



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجيلاي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

مبدأ استمرارية المرفق العام في القانون الجزائري - دراسة مقارنة -

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون إداري

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور: بن جيلالي عبد الرحمن

من إعداد الطالبتين :

- بن زعباط حورية

- لوط عائشة

لجنة المناقشة:

1) الأستاذ: د/سعوداوي صديق.....رئيسا.

2) الأستاذ: د/بن جيلالي عبد الرحمن.....مشرفا و مقورا.

3) الأستاذة: د/ قمار خديجة.....مناقشا.

تاريخ المناقشة: 2019/06/29

السنة الجامعية: 2019/2018

شكر وتقدير

من شكر الله على نعمه زاده الله من فضله و من توكل على الله فهو كافيه وحسبه..

لذا نحمد الله عز وجل ونشكره الذي سدد خطانا وأنار لنا درب العلم..فالحمد و الشكر لله..

كما نتوجه بجزيل الشكر، التقدير والامنتان لوالدينا الكريمين اللذان تعبنا من أجلنا وكللانا

بشرف الدعاء...حفظهم الله ورعاهم ..

أيضا نتقدم بالشكر الخاص إلى الأستاذ الدكتور المشرف "بن جيلالي عبد الرحمن" الذي

كان لنا عوناً و لم يبخل علينا بتوجيهاته و نصائحه طول مدة إنجازنا لهذا العمل ..

و في الأخير إلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد في انجاز هذا العمل ..لكم منا خالص

عبارات الشكر و التقدير ..

لقد ظهرت الدولة في بدايتها كشخص يتمتع دون سواه بامتيازات السلطة العامة ، قادر بمفرده على رعاية و تنفيذ و تحقيق متطلبات الجمهور من خلال إنشاء مرافق عامة تعود منافعه عليه ، إلا أنها لعبت دورا رئيسيا فقط في تحقيق الأمن الداخلي و الخارجي و إقامة العدل بين الناس دون أن يحق لها التدخل في باقي الشؤون ، و هذا ما عرف بمفهوم الدولة الحارسة ، و الحقيقة أيا كانت وظائف الدولة و مهامها فإن نشاطها يظل مرهون بخدمة الجمهور ، و إلا لماذا عمدت السلطة العامة إلى تزويد الإدارة بالجانب البشري و الجانب المادي و إحاطتها بنسيج من النصوص القانونية بما يساعدها على القيام بمهمتها ، و يتخذ النشاط الإداري مظهرين أو صورتين هما صورة الضبط الإداري ، و هو مجموعة من الإجراءات و الأوامر و القرارات التي تتخذها السلطة المختصة للمحافظة على النظام العام بمدلولاته الثلاثة (الأمن و الصحة و السكينة)، و صورة المرفق العام .

فإذن تدخل الدولة للقيام بأداء الخدمة العامة غالبا ما يتجسد في صورة المرفق العام ، الذي أصبح بمثابة الوظيفة الأساسية لها ، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف الدولة على أنها مجموعة من المرافق العامة ، وهو يعد المظهر الايجابي لنشاط الإدارة ، تتولاه بنفسها أو بالاشتراك مع الأفراد ، تسعى من خلاله إلى إشباع الحاجات العامة ، و تعد المرافق العامة من أهم الموضوعات و المفاهيم الأساسية في القانون الإداري ، و ترد إليه معظم النظريات و المبادئ التي ابتدعها القضاء الإداري كالعقود الإدارية و الأموال العامة و الوظيفة العمومية .

و منه فإن كافة المرافق العامة سواء كانت تتمتع بالشخصية المعنوية أو لا ، استقر الرأي الفقهي على إخضاعها لعدد من القواعد الأساسية التي تملئها الاعتبارات العملية و العدالة الاجتماعية ، و نظرا لاختلاف طبيعة نشاطها و بالتالي اختلاف طرق إدارتها أصبح من الصعب سن قانون واحد يحكم المرافق جميعا ، غير ذلك لم يمنع من أن تطبق

عليها مبادئ أساسية اتفق الفقه و القضاء بشأنها و المسماة Lois de Rolland¹ باسم الفقيه رولاند الذي صاغها ، و هي مبدأ الاستمرارية ، مبدأ المساواة ، و مبدأ القابلية للتغيير .

وإن كانت هذه المبادئ في أصل نشأتها هي مبادئ سياسية تتعلق بمفهوم الحرية ، لها ارتباط وثيق بالقانون ظهرت شعاراتها إبان الثورة الفرنسية مما جعل القضاء الفرنسي و مجلس الدولة الفرنسي يعتمد عليها في صياغة مبادئ القانون الإداري و كذا المبادئ التي تحكم سير المرفق العام .

فمن أهم هذه المبادئ مبدأ استمرارية سير المرفق العام بانتظام و اطراد الذي يعد من المبادئ الضابطة لسير المرفق العام ، و يعتبر من صنع مجلس الدولة الفرنسي ، و كان للفقيه رولان سبق الأول في استخلاصه من أحكام مجلس الدولة الفرنسي .

فأساس مبدأ الاستمرارية يكمن في تمكين المرفق العام من إشباع الحاجات العامة للمواطنين دون انقطاع ، و على السلطات الإدارية تأمين تشغيل المرافق العامة بصورة منتظمة ، فيعتبر مبدأ جوهرى تمليه طبيعة و فكرة المرفق العام ، لأداء خدمات ضرورية للمواطنين و لإشباع حاجاتهم الأساسية ، فهي تعبر عن أنشطة ضرورية لسير الحياة الوطنية و الاجتماعية ، و من ثم فطبيعتها الأساسية تقتضي تأمين سيرها بانتظام و دوام دون أي انقطاع ، فلنتصور كيف تكون حياة الناس لو انقطع أو توقف أو أعيق سير مرفق الشرطة أو الأمن العام ، كيف يأمن الناس على أرواحهم و أموالهم و أسرهم ، كيف مثلا كذلك تصير حياة الأفراد لو توقف أو انقطع سير مرفق تزويد المياه أو الكهرباء ، لا شك أنه إذا حدث ذلك لأصيبت حياة الناس بالشلل و أصيب كذلك الاقتصاد الوطني في الصميم.

¹- أحمد لكحل ، دور الموظف العمومي في تسيير و حماية المرافق العامة ، الملتقى الدولي الأول الموسوم بالمرفق العمومي في الجزائر و رهاناته كأداة خدمة المواطن - دراسة قانونية و علمية-جامعة الجبالي بونعامة خميس مليانة ،يومي 22 و 23 أبريل 2015 ، ص

و من ثم وجب على الدولة أن تعمل على ضمان سير المرافق العامة بانتظام و اطراد حفاظا على النظام العام و استجابة لخدمة مصالح الأفراد و إشباع حاجاتهم الضرورية دون انقطاع أو تعطيل ، لان الانقطاع أو التعطيل يؤدي إلى أضرار تمس الجماعة و الفرد و قد تؤدي إلى اضطرابات في سياسة الدولة و تنظيمها و اقتصادها و خير دليل عن ذلك لما تعجز الدولة عن طريق مرافقها في تلبية حاجيات المجتمع العامة و توفير الصحة و السكنية العامة غالبا ما يختل نظام المجتمع و تسوده الفوضى ، و لهذا أضحي مبدأ سير المرافق العامة بانتظام و اطراد من القواعد الهامة التي تتخذ أساسا للكثير من نظريات و قواعد القانون الإداري في العديد في المجالات التطبيقية .

و تكمن أهمية هذه الدراسة من الناحية العملية و العلمية معا ، فتنتمثل من الناحية العملية في التعرف أكثر على كل ما يتعلق بموضوع استمرارية المرفق العام باعتباره من المبادئ الأساسية الجوهرية في النظام القانوني لكل المرافق العامة أيا كان نوعها أو نشاطها هذا من جهة ، و من جهة أخرى باعتبار أن معيار المنفعة أو المصلحة العامة يعد المعيار القانوني الأساسي المعتمد في استمرارية المرافق العامة، والهدف الأساسي لتدخل الدولة في النشاط الإداري .

أما من الناحية العلمية فتكمن أهمية البحث في تسليط الضوء على مدى نجاعة و كفاءة الضمانات المقررة في ديمومة سير المرفق العام بانتظام اطراد على أرض الواقع .

و على أساس هذه الأهمية فإن الدافع الأساسي لاختيارنا لهذا الموضوع يتمثل في دافع ذاتي وآخر موضوعي.

- الدافع الذاتي يظهر فيما لمسناه من أهمية المرافق العامة في حياة الأفراد و التي تعد عماد الحياة أي مجتمع بتوفيرها احتياجاتنا اليومية إضافة إلى أهم المسائل التي تفرزها فكرة المرفق العام و الماسة بحياة الفرد بالدرجة الأولى.

-أما الدافع الموضوعي فيتمثل في ندرة الدراسات و البحوث المتعلقة بهذا الموضوع خاصة في القضاء و الفقه الجزائري رغم الأهمية البالغة التي يكتسيها، حيث لم يحظ بما حظي به

في فرنسا و مصر لذا قمنا بتسليط الضوء على دراسة هذا الموضوع في القانون الجزائري مقارنة مع التشريعات الأخرى ،إضافة إلى كون أن المرفق العام وسيلة ومظهر من مظاهر الوظيفة الإدارية في الدولة، قيمة علمية وعملية ، نظرية وفنية حيوية وفعالة في علم القانون الإداري وعلم الإدارة كحافز لدراسة أهم المبادئ الضابطة لسيره و المتمثلة في مبدأ استمرارية .

و من خلال ما تقدم و سبق ذكره نطرح الإشكالية التالية:

هل الضمانات التي أقرها التشريع و القضاء كفيلة بضمان ديمومة استمرارية المرفق العام بانتظام و اطراد ؟

أما فيما يخص الصعوبات التي واجهتنا هي نقص المراجع المتعلقة بتطبيقات هذا الموضوع في التشريع و القضاء الجزائري ونقص تناوله من طرف الفقه الجزائري مقارنة مع التشريع و القضاء و الفقه الفرنسي و المصري الذين تناولوا تطبيقات هذا المبدأ بكثرة.

و تأسيسا على ما تقدم، و بهدف الوصول إلى عناصر وافية للإجابة على الإشكالية المطروحة اعتمدنا **المنهج التحليلي المقارن** لدراسة مختلف النصوص التي تناولت هذا الموضوع سواء في التشريع أو القضاء الجزائري ،و هذا للبحث على جذور هذا المبدأ في كل من دساتير الجزائر و القانون المدني و القوانين العامة الأخرى، بالإضافة إلى المنهج المقارن بصفة خاصة حيث قارنا بما تطرقنا إليه في التشريعات الجزائرية مع أقرها في مصر، المغرب و فرنسا ،حيث قسمنا دراستنا إلى فصلين:

تناولنا في الفصل الأول الضمانات التشريعية لدوام سير المرفق العام بانتظام و اطراد و الذي قسمناه إلى ثلاثة مباحث، حيث تطرقنا في المبحث الأول إلى تنظيم حق الإضراب أما المبحث الثاني تنظيم حق الاستقالة، فحين المبحث الثالث تناولنا حماية المال العام.

أمّا الفصل الثاني فتناولنا فيه الضمانات القضائية لدوام سير المرفق العام و الذي قسمناه بدوره إلى ثلاثة مباحث ، حيث تطرقنا إلى نظرية الظروف الطارئة في المبحث الأول ، و نظرية الموظف الفعلي في المبحث الثاني أمّا المبحث الثالث فتناولنا فيه الآثار المترتبة عن تطبيق النظريتين .

تمهيد

المرفق العام من الناحية الشكلية أو العضوية هو عبارة عن هيئة أو منظمة أو جهاز تتولى الإدارة إدارته، أما من الناحية المادية أو الموضوعية، فهو عبارة عن نشاط يهدف إلى إشباع الحاجات العامة للمجتمع بقصد تحقيق الصالح العام.

فالحاجات الجماعية التي تنشأ المرافق العامة من أجل إشباعها لا تعتبر كافية و لا يعتبر المرفق العام قد أدى رسالته التي أنشئ من أجلها إلا إذا تم بصفة دائمة و منتظمة أي لا يتعرض لفترات وقتية ، و إن تنظيم هذا النشاط يستدعي وجود مجموعة بشرية تستعين بوسائل قانونية و مادية و فنية من أجل تحقيق هدف معين ، يستخدم في سبيل تحقيق هذا الهدف وسائل قانونية أهمها القرارات و العقود الإدارية و وسائل مادية من أموال و عقارات و منقولات .

و لكي يكتسي نشاط الدولة وصف المرفق العام يجب أن يستهدف تحقيق المنفعة العامة ، مما يستدعي أن تفرض الدولة سيطرتها على هذا النشاط ، فأى انقطاع أو تعطيل في سير هذه المرافق ، ينجم عنه ضرر بالغ بالمصلحة العامة و بحقوق الأفراد و حدوث اضطراب ولو كان هذا العطل لفترة قصيرة .

لهذا أجمع الفقهاء على أن استمرارية المرفق العام تعتبر أحد المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة ، ويقضي هذا توفر جملة من الضمانات التي تعمل على تحقيقه وتجسيده في الواقع تلبية لحاجيات الأفراد ، من بين هذه الضمانات نجد الضمانات التي وضعها المشرع "الضمانات التشريعية" .

و من خلال دراستنا هذه سوف نحاول التعرف على هذه الضمانات التشريعية و ذلك من خلال تقسيم الفصل إلى ثلاثة مباحث و ذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : تنظيم حق الإضراب .

المبحث الثاني : تنظيم حق الاستقالة .

المبحث الثالث : حماية المال العام .

المبحث الأول تنظيم حق الإضراب.

يقصد بالإضراب عموما توقف أو امتناع الموظفين أو العمال عن القيام بوظائفهم و أعمالهم لمدة معينة دون تركهم لوظائفهم بصفة نهائية، وقد حظي الإضراب باهتمام كبير في تشريعات دول العالم من خلال ما تضمنته القوانين الوضعية لأغلبية الدول.

ولكن الإضراب باختلاف صورته و أشكاله أمر خطير يؤثر سلبا على سيرورة المرفق العام كونه المتسبب الرئيسي في شلته و عدم تحقيقه للمنفعة العامة و كذا عدم تقديم الخدمات العامة للأفراد وبعد أن كان الإضراب جرما يعاقب عليه القانون إلا أنه تطور و أصبح أكثر حماية من القانون إذ أصبح يستعمل من اجل الدفاع على المصالح المهنية كونه عنصر من عناصر الحريات العامة الأساسية و التي توصلت إليه الكثير من دساتير العالم و نظرا لأهمية هذا الجانبو للمزيد من التفصيل تناولنا في هذا المبحث مطلبين أساسيين حيث يتعلق المطلب الأول بتكريس حق الإضراب في التشريع الجزائري وفي التشريع المقارن (دول مصر، فرنسا والمغرب) أما المطلب الثاني سنتطرق إلى شروط ممارسة حق الإضراب والقيود الواردة عليها.

المطلب الأول: تكريس حق الإضراب

يعد الإضراب حقا من الحقوق الأساسية التي يحميها القانون للموظف العام كونه يهدف لتحقيق مطالبه المهنية من خلال الضغط الذي يمارسه على الإدارة و نظرا لأهميته تم الاعتراف به من خلال العديد من الدول لممارسته في إطاره القانوني وهو ما سنعرضه من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : تكريس حق الإضراب في التشريع الجزائري .

الفرع الثاني : تكريس حق الإضراب في التشريع المقارن .

إن المؤسس الدستوري قد اعترف بحق الإضراب في النص الدستوري الجزائري الصادر بتاريخ 1963/09/10 بموجب المادة 20 التي نصت على مايلي: "الحق النقابي و حق الإضراب ومشاركة العمال في تسيير المؤسسات معترف بها جميعا وتمارس هذه الحقوق في نطاق القانون " يستخلص من نص المادة أن المؤسس الدستوري قد اعترف بحق الإضراب دون التمييز بين القطاع العام والقطاع الخاص ،لكن بما أن الجزائر كانت وإلى وقت قريب تتخذ الاشتراكية أسلوبا و منهجا وكان الموظفون و العمال الدعامة الأساسية التي تركز عليها الدولة في تحقيق المساعي و الأهداف الكبرى الاشتراكية ، فعملت على توفير كافة الوسائل والمعدات من اجل تهيئة ظروف العمل عبر جميع القطاعات ،ومن اجل تحقيق هذه الأهداف حرص المشرع الجزائري على تحريم الإضراب في القطاع العام وهو في الأساس تحقيق لمبدأ استمرارية المرافق العامة بانتظام واطراد لأن قيام الموظفين أو عمال القطاع العام بهجر عملهم قصد تحقيق مطالبهم يتنافى ومبدأ سيرورة واستمرارية المرفق العام .

إلا أن هذا التحريم لم يرد النص عليه صراحة بل ضمنا حيث لم يشر إليه الأمر رقم 133/66¹ ، وكذلك الأمر رقم 71-74² الذي تم الاكتفاء فيه بالإعلان عن مجموعة من الحقوق كالحق في الأجر وحق المشاركة في التسيير والحق في الأرباح والتكوين والراحة دون الإشارة لحق الإضراب³.

ولقد حرص الدستور الجزائري الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1976 الذي خطى خطوة أكثر تقدما في مجال الإضراب على منع الإضراب في القطاع العام واقتصر ممارسة حق الإضراب فقط على القطاع الخاص ، حيث نصت المادة 61 في الفقرة الثانية منه والتي تقضي على أنه "تخضع علاقات العمل في القطاع الاشتراكي لأحكام القوانين والتنظيمات المتعلقة بالأساليب الاشتراكية للتسيير. وفي القطاع الخاص حق الإضراب معترف به وينظم

¹- الأمر رقم 133/66 ، المؤرخ في 02 جوان 1966 ، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 46 ، الصادرة بتاريخ 08 جوان 1966 ، ص 542 .

²- الأمر رقم 74/71 المؤرخ في 16 نوفمبر 1971 ، المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 101، الصادرة بتاريخ 13 ديسمبر 1971.

³عمار بوضياف ،الوجيز في القانون الإداري ، دار ربحانة ، الجزائر ، 1996 ، ص170 .

القانون ممارسته "يتبين من نص المادة أن الإضراب حق غير معترف به لعمال المرافق العامة وهذا لإشباع الحاجات العامة للمنتفعين من المرافق الحيوية للدولة .

ثم جاء دستور 23 فيفري 1989¹ في ظل الإصلاحات السياسية والاقتصادية و التعددية الحزبية وقد اعترف صراحة بحق ممارسة الإضراب في المرافق العامة و لكن في إطار قانوني ،حيث نصت المادة 54 منه على أن "الحق في الإضراب معترف به و يمارس في إطار القانون .يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق ،أو يجعل حدودا لممارسته في ميادين الدفاع الوطني و الأمن ، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع "وهو نفس مضمون المادة 57 من التعديل الدستوري لسنة 1996 المؤرخ في 28 نوفمبر 1996 وكذلك نفس محتوى المادة 71 من التعديل الدستوري لسنة 2016 كما اعترف أيضا للمتعاقد بهذا الحق .

لم يضع أي من هذه الدساتير نصوصا توضيحية لكيفية ممارسة هذا الحق فجاء أول قانون أقره المجلس الشعبي الوطني رقم 90-02² حيث تضمن هذا القانون كيفية ممارسة حق الإضراب ، كما جاء بشروط و ضوابط بهدف حماية المصلحة الخاصة للموظف المضرب مع ما يتماشى و النظام الجديد الذي تصبو إليه السياسة العامة للدولة وذلك حرصا منه على استمرارية بعض الأنشطة في المرافق العامة ذات الحركية في المجتمع بتوفير حد أدنى من الخدمة حسب طبيعة و نشاط كل مرفق من جهة و عدم حرمان الموظف من المطالبة بحقه من جهة أخرى .

وأخيرا صدر الأمر 06-03³ حيث اعترف للموظف بممارسة حق الإضراب بموجب المادة 36 التي نصت على أنه "يمارس الموظف حق الإضراب في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما" وعليه فإن المشرع الجزائري قد اعترف صراحة للموظف و المتعاقد بممارسة حق الإضراب باعتباره وسيلة لمطالبة الهيئة المستخدمة بتحقيق مطالبه المهنية

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 28 فيفري 1989 المتضمن دستور 23 فيفري 89 للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر في 01 مارس 1989، الجريدة الرسمية، عدد 09 المؤرخة في 01 مارس 1989، ص 234

² - قانون رقم 90-02 المؤرخ في 06 فيفري 1990، والمتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها وممارسة حق الإضراب المعدل و المتمم بالقانون رقم 91-27 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 06، المؤرخة في 07 فيفري 1990 ، ص 231

³ - الأمر رقم 06/03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 46 ، الصادرة بتاريخ 16 يوليو 2006 ، ص 3.

حرصا على إحاطته بالحماية القانونية، إذن فالإضراب يعتبر حقا دستوريا مكفولا للموظف و المتعاقد على حد سواء و بالتالي لا يمكن المساس به لكن مع الحفاظ على ديمومة المرفق العام و استمراريته تحقيقا للمصلحة العامة .

الفرع الثاني : تكريس حق الإضراب في التشريع المقارن

لقد اختلفت العديد من الدول باختلاف دساتيرها حول الاعتراف التشريعي بحق الإضراب سواء كان اعترافا ضمنا أو صريحا، إلا أن بعض من هذه الدول لجأت إلى تقييده بقيود و ضوابط مشددة حماية لمبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد، وعليه سنتطرق لتكريس الحق في الإضراب في كل من مصر ، فرنسا و المغرب.

أولا- في التشريع المصري.

اعتبر المشرع المصري إضراب موظفي وعمال المرافق العامة جريمة جزائية لها عقوبة مشددة ، بجانب توقيع العقوبات التأديبية الصارمة على الموظفين المضربين كما اعتبره المشرع الإضراب عملا محرما و جريمة تستحق العقاب الجزائي، وذلك منذ 1923 بإصدار قانون رقم 37 لسنة 1937 يتضمن تجريم إضراب موظفي وعمال المرافق العامة وأضيفت نصوص هذا القانون إلى قانون العقوبات العام.

وكان اتجاه المشرع المصري هو تعديل نصوص القانون نحو تشديد العقاب الجزائي على الإضراب، وبجانب العقاب الجزائي أو الجنائي هناك العقاب التأديبي الذي قد يصل إلى فصل الموظفين أو العمال المضربين في المرفق العام من وظائفهم بواسطة مجالس التأديب أو المحكمة التأديبية¹.

كما لم يقر المشرع المصري حق الإضراب نتيجة ما عرفته مصر خلال السنوات الماضية من ثورة عمالية واجتماعية كثورة 1919 والتي كانت نتيجة إباحة حق الإضراب في التشريع الجنائي المصري و لذلك تم تجريمه في ظل قانون رقم 37 لسنة 1923 المذكور آنفا لضمان السير الحسن للمرفق العام وبسبب عدم كفاية العقوبات التأديبية في مقاومة ممارسة هذا الحق ،حيث تم وضع عقوبات جنائية لمعاقبة الموظف المضرب.

¹ أحمد رسلان ، الوظيفة العامة ، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح ، مصر ، 2000 ، ص 291.

وظل الحال كذلك إلى غاية مرحلة إباحة الإضراب طبقا للاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية لسنة 1966 و التي وقعت عليها مصر في 1967/08/04 ولم تصادق عليها إلى حين صدور القرار الجمهوري رقم 537 لعام 1981 بالموافقة وأصبحت نافذة بتاريخ 1982/04/14 لتصبح لها قوة القانون العادي بموجب نص المادة 151 من الدستور المصري ،لم يعد يشكل جريمة جنائية طبقا للمادة 60 من قانون العقوبات المصري كل فعل ارتكب بنية سليمة ، كما أقر الدستور المصري الصادر سنة 2012 حق الإضراب في المادة 6/64 التي نصت على أن "الإضراب السلمي حق و ينظمه القانون"¹ ولقد ثار جدل فقهي حول مدى الاعتراف بحق الإضراب قبل صدور دستور 2012 بين رأي مؤيد و رأي رافض له نظرا لتأثيره الكبير على سير المرفق العام بسبب توقف نشاطه مما يتسبب في عدم تحقيق المصلحة العامة والتوقف عن تقديم الخدمات الضرورية للأفراد.

أ- **الرأي الرافض:** يرى أصحاب هذا الرأي أن حق الإضراب مزال مجرما ولا أثر لانضمام مصر إلى الاتفاقية الدولية وبرر موقفه من منطلق المعاهدة كونها لا تعدو أن تكون وعدا مبذولا من طرف الدولة المصرية ويرجع توقيعها إلى كون الدولة شخصا من أشخاص القانون الدولي العام لتنسيق الأعمال بين الدول في الحقوق و الحريات .

ب- **الرأي المؤيد:** يرى أصحاب هذا الرأي أن حق الإضراب وفق الاتفاقية أصبح غير مجرم بالنسبة للموظفين و المستخدمين العموميين بالاستناد إلى المواد 02 و 04 وغيرها من الاتفاقية الدولية بحيث لم تحصر فقط في ضمان الحقوق والحريات كما جاء في الرأي الرافض بل تعدت إلى الحقوق الاقتصادية والاجتماعية و السياسية التي تشكل الحد الأدنى مما يتمتع به الفرد² .

ثانيا- في التشريع الفرنسي

فبالرجوع إلى النصوص القانونية الفرنسية نجد أنها خلت من أي نص يتعلق بمنع أو تحريم الإضراب حيث كان للحرب العالمية الثانية تأثير على التشريع الفرنسي في

¹-حمدي عطية مصطفى عامر، أحكام الموظف العام في النظام القانوني و الوضعي و الإسلامي، دراسة مقارنة، ط1، مكتب الوفاء القانونية للنشر ، مصر ، 2015، ص 300.

²-تامر محمد صالح ، الإضراب بين المشروعية والتحریم ،دراسة مقارنة، ط1، مكتبة زين الحقوق والأدبية ، لبنان ، 2016، ص42.

تنظيم الحريات السياسية و الاقتصادية والاجتماعية مع مطالبة المجتمع الفرنسي بمزيد من هذه الحريات لذا جاء دستور 01 أبريل 1946 متضمنا العديد من المبادئ الجوهرية الواردة في إعلان حقوق الإنسان و المواطن ، خاصة حق الإضراب الذي اعترف به المشرع الدستوري الفرنسي اعترافا صريحا مضيفا إلى صلب الوثيقة الدستورية صفة الحق و عدم استثناء أي طائفة من التمتع بهذا الحق وفقا للتنظيم القانوني المعمول به، ولكن بعد عرضه على الاستفتاء الشعبي في 05 ماي 1946 رفض هذا الدستور، مصدرا بعدها قانون رقم 46 في 19 أكتوبر 1946 والمتعلق بالنظام العام للموظفين متضمنا الحق النقابي دون النص على الحق في الإضراب.

إن الرفض الشعبي للدستور الأول دفع بالمشرع الفرنسي إلى وضع هذه الحقوق والحريات في ديباجة الدستور الجديد، وتم إعادة صياغة حق الإضراب الوارد في الفقرة الخامسة من مقدمة مشروع الدستور، والتي نصت على أن "حق الإضراب يمارس في نطاق القوانين التي تنظمه" وبالتالي لم يعد الإضراب عملا غير مشروع كما كان في السابق بل أصبح بصور هذا الدستور من الحقوق المعترف بها للعمال .

ثالثا- في التشريع المغربي

الدستور المغربي يعترف صراحة بحق الإضراب، مؤكدا أن حق الإضراب مضمون كما يضمن الدستور المغربي الحق النقابي إذ ينص الفصل التاسع منه على حرية تأسيس الجمعيات وحرية الانخراط في أي منظمة نقابية وسياسية. ويعتبر الإضراب من الوسائل التي تلجأ إليها النقابات قصد الاستجابة لمطالبها إلا أن مسألة الإضراب تثير جدلا كبيرا لوجود عدة نصوص قانونية وغياب قانون تنظيمي للإضراب من جهة و ممارسة هذا الحق من طرف الموظفين من جهة أخرى و هذا يفرض معالجة حق الإضراب من خلال النص القانوني و الممارسة من جهة و موقف الاجتهاد القضائي من حق الإضراب من جهة ثانية¹

-حق الإضراب بين النص القانوني و الممارسة: هناك الكثير من الجدل حول مسألة حق الإضراب منذ الستينات إلى الآن وهذا بسبب وجود نصوص قانونية متناقضة في

¹-ظهير شريف ، النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية ،المغرب،1958 ص273.

الموضوع وإصدار المجلس الأعلى أحكاما مرتبطة بممارسة حق الإضراب والذي يرتبط ارتباطا مباشرا بسير المرفق العام .

ويرجع أصل الجدل حول حق الإضراب في الوظيفة العمومية إلى نص الفصل الخامس من مرسوم 05 فبراير 1958 المتعلق بمباشرة الموظفين للحق في الإضراب أو عزلهم من جهة ثانية بمناسبة الإضراب في العمل فقد حرص الموظفون بالمغرب على ممارسة حق الإضراب في عدة مناسبات للضغط على الحكومة من أجل الاستجابة لمطالبهم المطروحة من طرف منظماتهم النقابية لكن مع الحرص على عدم تعطيل سير المرافق العامة و الحفاظ على ديمومتها.

