المختصة في انشاء المرافق العامة الوطنية هي السلطة التنفيذية، ويتدخل المشرع بشكل طبيعي اذا كان انشاء مرفق عام يتطلب صدور قانون منظم كأشياء المحاكم، أو كان انشاء وتسيير المرفق العام يتطلب الموافقة على اعتمادات مالية ضرورية⁴.

¹ . جمال الدين ، سامي : أصول القانون الإداري . مرجع سابق . ص 596-597 .

وقد أيدت محكمة القضاء الإداري المصرية في السلطة التقديرية للسلطة التنفيذية في انشاء المرافق العامة بقولها " ان القيام بالمشروعات العامة وتوزيعها على المدن والمناطق المختلفة لا يزال متروكاً لتقدير السلطة التنفيذية تتصرف فيه بمطلق حريتها واختيارها حسبما يترأى لها وفقاً لقدرتها المالية والامكانيات التي لديها " . أنظر حكم محكمة القضاء الإداري المصرية . 1955/3/23م . المجموعة السنة 9 . ص 388 .

² . رسلان، أنور أحمد : القانون الإداري السعودي تنظيم الادارة العامة ونشاطها " دراسة مقارنة " . مرجع سابق . ص 289 .

³ . شبحا، ابراهيم عبد العزيز : أصول القانون الإداري اللبناني . بدون طبعة . بيروت : الدار الجامعية للطباعة والنشر . 1981م . ص 323 .

⁴ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 118 .
نص القانون الاساسي الفلسطيني في المادة "1/64" على أن " يتكون مجلس الوزراء من رئيس الوزراء وعدد من الوزراء لا يتجاوز أربعة وعشرين وزيراً " .

ونص القانون الأساسي الفلسطيني على أن " من اختصاصات مجلس الوزراء انشاء أو الغاء الهيئات والمؤسسات والسلطات أو ما في حكمها من وحدات الجهاز الاداري التي يشملها الجهاز التنفيذي التابع للحكومة، على أن ينظم كل منها بقانون "¹. ويتضح من هذا النص أن الهيئات والمؤسسات العامة والسلطات وما في حكمها فقد أسند القانون الأساسي الفلسطيني للمجلس الوزاري الاختصاص بإنشائها على أن يتم تنظيمها بقانون، مما يعني أن المرسوم هو أداة انشاء المرافق العامة والمؤسسات والهيئات العامة والسلطات وما في حكمها².

2. السلطة المختصة بإنشاء المرافق العامة المحلية في فلسطين.

نص قانون الهيئات المحلية الفلسطيني بأن الاختصاص في انشاء المرافق العامة المحلية في فلسطين يعود الى مجلس الهيئة المحلية³.

¹ . القانون الأساسي الفلسطيني، المادة "9/69" أ .

² . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 118 .

³ . قانون الهيئات المحلية الفلسطيني رقم "1" لعام 1997م . المادة "15" . حيث نصت على " مع مراعاة أحكام هذا القانون وأي قانون أو تشريع آخر تناط بمجلس الهيئة المحلية الوظائف والصلاحيات والسلطات المبينة في البنود التالية ضمن حدود منطقة الهيئة المحلية ويحق له أن يمارسها مباشرة بواسطة موظفيه ومستخدميه أو أن يعهد بها أو ببعضها إلى متعهدين أو ملتزمين أو مقاولين أو أن يعطي بها أو ببعضها امتيازات لأشخاص أو لشركات لمدة أقصاها ثلاث سنوات. كما يجوز للمجلس أن يعطي بها أو ببعضها امتيازات لأشخاص أو لشركات مدة تزيد عن ثلاث سنوات شريطة موافقة الوزير. ويجوز للمجلس إصدار الأنظمة أو اللوائح التنفيذية اللازمة لتنظيم أعمال الهيئة المحلية وتأمين مصالحها وحاجياتها : 1- تخطيط البلدة والشوارع وتخطيط البلدة وفتح الشوارع وإلغاؤها وتعديلها وتعيين عرضها واستقامتها وتعبيدها وإنشاء أرسفتها وصيانتها وتنظيفها وإنارتها وتسميتها أو ترقيمها وترقيم بناياتها وتجميلها وتشجيرها ومنع التجاوز عليها ومراقبة ما يقع على الشوارع من الأراضي المكشوفة وتكليف أصحابها بإقامة الأسوار حولها. 2- المباني ورخص البناء مراقبة إنشاء الأبنية وهدمها وترميمها وتغيير أشكالها وتركيب المصاعد الكهربائية وإنشاء الملاجئ وإعطاء رخص لإجراء هذه الأعمال وتحديد موقع البناية وشكلها ونسبة مساحتها إلى مساحة الأرض المنوي إنشاؤها عليها وضمان توفر الشروط الصحية فيها. 3- المياه تزويد السكان بالمياه الصالحة للشرب أو لأية استعمالات أخرى وتعيين مواصفات لوازمها كالعدادات والمواسير وتنظيم توزيعها وتحديد أسعارها وبذل الاشتراك فيها ومنع تلويث الينابيع والأفنية والأحواض والآبار. 4- الكهرباء تزويد السكان بالكهرباء وتحديد أسعار الاستهلاك وبدلات الاشتراك بما لا يتجاوز الحد الأعلى المحدد من الوزارة. 5- المجاري إنشاء المجاري والمراحيض العامة وإدارتها ومراقبتها. 6- الأسواق العامة تنظيم الأسواق العامة وإنشاؤها وتعيين أنواع البضائع التي تباع في كل منها وحظر بيعها خارجها. 7- الحرف والصناعات تنظيم الحرف والصناعات وتعيين أماكن خاصة لكل صنف منها ومراقبة المحلات والأعمال المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة العامة. 8- النظافة جمع النفايات والفضلات من الشوارع والمنازل والمحلات العامة ونقلها وإتلافها وتنظيم ذلك. 9- الصحة العامة والرقابة عليها " .

3. موقف القضاء من إنشاء المرافق الفعلية في فلسطين

أخذ المشرع الفلسطيني بفكرة المرافق العامة الفعلية في بعض التشريعات الفلسطينية، ومنها ما نص عليه القرار بقانون بشأن قانون الكهرباء العام الفلسطيني على " أن من مهمات وصلاحيات سلطة الطاقة منح تراخيص إنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة مشروعات توليد الطاقة الكهربائية ونقلها وتوزيعها وبيعها بموجب أحكام هذا القرار بقانون"¹.

لهذا يرى الباحث باختصاص محكمة العدل العليا للنظر بالمنازعات التي تنشأ عن المرافق الفعلية؛ وذلك كون المرافق الفعلية تتكون من العناصر الثلاث المكونة للمرافق العامة، حيث أنه مشروع تنشؤه السلطة العامة، وتتولاه الإدارة بالرقابة والإشراف عليه، ولا يستهدف سوى تحقيق النفع العام، عندئذ يخضع للقواعد المنظمة للمرافق العامة وهذه القواعد تخضع في المنازعات الناتجة عنها لمحكمة العدل العليا لكونها قرارات إدارية تقبل الطعن بالإلغاء أمام هذه المحكمة .

ثانياً : إنشاء المرافق العامة في فرنسا

1. السلطة المختصة بإنشاء المرافق العامة الوطنية في فرنسا :

ان الاصل التقليدي حتى صدور دستور سنة 1958م في فرنسا يقضي بأن إنشاء المرافق العامة يكون بقانون أو بناء على قانون²، وبعد اصدار دستور سنة 1958م حيث ترك هذا الدستور الاختصاص بإنشاء المرافق العامة للسلطة التنفيذية³، فقد حدد الأمور التي يتعين أن ينظمها المشرع تفصيلاً، وتلك التي يجب أن يضع المشرع أسسها

¹ . قرار بقانون رقم "13" لعام 2009م بشأن قانون الكهرباء العام الفلسطيني . المادة "7/4" .

² . الفياض، ابراهيم طه : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 62 .

³ . حلمي ، محمود : موجز مبادئ القانون الإداري . ط 1 ، مرجع سابق . ص 118 .

وللمزيد : الحلو ، ماجد راغب : القانون الإداري . ط 1 . الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية . 1996م . ص 407-410 .

العامة في المادة (34) من الدستور، وما عدا ذلك من الامور فإنه يندرج في مجال اللوائح في المادة (37) من الدستور¹.

وحيث أن المادة (34) من الدستور الفرنسي لم تذكر انشاء المرافق العامة من بين الامور المخصصة للمجال التشريعي، فان النتيجة تعني بأن انشاء المرافق العامة أصبح من اختصاص الادارة في فرنسا، بحيث لا يتدخل البرلمان فيها الا اذا تتطلب الامر الموافقة على اعتمادات مالية جديدة².

2. السلطة المختصة بإنشاء المرافق المحلية في فرنسا :

ان من المبادئ المستقرة في فرنسا بأن الهيئات المحلية هي الجهات المختصة بإنشاء المرافق المحلية، بحيث تتولى الهيئات المحلية اشباع الحاجات المحلية لسكان الوحدة المحلية ؛ ولكن ضمن الحدود والقيود والضوابط القانونية التي تحكم اختصاصها بإدارة الشؤون المحلية، حيث لم يكن أي تأثير للدستور الفرنسي لعام 1958م على قواعد الاختصاص التقليدية الخاصة بإنشاء المرافق المحلية، خاصة القواعد التي تحجز انشاء المرافق المحلية للمجالس المحلية التقديرية، وهكذا تختص الهيئات المحلية من مجالس الاقاليم والمجالس العمومية والمجالس البلدية بتقرير انشاء المرافق المحلية³.

واذا خلا دستور 1958 الفرنسي من أي تأثير على حرية المجالس المحلية في انشاء المرافق المحلية، فانه يجب دوماً التوفيق بين مبدئين متعارضين ومتناقضين هما : حرية المجالس المحلية في انشاء مرافق محلية تتولى اشباع حاجات محلية، وحرية التجارة والصناعة وحرية عمل المبادرة الفردية، وبهذا يحظر على المجالس المحلية انشاء مرافق محلية تمارس أنشطة على سبيل الاحتكار ؛ حيث يمثل ذلك مصادرة لحرية التجارة والصناعة، أو حتى المنافسة غير المتوازنة للمشروعات الفردية التي تزاوّل نفس نشاط المرافق المحلية⁴.

¹ . الدستور الفرنسي لعام 1958م . المواد "34،37" .

² . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 373.

³ . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 238-239 .

⁴ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص88.

3. المرافق العامة الفعلية في فرنسا

حدث تطور مهم في عام 1938م حيث اتجه قضاء مجلس الدولة الفرنسي الى الاعتراف بأن الأفراد والمنظمات الخاصة يمكن أن تؤدي للأفراد خدمات هامة بحيث تعتبر من قبيل المرافق العامة، وليس هذا في حالة حصول فرد أو شركة على امتياز بإدارة مرفق عام، وهذه المرافق الفعلية لم تنشأ بقانون أو بناء على قانون وإنما بمجرد تصريح من الادارة، ولهذا اطلق عليها الفقهاء اسم المرافق الفعلية¹.

يعرف المرفق الفعلي : بأنه عبارة عن نشاط فردي ينطوي على نفع عام يعود على الافراد، ولكن يتعين لمزاولة قانونياً الحصول على ترخيص مسبق من الادارة². ويظهر من هذا التعريف أن المرفق الفعلي يقوم على ركنين بحيث اذا تخلف احدهما انتفى عن النشاط صفة المرفق الفعلي، وهذه الاركان هي :

أ- انطواء النشاط على نفع عام : بمعنى أن يترتب على مزاوله هذا النشاط نفع عام يؤدي الى اشباع حاجات جماعية .

ب- الحصول على ترخيص مسبق من الادارة : بمعنى أن مزاوله هذا النشاط تكون مشروطة بضرورة الحصول على ترخيص مسبق من الادارة³.

ويترتب على وصف هذا النشاط بصفة المرفق الفعلي النتائج الرئيسية التالية :

- أ- التصريح بمزاولة هذا النشاط يمكن تقييده بأي شرط تراه الادارة ملائماً لأداء الخدمة على أتم وجه، ومن ذلك تحديد مقابل للانتفاع الذي يتقاضاه الفرد أو الشركة التي تزاوّل النشاط تحديداً مفصلاً في دفتر شروط .
- ب- للإدارة الحق في وقف مزاوله هذا النشاط كلما رأت بأنه مرهق للاقتصاد القومي .

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 377.

² . حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . مرجع سابق . ص 83 .

³ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الإداري الاردني . مرجع سابق . ص 91-92.

ت- حكم مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية الإدارة عن الأضرار الناجمة عن مزاولة الأفراد لهذا النشاط .

ث- نعت هذا النشاط الفردي بصفة المرفق الفعلي يقضي خضوعه للقواعد والمبادئ التي تحكم سير المرافق العامة¹.

ج- اعترف القضاء الإداري الفرنسي بفكرة المرفق الفعلي، حيث وجد فيها سنداً قانونياً لتبرير الالتزامات التي يتضمنها القرار الإداري الصادر بترخيص مزاولة النشاط².

لقد وجه انتقادات للقضاء الإداري الفرنسي لأنه اعترف بصفة المرفق الفعلي، وهذ الانتقادات كما يلي :

أ- تحكمي ؛ لأن مجلس الدولة هو الذي يحدد النشاط الذي من هذا النوع دون معقب .

ب- لا يوجد ضوابط واضحة يمكن ان يعرف بها المرفق الفعلي والحكم عليه .

ت- تمكين الإدارة من وقف مزاولة هذا النشاط ما هو الا خروج من مجلس الدولة الفرنسي على المبادئ التقليدية في حرية العمل، لدرجة جعلت الفقيه فالين يتساءل عما اذا كانت حرية العمل ما تزال من الحريات العامة في فرنسا .

ث- تقرير مسؤولية الإدارة عن النشاط الفردي في هذه الحالة يحمل في طياته خطورة بالغة على المالية العامة³.

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 378-379.

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الإداري الاردني . مرجع سابق . ص92.

³ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص379.

ثالثاً : انشاء المرافق العامة في الأردن

1. السلطة المختصة بإنشاء المرافق الوطنية في الاردن :

تنشأ المرافق الوطنية في الاردن اما بقانون أو بناء على قانون¹، حيث قد تنشأ بقانون يصدر عن البرلمان بصورة مباشرة، كما هو الحال بالنسبة لمرافق الدفاع والأمن والدرك². ويضاف الى ذلك بأن العرف الدستوري استقر على أن المؤسسات العامة تندرج ضمن اختصاص البرلمان بقانون، رغم أن الدستور لم يتضمن نصاً صريحاً يخول البرلمان مثل هذا الاختصاص في انشاء المؤسسات العامة، حيث تلجأ السلطة التنفيذية الى المادة (94) من الدستور لإنشاء المؤسسات العامة في حالة غياب البرلمان صاحب الاختصاص الاصيل في هذا الشأن³.

أما المرافق العامة التي يتم انشاؤها وادارتها بطريق الامتياز، فقد نص الدستور الاردني على أن " كل امتياز يعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون"⁴.

أما ما يصدر من انشاء المرافق العامة بنظام، فنص الدستور الاردني على أنه " التقسيمات الادارية في المملكة الاردنية الهاشمية وتشكيلات دوائر الحكومة ودرجاتها واسماؤها ومنهاج ادارتها وكيفية تعيين الموظفين وعزلهم والاشراف عليهم وحدود صلاحياتهم واختصاصاتهم تعين بأنظمة يصدرها مجلس الوزراء بموافقة الملك"⁵، وأن البرلمان يتدخل أيضاً بطريقه غير مباشرة من خلال الموافقة على الاعتمادات المالية اللازمة لإنشاء المرفق

¹ . الذنيبات ، محمد جمال مطلق : الوجيز في القانون الإداري . ط1 . عمان : الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع . 2003م . ص 152 .

² . الخلايلة، محمد علي : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 258 .

نص الدستور الاردني لعام 1952م والمعدل لعام 1986 م في المادة " 127" منه على " تتحصر مهمة الجيش في الدفاع عن الوطن وسلامته يبين بقانون طريقة التجنيد ونظام الجيش وما لرجاله من حقوق وواجبات . ويبين بقانون نظام هيئات الشرطة والدرك وما لها من اختصاص " .

³ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص85.

⁴ . الدستور الاردني . المادة " 117" .

⁵ . الدستور الاردني . المادة " 120" .

وهو بصدد اقرار قانون الموازنة العامة، حيث انها الجهة المختصة وفقاً للمادة (111) من الدستور الاردني بفرض الضرائب والرسوم التي قد تلزم لإنشاء هذه المرافق¹.

2. السلطة المختصة بإنشاء المرافق العامة المحلية في الاردن

أ- اختصاص المجالس المحلية

صدر استناداً للمادة (31) من الدستور الاردني قانون البلديات والذي أعطى المجالس البلدية صلاحية انشاء العديد من المرافق العامة المحلية².

ب- اختصاص المجالس القروية

يحق لكل مجلس من مجالس القرى وفقاً لقانون ادارة القرى الاردني : " 1. أن يؤسس مدارس وحدائق مدرسية 2. أن يؤسس مستوصفات 3. أن يهيئ اسواقاً عامة واسواقاً للمزايدة العلنية وينظمها 4. أن يهيئ المسالخ وينظم ذبح الحيوانات 5. ان يتولى انشاء الطرق أو الأماكن العامة وتبليطها وانارتها وتحسينها 6. أن يقوم بتهيئة موارد المياه العامة وتنظيمها 7. أن يقوم بأعمال التحريج وبناء السلاسل حول

¹ . الخلايلة، محمد علي : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 258 - 259 .

نصت المادة "111" من الدستور الاردني على " لا تفرض ضريبة أو رسم الا بقانون ولا تدخل في بابهما أنواع الاجور التي تتقاضاها الخزنة المالية مقابل ما تقوم به دوائر الحكومة من الخدمات للأفراد أو مقابل انتفاعهم بأملك الدولة وعلى الحكومة أن تأخذ في فرض الضرائب بمبدأ التكليف التصاعدي مع تحقيق المساواة والعدالة الاجتماعية وان لا تتجاوز مقدرة المكلفين على الاداء وحاجة الدولة الى المال " .

1. قانون البلديات الاردني رقم "13" لعام 2011م . المادة "40/أ" حيث نصت على " مع مراعاة احكام اي تشريع اخر تناط بمجلس البلدية الوظائف والسلطات والصلاحيات المبينة في البنود التالية ضمن حدود منطقة البلدية ويحق له ان يمارسها مباشرة على ايدي موظفيه ومستخدميه، او ان يعهد بها او ببعضها الى متعهدين او ملتزمين او مقاولين وان يعطي بها او ببعضها امتيازات لأشخاص او شركات لمدد لا تتجاوز ثلاثين سنة ويشترط في هذه الحالة حصول موافقة مجلس الوزراء على مدة الامتياز وشروطه وعلى المجلس الالتزام بتوزيع الخدمات على جميع مناطق البلدية بعدالة:- 1- تخطيط البلدة والشوارع 2- رخص البناء 3- المجاري 4- الاسواق العامة 5- الحرف والصناعات 6- وسائل النقل البري ووسائله 7- المحلات العامة 8- المتنزهات 9- المطافئ ومنع الحرائق 10- الاحتياط للفيضانات 11- اغاثة المنكوبين 12- المؤسسات الثقافية والرياضية 13- الاغذية 14- معاينة الذبائح وانشاء المسالخ 15- التنظيفات 16- الرقابة الصحية 17- الصحة العامة 18- المقابر 19- الوقاية من الاخطار 20- الباعة المتجولون والبسطات والمظلات 21- الاعلانات 22- هدم الابنية المتداعية 23- القبان 24- فضلات الطرق 25- الكلاب 26- الدواب 27- الميزانية وقطع الحساب والملاك 28- التصرف بأموال البلدية 29- وظائف اخرى " .

ونصت المادة "31" من الدستور الاردني على " الملك يصدق على القوانين ويصدرها ويأمر بوضع الانظمة اللازمة لتنفيذها بشرط أن لا تتضمن ما يخالف أحكامها " .

الاراضي (انشاء الحبلات) 8. ان يفرض تنفيذ الاشغال وفقاً لأحكام القوانين النافذة
9. ان يعين أو يقبل كتبة مجلس القرية وموظفيه ومستخدميه الآخرين 10. أن يقوم
بوجه عام بكافة الاعمال التي من شأنها تحسين مرافق القرية الصحية ونظافتها
وصحة سكانها وسلامتهم ورفاههم¹.

ويملك المجلس القروي انشاء هذه المرافق بمبادرة ذاتية، كما أنه يملك القيام بأي
نشاط ينطوي على نفع عام يعود على سكان القرية²، حيث اعتبرت محكمة العدل
العليا الاردنية " أن المجلس القروي يملك تسيير باص لنقل سكان القرية وتأمين
راحتهم وسلامتهم"³.

3. موقف القضاء الاداري الاردني من فكرة المرافق العامة الفعلية
أخذت محكمة العدل العليا الاردنية بالاجتهاد القضائي الفرنسي في هذا الشأن، واعترفت
بوجود وقيام المرفق الفعلي بناء على ترخيص مسبق من الادارة⁴.

رابعاً : انشاء المرافق العامة في مصر

1. السلطة المختصة بإنشاء المرافق الوطنية في مصر
لقد كان الأمر محلاً لخلاف فقهي كبير في ظل الدساتير في العهد الملكي والجمهوري⁵،
ولكن بعد صدور الدستور المصري لعام 1971م فقد حسم الخلاف بنص صريح حيث
نص على " يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح
العامة"⁶.

¹ . قانون ادارة القرى الاردني رقم "5" لعام 1954م . المادة "9" .

² . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 240.

³ . قرار محكمة العدل العليا الاردنية . رقم "84" . لعام 1983 . نقابة المحامين النظاميين الأردنيين . 1-21-1984 .
ص 138 .

⁴ . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 243-244 .

أنظر قرار محكمة العدل العليا الاردنية . 28-8-1975م . نقابة المحامين النظاميين الاردنيين . 1975م . ص1168.
أنظر أيضاً قرار محكمة العدل العليا الاردنية . 1-9-1986م . نقابة المحامين النظاميين الاردنيين . 1987م . ص827.

⁵ . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 237 .

⁶ . الدستور المصري لعام 1971م . المادة "46" .

والمصالح العامة فهي تعني فروع الوزارات التي قد تقوم على مرفق عام، فيقوم المرفق العام غير متمتع بالشخصية الاعتبارية، وأما المرافق العامة فهي تعني كل هذه المرافق التي تتمتع والتي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية، فإ إنشاء المرافق العامة الوطنية في مصر يمكن أن يتم بقرار من رئيس الجمهورية أو بقانون ولكن القانون يصبح شرطاً غير لازم¹، أما الاعتمادات المالية لإنشاء المرافق العامة فإن البرلمان يظل محتفظاً بحقه في الموافقة على هذه الاعتمادات المالية².

2. السلطة المختصة في إنشاء المرافق العامة المحلية في مصر

لقد ورد في قانون الإدارة المحلية المصري بأن المرافق العامة المحلية أو الإقليمية تنشأ بمقتضى قرارات تصدرها المجالس المحلية³.

3. موقف القضاء المصري من فكرة المرفق الفعلي

لم تعترف محكمة النقض في الحكم الصادر في 26 أبريل سنة 1956م بفكرة المرفق العام الفعلي، فذهبت الى أن الخدمة التي تجاوز بها الملتزم حدود عقد الالتزام تعتبر بمثابة خدمة خاصة لا مرفقاً عاماً⁴.

المطلب الرابع : الغاء المرفق العام

المقصود بإلغاء المرفق العام : هو وضع حد لنشاط المرفق العام، لاعتراض الهيئات الحاكمة بأنه لم تعد هناك حاجة لاستمرار وجود المرفق العام⁵.

¹ . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 237- 238 .

² . الظاهر، خالد خليل : القانون الإداري " دراسة مقارنة " . مرجع سابق . ص 24 .

³ . الخلايلة، محمد علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 257 .

نص قانون الإدارة المحلية المصري رقم "50" لعام 1981م في المادة "12" منه على " 4...- الموافقة على إنشاء المرافق التي تعود بالنفع العام على المحافظة .5- اقرار إنشاء المشروعات الانتاجية المحلية وعلى الأخص المشروعات المتعلقة بالأمن الغذائي " .

⁴ . حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . مرجع سابق . ص 86 .

⁵ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 373.

ان من الأمور التقديرية التي منحت للإدارة هي انشاء وتنظيم المرافق العامة، فكذاك الغاء المرفق العام يكون من ضمن السلطات التقديرية للإدارة، حيث تقدر الادارة مدى الحاجة أو عدم الحاجة الى المرفق العام، والموازنة بين فوائد ومضار المرفق العام، واختيار الوقت المناسب لإلغائه، ووزن الظروف والملابسات والاسباب والمبررات من الغاء المرفق العام¹. وينتهي المرفق العام بالإلغاء من قبل الهيئات الحاكمة لعدة أسباب، وهذه الأسباب هي كما يلي:

1. دمج مرفق عام مع مرفق عام آخر يمارس ذات النشاط أو نشاطاً مماثلاً، حيث عملت وزارة الحكم المحلي في فلسطين على زيادة عدد البلديات والمجالس القروية، وقامت بدمج عدد من التجمعات الصغيرة ببعضها، بحيث تم دمج تجمعات صغيرة قريبة من تجمع كبير، والذي جعل هذا التجمع الصغير حياً من أحياء البلدية المدموج فيها².
2. يلغى المرفق العام بسبب الغاء النشاط الذي تتولى مزاولته، حيث أنه لا يمكن الغاء النشاط بذاته، فالنشاط يبقى قائماً بذاته، والغاء النشاط يعني بأن الإدارة عدلت عن التصدي له بأسلوب المرفق العام، بحيث يمكن اشباع الحاجات الجماعية من قبل المشروعات الخاصة المحضة أو المشروعات الخاصة ذات النفع العام .

¹ . حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . مرجع سابق . ص 128.

² . عبد العاطي، صلاح : الحكم المحلي والهيئات المحلية في فلسطين . عدد (1315) . 2005م .
www.ahewar.org تاريخ الزيارة 2014/1/24م .

ومن الامثلة على دمج الهيئات المحلية في فلسطين : البلدية المتحدة، وبلدية مرج ابن عامر، وبلدية زبوبا، حيث جرت اول انتخابات لهذه البلديات الجديدة في 2012/12/22 . تقرير شاشة نيوز . www.shasha.ps تاريخ الزيارة 2014/1/24.

نصت المادة "15/ج" من قانون الهيئات المحلية الفلسطيني على " مجلس الخدمات المشترك :- بموافقة الهيئات المحلية المعنية يجوز للوزير انشاء مجلس خدمات مشترك لمجموعة متقاربة من الهيئات المحلية . وفقاً لأحكام هذا القانون وبالتنسيق مع الهيئات المعنية يصدر الوزير الأنظمة واللوائح اللازمة لإنشاء مجالس الخدمات المشتركة وذلك فيما يتعلق بالأمور التالية: 1- تحديد وظائف مجلس الخدمات المشترك وصلاحياته في ادارة وتشغيل المشاريع المشتركة .2- تحديد عدد الاعضاء الممثلين الذين تسميهم مجالس الهيئات المحلية وطريقة تعيين رئيس مجلس الخدمات المشترك.3- جمع الضرائب والرسوم والعوائد والاجور على المشاريع المشتركة التي يقوم بها المجلس وتحديد طريقة تحصيلها وتوزيعها على ان لا تتعدى =الضرائب والرسوم المعمول بها .4- شؤون الموظفين والمستخدمين واللوازم، والنسب التي تساهم بها الهيئات المحلية المعنية في تمويل مجلس الخدمات المشترك واعداد ميزانيته وقرارها، وتصفية أعمال مجلس الخدمات المشترك وحقوقه والتزاماته عند حله " .

3. اشباع حاجة جماعية عارضة ومؤقتة لا تتسم بطابع الديمومة، حيث تحقق الغرض الذي أنشئ المرفق من أجله يستوجب حتماً الغاؤه .

4. أسباب مالية، حيث تقدر الدولة بدافع التوفير بأن الخدمة التي يقدمها المرفق العام يمكن أن يعهد بها الى مرفق عام آخر .

5. إذا قدرت الدولة بأن اشباع الحاجة العامة يمكن أن يتم بغير وسيلة المرفق العام، حيث تقرر التخلي عنه، ويتجلى ذلك في حالة المرافق العامة المدارة بأسلوب المؤسسة العامة، التي ترى الدولة تحويلها الى شركة تجارية من شركات القانون الخاص عن طريق بيعها كلياً أو جزئياً للقطاع الخاص¹.

سيتناول الباحث في هذا المطلب الجهة المختصة بإلغاء المرفق العام في الفرع الاول، وأثار الغاء المرفق العام في الفرع الثاني، وذلك وفق الترتيب التالي :

الفرع الأول : الجهة المختصة بإلغاء المرفق العام

يجب أن تكون طريقة الالغاء مماثلة لطريقة الانشاء، بمعنى أن المرفق العام الذي أنشئ بقانون لا يمكن الغاؤه الا بقانون، وأما المرافق العام التي أنشئت بناء على قانون تستطيع الهيئات التي أنشأت المرفق العام أن تلغيه بذات طريقة أنشائها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، مع مراعاة التمييز بين المرافق الاختيارية والمرافق الاجبارية².

ان انشاء المرفق العام بأداة أدنى مرتبة من القانون، وبناء على تفويض تشريعي، كالمقرر الصادر عن رئيس الدولة أو أحد الوزراء أو أحد المجالس المحلية، فانه لتعيين أداة الغاء المرفق العام يجب التمييز بين حالتين :

¹ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 105-106 .

² . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 373-374 .

1. المرافق الاختيارية : جاز للسلطة التي أنشأت المرفق العام الاختياري أن تلغيه بقرار من تلقاء نفسها، وبدون حاجة الى تفويض تشريعي جديد ؛ لأنها كانت تملك بأن لا تنشئه من الأساس فيكون لها أن تلغيه إذا قدرت بضرورة الغاءه¹.

2. المرافق الإجبارية : السلطة المفوضة في انشاء المرافق الاجبارية لا تملك أن تلغيه من تلقاء نفسها، بل يجب الغاؤها بقانون أو بناء على تفويض جديد من القانون، فحيث يكون الانشاء اختيارياً يكون بالتالي الالغاء تقديرياً، أما حيث يكون الانشاء إجبارياً، فلا يكون الالغاء تقديرياً، وانما تكون سلطة الادارة مقيدة في الالغاء، فلا تملكه الا بناء على تفويض تشريعي جديد².

سيتناول الباحث موقف تشريعات بعض الدول المقارنة من حيث من يملك الاختصاص في الغاء المرفق العام، وذلك كما يلي :

أولاً : الجهة المختصة بإلغاء المرفق العام في فلسطين

نص القانون الأساسي الفلسطيني على أن الاختصاص بإنشاء أو إلغاء المرافق العامة هو مجلس الوزراء على أن ينظم بقانون³.

ونص قانون الهيئات المحلية الفلسطيني على أن مجالس الهيئات المحلية لها سلطة انشاء والغاء المرافق العامة المحلية⁴.

¹ . حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . مرجع سابق . ص 128.

² . جمال الدين ، سامي : أصول القانون الإداري . مرجع سابق . ص 600 .

