



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة مولود معمري - تيزي وزو -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق نظام (ل.م.د)



مبدأ إستمرارية المرفق العام

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: القانون العام

إشراف الأستاذ:

د. قونان كهينة

إعداد الطالبتين:

قونان كاهينة

عليش وردية

لجنة المناقشة:

- أ. د. أمازوز لطيفة، أستاذة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، رئيسة.
- د. قونان كهينة، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، مشرفة ومقررة.
- د. مخلوفي مليكة، أستاذة محاضرة (ب)، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ممتحنة.

تاريخ المناقشة: 2021/...../.....

السنة الجامعية: 2020 - 2021

شكر وعرافان

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على خير الله رسولنا وحيبنا
وشفيحنا مُحَمَّدٍ صلى الله عليه وسلّم.

بقلوب ممتنة نتقدم بجزيل الشكر اعترافا بحسن الصنيع للأستاذة الفاضلة "قونان
كهينة" التي فضلت علينا بإشرافها على هذا البحث المتواضع، وكذا لما قدمته لنا من
إرشادات وتوجيهات قيمة.

كما نتوجه بجزيل الشكر والتقدير إلى كل أساتذة أطوار مشوارنا الدراسي.
كما لا يفوتنا شكر كل من ساعدنا من قريب أو بعيد في إنجاز هذه المذكرة.

كاهينة ووردية

إهداء

قبل كل شيء الحمد لله الذي أكرمني، والذي لولاه لما وصلت إلى ما كنت أصبوا إليه بعد مشوار دراسي طويل ومتواصل سبحانه وتعالى جلت أسماءه وعظم شأنه، بعد كل هذه الليالي الصعاب والأعوام.

أهدي ثمرة جهدي إلى من قال فيهما الرحمن "وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً".

إلى من ربني وأنارت دربي وأعانني بالدعاء والصلاة، أمي العزيزة.

كما أهدي هذا العمل إلى من عمل بجهد من أجلي وعلمني معنى الكفاح إلى والدي حفظه الله.

كما أهدي هذا العمل إلى إخوتي، الذين هم عزوتي وسندي في الحياة.

دون أن أنسى عمي الأستاذ "قونان مولود" وإلى كل العائلة المحترمة.

كاهينة

إهداء

إلى من تعهداني بالتربية في الصغر وكانا لي نبراساً يضيء فكري بالتصح والتوجيه في الكبر، أمي وأبي
حفظهما الله.

إلى من شملوني بالعطف، وأمدوني بالعون وحفزوني للتقدم إخوتي لعربي ولونيس أدامهم الله
لي ذخراً في الدنيا، وإلى روح جدي رحمه الله، وإلى كل عائلتي وأصدقائي.

إلى كل من علمني حرفاً وأخذ بيدي في سبيل تحصيل العلم والمعرفة.

وردية

قائمة المختصرات

ج.ر: جريدة رسمية.

د.ط: دون طبعة.

د.س: دون سنة.

ص: صفحة.

يعتبر المرفق العام المظهر الايجابي لنشاط الإدارة العامة، هذه الأخيرة التي تتولاها بنفسها أو بالاشتراك مع الأفراد، من أجل اشباع وتلبية حاجات الأشخاص اليومية المختلفة، مثل التزود بالمياه والكهرباء وكذا النقل وغيرها، لذلك يظهر مدى الارتباك والضرر الذي سيلحق بالأفراد وبالدولة عموماً إذا ما تعطلت هذه المرافق العامة ولو لفترة زمنية قصيرة.

يخضع المرفق العام لنظام قانوني استثنائي مشتمل على مجموعة من الأحكام والقواعد والمبادئ القانونية، تضعه الدولة بمناسبة إنشائها له، تضبط كيفية تنظيمه وطرق تسييره، وشروط إلغاءه وأساليب اجراء الرقابة عليه. وهي تختلف اختلافاً جذرياً عن قواعد القانون الخاص بصفة عامة، وعن قواعد النظام القانوني الذي يحكم المشروعات الخاصة وتتمثل هذه المبادئ في كل من مبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد ومبدأ المساواة أمام المرافق العامة، بالإضافة إلى مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير.

ويعتبر مبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد، أو ما يسمى بمبدأ استمرارية المرفق العام، من أهم المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة، حيث يضمن سيرها بانتظام وإطراد، كانتظام دقات القلب في حياة الإنسان، لأن أي خلل أو اضطراب في سير هذه المرافق يؤدي إلى شلل وتوقف الحياة العملية في المجتمع والدولة.

يعتمد المرفق العام في إطار تأديته لنشاطاته بهدف تلبية حاجيات الجمهور على عنصرين جوهريين، هما العنصر البشري والمتمثل في الموظف العمومي الذي يتمتع أثناء تأدية مهامه ومساهمته في سير المرفق العام يتمتع بجملة من الحقوق، من بينها الحق في الإضراب والاستقالة، وترك هذين الحقين دون شروط يؤدي لا محال إلى عرقلة السير الحسن للمرفق العام، أو حتى توقفه أحياناً، وتفادياً لهذا التعطل أو السير غير المنتظم، وحرصاً على تجنب الأضرار الناجمة عن ذلك، تدخل المشرع للحد من التعدي على مبدأ

استمرارية المرفق العام وذلك بإدراج قيود وشروط لممارستها بشكل يضمن التوافق بين تمتع الموظف أو العامل بهذين الحقين وبين تحقيق الصالح العام، ودائمًا وفي إطار السير الحسن للمرفق العام، تم تحديد أموال المرفق العام وقرار حماية كبيرة لها من الحجز عليها أو إكتسابها أو الاستيلاء عليها.

كما أوجد القضاء في إطار حرصه على دوام المرفق العام وتكريس مبدأ استمراريته نظرية الظروف الطارئة، ونظرية الموظف الفعلي سواء في الحالات العادية أو الاستثنائية. تأسيساً على ما سبق فإن موضوعنا يطرح الإشكالية التالية: ما هي الضوابط القانونية والقضائية التي يضمن بها استمرارية المرفق العام؟

وللإجابة على الإشكالية، تم تقسيم الدراسة إلى فصلين:

الفصل الأول: الضمانات التشريعية لاستمرار المرفق العام.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لاستمرار المرفق العام.

الفصل الأول

الضمانات التشريعية لاستمرار المرفق العام

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.

تتولى المرافق العامة تقديم الخدمات للأفراد وإشباع حاجات عامة وجوهرية في حياتهم ويترتب على انقطاع هذه الخدمات حصول خلل واضطراب في حياتهم اليومية.

لذلك كان من الضروري أن لا تكتفي الدولة بإنشاء المرافق العامة بل تسعى إلى ضمان استمرارها وتقديمها للخدمات، لذلك حرص القضاء على التأكيد على هذا المبدأ واعتباره من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري، ويقتضي هذا توفر جملة من الضمانات التي تعمل على تحقيقه وتجسيده في الواقع تلبية لحاجيات الأفراد، ومن بين هذه الضمانات نجد الضمانات التي وضعها المشرع أو ما يسمى ب: "الضمانات التشريعية"، والتي تشمل كل من حق الاضراب (المبحث الأول)، حق الإستقالة (المبحث الثاني)، عدم جواز حجز أموال المرفق العام (المبحث الثالث).

المبحث الأول

حق الإضراب

يعتبر حق الإضراب من الحقوق الدستورية التي يتمتع بها الموظف والعامل على حد سواء، إلا أنّ هذا الحق أعتبر من أكثر المفاهيم تعقيدا وغموضا وإثارة للجدل، خاصة فيما تعلق بنطاق ممارسته في قطاعي العام والخاص، مما يتطلب ضبط تعريفه (المطلب الأول)، ثم التعرّيج إلى بيان أحكامه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف حق الإضراب

يتوقف فهم مضمون حق الاضراب على الخوض في مختلف التعاريف التي تناولته سواء اللغوية (الفرع الأول) أو الفقهية (الفرع الثاني) وكذا القانونية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

التعريف اللغوي

يقصد بالإضراب لغة الكف والإعراض، فيقال أُضربت عن الشيء، أي كفت وأعرضه عنه، ويقال أُضرب العمال، أي كفوا عن العمل حتى تستجاب مطالبهم، والإضراب مصدر أُضرب، وأُضرب في العرف تعني الإعراض عن القيام بعمل معين، ويعود أصل استخدام هذه الكلمة أي الإضراب إلى الممارسة العمالية، بباريس، حيث كان العمال يجتمعون في مكان بجوار دار البلدية بالعاصمة الفرنسية باريس يطلق عليه "placéde grève" أي ساحة الإضراب، حيث كان يتجمع عدد كبير من العمال العاطلين للبحث عن العمل، ومن هنا جاء إصطلاح "la grève" الذي أصبح فيما بعد إصطلاحا قانونيا متعلقا

بالقانون الفرنسي¹، ووجدت عبارة "fait grève" وكان يقصد بها السيطرة على مكان ما، وذلك إنتظاراً للحصول على فرصة عمل، ومن هذه التسمية التاريخية إشتق مصطلح "الاضراب" وتداوله الناس حتى أصبحت تستعمل للدلالة على الوسيلة التي يلجأ إليها العمال لممارسة الضغط على صاحب العمل لحمله على إجابة مطالبهم².

ويقول الأستاذ "ماجد راغب الحلو" بأن إستمرار العمل في المرفق العام يختلط بفكرة المصلحة العامة ويرتبط بها أشد ارتباط، فالمرفق العام يعد الوسيلة التي تحققها تلك المصلحة³.

أما بالنسبة للدستور الجزائري فقد حد من حق الاضراب، حيث جعل قاعدة القدر الأدنى من الخدمة بالنسبة لبعض النشاطات التي قد يحدث توقفها إخلالاً لمبدأ الاستمرارية للمرفق العام أو بالنشاطات الاقتصادية الحيوية المتعلقة بالتمرين أو بصيانة المنشآت والأماك وينظم القدر الأدنى من النشاط بموجب القانون ويكون آنذاك إجبارية وإتفاقية لموجب التفاوض⁴.

وفيما يخص مبدأ التدرج الرئاسي فإن إضفاء المشروعية على إضراب الموظفين العموميين يخل بمبدأ التدرج الرئاسي، يؤدي إلى إخلال سلطة النقابة محل سلطة الرئيس الإداري، وفي ذلك مساس بالطابع العام للوظيفة العامة ومقارنة لها بالوظائف الخاصة فالاعتراف للموظف العام بحق الإضراب من شأنه أن يقلب الأمور عكسياً، فبدلاً من إلزام

¹ - أمل محمد حمزة عبد المعطي، حق الإضراب والتظاهر ف النظم السياسية المعاصرة (دراسة مقارنة)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014م، ص 39.

² - صلاح علي علي حسن، تنظيم الحق في الاضراب، دراسة في التشريعات العربية والمقارنة، دار الجامعة الجديدة، جامعة حلوان، 2012، ص 12.

³ - العيد غريسي، حق الإضراب وأثاره على المرافق العامة في التشريع الجزائري، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الأول، المجلد الثاني، الجزائر، 2018، ص ص 106 - 107.

⁴ - سعيد عبد الجبار، بلالي خير الدين، مبدأ استمرارية المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة، 2018-2019، ص 15.

المرؤوس بأوامر رئيسه، وبدلاً من حق هذا الأخير في توجيه التعليمات الملزمة لمرؤوسه يكون للمرؤوسين فرض إرادتهم وقلب السلطة لصالحهم¹.

إنّ تعريف الإضراب بالمفهوم الاصطلاحي يقتضي الإشارة إلى أنّ هذا المصطلح لم يستعمل إلا بصدور القانون 02/90 المؤرخ في 06 فيفري 1990 المعدل والمتمم بالقانون 27/91 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارستها حق الإضراب².

فقبل صدور هذا القانون كان يمنع اللجوء لهذا الأسلوب للمطالبة بالحقوق في القطاع العام عملاً بأحكام دستور 1976. وذلك رغم اعتبار الإضراب ظاهرة عالمية في عالم الشغل وجاءت نتيجة نضالات عالمية قادها العمال والنقابيون منذ بروز دور الحركة العالمية في تنظيم عالم الشغل يمارسه العمال بهدف حمل صاحب العمل أو المؤسسات المستخدمة على تلبية مطالب معينة³، والإضراب لم يكن معروفاً عند العرب قديماً، كما لم يرد ذكرها في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة ولكن هذا لا يعني أنّ الإضراب لم يكن معروفاً كوسيلة للتعبير عن المطالب العمالية، فإذا كان الإضراب قد عرف مع بزوغ النهضة الصناعية في صورته الحالية، إلا أنّ التاريخ القديم يعرف حركات متعددة للإضراب حدثت في العصر الفرعوني والعصر الاغريقي والروماني⁴.

ويمكن تعريف الإضراب بصفة عامة بأنه «توقف الموظفين عن القيام بأعمالهم دون رغبة في إنهاء الخدمة بصورة جماعية متفقا عليها بغية الضغط على الإدارة من خلال

¹ - العيد غريسي، مرجع سابق، ص 167.

² - عبد الرحمن خليفي، الوجيز في منازعات العمل والضمان الاجتماعي، د.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 65.

³ - رشيد واضح، منازعات العمل الفردية والجماعية في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 113.

⁴ - صلاح علي علي حسن، مرجع سابق، ص 10.

الاضطراب الذي يحدثه الإضراب، لتحقيق مصلحة خاصة للمضربين، أو رفع ضرر يروونه واقعا عليهم، أو الاحتجاج على أمر من الأمور»¹.

الفرع الثاني

التعريف الفقهي

تعددت التعاريف الفقهية للإضراب وهذا حسب كل فقيه ورأيه عرفه الأستاذ "أحمية سليمان" بأنه «التوقيف الجماعي عن العمل بصفة إرادية وبقرار مدير من طرف العمال بهدف الضغط على أصحاب العمل والسلطة العامة قصد إجبارها على الخضوع لتلبية مطالبهم وإيجاد حل للنزاع القائم بينهم وبين صاحب العمل»².

وعرفه الآخرون على أنه «اتفاق عدد من العمال أو الموظفين على الامتناع عن العمل الواجب عليهم بمقتضى القوانين واللوائح، أو عقد العمل، مع التمسك بمزايا الوظيفة العامة»³.

كما توجد إلى جانب هذه التعاريف العامة عدة تعاريف أخرى، نذكر على سبيل المثال، أن الإضراب هو «وسيلة للدفاع عن مصالح العمال» أو أنه «توقف لا إرادي عن العمل من أجل تدعيم مطالب مهنية مقررة مسبقا في النظم والاتفاقيات الجماعية، لم يوفي بها صاحب العمل».

أو أنه «توقف لا إرادي عن العمل من أجل المطالبة بتحسين ظروف وشروط العمل»⁴.

¹ - نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول، ديوان المطبوعات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجامعة الأردنية، 2006، ص ص 336-337.

² - سليمان أحمية، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 138-139.

³ - سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص 385.

⁴ - سليمان أحمية، مرجع سابق، ص 139.

كما عرفه الأستاذ الدكتور "أحمد البرعي": «توقف العمال عن العمل توقفا لا إراديا ومدبرا لممارسة الضغط على صاحب العمل لحمله على إجابة المطالب المهنية التي سبق له رفضها من قبل» ومن جانبه فإن الأستاذ الدكتور "السيد نايل" فإنه يعرف الإضراب بأنه «توقف جماعي ومدبر عن العمل يهدف إلى تأييد مطالب مهنية رفض صاحب العمل تحقيقها»¹.

وعرف كذلك على أنه: «توقف جماعي ومتفق عليه عن العمل من جانب عمال أحد المؤسسات بقصد تحسين الأجر أو ظروف العمل»².

أما "جرار آدم" فيرى أنّ «الاضراب هو فعل يتوقف العمال بواسطته عن العمل، لحمل رب العمل أو إدارة المؤسسة على تحقيق مطالبهم التي قد تتمثل في العدول عن قرارات معينة أو إقرار حقوق جديدة للعمال»³.

تعددت آراء الفقه الفرنسي وذلك كل اتجاه وضع تعريف جامع مانع لجميع عناصر الاضراب المادية والمعنوية ومن بين الفقهاء: نجد الفقيه جون ريفير (J. Rivro) الذي يعرف الاضراب بقوله «الاضراب بالنسبة لجماعة معينة، هي جماعة المضربين، واقعة تؤدي إلى تعليق ممارسة نشاطها المهني، وكذلك نشاطها المدني والاجتماعي، مستهدفة تحقيق الحصول على ميزة محددة بواسطة الضغط الذي يكمن في الغياب عن أداء النشاط على إرادة ذلك الذي في مقدوره إعطاء هذه الميزة المستهدفة». وفي ذات السياق عرفه الفقيه

¹ - ثواني إيمان وريمة سرور، مرزوقي وسيلة، حق الموظف العمومي في اللجوء إلى الاضراب في الجزائر بين التقيد والتحرير، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية محكمة، السنة الثالثة، المجلد 05، العدد 01-2012، جامعة عبد الرحمن، ميرة، بجاية، ص ص 27.

² - إبراهيم زكي أخنوخ، شرح قانون العمل الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1978، ص 38.

³ - خالد حامد، نزاعات العمل في ظل التحولات السوسيو اقتصادية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، ص ص 23-24.

جون روش (J. Roche) على أنه «توقف منظم وجماعي عن العمل، يتم بناء على قرار تتخذه السلطة المختصة وذلك بهدف تحقيق مطالب محددة»¹.

يرى أيضا بعض الفقه الفرنسي أن الاضراب هو «رفض جماعي ومدير للعمل يعبر فيه العمال في الخروج مؤقتا على شروط العقد لإنجاح مطالبهم ويركز هذا التعريف كما هو واضح على الصورة الجماعية للإضراب ويؤكد أيضا على أنه وسيلة لتحقيق مطالب العمال كما أنه يؤخذ عليه أنه يحدد طبيعة الطالب العمالية التي يهدف الاضراب إلى تحقيقها»².

ذهب رأي آخر من الفقه الفرنسي إلى أن الاضراب «هو كل توقف عن العمل بصفة مؤقتة تبرره مطالب قد تؤدي إلى إفادة مجموع العمال والتي تعبر عنها مجموعة ممثلة بصورة كافية للرأي العمالي، وقد أضاف المخالفات التي يمكن أن تعيب الاضراب المشروع»³.

نختم القول أن الفقه الجزائري لم يخض كثيرا في مسألة الاضراب بل هنا دراسات قليلة، ورغم ذلك سوف نشير إلى بعض منها، حيث يرى اتجاه ان الاضراب «يتمثل في توقف جماعي عن العمل، يتم إتخاذه بعد تشاور العمال، وأن الاضراب يتخذ للضغط على صاحب العمل لحمله على الموافقة على تلبية مطالب العمال حول مسائل موضوع الخلاف»⁴.

¹ ثواني إيمان وريمة سيورر، مرجع سابق، ص 278.

² شايب الراس حياة، حق الاضراب في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بوضياف، المسيلة، 2010-2011، ص 05.

³ صلاح علي علي حسن، تنظيم الحق في الاضراب في التشريعات العربية والمقارنة، مرجع سابق، ص 15.

⁴ كمال مخلوف، مبدأ السلم الاجتماعي في تشريع العمل الجزائري، بين آلية التفاوض كأساس تكريس المبدأ أو الاضراب كوسيلة ضغط، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 171.

الفرع الثالث

التعريف القانوني

اعتبر الاضراب في الجزائر وإلى وقت قريب من الأمور الممنوعة خاصة في القطاع العام، الذي يشغل أكثر من 80% من اليد العاملة الجزائرية، حيث لا يجد المتصفح للقوانين المنظمة لهذا القطاع أية إشارة ولو عبارة لمصطلح "الإضراب" وهذا نتيجة للتوجه الاشتراكي الذي انتهجته البلاد فيما يتعلق بتنظيم النشاط الاقتصادي بما فيه علاقات العمل والذي لم يعترف بحق الاضراب إلا بالنسبة لعمال القطاع الخاص وهو الاعتراف الذي يتسم بالطابع السياسي، حيث ظلت كافة القوانين المنظمة لحق الاضراب في القطاع الخاص جامدة دون أن تتبع بنصوص تنظيمية تضعها موضع التنفيذ¹.

يصبح الاضراب في عشرية الثمانينات إجراء فعلياً، غير مرخص لعمال القطاع العام ولكنه موجود من حيث الممارسة على الأقل². فحد ذلك من وجود نزاعات في ميادين وأنشطة القطاع العام بسبب إزالة الفوارق الاجتماعية وتوجيه علاقات العمل ضمن طرق قانونية وتنظيمية محددة ضمن المساواة في الحقوق والواجبات والعمل على ضمان إستمرارية العمل³.

أول نص تضمن إباحة الاضراب في هذا القطاع الخاص يعود إلى سنة 1971⁴، حيث تناولته المادة 15 من الأمر 71-75، المتعلق بعلاقات العمل الجماعية في القطاع

¹ - أحمية سليمان، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 144.

² - عجة الجيلالي، الوجيز في قانون العمل والحماية الاجتماعية، (النظرية العامة لقانون العمل في الجزائر)، ب.ط، 2005، ص 219.

³ - رشيد واضح، منازعات العمل الفردية والجماعية (في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر)، مرجع سابق، ص 116.

⁴ - أحمية سليمان، مرجع سابق، ص 144.

الخاص¹، والتي جاء نصها كالتالي «لا يجوز الأمر بالإضراب عن العمل إلا بعد أخبار مفتش العمل بقصد المصالحة وبعد مصادقة السلطات النقابية».

يستخلص من النص أعلاه ربط حق الاضراب بعدة شروط أولية، مما جعله حق مقيد ومشروط برخصة مفتش العمل، كما دعم المشرع فيما بعد حق الاضراب بنوع من الحماية في حالة ممارسته الفعلية من قبل العمال.

كرس بعد ذلك دستور 1976² حق الاضراب، حيث نصت المادة 61 الفقرة 02 منه على أنه: «في القطاع الخاص، حق الاضراب معترف به، وينظم القانون ممارسته»، اعترفت بذلك بحق الاضراب في القطاع الخاص مع وجوب تنظيمه بواسطة قوانين خاصة وهي القوانين التي لم يصدر منها أي نص إلى غاية إلغاء هذا الدستور، حيث ظل حق الاضراب في هذا القطاع معترفاً به فقط كمبدأ عام ولم يخص بأي تنظيم قانوني خاص به، مما جعله يبقى خاضعاً فقط للسلطة التقديرية لمفتش العمل³.

صدر بعد ذلك دستور 1989⁴ في ظل الإصلاحات السياسية والاقتصادية في والتعددية الحزبية التي عرفتها البلاد، والذي حمل لأول مرة شيئاً جديداً بخصوص هذا الحق يتمثل في الاعتراف بممارسته في جميع القطاعات⁵، حيث اعترف بحق الاضراب في المادة 54 التي تنص على أنه: «الحق في الاضراب معترف به، ويمارس في إطار القانون يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق، أو يجعل حدوداً لممارسة في ميادين الدفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع».

¹ - أمر رقم 71-75 مؤرخ في 16 نوفمبر 1971 المتعلق بعلاقات العمل الجماعية في القطاع الخاص، جريدة رسمية، عدد 101، الصادرة في 1971/12/13.

² - دستور 1976، الصادر بمقتضى الأمر رقم 76-79، المؤرخ في 30 ذي القعدة 1396 الموافق ل 22 نوفمبر 1976.

³ - أحمية سليمان، آليات تسوية نزاعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 144.

⁴ - دستور 1989، الصادر بمقتضى الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 28 فيفري 1989، ج ر، عدد 09، 1989.

⁵ - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 339.

ليمارس في القطاعين العام والخاص وتصدر بشأنه قوانين وتنظيمات قصد تنظيم ممارسته وإخضاعه للقانون¹.

تطبيقاً لهذا المبدأ صدر القانون رقم 90-02، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها، وممارسة حق الاضراب²، حيث نصت المادة 24 منه على أنه «إذا استمر الخلاف بعد استنفاد إجراءات المصالحة والوساطة المنصوص عليها أعلاه، وفي غياب طرق أخرى للتسوية قد ترد في عقد أو اتفاقية بين الطرفين، يمارس حق العمل في اللجوء إلى اضطراب وفقاً للشروط والكيفيات المحددة في أحكام هذا القانون».

تضمن هذا النص بالإضافة إلى تنظيم كيفيات ممارسة هذا الحق الحالات والقطاعات التي يمنع أو يقيد فيها حق الاضراب، لاسيما تلك التي حددتها المواد الموالية إلى جانب أحكام جزائية خاصة بالمساس بهذا الحق³.

عدل بعد ذلك القانون رقم 90-02 بموجب القانون رقم 91-27 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب⁴، هذا الأخير الذي نظم ممارسة حق الاضراب في القطاع العام والقطاع الخاص، وأبان فيه عن موقف المشرع الجزائري من هذا الحق وطبيعة الشروط المرتبطة به والآثار القانونية المترتبة عن ممارسة

¹ - العيد غريسي، حق الاضراب، وآثاره على المرافق العامة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 109.

² - القانون رقم 90-02 المؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق لـ 06 فبراير سنة 1990، يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب معدل ومتمم بقانون رقم 91-02 مؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1412 الموافق لـ 21 ديسمبر 1991.

³ - أحمية سليمان، مرجع سابق، ص 147.

⁴ - القانون رقم 91-27 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، يعدل ويتم القانون رقم 90-02 المؤرخ في سنة 1990، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب، جريدة رسمية مؤرخة 25 دسمبر 1991.

هذا الحق وكيف يتم تسويته، كما أنه لم يكن الاعتراف بحق الاضراب مطلقا بل قيده من جانبين جانب تنظيمي وعملي¹.

أصبح بالتالي العمال في كل من القطاعين العام والخاص يتمتعون بنفس الحقوق في ممارسة حق الاضراب ويخضعون لنفس الأحكام القانونية المنظمة له².

كرس بعده المشرع حق الأضراب بموجب الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، هذا الأخير الذي اعترف للموظفين بممارسة حق الاضراب في ظل التشريع المعمول به أي في القانون رقم 90-02 السالف الذكر³.

أدمج بعد هذا، حق الاضراب ضمن الحقوق والحريات العامة، بموجب دستور 2016 من خلال المادة 71 منه والتي جاء نصها كالتالي: «يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق، أو يجعل حدود الممارسة في ميادين الدفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع⁴.

ومؤخرا صدر دستور 2020⁵ مؤكدا على هذا الحق بموجب المادة 71 منه، والتي تنص على ما يلي: «الحق في الاضراب معترف به ويمارس في إطار القانون.

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

¹ - العيد غريسي، حق الاضراب واثاره على المرافق العامة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 109.

² - أحمية سليمان، مرجع سابق، ص 147.

³ - الأمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 جويلية 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، جريدة رسمية، عدد 46 الصادرة في 16 يوليو 2006.

⁴ - المادة 71 من دستور 2016 الصادر بمقتضى الأمر رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، جريدة رسمية عدد 14.

⁵ - دستور 2020 الصادر بمقتضى الأمر رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020، جريدة رسمية، عدد 82.