المطلب الثاني: ممارسة حق الإضراب

من أجل المحافظة على استقرار الأمن المهني و الاجتماعي و الاقتصادي للإدارة المستخدمة بصفة خاصة و للمجتمع ككل بصفة عامة وكذا المحافظة على الجانب المهني وكذا سيرورة المرفق العام و ديمومته بانتظام واطراد ، رسمت مختلف التشريعات حدودا و ضوابط لممارسة الحق في الإضراب بطرق شرعية وقانونية عن طريق وضع عدة قواعد وأحكام و للوقوف على هذه الضوابط القانونية و التنظيمات الخاصة بكيفية ممارسة الحق في الإضراب سنتطرق إلى شروط ممارسة الحق في الإضراب و القيود الواردة على هذا الحق في مختلف التشريعات الدولية كفرنسا مصر و المغرب و كذا التشريع الجزائري .

الفرع الأول : شروط ممارسة الإضراب.

سنتناول في هذا الفرع شروط ممارسة حق الإضراب في التشريع الجزائري وكذلك شروط ممارسة حق الإضراب في التشريع المقارن (مصر ، المغرب وفرنسا) على النحو التالي :

أولا- شروط ممارسة حق الإضراب في التشريع الجزائري .

وضع المشرع الجزائري قانون رقم 02/90 السابق الذكر بعد أن أقر أنه حق من حقوق العمال ألا أن هذا الحق ليس مطلق بل يخضع عند ممارسته لشروط تضمن عدم التجاوز في ممارسته حماية للمصلحة العامة و ضمانا لاستمرارية المرفق العام والمتمثلة في:

-استنفاد إجراءات التسوية الودية.

-موافقة جماعة العمال على الإضراب.

-الإشعار المسبق بالإضراب.

-ضمان امن وسلامة أماكن العمل.

أ- استنفاد إجراءات التسوية الودية: يقصد بها وجوب استنفاد وفشل جميع الطرق الودية الممكنة لمحاولة التسوية الودية و الإرضائية، كإجراءات المصالحة و الوساطة و كافة الوسائل المنصوص عليها في الاتفاقيات الجماعية كما جاء في نص المادة 24 من القانون 90-02 في الوساطة التي تعتبر طريقة سلمية لمعالجة النزاع والتي تعتبر شكلا من أشكال التوفيق حيث يقوم وسيط بإقناع الأطراف المتنازعة حول حل وسيط للفصل في النزاع بعد سماعه للطرفين ويدعوها لقبول الحل الذي اقترحه أو يمكن رفضه .

ومن الطرق السلمية نجد المفاوضات الجماعية في التفاوض المباشر بين ممثلي العمال وممثلي الإدارات العمومية كونها تقوم على أساس الحوار و ترجع أهمية التفاوض لوجود تنظيمات تعرف باسم النقابات العمالية.

كما يسبق قرار الإضراب اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم حيث أنه يوقف قرار الإضراب بل و يوقف الإضراب إذا كان قد شرع فيه، حيث تنص المادة 25 من القانون 90-02 بأنه "لا يمكن اللجوء إلى ممارسة الإضراب و يوقف الإضراب الذي شرع فيه بمجرد اتفاق الطرفين في الخلاف الجماعي في العمل على عرض خلافهما على التحكيم"

ومعنى هذا أن اللجوء إلى التحكيم يعتبر أداة من أدوات إنهاء الإضراب وليس فقط توقيفه لأن قرار التحكيم يفرض تطبيقه والالتزام به من قبل الطرفين بحكم القانون وفق ما جاءت به المادة 13 الفقرة 2 من القانون 90-02 والتي تنص على أنه " يصدر قرار التحكيم النهائي خلال 30 يوما الموالية لتعيين الحكام ،وهذا القرار يفرض نفسه على الطرفين الذين يلزمان تنفيذه" أي أن اللجوء إلى التحكيم أمر اختياري إلا أن بمجرد الاتفاق

على اللجوء إليه يفقد المتنازعين الحرية و يلزمهم مسبقا بالامتنال لقرار التحكيم و الالتزام به وتنفيذه¹.

ب- موافقة جماعة العمال على الإضراب يقصد بها أن يكون قرار اللجوء إلى الإضراب شرعيا إذا كان صادرا عن أغلبية العمال بإرادتهم الحرة دون أي إكراه أو ضغط و يتم ذلك عن طريق جمعية عامة تضم كافة العمال أو نصفهم على أقل تقدير ، تعقد خصيصا لهذا الغرض يعبرون فيها عن رغبتهم أو عدم رغبتهم في الإضراب عن طريق الاقتراع السري و يشترط أن يكون القرار النهائي للجوء إلى الإضراب صادر عن الأغلبية المطلقة للعمال الحاضرين لهذه الجمعية حسب نص المادة 28 من القانون 90-02 السالف الذكر، أما أقلية العمال الراضين فيحق لهم متابعة العمل ولا يجوز للعمال المضربين أن يجبروا العمال غير المضربين على التوقف عن العمل.

فكما يحمي القانون حق العامل عند ممارسة الإضراب فإنه يحمي حريته في القيام بعمله وهو ما نصت عليه المادة 34 من نفس القانون والتي نصت على "يعاقب القانون عرقلة حرية العمال ،ويعد عرقلة لحرية العمل ،كل فعل من شأنه أن يمنع العامل أو المستخدم أو ممثله من الالتحاق بمكان عمله المعتاد أو يمنعهم من استئناف ممارسة نشاطهم المهني أو من مواصلته بالتهديد أو المناورة الاحتيالية أو العنف أو الاعتداء".

ج- الإشعار المسبق بالإضراب:نظم المشرع الجزائري الإشعار المسبق بالإضراب في المواد 29 إلى 31 من القانون 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية وتسويتها وممارسة حق الإضراب.

ويقصد بالإشعار المسبق بالإضراب قيام ممثلي العمال الموافقين على الإضراب بإعلام صاحب العمل عن نية العمال في التوقف الجماعي عن العمل ، من أجل تحقيق المطالب المهنية لهم ،التي مازال الخلاف بشأنها مستمرا².

يعتبر الإشعار المسبق بالإضراب شرطا إلزاميا يترتب على إهماله أو مخالفته عدم شرعية الإضراب حيث يجب الإشعار مسبقا بتاريخ ومدة الإضراب وذلك بإعلام

¹-سليمان أحمية ، آليات تسوية منازعات العمل و الضمان الاجتماعي في القانون الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ص،ص149

²-عبد الرحمن خليفي، الوجيز في منازعات العمل و الضمان الاجتماعي ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، الجزائر، 2014 ص71.

صاحب العمل سواء كان إدارة أو سلطة عامة مسبقا بقرار اللجوء إلى الإضراب مع تحديد بداية الشروع فيه ومدته إذا كان محدد المدة أو إذا كان مفتوحا ،مما يعني أن بداية الإضراب ليس من تاريخ إقراره وإنما يبدأ نفاذه من التاريخ الذي يلي نهاية مهلة الإخطار المسبق ،وتحسب مدة الإشعار المسبق للإضراب بدءا من تاريخ إيداعه لدى الهيئة المستخدمة وإعلام مفتشية العمل المختصة إقليميا ، وتحدد المدة عن طريق التفاوض والتي يجب ألا تقل عن 08 أيام إبتداءا من تاريخ إيداعه على أن تمديد هذه الفترة جائز قانونا سواء بموجب الاتفاق بين طرفي النزاع أو بإرادة ممثلي العمل فلهما الحرية التامة في هذا الصدد وذلك وفقا لنص المادة 30 من القانون 02/90.

وبالتالي فإن عدم مراعاة شرط الإشعار المسبق بالإضراب وعدم احترام الميعاد يؤدي إلى إضفاء صفة عدم مشروعية الإضراب مما يؤثر سلبا على سيرورة المرافق العامة .

د- **ضمان أمن وسلامة أماكن العمل** :إضافة إلى ما سبق من شروط ممارسة حق الإضراب هناك شرط أساسي وضعه المشرع الجزائري ينبغي مراعاته وهو ضمان امن وسلامة أماكن العمل أي عدم احتلال أماكن العمل بالقوة وذلك باتخاذ كافة الاحتياطات والإجراءات اللازمة لضمان المحافظة على وسائل وأدوات وأماكن العمل وعدم تعريضها لأية أضرار أو تخريب أو إتلاف أو مساس بالأماكن العقارية والمنقولة والمنشآت التابعة للمستخدم¹ فتعريضها للضرر يعيق سير المرفق العام بانتظام واطراد .

وأن أي تصرف من هذا القبيل من طرف العمال المضربين يترتب عليه المسؤولية المدنية أو الجزائية حسب جسامه الضرر وفق ما نصت عليه المادة 55 الفقرة 02 من القانون 02/90 التي تقضي برفع العقوبة إلى حدود الثلاث سنوات حسب حالة الاعتداء على الأشخاص والممتلكات².

فرفض العمال للامتثال وتعنتهم يعد عرقلة لحرية العمل وهي التصرفات التي يعتبرها القانون أخطاء جسيمة حيث ينص القانون من خلال المادة 35 منه على أنه*يمنع

¹ -سليمان أحمية، مرجع سابق، ص151.

² - مرجع نفسه، ص152.

العمال المضربين عن احتلال المحلات المهنية للمستخدم، عندما يهدف هذا الاحتلال إلى عرقلة حرية العمل .

ثانيا - شروط ممارسة حق الإضراب في التشريع المقارن .

أ- في التشريع المصري اشترط المشرع المصري لبدء الإضراب وبشكل مشروع أن يستنفذ العمال الوسائل السلمية لحل النزاع الجماعي دون إنهاء المنازعة كما يلزم إخطار صاحب العمل و الجهة الإدارية قبل بدء الإضراب بمدة معينة حسب إن كان مرفق عام أو لا.

نلاحظ أن المشرع المصري قد تنبه لمسألة الجهة التي تلتزم بالإضراب حيث عهدت هذه المسؤولية للجنة النقابية الموجودة داخل المنشأة و في حال عدم وجود لجان نقابية فإن النقابة العامة التي ينتمي إليها العمال أو الموظفون هي من تتولى الإخطار.

-لابد أن يكون الإخطار كتابيا وأن يتم في شكل خطاب مسجل بعلم الوصول.

-لابد من ذكر الأسباب الدافعة للإضراب ومدته في الإخطار.¹

ب- في التشريع الفرنسي : فقد نص الدستور الفرنسي الصادر في 27 أكتوبر 1946 على أن قانون الإضراب يمارس في إطار القوانين التي تنظمه ،وتضمنته ديباجة الدستور كون الإضراب وسيلة أساسية للدفاع عن المصالح المهنية و هكذا فالإضراب في القطاع العام ينجم عنه انعكاسات سلبية بالنسبة للمرافق العامة وكذا المصالح العمومية خصوصا بالنسبة للمرتفقين ،جعلت المشرع الفرنسي يتدخل لوضع شروط تضمنها القانون الصادر في 31 جويلية 1963 تحدد تنظيم كيفية ممارسة الإضراب تماشيا مع سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، وفق النقاط التالية :

1-الفئات المستهدفة من مدونة الشغل الفرنسية هي الفئات الأعوان الخاضعة لأحكام القانون الصادر في 31 جويلية 1963 .

2-منع بعض أنواع الإضرابات حيث تم منع الإضرابات التي تأخذ أشكال إضرابات بالتتابع أو التناوب نظرا لآثار السلبية التي تنتج عنها و الخلل الذي يصيب المرافق العامة .

¹-هيثم غانم جبر المحمودي،حق الإضراب بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر والقانون ، مصر، 2016 ،ص 201.

3- الجهة المخول لها الدعوة للإضراب في القطاع العام هي النقابة ذات التمثيلية حسب نطاق الإضراب كما يجب على هذه النقابة توضيح سبب اللجوء إلى الإضراب.

4- يجب الحفاظ على الحد الأدنى من الخدمة و ذلك لاستمرار بعض الأنشطة الأساسية أو حد أدنى للسلامة في العمل.

5- يجب أن يحترم المضربون مهلة الإخطار وذلك لتفادي الإضرابات المفاجئة التي تؤثر على الصالح العام وأمنهم كما أن هذه المهلة تشكل مناسبة للتفاوض .

6- حرمان بعض الأعوان من ممارسة الإضراب نظرا لطبيعة المهام المنوطة بهم كرجال الأمن بمختلف تلويناتهم رجال القضاء المصالح الخارجية لإدارة السجون و المكلفون بالاتصالات السلكية و اللاسلكية لوزارة الداخلية .

7- كل ممارسة مخالفة للقانون و المنظمة لممارسة حق الإضراب يعرض مرتكبها إلى عقوبات تأديبية إذ تتمثل في العزل و التخفيض في الدرجة¹.

ج- **أما في التشريع المغربي:** فإن ممارسة حق الإضراب تخضع لبعض الشروط مثلها مثل باقي التشريعات الدولية التي تهدف إلى الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام و اطراد، من بين هذه الشروط:

- الوقوف على الجهات التي من شأنها شن قرار الإضراب إما النقابة أو المكتب النقابي أو لجنة الإضراب.

- ألا يكون الإضراب مباغتا أو مفاجئا أو طارئاً فإذا كان كذلك يعتبر إضرابا غير مشروع أي لابد من الإخطار بالإضراب ومدته.

- يجب أن يهدف الإضراب إلى تحقيق مكاسب مهنية و ليس ذا أبعاد سياسية².

الفرع الثاني : القيود الواردة على ممارسة حق الإضراب .

بالرغم من الاعتراف بحق الإضراب ضمن قائمة الحقوق الأساسية للمواطن ودستوريته إلا أنه حق مقيد وليس حقا مطلقا ، وهذه القيود مقررة دستوريا ، فأغلب الدساتير الحديثة تنص على هذه القيود وتحيل تنظيمها وتحديدتها للقانون وكذلك يعتبر الإضراب مقيدا بعدة اعتبارات أمنية واقتصادية وسياسية ومهنية وكذا تنظيمية هدفها الحفاظ على

¹ -سعيد علي غافل، حق الإضراب الوظيفي ، دراسة مقارنة، ط1، مكتبة زين الحقوق والأدبية ، لبنان ، 2015، ص 87.

² - عبد القادر باينة، الموظفون العموميون بالمغرب، د.ط، المغرب ، د.س.ص 270

ديمومة المرفق العام من جهة و من جهة أخرى الحفاظ على حقوق الموظف، و سنتطرق في هذا الفرع إلى القيود الواردة على ممارسة الإضراب في التشريع الجزائري وكذا التشريع المقارن (دول مصر، فرنسا و المغرب) على النحو التالي :

أولاً - القيود الواردة على ممارسة حق الإضراب في التشريع الجزائري .

هناك نوعين من القيود الواردة على ممارسة حق الإضراب في التشريع الجزائري، منها ما هو جزئي ومنها ما هو كلي ، فالقيود الكلية هي المنع المطلق لممارسة حق الإضراب على بعض الفئات العمالية في بعض القطاعات أو المرافق الحساسة التي تؤثر سلبا على تقديم الخدمات العمومية، وذلك إما بسبب حيوية و استراتيجية المنصب وإما نتيجة الآثار التي قد تنتج عن ممارسة هذا الحق في هذه المرافق أو القطاعات أو النشاطات، أما عن القيود الجزئية فهي وضع مجموعة من الالتزامات التي من شأنها الحد من ممارسة حق الإضراب بصفة كلية وكاملة في بعض القطاعات والنشاطات لعدة اعتبارات اجتماعية، أمنية واقتصادية .

أ- القيود الكلية الواردة على ممارسة حق الإضراب: منع القانون الجزائري مثله مثل باقي القوانين الأجنبية وخاصة القانون الفرنسي ممارسة حق الإضراب في بعض ميادين الأنشطة الأساسية، حيث نصت المادة 43 من القانون 02/90 على مجموعة القطاعات التي لا يمكن ممارسة حق الإضراب فيها فقط حيث "يمنع اللجوء إلى الإضراب في ميادين الأنشطة الأساسية التي قد تعرض توقفها حياة أو أمن أو صحة المواطنين أو الاقتصاد الوطني للخطر وبهذه الصفة يمنع اللجوء إلى الإضراب على:
-القضاة.

- الموظفين المعيّنين بمرسوم أو الموظفين الذين يشغلون مناصب في الخارج.
-أعوان مصالح الأمن.

-الأعوان الميدانيين العاملين في مصالح الحماية المدنية.

-أعوان مصالح استغلال شبكات الإشارة الوطنية في وزارتي الداخلية والشؤون الخارجية.

-الأعوان الميدانيين العاملين في الجمارك.

-عمال المصالح الخارجية لإدارة السجون.

من خلال نص المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري أباح ممارسة إضراب عمال قطاع الوظيفة العامة، إلا أنه استثنى من ذلك منع بعض الفئات من الموظفين، انطلاقاً من معيار وظيفي، وبناءً على ذلك فلإدارة أو أجهزة التحكيم السلطة التقديرية في تكييف أي فئة عمالية ممنوعة من ممارسة حق الإضراب، إذا كان يترتب على ذلك إحدى الآثار الواردة في الفقرة الأولى من المادة 43 المذكورة آنفاً، كعمال قطاع المالية مثلاً إذ قد يعرض توقف عمال هذا القطاع إلى أخطار وأضرار كثيرة على المرفق العام .

ب- القيود الجزئية الواردة على ممارسة حق الإضراب: وردت هذه القيود في القانون رقم 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها وممارسة حق الإضراب تعتبر من أهم القيود التي أوردها المشرع الجزائري على ممارسة الحق في الإضراب في هذا القانون وهو إلزام العمال المضربين بتقديم الحد الأدنى من الخدمة الدائمة الضرورية بالنسبة لبعض القطاعات وفقاً لنص المادة 37 من نفس القانون حيث نصت على أنه إذا كان الإضراب يمس بالأنظمة التي مكن أن يضر انقطاعها التام باستمرار المرافق العمومية الأساسية، أو يمس بالأنشطة الاقتصادية الحيوية، أو بتموين المواطنين، أو المحافظة على المنشآت والأموال الموجودة فيتعين تنظيم مواصلة الأنشطة الضرورية فيشكل قدر أدنى من الخدمة إجباري، أو ناتج عن مفاوضات أو اتفاقيات أو عقود .

ولقد نص المشرع على إقامة هذا الحد الأدنى من الخدمات في حالة ما إذا شمل الإضراب أنشطة يخل توقفها الكامل باستمرارية المرافق العامة الضرورية¹.

كما جاء في مضمون المادة 39 من نفس القانون على أن تحدد كمية ونوعية هذا القدر الأدنى من الخدمة بمقتضى الاتفاقيات الجماعية وإذا لم يكن ذلك فيمكن أن تحدد من طرف المستخدم أو السلطة الإدارية المعنية بعد استشارة ممثلي العمال.

ولم يكتف المشرع الجزائري بالنص على هذا المبدأ فحسب، بل إنه وتقادياً لأي إخلال بتفسير هذه الأحكام أو أي تقصير أو إهمال أو تفسير ضيق لهذه المادة، من جهة وضماناً لتطبيق وتقديم الحد الأدنى الإجباري في بعض القطاعات الاقتصادية والاجتماعية والأمنية من جهة ثانية، فقد أجبر بعض مصالح هذه القطاعات الحيوية على إلزامية تقديم حد أدنى إجباري من الخدمة بغض النظر عن وجود أو عدم وجود اتفاقية أو عقد ينظم

¹ محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، ترجمة رحال بن عمر - رحال مولاي ادريس، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995،

ذلك، واعتبر رفض العمال القيام بهذا الواجب، خطأ مهنيا جسيما وهو ما تضمنته المادة 40 من القانون 90-02 المذكور سابقا.

كما نصت المادة 38 من القانون 90-02 على أنه ينظم قدر الأدنى من الخدمة الإجبارية في بعض المجالات كان الغرض من المشرع هنا الحفاظ على مصالح المواطنين وذلك لما يخلفه الإضراب من ضرر على تموين الأفراد بما يحتاجونه من سلع وخدمات والمساس بالأمن العام للبلاد وضياع المصالح المالية أو الاقتصادية للبلاد ويستوي في هذه القيود كل من المؤسسات والمرافق المسيرة بصفة مباشرة من طرف الإدارة-أي الدولة - أو تلك المسيرة أو المدارة عن طريق عقود الامتياز، حيث يفرض على الحائزين على عقود الامتياز التزام ضمان الحد الأدنى من الخدمة في حالة الإضراب تطبيقا لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

إن سلطة الإدارة المعنية والامتيازات التي منحها لها القانون لا تتوقف عند فرض الحد الأدنى من الخدمة في بعض القطاعات والنشاطات الحيوية، بل منها وسيلة قانونية أخرى تتمثل في أمر التسخير كآلية استثنائية تحد من الآثار المترتبة عن الإضراب.

ج - قرار التسخير: لقد نصت المادة 41 من القانون 90-02 السالف الذكر على انه:" عملا بالتشريع الساري المفعول يمكن أن يؤمر بتسخير العمال المضربين الذين يشتغلون في الهيئات أو الإدارات العمومية أو المؤسسات، مناصب عمل ضرورية لأمن الأشخاص أو المنشآت والأماكن، لضمان استمرار المصالح العمومية الأساسية فبتوفير الحاجيات الحيوية للبلاد أو الذين يمارسون أنشطة لازمة لتمويل السكان".

ونصت كذلك المادة 42 من نفس القانون على انه : "يعد عدم الامتثال لأمر التسخير خطأ جسيم دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في القانون الجزائري".

ثانيا - القيود الواردة على ممارسة حق الإضراب في التشريع المقارن

أ- في التشريع الفرنسي: إن التشريع الفرنسي كما رأينا سابقا منع ممارسة حق الإضراب مثله مثل القانون الجزائري حيث جاء فيه منع بعض الفئات من ممارسة حقهم في الإضراب وفقا لنصوص قانونية خاصة:

-القضاة - القرار رقم 58-1270 الصادر في 22 ديسمبر 1958.-

-عمال القطاع الإداري بمراكز إعادة التربية -القرار رقم 58-696 الصادر بتاريخ 06 أوت 1958- .

-عمال خدمات النقل لوزارة الداخلية-القانون رقم 68-14 الصادر في 31 جويلية 1968-
-بعض عناصر الملاحة الجوية والكهربائيين مركبي الأجهزة الثابتة- القانون الصادر في 02 جويلية 1962-.

- عناصر مرافق مخبرات وزارة الداخلية -القرار الصادر في 31 جويلية 1968-.

-عناصر الطيران المدني- القانون رقم 71-458 الصادر في 17 جوان 1971 -.

-القطاع العسكري -القانون الصادر في 13 جويلية 1972- .

-موظفي قطاع الشرطة -القانون الصادر في 09 جويلية 1966- .

بالإضافة إلى أن المشرع الفرنسي مثله مثل المشرع الجزائري قد أوجد قيد التسخير حيث يرى مجلس الدولة الفرنسي بأن التسخير إجراء قانوني لأنه مبرر وفقا لضرورة الحياة في المجتمع ويرجع كذلك لمبدأ استمرارية الخدمات العامة كقرار الفدرالية الوطنية للإنارة، إلا أن القضاء اصدر بعد ذلك قرار آخر اعتبر فيه أن التسخير لا يكون قانونيا إلا إذا مس بمصالح المجتمع.

وعليه فيمكن أن تمارس حق مصادرة الأشخاص عملا بقانون 11 جويلية 1983 إذا أوقع الإضراب إخلالا بالصالح العام والمصادرة لا تقتصر على الموظفين الحقيقيين بل تشمل عمال الدولة الآخرين الذين يساهمون بإدارة المرافق العامة¹.

ولقد نصت المادة الثالثة من القانون الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1984 المذكور سابقا، على أن الوزير المختص بالطيران هو الذي يختار المستخدمين اللازمين لتطبيق المهام ويجب على هذه الفئة من عمال أن لا يتوقفوا عن العمل.

ب- **في التشريع المصري** : إن الحق في الإضراب هو حق اجتماعي و اقتصادي يمثل الحريات العامة للموظفين و العمال ،وهو إلى جانب ذلك حق فردي وإن كان يلزم أن تتم ممارسته في إطار جماعي ، كما انه تترتب عنه أضرار للموظفين و للعمال وللدولة أيضا و عليه فإن الإضراب هو حق مقيد وليس حق مطلق لذلك انتبه المشرع لضرورة تقييد هذا الحق و تنظيمه مراعاة للمصلحة العامة دون المساس بالتمتع في هذا الحق .

¹-زهدي يكن ، القضاء الإداري في لبنان وفرنسا ، ط1، دار الثقافة للطباعة ، النشر والتوزيع ، لبنان ، 1989 ، ص327-328 .

وقد حصر المشرع المصري حق الإضراب في بعض المنشآت الإستراتيجية أو الحيوية وصدر قرار من رئيس مجلس الوزراء حدد المنشآت التي تعتبر حيوية لكن الواقع يشير لاقتصار الإضراب على العمال الضروريين فقط ، ويتوقف ذلك على طبيعة المرفق ومدى ارتباطه بحاجات المواطنين و هذا بموازنة بين حقوق الموظفين في الإضراب و حقوق العامة في التمتع بخدمات المرفق العام¹.

كما أقر القضاء المصري بمشروعية الإضراب في قرار محكمة الإسكندرية الكلية الرمل في 1939/05/26 الذي جاء فيه " إن حق العمال في التوقف عن العمل فرادى و جماعات حق مقرر قد سلم لهم به الشارع واقتصر تقييده بقيدين نص المادة 347 من قانون العقوبات المصري التي تضمنت قيد لانتظام السير في المرافق ذات النفع العام .

والقيد الثاني ما ورد في المادة 375 من قانون العقوبات المصري التي قررت منع الاعتداء على حرية العمل.

وخلصت المحكمة إلى جواز اجتماع العمال للتشاور فيما تقتضيه مصلحتهم حتى ولو كانت الامتناع عن العمل.

ج- في التشريع المغربي: إن ممارسة حق الإضراب في التشريع المغربي كغيره من التشريعات السابقة الذكر مقيد بضوابط تمنع من إساءة استعماله و تضمن انسجامه مع مقتضيات النظام العام و السير العادي للمرافق العمومية من بين هذه القيود:

- ربط حق الإضراب باستمرارية المرفق العام هو تقييد لممارسة هذا الحق خاصة إذا مورس بناء على تأطير نقابي وأشعرت به الجهة التي يعنيها الأمر لتتخذ كافة الاحتياطات بمعنى أن يكون قد مورس طبقا للقانون .

- يعد الإضراب غير مشروع لفئة من الموظفين والمتمثلة في متصرفي وزارة الداخلية ،موظفي إدارة السجون و رجال القضاء².

¹ - حمدي عطية مصطفى عامر ، أحكام الموظف العام في النظام القانوني و الوضعي و الإسلامي ،دراسة مقارنة ، ط1،مكتب الوفاء القانونية للنشر ، مصر ، 2015، ص 305.

² - عبد القادر باينة،مرجع سابق ، ص 300.

المبحث الثاني: تنظيم الاستقالة

الاستقالة هي رغبة الموظف في ترك الوظيفة بإرادته و بصفة نهائية لأسباب شخصية ، و لا يمكن إجبار أي شخص يعمل ما دون رغبته و لهذا فهي من الحقوق المشروعة للموظف العام ، و إذا كانت الاستقالة أمرا مباحا إلا أنه لا يجوز في الظروف العادية على الأقل إرغام فرد على القيام بعمل لا يريده ، فإن هذا الحق أن يقيد رعاية المصالح العامة ، حيث كان من حق الموظف أن يستقيل من عمله بالمرفق العام ، و ليس من حقه أن يترك و يتخلى عن أداء مهامه فجأة أو كما يشاء و بدون إجراءات ، و سعيًا منه لضمان استمرارية المرفق العام بانتظام و اطراد نصت مختلف التشريعات الوظيفية الوطنية و المقارنة المتعلقة بالوظيفة العامة على حق الاستقالة فقد اعترف المشرع الجزائري للموظف بحقه في الاستقالة و مغادره المرفق العام بناء على رغبته ، و نظم شروط ممارستها و قيدها و ذلك في كل التشريعات الوظيفية التي عرفتها الوظيفة العامة في الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا ، كما كرسته دول مقارنة كفرنسا و مصر و المغرب في قوانينها استنادا إلى قاعدة حرية التوظيف و بالتبعية حرية مغادرة الوظيفة .

و للمزيد من التفصيل، تناولنا في هذا المبحث مطلبين أساسيين هما:

المطلب الأول: الأساس القانوني للاستقالة

كما أشرنا سابقا فإنه قد اعترف المشرع الجزائري بحق الموظف في الاستقالة في مختلف التشريعات الوظيفية التي عرفتها الوظيفية العامة منذ الاستقلال إلى يومنا هذا ، كما اعترفت دول أخرى في التشريع المقارن بهذا الحق كفرنسا و مصر و المغرب ، و للمزيد من الشرح تناولنا في هذا المطلب فرعين هما:

الفرع الأول : الاستقالة في ظل التشريع الجزائري .