³ . نص القانون الأساسي الفلسطيني في المادة "9/69" منه على " يختص مجلس الوزراء انشاء أو الغاء الهيئات والمؤسسات والسلطات أو ما في حكمها من وحدات الجهاز الاداري التي يشملها الجهاز التنفيذي التابع للحكومة، على ان ينظم كل منها بقانون " .

⁴ . قانون الهيئات المحلية الفلسطيني . المادة "15" .

عرف قانون الهيئات المحلية الفلسطيني في المادة "1" منه بأن " الهيئة المحلية : وحدة الحكم المحلي في نطاق جغرافي واداري معين "، كما عرف " المجلس : مجلس الهيئة المحلية ويشمل مجلس البلدية أو المجلس المحلي أو المجلس القروي أو اللجنة الادارية أو لجنة التطوير أو أي مجلس آخر يشكل وفقاً لأحكام هذا القانون، ويتألف المجلس من الرئيس والأعضاء المنتخبين " .

ويرى الباحث بأنه يتم الغاء المرفق العام في فلسطين بطريقة مماثلة للإنشاء، واختصاص الحكومة في الغاء المرافق العامة مع مراعاة حالة التمييز بين المرافق الاجبارية والمرافق الاختيارية، وما اذا كان المرفق العام قد تم انشاؤه بقانون عندئذ يجب الغاؤه بقانون ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

ثانياً : الجهة المختصة بإلغاء المرفق العام في فرنسا

ان صدور دستور عام 1958م، جعل اختصاص الحكومة في الغاء المرافق العامة مبدأً عاماً مع مراعاة حالة ما اذا كان المرفق العام قد تم انشاؤه بقانون عندئذ يجب الغاء هذا القانون¹.

ثالثاً : الجهة المختصة بإلغاء المرفق العام في الأردن

يختص البرلمان في الأردن بإلغاء المرافق العامة، ولكن هل يجوز للحكومة بمقتضى قانون مؤقت صادر استناداً للمادة (94) من الدستور الاردني لعام 1952م الغاء مرفق عام ؟. نرى وفق الاجتهاد القضائي الأردني أن الحكومة تملك تنظيم أي موضوع أوجب الدستور تنظيمه بقانون عادي، وبالتالي تستطيع الحكومة دستورياً الغاء مرفق عام بقانون مؤقت².

¹ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 74 .

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 106 .

نصت المادة "94" من الدستور الاردني على " 1- عندما يكون مجلس النواب منحلاً يحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين مؤقتة لمواجهة الأمور الآتي بيانها :- أ- الكوارث العامة . ب- حالة الحرب والطوارئ . ج- الحاجة إلى نفقات ضرورية ومستعجلة لا تحتل التأجيل . ويكون للقوانين المؤقتة التي يجب أن لا تخالف أحكام الدستور قوة القانون على أن تعرض على مجلس الأمة في أول اجتماع يعقده، وعلى المجلس البت فيها خلال دورتين عاديتين متتاليتين من تاريخ إحالتها وله أن يقر هذه القوانين أو يعدلها أو يرفضها فإذا رفضها أو انقضت المدة المنصوص عليها في هذه الفقرة ولم يبت بها وجب على مجلس الوزراء بموافقة الملك أن يعلن بطلان نفاذها فوراً، ومن تاريخ ذلك الإعلان يزول ما كان لها من قوة القانون على أن لا يؤثر ذلك في العقود والحقوق المكتسبة. 2- يسرى مفعول القوانين المؤقتة بالصورة التي يسرى فيها مفعول القوانين بمقتضى حكم المادة "93" من هذا الدستور .

رابعاً : الجهة المختصة بإلغاء المرفق العام في مصر

السلطة المختصة بالإنشاء هي السلطة المختصة بالإلغاء، حيث تكون أداة الإنشاء هي أداة الإلغاء، فإذا أنشئ المرفق بقانون وجب أن يكون الغاؤه بقانون¹، وإذا كان إنشاء المرفق العامة الصادرة مباشرة عن رئيس الجمهورية استناداً الى المادة (146) من الدستور المصري لعام 1971م، فإنه يجوز بالتالي أن يلغي هذا المرفق بقرار جمهوري مماثل².

الفرع الثاني : آثار الغاء المرفق العام

يترتب على الغاء أي مرفق عام آثار قانونية هامة تتعلق بالذمة المالية للمرفق العام والعاملين فيه، حيث تبرز أهمية هذه الآثار القانونية بخصوص المرافق العامة التي تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن الدولة، واختلاف مصير الذمة المالية للمرفق العام حسب طريقة الغاء هذا المرفق العام³.

فالمرفق العام الذي يتم الغاؤه فإن أمواله تضاف الى الجهة التي نص عليها القانون الصادر بإلغائه⁴، وان المرافق العامة التي يتولى ادارتها مباشرة الأشخاص الاقليمية العامة، كالدولة أو أحد الاشخاص المحلية الاخرى ولا تتمتع بشخصية معنوية مستقلة، فإن الأموال المخصصة لتلك المرافق تعتبر جزءاً لا يتجزأ من ميزانية هذه الاشخاص، ولا تتمتع بذاتية خاصة أو كيان مستقل عنها⁵.

وأما بخصوص المرافق العامة التي تديرها أشخاص معنوية عامة، فإن مصير أموالها يتم تحديده من خلال معرفة مصدر تلك الأموال، فإذا كانت الدولة أو أحد أشخاص القانون العام

¹ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 75 .

² . جمال الدين ، سامي : أصول القانون الإداري . مرجع سابق . ص 601 .

= نصت المادة "146" من الدستور المصري على " يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة " .

³ . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 251.

⁴ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 118 .

⁵ . حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . مرجع سابق . ص 129 .

الإقليمية الأخرى فيتم تحويلها لها¹، وإذا كان مصدرها تبرعات الأفراد والهيئات الخاصة فإن هذه الأموال تؤول الى أحد المرافق العامة التي تستهدف تحقيق نفس غرض المرفق الذي تم إلغاؤه أو غرض قريب منه احتراماً لإرادة المتبرعين².

المبحث الثاني : المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة

تخضع جميع المرافق العامة لمبادئ مشتركة بصرف النظر عن أنواعها وأقسامها³، فقد تختلف وتتباين نتيجة لاختلاف موضوع نشاطها⁴، ويتم تطبيق هذه المبادئ على جميع أنواع المرافق العامة، والتي استقر عليها القضاء، وأكد المشرع عليها في القوانين المتعلقة بالمرافق العامة، والتي اتفق الفقه عليها، وهذه المبادئ هي مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل، ومبدأ المساواة بين المنتفعين من خدمات المرافق العامة⁵.

وهناك من المبادئ ما لا يطبق الا على المرافق العامة الادارية التي تدار أساساً بطريق الادارة المباشرة أو المؤسسات العامة، ولا نجدها كلها أو بعضها في غيرها من المرافق، فهي مبادئ تتصرف أساساً الى كيفية أداء الخدمة للمنتفعين، وهي كما يلي :

1. يحكم علاقة المرافق العامة بعمالها قانون الوظيفة العامة .
2. الأموال المنقولة وغير المنقولة لإدارة المرفق العام تخضع لنظام آخر غير الذي تخضع له أموال الأفراد .
3. الأوامر التي تصدرها السلطات الادارية لإدارة المرفق العام تعتبر أوامر ادارية .

¹ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 74 - 75 .

² . حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . مرجع سابق . ص 129 .

³ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 121 .

⁴ . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 243 .

⁵ . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 417 .

4. العقود التي تبرمها الادارة لضمان سير المرفق العام تعتبر كمبدأ عام - عقوداً ادارية .

5. طريقة تعويض الأفراد عن الاضرار التي يسببها المرفق العام في أثناء ادارته تخضع عادة، لقواعد تختلف عن تلك التي تنظمها قواعد المسؤولية المدنية .

6. المنازعات التي تنجم عن سير المرفق العام، أو عدم سيره، أو اختلال سيره، تنتزع عادة من اختصاص المحاكم العادية، لتوضع في اختصاص المحاكم الادارية، التي تتكون أساساً من أعضاء يلمون بمقتضيات الحياة الادارية والقانون الاداري¹.

يقتضي بنا البحث في وجوب استمرار سير المرافق العامة بغير انقطاع، اذ قد ركن الناس اليه ورتبوا على أساس وجوده أمورهم وحياتهم، والنتائج المترتبة على الاخذ بهذا المبدأ من حيث تنظيم الاضراب في المرافق العامة، وتنظيم استقالة الموظفين، ونظرية الموظف الفعلي، ونظرية الظروف الطارئة، وعدم جواز الحجز على أموال المرفق العام، وهذا ما سيتناوله الباحث في المطلب الاول . ومن جهة ثانية بأنه يباح للحكام تعديل القواعد المنظمة لوجود المرفق العام وسيره، ذلك حتى تتطابق تلك القواعد تطابقاً مستمراً مع الظروف الاجتماعية والاقتصادية، فهي بطبيعتها دائمة التطور والتغير بتطور الحياة في الجماعة البشرية نفسها، وهو ما سيتناوله الباحث في المطلب الثاني . ومن جهة ثالثة فإنه يجب أن يتساوى جميع الأفراد أمام المرفق العام، يقفون جميعاً على قدم المساواة في التمتع بما يمنحه من نفع وفائدة ومزايا وفي القيام بما يستلزمه من أعباء²، وهذا ما سيتناوله الباحث في المطلب الثالث . وذلك وفق الترتيب التالي :

المطلب الاول : مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد

تقوم المرافق العامة بتقديم خدمات جوهرية لازمة للجمهور وللنظام العام معاً، حيث توقف سير المرفق العام ولو مؤقتاً عن العمل ينتج عنه أضراراً ومضايقات عديدة للجمهور من ناحية، واخلال بالنظام العام من ناحية اخرى، ولهذا فان من أهم واجبات السلطات العامة أن

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 499 .

² . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 244 .

تعمل على ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ولزوم الموظفون في المرافق العامة بالعمل لتحقيق الاهداف والأغراض الذي أنشئت من أجلها المرافق العامة¹.

ويقر القضاء الاداري وفقه القانون العام على وجود عدة نتائج تمخضت عنها مبادئ قانونية تعتبر في ذاتها تطبيقاً لمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد²، وتتمثل هذه النتائج في تنظيم الاضراب في المرافق العامة، وتنظيم استقالة الموظفين العامين، ونظرية الموظف الفعلي، ونظرية الظروف الطارئة، وعدم جواز الحجز على أموال المرفق العام³، وسيتناولها الباحث وفق الترتيب التالي :

الفرع الأول : تنظيم الاضراب في المرافق العامة

يقصد بالإضراب بأنه : اتفاق بعض العمال على الامتناع عن العمل مدة من الزمن، دون أن تنصرف نيّتهم الى التخلي عن وظائفهم نهائياً، وذلك بقصد اظهار استيائهم من أمر من الأمور، أو للوصول الى تحقيق بعض المطالب الوظيفية⁴.

¹ . خليل، محسن : تنمة مبادئ القانون الاداري اللبناني . بدون طبعة . بيروت : مكتبة كيريه اخوان . 1975م . ص 370 .

² . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 129 .

³ . الخلايلة، محمد علي : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 274 .

⁴ . الطماوي، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 501 .

المقصود بالموظف العام : هو كل من يعمل في وظيفة عامة من الوظائف المدرجة على جدول التشكيلات الحكومية وأن يكون معيناً بقرار من السلطة المختصة بالتعيين قانوناً، بعد توافر شروط التعيين أيّاً كانت السلطة المختصة بالتعيين، وأياً كان اسلوب التعيين وبذلك فإن الشخص حتى يكسب صفة الموظف العام لابد من أن يكون معيناً بقرار من الجهة المختصة على وظيفة دائمة مدرجة على تشكيلات الوظائف الحكومية، وأن يكون في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو سلطة ادارية عامة ادارة مباشرة " نقلاً عن كنعان، نواف : القانون الاداري . ج2 . ط1 . عمان : دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع . 2007م . ص 31 .

أما قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم " 4 " لعام 1998م والمعدل بالقانون رقم "4" لعام 2005م . فقد عرف الموظف العام في المادة الاولى منه بما يلي " يقصد بالموظف أو الموظفة وهو الشخص المعين بقرار من الجهة المختصة لشغل وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية على موازنة احدى الدوائر الحكومية أيّاً كانت طبيعة تلك الوظيفة أو مسماها" .

يعد الاضراب أخطر ما يهدد ويعطل سير المرافق العامة بانتظام واطراد، حيث يتوقف الموظفون في المرفق العام عن القيام بأعمالهم والامتناع عن أدائها مدة من الزمن، مما يؤدي الى شلل أو توقف في تقديم الخدمات للجمهور، وتختلف التشريعات لدى الدول بين تحريم الاضراب وابطاحته مع تنظيمه بما لا يتعارض مع مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد¹، وسيتناول الباحث موقف الدول المقارنة من الاضراب وفق الترتيب التالي :

أولاً : موقف المشرع الفلسطيني من الاضراب

نص القانون الأساسي الفلسطيني على الحق في الاضراب²، ولكن لم يتطرق قانون الخدمة المدنية الفلسطيني لعام 1996م الصادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، ولا قانون الخدمة المدنية رقم "4" لعام 1998م الذي أقره المجلس التشريعي وصدر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية لتنظيم الاضراب، حيث لم ينص على الاضراب من بين محظورات الوظيفة العامة، رغم تعامل الادارة على أرض الواقع كسلوك غير مشروع للموظف العام، وفي عامي 1998م، 1999م، حصل اضراب للموظفين وزارة التربية والتعليم ووزارة الصحة للمطالبة بزيادة الأجور وتطبيق قانون الخدمة المدنية، فاتخذت الادارة عقوبات تأديبية بحق القيادات النقابية لرجال التعليم والصحة، وعلى عكس ذلك استسلمت الحكومة الفلسطينية العاشرة للإضراب المفتوح للموظفين العموميين لعدة أشهر بسبب عجزها عن توفير المرتبات، ولم تتخذ أي اجراءات عقابية بحق المضربين³.

ونظم قانون العمل الفلسطيني الاضراب بقيود، حيث نص على أنه " 1- يجب توجيه تنبيه كتابي من قبل الطرف المعني بالإضراب أو الاغلاق الى الطرف الاخر والى الوزارة قبل أسبوعين من اتخاذ الاجراء موضحاً أسباب الاضراب أو الاغلاق، 2- يكون التنبيه قبل أربعة

¹ . الظاهر، خالد خليل : القانون الاداري " دراسة مقارنة " . مرجع سابق . ص 42 .

² . نص القانون الأساسي الفلسطيني في المادة "25" منه على " الحق في الاضراب يمارس في حدود القانون " .

³ . عمرو، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 136 .

أسابيع في المرافق العامة، 3 في حال الاضراب يكون التنبيه الكتابي موقعاً من 51% من عدد العاملين في المنشأة على الأقل¹.

ويتفق الباحث مع رأي الدكتور عدنان عمرو بأن المقصود بالمرافق العامة في المادة (67) من قانون العمل الفلسطيني، هي المرافق التي تدار بوسائل القانون الخاص كالجامعات، وشركة الاتصالات الفلسطينية، ووسائل النقل العامة، كالحافلات والتاكسيات².

وصدر قرار بقانون بشأن تنظيم الاضراب في الخدمة المدنية، حيث نص على " يطبق أحكام المادة (67) من قانون العمل الفلسطيني رقم "7" لعام 2000م المتعلقة بالإضراب في المرافق العامة على موظفي الخدمة المدنية "، ونص أيضاً على أنه " 1- يجوز لمجلس الوزراء ولأي جهة متضررة من الاضراب اللجوء الى محكمة العدل لوقف الاضراب في حال كان الاضراب مخالفاً لأحكام هذا القانون أو يلحق ضرراً جسيماً بالمصلحة العامة . 2- تبت محكمة العدل العليا في الطلب بدعوة الفريقين خلال (48) ساعة من تقديم الطلب وتصدر قرارها في موعد أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ تقديم الطلب "³.

ويلاحظ بأن المشرع الفلسطيني عالج اضراب الموظفين العموميين في المرافق العامة بتطبيقه المادة (67) من قانون العمل.

¹ . قانون العمل الفلسطيني رقم "7" لعام 2000م . المادة "67" .

² . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 137 .

³ . القرار بقانون رقم " 5 " لعام 2008 م بشأن تنظيم الإضراب في الخدمة المدنية . المواد "2،3" .

وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا الفلسطينية في قرارها الصادر في 2013/12/2م بخصوص الغاء اضراب اتحاد المعلمين، حيث نص على " ان قيام المستدعي ضده وهو اتحاد المعلمين بالإضراب، دون اتباع نص المادة (67) من قانون العمل يشكل خرقاً فاضحاً للقانون، ويمس بكرامة المعلمين، ويتسبب بضياع حقوق الطلاب، وهو اجراء باطل لا يستند الى أساس قانوني وواجب الالغاء، حيث أن نص المادة (67) من قانون العمل هو نص أمر، يتعلق بالإجراءات القانونية وهي من النظام العام". قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم "234" لعام 2013م . والصادر في تاريخ 2013/12/2 . www.raya.ps، تاريخ الزيارة 2013/12/2 .

ثانياً : موقف المشرع الفرنسي من الاضراب

قضى مجلس الدولة الفرنسي باعتبار الاضراب عملاً غير مشروع يبيح فصل الموظف أو فسخ عقد العمل، وحتى لو لم يوجد نص يقضي بذلك، فهذا الحكم عام بالنسبة لموظفي الحكومة وعمال المرافق العامة¹.

واستمر القضاء الإداري الفرنسي العمل بالاجتهاد السابق الى أن صدر دستور الجمهورية الرابعة، الذي نظم ممارسة حق الاضراب في المرافق العامة في قضية دهائن في 1950/1/7م، حيث نظم الاضراب في المرافق العامة وفقاً لما يلي :

1. اباحة اضراب الموظفين في المرافق العامة والهيئات المحلية والمقاولات العامة .
2. تحريم الاضراب على كل من يحمل سلاح أو زي رسمي .
3. يجوز للمشرع تحريم الاضراب على الموظفين في المرافق العامة الهامة والحساسة، كما حرم المشرع الفرنسي اضراب الموظفين في بعض المرافق منها :
 - أ. القانون المنظم لقوات الأمن الجمهوري 1947/12/17 م .
 - ب. القانون الأساسي للشرطة 1989/9/28 م .
 - ت. المرسوم المتعلق بالعاملين بالطيران 1964/7/2 م .
 - ث. القانون المتعلق بالجنود 1972/7/13 م .
4. تحريم الاضرابات السياسية والاضرابات الدائرية .
5. يجوز تقييد ممارسة حق الاضراب ببعض القيود والاجراءات بقصد تجنب أثاره الضارة على المصلحة العامة، كالإعلان المسبق عن الاضراب وتحديد مدته وبيان اسبابه، ومنع احتلال أماكن العمل أو التعرض للعمال الراغبين في الاستمرار بأداء مهامهم في المرافق العمومية².

¹ . الطهراوي ، هاني علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 297 .

² . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 135-136 .

وفقاً لقانون تنظيم ممارسة الموظفين العموميين الفرنسي لحق الاضراب لعام 1963م في المادة (5)، فإنه تعتبر مخالفة الأحكام التنظيمية مخالفة مسلكية تستحق العقاب، حيث للإدارة سلطة توقيع الجزاء التأديبي بحق الموظفين المضربين شريطة مراعاة الاجراءات التأديبية أكثر تبسيطاً من الإجراءات التأديبية العادية، ما لم ترغب الادارة بتوقيع عقوبة الفصل أو تنزيل الدرجة الوظيفية، فيتعين عليها احترام الاجراءات التأديبية العادية¹.

ثالثاً : موقف المشرع المصري من الاضراب

جرم المشرع المصري الاضراب في قانون العقوبات²، حيث نص على معاقبة العاملين الذين يضربون عن عملهم عمداً متفقين في ذلك، أو لتحقيق غرض مشترك بالأشغال الشاقة المؤبدة، اذا كان من شأن هذا الاضراب تهديد الأمن القومي، وقرر المشرع توقيع العقاب على المحرضين على الاضراب، كما توسع في نطاق العقوبة المقررة للإضراب وجعلها تنسحب على المستخدمين والأجراء الذين يقومون بالخدمة في المرافق العامة، أو بعمل يسد حاجة عامة ولو لم يكن موضوعاً لها نظام خاص، وهذا ينطبق على المشروعات الخاصة ذات النفع العام³.

رابعاً : موقف المشرع الأردني من الاضراب

لم يجرم المشرع الأردني اضراب الموظفين العموميين، وبذلك لا يعد اضرابهم جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات الأردني، ولكن يعد الاضراب مخالفة مسلكية تستحق العقاب التأديبي⁴، والمشرع الاردني هنا يجاري في ذلك الفقه والقضاء الاداريين في اعتبار الاضراب

¹ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 269 .

² . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 418 .

³ . قانون العقوبات المصري رقم "2" لعام 1972م . المواد "374، 7" .

حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 192 .

⁴ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 270 .

نص نظام الخدمة المدنية الاردني رقم "14" لعام 2007م في المادة "68" منه على " يحظر على الموظف تحت طائلة المسؤولية التأديبية الاقدام على أي من الافعال التالية الاشتراك في أي تظاهرة أو اضراب أو اعتصام " .

في الحالات المعاقب عليها، فعلاً غير مشروع لا يبرره مسوغ بالنظر الى خطورة ناتجة، وأضراره بسير المرافق العامة وشلها عن أداء واجباتها¹.

وأجاز قانون العمل في الاردن الاضراب بالنسبة للعاملين في المشروعات الخاصة ضمن ضوابط وقيود معينة²، أما في القطاع العام فليس هناك تنظيم تشريعي للحق في الاضراب، وهذا فراغ تشريعي يجب تلافيه³.

الفرع الثاني : تنظيم استقالة الموظفين العامين

المقصود بالاستقالة : هي اظهار رغبة الموظف في أن يترك العمل نهائياً، وبهذا تختلف عن الاضراب الذي هو عبارة عن امتناع مؤقت عن العمل مع التمسك بالبقاء في الوظيفة⁴.

والاستقالة يمكن أن تتخذ طابع فردي أو طابع جماعي، ويجب أن تكون الارادة صادرة عن رغبة صحيحة، ورضا تام، لذلك يمكن أن يفسدها ما يفسد الرضا من العيوب، وإذا كان من حق الموظف أن يترك العمل في أي وقت عن طريق الاستقالة، فان هناك اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة توجب تقييد استعمال هذا الحق، والاستقالة يمكن ان تكون احدى صورتين اما استقالة صريحة بتقديم طلب استقالة للإدارة أو استقالة ضمنية عن طريق الانقطاع متواصلاً أو منفصلاً عن العمل خلال فترة زمنية يحددها القانون⁵.

وسيتناول الباحث موقف تشريعات بعض الدول المقارنة من تنظيم الاستقالة للموظفين العامين وفق الترتيب التالي :

¹ . كنعان ، نواف : القانون الإداري . ج1. مرجع سابق . ص339 .

² . قانون العمل الاردني رقم "8" لعام 1996م . المواد "134-136" .

³ . الخلايلة، محمد علي : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 276 .

⁴ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص509 .

⁵ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 139-146 .

أولاً: تنظيم استقالة الموظفين العامين في فلسطين

اهتم المشرع الفلسطيني في قانون الخدمة المدنية بتنظيم استقالة الموظف العام وأخضعها للإجراءات والشروط التالية :

1. تقديم طلب خطي الى رئيس الدائرة الحكومية التي يتبع لها الموظف، بحيث يوضح في الطلب دون لبس أو غموض أو شروط، رغبته في ترك الوظيفة بصفة نهائية¹.
2. أن يستمر الموظف في أداء مهام وظيفته الى أن يبلغ بقرار قبول الاستقالة، أو مرور شهر على تقديم الاستقالة دون أن يتلقى رداً كتابياً من رئيس الدائرة الحكومية التي يتبع لها، اذ تعتبر الاستقالة مقبولة ضمناً وبحكم القانون².

ويتفق الباحث مع رأي الدكتور عدنان عمرو في أن المشرع الفلسطيني قد غلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للموظف العام، اذ لم يضع حلاً للموظف الذي يتقدم باستقالته مرة أو أكثر ويتم رفضها من السلطة الادارية المختصة، فمن غير المنطق أن نجبره على الاستقالة من وظيفته وترك المجال للرئيس الاداري بأن يتعسف بعدم قبول الاستقالة، واجبار الموظف العام على ترك الوظيفة وبالتالي تعرضه للتأديب وضياع حقوقه الوظيفية³.

¹ . قانون الخدمة المدنية الفلسطيني . المادة "1/153" .

اعتبرت محكمة العدل العليا بأن وجود طلب باسم الموظف في ملفه يشير الى الاستقالة، ومرور زمن على ذلك بمثابة قرينة على تقديم الاستقالة . قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم "18" لعام 1965م . مجلة نقابة المحامين النظاميين الاردنيين . العدد (7) لعام 1965م . ص 940 . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 139 . واشترطت محكمة العدل العليا لصحة الاستقالة الرضا والاختيار بقولها " اذا لم يكن الموظف مختاراً في استقالته أو في انقطاعه عن وظيفته، وقبلت استقالته أو عد فاقداً لوظيفته، فيعتبر ذلك من قبيل الفصل غير المشروع " . قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم "26" لعام 1953م . مجلة نقابة المحامين النظاميين الاردنيين . العدد (9) لعام 1953م . ص 450 . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 139 .

² . نصت المادة "3/153" من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني على " ... 3- إذا رأي رئيس الدائرة الحكومية المختص الموافقة على قبول الاستقالة أو إرجاء قبولها لأسباب تتعلق بمصلحة العمل أو بسبب اتخاذ إجراءات ضد الموظف تعين على وحدة شؤون الموظفين إبلاغ الموظف فوراً بذلك " .

ونصت المادة "154" من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني على أن " على الموظف أن يستمر في القيام بمهام وظيفته إلى أن يستلم القرار بقبول الاستقالة وبخلاف ذلك يعتبر فاقداً لوظيفته بسبب الغياب " .

³ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 139 .

لم يعتبر المشرع الفلسطيني ترك الموظف لعمله قبل قبول استقالته من حالات ترك أو فقدان الوظيفة صراحة، ولكن حيث يمكن اعتبار الغياب دون عذر مقبول يجيز للإدارة توقيع عقوبات تأديبية على الموظف بعد مرور 15 يوماً على غيابه قبل قبول استقالته¹.

فالمشرع الفلسطيني لم يعاقب على الاستقالة الجماعية، وخلطت محكمة العدل العليا بداية بين فكرة الاستقالة الضمنية وترك الوظيفة إذ اعتبرت " فقدان الوظيفة بسبب الانقطاع عنها من قبيل الاستقالة "، وقبول الموظف بوظيفة أخرى يفيد الاستقالة من وظيفته بقولها " ان قبول الموظف في وزارة التربية لوظيفة في البلدية وهي مؤسسة أهلية بحكم القانون يعتبر استقالة ضمنية من وظيفته الحكومية "، ثم فرقت بعد ذلك بين الاستقالة وفقدان الوظيفة بسبب التغيب، فلا يمكن اعتبار ترك المستخدم الخدمة بمحض اختياره استقالته².

ورفضت محكمة العدل العليا الفلسطينية الاعتراف بالاستقالة المقدمة بالإكراه باعتبار الاستقالة تصرفاً ارادياً يجب أن يصدر عن ارادة حرة غير مشوبة بعيب، ورغبة صادقة، ورضاء صحيح والا اعتبرت باطلة³.

¹ . نصت المادة "120" من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني على " 1. يعتبر الموظف فاقداً لوظيفته إذا انقطع عن عمله دون إذن مدة تزيد عن خمسة عشر يوماً متصلة حتى ولو كان الانقطاع عقب إجازة قانونية وإذا انقطع مدة أكثر من ثلاثين يوماً غير متصلة في السنة، وعلى رئيس الدائرة الحكومية أن يصدر قراراً بذلك ويبلغ الديوان ووزارة المالية بذلك . 2. تعد وحدة شؤون الموظفين كشوفاً بأيام غياب الموظفين بالدائرة الحكومية المختصة وعليها إخطار الموظف خطياً إذا بلغت أيام غيابه مدة خمسة عشر يوماً غير متصلة خلال العام ويبلغ الديوان بذلك " .

² . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 139 .
للمزيد أنظر قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم "26" لعام 1953م . مجلة نقابة المحامين النظاميين الاردنيين . العدد (9) . لعام 1953م . ص 450 .

قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم "35" لعام 1965م . مجلة نقابة المحامين النظاميين الاردنيين . العدد (7) . لعام 1965م . ص 943 .

قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم "16" لعام 1965م . مجلة نقابة المحامين النظاميين الاردنيين . العدد (7) . لعام 1965م . ص 938 .

³ . قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية برام الله رقم "22" لعام 2000م . محمود العبادي ضد وكيل وزارة الاوقاف . بتاريخ 2003/7/7 . www.muqtafi.birzeit.edu . تاريخ الزيارة 2013/11/9م .

ثانياً : تنظيم استقالة الموظفين العامين في فرنسا

استقر القضاء والفقهاء الإداري في فرنسا على أن العلاقة بين الموظف والإدارة لا تنقطع بمجرد تقديم الموظف استقالته للإدارة، بل بقبول هذه الاستقالة، حيث يجب أن يستمر الموظف بعمله حتى قبول الاستقالة، فهذه قاعدة تشمل جميع موظفي الدولة مهما كان مركزهم بالسلم الوظيفي¹.

ثالثاً : تنظيم استقالة الموظفين العامين في مصر

قرر المشرع المصري بأن خدمة العامل لا تنتهي إلا بالقرار الصادر بقبول الاستقالة²، وأوجب المشرع على الإدارة أن تبت في طلب الاستقالة خلال ثلاثين يوم من تاريخ تقديمه والا اعتبرت الاستقالة مقبولة بحكم القانون، وأعطى المشرع الإدارة الحق في إرجاء البت في الاستقالة لأسباب تتعلق بمصلحة العمل على أن لا تزيد مدة الإرجاء عن أسبوعين بالإضافة إلى مدة الثلاثين يوماً، حيث أوجب على الموظف أن يستمر في عمله إلى حين قبول الاستقالة أو انتهاء مدة الثلاثين يوماً³.

¹ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 138 .

وطبق مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة في قضائه قبل أن ينص عليها تشريعياً، ثم تبناها في قانون 1946/10/19 الصادر بنظام الموظفين في المادة (121) حيث نت على أنه " ان الاستقالة لا أثر لها الا اذا قبلتها السلطة المختصة بالتعيين، ولا يسري مفعولها الا ابتداء من التاريخ الذي تحدده تلك السلطة "، وحدد المدة التي للإدارة أن تتريث خلالها في قبول الاستقالة بشهر، حيث يتعين عليها أن تبدي رأيها بالقبول أو الرفض، وأما الموظف الذي ينقطع عن عمله أثر تقديمه لاستقالته مباشرة قبل قبول الاستقالة، فإنه يتعرض لعقوبات تأديبية حسب المادة (133) والمادة (134) من قانون 1946 الصادر بنظام الموظفين . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 510-511 .

² . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 419-420 .

³ . قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة المصري رقم "47" لعام 1978م . المادة "97" .

حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الإداري . مرجع سابق . ص 195-196 .

رابعاً : تنظيم استقالة الموظفين العامين في الأردن

أعطى المشرع الأردني الإدارة في نظام الخدمة المدنية الحق في رفض طلب الاستقالة المقدم من الموظف العام متى كانت المصلحة العامة تقضي ذلك، على أن مرور ثلاثين يوماً على تقديم طلب الاستقالة دون الإجابة عليها من طرف الإدارة يعد رفضاً لها¹، فالنهج التشريعي يعنى حق الإدارة في رفض الاستقالة عند المقارنة مع تشريعات الوظيفة العامة الأخرى كالقانون المصري².

الفرع الثالث : نظرية الموظف الفعلي

الموظف الفعلي هو الذي عين تعييناً معيباً، أو لم يصدر بتعيينه قرار اطلاقاً³، بحيث تعتبر تصرفاته من حيث الأصل هي تصرفات وأعمال باطلة وغير مشروعة لصدورها من غير مختص، أو من مغتصب للسلطة⁴، ولكن استثناء على الأصل، فإن تصرفاته تعتبر مشروعة في بعض الظروف، ما دامت هذه التصرفات والاعمال كانت تستهدف تحقيق هذا المبدأ⁵.

ويفرق الفقه الإداري بين الظروف العادية والظروف الاستثنائية، ففي الظروف العادية تبرر مشروعية هذه التصرفات والأعمال بفكرة العمل بالظاهر، على اعتبار أن المواطن كان الظاهر له أنه يتعامل مع موظفاً وليس مع شخصاً عادياً، فقد يتعامل الجمهور بحسن نية مع أحد الأفراد على أنه موظف مختص في حين انه لا يتمتع بهذه الصفة، فتعد عندها تصرفات ذلك الشخص استثناء من الأصل العام ولحماية مصالح الأفراد صحيحة قانوناً وبصرف النظر عما إذا كان هو حسن النية أو سيء النية⁶.

¹ . نظام الخدمة المدنية الاردني رقم "30" لعام 2007م . المادة "167" .

² . الخلايلة، محمد علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 278-279 .

³ . الطماوي، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 512 .

⁴ . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 420 .

⁵ . جمال الدين، سامي : أصول القانون الإداري . مرجع سابق . ص 612 .

⁶ . الخلايلة، محمد علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 281 .

وأما في الظروف الاستثنائية فتعتبر تصرفات وأعمال الموظف الفعلي صحيحة وسليمة، تأسيساً لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، طالما كانت أعماله تهدف الى ضمان سيره¹.

وسيتناول الباحث موقف تشريعات بعض الدول المقارنة من نظرية الموظف الفعلي، حسب الترتيب التالي :

أولاً : نظرية الموظف الفعلي في فلسطين

تجد نظرية الموظف الفعلي تطبيقاً واسعاً على أرض الواقع بفعل اجراءات الاحتلال سواء في الظروف العادية أو الظروف الاستثنائية وان غاب الاجتهاد القضائي بشأنها، وعليه تعتبر القرارات الصادرة عن رؤساء البلديات بإنشاء شرطة بعد نكبة 1948م التي تسببت بفعل غياب سلطة الانتداب البريطاني سليمة وصحيحة، وكذلك ما حص بعد احتلال اسرائيل لباقي فلسطين عام 1967م، والتي توسعت صلاحيات رؤساء البلديات دون سند قانوني على حساب اختصاصات المحافظ وبعض فروع الادارات الاردنية والمصرية التي غيبها الاحتلال، فتعتبر قراراتها سليمة وصحيحة، وكذلك القرارات الصادرة عن لجان الانتفاضة في الأحياء والمخيمات خلال الانتفاضة الأولى².

ثانياً : نظرية الموظف الفعلي في فرنسا

استقر القضاء الاداري الفرنسي على مشروعية القرارات الادارية الصادرة عن الموظفين الفعليين، سواء في الظروف العادية أو الظروف الاستثنائية، ولكن اتجاه الأفراد حسني

¹ . جمال الدين ، سامي : أصول القانون الإداري . مرجع سابق . ص 612 .

² . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 141-142 .

يذكر بأن محكمة بداية رام الله قد صادفت تطبيقاً لها يتعلق بتصرفات لمدعي عام المحكمة الذي استمر مدة طويلة في مباشرة مهامه رغم أنه منتدب لمدة محددة ولم يتم تجديدها، وكان التوجه لدى المحكمة هو بطلان كل الاجراءات الصادرة عنه خلال الفترة السابقة استناداً الى قاعدة " ما بني على باطل فهو باطل "، وكان لبعض قضاة محكمة الاستئناف رأي آخر يستند الى تبرير سلامة تصرفاته على أساس نظرية الموظف الفعلي . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 141-142 .

النية فقط شريطة أن تتوافر في الشخص مظاهر الموظف القانوني المختص بإصدار هذا القرار أو هذه الطائفة من القرارات¹.

ثالثاً : نظرية الموظف الفعلي في مصر

قضت المحكمة الادارية العليا بمجلس الدولة المصري بأن " نظرية الموظف الفعلي لا تقوم الا في الأحوال الاستثنائية البحتة، تحت الحاح الحاجة الى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف ضماناً لانتظام المرافق العامة، وحرصاً على تأدية خدماتها للمتفعين بها، باطراد ودون توقف، وتحتم الظروف الغير عادية أن تعهد جهة الادارة الى هؤلاء الموظفين بالخدمة العامة اذ لا يتسع أمامها الوقت لأتباع الوظيفة في شأنها، ونتيجة لذلك لا يحق لهم طلب تطبيق أحكام الوظيفة العامة، كما لا يحق لهم الاستفادة من مزاياها لأنهم لم يخضعوا لأحكامها ويعينوا وفقاً لأصول التعيين فيها"².

رابعاً : نظرية الموظف الفعلي في الاردن

اعترفت محكمة العدل العليا الأردنية بفكرة الموظف الفعلي في الظروف العادية لإضفاء صفة المشروعية على القرارات غير المشروعة، فقد قضت " ان القول بأن اللجنة المشكلة للتحقيق في الشكوى المقدمة ضد أحد موظفي البلدية بموجب المادة (17) من نظام موظفي البلديات الاردني رقم (1) لعام 1955م هي لجنة غير قائمة قانونياً وان قرارها بالنسبة لذلك يعتبر منعماً وحقيقاً بالإلغاء، هو قول غير وارد ؛ ذلك لأن الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا القاضي بأن تعيين هذه اللجنة كان غير قانوني قد صدر بعد صدور قرار اللجنة المطعون

¹ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 284 .

² . حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 197-198 .

عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 420-421 .

أنظر قرار المحكمة الادارية العليا المصرية الصادر في 29 نوفمبر لعام 1964 .

به . ومن المبادئ التي أُنْصَحَ عليها الفقه الإداري أن الإجراءات التي قام بها الموظف الفعلي تعتبر صحيحة ولو ثبت بعد ذلك أن قرار تعيينه كان باطلاً¹.

الفرع الرابع : نظرية الظروف الطارئة

المقصود بنظرية الظروف الطارئة هي أن ظرفاً استثنائياً خارجاً عن إرادة الطرفين وغير متوقعة وقت التعاقد، يحدث بعد التعاقد وأثناء تنفيذ العقد الإداري بين الفرد والإدارة، بحيث تقلب التوازن المالي في العقد، ويعتبر تنفيذ العقد ليس مستحيلاً وإنما مرهقاً ومكلفاً للمتعاقد مع الإدارة².

وإذا كانت قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " لا تجيز تعديل شروط العقود المدنية إلا برضا طرفي العقد، ولا تجيز فسخ العقد إلا إذا أصبح تنفيذه مستحيلاً بسبب القوة القاهرة التي لا دخل لإرادة طرفي العقد فيها، فإن القضاء الإداري قد أسس نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية على خلاف ذلك، بحيث قررت أحكامه أنه في حالة وقوع ظروف طارئة تجعل تنفيذ العقد الإداري مرهقاً لأحد الطرفين، يحق للقاضي الإداري أن يحكم بتعويض عادل للطرف الذي أضرت به هذه الظروف، وذلك إذا لم يكن الطرفان قد اتفقا على تعديل شروط العقد لتخفيف أثر هذه الظروف³.

ولتطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقد الإداري، لابد وأن تتوفر الشروط التالية :

1. أن يكون هناك ظرف طارئ لم يكن متوقعاً وقت التعاقد، ويجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد .

2. أن لا يكون لأحد المتعاقدين دور في حدوث الظرف الطارئ .

¹ . شطناوي، علي خنار : مبادئ القانون الإداري الأردني . مرجع سابق . ص 284 .

أنظر قرار محكمة العدل العليا الأردنية . 1973/2/7 م . مجلة نقابة المحامين النظاميين الأردنيين . 1973 م . ص 168 .

² . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 262 .

³ . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 421 .

3. أن يؤدي الظرف الطارئ الى قلب التوازن المالي للعقد رأساً على عقب، ويضع المتعاقد الملزم في تنفيذ العقد خسارة فادحة له ومرهقاً له من حيث التوازن المالي .

4. أن يكون الظرف الطارئ لفترة مؤقتة .

5. أن يستمر المتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد اذا اراد أن يستفيد من التعويض¹.

وسيتناول الباحث موقف التشريعات والقضاء الاداري في بعض الدول المقارنة من نظرية الظروف الطارئة وفق الترتيب التالي :

أولاً : نظرية الظروف الطارئة في فلسطين

رفض القضاء الفلسطيني الأخذ بنظرية الظروف الطارئة بدون نص صريح، وبالرجوع لمجلة الأحكام العدلية وهي القانون المدني النافذ المفعول في فلسطين نجد أنه ليس فيها ما يمكن أن يستفاد منه بأن واضع القانون أخذ بنظرية الظروف الطارئة وأوجب تطبيقها²، وبالرجوع الى القرارات الصادرة عن محكمة العدل العليا فلا يوجد ما يستدل منها على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية .

ثانياً : نظرية الظروف الطارئة في فرنسا

في أعقاب نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم بشكل كبير جداً لدرجة أن وجدت شركة الاضاءة لمدينة بوردو أن الاسعار التي تتقاضاها أبعد كثيراً من أن تغطي نفقات الادارة، ولهذا قدمت الشركة طلب رفع الاسعار الى السلطة مانحة الالتزام، ولكن السلطة رفضت، وتمسكت بتنفيذ الالتزام، بحجة أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن تنفيذ التزام الشركة ليس مستحيلاً، لأن الفحم موجود حتى لو ارتفعت أسعاره، وانتهى المطاف بالشركة الى اللجوء لمجلس الدولة الفرنسي، فاذا به يقر مبدأً جديداً مستمد من قاعدة دوام سير المرافق العامة، ومقتضى هذا المبدأ الجديد هو أن وجود ظروف لم تكن في الحسبان، وكان من شأنها أن تزيد

¹ . عمرو، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 143-144 .

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 288-289 .

الاعباء المالية الملقاة على عاتق الملتزم الى حد الاخلال بتوازن العقد اخلاقاً جسيماً، فللملتزم الحق في أن يطلب من الادارة ولو مؤقتاً المساهمة الى حد ما في الخسائر التي تلحق به¹.

ثالثاً : نظرية الظروف الطارئة في مصر

أخذ المشرع المصري بنص تشريعي بنظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية²، حيث نص في القانون رقم 129 لعام 1947م في المادة السادسة أنه " اذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالي للالتزام، أو الى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار، واذا اقتضى الحال، أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة الى القدر المقبول"³.

رابعاً : نظرية الظروف الطارئة في الأردن

رفض القضاء الأردني الأخذ بنظرية الظروف الطارئة بدون نص صريح، وبالرجوع لمجلة الأحكام العدلية وهي القانون المدني الذي كان نافذ المفعول نجد أنه ليس فيها ما يمكن أن يستفاد منه بأن واضع القانون أخذ بنظرية الظروف الطارئة وأوجب تطبيقها⁴.

وأخذ المشرع الاردني بنظرية الظروف الطارئة بنصوص تشريعية صريحة، لما تتطوي عليه من عدالة ظاهرة ومرونة حقيقية، وحيث نص في القانون المدني الاردني على أنه "اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 515 .

² . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 155 .

³ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 518 .

حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 198-199 .

⁴ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 288-289 .

تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك¹.

وأمام هذا النص التشريعي الصريح على نظرية الظروف الطارئة عدلت محكمة التمييز عن اجتهادها القضائي، وبدأت بتطبيق هذه النظرية شريطة أن يكون العقد قد أبرم بين الطرفين في ظل سريان القانون المدني².

الفرع الخامس : عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام

يقوم المرفق العام على املاك عامة ألت اليه من خلال أثمان ورسوم الخدمات التي يؤديها الافراد لقاء الخدمة المقدمة، أو من خلال ما يرصد له من اعتمادات في الموازنة العامة، فاذا استدان المرفق العام أو ترتب عليه أموال ناتجة عن أضرار تسبب بها، فهل يجوز الحجز على أموال وأملاك المرفق العام وبيعها في المزاد العلني؟. ان المبدأ العام لدى غالبية الفقه العام يقضي بعدم جواز الحجز على أموال وأملاك المرفق العام ؛ لأنه يعرقل سير المرافق العامة بانتظام واطراد³.

ولكن ان بعض الفقه يرى هذا المبدأ كان عادلاً في ظل الدولة الحارسة، أما بعد أن اكتسح المرفق العام المجالات الاقتصادية والاجتماعية، وأوكلت مهام ادارة بعضها للأفراد، فان هذه الحصانة والحماية لأموال المرفق العام بحاجة الى التمييز بين أموال المرافق العامة التي تدار بأسلوب القانون العام والتي لا يجوز الحجز عليها ؛ لأنها أموال تتمتع بالحماية القانونية المقررة لها، وبين اموال المرافق العامة التي تدار بأسلوب القانون الخاص والتي جزء من أموالها أو كله يعود للأفراد والشركات العادية وبالتالي يجوز الحجز على هذه الاموال وبيعها بالمزاد العلني⁴.

¹ . القانون المدني الاردني رقم "43" لعام 1976 م . المادة "205" .

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الإداري الاردني . مرجع سابق . ص 289 .

³ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 145 .

⁴ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 520-521 .

وان القضاء الاداري رفض هذا التمييز ؛ لان الأمر هنا لا يتعلق بالتمييز بين المال العام والمال الخاص، بل يتعلق بمرافق عامة مكلفة بأداء خدمات عامة للجمهور، يجب أن تستمر في اداء مهامها بانتظام واطراد مهما كان نوعها او طريقة ادارتها¹.

المطلب الثاني : مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل

يعتبر من البديهي بأن القواعد القانونية واللائحة المنظمة لسير المرافق العامة توضع بقصد تمكين هذه المرافق من تحقيق النفع العام بأفضل طريقة، وفقاً للظروف والاحوال المصاحبة لوضعها².

سيتناول الباحث في هذا المطلب، مضمون مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل من جهة، والقيود التي ترد على سلطة الادارة في تغيير وتبديل المرافق العامة من جهة أخرى، وفق الترتيب التالي :

الفرع الأول : مضمون مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل

المقصود بمبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل هو ضرورة استجابة القواعد التي تحكم المرافق العامة في تنظيمه وسيره للتطور الذي يحصل في الحاجات العامة، ومتطلبات تحقيق المصلحة العامة، بتعديل تلك القواعد دون امكانية الاحتجاج بوجود حقوق مكتسبة للمنتفعين أو ارتباطات تعاقدية سابقة مع تلك المرافق ؛ وذلك لأن تحقيق المصلحة العامة يجب أن يتقدم على أي اعتبار آخر³.

والأصل في المرفق العام بعد أن يتقرر انشاؤه بوسيلة الانشاء القانونية، بأن تتولى الجهة الادارية تنظيمه، حيث تختار طريقة ادارته، وما اذا كان احتكاراً أم لا، فتراعي الادارة في هذا التنظيم طبيعة المرفق ونوع الخدمات التي يؤديها وكيفية انتفاع الجمهور به، فإذا ما ظهر لها في

¹ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 146 .

² . عبد الله، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 429 .

³ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 170 .

أي وقت من الأوقات أن هذا التنظيم لم يعد يتفق مع المنفعة المرجوة من المرفق، أو أن هناك تنظيمًا يكفل أدائها على وجه أفضل، كان لها أن تلجأ إلى تنظيم المرفق، فتجعل إدارته عن طريق المؤسسة العامة بدلاً من الإدارة المباشرة، أو تختار نظام شركة الاقتصاد المختلط أو التأمين مثلاً، ولها أن تفرض رسوماً على الانتفاع بالخدمات أو تخفض الرسوم الموجودة، أو رفع سن التوظيف، أو اشتراط مؤهل خاص لشغل بعض الوظائف¹.

ومن منطلق مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل لا يجوز للموظفين العموميين والمتعاقدين مع الإدارة الادعاء بفكرة الحق المكتسب للمحافظة على أوضاعهم القانونية دون تغيير أو تبديل، فيشغل الموظفون في الإدارة مركزاً قانونياً عاماً، حيث تملك السلطة العامة تعديل نظامهم القانوني دون أن يملكون الادعاء بفكرة الحق المكتسب للمحافظة على النظام الوظيفي الذي عُينوا في ظلّه، بل حتى ولو أصبحوا عمالاً خاضعين لقانون العمل².

وللإدارة حق تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة دون أن يحتج المتعاقد مع الإدارة بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"؛ لأن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وتعلقها بتحقيق المصلحة العامة، تقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن مستلزمات ذلك أن لا تنقيد الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وتتمكن من تعديل عقودها لتتمكن من تلبية التغير المستمر في المرافق التي تديرها، وسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية أثناء تنفيذها تشمل جميع العقود الإدارية دون حاجة إلى نص في القانون أو شرط في العقد، وقد اعترف القضاء والفقه الإداري بهذه الفكرة على أن لا يمس هذا التعديل النصوص المتعلقة بالامتيازات المالية للمتعاقد، وقد استقر القضاء والفقه على مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل أيّاً كان نوعها³.

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 531 .

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الإداري الأردني . مرجع سابق . ص 295 .

³ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 149 .

حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الإداري . مرجع سابق . ص 200 .

وأما المنتفعين من الخدمات المقدمة من قبل المرفق العام، فلا يجوز لهم الاحتجاج بالحقوق المكتسبة والمعارضة لسلطة التعديل ؛ لأنهم يوجدون في وضعية نظامية ومركز تنظيمي ازاء خدمات المرفق العام، فهم لا يملكون حقوقاً تمكنهم من معارضة الادارة في سلطة التعديل¹.

وغير أن الخلاف قد ثار فيما يتعلق بأثر تغيير رسوم الانتفاع على المتعاقدين القداماء، وهل تسري بحقهم الزيادات الاخيرة²؟.

ميز الفقه الاداري بين المتعاقدين مع المرافق الادارية فاعتبرهم يوجدون في وضعية نظامية حتى ولو ارتبطوا مع الادارة بعقود، فلا يحق لهم الاحتجاج بالحقوق المكتسبة، فالرسوم والاثمان الجديدة تسري عليهم وبأثر فوري، وأما المتعاقدين القدامى مع المرافق التجارية فيخضعون لنفس الحكم، الا أن الفقه اختلف في المبرر القانوني لسريان الاثمان الجديدة عليهم بين القائلين بوجودهم في وضعية نظامية، والقائلين بأن العقد المبرم فيما بينهم وبين المرفق من قبيل عقود الازعاع³. لهذا يؤيد الباحث الرأي الثاني وهو أنه من قبيل عقود الازعاع .

الفرع الثاني : القيود التي ترد على سلطة الادارة في تغيير وتبديل المرافق العامة

تعتبر سلطة الادارة في تغيير وتعديل المرافق العامة ليست مطلقة، وانما يوجد عليها قيود يجب توفرها، وهذه القيود هي كما يلي :

1. يجب أن يكون أثر قرار التغيير والتبديل بالنسبة للمستقبل فقط وبناء على هذا فان قرار تعديل تعريف الرسوم بالنسبة لاستهلاك الكهرباء لا يشمل الا الخدمات التي تمت بعد صيرورة القرار نافذ⁴.

¹ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 171 .

² . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 533 .

³ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 150 .

⁴ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 171 .

2. يجب على الادارة أن تتوخى من التعديل تحقيق مصلحة عامة، حيث ذلك القيد العام الذي يهيمن على كل تصرفاتها، والذي تصبح تصرفاتها تعسفية ومشوبة بعيب الانحراف فيما لو تركته الى سواه، ولكن لا يمكن أن يقيد بها في ذلك اعتبارات مستمدة من حق يدعي اكتسابه لموظفي المرفق العام أو المنتفعين به¹.

المطلب الثالث : مبدأ المساواة بين المنتفعين من خدمات المرافق العامة

يعتبر مبدأ المساواة بين المنتفعين من خدمات المرافق العامة حجر الزاوية، والمبدأ الأساسي الذي يحكم قواعد القانون بصفة عامة، وتتعدد مجالات تطبيق مبدأ المساواة في القانون الاداري، سواء بالنسبة للوظيفة العامة، أو المرفق العام، أو غير ذلك من موضوعات القانون الاداري².

سيتناول الباحث في هذا المطلب، مضمون مبدأ المساواة بين المنتفعين من خدمات المرافق العامة من جهة، وجزاء مخالفة هذا المبدأ من جهة أخرى، وذلك وفق الترتيب التالي :

الفرع الأول : مضمون مبدأ المساواة بين المنتفعين من خدمات المرافق العامة :

يعتبر مبدأ المساواة من المبادئ العامة المستمدة من القانون الطبيعي واعلانات الحقوق والديانات السماوية، بحيث تقوم عليها قواعد القانون بصفة عامة، ويجب على السلطات العامة في الدولة والسلطات الادارية على وجه الخصوص التقيد بها، وتتعدد مجالات تطبيق مبدأ المساواة في القانون الاداري من حيث المساواة في تقلد الوظائف العامة، والمساواة بين المنتفعين من خدمات المرفق العام، والمساواة في التمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات، والمساواة في تحمل التكاليف العامة، والمساواة أمام القانون في تعاملها مع الافراد، فليس لها أن تفرق وتميز في

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 531 .

² . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 422 .

المعاملة فيما بينهم، والا كانت قراراتها مشوبة بعدم المشروعية، وبدون حاجة لوجود نص قانوني يقرها¹.

لم يغفل القانون الاساسي الفلسطيني هذا المبدأ فنص في الباب الثاني الذي يتحدث عن الحقوق والحريات العامة على أن " الفلسطينيين أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الاعاقة"².

وحرص الدستور المصري على الاخذ بهذا المبدأ في نصوصه³، ونص أيضاً الدستور الاردني على هذا المبدأ⁴.

فالمساواة أمام المرافق العامة لا تعني تجريد الادارة من حقها في وضع الضوابط التي تراها ضرورية ومناسبة لتنظيم الانتفاع من خدمات هذه المرافق وبما يحقق المصلحة العامة⁵، ونعني بالمساواة هنا ليست المساواة المطلقة بل المساواة النسبية والتي يترتب عليها وجود مظهرين :

1. حياد المرافق العامة : وهذا يعني وجوب اشتغالها وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة بحيث لا يجعل القائمون على تسير المرفق منه أداة لتحقيق مصالح خاصة على حساب مصالح أخرى أو أن يتخذوا من المرفق أداة للدعاية لأشخاص أو مصالح معينة .
2. مبدأ المساواة النسبية : والمساواة المقصودة ليست مطلقة دون قيد أو شرط، وهذا يعني أن المنتفعين بخدمات المرفق العام لا ينالون الخدمة كيفما اتفق وعلى نحو ما يشاؤون،

¹ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 146 .

حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 200-201 .

² . القانون الاساسي الفلسطيني . المادة "9" .

³ . نصت المادة "40" من الدستور المصري على " المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة " .

⁴ . نصت المادة "6" من الدستور الاردني على " الاردنيين أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وأنختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين " .

⁵ . الخلايلة، محمد علي : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 289 .

وانما المقصود المساواة النسبية التي تعني وجوب معاملة المرفق للمنتفعين بخدماته على قدم المساواة اذا تماثلت مراكزهم القانونية وتوافرت فيهم شروط معينة¹.

ويترتب على تطبيق هذا المبدأ عدة نتائج قانونية، وهذه النتائج القانونية هي كما يلي :

1. لا يجوز التمييز بين المنتفعين من خدمات المرفق العام دون الاستناد الى مبرر قانوني .
2. لا يتنافى مع مبدأ المساواة ان توضع شروط عامة لابد من توافرها في كل من يريد الانتفاع، كتحديد رسم معين .
3. امكانية اختلاف معاملة المنتفعين من خدمات المرفق العام وفقاً لاختلاف الظروف المكانية أو الزمانية، ولا يعتبر ذلك اخلاً بالمساواة .
4. قد تتماثل المراكز القانونية للمنتفعين ببعض خدمات المرفق العام، لكن القوانين واللوائح قد تمنح بعضهم امتيازات عن البعض الآخر اذا توافرت فيهم شروط معينة، كإعفاء العاجزين من المصروفات².

الفرع الثاني : جزاء مخالفة مبدأ المساواة بين المنتفعين من خدمات المرافق العامة

تتمثل القاعدة العامة في قيام السلطة العامة بإنشاء المرافق العامة بإرادتها المنفردة عندما تشعر بأن هناك حاجة عامة لإنشاء مرفق عام، حيث تتمتع بسلطة تقديرية في إنشاء المرافق العامة الاختيارية، ولا يستطيع الافراد اجبارها على إنشاء مرفق عام، ولا يملك المنتفعون اجبار الادارة على تنظيم مرفق عام بطريقة معينة، أو ادارته لأسلوب معين، فالإدارة تقوم بإنشاء المرافق العامة التي يقرر المشرع انشائها وهي المختصة بتنظيمها بما يحقق سيرها بانتظام واطراد لتحقيق النفع العام، وان التزام الادارة بضمان انتظام عمل المرفق العام، فهي ملتزمة بتحقيق المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق العام دون تمييز بينهم³.

¹ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 124-125 .

² . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 523-525 .

³ . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 428 .

وان الاخلال بمبدأ المساواة بين المنتفعين من خدمات المرفق العام يترتب عليه جزاء¹، وهذا الجزاء كما يلي :

أولاً : دعوى الإلغاء، حيث يتم الغاء القرار الإداري عن طريق دعوى الإلغاء التي يمكن أن يرفعها من صدر في مواجهته قرار إداري ينطوي على اخلال بقاعدة المساواة أمام المرافق العامة، كما لو حرم فرد من الحصول على ترخيص معين في وقت توافرت فيه شروط الحصول على هذا الترخيص أو في حالة حرمانه من امتياز مقرر له بموجب قانون أو لائحة².

ثانياً : دعوى التعويض، وهو أن يفرض على الإدارة بإمكانية طلب التعويض عن الأضرار التي يحدثها القرار الإداري الذي خالفت الإدارة بإصداره مبدأ المساواة، عن طريق لجوء المتضرر الى القضاء طالباً الحكم بتعويض ذلك الضرر³، وفقاً للقواعد المعمول بها في مجال المسؤولية الإدارية في شقيها التقصيري والتعاقدي⁴.

وفي فلسطين فإن المشرع نص في قانون تشكيل المحاكم النظامية على أن " تختص محكمة العدل العليا بنظر الاتي : 2- الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الانظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية "⁵.

أخذ المشرع المقارن بدعوى الإلغاء ودعوى التعويض حيث يعتبر قضاء الغاء وتعويض في نفس الوقت ومن اختصاص القضاء الإداري⁶، كالمشرع الأردني⁷.

¹ . الخلايلة، محمد علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 291 .

² . الفياض، ابراهيم طه : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 126 .

³ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 530 .

⁴ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 127 .

⁵ . قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني رقم "5" لعام 2001م وتعديلاته . المادة "2/33" .

⁶ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 529-530 .

⁷ . نص قانون محكمة العدل العليا الاردنية رقم "12" لعام 1992م في المادة "9/ب" منه على " تختص المحكمة في طلبات التعويض عن القرارات والاجراءات المنصوص عليها في القرة - أ- السابقة من هذه المادة سواء رفعت اليها بصفة أصلية أو تبعية " .

ويرى الباحث بأن المشرع الفلسطيني أخذ بدعوى الإلغاء بدون دعوى التعويض من ضمن اختصاص محكمة العدل العليا الفلسطينية، حيث لا ينظر بالتعويض إلا أمام القضاء العادي، وهذا - على خلاف المشرع الأردني - الذي أخذ بدعوى الإلغاء ودعوى التعويض من ضمن اختصاص محكمة العدل العليا الأردنية .

الفصل الثاني

طرق ادارة المرافق العامة

لم يكن موضوع طرق ادارة المرافق العامة يحظى بأهمية الباحثين حينما كانت المرافق العامة كلها من نوع واحد، أو كان عددها محدوداً، حيث كانت المرافق العامة كلها مرافق ادارية بحتة وفي اطار مهمات الدولة الحارسة فحسب، ولقد ازدادت أهمية هذا الموضوع مع تنوع المرافق العامة وازدياد عددها وظهور انواع اخرى في اطار النوع الواحد هذا من جهة، ومن جهة أخرى ظهور المرافق العامة الجديدة كالمرافق الاقتصادية، والمرافق المهنية، والمرافق الاجتماعية¹.

ولقد تأثرت طرق ادارة المرافق العامة بعدة عوامل خلال فترات زمنية كانت فيها أعمال الادارة ونشاطاتها تتباين بين البساطة والتعقيد، ومن أهم هذه العوامل هو تزايد تدخل الدولة في مجالات النشاط الفردي الخاص، بحيث لم تعد طرق ادارة هذه النشاطات مقصورة على أسلوب الادارة المباشرة، وانما اقتضى التطور في أداء الخدمات والمنافع العامة الضرورية للمجتمع².

واذا كان من المسلم به بأن السلطة الادارية تتمتع بسلطة تقديرية كبيرة بشأن ادارة المرافق العامة المختلفة، فانه يجب عليها أن تستخدم أكثر الطرق توافقاً مع طبيعة النشاط الذي يؤديه المرفق العام، نظراً لمسؤوليتها عن كفاءة سير المرفق العام بانتظام واطراد، ولهذا فان طرق ادارة المرافق العامة تنوعت بحسب الانواع المختلفة لهذه المرافق العامة³.

ومن الطبيعي بأن تتباين طرق ادارة المرافق العامة وفي اختيار طريقة ادارة مرفق من المرافق؛ وذلك لوجود أنواع مختلفة من المرافق العامة، فتضع الادارة نصب عينها عدة

¹ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 175 .

² . كنعان ، نواف : القانون الإداري . ج1. مرجع سابق . ص 349 .

³ . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 431 .

اعتبارات سياسية، واجتماعية، واقتصادية، فالمرافق التي تمس الدولة في كيانها كمرافق البوليس والدفاع، ليست كغيرها من المرافق الاقل أهمية كمرفق توريد المياه والكهرباء، وكما أن المرافق ذات الصبغة التجارية والصناعية تحتاج بطبيعتها الى وسائل تختلف عن الطرق المتبعة في ادارة المرافق الادارية البحتة، ولهذه الاعتبارات تعددت طرق ادارة المرافق العامة، لاسيما من حيث درجة تدخل الدولة¹.

