جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق العلوم السياسية

قسم الحقوق

ضمانات مبدأ استمرارية المرافق العامة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: مؤسسات دستورية وإدارية

من تقديم الطالب:

– بوعتروس سمير

تحت إشراف الدكتورة

جندلي وريدة

لجنة المناقشة

1/ أ/ بوصلاح عليمة ..... رئيسا

2/ د/ جندلي وريدة.....مشرفا

3/ أ طوبال فهيمة .....مناقشا

دورة جوان2018

الشكر والتقدير

الحمد والشكر لله الذي أعانني على إتمام هذا العمل وأمدني

بالقوة والصبر

فكنت عليه متوكل وبه مستعين وإليه راجع.

ويشرفني أن نتقدم بالشكر والإمتنان للدكتوراه المشرفة جندلي

وريدة

لكل ما قدمته لي من نصائح وتوجيهات ولم تبخل علينا بعطائها.

كما لا أنسى شكر كل من ساعدني في هذا العمل.

إهداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام

على خاتم الأنبياء والمرسلين

أهدي ثمرة جهدي إلى من قال فيهما

عزوجل..." :وأخفض لهما جناح الذل من

الرحمة وقل ربي ارحمهما كما ربياني

صغيرا."

والدي العزيزان رحمها الله

إالى أخي العزيز جمال رحمه الله

وأخواتي وإخوتي أدامهم الله علينا

إلى زوجتي وأولادي

مقدمـــــــــــــة

مقدمـــــــة

أن الفرد وعبر مختلف العصور لا يستطيع الانعزال على الجماعة ، فهو يتعامل ويحتك بأفرادها قصد إشباع رغباته وحاجاته المختلفة التي تعينه على الاستمرار في الحياة ، وباستمرار هذا الاحتكاك والتعامل تتطور العلاقات بين الأفراد لتصبح حينئذ أكثر تعقيدا، مما أدى إلى ضرورة تدخل الدولة لتسير وتنظيم شؤون الجماعة تجسيدا للنظام العام وذلك عن طريق تطبيق مجموعة من القوانين المنظمة لسلوك الأفراد عند مزاولتهم لأنشطتهم وممارستهم لحرياتهم وحقوقهم، ومن صور تدخل الدولة في حياة الأفراد هو قيامها بأداء العديد من الخدمات الأساسية اللازمة، لتحقيق المصلحة العامة بإشباع الحاجات العامة والحيوية للأفراد.

وتدخل الدولة للقيام بأداء الخدمات العامة يتخذ في أغلبيته صورة المرفق العام الذي أصبح بمثابة الوظيفة الرئيسية للدولة التي تتسع كلما نقص النشاط الفردي الخاص وتضيق كلما زادت الأنشطة الخاصة للأفراد في الدولة، فالمرفق العام يعد من المفاهيم الأساسية في القانون الإداري، فالعلامة " ديجي" مؤسس مدرسة المرفق اعتبر أن فكرة المرفق تفسر كل القانون الإداري وفي نظر هذه المدرسة أن القانون الإداري هو قانون المرفق العام،والدولة هي مجموعة من المرافق العامة.

فالمرافق العامة في الدولة تهدف إلى إشباع الحاجات الحيوية والخدمات الأساسية للجمهور، ولما كانت هذه الخدمات تمس الأفراد في صميم حياتهم ويتوقف عليها إلى حد كبير أداء واجباتهم، كان من الضروري أن تخضع في إدارتها لقدر من القواعد والمبادئ يضمن تحقيق الغرض المرجو على أتم وجه.

لهذا استقر الرأي الفقهي على إخضاع المرافق العامة لعدد من القواعد الأساسية والمبادائ التي تمليها الاعتبارات العملية والعدالة الاجتماعية ، أهم هذه المبادئ **مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد** الذي يُعد من أهم المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة، ويعتبر هذا المبدأ من صنع مجلس الدولة الفرنسي.

ويقتضي هذا المبدأ ضرورة سير مرافق الدولة بانتظام دون توقف أو انقطاع في تقديم الخدمات الأساسية للجمهور وإشباع حاجاتهم العامة التي رتبوا على أساسها تنظيم أحوالهم المعيشية.

وبذلك فإن حدوث أي انقطاع أو تعطيل في سير أي مرفق من المرافق العامة يترتب عليه حدوث اضطراب وإلحاق أضرار تمس الأفراد.

وبالتالي فإن نشاط المرفق العام ضروري لحياة الأفراد ولا ينبغي أن ينقطع لِما ينجر عن توقفه من عواقب وخيمة على حياة المجتمع، وكما يُقال ": الاستمرارية من روح المرفق العام.

ونظرا لما لهذا المبدأ من أثر بالغ على الحقوق والحريات في مجال ممارسة الحقوق الوظيفية كحق الإضراب وحق الاستقالة نجد المشرع تدخل من خلال نصوص قانونية حيث نظم حق الإضراب وحق الاستقالة وكذا منع الإدارة من التعسف اتجاه الموظفين والعمال من خلال ضوابط إجرائية كما أن المشرع عمل على حماية المال وهذا من أجل ضمان ديمومة المرافق العامة حيث خصه بحماية مدنية وجزائية، ومن نتائج هذا المبدأ أيضا أن ابتكر القضاء نظريتين وهما نظرية الموظف الفعلي والتي من خلالها أقر سلامة التصرفات التي يقوم بها موظفون لا تتوفر فيهم شروط التوظيف، وكذا نظرية الظروف الطارئة والتي يتدخل القضاء من خلالها ويعيد التوازن المالي للعقد الذي يحدث اختلال فيه نتيجة ظرف طارئ لا يد لأحد الأطراف فيه على الرغم من القاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين.

أهمية الموضوع: يعتبر مبدأ الاستمرارية من أهم المبادئ التي تقوم عليها المرافق العامة لذا تكمن أهمية الموضوع في التعرف على النظام القانوني الواجب التطبيق بهدف ضمان استمرارية المرفق العام، من خلال الإطلاع على القوانين المنظمة لسير المرافق العامة والكشف عن الضوابط والقيود التي تحيط بالاستقالة والإضراب والتي تسمح بممارسة الحقوق من جهة وضمان استمرارية المرفق العام من جهة ثانية.

دوافع اختيار الموضوع: هناك عدة أسباب دفعتنا للبحث في هذا الموضوع منها:

أ- دوافع ذاتية: تعود دوافع اختيارنا للموضوع إلى دوافع ذاتية و المتمثلة في رغبتنا الخاصة في دراسته بحكم التخصص الذي أدرسه والمتمثل في القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، وكذا إثراء المكتبة القانونية بمثل هذه المواضيع وحب الإطلاع واستكشاف طبيعة موضوع المرفق العام وأهميته في تلبية الحاجات.

ب- دوافع موضوعية: تتمثل في أن هذا الموضوع لم يحظى باهتمام في القضاء الجزائري ولدى الفقهاء الجزائريين والقانونيين كما هو الشأن في فرنسا ومصر، رغم المكانة البارزة التي يحتلها الموضوع ،لذا جاءت دراستنا له لإعادة الاعتبار وكمساهمة متواضعة منا لإثراء الموضوع.

أهداف الدراسة: تتمثل أهم الأهداف من هذه الدراسة في محاولة معرفة كيف عالجت مختلف القوانين المقارنة والتشريع الجزائري بالأخص ضمان استمرارية المرافق العامة وهذا من خلال الموازنة بين حقوق وحريات الموظفين والعمال من ممارسة حق الإضراب والاستقالة، أيضا في مجال العقود وخاصة عقود الامتياز، وكذا الآليات القانونية لحماية المال العام من جهة، ولضمان ديمومة المرافق العامة في تلبية الحاجات من جهة أخرى.

صعوبات البحث : ككل بحث أكاديمي واجهتنا جملة من الصعوبات والمتمثلة في:

- نقص المراجع و الدراسات المتخصصة الأكاديمية التي تناولت دراسة ضمان استمرارية المرافق العمومية، وما لها من تأثير على الأداء الإداري والنظام السياسي ككل.

- قلة المقالات والبحوث الإلكترونية المتخصصة.

- عدم نشر الأحكام القضائية المتعلقة بكفالة ديمومة المرافق العمومية على مستوى المحاكم الجزائرية.

إشكالية البحث: يقتضي استقرار النظام السياسي والمجتمع تحسين الأداء الإداري للمرافق العامة واستمرارية هذه المرافق في تلبية الحاجات العامة، وعليه نجد أن المشرع رتب مجموعة من الضمانات تكفل تحسين الأداء الإداري وتضمن ديمومة المرافق وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى وفق التشريع الجزائري في ضمان استمرارية المرافق العمومية؟ وما مدى

فعالية الضمانات التي وضعها القضاء؟وهذا سنحاول الإجابة عليه من خلال الخطة التي اعتمدناها

الضمانات التي وضعها القضاء؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال الخطة التي اعتمدناها.

مناهج البحث: يقتضي البحث في موضوع ضمانات استمرارية المرفق العام إتباع مناهج تتلاءم مع موضوع الدراسة، وتثير الدراسة المتعلقة بضمانات استمرارية المرفق العام عدة قضايا لها جوانب وأبعاد مختلفة تستدعي الاعتماد على جملة من المناهج من بينها:

المنهج التحليلي: تم اعتماد المنهج التحليلي في دراسة وتحليل وشرح ونقذ مختلف النصوص والقوانين التي لها علاقة بتنظيم سير المرفق العام خاصة بالنسبة للإضراب والاستقالة.

المنهج الوصفي: تقتضي دراسة ضمانات مبدأ استمرارية المرفق العام إتباع المنهج الوصفي، بغية رصد طرق إدارة المرفق العام بانتظام واطراد، وكدا القيود والضوابط الواردة على تنظيم كل من الاستقالة والإضراب بالإضافة إلى التمييز بين المال الخاص و المال العام قصد الوقوف على حمايته ضمانا لاستمرارية المرفق العام.

وللإحاطة بجميع جوانب الموضوع وقصد الإجابة على الإشكاليتين السابقتين اعتمدنا على المنهج التحليلي والوصفي معتمدين في ذلك على تقسيم موضوع البحث الي فصلين:

الفصل الأول: تطرقنا فيه إلى الضمانات التشريعية وتضمن ثلاث مباحث.

المبحث الأول: التزام الإدارة والمتعهد بسير المرفق العام بانتظام وإطراد.

المبحث الثاني: التزام الموظفين بضمان سير المرفق بانتظام.

المبحث الثالث: الآليات القانونية لحماية الأموال العامة.

الفصل الثاني: تطرقنا فيه إلى الضمانات القضائية وتضمن مبحثين.

المبحث الأول: نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الثاني: نظرية الموظف الفعلي.

الفصل الأول:
الضمانات التشريعية

الفصل الأول: الضمانات التشريعية

قبل التطرق إلى الضمانات التشريعية للمرافق العمومية يجدر بنا الأمر في هذا الفصل التطرق إلى تعريف المرافق العمومية والأسس الدستورية التي تقوم عليها، حيث تعتبر فكرة المرفق العام من أبرز المفاهيم الشائكة والغامضة في القانون الإداري رغم أهميتها كمعيار للنظام الإداري برمته ، نظرا لارتباطها بالمعطيات السياسية و الاقتصادية والاجتماعية السائدة بالدولة ومع ذلك ورغم تعدد وتنوع التعاريف فإن الفقه والقضاء عادة ما يلجآن لتحديد مفهوم المرفق العام إلى استعمال معيارين هما:المعيار العضوي والمعيار الموضوعي.

فالمرفق العام من الناحية العضوية، هو الهيكل أو الهيئة أو المؤسسة أو التنظيم المتكون من مجموعة من الأشخاص والأموال الذي ينشأ ويؤسس في انجاز مهمة عامة معينة مثل الجامعة ،المستشفى ووحداته وأجهزة الإدارة بشكل عام.

أما المعيار الموضوعي فهو ذلك النشاط أو الخدمة التي تلبي حاجيات عامة للمواطنين مثل التعليم العام.الرعاية الصحية.البريد والمواصلات بغض النظر عن المنظمة والجهة أو الهيئة القائمة به.[1]

وبناءا على ما تقدم فإن المرفق العام حسب المدلول الشكلي يقصد به الهيئات الإدارية التي تقوم بنشاط يؤدي إلى إشباع حاجات جماعية و حسب المدلول الموضوعي هو عبارة عن نشاط يهدف إلى إشباع حاجات عامة .

إلا أن غالبية الفقهاء يميلون إلى الجمع بين المدلولين، و عليه فإن المرفق العام يهدف إلى تحقيق النفع العام و الوفاء بالاحتياجات العامة للجمهور، فسد الحاجات العامة هو الهدف الأسمى للإدارة، فالمرفق العام إذا يتكون من عناصر بشرية و مادية و وسائل قانونية.