المطلب الثاني

أحكام ممارسة حق الاضراب

نظرا لأهمية الاضراب في الحياة المهنية والاقتصادية لكل من العامل وصاحب العمل على حد سواء وما قد يحدثه من آثار سلبية على العلاقات المهنية للطرفين لاسيما في حالة سوء إستعماله، فقد وضع المشرع عدّة أحكام وشروط وقيود قصد تنظيم اللجوء إليه، قصد ضمان حماية كافية عند ممارسة هذا الحق من أي تعسف قد يصدر من صاحب العمل وذلك من خلال تحديد شروط لممارسة هذا الحق (الفرع الأول) وإقرار قيود عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط ممارسة حق الاضراب

حتى يكون الاضراب وفق المنصوص عليه قانونا يجب على الموظف ان يتبع شروط التي عي الزامية قبل الشروع فيه، وسندرس هذه الشروط كالتالي:

- إستنفاد إجراءات التسوية الودية.
- موافقة جماعة العمال على الإضراب.
- الإشعار المسبق بالإضراب.
- ضمان وأمن سلامة أماكن العمل¹.

¹ - بن زعباط حورية، لوط عائشة، مبدأ إستمرارية المرفق العام في القانون الجزائري -دراسة مقارنة-، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات لنيل شهادة الماتسر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، 2018- 2019، ص 14- 15.

أولاً: إستنفاد إجراءات التسوية الودية.

لا يشرع في الاضراب إلا بعد التأكد من فشل محاولات التسوية الودية، المتمثلة في الوساطة، وبعد التأكد من عدم وجود أية وسيلة أخرى لحل النزاع¹. وفي هذا المجال تجدر الإشارة إلى الطرق السلمية لمعالجة النزاع الجماعي، ومن بين هذه الطرق السلمية، نجد الوساطة التي تعتبر شكل من أشكال التوفيق حيث يقوم وسيط بإقناع الأطراف المتنازعة حول حل وسط بل أنه يقترح شخصياً- الوسيط- حل للنزاع بعد سماعه للطرفين ويدعوهم إلى قبول الحل الذي اقترحه، ويلجأ الطرفان المتنازعان إلى اقتراح التسوية عن طريق طرف ثالث (الوسيط) يتمتع بقوة التأثير على الطرفين، فالنزاع بين الإدارة والعمال مثلاً يتطلب تدخل النقابة للتوسط في تسوية النزاع بينهما بسبب ما لديها من قوة التأثير على كل منهما، وهذا لا يعني أن الطرفين ملزمين بقبول الحلول المقترحة، حيث يمكن رفضها كما يمكن قبولها.

أما عن التوفيق فيتميز بوجود طرفاً ثالثاً محايد، مهمته السعي من أجل تقريب وجهات نظر الطرفين وحثهما على قبول حل وسط، ويقوم الشخص المرفق بتحرير محضر بالتوفيق أو بفشله مما يعني حرية الأطراف المتنازعة في قبول أو رفض الحلول المترتبة لوضع حدا للنزاع.

ومن الطرق السلمية نجد المفاوضات الجماعية، والتي تتمثل في التفاوض المباشر بين ممثلي العمال وممثلي الإدارات العمومية، وتعتبر أفضل طرق التسوية الودية، كونها تقوم على أساس الحوار وترجع أهمية التفاوض إلى وجود تلك التنظيمات التي تعرف باسم النقابات العمالية².

¹ - أحمية سليما، مرجع سابق، ص 148.

² - عتيقة بلجبل، الإضراب في المرافق العامة -دراسة مقارنة-، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير، فرع قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2004-2005، ص 83-84.

كما يمكن اللجوء إلى التحكيم الذي يتم بإتفاق طرفي النزاع، ويمنع اللجوء إلى الاضراب أو يتم توقيفه إذا تم الشروع فيه، حيث نصت المادة 25 من القانون رقم 90-02 المذكور سابقا بأنه: «لا يمكن اللجوء إلى ممارسة الإضراب، ويوقف الإضراب الذي شرع فيه بمجرد إتفاق الطرفين في الخلاف الجماعي في العمل على عرض خلافهما على التحكيم، ومعنى هذا اللجوء إلى التحكيم أداة من أدوات إنهاء الإضراب وليس فقط توقيفه أو تجميده، لأن قرار التحكيم - كما سبق وبيننا ذلك - يفرض تطبيقه والالتزام به من فعل الطرفين بحكم القانون، وفق نص أحكام المادة 13/2 من القانون السالف الذكر، وذلك لأن أمر اللجوء إلى التحكيم أمرا إختياريا من حيث المبدأ إلا أن مجرد الاتفاق على اللجوء إليه يفقد المتنازعين هذه الحرية، ويلزمهم مسبقا بالامتثال لقرار التحكيم والالتزام بتنفيذه. وهو ما يؤدي إلى القبول، بأن اللجوء إلى التحكيم وهو وسيلة من وسائل تفادي الإضراب، أو على الأقل تفادي الاستمرارية»¹.

ثانيا: موافقة جماعة العمال على الإضراب.

بعد إستنفاد إجراءات التسوية الودية ومع ذلك ظل النزاع قائم، يجتمع جماعة من الموظفين على شكل جمعية عامة داخل مؤسسات العمل والذي يجب أن يكون عددهم على الأقل نصف عدد الموظفين الذين يريدون الإضراب، وهذا حسب نص المادة 27 من القانون رقم 90-02 السالف الذكر، ويعرضوا المسائل أو النقاط التي لم يجد لها حل بعد إجراءات التسوية الودية².

¹ - أحمية سليمان، مرجع سابق، ص 149.

² - سيدهومي أمينة، ربحان رمضان، مبدا استمرارية المرافق العامة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون اجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2016-2017 ص 18.

وخلال انعقاد الجمعية العامة يعرض ممثلي العمال النقاط التي مازالت عالقة أو موضوع خلاف والبت في احتمال التوقف الجماعي أو الاضراب عن العمل¹.

وقرار هذه الأغلبية يلزم الأقلية التي لم تصوت لصالح اللجوء للإضراب وبالتالي فإنّ عدم إضراب الأقلية لا ينفي الشرعية عن إضراب الأغلبية لأنّ العبرة هنا هي في احترام إجراء التصويت عن الاضراب وليس في عدد العمال المضربين، إذ أنه ليس من شروط الاضراب أن يقوم به جميع العمال بل قد يشمل جزء منهم فقط دون غيرهم، وهذا يعد تكريسا فعليا لمبدأ الديمقراطية في العالم المهني².

ويشترط لصحة التصويت حضور نصف عدد عمال المؤسسة المعنية على الأقل وأن يوافق على الاضراب أغلبية العمال الحاضرين.

أما بخصوص توافر النصاب القانوني المطلوب، فإنه حسب المادة 28 من القانون رقم 02/90 فإن شرط موافقة أغلبية جمعية العمال التي لا تقل عن نصف عددهم شرط دائم سواء، أكانت الجمعية عادية أو استثنائية وهذا الرأي يجد مبرراته في³:

1- أن قواعد العمل أغلبها آمرة.

2- أن نية المشرع هو التضييق من الاضراب بقدر الإمكان وأن هذا يجعل الشرط

دائما في أية جمعية عمالية تستدعي لهذا الغرض سواء أكانت عادية أو إستثنائية.

وأخيرا يمكننا القول أنه بمجرد الاتفاق على اللجوء إلى الاضراب على إثر تصويت

سري ومن أغلبية العمال المجتمعين في جمعية عامة تمثل نصف العمال على الأقل يجعل من الاضراب شرعي وقانوني لاسيما بإتباع ما يسمى بالإشعار المسبق بالإضراب⁴.

¹ - المادة 27 من القانون 02/90، مؤرخ 10 رجب عام 1410 الموافق فبراير سنة 1990، يتعلق بالرقابة من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب.

² - أ. عبد الرحمن خليفي، مرجع سابق، ص 71.

³ - المادة 28 من القانون 02/90، السالف الذكر.

⁴ - شايب الراس حياة، مرجع سابق، ص 21-22.

ثالثا: الإشعار المسبق بالإضراب.

لا يكفي موافقة غالبية الموظفين على شن الاضراب ليصبح بل اوجب أن القانون رقم 02/90 في المادة 29 منه أوجب إيداع إشعار بالإضراب، باعتباره إحدى الضمانات التي تسمح للإدارة اتخاذ الإجراءات المناسبة قبل شن الاضراب لاسيما الاحتياطات الإدارية المواتية لمواجهة حالة التوقف عن العمل¹.

فالمقصود بشرط الاشعار المسبق بالاضراب إعلام الأطراف المتفقة على الإضراب صاحب بقرار اللجوء إلى الاضراب والمدة التي اتفقوا عليها على الانقطاع عن تأدية مهامهم².

فالإضراب لا يكون من تاريخ الاتفاق على الشروع فيه، بل يبدأ بعد مهلة الاشعار المسبق، وذلك طبقا للمادة 29 من قانون رقم 90-02 السالف الذكر، والتي تنص على أنه: « يشرع في الاضراب المتفق عليه، حسب الشروط المنصوص عليه في المادتين 27 و 28 أعلاه، لدى إنتهاء أجل الاشعار المسبق بالإضراب»، فيحسب هذا الأخير من تاريخ إيداعه لدى المستخدم وإعلام مفتشية العمل المختصة إقليميا وقد تناولت المادة 30 من نفس القانون هذه المدة إذ نصت على أنه: «تحسب مدة الإشعار المسبق بالإضراب ابتداء من تاريخ إيداعه لدى المستخدم إعلام مفتشية العمل المختصة إقليميا.

وتحدد هذه المدة عن طريق المفاوضة ولا يمكن أن تقل عن ثمانية (08) أيام ابتداء من تاريخ إيداعه»³.

اما بالنسبة للقانون الفرنسي وبغية تدارك الاضرابات الفجائية أوجبت المادة الثالثة من قانون 31 جويلية 1963 الاشعار أو الإخطار المسبق، فقد حدد بثلاثة أيام كاملة بمقتضى القانون، إلا أن تطبيق هذا القانون قد بدأ صعبا أو عديم الجدوى في العديد من الحالات

¹ - أ. عبد الرحمن خليفي، مرجع سابق، ص ص 71 - 72.

² - سيدهومي أمينة، ريحان رمضان، مرجع سابق، ص 20.

³ - قانون 02/90، السالف الذكر.

فخلال شهر ماي من عام 1968 نشطت حركة إضراب لم يودع منها أي إشعار مسبق من قبل النقابات، ومع هذا لم تتخذ الحكومة أي تصرف ضد المضربين مع أنه كانت لها الإمكانية الشرعية في ذلك.

إلا أنّ القانون المذكور أعلاه تم تعديله بالقانون رقم 82-88 الصادر بتاريخ 19 أكتوبر 1982 والسبب في ذلك التغييرات السياسية التي حدثت عام 1981 ومن بين التعديلات ما تعلق بالمادة 521 في فقرتها الثالثة التي تنص على أنه: «من الواجب على الأطراف المعنية أن تتفاوض خلال مدة الإشعار المسبق».

ولقد قصد المشرع من النص على وجوب الإشعار المسبق بالإضراب هو تمكين أطراف النزاع من إيجاد تسوية سلمية له، وفي حالة عدم التوصل إلى هذه التسوية تجعل مدة الإشعار المسبق المستخدم وممثلي العمال باتخاذ التدابير اللازمة لضمان المحافظة على المنشآت والأموال وضمان أمنها ويعين الطرفان العمال الذين يتكفون بهذه المهام¹.

رابعاً: ضمان أمن وسلامة وسائل العمل.

يشترط للجوء إلى حق الاضراب عدم إحتلال أماكن العمل بالقوة وذلك بإتخاذ كافة الاحتياطات والإجراءات اللازمة لضمان المحافظة على وسائل وأدوات وأماكن العمل، وعدم تعريضها لأية أضرار أو تخريب أو إتلاف، أو مساس بالأموال العقارية والمنقولة والمنشآت التابعة لصاحب العمل، فأى تصرف من هذا القبيل من طرف العمال المضربين يرتب عليهم المسؤولية المدنية أو الجزائية حسب جسامته الضرر، وفقاً لما تنص عليه المادة 55 فقرة 02 من القانون رقم 02/90 التي تقضي العقوبة إلى حدود ثلاث سنوات حبسا في حالة الاعتداء على الأشخاص والممتلكات².

¹ - عتيقة بلجبل، الإضراب في المرافق العامة، مرجع سابق، ص 85.

² - أحمية سليمان، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي، مرجع سابق، ص 152.

ولقد نصت المادة 35 من القانون رقم 90-02 على أنه: «يمنع العمال المضربين عن إحتلال المحلات المهنية للمستخدم، عندما يهدف هذا الإحتلال عرقلة حرية العمل وفي هذه الحالة يمكن إصدار أمر قضائي بإخلاء المحلات بناء على طلب المستخدم»¹. ما نفهمه هنا نص المادة أنه في حالة إحتلال العامل لأماكن ووسائل العمل رغم صدور أمر قضائي بعدم التعرض يعرضه ذلك لعقوبات مدنية أو جزائية.

كما أنّ السلطة القضائية هي الأخرى وضعت حداً للتجاوزات في مزاوله الإضراب بإستخدامها القوة القاهرة في حالة إحتلال مواقع العمل ومنع رؤساء المؤسسة وعمال الإدارة من الدخول إلى أماكن العمل المعتادة ممكن أن ينجر عنه في حالات معينة فسخ عقد العمل².

وفي هذه الحالة، يمكن إصدار أمر قضائي بإخلاء عام للعمال في أماكن العمل أو أثناء العمل، لمدة محددة بأنه إحتلال لمكان العمل كما لا يمكن اعتبار بقاء العمال في أماكن أو مناصب عملهم طول مدة الاضراب دون المساس بأمن وسلامة أدوات العمل وممتلكات صاحب العمل، ودون تعطيل غيرهم من العمال غير المضربين عن العمل عن قيامهم بعملهم، ودون إحتلال لمكان العمل، كما لا يعتبر كذلك إحتلال مكان العمل، تجمع العمال في مكان العمل أثناء الاضراب بطريقة سلمية ومنظمة، ودون عرقلة السير العادي للمؤسسة المستخدمة أو ممارسة أية تصرفات تمس بحرية العمال لباقي العمال غير المضربين³.

هذه الشروط هي المقررة قانوناً حتى يكون الإضراب مشروع، حيث أنّ عدم مراعاة هذه الشروط والإجراءات يجعل قرار الشروع في الإضراب مخالفاً للقانون.

¹ - أنظر: المادة 53 من القانون 90-02 السالف الذكر .

² - شامي يسين، النسق الاجرائي للإضراب في التشريع الجزائري، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد 05، ديسمبر 2018، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، ص 207.

³ - أحمية سليمان، مرجع سابق، ص 152.

وكل توقف عن العمل وإحترمت هذه المراحل والشروط يضيف عليه المشرع حماية خاصة كضمانة دستورية لممارسته في إطار قانوني، وحماية هذا الحق - حق الإضراب - لا يعني عدم تقييده لأن جعله غير مقيد يصبح فيه مساساً بأصول ومبادئ الهيئة المستخدمة لاسيما مبدأ سير العمل بانتظام وإطراد واستمرارية عملها.

إنّ المشرع الجزائري كرس حق ممارسة الاضراب في الدستور وجعل لممارسيه حماية قانونية ما تصرفوا في إطار القانون والأنظمة لكن بشرط أن يتم تقييد هذه الممارسة ليتحقق ما يسمى بالموازنة بين مصالح الإدارة وحقوق الموظفين، ونتعرض فيما يلي للقيود الواردة على ممارسة حق الاضراب¹.

الفرع الثاني

القيود الواردة على حق الاضراب

بالرغم من أن حق الاضراب هو حق مكرس دستوريا، ويدخل ضمن قائمة الحريات الأساسية للمواطن، إلا أنه مع ذلك ليس حقا مطلقا لا يخضع لأية قيود في ممارسته، بل يعرف قيودا تشريعية (أولاً) وإدارية (ثانيا) وكذا قضائية (ثالثا).

أولاً: القيود التشريعية على حق الإضراب.

تؤدي المرافق العامة مهما كان موضوع نشاطها، دوراً كبيراً داخل المجتمع مما يفرض أن تقدم خدماتها للجمهور بشكل مستمر ومتواصل، بحيث يؤدي توقفها إلى إلحاق ضرر بالغ بالمصلحة العامة، وبحقوق الأفراد لذلك تعين على المشرع وبغرض تحقيق المقصد العام وهو إستمرارية نشاط المرفق وقيامه بالخدمات المنوطة به، أن يعد من الآليات القانونية ما يضمن اداء الخدمة وتواترها وعدم إنقطاعها².

¹ - عبد الرحمن خليفي، مرجع سابق، ص ص 73 - 74.

² - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ريحانة، الجزائر، د.س، ص 980.

فقام بتحديد القطاعات التي تمنع فيها فئات من العمال من ممارسة حق الاضراب منعًا باتًا.

أ- إحترام القدر الأدنى من الخدمة:

يعد ضمان الحد الأدنى للخدمة، من أهم القيود الواردة على حق الاضراب في المرافق العمومية الأساسية، وذلك تقاديا الأثار السلبية للإضراب التي لا تتوقف عند الاضرار بمصالح المؤسسة المستخدمة، فحسب، بل تمتد لتمس بالدرجة الأولى مصالح المنتفعين من خدمات هذا المرفق، والذين ليس لهم علاقة بالإضراب أو المضربين ولا بأسبابه ولا بأهدافه خاصة وأن الاضراب في المرافق العمومية لا يكون ثنائي الأطراف بل يكون ثلاثي أو متعدد الأطراف والأبعاد، ولذلك فإن معظم التشريعات تعمل على التخفيف من أضرار الإضراب بقدر المستطاع، أي بالقدر الذي لا تتعدى معه حدود مصالح الطرفين فقط والاحتفاظ بمصالح الأطراف الأخرى أي مصالح المجتمع الأخرى المتمثلة في ضمان الحد أو القدر الأدنى من الخدمة.

يتمثل الحد الأدنى للخدمة في أن العون المضرب يمكن أن يؤمر بأداء عمله أو جزء منه مع كونه مضرًا¹.

نص التشريع الجزائري على فرض الحد الأدنى للخدمة في حالة الاضراب الذي يحدث في ميادين النشاط التي يشكل انقطاعها التام مساسًا بإستمرارية المرافق العمومية الأساسية، أو بالأنشطة الاقتصادية الحيوية، أو بتموين المواطنين أو المحافظة على المنشآت والممتلكات²، وذلك بموجب المادة 37 من القانون رقم 90-02³ التي تنص على

¹ - بوسعيدة دليلة، أثر ممارسة حق الاضراب على علاقة العمل الفردية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 52.

² - بوسعيدة دليلة، أثر ممارسة حق الاضراب على علاقة العمل الفردية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع نفسه، ص 53.

³ - القانون رقم 90-02 مؤرخ في 06 فيفري 1990، يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب، جريدة رسمية عدد 06 لسنة 1990، معدل ومتمم بالقانون رقم 91-27 المؤرخ 21 ديسمبر 1991.

أنه: «إذا كان الاضراب يمس الأنظمة التي يمكن أن يضر إنقطاعها التام استمرار المرافق العمومية الأساسية، أو يمس الأنشطة الاقتصادية الحيوية أو تموين المواطنين أو المحافظة على المنشآت والأماكن الموزعة، فيتعين نص مواصلة الأنشطة الضرورية في شكل قدر أدنى من الخدمة إجباري أو ناتج عن مفاوضات أو اتفاقيات أو عقود».

لم يكتف المشرع الجزائري بالنص على هذا المبدأ فحسب، بل أنه وتقدياً لأي إخلال بتفسير هذه الأحكام، أو أي تقصير أو تفسير ضيق لهذه المادة من جهة، وضماناً لتطبيق الحد الأدنى الإلزامي في بعض القطاعات الحيوية والاستراتيجية من جهة ثانية، فقد أُجبر بعض مصالح هذه القطاعات على إلزامية تقديم إجباري من الخدمة بغض النظر عن وجود أو عدم وجود إتفاقية جماعية أو إتفاق ينظم ذلك¹، حيث نصت المادة 38 من القانون سابق الذكر على الميادين التي يجب أن يكون فيها أداء الحد الأدنى من الخدمة وهي:

1. المصالح الاستشفائية، المناوبة ومصالح الاستعجالات وتوزيع الأدوية.
2. المصالح المرتبطة بسير الشبكة الوطنية للمواصلات السلكية واللاسلكية والإذاعة والتلفزة.
3. المصالح المرتبطة بإنتاج الكهرباء والغاز والمواد البترولية والماء ونقلها وتوزيعها.
4. المصالح البلدية لرفع القمامة من الهياكل الصحية والمسالخ، ومصالح المراقبة الصحية النباتية الحيوانية في الحدود والمطارات والموانئ والمصالح البيطرية العامة والخاصة، وكذا مصالح التطهير.
5. المصالح المرتبطة مباشرة بإنتاج الطاقة المخصصة لتزويد شبكة المواصلات السلكية واللاسلكية الوطنية وصيانة الشبكة الوطنية للإشارة.
6. المصالح المكلفة بالعلاقات المالية مع الخارج في البنك والبنود العمومية.

¹ - أحمية سليمان، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في الضمان في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 155.

7. المصالح المكلفة بإنتاج المحروقات، ونقلها عبر قنوات الشحن والنقل البحري.
8. نقل المحروقات بين السواحل الوطنية.
9. مصالح الشحن والتفريغ المينائية والمطارية ونقل المنتوجات المعترف بخطورتها والسريعة التلف أو المرتبطة بحاجيات الدفاع الوطني.
10. المصالح المرتبطة بأمن وسائل النقل (الارصاد الجوية، والاشارة البحرية والسكة الحديدية ومنها حراس حواجز المقاطع).
11. مصالح النقل والمواصلات السلكية واللاسلكية المرتبطة بحماية الأرواح وعمليات الشحن وإنقاذ السفن مباشرة.
12. مصالح الدفن والمقابر.
13. المصالح المكلفة بمراقبة المرور الجوي (مراكز المراقبة والاستعداد للنزول وإبراج المراقبة).
14. مصالح كتابة الضبط في المجالس والمحاكم¹.
- إضافة إلى هاته القطاعات الأربعة عشر المهنية بالحد الأدنى للخدمة لحساسيتها وعلاقتها بميادين حيوية فقد نص القانون 27/91 المعدل والمتمم للقانون 02/09 على مجالين آخرين:
- أولاً: الأنشطة المرتبطة بإمتحانات التعليم الثانوي ذات الطابع الوطني طوال فترة اجرائها.
- ثانياً: مصالح الإدارة العمومية التي تتولى الأنشطة الدبلوماسية للدولة².
- وفضلا عن هذه المبادئ التي يتم تحديدها بنص تشريعي، فإن المشرع يسمح بوسيلة أخرى لتحديد الميادين التي يمكن أن تكون محل قدر أدنى في حالة الاضراب، وتتمثل في الوسيلة الاتفاقية، إذ يمكن الحد الأدنى للخدمة نتيجة مفاوضات أو اتفاقيات جماعية

¹ - المادة 38 من قانون 90-02 السالف الذكر.

² - عبد الرحمن خليفي، مرجع سابق، ص 85.

أو اتفاقات حيث تحدد بنص اتفاقي، دون المساس بالميادين المذكورة في المادة 38 ميادين خاصة يفرض فيها الحد الأدنى للخدمة إذا قدرت الأطراف أنها أساسية¹.

عندما لا يكون القدر الأدنى في القطاعات المعنية محددًا بالاتفاقيات الجماعية يمكن لصاحب العمل أو السلطة العمومية المعنية تحديد مجالات تطبيقية وتعيين العمال الضرورين للقيام به وذلك بعد استشارة ممثلي العمال ويعتبر رفض أداء القدر الأدنى من العمل خطأ جسيمًا².

من خلال المادة 38 السالفة الذكر يبدو لنا الوهلة الأولى أن المشرع يقصر فرض الحد الأدنى للخدمة على القطاع العام فقط، لكن بالنظر إلى نص المادتين 37 السالفة الذكر والمادة 39³ تنص المادة 39 «يحدد القدر الأدنى من الخدمة في ميادين النشاط المنصوص عليها في اتفاقية أو عقد اجتماعي، دون المساس بالأحكام الواردة في المادة 38 أعلاه» اللتين تعطيان لأطراف علاقة العمل إمكانية تحديد ميادين نشاط معينة إذا قدروا أنها أساسية، لفرض حد أدنى من الخدمة عند إضراب عمالها إذا كانت هذه المؤسسة تقدم خدمة حيوية وأساسية لحياة وصحة وأمن الفرد والمجتمع⁴.

ب- المنع المطلق من ممارسة الاضراب:

تتوقف التشريعات والنظم الحديثة على تقييد ممارسة حق الاضراب، في بعض القطاعات الحيوية، بل أن بعضها يذهب إلى حد منع بعض الفئات العاملة في القطاعات الاستراتيجية من ممارسة حق الاضراب، مستندة في ذلك إلى مبدأ إستمرارية المرفق العام وحماية المصلحة العامة.

¹ - بوسعيدة دليلة، أثر ممارسة حق الاضراب على علاقة العمل الفردية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص ص 54-55.

² - خليفي عبد الرحمان ، مرجع سابق، ص 83.

³ - المادة 39 من قانون رقم 90-02 السالف الذكر.

⁴ - بوسعيدة دليلة، مرجع سابق، ص 55.

رغم أن المشرع الجزائري، قد اعطى قيمة دستورية للحق في الاضراب، إلا أنه منعه في بعض الميادين هو أيضا مبدأ دستوري¹.

تضمن المادة 54 الفقرة من دستور 1989 السالف الذكر «الحق في الاضراب معترف به، ويمارس في إطار القانون، يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق أو يجعل حدود الممارسة في ميادين الدفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع»².

وتطبيقا لهذه الأحكام الدستورية، نصت المادة 43 من القانون رقم 90-02 السالف الذكر على منع اللجوء إلى الاضراب، في ميادين الأنشطة الحيوية التي قد يعرض توقفها حياة أو أمن المواطن أو الاقتصاد الوطني للخطر، وبهذه الصفة³ تنص المادة 43 من القانون رقم 90-02 يمنع اللجوء إلى الأحزاب على:

- 1- القضاة.
- 2- الموظفين المعنيين بمرسوم أو الموظفين الذين يشغلون مناصب في الخارج.
- 3- أعوان مصالح الأمن.
- 4- الأعوان الميدانيين العاملين في مصالح الحماية المدنية.
- 5- أعوان مصالح إستغلال شبكات الإشارة الوطنية في وزارتي الداخلية والشؤون الخارجية.
- 6- الأعوان الميدانيين العاملين في الجمارك.
- 7- عمال المصالح الخارجية لإدارة السجون⁴.

¹ - بوسعيدة دليلة، أثر ممارسة حق الاضراب على علاقة العمل الفردية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 56.

² - المادة 54 من دستور 1989، السالف الذكر.

³ - بوسعيدة دليلة، مرجع سابق، ص 57.

⁴ - المادة 43 من القانون رقم 90-02، السالف الذكر.

إضافة إلى ذلك يمنع الأعوان المدنيين والعسكريين التابعين للدفاع الوطني من اللجوء إلى الإضراب.

يلاحظ أن القاعدة في التشريع الجزائري هي إباحة الاضراب في قطاع الوظيفة العمومية ومنع بعض فئات الموظفين من ممارسة هذا الحق، هو الاستثناء الذي يؤكد القاعدة، كما أن هذا المنع له منطلق وظيفي بحت، وهو ما يفسره منع الأحزاب على بعض العمال الميدانيين في قطاع الجمارك أو الحماية المدنية مثلاً، والموظفين المعيّنين بمرسوم والموظفين العاملين بالخارج، بينما يُبقى على الحق في ممارسة الاضراب في بعض القطاعات غير الواردة في نص المادة 43 سالف الذكر¹.