واذا تعددت وتنوعت طرق ادارة المرافق العامة، فيمكن التمييز بينها استناداً لمعيارين اثنين، وهذين المعيارين هم كما يلي :

1. اذا أخذنا مركز الجهة التي تتولى ادارة المرفق بالمقارنة مع السلطة المختصة بإنشاء وتنظيم المرفق العام، نجد طريقة الادارة المباشرة تتولى بمقتضاها الادارة تنظيم وتسيير المرفق العام بذاتها وبأموالها وموظفيها، ومجموعة أخرى من الأساليب التي تحل الادارة محلها جهة أخرى مستقلة ومتميزة عنها لتنظيم وتسيير المرفق العام وتقديم الخدمة للجمهور، وتتميز هذه الطرق بطبيعة العلاقات القانونية التي تربط بين السلطة العامة وبين هيئة ادارة المرفق .
2. واذا أخذنا بعين الاعتبار طبيعة الاشخاص القانونية التي تتولى مهمات ادارة المرفق العام، نجد اما أن شخصاً معنوياً عاماً هو الدولة، مؤسسة عامة، هيئة عامة، هو المكلف بإدارة المرفق العام، وأما أحد أشخاص القانون الخاص هو المكلف بإدارة المرفق العام².

سيقوم الباحث بدراسة طرق ادارة المرافق العامة وفق التقسيم التالي :

المبحث الأول : الطرق المباشرة في ادارة المرافق العامة .

المبحث الثاني : الطرق غير المباشرة في ادارة المرافق العامة .

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 404 .

² . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 267-268 .

المبحث الأول : الطرق المباشرة في ادارة المرافق العامة

كثير من الفقهاء يقسمون الطرق المباشرة في ادارة المرافق العامة الى قسمين رئيسيين يتحدثون في الأول عما يسمونه طريقة الادارة المباشرة ويطلق عليها البعض طريقة الريجي، وفي الثاني يتحدثون عن المؤسسة العامة باعتبارها طريقة من طرق ادارة المرافق العامة استناداً الى التعريف التقليدي للمؤسسة العامة الذي يعتبرها مرفقاً عاماً منح شخصية معنوية تتمتع بقدر من الاستقلال الاداري والمالي والفني، وهذه الشخصية تنشؤها الدولة وتتولى الاشراف عليها والرقابة على أشخاصها وأعمالها، وتعتبر من الناحية القانونية والواقعية جزءاً لا يتجزأ من الدولة، أما الاختلاف بينهما، فان طريقة الادارة المباشرة تتم في اطار من المركزية الادارية، أما المؤسسة العامة هي تنظيم اداري لا مركزي (اللامركزية المصلحية أو المرفقية)¹، وفي طريقة الادارة المباشرة، وطريقة المؤسسة العامة تخضعان للقانون الاداري².

سيقوم الباحث في هذا المبحث بدراسة هذه الطرق المباشرة في ادارة المرافق العامة وفقاً للتقسيم التالي :

المطلب الأول : طريقة الادارة المباشرة .

المطلب الثاني : طريقة المؤسسة العامة .

المطلب الأول : طريقة الادارة المباشرة

تعتبر الادارة المباشرة من قبل الجهات المركزية والاقليمية هي الطريقة التقليدية، والمألوفة، والقديمة لإدارة المرافق العامة حيث تتولى الوزارات أو الهيئات الاقليمية ادارة المرافق العامة³، وسيتناول الباحث في هذا المطلب، مضمون طريقة الادارة المباشرة من جهة،

¹ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 177-178 .

² . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 126 .

³ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 179 .

ومن جهة اخرى النتائج القانونية التي تترتب على الأخذ بطريقة الادارة المباشرة، وذلك وفق التقسيم التالي :

الفرع الأول : مضمون طريقة الادارة المباشرة

يقصد بالإدارة المباشرة (الاستغلال المباشر) هو أن تقوم الدولة بنفسها أو المحافظة أو المدينة أو القرية بإدارة المرفق العام مستعينة في ذلك بأموالها وموظفيها، ومستخدمة في ذلك وسائل القانون العام، وهذه هي الطريقة التي تدار بها جميع المرافق الادارية في الوقت الحاضر، وذلك اما لأن هذه المرافق غير مربحة، فلا يمكن أن يقبل الافراد عليها، واما لأن الدولة ترى أنه من الخطورة أن تسمح للأفراد بالمشاركة في ادارتها¹.

وهذه هي الطريقة التي تدار فيها المرافق العامة التقليدية وذات الطابع الوطني مثل مرافق الامن والدفاع، والقضاء، والصحة، والتعليم، وقد يستخدم أحياناً لإدارة المرافق العامة المحلية، كمرفق النقل داخل المدن ومرافق توريد المياه والكهرباء بحيث يترك أمر ادارة هذه المرافق والاشراف عليها للمجالس المحلية، وقد يستخدم أيضاً هذا الاسلوب أيضاً لإدارة المرافق الاقتصادية مثل مرفق الاتصالات ومرفق النقل، وان كان التوجه الآن الى ادارة مثل هذه المرافق بطرق أخرى².

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 405 .

² . الخاليلة، محمد علي : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 293 .

حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 202 .

لقد توسعت الهيئات المحلية في استعمال طريقة الادارة المباشرة في تسيير مرافقها خلال القرن العشرين، حيث استعملتها في ادارة مرافق عامة تجارية كتوزيع الماء، والكهرباء، والمسبح البلدي، والمسلك البلدي، سعياً للحصول على أرباح تمول ميزانيتها، أو لمنافسة المشروعات الخاصة بقصد تخفيض الأسعار، وضمان جودة الخدمة، أو لتجاوز عجز أو قصور المبادرة الحرة في بعض النشاطات غير الربحية، وانتشر هذا المسلك الذي أطلق عليه الاشتراكية البلدية في كل من إيطاليا وبريطانيا على وجه الخصوص، وأما موقف فرنسا فكان موقف الاجتهاد القضائي يقضي مبدئياً بعدم مباشرة البلديات لنشاطات تجارية وصناعية ؛ وذلك لأسباب تتعلق بعدم مخالفة البلديات لقاعدة التخصيص في المجالات الادارية، وعدم مخالفة مبدأ حرية التجارة والصناعة، الا أنه سمح لها بذلك استثناءً في الحالات التي يعجز الافراد عن القيام بنشاطات تجارية وصناعية تقضي الضرورة مباشرتها لإشباع حاجة عامة . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 126 .

وإذا كانت معظم المرافق العامة تدار وفقاً لهذا النمط في السابق، إلا أن هذا النمط بدأ يتراجع بعد ظهور نظام اللامركزية المرفقية وضرورة الاكثار من الهيئات والمؤسسات العامة، حيث ظهرت الحاجة الى تخليص بعض المرافق العامة من قيود السلطة الرئاسية للهيئات المركزية في الدولة، وإيجاد مؤسسات تتمتع بقدر لا بأس به من الاستقلال الإداري والفني والمالي في ظل نظم قانونية تتلاءم مع طبيعة المهام المنوطة بتلك المرافق العامة، ولا سيما المرافق الإدارية ذات الطابع الفني المتميز كالجامعات وهيئات التعليم المهني وبعض مرافق الأحوال المدنية، ورعاية شؤون القاصرين أو المرافق ذات الطابع الاقتصادي التي يجب أن تختار لها أسلوباً في التنظيم والإدارة والتعامل مع جمهور المنتفعين بعيداً عن الأسلوب التقليدي القائم على فكرة المركزية في الإدارة والرقابة¹.

وأخذت العديد من الدول بطريقة الإدارة المباشرة كـ فلسطين حيث أخذ المشرع بها كإدارة الوزارات²، وكالإدارة المباشرة لمؤسسات التعليم العالي الحكومية³، كجامعة الأقصى في قطاع غزة⁴، كمصر والأردن⁵.

وتعرضت طريقة الإدارة المباشرة الى عدة انتقادات بالنظر الى عيوبها، وهي كما يلي :

1. التعقيد، والروتين في الاجراءات، وعدم التجديد والابتكار في كثير من الاحيان⁶.
2. وفيما يتعلق بإدارة المرافق الاقتصادية فإن الإدارة مقيدة بقوانين وانظمة تحد كثيراً من نشاطها، وتعيق حريتها في منافسة المشروعات الفردية التي تزاوّل ذات النشاط⁷.

¹ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 179-180 .

² . القانون الاساسي الفلسطيني . المادة " 69 " .

³ . نص قانون التعليم العالي الفلسطيني في المادة " 1/10 " على " تصنيف مؤسسات التعليم العالي الى : 1- تصنيف مؤسسات التعليم العالي من حيث التأسيس الى : أ- مؤسسات التعليم العالي الحكومية وتنشأ بقرار من مجلس الوزراء الفلسطيني وتتبع للوزارة إدارياً ومالياً وقانونياً " .

⁴ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 154 .

⁵ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 405 .

⁶ . حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الإداري . مرجع سابق . ص 202 .

⁷ . الخلايلة، محمد علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 293 .

⁷ . شطناوي، علي خطر : مبادئ القانون الإداري الأردني . مرجع سابق . ص 172 .

الفرع الثاني : النتائج القانونية التي تترتب على الأخذ بطريقة الادارة المباشرة

أولاً : يقوم الشخص المعنوي العام الذي يتبعه المرفق العام، بجميع الوسائل المادية من أموال منقولة ووسائل مالية لازمة لتوفير التمويل الضروري، والأشخاص الطبيعيين لتنظيم وتسيير المرفق العام، وتقديمه للخدمات المنوطة به بصورة دائمة ومنظمة، وبأفضل السبل والطرق الممكنة، وبهذا لا تشكل المرافق العامة المدارة عن طريق الادارة المباشرة أشخاصاً قانونية مستقلة ومتميزة عن الشخص المعنوي العام الذي يتبعه، فهذا الشخص المعنوي العام هو الذي يتمتع بالحقوق ويتحمل الالتزامات المتولدة عن النشاط الذي يزاوله المرفق، وتتبع هذه المرافق من حيث تنظيمها السلطات المركزية تبعية مباشرة، وتخضع لهيمنتها ويرتبط العاملون فيها برابطة التبعية الرئاسية بالوزير¹.

ثانياً : استخدام وسائل القانون العام، واعتبار عمال المرفق العام موظفون عموميين، واعتبار القرارات الصادرة عن ادارة المرفق العام قرارات ادارية تخضع للنظام القانوني للقرارات الادارية، واعتبار العقود التي تتعلق بنشاط المرفق عقوداً ادارية، واعتبار المنازعات المتعلقة بالمرفق منازعات ادارية يختص القضاء الاداري بالفصل فيها².

ثالثاً : لا تتمتع المرافق العامة المدارة بطريقة الادارة المباشرة بأي استقلال مالي عن الشخص المعنوي العام الذي يتبعه، فهو المسؤول عنها مالياً، فعليه يقع عبء النفقات الجارية والاستثمارية وترصد الاعتمادات المالية اللازمة لذلك في موازنة هذا الشخص المعنوي العام في الموازنة العامة للدولة، ويؤول اليه أيضاً أي فائض مالي يتحقق³.

¹ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 171 .

² . الخلايلة، محمد علي : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 293 .

³ . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 268 .

نص قانون التعليم العالي الفلسطيني في المادة "14" على " ادارة مؤسسات التعليم العالي الحكومية : 1- يكون لكل مؤسسة تعليم عالي حكومية رئيس ومجلس المؤسسة ولها أن تشكل مجلساً استشارياً . 2- يعين رئيس التعليم العالي الحكومية بقرار من رئيس السلطة الوطنية وكذا مجلسها الاستشاري بتنسيب من الوزير . 3- تحدد صلاحيات رئيس المؤسسة ومجالسها وسائر الشؤون الخاصة بها بموجب نظام يصدر بمقتضى هذا القانون . 4- تتبع مؤسسات التعليم العالي الحكومية للوزارة مباشرة ادالياً ومالياً وقانونياً " .

المطلب الثاني : طريقة المؤسسة العامة

تعتبر طريقة المؤسسة العامة في ادارة المرافق، من أكثر الطرق شيوعاً في الوقت الحاضر، حيث لجأ إليها معظم الدول بكثرة، لاسيما في أعقاب الحرب العالمية الثانية¹، وسيتناول الباحث في هذا المطلب، مضمون المؤسسة العامة من جهة، وانشاء والغاء وادارة المؤسسة العامة من جهة أخرى، وذلك وفق التقسيم التالي :

الفرع الأول : مضمون طريقة المؤسسة العامة

يقصد بالمؤسسة العامة بأنها : عبارة عن مرفق عام منح الشخصية المعنوية لتمكينه من الاستقلال في ادارته، ودمته المالية عن السلطة الادارية التي يتبعها، مع خضوعه لأشراف هذه السلطة ورقابتها².

ظهرت المؤسسة العامة في فرنسا بموجب أحكام مجلس الدولة، ففي حكم محكمة التنازع بخصوص الجمعية الاتحادية لقناة جينياك، حيث ثبت لهذه الجمعيات سمات المؤسسات العامة التي لا يمكن ازائها اتباع طرق التنفيذ المقررة في تقنين المرافعات المدنية، وان المحاكم العادية لا تملك الحكم باتباع اجراءات التنفيذ العامة قبل الجمعية المرخص لها، باعتبارها مؤسسة عامة³.

ويذكر فقه القانون العام أن ادارة المرافق العامة عن طريق المؤسسات والهيئات العامة تحقق عدة مزايا، وهي كما يلي :

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 406-407 .

² . الطهراوي ، هاني علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 276 .

نص قانون التعليم العالي الفلسطيني في المادة "16" منه على " ادارة مؤسسات التعليم العالي الخاصة : 1- يتولى ادارة كل مؤسسة من مؤسسات التعليم العالي الخاصة مجلس المؤسسة طبقاً للنظام الأساسي للمؤسسات . 2- تنظم كل مؤسسة تعليم عال خاصة شؤونها وأسلوب عملها بأنظمة داخلية ويشترط أن تقتزن هذه الأنظمة بمصادقة الوزارة . 3- تخضع هذه المؤسسات من حيث تطبيق برامجها التعليمية ومؤهلات هيئتها التدريسية الى مراقبة واشراف الوزارة بموجب أنظمة الترخيص والاعتماد " .

³ . الظاهر، خالد خليل : القانون الاداري " دراسة مقارنة " . مرجع سابق . ص 55 .

1. التحرر من القيود والتعقيدات الادارية والحكومية .
 2. اتخاذ أساليب ادارية توافق طبيعة النشاط الذي يقوم به المرفق .
 3. تشجع الافراد والهيئات الخاصة على تقديم الهبات والوصايا لهذه الاشخاص العامة، لكي تخصص للغرض الذي يقوم به الأشخاص المرفقية¹.
- وتتكون المؤسسة العامة من عدة أركان أساسية لا بد من توفرها واعتبار نشاط معين بأنه مؤسسة عامة²، وهذه الاركان هي كما يلي :

الركن الأول : الشخصية المعنوية

تعتبر المؤسسات العامة، مرافق عامة، الا أنها تتمتع بالشخصية المعنوية بموجب القانون، ويترتب على ذلك عدة نتائج، وهي كما يلي :

1. تنشأ المؤسسة العامة استناداً الى قانون يصدره المشرع لهذه الغاية³.
2. تعتبر القرارات الصادرة عن أعضاء المؤسسة العامة قرارات ادارية في معظمها، ويختص القضاء الاداري فيما تثيره من منازعات، كما يمكن أن تبرم عقوداً ادارية، ويمكن للمؤسسة العامة أن تمارس بعضاً من نشاطها وفقاً للأساليب الخاصة وتخضع عندئذ لقواعد القانون الخاص ولاختصاص المحاكم القضائية بحسب طبيعة تخصصها، كما أن أموالها يمكن أن يكون البعض منها من الأموال العامة والبعض الآخر من الأموال الخاصة، وعندئذ فان ملكية الأموال العامة المخصصة للمؤسسات العامة تبقى في إطار الملكية العامة للدولة⁴.

¹ . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 434 .

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 175 .

³ . خليل، محسن : تنمية مبادئ القانون الاداري اللبناني . مرجع سابق . ص 383 .

⁴ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 180-181 .

أنظر قرار محكمة العدل العليا في رام الله رقم "109" لعام 2005م . فصل بتاريخ 2006/4/30م .

قرار محكمة العدل العليا في رام الله رقم "444" لعام 2010م . فصل بتاريخ 2011/5/16م .

3. ذمة مالية مستقلة عن مالية الدولة، ومسؤوليته عن الأضرار التي يمكن أن تلحق نتيجة نشاط المرفق، وامكانية قبول الهبات والتبرعات¹.

4. خضوع العاملين في المرفق لنظام قانوني خاص بهم يستقل عن النظام العام لموظفي الدولة الذين يعملون في المرافق التقليدية².

الركن الثاني : ادارة مرفق عام

تعتبر طريقة المؤسسة العامة من طرق ادارة المرفق العام، فلا يتصور وجود مؤسسة عامة بدون وجود مرفق عام تديره، فالارتباط وثيق بين المؤسسة العامة والمرفق العام وجوداً أو عدماً، وتقرر الادارة اخيار هذا الاسلوب حينما يترأى لها المصلحة العامة³.

ولا يوجد نظام قانوني موحد يمكن أن يسري على جميع أنواع المؤسسات العامة، الا أنه يوجد حد أدنى من التنظيم القانوني ؛ وذلك من حيث الادارة القانونية للإنشاء والشخصية المعنوية العامة، والاستقلال المالي والاداري، والرقابة الادارية للسلطة المركزية عليها⁴، وهذا الامر بخلاف الاشخاص اللامركزية الاقليمية (المجالس المحلية)، حيث نجد قانوناً واحداً يطبق عليها⁵.

قرار محكمة العدل العليا في رام الله رقم "390" لعام 2010 . فصل بتاريخ 2011/5/16 .
www.muqtafi.birzeit.ed . تاريخ الزيارة 2014/1/14 .

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 409 .

² . الخلايلة، محمد علي : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 295 .

أنظر قرار محكمة العدل العليا في غزة رقم "143" لعام 1995م . فصل بتاريخ 1996/9/29م .
www.muqtafi.birzeit.edu . تاريخ الزيارة 2014/1/15م .

³ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 176-177 .

⁴ . الظاهر، خالد خليل : القانون الاداري " دراسة مقارنة " . مرجع سابق . ص 55 .

⁵ . الخلايلة، محمد علي : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 297 .

الركن الثالث : مبدأ التخصيص

المؤسسة العامة عبارة عن صورة من صور اللامركزية الادارية، على أن المؤسسات العامة أو اللامركزية المرفقية تمتاز عن اللامركزية الاقليمية بأن المؤسسات العامة تنشأ لتحقيق أغراض محددة بالذات، أي لتحقيق نوع معين من الخدمات لا تتعداه، وتتحدد أهليتها القانونية بالغرض الذي أنشئت من أجله، وتخضع بالتالي لمبدأ التخصيص، فهناك مؤسسة للأعلام، ومؤسسة للإسكان، ومؤسسة للضمان وهكذا، بينما تقوم الهيئات اللامركزية الاقليمية بكافة الخدمات والحاجات الاقليمية المحلية دون تحديد أو تخصيص بخدمات معينة أو محددة بالذات¹.

وإذا كانت جميع المؤسسات العامة تخضع لمبدأ التخصيص، فإنه يترتب على ذلك العديد من النتائج القانونية المهمة، وهذه النتائج هي كما يلي :

1. عدم مشروعية الخروج على نشاط المؤسسة : يجب أن يقتصر نشاط المؤسسة العامة على الميدان المحدد لها تشريعياً، بحيث لا تملك الخروج عنه، فالخروج على هذا الميدان يؤدي الى عدم مشروعية النشاط، وبطلان القرارات والتصرفات المترتبة عليه.
2. عدم قبول التبرعات والهبات والوصايا : لا يجوز للمؤسسة العامة قبول التبرعات والهبات والوصايا التي تتعارض مع أهدافها أو إذا كانت مشروطة بشروط يقتضي الوفاء بها خروج المؤسسة عن تخصصها المحدد .
3. تقتصر مصلحة المؤسسات في النقاضي على مجال تخصصها : يشترط لقبول الدعاوى القضائية أن يتوافر شرط المصلحة، ومصلحة المؤسسة العامة تقتصر على محل تخصصها وموضوع نشاطها، فلا يمكن للمؤسسة رفع دعاوى قضائية للدفاع عن مصالح غير تلك المصالح المحددة بنص القانون الذي أنشأها أو نص عليها².

¹ . الطهراوي ، هاني علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 279-280 .

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 179-182 .

الركن الرابع : الخضوع للوصاية الادارية

بالرغم من استقلال المؤسسات العامة وتمتعها بالشخصية المعنوية ؛ الا أنها تخضع لما يسمى بالوصاية الادارية التي تمارسها السلطة المركزية والمتمثلة في الاشراف والرقابة على هذه المؤسسات العامة¹.

والمقصود بالوصاية الادارية هي عبارة عن سلطة رقابية يمارسها شخص معنوي عام مركزي أو لامركزي على أعمال شخص معنوي عام لامركزي، فالجهة الادارية التي تمارس الرقابة الادارية قد تكون جهة تابعة للتنظيم المركزي أو جهة لامركزية تابعة للتنظيم اللامركزي، ففي هذه الحالة الاخيرة تكون الجهة محل الرقابة والجهة التي تمارس الوصاية عليها تابعتان للتنظيم اللامركزي، ولكن محل الرقابة دوماً جهة لامركزية².

ومفهوم المؤسسة العامة واستقلالها مالياً وادارياً لا يعني استقلالها بصفة مطلقة عن الدولة، فالاستقلال الكلي أمر غير مرغوب فيه ؛ لما يشكله من فوضى ادارية وسياسية عارمة داخل نطاق الدولة الواحدة، ولهذا يجب أن تخضع المؤسسات العامة لقدر معين من الوصاية الادارية، ومهما تعددت تعريفات الوصاية الادارية، الا أنها تدور جميعاً حول ابراز الرابطة أو الصلة بين جهتين مختلفتين هي المؤسسة محل الرقابة، والجهة التي تمارس الرقابة عليها³.

وتثير الوصاية الادارية مشاكل قانونية في كثير من الأحيان ؛ نظراً لان تلك الرقابة تقوم على التوفيق بين مسألتين متعارضتين هما : استقلال المؤسسات العامة من ناحية، وتبعية المشروع أو النشاط الذي تمارسه المؤسسة العامة للدولة من ناحية أخرى، وعلى كل حال فان الرقابة ليست على نمط واحد، وانما تتباين وتتفاوت حدتها وفقاً لطبيعة عمل المؤسسة العامة، وأهميتها بالنسبة للأفراد، والرقابة على المؤسسات العامة اما تكون رقابة على أعمالها، كموافقة السلطة المركزية على مشروع موازنة المؤسسة العامة أو التصديق على بعض القرارات التي

¹ . القيسي، اعاد حمود : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 182 .

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 189 .

³ . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 270 .

تتخذها المؤسسة العامة، أو رقابة على أشخاصها، كسلطة الحكومة في تعيين رئيس وأعضاء مجلس الإدارة في المؤسسة العامة وتحتيتهم وتأديبهم¹.

وقد أختلف الفقه حول التكييف القانوني لقرار التصديق، وظهر اتجاهين مختلفين : الأول يرى جانب من الفقه أن هناك قرارات إداريين مستقلين عن بعضهما البعض، فلا يعتبر التصديق شرطاً لقيام القرار الإداري وإنما هو مجرد شرط لاكتساب الصفة التنفيذية، والثاني يرى أنصار هذا الاتجاه أن القرار الصادر عن المؤسسات وتصديقه من سلطات الوصاية الإدارية يشكلان قراراً واحداً فقط، ولكن لا يمكن التسليم بأي من الاتجاهين لأنه يخلو من الحقيقة فيجب التفريق بين حالتين مختلفتين :

1. إذا صادقت سلطات الوصاية الإدارية على القرار أو العمل المتخذ، فيكون العمل والتصديق عليه عملاً قانونياً أو قراراً إدارياً واحداً متكاملًا، بحيث يعد التصديق في هذه الحالة جزءاً لا يتجزأ من العمل أو القرار، وإذا طعن بعدم مشروعية القرار يوجه الطعن إليهما معاً وفي أن واحد .

2. إذا رفضت سلطات الوصاية الإدارية المصادقة على القرار، فيشكل رفض سلطات الوصاية الإدارية قراراً إدارياً مستقلاً وقائماً بذاته، بحيث يجوز الطعن بعد مشروعيته قضائياً من ذي المصلحة، أما ما اتخذته الهيئات اللامركزية فلا يعد قراراً إدارياً أو عملاً قانونياً لعدم اكتمال عناصر تكوينه².

فالقاعدة في الوصاية الإدارية هي " لا وصاية إلا بنص ولا وصاية أزيد من النصوص "، فإذا كانت بعض التشريعات قد أغفلت ذلك، فإن معظم التشريعات حددت إجراءات الوصاية الإدارية في النصوص القانونية المحدثة للمؤسسات العامة، كما هو حال النصوص القانونية المحدثة للمؤسسات العامة في المغرب³.

¹ . الخلافة، محمد علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 296 .

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الإداري الأردني . مرجع سابق . ص 193-195 .

³ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 128 .

وفي فلسطين فيصعب تحديد التكييف القانوني للمرافق التي أضفى عليها المشرع الشخصية المعنوية، فمنها من نص على اجراءات الوصاية الادارية كما هو الحال في قانون سلطة النقد¹، ومنها من جاءت الوصاية عليها عامة كما هو الحال بالنسبة لقانون المدن الصناعية².

الفرع الثاني : انشاء والغاء وادارة المؤسسة العامة

في فلسطين فقد نص القانون الاساسي المعدل لعام 2003م صراحة على اختصاص مجلس الوزراء بإنشاء والغاء المؤسسات العامة وأسند للمجلس التشريعي تنظيمها بقانون³.

والواقع السابق لصدور القانون الأساسي المعدل يدلنا على انشاء بعضها بقانون كما هو حال سلطة النقد أو بناء على قانون كما هو حال مؤسسات التعليم العالي العامة، والبعض الآخر أنشأ بمرسوم كما هو الحال بالنسبة للهيئات العامة التي أنشأها رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية لعام 2002م⁴، ولا يختلف الوضع حالياً في ظل شلل المجلس التشريعي الناشئ عن اعتقال النواب من سلطات الاحتلال والمناوشات السياسية بين الكتل البرلمانية عما كان سابقاً، إذ أن

¹ . قانون سلطة النقد الفلسطيني رقم "2" لعام 1997م . المواد " 23، 19، 17، 13، 8، 5، 29-25، 34-32، 46، 39" .

² . قانون المدن والمناطق الصناعية الحرة الفلسطيني رقم "10" لعام 1998م والمعدل بقانون رقم "1" لعام 2004م .
المواد "2، 5، 10، 11، 16، 49" .

³ . نصت المادة "9/69" من القانون الاساسي الفلسطيني على " يختص مجلس الوزراء بما يلي : 9- أ- انشاء أو الغاء الهيئات والمؤسسات والسلطات أو ما في حكمها من وحدات الجهاز الاداري التي يشملها الجهاز التنفيذي التابع للحكومة، على أن ينظم كل منها بقانون " .

⁴ . بعد التعديل الوزاري لعام 2002م والذي أدى الى تقليص عدد الوزارات وفقاً للقانون الاساسي الفلسطيني الى (19) وزارة، فقد أنشأ رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية هيئات عامة تتمتع بالشخصية المعنوية بدلاً من الوزارات الملغاة عوضاً عن الحاقها بوزارة أخرى وذلك بموجب المراسيم التالية :

مرسوم رئاسي رقم "5" لعام 2002م بإنشاء الهيئة العليا لشؤون القدس .

مرسوم رئاسي رقم "6" لعام 2002م بإنشاء سلطة البيئة .

مرسوم رئاسي رقم "7" لعام 2002م بإنشاء الهيئة الوطنية لمقاومة الاستيطان .

مرسوم رئاسي رقم "8" لعام 2002م بإنشاء هيئة شؤون المنظمات الأهلية .

مرسوم رئاسي رقم "9" لعام 2002م بإنشاء هيئة عامة لشؤون الأسرى والمحربين .

مجلس الوزراء ينشئ مؤسسات وهيئات وينسب لرئيس السلطة الوطنية لتنظيمها بقرار بقانون أو بمرسوم¹.

يسند الاختصاص بإنشاء المؤسسات العامة في معظم الدول المعاصرة الى البرلمان ؛ لأن انشائها يخلق شخصاً عاماً جديداً بذمة مالية مستقلة²، وهذا ما نص عليه دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي³.

والمتبع في الاردن هو صدور قانون من المشرع يسمح بإنشاء المؤسسات العامة، كقانون سلطة الكهرباء الاردنية رقم (21) لعام 1967م، وقانون مؤسسة الاذاعة والتلفزيون رقم (43) لعام 1985م⁴.

وأما في مصر فالمشرع يصدر قانوناً يخول السلطات العامة بإنشاء نوع أو جميع أنواع المؤسسات العامة، وهو قانون رقم (97) لعام 1983م بشأن هيئات وشركات القطاع العام⁵.

وأما ادارة المؤسسات العامة فانه يستوجب تحقيق استقلال المؤسسة من الناحية الادارية لتنظيم المؤسسة ادارياً، بحيث يعهد بمهام ادارة نشاط معين الى المتخصصين، حتى وان احتفظت السلطات المركزية بحق ممارسة رقابة ادارية على نشاط وسير عمل المؤسسة العامة، لهذا قيل وبحق أن استقلال المؤسسة ادارياً يستوجب أن يتولى ادارة المؤسسة سلطات خاصة بها ومتميزة عن السلطات الادارية الاخرى، لذا يجب أن يكون هناك مجلس ادارة يتولى تقرير الأمور، وشخص يتولى تنفيذ الامور والقرارات التي يقررها المجلس التقريري⁶.

¹ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 129 .

² . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 129 .

³ . الدستور الفرنسي . المادة "34" .

⁴ . الطهراوي ، هاني علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 277-278 .

⁵ . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 435 .

⁶ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 183 .

المبحث الثاني : الطرق غير المباشرة في ادارة المرافق العامة

ان الادارة ليست ملزمة باتباع طريقة معينة لإدارة مرفق معين، الا أنها عند اختيارها احدى الطرق لإدارة مرفق معين فإنها تراعي اعتبارات متعددة منها اعتبارات سياسية، ومنها اعتبارات اقتصادية، ومنها اعتبارات اجتماعية، وتراعي الادارة ايضاً درجة الهيمنة التي تريد أن تفرضها على المرفق العام، فلئن كانت المرافق العامة تخضع جميعها لرقابة الدولة واشرافها، الا أن درجة الرقابة والاشراف تختلف باختلاف طريقة ادارة المرفق العام، حيث تكون الرقابة والاشراف مباشرة وبدرجة تصل الى حد الهيمنة التامة على المرفق في حالة اتباع طريقة الادارة المباشرة، بينما تقل درجته في حالة اتباع الطرق غير المباشرة وبدرجات متفاوتة¹.