و عليه لما كانت الغاية هي تحقيق النفع العام فإن الإدارة العامة من واجباتها ضمان سير المرفق العام بانتظام و بدون انقطاع سواء كان هذا المرفق مسير من قبلها بوسائلها أو عهدت بتيسيره إلى شخص طبيعي أو معنوي خاص و هذا عن طريق ما يسمى بعقود الامتياز، وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل.

[1]– محمد الصغير بعلي ،القانون الإداري،النشاط الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع ،عنابه، 2004 ص ص 205،206.

المبحث الأول:التزام الإدارة والمتعهد بسير المرفق العام بانتظام واطراد

يُعد مبدأ سير المرافق بانتظام واطراد من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المرافق العامة وإحدى الأسس التي ابتدعها القضاء لكي يكفل سيرها دون انقطاع، ومن خلاله يمكن للدولة بسط سيطرتها على المرافق من خلال إسناد تسيرها عن طريق عقود الامتياز أو عن طريق التسيير المباشر ، وهذا سنتناوله في المطلبين التاليين:

المطلب الأول:ضمان الإدارة استمرار سير المرفق العام.

إذا كان الهدف من إنشاء المرافق العامة هو توفير الخدمات العامة اللازمة والضرورية للجمهور، فإن الإدارة مُلْزَمة بضمان دوام سير هذه المرافق بدون انقطاع عن طريق آليات قانونية وضعها المشرع.

الفرع الأول: تسيير المرفق العام وفقا للاستغلال المباشر

يمكن للإدارة العامة المركزية أو لامركزية إقليمية أو مرفقيه أن تلجأ إلي إدارة مرافقها ومصالحها بموجب طريق الاستغلال المباشر،أي دون أن تنفصل وتستقل تلك المرافق العامة قانونيا عن جهة الإدارة مجبرة بتسيير مرافقها من أجل تلبية الحاجات وضمان الاستمرارية للمرافق العامة.[1]

وقد تطورت هذه الحاجات والخدمات و أصبحت من مستلزمات الحياة اليومية نظرا لاعتياد المواطنين عليها وعدم الاستغناء عنها مثل الصحة والتعليم...، وإن انقطاع هذه الخدمات سوف يَضُر بمصالح الأفراد ويُخلْ بنظام حياتهم فتعطيل مرفق النقل يؤدي إلى ارتباك الجمهور وتعطيل أعمالهم، وتوقف مرفق الأمن يؤدي إلى الإخلال بالنظام العام وتعريض أمن وسلامة الجمهور للخطر.[2]

لذلك فإن معظم التشريعات عملت على فرض احترام هذا المبدأ من طرف الإدارة، حيث اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي بأن مبدأ سير المرفق باستمرار ذو قيمة دستورية ومن المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المرفق العام، فلهذا كان لزاما على الإدارة أن تلتزم الصفة الدائمة تفاديا للأضرار الجسيمة التي قد تترتب عن تعطيل المرفق.

[1]– محمد الصغير بعلي ،القانون الإداري، المرجع السابق، ص 140.

[2]– محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق، ص205.

وعلى غرار نظيره الفرنسي فإن المؤسس الدستوري الجزائري، قد ألزم الوزير الأول على السهر على حسن سير الإدارة العمومية. وهذا كما تشير **الفقرة السادسة من المادة 99 من التعديل الدستوري لسنة 2016**[1]،ومن ثم فإنه يقع على جميع المسؤولين وفي كل المستويات الإدارية– الالتزام والتكفل بإدارة وتسيير المرافق العامة بانتظام واطراد ودون انقطاع وعند الاقتضاء استخدام نظام الدوام في المرافق الصحية وبصفة عامة المرافق الحيوية. كما كرست **المادة 96**[2] **من الدستور** التزام الإدارة بمبدأ استمرارية المرافق ،حيث تقضي هذه المادة بسير الأمور الجارية من طرف الحكومة التي لم يوافق المجلس الشعبي الوطني على برنامجها ، وكذلك في حالة إذا لم تحصل من جديد على موافقة المجلس الوطني الشعبي على برنامجها، ينحل وجوبا، وتستمر الحكومة القائمة في تسيير الشؤون العادية إلى غاية انتخاب مجلس شعبي وطني و وذلك في أجل أقصاها 03 أشهر. وكذلك نجد التزام الإدارة بدوام سير المرفق العام وهذا من خلال نص **المادة 48 من قانون البلدية رقم 10/11**[3] في حالة حل المجلس الشعبي البلدي بتعيين الوالي خلال 10 أيام التي تلي الحل متصرف و مساعدين توكل لهم مهمة تسيير شؤون البلدية وتنتهي مهمتهم بقوة القانون بمجرد تنصيب المجلس الشعبي البلدي الجديد ، وفي كل الحالات ماعدا حالة القوة القاهرة فانه يترتب على الإخلال لهذا المبدأ من طرف الإدارة تحمل المسؤولية عما ينجم عن ذلك من أضرار بالنسبة للمنتفعين خاصة.[4]

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الاستغلال المباشر.

من حيث الموظفون :تكون العلاقة قائمة أصلا بين جهة الإدارة المنشئة للمرفق وبين الموظف العامل بالمرفق في حالة إلغاء المرفق العام.

[1]– انظرالمادة99،من الدستور الجزائري ،المعدل بموجب القانون16–01،المؤرخ في 06 مارس2016،الجريدة الرسمية،العدد14،المؤرخة في 07 مارس2016.

[2]– انظر المادة 96، من الدستور الجزائري ،المرجع السابق.

[3]– انظر المادة 48،من القانون رقم 11–10،المؤرخ في22يونيو2011،المتعلق بالبلدية.

[4]– محمد بعلي الصغير، المرجع السابق، ص205.

من حيث الأموال: الأصل أن الأموال المخصصة لإدارة المرفق العام في شكل استغلال مباشر هي مللك للإدارة التي أنشأت المرفق العام

من حيث الأعمال: القاعدة العامة لجميع التصرفات التي تتعلق بالمرفق العام إنما تصدر أو تبرم من الناحية القانونية من طرف السلطة المختصة بالجهة الإدارية المنشئة[1]

المطلب الثاني:التزام المتعهد بدوام سير المرفق العام

يقصد بأسلوب الامتياز أن تعهد الإدارة ممثلة في الدولة أو الولاية أو البلدية إلى أحد الأفراد أو أشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق اقتصادي واستغلاله لمدة محدودة وذلك عن طريق عمال و أموال يقدمها الملتزم أو صاحب الامتياز وعلى مسؤوليته وفي مقابل ذلك يتلقى رسوم يدفعها كل من انتفع بخدمات المرفق.[2] وقبل التطرق إلى مدى تأثير هذا النوع من التسيير على دوام استمرار المرفق وجب علينا أن نتعرض إلى التعريف القانوني والتعريف الفقهي.

الفرع الأول: التعريف التشريعي لعقد الامتياز

لقد عرف المشرع الجزائري عقد الامتياز في عدة نصوص قانونية وتنظيمية وأهما قانون المياه ، حيث عرف القانون 83-17 المؤرخ في 16 جوان 1983 والمتضمن قانون المياه المعدل بموجب الأمر 13.96 المؤرخ في 15جوان 1996 وتحديد المادة 04 منه عقد الامتياز بأنه عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخص اعتباريا عاما أو خاص قصد ضمان أداء ذات منفعة عمومية.

ويتعهد صاحب الالتزام بضمان سير المرفق بانتظام واطراد ويكون مصدر الالتزام العقد، بحيث يضمن صاحب الامتياز تنظيم و تشغيل المرفق محل الامتياز طيلة مدة الامتياز ووفق الشروط الواردة في العقد بحيث يضمن صاحب الامتياز شخصيا القيام بأموال

[1]- محمد بعلي الصغير، المرجع السابق، ص240.

[2]- نواف كنعان، القانون، الإداري الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان2010،ص357.

المرفق و تقديم خدماته العامة للجمهور دون أن يكون له في هذا الصدد حق التنازل عن أداء تلك الإعمال و الخدمات كلها وبعضها لغيره من الأشخاص.

الفرع الثاني : التعريف الفقهي لقد أجمع فقهاء القانون الإداري أن عقد امتياز المرفق العمومية من أشهر العقود الإدارية المسماة، ولعله من أهمها على الإطلاق خاصة في الدول الليبرالية ، وسنحاول في هذا الصدد أن نسرد بعض التعريفات الهامة لأبرز الفقهاء كما يلي:

يعرف الأستاذ" أحمد محيو "عقد الامتياز على أنّه" : هو اتفاق تكلف الإدارة بموجبه شخصا طبيعيا أو اعتباريا بتأمين تشغيل مرفق عام، يسمى صاحب الامتياز خلال فترة زمنية، فيتحمل النفقات و يتسلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق.[1]

أما الأستاذ "ناصر لبّاد "فيعرّف عقد الامتياز على أنّه ":عقد أو اتّفاق تكلّف الإدارة مانحة الامتياز، سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلديّة بموجبه شخصا طبيعيّا أو شخصا معنويّا من القانون العام أو من القانون الخاص (شركة مثلا) يسمىّ صاحب الامتياز أو المتعهد بتسيير و استغلال مرفق عمومي لمدّة محدّدة و يقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عمّاله وأمواله و متحمّلا المسؤوليّة النّاجمة عن ذلك وفي مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي.[2]

كما يكون مصدر التزام المتعهد المبادئ التي تحكم المرفق العام وبالأخص مبدأ سير المرفق بانتظام واطراد.

وقد يكون مصدر التزام صاحب الامتياز بضمان سير المرفق العام هو القوانين والأنظمة ، وأهم هذه الأخيرة الأنظمة الخاصة بالضرائب والرسوم وغيرها من التشريعات المالية ، قانون العمل ، الضمان الاجتماعي ، القوانين التجارية وأنظمة الضبط لأن في ذلك ضمان لأداء المرفق العام للخدمات الخاصة به بشكل منتظم في إطار هذه القوانين.

[1]– بارة زيتوني، عقد الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة ، الدفعة السابعة عشر، المدرسة العليا للقضاة الجزائر، 2009/2006، ص16 .

[2]– لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجد للنشر والتوزيع الجزائر ،2007،ص221.

كما يعطي مبدأ استمرارية المرافق العمومية بانتظام واطراد سلطات استثنائية للإدارة على الطرف المتعاقد الأخر وهذا من خلال حق الرقابة والإشراف وبالكيفية التي حددها القانون وهذا بهدف حماية المصلحة العامة والتأكد من أداء الخدمة للجمهور بالكيفية التي تم الاتفاق عليها.

ولها حق التعديل حق استرداد المرفق قبل نهاية المدة ولها أيضا حق توقيع الجزاءات على صاحب الامتياز إذا اخل الملتزم بأحد الشروط المتفق عليها ضمن دفتر الشروط

وبالتالي فإن عقد الامتياز يخضع لنظام قانوني عام وشامل خاص به ينظم كيفية تقديم الخدمة وشروطها وهذا لضمان سير المرفق بانتظام ويتضح هذا النظام القانوني العام والشامل والخاص إلا في حالة القوة القاهرة حين يتعذر على الملتزم تقديم الخدمة وتلبية حاجات المنتفعين فهنا تتدخل الإدارة وهذا بوسائلها القانونية و القرارات ووسائل مادية كالأموال وهذا مثلا إذا أثقل كاهل الطرف الأخر من المتعاقد وهذا من خلال إعادة التوازن المالي للعقد ، والحصول على مساعدات مادية من جانب الإدارة وهذا من أجل ضمان سير المرفق واستعمال امتيازات السلطة العامــة وهذا من أجل نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامـة[1].

وعليه فإن القوة القاهرة هي الوحيدة التي يمكن أن تحرره من هذا الالتزام، والقاضي الإداري هو الذي يُقَدر بدقة حالات القوة القاهرة وعليه فإن الاستمرارية يجب أن تؤمن حتى لو كان صاحب الامتياز في حالة عجز إلا أنه يمكن أن يلجأ إلى الاستعانة بنظرية الظروف الطارئة.[2]

[1]– عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري،الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص362.

[2]– محاضرة أحمد محيو، محررات في المؤسسة الإدارية، ترجمة محمد عراب صاصيلا، الطبعة الخامسة ،ديوان المطبوعات الجامعية 2009، ص485.

المبحث الثاني:التزام الموظفين بضمان سير المرفق بانتظام

من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد نجد أن المشرع قد تدخل من خلال نصوص قانونية تنظم طرق ممارسة الإضراب والقواعد الإجرائية الخاصة به، وكذلك الحال بالنسبة للاستقالة .