يلاحظ أنّ التحديد الحصري للفئات العمالية التي وردت في الفقرات السابقة فإنه يمكن القول أن هناك سلطة تقديرية كاملة ممنوحة للإدارة أو أجهزة التحكيم، في تكييف أية فئة عمالية ضمن الفئات الممنوعة من ممارسة حق الاضراب إذا كان يترتب على ذلك إحدى الآثار الواردة في الفقرة الأولى من المادة 43 السالف الذكر، مثل: جمال مصالح الاستعجالات في المستشفيات وبعض عمال الموانئ، ومراقبة الملاحاة الجوية والبحرية وحراس السواحل وبعض عمال قطاع المالية، لاسيما الخزينة العامة إلى غير ذلك من الفئات العمالية التي قد يعرض توقفها عن العمل المصالح الاقتصادية أو الأمنية للبلاد إلى أخطار وأضرار كبيرة².

منع المشرع لهذه الفئات العمالية من ممارسة الاضراب، لم يمنعه من وضع حل بديل لتسوية النزاعات الجماعية الخاصة بها، وذلك عن طريق المصالحة داخل المؤسسة أو الهيئة الإدارية المعنية في إطار اللجان المتساوية الأعضاء بين النقابة الممثلة للعمال من جهة

¹ - بوسعيدة دليلة، أثر ممارسة حق الاضراب على علاقة العمل الفردية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 57.

² - أحمية سليمان، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 160.

وممثلي الهيئة الإدارية من جهة ثانية، وفي حالة فشلها، تتولى الأجهزة الرئاسية (رئيس المجلس الشعبي البلدي، الوالي، الوزير) مهمة المصالحة بطلب من ممثلي العمال. وفي حالة فشل هذه الأجهزة، يتولى مهمة المصالحة مجلس الوظيفة العمومي المتساوي الأعضاء، وإذا لم يتوصل إلى تسوية عن طريق المصالحة، يعرض النزاع على التحكم الإجباري الذي تختص به اللجنة الوطنية للتحكيم، المكلفة بالنظر في النزاعات الجماعية للفئات الممنوعة من الاضراب¹.

ثانيا: القيود الإدارية على حق الاضراب.

يمكن للإدارة أن تتخذ تدابير الهدف منها تقييد ممارسة حق الاضراب وذلك تأسيساً على قضاء مجلس الدولة الفرنسي أعطى للحكومة المشرفة على حسن سير المرافق العامة صلاحية وضع قيود تمنع من استعمال حق الاضراب استعمالاً تعسفياً أو مخالفاً للنظام العام، تحت رقابة القاضي الإداري عن طريق التسخير الذي يُعد آلية من آليات تقييد ممارسة حق الاضراب تستعمله الإدارة سواء في الحالات العادية (1) أو في الظروف الاستثنائية (2)².

أ- تسخير المضربين في الظروف العادية:

التسخير هو ذلك الأمر الذي تصدره السلطة العامة لجميع أو بعض العمال المضربين في بعض القطاعات والنشاطات الحيوية في مواصلة ضمان الخدمات التي تقدمها المرافق أو المؤسسات التي يشملها الأحزاب، إذا كان ذلك من شأنه تفادي أضرار مؤكد قد

¹ - بوسعيدة دليلة، أثر ممارسة حق الاضراب على علاقة العمل الفردية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 58.

² - بوسعيدة دليلة، أثر ممارسة حق الاضراب على علاقة العمل الفردية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 60.

تصيب أمن البلاد أو تموين بالسلع والخدمات الضرورية أو غير ذلك، كما أن رفض أمرا التسخير هنا يعتبر خطأ مهني جسيم¹.

يفرض التسخير على الأجراء أو الموظفين المعنيين به، تنفيذ العمل الذين يريدون الانقطاع عنه ولا يكفي مجرد حضورهم إلى أماكن العمل، بل لابد من استئناف النشاط وفي حالة عدم الاستجابة فإنهم يتعرضون لإجراءات تأديبية قد تصل إلى حد الفصل بدون تعويض أو مهلة أشعار، كما يمكن إتخاذ إجراءات جزائية في حقهم².

- الشروط الموضوعية للتسخير: تتمثل ألا يكون التسخير مشروعاً، إلا إذا كان مبرراً بوجود ضرورات حيوية تستدعي اللجوء إليه منها وجود تهديد على جزء من الإقليم، أو قطاع حيوي في البلاد أو شريحة من المواطنين، فهو يتخذ في وقت السلم متى وجد تهديد داخلي، ولو لم يكن هذا التهديد جزئياً أو جغرافياً أو اقتصادياً ووجود مساس جسيم باستمرار المرفق العام، إذ لا يكفي مجرد انقطاع المرفق، أو الازعاج الذي ينتج عنه لتبرير اللجوء إلى التسخير ووجود مساس جسيم بالنظام العام³.

- والشروط الشكلية للتسخير: يقتضي إجراء التسخير المدني المتخذ في إطار القانون رقم 11 جويلية 1938 تبني مرسوم في مجلس الوزراء لإنشاء حق التسخير، يكون متبوعاً بقرار وزاري يتضمن ممارسة هذا الحق، وبعد ذلك توجه على المستوى المحلي أوامر التسخير إلى العمال المعنيين تحت مسؤولية الوالي، فتبلغ هذه الأوامر بصورة فردية وإستثناء صورة جماعية إذ كان التسخير يخص كل العمال وهنا يبلغ امر إلى رئيس البلدية أو مسؤول المصلحة أو المؤسسة، ثم يتم إنذار المعنيين بقرار التسخير، بالتعليق في المؤسسة

¹ - أحمية سليمان، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 160.

² - بوسعيدة دليلة، التنظيم القانوني لممارسة حق الاضراب وفقاً لأحكام العمل الجزائري، مجلة معارف، العدد التاسع، 2010، ص ص 99-100.

³ - بوسعيدة دليلة، مرجع نفسه، ص 62.

أو بواسطة مناشير أو أية وسيلة أخرى كالصحف، الإذاعة، التلفزيون...، تسمح بعلم الشخص المسخر بقرار التسخير¹.

يخضع إجراء التسخير إلى اجراءات الطعن بتجاوز السلطة في مرسوم التسخير أمام مجلس الدولة، أو في أمر التسخير أمام المحاكم الإدارية، أو الدفع بعدم احترام الشروط الشكلية والموضوعية التي تحكم التسخير أمام القضاء الجزائي لعدم تنفيذ أمر التسخير². ويتم اللجوء إلى التسخير، حسب المشرع الجزائري في إطار الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني، حيث تتولى السلطات العامة مهمة إتخاذ إجراء تسخير الأملاك والخدمات من أجل ضمان استمرار سير المرافق العمومية وكذا الحالات الاستثنائية والاستعجالية³.

تنص المادة 679 من القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني ج ر، عدد 18 لسنة 1988.

«يتم الحصول على الأموال والخدمات لضمان سير المرافق العمومية باتفاق رضائي وفق الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون.

إلا أنه يمكن في الحالات الاستثنائية والاستعجالية وضمانا لاستمرارية المرفق العمومي الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الاستيلاء»⁴.

¹ - بوسعيدة دليلة، التنظيم القانوني لممارسة حق الاضراب وفقا لأحكام العمل الجزائري، مرجع سابق، ص 62-63.
² - بوسعيدة دليلة، أثر ممارسته حق الاضراب على علاقة العمل الفردية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 63.

³ - بوسعيدة دليلة، التنظيم القانوني لممارسة حق الاضراب وفقا لأحكام العمل الجزائري، مرجع سابق، ص 100.
⁴ - المادة 679 من القانون رقم 88-14، المؤرخ في 03 ماي 1988، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، عدد 18 لسنة 1988.

يتخذ هذا القرار بصورة فردية أو جماعية ويكون كتابيا موقع من طرف الوالي أو كل سلطة مؤهلة قانونا ويتضمن بيان طبيعة وصفة الخدمة، ومدتها إضافة إلى مبلغ الأجر الواجب دفعه كمقابل لتنفيذ التسخير¹.

تنفيذ هذا القرار يتم بطريقة مباشرة، أو بواسطة رئيس المجلس الشعبي البلدي وفي حالة رفض تنفيذه يمكن اللجوء إلى القوة الإدارية فضلا على توقيع عقوبات مدنية جزائية². كل تسخير يتم خارج الأحكام والشروط التي حددها القانون، وخصوصا المادة 67 من التقنين المدني يكون تعسفيا، ويمنح للمعني به اللجوء إلى القضاء والمطالبة بتعويض يشمل إصلاح الضرر اللاحق، ومكافأة العمل، وكل نقص في الربح.

يمكن أن يكون كل من الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي في مواجهة مسؤولية إدارية، بسبب عدم استعمال إجراء التسخير إذ أدى ذلك إلى حدوث مناسب بالنظام العام أو أمن وسلامة الأشخاص والممتلكات والمصالح العليا للبلاد، لا سيما وأن القانون اعتبرهما ممثلين للحكومة على المستوى المحلي في السهر على الحفاظ عليها، وزودهما بالصلاحيات اللازمة للقيام بذلك بما فيها صلاحية تسخير الأشخاص والممتلكات³.

ب- تسخير المضربين في الظروف الاستثنائية:

إضافة إلى تسخير المضربين في الحالات العادية، نظم المشرع الجزائري إجراء تسخيرهم في الحالات الخاصة والاستثنائية كحالة الحصار وحالة الطوارئ. حالة الحصار تتولى السلطات العسكرية المخولة بصلاحيات الشرطة، وبعد استشارة رعاية النظام العام⁴ منع الاضرابات التي يمكن أن تعرقل استعادة النظام العام في المرافق

¹ - المادة 680 من القانون رقم 88-14 السالف الذكر.

² - المادة 681 من القانون نفسه.

³ - المادة 679 من القانون نفسه.

⁴ - المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 04 جوان 1991، المتضمن تقرير حالة الحصار، جريدة رسمية، عدد 29 لسنة 1991.

العمومية، وأن تأمر بتسخير المستخدمين للقيام بنشاطاتهم المهنية المعتادة في منصب عملهم.

تأمر أيضًا وعن طريق التسخير في حالة الاستعجال والضرورة، كل مرفق عام أو مؤسسة عمومية أو خاصة بأداء خدماتها¹.

السلطة العسكرية لديها صلاحية إتخاذ تدبير الوضع في مراكز الأمن ضد الأشخاص الراشدين الذين يعرضون للخطر، النظام العام، الأمن العمومي أو السير العادي للمرافق العمومية عن طريق الدعوة إلى الاضراب بأية وسيلة، أو رفض تنفيذ التسخير الكتابي الذي تصدره السلطة المخولة ويشكل ذلك الرفض عرقلة خطيرة لسير الاقتصاد الوطني². يمكن أن يوضع الأشخاص تحت الإقامة الاجبارية متى كان إبعادهم وإخبارهم كفيلة باستعادة النظام العام والأمن العمومي والمحافظة عليهما³.

يلاحظ أن المشرع أعطى للسلطة العسكرية حرية مطلقة في منع ممارسة حق الاضراب عن طريق التسخير دون أي ضابط قانوني، وذلك من خلال منحها السلطة التقديرية الواسعة في تغيير حالات الضرورة الامر الذي قد يسمح لهذه السلطة بالتعسف في استعمال التسخير بشكل يمس بجوهر الحق في الاضراب المكرس دستوريًا⁴.

وفي ظل حالة الطوارئ يصبح وزير الداخلية على مستوى كل التراب الوطني أو جزء منه والوالي على مستوى دائرته الاقليمية مؤهلين لاتخاذ التدابير الكفيلة بحفظ النظام العام

¹ - المادة 08-5، 6، 7 من المرسوم السالف الذكر.

² - المادة 4 فقرة 2، 4، 5 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201 المؤرخ في 25 جوان 1991 بضبط حدود الوضع في مركز الأمن وشروطه، تطبيقا للمادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 04 جوان 1991 المتضمن تقرير حالة الحصار، جريدة رسمية عدد 91 لسنة 1991.

³ - المادة 1فقرة 2 والمادة 5فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 91-202 المؤرخ في 25 جوان 1991 يضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية وشروطها، تطبيقا للمادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 04 جوان 1991 المتضمن تقرير حالة الحصار، جريدة رسمية عدد 31 لسنة 1991.

⁴ - تريعة نواره، صور المشاركة الشعبية في النظام الدستوري الجزائري، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الدستوري، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص 231-236.

عن طريق قرارات مع إحترام التوجيهات الحكومية¹، يملك وزير الداخلية والوالي مع أي شخص من الإقامة أو وضعه تحت الإقامة الجبرية إذا كان راشداً وإتضح أن نشاطه مضر بالنظام العام²، وأن يقوم بتسخير العمال للقيام بنشاطهم المهني المعتاد في حالة الاضراب غير المرخص به أو غير الشرعي، سواء تعلق الأمر بالمؤسسات العمومية أو الخاصة من أجل الحصول على تقديم الخدمات ذات المنفعة العامة³.

وضمائناً لفعالية التسجيل يفرض القانون عقوبات على مخالفة تتمثل في التسريح بدون مهلة إشعار وتعويض بالنسبة للأجراء، والعزل مع مراعاة الاجراءات التأديبية بالنسبة للموظفين⁴. وذلك لأن رفض تنفيذ أمر التسخير خطأ مهنيا جسيماً مع فرض عقوبات جزائية⁵، والتي تتمثل في الحبس من شهرين إلى ستة أشهر مع غرامة من 500 إلى 5000 دج، أو بكلاهما هاتين العقوبتين⁶.

رغم كل هذه العقوبات المفروضة إلا أن أمر التسخير يكون عديم الفعالية إذا كان يعني عدداً كبيراً من العمال، فمثال ذلك فشل التسخير الذي اتخذ في مواجهة مائتي عامل من عمال المناجم في إضرابهم سنة 1953، حيث لم يكن بإمكان السلطات إجبارهم بالقوة العمومية ولا عرضهم أمام المحاكم من أجل توقيع عقوبات جزائية عليهم، فالعدد الكبير للمعنيين بالتسخير يؤمن لهم الإفلات من العقوبة، وأيضا تكرر اللجوء إلى التسخير يفقده الأثر القمعي.

¹ - المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 92- 44 المؤرخ في 09 فيفري 1992، المتضمن إعلان حالة الطوارئ، جريدة رسمية، عدد 10 سنة 1992.

² - المادة 4/6 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44 السالف الذكر.

³ - المادة 5/6 من المرسوم الرئاسي نفسه.

⁴ - بوسعيدة دلييلة، أثر ممارسته حق الاضراب على علاقة العمل الفردية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 65.

⁵ - المادة 42 من القانون رقم 290-02 السالف الذكر.

⁶ - المادة 422 مكرر 3 من القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فيفري 1982، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 07، سنة.

ثالثاً: القيود القضائية على حق الاضراب.

يتدخل القضاء من الحد من بعض الممارسات التي تشكل تعسفاً في ممارسة حق الاضراب، كعرقلة حرية العمل أو المساس بسلامة الأشخاص والممتلكات، حيث يتمتع العمال غير المضربين إلى جانب أصحاب العمل بحماية قانونية لمواصلة نشاطهم المهني فيمكن أن يتدخل القضاء لمنع احتلال المحلات المهنية للمنتقم عن طريق إصدار أمر قضائي بالإخلاء إذا كان هذا الاحتلال يمس بحرية العمل¹.

كما يتدخل القضاء من جهة أخرى لفرض عقوبات وجزاءات على الأفعال التالية تهدد سلامة الأشخاص والممتلكات.

أ- حماية القضاء لحرية العمل:

طبقاً لقواعد وشروط الممارسة الديمقراطية للحقوق السياسية والمهنية التي يعتبر الاضراب إحدى صورها وعناصرها، فإنه يمنع على العمال المضربين إجبار العمال غير المصريين أو حتى الضغط عليهم من أجل التوقف عن العمل، فإذا كانت القوانين تحمي الاضراب، فهي في نفس الوقت تحمي حرية العمل التي تعتبر من بين الحريات الأساسية ذات القيمة الدستورية². إذ تنص المادة 55 الفقرة الأولى والفقرة الثانية من دستور 1966 على أن «لكل المواطنين الحق في العمل يضمن القانون في أثناء العمل الحق في الحماية والأمن والنظافة»³.

يتدخل القضاء الاستعجالي لمنع إحتلال أماكن العمل وهذا الإحتلال يتمثل في بقاء المضربين في أماكن العمل وهذا لا يقتصر على وقت أو فترة العمل العادية وكذا قيامهم

¹ - بوسعيدة دليلة، أثر ممارسة حق الاضراب على علاقة العمل الفردية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 67.

² - بوسعيدة دليلة، مرجع نفسه، ص 87.

³ - المادة 55 من دستور 1996، المعدل والمتمم.

ياحتلال هذه الأماكن بالقوة أو منعهم للعمال غير المضربين أو لصاحب العمل، أو ممثليهم من الدخول إلى عملهم أو استمرارهم فيه¹.

يمنع القانون الاضراب مع احتلال أماكن العمل، إذا كان هذا الاحتلال يهدف إلى عرقلة حرية العمل، وبالتالي يعد مشروع الاضراب مع احتلال أماكن العمل.

- إذا كان نطاقه محدودًا ولا يشمل كل أقسام المؤسسة.
- إذا كان مؤقتًا أي يقتصر على ساحات العمل العادية فقط.
- إذا كان لم يكن مصحوبًا بأعمال عنف أو تخريب.
- إذا لم يطلب المستخدم من المضربين الانسحاب من أماكن العمل.
- إذا كان بإمكان المضربين استئناف عملهم بصورة عادية.

أما خرج هذه الشروط فيعد احتلال أماكن العمل غير مشروع، لأن حق الاضراب لا يتضمن الحق في الاستيلاء التعسفي على المؤسسة، فبالإضافة إلى المساس بحرية العمل يشكل مساسًا بحق ملكية المستخدم لمؤسسته².

ب- حماية القضاء للأشخاص والممتلكات:

يتعرض العامل الذي يقوم بالإتلاف العمدي للبضائع أو الموارد أو المحركات أو الأجهزة المستعملة في الصناعة بإستعمال مواد من شأنها الانطلاق أو بأية وسيلة أخرى للحبس من سنتين إلى خمس سنوات، ويجوز علاوة على ذلك أن يُحكم عليه بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من قانون العقوبات، وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر³.

¹ - أحمية سليمان، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 152.

² - بوسعيدة دليلا، أثر ممارسة حق الاضراب على علاقة العمل الفردية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 68.

³ - المادة 412 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية، عدد 49 لسنة 1966، المعدل والمتمم.

ويمكن للمحكمة أن تمنع عليه، ولمدة لا تتجاوز خمس سنوات¹، ممارسة مجموعة من الحقوق الوطنية كحرمانه من جميع الوظائف السامية في الحزب أو الدولة... ومن الحق في الانتخاب أو الترشح أو حمل أي وسام، أو حمل الأسلحة أو الاستخدام في مؤسسة تعليمية، أو أن يكون مساعداً محلفاً أو خبيراً أو شاهداً².

المطلب الثالث

تأثير الاضراب على مبدأ استمرارية المرفق العام

يتمثل الاضراب في إمتناع العاملين من تأدية واجبات ووظائفهم بصفة مؤقتة مع تمسكهم بوظائفهم وذلك سعياً إلى الحصول على بعض المطالب كرفع الأجور مثلاً أو لإظهار سخطهم واستيائهم من وضع معين، وأحياناً لتحقيق هدف سياسي إذا كان وراء الإضراب أحد الأحزاب السياسية³.

ولكن الاضراب في المرافق العامة التي تحقق اشباع الحاجات الضرورية للمواطنين هو أمر خطير لأن توقف المواطنين عن أداء واجباتهم في المرفق العام يصيب المرفق العام بالشلل والتوقف من تحقيق غاية النفع العام، ومن ثم كانت مقاومة إضراب موظفي القطاع المرفق العام مسؤولية ضرورية يلتزمها دوام سير المرفق العام بانتظام، فمنع الاضراب ومقوماته هو من أهم تطبيقات هذا المبدأ⁴.

وللاضراب نتائج بالغة الخطورة على سير العمل في المرفق وقد تتعدى نتائجه إلى الاضرار بالحياة الاقتصادية والأمن في الدولة وليس هناك موقف موحد بشأن الاضراب

¹ - المادة 14 من الأمر 66-156، السالف الذكر.

² - المادة 08 من القانون رقم 82-04، السالف الذكر.

³ - محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الهدى للطبوعات، جامعة الإسكندرية، ص 202

⁴ - محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 289.

ومدى تحريمه فهناك من الدول التي تسمح به في نطاق ضيق، غير أن بعض الدول تحرمه وتعاقب عليه ضمنا لدوام استمرار المرافق العامة¹.

ولنا أن نتصور مدى خطورة النتائج التي يمكن أن تنتج من اضراب المرافق العامة في الجزائر خصوصا إبان تبنيها للنهج الاشتراكي بحيث كانت تتولى بنفسها كافة المرافق البرية، فقد كانت تحتكر تشغيل المرافق العامة التي يحول عليها المواطنون في إشباع حاجياتهم العامة، فإذا سمح بالإضراب إستحال على المنتفعين الحصول على حاجياتهم الضرورية التي تعودوا على قضائها من المرافق العامة ولهذا كان تحريم الإضراب أمرا أساسيا ذلك الوقت ولكي يكون الاضراب ناجحا ولا يؤدي إلى تعطيل حركة سير المرفق العام ثم ربط الاضراب بمجموعة من القيود والشروط، تسمح باستمرار سير المرفق العام بانتظام وإطراد².

¹ - مازن ليلو رافي، الوسيط الإداري، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2013، ص 142

² - بشار شعبان عكش، التنظيم القانوني للأضراب، رسالة أعدت لنيل درجة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة حلب، 2015، ص 13.

المبحث الثاني

حق الاستقالة

يعتبر الموظف العام شخص ككل الذين يعملون في القطاع الخاص له في أن يقطع العلاقة التي تجمعها بين الإدارة بإرادته لكن هذا يجب أن يكون وفق القانون حتى لا يكون هناك تعسف في حق الإدارة وأن يسبب هذا الانقطاع أضراراً للمؤسسة، هذا باعتبار أن الإدارة العمومية تسعى لتلبية حاجيات مصالح عامة وضمن إستمرارية هذه الهيئات تأدية مهامها دون المساس بالمصالح العامة، نجد أن استقالة الموظف العام من وظيفته يشكل خلل داخل الإدارة وبهذا يكون له تأثير سلبي على سير المرافق العامة، ولفهم أكثر مضمون الاستقالة لابد من تعريفها (المطلب الأول)، ثم بيان أنواعها (المطلب الثاني) وصولاً إلى اظهار مدى تأثيرها على استمرارية المرفق العام (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تعريف حق الاستقالة

تعتبر الاستقالة من أهم مواضيع قانون الوظيفة العامة باعتبارها حقاً من الحقوق الأساسية التي يتمتع بها الموظف وهي من الأسباب التي تنتهي بها العلاقة الوظيفية وفقدان صفة الموظف ولذلك كان من الضروري ذكرها بموجب الأمر 06-03 المتعلق بالوظيفة العامة، بما يضمن التوفيق بين المصلحة العامة والخاصة في آن واحد من خلال توفير ضمانات للموظف لممارسة حقه في ترك الوظيفة بمقابل فرض ضوابط قصد ضمان سير المرفق العام بنظام واضطراد، ولأهمية موضوع الاستقالة لابد من تعريفها لغويا واصطلاحيا (الفرع الأول) وقانونيا (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف اللغوي والاصطلاحي

تعتبر الاستقالة مصدر من فعل استقال مشتق من أقال والقلة، فنقول: استقال أي طلب أن يقال أو طلب القلة¹. وهي مشتقة من كلمة قال وقيل ويقال استقال عمله أي طلب أن يعفيه منه، واستقالني طلب لي أن أقبله، وتقابل البيعان أي تقاسخا صفتيهما². وعليه فالاستقالة من القلة أضيف إليها حرفا السين والتاء وهما عند العرب يعبران عن طلب نقول: استعمال أي طلب التعمير واستخراج طلب الاخراج، استنتاج طلب النتيجة، استخلاص طلب الخلاصة وهكذا، فيستقيم القول بإطلاق تسمية الاستقالة عن كل طلب للإقالة أو القلة بمعنى أن الموظف يطلبه ذلك بيدي رغبته بأن يكون منفردا قليلا دون أن تكون له علاقة ثنائية تربطه بالإدارة، ويفرق في اللغة بين الاستقالة والإقالة، فالاستقالة تكون بطلب من صاحبها أما الإقالة إذ تولت الإدارة بنفسها إنهاء مهام الموظف وإزاحته عن منصبه بدون طلب منه وبدون رضاه³.

الاصطلاح:

حاول بعض الفقهاء والباحثين إعطاء تعريف للاستقالة، فهناك من يعرفها بأنها: تعبير الموظف العام عن إرادته غير المشروطة صراحة أو ضمناً، والموافق عليها من قبل الجهة المختصة بالتعيين في ترك الخدمة الوظيفية بصفة نهائية قبل بلوغ السن القانونية للإحالة على المعاش⁴.

¹ - مهدي بخدة، "النظام القانوني للاستقالة - دراسة في التشريع الوظيفي الجزائري-"، المجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، المجلد 1، العدد 2، الجزائر، ص ص 43، 51.

² - بوصب بن شهرة، النظام القانوني للاستقالة في مجال الوظيفة العامة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الوظيفة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2016-2017، ص 08.

³ - مهدي بخدة، النظام القانوني لاستقالة، مرجع سابق، ص 45.

⁴ - عبد اللطيف السيد رسلان عودة، النظرية العامة للاستقالة بين القانون الوظيفي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004، ص 43.

عرفها هاشمي خرفي بأن الاستقالة هي: إعلان الموظف عن إرادته الصريحة في قطع العلاقة التي تربطه بالإدارة بصفة نهائية¹.

يقصد أيضا بالاستقالة، طلب يقدمه الموظف إلى السلطة الإدارية المختصة يلتمس فيه أخذ موافقتها على أنها علاقته بالوظيفة بصورة دائمة، فهي رغبة الموظف بقطع صلته بالوظيفة العامة طوعاً وبصورة نهائية.

تعرف أيضاً تصرف من جانب واحد، من جانب الموظف يستوجب الشرط الواقف وهو موافقة الإدارة.

تعريف آخر للاستقالة «طلب خطي صريح يتقدم به الموظف العام إلى الإدارة طالباً إنهاء خدماته، ولا ينتج هذا الطلب أثره القانوني إلا بموافقة الإدارة على أنها خدمات هذا الموظف»².

نستنتج من التعاريف السابقة المختلفة أن الاستقالة هي حق معترف به ووسيلة قانونية لإنهاء الخدمة تتم عن طريق تعبير الموظف عن إرادته الصريحة في إنهاء الخدمة على أن يتوقف ذلك على موافقة الجهة الإدارية المختصة، أي هي عملية إجرائية تتجسد في تصرف منفرد لكن لا تتحقق به فك الرابطة إلا بعد تراضي الطرفين عليه³.

الفرع الثاني

التعريف القانوني

تعتبر الاستقالة من بين الحقوق الادارية الأساسية التي يتمتع بها الموظف، ولقد عرف القانون المنظم لحق الاستقالة عدة تغييرات وتعديلات إذ نظم الأمر رقم 66-133 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية حق الاستقالة، حيث نصت المادة 62 منه

¹ - هاشمي خرفي، الوظيفة العامة على ضوء التشريعات الجزائرية وبعض التجارب الأجنبية، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 216.

