



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

جامعة غرداية



ضمانات سير المرفق العام

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات لنيل شهادة ماستر أكاديمي في مسار

الحقوق تخصص قانون اداري

تحت إشراف:

د/ سيدي عمر محمد

إعداد الطالبين:

يوسف الطيب

مصباح وفاء

اللجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الصفة
طواهرية أحلام	رئيساً
لشقر مبروك	مناقشاً
بن عودة مصطفى	مناقشاً
سيد عمر محمد	مشرفاً ومقرراً

السنة الجامعية: 1438هـ - 1439هـ / 2017م - 2018م

قائمة المختصرات

قانون المدني الفرنسي	ق.م.ف:
قانون المدني الجزائري	ق.م.ج:
المادة	م:
الصفحة	ص:
الجريدة الرسمية	ج.ر:
بدون طبعة	د.ط:
دون تاريخ نشر	د.ت.ن:
دون مكان نشر	د.م.ن:
دون سنة نشر	د.س.ن:
دون عدد	د.ع:

الاهداء

إلى من اشتاقت إليه القلوب وتاقت لرؤيته العيون إلى معلم الأمة ورحمة الله للبشرية رسول الله صلى الله عليه وسلم واله وصحبه ومن والاه.

إلى من أفنت عمرها لأجلي حملتني ثقلا ووضعتني كرها وأرضعتني حبا إلى حكمتي وعلمي وأدبي ينبوع الصبر والتفاؤل والأمل "أمي الغالية"

إلى زوجتي وأولادي وكل إخوتي وأخواتي وزوجات إخوتي وأزواج أخواتي وأولادهم

إلى من أتمنى أن اذكركم إذا ذكروني إلى من لم تسعهم مذكرتي وسعتهم ذاكرتي

إلى من كان لي سندا وعونا اهدي ثمرة جهدي إلى كل ساع في خدمة العلم ابتغاء وجه الله سبحانه

وتعالى ونرجو أن يتقبل هذا العمل بقبول حسنا.

يوسف الطيب

الاهداء

إلى من اشتاقت إليه القلوب وتاقت لرؤيته العيون إلى معلم الأمة ورحمة الله للبشرية رسول الله صلى الله عليه وسلم واله وصحبه ومن والاه.

إلى من احمل اسمه بكل فخرا إلى من جرع الكأس فارغا لي سقني قطرة حب إلى من كلت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم إلى القلب الكبير "والدي العزيز

"

إلى من أفنت عمرها لأجلي حملتني ثقلا ووضعتني كرها وأرضعتني حبا إلى حكمتي وعلمي وأدبي ينبوع الصبر والتفائل والأمل "أمي الغالية "

إلى كل إخوتي وأخواتي وزوجات إخوتي وأزواج أخواتي وأولادهم

إلى من أتمنى أن اذكرهم إذا ذكروني إلى من لم تسعهم مذكرتي وسعتهم ذاكرتي

إلى من كان لي سندا وعونا اهدي ثمرة جهدي إلى كل ساع في خدمة العلم ابتغاء وجه الله سبحانه وتعالى ونرجو أن يتقبل هذا العمل بقبول حسنا.

مصباح وفاء

كلمة الشكر والتقدير

" وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب "

الحمد لله الذي بذكره تطمئن القلوب، و تنير به القلوب، وبرحمته تغفر الذنوب،

وبعفوه تستتر

العيوب، والصلاة والسلام على المنارة المهداة سيد المرسلين وخاتم النبيين محمد

عليه أفضل

الصلاة والسلام.

و إنطلاقاً من قوله " ﷺ من لم يشكر الناس لم يشكر الله " فإنني:

أخص بالشكر الجزيل سيد عمر محمد والدكتور فروحات سعيد وكافة أساتذة كلية

الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق

وإسداء التوجيه والنصح بإخلاص راجيتا من المولى أن يوفقهم كما لا أنسى أن أتقدم

بالشكر الجزيل لكافة الطاقم الإداري بجامعة غرداية

المقدمة

بعدما كانت الدولة قديما دولة حارسة تهتم بشؤون معينة ومحددة تملئها الظروف المفروضة عليها منذ نشأتها وهي في تغير مستمر مع اتساع رقعتها وازدياد سكانها مما أدى إلى تطور العلاقات بين الأفراد وهذا ما أدى إلى تدخل الدولة وأصبحت دولة متداخلة تتدخل في حياة الأفراد وذلك بقيامها بأداء العديد من الخدمات لتحقيق المصلحة العامة.

وتدخل الدولة للقيام بأداء هذه الخدمات يتخذ في أغلبيته صورة المرفق العام الذي أصبح بمثابة الوظيفة الرئيسية للدولة التي تتسع كلما نقص النشاط الفردي في الدولة فالمرفق العام عد من المفاهيم الأساسية في القانون الإداري وفي نظر هذه المدرسة القانون الإداري هو قانون المرفق العام والدولة 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 يضمن تحقيق اهدافها.

فالمرفق العام يخضع لمجموعة من القواعد الأساسية التي تملئها الاعتبارات العلمية والعدالة الاجتماعية قبل كل شيء ونظرا لاختلاف طبيعة نشاط المرافق العامة وبالتالي اختلاف طرق ادارتها أصبح من الصعب سن قانون واحد يحكم المرافق جميعا غير ان ذلك لم يمنع من اخضاع كل المرافق لمبادئ معينة اتفق الفقه والقضاء بشأنها.

ويعتبر مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد أهم المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة، وهذا المبدأ من صنع مجلس الدولة الفرنسي وكان للفقهاء زولان السبق الأول في استخلاصه من أحكام مجلس الدولة الفرنسي. و يقضي هذا المبدأ على ضرورة تسيير مرافق الدولة بانتظام دون توقف أو انقطاع في تقديم الخدمات الأساسية للجمهور وإشباع حاجاته العامة. وبذلك فإن حدوث أي انقطاع أو تعطيل في سير أي مرفق من المرافق العامة يترتب عليه حدوث اضطراب وإلحاق أضرار تمس الأفراد ذلك أن هؤلاء الأفراد لن يتصوروا توقف مرفق سونلغاز مثلا عن أداء خدماته المتمثلة في تزويد السكان بالكهرباء فادا أرادت سونلغاز القيام بأشغال معينة وقطع

التيار لمدة معينة وجب أن تعلن الجمهور بذلك وكذا الحال بالنسبة لمؤسسة توزيع المياه حيث يعتبر مبدأ الاستمرارية أكثر المبادئ وزناً لأن القضاء الإداري كثيراً ما اعتمد عليه¹.

وبهذا لن يكون المرفق قد حقق الغاية والهدف الذي وجد من اجله وهو تحقيق الخدمات الأساسية للمواطنين إذا ما أصاب هذا المرفق توقف أو انقطاع عند قيامه بعمله اتجاه الأفراد.

وبالتالي تعين على المشرع بغرض تحقيق المقصد العام وهو استمرارية نشاط المرفق العام وقيامه بخدماته المنوطة به ان يعد من الآليات القانونية ما يضمن اداء الخدمة وتواترها بانتظام واطراد وعدم انقطاعها².

أن نشاط المرفق العام ضروري لحياة الأفراد ولا ينبغي أن ينقطع لما يزرع عن توقفه من عواقب وخيمة على حياة المجتمع وكما يقال ((الاستمرارية من روح المرفق العام)).

إن لمبدأ سير المرفق العام أهمية بالغة و قصوى فالدولة تعمل على ضمان الاستمرارية دون توقف أو انقطاع في تقديم الخدمات للجمهور و إشباع حاجيات المواطن، وإن أي انقطاع أو تعطيل في سير أي مرفق من المرافق العامة، يترتب عليه حدوث هزات و اضطرابات و أضرار تمس الأفراد .

¹ - نصت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 280/95 المؤرخ في 17/09/1995المتضمن القانون الأساسي للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري سونلغاز ما يلي تلتزم مؤسسة سونلغاز بتقديم الطاقة الكهربائية والغازية باستمرار فيما عد الانقطاعات التي من شأنها ان تحدث إثر حوادث او رداءة طقس او قوة قاهرة....

² - الجرف طعيمة مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون. دار النهضة العربية. القاهرة 1978.ص259

وهنا يكون المرفق العام قد حقق الغاية والهدف الذي وجد من أجله و هو تحقيق الخدمة و إشباع حاجيات المواطن. ومن تم وجب على الدولة العمل جاهدة على ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراء حفاظا على النظام العام.

ويعود أسباب اختيارنا للموضوع لنوعين من الأسباب ذاتية وأخرى عملية موضوعية فأما الأسباب الذاتية فيعود اختيارنا لهذا الموضوع إلى رغبتنا وميولنا للبحث فيه ودراسته والمساهمة ولو بجزء بسيط فبإثراء المكتبة القانونية.

أما من الناحية الموضوعية فأغلبها تتلخص فيما يطرحه الموضوع من إشكالية قانونية سنحاول طرحها ومناقشتها والإجابة عليها، والتي تشكل سببا قويا وكافيا لاختيار الموضوع إضافة إلى ما لمسناه من أهمية وضرورة وجود المرافق العام في حياة الأفراد وتأثيرها عليهم في حالات معينة ومدى انعكاسها على حقوق الأفراد من جهة وحررياتهم، وهذا بتقييد وضبط هذه الحقوق في أطر وقواعد نظمها القانون من أجل هدف واحد وهو استمراريتها في العمل بانتظام واطراد.

كما أن دوافع أخرى كان لها الأثر في اختيار الموضوع والتي تنطلق من نقص الكتابات في هذا الموضوع خاصة الجزائرية منها.

ويكتسب هذا البحث أهمية بالغة نظرا لاعتبار أن المرافق العامة تؤدي دورا كبيرا داخل المجتمع وذلك بإشباع الحاجات العامة والأساسية للأفراد وان ارتباط المرفق العام بالصالح العام للمجتمع ككل كان لا بد من تنظيم وأحكام نشاطه بما يضمن له الاستمرار والاطراد في سيره وحسن إدارته.

لذلك تهدف هذه الدراسة إلى تجسيد قاعدة دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد في التشريع الجزائري اد تعد هذه القاعدة من أهم القواعد التي تحكم سير المرفق العام سواء كانت اقتصادية ام إدارية وتستند إلى أهمية الخدمات التي تؤديها المرافق العامة ومدى جسامة الأضرار التي

تصيب الدولة والأفراد جراء توقف مرفق ما أو تعطله. وهذا بوضع جملة من الضمانات القضائية والتشريعية كتنظيم ممارسة حق الإضراب وتنظيم ممارسة حق الاستقالة وسن قواعد خاصة لحماية المال المرفق العام بالإضافة إلى ضمانات أخرى كنظرية الظروف الطارئة والموظف الفعلي .

بعد بحثنا في هذا الموضوع فإن أبرز الدراسات السابقة التي اطلعنا عليها هناك

-عالية فجرة قامت بدراسة بعنوان مبدأ دوام وسير المرفق العام بانتظام واطراد جامعة بسكرة 2012-2013 وهدفت هذه الدراسة إلى الوقوف على أهم النقاط التي تضمن السير الحسن للمرفق العام وإبراز دور كل من القضاء والمشرع في ضمان السير الحسن للمرفق العام بانتظام واطراد والتوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة بإبراز أهم حقوق الموظف وتقييدها بشروط ضابطة لها.

وككل باحث هناك صعوبات واجهتنا باعتبار أن الزمن يعتبر معطى أساسيا في إعداد البحوث والمذكرات الأكاديمية فإننا بدلنا كل جهد متاح لإنهاء هذه المذكرة في الوقت المحدد لذلك رغم قلة المراجع المفصلة وكذا ضيق الوقت الذي لا يسمح بإيفاء الدراسة حقها وهذه الصعوبات قد تم التغلب عليها بهدف الوصول إلى دراسة شاملة وكاملة للموضوع.

ومن خلال أهمية الموضوع طرحنا الإشكالية التالية:

ما مدى فعالية الضمانات القانونية والقضائية لسير المرفق العامة؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة الفرعية:

- ما هو الإطار القانوني للمرفق العام في التشريع الجزائري؟ وفيما تتمثل طرق إدارته؟

-كيف نظم القانون حق الاستقالة وحق الإضراب من أجل ضمان سير المرفق العام؟

-هل ضمان سيرورة المرفق العام تتطلب تقييد من بعض الحقوق؟

المنهج المتبع هو المنهج التحليلي الذي يعتبر طريقة من الطرق المرتبطة بالظواهر الإنسانية لبحث أكاديمي يتميز بأسلوبه العلمي والتحليلي وذلك في تحليلنا لبعض النقاط والقوانين والنصوص التشريعية، كما أننا تطرقنا كذلك إلى المنهج المقارن وذلك بالمقارنة بين بعض المواد في التشريع الجزائري وغيره من القوانين المختلفة.