المطلب الأول:مفهوم الإضـــراب

يعتبر الإضراب حق من الحقوق الدستورية التي يتمتع بها الموظف والعامل على حد سواء ، وعليه فالإضراب هو توقف الموظفين عن القيام بأعمالهم دون رغبة في إنهاء الخدمة بصورة جماعية متفق عليها بغية الضغط على الإدارة بهدف تحقيق مطالب مهنية وكذا السعي لتحقيق مصلحة خاصة للمضربين أو رفع ضرر يرونه واقعا عليهم أو الاحتجاج على أمر من الأمور.

والإضراب بهذا المفهوم يعتبر من أهم الأمور التي تعرقل سير المرفق العام بانتظام واطراد.[1]

الفرع الأول: تقييد حق الإضــراب

إن الاعتراف بحق الإضراب في مختلف الدساتير جاء نتيجة لتطور مفهوم الديمقراطية واتساع الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، الأمر الذي جعل المشرع يتدخل بضوابط إجرائية من أجل منع تعسف الجهة القائمة به وهذا لتجنب عواقب وخيمة تعود على **المنتفع** وتؤثر على مبدأ الاستمرارية، فمجلس الدولة الفرنسي- الذي كان ينظر إلى الإضراب على أنه خطر يهدد مبدأ استمرارية المرفق العام بانتظام واطراد يستوجب المتابعة التأديبية للموظف غير موقفه من خلال النص عليه في ديباجة دستور 1946 وعمل على الموازنة بين الحقوق المشروعة كحق الإضراب وتامين استمرارية المرافق العامة من جهة أخرى.[2]

---

[1]- هيثم غانم جبر المحمودى، حق الإضراب بين الحضر والإباحة ،دراسة مقارنة، دار الفكر و القانون، مصر، الطبعة الأولى، 2016، ص201.

[2]- رياض عيسى،نظرية المرفق العام في القانون المقارن،دون دار النشر، 1984،ص16.

كما عمل مجلس الدولة الفرنسي على مقاومته والتضييق من نطاقه ما أمكن، وهذا من خلال بعض الضوابط الخاصة وأهمها نوعية المرفق الذي يتأثر بالإضراب وكذلك ضابط ضمان الحد الأدنى للخدمة وكذا ضابط التسخير.

وعلى غرار ما عرفه الإضراب من تطور في معظم دول العالم فقد عرف الإضراب في الجزائر تطورا مضطربا في البداية حيث أنه في دستور1963 ، ومن خلال المادة 20 منه فقد تم إقرار الإضراب والاعتراف به كحق يمارس في إطار القوانين، وعندما صدر القانون الأساسي للوظيفة العامة في الثاني من شهر جوان 1966 لم يشر بيان أسبابه ولا أحكامه إلى حق الإضراب.[1]

وذات المسلك نراه في الأمر 71-74 المتعلق بالسير الاشتراكي للمؤسسات الذي اكتفي بالإعلان عن مجموعة من الحقوق كالحق في الأجر والسير والتكوين والراحة دون الإشارة إلى حق الإضراب.

و في **دستور 1976**[2] الذي لم يفصح المؤسس الدستوري عن موقفه من حق الإضراب في القطاع العام عموما ، سواء كان إداريا أو اقتصاديا واكتفت **المادة 61** منه بالاعتراف بحق الإضراب في القطاع الخاص.

أما في **دستور1989**[3] أصبح ممارسة الإضراب مشروعا مبدئيا بموجب **المادة 57** منه والتي تنص على ما يلي :"الحق في الإضراب معترف به ويمارس في إطار القانون أن **يمنع** القانون ممارسة هذا الحق أو يجعل حدود لممارسته في ميادين الدفاع الوطني والأمن أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع "

[1]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص،339،338.

[2]- الأمر 76-96 المؤرخ في 22 نوفمبر يتضمن إصدار دستور 1976، الجريدة الرسمية، العدد94، الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر 1976.

[3]- المرسوم الرئاسي 89-18 المؤرخ في 28 فبراير، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في إستفتاء 23 فبراير1989، الجريدة الرسمية، العدد9، الصادرة بتاريخ 01مارس1989.

وبناء عليه صدر القانون رقم 90-11 المؤرخ في 06-02-1990 المعدل والمتمم والمتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها وممارسة حق الإضراب، الذي وضع قيودا وشروطا لممارسة الإضراب من طرف موظفي الإدارات العامة ضمانا لاستمراريتها في تلبية الحاجات للأفراد.[1]

كما حمل دستور 89 ولأول مرة شيء جديد لِحَقِ الإضراب، تمثل في الاعتراف لممارسته في جميع القطاعات، إلا ما أستند بنص فنصت المادة 54 منه على أن :" الحق في الإضراب معترف به ويمارس في إطار القانون" .

وبصدور القانون رقم 02.90 المؤرخ في 06 فبراير 1990[2] المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب المعدل والمتمم بالقانون رقم 27.91، المؤرخ في 21 ديسمبر 1991[3] نظمت قواعد كيفية ممارسة حق الإضراب وإجراءاته وأثاره، و أخيرا صدر الأمر 03.06 المؤرخ في 15 جويلية 2006[4] المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية و الذي اعترفت المادة 36 منه للموظف بممارسة حق الإضراب في ظل التشريع المعمول به أي في ظل القانون 90-02 .

و عليه و نظرا لخطورة الإضراب و انعكاساته على الحياة الاقتصادية و الاجتماعية للأشخاص و الأنشطة الحيوية و حفاظا على مبدأ الاستمرارية ،فإن المشرع الجزائري وضع قيودا وشروطا و على رأسها الالتزام بتقديم ما يسمى بالقدر الأدنى من الخدمة، حيث تنص المادة 37 من القانون90-11"إذا كان الإضراب يمس الأنظمة التي يمكن أن يضر انقطاعها التام استمرار المرافق العمومية الأساسية، أو يمس الأنشطة الاقتصادية الحيوية أو تموين المواطنين أو المحافظة على المنشآت و الأملاك الموجودة ، فيتعين تنظيم مواصلة

[1]- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق ص227.

[2]- القانون رقم90-02،المؤرخ في 06 فيفري 1990، الجريدة الرسمية رقم06،المؤرخة في 06 فبراير 1990.

[3]- القانون91-27، المؤرخ في 21ديسمبر 1991،الجريدة الرسمية رقم06، المؤرخة في06 فبراير 1990.

[4]- الامر 03.06المؤرخ في 15 جويلية2006،المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية. الجريدة الرسمية العدد46،المنشور بتاريخ 16.جويلية2006.

الأنشطة الضرورية في شكل قدر أدنى من الخدمة إجباريا أو ناتجا عن مفاوضات أو اتفاقيات أو عقود، كما نصت على ذلك المادتان 38، 39 أدناه"[1].

و لقد أوجبت المادة 38 من ق 02/90 [2] على الهيئات المذكور في **المادة** 38، قيودا تتعلق بتوفير الحد الأدنى من الخدمة و تحديد القدر الأدنى من الخدمة قد يتحدد بموجب الاتفاق بين طرفي النزاع الجماعي أو اتفاقيات أو عقود أو بصفة إجبارية، و في هذه الحالة فسلطة تحديد القدر الأدنى سلطة تنظيمية تعود إلى الجهة الإدارية المستخدمة، حيث حددت المادة 38من ق 02/90، الجهة المختصة بموجب المادة 07 من ق 27/91، المؤسسات و المصالح الواجب ضمان القدر الأدنى الإجباري من الخدمة أثناء ممارسة عمالها الإضراب و هي :

1. المصالح الإستشفائية المناوبة والمصالح الإستعجالية 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 ومصالح المراقبة الصحية بما فيها الصحة النيابية والحيوانية الحدود والمطارات والموانئ والمصالح البيطرية العامة والخاصة .
5. المصالح المرتبطة مباشرة بإنتاج الطاقة المخصصة لتزويد شبكات المواصلات السلكية واللاسلكية وكدا المصالح الضرورية لسير مراكز العبور في المواصلات السلكية واللاسلكية الوطنية وصيانة الشبكة الوطنية للإشارة.
6. المصالح المكلفة بالعلاقات المالية في الخارج مع البنك والبنوك العمومية.
7. المصالح المكلفة بإنتاج المحروقات ونقلها عبر قنوات الشحن والنقل البحري.
8. نقل المحروقات بين السواحل الوطنية.

[1]– محمد الصغير بعلي، المرجع السابق ص ص228–227.

[2]– انظر المادة 38 من القانون،90–02المعدل بموجب المادة07،من القانون91– 27 ، المؤرخ في 21 ديسمبر 1991،الجريدة الرسمية رقم06، المؤرخة في06 فبراير 1990.

9. مصالح الشحن والتفريغ المتنائية المطارية ونقل المنتوجات المعترف بخطورتها والسريعة التلف أو المرتبطة بحاجيات الدفاع الوطني.
10. المصالح المرتبطة بأمن وسائل النقل(الأرصاد الجوية والإشارة البحرية والسكك الحديدية وحراس حواجز المقاطع).

11. مصالح النقل والمواصلات السلكية واللاسلكية المرتبطة بحماية الأرواح وعمليات الشحن وانقاذ السفن مباشرة.
12. مصالح الدفن والمقابر.
13. المصالح المكلفة بمراقبة الجوي،مراكز المراقبة الجوية والاستعداد.
14. المرور مصالح كتابة الضبط في المجالس والمحاكم.
15. الأنشطة المرتبطة بامتحانات التعليم الثانوي ذات الطابع الوطني وذلك طوال فترة إجرائها.
16. مصالح الإدارة العمومية التي تتولى الأنشطة الدبلوماسية للدولة.

وفي نفس السياق لم يتوقف المشرع الجزائري عند القيود التي أوردها على ممارسة الإضراب بل ذهب إلى أبعد من ذلك، حيث أهدر مبدأ المساواة بين العمال في هذا المجال إذ منع عمال بعض القطاعات التي اعتبرها إستراتيجية أو حيوية من ممارسة الإضراب، وقد استمد المشرع هذه السلطة في منع الإضراب من الفقرة الثانية من المادة 57 من الدستور 1996 [1]، والتي تقابلها المادة 71 من الدستور المعدل بموجب القانون 01/16 المؤرخ في 06 مارس2016 ، والتي تنص على أن :" الحق في الإضراب معترف به، ويمارس في إطار القانون و يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق، أو يجعل حدود الممارسة في ميادين الدفاع الوطني والأمن....".

وتطبيقا لهذه الأحكام الدستورية فقد منع المُشرع عمال سبعة فئات على سبيل الحصر بموجب المادة 43 من ق02/90من ممارسة حق الإضراب، وذلك حفاظا على حياة و أمن

[1]– دستور سنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 96–438 المؤرخ ، في 07 ديسمبر 1996 ،الجريدة الرسمية رقم 76، مؤرخة في 08 ديسمبر 1996.

و مصلحة المواطنين أو الاقتصاد الوطني من الخطر وتهدد الصفة بمنع اللجوء إلى الإضراب على القضاة والموظفين المعنيين بمرسوم أو الموظفين الذين يشغلون مناصب في الخارج، أعوان مصالح الأمن، الأعوان المدنيين العاملين في مصالح الحماية المدنية، استغلال شبكات الإنارة الوطنية في وزارتي الداخلية والشؤون الخارجية.

-الأعوان الميدانيين العاملين في الجمارك، وعمال المصالح الخارجية للإدارة السجون.

الفرع الثاني: الشروط الإجرائية لممارسة حق الإضراب

سبق الإشارة إلى أن الإضراب ينجم عنه عواقب وخيمة تعود بالسوء على المنتفع بالدرجة الأولى، لذا وجب أن يسعى المشرع إلى ضبط ممارسة حق الإضراب بقيود إجرائية تحول دون تعسف الجهة القائمة به ومن بين هذه الشروط:

1. عقد اجتماعات دورية
2. رفع الخلافات إلى الجهة الوصية
3. إحالة الخلاف على مجلس الوظيفة العمومية المتساوي الأعضاء[1].
4. موافقة جماعية العمل.
5. الإشعار المسبق.
6. اتخاذ إجراءات المحافظة على الممتلكات .
7. ضمان الحد الأدنى للخدمة.
8. إمكانية اللجوء إلى التسخير.

المطلب الثاني:تنظيم الاستقالـــة

يقصد بالاستقالة طلب يقدمه الموظف إلى السلطة الإدارية المختصة يلتمس فيه أخذ موافقتها على إنهاء علاقته بالوظيفة بصورة دائمة ، فهي رغبة الموظف بقطع صلته بالوظيفة العامة طوعا وبصورة نهائية ،فالالتحاق بالعمل الوظيفي يكون بمحض اختيار الموظف، ولكن الاستمرارية فيه لا تتوقف على محض إرادته، بل لابد من مراعاة مصلحة

[1]- انظر المادة 21 من القانون 90-02، المؤرخ في 07 فبراير 1990، يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب ،جريدة رسمية العدد06 ،الصادر في 07 فبراير 1990.