لقد اعترف المشرع الجزائري للموظف بحقه في ترك الوظيفة العامة في الوقت الذي يقدر فيه أن مصلحته تقتضي ذلك ، وهذا بإقراره للاستقالة كحق ثابت و كسب مشروع من أسباب انتهاء الخدمة الوظيفية ، لذلك نص عليه في مختلف التشريعات المتعلقة بالوظيفة العمومية التي عرفتها الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا ، و عليه عرف تنظيم حق الاستقالة تطورا ملحوظا بداية من الأمر رقم 133/66 السالف الذكر ، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية إلى غاية الأمر رقم 03/06 القانون الحالي للوظيفة العامة ، حيث نص الأمر رقم 133/66 على الاستقالة كحالة إنهاء خدمة الموظف ،

حيث نظم استقالة الموظف العمومي من المواد 62 إلى غاية 66، فنصت المادة 62 منه على مايلي "إن انتهاء المهام الذي يترتب عليه فقدان صفة الموظف ينتج عن : - الاستقالة.....".

ليصدر الأمر رقم 12/78¹ المتضمن القانون الأساسي للعامل ، حيث نص هذا القانون على الاستقالة كحالة من حالات إنهاء علاقة العمل المحددة بالمادة 92 ، ثم تطرق للاستقالة لوحدها في المادة 93 التي نصت على مايلي " الاستقالة حق معترف به للعامل و يتعين على العامل الذي يرغب في إنهاء علاقات العمل مع المؤسسة المستخدمة أن يقدم استقالته.....".

كما نص القانون 06/82² ، على الاستقالة في الفصل الثالث المتعلق بالأحكام المشتركة المتعلقة بانتهاء علاقة العمل، حيث اعتبرها حالة من حالات انتهاء علاقة العمل و تتم بناء على طلب مكتوب طبقا لمادتين 68 و 69 منه .

كما نظم أيضا المرسوم 59/85³ ، المتضمن القانون الأساسي لعمال و الإدارات العمومية حق الاستقالة في الباب الثامن المتعلق بانتهاء علاقة العمل في المواد 133، 134، 135 منه و لم يأتي هذا المرسوم بجديد مقارنة بما ورد في الأمر 133/66 إلا في بعض النقاط منها أنه نص صراحة على أن الاستقالة هي حق معترف به لكل موظف يرغب في إنهاء علاقة العمل طبقا للمادة 33.

كما أشار القانون 11/90⁴ إلى الاستقالة في مادتين ذكرت أولها الاستقالة ضمن حالات إنهاء علاقة العمل و هي المادة 66 ، ثم المادة 68 التي اعترفت بالاستقالة كحق إذ نصت على أن " الاستقالة حق معترف به للعامل.....".

¹-القانون 12/78 المؤرخ في 05 أوت 1978 ، المتضمن القانون الأساسي للعامل ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 32 ، الصادرة بتاريخ 05 أوت 1978 ، ص 724 .

²- القانون 06/82 المؤرخ في 27 فبراير 1982 ، المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 09 ، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 1982 ، ص 457 .

³-المرسوم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1985 ، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 14 ، الصادرة بتاريخ 31 مارس 1985 ، ص 333.

⁴-القانون 11/90 المؤرخ في 21/04/1990 ، المتعلق بعلاقات العمل ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 17 ، الصادرة بتاريخ 26 أبريل 1990 ، ص 562 .

كرسها أيضا المشرع في ظل الأمر رقم 03/06 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الحالي ، حيث أن الموظف يعتبر مستقيل عندما يعلن إرادته الصريحة في قطع العلاقة التي تربطه بالإدارة بصفة نهائية و هي عقد معترف به و خص هذا الحق بأربعة مواد كاملة من المادة 217 إلى المادة 220 في الوقت الذي اكتفي فيه المشرع بالإشارة إلى حالات الانتهاء التام لخدمة الموظف دون التفصيل فيها و ذلك في المادة 216 ، و هذا دليل على خطورة الإجراء على الموظف و الإدارة .

الفرع الثاني : في التشريع المقارن

على غرار المشرع الجزائري ، فقد وفرت أغلب الدول ضمانات على حق الاستقالة و اعترفت به كأحد الأسباب القانونية التي تؤدي إلى نهاية خدمة الموظف بناء على إرادته و في الوقت الذي يقرر فيه أن مصلحته تقتضي ترك الوظيفة.

أولا- الاستقالة في التشريع المصري

في مصر فقد ذهب القضاء أول الأمر إلى اعتبار الموظف في علاقته بالحكومة في مركز تعاقدية تحكمه قواعد إجازة الأشخاص أو الوكالة ، و على هذا الأساس كان يقضي بأن الموظف أو المستخدم الحرية المطلق في الاستقالة من وظيفته في أي وقت يختاره سواء كان لائقا أو غير لائق بالنسبة للإدارة ثم عدل القضاء عن ذلك الرأي و اعتبر الموظف في علاقته مع الحكومة في مركز تنظيمي لائحي و أن أحكام القانون المدني لا تنطبق على هذه العلاقة و تمشيا مع النتائج المترتبة على هذا المبدأ تقرر أن صلة الموظف بالحكومة لا تنتهي إلا بقبول الاستقالة وعلى إثر ذلك أخذ المشرع المصري بهذا المبدأ و أقره في المادة 110 من القانون 210 لسنة 1951 الخاص بنظام موظفي الدولة ، و هو ما قرره كذلك المادة 10 من قانون العاملين المدنيين رقم 46 لسنة 1964 بشرط أن تفصل الإدارة في طلب الاستقالة خلال 30 يوم من تاريخ تقديمها و إلا اعتبرت مقبولة بحكم القانون و إذا سحب الموظف استقالته قبل البث فيها امتنع على الإدارة أن تصمم على اعتباره مستقila ، هذا على أن تكون الاستقالة خالية من أي قيد أو شرط و إلا كانت باطلة كما اشترط قانون العاملين المدنيين في المادة 80 أن تكون الاستقالة مكتوبة.¹

¹ - طعيمة الجرف ، القانون الإداري -دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة -، مكتبة القاهرة الحديثة للنشر و التوزيع ، القاهرة ، 1970 ، ص 330.

و بالتالي فإن المشرع المصري اعترف بحق الاستقالة للموظف العام بنوعيتها الاستقالة الصريحة و الاستقالة الضمنية أو الحكيمة ، حيث نظم الأحكام المتعلقة بممارسة هذا الحق في قانون العاملين المدنيين بالدولة .

كما نظم المشرع المصري استقالة الموظف الصريحة في المادة 97 من القانون العاملين بالدولة رقم 47 لسنة 1978، حيث نصت تلك المادة على أنه للعامل أن يقدم استقالته من الوظيفة و تكون الاستقالة مكتوبة ، و لا تنتهي خدمة العامل إلا بالقرار الصادر بقبول الاستقالة و يجب البث في طلب الاستقالة خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديمه ، و إلا اعتبرت الاستقالة مقبولة ما لم يكن الطلب معلقا على شرط أو مقترنا بقيد ، و في هذه الحالة لا تنتهي خدمة العامل إلا إذا تضمن قرار قبول الاستقالة إجابته على طلبه ، و يجوز خلال هذه المدة إرجاء طلب الاستقالة لأسباب تتعلق بمصلحة العمل ، مع إخطار العامل بذلك ، على ألا تزيد مدة الإرجاء على أسبوعين زيادة على الثلاثين يوما المنصوص عليها ، فإذا أحيل العامل على إلى المحكمة التأديبية فلا تقبل إلا بعد الحكم في الدعوى بغير جزاء الفصل أو الإحالة إلى المعاش ، و يجب على العامل أن يستمر في عمله إلى أن يبلغ إليه قرار قبول الاستقالة ، أو ينقضي الميعاد المنصوص عليه¹ ، أما الاستقالة الضمنية فقد نصت عليها المادة 98 من قانون العاملين المدنيين المذكور سلفا و قد حددت الحالات التي تعتبر العامل مقدا استقالته وهي :

* إذا انقطع العامل عن عمله بغير إذن أكثر من 15 يوما متتالية ما لم يقدم خلال 15 يوم التالية عذرا تقبله الإدارة.

* إذا انقطع العامل عن عمله بغير إذن تقبله جهة الإدارة أكثر من 30 يوم غير متصلة في السنة و تعتبر الخدمة منتهية في هذه الحالة من اليوم التالي لاكتمال هذه المدة ، و ينبغي في هاتين الحالتين إنذار العامل كتابة بعد انقطاعه لمدة خمسة أيام في الحالة الأولى و عشرة أيام في الحالة الثانية .

* إذا التحق العامل بخدمة من أية جهة أجنبية بغير ترخيص من حكومة جمهورية مصر العربية .

¹ - أحمد رسلان ، مرجع سابق ، ص 441.

ثانيا - الاستقالة في التشريع المغربي

لقد عمل المشرع المغربي على تنظيم الاستقالة على نحو يوفق بين الحفاظ على مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام و اطراد و حق الموظف في ترك الخدمة ، و هكذا ما نص عليه قانون الوظيفة العمومية المغربي المؤرخ في 24 فبراير 1958 في فصوله من 75 مكرر إلى 79 على تنظيم استقالة الموظفين العموميين ، حيث يقدم طلب استقالته كتابة تحت إشراف السلم الإداري يعرب فيه عن رغبته في مغادرة الإدارة بصيغة نهائية و ليس لفترة مؤقتة و لا ينبغي أن يقيد بها بشرط و يجب أن يكون ذلك نابغا من إرادته الحرة و من ثم فلا يعتد بالاستقالة التي تحرر تحت التهديد و لو كان معنويا ، يبقى الموظف مستمرا في مزاوله مهامه إلى أن تستجيب الإدارة لطلبه إلا إذا اعتبر تاركا لوظيفته و يتوجب إصدار عقوبة الطرد في حقه ، حيث يجب على الإدارة أن ترد على الطلب الشهر الموالي لتوصلها به ، عندما ترفض الإدارة طلب الاستقالة يجوز للموظف أن يحيل القضية إلى اللجنة المتساوية الأعضاء التي تبدي رأيا معللا بالأسباب و توجهه إلى الإدارة المعنية ، و لقد اعتبر المشرع في بعض الأحيان توقف الموظف بدون عذر مقبول عن مباشرة مهام وظيفته حتى و إن لم يقدم استقالته نوعا من الاستقالة الضمنية و ذلك بشرط أن تنذر الإدارة المعني بالأمر بالالتحاق بعمله خلال السبعة أيام الموالية لتبليغ الإنذار الموجه إليه في هذا الصدد.¹

ثالثا - الاستقالة في التشريع الفرنسي :

لقد اعترف المشرع الفرنسي بحق الاستقالة الصريحة فقط للموظف العام ، حيث عرض في المادة 131 من قانون نظام الموظفين الصادر في 19 أكتوبر 1946 على أن الاستقالة لا أثر لها إلا إذا قبلتها السلطة المختصة بالتعيين ، و لا يترتب عليها أي آثار أو نتائج قانونية إلا من التاريخ الذي تحدده تلك السلطة في قرار قبول الاستقالة ، و أوجب النص على السلطة المختصة إصدارها قرارها في ظرف شهر من تاريخ تقديم الطلب و إلزام الموظف مقدم الاستقالة بالاستمرار في عمله لحين إبلاغه بالرأي في استقالته و إلا تعرض للجزاء التأديبي و أكد المشرع الفرنسي على ذلك في قانون الموظفين الصادر في 13 يوليو (آب) 1983 ، كما تجدر الإشارة أنه قد نظم أحكام الاستقالة الصريحة المرسوم 986/85

¹ - ظهير شريف ، مرجع سابق، ص300.

الصادر بتاريخ 16 سبتمبر 1985¹ حيث تنص المادة 58 منه على مايلي " لا تتم الاستقالة إلا بطلب كتابي من المعني يعلن من خلاله إرادته الصريحة في ترك إدارته أو خدمته ، لا ترتب أي أثر إلا بعد قبولها من قبل السلطة المخولة صلاحية التعيين و ترتب أثرها اعتبارا من التاريخ الذي تحدده هذه السلطة ، يجب أن تصدر السلطة المختصة قرارها خلال أربعة أشهر ابتداء من تاريخ تسلم طلب الاستقالة "كما تنص المادة 1/60 من نفس المرسوم على أنه " إن الموظف الذي يترك منصبه قبل التاريخ المحدد من قبل السلطة المختصة قد يتعرض لعقوبة تأديبية " و تستطيع الجهة الإدارية التابع لها الموظف أن تستخلص الاستقالة من أية صيغة تدل على رغبة الموظف الأكيدة في اعتزال الخدمة بشكل نهائي من خلال دراسة طلبات الاستقالة المقدمة من طرف الموظف ، لذا يجب أن يكون طلب الاستقالة صريحا لا لبس فيه و لا غموض ، و أن يكون معبر عن رغبته في الاستقالة و إذا كان طلب الاستقالة غير قاطع الدلالة في إظهار رغبة الموظف في اعتزال الخدمة وجب على الجهة الإدارية عدم قبول الاستقالة .

و لقد كان العرف الإداري في فرنسا قبل صدور قانون الموظفين الصادر في 1946 ينص على جواز أن يكون طلب الاستقالة ضمنيا ، و كان يترك للجهة الإدارية سلطة تقدير اعتبار الموظف مستقيلا في ضوء الظروف والملابسة للقرينة التي عدت بمثابة الاستقالة ، و لقد أضفى مجلس الدولة الفرنسي صفة المشروعية على الإجراءات التي تتخذها الإدارة تجاه اعتبار موظفيها مستقيلين ضمنيا بشرط أن يكون موقف الموظف واضحا ، حيث يجزم عن رغبته في التخلي النهائي عن الوظيفة.²

و الجدير بالذكر إن المشرع الفرنسي لم يتعرض لحكم الاستقالة المشروطة في قوانين التوظيف المختلفة ، وقد ذهب رأي الفقه الفرنسي إلى أنه يجوز أن يكون طلب الاستقالة معلق على شرط ، فإذا قدرت جهة الإدارة قبول هذا الشرط ، كان لها الحق في قبول هذه الاستقالة بشروطها و يكون القرار الصادر بقبول الاستقالة المشروطة صحيحا.³

¹- Décret n85/986 du 16 septembre 1985 relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires de l'état et à certaines modalités de mise à disposition et de cessation définitive de fonction ,modifié par décret n 2007/1542 du 26 octobre 2007.

²-عبد اللطيف السيد رسلان عودة ، النظرية العامة للاستقالة بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ، 2004 ، ص 191 .

³- مرجع نفسه ، ص 188 .

و إزاء خلو التشريع الوظيفي الفرنسي من النص على حكم الاستقالة المشروطة ، فإنه يجوز لجهة الإدارة قبول تلك الاستقالة ، لأن الأصل هو عدم تعليق الاستقالة على شرط و هذا الرأي هو الأقرب لروح التشريع الفرنسي ، حيث أكد المشرع و بشكل قاطع على ضرورة أن يدل طلب الاستقالة على نية الموظف الأكيدة في حل الرابطة الوظيفية ، و تعليق الاستقالة على شرط يثير الشك في رغبة الموظف في ترك الخدمة و هو ما يناهض قصد المشرع ، فإذا قبلت الجهة الإدارية الاستقالة المشروطة دون أن تجيب الموظف إلى شرطه كان قرارها الصادر بقبول الاستقالة مخالف للقانون لأن تعليق الاستقالة على شرط يعني أن وجودها متوقف على تحقيق هذا الشرط .¹

كما نص المشرع الفرنسي في المادة 59 من نفس المرسوم على أنه " إن قبول الاستقالة يجعلها لا رجوع فيها ، و لا يمنع عند الاقتضاء ، من مباشرة الدعوى التأديبية بسبب أفعال اكتشفت للإدارة بعد هذا القبول "

و إذا رفضت السلطة المختصة قبول الاستقالة ، يستطيع المعني رفع الأمر إلى اللجنة الإدارية المشتركة لإصدار رأي معلل الذي تسلمه إلى السلطة المختصة ، و بقبول جهة الإدارة للاستقالة تنتقطع الصلة الوظيفية بين الموظف و المرفق ، و لا تستطيع الجهة الإدارية سحب قرارها ، و إعادة الموظف إلى عمله إلا خلال المدة المقررة للطعن في هذا القرار و بشرط أن يكون شاب القرار عيب يبطله ، ففي هذه الحالة يجوز للإدارة أن تسحب قرارها و تعيد الموظف المستقيل إلى الخدمة .

المطلب الثاني : شروط ممارسة الاستقالة و القيود الواردة عليها

لقد أجمعت مختلف القوانين المتعلقة بالوظيفة العامة في أغلب الدول على اعتبار الاستقالة حق معترف به للموظف العام ، و ككل الحقوق لا بد لها من شروط و ضوابط يكفلان عدم التعسف في استعمال هذا الحق، و لأن ممارسة حق الاستقالة بدون ضمانات و ضوابط من شأنه يؤثر سلبا على المصلحة الخاصة للموظف و المصلحة العامة في آن واحد ، فكان من الضروري تدخل المشرع لتنظيم كيفية ممارسته بهدف التوازن بين حق الموظف في الاستقالة بترك الوظيفة بناء على رغبته ، و جهة ثانية الحفاظ على مبدأ

¹ - عبد اللطيف السيد رسلان عودة ،مرجع سابق، ص188.

استمرارية المرفق العام من خلال وضع ضوابط يلتزم الموظف بمراعاتها قصد ضمان سير المرفق العام بانتظام و اطراد و منه ضمان حق الجماعة في الحصول على الخدمة العمومية .

و للتفصيل في ذلك سنتطرق إلى شروط ممارسة حق الاستقالة (فرع اول) و القيود الواردة عليها (فرع ثاني):

الفرع الأول : شروط ممارسة حق الاستقالة

لم يختلف المشرع الفرنسي أو المصري كثيرا في معالجته لحق الاستقالة عن المشرع الجزائري الذي اهتم هو الآخر بتنظيم هذا الحق، بما يكفل حماية الموظف و ضمان استمرارية المرفق العام.

أولاً- في ظل التشريع الجزائري :يمارس الموظف حقه في الاستقالة عن طريق تقديم طلب يعلن فيه عن رغبته في إنهاء العلاقة الوظيفية حيث تنص المادة 218 من الأمر 03/06 سالف الذكر " لا يمكن أن تتم الاستقالة إلا بطلب كتابي من الموظف يعلن فيه عن إرادته الصريحة في قطع العلاقة التي تربطه بالإدارة بصفة نهائية "كما نصت المادة 1/63 من الأمر 133/66 سالف الذكر "لا يمكن أن يكون للاستقالة مفعول إلا بطلب خطي يقدمه المعني و يعبر فيه عن إرادته بدون غموض في قطع الصلة التي تربطه بالإدارة إلا فيما يتعلق بالإحالة على التقاعد" و نصت أيضا المادة 2/133 من المرسوم 59/85 سالف الذكر " يرسل الموظف طلبه عبر الطريق السلمي إلى السلطة التي لها صلاحية التعيين و يبقى ملزما بتأدية الواجبات المرتبطة بمهامه حتى صدور قرار السلطة المذكورة " ، و بذلك يكون المشرع قد أخذ بالاستقالة الصريحة أو المكتوبة دون الأخذ بالاستقالة الضمنية ، و قد أحسن فعلا في عدم أخذه بالاستقالة الضمنية أو الحكمية لأنها لا تعبر عن المعنى الصحيح للاستقالة التي تقوم على ضرورة إبداء الموظف لرغبته الواضحة و الصريحة في ترك الوظيفة كما أباها حينما ترشح للالتحاق بها ، و بالتالي انقطاعه عن العمل لا يعتبر في كل الأحوال قرينة مؤكدة على انصراف نيته للاستقالة من جهة ، و من ناحية أخرى يعد الانقطاع عن العمل بمثابة خطأ مهني نظرا لإخلاله بمبدأ سير المرفق العام بانتظام و اطراد ، و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حينما اعتبر غياب الموظف بدون مبرر بمثابة خطأ مهني يعاقب عليه بالخصم من الراتب .

و بالتالي لا يمكن الاعتداد بطلب الاستقالة إلا بتوافر مجموعة من الشروط و المتمثلة في :

أ- أن يكون الطلب كتابي : أكد المشرع الجزائري أنه لا يمكن أن تتم الاستقالة إلا بطلب كتابي من الموظف الملزم بالتصريح فيه و بدون غموض في اتجاه إرادته الصريحة إلى قطع علاقة التي تربطه بالإدارة بصفة نهائية ، و قد ذهبت النصوص السابق المنظمة للوظيفة العمومية بالجزائر لا سيما الأمر 133/66 سالف الذكر إلى حد اشتراط أن يكون طلب الاستقالة خطيا ، إدراكا من المشرع أن الموظف المقبل على الاستقالة لا يكون في وضعية نفسية لائقة ، أي تحت تأثير عوامل خارجية كالإكراه أو التوتر و بما يلزم تحرير طلب استقالته بخط يده الذي قد يمنحه الفرصة في التريث و التفكير مليا في هذا الإجراء الخطير الذي يكون له انعكاسات سلبية على حياة الموظف¹ أو في استمرارية المرفق العام بانتظام و اطراد .

و قد تقرر اشتراط الكتابة في الاستقالة لمصلحة الموظف باعتبارها دليل على رغبته الأكيدة في ترك الوظيفة وأنه أقدم عليها بعد تفكير و إمعان للنظر ، كما أن الاستقالة المكتوبة من جهة أخرى تمكن الإدارة من التأكد من رغبة الموظف في الاستغناء عن الوظيفة .

كما تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يحدد شكلا معينا لطلب الاستقالة مكتفيا بشرط الإعلان عن الإرادة الصريحة في إنهاء الخدمة ، و بالتالي يكون الطلب صحيحا بمجرد إرساله إلى السلطة المختصة بالتعيين عن طريق السلم الإداري و تضمينه ألفاظ و عبارات واضحة و دالة على انصراف إرادة الموظف الصريحة إلى إنهاء العلاقة الوظيفية بصفة نهائية .

إذ يكتسي طلب الاستقالة المكتوب أهمية كبيرة فهو يمثل ضمانا بالنسبة للموظف العام من جهة ، حيث لا يمكن أن تنتهي خدمة الموظف إلا بعد تقديم هذا الطلب ، و من جهة أخرى فهو بمثابة إثبات للإدارة في حالة إنكار الموظف لذلك ، بالإضافة إلى أن للطلب الكتابي أهمية كبيرة ، تتمثل في توضيحه لتاريخ إيداع الطلب و التاريخ المرجعي

¹ - رشيد حبانى ، دليل الموظف و الوظيفة العمومية ، دار النجاح للكتاب ، الجزائر ، 2012 ، ص 78 .

الذي تحتسب ابتداء منه الآجال المقررة للإدارة من أجل البث في طلب الاستقالة ، أو احتساب الأجل المحدد حتى تصبح الاستقالة فعلية حيث تنص المادة 1/220 من الأمر 03/06 على أنه " لا ترتب الاستقالة أي اثر إلا بعد قبولها الصريح من السلطة المخولة صلاحيات التعيين التي يتعين عليها اتخاذ قرار بشأنها في أجل أقصاه شهرين (2) ابتداء من تاريخ إيداع الطلب "

ب-عدم تعليق الاستقالة على شرط :يشترط الفقه لصحة طلب الاستقالة المقدم من الموظف العام أن يخلو من أية شروط يعلق عليها صدور القرار الإداري بقبول الاستقالة ، و ذلك لأن الشروط قد تثير الشك في رغبة الموظف العام في الاستقالة ، فقد يكون هدفه من تقديم الاستقالة ليس إنهاء خدمته و إنما حث الإدارة على تحقيق مطالبه¹. و بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أن المواد الأربعة التي نظمت الاستقالة من المادة 217 إلى المادة 220 من الأمر 03/06 لم تتضمن مسألة الاستقالة المشروطة ، و عليه يتوجب على الإدارة التأكد و فحص بدقة طلب الاستقالة و مراعاة الألفاظ و العبارات التي يتضمنها هذا الطلب للتأكد من الرغبة الحقيقية للموظف في ترك الخدمة .

ج-أن تكون استقالة الموظف صادرة عن إرادة حرة : يجب أن تكون استقالة الموظف صادرة عن إرادة حرة أي بمحض إرادته و اختياره ، و بالتالي إذا ثبت أن الاستقالة تحت ضغط أو إكراه كانت الاستقالة باطلة ، و كذلك لو صدر طلب الاستقالة عن إرادة غير واعية أو غير مدركة لنتائج أفعالها ، كما لو صدرت تحت تأثير المرض الشديد الذي يمنع التعبير الصحيح عن الإرادة كإصابة الموظف بمرض ، أو أن الاستقالة تمت بإرادة غير مدرك للنتائج المترتبة عنها .

و لذلك و نظرا لأن الاستقالة تصرف قانوني مبني أساسا على إرادة الموظف العام و رغبته في إنهاء العلاقة الوظيفية ، كان لا بد أن تخلو هذه الإرادة من كل العيوب لا سيما عيب الإكراه سواء المادي أو المعنوي ، و بالتالي يجب أن يكون طلب الاستقالة صادر عن إرادة الموظف الصحيحة بحيث أن لا يكون قد شابها أي عيب من عيوب الإرادة ، فغالبا ما يقوم القاضي الإداري بإلغاء القرارات الصادرة بقبول استقالات الموظفين إذا ثبت عدم إعلام الموظف بنتائج تصرفه أو أنه قد تعرض لضغوطات ، و ذلك راجع للأثار الهامة

¹-عبد اللطيف سيد رسلان عودة ، مرجع سابق ، ص 162 .

عن الاستقالة و تأثيرها عن الحياة المهنية للموظف¹، و يترتب على إلغاء قبول الاستقالة اعتباره كان لم يكن ، و بالتالي يزول القرار و كافة الآثار القانونية المترتبة عنه ، مما يلزم الإدارة بتمكين الموظف من كل الحقوق و الامتيازات التي كان يتمتع بها قبل قبول الاستقالة ، فضلا عن حقه في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر .

و عليه فإن إرادة الموظف تلعب دورا هاما وبارزا في الاستقالة ، لذلك يجب خلوها من كل العيوب التي يمكن أن تشوبها لا سيما عيب الإكراه ، لأن التحاق الموظف بالوظيفة العامة يكون بإرادة حرة و سليمة ، و أيضا مغادرته للوظيفة يجب أن يكون بالإرادة الحرة و في الوقت الذي يقرر فيه أن مصلحته تقتضي ترك الخدمة .

د- ان يكون الطلب الاستقالة فردي :تعتبر الاستقالة حق ثابت للموظف يجب أن يمارس في إطار القانون ، حيث يلتزم بتقديم طلب فردي و ليس جماعي يعلن فيه أن إرادته الصريحة في قطع علاقته بالوظيفة بصفة نهائية ، كما يجب أن يمارس هذا الحق بصفة فردية في الوقت الذي يقدر فيه أن مصلحته تكمن في مغادرة الوظيفة العامة ، لأن ممارسة هذا الحق بشكل جماعي يعد خروجا عن المنطق القانوني الذي شرعت من أجله الاستقالة ، كما يعد تعسفا في استعمال هذا الحق و يتعارض بشكل صارخ مع مبدأ ثابت و هو مبدأ استمرارية المرافق العامة و سيرورتها بانتظام و اطراد ، لذلك فقد جرمت الاستقالة الجماعية في أغلب التشريعات المقارنة ، كما جرمها المشرع الجزائري في قانون العقوبات المادة 115 منه .

هـ- استمرار الموظف في أداء عمله إلى حين صدور قرار الجهة المختصة ، حيث أجمعت مختلف قوانين الوظيفة العامة السابقة ، على وجوب استمرار الموظف المستقيل في أداء مهامه إلى حين صدور قرار الجهة المختصة بالتعيين ، و ذلك من أجل الحفاظ على استمرارية المرفق العام ، و هذا ما أقرته المادة 219 من الأمر 03/06 ، و قد حدد المشرع مدة شهرين للسلطة المختصة لاتخاذ قرارها بشأن طلب الاستقالة ابتداء من تاريخ إيداع الطلب حسب المادة 1/220 ، الملاحظ من هذه المادة أن المشرع عندما أعطى الإدارة مدة شهرين لاتخاذ قرار الاستقالة هو الحفاظ على مبدأ استمرارية المرفق العام بانتظام و اطراد أولا ، لان بمجرد قبولها الطلب يؤدي إلى توقف المصالح العمومية و بالتالي يختل التوازن

¹-أنور أحمد رسلان ، مرجع سابق ، ص 442 .

المرفقي ، كما أضاف مدة شهرين آخرين إذا استدعت الضرورة القصوى في حالة عدم تمكن الإدارة من البديل ، و أن المعني بالاستقالة يجب أن ينهي معاملته الواجبة عليه و تمريرها إلى غيره حسب ما تقتضيه الإجراءات القانونية ، و بالتالي أربعة أشهر كافية في نظرنا للحفاظ على سير المرفق العام .