وللإجابة على هذه الإشكالية الرئيسية للموضوع التي ينبثق عنها تساؤلات قمنا بتقسيم الدراسة إلى مقدمة وفصلين وخاتمة فخصصنا الفصل لدراسة الاطار المفاهيمي للمرفق العام وذلك من خلال تقسيمه الى مبحثين بينا في المبحث الأول مفهوم المرفق العام وتطرقنا من خلاله الى تعريف المرفق العام وأنواعه بالإضافة الى طرق إدارة المرافق العامة كما درسنا في المبحث الثاني النظام القانوني للمرافق العامة في الجزائر حيث تطرقنا أنماط النظم القانونية التي تحكم وتحدد المرافق العامة والسلطات المختصة في عملية تنظيم المرافق العامة بالإضافة الى المبادئ القانونية التي تحكم وتنظم المرافق العامة .

كما تطرقنا في الفصل الثاني إلى أسس ضمانات سير المرافق العامة وذلك من خلال تقسيمه إلى مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول إلى الضمانات التشريعية التي صنعها المشرع وهي تقييد حق الإضراب وتنظيم حق الاستقالة وبالإضافة إلى قاعدة عدم الحجز على أموال المرفق العام وتناولنا في المبحث الثاني إلى أهم الضمانات القضائية التي هي من صنع القضاء وتتمثل في نظرية الظروف الطارئة ونظرية الموظف الفعلي.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للمرافق العامة

تعد المرافق العامة جوهر نشاط الحكومة في أي دولة وتعتبر من المواضيع الهامة في مجال القانون الإداري وهي المظهر الإيجابي لنشاط الإدارة سواء بإداراتها بنفسها أو تحت رقابتها أو إشرافها أو ثم إسناده إلى هيئات أخرى لممارسته، تسعى من خلاله إلى إشباع حاجيات العامة وتحقيق النفع العام. وهذه الأخيرة تؤكد أهمية المرفق العام الذي أوجد الأساس القانوني لنظريات كبرى في القانون الإداري كالعقود الإدارية والأموال العامة، والوظيفة العامة.

وبناء على ما سبق تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين تضمن

- المبحث الأول مفهوم المرافق العامة
- المبحث الثاني النظام القانوني للمرافق العامة في الجزائر

المبحث الأول: مفهوم المرفق العام

تعد المرافق العامة من المواضيع الهامة في مجال القانون الإداري وتحديد اختصاص القانون الإداري، ورغم الاختلاف القائم بين الفقهاء في تعريفه إلا أنه يمكن تعريفه من زاويتين الأولى شكلية والثانية موضوعية، فالمعيار الشكلي يقوم على اعتبار المرفق العام منظمة تديره الإدارة أما المعيار الموضوعي فيرتبط بطبيعة النشاط وهذه التعاريف في مجملها تشترك في أهم العناصر التي تقوم عليها المرافق العامة. وعليه يتطلب منا تحديد مفهوم المرفق العام تعريفه في المطلب الأول أما المطلب الثاني يتضمن أنواعه وفي المطلب الثالث تطرقنا إلى طرق إدارة المرفق العام.

المطلب الأول: تعريف المرفق العام

المرافق العامة بوجه عام هي مشروعات تنشؤها الدولة وتديرها السلطة التنفيذية أو الإدارة بهدف تحقيق الحاجات العامة للأفراد كالصحة والتعليم... أما تنظيم وإدارة المرافق العامة هي الوظيفة الأساسية للإدارة أو السلطة التنفيذية بفروعها ولا شك أن المرافق العامة وتأمينها لأداء الحاجات المرجوة منها وظيفة أساسية بدونها لا توجد الدولة حتى ولو كانت تدين بفلسفة المذهب الاقتصادي الحر¹

وفي تعريف المرفق العام ذهب البعض إلى التركيز على المعيار الشكلي أو العضوي فالمرفق العام وفق هذا المعيار يختلط بالهيئة الإدارية العامة ذاتها، فهو كل منظمة إدارية أو مصلحة عامة أو وزارة تقوم بنشاط يستهدف تحقيق منفعة عامة للمواطنين.

¹ عبد الفتاح ابو الليل، الوجيز في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص177

واتجه جانب آخر من الفقه إلى التركيز على المعيار الموضوعي أو المادي وهو يهتم فقط بطبيعة النشاط ذاته، فيكون المرفق العام طبقاً لهذا المعيار كل نشاط أو مشروع يستهدف تحقيق المنفعة العامة دون النظر إلى المنظمة أو الهيئة التي تتولاه.¹

الفرع الأول: المعيار العضوي أو الشكلي

يعطي أنصار المدلول العضوي أهمية خاصة في تعريف المرفق العام لعنصر السلطة العامة فقد عرف المرفق العام بأنه منظمة عامة تباشر قدراً معيناً من السلطات والاختصاصات التي تكفل وتضمن لها إشباع حاجة جماعية على نحو منتظم ومطرد، لذا أنه يشترط لاعتبار نشاط معين مرفقاً عام أن يتولاه شخص معنوي عام بهذا فتحقيق منفعة عامة للأفراد وإن المرفق العام أيضاً صورة من صور النشاط الإداري يتولى بمقتضاه شخص معنوي عام إشباع حاجة جماعية.

ويقصد بالمرفق العام تبعاً لهذا المعيار أنه كل منظمة عامة تنشئها الدولة وتخضع لإدارتها بقصد تحقيق حاجات الصالح العام، ومن هنا جاز اعتبار كل من مرفق القضاء والأمن وغيرها مرافق عامة لأنها منظمات أنشأتها الدولة بغرض أداء خدمة للمواطن.²

ويتصف هذا المعنى بالشمولية والإطلاق حتى أن الدكتور أحمد محيو قال عنه يقصد بالمرفق العام تبعاً لهذا المفهوم الإدارة بالشكل العام.

¹ محمد الصغير بعلي، الوجيز في القانون الإداري، دار العلوم النشر والتوزيع، عنابة، 2002، ص 205

² حماد محمد شطاء تطور وظيفة الدولة - المرافق العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر: 1984، ص 45

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي (المادي)

يعطي أنصار هذا المدلول المادي عند تعريف المرفق العام أهمية خاصة لعنصر النشاط نفسه وما ينطوي عليه من نفع عام فقد عرف دوجي المرفق العام بأنه عبارة عن نشاط ينظمه ويتولاه ويشرف عليه الحكام لأن اصطلاحهم يأمر هذا النشاط ضروري لتحقيق التضامن الاجتماعي وتطوره بحيث لا يمكن تحقيقه على أكمل وجه إلا بتدخل السلطة الحاكمة.¹

وقد أشار أحمد محيو بقوله أن مفهوم المرفق العام ليس ولا يمكن أن يكون مفهوما قانونيا محردا وحياديا، وليس له معنى إلا في ضوء محتواه والغايات الاقتصادية والاجتماعية التي استندت له والتي يجب تحديدها مسبقا قبل إعداد النظام القانوني للمرفق وتعيين الجهة المؤهلة لإحداث هذا المرفق أو ذلك.²

أما الرأي الراجح فقد اتجه إلى الجمع بين المعيارين الشكلي والموضوعي لتعريف المرفق العام .

ففي الفقه الفرنسي نجد ليون ديغي عرف المرفق العام على أنه نشاط يتحتم على السلطة القيام به لتحقيق التضامن الاجتماعي

كما عرفه عبد ربه عبد الصمد على أنه كل نشاط تقوم به الإدارة العامة أو تعهد به لأحد الأفراد لتولى إدارته تحت إشرافها ورقابتها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور وعلى وجه منظم ومطرد.³

¹ علي خطار شنطاوي ، القانون الإداري الأردني - نشاط الادارة العامة ، ط1، دار وائل لنشر والتوزيع ، الاردن : 2009 ص220

² احمد محيو ،محاضرات في المؤسسات الادارية ، ترجمة محمد اعراب ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر : 1996 ص 435

³ عمار عوايدي ، القانون الإداري - النشاط الاداري ، طه، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية ، 2007، ص 79

أما الدكتور عوابدي فقد عرفه بأنه كل مشروع تديره الدولة بنفسها أو تحت إشرافها لإشباع الحاجات العامة بما يحقق المصلحة العامة.

المطلب الثاني: أنواع المرافق العامة

تتنوع و تنقسم المرافق العامة إلى عدة تقسيمات وأنواع وفقاً للزاوية التي ينظر منها ، فيمكن تقسيم المرافق العامة من حيث طبيعة أو موضوع نشاطها إلى مرافق عامة إدارية أو اجتماعية أو اقتصادية أو مهنية أو نقابية ، كما يمكن تقسيمها على أساس إقليمي إلى مرافق عامة مركزية وطنية أو محلية كما يمكن تقسيمها من حيث مدى وجوب إنشائها أو عدم وجوب إنشائها إلى مرافق عامة إجبارية ومرافق عامة اختيارية (وسوف يتم التعرض لأنواع المرافق العامة وفقاً لهذه التقسيمات المختلفة بصورة موجزة ومركزة من خلال الفروع التالية).

الفرع الأول: تقسيم المرافق العامة من حيث طبيعة نشاطها:

من هذه الزاوية يمكن تقسيم المرافق إلى مرافق إدارية وأخرى اقتصادية ومرافق ثقافية وأخرى مهنية.

أولاً-المرافق الإدارية: وهي المرافق التي تؤدي الخدمات المرفقية التقليدية وقد لازمت الدولة منذ زمن طويل وعلى رأسها مرفق الدفاع والأمن والقضاء ثم مرفق الصحة والتعليم. وهذه المرافق عادة ما تنسم بارتباطها بالجانب السيادي للدولة الأمر الذي يفرض قيامها بهذه النشاطات وألا تعهد بها للأفراد لما في ذلك من خطورة كبيرة.

ورغم قدم هذا النوع من المرافق إلا أن الفقه لم يهتدي لوضع معيار يمكن توظيفه والاعتماد عليه لمعرفة هذا النوع من المرافق على الأقل. وتكمن صعوبة وضع معيار في اختلاف نشاطات المرافق ذات الطابع الإداري. لذلك ذهب بعض الفقهاء إلى القول إن المرافق الإدارية هي مجموعة

المرافق التي لا تدخل في عداد بقية أنواع المرافق الأخرى وهو ما أطلق عليه بالتحديد السلبي للمرافق¹.

وتتميز المرافق الإدارية في غالبيتها بأي نشاطها لا يستهوي الأفراد فلا يتصور أن يبادروا إلى إنشاء مرفق للأمن أو القضاء فهذا النوع من النشاط دون غيره يجب أن يلحق بالدولة ويدعم ماليا من قبلها ويسير أيضا من جانبها بصفة مباشرة. ولا يمكن لدولة أن ترفع يدها عن هذا النوع من النشاطات لأنها تدخل ضمن وظيفتها الطبيعية أو واجباتها اتجاه الأفراد . ولقد أحسن محمد سليمان الطماوي الوصف عندما قال إن هذا النوع من المرافق شيد على أساسه نظريات القانون الإداري الحديث².

ثانيا -المرافق العامة المهنية أو النقابية: هي تلك المرافق التي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري، وتتخذ صورة أو هيئة النقابة. وهي الأشخاص المرفقية التي يكون موضوعها رقابة وتوجيه النشاط المهني وقد منح لها القانون بعض حقوق وامتيازات السلطة العامة بهدف تنظيم المهنة ورعاية مصالح أعضائها، في الأصل أن مهام السلطة الإدارية تنظم المهن والنشاط الخاص بنفسها غير أن غالبية الدول تفضل ترك هذه المهمة لأبناء المهنة ويدير أمورهم هم أبناؤها³.

ومثال هذه النقابات في الجزائر منظمة المحامين التي يحكمها القانون رقم 07-13 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013⁴.

¹فؤاد مهنا ومبادئ وأحكام القانون الإداري، مؤسسة شباب الجامعة د.ط، الإسكندرية، 1980، ص 263.

²محمد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، الجزء الثاني، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1979، ص38.

³بغداد كمال، النظام القانوني للمؤسسة العامة المهنية في الجزائر). رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص23.

⁴قانون رقم 07 / 13 المنظم لمهنة المحاماة ، المؤرخ في 29/10/2013 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 55 بتاريخ 2013/10/30.

ورجوعاً للمادة 04 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة القرار المؤرخ بتاريخ 2015/12/19 يتضمن الموافقة على النظام الداخلي لمهنة المحاماة نجدها قد فرضت التسجيل بالنسبة للمحامين في جدول المنظمة.

ولقد أخضع المشرع الجزائري بعض المرافق المهنية كالمنظمة الوطنية للمحامين فيما يتعلق بمنازعاتها لجهة القضاء الإداري سواء فيما يشمل المنازعات الناتجة عن التسجيل في المهنة¹ أو أي منازعة أخرى. ولا ينبغي أن يفهم من أن إخضاع المرافق المهنية لاختصاص القضاء الإداري يعني تغيير طبيعتها أو اعتبارها هياكل التسيير على مستوى المنظمة هي الأخرى مرافق إدارية إذ يظل المرفق مهنيًا ولو خضع لاختصاص القضاء الإداري داخل الدولة².