المرفق الذي يعمل فيه لأن الإدارة تُعَين الموظفين من أجل ضمان استمرارية سير المرافق العامة، لذلك فإنه يجب التوفيق بين الصالح العام الذي يتمثل في استمرارية المرفق العام في تلبية حاجات الأفراد ومصلحة الموظف.[1]

وهذا ما كان العمل به سائد من قبل مجلس الدولة الفرنسي إلى غاية النص عليه تشريعيا من طرف المشرع الفرنسي في قانون 19أكتوبر 1946 الصادر بنظام الموظفين في المادة 121، التي تنص على أن الاستقالة لا أثر لها إلا إذا قبلتها السلطة المخولة بالتعيين ولا يسري مفعولها إلا من التاريخ الذي تحدده السلطة، والتي حددت بشهر تبدي فيه الإدارة برأيها، سواء بالقبول أو الرفض وأن الموظف الذي ينقطع عمله بمجرد تقديمه لطلب الاستقالة دون تلقي رد الإدارة، فإنه يتعرض إلى عقوبة تأديبية طبقا للمادة 134/133 من قانون سنة 1946 وتسمى هذه المخالفة بهجرة منصب العمل دون موافقة، والتي تعطي للإدارة حق متابعة هذا الموظف ومطالبته بالتعويض، وهذا جراء تعطيل سير المرفق بانتظام واطراد.[2]

وعليه فإن معظم التشريعات تشترط على الموظف أن يكون طلب الاستقالة خطيا وأن يستمر الموظف في عمله لحين أخذ موافقة السلطة الإدارية المختصة .

أما تنظيم ممارسة حق الاستقالة في التشريع الجزائري وبغرض المحافظة على حسن سير المرفق العام واستمرارية نشاطه فقد أرسى القانون الأساسي للوظيفة العامة الأول الصادر بموجب الأمر 66-133 مبدأ عاما مفاده أن الانقطاع عن العمل لا يتم بمجرد تقديم الاستقالة كتابيا والتعبير عن التخلي عن القيام بأعباء الوظيفة وإنما بقبول وموافقة الجهة التي لها سلطة التعيين وهذا منصت عليه المادة 63 من القانون الذكور اعلاه.[3]

[1]– مصلح ممدوح ا لصرايرة،القانون الإداري،الكتاب الأول،الطبعة الاولى2012 دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان الأردن ، ص.ص335،336.

[2]–سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، مصر، 2007، ص.ص510.511.

[3]– غسان مدحت الخيري، مدخل في القانون الإداري، الطبعة الأولى2013، دار الراية للنشر والتوزيع2012ص154.

وعليه فإن التخلي عن منصب العمل دون موافقة سلطة التعيين تعرض طالب الاستقالة إلى العزل والحرمان من التمتع بالحقوق وهذا مانصت عليه المادة 67 من الأمر 66-133.[1]

غير أن المشرع الجزائري ومنعا لأي تعسف من قبل سلطة التعيين، في حالة رفض الطلب بعد انتهاء ثلاثة أشهر أن يرفع أمره إلى اللجنة المتساوية الأعضاء التي تصدر رأيا تم تسلمه إلى جهة التعيين .

غير أن المشرع وفي نصوص لاحقة، اعتبر الاستقالة حقا وهذا ما نصت عليه المادة 93 من القانون الأساسي العام للعامل وأكدته المواد من 133 وما بعدها من القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية لسنة1985 وتبدو الحكمة من الاعتراف بالاستقالة كحق من حقوق الموظف هو عدم المساس بحرية العمل والتي جاء معترف بها في سائر التشريعات الحديثة.[2]

ولقد حرص المشرع الجزائر أن يكون طلب الاستقالة كتابيا وأن يكون مبينا ، مع إلزام طالب الاستقالة بمواصلة العمل بعد تقديم الطلب لمدة محددة هي مدة الإشعار، وإلزامه بالعمل بعد فوات هذه المدة ، مع الاعتراف له بحق رفع طلب جديد للجنة المتساوية الأعضاء.

ويتمثل الهدف من هذه الإجراءات في ضمان استمرارية المرفق العام في أداء الخدمة، ولقد أحسن المشرع عندما فرض الكتابة كأداة لإفصاح الموظف، وربط طلب هذه الاستقالة بمدة زمنية محددة كان الهدف منها هو المصلحة العامة، وهذا ضمان سير المرفق في تلبية الحاجات للأفراد.

[1]- أنظر المادة 67 من الأمر 66-133، المؤرخ في 02 جوان 1966 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد46، الصادرة بتاريخ 08 جوان 1966، ص542.

[2]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 343.

وبالرجوع للأمر 06-03 [1]والمتضمن قانون الوظيفة العمومية الجديد نجده لم يورد الاستقالة تحت عنوان حقوق الموظف، وإنما ورد ذكرها في الباب العاشر تحت عنوان إنهاء الخدمة وإن كانت المادة 217من الأمر المذكور قد اعترفت بصريح العبارة أن الاستقالة حق للموظف يمارسه ضمن إطار القانون وأكدت المادة 218 و 219 من القانون ذاته على وجوب تقديم استقالة تكون كتابية يعبر فيها الموظف عن إرادته الصريحة في قطع العلاقة الوظيفية عن طريق السلم الإداري للسلطة المخولة لصلاحية التعيين، ويلتزم بالاستمرار في أداء الخدمة إلى غاية صدور القرار.

وألزمت المادة 220 من ذات القانون السلطة المكلفة بالتعيين باتخاذها قرارها في ظرف شهرين من تاريخ إيداع الطلب، ويجوز لها في حالة الضرورة القصوى أن تؤجل الموافقة لمدة شهرين آخرين بعد انتهاء الأجل الأول.[2]

وهو الأمر الذي سنتناوله من خلال الفرعين الموالين كما يلي:

الفرع الأول:إلزام الموظفين بالاستمرار في أداء الخدمة.

لا تنتهي العلاقة الوظيفية بين الإدارة المستخدمة والموظف المستقيل إلا بعد توافر شرطي الاستقالة المتمثلين في تقديم طلب الاستقالة وقبولها، وبالتالي لا يفقد الموظف هذه الصفة (صفة الموظف) بمجرد تقديم طلب الاستقالة ، وإنما يظل متمتعا بها إلى غاية قبول الاستقالة سواء بصدور قرار صريح بقبولها أو قبولها بقوة القانون بعد انقضاء الأجل القانوني الممنوح للجهة الإدارية المختصة باتخاذ القرار بخصوصها.

الفرع الثاني :ضوابط ممارسة حق الاستقالة

يعتبر اعتراف المشرع بحق الاستقالة للموظف العام وتخويله القدرة أو السلطة الإرادية في استعمال هذا الحق في إطار احترام الشروط والقيود المتعلقة بكيفية ممارسته، وبالتالي

[1]- انظر المادة217، من الامررقم06-03،المؤرخ في19جمادي التانية عام1427، الموافق 15يوليوسنة2006،المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

[2]- عمار بوضياف، المرجع السابق ص.ص343،344.

فإن الحق في الاستقالة – كغيره من الحقوق – ليس حقا مطلقا لأن في إطلاقه اعتداء على المصلحة العامة وأهم هذه الضوابط :

– قبول الاستقالة بصفة قانونية، وهذا لما يسببه شغور المنصب من ضرر يؤثر على سير المرفق بانتظام واطراد.

– ضرورة تقديم طلب الاستقالة من طرف الموظف المعني.

– انتظار البت في طلب الاستقالة خلال الأجل القانونية.

وما يلاحظ من خلال هذه الضوابط أن المشرع الجزائري قصد الموازنة بين حرية الموظف في إنهاء العلاقة الوظيفية وكذا ضمان استمرار المرفق في تقديم الخدمات وهذا من خلال الأمر 06– 03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

المبحث الثالث: الآليات القانونية لحماية الأموال العامة

تحتاج المرافق العامة وهي تقوم بممارسة وظائفها ونشاطاتها إلى الأموال اللازمة لإدارة نشاطاتها ، ومن خلال هذه النشاطات تقوم بتلبية الحاجات العامة وتحقيق النفع العام، وكذلك من خلال هذه الأموال تضمن ديمومة سير المرفق بانتظام واطراد.

وهذه الأموال تتكون من مجموع الأموال العقارية والمنقولة وهي ما يطلق عليه مصطلح المال العام.[1]

غير أن الأموال الخاصة هي أموال تخصصها الدولة أو الأشخاص الاعتبارية، بغرض استغلالها والحصول على موارد مالية أما الأموال العامة، فهي أموال تخصص للأفراد أوبالأحرى النفع العامل.[2]

[1]– علاء الدين العشي، مدخل القانون الإداري، الجزء الثاني، دار هومة، عين مليلة الجزائر،2010، ص90.

[2]– سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري ،الكتاب الثالث، أموال لإدارة العامة وامتيازاتها،دار الفكر العربي ، القاهرة، 1979، ص102.

وعليه فإن الأموال العامة تشكل عصب كل نشاط إداري، ولذا عمد المشرع الجزائري ومن أجل ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، إلى وضع آليات قانونية لحماية المال العام.

المطلب الأول: مفهوم الأموال العامـــة

استقر الفقه والقضاء الإداري على تعريف المال بأنه كل مال مملوك للدولة أو أحد أشخاصها المعنوية سواء كانت إقليمية أو مرفقيه بوسيلة قانونية مشروعة سواء كان هذا المال عقارا أو منقولا وتم تخصصه للنفع العام بموجب قانون أو نظام أو قرار إداري **صادري عن** الوزير المختص ويستفاد من هذا التعريف أن صفة المال العام لتتحقق إلا بتوفر شرطين أساسيين:أحدها أن يكون المال سواء كان عقارا أو منقولا، مملوك للدولة أو لأحد الأشخاص المعنوية العامة، وأن يكون هذا المال مخصصا للنفع العام.[1]

غير أن تطور النظم الرأسمالية أدى إلى التأثير على المفهوم التقليدي للأموال العامة، فأدخلت أحكامها القانونية الكثير من القواعد والمعايير المستحدثة، وكذلك من حيث عدم خضوعها للقواعد التقليدية للمال العام وخضوعها لقواعد قانونية متميزة تتناسب مع أهداف تشغيلها ونوعيتها.[2]

ولإبراز الأهمية التي تكتسبها الأموال العامة وجب التطرق إلى التعريفين الفقهي و القانوني لهذه الأموال ضمن الفرعين الموالين:

الفرع الأول :تعريف الأموال العامة.

نتعرض للتعريف الفقهي ثم التعريف القانوني للأموال العامة كما يلي:

---

[1]– نواف كنعان، القانون الإداري الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، الإصدار السابع، ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، ، الأردن، 2010، ص383.

[2]– محمد فاروق عبد الحميد، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،1988،ص20

أ-التعريف الفقهي للأموال العامة.

انقسم الفقهي الفرنسي في تعريفه للأموال العامة إلى عدة آراء، ومن بينها الرأي الذي يذهب أصحابه إلى القول بأن الأموال العامة هي مجموعة الأموال لمخصصة لاستعمال الجمهور مباشرة كالطرق العامة.

وكذا رأي الفقيه "ديجي" الذي جعل من المرفق العام الأساس الذي يبني عليه، فاعتبر جميع الأموال المخصصة للمرافق العامة أموالا عامة كما يرى إن مفهوم المرفق العام متطابق مع مفهوم الحاجات العامة.

ب-التعريف القانوني للأموال العامة.

عرف المؤسس الدستوري الجزائري الملكية العامة من خلال نص المادة18من ق.01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري.[1]**والتي تنص"الملكية العامة هي ملك المجوعة الوطنية..."** .

كما عرفها قانون الأموال الوطنية من خلال نص قانون 14/08[2] المؤرخ في 20 يوليو 2008 الذي يعدل ويتمم القانون 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية في نص المادة 06منه كما يلي: انه"تتكون الأملاك الوطنية العمومية من الحقوق و الأملاك المنقولة ..."

الفرع الثاني: تمييز الأموال العامة عن الأموال الخاصة.

أموال الدولة الخاصة(الدومين الخاص) هي الأموال المملوكة للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة ملكية خاصة ولا تخصص للنفع العام، وللدولة أو الأشخاص المعنوية العامة الحق في استغلالها أو التصرف فيها كتصرف الأفراد في أموالهم الخاصة، وهي تخضع

[1]- القانون16-01،المؤرخ في 06 مارس2016 ، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد14،بتاريخ07 مارس2016.

[2]- انظر المادة06، من القانون08-14،المؤرخ في 20 يوليو2008الجريدة الرسمية عدد44 المؤرخة في03خشت2008،المعدل والمتمم بموجب القانون 90-30،المؤرخ في01ديسمبر 1990،المتضمن قانون الأملاك الوطنية.