ثانيا- في ظل التشريع المصري:بناء على نص المادة 97 من القانون 47 لسنة 1978 بشأن العاملين المدنيين بالدولة يمكن أن نستخلص أهم الشروط التي يجب توفرها في الاستقالة في التشريع المصري و التي تتمثل في¹:

- أن يكون طلب الاستقالة مكتوبا و من ثم لا تقبل الاستقالة الشفوية.
- أن يكون طلب الاستقالة صادرا عن إرادة صحيحة، بمعنى لا يكون قد لحق بإرادة الموظف عيب من عيوب الإدارة.
- أن لا يكون طلب الاستقالة معلقا على شرط أو مقترنا بقيد.
- استمرار العامل في عمله حتى قبول الاستقالة .
- أن لا يكون العامل محال إلى المحاكمة التأديبية .

و في الأصل أنه لا يشترط في الاستقالة أن تتقيد بصيغة أو بألفاظ معينة بل يستفاد من أية عبارة على رغبة العامل اعتزال الخدمة ، بشرط تكون هذه العبارات واضحة لا لبس فيها و لا غموض وتقيد جدية العامل في تقديم استقالته ، أي تدل على رغبة العامل الجدية في ترك الخدمة².

و بالإضافة إلى الشروط التي تطلبها المشرع المصري في طلب الاستقالة السالف الذكر ، فإنه يتوجب على العامل الاستمرار في عمله حتى قبول الاستقالة و ذلك تحقيقا للمصلحة العامة ، و من ثم لا يجوز للعامل الانقطاع عن العمل بمجرد تقديم الاستقالة و إلا تعرض للمساءلة التأديبية، كما لا يمكن أن تقبل استقالة الموظف المحال إلى المحاكمة التأديبية سواء كانت الإحالة إلى المحاكمة سابقة أو لاحقة لطلب الاستقالة³.

¹- أحمد رسلان ، مرجع سابق ، ص 441 .

²- مرجع نفسه ، ص 442.

³- شريف يوسف خاطر ، الوظيفة العامة ، دراسة مقارنة ، ط2 ، دار النهضة العربية ، مصر 2009/2008 ، ص 290

و يبقى للجهة الإدارية أن تتخذ إحدى المواقف إزاء طلب الاستقالة، فإما أن تصدر قرار قبول الاستقالة أو لا تتخذ أي موقف، و إذا استمر هذا الموقف لمدة ثلاثين يوم من تاريخ تقديم طلب الاستقالة اعتبرت الاستقالة مقبولة، أو أن تصدر قرار بإرجاء قبول الاستقالة خلال مدة الثلاثين يوم للمصلحة العامة شريطة أن لا تزيد مدة الإرجاء عن خمسة عشر يوم، و تنتهي خدمة العامل بانتهاء مدة الإرجاء.

و في كل الأحوال فإن الموظف ملزم بالاستمرار في أداء مهامه، إلى حين صدور قرار الجهة الإدارية أو انتظار فوات الآجال المحددة، لان استمرار الموظف المستقيل في أداء مهامه إلى حين البث في طلب الاستقالة يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتكليف القانوني للاستقالة باعتبارها تتسم بالطابع اللائحي، فبمجرد تقديم الموظف الاستقالة لا تنتهي معه خدمة الموظف، بل يظل موظفاً بالحكومة لا تتقطع صلته بها إلا بالقرار الصادر بقبول استقالته أو بانقضاء مدة الثلاثين يوماً على تقديمها دون قبول الجهة الإدارية أو عدم قيام الإدارة بإرجاء قبولها¹.

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت الاستقالة حق للموظف العام فله أن يقدم طلب استقالته إلى الجهة الإدارية، فإن له أيضاً أن يعدل عن طلبه بحريته و اختياره شريطة أن يتم ذلك قبل صدور قرار الجهة الإدارية بقبولها، و ذلك لأن طلب الاستقالة هو ركن السبب في القرار الصادر بقبولها، فيلزم صحة هذا القرار أن يكون الطلب قائماً لحين صدور القرار الإداري بقبول الاستقالة، فإذا ما عدل الموظف عن طلب استقالته قبل صدور قرار قبولها أضحى من غير الجائز إنهاء خدمته لذلك السبب، و إلا عد القرار الصادر بقبولها غير قائم على أساس يبرره و يستند إليه.

و لقد اشترط المشرع المصري للعاملين المدنيين بالدولة وجوب إنذار الموظف العام المنقطع عن العامل كتابة خلال المدة القانونية، المحددة بالمادة 97 من القانون رقم 47 لسنة 1978.

¹ - ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، لبنان، 1987، ص، 939، نقلاً عن عبد اللطيف السيد رسلان عودة، مرجع سابق، ص، 204.

ثالثا- في ظل التشريع الفرنسي : لم يختلف التشريع الفرنسي عن التشريعات الأخرى كثيرا حيث تشترط في الاستقالة مايلي¹:

- أن يكون طلب الاستقالة مكتوبا من طرف صاحب الشأن.
- أن يكون طلب الاستقالة صادرا عن إرادة الصريحة في ترك خدمته أو إدارته.
- أن لا يكون طلب الاستقالة معلقا على شرط أو مقترنا ب قيد.
- استمرار العامل في عمله حتى قبول الاستقالة (يجب أن تصدر السلطة المختصة قرارا خلال أربعة أشهر ابتداء من تاريخ تسلم الطلب.

الفرع الثاني : القيود الواردة على الاستقالة

بالرغم من أن مختلف التشريعات قد استقرت على أن الاستقالة حق ثابت للموظف العمومي و أن دخول الوظيفة مرتبطة برضاء الموظف العام ، إلا أن هذا الحق كباقي الحقوق قيده مختلف التشريعات ، و هذا بغرض الموازنة بين المصلحة الشخصية للموظف و ضمان استمرارية سير المرفق العام بانتظام و اطراد و من خلال هذا الفرع سنتطرق إلى أهم القيود الواردة على حق الاستقالة .

أولا- حظر الاستقالة الجماعية : لقد نص المشرع المصري في المادة 124 من قانون العقوبات على أنه " إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين أو المستخدمين العموميين عملهم و لو في صورة الاستقالة أو امتنعوا على تأدية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين على ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك عوقب كل منهم بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر و لا تتجاوز سنة و بغرامة لا تزيد عن مائة جنيه " و يضاعف الحد الأقصى للعقوبة إذا كان الترك أو الامتناع من شأنه أن يجعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم في خطر ، أو كان من شأنه أن يحدث اضطرابا بين الناس أو ضرر بالمصلحة العامة²، كما جرمها المشرع الجزائري في قانون العقوبات المادة 115 منه القسم الثالث المعنونب" تواطؤ الموظفين " ما دام كان الهدف من ورائها عرقلة السير الحسن للمرفق العام ، حيث تنص على أن "القضاة و الموظفون الذين يقرون بعد التشاور فيما بينهم تقديم استقالتهم

¹- عبد اللطيف السيد رسلان عودة ، مرجع سابق ، ص ص 187-191.

²- عبد اللطيف السيد رسلان عودة ، مرجع سابق ، ص 344.

بغرض منع أو وقف قيام القضاء بمهمته أو سير مصلحة عمومية يعاقبون بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات "

و في فرنسا كان قد عاقب المشرع على هذا النوع من الاستقالة و ذلك في المادة 126 من قانون العقوبات الفرنسي، فهذه المادة عاقبت الموظفين الذين يتفقون على ترك وظائفهم بالاستقالة دفعة واحدة.

و القضاء جاء مؤيدا لما جاء به المشرع من فرض العقوبات على الذين يقدمون استقالة جماعية.¹

على الرغم من الخطورة التي تشكلها الاستقالة الجماعية على سير المرفق العام بانتظام و اطراد إلا أننا نجد أن المشرع الأردني لم يعاقب على الاستقالة الجماعية.² إن ممارسة الاستقالة بشكل جماعي قد يخرج عن معنى الاستقالة و يقترب من معنى الإضراب و الاحتجاج و يتنافى بشكل صارخ مع مبدأ ديمومة سير المرفق العام بانتظام و اطراد.

ثانيا- الإحالة على المساءلة التأديبية: تمثل الإحالة على المحاكمة التأديبية قيدا حقيقيا على الجهة الإدارية في قبول استقالة الموظف العام المحال عليها فقد حظر المشرع المصري في قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1978 قبول استقالة الموظف في حالة إحالته إلى المحاكمة التأديبية ، حيث نصت المادة 97 منه و التي تنظم أحكام الاستقالة الصريحة على أنه "إذا أحيل العامل للمحاكمة التأديبية فلا تقبل الاستقالة إلا بعد الحكم في الدعوى بغير جزاء الفصل أو الإحالة إلى المعاش " و نصت المادة 98 على أنه يجوز اعتبار العامل مستقila في جميع الأحوال إذا كانت اتخذت ضده إجراءات تأديبية خلال الشهر التالي لانقطاعه عن العمل ، أو لالتحاقه بالخدمة في جهة أجنبية³ ، فحين المشرع الجزائري ومن خلال الأمر رقم 03/06 المتعلق بالقانون العام الأساسي للوظيفة العمومية قد نص على خضوع الموظف الذي قدم طلب استقالته و لم يصدر بعد قرار قبولها من الجهة الإدارية المختصة إلى المساءلة التأديبية نظرا لأنه لا يزال يتمتع بالصفة الوظيفية

¹ -طعيمة الجرف ، مرجع سابق ، ص 325 .

² -حمدي سليمان القبيلات ، انقضاء الرابطة الوظيفية في غير حالة التأديب (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان ، 2003 ، ص 185 .

³ -محمد السيد الدماطي ، نظام التكليف في الوظائف العامة ، مجلة العلوم الإدارية ، العدد الأول 1972 ، ص 147 ، نقلا عن عبد اللطيف السيد رسلان عودة ، مرجع سابق ، ص 315 .

الفصل الأول: الضمانات التشريعية لاستمرارية المرفق العام

التي هي مناط التأديب وفقا لنص المادة 160 من نفس الأمر ، و بالتالي فإن تحريك الدعوى التأديبية ضد الموظف لا تعد قيذا يمنع الجهة المختصة من قبول استقالة الموظف في التشريع الجزائري ، و هذا على غرار التشريع المصري الذي يعتبر الإحالة على المحاكمة التأديبية قيذا يمنع الجهة المختصة من قبول الاستقالة .

ثالثا- حظر استقالة المكلف و المتعهد بالخدمة : يقصد بالتكليف أن تقوم الإدارة بإلزام بعض الأفراد مما تحتاج إليهم بالقيام بخدمتها جبرا عنهم و لمدة محدودة و ذلك لحاجتها الملحة إلى خدماتهم أما المتعهدين بالخدمة فهم طائفة من الموظفين العموميين يلتزمون بخدمة جهة معينة التزاما قانونيا يفرضه القانون أو بناءا على تعهدهم و عليه فإن المشرع المصري منع كل الطوائف من الاستقالة بالرغم من أنها حق مشروع اعترف به في قانون العاملين المدنيين للدولة ، لكن المنع يعتبر استثناء و لمدة محددة و مرتبط بصفة مباشرة بضرورات المصلحة العامة و مبدأ الحفاظ على خدمات المرفق العام .

المبحث الثالث : حماية المال العام

تستعين الإدارة بالعنصر البشري عند ممارستها لوظائفها و المتمثل في الموظفين و العمال ، فهي لا تستطيع بواسطة العنصر البشري وحده تحقيق غايتها بل لابد من أن تكمله بالعنصر المالي الذي يتمثل في الأموال العامة و بالتالي إن المرفق العام أثناء سيره و تأديته للخدمة المقصودة و تلبية الحاجات العامة يستدعي ذلك كله موارد بشرية و موارد مالية ، حيث أن الموارد المالية في كل مشروع تعد العصب الحساس في نجاحه و استمراريته إذ نجد أن الموارد المالية الخاصة بالمرفق العام لها صبغة خاصة و هي صبغة العمومية التي أصبغها عليها الفقه و القضاء و التشريع هذا كله ضمانا لمبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام و اطراد ، و بالتالي فإن تخصيص مال معين لتحقيق أهداف النفع العام يقتضي بالضرورة تكريس الحماية اللازمة له حتى لا تتعطل الغايات المرجوة منه .

و للمزيد من التفصيل، تناولنا في هذا المبحث مطلبين أساسيين هما :

المطلب الأول : الأساس القانوني للمال العام .

تعتبر أموال المرفق العام الوسيلة المادية التي تسعى بها الجهات الإدارية على ممارسة نشاطها لخدمة الصالح العام و من المجمع عليه فقها و قضاء و قانونا أن المال

العام للدولة هو كل شئ تملكه الدولة من عقار و منقول أو أي شخص اعتباري عام يكون مخصصا للنفع العام بالفعل أو بمقتضى القانون ، فمعيار المال العام هو الضابط الذي يميز المال العام عن المال الخاص المملوك للأفراد أو الدولة ، أو هو تحديد و تعريف المال العام الجدير بحماية القانون الإداري على نحو استثنائي مخالف للقانون الخاص و سنرى هذا المعيار في القانون الجزائري (فرع أول) و التشريعات المقارنة (فرع ثاني) .

الفرع الأول : في ظل التشريع الجزائري

يقصد المشرع بالأموال الوطنية في المادة 18 من دستور 2016¹ " الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية ، و تشمل باطن الأرض ، و المناجم و المقالع" و عملا بالمادة 2/20 من نفس الدستور و التي نص على مايلي " و تتكون من الأملاك العمومية و الخاصة التي تملكها كل من الدولة و الولاية و البلدية ."

نستنتج منها أن الأملاك الوطنية تشمل على مجموع الأملاك و الحقوق المنقولة و العقارية التي تحوزها الدولة و جماعاتها الإقليمية في شكل ملكية عمومية أو خاصة ، فقد أخذ المشرع بمبدأ ازدواجية الأملاك الوطنية و ازدواجية الملكية " عامة و خاصة " ، و تجسيدا لمبدأ الإقليمية الذي تبناه المؤسس الدستوري فإنه لا تدرج ضمن الأملاك الوطنية سوى الأملاك التابعة للأشخاص المعنوية المتمتعة بإقليم أي الدولة و الولاية و البلدية .

و بالتالي استبعاد ممارسة حق الملكية الإدارية المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، و كذا المؤسسات الاقتصادية و الشركات العمومية، فلا يمكن لهذه الأخيرة استعمال الأملاك الوطنية إلا عن طريق التخصيص أو العقد (عقد الامتياز)

تنص المادة 688² من القانون المدني على أنه " تعتبر أموالا للدولة العقارات و المنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة ، أو لإدارة ، أو لمؤسسة عمومية أو لهيئة لها طابع إداري....." ، و يبدو أن المشرع الجزائري اقتصر

¹ - قانون رقم 01/16 ، مؤرخ في 06 مارس 2016 ، يتضمن التعديل الدستوري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 14 صادرة 07 مارس 2016 ، ص 3.

² - الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 78 ، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 ص 989.

على امتلاك الدولة للأموال سواء كانت عامة أو خاصة ، فجاء هذا النص مطلقا كما أنه لا يعترف إلا بملكية الدولة وحدها دون الأشخاص الاعتبارية الأخرى للأموال العامة و إنما يأخذ بنظرية وحدة الأموال العامة ، لذلك يرى " الأستاذ أعمر يحيوي في كتابه نظرية المال " أنه ينبغي إعادة النظر في نص المادة 688 من القانون المدني ، حيث استعمل النص العربي التخصيص لمصلحة عامة في حين النص الفرنسي استعمل التخصيص لاستعمال عام ، و تستبدل عبارة مصلحة عامة " باستعمال عام " ، لأن مصلحة عامة عبارة واسعة يندرج فيه التخصيص لاستعمال عام و التخصيص لإدارة أو لمؤسسة عامة .

أما بالنسبة للمادة 12 من القانون 30/90¹ المتعلق بالأموال الوطنية فقد نصت على أنه " تتكون الأملاك الوطنية العمومية من الحقوق و الأملاك المنقولة و العقارية التي يستعملها الجميع و الموضوعة تحت تصرف الجمهور إما مباشرة و إما بواسطة مرفق عام شريطة أن تكيف في هذه الحالة ، بحكم طبيعتها أو تهيئتها " .

و وفقا لهذا النص فإنه تعتبر أموالا عامة تلك المخصصة لاستعمال الجمهور مباشرة أو عن طريق مرفق عام ، كما إن المشرع قد تبنى معيار طبيعة المال لتحديد معنى المال العام حين ذكر في الفقرة الأخيرة من المادة 12 " على أن الأموال العامة هي أموال غير قابلة للتملك الخاص " إلا أن هذه الفكرة لا تعد مقياس لأن عدم القابلية للتملك هي نتيجة لتخصيص المال العام للنفع ، و ليست وسيلة لإضفاء الصفة العامة للمال .²

الفرع الثاني: في ظل التشريعات المقارنة.

أولاً- في القانون الفرنسي : لو رجعنا إلى القانون المدني الفرنسي ، لوجدناه يتناول الأموال العامة في المواد 538 إلى 541 ، حيث تنص المادة 538 على أنه " تعتبر أموالا عامة الطرق و الشوارع التي تتكلف بها الدولة ، الأنهار و الجداول الصالحة للملاحة أو القابلة للعوام ، شواطئ، طروح و محاسر البحر ، الموانئ ، المراسي ، و عموما كل أجزاء الإقليم الفرنسي غير القابلة للتملك الخاص"³

¹ -قانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بقانون الأملاك الوطنية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 25 ، الصادر في 25 ديسمبر 1990.

² -عمر يحيوي ، نظرية المال العام ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2002، ص11.

³ - نفس المرجع ، نفس الصفحة .

و تنص المادة 539 على أنه " تنتمي إلى الأموال العامة، كل الأملاك الشاغرة و بدون مالك، و التي لا وارث لها أو التركات التي تخلى أصحابها عنها"¹

أما المادة 540 فتتضي أن " تدخل كذلك ضمن الأموال العامة، أبواب و جدران، خنادق و أسوار الحصون و القلاع الحربية "

أما المادة 541 فتتص على انه " و تنتمي إلى الدولة الأراضي و الحصون الحربية التي فقدت صفتها و لم يتصرف فيها بشكل مقبول أو لم تنتف ملكيتها لها ."

كما راح الفقه الفرنسي يبحث عن حقيقة هذه الأموال، و طرح معايير عديدة ميز بها بين الأموال العامة و الخاصة التابعة للأشخاص العامة ، حيث ما توصل إليه الفقهاء الفرنسيون في الآراء الثلاثة :

• الرأي الأول: يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن الأموال العامة هي المخصصة للجمهور مباشرة كالطرق و الأنهار و البحار.²

و لكن ما يعاب على هذا الاتجاه أنه أخرج الأموال المخصصة للمرافق العامة من دائرة الأموال العامة.

• الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أن الأموال العامة تتمثل في الأموال المخصصة للمرافق العامة.³

غير أنه لا يمكن الاعتماد على هذا المعيار لأنه أخرج الأموال الموضوعة تحت التصرف المباشر للجمهور من نطاق الأموال العامة .

و يظهر قصوره كونه يعتبر كل أموال المرافق العامة أموالا حتى لو كانت بسيطة أو قليلة الأهمية كالأقلام و المساطر و الورق.

أمام هذا النقد ، حاول أنصار هذا المذهب تصحيح خطئهم ، و قالوا أن المال العام هو الذي يكون ضروريا لسير المرفق العام ، و يؤكدون أن القطار في مرفق النقل

¹ - عمر يحيوي، مرجع سابق، ص 12.

² - عبد العزيز السيد الجوهري ، محاضرات في الأموال العامة - دراسة مقارنة -، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1983 ، ص 08 .

³ - عمر يحيوي، مرجع سابق، ص 08.

بالسكك الحديدية يعد لازماً لأداء مهمة النقل ، لكن مباني المحاكم أو المدارس ليست جوهرية للقيام بنشاط العدالة أو التعليم ، لكن هذه المحاولة لسد النقص غير مجدية نظراً لإهمال أموال عامة أخرى تتمثل في المباني التي تأوي المرافق العامة ، فلا يقبل إطلاقاً التسليم بأن هذه المباني غير ضرورية لقيام المرافق المختلفة بنشاطاتها المتعددة ، فهل يمكن التعليم أو الجلوس لمحاكمة جزائية أو مدنية في الغابة أو في أحد الحقول¹.

● الرأي الثالث : يعتقد الفقيه أندري هورية أن الصفة العمومية للمال العام ترتبط أساساً بفكرة التخصيص للنفع العام ، و هو معيار مزدوج يجمع في آن واحد بين التخصيص للاستعمال المباشر للجمهور و التخصيص للمرفق العام ، و لكن ينكر الصفة العامة لبعض الأموال رغم تخصيصها للنفع العام (مثل الأرصدة النقدية) لأنها لا تخضع لنظم قانونية خاصة .

حيث يلاحظ في هذا الاتجاه أوجه النقص كالتالي شابت الرأيين السابقين ، و عليه فإن معيار التخصيص للنفع العام يعتبر أعم و أشمل منهما ، و تندرج بموجبه في الأموال العامة كل الأموال الموضوعة تحت التصرف المباشر للجمهور و الأملاك المخصصة لمختلف المرافق العامة .

إلا أن القضاء الفرنسي بدوره لم يدخر أي جهد لوضع معالم المال العام ، حيث يضيف مجلس الدولة الفرنسي الصفة العامة على المال على أساس معيار التخصيص للنفع العام ، سواء كان التخصيص للنفع العام لاستعمال الجمهور أو لخدمة مرفق عام . و هناك أموال يبدو أنها لا تخضع لهذا المعيار ، و لكن يعتبرها القضاء الفرنسي أموالاً عامة بالتبعية ، فإذا وجدت علاقة مادية بين مال معين و بين مال عام معين ، فيجب إلحاق الأول بالثاني ، و من أمثلة ذلك أعمدة الإعلانات التي تقام على الطريق العام ، و إذا لم توجد هذه العلاقة المادية المباشرة ، فيكون البحث عما إذا كان المال الأول صالحاً للمال الثاني ، و إن كان كذلك عد مالا عاما و العكس بالعكس².

و تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة يشترط لتخصيص المال لمرفق عام أن يكون هذا المال لغرض المرفق ، سواء بحكم طبيعته أو بمقتضى تهيئة خاصة .

¹ - عمر يحيوي، مرجع سابق، ص 13

² - مرجع نفسه ، ص 15.

إلا أنه سرعان ما مد شرط التهيئة الخاصة إلى الأموال المخصصة للجمهور ، كما هو الحال بالنسبة للمنزهات العامة ، بعض الشواطئ و حظائر إيقاف السيارات .

ثانيا- في القانون المصري : نصت المادة 87 من القانون المدني المصري على مايلي " تعتبر أموالا عامة العقارات و المنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، و التي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص و هذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم" ، كما نصت المادة 88 على مايلي "تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، و ينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال العامة" .

ومن خلال هاتين المادتين يتضح أن هناك شريطين لاعتبار المال عقارا أم منقولا يخضع لأحكام القانون الإداري: ¹

أ- أن يكون هذا المال عقارا أو منقولا مملوكا للدولة أو لشخص معنوي آخر غير الدولة ، كإحدى البلديات أو إحدى المؤسسات العامة أو المصالح المستقلة أو الهيئات العامة ، و من ثم الأموال المملوكة للجمعيات الخيرية أو الأوقاف الخاصة أو النوادي أو الشركات لا تعتبر أموالا عامة إطلاقا ، لان الهيئات أشخاص القانون الخاص .

ب- كما يشترط أيضا أن يكون هذا المال المملوك للدولة أو أحد الأشخاص العامة الأخرى مخصصا للمنفعة العامة .

و قد حدد نص القانون أداة تخصيص المال العام لمنفعة العامة²:

*فقد يكون التخصيص للمنفعة العامة بالفعل أي بحكم الواقع، أي دون حاجة لقانون أو قرار، و مثال ذلك شواطئ البحار و الشوارع و الحدائق العامة و المقابر .

*و قد يكون أداة التخصيص هو بالأسلوب الرسمي ،أي بمقتضى قانون أو مرسوم أي قرار جمهوري (بالنسبة لمصر) أو بقرار من الوزير المختص ، و مثال ذلك أن يصدر قانون أو قرار جمهوري بتخصيص مال خاص للدولة كأرض مثلا لانتفاع جامعة حكومية و مصلحة التعليم الجامعي فيها ، فهذا التخصيص تم بأسلوب رسمي .

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب ، مرجع سابق ، ص 673.

² - نفس المرجع ، نفس الصفحة .

كما تجدر الإشارة أن نص المادة 87 المشار إليها لم تحدد صور التخصيص للمنفعة العامة ، و إنما اكتفى بالمعيار أو المبدأ و هو أن يكون المال مخصصا لمنفعة عامة ليصبح مالا عاما بجانب شرط أن يكون المال العام مملوكا للدولة أو شخص معنوي عام آخر.

و الواقع أن الفقه و أحكام القضاء الإداري قد أشارا أيضا إلى تلك المسألة و هي صور التخصيص للمنفعة العامة ، و من صور هذا التخصيص مايلي :

1- أن يكون التخصيص لاستعمال الجمهور مباشرة : مثل الحدائق العامة المفتوحة لكل المواطنين و أيضا الحدائق العامة المخصصة لفئة من المواطنين كحدائق الأطفال ، و ساحات عامة للشباب لممارسة الرياضة ، و مثال ذلك أيضا الطرق و الجسور و الشوارع و شواطئ البحر و ضفاف الأنهار.

2- أن يكون التخصيص لخدمة المرفق العام :مثل مباني الوزارات و المصالح العامة ، و مثل السكك الحديدية، و القلاع و الحصون العسكرية ، و المدارس العامة و مباني كليات الجامعة الحكومية، و يلاحظ أن المباني الحكومية مثلا و المدارس و الكليات يستخدمها قطاعات من الجمهور ، و لكنها ليست مقصودة ذاتها للاستخدام العام المباشر ، فإذا دخلها بعض الجمهور فهم فقط المنتفعون بخدمات المرفق العام المرصود له المبنى، فالمال العام في هذه الصورة الثانية إذن مخصص لخدمة المرفق نفسه و لأداء الخدمات التي ينشأ من أجلها .

كما تجدر الإشارة على أنه نصت المادة على 88 من القانون المدني المصري بقولها " تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، و ينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم (قرار من رئيس الجمهورية) أو بقرار من الوزير المختص ، أو بالفعل أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة "

و هكذا بناء على نص المادة يتم تخصيص المال العام للمنفعة العامة بالفعل أي بحكم الواقع ، أو بطريق رسمي أي بقانون أو بقرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص ، كذلك يفقد المال العام صفته للنفع العام بذات الطريقين أي بإحدهما : و هو إما بالفعل ، أو بالطريق الرسمي أي بقانون أو بقرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص ،

ففي هذه الحالة يتجرد المال من صفة المال العام بانتهاء تخصيصه للمنفعة العامة، و يصبح في هذه الحالة مالا خاصا من أموال الدولة الخاصة التي تعامل كأصل عام مثل أموال الأفراد.

المطلب الثاني : الحماية الاستثنائية للمال العام

كما سبق و أن أشرنا فإنه أموال المرفق العام تعتبر من الأموال العامة و من أجل أداء المرفق العام لمهامه و تلبية لاحتياجات الجمهور ، أضفى المشرع الجزائري أو التشريعات المقارنة حماية خاصة و متميزة على أملاك و أموال الإدارات العامة سواء كانت حماية مدنية أو جنائية .

و من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى الحماية المدنية (فرع أول) والحماية الجنائية لأموال و أملاك الإدارة العامة (فرع ثاني) .

الفرع الأول: الحماية المدنية.

يقصد بالحماية المدنية الأحكام التي تضمنها القانون المدني لتأمين المال العام و توفير الحماية له ليؤدي دوره المخصص له في خدمة المنفعة العامة على وجه أفضل و قد نص القانون الجزائري على الأموال و أملاك الإدارة العامة المخصصة للمنفعة العامة في المادة 688 منه و كما نصت المادة 689 من القانون المدني¹ على " لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم ، غير أن القوانين التي تخصص هذه الأموال لإحدى المؤسسات المشار إليها في المادة 688 تحدد شروط إدارتها ، و عند الاقتضاء شروط عدم التصرف فيها "، و من المادة 04 من القانون 03/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالأملاك الوطنية التي تقضي بأن الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف ولا للتقادم ، و لا للحجز ، كما نصت على عناصر هذه الحماية المادة 87 من القانون المدني المصري في فقرتها الثانية " الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها و لا تملكها بالتقادم" كما أقر الفقه و القضاء الفرنسي عناصر هذه الحماية و المتمثلة في:

¹- الأمر رقم 58/75، مرجع سابق، ص 990.