والحديث عن الطرق غير المباشرة في ادارة المرافق العامة، فإننا نعني بذلك قيام أشخاص اخرى غير الاشخاص الادارية بتنظيم وادارة مرفق عام، وغالباً ما يكون هؤلاء الاشخاص أفراداً أو شركات تجارية يعهد اليهم بموجب اتفاق يبرم بينهم وبين الادارة مهمة تنظيم وادارة مرفق عام، ويطلق على هذه الطريقة بطريقة الامتياز، ثم تطورت هذه الطريقة عندما ظهرت عيوب طريقة الامتياز التقليدية، وعندما ازدهرت فكرة انشاء شركات تجارية برأسمال مختلط يساهم فيه كل من الدولة والافراد، فاتجهت كثير من الدول الى منح امتيازات بإدارة المرافق العامة الى هذه الشركات مع مراعات وجود الدولة أو أي شخص من أشخاص القانون العام كمساهم متميز في رأس مال تلك الشركات بنسبة تصل في كثير من الاحيان الى 50% وهو الامر الذي أدى الى نتائج طيبة تتمثل في الجمع بين مزايا الطريقة المباشرة وطريقة الامتياز وتلافي عيوبهما، لكن ظهور شركات الاقتصاد المختلط وان كان قد أضحى سبباً لانحسار مد طريقة الامتياز التقليدية، الا أنه لم يؤد الى اختفائها أو زوالها حيث ما زالت كثير

¹. رسلان، أنور أحمد : القانون الاداري السعودي تنظيم الادارة العامة ونشاطها " دراسة مقارنة " . مرجع سابق . ص

من الدول تلجأ إليها عندما تكون بحاجة ماسة الى جهود الغير في تنظيم وإدارة مرفق عام أو استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية¹.

سيقوم الباحث بدراسة هذه الطرق غير المباشرة في إدارة المرافق العامة وفقاً للتقسيم التالي :

المطلب الأول : طريقة الامتياز .

المطلب الثاني : طريقة الاستغلال غير المباشر .

المطلب الثالث : طريقة الاقتصاد المختلط .

المطلب الأول : طريقة الامتياز .

ازدهرت طريقة الامتياز في أواخر القرن الماضي ومطلع القرن الحالي في العالم الرأسمالي، وذلك عندما أدت بعض من الاحتياجات العامة ولاسيما في المجال الاقتصادي الى ضرورة تدخل الدولة أو الاشخاص الاقليمية لتقرير الوفاء بها، وذلك بإنشاء مرافق عامة تتكفل بهذا الوفاء، أو عندما تكتشف الدولة مورداً من موارد الثروة الطبيعية الهامة، فتتحفز الى استغلاله على نحو يعود بالفائدة عليها، وازاء القصور في امكانيات بعض الدول من النواحي المالية أو الادارية أو الفنية لم تجد تلك الدول مفرأ من اللجوء الى ما لدى الأفراد أو الجماعات من تلك الإمكانيات لتستعين به في إدارة وتنظيم تلك المرافق أو الموارد الطبيعية كالنفط أو الفحم أو الكبريت أو الفوسفات وغيرها، وذلك عن طريق إبرام عقود معهم لأجل مسمى يكفل تحقيق تلك الأغراض، وقد أطلق الفقه والقضاء الفرنسي على تلك العقود " بعقود التزام المرافق العامة"، و" عقود الامتياز"، ولقد كانت هذه الطريقة من الوسائل الناجحة، حيث استطاعت كثير من الدول بموجبها من الاستفادة من الخبرات المحلية والأجنبية في إدارة وتنظيم العديد من المرافق العامة، واستغلال الموارد الطبيعية².

¹ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 183 .

² . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 184 .

سيتناول الباحث في هذا المطلب مضمون عقد الامتياز في الفرع الاول، والطبيعة القانونية لعقد الامتياز في الفرع الثاني، والنظام القانوني لعقد الامتياز في الفرع الثالث، وأثار عقد الامتياز في الفرع الرابع، وتقييم طريقة الامتياز في الفرع الخامس، وذلك وفق الترتيب التالي :

الفرع الاول : مضمون عقد الامتياز

المقصود بامتياز المرافق العامة هو أن تعهد الادارة العامة المانحة بمقتضى عقد اداري الى شخص طبيعي أو معنوي خاص (فرد أو شركة) بقصد تنظيم وتشغيل وإدارة مرفق عام ذو طبيعة اقتصادية ولمدة محددة من الزمن، وتحت اشرافها ورقابتها، وذلك عن طريق عمال واموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته¹، في مقابل تقاضي رسم يدفعها الافراد المنتفعين بخدمات ذلك المرفق العام أو في مقابل مبلغ تدفعه الادارة للملتزم².

ومعنى ذلك بأن أسلوب امتياز المرافق العامة يقوم على وجود عقد اداري يسمى عقد الامتياز يتم إبرامه بين طرفين أحدهما الادارة مانحة الالتزام – سواء أكانت هيئة مركزية أو هيئة لامركزية – والآخر شخص طبيعي أو معنوي يسمى حامل الامتياز، ويكون محل العقد تشغيل أو استغلال مرفق عام من أجل تقديم خدمة عامة للجمهور في مجال معين³.

أولاً : الامور التي يجب ملاحظتها في طريقة الامتياز

وقبل أن يتناول الباحث خصائص هذه الطريقة يشير الى ملاحظة بعض فقهاء القانون العام من وجوب مراعاة أمرين في هذه الطريقة، وهما كما يلي :

¹ . الظاهر، خالد خليل : القانون الاداري " دراسة مقارنة " . مرجع سابق . ص 57 .

² . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 338 .

صدر عن السلطة الوطنية الفلسطينية قانون المدن والمناطق الصناعية الحرة، حيث عرف عقد الامتياز في المادة "1" بأنه " الاتفاق الذي يبرم بين المطور والهيئة من أجل انشاء أو تطوير وإدارة مدينة صناعية و/أو منطقة صناعية حرة " .

³ . الخلايلة، محمد علي : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 297 .

1. المرفق الذي يدار بهذه الطريقة يبقى مرفقاً عاماً يخضع لما تخضع له سائر المرافق العامة الأخرى التي تدار وتنظم بطرق أخرى من قواعد ومبادئ ونظم قانونية، حيث يخضع الى مبدأ المساواة بين المنتفعين، ومبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومبدأ قابلية المرافق العامة لتغيير والتبديل .
2. صاحب الامتياز الذي يتولى تنظيم وإدارة المرفق سواء كان فرداً أو شركة هو شخص يسعى دائماً وأبداً الى تحقيق مصالحه الذاتية، فعملية تنظيم وإدارة المرفق لا تعدو بالنسبة له مشروعاً تجارياً يدر عليه أرباحاً مما يتقاضاه من رسوم يدفعها المنتفعون أو مبلغ تدفعه الإدارة¹.

ثانياً : خصائص طريقة الامتياز

وتتميز طريقة الامتياز بعدد من الخصائص التي تبرز حقيقة المرافق العامة، وهذه الخصائص هي كما يلي :

1. يعد الامتياز طريقة من طرق إدارة المرافق العامة التي قد تلجأ اليها الدولة اذا اعتقدت أنها الطريقة المناسبة والمثالية لإدارة هذا المرفق، وقد تختار الإدارة هذه الطريقة مباشرة بعد تقرير اشباع الحاجة الجماعية، وقد تكون هذه الطريقة مجرد الخلف لطريقة أخرى ثبت للإدارة انها لم تحقق النتائج المرجوة أو لم تعد تحقق النتائج المتوخاة منها، فتقرر الإدارة العدول عن الطريقة السابقة والأخذ بطريقة الامتياز².
2. يتضمن الامتياز مساهمة أحد أشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق عام واشباع حاجة جماعية، حيث يكون محل الامتياز دوماً اشباع حاجة جماعية على درجة من الاهمية .
3. تولي أحد أشخاص القانون الخاص إدارة مرفق عام عن طريق الامتياز لا ينفي عنه صفة المرفق العام، بل يبقى محتفظاً بهذه الصفة، وتبقى الإدارة العامة مسؤولة عن هذا

¹ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 185 .

² . حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 203 .

المرفق وادارته ادارة حسنة، ويتولى الملتزم ادارة المرفق تحت اشراف ورقابة الادارة الدائمة والمستمرة .

4. ان اعتبار أي مشروع مرفقاً عاماً واختيار اسلوب الامتياز لإدارته هما من الأمور التقديرية التي تدرج ضمن اختصاص السلطتين التنفيذية والتشريعية لا معقب عليهما من القضاء .

5. ان الامتياز يمنح عادة لمدة محدودة من الزمن، ولتحديد المدة في طريقة الامتياز حكمتان هما :

أ- الحكمة الاولى : يعتبر تأييد عقد الامتياز، وذلك بعدم تحديد أجل ينتهي بحلوله ذلك العقد تنازلاً من جانب الادارة عن وظيفتها الاساسية وهي تنظيم وادارة المرافق العامة وهو أمر تقره الدساتير ولا تقره طبيعة مهمة الادارة .

ب-الحكمة الثانية : ان تحديد الالتزام لأجل طويل الامد ومحدد يقصد منه تمكين صاحب الامتياز من تغطية نفقات وتكاليف انشاء وتنظيم وتشغيل المرفق وفي الوقت نفسه تحقيق قدر من الارباح، حيث أن صاحب الامتياز شخص يسعى لتحقيق مصالح ذاتية من خلال مشروع تجاري¹.

ثالثاً : الأمور التي تختلف بها طريقة الامتياز عن طريقة الادارة المباشرة وطريقة المؤسسة العامة

وتختلف طريقة الامتياز عن الطريقتين السابقتين وهم طريقة الادارة المباشرة وطريقة المؤسسة العامة في عدة امور مختلفة، وهذه الامور هي كما يلي :

1. أن الادارة لا تتولى بنفسها ادارة المرفق العام، بل تتخلى عن هذه الادارة الى فرد أو شركة².

2. الادارة لا تقدم الأموال اللازمة للمشروع بل يقدمها الملتزم .

¹ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 188-189 .

² . حسين، محمد بكر: الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 203 .

3. المشرفين على ادارة المشروع ليسوا موظفين عموميين بل عمال، حيث يخضعون في علاقاتهم مع الملتزم لقواعد القانون المدني .

4. المرفق في طريقة الامتياز لا يمكن أن يؤدي خدماته بالمجان كما هو الشأن في معظم المرافق الادارية - بل لابد أن يؤدي المنتفعين عوضاً يقابل ما يتحمله الملتزم من نفقات في الانشاء والادارة .

5. ان هذه الطريقة مقصورة على ادارة المرافق ذات الطابع الاقتصادي¹.

رابعاً : النتائج القانونية المترتبة على اعتبار حامل الامتياز من أشخاص القانون الخاص

ويترتب على كون صاحب الامتياز شخصاً من أشخاص القانون الخاص عدة نتائج قانونية مهمة وتتمثل بما يلي :

1. المنازعات التي تنشأ بينه وبين المنتفعين تعتبر من منازعات القانون الخاص ما لم يتعلق الأمر بوجود المرفق العام، كما لو امتنع صاحب الامتياز عن اداء الخدمة لأحد المنتفعين خلافاً لما ينص عليه العقد من الشروط أو القواعد المتعلقة بتنظيم وسير المرفق العام، فعندئذ يستطيع المنتفع ان يطلب تدخل الادارة والقضاء الاداري لإلزام صاحب الامتياز بتطبيق تلك القواعد .

2. العقود التي يبرمها صاحب الامتياز مع من يتعامل معهم من أجل تنظيم وتشغيل المرفق كالموردين والعاملين تعتبر من عقود القانون الخاص .

3. الأضرار التي تصيب الغير بسبب قيام صاحب الامتياز بتشغيل المرفق يخضع مبدأ التعويض عنها لقواعد القانون الخاص، ولاختصاص المحاكم القضائية لما تنثيره من منازعات .

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 453 .

4. القرارات والتعليمات الصادرة عن صاحب الامتياز تعتبر تعليمات خاصة، الا اذا كانت تمس تنظيم المرفق، فقد اعتبرها القضاء الاداري مؤخراً لوائح ادارية تخضع المنازعات المثارة بشأن تطبيقها لاختصاص القضاء الاداري¹.

خامساً : أنواع الامتياز

والامتياز نوعان بسيط ومقترن باحتكار، وهذان النوعان هما كما يلي :

1. الامتياز البسيط فهو الذي يتولى بموجبه صاحب الامتياز تنظيم وادارة مرفق من المرافق العامة التي تمارس نشاطاً مماثلاً لنشاط الافراد، وجنباً الى جنب ذلك النشاط .
2. الامتياز المقترن باحتكار، وهذا الاحتكار قد يكون احتكاراً قانونياً عندما ينص القانون على تحريم منافسة الافراد أو الشركات للملتزم، كما يلزم القانون الادارة بعدم منح امتياز ذي نشاط مماثل لشخص آخر في الزمان والمكان الذي منح فيه الامتياز الأول، وقد يكون الامتياز مقترناً باحتكار اتفاقي بأن تعهد الادارة مانحة الامتياز بعدم منح امتياز مماثل لجهة أخرى، وقد يكون الالتزام مصحوباً باحتكار فعلي اذا كانت الظروف التي منح في ظلها الامتياز تسمح بذلك².

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الامتياز

أختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للامتياز على النحو التالي :

أولاً : الامتياز قرار اداري انفرادي

ذهب الفقه الألماني الى اعتبار امتياز المرفق العام قرار اداري يصدر عن السلطة المختصة بمنح الامتياز، ويخضع صاحب الامتياز للقرار بقبوله شروط الامتياز، ومن شأن هذا الرأي أن يمكن الادارة من تعديل قواعد وشروط الامتياز دون الحاجة لموافقة صاحب الامتياز،

¹ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 187-188 .

² . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 192-193 .

ويؤدي ذلك الى زعزعة مركزه بشكل لا يتناسب مع الدور الذي يقوم به، والنفقات التي يبذلها في سبيل تشغيل المرفق العام موضوع الامتياز¹.

وفي حين ذهب الفقه الايطالي صوب التمييز بين نوعين من الامتياز، أطلقوا على النوع الأول الامتياز بإجازة وهو قرار اداري صادر عن الادارة بإرادتها المنفردة، وأطلقوا على النوع الثاني الامتياز بعقد باعتباره وليد اتفاق ارادتين، ومما لا شك فيه بان تكييف الامتياز بانه تكليف اداري صادر عن الارادة المنفردة، يحقق المصلحة العامة، حيث يسمح بتعديل قواعد واحكام الامتياز حسبما تراه الإدارة مناسباً متى شاءت دون الحاجة للحصول على موافقة الملتزم، وامكانية الغاء الامتياز دون الحاجة الى مراجعة الملتزم وموافقته، ولكنه يتجاهل مصالح الملتزم المتعاقد مع الادارة، حيث تمت التضحية بمصالح الملتزم المشروعة، وترك دون حماية قانونية².

ثانياً : الامتياز عقد اداري

وهذه الفكرة التعاقدية التي سادت في فرنسا حتى بداية القرن العشرين وفي مصر حتى الربع الأول من القرن العشرين، حيث أن التزام المرافق العامة ما هو سوى عقد من العقود، يتضمن السماح للملتزم باحتلال الدومين العام، والحصول على بعض الرسوم من المنتفعين بالمرفق، وبما أن الالتزام انما ينظم المرفق ويعدده ليكون تحت تصرف المنتفعين، فمن الطبيعي أن تقول هذه النظرية أن هناك اشتراطاً لمصلحة الغير، اذ أن السلطة مانحة الالتزام انما تشترط لصالح المنتفعين³.

وتعرض هذا الرأي لانتقاد فقه القانون الاداري من حيث، أن مركز المنتفعين لا يمكن أن يحدد على أساس الاشتراط لمصلحة الغير لعدم معرفة المنتفعين مسبقاً، كما لا تسري على هذا العقد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولا تسمح لخضوع المرفق العام لمبدأ قابلية المرفق

¹ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 130 .

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 201 .

³ . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 340 .

العام لتغيير والتعديل، وسيكون بإمكان صاحب الامتياز استعمال امتيازات السلطة العامة مما ينفي الصفة الخاصة عن عقد الامتياز¹.

ثالثاً : الامتياز عمل قانوني مركب

قال به الفقيه دوجي وبموجب هذا المعيار يشتمل عقد الامتياز على نوعين من البنود أو النصوص وهما كما يلي :

1. النصوص التعاقدية : تشمل الأعباء والمزايا المالية المتبادلة بين الادارة وصاحب الامتياز، كمدة الامتياز وكيفية استرداده، والمزايا المالية لصاحب الامتياز، وطريقة ادائها².

2. النصوص التنظيمية : تتعلق بالنصوص التي تحكم تنظيم نشاط المرفق واستمراريته، وعلاقته بالمنفعين كنطاق النشاط، والوسائل المستخدمة في أدائه، والرسوم والثلث المحصل من المنفعين³.

وتتم التمييز بين النصوص التعاقدية والنصوص التنظيمية على أساس أن النصوص التعاقدية هي التي يمكن الاستغناء عنها في اذا ادير المرفق العام بأسلوب الادارة المباشرة، ولقيت هذه النظرية قبولاً واسعاً نظراً لما تمتعت به من بساطة ووضوح وموضوعية في تفسيرها لطبيعة اتفاقية الامتياز القانونية، اذ لا يمكن اعتبار جميع الشروط في الامتياز من جنس واحد، فهناك شروط اتفاقية تحدد الالتزامات المالية بين الملتزم والادارة المتعاقدة، والشروط التنظيمية التي تحدد قواعد تنظيم وسير عمل المرفق وتقديمه للخدمة المطلوبة، حيث يتحقق المصلحة العامة ومصلحة الملتزم المشروعة، اذ يمكن للإدارة المتعاقدة تعديل بعض شروط

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 454 .

² . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 130 .

³ . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 341 .

العقد بإرادتها المنفردة وهي الشروط التنظيمية، وإمكانية تعديل الشروط التعاقدية شريطة موافقة الملتزم¹. وهذا الرأي الذي يؤيده الباحث.

الفرع الثالث : النظام القانوني لعقد الامتياز

عقد الامتياز له نظام قانوني يتكون منه، بحيث له مراحل يتكون منها، ومكونات أساسية لعقد الامتياز، وله وسائل ينتهي بأحدها عقد الامتياز².

أولاً : مراحل تكوين عقد الامتياز

وعقد الامتياز عملية مركبة يمر عند تكوينه بمرحلتين، وهما كما يلي :

المرحلة الأولى : منح الالتزام

وضع القانون الأساسي الفلسطيني الإطار الدستوري لعقود الامتياز في فلسطين³، ولكنه لم يشر الى ضرورة مصادقة المجلس التشريعي الفلسطيني كما هو الحال بالنسبة للدستور الاردني، وتضمن القانون الاساسي الفلسطيني - على خلاف الدستور الاردني - نصاً يتضمن تحديد القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الامتيازات عبر قانون يصدر عن المجلس التشريعي، وفي ضوء أحكام المادة (94) من القانون الاساسي الفلسطيني، وضعت السلطة الوطنية الفلسطينية اطاراً قانونياً ينظم القواعد والاجراءات المنظمة لمنح الامتيازات، والاحكام المنظمة لأحكامها، الا أن هذا الاطار ما زال قيد الدراسة (مشروع قانون) ولم يعرض على المجلس التشريعي⁴.

¹ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص204 .

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص206-250 .

³ . نصت المادة "94" من القانون الأساسي الفلسطيني على " يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الامتيازات أو الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، كما يبين أحوال التصرف بالعقارات المملوكة للدولة وغيرها من الاشخاص المعنوية العامة، أو القواعد والاجراءات المنظمة لها " .

⁴ . عبدالله، سمير : دراسة نقدية لمشروع قانون الامتياز الفلسطيني . رام الله : معهد أبحاث السياسات الاقتصادية

الفلسطيني (ماس) . 2005م . ص11 . www.wafainfo . تاريخ الزيارة 2013/11/7م .

وصدر عن السلطة الوطنية الفلسطينية عدة تشريعات تتعلق بالقطاعات الاقتصادية محل الامتياز، ومنها ما يلي :

1. قطاع الكهرباء والطاقة : صدر عن السلطة الوطنية الفلسطينية قانون بشأن انشاء سلطة الطاقة الفلسطينية، حيث نص على أن لسلطة الطاقة تزويد الطاقة للمستهلكين في أية منطقة غير مزودة بالطاقة بمقتضى امتياز أو رخصة¹.

وصدر قرار بقانون حيث عرف الامتياز بأنه " الاتفاق الذي يقضي بمنح شركة ما امتيازاً لمدة محددة لغايات استثمار أي من عناصر قطاع الطاقة الكهربائية في فلسطين ضمن شروط وأحكام تحددها اتفاقية الامتياز ذاتها وبما يتفق مع القوانين الناضمة للامتيازات "، وحيث نص أيضاً على أن من مهمات وصلاحيات سلطة الطاقة " منح تراخيص انشاء وإدارة وتشغيل وصيانة مشروعات توليد الطاقة الكهربائية ونقلها وتوزيعها وبيعها بموجب أحكام هذا القرار بقانون "².

2. قطاع المياه : صدر عن السلطة الوطنية الفلسطينية قانون سلطة المياه، حيث نص صراحة على اصدار عقود الامتياز من ضمن صلاحيات واختصاصات سلطة المياه هو " اصدار تصاريح ورخص وامتيازات لأي نوع من أنواع الاستفادة من المياه أو التصرف في مياه المجاري"³.

كما تم تعديل قانون سلطة المياه الفلسطيني، بحيث صدر قانون جديد لم ينص صراحة على منح عقود امتياز على عكس القانون السابق، وانما تحدث عن منح تراخيص عبر نظام يصدر عن سلطة المياه، حيث نص على " وفقاً لأحكام هذا القانون تفرض رسوم الترخيص وتحدد شروطه ومدته واجراءاته ومجالاته ونقله وتعديلاته وتجديده وكل ما

¹ . قانون سلطة الطاقة الفلسطيني رقم "12" لعام 1995م . المادة "9/3" .

² . قرار بقانون رقم "13" لعام 2009م بشأن قانون الكهرباء العام الفلسطيني . المواد "1، 7/4" .

³ . قانون المياه الفلسطيني رقم "2" لعام 1996م . المادة "4" .

يتعلق بذلك بما فيه التصاريح بموجب نظام يصدر لهذه الغاية¹، وقد يكون احدى هذه التراخيص عقد الامتياز².

3. قطاع الصناعة : صدر عن السلطة الوطنية الفلسطينية قانون المدن والمناطق الصناعية الحرة، حيث عرف عقد الامتياز بأنه " الاتفاق الذي يبرم بين المطور والهيئة من أجل انشاء أو تطوير وإدارة مدينة صناعية و/أو منطقة صناعية حرة"³.

وقد نص القانون على أن الهيئة تقوم بتنظيم عقد الامتياز والاشراف على المشروع محل الامتياز لضمان جودة الخدمة، وضمان التزام الشركة (المطور) بشروط العقد⁴.

4. قطاع الاتصالات : أصدرت السلطة الوطنية الفلسطينية قانون الاتصالات الفلسطيني، ونظام الاتصالات السلكية واللاسلكية، حيث نظم التشريع في هذا القانون والنظام جهة منح الامتياز، وطرق اختيار حامل الامتياز، ومضمون عقد الامتياز، وشكله، وتوقيعه، ونشره، ومدة الامتياز، ومنطقة الامتياز الجغرافية، ومقابل الامتياز، واثار الامتياز لكل من مانح الامتياز وحامله من جهة، والمنتفعون من خدمات محل الامتياز من جهة أخرى⁵.

يلاحظ من عقود الامتياز في فلسطين بغياب قانوني ينظم منح الامتيازات، عدا ما نص عليه القانون الاساسي الفلسطيني، حيث قضى القانون الاساسي الفلسطيني بضرورة اصدار قانون عن المجلس التشريعي الفلسطيني، حيث بموجبه يمنح القطاع الخاص حق ادارة مرافق عامة عبر عقود الامتياز، ولكل هذا يجب أن يكون هناك قانون خاص ينظم أحكام الامتياز، على أن يصدر عن المجلس التشريعي الفلسطيني⁶.

¹ . قانون المياه الفلسطيني . المادة "18" .

² . عبدالله، سمير : دراسة نقدية لمشروع قانون الامتياز الفلسطيني . مرجع سابق . ص 12 .

³ . قانون المدن والمناطق الصناعية الحرة الفلسطيني . المادة "1" .

⁴ . قانون المدن والمناطق الصناعية الحرة الفلسطيني . المواد " 22-29 " .

⁵ . أنظر قانون الاتصالات الفلسطيني رقم "3" لعام 1996م . المواد "7، 23، 24، 27-29، 31-37، 58-66" .

ونظام الاتصالات السلكية واللاسلكية الفلسطيني رقم "1" لعام 1996م . المواد "2-47" .

⁶ . عبدالله، سمير : دراسة نقدية لمشروع قانون الامتياز الفلسطيني . مرجع سابق . ص 14 .

وأما الجهة المختصة بمنح الامتياز للمرافق المحلية فهي مجلس الهيئة المحلية شريطة
الا تزيد مدة الامتياز عن ثلاثة سنوات الا بموافقة وزير الحكم المحلي¹.

تختص السلطة التنفيذية في فرنسا ومعظم دول العالم المعاصرة بمنح الامتياز بناء على
قانون يخولها ذلك²، ومثل هذا القانون يحدد عادة الشروط المتعلقة بتنظيم سير أعمال المرفق
العام، وما هو محله، وما هي حقوقه، والالتزامات لطرفي عقد الامتياز ومدة العقد³.

وفي الأردن فالجهة الادارية المختصة بمنح الامتياز في المرافق العامة الوطنية والتي
نص الدستور الاردني عليها " كل امتياز يعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن
أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليها بقانون "⁴، وقد استفادت عدة شركات من أحكام هذه
المادة، وذلك بإصدار قانون امتياز خاص، حيث صدر عن المشرع الاردني ثمانية قوانين امتياز
خاصة منها : مصفاة البترول، وشركة البوتاس، والدباغة، وشركة النقل والسياحة، بحيث
تراوحت مدد هذه الامتيازات وأحكامها حسب موضوع الامتياز⁵.

وأما الجهة المختصة بمنح الامتياز في المرافق المحلية في الاردن، فان المجلس البلدي
يقوم باختيار الملتزم والتفاوض و ابرام عقد الامتياز معه، ولا يعتبر هذا الاتفاق نهائياً، بل يجب
الحصول على موافقة مجلس الوزراء على مدة وشروط عقد الامتياز⁶.

المرحلة الثانية : التعاقد

فاذا صدر القانون الذي تتقرر بموجبه منح الامتياز تبدأ بعد ذلك مرحلة التعاقد، وفي
هذه المرحلة ثمة عدة جوانب يجب مراعاتها في العقد، وهذه الجوانب هي كما يلي :

¹ . قانون الهيئات المحلية الفلسطيني . المادة "15/أ" .

² . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 130 .

³ . الخلايلة، محمد علي : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 298 .

⁴ . الدستور الاردني . المادة "117" .

⁵ . عبدالله، سمير : دراسة نقدية لمشروع قانون الامتياز الفلسطيني . مرجع سابق . ص 10-11 .

⁶ . قانون البلديات الاردني . المادة "43" .

1. الجانب المالي : ان التشريعات في بعض الدول تنص على وجوب عرض فكرة التعاقد من الناحية المالية على جهات معينة يشترطها القانون¹، وفي فلسطين، فنص المادة (92) من القانون الاساسي الفلسطيني التي توجب على الادارة عرض العقد قبل ابرامه من الناحية المالية على المجلس التشريعي اذا كان يؤثر على مال الخزينة العامة فقط²، ولكن نص قانون ديوان الرقابة المالية والادارية على الرقابة على الامور المالية التي تبرمها الادارة بناء على عقود أو مصروفات مالية، وفرض عقوبات على كل شخص من الادارة يخالف القانون، بمعنى الرقابة اللاحقة على ابرام العقود³.

وفي القانون الكويتي مثلاً نص على وجوب الرقابة المسبقة للديوان المحاسبة اذا بلغت قيمة التعاقد عشرين الف دينار فأكثر⁴، فاذا بلغت قيمة العقد خمسة وسبعون الف دينار وجب عرضه على ادارة الفتوى والتشريع للمراجعة القانونية⁵.

2. اختيار المتعاقد : يجب أن تتمتع الادارة بحرية تامة في اختيار المتعاقد الذي سيتولى تنفيذ الالتزام بتنظيم وادارة المرفق، فليس ثمة ما يدعو الى اللجوء الى نظام المناقصات أو المزايدات ؛ لان اللجوء الى طريقة المناقصة له دوافع مالية، ولأن من تختاره الادارة للتعاقد بموجب هذه الطريقة ليس لشخصه محل اعتبار، حيث لا بد وان يكون الملتزم محل اعتبار من قبل الادارة من النواحي الفنية والادارية، وتلعب دوراً أساسياً ومهماً في اختيار هذا الشخص وتفضيله عن شخص آخر، ولهذا تتحرر الادارة حين ابرام عقد الامتياز من الالتزام بتطبيق القواعد الشكلية لإبرام العقود، وعلى الأخص القواعد الخاصة بالمناقصات والمزايدات⁶.

¹ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 191 .

² . نصت المادة "92" من القانون الاساسي الفلسطيني على " تعقد القروض العامة بقانون ولا يجوز الارتباط بأي مشروع يترتب عليه انفاق مبالغ من الخزينة العامة لفترة مقبلة الا بموافقة المجلس التشريعي " .

³ . قانون ديوان الرقابة المالية والادارية الفلسطيني رقم "15" لعام 2004م . المواد "4/31،9،37،40،41" .

⁴ . قانون ديوان المحاسبة الكويتي رقم "30" لعام 1964م . المادة "14" .

⁵ . المرسوم الاميري الكويتي رقم "12" لعام 1960م بشأن ادارة الفتوى والتشريع . المادة "5" .

⁶ . شطناوي، علي خطر : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 204-205 .

نصت المادة "24/ب" من قانون الاتصالات الفلسطيني على " تعلن الوزارة عن قرارها بأحد الاساليب التالية :-

أ- الاعلان عن الرغبة في ترخيص الخدمة بموجب عطاءات عامة، وفق الأسس والشروط التي تقررها الوزارة .

ب- فتح باب تقديم الطلبات لترخيص خدمة جديدة لكل من تتوفر فيه الشروط التي تقررها الوزارة .

ت- عرض تقديم خدمات على الأشخاص المرخص لهم لتقديم خدمات جديدة داخل السلطة . " .

3. مرحلة التعاقد النهائية : وتتم مرحلة التعاقد النهائية بالتوقيع على العقد من قبل الطرفين الادارة من جهة وصاحب الالتزام من جهة أخرى، وتبدأ آثار العقد بين الطرفين وبالنسبة للمنتفعين من خدمات المرفق بالنفاذ¹.