لأحكام القانون الخاص، وتخضع المنازعات بشأنها لرقابة القضاء العادي، ومن أمثلتها الدوميين العقاري .

كما تم تعريفها على "أنها الأموال غير المصنفة ضمن الأملاك الوطنية العمومية والتي تؤدي وظيفة امتلاكية ومالية فتمثل الأملاك الوطنية الخاصة"، وهذا من خلال التعريف المنصوص عليه في المادة 03 الفقرة 02 من القانون30/90.

المطلب الثاني:الحماية المدنية والجزائية للأموال العامة لضمان استمرارية المرفق العام

يلعب مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد دورا هاما وحيويا في النظام القانوني للأموال العامة، حيث يجسد هذا المبدأ الأساس القانوني والهدف الأساسي لقاعدة ونظام الحماية القانونية للأموال العامة في الدولة.[1]

وهذا المبدأ له ما يبرره فحماية المال المخصص للنفع العام والتي اقتضت منع نقل ملكيته اختياريا عن طريق وضع اليد ، تقتضي أيضا أن لا تنتزع الملكية من الإدارة جبرا عن طريق الحجز عليها كأموال للأفراد، ويتفرع على هذا المبدأ عدم جواز ترتيب حقوق عينية على المال العام ضمانا للديون التي في ذمة الشخص العام، كالرهن الرسمي أو الحيازي أو التخصيص، وهذا لا يمكن تحقيقه في الأموال العامة لأنه لا يمكن بيعها جبرا.

فلا يجوز الحجز على أموال المرافق العامة للوفاء بديون في ذمة الإدارة أو المرفق العام، وهذا حتى لا نعطل المرفق في مواصلة نشاطه وبدون انقطاع وتسري هذه القاعدة (عدم جواز الحجز على أموال الإدارة) إذا كان المرفق يدار بالطريقة الغير مباشرة عن طريق (عقد الامتياز)، وعليه عمد المشرع الجزائري إلى وضع آليات تشريعية لحماية المال العام.

[1]– عمار عوابدى، القانون الإداري ،الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعةالثانية، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر، 2000،ص79.

الفرع الأول:الحماية المدنية للمال العام.

يقصد بالحماية المدنية للمال العام تطبيق قواعد القانون المدني وهذا لضمان أداء المال العامل دوره في خدمة النفع العامة وهذا من خلال ضمان سير المرفق.

وقد نص المشرع على هذه القواعد في نص المادة 689[1] من القانون المدني كما يلي:" لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها، أو تملكها بالتقادم".

كما نصت الفقرة الأولى من المادة 04 من ق 30/90[2] المتعلق بالأملاك الوطنية على أن : " الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف ولا للتقادم ولا للحجز".

ومؤدى تحليلنا لهاته النصوص القانونية منع الإدارة من نقل هذا المال من ذمتها إلى ذمة أحد الأفراد أو أحد أشخاص القانون الخاص، وكذا منع أي إجراء من إجراءات الحجز– من قبل الأفراد – على الأملاك العمومية من أجل إجبار الإدارة على الوفاء بديونها.

وهذا من أجل ضمان ديمومة المرفق في تلبية الحاجات بشكل مستمر ودون انقطاع .

الفرع الثاني: الحماية الجزائية للأموال العامة

يقصد بالحماية الجزائية للأملاك الوطنية العمومية مجموعة القواعد والأحكام التي نص عليها قانون العقوبات أو القوانين والأنظمة المتفرقة التي تقضي بتحريم تعدي الأفراد على الأملاك العامة وهذا من ضمان استمرارية المرفق في السير بانتظام وهذا من خلال هذه الحماية جزائيا.[3]

حيث تنص المادة 136 من ق30/90 :يعاقب على كل أنواع المساس بالأملاك الوطنية كما يحددها القانون طبقا للقانون العقاري.

---

[1]– الأمر 58/75المؤرخ في20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

[2]– المادة 04 قانون30/90 المتعلق بقانون الأملاك الوطنية.

[3]– نواف كنعان،الكتاب الأول، المرجع السابق. ص398.

وكذا المادة 199 مكرر من الأمر 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المعدل والمتمم المتضمن قانون العقوبات.[1]

ومن خلال هذه النصوص والتي تم ذكرها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر نجد أن المشرع قد تشدد في حماية المال من خلال هاته العقوبات ومن أجل ضمان استمرارية المرفق، في تلبية الحاجات.

إلا أنه يلاحظ على آليات الحماية أن المشرع الجزائري خرج عن المبدأ العام الذي يكفل حماية مدنية للمال العام، وهذا من خلال القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية الصادر تحت رقم 88-01 المؤرخ 12جانفي 1988 ، وأورد قيد مفاده قابلية المال للتصرف

والحجز عليه في حدود معنية حيث جاء في المادة 20 منه: تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل والتصرف فيها وحجزها حيث القواعد المعمول بها في التجارة ما عدا الجزء من الأصول الصافية التي مقابل قيمة رأس المال التأسيسي.[2]

وكذا في حالة التسيير غير المباشر و لو أن من الأموال المستغلة ، ما يكون مملوكا أصلا لصاحب عقد الامتياز ملكية خاصة فإن قيام هذا الأخير الملتزم على تنفيذ مرفق عام قد استدعى انسحاب نطاق القاعدة على هذه الأموال مثلها مثل بقية الأموال المستخدمة في تشغيل المرفق، فقد أكد القضاء على هذا المبدأ وكرسه في العديد من النصوص القانونية، على سبيل المثال المادة 689 من القانون المدني الجزائري، زيادة على هاته الحماية المدنية للمال العام فقد خص المشرع الجزائري الأموال العامة بحماية جنائية خاصة إذا كانت ماسة بالاقتصاد الوطني. ولقد ذهبت المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك، حيث وصل إلى حد السماح بنزع الملكية الخاصة والتي كفلها الدستور في المواد 24/22 واستعمالها واستغلالها

[1]- انظر المادة199مكرر، من الامر66-156، المؤرخ في08يونيو،المعدل والمتمم المتضمن قانون العقوبات،الجريدة الرسميةالعدد49المؤرخة في11-06-1966المعدل والمتمم.

[2]- عمار بوضياف، المرجع السابق ص345.

والاستيلاء عليها مؤقتا بشروط تضمنتها المواد677 إلى 681 مكرر 3 من القانون المدني الجزائري.[1]

[1]– محفوظ عبد القادر، "مبدأ استمرارية سير المرافق العمومية بانتظام واطراد و تطبيقاته في التشريع الجزائري" ، مجلة القانون والأعمال ، على الموقع/http://www.droitetentreprise.com اطلع عليه بتاريخ: 2018/05/07 على الساعة 21.30.

الفصل الثاني:
الضمانات القضائية

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لدوام سير المرفق العام بانتظام واطراد

تعد الضمانات القضائية لمبدأ سير المرفق بانتظام واطراد من ابتكارات القضاء الإداري الفرنسي، حيث ساهم مساهمة كبيرة في إظهار النظريات التي تخدم مبدأ استمرارية المرفق العام في تلبية الحاجات العامة للجمهور، ولعل أهم هذه النظريات نظرية الظروف الطارئة ونظرية الموظف الفعلي ، وتجد هاته النظريات أساسها في مبدأ الاستمرارية.

حيث نجد القضاء الفرنسي ومن خلال نظرية الظروف الطارئة كان يهدف إلى الإبقاء على العقد وتمكين المتعاقد من تنفيذ التزاماته برغم الظروف العصيبة، ولا يكون ذلك إلا من خلال قيام الإدارة بتعويض المتعهد (صاحب الالتزام) بالقدر الذي يمكنه من تنفيذ التزاماته التعاقدية و بهذا يتم تحقيق التوازن المالي للعقد.

وعليه نجد القضاء الإداري الفرنسي أضفى مشروعية استثنائية على هاته الأعمال وهذا ما سنتناوله في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: نظرية الظروف الطارئة

الأصل في مجال التعاقد أن العقد شريعة المتعاقدين وهذا حسب المادة 106من القانون المدني الجزائري[1] ، ولا يعفى المتعاقدين من التزاماتهم إلا في حالة القوة القاهرة وهي الحادث غير المتوقع الذي لا يمكن دفعه وهذه القاعدة لا يمكن العمل بها وعلى إطلاقها في مجال العقود الإدارية، فقد يحدث في كثير من الأحيان عند تنفيذ العقود المستمرة و التي تراخى تنفيذها أن تطرأ حوادث مفاجئة لم تكن عند التعاقد في الحسبان توقعها تجعل صاحب الالتزام في وضع صعب يؤدى إلى إرهاقه ماديا.[2] وعليه فإن تنفيذ قاعدة العقد شريعة المتعاقدين يؤدى إلى فرض الالتزام بالرغم من حدوث هذه الظروف غير المتوقعة لأن تنفيذه غير مستحيل والمدين لا يستطيع عدم التنفيذ بدعوى أن فيه إرهاق، غير أن العدالة تقتضي بأن يتحمل الطرفان معا هذا الظرف الطارئ غير المتوقع فيتدخل القاضي

[1]– انظر المادة106من القانون المدني الجزائري.

[2]– عمار بوضياف، المرجع السابق،ص 346.

ليعدل الالتزامات الناشئة من العقد بما يتناسب مع الحدث الطارئ وهو مضمون نظرية الظروف الطارئة ولقد كان لمجلس الدولة الفرنسي الدور البارز في تكريس نظرية الظروف الطارئة ، وهذا من خلال أحكامه قبل أن تنتقل إلى القانون المدني ويقننها.[1]

وتتمثل فكرة النظرية في أن العقود الإدارية التي تتعلق بسير المرافق العامة تبرم من أجل المساهمة في تسييره وتحقيق احتياجاته إذا حدثت ظروف طارئة غير متوقعة خارجة عن إرادة الطرفيين المتعاقدين، وحكمة ابتكار وخلق القضاء الإداري الفرنسي لهذه النظرية هي حماية المرافق العامة وتحقيق دوامها وانتظام سيرها بدون انقطاع .

وهكذا تصبح نظرية الظروف الطارئة إحدى تطبيقات مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام ولقد عرفت هده النظرية أهم تطبيقاتها في أعقاب الحرب العالمية الأولى نتيجة الظروف التي عرفتها المرافق العامة وأصحاب عقود الامتياز[2].

وقد حاول بعض الفقهاء في فرنسا إيجاد سند لهذه النظرية من القواعد العامة من أجل إقناع القضاة بتطبيقها في مجال القانون المدني، إلا أنهم لم ينجحوا بدافع خروجها على مبدأ القوة الملزمة للعقد. وهذا ما سيتم تناوله من خلال المطالب الموالية.

المطلب الأول:مفهوم نظرية الظروف الطارئة

يقصد بهذه النظرية أنه إذا استجدت أثناء تنفيذ العقد أمور خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ولم تكن متوقعة عند التعاقد فترتب عليها إن أصبح تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد مع الإدارة فإن الإدارة تلتزم إما بتعويضه جزئيا وبصفة مؤقتة وأما بتعديل شروط العقد للتلطيف من اثر هده الظروف بما يسمح للمتعاقد بالاستمرار فتنفيذ التزاماته دون إرهاق.

---

[1]– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية ،الطبعة الرابعة ، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2009، ص302.

[2]– محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، طبيعة القانون الإداري، التنظيم الإداري، الموظفون العموميون، أموال الإدارة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009 ،ص294.

ولا تقوم هذه النظرية على العدالة في معاملة المتعاقد مع الإدارة بقدر ما تقوم على أساس استمرار المرفق في تقديم الخدمات بصفة مستمرة وبدون انقطاع.[1]

كما أشرنا سابقا فإن نظرية الظروف الطارئة من النظريات القضائية التي أرسى مجلس الدولة دعائمها وقد بدأ تطبيقها في قضية "غاز بوردو" الشهيرة عام 1916 ، عندما أدت ظروف الحرب إلى ارتفاع أسعار الفحم إلى حد سبب إرهاق للشركة الملتزمة بتوريده.

أما تطبيقات هذه النظرية في القضاء المصري فقد ذهب بها إلى أبعد من ذلك ، حيث قننها بتشريعه بصدور القانون رقم 129 لسنة 1947 ، الذي قرر في مادته 6 أنه إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لصاحب الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي لابد من تعديل كيانه الاقتصادي، و إذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم أن يستمر في استغلاله أو خفض الأرباح الباهظة.[2]

الفرع الأول:تعريف نظرية الظروف الطارئة

1-التعريف اللغوي: تؤول هذه الكلمة إلى أصلها الاشتقاقي طرأ، وهو ما حدث وخرج فجأة، وطرأ على القوم، أي أتاهم من مكان بعيد فجأة، ويقال للغرباء الطارئ والطارئة مؤنث الطارئ[3].