² - مصلح ممدوح الحرايرة، القانون الإداري، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014، ص 336.

³ - مهدي بخدة، النظام القانوني للاستقالة، مرجع سابق، ص 45

«انتهاء المهام التي يترتب عليها فقدان صفة الموظف ينتج عن الاستقالة» وإضافة المادة 63 الفقرة 01 «لا يمكن أن يكون للاستقالة مفعول إلا بطلب خطي يقدمه المعنى ويعبر فيه عن إرادته بدون غموض في قطع الصلة التي تربطه بالإدارة...»¹.

صدر الأمر رقم 03-66 المتضمن القانون الأساسي العام الذي خصص عدة مواد لحق الاستقالة، نصت المادة 216 الفقرة 04 «حالة من حالات إنهاء الخدمة التامة الذي يؤدي إلى فقدان صفة الموظف شرط أن تكون الاستقالة بصفة قانونية»، والمادة 217 منه «الاستقالة حق معترف به للموظف يمارس ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون الأساسي»².

نلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد وفر ضمانات النص على هذا الحق، فضلاً على تنظيم كيفية ممارسته من خلال إبراز الشروط والضوابط وهذا ما نلمسه في المواد الموالية للمادة 218 «لا يمكن أن يتم الاستقالة إلا بطلب كتابي من الموظف يعلن فيه إرادته الصريحة...».

المطلب الثاني

أحكام حق الاستقالة

تعتبر الاستقالة من أبرز حالات إنهاء الخدمة داخل الإدارة، والموظف يمكن له أن يعبر عن رغبته في إنهاء علاقته الوظيفية بالإدارة إما بطلبها صراحة الاستقالة الصريحة أو ضمناً الاستقالة الضمنية، وبهذه الحالتين يفقد الموظف المستقيل كل حقوقه الوظيفية ويصبح خارج سلكه الوظيفي، إضافة إلى هذين النوعين نجد أنه يمكن طلب الاستقالة من شخص واحد الاستقالة الفردية، كما يمكن أن تكون من جماعة الموظفين تحت اسم الاستقالة

¹ - المادة 62، 63 الأمر رقم 66- 133 المؤرخ في 02/06/1966 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر، عدد 46 الصادر في 08/06/1966.

² - الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر، عدد 46 الصادرة في 16 جويلية 2006.

الجماعية وهي الأخطر على إستمرارية المرفق العام، لأنها ستحدث فراغ كبير داخل الإدارة وينجم عليه خلل في استمرار الإدارة في تأدية خدماتها، وسنحاول التعرف على هذه الأنواع بإدراجها على شكل عناوين جزئية وهذا في (الفرع الأول)، أما (الفرع الثاني) سنخصصه لدراسة شروط الاستقالة التي يجب أن يتبعها الموظف حتى يكون في الإطار القانوني لممارسة حقه وهما شرطين، أساسيين طلب الاستقالة وقبول الاستقالة.

الفرع الأول

أنواع الاستقالة

سنحاول التعرف على هذه الأنواع بإدراجها على شكل عناوين جزئية.

أولاً: الاستقالة الصريحة.

يقصد بالاستقالة الصريحة الطلب الذي يقدمه الموظف والذي يعبر فيه عن رغبته في ترك الوظيفة، وإنهاء العلاقة التي تجمعها بالإدارة المستخدمة بكل حرية، وذلك قبل السن المقررة بترك الخدمة الوظيفية، وذلك لما أقره القانون للموظف في حرية اختيار المنصب الذي يريده وترك المنصب في الوقت الذي يريده، لكن مع احترام الضوابط الخاصة بحسن سير المرفق العام بإطراد وانتظام، وهذا حسب المشرع المصري والفرنسي¹.

أوجب المشرع الجزائري من جهته الموظف أن يرسل طلب الاستقالة إلى السلطة المخولة صلاحية التعيين عن طريق السلم الإداري، على أن يواصل أداء الواجبات المنوطة به إلى حين صدور قرار قبول أو رفض الاستقالة من قبل السلطة المخولة في أجل شهرين ابتداء من تاريخ إيداع الطلب وقد خصص المشرع للاستقالة المقبولة بصفة قانونية 03 مواد

¹ - عبد اللطيف السيد رسلان عودة، مرجع سابق، ص 46.

كاملة من المادة 217 إلى المادة 220 من القانون 03/06 وهذا يدل على خطورة هذا الإجراء على الموظف، كما أن الاستقالة الصريحة شروط لا بد من توافرها وهي¹:
أقرت المادة 218 من القانون 03/06 بقولها: لا يمكن أن تتم الاستقالة إلا بطلب كتابي من الموظف يعلن فيه إرادته الصريحة في قطع العلاقة التي تربطه بالإدارة بصفة نهائية.

المادة 220: لا ترتب الاستقالة أي أثر إلا بعد قبولها الصريح من السلطة المخولة صلاحيات التعيين التي يتعين عليها اتخاذ قرار بشأنها في أجل أقصاه شهران ابتداء من تاريخ ايداع الطلب.

غير أنه، يمكن للسلطة التي لها صلاحيات التعيين تأجيل الموافقة على طلب الاستقالة لمدة طلب شهرين ابتداء من تاريخ الطلب².

إن من خلال المادة 218 الكتابة دليل وحجة إذا تراجع الموظف عن الاستقالة أو تجاهلتها السلطة المختصة بالتعيين، أما من خلال 219 يجب على طالب الاستقالة أن يستمر في عمله وذلك حفاظا على المصلحة العامة، فلا يجوز له الانقطاع إلا بعد صدور قرار قبول الاستقالة.

وشروط آخر أن يكون الموظف طالب الاستقالة محال إلى مجلس تأديبي³.

ثانيا: الاستقالة الضمنية.

لم يورد المشرع الفرنسي الاستقالة الضمنية ضمن أسباب إنتهاء الخدمة في الوظيفة العامة، في حين سلك المشرع المصري، مسلكا مغايرا، حيث تناول الاستقالة الضمنية نذكر حالاتها وذلك على اعتبار أن إتيان الموظف للسلوك المنصوص عليه قانونا يعد قرينة على

¹ - عبد الكريم بن قلة، الاستقالة في القانون الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، 2013، ص 84.

² - المادة 218، 220 من المرسوم رقم 03-06، سالف الذكر.

³ - العسري جهاد، حماية الموظف العام في التشريع الجزائري، مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر، تخصص قانون عام معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2015-2016، ص 41-42.

اعتبار خدمته منتهية بالاستقالة الضمنية وإن كان المشرع المصري لم يعطي تعريفاً للاستقالة الضمنية بل اكتفى بذكر حالاتها.

يمكن تعريف الاستقالة الضمنية بأنها اتجاه إدارة الموظف العام إلى اعتزال الخدمة الوظيفية عن طريق اتيانه بواقعة عدها المشرع قرينة على الاستقالة إذا رأت جهة الإدارة ذلك وشريطة عدم إبداء الموظف لأي اعذار ولو كانت غير صريحة¹.

كان العرف الإداري السائد في فرنسا قبل صدور قانون المتعلق بالموظفين سنة 1946 يتمحور حول جوازية أن يكون طلب الاستقالة ضمناً، وتراه الإدارة سلطة تقديرية لاعتبار الموظف مستقلاً في ضوء الظروف الملازمة للقرينة التي ترافق الاستقالة².

جاء قانون 1986/01/09 نص فيه المشرع الفرنسي في مادته 88 على أن تراه الموظف لعمله يؤدي إلى قطع الرابطة الوظيفية بين الإدارة والموظف من خلال هذه المادة يستخلص أن المشرع الفرنسي وضع شرطين للاستقالة الضمنية تراه العمل، وإخطار الموظف قبل صدور القرار من الإدارة....

إذن مما سبق يتضح لنا أن الاستقالة الضمنية لا تعتبر استقالة قانونية لأن قد تستغلها الإدارة ضد الموقف وقد يستعملها الموظف لتبرئة نفسه من عملاً جزائياً مثل تردد المنصب وهذا يهدد المرفق العام، ومنه يجب أن تكون الاستقالة صريحة³.

ثالثاً: الاستقالة الفردية.

الاستقالة الفردية هي الاستقالة التي يتقدم بها موظف واحد إلى الإدارة رغبة منه في إنهاء علاقته بالإدارة⁴.

¹ - عبد اللطيف السيد رسلان عودة، مرجع سابق، ص 46 - 47.

² - محمد حامد الجمل، الموظف العام، فقها وقضاء، دط، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 247.

³ - محمد حامد الجمل، مرجع نفسه، ص 248.

⁴ - عبدالعزيز سعد مانع العنزي، النظام القانوني لانتهاء خدمة الموظف العام، دراسة مقارنة بين القانوني الأردني والكويتي، رسالة ماجستير، فرع القانون، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص 100.

نصت المادة 68 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل «الاستقالة حق معترف به للعامل الذي يبدي رغبته في إنهاء علاقة العمل مع الهيئة المستخدمة، أن يطلب الاستقالة كتابيا، يغادر منصب عمله بعد فترة إشعار مسبق وفقا للشروط التي تحددها الاتفاقات الجماعية»¹.

رابعاً: منع الاستقالة الجماعية.

هي استقالة تقدم من أكثر من موظف في آن واحد، وتعتبر هذه الأخيرة محظورة كونها تهدد استمرارية المرفق العام، الشيء الذي جعل المشرع الجزائري يضع عقوبة تمثل هذه الحالة تتراوح بين 06 أشهر و03 سنوات، وبالتالي فهي جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي².

نصت المادة 115 من القانون الجنائي الجزائري «القضاة والموظفون الذين يقررون بعد التشاور فيما بينهم تقديم استقالتهم بفرض منع أو وقف قيام القضاء بمهمته أو سبيل المصلحة العامة يعاقبون بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات»³.

أحسن المشرع إذ وضع جزاء الاستقالة الجماعية لما لها من خطورة في المساس بمدى سير المرفق بانتظام واضطرابه، وكذا خطورتها في تعطيل مصالح الجمهور قد يحدث أزمة وتوترات واضطرابات أمنية وسياسية تكون الدولة في غنى عنها⁴.

¹ - المادة 68 من القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21/04/1990 المعدل والمتمم بقانون 29/91 المؤرخة في 21/12/1991 جريدة رسمية 68.

² - محمد حامد الجمل، مرجع سابق، ص 248.

³ - المادة 115 من الأمر رقم 68-156 في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات.

⁴ - محمد شوقي العابد، أثر الاستقالة على سير المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012-2013، ص 12.

الفرع الثاني

شروط الاستقالة

الاستقالة حق معترف به للموظف يمارس ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 217 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة 03/06 الصادر في 05 جويلية 2006 نصت على أن يتوفر شرطان هما طلب الاستقالة، شرط قبول الاستقالة.

أولاً: طلب الاستقالة.

لا يمكن البدء في إجراءات إقالة الموظف إلا إثر مبادرة منه، تتمثل في إرسال الاستقالة بطلب مكتوب للسلطة التي تملك صلاحيات التعيين عن طريق السلم الإداري¹ حيث يجب على السلطة المخولة بسلطة التعيين أن تتخذ قرار بشأنها في أجل أقصاه شهرين من تاريخ إيداع الطلب ويمكن للسلطة تأجيل الموافقة على الطلب لمدة شهرين من تاريخ انقضاء الأجل الأول وذلك لضرورة القسوى للمصلحة، وبنقض هذا الأجل تصبح الاستقالة فعلية.

وسكوت الإدارة بعد انقضاء الأجل الممدد معادلاً ضمناً لقبولها فتحرر الموظف في هذه الحالة من كل الالتزامات المتصلة بصفته².

يشترط في طلب الاستقالة الشروط التالية:

1- أن يكون هذا الطلب مكتوباً: ولم يشترط على أية صيغة، كل ما أشرطه في هذا الصدد أن يكون الاستقالة مكتوبة لذلك، فإن الاستقالة الشفهية يترتب عليها لإنهاء الموظف³.
نصت المادة 218 من قانون الوظيفة العمومي: لا يمكن أن يتم الاستقالة إلا بطلب كتابي من الموظف يعلن فيه إرادته الصريحة في قطع العلاقة التي تربطه بالإدارة بصفة نهائية⁴.

¹ - هاشمي خرفي، مرجع سابق، ص 216.

² - هاشمي خرفي، مرجع نفسه، ص 218.

³ - مجيد عبد الحميد أبو زيد، مرجع في القانون الإداري، ط2، مطبعة العشرين، مصر، 2007، ص 539 - 540.

⁴ - الأمر رقم 03-06، مرجع سابق، المادة 218.

2- أن يكون هذا الطلب صريحا صادر من إرادة حرة: يجب أن يكون خالي من كل ضغط وإكراه أن لا تكون الاستقالة مشيية بعيوب الرضا فيجب أن تكون قائمة على إرادة الموظف دون ضغوطات ممارسة عليه أن تكون نابعة عن إرادة الموظف، كما يجب أن يكون طلب الاستقالة صريحا ومظهر لرغبة الموظف، فإذا كان غير واضح في إظهار هذه الرغبة وجب على الإدارة قبول هذه الاستقالة وتتخذ بذلك إجراءات تأديبية، فإذا أقيمت هذه الاستقالة كان قرارا باطلا¹.

3- أن يكون هذا الطلب خاليا من الشروط: يجب أن تكون الاستقالة خالية من كل قيد وشروط، فإذا اقترنت الاستقالة بقيد أو علق على شرط كأنها لم تكن ما لم يتقرر قبولها مع إجابة الموظف إلى طلبه ولكن الشروط التي تتعلق عليها الاستقالة يجب أن تكون مشروعة حتى يمكن قبولها، فلا يجوز أن تكون هذه الشروط مما يخالف القوانين كأن يقدم المواطن استقالة بشرط أن يعين وظيفة أعلى لا تتفق شروط شغلها مع موالاته²، إن الشروط التي يعلق عليها الموظف استقالته لم تكن مشروعة، فتلك التي تمس تعطيل سير المرفق العام أو يكون القصد منها الاحتجاج على الإدارة تعتبر باطلة ومن حق الإدارة قبول الاستقالة دون التقيد بهذه الشروط لمخالفتها الصالح العام³.

ثانيا: قبول الاستقالة.

لا تنتهي خدمة الموظف بمجرد تقديمه لاستقالته وإنما يجب أن تصدر الإدارة قرارا بقبولها وهذا شرط لإتمامها، وهذا إجراء ضروري بالنسبة لكافة فئات الموظفين.

¹ - سعيد عبد الجبار، بلال جبر الدين، مرجع سابق، ص 20 - 21.

² - سعيد عبد الجبار، مرجع نفسه، ص 21.

³ - محمد عبد الحميد أبو زيد، مرجع سابق، ص 541.

إنّ المشرع ومنعاً لأيّ تعسف قد يحدث من جانب الإدارة أجاز للموظف المعني في حالة رفض الطلب بعد انتهاء 73 شهر أن يرفع أمره إلى اللجنة متساوية أعضاء التي تصدر رأياً ثم تسلمه إلى جهة صلاحية التعيين¹.

إعتبر فقهاء القانون الإداري الفرنسي أن الاستقالة باعتبارها سبباً من أسباب إنتهاء العلاقة الوظيفية بصفة نهائية في حقيقة الأمر قرار إداري، يرجع السبب فيه على إرادة في فك الرابطة الوظيفية وبالتالي الاستقالة لا تتم إلا بقبول الجهة الإدارية المخولة، أي أن خدمة الموظف العام لا تنتهي إلا بالقرار الصادر بقبول الاستقالة، لا يجوز للموظف أن ينهي علاقته الوظيفية بإرادته المنفردة لأن علاقة الموظف بالإدارة علاقة تنظيمية عامة وليست علاقة تعاقدية، ضف إلى ذلك أن تردد الموظف العام لعمله عقب تقديمه لاستقالته من شأنه أن يعرض مصلحة المرفق العام للخطر ويخل بمبدأ استمرارية المرفق العام².

أما في القانون الجزائري فإن قبول الاستقالة لا يرتب أي أثر على طلب الاستقالة إلا بعد قبولها الصريح من السلطة المختصة، إنّ هذه القاعدة منصوص عليها في المادة 220 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة مرتبطة بصفة مباشرة بمبدأ سيرورة واستمرارية المرفق العام، والموظف الذي ينقطع عن العمل قبل التاريخ المحدد من طرف الإدارة يعرض نفسه لعقوبة تأديبية وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في حالة ترك منصباً³.

¹ - هاشمي خرفي، مرجع سابق، ص 218.

² - زكي محمد النجار، أسباب انتهاء الخدمة للعاملين، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص 130 - 131.

³ - عبد العزيز سعد مانع العنزي، مرجع سابق، ص 98.

المطلب الثالث

تأثير الاستقالة على المرفق العام

إن كان للموظف أن يترك وظيفته عن طريق الاستقالة فإن اعتبارات الصالح العام تقتضي تقييد استعمال هذا الحق، فالموظف يعمل لصالح المجموعة وليس لصالح فرد بذاته لذلك يجب التوفيق بين حقه في ترك العمل وحق الجماعة في الحصول على المنفعة العامة لهذا فالفقه والقضاء الإداري استقر على تنظيم موضوع الاستقالة من خلال إلزام الموظف الاستمرار في الوظيفة ومباشرة اختصاصاتها وواجباتها حتى تقبل الاستقالة¹.

يمكن للاستقالة أن تؤثر على سير المرافق خاصة إذا وقعت في وقت غير مناسب وقبل أن تستعد الإدارة لشغل الفراغ الذي ينتج عنها، لذلك وجب تنظيمها على النحو الذي يوافق بين الحفاظ على دوام سير المرافق العامة بانتظام وإطراد وحق الموظف في ترك وظيفته، ونظرًا لأن ممارسة الحق في الاستقالة بدون ضمانات وضوابط هذا سيؤثر سلبًا على الموظف وعلى المرفق العام، كان تدخل المشرع هنا ضروري لتنظيم ممارسة هذا الحق على نحوٍ للتوفيق بين حق الموظف ومن جهة أخرى الحفاظ على مبدأ استمرارية المرفق العام وذلك يوضع ضوابط لالتزام الموظف بمراعاتها قصد ضمان حق الجماعة والمصلحة العامة².

اعتبر القضاء الفرنسي الموظف الذي ينقطع عن وظيفته مباشرة بعد تقديمه لطلب الاستقالة هاجرا لمنصبه ويتعرض لعقوبة تأديبية لإخلاله سير المرفق العام³.

ومن أشد أنواع الاستقالة خطورة على سير المرفق العام تعد الاستقالة الجماعية من شأنها النيل حركة المرفق العام وإعاقة عن مواصلة سير حالته في تقديم الخدمات الأساسية

¹ - محمد صلاح عبد البديع السيد، الوسيط في القانون الإداري، ط2، مطبعة العشرين، مصر، 2007، ص 122.

² - محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع نفسه، ص123.

³ - مبروكي مسعود، مبدأ دوام السير الحسن للمرفق العام بانتظام وإطراد، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015، ص 14.

للجمهور شكل دائم ومنظم، وهذا يهدد السير الحسن للمرفق العام، فإذا إتفق جماعة من الموظفين على تقديم استقالاتهم في آن واحد، سيلحقون ضرر بذلك القطاع الوظيفي أو داخل المرفق واستقالاتهم هذه تلحق الضرر بالمرفق العام، وهو ما يعرف بالشلل المرفق العام أي شبه انعدام للخدمات وهو ما يحول دون تلبية الحاجات العامة للأفراد والتي هي الأساس من انشاء المرافق العامة¹.

¹ - سعيد عبد الجبار، بلالي خير الدين، مبدأ استمرارية المرفق العام، مرجع سابق، ص 25.

المبحث الثالث

عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام

يحتاج كل مرفق للقيام بنشاطه إلى أموال كالعقارات والمنقولات، ولو خضع المرفق في مجال الحجز للقواعد العامة لأدى ذلك إلى مباشرة إجراءات الحجز على ممتلكاته وهو ما يترتب عليه إلحاق بالغ الضرر بالمنتفعين من خدمات المرفق، لذا وإعمالاً لمبدأ حسن سير المرفق العام بإنتظام وإطراد وجب أن تخضع أموال المرفق إلى نظام قانوني متميز، يهدف إلى المحافظة عليها تحقيقاً للمقصد العام وهو تمكين المرفق من أداء خدمة للجمهور، ولفهم هذا المبدأ يتعين تحديد معايير تمييز الأموال العامة عن الأموال الخاصة (المطلب الأول)، و تبيان الحماية القانونية للمال العام (المطلب الثاني)، وكذا تأثيرها على إستمرارية المرفق العام (المطلب الثالث).

المطلب الأول

معايير تمييز الأموال العامة عن الأموال الخاصة

اختلف الفقهاء في تحديد المعيار المميز للأموال العامة، حيث يرى جانب من الفقه أن الأموال العامة هي أموال تختلف بطبيعتها عن الأموال الخاصة، ومنه من أخذوا من طبيعة المال نفسه معياراً للتمييز بين الأموال العامة للدولة وأموالها الخاصة (الفرع الأول)، ويرى فريق آخر من الفقهاء أنّ التفرقة بين هذه الأموال يرجع إلى فكرة التخصيص وبالتالي جعلوا من فكرة التخصيص للمرفق العام المعيار المميز للأموال العامة عن الأموال الخاصة (الفرع الثاني)، أما فريق آخر فيعتد بمعيار تخصيص المال العام للمنفعة العامة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

معيار طبيعة المال

أول المعايير الذي ساد في الفقه الفرنسي المعيار الذي يذهب إلى أن العبرة بطبيعة المال بذاته لتمييز الأموال العامة من الخاصة، إذ لا يعد مالا عاما إلا ما كان بطبيعة غير قابل للملكية الخاصة، لذلك فإن صفة العمومية موجودة في المال العام قبل أن تعترف له بها الإدارة، وإن اعتراف الإدارة له بها ليس إلا عملا كاشفا من جانبها وليست منشأ، ويرى أنصار هذا المذهب أنه من أجل عد مالا عاما يجب أن يكون مخصصا لاستعمال الجمهور مباشرة، لأنه بهذا التخصيص يصبح المال العام بطبيعته غير قابل للملكية الخاصة ويقوم هذا المذهب على عنصرين: عدم قابلية المال بطبيعته للتملك الخاص، وتخصيص المال لإستعمال الجمهور مباشرة.

ويمثل فقه هذه المدرسة رأيان قال بهما الفقيه: ديكروك (Ducroq) والفقيه برتلمي (M. Bothelmy) إذ يتفق كل منهما في رد صفة العمومية للمال العام إلى طبيعة المال ذاته إلا أنهما يختلفان في تأصيل نظريتهما¹.

بنى ديكروك نظريته في معيار التفرقة بين المال العام والمال الخاص على أساس نصوص التقنين المدني، وبصفة خاصة المادة 538 من القانون المدني الفرنسي التي قضت بأن «تعتبر من توابع الدومين العام الطرق والشوارع... وعلى العموم كافة أجزاء الاقليم الفرنسي التي لا تقبل أن تكون مملوكة ملكية خاصة».

¹ - نوفل عبد الله صفو الدليمي، الحماية الجزائرية للمال العام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 102.

استخلص ديكروك من نص هذه المادة أنّ العبرة في كون المال عام أو خاصا هي طبيعة المال ذاته واما إذا كان قابلا أو غير قابل للتملك الخاص فلا يعتبر الشيء مالا عاما إلا إذا كان بطبيعته غير قابل للملكية الخاصة¹.

وإنّ المال الذي لا يكون قابلا للتملك بطبيعته هو الذي يخصص لاستعمال الجمهور مباشرة لا المخصص لخدمة مرفق عام. يجب توفر ثلاثة عناصر مجتمعة في المال لكي يمكن عده مالا عاما وهي:

- 1- أن يكون المال بطبيعته غير قابل للملكية العامة، كالأنهار والبيادين العامة والطرق.
 - 2- أن يكون قد خصص لاستعمال الجمهور مباشرة لا لخدمة مرفق عام، فهو لا يدخل في عداد الأموال العامة المباني الحكومية والعسكرية لأنها تكون مخصصة لاستعمال الجمهور مباشرة، إلا إذا وجد نص يقضي بخلاف ذلك.
 - 3- أن يكون هذا العقار منقولاً ويستخلص هذا الشرط من نص الفقرة الأخيرة من المادة السابقة، لأن المنقولات بطبيعتها يمكن أن تكون محلا للملكية الخاصة إلا أنه يجاوز هذا الشرط فيلحق بالأموال العامة، تطبيقاً لنظرية التبعية، توابع المال العام وملحقاته بعدها مالا عاما بالتخصيص كالأثار في المتاحف الوطنية أو الكتب في المكتبات².
- فإذا وجدت هذه العناصر جميعا في المال عد مالا عاما، أما إذا فقد أي منها فإنه يصبح مالا خاصا، إلا إذا ورد نص خلاف بذلك.

ولا يختلف برتلبي عن ديكروك في طبيعة المال كونه قابل للملكية الخاصة معيار لتمييز المال العام من الخاص، إلا أنه لا يرجع في تأصيل نظرية إلى نصوص القانون المدني بل إلى العقل والمنطق، فيرى أن الاستدلال العقلي هو وحده الذي يمكن أن يهدي إلى تمييز الأموال العامة، الأموال الخاصة، فقد تناول أنواع الأموال العامة التي لا خلاف

¹ إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المكتبة القانونية (الدار الجامعية)، بيروت، 1994، ص 282.

² نوفل عبد الله صفوا الدليمي، مرجع سابق، ص 102.

عليها، فوجد أنها تختلف من جهة الواقع عن ملكية الأفراد إختلافاً يبرز أفرادها بأحكام قانونية خاصة، لذلك فمن الطبيعي خضوعها لقواعد خاصة فلا يجوز التصرف بها أو تملكها بالتقادم ويخلص من كل ذلك إلى أن الأموال العامة هي الأموال التي لا تخضع لقواعد القانون المدني ولا تكون قابلة للملكية، إما بحكم طبيعتها، وإما بسبب ما يطرأ على طبيعتها من تغيير سبب تخصيصها للنفع العام غير أنه ورغم هذا فإنه وجهت لهذا الرأي بعض الانتقادات:

1- إن فكرة التخصيص المال للاستعمال المباشر للجمهور قد غدت في الفقه المعاصر فكرة كافية لشمول كافة الأموال التي اعتبرت أموالاً عامة، وذلك لوجود أموال تتوافر فيها الصفة العامة ولو أنها غير مخصصة للاستعمال المباشر للجمهور والأمثلة على ذلك كثيرة منها: السكك الحديدية، المباني الحكومية، وعلى العموم كافة الأموال العامة المخصصة لخدمة المرافق العامة.

وهذا النقد يغير شك في موضعه، باعتبار أن هذا المعيار ضيق لا يستوعب جميع الأموال التي اعتبرت عامة، كالمنقولات، والأموال المخصصة لإدارة وتسيير المرافق العامة، وهي أموال عامة كذلك، كما سيتضح لنا ذلك فيما بعد¹.