أولاً- عدم قابلية التصرف في المال العام : تنطبق هذه القاعدة على العقارات و على المنقولات طالما كانت مخصصة للمنفعة العامة ، و هذه الأخيرة تشمل جميع التصرفات القانونية التي يكون من شأنها المساس بفكرة تخصيص المال للمنفعة العامة ، و من ثم فإنه ليس فقط لا يجوز بيع المال العام و إنما لا يجوز كذلك هبته أو الإيضاء به أو ما شابه ذلك لأن مثل هذه التصرفات تنقل ملكية المال العام من ذمة الدولة إلى ذمة الأفراد ، و إن فعلت ذلك فإن تصرفاتها باطلة بطلاناً مطلقاً حتى و لو استوفى العقد إجراءات الشهر العقاري ، لأن القاعدة عدم جواز التصرف في المال العام ، فهي قاعدة ليست مقررة لحماية مصلحة الإدارة و إنما لحماية المنفعة العامة التي خصص لها المال و لحماية النظام في الدولة.¹

كما تجدر الإشارة أن هذه القاعدة وضعت من أجل حماية المال العام حتى يحقق الغاية و هي تحقيق النفع العام المخصص له المال ، سواء كانت هذه المنفعة العامة استعمال الجمهور أو خدمة المرفق العام ، ذلك لو سمح مثلاً للإدارة ببيع المال العام أو لإيجاره أو هبته مجاناً ، فهذه التصرفات تؤدي إلى خروج المال من ذمة الدولة إلى ذمة الغير مما يمثل إهداراً للمنفعة العامة التي خصص لها المال العام.²

و هكذا فإن قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام تشمل التصرفات المدنية طبقاً للقانون المدني المصري ، البيع أو الهبة أو الوصية أو الرهن أو الإيجار ، لأنها إما تخرج من المال العام إلى الغير أو تعطل المال العام أو تحبسه عن أداء المنفعة العامة .

و بناء على ذلك فإن قاعدة عدم جواز التصرف لا تتضمن التصرفات الإدارية في المال العام طبقاً للقانون الإداري ، لأنها لا تؤدي إلى تعطيل أداء وظيفة المال العام و هي تحقيق المنفعة العامة .

ومن الجائز كذلك إبرام عقد امتياز استغلال مرفق عام يكون محله مال عام ، لأن هذا العقد الإداري يستهدف إدارة و استغلال المرفق العام مما يعني أن المال مازال عاماً

¹-محمد علي الخلايلة ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، ط1، دار الثقافة ، الأردن ، 2012، ص 153،152

²- محمد رفعت عبد الوهاب ، مرجع سابق ، ص، 684 .

يحقق المنفعة العامة للمرفق العام الذي يديره الملتزم و هو شركة خاصة بناء على عقد الامتياز أو الإلتزم.

ثانيا- عدم جواز تملك المال العام بالتقادم: إن حكمة القاعدة التي تقضي بعدم جواز التصرف في المال العام ، و هي منع انتقال ملكية المال العام للغير من الأفراد ، هذه الحكمة ذاتها تقتضي من باب أولى أنه لا يجوز للأفراد اكتساب ملكية المال العام بالتقادم أي بحيازته ووضع اليد عليه لمدة من الزمن ،لأنه يترتب على التقادم بمرور الزمن انتقال ملكية المال العام للغير من الأفراد واضعي اليد على المال العام ، مما يتعارض مع تخصيصه للمنفعة العامة ، بل إن قاعدة عدم جواز تملك المال العام بالتقادم أكثر أهمية من الناحية العملية من قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام ، ذلك أن الإدارة نادرا ما تتصرف في المال العام بالبيع مثلا لعلمها بعدم جواز ذلك قبل تجريد المال العام من صفته العامة ، أما الأكثر وقوعا عملا هو تعدي الأفراد على المال العام و حيازته لأجل تملكه بالتقادم طويل الزمن¹ ، و على اثر ذلك نصت المادة 827 من القانون المدني المصري و المتعلقة بالتقادم المكسب لا تطبق على الأموال العامة ، كما يحق للإدارة أن تطالب في أي وقت بالملكية و الحيازة على الغير دون أن يحتج ضدها بسقوط حقها في رفع الدعوى بالتقادم².

ثالثا - عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام: أجمع قانونا و فقها و قضاء على عدم الحجز على المال العام و تعتبر هاته القاعدة من النظام العام ، ذلك أن الحجز ينتهي ببيع المال العام بيعا قضائيا و الحال أن البيع الاختياري ممنوع فيه ، لذلك تعتبر هاته القاعدة من النظام العام ، بمعنى آخر فالمرافق العمومية تحتاج في أدائها للخدمة المنوط بها تحقيقا للنفع العام ، كل أموال التي تعتبر الوسائل المادية التي تستعين بها على ممارسة نشاطها سواء العامة أو الخاصة فقد كان من المتفق عليها أن المرفق العام يجب أن يحال بكل الضمانات التي تمكنه من أداء وظيفته بصورة مضطرة و منتظمة لجمهور المنتفعين بخدماته تحقيقا للمصلحة العامة التي تدوب فيها كل مصلحة شخصية و تطبيقا لمبدأ عدم تعطيل المرفق العام لا يجوز التنفيذ على الأموال اللازمة لسيره عن طريق مسطرة الحجز و قد قنن

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق ، ص، 687.

² - إبراهيم أحمد الشرقاوي ، الأموال العامة و حمايتها مدنيا و جنائيا ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2012، ص 170 .

المشروع المصري هذا الاتجاه بالقانون رقم 583 لسنة 1955 و نص على أنه " لا يجوز الحجز و لا اتخاذ إجراءات تنفيذية أخرى على المنشآت و الأثاث و الأدوات المخصصة لإدارة المرافق العامة .

و نص القانون الفرنسي المؤرخ في 1790/11/22 في مادته الثامنة على أن " أموال الدولة لا تشكل ضمانا للدائنين " و نصت المادة التاسعة من القانون الفرنسي المؤرخ في 1791/08/22 على أنه " يحظر أنواع الحجز على أموال الدولة".

إذا فالأموال العامة للدولة و الأشخاص الاعتبارية العامة لا يجوز الحجز عليها تحفظيا كان أو تنفيذيا على اعتبار أن هذا الإجراء يتعارض مع مبدأ تخصيص تلك الأموال للمصلحة العامة و أن الحجز بهذا الشكل يعطل سير المرفق العام و يحول دون تنفيذه لوظيفته المتمثلة في النفع العام.

وبالتالي فلا يجوز الحجز على المال للوفاء بما قد يكون مستحقا على المرفق العام من ديون و ذلك حتى لا يعيب المرفق العام فلا من الناحية المالية في مواصلة نشاطه دون انقطاع و تسري هذه القاعدة أي كانت الطريقة التي يديرها المرفق العام سواء عن طريق الاستغلال المباشر أو عن طريق الامتياز ، رغم أن في الحالة الأخيرة بعض الأمور المستغلة في إدارة المرفق العام تكون أصلا مملوكة للملتزم (ملكية خاصة) لأن قيام الملتزم هنا على تسيير النشاط الخاص بالمرفق العام يضيف على أمواله المخصصة لتسيير المرفق العام بصيغة العمومية هذا حتى لا يتعطل النشاط الخاص بالمرفق العام باعتبار هذه الأموال و ان كانت خاصة و لكنها تشغل المرفق العام و هذا ما كرسه القضاء و العديد من النصوص القانونية منها على سبيل المثال المادة 689 من القانون المدني الجزائري السابقة الذكر، و كذا المادة 04 من القانون 90/30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالأموال الوطنية التي تنص على أن الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف و لا للتقادم و لا للحجز .

الفرع الثاني: الحماية الجنائية

إضافة إلى الحماية المدنية للأموال العامة بما فيها أموال المرافق العامة لقد خصت الأموال العامة بحماية جنائية بقصد حمايته من التعدي عليه أو للإضرار به لضمان

استمرار الانتفاع به ، فقد أضفى المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة حماية جنائية على دائرة واسعة من الأموال التي اعتبرها داخلة في نطاق الأموال العامة .

و يقصد بالحماية الجنائية الأحكام و القواعد التي نص عليها قانون العقوبات أو القوانين و الأنظمة الأخرى المتفرقة و التي تقضي تجريم التعدي على الأموال العامة و توقيع العقاب الجنائي و لقد حدد المشرع جزاءات و ذلك بهدف توفير الحماية لها من التعدي و الإضرار بها ضمنا لاستمرار المال المخصص للنفع العام و استمرارية سير المرفق العام كما جرم فعل المساس بالأموال و أموال المرفق العام خاصة إذا كانت ماسة بالاقتصاد الوطني و خصص لها عقوبات مشددة .

و القانون الجزائري نص على العديد من الجرائم التي تستهدف الأموال العامة و يعاقب عليها : كالحرائق و التخريب أو التحطيم أو التعدي على الملكية العقارية في المواد 387، 396، 407، 402، 401، 408، من قانون العقوبات و هي ليست على سبيل الحصر لأن قانون العقوبات له امتدادات تحت فصول الأحكام الجزائية الموجودة في القوانين الخاصة المتعلقة بمحل حماية الأموال العامة .

خلاصة الفصل الأول :

وكخلاصة نجد أن تطبيق هذا المبدأ يتعارض مع حريات الأفراد في ممارسة بعض حقوقهم كحقوقهم في الإضراب للمطالبة بالحقوق الاجتماعية و المهنية والذي عرف تطورا ايدولوجيا ملحوظا نتيجة التطور السياسي و الديمقراطي الذي عرفته الدول مما أدى إلى انتشاره بصفة واسعة في أماكن العمل لتحسين ظروفه و المطالبة بحقوقهم، ولم تسلم المرافق العامة من ممارسة عمالها لهذا الحق مما جعل المشرع و القضاء يتدخلان لوضع قيود وشروط لممارسته من طرف موظفي المرافق العامة ضمانا لاستمرارية تقديم خدماتها للجمهور، بتوفير الحد الأدنى من الخدمة ، وقد لاحظنا من خلال دراستنا سواء في التشريع الجزائري أو المقارن منع اللجوء إلى الإضراب على فئة معينة من الموظفين نظرا لأهمية دورهم في استمرارية الحياة العامة.

بالإضافة إلى حقهم في الاستقالة إذ تعتبر عملا مشروعاً و حقا من حقوق الموظف، غير أن الفقه و القضاء الإداري يرى أن هذا الحق مقيد بمدى تطبيق قاعدة سير المرفق العام بانتظام و اطراد الأمر الذي يستوجب من الموظف عدم ترك المنصب قبل قبول الاستقالة من الجهة المختصة ، ولكي لا يضطرب دوام حسن سير المرافق العامة بانتظام يجب أن يبقى الموظف في منصب عمله حتى تقبل أو ترفض استقالته، و هذا ما عملت به كل التشريعات (الجزائر، فرنسا و مصر)، كما يجوز للجهة المختصة أن تؤجل الموافقة للضرورة.

وكون الموارد البشرية تعد عنصرا هاما لاستمرار سير نشاط المرافق العامة استوجب وجود أموال و توفرها باستمرار مما جعل القانون يضيف عليها كما رأينا الصبغة العامة فلا يجوز الحجز على أموال المرافق العامة بما قد يكون مستحق عليها من ديون و ذلك حتى لا تحرم هذه المرافق من الأموال اللازمة لمواصلة نشاطها ،وقد أكد المشرع على هذا المبدأ كما رأينا في النصوص القانونية المادة" 689 "من القانون المدني الجزائري التي كانت واضحة و صريحة و كذلك بالنسبة للقانون المدني الفرنسي و المصري، وبالتالي فهي محصنة من الناحية المدنية وزيادة على ذلك فقد خصها المشرع أيضا بحماية جنائية حيث يفرض القانون الجنائي عقوبات مشددة على كل مساس بأموال و أملاك الدولة و المرافق العامة خاصة إذا كانت ماسة بالاقتصاد الوطني و هذا كله من أجل ضمان استمرارية سيرها بانتظام واطراد و بالتالي تحقيق الغاية المرجوة منها .

تمهيد

إضافة إلى الضمانات التشريعية التي وضعها المشرع لاستمرار المرفق العام و تحقيق المنفعة العامة التي أوجد من أجلها ، توجد ضمانات قضائية أوردتها القضاء الإداري من أجل حماية ديمومة المرفق العام و سيره بانتظام واطراد في حالة الظروف الاستثنائية والعادية، وهذا بهدف تفادي حدوث أي انقطاع أو تعطيل في سير المرفق العام لأنه سيؤدي حتما إلى نشوب أضرار بالمصلحة العامة من جهة و بحقوق الأفراد من جهة أخرى .

لهذا أوجد القضاء الإداري نظريتين كضمانات قضائية للحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واطراد وهما نظرية الظروف الطارئة التي أقرها القضاء الفرنسي لضمان استمرار نشاط المرفق العام في الحالات المفاجئة مع الحفاظ على التوازن المالي بين الإدارة وصاحب الالتزام و نظرية الموظف الفعلي الهادفة إلى تفادي توقف سير المرفق العام في الحالات الاستثنائية والعادية كحالة وجود عيب في تعيين الموظف أو في تفويضه لتسيير المرفق العام .

و من خلال دراستنا لهذه الضمانات القضائية سوف نحاول التعرف الدقيق على هذه الضمانات من خلال تقسيم الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: نظرية الظروف الطارئة

المبحث الثاني: نظرية الموظف الفعلي

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة و الموظف الفعلي

المبحث الأول: نظرية الظروف الطارئة

إن من بين الضمانات القضائية التي تضمن دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد نجد نظرية الظروف الطارئة والتي يقصد بها ظهور حوادث مفاجئة أثناء تنفيذ العقد أو ظروف خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ولم تكن متوقعة عند التعاقد فيترتب عليها إرهاب للمتعاقد مع الإدارة يخشى معه باستمرار هذه الظروف أن يعجز الملتزم عن الاستمرار في إدارة المشروع و استغلاله مما يؤدي إلى تعطيل سير المرفق العام فالعقود الإدارية هي من أهم الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة من أجل تحقيق المصلحة العامة عن طريق تنفيذها على أحسن وجه من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد و للتعرف على مضمون هذه النظرية قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين هما مفهوم نظرية الظروف الطارئة كمطلب أول أما كمطلب ثاني فسنتناول أساس و شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

المطلب الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة.

سنتناول في هذا المطلب مفهوم نظرية الظروف الطارئة من خلال نشأتها وأصولها التاريخية(فرع أول) ثم نتطرق إلى الحديث عن مختلف التعريفات (فرع ثاني) التي وردت بشأنها (فرع ثاني).

الفرع الأول : نشأة نظرية الظروف الطارئة.

لقد عرفت نظرية الظروف الطارئة تطورا ملحوظا بدءا من العصور القديمة إلى العصور الوسطى فالعصور الحديثة، ولقد كانت نشأتها في بادئ الأمر في ظل القانون العام، إذ لم يكن القضاء المدني ليوافق على تطبيقها على علاقات القانون الخاص، وقد بذلت محاولات لتطبيقها في المحاكم الفرنسية و المصرية فباءت بالفشل، أما بالنسبة للقانون العام فقد طبقها مجلس الدولة الفرنسي منذ أوائل القرن 19 وكانت أول قضية طبقت فيها

هذه النظرية هي قضية غاز مدينة بوردو ، الصادر فيها حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1916/07/30 .

فقد أخذ القضاء الإداري الفرنسي بهذه النظرية وطبقها خلال الحربين العالميتين بسبب تبدل الظروف الاقتصادية وتغيرها وتأثيرها في تنفيذ عقود التزام المرافق العامة. كما اضطر المشرع الفرنسي إلى إصدار قوانين اوجد فيها صراحة حلولاً تقوم على مبدأ نظرية الظروف الطارئة تنص على فسخ العقد أو تعديله بسبب الظروف الاقتصادية منها : قانون فايو بتاريخ 1918/01/21 ، قوانين متعلقة بالإيجار سنة 1925 و سنة 1927 و قانون شبيه بقانون فايو سنة 1949¹ .

وبالتالي فهناك علاقة وطيدة بين نظرية الظروف الطارئة وسير المرفق العام وهذا من أجل تحقيق المصلحة العامة و تقديم الخدمات للمنتفعين .

كما انتقلت نظرية الظروف الطارئة من مجلس الدولة الفرنسي إلى مجلس الدولة المصري و إلى معظم قوانين البلاد العربية .

كما سارت المحاكم المصرية على هدي أحكام محكمة النقض الفرنسية في عدائها لنظرية الظروف الطارئة² فلم تأخذ بها وبالتالي فان القانون المصري القديم لم يقر بهذه النظرية و إنما كان يسلم بالقوة الملزمة للعقد و من ثم على جميع المحاكم احترام هذا المبدأ.

وبناء القانون المدني المصري و القانون رقم 129 لسنة 1947 الخاص بالتزامات المرفق العام بمادتيه السادسة والخامسة التي يكون المشرع من خلالها قد أقر تطبيق نظرية الظروف الطارئة والعمل بها وذلك بالنسبة للعقود الإدارية والمدنية³ بالإضافة

¹ -عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة والشرايع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية، دار الفكر، بيروت، سنة 1971 ، ص 26-29، نقلاً عن أحمد يوسف عبد الرحمان بحر، نظرية الظروف الطارئة و أثرها على العقد الإداري -دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير ، كلية الشريعة و القانون في الجامعة الإسلامية غزة ، 2017 ، ص 63 .

² -محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة الزهران، القاهرة، دس، ص13.

³ -غانم هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري-دراسة مقارنة- الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، دس، ص1163.

إلى القوانين المصرية و الفرنسية جاء القانون المدني الجزائري الصادر سنة 1975 والذي نص على نظرية الظروف الطارئة في الفقرة 03 من المادة 107 .

الفرع الثاني: تعريف نظرية الظروف الطارئة.

أولاً- التعريف اللغوي.

*الظروف في اللغة : جمع ظرف ومعناه دائر على وعاء الشيء¹ و من ذلك إطلاق الظروف على الحال² .

*أما كلمة الطارئة في اللغة فهي اسم الفاعل من طرأ ومعناه جاء فجأة ومن بعيد والطارئ هو الغريب خلاف الأصلي و الطارئة هي جمع طوارئ و طارئات بمعنى الداهية³ .

وهكذا يكون معنى الظروف الطارئة في اللغة : أنها جميع الأحوال الغريبة التي

تأتي فجأة ولا يدري من أين أتت .

ثانياً- التعريف الفقهي

لقد تعددت التعريفات التي ساقها الفقه بشأن تعريف نظرية الظروف الطارئة فقد عرفها البعض بأنها : " عبارة عن ظروف وأحداث لم تكن متوقعة أثناء تنفيذ العقد الإداري أدت إلى قلب اقتصاديات العقد، إذا كان من شأن هذه الظروف أن تجعل تنفيذ العقد أكثر عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوض تعويضاً جزئياً"⁴

وعرفها البعض الآخر : "بأنها عبارة عن حوادث وظروف غير متوقعة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد ، وتؤدي إلى خسارة للمتعاقد غير

¹- المعجم الوسيط، منير البعلبكي ، لقاها ، دار النهضة ، 1994 ، ص555..

²-مرجع نفسه ، ص644 .

³- المنجد في اللغة والإعلام ، لويس معلوف ، دار المشرق بيروت ، 2015، ص462.

⁴- محمد سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية،دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ،القاها،2008 ص666.

محتملة، ففي مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئياً عن هذه الخسارة¹.

ثالثاً - تعريف نظرية الظروف الطارئة في القضاء الإداري.

نظرية الظروف الطارئة أصلاً هي من القضاء الإداري وبالتحديد مجلس الدولة الفرنسي الذي أقرها بتاريخ 1916/05/30 بشأن إنارة مدينة بوردو.

وتتلخص وقائع هذه القضية كون الشركة الملتزمة بتوريد الغاز لمدينة بوردو وأثناء تنفيذها للعقد وجدت الأسعار التي تتقاضاها ابعث بكثير من أن تغطي النفقات بعد ارتفاع أسعار الفحم المستخرج منه الغاز ارتفاعاً كبيراً عقب نشوب الحرب العالمية الأولى بحيث ارتفع سعر الفحم إلى أكثر من ثلاث أمثاله حيث كان مبلغ طن الفحم عند إبرام العقد سنة 1904م 23 فرنك فرنسي ... وفي عام 1916 كان 73 فرنك فرنسي مما استحالت معه تنفيذ الشركة لالتزاماتها التعاقدية فطلبت الشركة من بلدية بوردو المتعاملة معها رفع الأسعار من المنتفعين فرفضت هذه الأخيرة ذلك (البلدية) وتمسكت بشروط العقد استناداً إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فعرض هذا النزاع على مجلس الدولة الذي أقر فيه نظرية الظروف الطارئة كسبب لإعادة التوازن المالي للعقد .

ومن هنا يتضح أن نظرية الظروف الطارئة لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً مثل ما هو عليه في حالة القوة القاهرة، فالتنفيذ في نظرية الظروف الطارئة يبقى ممكناً ولكنه مرهق وعلى ذلك لا يعفى المتعاقد من تنفيذ العقد وله الحق في الطلب من الإدارة أن تساهم في تحمل بعض الخسائر التي تلحق به ضماناً لحماية المرفق العام واستمراره في أداء الخدمة دون انقطاع تطبيقاً لمبدأ السير الحسن للمرفق العام بانتظام واطراد².

¹ - جابر جاد نصار، عقود BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، د.س، ص 174 .

² - محمد سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص ص 375-376.

أما تطبيقات هذه النظرية في القضاء المصري فقد ذهب بها إلى أبعد من ذلك حيث قننها بتشريعه بصدور القانون رقم 129 لسنة 1947 الذي قرر في مادته السادسة انه إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدرا وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام و قواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم أن يستمر في استغلاله أو خفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول .

ولهذا النص اتخذت مصر قرار النص التشريعي لا بالنسبة للعقود الإدارية فحسب بل بالنسبة للعقود المدنية¹.

رابعا - نظرية الظروف الطارئة في الجزائر .

في الجزائر جمعت بين مفهوم القضاء الفرنسي و المصري حيث أننا نجد القضاء الجزائري يأخذ في تطبيقاته لهذه النظرية حيث حذا حذو المشرع المصري وذلك بتطبيقه نص المادة 107 من القانون المدني التي تقضي " يجب أن ينفذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام ، غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

فمن خلال تحليلنا لهذه المادة في فقرتها الثانية فإن القضاء الإداري الجزائري اخذ دائما بنص هذه المادة في أحكامه الخاصة بهذا الموضوع وأعطى في نفس الوقت السلطة التقديرية لاجتهاد القاضي في تقييم الظروف الطارئ ورد التوازن المالي للعقد الإداري حفاظا منه على رفع الضرر الذي يلحق أطراف العقد من جهة وتطبيقا لمبدأ سير حسن المرفق العام بانتظام واطراد من جهة أخرى .

¹ - محمد سليمان الطماوي ، مرجع سابق ،ص377

المطلب الثاني : أساس وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

لقد اختلف الفقه و القضاء في وضع أساس قانوني لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، فلقد وضعت معايير و أسس عديدة للأساس القانوني التي تقوم عليه النظرية و هذا ما سنوضحه في الفرع الأول كما لها شروط يجب توفيرها حتى يتمكن من تطبيق هذه النظرية ، و لا يمكن فصل أي شرط من هذه الشروط عن الآخر ، و لقد اختلف أيضا الفقهاء في تعداد هذه الشرط فهناك من قسمها إلى ثلاثة و هناك من قسمها الى أربعة و لكن سنتطرق إلى أهم الشروط التي أجمع الفقه على ضرورة توافره في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الأول : الأساس القانوني لتطبيق نظرية الظروف الطارئة .

لقد تضاربت آراء الفقهاء في تحديد الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة ، لكن سنتناول أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون العام الإداري و المتمثل في المعايير التالية :

أولاً- فكرة ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد

تقوم المرافق العامة بخدمات جوهرية و لازمة للجمهور والنظام العام، فإذا تعطلت ولو مؤقتا فسيؤدي ذلك إلى أضرار عديدة لذا كان من أهم واجبات الإدارة أن تعمل على ضمان سير المرافق العامة بانتظام واستمرار¹.

وهي الفكرة الأكثر شيوعا في أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري والقانون المدني الجزائري. فبسبب اعتماد الأفراد في حياتهم اليومية على المرفق العام الأصل أن يعمل هذا المرفق بصفة منتظمة ودائمة فإذا توقف عن أداء خدماته وإشباع حاجات الأفراد فإنه سيسبب الكثير من المشكلات لدى الأفراد داخل الدولة لذلك إذا طرأت ظروف غير متوقعة ترتب عنها إرهاب المتعاقد و يجب على الإدارة أن تهب لمساعدته والوقوف إلى جانبه²

¹ - فؤاد مهنا ، مرجع سابق ، ص 436 .

² -جعفر محمد أنس، العقود الإدارية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص192.

كذلك فإن التعويض في الظروف الطارئة يجد أساسه في مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد¹.

ولقد أقرت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا الأساس في الكثير من أحكامها ولقد نظم لهذا الرأي طائفة كثيرة من الفقهاء فهذه الفكرة ترجع أساس التعويض الذي يستحقه المتعاقد في حالة الظروف الطارئة إلى مبدأ سير دوام المرافق العامة بانتظام واطراد و ذلك أن عدم التعويض من قبل الإدارة سوف يؤدي إلى توقف المتعاقد عن القيام بالخدمات التي يحققها المرفق العام الأمر الذي يضر بالمصلحة العامة².

إلا أن هذه الفكرة لا تصلح لوحدها في جميع الحالات لتأسيس حق التعويض في نطاق نظرية الظروف الطارئة وأن هذا المبدأ لا يصلح كأساس بمفرده³ وهو ما جاء به النقاد بإضافة فكرة أخرى هي فكرة العدالة كأساس لتطبيق نظرية الظروف الطارئة إضافة لفكرة ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد.

ثانيا - فكرة العدالة

تعتبر هذه الفكرة أن الأساس القانوني لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هو قواعد العدالة ومقتضيات المصلحة العامة⁴ وتقوم هذه الفكرة لمواجهة حالات تعويض المتعاقد استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة في الحالات التي لا يمكن الاستناد فيها إلى مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد كحالة فسخ العقد وانتهاء مدته. ولقد تم انتقاد هذه الفكرة من بعض الفقهاء على أساس أنها فكرة فضفاضة وفكرة واسعة لا تصلح لتبرير النظام القانوني للعقد بصفة عامة فباعتبارها أساسا مضافا لفكرة مبدأ سير المرفق العام جسده فكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وهي كفكرة ثالثة لأساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة

¹ - محمد عبد العال السناري، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها دراسة مقارنة، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، د س، ص ص 474-475.

² - فهمي مصطفى أبو زيد، الوسيط في القانون الإداري، تنظيم الإدارة العامة، ط1، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، د س، ص 332.

³ - عبد المولى علي محمد، القانون الإداري، العقود الإدارية، ط1، مصر، د س، ص 512

⁴ - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 697.

ثالثا- فكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية

تقوم هذه الفكرة على أساس الجمع بين مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد من جهة و بين فكرة العدالة من جهة أخرى أي أنهما فكرتان مقترنتين ببعضهما أي أن على الإدارة أن تهب لمعاونة المتعاقد معها للتغلب على تلك الظروف¹ فعلى رأي الفقهاء العرب فإن التعويض يستند إلى ضرورة سير المرافق العامة و قواعد العدالة. وهي فكرة جيدة لأنها تمزج بين فكرة العدالة المجردة و بين سير المرفق العام بانتظام واطراد والتي لا تكفي وحدها كأساس لتطبيق نظرية الظروف الطارئة .

رابعا- النية المشتركة لأطراف العقد

تقوم هذه الفكرة على أن الأساس القانوني لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هو النية المشتركة للمتعاقدين إذ أن نيتها تتصرف إلى أن يتحمل الطرفان المتعاقدان آثار العقد الضارة طيلة تنفيذه خاصة أن العقود الإدارية عادة ما تبرم لفترة طويلة ، كثيرا ما تتغير خلالها الظروف التي نشأ من ظلها العقد².

ولقد ترددت فكرة النية المشتركة لأطراف العقد كأساس لنظرية الظروف الطارئة في تقارير بعض الموظفين أمام مجلس الدولة الفرنسي من ذلك تقرير المفوض CHARDENET المقدم في قضية غاز بورديو حيث يقول موجها حديثه للمجلس " لقد طبقت مبدأ أن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية ووفقا للنية التي قصدتها الأطراف لحظة إبرام العقد ولقد حاول بعض الفقهاء التقريب بين فكرة النية المشتركة أو الإدارة الضمنية لأطراف العقد و بين ما يعتنقه من فكرة التوازن المالي للعقد و لم تطل هذه الفكرة و إنما تعرضت لنقد كبير من الفقهاء ولقد اعتبر العميد سليمان الطماوي هذا الأساس تعسفا في معظم الحالات .

ويحق لو كان أساس هذه الفكرة هو المحافظة على درجة التعادل بين طرفي العقد التي كانت موجودة وقت التعاقد لوجب أن يكون الحل هو التعويض الكامل للمتعاقد وليس رد الالتزام إلى الحد المعقول وتعرضت إلى نقد آخر ألا وهو إذا كانت نظرية الظروف

¹ - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 697.

² - مرجع نفسه ، ص 696

الطارئة تؤسس على فكرة النية المشتركة للإطراف فان هذه النية يمكن أن تتصرف أيضا إلى استبعاد تطبيق هذه النظرية .