ثالثاً - المرافق الاقتصادية:

وهي مرافق حديثة النشأة نسبيًا تسبب فيها التطور الاقتصادي وظهور الفكر الاشتراكي مما دفع بالدولة إلى ممارسة نشاطات كانت في أصلها معهودة للأفراد، ومثال هذا النوع من المرافق المؤسسات الصناعية والتجارية. وإذا كان الفقه قد أجمع كما رأينا على إخضاع المرافق الإدارية لقواعد القانون العام، فإن الأمر لم يكن كذلك بالنسبة للمرافق الاقتصادية خاصة وقد ثبت ميدانياً إن المرافق الإدارية يتسم عملها بالبطء وإجراءاتها معقدة وتكاليفها باهظة، وهذه الآليات لا تساعد المرافق الاقتصادية التي تحتاج إلى أن تحرر أكثر وتخضع لإجراءات يسيرة يفرضها مبدأ المنافسة.

إن الحقيقة التي لا يمكن إنكارها أن المرافق الاقتصادية إن خضعت لآليات القانون العام جملة، فإنها ستلقى منافسة شديدة من جانب المؤسسات الخاصة ولربما يؤدي إلى زوالها مع

¹ ينظر قرار مجلس الدولة رقم 204658 الغرفة الخامسة بتاريخ 10 جويلية 2000 منشور بمجلة مجلس الدولة العدد الأول، ص 111.

² عمار بوضياف محاضرات في النشاط الإداري، قسم القانون العام، الأكاديمية العربية المفتوحة، الدانمارك، ص 27-28.

مرور الوقت، لذلك اتجه الرأي الحديث في القانون الإداري وقضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى تحرير المرافق الصناعية من قيود القانون العام¹. ولقد اختلف الفقه حول تحديد المعيار الذي يميز المرافق الاقتصادية الصناعية والتجارية عن المرافق الإدارية.

فذهب رأي إلى أنه يمكن التمييز بين المرافق العامة الاقتصادية والمرافق العامة الإدارية على أساس نوعية النظام القانوني الذي يخضع له المرفق، ويستخدمه في إدارته، فإذا كان خاضعا لأساليب القانون العام وحدها كان مرفقا إداريا، أما إذا كان خاضعا للأسلوب القانون العام والقانون الخاص معا، فهو مرفق اقتصادي.

وذهب رأي آخر إلى أن الطابع المميز لهذه المرافق ينحصر في أن غرضها الأساسي أن تكون مصدر إيرادات للإدارة².

وذهب رأي ثالث إلى التفرقة بين هذين النوعين من المرافق، على أساس شكل المشروع أو مظهره الخارجي، فإذا أدير المشروع بواسطة شركة كان مرفقا اقتصاديا، أما إذا كان يدار بواسطة سلطة عامة كان مرفقا عاما إداريا.

أما الرأي الراجح في الفقه فيأخذ بمعيار يقوم على أساس النظر إلى طبيعة النشاط الذي يزاوله المرفق العام، فلا يكون هذا الأخير مرفقا اقتصاديا إلا إذا كان يباشر نشاطا تجاريا، وفقا للتعريف المنصوص عليه في القانون التجاري للأعمال التجارية.

أما بالنسبة للنظام القانوني الذي يحكم المرافق الاقتصادية فتخضع تبعا لطبيعة نشاطها للقانونين العام والخاص معا، وما يترتب على ذلك بحكم اللزوم من اختصاص كل من القضاء الإداري والقضاء العادي بنظر المنازعات المتعلقة بها.

¹ محمد سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 40.

² زكريا المصري، أسس الإدارة العامة التنظيم الإداري - النشاط الإداري دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، د.ط، مصر، 2007، ص 931.

وتخضع من ناحية لأحكام القانون العام -باعتبارها مرافق عامة من حيث خضوعها للمبادئ الأساسية التي تخضع لها المرافق العامة، ومن ناحية أخرى تخضع الأحكام القانون الخاص باعتبارها مرافق اقتصادية تباشر نشاطها شبيهاً بنشاط الأفراد.

رابعاً-المرافق الاجتماعية:

ويقصد بها تلك التي تستهدف تحقيق خدمات اجتماعية للجمهور مثل المرافق المخصصة لتقديم إعانات للجمهور ومراكز الضمان الاجتماعي والتقاعد ومراكز الراحة. ويحكم هذا النوع من المرافق مزيج من القواعد القانون العام والخاص كما تمثل منازعتها أمام القضاء الإداري وأحياناً أخرى أمام القضاء العادي. ولقد اعتبر القضاء الفرنسي في بداية الأمر منازعات المرافق الاجتماعية المكلفة بتقديم المساعدات العامة منازعات إدارية.

غير أن تطور النظرة المؤسسات الضمان الاجتماعي و بروز فكرة الأقساط التي يلزم بدفعها المنتفعين من خدمات المرفق، جعلت القضاء الإداري يتردد في كثير من الأحيان في تولى الفصل في منازعات هذا النوع من المرافق. وامتد هذا التمييز أيضاً للنظام القانوني الجزائري حيث أنه برجعنا للقانون رقم 83-15 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي¹ نجد المشرع قد وزع الاختصاص بين القضاء العادي وبين المحاكم الإدارية².

¹ القانون رقم 83-15 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي. الجريدة الرسمية العدد 28 الصادر في 05 جويلية 1983.

² عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ص 327.

الفرع الثاني: تقسيم المرافق العامة بحسب نطاقها الإقليمي

تنقسم المرافق العامة من هذه الناحية إلى مرافق عامة وطنية ومرافق عامة محلية:

أولاً- المرافق العامة الوطنية:

يتسع نشاط هذه المرافق ليشمل إقليم الدولة كله فيشبع الحاجات الاجتماعية التي يتصل بها المرفق لجميع أبناء الدولة وليس فقط لساكني إقليم معين أو بلدة معينة ومن أمثلة هذه المرافق مرافق الدفاع والأمن والقضاء والبريد والجمارك والسكك الحديدية¹.

ونظراً لعمومية وأهمية النشاط الذي تقدمه هذه المرافق فإنها تخضع لإشراف الإدارة المركزية في الدولة من خلال الوزارات أو ممثليها أو فروعها في المدن، ضماناً لحسن أداء هذه المرافق لنشاطها وتحقيقاً للمساواة في توزيع خدماتها. وتتحمل الدولة المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي تتسبب فيها المرافق القومية بحكم إدارتها لها والإشراف على شؤونها².

ثانياً: المرافق العامة المحلية:

هي المرافق العامة التي تنشئها وحدات الإدارة المحلية (البلدية والولاية) حيث تمارس نشاطها في الحيز الجغرافي لإقليم الجماعات المحلية مثل: مرفق النظافة البلدية الديوان البلدي للرياضة مؤسسة للنقل الولائي³. فنجد المادة 153 من قانون البلدية⁴ تعترف للبلدية بحق إنشاء مؤسسات

¹ محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط، الإسكندرية د.ت، ص 181.

² مازن راضي ليلو، القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية الدنمارك، ص 93، موقع <http://www.ao-academy.org> فحص يوم 2018/04/12 الساعة 23:15.

³ بعلي محمد الصغير، القانون الإداري، ص 212.

⁴ القانون 11-10 المؤرخ في 03 يوليو 2011 المتضمن قانون البلدية، الجريدة الرسمية العدد 04 سنة 2011

عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة. وجاءت قواعد قانون الولاية¹ أكثر وضوحاً عندما أجازت هي الأخرى للولاية إحداث مؤسسات عمومية ذات طابع إداري أو صناعي أو تجاري (المواد 146 إلى 148)²

الفرع الثالث: التقسيمات الأخرى للمرافق العامة

أولاً: تقسيم المرافق العامة من حيث التزام الإدارة بإنشائها:

يتم إنشاء المرافق العامة وتنظيمها وإلغائها عادة بموجب قوانين أو أنظمة، حيث تلزم السلطة التنفيذية في هذه الحالة بإنشاء وتنظيم مرفق معين بنص قانوني دون أن يكون أمامها خيار في ذلك، وإلا فإنها تخالف أحكام القانون أو النظام، والأصل أن الدولة هي التي تقدر إنشاء مرفق عام إذا رأت أنه سيشبع حاجة عامة أو يحقق نفعاً عاماً أو خدمة عامة، وهذا يتم بشكل اختياري.

1- المرافق العامة الإلزامية: تلتزم الدولة بإنشاء مرافق عامة على المستوى المركزي أهمها

مرافق الدفاع والأمن والقضاء والصحة والتعليم والمياه والكهرباء وغيرها، لأن مثل هذه المرافق تعد أساساً لوجود الدولة واستمرارها ولا يمكن أن تحجم عن إنشائها وتنظيمها وإلا فقدت مقومات وجودها ومن أهم صور هذه المرافق على المستوى المحلي في إطار إقليمي على مستوى البلديات والولاية في المدن والقرى، كمرافق النقل، وتوريد المياه ومرافق النظافة، حيث تلزم الجماعات المحلية بإنشائها بناء على إلزام قانوني³.

2- المرافق العامة الاختيارية: الأصل في المرافق العامة أن يتم إنشائها بشكل اختياري من

جانب الدولة. وتملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في اختيار وقت ومكان إنشاء المرافق ونوع الخدمة أو النشاط الذي يمارسه وطريقة إدارتها وثم لا يملك الأفراد إجبار الإدارة

¹ القانون رقم 12-07 المؤرخ في 29/02/2012، المتضمن قانون الولاية، الجريدة الرسمية العدد 12 سنة 2012

² ينظر المواد 146-148 من قانون الولاية.

³ نواف كنعان، مرجع سابق، ص 227.

على إنشاء مرافق عام معين ولا يملكون الوسائل القانونية التي يمكنهم حملها على إنشاء هذا المرفق أو مقاضاتها لعدم إنشائها له. ويطلق الفقه على المرافق العامة التي تنشأها الإدارة بسلطتها التقديرية اسم المرافق العامة الاختيارية¹.

ثانياً: تقسيم المرافق العامة من حيث أداة إنشائها:

تقسم المرافق من هذه الزاوية إلى مرافق تنشأ بنص تشريعي ومرافق تنشأ بنص تنظيمي:

1- المرافق العامة التي تنشأ بنص تشريعي:

وهي عادة مجموع المرافق ذات الأهمية الوطنية القصوى التي يفرض المشرع أمر إنشائها بموجب نص تشريعي ليتمكن أعضاء السلطة التشريعية من الاطلاع على نشاط المرفق وضرورته وقواعده. والحقيقة أن أهمية المرفق واحتلاله لهذه المكانة مسألة يتحكم فيها طبيعة النظام السياسي السائد في الدولة. ففي الدولة الاشتراكية مثلاً تحتل المرافق الاقتصادية مكانة متميزة، بينما في النظم الليبرالية لا ترقى أهميتها للدرجة التي ذكرناها بل أنها تعادل المشروعات الخاصة².

2- المرافق العامة التي تنشأ بنص تنظيمي:

قد يخول المشرع حق إنشاء مرافق عامة معينة للسلطة التنفيذية، فإن أقر دستور دولة ما على أن من اختصاصات السلطة التنفيذية إنشاء بعض المرافق، فإن قاعدة إنشاء المرافق تكون أما بناء على قانون أو مرسوم (نص تنظيمي) ففي الفقه الجزائري بموجب المادة 116 من دستور 1989³ نجد أن الأصل في إنشاء المؤسسات يعود للسلطة التنفيذية، وبالرجوع للأمر رقم 71-

¹مازن راضي ليلو، مرجع سابق، ص 94.

²عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ص 328.

³المادة 116 من الدستور الجزائري لسنة 1989 تنص على " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل الغير مخصصة للقانون " ويقابل هذا النص المادة 125 من الدستور المعدل 1996.

174¹ وفقا لما جاء في نص المادة 05 منه يتضح لنا أن المشرع قد ربط أداة إنشاء المرافق العامة بين النص التشريعي والتنظيمي، واستند في ذلك على أهمية المرفق ذاته. كذلك يحق لكل من الولاية والبلدية إنشاء مرافق عامة والتي من شأنها أن تلبي رغبات الجمهور، ففي الولاية مثلا يتم بقرار صادر من الوالي تنفيذ مداورات المجلس الولائي. (المواد 147 148 146، من قانون الولاية رقم 12-07)² أما عن أداة إنشاء المرافق العامة المحلية البلدية فتكون بقرارات صادرة من رئيس الشعبي البلدي منفذا بها مداورات المجلس، ويساعده في ذلك الهيئة التنفيذية³.

ثالثا: تقسيم المرافق العامة من حيث الاعتراف لها بالشخصية المعنوية:

هناك تقسيمات أخرى للمرافق العامة وضعها فقهاء القانون الداري كل حسب رأيه ومنظوره ومن أبرزها ما يلي:

1- المرافق العامة التي تدار بواسطة هيئة متمتعة بالشخصية المعنوية:

يرى المشرع أن المرافق العامة الواجب انجازها وإنشائها تتطلب قدرا من الاستقلال وجانب من الذاتية من أجل تحقيق أهدافها وعلى هذا الأساس يتمتع المرفق بالشخصية المعنوية التي تترتب عنها جملة من النتائج أهمها بذمة مالية مستقلة عن مالية الدولة، وبالتالي يتحمل نفقاته وأرباحه أو خسائره، ومن خلال مباشرة نشاطه يتحمل كافة المسؤوليات القانونية الناتجة عنها

¹الأمر رقم 74-71 المؤرخ في 16/11/1971 المتعلق بعلاقات العمل الجماعية في القطاع الخاص، الجريدة الرسمية عدد 101 سنة 1971.