2- ومن جهة أخرى فإنّ هذا المعيار يقوم على فكرة تجافي المنطق وتعارض معه إذ لا يوجد مال لا يقبل بطبيعته التملك الخاص، لأن المال قانوناً، وأياً كان نوعه يقبل بطبيعته التملك الخاص، وإجماع فقهاء الشريعة والقانون منعقد على أنّ الشيء لا يعد مالاً إلا إذا كان قابلاً للتملك والإبراز، وفوق كل هذا وذاك فإنه لا يوجد ما يمنع في الوقت الحاضر من أن يمتلك الأفراد أموالاً شبيهة بالأموال العامة، فمن المتصور وجود طرقات، وأنهار ومراسي مملوكة ملكية خاصة، كما هو الحال الآن في إنكلترا مثلاً.

¹ - عبد السلام زبدي، النظام القانوني للمال العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق، فرع القانون العام، كلية جامعة الجزائر 1، 2010-2011، ص ص 51-52.

3- ويلاحظ من جهة ثالثة، أن عدم القابلية للملك الخاص ليست ركنا في المال العام إنما هي نتيجة على ثبوت الضفة العامة للمال حماية له¹.

الفرع الثاني

معيار تخصيص المال للمرفق العام

ينسب هذا المعيار إلى أنصار مدرسة المرفق العام التي حمل لواءها في القانون الإداري كل من (دوجي)، و(جيز)، و(بونار). ولما كانت مدرسة المرفق العام ترى أنّ الأساس القانوني الإداري إنما يكمن في فكرة المرفق العام، فإليها ترد جميع أحكامه ومبادئه ونظرياته وإذ يعتبرون فكرة المرفق العام أساسا لجميع نظريات القانون الإداري فهم لذلك لا يترددون في اعتبارها الأساس الذي يستمد منه المال العام معياره.

ومن ثم فإن المال لا يكتسب الصفة العامة -حسب دوبي- إلا إذا كان مخصصا لخدمة المرافق العامة، وسواء كان المال محلا للمرفق العام، أو وسيلة له، ولا يعترف من ثم بالصفة العامة للمال خارج فكرة المرافق العامة، حتى ولو وجدت أموال مخصصة للانتفاع المباشر للجمهور.

وتأسيسا على ذلك، تندرج المباني الحكومية، والحصون العسكرية والسكك الحديدية ضمن الأموال العامة بسبب تخصيصها لخدمة المرافق العامة، بينما تخرج الطرق، والحدائق العامة، وشواطئ البحر من نطاق الأموال العامة بالنظر إلى كونها غير مخصصة للمرافق العامة².

وهذا الاتجاه منتقد من حيث أنه ضيق من ناحية وواسع من ناحية أخرى، فهو ضيق لأنه يخرج من دائرة الأموال العامة تلك الأموال المخصصة للاستعمال المباشر للجمهور كالطرق والميادين والحدائق العامة لا شيء إلا أنها غير موضوعة لخدمة مرفق عام.

¹ - عبد السلام زيدي، مرجع سابق، ص 52.

² - عبد السلام زيدي، مرجع نفسه، ص 53.

وفي حين يكون هذا المعيار واسعا من حيث أنه يعترف بصفة الأموال العامة لجميع الأموال المخصصة لخدمة المرافق العامة على إختلاف أنواعها إدارية أم إقتصادية وسواء أكان المال مهما أم تافه القيمة¹.

ولتفادي هذه الانتقادات سعى أنصار هذا المعيار إلى تحديده من خلال إشتراط أمرين حتى يكون المال عاما.

الأول أن يكون المرفق مرفقا عاما جوهريا، والثاني أن يكون المال المخصص لهذا المرفق مرفقا قد أعد خصا لخدمة هذا المرفق وله الدور الرئيسي في سير المرفق وإدارته. وبناء على ذلك تم إستبعاد المنقولات المستخدمة في المرافق العامة من نطاق الأموال العامة. وكذلك المباني الحكومية والمدارس والثكنات العسكرية لأنها غير معدة أعدادا خصا لخدمة المرفق².

وجهت إلى معيار تخصيص المال المرفق العام -بالمضمون الذي عرضه دوجي- عدة إنتقادات أساسية ورئيسية، نجلها فيما يلي:

1- عيب على هذا المعيار بشدة إتساع نطاقه عندما ألحق الصفة العامة بجميع الأموال المخصصة للمرافق العامة، الأمر الذي أدى إلى إضفاء الصفة العامة بأموال ثانوية وتافهة، مثل المحابر والأقلام، وهي أموال لا ينبغي - في تقدير الفقه الحديث- أن تطبق عليها أحكام المال العام الاستثنائية لأنها لا تستاهل ذلك.

2- عيب على هذا المعيار بأنه ضيق النطاق أكثر من اللازم لا يحتوي كافة الأموال التي إعتبرت أموالا عامة، ذلك أن هناك الكثير من الأموال تكتسب الصفة العامة بإستعمال الجمهور لها إستعمالا مباشرا مع أنها مخصصة لأي مرفق من المرافق العامة.

ومثالها: (الطرق العامة، شواطئ، البحار، الأنهار)³.

¹- د. مازن ليلوراضي، الوسيط في القانون الاداري، مرجع سابق، ص 219 - 220.

²- د. مازن ليلو راضي، مرجع نفسه، ص 220.

³- عبد السلام زايدي، مرجع سابق، ص 54.

ولا شك أنّ هذه المحاولة لبيان المقصود بالأموال العامة فشلت أيضا لأنها لا تستند إلى معيار منضبط يحدد متى يمكن اعتباره مرفقا عاما جوهريا، ومتى تكون أمام مال مخصص لخدمة مرفق عام وله دور رئيسي في إدارته. لذلك سرعان ما هجر هذا المعيار واتجه الفقه نحو معيار التخصيص للمنفعة العامة¹.

الفرع الثالث

معيار تخصيص المال العام للمنفعة العامة

نتيجة الانتقادات التي وجهت إلى المعايير السابقة إتجه الفقه إلى محاولة الجمع بينهما مع تلاقي أوجه النقد المشار إليهما فاستقر الفقه والفقهاء على الأخذ بمعيار التخصيص للمنفعة العامة باعتباره أكثر المعايير وضوحا وانضباطا واتقاا مع مقتضيات المصلحة العامة.

وبمقتضى هذا المعيار تعتبر أموالا عامة كل الأموال التابعة للدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام والمخصصة للمنفعة العامة، سواء كان هذا التخصيص متمثلاً في إعداد القانون العام لخدمة الجمهور مباشرة كالطرق العامة والحدائق وشواطئ البحار، أم كان متمثلاً في رصد المال لخدمة مرفق عام، فلا يستفيد الأفراد منها إلا بطريق غير مباشر من خلال المرفق العام المخصص له هذا المال.

ومن ناحية أخرى أقر المشرع بهذا المعيار حيث لا يعتبر المال من قبيل المال العام وفقا للقانون المدني المصري إلا إذا توفر على شرطين:

1- أن يكون المال مملوكا أو تابعا للدولة أو لأحد الأشخاص المعنوية العامة المحلية أو المرفقية.

¹ - د. مازن ليلوراضي، مرجع سابق، ص 220.

2- أن يكون المال مخصصا للمنفعة العامة بالفعل أو بناء على قانون سواء كان التخصيص في استعمال الجمهور للمال العام مباشرة، كالمطرق والحدائق العامة، أو في صورة تخصيص المال العام لخدمة مرفق معين ومن ثم استعمال الجمهور لهذا المال عن طريق المرفق العام بطريق غير مباشر¹.

وقد قيل على أنّ هذا المعيار يؤدي إلى توسيع نطاق الأموال العامة أكثر مما يجب لذلك أدخل بعض الفقهاء على هذا المعيار من التحفظات والضوابط ما من شأنه عدم توسيع إطار الأموال العامة أكثر من اللازم، كما أخذ على هذا الرأي أنه يعطي للإدارة سلطة تقديرية واسعة بشأن إلحاق صفة العمومية على المال العام، وقرارات الإدارة في هذا الصدد لا تعتبر خصيصة من الخصائص التي تستوجب اعتبار المال عاما، وإنما هي وسيلة من جانب الإدارة لإضفاء صفة العمومية على المال العام².

وبما أنّ غاية هذه الأموال هو تحقيق الصالح العام أو النفع العام، أو المصلحة العامة، فلا بد من تخصيص هذه الأموال للهدف المنشأة لأجله وهو تحقيق المنفعة العامة من خلال وضع هذه الأموال تحت تصرف المرافق العمومية، وبالتالي ضمان استمرارية المرفق العام، وهو ما لا نجده في الأموال الخاصة والتي بالرغم من كونها تحقق المنفعة العمومية في بعض الأحيان، إلا أنها تبقى في الغالب تسعى إلى تحقيق المنفعة الخاصة لأصحابها.

كما أنّ إضفاء صفة العمومية على المال العام يقتضي وجوب تسخير هذه الأموال في إطار تحقيق النفع العام من خلال إعطاء الحيوية اللازمة للمرافق العمومية عن طريق هذه الأموال والتي وجد أصلا لضمان استمرارية المرفق في تقديم الخدمات للأفراد

¹ - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، مصر، ص 548.

² - عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2003، ص 599.

وتخصيص هذه الأموال لهدف غير النفع العام يحول دون تمتع الأفراد بخدمات المرافق العامة التي تأثرت بدورها من هذا الجانب المالي¹.

المطلب الثاني

الحماية القانونية للمال العام

كما سبق وأن أشرنا إن أموال المرفق العام تعتبر من الأموال العامة ومن أجل أداء المرفق العام لمهامه وتلبية لاحتياجات الجمهور، أضفى المشرع الجزائري أو التشريعات المقارنة حماية خاصة وتمييزة على أملاك وأموال الإدارات العامة سواء كانت حماية مدنية أو جنائية.

ومن خلال هذا المطلب سنتطرق إلى الحماية المدنية (الفرع الأول) والحماية الجنائية للأموال وأملاك الإدارة العامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الحماية المدنية

تتمثل الحماية التي نص عليها القانون المدني للأموال العامة في عدم جواز التصرف بالمال العام². وقد نصت المادة 589 من القانون المدني على نفس المبدأ بنصها على أنه: «لا يجوز التصرف في أموال الدولة (العامة) أو حجزها أو تملكها بالتقادم، غير أن القوانين التي تخصص هذه الأموال لإحدى المؤسسات المشار إليها في المادة 688 تحدد شروط إدارتها وعند الاقتضاء شروط عدم التصرف فيها».

مما يجدر ذكره أن قاعدة الحماية المدنية للمال تقررت في الفقه والقضاء، بدون نص تشريعي يقررها، وسوف ندرس قاعدة الحماية المدنية للأموال العامة بعناصرها الثلاثة:

¹ - سعيد عبد الجبار، بلالي خير الدين، مرجع سابق، ص 31.

² - د. محمد يونس يوسف المعداوي، مذكرات في الأموال العامة والأشغال العامة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 27.

أولاً: عدم جواز التصرف في المال العام.

يقصد بهذه القاعدة منع كافة التصرفات المدنية التي ترد على المال العام، ويكون من شأنها نقل ملكيته، أو ترتيب أي حق عيني عليه يتعارض مع الغرض الذي خصص له هذا المال¹.

يعد مبدأ عدم جواز التصرف في المال العام من أولى النتائج التي تترتب على ثبوت الصفة العمومية للمال العام، فمنذ صدور قانون دي مولان عام 1566 في فرنسا وتأييده للقاعدة العرفية التي لا تجيز تصرفا الملك بالأموال العامة ظهرت قاعدة عدم جواز التصرف في الأموال العامة في الفقه والقضاء الفرنسيين، وكان الهدف منها المحافظة على هذه الأموال من التصرفات التي قد يقوم بها الملك نتيجة للسلطة الواسعة التي كان يتمتع بها قبل قيام الثورة الفرنسية².

وتعتبر هذه القاعدة من أهم القواعد الخاصة بحماية المال العام مدنيا وذلك طالما أنه مخصص للمنفعة العامة والنتيجة المنطقية المترتبة على قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام أنّ كل التصرفات الخاضعة للقانون المدني كالبيع والرهن والايجار إلى غير ذلك من تصرفات مدنية لا يمكن تطبيقها على الأموال العامة طالما أنها مخصصة للنفع العام ولقد ذهب رأي الفقه إلى القول بأنه يجب التدرج في تطبيق النظام القانوني للأموال العامة³.

وهذا المبدأ المقرر في مصر والجزائر بنص القانون لا نجد أساسا له من التشريع في فرنسا، وإنما هو في فرنسا من خلق الفقه والقضاء، ودعت إليه مقتضيات الحياة العملية.

¹ - عبد السلام زايد، مرجع سابق، ص 173.

² - نوفل علي عبد الله الصفو، الحماية الجزائرية للمال العام، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1436هـ-2015، ص 222.

³ - د. محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة لأحكام الإدارة والأشغال العمومية، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 49.

ويقصد بهذا المبدأ إخراج المال العام من دائرة التعامل بحكم القانون، ومن ثم لا يجوز للشخص العام نقل ملكية الدومين العام إلى أحد الأفراد أو إحدى الهيئات الخاصة وإلا كان تصرفه باطلا بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام.

والغرض الأساسي من عدم جواز التصرف في المال العام هو حماية هذا المال، وهذا الحظر ليس مطلقا وأبديا ومنزليا على طبيعة المال، وإنما هو نسبي وقائم طالما بقي متحفظ بصفته العامة بسبب تخصيصه للاستعمال العام، ويكفي للشخص العام أن يجرد عن المال صفته العامة بإنهاء تخصيصه للاستعمال العام حتى ينتقل إلى نطاق الأموال الخاصة فيخضع لأحكام كافة التصرفات المدنية.

ثم أنّ هذا الخطر مقصور على التصرفات المدنية دون التصرفات الإدارية فلا ينطبق مثلا على المبادلات التي تجرى بشأن المال العام بين أشخاص القانون العام عن طريق التنازل أو البيع أو الشراء، كتنازل الدولة مثلا عن مال عام إلى أحد أشخاص العامة الإقليمية أو المصلحية¹.

كما يجوز أن تكون هذه الأموال محلا لتصرفات تجريها الإدارة مع الأفراد، بأن تمنح الإدارة الأفراد إلزاما بمرفق عام، أو ترخيص للأفراد باستعمال المال العام والانتفاع به وفقا للقوانين واللوائح، على أنّ هذه الترخيصات ذات طابع مؤقت ويجوز للإدارة سحبها.

تبين من ذلك أن مدلول مبدأ عدم التصرف هنا يطبق تطبيقا مغايرا لمدلوله في القانون الخاص، ويتضمن معنى مختلفا، فلا يعدو أن يكون قييدا تشريعا يفرضه القانون على سلطة الشخص الإداري مالك المال ولا صلة له بطبيعة هذا المال.

وتبدو نسبة هذا المبدأ في الآثار المترتبة عليه، فلو أن شخصا إداريا تصرف في مال عام، فتصرفه باطل، ولكن نظرا إلى أنّ هذا البطلان مقرر لصالح الإدارة باعتبارها ممثلة

¹ - د. محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 27.

للمصلحة العامة التي أعد المال لخدمتها، فإن الإدارة وحدها دون الأفراد المتصرف إليهم الاحتجاج بمبدأ عدم جواز التصرف في المال العام.

على أنه إذا جاز للإدارة في هذه الحالة الاحتجاج ببطلان التصرف فإن ذلك لا يعفيها من مسؤوليتها المدنية عن عدم تسليمها العين موضوع التصرف، فإن ملكية تلك العين لا تنتقل إلى المتصرف إليه، إنما تلتزم الإدارة نحوه بالتعويض¹.

ثانياً: عدم جواز تملك المال العام بالتقادم.

تعد هذه القاعدة من النتائج التي ترتبت على قاعدة عدم جواز التصرف في الأموال العامة، فما دامت هذه الأموال لا يجوز التصرف فيها، فمن باب أولى عدم جواز إكتساب ملكيتها بالتقادم².

يقرر القانون المدني أنّ وضع اليد على عقار لمدة طويلة، يمكن الأفراد الاعتراف لهم بالملكية، غير أنه لا يمكن تطبيق هذه القاعدة على الأموال العامة لأنها تتعارض مع تخصيص المال للنفع العام. ويترتب على ذلك أنّ واضع اليد على عقار يندرج ضمن الأموال العامة ولا يستطيع أن يحصل على عقد الشهرة ولا شهادة الحيازة مهما تكن مدة وضع اليد، وحتى لو أقام بناء، وإن حدث أن نال إحدى هاتين الوثيقتين، فهي باطلة³.

وقد جاء النص على هذه القاعدة في المادة 689 من القانون المدني الجزائري التي تقتضي بأنه «لا يجوز التصرف في أموال الدولة، أو حجزها، أو تملكها بالتقادم...».

أما في فرنسا، فإن هذه القاعدة كانت من نتائج الفقه والقضاء، إلى أنّ أقرها المشرع في تقنين دومين الدولة لعام 1957⁴.

¹- د. محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 28.

²- نوفل علي عبد الله الصفو، مرجع سابق، ص 230.

³- أمير يحيوي، نظرية المال العام، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

⁴- عبد السلام زايدي، مرجع سابق، ص 185.

هذه القاعدة تفوق أهميتها في العمل قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام لأن التملك بالتقادم يتميز بطابعه المستتر غير المباشر وغير المحسوس أحيانا، وقد تترتب عليه آثار خطيرة بالقياس إلى مفردات المال العام، لاسيما إذا تعلق الأمر بمال لا يشغله الشخص الإداري بصفة مستمرة، فالحاجة أدت إلى تزويد الإدارة بما يعينها على رد التعدي على أموالها العامة من تقييد تصرفاتها¹.

ويكمن أساس هذه القاعدة، شأنها في ذلك شأن قاعدة عدم جواز التصرف في الأموال العامة، في ضمان استمرار التخصيص للمنفعة العامة التي رصدت من أجله هذه الأموال، ولذلك فإن هذه القاعدة تسري - تبعا للنظرية التقليدية للمال العام - على جميع الأموال العامة طيلة فترة التخصيص². وإذا مازال هذا التخصيص لأي سبب من الأسباب فقد المال صفته العامة، وتحول إلى مال خاص يدخل في نطاق الدومين الخاص ويأخذ حكمه، وتتحسر عنه الحماية المقررة ويجوز للأفراد تملكه بوضع اليد المدة المكسبة للملكية وهو الوضع السائد في فرنسا³.

ثالثا: عدم جواز الحجز على المال العام.

يقصد بعدم جواز الحجز على المال العام تقرير حماية خاصة لهذا المال، فهي لازمة لكون المال العام لا يجوز التصرف فيه.

ومن ثم يقتضي هذا المبدأ عدم جواز إتخاذ إجراء من إجراءات التنفيذ الجبري على المال العام، لأنه إذا كان لا يجوز التصرف في المال العام إختيارا، فمن باب أولى لا يجوز بيعه جبرا نتيجة الحجز عليه.

فمبدأ عدم جواز الحجز على المال العام متفرع من قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام، ونتيجة منطقية لها، فمتى تقرر عدم جواز التصرف في هذا المال بما يتعارض

¹ - د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، ط8، ص599-600.

² - إبراهيم عبد العزيز شيحا، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 394.

³ - عبد السلام زبيدي، مرجع سابق، ص 187.

مع تخصيصه للنفع العام، وجب القول كذلك بأنه لا يجوز الحجز عليه، ذلك أن الحجز ينتهي إلى بيع اجباري، فإذا كان البيع الاختياري ممنوعا، فأولى أن يمتنع البيع الاختياري¹.
والحاقا بهذا المبدأ فلا يجوز ترتيب حقوق عينية على المال العام ضمانا للديون التي تشغل ذمة الشخص العام.

فلا يجوز أن تكون الأموال العامة محلا لرهن رسمي أو رهن حيازي أو حتى إختصاص، فإن هذه الحقوق باعتبارها عينية ترمي إلى تدمير أصحابها على غيرهم من الدائنين الشخصيين في المبالغ المتحصلة من بين الأموال المحملة بتلك الحقوق العينية بيعا جبريا. وهذا الغرض لا ينطبق على الأموال العامة².

وهذا المبدأ مخصص أيضا لحماية المال العام لأن هذا المال سبق أن ذكرنا أنه لا يجوز التصرف فيه كبيعه مثلا ولا يجوز الإدعاء بتملكه بوضع اليد ولهذا فإن بات المنطق التقرير بعدم جواز الحجز على هذا المال فإذا كانت الدولة مدينة لأحد الأفراد بدين مدني فلا يجوز لمثل هذا الدائن أن يقوم بالحجز على أملاكها أو نزع ملكيتها جبرا، كما هو الحال بالنسبة للأموال الخاصة التي لا يجوز الحجز عليها وكذلك فزع ملكيتها للمنفعة العامة³.

وتجد قاعدة عدم جواز الحجز على الأموال العامة أساسها في نص المادة 689 من القانون المدني الجزائري، حيث ورد بها أنه لا يجوز التصرف في هذه الأموال أو الحجز عليها، أو إكتساب ملكيتها بالتقادم، والحكمة من ذلك هو التخصيص للمنفعة العامة، فلا يجوز إتخاذ طرق التنفيذ الجبري على أموال الدولة وبالتالي لا يجوز الحجز عليها، فالنص جاء صريحا في التأكيد على عدم جواز الحجز على أموال الدولة من عقارات أو منقولات

¹ - عبد السلام زايدي، مرجع سابق، ص 181.

² - د. محمد يوسف المعداوي، مرجع سابق، ص 29.

³ - د. محمد أنس قاسم جعفر، مرجع سابق، ص 51.

فحماية المال العام وتخصيصه للنفع العام، تقتضي تطبيق هذه القاعدة حتى تحقق الغرض الذي قصد إليه من ورائها.

وقد أقر القانون الفرنسي بقاعدة عدم جواز الحجز على الأموال العامة في تقنين دومين الدولة، ويلاحظ أن نطاق تطبيقها يمتد إلى الأموال الخاصة المملوكة للدولة كذلك حيث لا يقتصر تطبيقها على الأموال العامة فقط، أنه لا يجوز مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري بأي حال من الأحوال على الأشخاص العامة¹.

ولضمان بقاء أموال الدولة العمومية والخاصة مخصصة باستمرار لتحقيق الغرض الذي قصد إليه من ورائها، فإن إتخاذ إجراءات الحجز على هذه الأموال تقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا تصححه الإجازة اللاحقة، وهذا الرأي المستقر عليه فقها وقضاءاً في فرنسا، وهو ما يتفق مع حكم المادة 689 من القانون المدني الجزائري².

الفرع الثاني

الحماية الجنائية

لا تقتصر حماية المال العام على الحماية المدنية فقد إهتم المشرع الجنائي بتوفير الحماية الجنائية للمال العام لمنع التعدي عليها أو الإضرار بها ضماناً لاستمرار تخصيصها للنفع العام وحسن أداء المرافق العامة³.

وإهتم المشرع الجنائي في العديد من الدول لا سيما الدول الاشتراكية لحماية الأموال العامة لأنه في ظل النظم الاشتراكية تتولى الدولة مباشرة الكثير من النشاط التجاري والصناعي والزراعي عن طريق إنشاء المرافق العامة أو تملك بعض الأراضي الزراعية ومن ثم فإن مفهوم المال العام يتسع في هذه الدول ويتم اشباع صفة العمومية على الكثير من الأموال التي تملكها الدولة نتيجة إرتياد الكثير من الميادين التي كانت محجوزة من قبل

¹ - عبد السلام زايدي، مرجع سابق، ص 182.

² - عبد السلام زايدي، مرجع نفسه، ص 183.

³ - د. مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 232.

الأفراد ولذلك يتدخل المشرع بتقرير حماية خاصة لهذه الأموال تحفظها من أنواع التعدي الصادرة من جمهور المنتفعين أو إهمالهم ومن الملاحظ أن هذه الحماية الجنائية ليست موحدة بحيث تشمل جميع الأموال العامة على قدم المساواة لكنها تنصب بصورة أوضح على الأموال الأكثر تعرضا للجمهور، كالطرق العامة ومجاري المياه إلى غير ذلك، والنصوص الجزائرية التي تقرر هذه الحماية لا يجمعها تشريع واحد¹، وإنما هي قوانين متعددة ومتفرقة كقانون العقوبات والقانون المتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته، قانون المياه والغابات والطرق العامة، إلى قانون الأملاك الوطنية والدستور.

ففي ما يخص جرائم الاختلاس والغدر تطرق قانون العقوبات الجزائري في نص المادة 119 مكررا على أنه: «يعاقب بالحبس من 60 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة 50.000 دج إلى 2000.00 دج كل موظف عمومي في مفهوم المادة 02 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته تسبب بإهماله الواضح في سرقة أو اختلاس أو تلف أو ضياع أموال عمومية أو خاصة أو أشياء تقوم مقامها أو وثائق أو سندات أو عقود أو أموال منقولة وضعت تحت يده سواء بحكم وظيفته أو بسببها»².

المطلب الثالث

اثر حجز أموال المرفق العام على مبدأ استمراريته

يلعب مبدأ داوم حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد دورا هاما وحيويا في النظام القانوني للأموال العامة، حيث يجسد هذا المبدأ الأساس القانوني والهدف الأساسي للحماية القانونية للأموال العامة في الدولة، ومبدأ عدم جواز الحجز على الأموال العامة هدفه

¹ - د. محمد أنس قاسم، مرجع سابق، ص ص 54 - 55.

² - الأمر رقم 56-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

القانوني هو حسن سير المرافق العامة¹. حيث إن المبدأ العام لدى غالبية فقه القانون العام يقضي باسم جواز الحجز على أملاك وأموال الدولة أيا كان نوعها وطريقة تسييرها، لأنه من شأن ذلك أن يعطل أو يعرقل سير المرفق العام وقد يحول دون أداء خدمات المرفق العام في الوقت المناسب والمكان المناسب وبالجودة المطلوبة، وذلك يحول دون إستمرارية المرافق العامة بانتظام وإطراد.

وضمنا لذلك أضفى المشرع الجزائري حماية خاصة لأملاك الدولة سواء العامة أو الأملاك الخاصة وأحاطها بالحماية المدنية والجزائية في حالة المساس أو التعرض لها إلا أن القانون قد يسمح بنزع الملكية الخاصة وإستعمالها بشروط معينة (وفقا للمواد من 677 إلى 681 مكرر 03 من القانون المدني الجزائري وهذا لضمان استمرارية المرافق العامة)². حيث جاء في نص المادة 679 من القانون المدني على أنه: «لا يتم الحصول على الأموال والخدمات لضمان سير المرافق العمومية باتفاق رضائي وفق الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون».

إلا أنه يمكن في الحالات الاستثنائية والاستعجالية وضمنا لاستمرارية المرفق العام الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الاستيلاء ولا يجوز الاستيلاء بأي حال على المحلات المخصصة فعلا للسكن³.

وتأسيسا على مبدأ دوام سير المرافق العامة، ولأن المرافق العامة أيا كان أسلوب أو طريقة إدارتها تخضع للقواعد الضابطة لسير المرافق العامة، أضفى القانون على الأملاك وأموال المرافق العامة حماية متميزة⁴.

¹ - عمار عوابدي، القانون الإداري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2002، ص 79.
² - قليل حسناء، المرفق العام بين ضرورة التحديث والواقع القانوني الجديد، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015-2014، ص 25.
³ - الأمر 57-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
⁴ - قليل حسناء، مرجع سابق، ص 141.