ويقول الدكتور عبد الحميد حشيش : "إن هذه الفكرة منتقدة و تعسفية ولا يمكن أن تخدم الأساس القانوني لفكرة الظروف الطارئة " و يضيف كيف يمكن الحديث عن النية المشتركة لأطراف العقد و الفرض أن مصالحهم متعارضة فالمدين في حالة الظروف الطارئة تتصرف نيته إلى التحرر من الالتزام في حين أن الدائن قد تتصرف نيته إلى الاستفادة من تلك النتائج¹ .

خامسا- فكرة التوازن المالي للعقد

تفترض هذه الفكرة ضرورة تحقيق التوازن بين الالتزامات التي يفرضها العقد الإداري على المتعاقد مع الإدارة وبين حقوقه بما ينتظره من ربح من وراء هذا العقد ، فقد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد بمناسبة تدخل الإدارة في عقود الامتياز فقد تولى المفوض ليون بلوم صياغة هذه الفكرة من تقريره الذي قدمه في قضية "le francais " " des tramways الصادر بشأنها حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 11 مارس 1910 بقوله : " إن من طبيعة عقود الالتزام أن نطلب ونحقق المساواة و بقدر الإمكان بين المزايا الممنوحة للملتزم و المسؤوليات المفروضة عليه بحيث يكون هنالك توازن و بشكل متقابل بين المنافع المحتملة و الخسائر المتوقعة ، أنه في كل عقد التزام يجب أن يكون هناك توازن شريف بين ما هو ممنوح وما هو مطلوب ، هذا الذي نسميه بالتوازن المالي والتجاري للعقد ،إنها معادلة مالية في عقد الالتزام²

وتعرض هذا الأساس إلى النقد من نواحي عديدة :

أ- أن هذه النظرية تصلح أساسا لنظرية فعل الأمير والتي هي مسؤولية عقدية من دون خطأ في حين تبنى مجال الظروف الطارئة هي أيضا مبنية على مسؤولية دون خطأ و لكن ليست مسؤولية عقدية من دون خطأ و الفرق بينهما كبير³

¹- عبد الحميد حشيش نظرية الظروف الطارئة دراسة مقارنة ص 395 نقلا عن عبد السلام زايدي ،مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واستمرار في التشريع الجزائري و المقارن، رسالة ماجستير، معهد الحقوق،جامعة الجزائر ، أبريل 1979، ص 30.

²- محمد سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية،مرجع سابق،ص ص 610-611.

³- DE LAUBADERE ,j.C.VEMZIA ,y,Guedemenr ,traite de droit administratif ,L.G.D.J.5ED .1970 PP719-720.

ب- أن التعويض على أساس نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد في حين في حالة الظروف الطارئة يكون التعويض مقصورا على تقديم المعاونة و المساهمة من قبل الإدارة للمتعاقد معها وهو تعويض جزئي ومؤقت¹.

ج- يكتفي لتطبيق فكرة التوازن المالي حدوث مجرد خلل في هذا التوازن بينما في نظرية الظروف الطارئة يجب حدوث انقلاب في اقتصاديات العقد و ليس مجرد حدوث خلل في هذا التوازن².

د- لا يمكن أن تسوغ فكرة التوازن المالي للعقد حق المتعاقد في طلب التعويض للظروف الطارئة عندما يستخدم حقه في طلب فسخ العقد قضائيا في حالة قلب اقتصاديات العقد نهائيا ، فالغرض انه لا يمكن الحديث عن إعادة التوازن المالي للعقد أساسا لطلب التعويض الذي يتقدم به المتعاقد بعد انتهاء العقد³.

هـ- تقوم فكرة التوازن المالي للعقد على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة في حين أن التعويض يتم استنادا لنظرية الظروف الطارئة على الرغم من أن الضرر الذي يلحق بالمتعاقد يرجع إلى سبب أجنبي عن جهة الإدارة وغالبا ما يكون حديثا أو ظرفا اقتصاديا.

لذا من خلال ما تناولناه فان فكرة التوازن المالي للعقد لا تصلح أساسا في تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا أنها تحقق دائما مبدأ سير المرافق العامة إضافة إلى ذلك تكون قابلة للتطبيق أثناء تنفيذ العقد وبعد تنفيذه .

وأخيرا وبعد سرد الأفكار و مناقشتها ونقدها فإذا أردنا أن نختار أساسا قانونيا تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة فسنختار الأساس المزدوج والمتمثل في فكرة سير المرفق العام باطراد و انتظام إلى جانب فكرة العدالة فلا بد من جمعها لضمان تحقيق العدالة من أجل تحقيق المصلحة العامة و التي تهدف لضمان حسن سير المرفق العام فقواعد العدالة المجردة تهدف إلى ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد وهي الفكرة الراجعة .

¹-محمد عبد العال السناوي، مرجع سابق ، ص307 .

²-Hachich ,La théorie de l'imprévision dans les contrats administratif -étude comparée du droit français et droit de le E.A.U uthen cean,1962,p395

³- محمد عبد العال السناوي، المرجع السابق ، نفس الصفحة .

الفرع الثاني: شروط تطبيق النظرية.

ومن خلال ما سبق في ما تقدم ولاسيما نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري فإنه يشترط لتحقيق هذه النظرية توافر شروط منها:

* وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ولا يمكن دفعها أو تداركها مثل : الظروف الاقتصادية، ارتفاع الأسعار ارتفاعا فاحشا، أو الظروف السياسية كالإعلان عن الحرب وما إلى ذلك أو الظروف الطبيعية كحدوث الزلازل أو الفيضانات فهذه الظروف غير متوقعة لا يمكن دفعها وهي من باب المفاجأة.

* أن يكون الحادث الطارئ خارج عن إرادة المتعاقد ومستقلا عن إرادته فلا يستطيع أن يستفيد من هذه النظرية إذا كان متسببا في إحداث هذا الظرف الذي جعل تنفيذ التزامه مرهقا و كذلك يلزم أن لا تكون الإدارة هي المتسببة في إحداثه بخطئها أو فعلها فإذا كان هذا القبيل فنكون أمام مسؤولية تقصيرية تستوجب التعويض وليس ظرفا طارئا.

* أن يؤدي الظرف الطارئ إلى خسائر غير مألوفة من شأنها أن تؤدي اضطراب في التوازن المالي للعقد و إرهاب المتعاقد وعلى ذلك فإن حدوث الخسائر البسيطة للمتعاقد لا تسمح الاستفادة من هذه النظرية التي تستلزم أن تكون الخسارة ناشئة عن الظرف الطارئ جسيمة تجاوز الخسارة العادية المألوفة أي تؤدي إلى إرهاب الملتزم ولكي يتم تقييم هذه الخسارة يستلزم على القاضي أن يرى هذه الخسارة على مجمل العقد.

* أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد مادامنا أمام تمثيل عقد خاص بالمرفق العام فيجب أن يكون الملتزم قائما ولم يتم تنفيذه نتيجة هذا الإرهاب بمعنى أن تكون المدة الزمنية للعقد مستمرة وإن تنفيذ العقد في هذه المدة يؤدي إلى تحقيق الظروف الطارئة وهذا ما يحصل غالبا في عقود الامتياز وعقود التوريد والأشغال العامة ، لأن الاستمرار في تنفيذ العقد رغم الإرهاب الذي حصل للملتزم يعطي الأحقية للملتزم في طلب تدخل القضاء وتخفيف حدة الإرهاب فإذا توقف يحق له الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة بفسخ العقد ولا يحق له المطالبة بالتعويض لأن الهدف الرئيسي في هذه النظرية هو مساعدة المتعاقد على تنفيذ التزامه التعاقدية وتحقيق المصلحة العامة حفاظا على استمرارية المرفق العام بانتظام واطراد

ولهذا يكون التعويض هنا في هذه الحالة تعويضاً جزئياً عن الخسارة المحققة وبقيمة الإرهاق ولا يمكن له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت.

المبحث الثاني : نظرية الموظف الفعلي.

إضافة إلى نظرية الظروف الطارئة التي تناولناها في المبحث الأول، نجد من بين الضمانات القضائية التي تضمن دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد نظرية الموظف الفعلي وهي من أهم الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة من أجل تحقيق المصلحة العامة عن طريق تنفيذها على أحسن وجه من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد و للتعرف على مضمون هذه النظرية قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين هما الموظف العام و دوره في تسيير و حماية المرفق العام كمطلب أول أما كمطلب ثاني فسنتناول أساس تطبيق نظرية الموظف الفعلي .

المطلب الأول: الموظف العام و دوره في تسيير و حماية المرفق العام

تعد كل من عمليتي تسيير و حماية المرافق العامة آليات عملية يتم من خلالها تحقيق الصالح العام، فمن خلال دور الموظف في تسيير المرفق العام يتحدد في نطاق تحقيق أهداف الوظيفة الإدارية من أجل إشباع الحاجات العامة المادية و المعنوية للمواطنين بانتظام ، عبر التزام الموظف أثناء أداء وظيفته باحترام مجموعة من المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة أما بخصوص حمايتها فيكون من خلال تفعيل آليات الرقابة الإدارية لضمان التطبيق الحسن للعمل الإداري، بالإضافة لحماية أموال و ممتلكات المرفق العام، و العمل على تطبيق القواعد القانونية التي تضمن الانضباط العام داخل المرفق و الذي سينعكس إيجاباً على السير الحسن للمرفق العام و تقديمه الخدمات الأساسية الدائمة للمواطنين و تأمين حاجاتهم الضرورية و الجوهرية ، فمن خلال هذا المطلب سنتطرق إلى تعريف الموظف (فرع أول) و إلى دوره في تسيير و حماية المرفق العام (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف الموظف العمومي

يعتبر الموظف العام الركيزة الأساسية لتسيير المرافق العامة على حسن أداء خدماتها، فهو الأداة لتحقيق المصلحة العامة، فلا يتصور وجود مرفق إداري بدون موظفين يقومون بالعمل فيه .

فالإدارة لا تستطيع بطبيعتها أن تؤدي أهدافها إلا عن طريق شخص طبيعي آدمي يكون المعبر عن إرادتها و هذا الشخص هو الموظف العام. فهو يعد بمثابة عون دائم يساهم في تنظيم و تسيير إدارة المرافق العامة للدولة ، و من خلال ما سبق ذكره سنتطرق لأهم التعارف المقدمة للموظف العمومي قضائيا و فقهيا و قانونيا.

أولا - التعاريف الفقهية للموظف العام :

أ - في فرنسا : هناك العديد من الفقهاء الفرنسيين الذين اجتهدوا من أجل تعريف الموظف العمومي و فيما يلي سنتناول بعض التعاريف :

*تعريف دوجي (DUGUIT) : " الموظف العمومي هو كل شخص يساهم بطريقة دائمة في إدارة مرفق عام مهما كانت طبيعة الأعمال".¹

* و قد عرف الأستاذ "هوريو" (HAURIU) الموظفين العاميين بأنهم "كل الذين يعينون من قبل السلطة العامة تحت اسم موظفين أو مستخدمين أو عاملين أو مساعدي عاملين يشغلون وظيفة في الكوادر الدائمة لمرفق عام تديره الدولة أو الإدارات العامة الأخرى"².

و عرفه دويز ، و ديبيرر بأنه " كل شخص يساهم في إدارة مرفق عام يدار بالاستغلال المباشر من قبل الدولة ، و يوضع بصورة دائمة في وظيفة داخلية في نطاق كادر إداري منظم "، و قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الموظف " هو كل شخص يعهد إليه بوظيفة دائمة و تكون في خدمة مرفق عام " حيث اشترط المجلس أن يكون المرفق العام إداريا"³.

¹-جمعة محارب ، التأديب الإداري في الوظيفة العامة (دراسة مقارنة) ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 85.

² - مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، مطبعة جامعة دهوك ، مصر ، 2010 ، ص 68 .

³-جمعة محارب ،مرجع سابق ،ص 69 .

ب- في مصر: حيث عرفه الأستاذ " محمد حامد الجمل " الذي يرى بأن " الموظف العمومي هو كل فرد يلحق بأداة قانونية بصفة غير عارضة بعمل دائم في خدمة مرفق يديره شخص وطني من أشخاص القانون العام بالطريق المباشر " .

كما يرى الدكتور فؤاد مهنا أن : " الموظف العمومي هو ذلك الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة المرافق التي تدار بطريقة مباشرة بواسطة السلطات الإدارية المركزية أو المحلية أو المرفقية لشغل وظيفة داخل النظام الإداري للمرفق الذي يعمل به " كما ذهب غالبية الفقهاء المصريين إلى تعريف الموظف العام بأنه " كل شخص يعهد إليه بعمل دائم في خدمة أحد المرافق العامة الإقليمية أو المرفقية و ذلك بتولي مناصب دائما يدخل في نطاق التنظيم الإداري للمرفق " ¹.

و يبدو من ذلك أن الفقه يشترط توافر عنصرين في الموظف و هما:

* أن يكون في خدمة مرفق عام أو أحد أشخاص القانون العام.

* أن يقوم بعمل منتظم غير عارض .

ج- في الجزائر : تعد الدراسات المتعلقة بالوظيفة العامة على عدد الأصابع ذلك لأنه لا يمكن العثور ببسر عن تعريف فقهي للموظف العام باستثناء بعض الدراسات القليلة حيث عرف الأستاذ ميسوم صبيح الموظف العام في كتابه " الوظيفة العامة " بالقول "يضمن سير الإدارة أعوان لهم أنظمة قانونية مختلفة ، و لا يخضع منهم للقانون العام للتوظيف العمومي سوى أولئك الذين لهم صفة الموظف ، و لا يعرف هذه الصفة إلا الأشخاص الذين رسموا بعد تعيينهم في مناصب دائمة و ثبتوا فيها نهائيا " .

أما الأستاذ رميلي عبد الرحمان في مؤلفه (المؤسسات الإدارية الجزائرية) ، فيرى بأن الأعوان العموميين هم " الأشخاص الذين ارتبطوا بالإدارة بموجب عمل قانوني وحيد الطرف أعدته الإدارة لأجلهم و حددت فيه حقوقهم و واجباتهم دون أن يشاركوا مباشرة و لا بصفتهم الشخصية في إعدادة " .

¹ - محمد أنس قاسم جعفر ، الوسيط في القانون العام ، القاهرة ، 1984-1985 ، ص ص 309-310.

أما الأستاذ جورج فلاكوس فعرفه في مؤلفه (المؤسسات الإدارية و الاقتصادية في الجزائر) بالقول "أعوان الإدارة ليسو جميعا موظفين و لا يتمتع بصفة الموظفين العموميين منهم سوى الذين عينوا و ثبتوا في مناصب دائمة " .

ثانيا- التعاريف القضائية للموظف العام .

لقد لعب مجلس الدولة الفرنسي دورا هاما في تطوير قواعد القانون الإداري و كان له الفضل في تحديد مفهوم الموظف العام لكونه حرص على إيجاد معيار للتمييز بين الموظف العام و غيره من العاملين في القطاعات المختلفة للدولة حيث عرفه في عدة مناسبات بأنه " الشخص الذي تتاط به وظيفة دائمة في هيئة من هيئات المرافق العامة"

و هذا التعريف هو نفسه التعريف الذي ظهر في قانون الوظيف العمومي الفرنسي سواء الصادر في 1946 أو ذلك الصادر في 1959 و ركز مجلس الدولة في تعريفه على عنصرين حتى يمكن اعتباره الشخص موظفا عاما و هما :

*استمرارية الوظيفة و دوامها .

*الاندماج في التسلسل الهرمي لإحدى هيئات الإدارة أو أحد المرافق العامة الإدارية .

أما القضاء المصري¹ فقد وضعت المحكمة العليا الإدارية تعريفا للموظف العام بالقول " هو من يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون الأخرى عن طريق شغله منصبا يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق ، و اشترطت المحكمة لاعتبار الشخص موظف عاما شروطا ثلاثة هي :

*لمساهمة بالعمل بمرفق عام تديره سلطة إدارية مركزية أو محلية أو مرفقيه.

*أن تكون المساهمة بصفة دائمة و أن تكون الوظيفة دائمة.

*أن يكون شغل الوظيفة قد تم عن طريق التعيين

أما على مستوى القضاء الجزائري فإنه لم يهتم كثيرا بوضع تعارف للموظف ، و اعتمد في بعض الأحيان إلى التمييز بين الأعوان العموميين على أساس المعايير التي

¹ - فؤاد مهنا ، القانون الإداري المصري و المقارن ، الجزء الأول ، 1995 ، ص 153 .

وضعها المشرع ، حيث وضع تمييز بين الموظف الدائم و العون المتعاقد ، و على العموم فإن القضاء الإداري الجزائري يعتبر كل العاملين في جهاز الدولة (الإدارة المركزية) أو الهيئات المحلية بلديات و ولايات أو هيئات عمومية ذات طابع إداري موظفين عموميين و يقبل النظر في المنازعات المتعلقة بمسارهم المهني .

ثالثا -التعريف التشريعية للموظف العام : ظهر الاختلاف بين المشرعين في وضع تعريف الموظف العام بل أن الاختلاف كان داخل البلد الواحد حسب النصوص التي تناولت هذا الموضوع مع العلم أن ما وضعه التشريع لا يعدو أن يكون تحديدا للعناصر التي ينبغي توافرها في الشخص حتى يمكن اعتباره موظفا .

أ- في القانون الفرنسي : نصت المادة الأولى من قانون التوظيف الفرنسي رقم 2294 الصادر في 19/10/1946 " يسري على الأشخاص الذين يعينون في وظيفة دائمة و يشغلون إحدى درجات السلم الرئاسي في إحدى الهيئات بالإدارة المركزية أو في المرافق القائمة على الأموال العامة أو المؤسسات العامة" .

و لقد كان القانون السابق عليه المؤرخ في 14/09/1941 اقتصر على ذكر طوائف و فئات العاملين الذين يمكن اعتبارهم موظفين عموميين و كرر القانون الصادر في 04 فيفري 1952، ما ورد من تعداد في قانون سنة 1946.

كما نص نظام الموظفين الفرنسي الصادر بأمر 244/59 الصادر في 04 فيفري 1959 و القانون الخاص بحقوق و التزامات الموظفين رقم 634 الصادر في 13 جويلية 1983 على نفس المفهوم .

ب- في القانون المصري: قضت المادة14 من دستور عام1971 بأن " الوظائف العامة حق للمواطنين و تكليف للقائمين بها لخدمة الشعب»، غير أن المشرع لم يضع تعريفا جامعاً لفكرة الموظف العام، و اقتصرت قوانين الموظفين المتعاقبة على مجرد بيان الخاضعين لأحكامه¹.

¹-ماجدر راجب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 124.

فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم 210 لسنة 1951 بشأن نظام موظفي الدولة بأنه يعتبر موظفا في تطبيق أحكامه كل من يعين في إحدى الوظائف الداخلة في الهيئة بمقتضى قرار من سلطة تملك التعيين قانونا.

فكما جاء في القانون 46 لسنة 1964 الذي أطلق على الموظفين تسمية العاملين المدنيين بالدولة فقد ورد في المادة الثانية منه " يعتبر عاملا في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في إحدى الوظائف الدائمة أو المؤقتة بقرار من السلطة".¹

ثم صدر قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 58 لسنة 1971 الذي لا يكاد يختلف حكمه عن حكم القانون رقم 47 لسنة 1978 ، و تعرف المادة الأولى من القانون الأخير العامل في تطبيق أحكامه بأنه كل من يعين في إحدى الوظائف المبينة بموازنة كل واحدة ،من الوحدات التي يخضع العاملون فيها لأحكامه ، و هم العاملون بوزارات الحكومة و مصالحها ، أو بالأجهزة التي لها موازنات خاصة بها ، أو بوحدات الحكم المحلي ، و كذلك العاملون بالهيئات العامة فيما لم تنص عليه اللوائح الخاصة بهم .

ج- في القانون الجزائري: لم يعط المشرع الجزائري تعريفا للموظف العمومي بل اكتفى فقط بتحديد الأشخاص الذين يطبق عليهم القانون الوظيفي متبنيا موقف المشرع الفرنسي فيما يتعلق بتحديد خصائص الموظف العمومي .

فقد حدد في المادة الأولى من الأمر 133/66² الأجزاء المكونة للموظف العمومي الجزائري ، حيث نصت على مايلي " يعتبر موظفون الأشخاص المعنويون في وظيفة دائمة الذين رسموا في درجة التسلسل في الإدارات المركزية " .

حسب نص المادة 01 من الأمر 133/66 أن الموظف هو :

- الشخص الذي يعين في منصب شاغر لدى المؤسسات أو الإدارات العمومية.
- الشخص المعين في وظيفة دائمة ، فالشخص المعين بصفة مؤقتة لا يحق له اكتساب صفة الموظف و هذا ما يؤكد نص المادة 03 من الأمر 133/66 .
- الخدمة في مرفق عمومي تديره سلطة إدارية .

¹ - ماجد راغب الطلو، مرجع سابق، ص 125 .

² - راجع نص المادة 01 من الامر 133/66 سالف الذكر .

- الترسيم ، أي التثبيت في وظيفته .
- الانتماء إلى رتبة و درجة معينة في السلم الإداري .

أما بالنسبة للقانون رقم 12/78 فإنه لم يفرق بين العامل و الموظف و تناول في المادة الأولى¹ تعريف العامل و كان الهدف من هذا القانون هو توحيد عالم الشغل من خلال توحيد الأنظمة القانونية التي تحكم جميع العاملين بغض النظر عن القطاع الذي ينتمون إليه و اعتبر أن جميع الأعوان العاملين لدى الدولة عمالا ، و لكنه لم يفلح في ذلك و هذا نظرا لوجود تمييز قديم بين قطاع الوظيفة العمومية و القطاع الاقتصادي العمومي ، و لذلك جاء المرسوم رقم 59/85 ليفرق بين الموظف و العامل و في هذا الصدد نصت المادة 05 منه على " تطلق على العامل الذي يثبت في منصب عمله بعد إنهاء المدة التجريبية تسمية "الموظف" ، و يكون حينئذ في وضعية قانونية أساسية و تنظيمية إزاء المؤسسة أو الإدارة " .

أما في الوقت الراهن فالجزائر تعتمد على تنظيمها للوظيفة العمومية على الأمر 03/06 الذي كغيره من النصوص القانونية التي سبقت صدوره بمعنى أنه لم يقدم لنا تعريفا شاملا و جامعا للموظف للعمومي و قد جاء تعريفه في المادة 04 منه التي نصت على : "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة رسم في رتبته في السلم الإداري ، الترسيم هو الإجراء الذي يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتيبه" .

و ما نلاحظه من نص هذه المادة أن الأمر رقم 03/06² حافظ على نفس مقومات التي أقرها الأمر 133/66 في تحديده للشروط الواجب توفرها في الشخص حتى يكتسب صفة الموظف ، و قد حدد الأمر رقم 03/06 في المادة 02 منه مجال تطبيقه و التي حصرها في المؤسسات و الإدارات العمومية و عدد ما يقصد بالمؤسسات و الإدارات العمومية في الفقرة 01 من المادة 02 كما وضعت الفقرة 03 من المادة 02 الأشخاص الذين تم استثنائهم من تطبيق الأمر 03/06 .

¹ - انظر نص المادة 01 من القانون 12/78 سالف الذكر .

² - انظر نص المادة 04 من الأمر 03/06 سالف الذكر .

و من خلال ما سبق تناوله من تعاريف يمكن استخلاص أربعة مقومات إذا توافرت كلها في شخص واحد فإنه له الحق في اكتساب صفة الموظف و تتمثل هذه في :

- أن يعين الشخص في وظيفة دائمة .
- أن يعمل الموظف في خدمة مرفق عمومي تديره الدولة أو سلطة إدارية بطريقة مباشرة.
- أن يكون التعيين في الوظيفة العمومية بواسطة السلطة المختصة .
- أن يعين الشخص و يرسم في رتبة معينة في السلم الإداري .

الفرع الثاني: دور الموظف في تسيير و حماية المرفق العام

تم التأكيد سابقا على أن الموظف يعد بمثابة عون دائم يساهم في تنظيم و تسيير إدارة المرافق العامة التابعة للدولة ،إذا بهذا المفهوم فالمرفق العمومي يشكل الوظيفة الأساسية للإدارة فهو بذلك يعد أداة لتنظيم الدولة و وسيلة لحماية وجود كيانها و حسن تنظيمها ، فتستطيع الدولة من خلال مرافقها العمومية تقديم الخدمات للمواطنين و تحقيق النفع العام¹:

أولا - دوره في تسيير المرفق العام : إن عملية تسيير المرافق العامة هي وسيلة من وسائل تحقيق الصالح العام ، في نطاق وظيفة الدولة حيث بواسطة موظفيها يتم تحقيق أهداف الوظيفة الإدارية من أجل إشباع الحاجات المادية و المعنوية للمواطنين بانتظام و اطراد و كفاية و ملائمة ، حيث يقوم الموظف أثناء أداء وظيفته باحترام مجموعة من المبادئ التي تحكم سير المرفق العام بانتظام و التي تشمل تقييد حقه في الإضراب ، و تنظيم حقه في الاستقالة كما تطرقنا إليهما في الفصل الأول ، و الالتزام بواجباته الرئيسية داخل المرفق العام و الاعتداد بنظرية الموظف الفعلي التي سوف نتطرق إليها في المطلب الثاني .

فيما يخص التزام الموظف بواجباته الرئيسية داخل المرفق العام نحصرها فيما يلي:

- يجب على الموظف في إطار تأدية مهامه احترام سلطة الدولة و فرض احترامها وفقا للقوانين و التنظيمات المعمول بها.

- يجب على الموظف أن يمارس مهامه بكل أمانة و بدون تحيز.

- يجب عليه أن يتسم في كل الأحوال بسلوك لائق و محترم.

¹ - أحمد لكحل ، مرجع سابق ، ص 70.

- يخصص الموظفون كل نشاطهم المهني للمهام التي أسندت إليهم و لا يمكنهم ممارسة نشاط مريح في إطار خاص مهما كان نوعه ، غير أنه يخصص للموظفين بممارسة مهام التكوين أو التعليم أو البحث كنشاط ثانوي ضمن شروط و وفق كفاءات تحدد عن طريق التنظيم كما يمكنهم أيضا إنتاج الأعمال العلمية أو الأدبية أو الفنية .

- كل موظف مهما كانت رتبته في السلم الإداري مسؤول عن تنفيذ المهام الموكلة إليه .

- يجب على الموظف الالتزام بالسر المهني .

- يجب على الموظف التعامل بأدب و احترام في علاقاته مع رؤسائه ، و زملائه و مرؤوسيه .

- يجب عليه أيضا التعامل مع مستعملي المرافق العامة بلياقة و دون مماطلة.

ثانيا- دوره في حماية المرفق العام : يلعب الموظف العمومي دورا في حماية المرافق العمومية ، و هذا من خلال تفعيل آليات الرقابة لضمان التطبيق الحسن للعمل الإداري ، بالإضافة لحماية أموال و ممتلكات المرفق العام ، و العمل على تطبيق القواعد القانونية التي تضمن الانضباط العام داخل المرفق و الذي سينعكس إيجابا على السير الحسن و المنتظم و تقديم الخدمات الدائمة للمستفيدين من المرفق العام .

أ- حماية المرفق العام من خلال الرقابة الإدارية : حيث تجسد الرقابة الإدارية سلطة الدولة من خلال مرافقها العامة في التطبيق الحسن للعمل الإداري و ضمان استمراريته دون مشاكل ، و تفعيل الرقابة الإدارية شرط أساسي و جوهري لتنفيذ البرنامج العام لأجهزة الدولة ، و هذا من خلال مراقبة نشاطات الموظفين .

ب- حماية أموال و ممتلكات المرفق العام : من أجل ضمان السير العادي و المستمر و المنتظم للمرفق العام يلتزم الموظف بحماية الوثائق الإدارية و الحفاظ على أمنها ، و هذا من خلال منع كل إخفاء أو تحويل أو إتلاف الملفات أو المستندات ، و يتعرض مرتكبيها إلى عقوبات تأديبية دون المساس بالمتابعات الجزائية .

كما يتعين على الموظف أن يحافظ على ممتلكات الإدارة في إطار ممارسة مهامه، كما يجب عليه أن لا يستعمل بأية حال لأغراض شخصية أو أغراض خارجة عن المصلحة ، المحلات و التجهيزات و وسائل الإدارة .

ج- حماية المرفق من خلال الانضباط العام : من أجل ضمان حماية المرافق العامة و ضمان استمراريته بانتظام و اطراد أقر القانون الأساسي للوظيفة العامة 03/06 سالف الذكر على مجموعة من القواعد القانونية التي تضمن الانضباط العام داخل المرفق ، و الذي سينعكس إيجابا على السير الحسن ، و تقديم الخدمات للمستفيدين من المرفق العام ، و الملاحظ أن المشرع الجزائري من خلال قانون الوظيفة العمومية قد حدد نظاما تأديبيا في حال إخلال الموظفين بالتزاماتهم الوظيفية .

المطلب الثاني: أساس تطبيق نظرية الموظف الفعلي .