ثانياً : مكونات عقد الامتياز

ويتكون عقد الامتياز من عدة وثائق مهمة، وهذه الوثائق هي كما يلي :

1. اتفاقية الامتياز : حيث يتكون عقد الامتياز عادة من اتفاقية مبرمة بين طرفي العقد، الادارة المتعاقدة من جهة والملتزم من جهة أخرى، وتكون الاتفاقية في الغالب موجزة ومختصرة تتضمن المبادئ والخطوط العريضة التي اتفق عليها طرفا عقد الامتياز .
2. دفتر الشروط : يتضمن عقد الامتياز وثيقة في غاية الأهمية، وهذه الوثيقة هي دفتر الشروط الذي يحدد بدقة وبصورة منفصلة الشروط الفنية التي تنظم قواعد وشروط تسيير المرفق العام، وتحديد الحقوق والالتزامات المتبادلة لطرفي عقد الامتياز .
3. التصديق : يتطلب المشرع في بعض تشريعات الدول على تصديق عقد الامتياز اما من قبل البرلمان أو من قبل مجلس الوزراء أو أي جهة أخرى ينص عليها القانون، ولا تعتبر عقود الامتياز نهائية الا بعد استيفاء هذه الشكلية الجوهرية².
4. شكل العقد : يجب أن يكون عقد الامتياز مكتوباً، حيث أن الشرط الكتابي أو التحريري شرط ضروري والزامي، ومن غير المتصور أن يكون عقد الامتياز شفوي لكونه يتضمن عناصر متعددة ومعقدة تحدد حقوق والتزامات طرفي العقد وقواعد وتسيير واستغلال المرفق، لذا نجد جميع عقود الامتياز سواء مرافق وطنية أو مرافق محلية عقود مكتوبة³.

¹. الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 192 .

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 207-208 .

³ . نصت المادة "28" من قانون الاتصالات الفلسطيني على أن يكون عقد الامتياز مكتوب .

5. محل الامتياز : ويتمثل محل الامتياز دوماً في استغلال مرفق عام من أحد أشخاص القانون الخاص، حيث تحدد اتفاقيات عقود الامتياز بدقة محل الامتياز¹.

6. منطقة الامتياز : تحدد اتفاقية الامتياز بصورة واضحة منطقة الامتياز، حيث تحدد الرقعة الجغرافية التي يمارس فيها نشاطه².

ثالثاً : نهاية الامتياز

تنقضي نهاية الامتياز بعدة وسائل، وهذه الوسائل هي كما يلي :

1. موت الملتزم : حيث ان لصاحب الامتياز اعتبارات شخصية لدى الادارة عند اختياره والتعاقد معه للقيام بتنظيم وادارة مرفق عام، وعند موت الملتزم يكون من المرجح انقضاء عقد الامتياز الا اذا وجد نص بغير ذلك أو أن ترى الادارة امكانية استمرار وراثته في تنفيذ العقد خلال المدة الباقية، أما اذا كان صاحب الامتياز شركة، فان حل الشركة وتصفيتهما أو اعلان افلاسها يقضي بانقضاء عقد الامتياز³.
2. القوة القاهرة : ينتهي عقد الامتياز بالقوة القاهرة اذا استحال على الملتزم تنفيذ التزاماته⁴، ويشترط للاحتجاج بالقوة القاهرة توافر شروط، وهذه الشروط هي كما يلي :
أ. أن تكون الظروف المكونة للقوة القاهرة خارجة ومستقلة عن ارادة طرفي العقد .
ب. أن تكون هذه الظروف غير متوقعة، ولا يمكن توقعها وقت التعاقد .
ت. أن تؤدي هذه الظروف الى استحالة التنفيذ بصورة مطلقة⁵.

¹ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 207-208 .

² . نصت المادة "24/أ" من قانون الاتصالات الفلسطيني على أن " لمجلس الوزراء بناء على اقتراح من وزير الاتصالات أن يقرر ترخيص نوع معين من خدمات الاتصالات سواء على كامل أراضي السلطة أو في جزء منها " .

³ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 194-195 .

نصت المادة "32" من قانون الاتصالات الفلسطيني على " تلغى الرخصة حكماً بتصفية المرخص له أو اعلان افلاسه أو فقد أهليته " .

⁴ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 460 .

⁵ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 209 .

3. استرداد الامتياز : تسترد الادارة الامتياز قبل انتهاء مدته، فهو عمل منفرد من جانب الادارة يدخل في سلطتها التقديرية - تستطيع أن تنهي به الامتياز قبل نهاية مدته، ولا يكون سببه حدوث تقصير أو أخطاء من جانب الملتزم، وانما رغبة الادارة في تحسين سير المرفق العام وادارته بالطريق المباشر، وتدفع الادارة للملتزم مقابل الاسترداد تعويضاً يغطي ما فاتته من ربح وما حل به من خسارة¹، وقد يمكن ان يكون بالشراء من قبل الادارة أو ان يكون الاسترداد اتفاقياً، حيث يرد نص في دفتر الشروط، وقد يكون الاسترداد قسرياً، حيث يقر الفقه والقضاء الاداري على امكانية قيام الادارة دائماً حتى لو لم ينص دفتر الشروط على الاسترداد ودفع التعويض للملتزم².

4. فسخ عقد الامتياز : ينتهي عقد الامتياز قبل انقضاء مدة العقد بسبب فسخ العقد نظراً لتوفر احدى حالات الفسخ المنصوص عليها في دفتر الشروط، حيث لا يقتضي دوماً ارتكاب الملتزم لخطأ جسيم، وبذا لا يعتبر فسخ العقد عقوبة تفرض على الملتزم لإخلاله بالالتزامات المفروضة عليه³، ويتحقق في حالتين :

أ. الفسخ بحكم القانون : يتحقق اذا استنفذ محل الامتياز تطبيقاً للمبادئ العامة التي تحكم العقود الادارية، ولا يستحق الملتزم أي تعويض من فسخ العقد بحكم القانون، حيث أن الحاجة التي أنشئ المرفق من أجلها انقضت ولم تعد هناك حاجة لبقاء المرفق .

ب. الفسخ القضائي : ويتحقق بصدور حكم قضائي من المحكمة المختصة بناء على طلب يقدمه الملتزم عادة بسبب اخلال الادارة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية⁴، ويتحقق الفسخ

¹ . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 357-358 .

² . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 195 .

³ . نصت المادة "42" من نظام الاتصالات الفلسطينية على " اذا أخل صاحب الامتياز بأحد شروط الامتياز المفروضة عليه بمقتضى هذا النظام جاز للوزارة فسخ حق الامتياز أو تغريم صاحب الامتياز بمقدار الاضرار الناتجة عن الاخلال بالتزاماته وذلك حسب مقتضى الحال " .

⁴ . قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم "82" لعام 2005م . والصادر بتاريخ 2005/6/15م .
www.muqtafi.birzeit.edu . تاريخ الزيارة 2013/12/2م .

انظر ايضاً قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم "113" لعام 2010م . والصادر في عام 2010م .
www.muqtafi.birzeit.edu . تاريخ الزيارة 2013/12/2م .

أيضاً إذا أصبح المرفق غير قابل للحياة بحيث تستمر الظروف الطارئة لفترة طويلة، ويتحقق الفسخ أيضاً في حالة تصفية الشركة¹.

5. الاسقاط : وهو انتهاء الامتياز قبل انتهاء مدته كجزاء على اخلال الملتزم بتنفيذ نصوص العقد، حيث يعتبر سقوط الامتياز عقوبة توقع على الملتزم نتيجة اخلاله بنصوص العقد، وكأصل عام يكون للقضاء تقرير سقوط الامتياز بناء على دعوى ترفعها الادارة في مواجهة الملتزم، الا اذا نصت الادارة في أحد بنود العقد على حقها في ذلك، وهنا يكون للإدارة بإرادتها المنفردة تقرير سقوط العقد².

6. انتهاء مدة الامتياز : ان عقد الامتياز عقد مؤقت المدة، حيث لا يتصور أن يكون الامتياز أبدياً وغير محدد المدة، وذلك لما يمثله من تنازل الادارة المتعاقدة عن سلطتها في تنظيم المرافق العامة³، وأما مصير الانشاءات والمعدات والآلات فانه اتفاقية الامتياز عادة تحدد ذلك، واذا لم تحدد ذلك ولم تتطرق لمصير الاموال المرفق العام بعد انتهاء مدته، فان الاموال ومصيرها تقسم الى ثلاثة أنواع وهي كما يلي :

أ. الأموال التي تؤول الى الادارة المتعاقدة مجاناً : وهي أساساً الاموال التي تعتبر صلب المرفق العام، بحيث تشكل جزءاً لا يتجزأ من كيان المرفق، بحيث لا يمكن تشغيل واستغلال المرفق بدونها .

ب. الأموال التي يجوز للإدارة المتعاقدة شرائها من الملتزم، وتشمل هذه الطائفة الأموال التي لا تندرج ضمن الفئة الاولى التي تذهب الى الادارة مجاناً .

ت. الأموال الشخصية : وتشمل هذه الطائفة الاموال الخاصة بالملتزم والتي يملكها ملكية خاصة كسيارته الشخصية وغيرها⁴.

¹ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 244 245 .

² . خليل، محسن : تنمة مبادئ القانون الاداري اللبناني . مرجع سابق . ص 403 .

للمزيد انظر قانون الاتصالات الفلسطيني . المواد "31،32" . ونظام الاتصالات الفلسطينية المادة "36" .

³ . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 357 .

نصت المادة "7" من نظام الاتصالات الفلسطينية على " لا يجوز أن تزيد مدة منح الامتياز لأي شركة أو مستثمر عن عشرين عاماً " .

⁴ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 241-242 .

الفرع الرابع : آثار عقد الامتياز

يعتبر عقد امتياز المرفق العام بأنه عمل قانوني مركب، يحتوي على نصوص تعاقدية، وأخرى تنظيمية، وان مرد ذلك الى أن الملتزم وان كان الاصل فيه أنه فرد يسعى الى تحقيق الربح، الا أنه يدير مرفقاً عاماً يؤدي خدمة أساسية للجمهور، ولهذا فان عقد الامتياز يولد أثراً تربط بين أطراف ثلاثة هي : السلطة الادارية مانحة الامتياز، وحامل الامتياز، والمنفعون¹.

أولاً : حقوق السلطة الادارية مانحة الامتياز

تتمتع السلطة الادارية مانحة الامتياز بعدد من الحقوق في مواجهة الملتزم²، وهذه الحقوق هي كما يلي :

1. حق الرقابة والاشراف على تنفيذ عقد الامتياز : وذلك طبقاً للشروط المتفق عليها، واجبار الملتزم على تنفيذ هذه الشروط، وتوقيع الجزاء عليه اذا اقتضى الأمر³، سواء من تلقاء نفسها - بما لها من حق التنفيذ المباشر - أو عن طريق الالتجاء الى القضاء المختص ليحكم بتوقيع الجزاء المطلوب وفقاً لشروط عقد الامتياز⁴.
- وحق الرقابة لا يحتاج الى النص عليه في عقد الامتياز، فهو جزء من مسؤولية الادارة عن حسن سير المرفق العام في الدولة على اختلاف انواعها، حيث لا تستطيع الادارة التنازل عن هذا الحق، وحتى لو فعلت يكون التنازل باطلاً، وعليه فان الادارة تملك ان تراقب الملتزم أثناء تهيئة المرفق للاستغلال وبعد تشغيله، وأن تجبره على تنفيذ كافة البنود المتفق عليها، والرقابة تكون على كافة الشؤون المالية والادارية والفنية المتعلقة

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 460 .

² . انظر حقوق السلطة مانحة الامتياز في قانون الاتصالات الفلسطيني . المواد "7،37،8،28،30،31" . ونظام الاتصالات الفلسطيني . المواد "29،33،5،12،16،17،9،14،38،36" .

³ . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 437 .

⁴ . القيسي، اعاد حمود : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 184-185 .

بالامتياز، وتستطيع توجيه تعليمات الى الملتزم وتبنيه الى أي خطأ يمكن أن يقع فيه، ولها أن تعين مندوبين عنها في الرقابة على سير المرفق العام محل الامتياز وكفاءته¹.

2. حق توقيع الجزاء : لا يخرج عقد الامتياز عن كونه عقداً من العقود الادارية التي يجوز للإدارة بصدها سلطة توقيع الجزاء، فاذا ما أخل الملتزم بالتزاماته جاز للإدارة أن تستعمل هذه السلطة وتوقع عليه بعض العقوبات التي تبدأ بالغرامة وتنتهي بإلغاء العقد، وهذه السلطة يعترف بها للإدارة حتى لو لم ينص عليها عقد الامتياز².

3. حق التعديل الانفرادي : للإدارة مانحة الامتياز حق تعديل شروط تنظيم المرفق العام، وذلك بحكم مسؤولية الادارة عن حسن سير المرفق وترتيباً على مبدأ ضرورة مسايرة المرافق العامة للظروف المتغيرة والحاجات المستجدة، وبذلك يكون للإدارة مانحة الامتياز أن تعدل بإرادتها المنفردة شروط تقديم الخدمة، وقواعد استغلال المرفق، ورسوم الانتفاع أو أسعار أداء الخدمة، ومواعيد اقتضاؤها، وكل ذلك بشرط أن تستهدف الادارة من التعديل تحقيق المصلحة العامة³.

وأما الاساس القانوني لسلطة التعديل الانفرادي، فقد تعددت وتباينت الآراء الفقهية حول الاساس القانوني لسلطة التعديل الانفرادي للإدارة، وهذه الآراء هي كما يلي :

أ. يرى جانب من الفقه بأن سلطة التعديل الانفرادي تجد أساسها القانوني في اعتبارات خارجية وبعيدة عن الرابطة التعاقدية ذاتها، وهذه الاعتبارات هي اعتبارات السلطة العامة.

ب. ويرى جانب آخر من الفقه أن سلطة التعديل الانفرادي مستمدة من الرابطة التعاقدية القائمة بين الادارة والمتعاقد معها، فالرابطة التعاقدية هي الأساس ومصدر سلطة التعديل.

ت. ويرى جانب آخر من الفقه أن سلطة التعديل الانفرادي حق من حقوق السلطة العامة، والإجراءات التي تتخذها الادارة لتعديل شرط من شروط العقد تعتبر عملاً من أعمال

¹ . الخلايلة، محمد علي : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 301 .

² . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 346 .

³ . جمال الدين ، سامي : أصول القانون الإداري . مرجع سابق . ص 607 .

السلطة العامة، فلا تمارس الادارة امتيازاً تعاقدياً وانما تستعمل حقاً من الحقوق التي تتمتع بها باعتبارها سلطة عامة، بحيث تكون اعتبارات السلطة العامة هي أساس ومصدر سلطة التعديل الانفرادي¹.

ث. ويرى جانب آخر بأن سلطة التعديل الانفرادي مستمدة من طبيعة المرفق العام الذي يجب أن يساير الظروف دائماً ليؤدي خدماته على أحسن وجه، ولهذا أخذ به مجلس الدولة الفرنسي منذ مدة، وكما أخذت به بعض الدول العربية كمصر²، والأردن³، وفلسطين⁴.

وأما القيود والضوابط المفروضة على سلطة الادارة في التعديل الانفرادي فهي كما يلي:
أ. تقتصر ممارسة سلطة التعديل الانفرادي على الشروط التنظيمية، حيث يجوز للإدارة المتعاقدة في اتفاقيات الامتياز تعديل الشروط التنظيمية فقط، أما الشروط التعاقدية فلا يجوز المساس بها وتعديلها الا بموافقة الطرفين .

ب. لا يجوز للإدارة المتعاقدة المغالاة والمبالغة في تعديل الشروط التنظيمية، حيث لا يجوز للإدارة المتعاقدة استعمال سلطة التعديل الانفرادي لفرض تعديلات مبالغ فيها أو اجراء تعديلات تخرج عن الحد المعقول كأن تؤدي الى تغير محل العقد وتخل بجوهره، بحيث تحول عقد الامتياز الى ادارة مباشرة مقنعة للمرفق العام، أو تتجاوز امكانيات وطاقات الملترم الفنية والمالية⁵.

ت. عدم الاخلال بالتوازن المالي للعقد، بحيث لا يلحق التعديل الخسارة الفادحة بالملترم، ولا يبلغ التعديل من الجسامة الى حد انشاء مرفق عام جديد⁶.

¹ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 217 .

² . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 463 .

³ . كنعان ، نواف : القانون الإداري . ج 1. مرجع سابق . ص 356 .

⁴ . أنظر قانون الاتصالات الفلسطيني . المواد "30،31" . ونظام الاتصالات الفلسطيني. المواد "36،38" .

⁵ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 219 .

⁶ . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 349 .

4. حق استرداد المرفق العام : تستطيع السلطة العامة استرداد المرفق العام وشراؤه في أي وقت قبل انتهاء مدة العقد، وتعويض الملتزم اذا ما رأت المصلحة العامة تقضي بذلك، ولا يكون لصاحب الامتياز حق الاعتراض على ما تقررره السلطة العامة¹.

ثانياً : التزامات وحقوق حامل الامتياز

يخضع حامل الامتياز لثلاثة مجموعات من الالتزامات، وهذه الالتزامات هي كما يلي :

1. التزامات مصدرها عقد الامتياز : وتشمل التزام حامل الامتياز بتنظيم وتشغيل المرفق

العام محل الامتياز طيلة مدة الامتياز وفقاً للشروط الواردة فيه، ومن أهمها : التزامه بالقيام بالأعمال التي تضمن تنفيذ عقد الامتياز كإنشاء المباني والانشاءات، وتوفير الوسائل المادية والفنية لتشغيله، وضمانه شخصياً بتنفيذ العقد والقيام بأعمال المرفق العام وتقديم خدماته للجمهور دون أن يكون له حق التنازل عن أداء تلك الاعمال والخدمات كلها أو جزء منها لغيره من الاشخاص ؛ وذلك لان التزامه هنا ذو طابع شخصي يعتمد الوفاء به على شخصه كونه كان محلاً للاعتبار عند ابرام العقد وعند تنفيذه².

2. التزامات مصدرها المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة : حيث يلتزم حامل الامتياز بالمبادئ التي تحكم سير المرافق العامة، كمبدأ سير العمل في المرفق بانتظام واطراد، فلا يتصور له أن يوقف العمل بأي حجة كانت حتى لو طرأت ظروف تجعل تنفيذ التزامه في هذا الشأن مرهقاً له بل ومؤدياً الى افلاسه³، ومبدأ المساواة بين المنتفعين من خدمات المرفق العام⁴، ومبدأ قابلية المرفق لتغيير والتعديل⁵.

3. التزامات مصدرها القوانين والأنظمة المرعية : بحيث يلتزم حامل الامتياز بالعمل وفق القوانين والأنظمة المطبقة داخل الدولة⁶، ومن أهم هذه الالتزامات احترام القوانين

¹ . القيسي، اعاد حمود : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 185.

² . كنعان ، نواف : القانون الإداري . ج1. مرجع سابق . ص357 .

³ . خليل، محسن : تنمية مبادئ القانون الاداري اللبناني . مرجع سابق . ص 399 .

⁴ . الخلايلة، محمد علي : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 303 .

⁵ . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 350 .

⁶ . القيسي، اعاد حمود : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 186 .

والأنظمة النافذة بالضرورة بالضرائب والرسوم وغيرها من التشريعات المالية، وقانون العمل، والضمان الاجتماعي، والقوانين التجارية، وأنظمة الضبط الإداري ؛ لأن في ذلك ضمان لأداء المرفق العام للخدمات الخاصة بشكل منتظم في إطار هذه القوانين¹.

وترتيباً على هذه الالتزامات تجاه حامل الامتياز، فإنه لا يجوز له التحلل منها إلا في حالة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ عقد الامتياز مستحيلاً وليس مرهقاً².

وان حامل الامتياز في مقابل تلك الالتزامات، فإنه يتمتع بعدد من الحقوق³، وهذه الحقوق هي كما يلي :

1. اقتضاء مقابل من المنتفعين : اختلف أول الأمر حول تحديد طبيعة المقابل الذي يتقاضاه الملتزم من المنتفعين، وذهب الفقهاء أولاً إلى أنه يندرج في النصوص التعاقدية، وذلك نظراً لأهميته البالغة بالنسبة للملتزم، إذ أن هذا العوض هو سنده الأساسي في تغطية ما يتحمله من نفقات، وفيما يعول عليه من ربح، وقد ساد هذا الرأي في فرنسا ومصر، ثم عدل عنه الفقه والقضاء والمشرع، والمسلم به الآن أن الشروط التي تحدد المقابل بالنسبة إلى المنتفعين، هي من قبيل الشروط التنظيمية، حيث يمكن الاستناد إليها للتمسك ببطلان ما يخالفها من اتفاقيات فردية بينهم وبين الملتزم، كما أن للإدارة أن تتدخل وأن تعدل المقابل زيادة أو نقصاناً دون تدخل من الملتزم⁴.

والملتزم لا يستطيع وقف تشغيل المرفق بسبب مثل هذا التعديل، وإنما يمكنه فقط بأن يطالب بالتعويضات المالية التي تمكنه من تعويض ما قد يلحق به من خسارة⁵.

¹ . كنعان ، نواف : القانون الإداري . ج1. مرجع سابق . ص 358 .

للمزيد انظر قانون الاتصالات الفلسطيني . المادة "28" . ونظام الاتصالات الفلسطيني . المواد "5،10،6،11،13،21،22،23،24،26،27،28" .

² . القيسي، اعاد حمود : الوجيز في القانون الإداري . مرجع سابق . ص 185 .

³ . جمال الدين ، سامي : أصول القانون الإداري . مرجع سابق . ص 605 .

للمزيد انظر قانون الاتصالات الفلسطيني . المواد "7،78،79"، ونظام الاتصالات الفلسطيني . المواد "4،8،17" .

⁴ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 465 .

⁵ . الخلايلة، محمد علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 303 .

2. الحصول على المزايا المالية المتفق عليها مع الادارة والتي يقرها العقد : غالباً ما تقرر الادارة للمتعاقد معها عدة مزايا تشجيعية على السهر على سير المرفق، فقد تمنحه مبلغاً من المال لا يلتزم برده كإعانة له، وقد تمنحه قرضاً يساعده في المرحلة الاولى على أن يرده بعد ذلك على دفعات، وقد تذهب الادارة في تشجيعه الى حد أنها تضمن له أرباح ما يعقده من قروض تقضيها حاجة المرفق¹.

وجميع المزايا التي يقرها العقد له انما تدخل في نطاق الشروط التعاقدية التي لا يمكن المساس بها من جانب الادارة بإرادتها المنفردة، وقد يتمتع الملتزم في ادارته للمرفق العام باحتكار قانوني قرره له المشرع بنص صريح، ومثل هذا الاحتكار لا يجوز منحه الا بقانون والى زمن محدود².

3. التوازن المالي للمشروع : بمعنى أن الملتزم لا يتحمل سوى نتائج المخاطر العادية للمشروع، فاذا تعرض الملتزم لمخاطر غير عادية - سواء كان مصدرها عمل من أعمال السلطة العامة أو ظروف اقتصادية استثنائية عامة - فان للملتزم الحق في المطالبة بالتوازن المالي أو اعادة التوازن المالي للمشروع، وفقاً لنظرية المخاطر الادارية أو نظرية الظروف الطارئة³.

ثالثاً : حقوق المنتفعين

يتمتع المنتفعين من خدمات المرفق العام المدار بطريقة الامتياز بطائفتين من الحقوق، وهي حقوق في مواجهة الادارة مانحة الامتياز من جهة، ومن جهة أخرى يتمتعون بحقوق في مواجهة حامل الامتياز⁴، وسنتناولها كما يلي :

¹ . الطهراوي ، هاني علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 289 .

حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 207 .

² . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 351 .

³ . جمال الدين ، سامي : أصول القانون الإداري . مرجع سابق . ص 606 .

حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 207-208 .

⁴ . الخلايلة، محمد علي : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 305 .

1. حقوق في مواجهة الادارة مانحة الامتياز : للإدارة هيمنة تامة فيما يتعلق بإعداد المرفق

العام وتشغيله، غير ان السلطات ليست بحقوق مطلقة مقررة للإدارة ان شاءت استعملتها أو تركتها، ولكنها حقوق مقررة لمصلحة المنتفعين الذين لا تربطهم بالملتزم روابط مباشرة، ولهذا فان للمنتفعين أن يطلبوا من الادارة أن تتدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط الامتياز، وعلى أن ينفذ بين المنتفعين مبدأ المساواة بالمعاملة، بحيث لا يتمتع بغير حق عن تقديم خدماته لمن استوفى شروط الحصول على تلك الخدمات¹.

وإذا أهملت الادارة في أداء هذا الواجب، أو سمحت للملتزم بأن يتخذ اجراء لا يتفق مع شروط عقد الامتياز، جاز للأفراد أن يلجؤوا الى المحكمة القضاء الاداري، بحيث يقدم المنتفع أو من استوفى شروط الانتفاع - الى الادارة طلباً للتدخل، فاذا ما أجابت بالرفض أو امتنعت عن الاجابة لمدة ستين يوماً، عد رفضها أو امتناعها قراراً ادارياً مخالفاً للقانون، وحق لمحكمة القضاء الاداري الغاؤه، فيتحتم على الادارة أن تتدخل².

2. حقوق في مواجهة حامل الامتياز : وهي اما تستند الى عقد مبرم بينه وبين المنتفع، حيث يتحدد حقوق كل طرف وفقاً لهذا العقد، واما لا يوجد عقد ومن ثم يحق لكل من استوفى شروط الانتفاع بخدمات المرفق أن يطلب من حامل الامتياز تمكينه من الانتفاع والا أجبره على ذلك عن طريق الادارة أو القضاء اذا لم تستجب الادارة، استناداً الى الطبيعة الادارية الخاصة لعقد الامتياز، وما يتضمنه من نصوص تنظيمية³.

=عرف قانون الاتصالات الفلسطيني المستفيد في المادة "1" بأنه " الشخص المشترك مع أحد المرخص لهم أو الشخص الذي يستخدم الاتصالات العامة " .

¹ . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 438 .

نصت المادة "11" من قانون الاتصالات الفلسطيني على " تعمل الوزارة على تأمين حق الدخول على الشبكات الثابتة ضمن شروط موضوعية وواضحة دون تفرقة بين المستفيدين والمشاركين " .

² . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 468-469 .

³ . جمال الدين ، سامي : أصول القانون الإداري . مرجع سابق . ص 607-608 .

نصت المادة "36" من قانون الاتصالات الفلسطيني على " لا يحول قرار الغاء الرخصة دون حق المتضررين من مخالفات المرخص له بمطالبته بالتعويض أو المشتركين في مطالبته بالتعويضات أو رد ما يستحقونه من رسوم " .

الفرع الخامس : تقييم طريقة الامتياز

ان مع بداية ظهور المرافق العامة الاقتصادية، وحاجة الدولة وقتئذ الى يد العون في تنظيم وإدارة هذه المرافق كانت هذه الطريقة وسيلة ممتازة لتحقيق الغاية من انشاء المرافق العامة الاقتصادية، لذلك فقد كشف تطبيقها عن الكثير من المزايا، على أنها لا تخلو من العيوب اذا وضع في الاعتبار عدم امكان التوفيق بشكل تام بين وجود المرفق العام، وتولي شخص من أشخاص القانون الخاص أمر تنظيمه وإدارته ومن ثم التوفيق بين مصلحتين متعارضتين على صعيد واحد¹.

أولاً : مزايا طريقة الامتياز

لطريقة الامتياز عدة مزايا، وهذه المزايا هي كما يلي :

1. تحرير المرفق العام من قيود القانون العام²، حيث يتحرر الى حد كبير من قيود الادارة المباشرة وتقيدها وما تستتبعه من بطء شديد³؛ لان الملتزم هو شخص خاص، سيتبع طرق القانون الخاص في الادارة⁴.
2. تخفف هذه الطريقة من اعباء الادارة في تولي تنظيم وإدارة بعض المرافق العامة، وترفع عن كاهلها تحمل نفقات تنظيم وتشغيل تلك المرافق، حيث يقوم صاحب حامل الامتياز بالإنفاق عليها وتحمل مخاطر تشغيلها⁵.
3. تجعل هذه الطريقة المرفق في منأى عن السياسة، فلو تولت الادارة بنفسها استغلال هذا المرفق، لاضطرت تحت ضغط تأثير الاعتبارات الانتخابية الى أن تغدق على عمال المرفق، مما يسبب في النهاية خسارة كبيرة، كما أنها قد تعتمد الى توظيف عدد كبير من

¹ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 196 .

² . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 131 .

³ . حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 208 .

⁴ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 471 .

⁵ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 196 .

الأفراد لا يكون المرفق بحاجة اليهم كما هو الملاحظ في الإدارات الحكومية، وهذا يرهق المرفق والميزانية معاً¹.

4. ينفق الملتزم مبالغ طائلة لإعداد المرفق وإدارته لمدة محددة ومن ثم يعود المرفق مع كل أدواته الى الإدارة بعد انتهاء العقد، حيث يعتبر مورداً جديداً للميزانية².
5. الاستعانة بجهود الأشخاص أفراداً وشركات- يهيئ للإدارة فرصة اكتساب الخبرات الفنية والإدارية عند عودة المرفق الى الإدارة بعد انتهاء المدة المقررة لإدارته بهذه الطريقة³.

ثانياً : عيوب طريقة الامتياز

لطريقة الامتياز عدة عيوب، وهذه العيوب هي كما يلي :

1. ان الملتزم سواء - فرداً أو شركة - يسعى أساساً الى تحقيق الربح وقد يؤثر سعيه هذا على طبيعة المهمة التي يقوم بها⁴، وذلك برفع الاسعار أو خفض نوع الخدمة التي يؤديها فيتوان في أدائها أو لا يحسن ذلك أو يعتمد الاساءة مما يعود بالضرر على مصالح الجمهور⁵.
2. تأثير الشركات الاجنبية منها على استقلال الدول التي تدير بها المرافق محل الامتياز⁶.
3. اثب الواقع أن الغنم كله للملتزم ما دام المشروع يدر أرباحاً، بينما يقع الغرم على عاتق الإدارة عندما تضطر لمساعدة الملتزم أو ضمان نتائج الظروف الطارئة بالتعويض الذي تدفعه له⁷.

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 472 .

² . عمرو ، عدنان . مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 131 .

³ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 197 .

⁴ . حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 209 .

⁵ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 472 .

⁶ . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 438 .

⁷ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 198 .

4. عدم توافق هذه الطريقة مع النهج الاشتراكي الذي تسير عليه عدد من دول العالم في الوقت الحاضر¹.

المطلب الثاني : طريقة الاستغلال غير المباشر

يعتبر الاستغلال غير المباشر طريقة من طرق ادارة المرافق العامة، حيث تكون غالباً هذه الطريقة في المرافق العامة التجارية والصناعية²، فهي عبارة عن اتفاقية تعهد بمقتضاها الادارة العامة الى أحد أشخاص القانون الخاص بمهام ادارة مرفق عام لحسابها لقاء عوض مالي يتقاضاه منها، وبهذا يكون المركز الذي يشغله الشخص الذي يتولى ادارة المرفق العام مركز المدير المسؤول عن ادارة سير المرفق العام فقط³، على أن تحتفظ الادارة العامة بملكية المرفق العام، وتقديم الاموال اللازمة لإعداده⁴.

وهذا العوض المالي الذي يتقاضاه المتعهد بالإدارة قد يكون مبلغاً محدداً في العقد أو نسبة محددة من رأس المال أو نسبة محددة من صافي الارباح وهكذا، وفي هذه الحالة تقع جميع مخاطر المشروع على عاتق السلطة العامة، كما تكون فوائده ومكاسبه مع جواز منح مدير المشروع جزءاً من هذه الارباح، ولا يعتبر مدير المرفق موظفاً عمومياً، ولكنه أحد أشخاص القانون الخاص - فرداً أو شركة - يدير المرفق لحساب السلطة العامة، والى السلطة العامة تعود في النهاية نتيجة استغلال المرفق بهذه الطريقة سواء انتهت هذه النتيجة بمكاسب أو بخسائر⁵.