كما يحتاج كل مرفق للقيام بنشاطه إلى أموال كالعقارات والمنقولات ولو خضع المرفق في مجال الحجز للقواعد العامة أدى ذلك إلى إجراءات الحجز على ممتلكاته، وهو ما يترتب عليه إلحاق بالغ الضرر بالمنتفعين من خدمات المرفق، وإعمالاً لمبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد وجب أن تخضع أموال المرفق إلى نظام قانوني متميز يهدف إلى المحافظة عليها، تحقيقاً للمقصد العام وهو تمكين المرفق من أداء خدمة للجمهور، وإذا كان المرفق يسير عن طريق الإدارة المباشرة فليس هناك أي مشكل يطرح لأن المادة 689 من القانون المدني واضحة وصريحة ولم تجز الحجز أو التصرف في أملاك الدولة أو تملكها بالتقادم، فهي محصنة من الناحية المدنية ومخالفة ذلك دون دوام السير الحسن للمرفق العام بانتظام وإطراد¹.

¹ - بن منصور عبد الكريم، نظرة مفاهيمية للمرفق العام في الجزائر، المجلة الجزائرية للدراسات التاريخية والقانونية، العدد الأول والثاني، الجزائر، 2016، ص ص 189 - 190.

الفصل الثاني

الضمانات القضائية لاستمرار المرفق العام

يضاف إلى الضمانات التشريعية التي وضعها المشرع لاستمرار المرفق العام ضمانات أخرى قضائية أوردها القضاء الإداري من أجل حماية ديمومة المرفق وسيره بانتظام وإطراد في حالة الظروف الاستثنائية والعادية وهذا بهدف تقادي حدوث أي إنقطاع أو تعطيل في سيره، لأنه سيؤدي حتما إلى نشوب أضرار بالمصلحة العامة من جهة وبحقوق الأفراد من جهة أخرى.

لهذا أوجد القضاء الإداري نظريتين كضمانات قضائية للحفاظ على سير المرفق العام بانتظام وإطراد وهما نظرية الظروف الطارئة التي أقرها القضاء الفرنسي لضمان استمرار نشاطه في الحالات المفاجئة مع الحفاظ على التوازن المالي بين الإدارة وصاحب الالتزام (المبحث الأول)، ونظرية الموظف الفعلي الهادفة إلى تقادي توقف سير المرفق في الحالات الاستثنائية والعادية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

نظرية الظروف الطارئة

من بين الضمانات القضائية التي تضمن دوام سير المرافق العامة بانتظام 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 إدارة المشروع واستغلاله مما يؤدي إلى تعطيل سير المرفق، فالعقود الإدارية من أهم الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة من أجل تحقيق المصلحة العامة، عن طريق تنفيذها على أحسن وجه، وللتعرف على مضمون هذه النظرية يتعين تحديد مفهومها (المطلب الأول)، وأساسها (المطلب الثاني) وتأثيرها على استمرارية المرفق العام (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مفهوم نظرية الظروف الطارئة

يقتضي دراسة مفهوم نظرية الظروف الطارئة، التطرق أولاً لتعريفها (الفرع الأول)، ثم بيان شروطها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف نظرية الظروف الطارئة

يتوقف ادراك معنى نظرية الظروف الطارئة التعرض لكل من التعريف اللغوي (أولاً) والفقهي (ثانياً) وكذا التشريعي (ثالثاً).

أولاً: التعريف اللغوي.

هذا المصطلح متألف بين كلمتين وهما: الظروف والطارئة، وكل واحد منهما يحمل دلالة مختلفة ويرجع إلى الأصل اللغوي المتباين.

- كلمة الظروف: ترجع هذه الكلمة إلى جذرها اللغوي ظرف، والظروف جمع الظرف، أي البراعة وذكاء القلب وحسن العبارة والهيئة والحدق بالشيء، وعاؤه، ومنه الظروف الأزمنة والأمكنة، فالظرف وعاء كل شيء.

- كلمة الطارئة: تؤول هذه الكلمة إلى أصلها الاشتقاق طراً، وهو ما حدث وخرج فجأة، وطرأ على القوم أي أتاهم من مكان بعيد فجأة، ويقال للغرباء الطراء، والطارئة مؤنث الطارئ¹.

ثانياً: التعريف الفقهي.

ورد مصطلح الظروف الطارئة في إستعمالات الفقهاء المعاصرين ولم يتعرض له الفقهاء القدامى، فالفقهاء القانونيين هم أول من جاء بهذا المصطلح في شأن البيان للحالات غير المتوقعة التي تطرأ على العقد بعد إبرامه، وهذه بعض التعاريف الفقهية لهذا المصطلح: عرفها الأستاذ اسماعيل عمر المحامي بأنها: «حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية أو واقعة مادية عامة لم تكن في حسابان المتعاقدين وقت التعاقد ولم يكن في وسعها ترتيب حدوثها بعد التعاقد ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدى مرهقا للمدين بحيث يمدده بخسارة فادحة وإن لم يصبح مستحيلا»².

وعرفها الأستاذ حشمت أبو ستيت بقوله: «هي كل حادث عام لاحق على تكوين العقد وغير متوقع الحصول عند التعاقد ينجم عنه إختلال بين في المنافع المتولدة عن

¹ - د. شهر الدين قالة، أثر الظروف الطارئة على إلتزامات عقد الإيجار في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مجلة الإحياء، المجلد: 20، العدد 25، جوان 2020، ص 278.

² - محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الزروف الطارئة، دار زهران، الأزهر، مصر، د.س، ص 19.

عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل وأجال، ويصبح تنفيذ المدين لإلتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهابا شديدا ويتهدهه بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف».

وعرفها صبحي محمصاني بقوله: «ويقصد بهذا التعبير الحوادث غير المنتظرة التي لم تنشأ عن فعل المدين أو خطئه»¹.

وعرفها سمير تانغو بأنها: «تلك الحوادث التي لا تؤدي إلى جعل تنفيذ إلتزام المدين مستحيلا لأنه لو صار مستحيلا لا يقضي الإلتزام وانفسخ العقد ولم يكن هناك مجالا لتعديله».

وقيل هي حالة عامة غير مألوفة، لم تكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الإلتزام التعاقدى مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، وإن لم يصبح مستحيلا².

كما عرفها البعض بأنها: كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحدث أثناء التعاقد ينجم عنه إختلاف بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل وأجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين لإلتزاماته، كما أوجبه العقد يرهقه إرهابا شديدا ويتهدهه بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسارة مالية، وذلك كارتقاع سلعة عن ثمنها الأصلي وقت الإبرام³.

والملاحظ أنّ التعريفات المقدمة لنظرية الظروف الطارئة قد اعتمدت على الوصف العام المنطلق من الواقع لكون الواقعة لا تكون عندهم ظرفا طارئا إلا في ضوء ما يحيط بها

¹ - بلقاسم زهرة، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013- 2014، ص 25- 26.

² - بوعزيز فريد، أثر فيروس كورونا كوفيد 19 على مستأجر المحل التجاري في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للدراسات الإنسانية، المجلد 02، العدد 01، جوان 2020، ص 58.

³ - جيمس صالح عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها الإقتصادي على العقد (دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، 2017، ص ص 38- 39.

من ظروف، وبناء عليه، فإنه لا يمكن حصر وقائع الظروف الطارئة، بل إنّ مجالها يتسع بشكل كبير في ظل تطور أحداث الحياة العلمية والعملية ليشمل أنواعا من الظروف الطارئة التي لم تعهد من قبل، كحالات الأوبئة العامة والخطيرة، كجائحة فيروس كورونا المستجد، وحالات تلوث البيئة، وانتشار الغازات السامة والاشعاعات وغيرها من الحالات التي تعد ظروفًا طارئة تؤثر بشكل أو بآخر على تنفيذ الالتزام العقدي¹.

يتبين لنا من خلال هذه التعاريف أنّ نظرية الظروف الطارئة تعالج نتيجة حادث لا يكون للمتعاقدین يد فيه كحرب أو كارثة طبيعية، وهذه الأخيرة تجعل تنفيذ العقد مرهقا بأحد المتعاقدین، إذ أنه في حالة تغير الظروف الاقتصادية التي تؤدي إلى إختلال أو فقدان التوازن بين الالتزامات الناشئة عن العقد في ذمة طرفيه، فإن نظرية الظروف الطارئة تعالج هذا الإختلال².

ثالثا: التعريف التشريعي.

عرف المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة من خلال المادة 107 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: «يجب تنفيذ العقد طبقا لما إستعمل عليه وبحسن النية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام. غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدی، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى حد المعقول ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك».

¹ - د. شهر الدين قالة، مرجع سابق، ص 278.

² - بلقاسم زهرة، مرجع سابق، ص 26.

يتبين من المادة أعلاه، أن المشرع اعتبر نظرية الظروف الطارئة بأنها حوادث إستثنائية عامة غير متوقعة الحدوث أثناء إبرام العقد، تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث تهدده بخسارة فادحة.

لكن المشرع لم ينص على أمثلة تطبيقية للحوادث الطارئة كما فعلت بعض القوانين الأوروبية كالتقنين البولوني الذي ذكر أمثلة للحوادث الطارئة كالحرب والوباء تاركا المجال في ذلك للفقه والقضاء وقد ذكر الفقه أمثلة عن الحوادث الطارئة والمتمثلة فيما يلي¹:

- حوادث طبيعية كالزلازل والبراكين.
- أفعال إنسانية: كالحروب والاضرابات.
- إجراءات تشريعية وإدارية كصدور قوانين جديدة تشمل في زيادة الأسعار أو فرض الضرائب.

لقد ظهرت أنواع جديدة للحوادث لم تكن من قبل نتيجة التطور التكنولوجي كالتلوث البيئي وانتشار الإشعاعات النووية وكذا الغازات السامة كلها ظروف طارئة تؤثر على تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

إذا كان المشرع الجزائري ومثله المصري لم يحدد أمثلة فإنه قد وضع معايير موضوعية يستعين بها القاضي في تحديد ما إذا كان الظرف استثنائيا يوجب تطبيق النظرية أم لا، حيث نصت المادة 107 ق.م.ج سالفه الذكر على كون الحادث إستثنائي عام وغير متوقع، فكل حادث توفرت فيه هذه المواصفات ستطبق نظرية الظروف الطارئة².

¹ - فداق عبد الله، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر حقوق، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017-2018، ص 14.

² - فداق عبد الله، مرجع سابق، ص 15.

الفرع الثاني

شروط نظرية الظروف الطارئة

بالرجوع للمادة 03/107 قانون مدني التي تنص «... وترتب على حدوثها تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة» نستخلص أنه يشترط للأخذ بالظرف الطارئ أن:

أولاً: أن يكون الحادث الطارئ استثنائياً.

تعد نظرية الظروف الطارئة إستثناء على القوة الملزمة للعقد، لذا فإن الدعامة الرئيسية لهذا الاستثناء هي أن يكون الظرف الطارئ ناشئاً عن حادث استثنائي، فلا يعتد به إذا كان مألوفاً ولا تعتبر مرهقة تلك الخسارة التي تلحق المدين منه، وذلك لأن من عادة المألوف أن يكون محتملاً بحكم العادة أو التعامل¹.

ويعرف الحادث الاستثنائي بأنه: «الأمر الذي يندر وقوعه، فهو أمر غير مألوف لدى كافة الناس»، إذ لا يقع مثله في العادة ولا يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقاً لنظام معلوم، وبالتالي يتعين إستبعاد الظروف المألوفة والحادث الاستثنائي يجب أن يؤخذ بمعناه الواسع سواء كان مراده إلى الطبيعة أو كان مراده إلى الإنسان أو الأفعال مادية².

فمفاد هذا الظرف أن يكون غير متوقع حدوثه بالنسبة للمتعاقدين خاصة المدين أثناء إبرام العقد، كما أنه يمكن أن يكون الظرف الاستثنائي من قبل الأعمال القانونية وذلك

¹ - هبة محمد محمود الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، قدمت هذه الرسالة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 1433هـ - 2012م، ص 36.

² - هبة محمد محمود الديب، مرجع نفسه، ص 37.

كصدور قرار إداري مثلا أو نص تشريعي يفرض أو يلغي تسعيرة ما كانت قائمة، والمشرع لم يحدد خصائص تلك الظروف¹.

وقد ثار خلاف بين الفقهاء حول مدى اعتبار التشريعات الصادرة عن السلطة العامة والتي تؤدي إلى قلب إقتصاديات العقد، من الحوادث الاستثنائية، وفي هذا الإطار ذهب رأي إلى أن الحادث يجب أن لا يكون من عمل السلطة العامة وأن التشريع ولو كان من شأنه التأثير على حقوق والتزامات المتعاقدين وسبب إختلال التوازن بينهما لا يمكن إعتباره حادثا إستثنائيا يبرر تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حين يرى الفريق الآخر، أن الذي يبرر الأخذ بالنظرية هو أن يؤدي الحادث إلى قلب إقتصاديات العقد، وأن التشريع في حد ذاته يبرر الأخذ بالنظرية المذكورة، وهو لا يختلف عن أي حادث آخر في هذا الإطار².

والحادث الاستثنائي لا يقتصر على الحوادث الطبيعية، فحسب بل يتعداه إلى واقعة مادية أخرى كإعلان حرب أو صدور قانون أدى إلى إرتفاع أو إنخفاض الأسعار مثلما حدث مؤخرا في الجزائر بسبب إرتفاع أسعار البطاطا جراء الاحتكار والتخزين غير المراقب من قبل الدولة، مما دفع إلى إصدار تشريع لتحديد سعر البطاطا³.

ومن أمثلة الظروف الاستثنائي زلزال أو حرب أو اضطراب مفاجئ أو فرض التسعيرة الجبرية أو رفعها أو إنتشار وباء (فيروس كورونا) أو استيلاء إداري.

كما أنّ الخسارة المعتادة في تقلبات التجارة وتأثير لها في العقود، لأنها من طبيعة التجارة وتقلباتها التي لا تنفك عنها، ولكنها إذا تجاوزت المعتاد المألوف كثيرا بمثل تلك الأسباب الطارئة آنفة الذكر توجب عندئذ تدبيرا إستثنائيا⁴.

¹ - فداق عبد الله، مرجع سابق، ص ص 34 - 35.

² - د. أقصاصي عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدية، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 02، 2018، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، ص ص 135.

³ - شارف بن يحيى، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2009 - 2010، ص ص 64.

⁴ - هبة محمد محمود الديب، مرجع سابق، ص ص 37.

ولا يشترط أن يكون الظرف الاستثنائي راجعا إلى فعل الطبيعة أو النتيجة واقعة مادية بل من المتصور أن يكون راجعا إلى صدور قانون جديد كما هو الشأن بالنسبة لقانون الإصلاح الزراعي في مصر الصادر عام 1952م، كما استقرت على ذلك محكمة النقض المصرية¹.

وأخيرا نشير إلى بعض من الفقه يرى أن شرط عدم التوقع في الظرف الطارئ -والذي سيأتي ذكره- يغني عن اشتراط صفة الاستثنائية في هذا الظرف، وذلك لأن اشتراط عدم التوقع في الظرف الطارئ لا يتصور إلا باعتبار هذا الظرف استثنائيا، فالظرف المتوقع هو ذلك الظرف المألوف المتكرر وقوعه دوما، أما الظرف غير المتوقع فلا بد أن يكون استثنائيا².

ثانيا: أن يكون الظرف عاما.

يشترط القانون أيضا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ عاما بمعنى ألا يكون خاصا بالمدين وحده، بل يجب أن يكون حادثا عاما يشمل طائفة من الناس كالفيضان الذي يفرق مساحة واسعة من الأرض أو إنتشار الوباء أو غازات الجراد. أما الظروف الاستثنائية الخاصة بالمدين كإفلاسه أو مرضه أو احتراق محصوله فلا تكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة³.

ويلاحظ أن بعض التشريعات (كالقانون المدني المصري والأردني) اشترط في الظرف أن يكون عاما في حين أنّ هناك قوانين أخرى كالقانون الإيطالي لا تشترط هذه الصفة في الظرف الطارئ.

¹ - هبة محمد محمود الديب، مرجع سابق، ص 38.

² - هبة محمد محمود الديب، مرجع نفسه، ص 39.

³ - عبد الوهاب محمد عبد الوهاب العطا، الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الإلتزام التعاقدية، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الخرطوم، مارس 2015، ص 62.

وأما في العراق فقد أكدت محكمة التمييز في حكم لها صادر بتاريخ 1982/03/09 على أنه يشترط لتطبيق النظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف عاما وخصوصا، وإجمالا نجد القضاء العراقي قد يعد ما يأتي من الظروف الطارئة، حدوث فيضان غزارة الأمطار وشدتها وشح مياه الفرات، وانتشار الأوبئة والأمراض وكسر السدود، وارتفاع أسعار المواد الأولية والانشائية ومنع الاستيراد ومنع التوريد، وإصدار تشريعات جديدة كإصدار قانون الإصلاح الزراعي¹.

وإشترط المشرع صفة العمومية في التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم إذ ورد في نص المادة 03/107 عبارة «إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة»، ويقصد بالعمومية أن يكون الحادث شاملا لطائفة من الناس كفئة التجار أو الصناع، الفلاحين، أو الحرفيين أو يشمل مكانا معيناً مثل مدينة، وعليه فإذا كان الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين وحده كإفلاسه أو مرضه، وفاته، إضراب عمال مصنعه، هلاك بضاعته، حريق محصوله أو تسمم مواسيه، فمثل هذه الحوادث يقتصر أثرها على المدين ولا تمس فئة معينة من الناس وبالتالي لا تسري أحكام النظرية في هذه الظروف².

إن وصف العمومية وعدم جواز الاعتداء بالظروف الخاصة بالمدين فيه ضمانا لعدم الغش من جانبه، كما أن الهدف من اشتراط وصف العمومية، هو عدم إطلاق العنان للنظرية حتى لا تنتزع كثيرا القوة الملزمة للعقد، وقد تعرض وصف العمومية لانتقاد شديد إذ أنه يتعارض من الغاية التي شرعت من أجلها نظرية الظروف الطارئة وهي تحقيق العدالة التي تقضي برفع الإرهاق عن كاهل المدين، فإذا قيد الحادث الاستثنائي بوصف العمومية امتنع تحقيقا تلك الغاية في حالات كثيرة قد لا يكون الحادث الاستثنائي فيها عاما، وقد قدم

¹ - عليا غازي موسى، شيماء سعدون عزيز، أثر جائحة كورونا على التوازن المالي للعقد الإداري، مجلة كلية القانون للعلوم السياسية، المجلد 9، العدد (خاص)، 2020، كلية القانون، جامعة تكريت، ص 15.

² - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 173 - 175.

"هزرشى عبد الرحمان" فرضية تتمثل في إلقاء قنبلة في حرب على ما كان معين، ولم تصب سوى شخص أوجه حظه العاشر في ذلك المكان¹.

ثالثاً: أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع ولا يمكن تفاديه.

إضافة إلى كون الحادث الطارئ استثنائياً وعماماً يجب أن يكون ليس في الوسع توقعه وقت إبرام العقد ومعيار الحادث هو موضوعي لا شخصي أي أن معيار الشخص العادي هو الأساس فيما إذا كان الحادث مما يسع توقعه أو أنه غير متوقع وليس شخص مدين كما أنّ البحث في ذلك يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض متى أقام قضائه على أسباب سائفة تكفي لحمله².

ولهذا فإنه لا يجوز للمتعاقد أن يطالب بتعديل العقد بسبب حادث لم يتوقع وقت التعاقد حصوله، ما دام الرجل العادي كان يمكنه توقعه³.

فإنّ المشرع قد أحاطها بقيود لتحقيق الغاية منها وفي إقامة العدل في العقد، وإعادة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين في القواعد المدنية، ومقتضيات المرفق العام وحسن سيره في القانون الإداري.

وبناء عليه فإنّ الظرف الطارئ يجب أن يكون غير عادي، وغير متوقع، فالظرف العادي يمثل جزءاً من مخاطر العقد يجب أن يتحملها المتعاقد، أما الظرف غير العادي فهو وحده الذي يفسح المجال لإعمال النظرية، وتعرف الظروف غير العادية بأنها الظروف التي لا يمكن تصور وقوعها وقت العقد بحيث تفوق كل التوقعات.

وجاء في حكم المحكمة الإدارية في مصر بتاريخ 15/11/1967، حيث ميزت الحوادث الطارئة بقولها أن الحكم يختلف باختلاف السبب الطارئ المؤثر على قيمة العطاء فإذا كان هذا السبب راجعاً إلى تقلب السوق وسعر العملة إلترزم المقابل بها ترتب على ذلك

¹ - أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص 176.

² - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الامعة الجديدة، دط، د س، ص 291.

³ - اقصاصي عبد القادر، مرجع سابق، ص 136.

من آثار الزيادة أو النقصان، أما إذا كان السبب راجعا إلى تعديل الضرائب والرسوم الجمركية إلتزمت الوزارة ما يترتب عليه من آثار¹.

لقد أجمعت جل التشريعات العربية والغربية بما فيها المشرع الجزائري في نص المادة 03/107 مدني على التنصيص على هذا الشرط، إن استثنائية الحادث تتعزز بفكرة عدم التوقع التي تؤدي بمعية الشروط الأخرى إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة وبالتالي إعادة اختلال التوازن العقدي الى نصابه.

وكذلك يجب ألا يكون في استطاعة المدين دفع الحادث الاستثنائي عن نفسه، وعليه إذا كان الحادث فإن المدين يكون مقصرا، وبالتالي يتحمل مسؤولية تقصيره، ويخضع تحديد إمكانية الدفع أو استحالته لمعيار موضوعي وهو سلوك الرجل العادي الموجود في نفس الظروف التي وجد فيها المدين، وهذه مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع².

رابعا: أن يكون الظرف الطارئ بعد إبرام العقد وقبل اتمام التنفيذ.

إنّ السمة الأساسية التي يتصف بها الحادث الذي يجيز تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو أن يكون طارئا، بمعنى أن يقع بعد إبرام العقد، وقبل اتمام تنفيذه، فإن كان الحادث قد وقع قبل إبرام العقد، ما نهض سببا لتعديل آثاره، إذ المفروض هنا أن المتعاقدين قد علما به، وارتضينا العقد على اعتبار وجوده، وكذلك «تنطبق النظرية إذا كان الحادث قد وقع بعد تنفيذ العقد بالنسبة إلى كل آثاره، فإن كان العقد، عند وقوع الحادث قد تم تنفيذه بالنسبة إلى بعض آثاره دون بعضها الآخر، سرت النظرية بالنسبة إلى القدر الذي لم يتم تنفيذه مع ملاحظة أنه إذا كان تراخي المدين في الوفاء بالتزامه إلى ما بعد وقوع الحادث راجعا إلى تقصيره، فإنه لا يفيد من نظرية الظروف الطارئة، لأنه لا يحق للمدين أن يفيد

¹ - محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، -دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقانون الإداري-، دط، دار اليازوري العلمية للنشر، عمان، 2014، ص 125- 126.

² - شارف بن يحي، مرجع سابق، ص 104.

على حساب دائنه من خطأ يكون قد ارتكبه إزاءه، وكذلك لا يجوز أعمال النظرية إذا كان وقوع الحادث الطارئ يعد منح نظرة الميسرة من القاضي»¹.

خامسا: أن يترتب على الظرف الطارئ الإرهاق في تنفيذ الالتزام.

إشترط القانون الفرنسي والمصري والليبي، أن يجعل الظرف الطارئ من تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد، وسمي هذا الشرط (شرط الإرهاق)، وبناء على ذلك يشترط أن يحصل هذا الإرهاق الذي تسبب الظرف الطارئ في حدوثه، يعد توقيع العقد وأثناء تنفيذه، فإذا كان الحادث قد وقع قبل إبرام العقد، فإنه لا يصلح سببا للتملك بتطبيق نظرية الظروف الطارئة إذ يفترض في هذه الحالة أن أطراف العقد قد علما بوجود الظرف وارتضينا التعاقد في ظله كما تطبق النظرية إذا كان الظرف الطارئ قد وقع بعد تنفيذ العقد وإنهاء آثاره².

والإرهاق يختلف من مدين لآخر ويحسب ظروف كل متعاقد فما يعد مرهقا للمتعاقدين قد لا يعد كذلك بالنسبة للمتعاقد الآخر وما يعد مرهقا في زمن قد لا يعد كذلك في زمن آخر وكل ذلك مرتبط باختلاف التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين³.

ولقد نصت المادة 03/107 من ق.م.ج على الإرهاق وذلك بقولها «... صار مرهقا

للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة...»⁴.

يأخذ أغلب الفقهاء بالمعيار الموضوعي في تقدير درجة الإرهاق الذي يهدد بالخسارة الفادحة وهذا الفريق من الفقهاء لا يعتد في تقديره لدرجة الإرهاق بما قد يحيط المدين من ظروف شخصية، فيتم التقدير طبقا للمعيار الموضوعي بالنظر إلى الصفة محل التعاقد دون أي اعتبار لقدرات المدين الذاتية، فالخسارة الفادحة يجب أن تتسبب إلى الصفة لا إلى

¹ - اقصاصي عبد القادر، مرجع سابق، ص 136.

² - فوزية فرج حماد، الظروف الطارئة وتأثيرها على تنفيذ العقود الإدارية، قد مرت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على الماجستير، كلية القانون، جامعة التحدي، 2008-2009، ص 105.

³ - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الاسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 282-283.

⁴ - المادة 03/107 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.

مجموع الثروات التي يملكها المدين. إذ كثيرا ما يحدث في الواقع أن يتسبب إرهاب طفيف في إحداث خسارة فادحة لمدين بينما لا تحدث هذه الخسارة لمدين آخر مهما كان الإرهاب جسيما، مثال ذلك عندما يكون المدين هو الدولة مثلا أو شركة أو مؤسسة ذات إمكانية هائلة¹.

المطلب الثاني

أساس نظرية الظروف الطارئة

لقد اختلف الفقه والقضاء في وضع أساس قانوني لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذ وضعت أفكار عديدة للأساس القانوني الذي تقوم عليه النظرية، تتمثل في فكرة ضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد (الفرع الأول)، فكرة العدالة (الفرع الثاني)، فكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية (الفرع الثالث) فكرة البنية المشتركة لأطراف العقد (الفرع الرابع)، فكرة التوازن المالي للعقد (الفرع الخامس).

الفرع الأول

فكرة ضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد

تقوم المرافق العامة بخدمات جوهرية ولازمة 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 واستمرار².

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 يسبب الكثير من المشكلات لدى الأفراد داخل الدولة لذلك إذا طرأت ظروف غير متوقعة ترتب

¹ - عبد الوهاب محمد عبد الوهاب العطا، مرجع سابق، ص 71.

² - فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن، ج1، 1995، ص 436.

عنها إرهاب المتعاقد وجب على الإدارة أن تهب لمساعدته والوقوف إلى جانبه كذلك فإن التعويض في الظروف الطارئة يجد أساسه في مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام وإطراد¹. ولقد أقرت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا الأساس في الكثير من أحكامها ولقد نظم لهذا الرأي طائفة كثيرة من الفقهاء، فهذه الفكرة ترجع أساسا التعويض الذي يستحقه المتعاقد في حالة الظروف الطارئة إلى مبدأ سير دوام المرافق العامة بانتظام وإطراد وذلك أن عدم التعويض من قبل الإدارة سوف يؤدي إلى توقف المتعاقد عن القيام بالخدمات التي يحقها 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 يصلح كأساس بمفرده وهو ما جاء به النقاد بإضافة فكرة أخرى هي فكرة العدالة كأساس لتطبيق نظرية الظروف الطارئة إضافة لفكرة ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد.