إن القضاء الإداري الفرنسي و المصري قد اعترفا بصحة بعض التصرفات من بعض الأشخاص الذين لم يصدر قرار بتعيينهم في الوظيفة العامة من السلطة المختصة ، أو ممن كان قرار تعيينهم معيبا ، و هذا ما يعرف بالموظف الفعلي و لمزيد من التوضيح سنتناول في هذا المطلب مفهوم الموظف الفعلي (فرع أول) و الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف الموظف الفعلي.

لقد عرف العديد من الفقهاء الموظف الفعلي بعدة تعريفات فمنهم من عرفه بأنه "الشخص الذي يقوم بأعمال الوظيفة العامة سواء صدر بتعيينه قرار خاطئ أو معيب أو لم يصدر بتعيينه قرار إطلاقا.¹

و عرفه البعض الآخر بأنه "شخص لم يصدر قرار تعيينه في الوظيفة العامة أو صدر قرار لكنه صدر معيبا، وقام بممارسة بعض التصرفات أو الاختصاصات المعهودة لموظف عام.²

و أضاف البعض بأنه " الذي يقوم ببعض الأعمال دون أن يصدر قرار بتعيينه أو صدر القرار و لكن كان معيبا "

¹-أنور أحمد رسلان ، مرجع سابق ، ص 215 .

²-شريف يوسف خاطر ، الوظيفة العامة ، دار الفكر و القانون ، المنصورة ، 2011 ، ص 10 .

الموظف الفعلي هو ذلك الشخص الذي يعترف القضاء -في بعض الظروف - بصحة تصرفاته في مجال المرافق العامة رغم أنه لم يعين تعيينا صحيحا لا يزال ساري المفعول في الوظيفة التي مارس اختصاصاتها¹.

كما يعرف أنه "موظف غير مؤهل لإصدار قرارات إدارية أو شخص غير مؤهل إطلاقا أو مؤهلا تأهيلا غير مشروع لممارسة الوظيفة، و يصدر قرارات تعد مشروعة".

الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي.

نظرية الموظف الفعلي هي نظرية خلقها و طبق أحكامها مجلس الدولة الفرنسي حفاظا على مبدأ استمرارية المرفق العام بانتظام و اطراد، و ذلك في ظرف الاستثنائية و العادية على حد سواء، فمن خلال هذا الفرع سوف نتطرق إلى تطبيقات هذه النظرية.

أولا- في الظروف العادية : إن الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية هو فكرة الظاهر ، فأساس الاعتراف بشرعية الأعمال و التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي و ترتيبها لمختلف الآثار القانونية يعود إلى ما يتمتع به ذلك الموظف في الظروف العادية من مظاهر خارجية تؤدي لإيهام المتعاملين معه و تدفعهم هذه المظاهر إلى الاعتقاد بصحة شغل الموظف للوظيفة ، إذ لا يعقل أن نطلب من كل شخص يتعامل مع موظف عام أن يتأكد من صحة شغله للوظيفة العامة ، فالاعتداد بالظاهر يستهدف توفير الأمن و الاستقرار في المجتمع ، و ضمان سير المرافق العامة بانتظام و اطراد ، لأن توفير الأمن يتعلق بالثقة في التعامل مع الإدارة ، و هذه الثقة قد تختل إذ لم ترتب تصرفات الإدارة مع الأفراد مختلف آثارها في الأحوال التي توحى بصحة تلك التصرفات ، الأمر الذي قد يدفع الأفراد إلى العدول عن التعامل مع الإدارة ، و هذا بلا شك سيؤثر على المرافق العامة ، و يفقد الثقة بها من جانب الأفراد².

و يرجع تخلف الصفة القانونية للموظف الظاهر في النظرية القضائية إلى أربعة حالات و هي³:

¹ - ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص 302 .

² - حمدي سليمان القبيلات ، القانون الإداري ، الجزء الأول ، ط 1 ، دار وائل للنشر ، عمان ، 2008 ، ص 306.

³ - ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص 305 .

*عدم التولية: الأصل في اعتبار الشخص موظفا عاما أن يتم تعيينه عن طريق السلطة المختصة ، و بالأداة القانونية التي نص عليها المشرع ، و لكن مع هذا يمكن اعتبار الشخص موظفا بالظاهر في حالة ما إذا شغل وظيفة معينة دون سبق التعيين أو الانتخاب ، و يمارس اختصاصا وظيفيا و كأنه معين أو منتخب فعلا و يكون حاضرا في مقرها و في مواعيد العمل الرسمي مما يوهم الغير حسن النية المتعاملين مع الإدارة بالاعتقاد بأنه هو الموظف الشرعي و المختص بهذه الوظيفة .

*بطلان التولية: و تكون هذه الحالة إذ تم تعيين أحد الأشخاص على نحو غير قانوني في إحدى الوظائف العامة ، و يقوم هذا الشخص بمزاولة اختصاصات هذه الوظيفة ، و تزول صفة الموظف عن هذا الشخص و تبقى صفة الموظف عليه تأسيسا على فكرة الأوضاع الظاهرة ، حيث توفر له فعلا مظهر التعيين في الوظيفة العامة ، و بدأ في أعين الكافة و كأنه يشغل وظيفة على نحو قانوني ، على خلاف الحقيقة ، بغض النظر عما إذا كان الموظف نفسه حسن النية أو سيء النية ، لأن الهدف هو حماية الجمهور الذي تعامل معه على أنه موظف اعتمادا على الظاهر من الأمور .

* الاستمرار غير المشروع في ممارسة الوظيفة: الأصل أنه لا يجوز للموظف العام أن يباشر اختصاص وظيفة من الوظائف إلا خلال المدة التي يتولى فيها أمرها ، و لكن قد يحدث ، و أن يستمر الشخص في وظيفة ظاهريا رغم انتهاء صفته الرسمية لأسباب متعددة ، مثل عدم إخلاء طرفه من الوظيفة بعد إحالته على التقاعد أو استقالته أو إنهاء عقده من الجهة الإدارية ، أو وقفه احتياطيا عن العمل على ذمة قضية أو بعد فصله من الوظيفة .

فتعتبر الأعمال الذي يقوم بها هذا الموظف مشروعة، ما لم تكن مشوبة بإحدى أوجه عدم المشروعية الأخرى، و ذلك ضمنا لمصالح الغير حسن النية التي تتعرض للأضرار، إذا ما سلمنا ببطلان أعمال هذا الموظف.

*الاختصاص الظاهر لموظف قانوني: تعتبر الحالات السابقة لشخص ليس موظفا شرعا أو كان موظفا شرعا و زالت شرعيته ، أما هذه الحالة فتتمثل في تجاوز موظف شرعي و قانوني فعلا لاختصاصه ، فيمارس ظاهريا أعمال وظيفة ليست في نطاق اختصاصه ، و

يشترط القضاء لصحة أعمال الموظف الظاهر في هذه الحالة أن تكون هناك أسباب معقولة و مقبولة من الغير حسن النية .

و مثال نظرية الموظف الفعلي في الأوقات العادية إذا عين شخص أو انتخب لشغل مهمات وظيفية معينة رغم تخلف أحد الشروط القانونية لشغل هذه الوظيفة أو للترشيح لذلك المنصب ، و بذلك يكون التأهيل القانوني الذي اكتسبه الشخص المعين أو المنتخب غير مشروع ، و تعد بالتالي مباشرة مهامه الوظيفية غير مشروعة ، و يندرج ضمن هذه الدائرة حالات انتهاء العلاقات الوظيفية لأي سبب من الأسباب كالاستقالة و الإحالة إلى التقاعد ، و فقدان الوظيفة و التسريح حتى التوقيف عن العمل ، و منها يعين الموظف الفعلي بقرار رسمي ، و لكن بعد أن يزول أعمال الوظيفة يصدر حكم من القضاء بإبطال قرار التعيين لعيب قانوني أصابه ، كذلك قد ينتخب عضو المجلس البلدي و يبدأ في ممارسة اختصاصه ، ثم يصدر حكم القضاء بإبطال انتخابه و أنه لم يكن له الحق في العضوية ، و أيضا قد يفوض الرئيس الإداري أحد مرؤوسيه في ممارسة بعض الأعمال الرئيس ، و بعد أن يمارس المرؤوس المفوض إليه هذه الأعمال يصدر حكم قضائي بعدم قانونية هذا التفويض أصلا¹ .

رغم أنهم ليسو موظفين رسميين معينين بتقنين صحيحا ساري المفعول في مجال الوظائف التي مارسوا اختصاصها و مع ذلك يعتبر القضاء تصرفاتهم خلال فترة ممارستهم الفعلية لأعمال هذه الوظائف صحيحة ، رغم التطبيق الدقيق لقواعد المشروعية كان يقضي عدم الاعتراف بصحة هذه التصرفات ، و ذلك ليس فقط على أساس الحفاظ على مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام و اطراد و إنما كذلك استنادا إلى فكرة الظاهر و حماية المواطنين الذين تعاملوا مع هؤلاء الموظفين الظاهرين بحسن النية ، لعدم وضوح حقيقة أمرهم ، و تسمى هذه النظرية في هذه الحالة " نظرية الموظف الظاهر"²

و يمكن القول بان حماية الأوضاع و حسن نية المتعاملين مع الإدارة أمر هام لانتظام سير المرفق العام ، لأن إهدار فكرة الأوضاع الظاهرة يعني تعويق سير المرفق

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب ، مرجع سابق ، ص 292 .

² - ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص 303 .

العام و انتظامه لاهتزاز ثقة الناس في تعاملهم مع المرفق، كذلك حماية الإدارة من أن يطلب الأفراد المتعاملين في كل وقت سند شرعية الموظفين ينطوي على ضمان انتظام المرفق العام و دوام سيره ، لأن هذا الطلب لسند الشرعية لو شاع و انتشر لتعطل سير المرافق العامة بلا شك .

ثانيا-في الظروف الاستثنائية : إن الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية تتمثل في الظرف الاستثنائي ذاته ، و في ضرورة سير المرفق العام بانتظام و اطراد ، ففي حالة قيام الثورات و الحروب و الكوارث الكبرى تختل الأمور ، و قد يتولى الوظيفة العامة أشخاص عاديون و يتعامل معهم الجميع و هم يعلمون أنهم ليسو موظفين عموميين ، و ليس لهم أي مظهر من مظاهر الوظيفة العامة ، و مع ذلك يعترف بأعمال و تصرفات هؤلاء المواطنين ضمانا لسير المرفق العام بانتظام و اطراد في هذا الظرف الاستثنائي¹.

و بالتالي في هذا التطبيق نجد مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام و اطراد هو الأساس الوحيد لشرعية أعمال الموظف الفعلي ، و يقصد بالظرف الاستثنائي هذا معناه الدقيق كحالة الحرب أو الفتنة المسلحة أو الثورات ، ففي هذه الحالة كما أشرنا سابقا يختل نظام الدولة العام و يحدث أن يهجر بعض الموظفين وظائفهم في المدينة أو بعض المناطق ، فيقوم بعض المواطنين العاديين بتسيير المرافق العامة في المدينة أو المنطقة تطوعا منهم لخدمة الآخرين².

فالقضاء الإداري أقر بشرعية أعمالهم و قراراتهم رغم عدم تنصيبهم الرسمي ، و كان الأساس الذي استند إليه القضاء هو مبدأ ضرورة سير المرفق العامة بدوام و انتظام حتى لا تتعطل مصالح الناس ، و لا شك أن هذا الدور التطوعي للموظف الفعلي في هذه الظروف الاستثنائية ينتهي بمجرد عودة الموظفين الرسميين أو تعيين غيرهم .

¹ - حمدي قبيلات ، مرجع سابق ، ص 307 .

² - محمد رفعت عبد الوهاب ، مرجع سابق ، ص 293 .

و لكي يتم إضفاء صفة المشروعية على أعمال الأفراد العاديين في الظروف الاستثنائية لا بد من توافر عدة شروط:¹

* أن تختفي السلطات الشرعية كلياً.

* أن يكون تصدي الأفراد العاديين لمزاولة مهمات الوظيفة العامة ضروريا لسير المرفق العامة الأساسية.

* أن تتطوي الظروف الاستثنائية على درجة عالية من الخطورة و الجسامة.

* يجب أن تقتصر مباشرة هؤلاء الأفراد على إصدار القرارات التي تتدرج ضمن اختصاص الموظف القانوني فقط.

و من هنا يتعين على القضاء قبل الحكم بمشروعية القرارات الإدارية الصادرة في الظروف الاستثنائية التحقق و التثبت من طبيعة القرارات الإدارية الصادرة و الظروف و الملابسات الواقعية التي صدرت في ظلها هذه القرارات الإدارية و هكذا يكون مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام و اطراد هو الأساس القانوني لإضفاء المشروعية على القرارات الصادرة على الموظفين الفعليين في الظروف الاستثنائية .

و قد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في الظروف الاستثنائية في عدة مناسبات منها حكمه الصادر في 05 مارس سنة 1948 في قضية ماريون (MARION) و التي تتلخص وقائعها في أن مجموعة من الأشخاص قاموا بتكوين لجنة لرعاية مصالح لأحد الأقاليم ، على إثر تعرض هذا الإقليم للغزو من قبل الجيش الألماني ، و الذي أدى إلى فرار أعضاء المجلس البلدي خوفا من الوقوع في أيدي سلطات الاحتلال ، و قامت هذه اللجنة المشكلة بالاستيلاء على البضائع و الأغذية لضمان توفيرها للمواطنين ، و على أثر ذلك قام المذكور أعلاه و آخرون بالطعن بهذه القرارات الصادرة عن اللجنة ، مستنديين على أن تصرفاتها لا تستند إلى أي أساس قانوني ، و كان رد مجلس الدولة الفرنسي على هذه الدعوى برفض هذا الطعن المقدم إليه رغم تسليمه بأن هذه اللجنة تشكل سلطة فعلية ليس لها أي صفة إدارية ، و ذلك استنادا إلى أن الظروف الاستثنائية التي نجمت عن هذا الغزو لهذا الإقليم من شأنها إضفاء طابع الضرورة و الاستعجال على التصرفات التي قامت بها

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب ، مرجع سابق ، ص 294 .

هذه اللجنة ، مما يستتبع اعتبار هذه القرارات صحيحة و سليمة و قانونية و كأنها صادرة عن سلطة إدارية.¹

و قد اعترف القضاء الإداري المصري بنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية فقضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 29 نوفمبر سنة 1964 أن " نظرية الموظف الفعلي - كما جرى بذلك قضاء هذه المحكمة - لا تقوم إلا في الأحوال الاستثنائية البحتة ، تحت إلحاح الحاجة إلى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف ضمانا لانتظام سير المرافق العامة ، و حرصا على تأدية خدماتها للمنتفعين بها ، باضطراد و دون توقف ، و تحت تحتم الظروف الغير العادية أن تعهد جهة الإدارة إلى هؤلاء الموظفين بالخدمة العامة ، إذ لا يتسع أمامها الوقت لإتباع أحكام الوظيفة في شأنهم.²

و من تطبيقات نظرية الموظف الفعلي :

أولا - في مصر : تتجسد نظرية الموظف الفعلي بعد ثورة 25 يناير سنة 2011 ، قيام المجلس الأعلى للقوات المسلحة بإدارة البلاد و توليه صلاحيات رئيس الجمهورية و هو ليس كذلك ، و يتولى بهذه المهام لضرورة تسيير المرافق العامة بصورة منتظمة و مطردة لوجود حالة استثنائية هي ترك رئيس الجمهورية لمهامه تحت تأثير الضغط الشعبي لثوار 25 يناير.

ثانيا - في فرنسا : قضى مجلس الدولة الفرنسي في 16 ماي 2001 بأن ممارسة الوظيفة بطريقة غير شرعية ليس سببا من الأسباب لإلغاء القرارات التي يتخذها الموظف الممارس لهذه الوظيفة بعدم مشروعيتها و تلخص وقائع هذه القضية بأن محافظ باريس (le préfet de police de paris) ، بعد فواته سن التقاعد الخاص به ظل يمارس مهامه و قام باتخاذ قرارات و أعطى تفويضات إمضاء لدى رؤساء مصالحه إلا أنه قد طعن في مشروعية هذه القرارات أمام المحكمة الإدارية التي قضت بإلغائها غير أن هذا الأخير طعن مرة أخرى أمام مجلس الدولة و أصدر هذا الأخير قرار يقضي بإلغاء حكم المحكمة الإدارية و أقر

¹ - محمد رفعت ، مرجع سابق ، ص 297.

² - ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص 308.

مشروعية أعمال و قرارات رئيس محافظة باريس و ذلك تطبقا لمبدأ نظرية الموظف الفعلي حرصا على تطبيق مبدأ استمرارية المرفق العام بانتظام و اطرده.

ثالثا -في الجزائر : و بالرجوع إلى الجزائر نجد أنه تم الأخذ بنظرية الموظف الفعلي في حالة واحدة و هو نص المادة 280 الفقرة الثانية من قانون البلدية 1967¹ و التي تقضي بأنه أي شخص ما عدا القابض البلدي يتصرف في قبض أموال البلدية يعد محاسب فعلي .

المبحث الثالث : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة و الموظف الفعلي .

بعد أن تعرفنا على نظريتي الظروف الطارئة و الموظف الفعلي من خلال المبحث الأول و الثاني ،سنتناول في هذا المبحث الآثار الناتجة على تطبيق هاتان النظريتان فنظرية الظروف الطارئة تنتج أثرا على العقد ويمتد هذا الأثر سواء على المتعاقد أو الإدارة المتعاقدة ، أما عن نظرية الموظف الفعلي فهناك آثار مترتبة عنها في الظروف العادية و في الظروف الاستثنائية.

للمزيد من التفصيل، تناولنا في هذا المبحث مطلبين أساسين هما :

المطلب الأول : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

نظرية الظروف الطارئة يتولد عنها التزامات متبادلة بين طرفي التعاقد ، تتمثل في إلزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد مع إلزام الإدارة المتعاقدة في تحمل جزء من خسارته و تحمل منها خلال فترة وجود الظرف الطارئ و على ذلك فهي لا تقدم تعويضا كاملا غن خسارته بمقتضى الظرف الطارئ ، و إنما تقدم له عونا مؤقتا يقبل عثرته و يعينه على أداء التزاماته التعاقدية ، فضلا عن أن أعمال هذه النظرية لا يؤدي إلى انتهاء التزامات المتعاقد ، فعلى الرغم من الصعوبة التي تنتج عن وجود الظرف الطارئ إلا أن التزامات المتعاقد مع الإدارة تظل ممدودة و متصلة غير مقطوعة .

فيمكن القول إنه يترتب على توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة أثاران متلازمان ، أولهما يمثل التزام على المتعاقد و الآخر يمثل حقا له ، حيث يلتزم المتعاقد مع

¹ - الأمر 24/67 المؤرخ في 18 جانفي 1967 ، المتعلق بالبلدية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 06 الصادرة بتاريخ 25أفريل

الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد و الالتزام المتفق عليه ، و ذلك برغم وجود الظرف الطارئ ، و في نفس الوقت يكون للمتعاقد الحق في الحصول على معاونه الإدارة له لكي يتمكن من التغلب على هذا الظرف و يتمكن من أن يكمل تنفيذ العقد .

و بناء على ذلك سنقوم من خلال هذا المطلب بالتطرق إلى الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة من حيث ، التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد (فرع أول) و حق المتعاقد في الحصول على معاونه الإدارة (فرع ثاني) .

الفرع الأول:التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد.

لا بد أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة التي جعلت هذا العقد مرهقا له و قلبت اقتصاديات العقد حتى يستطيع المطالبة بمعاونه الإدارة له ، و أن تقوم الإدارة بتحمل ما لحق به من خسائر ، فلقد وجدت نظرية الظروف الطارئة لضمان سير المرفق العامة بانتظام و اطراد ، و لأجل ذلك فأن توافر شروطها لا يعطي للمتعاقد مع الإدارة مبرر للتصل من التزاماته التعاقدية لما في ذلك من تعارض مع غاية و هدف النظرية ، و مهما كان الالتزام مرهقا للمتعاقد فانه في نفس الوقت ممكن ، فإنه لا يصل إلى درجة الاستحالة كما هو الحال في القوة القاهرة .

إن وجود الظرف الطارئ لا يترتب عليه توقف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته و السبب في ذلك هو كفالة استمرار المرفق العام الذي يساهم فيه المتعاقد بقدر ما يحقق هذا المرفق من سد حاجات الجمهور ، و بالتالي ليس مؤدى تطبيق النظرية بعد توافر شروطها أن يتمتع المتعاقد من تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد و إن كانت تتيح له دعوة الإدارة المتعاقدة لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به نتيجة العقد في ظل الظروف الطارئة ، و هذا دليل واضح على ضرورة استمرار المتعاقد على تنفيذ العقد بالرغم من وجود الظرف الطارئ ذلك ابتغاء المصلحة العامة و التي تتجسد في المحافظة على دوام سير المرفق العام بانتظام و اطراد.

فإذا امتنع على تنفيذ الالتزام في حالة توافر جميع شروط الظروف الطارئة فإن ذلك يعد خطأ عقدياً يعطي للإدارة الحق في توقيع الجزاء المناسب عليه فلها أن تفسخ العقد ، ومن الممكن أن توقع عليه غرامات تأخير عن الفترة التي توقف فيها عن تنفيذ الالتزام .

كما تجدر الإشارة أنه في حالة توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد حيث في هذا الشأن قام مجلس الدولة الفرنسي بإتباع سياسة مرنة ، ففي بعض الحالات يحكم برفض طلب التعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة و ذلك بسبب توقف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته ، و في حالات أخرى قام بالحكم بالتعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة على الرغم من توقف المتعاقد عن التنفيذ و ذلك عندما قدر صعوبة الظروف التي تعرض لها المتعاقد المتوقف عن التنفيذ ، و لكنه خصم من مقدار التعويض قيمة غرامات التأخير التي وقعتها الإدارة المتعاقدة معها ¹.

أما بالنسبة لمجلس الدولة المصري فلقد سمح بتطبيق نظرية الظروف الطارئة و الحكم بالتعويض بناء عليها رغم توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية .

إن الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو تمكين المتعاقد مع الإدارة من التغلب على الصعوبات المؤقتة التي تعترض و تعرقل تنفيذ العقد بسبب هذا الظرف الطارئ ، فهذه النظرية تفترض أن معاونة الإدارة للمتعاقد مع الإدارة سوف تكون بصفة مؤقتة إلى أن تزول آثار الظرف الطارئ ، و تعود الحالة الطبيعية التي أبرم العقد في ظلها ، و يتولى كل من الطرفين تنفيذ التزاماتها كما حددها العقد .

و لكن إذا تبين أن هذا العقد الإداري لن يعود إليه توازنه ، و أن قلب اقتصاديات العقد أصبح نهائياً ، بحيث لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية إلا بمعاونة الإدارة له بصفة مستمرة و دائمة ، فيكون في هذه الحالة لكل من طرفي العقد أن يطلب من القاضي فسخ العقد .

و لقد قام مجلس الدولة الفرنسي بالأخذ بهذا الحل لأول مرة في حكمه بتاريخ 09 ديسمبر سنة 1932 في قضية " ترام مدينة شربورج " و تتلخص وقائع القضية في أن

¹ -راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 13/11/1953 في قضية « charnit et collet » مجلة القانون العام 1954 ، ص 66.

الشركة الملتزمة بنقل الركاب بالتزام في مدينة "شربورج" قد واجه اختلالا جسيما و عجزا ماليا في المشروع محل عقد الالتزام ابتداء من 1916 و ذلك نتيجة انتشار وسائل النقل السريعة الأكثر تقدما ، و منافستها القوية للمشروع ، حيث انصرف و امتنع سكان مدينة شربورج عن استعمال "الترام" مفضلين استخدام وسائل النقل الحديثة الأخرى ، و قد تبين أنه لا أمل أن يعود للمشروع توازنه الاقتصادي الذي اختل على الرغم من رفع أسعار الركوب ، و على الرغم أنه ما بين 1916 و عام 1922 عقدت ثمانية ملاحق للعقد الأصلي للترخيص للشركة الملتزمة برفع الأسعار ، بل إن المدينة سمحت للشركة بتحديد السعر الذي تراه لمواجهة الخسائر التي تعرضت لها ، إلا أنه على الرغم من ذلك فإن دخل المشروع ظل أبعد ما يكون من أن يغطي تكاليف الاستغلال بدون إعانة الإدارة بصفة دائمة .

و لقد طلبت الشركة تعويضا من مجلس الإقليم فتم رفض الطلب ، و عند عرض ذلك الأمر على مجلس الدولة الفرنسي أكمل أحكام نظرية الظروف الطارئة بوضع الأحكام الكفيلة بمعالجة هذه الحالة .

و مما يجب ذكره في هذا الجانب أن فسخ العقد في هذه الحالة لم يكن بسبب استحالة تنفيذ الالتزام كما في نظرية القوة القاهرة التقليدية في القانون المدني ، و لكنه كان سبب استحالة عودة التوازن المالي للعقد بدون معاونة الإدارة للمتعاقد بصفة مستمرة و دائمة

فلا قد رأى مجلس الدولة الفرنسي أن استمرار الظرف الطارئ يعتبر قوة القاهرة تسمح لكل من طرفي العقد أن يطلب فسخ العقد ، لأنه من غير المنطقي أن تجبر الإدارة على دفع تعويضات عن الظرف الطارئ إلى ما لا نهاية حتى لا يضطر المتعاقد مع الإدارة عن التوقف عن تنفيذ التزاماته .

الفرع الثاني: حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة

إن التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد في ظل قيام الظرف الطارئ يقابله من الإدارة المتعاقد معه بتحمل جزء من الخسارة التي ألحقتها به هذا الظرف و ذلك بهدف مساعدته للاستمرار في تنفيذ العقد ضمنا لاستمرار سير المرفق العام بانتظام

و اطراد موضوع التعاقد¹ ، فإن من حق المتعاقد مع الإدارة في حالة توافرت شروط تطبيق النظرية أن يتوجه للقضاء للمطالبة بمشاركة الإدارة له في الخسارة التي لحقت به ، و ليس أمام المتعاقد إلا القضاء و ذلك في حال عدم الوصول إلى اتفاق ودي مع الإدارة على قيمة التعويض و ذلك على أساس أن حق التنفيذ المباشر مقرر للإدارة دون المتعاقد² .

إن التعويض الذي يستحق للمتعاقد مع الإدارة الحصول عليه في هذه النظرية هو تعويض جزئي يقتصر على التعويض عن جزء الخسارة الناتجة عن هذه الظروف و توزيعها بينهما و ذلك بهدف تمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كاملة حتى لا يضرار المستفيدين من جراء العقد .

و تستهدف هذه النظرية تمكين المتعاقد مع الإدارة من التغلب على هذه الظروف التي لحقت به حتى تعود الحالة الطبيعية التي أبرم العقد في ظلها و يتولى كل من الطرفين تنفيذ التزاماته كما ذكر في العقد ، و ذلك فإن التعويض الذي تساهم به الإدارة للمتعاقد في تجاوز الظروف المؤقتة التي ترهق عاتق المتعاقد يتسم بالطابع المؤقت الذي يرتبط بوجود الظرف الطارئ و إلى حين إعادة التوازن المالي للعقد ، فالتعويض الجزئي الذي يحصل عليه المتعاقد هو عبارة عن مساعدة إدارية من جهة الإدارة للمتعاقد حتى يتجاوز الظروف الطارئة التي تعرض لها و إلى حين إعادة التوازن المالي للعقد.

و يلجأ المتعاقد الذي أصيب بضرر من هذا الظرف الطارئ إلى القاضي الإداري يطلب منه تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، و القاضي الإداري لا يملك هنا إلا بالتعويض للمتعاقد المضار و ذلك على العكس من القاضي المدني الذي بمقدوره تعديل التزامات المتعاقدين ، و لقد استقر على ذلك مجلس الدولة الفرنسي و المصري .

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على نظرية الموظف الفعلي.

من خلال هذا المطلب سنتطرق الى آثار تصرفات الموظف الفعلي في كل حالة من حالات الموظف الفعلي و ما مدى مشروعية تصرفات هذا الموظف على الافراد و

¹ -خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة في العقود الإدارية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2008، ص 233.

² -غانم هاني عبد الرحمن إسماعيل ، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2012، ص

وجهة نظر القضاء اتجاه تصرفاته ، هذا في الظروف العادية (فرع أول) ، في الظروف الاستثنائية (فرع ثاني).

الفرع الأول : في الظروف العادية .