²أنظر المواد 146، 147، 148، من قانون الولاية.

³أنظر المادتين: 153، 154، من قانون البلدية.

ويكتسب العمال صفة الموظف العام وترفع ضده الدعاوى القضائية بصورة مستقلة ومن أمثلة هذه المرافق البنك المركزي الجزائري¹.

ونظرا لتمتع المرفق بالشخصية المعنوية اكتسب نوعا من اللامركزية اتفق الفقه على تسميتها باللامركزية المرفقية وذلك لعدم الخلط بينها وبين اللامركزية الإقليمية².

ويرى كل من الفقه الفرنسي والجزائري أن المرافق التي تدار بواسطة هيئة متمتعة بالشخصية المعنوية والتي قد تكون من أشخاص القانون العام وتسمى في هذه الحالة بالمؤسسة العامة أو من أشخاص القانون الخاص أيا كانت طبيعته فردا أو شركة فيتولى إدارة المرفق بناء على عقد يبرم بينه وبين السلطة العامة ويسمى في هذه الحالة عقد الامتياز.

ولقد أجمع كل من الفقه سالف الذكر على العمل وفقا لهذا العقد الذي يعهد بمقتضاه بإدارة المرفق إلى الفرد أو شركة معينة لمدة محددة ويتحمل هذا الأخير مسؤولية إدارة المرفق واستغلاله ويلتزم بتقديم خدمة عامة للجمهور مقابل رسم تتقاضاه من المنتفعين بهذه الخدمة ويكون ذلك تحت إشراف ورقابة السلطة مانحة الامتياز، ويستخدم هذا الأسلوب خاصة في المرافق الاقتصادية.

2- المرافق العامة التي تدار بواسطة هيئة ليس لها شخصية معنوية:

فهي تلك التي تحتفظ الدولة بإدارتها بنفسها نظرا لأهميتها وحيويتها بالنسبة للمنتفعين كمرافق التعليم والصحة والقضاء .. الخ فهذه المرافق تكون موزعة بين الوزارات المختلفة فيتبع كل مرفق الوزارة التي يكون نشاطها من جنس نشاطه.

¹عتيقة بلجبل، الإضراب في المرافق العامة، ص 42

²سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 61.

المطلب الثالث: طرق إدارة المرافق العامة

إن السلطات الإدارية تتمتع بسلطة تقديرية كبيرة في مجال إنشاء وإلغاء المرافق العامة، لكن حرية اختيار الأسلوب المناسب لإدارتها ليست مطلقة، لأنه توجد عدة محددات يمكن أن تقلص منها وتفرض طريقة على أخرى كما تتحدد هذه الأساليب حسب طبيعة النشاطات المعنية، ومدى تدخل السلطات العمومية، وطنية أم محلية، في إدارة هذه النشاطات. ومن ثم فإن طرق إدارة المرافق العامة قد تتخذ شكلين مختلفين، إما أن تدار بواسطة أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص.

الفرع الأول: المرافق العامة المدارة بواسطة أشخاص القانون العام

يقصد بهذا الأسلوب أن الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، هي التي يناط بها مهمة إدارة المرافق العامة مباشرة مستعينة بأموالها وموظفيها، مستخدمة وسائل وامتيازات السلطة العامة. وهناك أسلوبين لإدارة هذه المرافق هما أسلوب الاستغلال المباشر وأسلوب المؤسسة العامة، إضافة إلى أسلوب وسط هو أسلوب التدبير المستقل للمرافق العامة.

أولاً: الاستغلال المباشر (الإدارة المباشرة)

ويقصد بهذه الطريقة أن تقوم الإدارة بنفسها بإدارة المرافق العامة أي قيام الهيئات العامة المتمثل في الدولة أو الجماعات المحلية، باستغلال مرافق عامة مباشرة مستخدمة في ذلك موظفيها و أموالها ووسائلها القانونية، مع تحملها جميع ما يمكن أن ينجم عنها بسبب ذلك من مخاطر ومسؤوليات. وكانت هذه هي الطريقة الطبيعية التي تلجأ إليها الدولة لإدارة المرافق التقليدية، بمعنى أنها تظهر بصورة جلية في المرافق ذات الصبغة الإدارية، نظراً لأهميتها وارتباطها بالمصلحة العامة، كما أن الأفراد من جهتهم لا يتشجعون على تحمل مسؤولية أنشطة يكون نشاطها غير مألوف عندهم، ولا يحقق في غالب الأحيان أرباحاً ومكاسب مادية، وينطبق هذا الوضع على الوزارات بمختلف أنواعها.

اما الاستغلال المباشر في القانون الجزائري أجاز المشرع للولاية بموجب المادة:142 من قانون الولاية 07-12 للمجالس الشعبية الولائية استغلال مصالح عمومية بصفة مباشرة على أن تقيد الإيرادات والنفقات المتعلقة بهذا الاستغلال ضمن ميزانية الولاية وتسير طبقا لقواعد المحاسبة العمومية كما نصت المادة:151 من قانون البلدية 11-10 على أنه يمكن للبلدية أن تستغل مصالحها العمومية عن طريق الاستغلال المباشر

ثانيا: المؤسسة العمومية

المؤسسة العامة أسلوب آخر من أساليب إدارة المرافق العامة، من قبل أشخاص العامة، وهي تشبه طرية إدارة المرافق العامة بالاستغلال المباشر من حيث أنها أيضا مدارة من قبل الأشخاص العامة، ولكن مع الفارق المتمثل في أن طريقة الاستغلال المباشر تعني الإدارة المباشرة للمرفق العام من قبل أشخاص القانون العام، بينما المؤسسة العمومية تعني ذلك المرفق العام الذي يتمتع بالشخصية المعنوية، يكون لها بموجبها قدر من الاستقلال اتجاه الشخص العام الذي يرتبط به برابطة الخضوع لرقابته الوصائية. ويبدو هذا الأسلوب كطريقة لتمكين المرافق العامة التي تحصل على الشخصية المعنوية أن تدير شؤونها، وبصورة مستقلة عن السلطة العامة الإدارية التي كانت تتبعها أصلا، هذا الاستقلال للمؤسسات العامة في إدارة شؤونها وتحقيق أغراضها، ويبرز بجلاء الشق الآخر من اللامركزية الإدارية، وهي اللامركزية المرفقية، القائمة على استقلال المرافق العامة عن السلطات الإدارية التي تتبعها، وهكذا فالمؤسسات العمومية هي من الأشخاص العامة المرفقية والمتخصصة في إشباع حاجات عامة معينة.

وضبط نظام المؤسسة عموما بقيدتين هما قيد التخصيص وبموجبه يتم تحديد نشاط المؤسسة في وثائق الرسمية بما بلاتم نصوص القانون والتنظيم وقيد خضوع المؤسسة لنظام الوصاية الإدارية¹

¹الدكتور عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ط3، الجزائر جسور للنشر والتوزيع، 2015

الفرع الثاني: المرافق العامة المدارة بواسطة أشخاص القانون الخاص

يدخل في نطاق هذه الطريقة في إدارة المرافق العمومية بواسطة أشخاص القانون الخاص، كل من طريقة الامتياز وبما ذلك الاستغلال المختلط.

أولاً: أسلوب الامتياز :

إن امتياز المرفق العمومي هو إحدى الطرق المتبعة في تسيير المرفق العام، حيث يعرفه الاجتهاد الفقهي بأنه " أسلوب يسند بواسطته شخص عمومي، الذي هو مانح الامتياز، مقابل أجر يتكون عادة من الرسوم التي يتقاضها من المرتفقين أي أن تعهد الإدارة (الدولة أو أحد الأشخاص العامة الإقليمية) إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محددة، وذلك عن طرق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته.

ولقد اعتبر القضاء الإداري عقد الامتياز بأنه عقد اداري من نوع خاص موضوعه ادارة مرفق عام يتعهد بمقتضاه الملتزم وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وبتكليف من الدولة أو أحد هيئاتها بالقيام بنشاط معين وخدمة محددة والحصول على مقابل.

وبذلك تختلف هذه الطريقة في إدارة المرافق العامة عن طريقتين السابقتين إذ أنها ليست إدارة مباشرة من جانب السلطات الإدارية وبالرغم من اتفاقها مع الطريقة الثانية في كونها تتم شكل غير مباشرة فإنها تختلف عنها في أن الشخص الذي يقوم بالإدارة هو أحد أشخاص القانون الخاص وليس شخصاً عاماً.

ثانياً: الاستغلال المختلط:

المقصود بطريقة الاستغلال المختلط في إدارة المرافق العامة اشتراك الدولة أو الأشخاص العامة مع الأفراد أو أشخاص خاصة في تكوين شركة مساهمة لإدارة أحد المرافق العامة ، و يتم ذلك عن طريق الاكتتاب في جانب الدولة الذي يكون لها بعض أسهم أو سندات هذه الشركات ، و يقوم الأفراد أو الأشخاص الخاصة بالاكتتاب في بقية هذه الأسهم و السندات و تخضع

هذه الشركة المساهمة في تكوينها و إدارتها لأحكام الشركات المساهمة التي تنظمها القانون التجاري كقاعدة عامة باستثناء القواعد المتعلقة بتحقيق المصلحة العامة و تقوم هذه الطريقة في إدارة المرافق العامة الصناعية و التجارية علي تضافر و تكاثف الرأسمال العام و الرأس المال الخاص في إدارة و تسيير المرفق من خلال إحداث جهاز مختلط مثل: شركة اقتصاد مختلط

حيث تحوز الإدارة عامة أغلبية الرأسمال (أكثر 50%)، لتتمكن من المراقبة والإشراف وتدل التجربة المقارنة على محدودية استعمال هذه الطريقة في إدارة المرافق العامة وتلجأ الإدارة العامة إلى إتباع هذه الطريقة في عدة حالات منها:

أ) -حالة إتباع سياسة اقتصادية واجتماعية معينة تستلزم توجيه نشاط اقتصادية معين يتولاه القطاع الخاص (عندما لا ترى جدوى تأميمه)، وذلك من خلال تدخلها بموجب حصولها وامتلاكها لجزء من رأس الشركات الخاصة (بموجب شرائها الأسهم فيها، أو بقرار إداري يبنى على امتيازات السلطة العامة التي تمليها مقتضيات المصلحة العامة) يمكنها من مراقبة النشاط من الداخل، أو توجيهه عندما تكون مالكة لأغلبية الأسهم

ب) -حالة استعمال هذا الأسلوب من البداية لدى إنشاء الإدارة العامة لهذا النوع من الشركات المختلطة، مع إتاحتها الفرصة والإمكانية للقطاع الخاص (الوطني أو الأجنبي) بالمساهمة في رأسمالها، اعتقاد منها أن القطاع الاقتصادية (الصناعي أو التجاري) يتطلب أعمال آليات القانون الخاص (القانون التجاري، ومنها الشركات التجارية).

ج) -الحالة التي يتجلى للإدارة مانحة الامتياز أن الملتزم أصبح غير قادر لوحده على تسيير المرفق العام، إذ يمكنها بالإنفاق معه، التحول من طريقة الامتياز إلى طريقة الاستغلال المختلط (كما هو الحال في قطاع السكك الحديدية بفرنسا) لتتمكن من دعمه مالية من جهة، والإشراف عليه من جهة أخرى

المبحث الثاني: النظام القانوني للمرافق العامة في الجزائر

يقصد بالنظام القانوني للمرفق العام مجموعة المبادئ والقواعد والأحكام القانونية التي تتعلق بكيفية تنظيم وتسيير ومراقبة المرفق العام.

المطلب الأول: أنماط النظم القانونية التي تحكم وتحدد المرافق العامة:

الفرع الأول: النظام القانوني العام للمرافق العامة

يشمل هذا النظام المبادئ والقواعد القانونية التي تحكم وتطبق على جميع أنواع المرافق العامة باختلاف أنواعها.

أولاً-النظام القانوني الخاص للمرافق العامة:

هو النظام القانوني الذي يشتمل على مجموعة القواعد والأحكام والمبادئ والأساليب القانونية التي تتعلق بنوع معين من المرافق العامة مثل: النظام القانوني الخاص بالمرافق العامة الاقتصادية أو الإدارية أو المهنية.

ثانياً-النظام القانوني الخاص للمرافق العامة:

يقصد به مجموعة الأحكام والأساليب القانونية الخاصة بكل مرفق على حدي والذي يوجد عادة في القانون أو القرار الإداري المنشئ والمنظم لمرفق معين، وعامة ما يتضمن النظام القانوني الخاص للمرفق العام على مجموعة القواعد والإحكام والأساليب وطرق الإدارة والتسيير الإداري والمالي للمرفق تم تحدد الهيئات والأجهزة المديرة والمسيرة للمرفق العام وكذا تحديد نظام الرقابة والتي يخضع لها المرفق العام

وتوضيحا لذلك فإن النظام الإداري الجزائري اعتمد على هذه الأنماط الثلاثة من خلال:

- المرسوم رقم 12/84 المؤرخ في: 1984/01/22 والمتضمن تنظيم وتشكيل الحكومة بكل وزاراتها.