الفرع الثاني

فكرة العدالة

يرى الكثير من الفقهاء الفرنسيين والمصريين أن أساس حق التعويض في نظرية الظروف الطارئة أساس مزدوج، يتمثل في مبدأ سير المرافق العامة بانتظام وإطراد إلى جانب قواعد العدالة ويشرح هؤلاء الفقهاء وجهة نظرهم بالقول بأن مبدأ سير المرافق العامة وإذا كان هو الأساس الفاعل لحق التعويض في نظرية الظروف الطارئة إلا أنه لا يصلح لذلك في جميع الحالات وبخاصة في الحالات التي يقدم فيها المتعاقد طلب التعويض بعد انقضاء العقد بسبب فسخه أو انتهاء مدته، ومن ثم فإن الأمر يحتاج إلى أساس آخر تكميلي يصلح في حالة إنهاء العقد، ويتمثل هذا الأساس التكميلي في قواعد العدالة.

¹ - جعفر محمد أنس، العقود الإدارية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 192.

² - فؤاد مهنا، مرجع سابق، ص 437.

ويؤيد هؤلاء الفقهاء رأيهم بالقول بأن المحكمة الإدارية العليا قد أبرزت هذا الأساس المزدوج الذي يرتكز عليه التعويض في نظرية الظروف الطارئة في العديد من أحكامها ومنها حكمها الصادر بتاريخ 17 يونيو 1972م، حيث قضت بأن «نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فواجب جهة الإدارة هو كفالة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد»¹.

غير أن الاستناد إلى فكرة العدالة المجردة كأساس لحق التعويض في نظرية الظروف الطارئة قد تعرض للنقد من جانب بعض الفقهاء على أساس أنها فكرة فضفاضة لا تصلح لتبرير النظام القانوني للعقد الإداري بصفة عامة.

وفي رأينا أنّ أساس حق التعويض في نظرية الظروف الطارئة يستند إلى الرأي الرابع وهو استناده إلى فكرة العدالة وفكرة سير المرفق العام بانتظام وإطراد وذلك حتى يمكن من خلال هذه الأسانيد تحقيق المصلحة العامة التي من أجلها تم إبرام العقد وحتى لا تضر بالمتعاقد مع الإدارة سبب أجنبي خارج عن إرادته، لا يمكن للإدارة أن تعاقبه عليه أن تتركه بدون تعويض وذلك لأن مجرد ترك الإدارة للمتعاقد معها بدون تعويض فهو في حد ذاته معاقبة من جانبها².

الفرع الثالث

فكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية

تقوم هذه الفكرة على أساس الجمع بين مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام وإطراد من جهة وبين فكرة العدالة من جهة أخرى أي أنهما فكرتان مقترنتين ببعضهما أي أن الإدارة أن تهب لمعاونة المتعاقد معها للتغلب على تلك الظروف فعلى رأي الفقهاء العرب فإن التعويض يستند إلى ضرورة سير المرافق العامة وقواعد العدالة.

¹- جعفر محمد أنس، مرجع سابق، ص 193.

²- جعفر محمد أنس، مرجع نفسه، ص 52.

وهي فكرة جيدة لأنها تمزج بين فكرة العدالة المجردة وبين سير المرفق العام بانتظام وإطراد والتي لا تكفي وحدها كأساس نظرية الظروف الطارئة¹.

الفرع الرابع

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 تنشأ من ظلها العقد.

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 طبقتم مبدأ 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 وبين ما يعتنقه من فكرة التوازن المالي للعقد ولم تظل الفكرة وإنما تعرضت لنقد كبير من الفقهاء ولقد اعتبر العميد سليمان الطماوي هذا الأساس تعسفيا 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 الطارئة تؤسس على فكرة النية المشتركة للأطراف فإن هذه النية يمكن أن تتصرف أيضا إلى استبعاد تطبيق هذه النظرية².

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

² - عبد السلام زايد، مبدأ سير المرافق العامة بانتظام وطراد، مرجع سابق، ص 30.

الفرع الخامس

فكرة التوازن المالي للعقد

تعرض 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 "des tramways le français" الصادر بشأنها حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 11 مارس 1910 بقوله: «إن من طبيعة العقود الإلتزام أن نطلب ونحقق المساواة وبقدر الإمكان بين المزايا الممنوحة للملتزم والمسؤوليات المفروضة عليه بحيث يكون هنالك توازن وبشكل متقابل بين المنافع المحتملة والخسائر المتوقعة، أنه في كل عقد إلتزام يجب أن يكون هناك توازن شريفاً بين ما هو ممنوح وما هو مطلوب، هذا الذي نسميه بالتوازن المالي والتجاري للعقد، إنها معادلة مالية في عقد الإلتزام»¹.

- وتعرض هذا الأساس إلى النقد من نواحي عديدة:

- أ- أنّ هذه النظرية تصلح أساساً لنظرية فعل الأمير والتي هي مسؤولية عقدية من دون خطأ في حين تبنى مجال الظروف الطارئة هي أيضاً مبنية على مسؤولية دون خطأ ولكن ليست مسؤولية عقدية من دون خطأ والفرق بينهما كبير².
- ب- أن التعويض على أساس نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد في حين في حالة الظروف الطارئة يكون التعويض مقصوراً على تقديم المعاونة والمساهمة من قبل الإدارة للمتعاقد معها وهو تعويض جزئي ومؤقت.

¹ - محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ص 610-611.

² - De Laubadere, J.C.Venzia, Y. Guedemenr, Traite de droit administratif, L.G.D.J, 1970, PP 719-720.

ج- يكتفي بتطبيق فكرة التوازن المالي حدوث مجرد خلل في هذا التوازن بينما في نظرية الظروف الطارئة يجب حدوث انقلاب في اقتصاديات العقد وليس مجرد حدوث خلل في هذا التوازن¹.

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 أنه لا يمكن الحديث عن إعادة التوازن المالي للعقد أساسا لطلب التعويض الذي يتقدم به المتعاقد بعد انتهاء العقد².

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

المطلب الثالث

تأثير نظرية الظروف الطارئة على إستمرارية المرفق العام

كان مجلس الدولة الفرنسي أول من جسد نظرية الظروف الطارئة بقراره الصادر بتاريخ 30-03-1916 المتعلقة بقضية شركة غاز بوردو الذي أسس حكمه في على أساس مبدأ استمرارية المرفق العام.

إن مبدأ استمرارية المرفق العام هو الذي أظهر نظرية الظروف الطارئة كحيز الوجود وتكون هذه النظرية قابلة للتطبيق فقط عندما تتجاوز أعباء المتعاقد أقصى حدود الزيادة التي كان يمكن للأطراف المتعاقدة توقعها لحظة إبرام العقد والتعويض الذي تقرره هذه النظرية ليس عن خطأ وإنما على أساس مبدأ دوام سير المرافق العامة³.

¹ - Hachich, La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs, études comparée du droit français et droit de le E.A.U uthen cean, 1962, P 395.

² - محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 612.

³ - مجيد عبد الحميد أبو زيد، مرجع سابق، ص 625.

إنّ أساس نظرية الظروف الطارئة هو مقتضيات سير المرفق العام فيخشى إذا لم تتدخل الإدارة بتعويض المتعاقد في حالة حدوث ظروف طارئة تخل بتوازن العقد إخلالا جسيما أن يتوقف المرفق العام عن تأدية خدماته أو أن لا يؤديها على الوجه المطلوب ولذا وجب على الإدارة أن تتدخل بتعويض المتعاقد حتى يستطيع المرفق في تأدية خدماته¹.

يتمثل الدافع الأساسي لإبتداع هذه النظرية هو حماية مصلحة المرفق العام وخصوصا مبدأ إستمرارية المرفق العام، حيث أن توقف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ العقد يهدد المرفق العام بالانقطاع وخطر التوقيف، وهكذا تلتقي المصلحة العامة مع مصلحة المتعاقد الخاصة حيث أنّ تعويض الإدارة للمتعاقد معها ورد الإرهاق إلى الحد المعقول من شأنه أن يحفظ ذمته المالية ويحافظ في نفس الوقت على حماية مصلحة المرفق العام من خلال إستمرار المتعاقد من تنفيذ إلتزاماته إتجاه الإدارة والمرفق العام وأيضا المنتفعين من خدمات المرفق العام².

إنّ التعويض المدفوع من قبل الإدارة لا تتحمل وحدها وكلية بكافة الأعباء المترتبة على الظروف الطارئة ولكنها تشارك فقط المتعاقد معها في تحملها، فأثر نظرية الظروف الطارئة هو إذن توزيع الخسائر مشاركة بين الإدارة والمتعاقد حتى يستطيع هذا الأخير الاستمرار في تنفيذ العقد ويستمر معه المرفق العام في أداء وظائفه وتلبية حاجيات المرتفقين على أكمل وجه³.

إذا توفرت شروط أعمال نظرية الظروف الطارئة فإنّ ذلك لا يعطي للمتعاقد مع الإدارة مبررا للتوقف عن الوفاء بالتزامه التعاقدي وشل المرفق العام أو عرقلة السير المنتظم له إستنادا إلى أن من شأن الاستمرار في التنفيذ أصابته بضرر فادح، حيث أن الإدارة سوف تشاركه في تحمل جزء الضرر، ويقول الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة بأنه «ومن ثم

¹ - حسام مرسي، أصول القانون الإداري، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص 370.

² - محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 611.

³ - محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع نفسه، ص 613.

يمكننا القول بأنّ نظرية الظروف الطارئة يتولد عنها التزامات متبادلة بين طرفي العقد تتمثل في التزام المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد، مع التزام الإدارة المتعاقد بتحمل جزء من خسارته طوال فترة وجود الظرف الطارئ وذلك كله حفاظا على استمرارية المرفق العام في تقدير خدماته للجمهور وعلى أحسن وجه»¹.

ولدينا تساؤل ما مدى يمكن أن يكون فيروس كورونا مانعا قانونيا من تنفيذ الالتزامات القانونية المترتبة على ذمة طرفي العقد؟ لا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عنه أو تعديله إلا في حالتين هما وجود نص في القانون أو بالاتفاق بين الطرفين، أما الفترة الثانية فيمكن تطبيقها على فيروس كورونا وذلك وفقا للآتي:

- أ- يعد فيروس كورونا من قبيل الحوادث العامة الاستثنائية غير المتوقعة عند إبرام العقود فلم يكن في حساب المتعاقدين ظهور هذا الفيروس عند إبرام العقود لذلك يمكن أن نعد حادثا استثنائيا عاما غير متوقع، فهو لا يختص بالمتعاقدين، فترتب عليه وقف العقود بأنواعها.
- ب- إنّ هذا الفيروس القاتل لا يمكن دفعه من خلال بذل جهد معقول، فقد تسبب في وفاة الكثير من الأشخاص دون أن يتمكن الأطباء من دفعه بإستثناء حالات معدودة.
- ج- إنّ فيروس كورونا جعل تنفيذ الإلتزام العقدي مرهقا على المدين غير مستحيل لو قلنا أنه ظرفا طارئا وفي حين لو قلنا أنه قوة قاهرة سيجعل تنفيذ الإلتزام العقدي مستحيلا فينقضي بذلك إلتزام المدين بقوة القانون إذا كانت الاستحالة مطلقة².

¹ - مجيد عبد الحميد أبو زيد، مرجع سابق، ص 226.

² - علياء غازي موسى، شيماء سعودن عزيز، مرجع سابق، ص 18-19.

المبحث الثاني

نظرية الموظف الفعلي

يعتبر الموظف العام الركيزة الأساسية لسير المرفق العام وتقديم خدماته للجمهور باستمرار وانتظام، فالإدارة لا تستطيع أن تؤدي أهدافها وأعمالها إذ عن طريق الموظف العمومي، لكن في بعض الأحيان يمكن أن تقع حوادث استثنائية في الدولة مثل الحروب والكوارث الطبيعية قد تعيق الموظف عن لحاقه بوظيفة وأدائه لواجبه، هذا الأمر يمس بمبدأ استمرارية المرفق العام وعليه أسس مجلس الدولة الفرنسي أسماها بالموظف الفعلي بالتعرض إلى نشأتها، و درسها أيضا من الناحية الفقهية حيث قدمت لها تعريفات فقهية مختلفة ثم نخرج إلى معرفة أساس نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية وفي الظروف الاستثنائية وأخيرا سنتناول مدى تأثير هذه النظرية نظرية الموظف الفعلي على استمرارية المرفق العام.

المطلب الأول

التعريف بنظرية الموظف الفعلي

نظرية الموظف الفعلي من إبتكار القضاء الإداري الفرنسي من أجل استمرارية المرفق العام في الظروف الاستثنائية للتعلم أكثر في هذه الفكرة سوف نتطرق إليه تحت إسم نشأة نظرية الموظف الفعلي في (الفرع الأول)، أما (الفرع الثاني) سنخصصه لدراسة مختلف التعريفات الفقهية سواء في الفقه الفرنسي أو العربي تحت عنوان التعريف الفقهي لنظرية الموظف الفعلي.

الفرع الأول

نشأة نظرية الموظف الفعلي

تعد هذه النظرية من أهم إبتكارات مجلس الدولة الفرنسي وذلك لضمان استقرار المعاملات واستمرارية سير المرافق العامة بانتظام وإطراد وقد صدرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي بالنسبة للأعمال التي قام بها المواطنون الفرنسيون عقب هروب السلطات الرسمية عند غزو الحلفاء لفرنسا خلال الحرب العالمية الثانية، وقد طبق القضاء الإداري هذا المبدأ خلال الثورات أيضاً، فالثوار عندما ينتزعون السلطة من أيادي الحكومة الشرعية يعدون غاضبين، ولكن أعمالهم مشروعة إذا تعلقت بمرافق عامة لا يمكن توقفها كذلك المتعلقة بحالة الأشخاص، وعليه يتضح أن مصدر ومنبع نظرية الموظف الفعلي للواقع العملي هو مجلس الدولة الفرنسي¹.

الفرع الثاني

التعريف الفقهي لنظرية الموظف الفعلي

يشترط الاعتبار الشخصي موظفاً عمومياً أن يكون إلتحق بالوظيفة العمومية وفقاً لإجراءات وشروط، ويقوم تعيينه من طرف الجهة المختصة في الدولة التي لها صلاحية التعيين مقتضى قرار إداري أو بأي طريقة ينص عليها القانون، وهذا شرط جوهري لكي يصبح هذا الشخص موظفاً عمومياً، ولكن القضاء الإداري الفرنسي والمصري اعترف بصحة التصرفات الصادرة من بعض الأشخاص الذين لم يصدر قرار بتعيينهم وهذا ما يعرف بالموظف الفعلي وللتوضيح أكثر سنعرض بعض التعريفات كالاتي:²

¹ - كتناوي عبد الله، ركن الاختصاص في القرار الإداري، مذكرة للحصول على شهادة ماجستير القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 119.

² - عبد الله منصور الشائبي، نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر بين الفقه والقضاء، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد الثامن، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، 2016، ص 90.

عرف العديد من الفقهاء الموظف الفعلي، فمنهم من عرفه بأن: «هو الشخص الذي يقوم بأعمال الوظيفة العمومية سواء صدر بتعيينه قرار خاطئ أو معيب أو لم يصدر قرار بتعيينه أصلاً»¹.

عرفه بعض من الفقه الفرنسي بأنه «كل من يقوم بعمل الموظف العام دون توافر السند الصحيح»².

أضاف جيز Jeze هذا السياق أنه: «كل شخص يستغل الوظيفة بطريقة غير صحيحة، ويمارس اختصاصاتها ويزول أعمالها سواء كان البطلان يعود لبطلان بسبب التولية أو انتهاء أثره، ويمكن القول بأنه ذلك الشخص الذي عين تعييناً معيباً أو لم يصدر قرار بتعيينه إطلاقاً وعلى الرغم من الأصل العام يقتضي بطلان الأعمال التي تصدر عنه لصدورها من شخص غير مختص أو مغتصب القرار، إلا أنّ القضاء سلم بصحة تلك الأعمال في بعض الحالات»³.

أما من جانب الفقه المصري عرفه البعض بأنه الشخص الذي لا اختصاص له بصفة عامة في اتخاذ إجراء إداري معين⁴.

يُعرف أيضاً أنه: «الشخص الذي عين تعييناً معيباً أو لم يصدر أي قرار بتعيينه، فهو يمارس اختصاص ليس من اختصاصه لأن قرار التعيين الذي صدر له في الأصل قرار معين أو أنه يمارس الاختصاص ولكن لم يصدر قرار تعيين له»⁵.

¹ - عبد الله منصور الشائبي، مرجع سابق، ص 91.

² - ROUSEAU, Essai d'une théorie de la fonction des fonctionnaires de fait, Paris, 1914.

³ - فرحان نزال حميد المساعيد، الموظف الفعلي وما يميزه في القانون الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، المجلد الثامن، الأردن، ص 186.

⁴ - محمد حامد الجمل، مرجع سابق، ص 519.

⁵ - عبد الله محمد البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً، رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق، قسم القانون العام، جامعة مؤتة، الأردن، 2006، ص 105.

المطلب الثاني

أساس نظرية الموظف الفعلي

يقصد بالموظف الفعلي ذلك الشخص الذي تدخل خلافاً للقانون في ممارسة اختصاص وظيفية عامة متخذاً مظهر الموظف المختص، وذلك عن طريق تولي الوظيفة بموجب إجراءات معينة أو عدم وجود قرار التعيين أصلاً.

والقاعدة العامة أنه لا يجوز للأفراد العاديين تولي وظيفة عامة بصور غير قانونية لأنهم يكونون مغتصبين لها وجميع تصرفاتهم باطلة. إستثناء على هذه القاعدة وحرصاً على دوام استمرارية المرافق العمومية في ظروف الحروب والأزمات عندما يضطر الأفراد إلى إدارة المرفق دون إذن من السلطة، فأعترف القضاء والفقهاء ببعض الآثار القانونية للأعمال الصادرة منهم كموظفين فعليين، فتعتبر الأعمال الصادرة منهم سليمة ولهم مرتباً لقاء أدائهم لعملهم إذا كانوا حسني النية، ميّز الفقه والقضاء بين وضعين¹.

الفرع الأول

في الظروف العادية

يحدث في الظروف العادية أن تصدر بعض التصرفات المتصلة بالمرافق العامة من بعض الأفراد رغم أنهم ليسوا موظفين رسميين معينين تعييناً صحيحاً ساري المفعول في مجال الوظائف التي مارسوا اختصاصاتها. يعتبر القضاء تصرفاتهم خلال فترة ممارستها الفعلية لأعمال هذه الوظائف صحيحة، رغم أن التطبيق الدقيق لقواعد المشروعية كان يقتضي عدم الاحتراف بصحة هذه التصرفات وهذا فقط للحفاظ على مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام أو اضطراد، وهناك أربع حالات:

¹ - عبد الله محمد البطوش، مرجع سابق، ص 106.

أولاً: حالة عدم التولية.

يحدث في بعض الحالات أن يشغل أحد الأفراد وظيفة معينة دون سبق التعيين أو الانتخاب فيها، ويمارس اختصاصاتها في مقرها، والقضاء تشدداً أكثر في إستلزام مظاهر جادة لشغل الوظيفة بطريقة هادئة مستمرة ومن أمثلة ذلك أن تأمر الإدارة أحد الأفراد بالقيام بمهام وظيفة معينة دون أن تتم إجراءات تعيينه فيها، وأن يتطوع شخص لمعاونة الإدارة بممارسة أعمال وظيفة معينة فتقبل الإدارة معاونته أو تعترف بصحة تصرفاته¹. كما هو الحال بالنسبة لتعيين أعضاء هيئة التدريس في الجامعات الحكومية، حيث يباشر عمله في العادة قبل أن تكمل إجراءات التعيين نظراً لطول هذه الإجراءات واحتياجها إلى توصيات الأقسام الأكاديمية ومجالس الكليات².

ثانياً: بطلان التولية.

يظهر ذلك في حالة تعيين أحد الأشخاص في إحدى الوظائف العامة أو انتخاب الأشخاص في إحدى الهيئات ثم يبدأ هذا الموظف بممارسة اختصاصات تلك الوظيفة ويُصدر القرارات يبدو كموظف رسمياً، ثم يتضح بطلان تعيينه أو انتخابه في هذه الوظيفة يرجع بطلان قرار تعيين الموظف إلى عيب أو أكثر من العيوب التي تشوب القرار الإداري³، عيب في الاختصاص لصدور قرار التعيين من غير السلطة المختصة بإصداره عيب في الشكل لعدم إتباع الشكليات والإجراءات التي يتطلبها القانون لصحة التعيين عيب في المحل لمخالفة قرار التعيين للقانون بالمعنى الضيق، كما في حالة عدم توافر شروط التعيين في الشخص المعين أو عيب في سبب القرار كما في حالة عدم خلو الوظيفة المراد شغلها أو عيب في الغاية أو انحراف في السلطة، لأن قرار التعيين لم يستهدف تحقيق

¹ - عبد الله محمد البطوش، مرجع سابق، ص ص 107-108.

² - مصلح ممدوح الحريرة، مرجع سابق، ص 339.

³ - شيحا إبراهيم، مرجع سابق، ص 372.

المصلحة العامة وإنما مجرد تحقيق خدمة مثلاً لأحد الأقارب¹. في حين أن بطلان الانتخاب يعود لتجاوز أو خلل في شروط الانتخاب مثلاً كأعضاء المجالس البلدية في كثير من البلاد فإنه قد يرجع إلى عدم توافر شروط الترشيح أو عدم إحترام إجراءات الانتخاب أو تخلق النزاهة في حساب الأصوات الانتخابية وتعتبر حالة بطلان التولية أهم حالات نظرية الموظف الظاهر².

ثالثاً: حالة الاستمرار غير المشروع في ممارسة الوظيفة.

قد يمارس الشخص أعمال الوظيفة بعد زوال صفته القانونية في ممارستها سواء كان معيناً أو منتخباً، وذلك كأن يصدر بعض القرارات المتصلة بها بعد إحالته إلى التقاعد أو المعاش، أو بعد انتهاء مدة ولايته الوظيفية المحددة في أداة التعيين أو نظام الانتخاب أو قبول استقالة الموظف صراحة أو ضمناً أو بعد وقفه عن العمل سواء أكان الوقف بقوة القانون أو كإجراء احتياطي أو كجزء تأديبي³.

في مثل هذه الحالات قد يحدث لبس أو عدم علم دقيق بشأن ميعاد إنتهاء الخدمة أو زوال الصفة في ممارسة الاختصاص، فيعتقد الأفراد أنها أمام موظف رسمي يمارس وظيفته القانونية يمكن إعطاء بعض الأمثلة منها: أن يتقدم الموظف بإستقالته وتمضي مدة شهر من تاريخ تقديمها دون رد من جانب الإدارة وهذا يعني قبولها ضمناً وإنتهاء العلاقة الوظيفية وهذا ما يجهله الأفراد ويعتقد أن الإدارة ما زالت تبحث في أمر الاستقالة ويواصل بذلك عمله الوظيفي ظناً منه أن الاستقالة لم تصل وانتظار صدور صريح من الإدارة أو أن يثور خلاف حول تاريخ الميلاد الذي يعتد به لتحديد موعد الإحالة إلى التقاعد، أو أن

¹ - ابراهيم عبد العزيز شبحا، مرجع سابق، ص 475.

² - عمار التركاوي، نظرية الموظف العقلي، دراسة تحليلية في ضوء أحكام الفقه والاجتهاد القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 37، العدد الثاني، دمشق، 2021، ص 99.

³ - عمار التركاوي مرجع نفسه، ص 100.

تطلب الإدارة نفسها من شاغل الوظيفة الاستمرار في ممارسة اختصاصاتها حتى لا تترك الوظيفة شاغرة إلى حين تدبير أمر من يخلفه فيها، وذلك دون اتخاذ الإجراءات القانونية¹.

رابعاً: حالة الاختصاص الظاهر لموظف قانوني.

قد يكون أن يمارس التصرف موظفًا قانونيًا تمت توليته وإجراءات تعيينه بطريقة صحيحة ولكنه يمارس التصرف نتيجة لتفويض غير مشروع أو يخرج عن دائرة اختصاصه² أو بطلان قرار النقل، ففي التفويض غير المشروع تقتضي الضرورات أن يعمد من له ولاية الاختصاص ببعض اختصاصاته إلى شخص أدنى منه مرتبة في التسلسل الإداري، لتخفيف العبء عن كامل الجهاز الإداري بتفويض الاختصاص خلافًا للأصل العام وفقاً لضوابط معينة، شرعت قواعد الاختصاص لتضع قواعد ملزمة للسلطة الإدارية بغية تحقيق الصالح العام وترتب على مخالفة هذه القواعد أو تجاوزها أن يشوب القرار الإداري عيب يؤدي به إلى إلغائه، ويجب على الموظف احترام هذه القواعد والمشرع استثناءً على الممارسة الشخصية لقواعد الاختصاص تحقيقاً للمصلحة العامة أجازت يفوض صاحب الاختصاص الأصل بعض اختصاصاته إلى مرؤوسه ثم يبدأ هذا الأخير بممارسة الاختصاص موضوع التفويض.

أما بطلان قرار النقل يعني نقل الموظف أن تستبدل الوظيفة المسندة إليه بوظيفة من نفس النوع والدرجة في إدارة أخرى والهدف من النقل غالباً هو تحقيق مصلحة العمل بحسن توزيع العاملين على الإدارات المختلفة وسلطة النقل هي نفسها سلطة التعيين، وسلطة الإدارة بالنقل ليست مطلقة بل قيدها المشرع بقيد روعي فيه مصلحة العامل بأن يكون بشأن النقل تقويت الدور على العامل في الترقية بالجهة المنقول إليها كما يتطلب القضاء أن لا يكون قرار التنقل مشوباً بإساءة استعمال السلطة فإذا خالفت هذه القيود تعيين إلغاء قرار النقل³.

¹ - عمار التكاوي، مرجع سابق، ص 101.

² - عمار التركاوي، مرجع نفسه، ص 100.

³ - يوسف مجدي عز الدين، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي، 1988، ص 111.

الفرع الثاني

في الظروف الاستثنائية

تتمثل صور الموظف الفعلي في حالة الظروف الاستثنائية التي تهدد سير عمل المرفق العام كحالة الحرب أو ثورة مسلحة بسبب عدم تمكين الموظفين المنوط إليهم بهم إدارة هذه المرافق¹.

وفي هذه الحالات وما يتبعها، إذا تولى أحد الأفراد مباشرة مهام وظيفية لم يعين فيها وليس له صفة مباشرتها وذلك بقصد ضمان سير المرافق العامة، فإن تصرفاته تعد صحيحة قانوناً، فقد بنيت سلامة هذه التصرفات على ضرورة سير المرافق العامة سيرا متضمنا وبهذا المعنى صدرت أحكام مجلس الدولة في فرنسا بالنسبة للأعمال التي قام بها الفرنسيون عقب هروب السلطات الرسمية في ظل الحرب العالمية الأولى².