أولا - آثار تصرفات الموظف الفعلي في حالة بطلان قرار التعيين : و يحدث ذلك عندما يتولى الموظف مهام الوظيفة ، ثم يتبين عدم توافر الشروط اللازمة لشغل الوظيفة أو بطلان قرار التعيين لأي سبب من الأسباب ، و هو ما بنجم عنه إلغاء قرار التعيين ، حيث إن المركز القانوني للموظف الذي فوض تفويضا غير مشروع ، لا يختلف كثيرا عن المركز القانوني للموظف الذي عين تعيينا غير مشروع ، لذلك يجب إعمال نظرية الموظفين الفعليين في مجال التفويض غير المشروع ، بغية إسباغ الشرعية على الأعمال التي قام بإنجازها الموظف الذي فوض تفويضا مخالفا للقانون ، حرصا على مصلحة الغير حسني النية الذين أكد لهم الموظف الظاهر أنه الموظف المختص¹ ، و يؤدي من حيث النتيجة إلى إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعيين ، إلا أن القضاء العربي و الفرنسي أضفى الشرعية على التصرفات الصادرة على الموظف الذي تقرر إلغاء قرار تعيينه تطبيقا لفكرة الظاهر و تقادي الإضرار بالغير حسن النية و المرافق العامة² ، و بذلك فإن القضاء قد فضل فكرة استقرار المراكز القانونية و حسن سير المرافق العامة ، على فكرة الحجية المطلقة للحكم بالإلغاء .

ثانيا - آثار تصرفات الموظف الفعلي في حالة الاستمرار غير المشروع في الوظيفة : و تتحقق في هذه الحالة عندما يكون قرار تعيين الموظف صحيحا ، ثم ينتهي لأي سبب من الأسباب إلا أنه يستمر في القيام بمهام الوظيفة ، على الرغم من انفصام الرابطة الوظيفية بينه و بين الإدارة ، فما الآثار المترتبة على ذلك ، يجمع الفقه على الاعتراف بصحة التصرفات الصادرة عن الموظف في هذه الحالة ، و ذلك لا يقتصر على الأعمال التي يقوم بها مثل هذا الموظف في المدة من صدور قرار إنهاء خدمته ، ذلك أن ترتيب تلك

¹ - محمد عبد الحميد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 175.

² - مرجع نفسه، ص 174.

التصرفات لمختلف آثارها لا يرجع إلى حسن نية الموظف أو عدم عمله بقرار إنهاء الخدمة، و لكنه يقوم على اعتبارات حماية الغير حسن النية و ضرورة حسن سير المرافق العامة¹

و قد استقر اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي على إمكانية أن يبقى الموظف شاغلا لوظيفته بعد انتهاء قرار تعيينه ، حتى يتم تعيين خلفه ، و ذلك إذا كان هذا البقاء ضروريا لمراعاة ظروف خاصة مرتبطة بمسؤوليات الوظيفة التي يشغلها هذا الموظف ، و استنادا إلى متطلبات سير المرافق العامة بانتظام و اطراد .

ثالثا- آثار تصرفات الموظف الفعلي في حالة انعدام سند الوظيفة : في هذه الحالة يشغل أحد الأشخاص الوظيفة دون صدور قرار بتعيينه فيها و لو كان باطلا ، و من المفترض أن تكون التصرفات التي تصدر عن هذا الموظف معدومة لكونها تشكل عيب عدم اختصاص جسيما ، و تعد صحيحة ، حماية للغير حسن النية ، و مراعاة لحسن سير المرافق العامة بانتظام و اطراد ، و تتحقق هذه الحالة أكثر ما تتحقق عندما يباشر الموظف بأعمال وظيفته قبل صدور قرار تعيينه².

الفرع الثاني : في الظروف الاستثنائية .

كما سبق و اشرنا أن الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية هو الشخص الذي يباشر الوظيفة العامة تحت ضغط ظروف استثنائية أو دوافع سياسية أو اجتماعية أو بدافع المصلحة الوطنية و بهدف عدم توقف المرافق العامة خاصة في أوقات الحروب و غياب السلطات العامة أو انحسارها ، و استنادا إلى القاعدة العامة ، فإن قرارات الموظف الفعلي التي يتخذها تعد منعدمة و باطلة قانونا لأنها صادرة من غير مختص لكن الفقه و القضاء بوصفها صحيحة لاعتبارات تتعلق باستقرار المراكز القانونية و ضرورة سير المرافق العامة بصفة منتظمة و دائمة و بذلك فإن القرارات تعد صحيحة وفقا لشروط معينة و هي أن تكون عملية تقلد هذا الشخص للوظيفة متممة بمظهر المعقولية ، بمعنى أن من يتولى وظيفة معينة على أساس من عمل منعدم و هو القرار المنتسم بالمخالفة الجسيمة و الواضحة كل الوضوح لا يمكن أن يكون موظفا فعليا و من ثم تكون قراراته منعدمة .

¹ - ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص 74 .

² - مرجع نفسه ، ص 64 .

ففضلا على توفر مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد يسوغ الاستثناء من هذه القاعدة و إجازة الأعمال الصادرة عن الشخص الذي يمارس وظيفة عامة دون سند قانوني صحيح استنادا لفكرة الظاهر و لحماية حقوق الأفراد الذين يتعاملون مع الشخص بحسن نية ، معنى ذلك أن هذا الشخص يعد موظفا فعليا برغم أنه ليس موظفا من الناحية القانونية¹.

¹-عبد المنعم محفوظ ، الوسيط في القانون الإداري ، دراسات تأصيلية مقارنة في تنظيم و نشاط الإدارة العامة ، الكتاب الثاني في النشاط الإداري ، ط2 ، مصر ، 1976 ، ص 316.

خلاصة الفصل الثاني:

من خلال دراستنا لهذا الفصل يمكن القول أن ابتكار القضاء لآليات ناجعة حديثة كنظريتي الظروف الطارئة و الموظف الفعلي قصد حماية المرفق العام وسيورته من جهة و حماية المتعاملين معه من جهة أخرى جاء حفاظا لمبدأ استمرارية المرفق العام وكذا من أجل تقديم خدمات ذات جودة و نوعية .

فنظرية الظروف الطارئة المستخلصة من مجموعة القواعد الفقهية الكبرى لها دور كبير و مؤثر في تخفيف الكثير من الأضرار التي قد تلحق بطرفي العقد نتيجة لتغير و تبدل الظروف فهي أسلوب من أساليب تحقيق العدالة و تحقيق التوازن المالي لأطراف العقد الذي اختلف بسبب الظروف الطارئة ولكن وفق شروط محددة و يترتب على توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة أثاران متلازمان ، أولهما يمثل التزام على المتعاقد و الآخر يمثل حقا له ، حيث يلتزم المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد و الالتزام المتفق عليه ، و ذلك برغم وجود الظروف الطارئة ، و في نفس الوقت يكون للمتعاقد الحق في الحصول على معاونه الإدارة له لكي يتمكن من التغلب على هذا الظروف و يتمكن من أن يكمل تنفيذ العقد وبالتالي ضمان استمرار المرفق العام .

أما نظرية الموظف الفعلي فجاءت لضمان استقرار المراكز القانونية و ضرورة سير المرافق العامة بصفة منتظمة ضمن شروط معينة يترتب على توافرها أثاران متلازمان الأول تطبيق نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية و الثاني تطبيق النظرية في الظروف الاستثنائية ، فقد أيد الفقه والقضاء صحة أفعال الموظف الفعلي فمن الطبيعي عندما تكون حالات استثنائية تهدد سير المرفق العام و تحول بينه و بين تقديم خدمات للمواطنين أن يكون مشروعا تدخل أفراد عاديين لتفادي توقف سير المرفق العام ومباشرتهم أعمال ووظائف لم يكلفوا بها ولا صفة لهم في مباشرتها ،ولا يكون لهم من هدف سوى ضمان دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد دون توقف .

لقد تطرقنا في هذه الدراسة إلى أهم مبادئ سير المرفق العام ، وهو مبدأ الاستمرارية ، الذي يعتبر من المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة و الجوهرية لقيام كيان دولة مستقرة سياسيا و اقتصاديا ، حيث يعد معيار المنفعة أو المصلحة العامة المعيار القانوني الأساسي المعتمد في استمرارية المرافق العامة، و حفاظا على هذا المبدأ يتطلب مجموعة من الضمانات و مراعاة لذلك فإن المشرع الجزائري وضع ضمانات أساسية لحمايته، رغم تعارضها مع بعض الحريات التي أقرتها الدساتير و القوانين لكل موظفي المرفق العام و المتعاقدين معه من خلال تنظيم حق الإضراب ، و في تنظيم الوضعيات القانونية الأساسية للموظف (حق الاستقالة) ، إضافة إلى ذلك أقر المشرع قاعدة عدم الحجز على أموال المرفق العام كضمانة أساسية كما نص عليها القانون المدني في مادته 689 وهي ضمانات تشريعية لاستمرارية المرفق العام .

و إضافة لما أوجده القانون لضمان استمرارية هذا المبدأ أوجد القضاء هو الآخر آليات و ضمانات واجتهادات و نظريات تكفل هي الأخرى حماية المرفق و المتعاملين معه و المسيرين له هذه الضمانات القضائية مثل نظرية الظروف الطارئة أوجدت لكي يحافظ فيها على التوازن المالي للعقود الإدارية دون الإضرار بالمتعاقدين مع الإدارة و دون توقف المرفق العام ، بالإضافة إلى هذه النظرية هناك نظرية الموظف الفعلي التي ابتكرت هي الأخرى لتفادي توقف المرفق العام في الحالات الاستثنائية أو العادية .

و خلصنا في نهاية هذه الدراسة مقارنة بما هو مطبق في الواقع العملي استنتجنا أن هناك قصور لهذه الضمانات و ممارستها في مجتمعنا و أدركنا بأنها غير كفيلة و فعالة لوحدها لضمان استمرارية المرفق لذا يجب إرفاقها بضمانات أخرى تتمثل :

-الضمانات الاجتماعية : أي المسؤولية الاجتماعية أو الوعي الاجتماعي الذي يجب أن يغرس كمبدأ أساسي لدى أفراد المجتمع حول المفهوم الواسع للمنفعة العامة التي تعتبر

أساس قيام دولة متطورة ،مستمرة و قوية ، وهذا في نظرنا لا يكون بالنصوص القانونية أو القضائية بل بالتربية فلما يصل كل من المنتفع أو المسير للمرفق العام لهذه الفكرة و أهميتها فإن الاستمرارية وضمانها يكون مكرسا آليا،وتعتبر النصوص القانونية و التنظيمية التي أوجدت من أجله مجرد حواجز تردع المعتدين على القاعدة العامة ، فمثلا عندما يدفع التاجر ضريبة يجب أن تكون على اقتناع على أنها أوجدت لنفع العام لا عقاب لأنها تدر منفعة عامة ترجع عليه و على المجتمع ، فهذا الوعي بالذات من طرف الأفراد والاقتناع به يجعل من المرفق العام يسير بانتظام و اطراد لان كل فرد في المجتمع قد عرف حقوقه و حرياته.

-الضمانات المهنية : و المقصود بها رفع مستوى الموظفين و أخلاقياتهم ، باعتبار أن الموظف العام له دور مهم في تسيير و حماية المرفق العام ، لذا وجب وضع إستراتيجية فعالة تركز على موظفين واعيين بمفاهيم الخدمة العامة و المرفق العام ، فإذا كان الموظف واع و كفاء فان المرفق العام يسير بصفة آلية ، لذا وجب على الدولة الاعتناء بالتكوين المستمر للموظفين يتماشى مع معطيات الحاضر بالإضافة إلى غرس روح الخدمة العامة وأخلاقيات المهنة ، قصد حماية المجتمع واستمرارية المرفق العام من أجل الأهداف التي أنشئ من أجلها لأن في ذلك ضمان لحماية البلاد من الفساد الذي ينخر كيان الدولة في الداخل و خير دليل على ذلك هو ما نلاحظه من قضايا الفضائح المالية الناتجة عن أخلاقيات بعض الموظفين العاملين في الدولة و ما سببوه من خسائر للأموال العامة في انجاز المشاريع العامة وضرر للخرينة العمومية لأن استمرار هذا الوضع يؤدي حتما إلى المساس باستمرار المرفق العام و هز كيان الدولة و النظام السياسي بصفة عامة.

و للحفاظ على سيرورة المرفق العام بانتظام و اطراد ، فتكريس الضمانات التي ذكرناها مع الضمانات التي كانت موضع بحثنا (القانونية و القضائية) بصفة موازية في اعتقادنا هي أحسن ضمان لمبدأ استمرارية المرفق العام بانتظام و اطراد .

و عليه خرجنا ببعض الاقتراحات التي نراها هامة و المتمثلة:

- تحرير المرفق العام من أساليب التسيير البيروقراطي و التعقيدات الإدارية و الإجرائية و ذلك باستعمال أساليب جديدة غير الكلاسيكية لتسيير النشاط الإداري ، مع إعطاء للإدارة حق الرقابة و تعزيزه بنصوص قانونية صارمة تضمن السير الحسن للمرفق العام ، و هذا بتوسيع استعمال العقود الخاصة بتسيير المرافق العامة كعقد الامتياز و عقد البوت BOT .

- وضع نصوص قانونية جنائية تجرم فعل تعطيل استمرارية سير المرفق العام بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

- إضافة نصوص قانونية تنظم موضوع الإضراب للموظفين العموميين في المرافق العامة بصورة توازن بين المصالح الضرورية للعاملين و بين الصالح العام على أسس مدروسة و واضحة

- الاهتمام بالموظف العام وإعادة النظر في كل ما يمس الحياة الاجتماعية و المهنية للموظف العام برفع أجره بإعطائه بعض الحوافز المادية أي كل ما يلزم لتحسين مركزه ، و إعادة الاعتبار له، و إعادة تأهيله و هذا ما يؤدي إلى رفع أدائه في مهامه و ابتعاده عن اختلاس أموال المرفق العام و بهذا نكون قد حصنا الأموال العامة من جهة و ضمنا استمرار المرفق العام من جهة أخرى بتحسين موظفيه من اللجوء إلى الإضراب أو الاستقالة أو كل ما يعطل المرفق العام .

- القضاء على المحسوبية و الرشوة في تولي المناصب ، و ذلك بإسناد الوظائف العامة على أسس علمية و موضوعية يراع فيها الكفاءة المهنية ، و هذا من الأسباب التي تؤدي إلى سير المرافق العامة باستمرار بصفة آلية .

- سد الثغرات القانونية و النفاثص و الصعوبات التي تعترض عملية رقابة المرافق العامة من خلال فرض رقابة شاملة تتعلق بمختلف الجوانب الإدارية و المالية و الفنية و مراجعة الآليات و الوسائل التي وضعها المشرع الجزائري من أجل فاعلية و عدالة أكثر و بالتالي ضمانة لحماية حقوق الأفراد و عدم تعسف الإدارة .

المراجع والمصادر:

1/ المصادر:

المعاجم:

- 1- المعجم الوسيط، منير البعلبكي ، لقااهرة ، دار النهضة ، 1994 .
- 2- المنجد في اللغة والإعلام ، لويس معلوف ، دار المشرق بيروت ، 2015 .

2/المراجع:

أ)-المراجع باللغة العربية :

الكتب:

- 1-أحمد رسلان، الوظيفة العامة ، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح ، مصر ، 2000.
- 2- إبراهيم أحمد الشرقاوي ، الأموال العامة و حمايتها مدنيا و جنائيا ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2012.
- 3- تامر محمد صالح ، الإضراب بين المشروعية والتحريم ،دراسة مقارنة،ط1، مكتبة زين الحقوق والأدبية ، لبنان ، 2016.
- 4-جعفر محمد أنس، العقود الإدارية،ط2، دار النهضة العربية،القاهرة،2003.
- 5- جمعة محارب ، التأديب الإداري في الوظيفة العامة (دراسة مقارنة) ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2004 .
- 6- جابر جاد نصار، عقود BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام ،دار النهضة العربية .
- 7- حمدي سليمان القبيلات ، انقضاء الرابطة الوظيفية في غير حالة التأديب (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان ، 2003.
- 8- حمدي سليمان القبيلات ، القانون الإداري ، الجزء الأول ، ط 1 ، دار وائل للنشر ، عمان، 2008.
- 9- حمدي عطية مصطفى عامر، أحكام الموظف العام في النظام القانوني و الوضعي و الإسلامي،دراسة مقارنة ، ط1،مكتب الوفاء القانونية للنشر ، مصر ، 2015 .
- 10- خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة في العقود الإدارية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2008.
- 11- رشيد حباني ، دليل الموظف و الوظيفة العمومية ، دار النجاح للكتاب ، الجزائر ، 2012 .

- 12- زهدي يكن، القضاء الإداري في لبنان وفرنسا، ط1، دار الثقافة للطباعة، النشر والتوزيع، لبنان، 1989.
- 13- سعيد مقدم، أخلاقيات الوظيفة العمومية، ط1، شركة دار الأمة، الجزائر، جوان 1997.
- 14- سليمان أحمية، آليات تسوية منازعات العمل و الضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- 15- شريف يوسف خاطر، الوظيفة العامة، دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، مصر 2009/2008
- 16- شريف يوسف خاطر، الوظيفة العامة، دار الفكر و القانون، المنصورة، 2011.
- 17- طعيمة الجرف، القانون الإداري - دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة -، مكتبة القاهرة الحديثة للنشر و التوزيع، القاهرة، 1970.
- 18- ظهير شريف، النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية، المغرب، 1958.
- 19- عبد المنعم محفوظ، الوسيط في القانون الإداري، دراسات تأصيلية مقرنة في تنظيم و نشاط الإدارة العامة، الكتاب الثاني في النشاط الإداري، ط2، مصر، 1976.
- 20- عبد العزيز السيد الجوهري، محاضرات في الأموال العامة - دراسة مقارنة - ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1983.
- 21- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة، الجزائر، 1996.
- 22- عمر يحيوي، نظرية المال العام، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2002.
- 23- عبد القادر باينة، الموظفون العموميون بالمغرب، المغرب.
- 24- غانم هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- 25- فهمي مصطفى أبو زيد، الوسيط في القانون الإداري، تنظيم الإدارة العامة، ط1، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة.
- 26- فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري و المقارن، الجزء الأول، 1995.
- 27- محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام، القاهرة، 1984-1985.

- 28- محمد أمين بوسماح ،المرفق العام في الجزائر، ترجمة رجال بن أعرم-رجال مولاي إدريس ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995 .
- 29- محمد سليمان الطماوي ،الوجيز في القانون الإداري ،دراسة مقارنة ،دار الفكر العربي،مصر ،1996.
- 30- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- 31- محمد سليمان الطماوي ،الأسس العامة للعقود الإدارية،دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ،القاهرة، 2008 .
- 32- مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، مطبعة جامعة دهبوك ، مصر ، 2010 .
- 33- محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- 34- محمد علي الخلايلية ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، ط1، دار الثقافة ، الأردن ، 2012.
- 35- محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة،مطبعة الزهران ،القاهرة.
- 36- محمد عبد العال السناري، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها دراسة مقارنة ، د ط ، دار النهضة العربية ،القاهرة.
- 37- محمد عبد الحميد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة، دار النهضة العربية، القاهرة.

الرسائل العلمية:

- 1- عبد السلام زايدي ،مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واستمرار في التشريع الجزائري و المقارن، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق ،جامعة الجزائر ، أفريل 1979 .
- 2- عقيلة بلجل ، الإضراب في المرافق العامة ، -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2003-2004.

المدخلات العلمية

- أحمد لكحل ، دور الموظف العمومي في تسيير و حماية المرافق العامة ،، الملتقى الدولي الأول الموسوم بالمرفق العمومي في الجزائر و رهاناته كأداة خدمة المواطن - دراسة قانونية و علمية-جامعة الجبالي بونعامة خميس مليانة ،يومي 22 و 23 أفريل 2015.

المقالات العلمية

1- محمد السيد الدمياطي، نظام التكليف في الوظائف العامة، مجلة العلوم الإدارية ، العدد الأول 1972 .

2-مباركة بدري ، التنظيم القانوني للاستقالة في التشريع الجزائري ضرورة للتوفيق بين مصلحة الموظف و المصلحة العامة ، مجلة الدراسات الحقوقية ، مخبر حقوق الإنسان بين النصوص الدولية و النصوص الوطنية وواقعها في الجزائر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة سعيدة ، مكتبة الرشد للطباعة و النشر ، الجزائر ، العدد الثاني ، 2014.

التشريعات:

الداستير:

1- المرسوم الرئاسي رقم 18\89 المؤرخ في 28 فيفري 1989 المتضمن دستور 23 فيفري 89 للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر في 01 مارس 1989، الجريدة الرسمية ،عدد 09 المؤرخة في 01 مارس 1989 .

2-قانون رقم 01/16 ، مؤرخ في 06 مارس 2016 ، يتضمن التعديل الدستوري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 14 صادرة 07 مارس 2016 .

القوانين

1-القانون 12/78 المؤرخ في 05 أوت 1978 ، المتضمن القانون الأساسي للعامل ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 32 ، الصادرة بتاريخ 05 أوت 1978 .

2-القانون 06/82 المؤرخ في 27 فبراير 1982 ،المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 09 ، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 1982 .

3- قانون رقم 02-90 المؤرخ في 06 فيفري 1990، والمتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها وممارسة حق الإضراب المعدل و المتمم بالقانون رقم 91-27 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991 ،الجريدة الرسمية،عدد06، المؤرخة في 07 فيفري1990.

4-القانون 11/90 المؤرخ في 1990/04/21 ، المتعلق بعلاقات العمل ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 17 ، الصادرة بتاريخ 26 أبريل 1990.

5-قانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بقانون الأملاك الوطنية ،
الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية .

الأوامر

1-الأمر رقم 133/66 ، المؤرخ في 02 جوان 1966 ، المتضمن القانون الأساسي العام
للوظيفة العمومية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 46 ، الصادرة بتاريخ 08
جوان 1966 .

2-الأمر 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم
، الجريدة الرسمية لجمهورية الجزائرية العدد 49 ، المؤرخة في 11 يونيو .

3-الأمر 24/67 المؤرخ في 18جانفي 1967 ، المتعلق بالبلدية ، الجريدة الرسمية
للجمهورية الجزائرية ، العدد 06 الصادرة بتاريخ 25أفريل 1967 .

4-الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل و
المتمم الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 .

5-الأمر رقم 03/ 06 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006 المتضمن القانون الأساسي العام
للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 46 ، الصادرة بتاريخ 16
يوليو 2006 .

المراسيم :

-المرسوم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1985، المتضمن القانون الأساسي النموذجي
لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد
14،الصادرة بتاريخ 31 مارس 1985 .

ب)المراجع باللغة الفرنسية:

***Ouvrages**

1- Hachich ,La théorie de l'imprévision dans les contrats
administratif –étude comparée du droit français et droit de l'E.A.U
uthen cean, 1962.

1-DE Laubader, j. C .VEMZIA ,y, Gaudemer ,traite de droit administratif ,L.G.D.J.5ED .1970.

***Lois et Décrets**

1- Décret n85/986 du 16 septembre 1985 relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires de l'état et à certaines modalités de mise à disposition et de cessation définitive de fonction, modifié par décret n 2007/1542 du 26 octobre 2007.

الصفحة	الفهرس
01.....	مقدمة
06	الفصل الأول : الضمانات التشريعية للاستمرارية المرفق العام.....
08.....	المبحث الأول: تنظيم حق الإضراب.
08.....	المطلب الأول : تكريس حق الإضراب
09.....	الفرع الأول : تكريس حق الإضراب في التشريع الجزائري.....
11.....	الفرع الثاني : تكريس حق الإضراب في التشريع المقارن.....
11.....	أولا: تكريس حق الإضراب في التشريع المصري.....
12.....	ثانيا: تكريس حق الإضراب في التشريع الفرنسي.....
13.....	ثالثا: تكريس حق الإضراب في التشريع المغربي.....
14.....	المطلب الثاني: ممارسة حق الإضراب
14.....	الفرع الأول: شروط ممارسة الإضراب.....
14.....	أولا: شروط ممارسة حق الإضراب في التشريع الجزائري.....
18.....	ثانيا : شروط ممارسة حق الإضراب في التشريع المقارن.....
19.....	الفرع الثاني : القيود الواردة على ممارسة حق الإضراب.....
20.....	أولا : القيود الواردة على ممارسة حق الإضراب في التشريع الجزائري
22.....	ثانيا : القيود الواردة على ممارسة حق الإضراب في التشريع المقارن.....
25.....	المبحث الثاني: تنظيم الاستقالة.....
25.....	المطلب الأول: الأساس القانوني للاستقالة
25.....	الفرع الأول : الاستقالة في ظل التشريع الجزائري
27.....	الفرع الثاني : في التشريع المقارن

- أولاً: الاستقالة في التشريع المصري..... 27.....
- ثانياً: الاستقالة في التشريع المغربي..... 29.....
- ثالثاً: الاستقالة في التشريع الفرنسي..... 29.....
- المطلب الثاني : شروط ممارسة الاستقالة و القيود الواردة عليها 31.....
- الفرع الأول : شروط ممارسة حق الاستقالة 32.....
- أولاً: في ظل التشريع الجزائري..... 32.....
- ثانياً: في ظل التشريع المصري..... 36.....
- ثالثاً: في ظل التشريع الفرنسي..... 38.....
- الفرع الثاني : القيود الواردة على الاستقالة 38.....
- أولاً: حظر الاستقالة الجماعية..... 38.....
- ثانياً: الإحالة على المساءلة التأديبية..... 39.....
- ثالثاً: حظر استقالة المكلف و المتعهد بالخدمة..... 40.....
- المبحث الثالث : حماية المال العام 40.....
- المطلب الأول : الأساس القانوني للمال العام 40.....
- الفرع الأول : في ظل التشريع الجزائري 41.....
- الفرع الثاني: في ظل التشريعات المقارنة..... 42.....
- أولاً: في القانون الفرنسي..... 42.....
- ثانياً: في القانون المصري..... 45.....
- المطلب الثاني : الحماية الاستثنائية للمال العام 47.....

- 47.....الفرع الأول: الحماية المدنية.
- 48.....أولا:عدم قابلية التصرف في المال العام
- 49.....ثانيا:عدم جواز تملك المال العام بالتقادم.
- 49.....ثالثا:عدم جواز حجز على أموال المرفق العام.
- 50.....الفرع الثاني: الحماية الجنائية.
- 53.....الفصل الثاني : الضمانات القضائية لاستمرارية المرفق العام
- 55.....المبحث الأول: نظرية الظروف الطارئة
- 55.....المطلب الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة.
- 55.....الفرع الأول : نشأة نظرية الظروف الطارئة.
- 57.....الفرع الثاني: تعريف نظرية الظروف الطارئة.
- 57.....أولا: التعريف اللغوي.
- 57.....ثانيا: التعريف الفقهي
- 58.....ثالثا : تعريف نظرية الظروف الطارئة في القضاء الإداري.
- 59.....رابعا : نظرية الظروف الطارئة في الجزائر.
- 60.....المطلب الثاني : الأساس وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.
- 60.....الفرع الأول : الأساس القانوني لتطبيق نظرية الظروف الطارئة
- 60.....أولا: فكرة ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد.
- 61.....ثانيا :فكرة العدالة
- 62.....ثالثا: فكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية.

- 62..... رابعا: النية المشتركة لأطراف العقد
- 63..... خامسا: فكرة التوازن المالي للعقد
- 65..... الفرع الثاني: شروط تطبيق النظرية
- 66..... المبحث الثاني : نظرية الموظف الفعلي
- 66 المطلب الأول: الموظف العام و دوره في تسيير و حماية المرفق العام
- 67..... الفرع الأول: تعريف الموظف العمومي
- 67..... أولا : التعاريف الفقهية للموظف العام
- 69..... ثانيا: التعاريف القضائية للموظف العام
- 70..... ثالثا : التعاريف التشريعية للموظف العام
- 73..... الفرع الثاني: دور الموظف في تسيير و حماية المرفق العام
- 73..... أولا : دوره في تسيير المرفق العام
- 74..... ثانيا: دوره في حماية المرفق العام
- 75..... المطلب الثاني : أساس تطبيق نظرية الموظف الفعلي
- 75..... الفرع الأول: تعريف الموظف الفعلي
- 76..... الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي
- 76..... أولا: في الظروف العادية
- 79..... ثانيا : في الظروف الاستثنائية
- 82..... المبحث الثالث : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة و الموظف الفعلي
- 82..... المطلب الاول : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة
- 83..... الفرع الأول : التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد

85.....	الفرع الثاني : حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة.
86.....	المطلب الثاني : الآثار المترتبة على نظرية الموظف الفعلي.
87.....	الفرع الأول : في الظروف العادية.....
87.....	أولا : آثار تصرفات الموظف الفعلي في حالة بطلان قرار التعيين.....
87.....	ثانيا: آثار تصرفات الموظف الفعلي في حالة الاستمرار غير المشروع في الوظيفة.....
88.....	ثالثا: آثار تصرفات الموظف الفعلي في حالة انعدام سند الوظيفة.....
88.....	الفرع الثاني : في الظروف الاستثنائية.....
92.....	خاتمة.....
96.....	المراجع.....
103.....	الفهرس.....

الفصل الأول :

الضمانات التشريعية لاستمرارية المرفق العام

الفصل الثاني :

الضمانات القضائية لاستمرارية المرفق العام

قائمة المراجع المصادر

خزائن

الفهرس

مقدمة