- المرسوم رقم 57/86 المؤرخ في: 1986/03/25 والمعدل للمرسوم رقم 119/85 المؤرخ في: 1985/05/21 المتضمن تحديد المهام العامة لهيكل الإدارة المركزية في الوزارات المختلطة.

ثالثا: المراسيم الخاصة بتحديد هياكل ومهام كل وزارة

إن المرسوم رقم 12/84 يمثل النظام القانوني العام لكل وزارات الحكومة مجتمعة وداخل هذا النظام العام نجد نظاما خاصا يوضح القواعد القانونية التي تنظم المرافق المختلطة كالنظام القانوني الخاص بتنظيم وتسيير مستشفى الأحداث باعتباره مرفق مختلط بين وزارة الصحة ووزارة الحماية الاجتماعية.

وإلى جانب هذا النظام الخاص هناك نظاما أخص حيث يندرج ضمنه المبادئ والقواعد القانونية التي تحكم وتنظم المرافق التي أنشأتها كل وزارة كالمستشفيات والمراكز الصحية التابعة لوزارة الصحة.

المطلب الثاني: السلطات المختصة في عملية تنظيم المرافق العامة

سنعالج في هذا المطلب مفهوم عملية تنظيم المرافق العامة في الفرع الأول وفي الفرع الثاني السلطة المختصة بعملية تنظيم المرافق العامة في الدولة

الفرع الأول: مفهوم عملية تنظيم المرافق العامة:

تنظيم المرفق العام مسألة تثور بعد تحقق إنشائه بالأداة التشريعية الواجبة، اختلف فقه القانون الإداري حول تحديد مفهوم تنظيم المرافق العامة ، تبعا لهذا الاختلاف ظهر مفهومان العملية التنظيم المرافق العامة " مفهوم واسع يجعل هذه العملية تشمل عدة عناصر مثل تحديد وظائف وأهداف المرافق العامة ، وعنصر إنشائها وبيان طرق إدارتها وتسييرها وتحديد الهيئات والسلطات المختصة بالإدارة والتسيير وكذا تحديد العلاقات القانونية والتنظيمية الرئاسية والوصائية والفنية الأفقية داخليا وخارجيا ، وكذا عنصر دمج وإلغاء المرافق العامة .

أما المفهوم ضيق فيحصر مضمون عملية تنظيم المرافق العامة في التنظيم والتسيير الداخلي للمرافق العامة دون الإنشاء والتعديل والإلغاء للمرافق العامة. ولكل من الرأيين حجج وخلفيات فكرية وقانونية تتبع أساسا من الآراء والأفكار المتعلقة بالعلاقة بين الوظيفتين والسلطتين التشريعية والتنفيذية والعلاقة بين القانون والقرارات الإدارية العامة واللوائح الإدارية.

والحقيقة باستخدام علم الإدارة العامة والتنظيم يكشف عن حقيقة مفهوم عملية تنظيم المرافق العامة وهو مفهوم واسع وشامل يتضمن عدة مقومات وعناصر مثل تحديد وظائف وأهداف المرافق العامة وإنشائها وبيان طرق وأساليب وهيئات ووحدات الإدارة والتسيير وكذا عملية إلغاء المرافق العامة¹. وقد عرفها الدكتور الطماوي " نقصد بتنظيم المرافق العامة وضع القواعد التي تسيير عليها بعد إنشائها، فبيّن ما إذا كان المرفق الجديد سيلحق بشخص إداري، أم ستكون له شخصيته المستقلة وطريقة استغلاله، وهل سيكون احتكار للسلطة الإدارية بحيث لا يباح لغيرها مزاولة نشاط من نفس النوع أم لا كما تحدد القواعد التي تتبع في تعيين عمال المرفق الجديد وتأديبهم وعزلهم ... "2.

ونشير إلى أن هناك العديد من التعاريف لهذا العنصر إلا أنها تتصب كلها في أساليب العمل الإداري التي يتبعها المرفق العام وكيفية تكوين هيئاته وتحديد اختصاص كل منها وكل ما من شأنه الحفاظ على سير المرفق العام حتى يحقق الهدف المنشود منه وهو إشباع الحاجات العامة التي أنشأ من أجلها.

¹ أعمار عوابدي ، القانون الإداري ، ، ص ، 69، 70.

² حماد حمد شطا ، تطور وظيفة الدولة ، ص 218، 220.

الفرع الثاني: السلطة المختصة بعملية تنظيم المرافق العامة في الدولة:

تتأرجح سلطة تنظيم المرافق العامة في النظم القانونية بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية وفقا لما يقرره النظام الدستوري السائد في كل دولة. وينقسم فقه القانون الدستوري والإداري بخصوص مسألة ما هي السلطة التي يجب أن تختص بعملية تنظيم المرافق العامة في الدولة إلى اتجاهين رئيسيين هما:

1- أنصار الاتجاه الأول: التقرير بحتمية حصر وتركيز سلطة تنظيم المرافق العامة في الدولة في يد السلطة التشريعية أساسا واصلا، وينحصر دور السلطة التنفيذية في نطاق القرارات التنفيذي فقط والمتعلقة بتنفيذ القوانين المتعلقة بعملية تنظيم المرافق العامة في الدولة أو في مجال اللوائح والقرارات. ويستند رأي هذا القسم من الفقه القانون العام إلى حجة أن حصر وتركيز سلطة تنظيم المرافق العامة في الدولة في يد السلطة التشريعية يحقق الحماية القانونية الأكيدة للحقوق والحريات الاقتصادية لمواطني الدولة حيث تقيد السلطة التنفيذية.

2- أنصار الاتجاه الثاني: يروى بجعل عملية تنظيم المرافق العامة في الدولة من اختصاص السلطة التنفيذية في الدولة على أساس حجة وحقيقة أن عملية تنظيم المرافق العامة وتسييرها وإدارتها هي من صميم اختصاص الوظيفة التقليدية الإدارية في الدولة، التي تضطلع بمسئوليتها السلطة التنفيذية.

ويبدو جليا أن هذا الرأي الأخير أقرب للحقيقة في هذا المجال، نظرا لما يمتاز به من منطقية وواقعية وموضوعية ولا خوف على الحقوق والحريات العامة¹.

والسلطة المختصة بعملية تنظيم المرافق العامة في الجزائر هي السلطة التنفيذية وهي سلطة تنظيمية إدارية منوطة بهيئات السلطة التنفيذية (الإدارة العامة) بسن قواعد قانونية عامة ومجردة

¹ عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، ص 71.

لا تختلف من الناحية الموضوعية والمادية عن القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية السلطة التنظيمية.

وبهذا الصدد تنص المادة 125 من دستور 1996 الفقرة الأولى على ما يلي:

" يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون " وهذا يعني أنه من حق رئيس الجمهورية المساهمة في الوظيفة الإدارية للدولة وذلك بإصدار التنظيمات (اللوائح) المستقلة التي يصدرها الرئيس في مجال الذي لا يحق للبرلمان التدخل فيه إذ بالنظر إلى مبدأ الفصل بين السلطات فإنه لا يحق لأي من السلطات الثلاثة التدخل في مجال السلطة الأخرى ولما كان الدستور قد حدد مجال التشريع حصرا في المادة 122 منه وبعض المواد المتناثرة في الدستور المعدل فإن ما تبقى من هذا المجال يتدخل فيه رئيس الجمهورية عن طريق إصدار تنظيم لا يستند في تأشيرته للقانون بل الدستور .

ومن جهة ثانية الوزير الأول والذي يعتبر الشخصية الثانية في السلطة التنفيذية حسب دستور 1996 المعدل منحه سلطة تنظيمية بنص المادة 125 الفقرة الثانية: "يندرج تطبيق القوانين على المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول ". وهذا معناه أن الوزير الأول يتمتع بسلطة التنظيم وسلطة التعيين والتي تفيد الحق في إصدار قرارات إدارية عامة ومجردة لتنفيذ سياسة الحكومة في الواقع عن طريق تطبيق القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية فالتنظيمات إذن عبارة عن مجموعة من القواعد العامة والمجردة التي تتضمن تنفيذ قانون صادر عن سلطة تشريعية.

يشارك الوزير الأول رئيس الجمهورية في الوظيفة التنظيمية حيث خصصت الفقرة الأولى من المادة 125 لرئيس الجمهورية وهي تتحدث في ظاهرها عن التنظيم في معناه المستقل في حين خص الوزير الأول في الفقرة الثانية من نفس المادة ولكن ليتكفل هو بإصدار التنظيم الذي يحتوي على تطبيق القانون التنظيمي الذي يتكفل به الوزير الأول ليس مستقلا لأنه يستند في وجوده

على وجود القوانين أو تنفيذها في حين أن التنظيم الذي يصدره رئيس الجمهورية لا يحتاج لها في وجوده.

والمرسوم التنظيمي أداة من الأدوات القانونية التي تستعملها السلطات العليا في الدولة رئيس الجمهورية، الوزير الأول) لتبليغ المادة التنظيمية فالمرسوم إذن عبارة عن الشكل الذي بفرغ فيع القرار الإداري الذي يتخذه كل من الرئيس الجمهورية والوزير الأول عن أدائها لوظيفتها التنظيمية¹

المطلب الثالث: المبادئ القانونية التي تحكم وتنظم المرافق العامة

كما سبق القول عملية التنظيم والتسيير المرافق العامة هي عملية جوهرية وحيوية ومصيرية للحياة العامة للمواطنة والمنتفعين وذلك لإتباع الحاجات الضرورية وهما حسن السير وتنظيم المرفق العام.

ولكي تضبط وتحكم عملية التنظيم بصورة منتظمة ومطردة ورشيده وبفاعلية هناك قواعد أساسية مشتركة تخضع لها كل أنواع المرافق العامة، هذه القواعد الأساسية المشتركة للقانون العام وتعتبر من أهم مبادئ أستقر عليها الفقه وأكدها القضاء الإداري في أحكامه، أما المشرع فلم ينص عليها صراحة ولكنه يعترف بوجودها كحقيقة قانونية مسلم بها بدليل أنه قد نص على بعض تطبيقاتها في قوانينه التي أقرها من بين هذه القواعد أو المبادئ الأساسية الثلاثة هي:

- مبدأ المساواة بين الأفراد في الانتفاع بخدمات المرافق العامة

- مبدأ دوام سير المرافق العامة

- مبدأ قابلية المرافق العامة للتعديل والتغيير²

¹ عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، ص72.

² محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص306.

1- مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة:

إن الأساس أو مبرر وجود وإنشاء المرافق العامة هو تلبية الاحتياجات العامة للجمهور لذلك فإنه ينجم على ذلك تقديم خدماتها العامة، معاملة الجميع على قدم المساواة وبدون تمييز تجسيدا لمبدأ المساواة.

كما يجب على المرافق العامة أن تقدم خدماتها لجميع أفراد المجتمع دون تمييز، حيث تنص المادة 31 من الدستور على ما يلي: (تهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان وتحويل دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية)¹

2- مبدأ سير المرفق العام بانتظام وإطراد:

ويقتضي ذلك تحريم إضراب الموظفين المستخدمين والعمال في المرافق العامة، كما يقتضي ذلك أيضا تنظيم الاستقالة إذ أن القاعدة أن الاستقالة لا تنتج أثرها إلا بقبولها من السلطة المختصة، ويتضمن هذا المبدأ أيضا تطبيق نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية ومحتوى هذه النظرية أن نجد بعد التعاقد ظروف استثنائية لم تكن متوقعة وتجعل تنفيذ التعاقد لالتزامه مرهقا، فتقوم الإدارة ودون خطأ منها بتعويض المتعاقد تعويضا جزئيا عن الخسارة . والهدف من ذلك هو مساعدة المتعاقد مع الإدارة حتى لا يعجز نهائيا عن الوفاء بالتزامه مما يؤدي إلى تعطيل سير المرافق العامة².

3- مبدأ قابلية المرافق العامة للتبديل والتغيير:

ويقتضي هذا المبدأ أن يكون للسلطة العامة تعديل قواعد سير المرافق العامة لتكون مسايرة للمقتضيات المستجدة والمتطورة للمصلحة العامة دون أن يكون لأحد التمسك بحقوق مكسبه لمنع

¹ محمد الصغير بعلي، القانون الإداري والتنظيم الإداري، ط1، عناية: دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004، ص222

² محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، القاهرة: دار الفكر العربي، 1992، ص 481.

تعديل نظام المرفق العام ، كما أن الهدف من إنشاء المرافق العامة هو تحقيق إشباع الحاجات العامة وفقا للأحوال والظروف المصاحبة لها، فإذا ما تغيرت هذه الظروف والأحوال بحيث أصبح المرفق العام وفقا للظروف الجديدة غير قادر على تحقيق المنفعة المرجوة منه، جاز للسلطة الإدارية حق تعديل طرق تسيير هذا المرفق، ومن هنا جاء مبدأ قابلية المرفق العام للتبديل أو التغيير كمبدأ عام يحكم المرافق العامة جميعا ولا يقتصر التغيير على القواعد المنظمة للمرافق بل يمتد أيضا لأسلوب إدارتها.¹

¹ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسر للنشر والتوزيع، ط2، الجزائر: 2007، ص348.