¹ . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 438 .

² . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 360 .

³ . شطناوي، علي خطر : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 310 .

⁴ . جمال الدين ، سامي : أصول القانون الإداري . مرجع سابق . ص 608 .

⁵ . خليل، محسن : تنمة مبادئ القانون الاداري اللبناني . مرجع سابق . ص 405 .

سيتناول الباحث في هذا المطلب، تمييز طريقة الاستغلال غير المباشر عن طريقة الادارة المباشرة من جهة أولى، وتمييز طريقة الاستغلال غير المباشر عن طريقة الامتياز من جهة ثانية، وتقيم طريقة الاستغلال غير المباشرة من جهة ثالثة، وذلك وفق التقسيم التالي :

الفرع الأول : تمييز طريقة الاستغلال غير المباشر عن طريقة الادارة المباشرة

تعتبر طريقة الاستغلال غير المباشر في مركز وسط بين طريقة الادارة المباشرة وطريقة الامتياز، حيث يوجد وجه تشابه وأيضاً وجه اختلاف في نفس الوقت عن طريقة الادارة المباشرة¹.

أولاً : وجه التشابه والتقارب بين طريقة الاستغلال غير المباشر وطريقة الادارة المباشرة

تتشابه وتتقارب طريقة الاستغلال غير المباشر من طريقة الادارة المباشرة في أن الادارة العامة هي التي تتولى انشاء وتجهيز المرفق بالآلات والأدوات اللازمة والانفاق المالي عليه، فهي التي تتحمل مخاطر المشروع مالياً، وهي الجهة التي تؤول اليها الارباح المالية في حالة تحققها²، حيث أن السلطة العامة هي التي تتحمل نتائج استغلال المرفق العام ؛ لأنه يدار في الواقع لحسابها وعلى مسؤوليتها، فالرسوم التي تفرض على المنتفعين بالمرفق لا تكون حقاً لمدير المشروع، وانما تُحصل لحساب السلطة العامة، وخسائر المشروع تتحملها أيضاً السلطة العامة كما هو الحال في الادارة المباشرة للمرفق العام³.

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 474 .

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 249 .

³ . خليل، محسن : تنمة مبادئ القانون الاداري اللبناني . مرجع سابق . ص 405 .

ثانياً : وجه الاختلاف بين طريقة الاستغلال غير المباشر وطريقة الادارة المباشرة

ان طريقة الاستغلال غير المباشر وان كانت تتشابه مع طريقة الادارة المباشرة ؛ الا انه يوجد اختلاف بين الطريقتين، حيث أن الادارة العامة في حالة الاستغلال غير المباشر لا تتولى بذاتها وموظفيها ادارة المرفق العام، بل يتولى ادارته أحد أشخاص القانون الخاص¹.

الفرع الثاني : تمييز طريقة الاستغلال غير المباشر عن طريقة الامتياز

سبق لنا الحديث بأن طريقة الاستغلال غير المباشر هي في مركز وسط بين طريقة الادارة المباشرة وطريقة الامتياز، حيث أن طريقة الاستغلال غير المباشر تتشابه مع طريقة الامتياز، ولكنها تختلف عن طريقة الادارة المباشرة².

أولاً : وجه التشابه والتقارب بين طريقة الاستغلال غير المباشر وطريقة الامتياز

تتشابه طريقة الاستغلال غير المباشر وتقرب من طريقة الامتياز في أن الجهة التي تتولى ادارة المرفق العام تستهدف في الحالتين تحقيق الربح، وتعنيها نتائج استغلال المشروع المالية، فيتعين عليها تحقيق أكبر فائض مالي ممكن أن يتم من خلال ادارة المرفق العام³، وتتشابه أيضا في أن الذي يتولى ادارة المرفق شخص من أشخاص القانون الخاص⁴.

وتقرب من طريقة الامتياز في أن الهيئة المديرة تزاوّل عملها في مقابل عوض تضمنه الادارة، حيث يتكون عادة من عنصرين :

1. عنصر ثابت مضمون : وهو نسبة معينة من رأس المال الذي قدمته الشركة (6%) مثلاً

إذا شاركت في رأس المال، بحيث لا يتغير ربح المشروع أم خسر، وذلك كنتيجة طبيعية لتحمل الادارة للمخاطر المالية لإدارة المشروع⁵.

¹ . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 360 .

² . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 474 .

³ . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 311 .

⁴ . خليل، محسن : تنمة مبادئ القانون الاداري اللبناني . مرجع سابق . ص 405 .

⁵ . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 361 .

2. عنصر متغير : وهو مكافأة اضافية سنوية بنسبة النشاط الذي تبذله الشركة في الادارة، وهذا لحفز الشركة على أن تبذل كل ما تستطيع من نشاط في الادارة، وتقدر المكافأة عادة على أساس الربح الصافي، أو على أساس الدخل الاجمالي، والطريقة الاولى انجح في تشجيع الشركة على بذل الجهد ؛ لأنها لن تنال شيئاً الا اذا كان هناك ربح صافي¹.

ثانياً : وجه الاختلاف بين طريقة الاستغلال غير المباشر وطريقة الامتياز

الخطوط الفاصلة بين طريقة الاستغلال غير المباشر وطريقة الامتياز دقيقة جداً، فبرزت مسألة ايجاد معيار صالح لتمييز بينهما، وبهذا تعددت المحاولات، وسوف نتناول ثلاثة معايير تحدثت عن التمييز بينهما²، وهذه المعايير هي كما يلي :

1. معيار المشاركة في الخسائر المالية : يعتمد هذا المعيار على مدى مشاركة جهة ادارة المرفق في تحمل الخسائر المالية في حالة تحققها، وبهذا يسهم حامل الامتياز في عقود الامتياز بتحمل الخسائر المالية الناجمة عن استغلال المرفق، ويشارك في أرباح هذا الاستغلال، بينما يشارك الشخص الذي يتولى ادارة المرفق بطريقة الاستغلال غير المباشر في الارباح فقط، وتتحمل الادارة وحدها الخسائر المالية المتحققة³.
وتعرض هذا المعيار للانتقاد من فقه القانون العام، حيث أن هذا المعيار غير صحيح ؛ لأن هناك العديد من اتفاقيات الامتياز التي تكفل وتتعهد الادارة المتعاقدة فيها بتحمل الخسائر المالية الناجمة عن استغلال المشروع، وبهذا يستفيد حامل الامتياز في هذه الحالة من ضمان الدولة، ولا يتحمل بالتالي الخسائر المالية⁴.

2. معيار مدى الرقابة الادارية التي تمارسها الادارة على سير المرفق العام : قيل بأن مدى الرقابة التي تمارسها الادارة على سير المرفق العام هي المعيار الفاصل، فتكون هذه الرقابة قوية ودائمة ومنظمة في حالة الاستغلال غير المباشر نظراً لمسؤولية الادارة

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 474 .

² . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 249 .

³ . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 360 .

⁴ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 249 .

العامة عن النتائج المالية التي تتحقق عن سوء ادارة المرفق العام، في حين يكون مدى الرقابة الادارية بسيطاً ومحدوداً في حالة طريقة الامتياز بسبب تحمل الملتزم نتائج استغلال المرفق¹.

وتعرض هذا المعيار للانتقاد من فقه القانون العام أيضاً، وذلك بأن هذا المعيار غير صحيح، حيث هناك العديد من حالات الاستغلال غير المباشر التي يترك فيها لجهة الادارة حرية كبيرة وواسعة لتنظيم وادارة المرفق العام، كما أن هناك العديد من عقود الامتياز التي تحتفظ الادارة بسلطات واسعة في الرقابة مما يقيد حرية حامل الامتياز، فضلاً عن أن الادارة المتعاقدة مسؤولة في جميع الحالات عن حسن سير المرفق العام، ومستوى الخدمة العامة التي يقدمها لجمهور المنتفعين².

3. معيار المقابل المالي الذي تتقاضاه جهة الادارة : فالمقابل الذي تتقاضاه الهيئة التي تتولى الادارة في الاستغلال غير المباشر ليس لحسابها وانما لحساب الادارة، بينما في طريقة الامتياز يكون المقابل المالي لحساب الهيئة التي تدير المرفق العام³. ويتمثل الاختلاف بين الطريقتين أيضاً في كيفية تلقي المقابل المال، حيث في طريقة الامتياز يكون المقابل المالي هو لقاء خدمات المرفق للمنتفعين بحيث يكون الفرق بين الايرادات والنفقات التي ينفقها على انشاء وتسير المرفق العام، أو الفرق بين الارباح والخسائر، بينما يتمثل المقابل المالي في طريقة الاستغلال غير المباشر في المكافئات المالية المتفق عليها مع الادارة⁴.

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 474-475 .

² . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 311-312 .

³ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 474 .

⁴ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 250 .

الفرع الثالث : تقييم طريقة الاستغلال غير المباشر

تعتبر طريقة الاستغلال غير المباشر نادرة التطبيق في الوقت الحاضر، وقد أخذت بها مصر في حالة واحدة، هي ادارة الاذاعة المصرية ما بين 1932م و 1947م¹.

ويرى الباحث بأن طريقة الاستغلال غير المباشر لا وجود لها على أرض الواقع في التشريعات الفلسطينية، وذلك نظراً لما لها من عيوب .

وهو ككل نظام له مزايا وعيوب، وسوف نتناولها وفق الترتيب التالي :

أولاً : مزايا طريقة الاستغلال غير المباشر

لطريقة الاستغلال غير المباشر عدة مزايا، وهذه المزايا هي كما يلي :

1. ان الموظفين العموميين وهم يعملون في المرافق العامة الاقتصادية - في ظل نظام الادارة المباشرة - ينقصهم الحماس والحافز على العمل والابداع الذي يتجلى في عمال المشروعات الخاصة ؛ والسبب في ذلك انما يرجع الى أن شرط ترقية هؤلاء ليس هو الكفاءة والعمل بل غالباً ما يكون هو وساطة النواب والأنصار²، لذلك تخليص المشروع من الروتين وعوائق نظم التوظيف والخدمة المدنية، بحيث يقع على عاتق المشروع عبء توفير العاملين بالمرفق وتنظيم مركزهم القانوني وفقاً لقواعد القانون الخاص³.
2. أنه يستبعد مساوئ الادارة المباشرة، ومساوئ الامتياز، ويجمع بين مزاياهما معاً، لأنه ببطء الاجراءات الادارية وتكاليفها الباهظة، وسيشارك الادارة في الربح⁴.

¹ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 474 .

² . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 360-361 .

³ . جمال الدين ، سامي : أصول القانون الإداري . مرجع سابق . ص 609 .

حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 211 .

⁴ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 474 .

ثانياً : عيوب طريقة الاستغلال غير المباشر

لطريقة الاستغلال غير المباشر عدة عيوب، وهذه العيوب هي كما يلي :

1. ان حامل الامتياز عندما يدير مرفقاً عاماً عن طريق الامتياز، فانه غالباً ما يفقد روح الحرص على المصلحة العامة ؛ وذلك نتيجة لسعيه المستمر في تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح، حتى ولو كان على حساب راحة المنتفعين¹.
2. رقابة الادارة على حامل الامتياز هي أضعف من رقابتها في حالة المرافق العامة التي تدار بالطرق المباشرة².
3. دلت التجربة على أن هذا النظام لم يحقق الآمال التي كانت مرجوة منه، فالإدارة هنا تتدخل دائماً، كما لوحظ أن هذه الادارة تكلف مبالغ كبيرة³.

المطلب الثالث : طريقة الاقتصاد المختلط

يرجع ظهور طريقة الاقتصاد المختلط الى الفترة ما بين الحربين العالميتين، حيث ازدهرت بعد الحرب العالمية الثانية خاصة، ذلك ازاء ظهور عيوب طريقة الامتياز التقليدية وغيرها من الطرق المماثلة⁴، وسيتناول الباحث في هذا المطلب، مضمون طريقة الاقتصاد المختلط في الفرع الاول، والنظام القانوني لشركة الاقتصاد المختلط في الفرع الثاني، وتقييم طريقة الاقتصاد المختلط في الفرع الثالث، وفق الترتيب التالي :

¹ . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 361 .

² . رسلان، أنور أحمد : القانون الاداري السعودي تنظيم الادارة العامة ونشاطها " دراسة مقارنة " . مرجع سابق . ص 319 .

³ . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 474 .

⁴ . ثمة طرق أخرى ظهرت في أوقات مختلفة لإدارة المرافق العامة منها طريقة ايجار بعض المرافق العامة، وبموجبها تتعاقد الادارة مع شخص لاستغلال مرفق عام على أن يقوم المستغل بدفع مبالغ دورية أو سنوية لقاء استغلاله للمرفق وحصوله على مقابل من المنتفعين ومن أمثلتها الالتزام بإدارة بعض الطرق السريعة الحديثة في بعض دول أوروبا . ومنها أيضاً أن تعهد الادارة بموجب عقد الى شخص من الاشخاص القيام ببعض المهام المرفقية المحددة لقاء مقابل يتقاضاه المتعاقد من الادارة، ويضرب الفقه على ذلك مثلاً وهو المهمة التي قام بها الزوجان بيرتن اللذان تعاقدوا مع وزارة المحاربين القدماء =الفرنسية لإيواء واعاشة بعض اللاجئين الروس الهاربين من جحيم النازية . الفياض، ابراهيم طه، القانون الاداري، مرجع سابق، ص 199-200 .

الفرع الاول : مضمون طريقة الاقتصاد المختلط

المقصود بطريقة الاقتصاد المختلط في ادارة المرافق العامة : هو اشتراك الدولة أو الاشخاص العامة مع اشخاص خاصة في تكوين شركة مساهمة لإدارة أحد المرافق العامة¹، حيث تكتتب الدولة أو أحد الأشخاص العامة في جزء كبير من رأسمالها، فتشترك في ادارتها، وتحمل كبقية المساهمين خسائرها².

أولاً : خصائص طريقة الاقتصاد المختلط

بعض الفقه يذهب الى أن طريقة الاقتصاد المختلط تعتبر صورة متطورة لطريقة الامتياز، ويبدو هذا التطور من خلال استعراض الخصائص التالية لهذه الطريقة :

1. ان شركة الاقتصاد المختلط التي تساهم الدولة أو احد أشخاص القانون العام في جزء من رأسمالها، وسواء كانت تتولى ادارة مرفق عام أم لا، وسواء كانت الدولة تملك أغلب أسهمها أم لا، تبقى شخصاً من أشخاص القانون الخاص³.
2. اذا كانت شركات الاقتصاد المختلط تتولى ادارة مرفق عام، فيجب أن تكون نشأتها بقانون أو بناء على قانون، وقد تنشأ بمرسوم، وذلك حسب الأوضاع الدستورية لكل دولة⁴.
3. قد تتولى شركات الاقتصاد المختلط ادارة مرفق عام بموجب عقد امتياز يجري التوقيع عليه من الجهة المهيمنة على المرفق سواء الدولة أو أي شخص من أشخاص القانون العام، حيث يخضع هذا العقد حسب الشروط المتفق عليها بين الطرفين للأحكام العامة بشأن عقد الامتياز⁵.

¹ . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 439 .

² . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 132 .

³ . الطهراوي ، هاني علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 290 .

حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 212 .

⁴ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 200 .

⁵ . الطهراوي ، هاني علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 291-292 .

4. حق الرقابة للجهة الادارية على المشروع الذي هو في جوهره مرفقاً عاماً¹، فهي تمارس رقابتها العامة على المرفق بمقتضى ما تقره لها الأنظمة واللوائح في هذا الشأن، وذلك فضلاً عن أنها تمارس رقابة داخلية على المرفق بواسطة ممثليها في ادارة شركة الاقتصاد المختلط².

ثانياً : بواعث الأخذ بشركات الاقتصاد المختلط

يوجد عدة بواعث للأخذ بشركات الاقتصاد المختلط، وهذه البواعث هي كما يلي :

1. تستهدف الدولة في كثير من الاحيان السيطرة والهيمنة على سير عمل الشركة بشرائها معظم أسهمها، فتكون المساهم الرئيسي فيها، حيث تستطيع نيل معظم مقاعد مجلس الادارة وفرض ارادتها، وتعين المدير العام، وبهذا تستطيع الادارة من خلال احترام أحكام قانون الشركات السيطرة على قرارات وأعمال الشركة وتوجيهها كما تشاء .
2. تستهدف الدولة في أحيان أخرى المشاركة برأس مال الشركة بهدف الاطلاع والالمام بشؤونها والتأثير عليها ورقابتها من الداخل، حيث تكتفي الدولة بشراء جزء من أسهمها مع احتفاظها بعدد معين من المقاعد في مجلس ادارة الشركة، لذا يجب أن يكون هذا الوضع قانونياً ومتفقاً مع أحكام قانون الشركات .
3. قد تستهدف الدولة مجرد جمع الاشخاص العامة والخاصة في شركة تجارية لتأمين تعاونهما المستمر لتحقيق غايات ومهام مشتركة بينهما³.

¹ . جمال الدين ، سامي : أصول القانون الإداري . مرجع سابق . ص 609 .

² . رسلان، أنور أحمد : القانون الاداري السعودي تنظيم الادارة العامة ونشاطها " دراسة مقارنة " . مرجع سابق . ص 320 .

³ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 253-254 .

حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 212-213 .

الفرع الثاني : النظام القانوني لشركة الاقتصاد المختلط

يتضمن النظام القانوني لشركة الاقتصاد المختلط عدة أمور قانونية¹، وهي كما يلي :

أولاً : الامور التي يتناولها الاشتراك بين الدولة أو احد الاشخاص العامة مع أشخاص خاصين

يتناول الاشتراك بين الدولة أو أحد الاشخاص العاميين من جهة، وأشخاص خاصين من جهة أخرى في شركة مختلطة أمرين مهمين في هذه الشراكة، وهما كما يلي :

1. الاشتراك في تمويل المشروع : حيث تحتفظ السلطة العامة لنفسها بنسبة من أسهم أو سندات الشركة التي يعهد اليها بإدارة المرفق، وتترك الباقي للأفراد أو الشركات الخاصة².

2. الاشتراك في ادارة المرفق : وهي نتيجة طبيعية للاشتراك في تمويله، حيث يكون للسلطة العامة بوصفها مالكة لنسبة معينة من أسهم أو سندات الشركة ممثلون في مجلس ادارتها، ويشاركون في الادارة الداخلية للمرفق مع ممثلي الافراد حملة بقية الاسهم أو سندات الشركة³.

ثانياً : عناصر قيام شركة الاقتصاد المختلط

شاعت فكرة المشاركة بين رأس المال العام والخاص لإدارة المرافق العامة في العديد من الدول، ويجب لقيام شركات الاقتصاد المختلط توافر عنصرين أساسيين، وهما كما يلي :

1. نية المشاركة : يتطلب قيام شركة الاقتصاد المختلط مشاركة ادارية يقبلها الطرفان، بهدف ايجاد نوع من التعاون المطلوب لتحقيق الغاية التي من أجلها قررا انشاء الشركة،

¹ . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 362 .

² . الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . مرجع سابق . ص 477 .

³ . خليل، محسن : تنمية مبادئ القانون الاداري اللبناني . مرجع سابق . ص 406 .

حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 212-213 .

حيث أن نية المشاركة هي عبارة عن اتجاه نفسي، يتمثل برغبة الشركاء في التعاون والعمل جنباً إلى جنب وبجدية وعل قدم المساواة لتحقيق الهدف المشترك وهو الربح .

2. مساهمة مالية كافية لتحقيق هذه النية في المشاركة : يجب أن يقدم كل شريك حصة كافية من رأس المال، فإذا نص عقد الشركة على اعفاء أحدهم من المشاركة في رأس المال فقد عندئذ صفته كعقد شركة، وكذلك تعتبر الشركة باطلة إذا كانت مساهمة الشريك في رأس المال رمزية أو تافهة، وبهذا لا يكون لنية المشاركة أية قيمة إذا لم يصاحبها شيء محدد الأساس أو الوسيلة المادية لتحقيقها¹.

ثالثاً : أركان قيام شركة الاقتصاد المختلط

يجب لقيام شركة الاقتصاد المختلط توفر عدة أركان، وهذه الأركان هي كما يلي :

1. المرفق العام : فهي تتميز عن شركة المساهمة الخاصة بتعلقها بإدارة مرفق عام، الأمر الذي يسمح للسلطة الإدارية بالرقابة عليها بصفتها مساهمة في رأسمالها والحامية للمصلحة العامة .
2. الشركة المساهمة : يشترط في شركة الاقتصاد المختلط أن تتخذ مشاركة الشخص العام والافراد المساهمين في تسيير شؤون المرفق العام شكل شركة مساهمة تخضع مبدئياً للقانون التجاري .
3. الشخص العام : يشترط في شركة الاقتصاد المختلط مشاركة شخص عام مالياً أو عينياً في رأسمالها².

رابعاً : انشاء شركة الاقتصاد المختلط

يجب دائماً أن تنشأ شركة الاقتصاد المختلط بقانون، وذلك لسببين هما كما يلي :

¹. شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الإداري الاردني . مرجع سابق . ص 253 .

². عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 132 .

حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الإداري . مرجع سابق . ص 212-213 .

1. النظام الاداري لهذه الشركة يخالف الى حد كبير القواعد القانونية التي وضعها المشرع في القانون التجاري لتحكم الشركات وبما أن القانون التجاري صاغه المشرع في قانون وليس في لائحة، فيجب لا مكان مخالفته صدور قانون مماثل .
2. انشاء الشركة انما يتطلب أن تقدم الدولة بعض الأموال العامة لتساهم في رأس مال المشروع، والبرلمان يجب أن يتدخل ليأذن للحكومة بأن تقوم بالمساهمة المالية في رأس مال الشركة¹.

خامساً : النتائج القانونية المترتبة على الأخذ بطريقة الاقتصاد المختلط

يترتب على الأخذ بطريقة الاقتصاد المختلط عدة نتائج قانونية مهمة، وهذه النتائج هي كما يلي:

1. تعتبر شركة الاقتصاد المختلط شخص من أشخاص القانون الخاص، وتخضع لقانون الشركات حتى لو كانت الدولة هي المساهم الأكبر في رأسمالها .
2. تخضع شركة الاقتصاد المختلط من حيث تنظيمها الاداري ومزاولتها لنشاطها لأحكام قانون الشركات التجارية، باستثناء الامتيازات التي تقرر لصالح الدولة أو للأشخاص المعنوية العامة الاخرى، التي تسهم برأس المال للشركة، وتتمثل هذه الامتيازات عادة في السلطات التي تتمتع بها الادارة العامة في ادارة الشركة، كتعيين رؤساء مجالس الادارة، والمدراء العامون، وأشكال مساهمة الشخص المعنوي العام المالية .
3. تتميز شركة الاقتصاد المختلط بوضع خاص، فهي شركة من شركات القانون التجاري، ولكن تزاوّل نشاطات ومهام تنطوي على نفع عام، وبذا يجب التمييز بين المسائل التي تتعلق بتنظيم الشركة داخلياً، والمهام الملقاة على عاتقها، والنشاط الذي تزاوّل :
 - أ. فعلى الصعيد التنظيمي الداخلي تعد شركة من الشركات التجارية، فتتظم وتسير وفق أحكام القانون التجاري، وتخضع علاقات أعضائها، والعاملين فيها، وعلاقات الشركة مع الغير لأحكام القانون الخاص، ويختص القضاء النظامي بنظر المنازعات الناجمة عن هذه العلاقات .

¹ . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 363-364 .

ب. تتمتع الادارة العامة في شركات الاقتصاد المختلط بامتيازات معينة، كتحديد رؤساء مجالس الادارة وممثليها في هذه المجالس، ولها أحياناً سلطات رقابية تضيق وتتسع حسب الأحوال، فهي من امتيازات القانون العام، حيث يحكم تنظيمها وممارستها القانون العام، ويختص القضاء الاداري بنظر المنازعات المتولدة عنها¹.

4. تمارس الدولة قدراً من الرقابة التي يفرضها وجود المرفق العام، وذلك كما يلي :

أ. يكون لها تعيين من يمثلها في مجلس ادارة الشركة أو تعيين رئيس مجلس الادارة².

ب. استعمال حق الاعتراض المسقط لقرارات مجلس الادارة التي تتنافى مع مقتضيات سير المرفق العام³.

5. تخضع الشركة باعتبارها مرفقاً عاماً للمبادئ التي تحكم سير المرافق العامة، وذلك على خلاف الأمر بالنسبة لشركات القطاع الخاص، والتي يحكمها القانون التجاري بالكامل⁴.

الفرع الثالث : تقييم طريقة الاقتصاد المختلط

لطريقة الاقتصاد المختلط كطريقة من طرق ادارة المرفق العام عدد من المزايا، ولكن يؤخذ على هذه الطريقة بعض العيوب⁵، وسيتناول الباحث موقف الدول من طريقة الاقتصاد المختلط ومزاياها وعيوبها وفق الترتيب التالي :

أولاً : موقف تشريعات بعض الدول العربية من طريقة الاقتصاد المختلط

في فلسطين، تم الأخذ بطريقة الاقتصاد المختلط في ادارة المرافق العامة، ومثال على ذلك نشأت شركة الاتصالات الخلوية الفلسطينية " جوال " في صيف عام 1999م كمشروع تابع لشركة الاتصالات الفلسطينية، ثم تحول المشروع الى شركة مساهمة خصوصية محدودة في تاريخ

¹ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص254-255 .

حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 212-213 .

² . الطهراوي ، هاني علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 291 .

³ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 201 .

⁴ . الخلايلة، محمد علي : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 307 .

⁵ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص258 .

31/12/2000م برأسمال مقداره خمسة وعشرون مليون دينار اردني، حيث كانت ملكية أسهم الشركة تتوزع بنسبة 65% مملوكة لشركة الاتصالات الفلسطينية و35% مملوكة لشركة الخدمات التجارية، المملوكة للسلطة الوطنية الفلسطينية، لكن في بداية عام 2004م لجأت السلطة الوطنية الفلسطينية الى بيع كامل أسهمها في شركة جوال لشركة الاتصالات الفلسطينية بمبلغ 42 مليون دولار أمريكي لتصبح هذه الاخيرة المالك الوحيد لأسهم شركة جوال¹.

يعتبر هذا الأسلوب مألوف في فرنسا، حيث كانت الشركة الوطنية للسكك الحديدية الفرنسية وهي من شركات الاقتصاد المختلط تتولى ادارة وتنظيم مرفق السكك الحديدية منذ عام 1937م حتى عام 1982م بموجب عقد امتياز².

وهذا الاسلوب مألوف في الكويت أيضاً حيث تتولى شركة المواصلات الكويتية – والتي تغير اسمها الى شركة النقل العام الكويتية – مرفق المواصلات العامة في جميع انحاء الكويت بموجب عقد امتياز مدته خمس وعشرون عاماً، وقع عليه بتاريخ 25/6/1963م كل من رئيس البلدية باعتبارها الجهة الادارية مانحة الامتياز ووزير المالية باعتباره مؤسس الشركة، وذلك استناداً الى أحكام المرسوم الأميري رقم "60" لعام 1962م الصادر في 20 سبتمبر 1962م³.

وأما في مصر، تم الأخذ بهذه الطريقة منذ عام 1930م عندما أنشئ بنك التسليف الزراعي، وبعد ذلك تم انشاء البنك الصناعي عام 1947م، وفي عام 1961م اتبعت طريقة

¹ . برغوثي، معين : عقود الامتياز (حالة شركة الاتصالات الفلسطينية) . سلسلة تقارير قانونية رقم "35" . رام الله : الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن . 2004م . ص 85 . www.ichr.ps . تاريخ الزيارة 30/11/2013م .

² . الطهراوي ، هاني علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 292 .
لقد لجأت عدة دول أوروبية الى مشروعات الاقتصاد المختلط كوسيلة لإدارة المرافق العامة خاصة الاقتصادية منها، مثل ألمانيا وبلجيكا . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 439 .

³ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 202 .

الاقتصاد المختلط بالنسبة لجميع الشركات التي خضعت للقانون رقم "118" والقانون "119" لعام 1961م، ولكن معظم هذه الشركات تم تأميمها بعد ذلك عام 1963م¹.

وفي الأردن، تتجه السلطة العامة نحو تطبيق هذا الاسلوب لإدارة العديد من المشروعات والمرافق الاقتصادية بتحويلها الى شركات مساهمة وبيع معظم أسهمها الى القطاع الخاص، ويطلق على ذلك مصطلح (الخصخصة)، ومثال على ذلك قرر مجلس الوزراء بتاريخ 1996/10/7م تحويل مؤسسة الاتصالات السلكية واللاسلكية الى شركة يقدر رأسمالها بمائتي وخمسين مليون دينار اردني، طرح معظم أسهمها للقطاع الخاص للاكتتاب والمساهمة فيها².

ثانياً : مزايا طريقة الاقتصاد المختلط

حظيت طريقة الاقتصاد المختلط وما زالت باهتمام معظم الدول وحتى لدى بعض الدول الاشتراكية التي تفسح مجالاً للقطاع الاقتصادي الخاص بالعمل جنباً الى جنب القطاع العام، وذلك لما يبدو فيها من المزايا³، وهذه المزايا هي كما يلي :

1. تحقيق التعاون بين رأس المال العام والخاص : يحقق اسلوب شركة الاقتصاد المختلط المصلحة العامة في حسن التسيير وجودة الخدمة، والمصلحة الخاصة في تحقيق الربح⁴، وبفضلها يتم التغلب على عيوب الادارة المباشرة للمرفق العام من حيث الخضوع للقانون التجاري، وعيوب اسلوب الامتياز من حيث وجود الرقابة الداخلية لممثلي الشخص العام في مجلس ادارة الشركة⁵.

¹ . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 439 .

² . الطهراوي ، هاني علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 292-293 .

³ . الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 202 .

⁴ . حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 212 .

⁵ . عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . مرجع سابق . ص 439 .

2. ان للمشاركة الاجنبية في عمليات الخصخصة ايجابيات تتمثل في نقل تقنيات الادارة الحديثة والنظم المالية والتكنولوجيا المتطورة لتطوير قدرات ومهارات القطاع الخاص المحلي، والاستفادة من امكانيات التمويل من المشاركة الاجنبية¹.
3. اسلوب لاجتذاب رأسمال الخاص للمساهمة في ادارة مشروعات القطاع العام².
4. توزيع الخسارة على جميع المساهمين : ففي الظروف الطارئة تتوزع الخسائر على جميع المساهمين في شركات الاقتصاد المختلط، بينما تعوض الادارة حامل الامتياز من الخسارة في الظروف الطارئة³.
5. تؤدي الى اضعاف الرأسمالية في الدول وتعمل على تنظيم الدولة في اقتصاد غير رأسمالي: وتسمح بتمثيل العمال في المجلس الاداري للشركة⁴.