والظروف الاستثنائية لا تقتصر فقط على حالة الحرب وإنما تشمل كل الأزمات الاقتصادية والسياسية وغيرها، في حالة حدوث هذه الظروف الاستثنائية قد يحدث إختفاء السلطات الشرعية، مما يؤدي إلى توقف المرافق العامة الأساسية، ومن الممكن أن يتولى شخص في هذه الظروف ممارسة اختصاصات وظيفية معينة حرصاً على استمرار المرفق العام نيابة عن السلطات الشرعية المخفية، والأساس الذي تستند إليه نظرية الموقف الفعلي هو فكرة الضرورة وليس فكرة الأوضاع الظاهرة، فعندما تعامل الغير مع شخص في حالة الظروف الاستثنائية وهو يعلم تماماً أنه ليس بموظف عمومي فتعتبر التصرفات التي باشرها مشروعة بالاعتماد على الظروف الاستثنائية التي حدثت فيها هذه التصرفات وهذه الأخيرة مشروعة استناداً إلى ضرورة سير المرافق العامة. في فرنسا طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الموظف الفعلي سنة 1940 عندما حدثت فوضى في فرنسا حيث قض بصفة

¹ - عبد الله المنصور الشائبي، مرجع سابق، ص 93.

² - كنتاوي عبد الله، ركن الاختصاص في القرار الإداري، مرجع سابق، ص 122.

الحيوانات التي قام بها مجموعة من الأفراد في مكان المجلس البلدي لمدينة "ماريون" أثر هروب أعضائه بعد دخول القوات الألمانية، حيث قامت هذه المجموعة أو اللجنة بعملية الاستيلاء على البضائع والأغذية ومنحها إلى السكان، وتم الطعن أمام مجلس الدولة الفرنسي في شرعية هذه التصرفات تأسيساً على عدم استناده على أي أساس قانوني¹.

قضى مجلس الدولة الفرنسي بشرعية تصرفات المجلس نظراً للظروف الانشائية التي حلت بالمدينة، أخذ مجلس الدولة الفرنسي أيضاً بفكرة التفويض الضمني في الظروف الاستثنائية، تعني قيام السلطات العامة دون شد من القانون أو قرار بإسناد المهام الوظيفية إلى بعض الموظفين، بذلك يكون هؤلاء الموظفون قد تولوا الوظائف بطريقة غير مشروعة إلا أنها استثناءاً تعد سليمة إلى نظرية الموظفين الفعليين لأن السلطات العامة تكون مشغولة بتنظيم الحياة الإدارية وكفالة سير المرافق العامة².

أما قضاء المحكمة الإدارية العليا بمصر أن نظرية الموظف الفعلي لا تقوم إلا في الظروف الاستثنائية، تحت إلحاح في الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف ضماناً لانتظام المرافق العامة وحرصاً على تأدية خدماتها للمنتفعين بإطراء ودون توقف³.

أكد القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر في أحكامه السابقة على ضمان مبدأ استمرارية المرفق العام وتوفير كل السبل اللازمة من أجل تعطيل تقديم المرفق خدماته للمنتفعين وذلك باستحداثه نظرية الموظفين الفعليين وتطبيقها في الواقع العملي⁴.

¹ - فرحان نزال حميد المساعد، مرجع سابق، ص 201.

² - فرحان نزال حميد المساعد، مرجع نفسه، ص 201.

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الموسوعة الإدارية الشاملة في إلغاء القرار الإداري وتأديب الموظف العام في ضوء أحكام مجلس الدولة، ج1، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، 2005، ص 67.

⁴ - سعيد عبد الجبار، بلالي خير الدين، مبدأ استمرارية المرفق العام، ص 51.

المطلب الثالث

تأثير نظرية الموظف الفعلي على استمرارية المرفق العام

من الشروط الأساسية لوجود ونشأة نظرية الموظف الفعلي أنها تكون لضمان استمرارية المرفق العام، بحيث تكون الغاية من تطبيق الموظف الفعلي هو ضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام وإطراد وحماية للجمهور الذي يتعامل مع الإدارة ولا تمكنه الظروف من معرفة حقيقة الموظف الذي يتعامل معه فتكون الحاجة ماسة إلى الاستعانة بمن يقومون بتسيير العمل حرصا على تأدية الخدمات للمنتفعين بالمرفق العام¹، اعترف القضاء الإداري بسلامة أعمال الموظف الفعلي بسبب الظروف التي تعني الاعتراف بسلامة تلك الأعمال ضمانا لاستمرار سير المرافق العمومية بشكل منتظم، وهذا يحدث في حالة اختفاء السلطات الشرعية لأي سبب كان وعجزها من تقديم الخدمات لجمهور المنتفعين بخدمات المرفق العام وعلى أثر ذلك يحل بعض الأفراد العاديين الذي لا علاقة لهم الوظيفة محل تلك السلطات في ممارسة المهام الضرورية، وتأمين سير المرافق الحيوية فتكون الأعمال الصادرة منهم سليمة وشرعية بل وتكون الشريان الرئيسي لاستمرار المرفق العام.

تعد نظرية الموظف الفعلي من أهم ابتكارات القضاء الإداري الفرنسي وذلك لضمان استقرار المعاملات واستمرارية سير المرفق العام بانتظام وإطراد، ويترتب على تطبيق هذه النظرية الخروج على المنطق القانوني المجرد وتصحيح تصرفات الموظفين الفعليين تقديرا للاعتبارات العملية الخاصة بضرورة استمرار المرافق العامة، وبرعاية مصالح جمهور الأفراد حسني النية المتعاملين مع المرفق².

وتعتبر نظرية الموظف الفعلي بديلا هاما للموظف القانوني والذي يعتبر موظفا بطريقة قانونية بحكم أن قرار تعيينه لا يشوبه أي عيب، قد جاء بها مجلس الدولة لعجز

¹ - عبد الله منصور الشائبي، نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر بين الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 93.

² - سعيد عبد الجبار، بلالي خير الدين، مبدأ استمرارية المرفق العام، مرجع سابق، ص 52.

الموظف عن القيام بواجبه في ظروف استثنائية إما خوفاً أو عجزاً، فالشخص الذي لا تردعه الظروف الخطيرة والاستثنائية التي تعيق عمل المرفق عن القيام بدور إعادة النشاط للمرفق العمومي من خلال تقديم مختلف الخدمات للجمهور وضمان إستمرارية المرفق بدون أي نية أخرى ولمجرد حرصه على عدم ضياع مصالح المواطنين المرتبطين بالمرفق كان لزاماً على القضاء أن يعترف بشرعية تصرفاته، لأن تصرفه هذا يعتبر آلية وضمانة لمبدأ استمرارية المرفق العام في ظروف عجزت السلطات الشرعية عن ضمان حتى حد أدنى من الخدمة للحيلولة دون تعطيل سير المرفق العام¹.

أهمية وتأثير نظرية الموظف على استمرارية المرفق العام تتخلص في أنه إذا لم يتدخل هؤلاء الأشخاص العاديين لتقديم خدمات للجمهور لضمان سير المرفق العام. سيصاب هذا المرفق بشلل تام يعني بصفة أخرى يتوقف المرفق العام على أداء خدماته هناك عجز كلي عن تلبية الحاجيات الضرورية مثل جرد المواليدين، سجل الوفيات... إن نظرية الموظف تهدف إلى استقرار المعاملات والحفاظ على الثقة في التعامل مع الموظف متى كانت الدلائل والشواهد بالأوضاع الظاهرة من شأنها أن تولد الاعتقاد لدى الغير بمطابقة الظاهر للقانون²، هذا من شأنه المحافظة على استقرار المرفق العمومي وتجسيد مبدأ إستمرارية المرفق العام³.

¹ - سعيد عبد الجبار، بلالي خير، مرجع سابق، ص 53.

² - فرحان نزال حميد المساعد، مرجع سابق، ص 173.

³ - سعيد عبد الجبار، بلالي جبر الدين، مبدأ استمرارية المرفق العام، مرجع سابق، ص 54.

خاتمة:

تعد الضمانات التشريعية والقضائية لمبدأ إستمرارية المرفق العام أداة فعالة ووسيلة مهمة في يد كل من المشرع والقضاء للحفاظ على استمرارية سير المرفق العام، لأن هذه الأخيرة تعتبر الشريان الرئيسي الذي تعتمد عليها الدولة في أداء مهامها الرئيسية والتي تنحصر في تحقيق النفع العام، رغم أن هذه الضمانات تتعارض مع بعض الحقوق والحريات التي يتمتع بها الموظفون في المرفق العام، وهذا التعارض يتجسد في تقييد وتضييق حق لجوء الموظفين مثلاً إلى الإضراب، وهو ما ينطبق أيضاً على حق اللجوء إلى الاستقالة بوضع تقييدات وفرض عقوبات في حالة الاستقالة الجماعية، تتمثل في السجن نظراً لخطورتها على سير المرفق العام.

ولذات الغاية، أوجد القضاء آليات من شأنها حماية المرفق العام وضمان سيره بانتظام وإطراد من جهة، والمتعاملين معه من جهة أخرى، تتمثل في نظرية الظروف الطارئة والموظف الفعلي، كما أنه وحفاظاً على مبدأ إستمرارية المرفق العام، أعطى المشرع صبغة خاصة للأموال التي تستعمل في تسييره وتنظيمه، حيث أضفى عليها صفة العمومية وفرض عليها حماية مدنية وأخرى جنائية، لأن المال في المرفق العام يعتبر العمود الفقري له، وإذا افتقر هذا المرفق منه يصبح عاجزاً تماماً وبذلك تعطيل تقديم الخدمات للجمهور.

كما أكد المشرع الجزائري على نقطة مهمة أخرى في سياق تنظيمه للمال العام، وهو عدم قابلية الأموال العمومية للحجز عليها، حرصاً على دوام إستمرار المرفق العام. لكن بالرغم من أهمية الضمانات التشريعية والقضائية، إلا أنها تبقى قاصرة وعاجزة في بعض الأحيان عن تأمين استمرار المرفق العام، وهذا ما يلمسه في الواقع اليومي من خلال الإضرابات مثلاً الذي تعرفها المؤسسات في بلادنا الجزائر، مما أدى إلى شلل في المرافق العامة وتعطيل خدمات الجمهور.

قائمة المراجع

1- المراجع باللغة العربية:

1- الكتب:

1. أحمية سليمان، آليات تسوية المنازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
2. أمر يحيوي، نظرية المال العام، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
3. أمجد منصور، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، ط1، درا الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2009.
4. أمل محمد حمزة عبد المعطي، حق الإضراب والتظاهر في النظم السياسية المعاصرة (دراسة مقارنة)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
5. إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المكتبة القانونية (دار الجامعية)، بيروت، 1994.
6. إبراهيم زكي أخوخ، شرح قانون العمل الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1978.
7. جعفر محمد أنس، العقود الإدارية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
8. خالد حامد، نزاعات العمل في ظل التحولات السوسيو إقتصادية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011.
9. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، مصر، د.س.
10. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، -دراسة مقارنة-، ط8، د.س.
11. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988.

12. صلاح علي علي حسن، تنظيم الحق في الإضراب، -دراسة في التشريعات العربية والمقارنة-، ب.ط، دار الجامعة الجديدة، جامعة حلوان، 2012.
13. عبد الرحمن خليفي، الوجيز في منازعات العمل والضمان الاجتماعي، دط، جار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر.
14. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
15. عبد اللطيف السيد رسلان عودة، النظرية العامة للاستقالة بين القانون الوظيفي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الجامعة البديلة للنشر، الإسكندرية، 2004.
16. عجة الجيالي، الوجيز في قانون العمل والحماية الاجتماعية (النظرية العامة لقانون العمل في القانون)، د.ط، 2005.
17. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ط2، جسور للنشر والتوزيع، 2007.
18. عمار عوابدي، القانون الإداري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2002.
19. فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن، ج1، 1995.
20. مازل ليلو راضي، الوسيط في القانون الإداري، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2013.
21. مجيد عبد الحميد أو زيد، مرجع في القانون الإداري، ط2، مطبعة العشرين، مصر، 2007.
22. مصلح ممدوح الحرايرة، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014.
23. محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة لأملاك الإدارة والأشغال العمومية، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

24. محمد حامد الجمل، الموظف العام، فقها وقضاء، دط، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
25. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.
26. محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطائفة، دار زهران الأزهر، مصر، د.س.ن.
27. محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطائفة، دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقانون الإداري، دط، دار اليازوري العلمية للنشر، عمان، 2014.
28. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الهدى للمطبوعات، جامعة الإسكندرية، د.س.
29. محمد صلاح عبد البديع السيد، الوسيط في القانون الإداري، ط2، مطبعة العشرين، مصر، 2007.
30. محمد يوسف المعداوي، مذكرات في الأموال العامة والأشغال العامة، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
31. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطائفة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
32. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، دار الأمة الجديدة.
33. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب 1، دط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجامعة الأردنية، 2006.
34. نوفل علي عيد الله الصفر، الحماية الجزائرية للماصل العام، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015.

35. نوفل عبد الله صفو الدليمي، الحماية الجزائرية لمال العام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

36. هاشمي خرفي، الوظيفة العامة على ضوء التشريعات الجزائرية وبعض التجارب الأجنبية، دار هومة، الجزائر، 2010.

37. يوسف مجدي عز الدين، الأساس القانوني لنظرية الفعلي 1988.

2- الرسائل والمذكرات الجامعية:

1/ رسائل الدكتوراه:

1. عبد السلام زيدي، النظام القانوني للمال العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2010-2011.

2. كمال مخلوف مبدأ السلم الاجتماعي في التشريع العمل الجزائري، بين آلية التفاوض كأساس تكريس المبدأ أو الاضراب كوسيلة ضغط، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

2/ مذكرات الماجستير:

3. بشار شعبان عكش، التنظيم القانوني للإضراب، رسالة أعدت لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة حلب، 2015.

4. بوسعيدة دليلة، أثر ممارسة حق الإضراب على علاقة العمل الفردية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

5. تريعة نواره، صور المشاركة الشعبية في النظام الدستوري الجزائري، رسالة الماجستير في القانون الدستوري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003.

6. جيمس صالح عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها الاقتصادي على العقد (دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2017.
7. شارف بن يحيى، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2009-2010.
8. عتيقة بلجبل، الإضراب في المرافق العامة، -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خيضر، بسكرة، 2004-2005.
9. عبد الله محمد البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقها وقضاء، رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا إكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق، قسم القانون العام، جامعة مؤقتة، الأردن، 2006.
10. عبد العزيز سعد مانع العنزي، النظام القانوني لإنهاء خدمة الموظف العام، دراسة مقارنة بين القانوني الأردني والكويتي، رسالة ماجستير، فرع القانون، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012.
11. عبد الوهاب محمد عبد الوهاب العطا، الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام التعاقدية، بحثاً تكميلي لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الخرطوم، 2015.
12. فوزية فرج حماد، الظروف الطارئة وتأثيرها على تنفيذ العقود الإدارية، قد مرت الرسالة إكمالاً لمتطلبات الحصول على الماجستير، كلية الحقوق، جامعة التحدي، ليبيا، 2008-2009.

13. كنتاوي عبد الله، ركن الاختصاص في القرار الإداري، مذكرة الحصول على شهادة ماجستير، القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

14. هبة محمد محمود الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني قدمت هذه الرسالة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2012.

3/ مذكرات الماستر:

1. العسري جهاد، حماية الموظف العام في التشريع الجزائري، مذكرة تتدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، تخصص قانون علم معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.

2. بلقاسم زهرة، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013-2104.

3. بن زعباط حورية، لوط عائشة، مبدأ إستمرارية المرفق العام في القانون الجزائري، -دراسة مقارنة-، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، امعة الجيلالي بوفعامة خميس مليانة، 2018-2019.

4. بوصبع بن شهرة، النظام القانوني للاستقالة في مجال الوظيفة العامة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الوظيفة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2016-2017.

5. سعيد عبد الجبار، بلالي خير الدين، مبدأ استمرارية المرفق العام، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2018-2019.

6. سيد هومي أمينة، ربحان رمضان، مبدأ إستمرارية المرافق العامة، مذكرة نيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون إجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016-2017.
7. شايب الراس حياة، حق الإضراب في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص قانون الأعمال، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بوضياف، المسيلة، 2010-2011.
8. عبد الكريم بن قلة، الاستقالة في القانون الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، 2013-2014.
9. فداق عبد الله، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر حقوق، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017-2018.
10. قليل حسناء، المرفق العام، بين ضرورة التحديث والواقع القانوني الجديد، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015-2016.
11. مبروكي مسعود، مبدأ دوام سير الحسن للمرفق العام بإنتظام وإطراد، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015.
12. محمد شوقي العابد، أثر الاستقالة على سير المرفق العام، مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012-2013.

3- المقالات والمدخلات:

1/ المقالات:

1. العيد غرسي، "حق الاضراب وآثاره على المرافق العامة في التشريع الجزائري"، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، الجزائر، المجلد الثاني، العدد الأول، 2018.
2. إقتصافي عبد القادر، "نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الإلتزام التعاقدية"، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة احمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 02، العدد 02، 2018.
3. بن منصور عبد الكريم، "نظرة مفاهيمية للمرفق العام في الجزائر"، المجلة الجزائرية للدراسات التاريخية والقانونية، الجزائر، العدد الأول والثاني، جوان، 2016.
4. بوعزيز فريد، "أثر فيروس كورونا كوفيد 19 على مستأجر المحل التجاري في القانون الجزائري"، المجلة الجزائرية للدراسات الإنسانية، المجلد 02، العدد 01، جوان 2020.
5. تواني إيمان وريمة سرور، مزروقي وسيلة، "حق الموظف العمومي في اللجوء إلى الإضراب في الجزائر بين التقيد والتحرير"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية محكمة، السنة الثانية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 05، عدد 01، 2012.
6. شامي ياسين، "النسق الإجرائي في التشريع الجزائري"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى، الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر، العدد 5، ديسمبر 2018.
7. شهر الدين قالة، "أثر الظروف الطارئة على التزامات عقد الإيجار في الفقه الإسلامي والقانوني المدني الجزائري"، مجلة الإحياء المجلد 20، العدد 25، 2020.
8. عبد الله منصور الشائبي، "نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر بين الفقه والقضاء"، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية الحقوق، جامعة الزاوية، ليبيا، العدد 8، 2016.

9. علياء غازي، شيماء سعدون عزيز، أثر جائحة كورونا على التوازن المالي للعقد الإداري، مجلة كلية القانون للعلوم السياسية، كلية القانون، جامعة تكريت، المجلد 9، عدد خاص، 2020.
10. عمار التركاوي، "نظرية الموظف الفعلي، دراسة تحليلية في ضوء أحكام الفقه والاجتهاد القضائي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، دمشق، المجلد 37، العدد الثاني، 2021.
11. فرحان نزال حميد المساعد، "الموظف الفعلي وما يميز في القانون الإداري"، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، الأردن، المجلد 8.
12. مهدي نجدة، "النظام القانوني للإستقالة، -دراسة في التشريع الوظيفي الجزائري-"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، المجلد 1، العدد 2.

4- النصوص القانونية:

1/ الدستور:

1. دستور 1989 الصادر بمقتضى الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 28 فيفري 1989، الجريدة الرسمية، عدد 09، 1989.
2. دستور 2016، الصادر بمقتضى الأمر رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، جريدة رسمية، عدد 14، الصادرة في 07 مارس 2016.
3. دستور 2020، الصادر بمقتضى الأمر 20-442 المؤرخ في 15 جمادي الأول عام 1442 الموافق لـ 30 ديسمبر 2020، ج.ر، عدد 82.

2/ النصوص التشريعية:

1. قانون رقم 88-14، المؤرخ في 03 ماي 1988، المعدل والمتمم الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، عدد 18، 1988.

2. قانون رقم 82-04، المؤرخ في 13 فيفري 1982، المعدل والمتمم الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 07، 1972.

3. قانون رقم 90-02 مؤرخ في 10 رجب عام 1416 الموافق لـ 06 نوفمبر 1990، يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، معدل ومتمم بقانون رقم 91-02 مؤرخ في 14 جمادى الثاني 1412، الموافق لـ 21 ديسمبر 1991.

الأمر رقم 71-75 مؤرخ في 16 نوفمبر 1971، المتعلق بعلاقات العمل الجماعية في القطاع الخاص، جريدة رسمية، عدد 101، الصادرة في 13 ديسمبر 1971.

1. الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر، عدد 46، الصادرة في 16 جويلية 2006.

3/ النصوص التنظيمية:

1) المراسيم الرئاسية:

1. المرسوم الرئاسي رقم 91-196 مؤرخ في 04 جوان 1991، المتضمن تقرير حالة الحصار، جريدة رسمية، عدد 29، 1991.

2. المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المؤرخ في 09 فيفري 1992، المتضمن إعلام حالة الطوارئ، جريدة رسمية، عدد 10، 1992.

2) المراسيم التنفيذية:

1. المرسوم التنفيذي رقم 91-201 المؤرخ في 25 جوان 1991 بضبط حدود الوضع في مركز الأمن وشروطه.

2. المرسوم التنفيذي رقم 91-202 المؤرخ في 25 جوان 1991 بضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية وشروطها.

II - المراجع باللغة الفرنسية:

1. **DE LAUBADERE**, J. C. Venzia, Y. Guedemener, Traite de droit administratif, L.G.D, 1970.
2. **HACHICH**, La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs, étude comparée du droit français et droit de l'E.A.U uthen cean, 1962.
3. **ROUSEAU**, Essai d'une théorie de la fonction des fonctionnaires de fait, Paris, 1914.

فهرس الموضوعات

شكر وعران

إهداء

قائمة المختصرات

01..... مقدمة

الفصل الأول: الضمانات التشريعية.

4..... المبحث الأول: حق الاضراب

4..... المطلب الأول: تعريف حق الاضراب

4..... الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي

7..... الفرع الثاني: التعريف الفقهي

10..... الفرع الثالث: التعريف القانوني

14..... المطلب الثاني: أحكام ممارسة حق الإضراب

14..... الفرع الأول: شروط ممارسة حق الإضراب

15..... أولاً: إستتفاذ إجراءات التسوية الودية

16..... ثانياً: موافقة جماعة العمال على الإضراب

18..... ثالثاً: الإشعار المسبق بالإضراب

19..... رابعاً: ضمان أمن وسلامة وسائل العمل

21..... الفرع الثاني: القيود الواردة على ممارسة حق الإضراب

21..... أولاً: القيود التشريعية على حق الإضراب

28..... ثانياً: القيود الإدارية على حق الإضراب

34..... ثالثاً: القيود القضائية على حق الإضراب

36..... المطلب الثالث: تأثير الإضراب على مبدأ استمرارية المرفق العام

38	المبحث الثاني: حق الاستقالة.....
38	المطلب الأول: تعريف حق الاستقالة.....
39	الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي.....
40	الفرع الثاني: التعريف القانوني.....
41	المطلب الثاني: أحكام الاستقالة.....
42	الفرع الأول: أنواع الاستقالة.....
42	أولاً: الاستقالة الصريحة.....
43	ثانياً: الاستقالة الضمنية.....
44	ثالثاً: الاستقالة الفردية.....
45	رابعاً: منع الاستقالة الجماعية.....
46	الفرع الثاني: شروط الاستقالة.....
46	أولاً: طلب الاستقالة.....
47	ثانياً: قبول الاستقالة.....
49	المطلب الثالث: تأثير الاستقالة على مبدأ إستمرارية المرفق العام.....
51	المبحث الثالث: عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام.....
51	المطلب الأول: معايير تمييز الأموال العامة عن الأموال الخاصة.....
52	الفرع الأول: معيار طبيعة المال.....
55	الفرع الثاني: معيار تخصيص المال للمرفق العام.....
57	الفرع الثالث: معيار تخصيص المال العام للمنفعة العامة.....
59	المطلب الثاني: الحماية القانونية للمال العام.....
59	الفرع الأول: الحماية المدنية.....
60	أولاً: عدم جواز التصرف في المال العام.....

- 62 ثانيا: عدم جواز تملك المال العام بالتقادم
- 63 ثالثا: عدم جواز الحجز على المال العام
- 65 الفرع الثاني: الحماية الجنائية
- 66 المطلب الثالث: أثر حجز أموال المرفق العام على مبدأ استمراريته

الفصل الثاني: الضمانات القضائية

- 70 المبحث الأول: نظرية الظروف الطارئة
- 70 المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة
- 70 الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة
- 71 أولا: التعريف اللغوي
- 71 ثانيا: التعريف الفقهي
- 73 ثالثا: التعريف التشريعي
- 75 الفرع الثاني: شروط نظرية الظروف الطارئة
- 75 أولا: أن يكون الحادث الطارئ استثنائيا
- 77 ثانيا: أن يكون الظرف عاما
- 79 ثالثا: أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع ولا يمكن تفاديه
- 80 رابعا: أن يكون الظرف الطارئ بعد إبرام العقد وقبل اتمام التنفيذ
- 81 خامسا: أن يترتب على الظرف الطارئ الإرهاق في تنفيذ الالتزام
- 82 المطلب الثاني: أساس نظرية الظروف الطارئة
- 82 الفرع الأول: فكرة ضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد
- 83 الفرع الثاني: فكرة العدالة
- 84 الفرع الثالث: فكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية
- 85 الفرع الرابع: النية المشتركة لأطراف العقد

86	الفرع الخامس: فكرة التوازن المالي للعقد
87	المطلب الثالث: تأثير نظرية الظروف الطارئة على إستمرارية المرفق العام
90	المبحث الثاني: نظرية الموظف الفعلي
90	المطلب الأول: مفهوم نظرية الموظف الفعلي
91	الفرع الأول: نشأة نظرية الموظف الفعلي
91	الفرع الثاني: التعريف الفقهي لنظرية الموظف الفعلي
93	المطلب الثاني: أساس نظرية الموظف الفعلي
93	الفرع الأول: في الظروف العادية
94	أولاً: حالة عدم التولية
94	ثانياً: حالة بطلان التولية
95	ثالثاً: حالة الاستمرار الغير المشروع في ممارسة الوظيفة
96	رابعاً: حالة الاختصاص الظاهر لموظف قانوني
97	الفرع الثاني: في الظروف الاستثنائية
99	المطلب الثالث: تأثير نظرية الموظف الفعلي على إستمرارية المرفق العام
101	- خاتمة
102	- قائمة المراجع
113	- فهرس الموضوعات

ملخص:

تؤدي المرافق العامة دورا كبيرا داخل المجتمع أيا كان موضوع نشاطها، وهذا يفرض خدماتها للجمهور بشكل مستمر ومتواصل.

لذلك من الضروري أن لا تكتفي الدولة بإنشاء المرافق العامة بلى تسعى إلى ضمان المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري، ومع أنّ المشرع يتدخل في كثير من الأحيان لإرساء هذا المبدأ في العديد من مجالات النشاط الإداري، فإنّ تقريره لا يتطلب نص تشريعي أنّ طبيعة نشاط المرافق العامة تستدعي الاستمرار والانتظام.

ويقتضي مبدأ الإستمرارية توفر جملة من الضمانات تعمل جميعا على تجسيده في أرض الواقع، ومن هذه الضمانات ما وضعه المشرع ومنها ما وضعه القضاء الإداري، وتتجلى هذه الضمانات في تنظيم ممارسة حق الإضراب، وممارسة حق الاستقالة، وبين قواعد خاصة لحماية أموال المرفق، وهي جميعا تمثل ضمانات تشريعية، أي من صنع المشرع، وهناك ضمانات أخرى كنظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الطارئة وهي من صنع القضاء.

الكلمات المفتاحية:

الإدارة، المصلحة العامة، الحاجيات الضرورية، المنفعة العامة، المرفق العام.