خلاصة الفصل الأول

ويتعين القول في هذا الصدد أن المرفق العام من المواضيع الأساسية في القانون الإداري حيث يعتبر نواة القانون الإداري من الجانب القانوني، من خلا الدراسة السابقة نستخلص أنه لا يمكن أن يكون المرفق العام مفهوم جامع ومانع وبشكل مجرد وحيادي إلا في ضوء الأهداف والغايات الإدارية والاجتماعية والاقتصادية التي تحدد له مسبقاً وهذه المرافق تتنوع وتتقسم وفقاً للزاوية التي ينظر منها أما فيما يخص تعيين الجهة المسؤولة والمتخصصة في إنشائه وتنظيمه وكيفية إلغاء المرافق العامة. فالأولى وهي كما سبقت الإشارة إليه تأرجحت في الفقه بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وقد تكون إلى هذه الأخيرة أقرب باعتبار إن إنشاء المرافق العامة يدخل في إطار التنظيمي وتحقيق مصلحة العامة التي تعتمدها سياسة الدولة فينشأ المرفق العامة، كل ذلك باعتماد على كل ما يحتاجه الفرد في المجتمع بغض النظر ودون دخول في الجدل الفقهي حول أي سلطتين أولى بإنشاء المرافق، وأما الثانية تندرج ضمن السلطة التقديرية لإدارة، وتخضع لقاعدة توازي أشكال.

إن حسن سير المرفق العام وأدائه لمهمته الأساسية لا يتأتى إلا بخضوعه لمجموعة مبادئ تضمن السير الحسن للمرفق العام والتي هي: مبدأ المساواة، مبدأ استمرارية خدمات المرفق، ومبدأ تكيف وتطور المرفق العام.

غير أن هذه المبادئ الثلاثة يطلق عليها عادة المبادئ العامة التقليدية، وهذه التسمية توحي بوجود مبادئ حديثة لتسير المرفق العام، هذه الأخيرة كانت ثمرة لتطبيق المبادئ السابقة في الواقع العملي وهي: مبدأ الشفافية، ومبدأ المجانية، ومبدأ حيادية الإدارة

الفصل الثاني

أسس ضمانات سير المرفق العام

ان اختلاف طبيعة نشاط المرافق العامة والدور الكبير الذي تلعبه داخل المجتمع بما يحقق المصلحة العامة فرض عليها تقديم خدمات للجمهور بشكل مستمر ومتواصل، وقد خص المشرع بعض الاجهزة مثل الشرطة والقضاء والمستشفيات.....الخ ان توقف هذة الاجهزة وغيرها سينجم عنه لا شك ضرر بالغ بالمصلحة العامة و بحقوق الافراد.

لذا تعين علي المشرع وبغرض تحقيق مبدأ استمرارية نشاط المرافق وقيام بالخدمات المنوطة به، أن يوفر جملة من الضمانات تعمل جميعا على تجسيده في أرض الواقع ، ومن هذه الضمانات مواضعه المشرع ومنها ما رسخه القضاء الاداري ،وتتجلى هذه الضمانات في تنظيم ممارسة حق الاضراب ،وتنظيم ممارسة حق الاستقالة وسن قواعد خاصة لحماية أموال المرفق ،وهي جميعا تمثل ضمانات تشريعية أي من صنع المشرع، وهنالك ضمانات أخرى كنظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الطارئة وهي من صنع القضاءوهو ما تطرقنا إليه في هذا الفصل بخيت يتضمن المبحث الاول الضمانات التشريعية اي القانونية التي صنعها المشرع لاستمرارية المرفق العام .اما المبحث الثاني تطرقنا الى الضمانات التي صنعها القضاء لسير المرفق العام بانتظام واطراد .

المبحث الأول: الضمانات التشريعية لسير المرفق العام بانتظام واطراد:

تتمثل الضمانات التشريعية لمبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد في تنظيم الاستقالة الموظفين العموميين وتنظيم حق الإضراب وعدم الحجز على أموال المرفق العام وسنتناول في المطلب الأول تنظيم استقالة الموظفين العموميين وفي المطلب الثاني تنظيم حق الإضراب أما في المطلب الثالث سنتناول قاعدة عدم الحجز على أموال المرفق العام.

المطلب الأول: تنظيم حق استقالة الموظفين العموميين

تعتبر الاستقالة من أهم وأبرز الأسباب التي تؤدي إلى انتهاء خدمة الموظف العام بناءً على رغبته وهي حق للموظف يقابله حق في العمل¹ لذلك فقد أحاطتها قوانين الوظيفة العامة الوطنية والمقارنة بعناية كبيرة، وذلك نظراً لآثار الخطيرة المترتبة عليها سواء على المصلحة العامة بما يستدعي ضمان مبدأ استمرارية المرافق العامة بانتظام واطراد. وانطلاقاً من هذه الأهمية الكبيرة التي يكتسبها موضوع الاستقالة، باعتبارها منعرجاً هاماً، في حياة الموظف المهنية، فقد حرصت أغلب الدول على هذا الحق و تكريسه في قوانينها الداخلية، كما اهتمت التشريعات بتنظيم كيفية استعمال هذا الحق وهذا بغرض المحافظة على حسن سير المرفق العام واستمرار نشاطه².

وللمزيد من الشرح، فقد عالجنا هذا المطلب في فرعين أساسيين تضمن الفرع الأول تعريف وخصائص الاستقالة أما الفرع الثاني تناولنا التنظيم القانوني لممارسة حق الاستقالة.

¹- ماجد راغب الحلو القانون الإداري دار الجامعة الجديدة الإسكندرية سنة 2008 ص358

²- عمار بوضياف الوجيز في القانون الإداري جسور للنشر و التوزيع ط 3 الجزائر 2015 ص450.499

الفرع الأول: مفهوم الاستقالة

تكتسي مسألة إعطاء تعريف شامل ودقيق للاستقالة أهمية كبيرة، وذلك إلى أهمية الاستقالة في حد ذاتها، فبالرغم من أن جل التشريعات المقارنة قد كرست هذا الحق ونظمت كيفية ممارسته، إلا أن أغلبه لم تأتي بتعريف للاستقالة، فلا نجد في قوانين الوظيفة العامة سواء في مصر أو فرنسا تعريفاً للاستقالة وكذلك الحالة بالنسبة لتشريعات الوظيفة العامة المتعاقبة في الجزائر وبذلك تكون قد تركت مسألة تحديد تعريف الاستقالة ولكل من الفقه والقضاء، والذي من خلاله نستنتج خصائصها.

أولاً: تعريف الاستقالة

الاستقالة في اللغة من الكلمة: قال وقبلا، ومنها استقال أي طلب أن يقال، ويقال استقال عمله أي طلب أن يعفيه منه، واستقالتي طلب لي أن أقلية وتقابل البيعان أي تفاسخا صفتتهما.¹ أما اصطلاحاً فقد حاول بعض الفقهاء والكتاب والباحثين، إعطاء تعريف الاستقالة بإبراز عناصرها أو شروطها المحددة في قانون الوظيفة العامة في الدولة المعنية. فبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المشروع بالرغم من اعترافه بحق الموظف في الاستقالة في مختلف قوانين الوظيفة العامة المتعاقبة، إلا أنه لم يعرفها تاركاً بذلك المجال واسعاً للفقهاء والكتاب والباحثين في مجال القانون بهدف إعطاء تعريف شامل للاستقالة والذي يمكن استنتاجه من خلال المواد التي تضمنت تنظيم ممارسة هذا الحق وكذلك الحال بالنسبة للمشروع الفرنسي والمشروع المصري، حيث لم يعرف الاستقالة في قوانينها المتعلقة بالوظيفة العامة² مكتفين بتحديد عناصر أو شروط ممارستها بهدف وضع الإطار القانوني لهذا الحق الذي لا يجوز الخروج عنه تحقيقاً للمصلحة

¹ ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الجزء 11، ص 579، نقلاً عن: عبد العزيز سعد مانع العنزي، المرجع السابق، ص 93

² عبد اللطيف السيد رسلان عودة المرجع السابق ص 41، ص 43،

الخاصة فهناك من يعرف الاستقالة بأنها " تعبير الموظف العام عن إرادته غير المشروطة صراحة أو ضمنا ، والموافق عليها من قبل الجهة المختصة بالتعيين في ترك الخدمة الوظيفة بصفة نهائية قبل بلوغ السن القانونية للإحالة على المعاش¹ كما تعرف أيضا بأنها " طلب مكتوب يقدمه الموظف العام إلى سلطته الرئاسية ويعبر فيه عن إرادته بترك الخدمة والوظيفة بصفة نهائية. كما يمكن تعريفها على أنها تصرف من جانب الموظف يستوجب الشرط الموقوف وهو موافقة الإدارة كما أن هناك تعريف آخر للاستقالة " هي الطلب الخطي الصريح الذي يتقدم به الموظف العام إلى الإدارة طالبا إنهاء خدماته ولا ينتج هذا الطلب أثره القانوني إلا بموافقة الإدارة على إنهاء خدمات هذا الموظف²

ويري الأستاذ " هاشمي خرفي " بأن الموظف يعتبر مستقिला حينما يعلن عن إدارته في قطع العلاقة التي بالإدارة بصفة نهائية ، وأنها وسيلة قانونية لإنهاء المهام ، وحق معترف به بموجب المادة 217 من الأمر 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 ، غير أن آثارها مرهونة بقبول السلطة التي تملك حق التعيين كما تعرف الاستقالة أيضا بأنها : إعلان عن إرادته الصريحة في قطع العلاقة الوظيفية بصفة نهائية بموجب طلب كتابي والذي لا يرتب أي قانوني إلا بموافقة الجهة الإدارية المختصة مما يؤدي إلى إنهاء الخدمة ، وبالتالي فقدان صفة الموظف³ ويجدر الإشارة إلى أن فكرة الاستقالة ليست وليدة الأنظمة المعاصرة ، وإنما عرفت كذلك في

¹الغويري. أحمد عودة قضاء الإلغاء في الأردن عمان الطبعة الأولى 1989 ص 136 نقلا عن عبد العزيز سعد مانع العنزري المرجع السابق ص 93

²هاشمي خرفي، المرجع السابق، ص 216/ القبيلات حمدي سليمان انقضاء الرابطة الوظيفية في غير حالة الأديب دراسة مقارنة دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، 200، ص 173، نقلا عن نفس الصفحة

³مباركة بدري التنظيم القانوني للاستقالة في التشريع الجزائري ضرورة للتوفيق بين مصلحة الموظف والمصلحة العامة مجلة الدراسات الحقوقية مخبر حماية حقوق الانسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة سعيدة مكتبة الرشاد للطباعة والنشر الجزائر العدد الثاني 2014 ص 9

النظم الإسلامية السالفة وهذا رغم عزوف الكتاب المسلمون عن تعريفها عند دراستهم لمختلف النظم الإسلامية إلا أنها عرفت في النظام الإسلامي وسلوكها بعض من كان قد أنيط بهم تقلد زمام السلطة آنذاك فقد عرف الدكتور " محمد الشحات " الاستقالة بأنها " وسيلة من وسائل انتهاء ولاية الحاكم ، مؤداها إقدام الحاكم على التنازل عن حقه في الحكم ، لاعتبارات يقدرها تتعلق بشخصه أو بالمصلحة العامة للدولة¹ لذلك فقد طبق المسلمون الأوائل في نطاق الوظيفة العامة نفس المبادئ المتعارف عليها اليوم ، فهي تؤثم السخرة وتاباها ولا تقبل إجبار الشخص على البقاء في الوظيفة الراغب عنها فالوظيفة في سننها تسند إلى قبول ورضاء الموظف في شغلها أو تركها غير أنها حفاظا على مصالح الناس المتعلقة بالوظيفة لا تجبر أن يستقيل الموظف من عمله إلا بعلم وقبول من ولاة إذن نستنتج من التعريفات السابقة أن الاستقالة هي حق معترف به² ووسيلة قانونية لانتهاء الخدمة تتم عن طريق تعبير الموظف عن إرادته الصريحة في إنهاء الخدمة ، على أن يتوقف ذلك على موافقة الجهة الإدارية المختصة وبذلك يتضح تمييز الاستقالة بمجموعة من الخصائص التي سوف نتطرق إليها في الفرع الموالي

الفرع الثاني: التنظيم القانوني لممارسة الحق في الاستقالة

لقد كرس المشرع الجزائري الاستقالة كحق في الأمر رقم 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة الحالي مثل القانون السابقة كما اعتبرها حالة من حالات انتهاء خدمة الموظف بموجب المادة 216 منه ونظم كيفية ممارستها في أربعة مواد كاملة من المادة 217

¹ محمد الشحات معالم النظام السياسي في الاسلام دار الفكر العربي 1986 ص 264 نقلا عن: عبد اللطيف السيد رسلان عودة المرجع السابق ص 44

² محمد باهي أبو يونس الاختيار على أساس الصريحة للوظيفة العامة في النظام الإداري الاسلامي دار الجامعة الجديدة للنشر مصر الطبعة الأولى 1999 ص 241.