ثالثاً : عيوب طريقة الاقتصاد المختلط

لطريقة الاقتصاد المختلط بعض العيوب، وهذه العيوب هي كما يلي :

1. المشاركة الاجنبية في الخصخصة لها مخاطر تتمثل في هيمنتها على أنشطة حيوية أو استراتيجية، وعدم اكتراثها باستغلال الموارد الطبيعية بصورة مثلى⁵.
2. يرى الفقيه الفرنسي " بيردن " أن منطق المشاركة في شركة الاقتصاد المختلط متناقض، ففيها من يسعى لتحقيق المصلحة العامة وملتزم بأهداف وخطط محددة، وفيها من يهتم تحقيق المصلحة الخاصة والربح، كما أن الشخص العام في شركة الاقتصاد المختلط يبقى حاضراً باستمرار بثقله السياسي والاقتصادي والقانوني ولا يغيب عن الشركة الا بانتهائها، اذ لا يمكن تقويت حصصه ولا توكيل الاخرين للتصويت باسمه .

¹ . الطهراوي ، هاني علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 294 .

² . شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . مرجع سابق . ص 318 .

³ . فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . مرجع سابق . ص 366 .

⁴ . شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . مرجع سابق . ص 258 .

⁵ . الطهراوي ، هاني علي : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 294 .

3. دخول الشخص العام الى شركات الاقتصاد المختلط يؤدي الى دخول جسم غريب على شركات المساهمة وهو الاعتبار الشخصي، والذي من شأنه أن يقضي على المجهولية التي تتميز بها شركات المساهمة .
4. يمس الاعتبار الشخصي بالمبدأ الديمقراطي الذي يساوي بين المساهمين في ولوج المناصب العليا في الشركة كلما توفرت فيهم الشروط واختارهم المساهمون .
5. يؤدي الاعتبار الشخصي الى فرض بعض القيود على انشاء الشركة كالنص على ضرورة موافقة سلطة الرقابة الادارية والمالية في الدولة على انشائها¹.

¹ . عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . مرجع سابق . ص 133 .

الخاتمة

قد تحددت الدراسة بموضوع هام يشغل الفكر القانوني الفلسطيني الحديث، وتناولت موضوع تنظيم المرافق العامة " دراسة مقارنة "، وهو الموضوع الذي يعتبر بمثابة الأساس القانوني التي تقوم عليه الدولة وبقية الهيئات المحلية . فهذا التنظيم يعتبر حجر الأساس الذي يربط ويحكم عمل هذه المرافق العامة، ويفحص مدى قيام كل من هذه المرافق باحترام القانون وبمدى جعل القانون المرجع الأسمى للحكم في المنازعات والخلافات والاستفسارات التي تعترض عمل هذه المرافق العامة .

ولما كانت هذه الدراسة تنصب على تناول هذا التنظيم في ظل القانون الإداري فقط، فقد كان قصب الأساس في هذه الدراسة لهذا التنظيم تناول المرفق العام والمبادئ التي تحكم سيره بنوع من التفصيل، وحاول الباحث تبيان أهم القواعد والأحكام التي نظمت عمل المرافق العامة وساهمت في بروز معالمه بشكل بعيد عن الارتياح أو الشك .

ومن ناحية أخرى فقد تناولت الدراسة السياق العام من خلال توضيح مدلول المرفق العام في ظل القانون والقضاء وتحديد المعنى الواضح والسليم الذي لا يعتريه الغموض في التفسير، وكان هذا الأمر بحاجة ماسة الى تحديد العناصر التي يستقي هذا المرفق العام وجوده في القانون الفلسطيني، وكذلك التمييز بين المرافق العامة والمشروعات الخاصة ذات النفع العام، مبيناً معايير التمييز وإيجاد أفضلها للتطبيق العملي، وكذلك انشاء المرفق العام موضحاً مدى سلطة الادارة وموقف المشرع الفلسطيني مقارنة مع تشريعات بعض الدول العربية من هذا الانشاء، وكذلك الغاء المرفق العام مبيناً الجهة المختصة بهذا الالغاء وأثاره، موضحاً مدى وجود وتطبيق هذه الأحكام على الواقع الفلسطيني مقارنة مع تشريعات بعض الدول العربية كالسياق العام في المنازعات المعروضة على القضاء، أو في مجال عمل الادارة بقيامها بالأعمال الاعتيادية .

كما وجاءت هذه الدراسة لتحديد المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة، والمتمثلة في مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل،

ومبدأ المساواة بين المنتفعين من خدمات المرافق العامة، ومدى تطبيق هذه المبادئ في فلسطين مقارنة مع تشريعات بعض الدول العربية في ظل بعض الحالات المعينة، موضحاً هذه المبادئ، وتبيان كيفية تنظيم المشرع الفلسطيني لها، والنتائج القانونية المترتبة على الأخذ بها، ومدى خضوع المنازعات الناتجة عنها لمحكمة العدل العليا الفلسطينية مقارنة مع القضاء الإداري لبعض الدول العربية .

أما وفي الفصل الثاني فقد كان لابد من تحديد وتوضيح طرق إدارة المرافق العامة، حيث يتم بعد انشاء المرفق العام من قبل السلطة الادارية المختصة اختيار طريقة مناسبة لإدارة المرفق العام لتحقيق الغايات والأهداف التي قصدها المشرع من انشاء هذه المرافق، وأيضاً تحديد وتوضيح الطرق التي أخذ بها المشرع الفلسطيني في إدارة المرافق العامة مقارنة مع تشريعات بعض الدول العربية، ومدى فاعلية هذه الطرق ونظامها القانوني، ومدى خضوعها للقضاء .

فقد حددت الدراسة الطرق المباشرة في إدارة المرافق العامة، والمتمثلة في طريقة الإدارة المباشرة، وطريقة المؤسسة العامة من حيث تحديد المقصود بهذه الطرق ومضمونها دون ما يعتريها من لبس أو غموض، والمرافق التي تدار بهذه الطرق، والنظام القانوني لها، وكذلك توضيح النتائج القانونية المترتبة على الأخذ بهذه الطرق . وتوضيح فيما اذا كان المشرع الفلسطيني أخذ بهذه الطرق ونظمها أم لا، ومدى خضوع المنازعات الناتجة عنها لمحكمة العدل العليا الفلسطينية مقارنة مع تشريعات بعض الدول العربية .

كما وجاءت هذه الدراسة لتحديد الطرق غير المباشرة في إدارة المرافق العامة، فقد حاولت الدراسة بداية أن تلقي الضوء على هذه الطرق غير المباشرة والمتمثلة في طريقة الامتياز من حيث توضيح المقصود بهذه الطريقة ومضمونها دون لبس أو غموض مبيناً الطبيعة القانونية والنظام القانوني لعقد الامتياز، وتقييمها، كما وبينت النوع الثاني والمتعلق بطريقة الاستغلال غير المباشر من حيث المقصود بهذه الطريقة ومضمونها محدداً ما يميز هذه الطريقة عن طريقة الإدارة المباشرة وطريقة الامتياز من خلال أوجه التشابه والخلاف بين هذه الطرق،

ومبيناً معايير تمييز هذه الطريقة عن طريقة الامتياز، وإيجاد أفضل المعايير للتمييز بين الطريقتين، وتقييمها، كما وبينت النوع الثالث والمتعلق بطريقة الاقتصاد المختلط من حيث توضيح المقصود بهذه الطريقة ومضمونها مبيناً النظام القانوني لهذه الشركات، وتقييمها، وتوضيح فيما إذا كان المشرع الفلسطيني أخذ بهذه الطرق ونظمها أم لا، وفيما إذا كانت محكمة العدل العليا تختص بالمنازعات الناتجة عنها أم لا مقارنة مع تشريعات بعض الدول العربية .

وفي الختام جاءت هذه الدراسة بمحاولة لوضع تنظيم المرافق العامة في فلسطين تحت المجهر مقارنة مع تشريعات بعض الدول العربية لتبيان أفضل الطرق في تنظيم هذه المرافق وإدارتها بشكل صحيح، وبشكل لا يخالف المصادر القانونية الخاصة بها، وكذلك تبيان أهم الأسباب التي تجعل من هذه الطرق في إدارة المرافق العامة أفضل الطرق لضمان تحقيق هذا التنظيم المثالي للمرافق العامة .

النتائج :

بعد أن قام الباحث بدراسة موضوع تنظيم المرافق العامة " دراسة مقارنة "، وتعرض للنظام الإداري الفلسطيني والذي يحكم هذا التنظيم مقارنة مع تشريعات بعض الدول العربية، فإن الباحث توصل الى عدد من النتائج حول هذا الخصوص وهي كما يلي :

* - أخذ المشرع الفلسطيني بالمعيار الشخصي كمعيار لتمييز المرافق العامة عن المشروعات الخاصة ذات النفع العام كما فعل المشرع المصري والاردني، حيث أنه لم ينص صراحة في بعض نصوص قانون المحامين النظاميين الفلسطيني، ولكن بالبحث عن أرادة المشرع يتضح لنا بأن المشرع أخذ بالمعيار الشخصي وأعتبر نقابة المحامين النظاميين الفلسطينية هي مرفق عام، حيث أسند الطعن في القرارات التي تصدر عن النقابة الى محكمة العدل العليا .

* - عالج القانون الأساسي الفلسطيني موضوع انشاء المرافق العامة، حيث يعتبر انشاء المرافق العامة الوطنية في فلسطين من اختصاص السلطة التنفيذية، وقد أسند القانون الاساسي الفلسطيني انشاء الهيئات والمؤسسات العامة والسلطات وما في حكمها - خلافاً للنظم المقارنة - للمجلس الوزاري الاختصاص بإنشائها على أن يتم تنظيمها بقانون، مما يعني أن المرسوم هو اداة انشاء المرافق العامة والمؤسسات العامة والهيئات العامة والسلطات وما في حكمها، وأما الجهة المختصة بإنشاء المرافق المحلية في فلسطين فهو مجلس الهيئة، وأما انشاء المرافق الفعلية فالقضاء الفلسطيني أخذ بها كما فعل القضاء الاردني، وذلك على عكس القضاء المصري الذي لم يأخذ بفكرة المرافق الفعلية .

* - أسند القانون الأساسي الفلسطيني سلطة الغاء المرافق العامة الوطنية الى المجلس الوزاري - خلافاً للنظم المقارنة - الاختصاص بإلغائها، مما يعني أن المرسوم هو اداة الغاء المرافق العامة والمؤسسات والهيئات العامة والسلطات وما في حكمها، وأما المرافق المحلية في فلسطين فمجلس الهيئة هو المختص بإلغائها .

* ان المرفق العام الذي يتم الغاؤه في فلسطين كما فعل المشرع الاردني والمصري، فان أمواله تضاف الى الجهة التي نص عليها القانون الصادر بإلغائه، وان المرافق العامة التي يتولى ادارتها مباشرة الأشخاص الإقليمية العامة، كالدولة أو أحد الاشخاص المحلية الاخرى ولا تتمتع بشخصية معنوية مستقلة، فان الاموال المخصصة لتلك المرافق تعتبر جزءاً لا يتجزأ من ميزانية هذه الاشخاص، ولا تتمتع بذاتيها خاصة أو كيان مستقل عنها، وأما بخصوص المرافق العامة التي تديرها أشخاص معنوية عامة، فان مصير أموالها يتم تحديده من خلال معرفة مصدر تلك الأموال، فاذا كانت الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الإقليمية الأخرى فيتم تحويلها لها، واذا كان مصدرها تبرعات الأفراد والهيئات الخاصة فان هذه الاموال تؤول الى أحد المرافق العامة التي تستهدف تحقيق نفس غرض المرفق الذي تم إلغاؤه أو غرض قريب منه احتراماً لإرادة المتبرعين .

*- بالرغم من نص القانون الأساسي الفلسطيني على موضوع الحق في الاضراب في المرافق العامة، الا أن قانون الخدمة المدنية لم يعالج موضوع الاضراب في نصوصه، ولكن صدر قرار بقانون لتطبيق المادة (67) من قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لعام 2000م على المرافق العامة.

*- ذهب المشرع الفلسطيني كما ذهب اليه المشرع المصري والاردني والذي قد غلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للموظف العام، اذ لم يضع حلاً للموظف الذي يتقدم باستقالته مرة أو أكثر ويتم رفضها من السلطة الادارية المختصة، فمن غير المنطق أن نجبره على الاستقالة من وظيفته وترك المجال للرئيس الاداري بأن يتعسف بعدم قبول الاستقالة، واجبار الموظف العام على ترك الوظيفة وبالتالي تعرضه للتأديب وضياع حقوقه الوظيفية .

*- تجد نظرية الموظف الفعلي تطبيقاً واسعاً في فلسطين بسبب الاحتلال الاسرائيلي سواء في ظل الظروف العادية أو الاستثنائية، بحيث تعتبر القرارات الصادرة عن الموظف الفعلي صحيحة وسليمة وتخضع بالإلغاء لمحكمة العدل العليا الفلسطينية، وذلك متبع أيضاً في الاردن، وعلى عكس ما يطبق في مصر بحيث تخضع نظرية الموظف الفعلي للقضاء الاداري فقط في الظروف الاستثنائية البحة .

* أخذ المشرع الفلسطيني بدعوى الالغاء من ضمن اختصاصات محكمة العدل العليا الفلسطينية، وأما التعويض فلا يكون الا عن طريق المحاكم العادية، كما أن التقاضي أما محكمة العدل العليا الفلسطينية على درجة واحدة، وذلك على عكس المشرع الاردني الذي أخذ بدعوى الالغاء والتعويض من ضمن اختصاصات محكمة العدل العليا الاردنية، كما أن التقاضي على درجتين .

*- يصعب تحديد التكليف القانوني للمرافق التي أضفى عليها المشرع الفلسطيني الشخصية المعنوية، فمنها من نص على اجراءات الوصاية الادارية كما هو الحال في قانون سلطة النقد، ومنها من جاءت الوصاية عليها عامة كما هو الحال بالنسبة لقانون المدن الصناعية، وقد أغفلت كثير من التشريعات المقارنة ذلك .

*- أخذ المشرع الفلسطيني بطريقة المؤسسات العامة حيث نص القانون الاساسي على اختصاص مجلس الوزراء بإنشائها وأسند للمجلس التشريعي تنظيمها بقانون، أما المشرع الاردني فنص الدستور الاردني على ان المشرع يصدر قانون يسمح بإنشائها، وأما المشرع المصري فنص الدستور المصري بصدور قانون من المشرع يسمح للسلطات العامة بإنشاء نوع أو جميع انواع المؤسسات العامة .

*- وضع القانون الأساسي الفلسطيني الاطار الدستوري لعقود الامتياز في فلسطين، ولكنه لم يشر الى ضرورة مصادقة المجلس التشريعي الفلسطيني كما هو الحال بالنسبة للدستور الاردني، وتضمن القانون الاساسي الفلسطيني - على خلاف الدستور الاردني - نصاً يتضمن تحديد القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الامتيازات عبر قانون يصدر عن المجلس التشريعي، وفي ضوء أحكام المادة (94) من القانون الاساسي الفلسطيني، وضعت السلطة الوطنية الفلسطينية اطاراً قانونياً ينظم القواعد والاجراءات المنظمة لمنح الامتيازات، والاحكام المنظمة لأحكامها، الا أن هذا الاطار ما زال قيد الدراسة (مشروع قانون) ولم يعرض على المجلس التشريعي .

*- الجهة المختصة بمنح الامتياز للمرافق المحلية في فلسطين هو مجلس الهيئة المحلية شريطة الا تزيد مدة الامتياز عن ثلاثة سنوات الا بموافقة وزير الحكم المحلي، وأما الجهة المختصة

بمنح الامتياز للمرافق العامة في الاردن هي مجلس الهيئة المحلية شريطة موافقة المجلس الوزاري على مدة وشروط العقد .

*- بالرغم من أخذ المشرع الفلسطيني بطريقة الاقتصاد المختلط في ادارة المرافق العامة، الا أنه لم ينظمها بشكل واضح، وذلك على عكس المشرع المقارن في كثير من الدول كمصر والاردن والكويت الذي أخذ بها ونظمها في تشريعاته بشكل واضح .

*- رفض القضاء الفلسطيني الأخذ بنظرية الظروف الطارئة بدون نص صريح، وبالرجوع لمجلة الأحكام العدلية وهي القانون المدني النافذ المفعول في فلسطين نجد أنه ليس فيها ما يمكن أن يستفاد منه بأن واضع القانون أخذ بنظرية الظروف الطارئة وأوجب تطبيقها، وبالرجوع الى القرارات الصادرة عن محكمة العدل العليا فلا يوجد ما يستدل منها على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية وهذا على خلاف القضاء المقارن الذي أخذ بنظرية الظروف الطارئة ونص عليها في تشريعاته .

*- لا يستطيع الافراد اجبار الادارة على انشاء المرافق العامة الاختيارية ؛ وذلك كونها سلطة تقديرية للسلطة الادارية، أما المرافق الاجبارية التي نص القانون على انشائها فيستطيع الأفراد اجبار الادارة على انشاءها، كونها مرافق مستمدة من طبيعة الدولة وهيبتها وسيادتها .

التوصيات :

بعد التوصل الى النتائج السابق بيانها، ومن خلال هذه الدراسة والوقوف على أهم البنود فيها،
فان الباحث يوصي بما يلي :

*- العمل على ضرورة تعديل بعض نصوص القانوني الأساسي الفلسطيني التي تعالج موضوع
انشاء والغاء المرافق العامة الوطنية ليصبح انشاء والغاء هذه المرافق العامة الوطنية بقانون أو
بناء على قانون، من أجل تمتع المجلس التشريعي بالرقابة السابقة واللاحقة على انشاء هذه
المرافق العامة .

*- ضرورة اضافة بعض النصوص في قانون الخدمة المدنية الفلسطيني، وذلك بإضافة
نصوص تنظم موضوع الاضراب للموظفين العموميين في المرافق العامة، وأيضاً اضافة
نصوص تعالج موضوع الموظف العام الذي يقدم استقالته أكثر من مرة ويتم رفضها .

*- اصدار قانون اداري خاص لمحكمة العدل العليا الفلسطينية ومستقل يبين اختصاصات
محكمة العدل العليا بالتحديد، وكذلك ضرورة أن ينص هذا القانون على أن يكون القضاء
الاداري هو قضاء شامل يتناول بالإضافة لإلغاء القرار الاداري التعويض عنه، وأن يكون
التقاضي الاداري على درجتين، وضرورة أن ينص على نظرية الظروف الطارئة في العقود
الادارية .

*- تعديل بعض القوانين كقانون المحامين النظاميين الفلسطينيين من حيث اضافة نص صريح
على اعتبار هذه الشخصية المعنوية المستقلة مرفق عام، واطافة نصوص في هذه القوانين
تحديد اجراءات الوصاية الادارية على هذه المرافق في فلسطين .

*- العمل على ضرورة تعديل بعض نصوص القانون الأساسي الفلسطيني بحيث يكون
الاختصاص بإنشاء وتنظيم المؤسسات العامة هو بقانون يصدر عن المجلس التشريعي .

* ضرورة اضافة نص في القانون الأساسي الفلسطيني يسمح بمصادقة المجلس التشريعي الفلسطيني على عقود الامتياز التي تبرمها السلطة العامة، وتزيد عن مدة محددة من الزمن ؛ وذلك لتعزيز دور المجلس التشريعي في الرقابة على السلطة التنفيذية في مجال ابرام عقود الامتياز.

*- اصدار قانون يعالج موضوع عقود الامتياز في فلسطين، أو عرض مشروع قانون الامتياز الفلسطيني على المجلس التشريعي الفلسطيني لإقراره .

*- ضرورة تعديل بعض نصوص قانون الهيئات المحلية الفلسطيني، وذلك بعرض عقود الامتياز التي يبرمها مجلس الهيئة المحلية والتي تزيد مدة العقد فيها عن ثلاث سنوات على المجلس الوزاري الفلسطيني بدلاً من وزير الحكم المحلي .

*- اضافة نص في قانون ديوان الرقابة المالية الادارية الفلسطيني بوجوب عرض عقود الامتياز التي تبرمها السلطات الادارية على ديوان الرقابة المالية والادارية الفلسطيني للموافقة عليها بحسب مدة أو قيمة التعاقد في عقود الامتياز اذا زاد المبلغ عن حد معين، وتفعيل دور الديوان في الرقابة على عقود الامتياز بشكل واسع .

*- العمل على ضرورة اصدار قانون من المجلس التشريعي يسمح بإنشاء شركات الاقتصاد المختلط وتنظيمها بشكل واضح ومثالي .

*- الاسراع في ضرورة انعقاد المجلس التشريعي الفلسطيني، ليمارس صلاحياته وفقاً للقانون، ولضرورة عرض مجموعة القرارات بقانون والتي صدرت عن الرئيس الفلسطيني بالسنوات الاخيرة .

*- خضوع الخصخصة للمرافق العامة في فلسطين للمجلس التشريعي للموافقة عليها ؛ وذلك لتفادي السلطة الادارية عيوب الخصخصة في النشاطات التي تزاولها هذه المرافق والتي تنطوي على أهمية بالغة الخطورة في اشباع حاجات عامة للمنتفعين من خدمات المرفق العام.

* استخدام خطة موحدة في جميع القطاعات الادارية بخصوص اختيار طرق ادارة المرافق العامة في فلسطين، وذلك بحسب أهمية النشاط الذي يزاوله المرفق العام المنوي انشاؤه .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً :- المصادر.

- القرآن الكريم.
- الدستور الأردني لعام 1952م .
- الدستور المصري لعام 1971م .
- الدستور الفرنسي لعام 1958م .
- قانون الهيئات المحلية الفلسطيني رقم "1" لعام 1997م .
- قانون الخدمة المدنية رقم "4" لعام 1998م والمعدل بالقانون رقم "4" لعام 2005م.
- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003م.
- القرار بقانون رقم "5" لعام 2008م بشأن تنظيم الإضراب في الخدمة المدنية .
- قانون المؤسسات العامة المصري رقم "32" لعام 1957م .
- قانون الهيئات العامة المصري رقم "60" لعام 1963م .
- قانون اتحاد المزارعين الأردنيين رقم "19" لعام 1974م .
- قانون المحامين النظاميين الفلسطيني رقم "3" لعام 1999م .
- قانون البلديات الاردني رقم "13" لعام 2011م .
- قانون ادارة القرى الاردني رقم "5" لعام 1954م .
- قانون الادارة المحلية المصري رقم "50" لعام 1981م .
- قانون العقوبات المصري رقم "2" لعام 1972م .
- نظام الخدمة المدنية الاردني رقم "14" لعام 2007م .
- نظام الخدمة المدنية الاردني رقم "30" لعام 2007م .
- قانون العمل الفلسطيني رقم "7" لعام 2000م .
- قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة المصري رقم "47" لعام 1978م .
- القانون المدني الاردني رقم "43" لعام 1976م .

- قانون محكمة العدل العليا الاردنية رقم "12" لعام 1992 م .
- قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطينية رقم "5" لعام 2001م وتعديلاته .
- قانون سلطة النقد الفلسطيني رقم "2" لعام 1997 م .
- قانون المدن والمناطق الصناعية الحرة الفلسطيني رقم "10" لعام 1998م والمعدل بقانون رقم "1" لعام 2004 م .
- المرسوم الاميري الكويتي رقم "12" لعام 1960م بشأن ادارة الفتوى والتشريع .
- قانون ديوان المحاسبة الكويتي رقم "30" لعام 1964 م .
- قانون ديوان الرقابة المالية والادارية الفلسطيني رقم "15" لعام 2004 م .
- قانون الاتصالات الفلسطيني رقم "3" لعام 1996 م .
- نظام الاتصالات السلكية واللاسلكية رقم "1" لعام 1996 م .
- قانون التعليم العالي الفلسطيني رقم "11" لعام 1998 م .
- قانون سلطة الطاقة الفلسطيني رقم "12" لعام 1995 م .
- قانون العمل الاردني رقم "8" لعام 1996 م .
- قرار بقانون رقم "13" لعام 2009م بشأن قانون الكهرباء العام الفلسطيني .
- قانون المياه الفلسطيني رقم "2" لعام 1996 م .
- قانون المياه الفلسطيني رقم "3" لعام 2002 م .

ثانيا : - المراجع.

- جمال الدين ، سامي : أصول القانون الإداري . ج 2 . بدون طبعة . الاسكندرية : دار المطبوعات الجامعية . 1996م.
- حافظ، محمود محمد : نظرية المرفق العام " دروس لطلبة دبلوم القانون العام " . بدون طبعة . القاهرة : بدون دار نشر . 1963-1964 م .
- حسين، محمد بكر : الوسيط في القانون الاداري . ط 1 . الاسكندرية : دار الفكر الجامعي . 2007 م .

- حلمي ، محمود : موجز مبادئ القانون الإداري . ط1 . القاهرة : دار الفكر العربي. 1977 م.
- حلمي ، محمود : موجز مبادئ القانون الإداري . ط2 . القاهرة : دار الثقافة للطباعة والنشر. 1984 م.
- الحلو ، ماجد راغب : القانون الإداري . ط1 . الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية. 1996 م.
- الخلايلة، محمد علي : القانون الاداري . ج1. ط1. عمان : اثراء للنشر والتوزيع . 2010 م.
- خليل، محسن : تتمة مبادئ القانون الاداري اللبناني . بدون طبعة . بيروت : مكتبة كبريه اخوان . 1975 م .
- الذنيبات ، محمد جمال مطلق : الوجيز في القانون الإداري . ط1 . عمان : الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع . 2003 م .
- رسلان، أنور أحمد : القانون الاداري السعودي تنظيم الادارة العامة ونشاطها " دراسة مقارنة " . بدون طبعة . بدون مدينة : معهد الادارة العامة للبحوث . 1408 هـ .
- شطناوي، علي خطار : الوجيز في القانون الاداري . ط1 . عمان : دار وائل للنشر والتوزيع . 2003 م.
- شطناوي، علي خطار : مبادئ القانون الاداري الاردني . ج2 . بدون طبعة . عمان : مطبعة الجامعة الاردنية . 1996 م.
- شحاح، ابراهيم عبد العزيز : أصول القانون الاداري اللبناني . بدون طبعة . بيروت : الدار الجامعية للطباعة والنشر . 1981 م .
- الطماوي ، سليمان : مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة . ط6 . القاهرة : دار الفكر العربي . 2007 م.
- الطهراوي ، هاني علي : القانون الإداري . ج1 . ط1 . عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع . 1998 م.

- الظاهر، خالد خليل : القانون الاداري " دراسة مقارنة " . ج2 . ط1. عمان : دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة . 1997م.
- عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القانون الإداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر . ط1 . الاسكندرية : منشأة المعارف . 1991م.
- عمرو ، عدنان : مبادئ القانون الإداري . ط3 . القدس : المطبعة الحديثة . 2008م.
- الفياض، ابراهيم طه : القانون الاداري . ط1 . حولي . مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع . 2008م .
- القيسي، اعاد حمود : الوجيز في القانون الاداري . ط1 . عمان : دار وائل للنشر والتوزيع . 1998م .
- فهمي، مصطفى أبو زيد : القانون الاداري . بدون طبعة . الاسكندرية : الدار الجامعية . 1992م .
- كنعان ، نواف : القانون الإداري . ج1. ط1. عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع . 2008م .
- كنعان، نواف : القانون الاداري . ج2. ط1. عمان : دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع . 2007م .
- مهنا، محمد فؤاد : مبادئ وأحكام القانون الاداري في ظل الاتجاهات الحديثة " دراسة مقارنة " . ج1. بدون طبعة . الاسكندرية : دار المعارف . 1978م .

ثالثاً :- التقارير.

- برغوثي، معين : عقود الامتياز (حالة شركة الاتصالات الفلسطينية) . سلسلة تقارير قانونية رقم "35" . رام الله : الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن . 2004م . www.ichr.ps .
- عبد العاطي، صلاح : الحكم المحلي والهيئات المحلية في فلسطين . عدد (1315) . 2005م . www.ahewar.org .

- عبدالله، سمير : دراسة نقدية لمشروع قانون الامتياز الفلسطيني . رام الله : معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس) . 2005م . ص 10 11 . www.wafainfo

رابعاً :- المواقع الالكترونية .

- موقع رايا . www.raya.ps
- موقع المقتفي . www.muqtafi.birzeit.edu
- موقع شاشة . www.shasha.ps

Al-Najah National University

Faculty of Graduate Studies

Regulations of Public Facilities

" A Comparative Study "

By

Aktham wajih abdelrahman sulaiman

Supervised

Dr. Mohammad shoraqa

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Public Law of Graduate Studies, An-Najah
National University, Nablus, Palestine .**

2014

Regulations of Public Facilities
" A Comparative Study "
By
Aktham wajih abdelrahman sulaiman
Supervised by
Dr. Mohammad shoraqa

Abstract

This study which entitled "Regulations of Public Facilities" A Comparative Study", where the researcher at the beginning threw light on the public utility and the principles that govern it under the comparative administrative law, then he tried to focus on the general context of the public utility and the principles govern it, from which this organization derives its roots. The researcher dealt with this context of public utilities by dividing it into the meaning of public utility which was represented in illustrating the concept and the elements of public utility. Then the researcher dealt with distinguishing public utilities from special projects of public interest that was represented in the presence of an explicit provision in the law, as well as the objective criteria, the personal criterion and showed the most memorable and effective of these criteria. Then the researcher discussed the construction of public utility in terms of range of management authority in this construction, and the position of the legislation of some Arab countries. Then the researcher discussed the cancellation of public utility explaining the authority specialized in this cancellation in the legislation of some Arab countries of comparison, the researcher demonstrated the implications of this cancellation specifying its features away from ambiguity in the selection.

Through the second section, the researcher talked about the principles that govern the operation of public utilities , and showed these principles that regulate and govern the operation of public utilities in Palestine , compared with the legislation of some Arab countries . The researcher talked about the principle of regular public utilities and clarified the content of this principle, explaining the consequences of its introduction.

He then also discussed the principle of utilities portability to change in terms of defining the meaning of this principle, and clarifying the effect of the change in public utilities on the staff at the utility , the beneficiaries and contractors with the facility, as well as the identification of constraints which are contained on this principle. He then discussed the principle of equality among beneficiaries of public utility services, by determining its content, explaining the manifestations of this equality, the consequences of its introduction and the penalty of breach.

In the second chapter of the study, the researcher dealt with the most important ways in the management of public utilities in Palestine, compared with the legislation of some Arab countries, the construction of public utilities lead to emergence of these methods to manage it. The researcher addressed these methods in two parts which are the direct methods in the management of public utilities represented in: the method of direct management in terms of defining its content, and utilities that are managed , and he clarified the consequences of taking this way , as the researcher discussed the method of public organization in terms of

determining what is meant by this method and its corners, and clarifying the mechanisms of managing , constructing and cancelling it.

The study also dealt with the subject of indirect methods in the management of public utilities , and identified the judicial situation and the Palestinian and legislation applied compared with the judicial situation and legislation of some Arab countries, and he showed the concession method in terms of clarifying the content, and determining the legal nature of the concession contract and clarifying the legal system of this contract and its impacts, as well as the evaluation of this method , explaining its advantages and disadvantages . Then the researcher dealt with the indirect exploitation method , explaining the meaning , and distinguishing this method from direct management method and concession method, and evaluating this method , explaining its advantages and disadvantages . Then the researcher discussed the method of mixed economy , explaining its advantages and disadvantages . This study finally reached a number of findings and recommendations on the legal and practical level in Palestine.