2-**التعريف الاصطلاحي:** ورد مصطلح الظروف الطارئة في استعمالات الفقهاء المعاصرين، ولم يتعرض له الفقهاء القدامى، فالفقهاء القانونيين هم أول من جاء بهذا

المصطلح في شأن تبيان الحالات غير المتوقعة التي تطرأ على العقد بعد إبرامه، ومن التعاريف القانونية لهذا المصطلح أنها حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية ، كما عرفها

---

[1]- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، ذاتية القانون الإداري، المركزية واللامركزية ،الأموال العامة، الموظف العام المرافق العامة، الضبط الإداري، القرار الإداري، العقد الإداري، السلطة التقديرية، التقيد المباشر، نزع الملكية العامة، التحكيم الإداري، الحجز الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008 ،ص،502.

[2]- محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق،ص 376.

[3]- فيروز أبادي مجد الدين أبو طاهر بن يعقوب، القاموس المحيط ، إشراف نعيم العرفسوسى، تحقيق مكتب التراث، الطبعة الثامنة ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان ،2005 ،ص46.

الأستاذ" إسماعيل عمر المحامي" بأنها واقعة مادية عامة لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهم توقع حدوثها بعد التعاقد، ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة و إن لم يصبح مستحيلا.[1]

يتبين لنا من خلال هذه التعاريف أن نظرية الظروف الطارئة تعالج نتيجة حادث لا يكون يد للمتعاقدين فيه كحرب أو كارثة طبيعية، وهذه الأخيرة تجعل تنفيذ العقد مرهقا لأحد المتعاقدين، إذ أنه في حالة تغير الظروف الاقتصادية التي تؤدي إلى اختلال أو فقدان التوازن بين الإلتزامات الناشئة عن العقد في ذمة طرفيه فإن نظرية الظروف الطارئة تعالج هذا الاختلال.

الفرع الثاني:نظرية الظروف الطارئة في التشريع الجزائري

يأخذ القضاء الجزائري في تطبيقاته بنظرية الظروف الطارئة، حيث حذا حذو المشرع المصري وذلك بتطبيقه نص المادة 107 من القانون المدني التي تقضي بأنه: "يجب أن ينفذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على التزام 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 تنفيذ الالتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك. [2]

ومن خلال تحليلينا للفقرة الثانية من هذه المادة يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

[1]– محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، دار زهرا ن، الأزهر،مصر ، السنة 1987،ص19.

[2]–انظر المادة107من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق.

إن المشرع الجزائري أعطى كامل السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الظرف الطارئ والضرر الذي أصاب الملتزم والعمل على إعادة التوازن المالي للعقد.

وقد أحسن المشرع الجزائري بالأخذ بهذه النظرية وهذا أسوة بالتشريعات الحديثة ولِما فيها من ضمان لاستمرارية المرافق العامة.

وبناء على ذلك لا يقتصر العقد فقط على إلزام المتعاقد بما ورد في العقد، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزمات وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر مجموعة من الشروط نصت عليها المادة 107 من القانون المدني الجزائري كما يلي:

1- أن تحدث بعد إبرام العقد ظروف استثنائية غير متوقعة، ويعتبر هذا الشرط من الشروط الجوهرية لتطبيق هذه النظرية، فالحادث الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد الإداري يجب أن يكون غير متوقع لحظة إبرام العقد حتى يمكن للمتعاقد الاستناد إلى تلك النظرية، ويشترط في الحادث الطارئ أن يكون استثنائيا عاما غير ممكن توقعه ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع، ويكون الحادث طارئ إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس وقد ترجع الحوادث إلى أسباب متعددة اقتصادية أو طبيعية أو من فعل الإدارة ومن أمثلتها وقوع الحرب والاضطرابات المفاجئة والكوارث الطبيعية ووضع تسعيرة رسمية أو إلغاؤها والارتفاع الباهظ في الأسعار.

2- أن لا يكون لإرادة المتعاقد دخل في الظرف الطارئ خارج عن إرادة أحد المتعاقدين سواء عن عمد أو إهمال، لأنه عندئذ يتحمل وحده نتيجة تقصيره أو إهماله، وإذا كان لإرادة الإدارة المتعاقدة أو تصرفها دخل في وقوع الظرف الطارئ فإن الأمر هنا يتعلق بنظرية عمل الأمير.

3- أن يترتب على الظرف الطارئ اضطراب في توازن العقد، وهذا الشرط يعنى أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة فادحة تتجاوز في جسامتها الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد أثناء التنفيذ، ويرجع إلى القضاء الإداري تحديد مدى جسامة الخسارة من خلال

تقييم كل عنصر من عناصر العقد، إذ قد تعوض جزء أو أجزاء من العقد الخسارة في أجزاء أخرى.[1]

ولذلك لا يكفى مجرد النقص في الربح أو انعدامه أو الخسارة العادية لتحقق هذا الشرط وإنما يجب أن تكون هذه الخسارة من التأثير على المتعاقد بحيث تفوق كافة التوقعات للمتعاقد.[2]

وإذا ما توافر الشروط السابقة يترتب على تطبيق النظرية التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد دون توقف، وبهذا تختلف هذه النظرية عن القوة القاهرة التي تجعل العقد مستحيلا.[3]

كما يترتب عليها تعويض المتعاقد ومعاونة الإدارة له لمواصلة تنفيذ التزاماته حتى لا يتعطل المرفق العام إلا أن التعويض هنا لا يشمل الخسارة كلها وإنما يقع جزء منها على المتعاقد مع الإدارة وتتحمل الإدارة الجزء الأكبر.

الفرع الأول:أثر نظرية الظروف الطارئة

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وفقا لما أوضحناه، فإنه يترتب أثرها والمتمثل في تخفيف القاضي لعبء الالتزام عن المدين بناء على طلب منه إلى الحد المعقول الذي يراه متماشيا مع العدالة وحسن النية، وذلك بعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين، وفي ذلك تقضى المادة 107 في فقرتها الثالثة بأنه: (...جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...)

ويكون ذلك كما يلي:

فقد يرى القاضي إنقاص مدى التزام المدين، ومثال أن تتعهد شركة سكر بتوريد كمية من السكر إلى مصنع حلوى، ولحدوث ظرف طارئ يكون توريد هذه الكمية مرهقا، فينقص القاضي

[1]– محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص304.

[2]– محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص304

[3]– نواف كنعان، القانون الإداري،الكتاب الثاني، المرجع السابق ، ص369.

من هذه الكمية الذي يرد التزام الشركة إلى الحد المعقول، وإزالة الإرهاق وتلتزم الشرك بتوريد الكمية التي حددها القاضي.[1]

وقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المقابل المرهق، وهذا بزيادة السعر المحدد في العقد، دون أن يحمل الدائن الزيادة في السعر الذي نتج عن الظرف الطارئ.

وللقاضي أن يأمر بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الظرف الطارئ، إذا كان مؤقتا ومثال ذلك كان يتعهد مقاول بإقامة بناء، وترتفع مواد وأدوات البناء، ارتفاعا فاحشا ولكن هذا الارتفاع سيزول قريبا، فيأمر القاضي بوقف التزام المقاول إلى غاية طرحت الكمية، من مواد البناء في السوق.[2]

وما يلاحظ أن هذا الأثر الذي قرره القانون، للحادث الطارئ من النظام العام، الذي لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق مسبقا على ما يخالفه، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 107 في آخرها على أنه ":...ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك".[3] وكل هذه الآثار تصب في مصلحة المترفقين وهذا من خلال ضمان ديمومة المرافق في تلبية الحاجات العامة للمواطنين.[4]

الفرع الثاني:تطبيقات نظرية الظروف الطارئة

إن أهم مجالات تطبيق نظرية الظروف الطارئة، عقود امتياز المرافق العمومية، حيث تقرر بنص تشريعي، وعقود الأشغال العامة، حيث تتضمن هذه العقود تحديدا لكمية الأعمال المطلوبة و تحديدا إجماليا، لما تلتزم بدفعه الإدارة، من ثمن يقابلها.

ويمكن مد تطبيق هذه النظرية ليشمل عقود التوريد، بحيث يتم إلزام جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة التي لحقت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ.

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص309.

[2]– نواف كنعان،الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 370

[3]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، 309.

[4]– محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص309.

ومن تطبيقات ذلك في القضاء الإداري المصري، ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية(من أن ارتفاع أسعار الأصناف و السلع التي تعهد المورد على توريدها ارتفاعا، باهظا يعتبر ظرفا طارئا، لم يكن في الحسبان توقعه عند التعاقد...).[1]

وكذا ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية، من منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه، مراعاة للحادث الطارئ فقضت بأنه:" إن القضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلا لتنفيذ التزاماتها، معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الاستثنائية السائدة في المنطقة، التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، بصفة مؤقتة، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما".[2]

المبحث الثاني:نظرية الموظف الفعلي

قبل التطرق إلى نظرية الموظف الفعلي، يجدر بنا الأمر التطرق أولا إلى تعريف الموظف العام، ثم تعريف نظرية الموظف الفعلي.

يعتبر الموظف العام الركيزة الأساسية لسير المرافق العامة على أحسن وجه، فهو الأداة لتحقيق المصلحة العامة، فلا يتصور وجود مرفق إداري دون موظفين يقومون بالعمل فيه، فالإدارة لا تستطيع بطبيعتها أن تؤدي أهدافها إلا عن طريق شخص طبيعي ، يكون المعبر عن إرادتها، وهذا الشخص هو الموظف العام، ولكي يقوم الشخص بأعباء وظيفته يجب تكليفه من الجهة المختصة بذلك لكي يكتسب صفة الموظف العام.

أما فيما يخص تعريف الموظف العام يعد من التعريفات الصعبة إن لم نقل مستحيلة، بحيث لا نستطيع وضع تعريف موحد ، وهذا نظرا لاختلاف الأنظمة الإدارية من بلد إلى آخر، وعليه يمكن التطرق إلي تعريف الموظف العام، من الجانب القضائي، والفقهي، والقانوني.

[1]– نواف كنعان،المرجع السابق، ص370.

[2]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 309.

أ- التعريف الفقهي.

إن في الفقه يصعب وضع تعريف محدد وهذا نظرا لوجود عدة تعريفات في هذا المجال وهي كما يلي: عرفه الفقيه "دوجي" الموظفون العموميون بأنهم عمال المرافق العامة الذين يساهمون بطريقة عامة وعادية في تسييرها.[1]

ويرى الأستاذ "فيفيان" أن الموظفون العامون، هم المواطنون ذوي السلطات ومعاونيهم، القائمون بإدارة الدولة وأموالها العامة[2] .

كما عرفه "هوريو" بأن الموظفين العامين هم الذين يعينون من قبل السلطة العامة تحت اسم موظفين أو مستخدمين أو عاملين أو مساعدي عاملين، يشغلون وظيفة في الكوادر الدائمة لمرفق عام تديره الدولة أو الإدارات العامة الأخرى.[3]

ب-التعريف القضائي

كما يعرف في القضاء بأن" الشخص الذي يساهم في عمل دائم في مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام وذلك عن شغله منصبا يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق ولا يهم بذلك طبيعة النشاط الذي يقوم به العامل هل هو مادي أم أو قانوني ولأمر تبنته في التدرج الإداري لكونه يتقاضى مرتبا أم لا.[4]

ج- تعريف الموظف العمومي في التشريع الجزائري

إن المشرع الجزائري نظم الوظيفة العمومية، بعدة نصوص قانونية تنظيمية، وكان آخرها الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، حيث لحسن سير الإدارة العمومية، تقوم السلطة التنفيذية بوضع ما تراه مناسب، ومن خلال المادة الرابعة من القانون الأساسي

---

[1]- علاء الدين عشي، مدخل للقانون الإداري،دار الهدى الطباعة والنشر،الجزائر،2012،ص205.

[2]- محمد يوسف المعداوي،دراسة في الوظيفة العامة في النظم المقارنة في التشريع الجزائري،الطبعة الثانية،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،1988، ص32.

[3]- محمد يوسف المعداوى،المرجع السابق،ص205.

[4]- محمد أنس قاسم جعفر،مذكرات في الوظيفة العامة،الطبعة الثانية،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزئر،1989 ص65.

للوظيفة العمومية نجد أن المشرع الجزائري حاول وضع تعريف للموظف العام.حيث نصت"يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري".[1]

ومن خلال هده التعاريف يمكن أن نخلص إلى مجموعة من الخصائص التي يجب أن تتوفر في الموظف العام وهي :

-أن يكون معين من طرف سلطة مختصة

-أن يكون هذا المرفق مدار من طرف أحد أشخاص القانون العام

-أن يعمل بصفة دائمة.