إلى المادة 220 وذلك بهدف التوفيق بين حق الموظف في ترك الخدمة وحق الإدارة في ضمان مبدأ استمرارية المرفق العام.

لذلك حرص المشرع على تقييد ممارسة هذا الحق بمجموعة من الضوابط وإحاطته بضمانات أهمها ضرورة تقديم طلب الاستقالة باعتباره المظهر الخارجي الذي يعتبر عن إرادة الموظف الأكيدة في ترك الخدمة نهائيا وكذا ضرورة الاستمرار المرافق العام وسيره بانتظام واضطراد في ظل الخضوع للمساءلة التأديبية فضلا على إلزامية البت في طلب الاستقالة. ومن خلال هذا تبين ان للاستقالة شروط وهي كالتالي:

أولاً: تقديم طلب الاستقالة من طرف الموظف في شكل كتابي:

يعد تقديم طلب الاستقالة من طرف الموظف المعني الضمانة الأولى بالنسبة إليه إذ يعد القلب الذي تتبلور فيه رغبته الأكيدة في ترك الخدمة من جهة كما يعد الوسيلة التي تثبت بواسطتها الإدارة المعني الى التخلي عن الوظيفة ، لذلك يكتسي طلب الاستقالة أهمية كبيرة بالنسبة لطرفي العلاقة أي الموظف والإدارة على حد سواء ويجب أن تتوفر مجموعة من الضوابط في طلب الاستقالة حتي يمكن الاعتداد به لإنهاء خدمة الموظف ويمارس الموظف حقه في الاستقالة عن طريق طلب يعلن فيه عن رغبته في إنهاء العلاقة الوظيفية حيث تنص المادة 218 من الأمر رقم 03/06 سالف الذكر : " لا يمكن أن تتم الاستقالة إلا بطلب كتابي من الموظف يعلن فيه عن إرادته الصريحة في قطع العلاقة التي ترتبط بالإدارة بصفة نهائية"¹ وبذلك يكون المشرع قد أخذ بالاستقالة الصريحة أو المكتوبة دون الأخذ بالاستقالة الضمنية من نفس الأمر². ولا يمكن

¹ نصت المادة 1/63 من الأمر رقم 133/66 سالف الذكر: " لا يمكن أن يكون للاستقالة مفعول إلا بطلب خطي يقدمه المعني ويعتبر فيه عن إرادته بدون غموض في قطع الصلة التي تربطه بالإدارة فيما يتعلق بالإحالة على التقاعد " ونصت أيضا المادة 2/133 من المرسوم رقم 59/85 سالف الذكر : " ويراسل الموظف طلبه عبر الطريق السلمي الي السلطة التي لها صلاحية

التعيين ويبقي ملزم بتأدية هذا واجبات المرتبطة بمهامه حتي صدور قرار السلطة المذكور

²مباركة بدري التنظيم القانوني للاستقالة المرجع السابق ص 13

الشروع في إجراءات إقالة الموظف إلا اثر مبادرة منه تتمثل في إرساله لهذا الغرض طلبا مكتوبا للسلطة المخولة صلاحيات التعيين عن طريق السلم الإداري الأمر الذي يعني أن نية المعني بالأمر لا يجوز في أي الأحوال الاعتداء بشأنها أو بمجرد طلب شفوي أو أن يستخلص من سلوك يوحي بعزم الموظف على مغادرة الوظيفة¹

وقد أكد المشرع الجزائري أنه لا يمكن أن تتم الاستقالة إلا بطلب كتابي من الموظف الملزم بالتصريح فيه وبدون غموض في اتجاه إرادته الصريحة إلى قطع العلاقة التي تربطه بالإدارة بصفة نهائية وقد ذهبت النصوص السابقة المنظمة للوظيفة العمومية بالجزائر لاسيما منها الامر رقم 133/66 سالف الذكر إلى حد اشتراط أن يكون طلب الاستقالة خطيا إدراكا من المشرع أن الموظف المقبل على الاستقالة لا يكون في وضعية نفسية لائقة أي تحت تأثير عوامل خارجية كالإكراه أو التوتر وبما يلزم تحرير طلبي استقالته بخط يده الذي قد يمنحه الفرصة في التريث والتفكير مليا في هذا الإجراء الخطير الذي يكون له انعكاسات سلبية على حياة الموظف² وقد تقرر اشتراط الكتابة في الاستقالة لمصلحة الموظف باعتبارها دليل على رغبته الأكيدة في ترك الوظيفة وأنه أقدم عليها بعد تفكير وإمعان للنظر كما أن الاستقالة المكتوبة من جهة أخرى تمكن الإدارة من التأكد من رغبة الموظف الأكيدة في الاستغناء عن الوظيفة³

ولم يحدد المشرع الجزائري شكلا معنيا لطلب الاستقالة مكتفيا باشتراط الكتابة و الإعلان عن الإرادة الصريحة في إنهاء الخدمة وبالتالي يكون الطلب صحيحا بمجرد إرساله إلى السلطة المختصة بالتعيين عن طريق السم الإداري وتضمينه ألفاظ وعبارات واضحة ودالة على انصراف إرادة الموظف الصريحة إلى إنهاء العلاقات الوظيفية بصفة نهائية ويجب على الإدارة فحص

¹هاشمي خرفي المرجع السابق صص 216، 217

²رشيد حبانى. دليل الموظف و الوظيفة العامة دار النجاح الجزائر سنة 2015 ص 78

³مصالح بدرية جاسر قواعد إنهاء خدمة الموظف العام في القانون الكويتي مطبوعات جامعة الكويت دون طبعة دون سنة نشر ص 546 نقلا عن عبد العزيز سعد مانع العنزي المرجع السابق ص 95

طلبات الاستقالة المقدمة إليها حيث لا يعتبر طلبا للاستقالة تقدم الموظف لطلب يحتج فيه على الإجراءات المتخذة ضده والتي قد تدفعه إلى ترك الوظيفة وعليه لا يعتبر كل طلب بمثابة استقالة إلا إذا كان الطلب قد صيغ بصورة لا يمكن معها بمثابة تقديم استقالة.¹ إذن يكتسي طلب الاستقالة المكتوب أهمية كبيرة فهو يمثل ضمانا بالنسبة للموظف العام من جهة حيث لا يمكن أن تنهي خدمت الموظف إلا بعد تقديم هذا الطلب ومن جهة أخرى فهو بمثابة إثبات للإدارة في حالة إنكار الموظف ذلك بالإضافة إلى أن للطلب الكتابي أهمية كبيرة تتمثل في توضيحه لتاريخ إيداع الطلب وهو التاريخ المرجعي الذي تحتسب ابتداء منه الآجال المقررة للإدارة من أجل البث في طلب الاستقالة أو احتساب الأجل المحدد حتى تصبح الاستقالة فعلية حيث تنص المادة 1/220 من الأمر 03/06 سالف الذكر على أنه " 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 إيداع الطلب

ثانيا: عدم تعليق طلب الاستقالة على الشرط

يشترط الفقه لصحة طلب الاستقالة المقدم من الموظف العام أن يخلو من أية شروط يعلق عليها صدور القرار الإداري بقبول الاستقالة وذلك لأن الشروط قد تثير الشك في رغبة الموظف العام في الاستقالة فقد يكون هدفه من تقديم الاستقالة ليس إنهاء خدمته وإنما حث الإدارة على تحقيق مطالبه² ويلاحظ أن عدم تعليق الاستقالة على شرط وضع لمصلحة الإدارة وحدها فلها أن تتمسك به أو تتنازل عنه وفقا لمقتضيات مصلحة المرفق العام.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أن المواد الأربعة التي نظمت حق الاستقالة من المادة 217 إلى المادة 220 من الأمر رقم 03/06 لم تتضمن مسألة الاستقالة المشروطة، وعليه يتوجب

¹ عبد العزيز سعد مانع العنزي المرجع السابق ص 101

² عبد اللطيف السيد رسلان عودة المرجع السابق ص 162

على الإدارة التأكد وفحص بدقة طلب الاستقالة ومراعاة الألفاظ والتعبير التي يتضمنها هذا الطلب. للتأكد من الرغبة الحقيقية للموظف في ترك الخدمة، أما إذا تضمن طلب الاستقالة شروطاً أو قيوداً فلا يمكن اعتبارها استقالة أصلاً في رأينا، لأنه من المفروض أن يكون الطلب خالياً من أي شرط ضماناً للمصلحة العامة. كما أن للقضاء الإداري سلطة مراقبة القرارات الصادرة بقبول استقالات الموظفين بناء على طلبات استقالة مشروطة أو مقيدة.

ثالثاً: أن تكون الاستقالة صادرة عن إرادة حرة:

يجب أن تكون استقالة الموظف صادرة عن إرادة حرة أي بمحض إرادته واختياره ، وبالتالي إذا ثبت أن الاستقالة قدمت تحت ضغط أو إكراه كانت الاستقالة باطلة ، وكذلك لو صدر طلب الاستقالة عن إرادة غير واعية أو غير مدركة لنتائج أفعالها ، كما لو صدرت تحت تأثير المرض الشديد الذي يمنع التعبير الصحيح عن الإرادة كإصابة الموظف بمرض الفصام أو العته أو أن الاستقالة تمت بإرادة موظف غير مدرك للنتائج المترتبة عنها¹ ولذلك ونظراً لان الاستقالة تصرف قانوني² مبني أساساً على إرادة الموظف العام ورغبته في إنهاء³ العلاقة الوظيفية ، كان لا بد أن تخلو هذه الإرادة كل العيوب لاسيما عيب الإكراه سواء المادي أو المعنوي ، وبالتالي يجب أن يكون طلب الاستقالة صادر عن إرادة الموظف الصحيحة بحيث أن لا يكون قد شابها أي عيب من عيوب الإرادة فغالبا ما يقوم القاضي الإداري بإلغاء القرارات الصادرة بقبول استقالات الموظفين إذا ثبت عدم إعلام الموظف بنتائج تصرفه أو أنه قد تعرض لضغوطات ، وذلك راجع للآثار الهامة المترتبة عن الاستقالة وتأثيرها عن الحياة المهنية للموظف. بالإضافة لهذا هناك الاستقالة الجماعية وهي قيام مجموعة من الموظفين في وقت واحد بناء على اتفاق سابق في ترك الخدمة

¹ العتيبي صالح ناصر ، انتهاء خدمة الموظف العام بسبب الحكم الجزائي، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت العدد الأول ص 146

نقلا عن عبد العزيز سعد مانع العنزي المرجع السابق ص 96

² أنور أحمد رسلان المرجع السابق ص 442

³ -عمار بوضياف المرجع السابق ص 450

لممارسة ضغط على الإدارة من أجل إرغامها على تحقيق مطالب أو الاحتجاج على عمل معين. وهذه الاستقالة تشل حركة المرفق العام عن استمرار يته في تقديم الخدمات الأساسية للجمهور. وهذا العمل الجماعي يشكل خطرا على المرفق العام وقد عاقب عليه المشرع الجزائري في نص المادة 115 من قانون العقوبات الجزائري المدرجة تحت عنوان تواطئ الموظفين: «القضاء والموظفين الذين يقررون بعد التشاور بينهم تقديم استقالتهم بغرض منع أو وقف قيام القضاء بمهمة أو سير المصلحة يعاقبون بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات» .

رابعا: الالتزام بالواجبات المهنية إلى غاية صدور قرار الإدارة

بما أن الاستقالة يمكنها أن تؤثر على سير المرفق العام وجب تنظيمها على نحو يوفق بين حق الموظف من جهة والحفاظ على مبدأ دوام واستمرار المرفق العام بانتظام واطراد. وجب على الموظف الاستمرار في أداء الخدمة وإلا تعرض للمسألة التأديبية¹. حيث نصت المادة 184 من القانون 03/06 المتعلق بالوظيفة العامة: «إذا تغيب الموظف لمدة 15 يوما متتالية على الأقل دون مبرر مقبول تتحد السلطة التي لها صلاحية التعيين إجراء العزل بسبب إهمال المنصب بعد الإعسار وفق كفاءات يحددها التنظيم» .

ولها ألزم المشرع الموظف الاستمرار في أداء الخدمة إلى غاية الرد من الإدارة بالقبول أو الرفض في مدة حدده المشرع بشهرين 02 ابتداء من تاريخ إيداع الطلب كما يمكن للإدارة أن تؤجل الموافقة على طلب الاستقالة لمدة شهرين ابتداء من تاريخ انقضاء الأجل الأول وهذا لضرورة المصلحة القصوى وبعد انقضاء هذا الأجل تصبح الاستقالة فعلية².