وعلى خلاف هذ التعريفات فإن القضاء الإداري الفرنسي، ابتكر نظرية سميت بنظرية الموظف الفعلي، والتي أصبحت تتداول في اجتهاداته القضائية.

المطلب الأول: نظرية الموظف الفعلي

الأصل أن الموظف الذي يمارس الوظيفة ويصدر قرارات هو الموظف الذي يشغل وظيفة طبقا لقرار صحيح من السلطة المختصة بالتعين ، ومكتملة فيه متطلبات شغل الوظيفة .

وبناءا على ذلك فإنه إذا صدر قرار من شخص ليس موظفا، أو صدر من موظف لم يكن قرار تعينه صحيحا ، أو أصدر بعد زوال الصفة الوظيفية عنه، فتعتبر هذه التصرفات منعدمة ، إلا أنه واستثناءا من ذلك واحتراما للظاهر، فإن الفقه والقضاء الإداريين قد اعترف بمشروعية هذه التصرفات من أجل ضمان استمرارية سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وأسس لذلك نظريه الظروف الموظف الفعلي والتي تعتد بصحة وسلامة تصرفات هذا الشخص الذي يقوم فعليا بدور الموظف على الرغم من انه لا يتمتع بهذه الصفة من الناحية القانونية والواقعية.

[1]- المادة 04 من الأمر 06-03، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، المؤرخ في15 يوليو2006،جريدة رسمية عدد46، سنة2006.

كما تهدف هذه النظرية إلي حماية حقوق الأشخاص المتعاملين مع الإدارة بحسن نية، حيث ان من واجبات الإدارة في الظروف الخاصة ان تتصرف بصورة تضمن فيها استمرارية المرافق العامة في تأدية الخدمات للمواطنين، فالموظف الفعلي هو الشخص الذي يمارس اختصاصا وظيفيا معينا بصورة فعلية بصفة موظف عاما دون ان تتوافر فيه الشروط اللازمة لشغل هذه الوظيفة، إما لعيب في قرار تعيينه، أو لعدم وجود قرار تعيين أصلا .

وأساس نظرية الموظف الفعلي، هو حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية ماريون حيث أجاز في هذا الحكم التصرفات الصادرة عن الإفراد العاديين في الظروف الاستثنائية، وذلك من اجل ضمان استمرار المرافق العامة.وقضى بصحة الإجراءات الصادرة عن اللجنة التي شكلها سكان الإقليم لتحل محا المجلس البلدي الذي فر أعضاءه بسبب الغزو الألماني، وان القرارات الصادرة عن اللجنة بالاستيلاء على البضائع والأغذية لضمان توفيرها للمواطنين صحيح وقانونية وكأنها صادرة عن السلطة الإدارية المختصة، وان أول تطبيق لهذه النظرية ثم في الظروف الاستثنائية، حيث عجزت السلطات الإدارية عن القيام بواجباتها.[1]

كما يمكن أن تطبق هذه النظرية في الظروف العادية، وذلك عند تكليف الموظفين بالعمل في المرافق العامة قبل صدور قرار تعيينهم، كما هو الحال بالنسبة لتعيين هيئة أعضاء التدريس في الجامعات الحكومية، حيث يباشر عمله في العادة قبل أن تكتمل إجراءات التعيين، نظرا لطول هذه الإجراءات واحتياجها إلي توصيات الأقسام الأكاديمية ومجالس الكليات ولجان التعيين والترقية.[2]

وعليه فقد استقر الفقه والقضاء الفرنسي على أن تصرفات الموظف الفعلي تعتبر سليمة رغم أنها صادرة عن أشخاص ليست لهم صفة الموظف العمومي وهذا سواء في الظروف العادي أو في الظروف الاستثنائية وهذا ماسا نراه من خلال هذين الفرعين.

[1]– مصلح ممدوح الصرايرة، المرجع السابق،ص338.

[2]– نواف كنعان، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص338.

الفرع الأول: نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية

لقد نجح القضاء الإداري الفرنسي في تأسيس قراراته بالاعتراف ببعض الأعمال الصادرة عن ما اصطلح على تسميتهم بالموظفين الواقعيين.

ولقد برر ما ذهب إليه بفكرة العمل الظاهر، فإذا صدر قرار بترقية شخص معين ونجم عن الترقية تغييرا في المهام وتبين فيما بعد أن أحد أسس الترقية غير متوفرة فإن أعماله تظل صحيحة منتجة لأثارها القانونية ، وذات الآثار تنطبق في حالة تفويض الرئيس الإداري لمرؤوسيه، إذا تبين وجود خطأ في التفويض.

وكان نتيجة اعتراف القضاء بهاته التصرفات هو المحافظة على ديمومة المرفق العام في تلبية حاجيات المواطنين، بالرغم من أن التطبيق الدقيق لقواعد المشروعية كان يقتضي عدم الاعتراف بصحة هذه التصرفات، لذا تم إقرار هذه النظرية من طرف القضاء باعتماده على فكرة الظاهر، وحماية المواطنين الذين تعاملوا مع هؤلاء الموظفين الظاهرين بحسن نية لعدم وضوح حقيقة أمرهم.وتسمى هذه الحالة، نظرية الموظف الظاهر.[1]

ويمكن ذكر بعض الحالات للموظف الظاهر منها:

– عدم تعيين الشخص في الوظيفة العامة بمعنى عدم تعين الشخص من السلطة التي لها صلاحيات التعين.

– بطلان تولي الموظف للوظيفة العامة وتكون هذه الحالة إذا تم تعيين أحد الأشخاص على نحوٍ غير قانوني في إحدى الوظائف العامة، ويقوم هذا الشخص بمزاولة اختصاصات هذه الوظيفة، فتبقى صفة الموظف عليه تأسيساً على فكرة الأوضاع الظاهرة.

– الاستمرار غير المشروع في ممارسة الوظيفة ، إذ قد يحدث أن يستمر الشخص في وظيفته ظاهرياً، فتعتبر الأعمال التي يقوم بها هذا الموظف مشروعة، ما لم تكن مشوبة بإحدى أوجه عدم المشروعية الأخرى، وذلك ضماناً لمصالح الغير حسن النية.[2]

---

[1]– عمار بوضياف ،المرجع السابق، ص346.

[2]– عبدالله منصور الشائبي، مجلة العلوم القانونية والشرعية،كلية القانون بالزاوية،جامعة الزاوية، ليبيا، دون سنة الطبع.

الفرع الثاني: نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية

تقضي نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية قيام شخص أو مجموعة من الأشخاص في حالات استثنائية كالحروب والكوارث بأعمال تنتج أثارها القانونية، رغم أنها صادرة عن شخص أو أشخاص لا يكتسبون صفة الموظف القانوني.

فقد يحدث أن يختفي أو يفر الموظفون الشرعيون بسب حرب أو فتنة أو اضطراب، تاركين أماكنهم شاغرة ومهام وظائفهم معطلة، فيحل محلهم في ممارسة اختصاصهم بعض الأفراد العاديين دون سند شرعي لتأمين سير المرفق العام.

وتعتبر تصرفاتهم صحيحة ومشروعة رغم أنهم ليسوا موظفين عموميين مختصين، وقد طبق القضاء الإداري الفرنسي هذه النظرية أثناء غزو فرنسا في الحرب العالمية الثانية فيما يتعلق بالأعمال الصادرة عن الحكومات الفعلية وموظفيها، فقد اعترف القضاء الفرنسي بمشروعية أعمالهم لممارسة السلطة وتسيير المرافق العامة وفقا لمبدأ الاستمرارية ، وبالتالي يكون الموظفون الذين عينتهم هذه الحكومة موظفون عموميون وتعتبر أعمالهم مشروعة وغير باطلة صادرة من موظفين مختصين.[1]

واعترف القضاء المصري بنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية فقضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها في 29 نوفمبر سنة 1964 بأن نظرية الموظف الفعلي لا تقوم إلا في الأحوال الاستثنائية البحتة، تحت إلحاح الحاجة للاستعانة بمن ينهضون بتسيير العمل في بعض الوظائف ضمانا لانتظام المرافق العامة وحرصا على تأدية خدماتها للمنتفعين بها باضطراد ودون توقف، وتحتم الظروف غير العادية أن تعهد جهة الإدارة إلى هؤلاء الموظفين بالخدمة العامة، إذ لا يتسع أمامها الوقت لإتباع أحكام الوظيفة في شأنهم.[2]

[1] – ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص358.

[2] – ماجد راغب الحلو، المرجع نفسه، ص359.

المطلب الثاني: تصرفات الموظف الفعلي وأهم التطبيقات القضائية

تعتبر تصرفات الموظف القانوني صحيحة ومنتجة لآثارها ما لم تكن مشوبة بعيب من عيوب المشروعية، وتطبق عليه أحكام قانون العقوبات في حالة ارتكابه جريمة من الجرائم الموجهة ضد الإدارة العامة كالرشوة والاختلاس ، أما منتحل الوظيفة فالأصل أنه لا يعتبر موظفا عموميا ولا تلتزم الإدارة بتصرفاته ولا تكون تصرفاته مع الأفراد ذات صبغة قانونية فهي في أغلبها باطلة ومعدومة، إلا إذا توافرت مظاهر جادة على شرعية شغل الوظيفة حماية للغير حسن النية ، ولذلك فهو لا يستفيد من مزايا الوظيفة العامة، ولا يخضع لأحكامها ولا يجوز له مطالبة الإدارة بما أنفقه لحسابها إلا على أساس الإثراء بلا سبب ويتعرض لعقوبات جنائية يقررها قانون العقوبات.

الفرع الأول:صحة تصرفات الموظف الفعلي

تعتبر تصرفات الموظف الفعلي صحيحة استنادا إلى مبدأ دوام واستمرارية المرافق العامة وحماية الغير حسن النية، فالحكم على بطلان تصرفات الموظف الفعلي قد يلحق ضررا جسيما بجمهور الأفراد المتعاملين مع الموظف الفعلي الذين اعتمدوا عن حسن نية على المظاهر الخارجية التي تؤكد على توافر صفة الموظف العمومي لهذا الشخص، ويبدو في أعين الكافة وكأنه يشغل وظيفته على نحو قانوني على خلاف الحقيقة.

بناء عليه يتعين احترام مصالحهم الناشئة عن التعامل مع هذا الموظف الفعلي، ذلك أنه يصعب عمليا على الأفراد التحقق من وجود مشروعية التأهيل القانوني الذي يتمتع به الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية التي يقتضيها سير المرافق العامة بلا توقف أو انقطاع، ويعد مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد ضرورة اجتماعية لا غنى عنها وهو الأساس للتنظيم السياسي والإداري، ومن أجل حماية مصلحة الغير حسن النية وصيانة مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد يتغاضى القضاء الإداري عن تطبيق القواعد القانونية المجردة

ويُصحح في مقابل ذلك تصرفات الموظف الفعلي، حيث تغطي نظرية الموظف الفعلي عيب عدم الاختصاص وحده دون عيوب عدم المشروعية الأخرى.[1]

الفرع الثاني:تطبيقات قضائية لنظرية الموظف الفعلي.

من المبادئ التي استقر عليه القضاء الإداري أن التصرفات التي يقوم بها الموظف الفعلي هي تصرفات سليمة، ومن بين أهم التطبيقات القضائية هو ما أصدره القضاء المصري في القضية التالية : مباشرة شخص وظيفة مدرس وإن لم يصدر قرار تعيينه من المسؤول المختص، وممارسة اختصاصاته ومَنْحِه المرتب المستحق من الوزارة يجد سنده في حاجة وزارة التربية لشغل هذه الوظيفة على الرغم من تأخر صدور قرار التعيين، ويُعد موظفا عاما لأنه يشغل عملا دائما في خدمة المرفق العام.

كما قضت محكمة العدل العليا الأردنية أن: القول بأن اللجنة المشكلة للتحقيق في الشكوى المقدمة ضد أحد موظفي البلدية بموجب المادة 17 من نظام موظفي البلديات لسنة 1955 هي لجنة غير قائمة وأن قرارها بالنسبة لذلك يُعد منعدما ، ذلك لأن الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا القاضي بأن تعيين هذه اللجنة كان غير قانوني قد صدر بعد صدور قرار اللجنة المطعون به.[2]

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في الظروف الاستثنائية في عدة مناسبات، منها حكمه الصادر في 5 مارس سنة 1948 في قضية ماريون (Marion) والتي تتلخص وقائعها في أن مجموعة من الأشخاص قاموا بتكوين لجنة لرعاية مصالح أحد الأقاليم، على إثر تعرض هذا الإقليم للغزو من قبل الجيش الألماني، والذي أدى إلى فرار أعضاء المجلس البلدي خوفا من الوقوع في أيدي سلطات الاحتلال، وقامت هذه اللجنة المشكلة بالاستيلاء على البضائع والأغذية لضمان توفيرها للمواطنين، وعلى إثر ذلك قام المذكور أعلاه وآخرون بالطعن

[1]– أ.عبد الله منصور الشائبي،المرجع السابق.

[2]– عمران يحيى أحمد أبو مسامح، مجلة القانون والأعمال، نظرية الموظف الفعلي ، متاح على المواقع droit tetentreprise.com، تاريخ الإطلاع: 15-05-2018، على الساعة،14:45.

في هذه القرارات الصادرة عن هذه اللجنة، مستندين على أن تصرفاتها لا تستند إلى أي أساس قانوني.

وكان رد مجلس الدولة الفرنسي على هذه الدعوى برفض هذا الطعن المقدم إليه رغم تسليمه بأن هذه اللجنة تشكل سلطة فعلية ليس لها أي صفة إدارية، وذلك استنادا إلى أن الظروف الاستثنائية التي نجمت عن هذا الغزو لهذا الإقليم من شأنها إضفاء طابع الضرورة والاستعجال على التصرفات التي قامت بها هذه اللجنة، مما يستتبع اعتبار هذه القرارات صحيحة وسليمة وقانونية وكأنها صادرة عن سلطة إدارية[1].

[1]–نواف كنعان،القانون الإداري،الكتاب الأول،المرجع السابق، ص344.

الخاتمة

الخاتمـــــة

مما لا شك فيه أن الضمانات التشريعية والقضائية لها أهمية كبرى في المحافظة على استمرارية المرافق العمومية العمومية بهدف تلبية الحاجات العامة بانتظام واطراد، هاته الضمانات هي عامل من عوامل استقرار الدول، حيث أنه ومن خلال هذه الضمانات يمكن اعتبار عامل الاستمرارية ركن مهم في المرافق العامة والتي من خلالها تعتبر المرافق العامة هي الركيزة الأساسية في الدولة.

ومن **النتائج** المتوصل إليها في هده الدراسة نذكر ما يلي:

– معظم الدساتير العالمية أقرت هاته الضمانات انطلاقا من تحقيق النفع العام بالرغم من تعارض هذه الضمانات القانونية والقضائية مع بعض الحقوق والحريات التي أقرتها الدساتير والقوانين لصالح الموظفين والعمال.

–في بعض الأحيان نجد هذه الضمانات قد أخلت بمبدأ المساواة بين الموظفين كالإضراب، ففي حالات نظمته وأقرته وفي حالات أخرى منعت طائفة من حق ممارسة الإضراب، وضمانا لاستمرارية المرافق العمومية في تأدية الخدمة، نجد جُل التشريعات الدولية وبالأخص في التشريع الجزائري تدخلت بكم هائل من النصوص القانونية وهذا من أجل تنظيم ممارسة حق الإضراب و تنظيم الاستقالة، وكذا حماية المال العام ، حيث خصه بحماية مدنية وحماية جنائية، وهذا لضمان استمرارية المرافق العمومية.

– كان للقضاء دور بارز في ديمومة المرافق العامة وهذا من خلال ابتكاره لنظرية الظروف الطارئة التي تعمل على إزالة الإرهاق الذي أصاب المتعاقد بالقدر الكافي، وكذا ابتكاره لنظرية الموظف الفعلي والتي من خلالها أجاز التصرفات التي يقوم بها هؤلاء الموظفين الفعلين.

وبناء على هذه النتائج يمكن تقديم جملة من **الاقتراحات** كما يلي:

- ضرورة إرفاق هذه الضمانات بالوعي الأخلاقي للقائمين على تسير المرافق العمومية وهذا من أجل القضاء على فكرة البايلك وسياسة اللامبالاة .
- رفع مستوى أداء الموظفين والعمال وهذا من خلال التكوين المستمر وغرس ثقافة الخدمة وروح المسؤولية، وهذا للحفاظ على ديمومة المرافق العامة.

- العمل على تحسين الظروف الاجتماعية والمهنية للعمال والموظفين، وهذا فيه ضمان وضع نصوص قانونية رادعة في مجال المحافظة على المال العام.
- تكثيف الدورات التكوينية للعمال والموظفين.
- استقطاب الكفاءات البشرية المؤهلة في علم الإدارة.
- تنظيم علاقة صاحب الامتياز مع المرتفقين.
- عصرنة جميع المرافق العمومية وهذا بتعميم نظام الرقمنة عليها.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا : التشريع الأساسي

أ/الدستور.

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، لسنة 1976 الصادر بموجب الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، الجريدة الرسمية العدد94، الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر 1976.

2. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب المرسوم 89-18 المؤرخ في 28 فبراير، الجريدة الرسمية العدد9، الصادرة بتاريخ 01 مارس 1989.

3. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ،المعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016 ، الجريدة الرسمية العدد،14المؤرخة في 07 مارس2016.

ب /القوانين.

1.الأمر 66-133، المؤرخ في 02 جوان 1966 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد46، الصادرة بتاريخ 08 جوان 1966.

2.الامر 66-156، المؤرخ في08يونيو،المعدل والمتمم المتضمن قانون العقوبات،الجريدة الرسميةالعدد49المؤرخة في11-06-1966المعدل والمتمم.

3.القانون المدني الجزائري، الصادر بموجب الأمر 75-58المؤرخ في20رمضان1395،الموافق26سبتمبر 1975المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد78،الصادرة فى30سبتمبر 1975.

4.القانون 88-01، المؤرخ في10ديسمبر 1988المتضمن تسير المؤسسات العمومية الاقتصادية،الجريدة الرسمية،العدد47.

5.الأمر 76-96 المؤرخ في 22 نوفمبر يتضمن إصدار دستور 1976، الجريدة الرسمية، العدد94، الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر 1976.

6.المرسوم الرئاسي 89-18 المؤرخ في 28 فبراير، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في إستفتاء 23 فبراير1989، الجريدة الرسمية، العدد9، الصادرة بتاريخ 01مارس1989.

7.القانون 90-02، المؤرخ في 07 فبراير1990، يتعلق بالوقاية من النزعات الجماعية فى العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب ،الجريدة الرسمية، العدد ستة ،الصادر في 07 فبراير1990.

8.القانون90-30المؤرخ في01ديسمبر 1990، المتعلق بالأملاك الوطنية الجريدة الرسمية العدد 52 ،المنشورة بتاريخ02ديسمبر 1990.

9. القانون91-27، المؤرخ في 21ديسمبر1991،الجريدة الرسمية رقم06، المؤرخة في06فبراير1990

10. الأمر 06-03، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، المؤرخ فى15 يوليو2006،الجريدة الرسمية العدد46، سنة2006.

11. القانون رقم11-10، مؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية.

12.

ثانيا : الكتب

1. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، طبعة الخامسة،ديوان المطبوعات الجامعية 2009.

2.سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري ،الكتاب الثالث، أموال لإدارة العامة وامتيازاتها،دار الفكر العربي القاهرة، 2007

3.علاء الدين العشي، مدخل القانون الإداري، الجزء الثاني، دارهما، عين مليلة، الجزائر،2010.

4.علاء الدين عشي، مدخل للقانون الإداري،دار الهدى الطباعة والنشر،الجزائر،2012.

5.عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري،الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2007.

6.عمار عوابدى، القانون الإداري ،الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، 2000.

7. لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجد للنشر والتوزيع الجزائر ،2007.

8.ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، داتية القانون الإداري، المركزية واللامركزية الأموال العامة، الموظف العام المرافق العامة، الضبط الإداري، القرار الإداري، العقد الإداري، السلطة التقديرية، التقيد المباشر، نزع الملكية العامة، التحكيم الاداري، الحجز الإداري، دار الجامعة الجديدة، الازاريطة،2008.

9. محمد الصغير بعلي ،القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع ،عنابه، 2004.

10. محمد أنس قاسم جعفر،مذكرات في الوظيفة العامة،الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،1989.

11. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، طبيعة القانون الإداري، التنظيم الإداري، الموظفون العموميون أموال الإدارة، دار الجامعة الجديدة، الازاريطة،2009

12. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة دراسة مقارنة فى، القوانين العربية ،الطبعة الرابعة 2009، دار الهدى عين مليلة، الجزائر.

13. محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، دار زهرا ن، الأزهر ،مصر ،1987.

14. محمد فاروق عبد الحميد، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،1988.

15. محمد يوسف المعداوي، دراسة في الوظيفة العامة في النظم المقارنة في التشريع الجزائري الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،1988.

16. نواف كنعان، القانون، الإداري الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان.

17. نواف كنعان، قانون إداري كتاب الثاني، الطبعة الأولى، الإصدار السابع2010،دار الثقافة النشر والتوزيع.

18. هيثم غانم جبر المحمودى، حق الإضراب بين الحضر والإباحة ،دراسة مقارنة،، دار الفكر و القانون، مصر، الطبعة الأولى، 2016.

ثالثا:المقالات

1.عبد الله منصور الشائبي" نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر بين الفقه والقضاء"،مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد الثامن، كلية القانون بالزاوية،جامعة الزاوية، ليبيا.دون سنة النشر.

2.عمران يحيى احمد أبو مسامح ، " نظرية الموظف الفعلي "مجلة القانون والأعمال،على المواقع www.droit tetentreprise.com.

3.محفوظ عبد القادر، "مبدأ استمرارية سير المرافق العمومية بإنتظام وإطراد و تطبيقاته في التشريع الجزائري"مجلة القانون والأعمال على الموقع www.droit tetentreprise.com

رابعا : مذكرات التخرج

1. بارة زيتوني، عقد الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاة الدفعة السابعة عشر، المدرسة العليا للقضاة الجزائر، 2009/2006

خامسا: القواميس

1. فيروز ابادى مجد الدين ابو طاهر بن يعقوب، القاموس المحيط تحقيق مكتب الثرات في مؤسسة الرسالة والطباعة والنشر، إشراف نعيم العرفسوسى، بيروت لبنان، الطبعة الثامنة 2005.

الفهرس

الفهرس

الشكر

الإهداء

مقدمة.....1-4

الفصل الأول: الضمانات التشريعية.....6

المبحث الأول: إلتزام الإدارة والمتعهد بسير المرفق العام بإنتظام وإطراد.....7

المطلب الأول: ضمان الإدارة استمرار سير المرفق العام..... 7

الفرع الأول: تسيير المرفق العام وفقا للاستغلال المباشر.....7

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الاستغلال المباشر..... 9

المطلب الثاني إلتزام التعهد بدوام سير المرفق العام.....9

الفرع الأول: التعريف التشريعي لعقد الإمتياز.....9

الفرع الثاني: تعريف الفقهي.....10

المبحث الثاني: إلتزام الموظفين بضمان سير المرفق بإنتظام.....12

المطلب الأول: مفهوم الإضراب.....12

الفرع الأول: تقيد حق الإضراب.....12

الفرع الثاني: الشروط الإجرائية لممارسة حق الإضراب.....17

المطلب الثاني: تنظيم الاستقالة.....17

الفرع الأول: إلزام الموظفين بالإستمرار في أداء الخدمة.....20

الفرع الثاني: ضوابط ممارسة حق الاستقالة.....20

المبحث الثالث: الآليات القانونية لحماية الأموال العامة.....21

المطلب الأول: مفهوم الأموال العامة.....21

الفرع الأول: تعريف الأموال العامة.....22

الفرع الثاني: تمييز الأموال العامة على الأموال الخاصة.....23

المطلب الثاني: الحماية المدنية والجزائرية للأموال العامة لضمان استمرارية المرفق العام 24

الفرع الأول: الحماية المدنية للمال العام.....24

الفرع الثاني الحماية الجزائية للأموال العامة.....25

الفصل الثاني: الضمانات القضائية

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لدوام سير المرفق العام بإنتظام وإطراد.....28

المبحث الأول: نظرية الظروف الطارئة.....28

المطلب الأول:مفهوم نظرية الظروف الطارئة.....29

الفرع الأول:تعريف نظرية الظروف الطارئة 30

الفرع الثاني:نظرية الظروف الطارئة في التشريع الجزائري.....31

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.....32

الفرع الأول:أثر نظرية الظروف الطارئة.....33

الفرع الثاني:تطبيقات نظرية الظروف الطارئة.....34

المبحث الثاني:نظرية الموظف الفعلي.....35

المطلب الأول: نظرية الموظف الفعلي.....35

المطلب الثاني:تعريف نظرية الموظف الفعلي.....37

الفرع الأول: نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية.....39

الفرع الثاني: نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية.....40

المطلب الثاني: تصرفات الموظف الفعلي وأهم التطبيقات القضائية.....41

الفرع الأول:صحة تصرفات الموظف الفعلي.....41

الفرع الثاني:تطبيقات قضائية لنظرية الموظف الفعلي.....42

خاتمة.....45

قائمة المراجع

فهر المحتويات

ملحق تصحيح الأخطاء