¹- ماجد راغب الحلو مرجع سابق ص ص 358-359

²- المادة 220 من الأمر 03/06 سالف الذكر

وبالتالي فالاستقالة تعتبر حق من الحقوق المقرر للموظف وهذا الحق يستند الى طبيعة العلاقة الوظيفية¹ كما يستند للنصوص التشريعية

المطلب الثاني: تقييد حق الإضراب

الإضراب من الحقوق الدستورية التي يتمتع بها الموظف والعامل على حد سواء، غير أن هذا الحق أعتبر من أكثر المفاهيم تعقيدا وغموضا، خاصة فيما تعلق بنطاق ممارسته في القطاع العام والخاص، مما جعل منه مجالا لاختلاف الفقهاء ورجال القانون بشأن إعطاء أو إيجاد تعريف جامع مانع له. ولهذا نجد معظم الدساتير العربية منها والغربية تضمنت حق الإضراب كأحد الحقوق الأساسية.² وعلى هذا الأساس سوف نقوم بتعريف الإضراب في الفرع الأول وشروط ممارسة الإضراب في فرع ثاني أما الفرع الثالث تطرقنا إلى النظام القانوني للإضراب.

الفرع الأول: تعريف الإضراب:

يرجع أصل استخدام كلمة إضراب إلى الممارسة العمالية في باريس، حيث كان العمال يجتمعون في مكان يسمى "ساحة الإضراب" طلبا للعمل وتقع هذه الساحة في المكان الذي تنفذ فيه عقوبة الإعدام.³ وعلى هذا الأساس سوف نتناول في هذا المطلب بداية التعريف اللغوي للإضراب أولا، ثم نتناول التعريف الفقهي ثانيا، وثالثا التعريف القانوني للإضراب.

¹ تنص المادة 7 من الأمر 03/06 سالف الذكر: يكون الموظف تجاه الإدارة في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية

² سامر أحمد موسى إضراب العاملين في المرافق العامة دراسة في النظام القانوني الفلسطيني والفرنسي والجزائري (، بوابة فلسطين القانونية، فلسطين، سنة 2007، ص ص 31-32.

³ جميلة أبركان براهيم، سامر أحمد موسى، بحث قانوني حول إضراب العاملين في المرافق العامة) دراسة في النظام القانوني الفلسطيني الإضراب، المعهد الوطني للدراسات والبحوث النقابية، دورية المنشد، العدد 9، الجزائر، 1990، ص 31.

أولاً: التعريف اللغوي للإضراب

يعرف الإضراب لغة بأنه "الكف والاعتراض، فيقول أضربت عن الشيء أكففت وأعرضت عنه، ويقال أضرب العمال أ كفوا عن العمل حتى تجاب مطالبهم.¹ ويأتي الإضراب بمعنى الإقامة، والمضرب المقيم بالبيت، وأضرب الرجل في البيت أقام، كما يقال ضرب الرجل يضرب إذا خرج ابتغاء الرزق ويأتي الإضراب بمعنى الامتناع فيقال: أضرب يضرب، إضراباً، امتنع ولذلك يقال أضرب العمال ومنعهم عن العمل حتى تجاب مطالبهم وأضرب عن الطعام امتنع عنه احتجاجاً على أمر ومطالبته بمطلب.²

أما معناه الاصطلاحي، فقد عرفت ووضحت معالمه مع بزوغ الثورة الصناعية، حيث أن سيطرة أرس المال على العمل، أدت إلى ظهور تفاوت شديد بين الطبقات، مما دفع العمال إلى التجمع والتكتل والبحث عن وسيلة قانونية أكثر فاعلية لإعادة التوازن الاقتصادي والاجتماعي، ومن ثم كان اللجوء إلى ممارسة الإضراب والذي تكلم في النهاية بالاعتراف بمشروعيته، وقد ربط الفقه تعريف الإضراب بعناصر وجوده مما أدى إلى تنوع الآراء في هذا الشأن.³

¹د. إبراهيم صالح الصرايرة، مشروعية الإضراب وأثره في العلاقات التعاقدية (دراسة مقارنة) دار وائل للنشر عمان، ط1،

2012، ص 15.

²د. سعيد علي غافل، الإضراب الوظيفي (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، ب ط، ب سنة، ص ص15-16.

³د. إبراهيم صالح الصرايرة، المرجع السابق، ص15.

ثانيا: التعريف الفقهي:

تنوعت وتعددت التعريفات الفقهية للإضراب، وهذا حسب كل فقيه وأريه¹، ففي الفقه الفرنسي تعددت الاتجاهات فيه، وقد حاول كل اتجاه وضع تعريف جامع مانع، لجميع عناصر الإضراب المادية والمعنوية. ومن بين الفقهاء:

نجد الفقيه جون ريفيرو (j.riviro) الذي يعرف الإضراب بقوله: "الإضراب 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."² وفي ذات السياق عرفه الفقيه جونروش (j_roche) على أنه: "توقف منظم وجماعي عن العمل، يتم بناء على قرار تتخذه السلطة المختصة وذلك بهدف تحقيق مطالب محددة." كما نذكر أيضا التعريف الذي أورده الأستاذ غلاف (Glavine) في منجد المصطلحات الاقتصادية والاجتماعية، والذي ورد فيه "الإضراب توقف عن العمل يهدف من وراءه العمال ممارسة ضغط مباشر على رب العمل، أو إلزام السلطات العمومية بتحقيق المطالب العمالية كلها أو البعض منها فقط وذلك تحت ضغط مستخدم المرفق."³

كما عرفه جانب آخر أيضا: أنه عبارة عن توقف العمال عن العمل توقفا جماعيا ومدبر بقصد ممارسة الضغط على صاحب العمل أو السلطات العامة" وان كان هذا التعريف يتميز

¹د. رمضان عبد الله صابر، النقابات العمالية وممارسة حق الإضراب، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2004ص 38.

²ثواني إيمان وريمة سرور، مرزوقي وسيلة، حق الموظف العمومي في اللجوء إلى الإضراب في الجزائر بين التقييد والتحرير، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية محكمة: السنة الثالثة/ المجلد 05/عدد01-2012، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص277-278.

³ثواني إيمان وريمة سرور، مرزوقي وسيلة، المرجع نفسه، ص278.

بأنه قد ذكر عناصر الإضراب فإنه يؤخذ عليه عدم بيان الهدف الذي يسعى العمال إلى تحقيقه من وراء الإضراب وهو ما يمثل العناصر المعنوية للإضراب.¹

ويرى أيضا بعض الفقه الفرنسي أن الإضراب هو "رفض جماعي ومدبر للعمل يعبر فيه العمال في الخروج مؤقتا على شروط العقد لإنجاح مطالبهم". ويركز هذا التعريف كما هو واضح على الصفة الجماعية للإضراب، ويؤكد أيضا على أنه وسيلة لتحقيق مطالب العمال.

أما بالنسبة للفقه المصري فقد اختلف فقهاءه حول تعريف الإضراب، فعرفه الدكتور سليمان الطماوي على أن "الإضراب هو اتفاق بعض العمال على الامتناع عن العمل، مدة من الزمن، دون أن تتصرف نيتهم إلى التخلي نهائيا عن وظائفهم، وذلك بقصد إظهار استيائهم من أمر من الأمور أو الوصول إلى تحقيق بعض المطالب لاسيما المتعلقة بالعمل كدفع الأجور."²

كذلك الأستاذ الدكتور أحمد البرعي فقد عرف الإضراب بأنه "توقف العمال عن العمل توقفا إراديا ومدبرا، لممارسة ضغط 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."³

أما بالنسبة للفقه الأردني، فقد عرف الإضراب بأنه "توقف مجموعة من العمال عن العمل بسبب نزاع عمالي جماعي وذلك بهدف الحصول على مطالبهم المتعلقة بشروط العمل أو ظروفه"، كما عرف لديهم أيضا "الإضراب هو امتناع مجموعة من العمال عن العمل امتناعا

¹ مصطفى أحمد أبو عمرو، علاقات العمل الجماعية المفاوضات الجماعية- النقابات العمالية- إتفاقية العمل الجماعية- منازعات العمل الجماعية) الإضراب - الإغلاق- التحكيم- الوساطة- المفاوضات(في ضوء قانون العمل الجديد رقم 12 لسنة 2003، دار الجامعة الجديدة للنشر، للإسكندرية، 2005، ص341.

² ثواني إيمان وريمة سرور، مرزوقي وسيلة، مرجع سابق، ص278.

³ مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع نفسه، ص32.

فعليا باتفاق فيما بينهم، وتدبير منهم، وذلك بقصد تحقيق مطالب مهنية تتعلق بشروط العمل أو ظروفه.¹

أما البعض الآخر فقد عرف الإضراب بأنه "امتناع العمال عن تنفيذ العمل الملتزمين بموجب عقود العمل الفردية التي تربطهم مع صاحب العمل وذلك بسبب نزاع عمالي جماعي".² وفي الاتجاه نفسه فإن فقهاء القانون العام وفقهاء قانون العمل درسوا أيضا مصطلح الإضراب، من وجهة نظر كل منهم.

أما بالنسبة لبعض فقهاء قانون العمل فهو "التوقف الجماعي عن العمل بصفة إرادية وبقرار مدير، ومحضر من طرف العمال، بهدف الضغط على أصحاب العمل أو السلطة العامة قصد إجبارها على الخضوع لتلبية مطالبهم، أو إيجاد حل لنزاع قائم بينهم وبين صاحب العمل".³

ونختتم بالقول أن الفقه الجزائري لم يخض كثيرا في مسألة الإضراب اللهم دراسات قليلة، ورغم ذلك سوف نشير إلى بعض منها، حيث يرى اتجاه أن "الإضراب يتمثل في توقف جماعي عن العمل، يتم اتخاذه بعد تشاور العمال، وأن الإضراب يتخذ للضغط على صاحب العمل لحمله على الموافقة على تلبية مطالب العمال حول مسائل موضوع الخلاف".

ويرى جانب آخر أن الإضراب هو "التوقف الجماعي عن العمل بصفة إرادية وبقرار مدير ومحضر من طرف العمال، بهدف الضغط على أصحاب العمل، أو السلطة العامة، قصد

¹ مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص28.

² سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، عمان، ط1، 2010، ص504.

³ سليمان أحمية، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، سنة 1998 ص138-139.

إجبارها على الخضوع لتلبية مطالبهم، أو إيجاد حل لنزاع قائم لتلبية مطالبهم، أو إيجاد حل لنزاع قائم بينهم وبين صاحب العمل.¹

ثالثا-التعريف القانوني للإضراب:

لقد أعتبر الإضراب والى وقت قريب من الأمور الممنوعة في الجزائر، خاصة في القطاع العام، وهذا نتيجة التوجه الاشتراكي، الذي انتهجته الجزائر فيما يتعلق بتنظيم النشاط الاقتصادي والاجتماعي، بما فيه علاقات العمل، والذي لم يعترف بحق الإضراب إلا بالنسبة لعمال القطاع الخاص، حيث ظلت كافة القوانين المنظمة له جامدة، دون أن تتبع بنصوص تنظيمية تضعها موضع التنفيذ،² ليصبح الإضراب في عشرية الثمانينات إجراء فعليا، غير مرخص به لعمال القطاع العام ولكنه موجود من حيث الممارسة على الأقل،³ فحدد ذلك وقبل لمنع وجود نزاعات في ميادين وأنشطة القطاع العام، بسبب إزالة الفوارق الاجتماعية وتوجيه علاقات العمل ضمن طرق قانونية وتنظيمية مجردة، ضمن المساواة في الحقوق والواجبات والعمل على ضمان استمرارية العمل.⁴

وبموجب دستور 1996 الذي حق الإضراب ضمن الحقوق والحريات العامة، حيث تقضي في المادة 57 منه على أن حق الإضراب مضمون ويمارس في إطار القانون دون أن يميز من

¹ كمال مخلوف، مبدأ السلم الاجتماعي في تشريع العمل الجزائري، بين آلية التفاوض كأساس لتكريس المبدأ أو الإضراب كوسيلة ضغط، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمور، تيزي وزو، 2014، ص171.

² د-أحمية سليمان، المرجع السابق، ص144.

³ عجة الجيلالي، الوجيز في قانون العمل والحماية الاجتماعية، النظرية العامة لقانون العمل في الجزائر (، دار الخلدونية، الجزائر، ب ط، ب سنة 2005، ص219.

⁴ رشيد واضح، منازعات العمل الفردية والجماعية في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، المرجع سابق، ص116.

حيث الممارسة بين القطاع العام والخاص، باستثناء بعض القطاعات التي تحتاج إلى ديمومة النشاط كالدفاع والأمن.

وتطبيقا لهذا النص أصدر المشرع القانون رقم 02/90 المعدل والمتمم بالقانون 27/91، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب ارب، وعلى الرغم من كون المشرع الجزائري، لم يرقم بتقديم أي تعريف لحق الإضراب، إلا أن مجرد الاعتراف بحق العمال في اللجوء إليه حسب تدابير القانون 02/90، يدفعنا إلى الاعتقاد باتجاه نية المشرع نحو تبني المفهوم الليبرالي لهذا الحق.¹ و الذي يعرف الإضراب بأنه " امتناع عن العمل لمدة محدودة يتمسك فيها العمال المضربون بمناصب عملهم بهدف إحداث ضغط والتأثير على السلطة التي تملك تحقيق المطالب.² كما ينظر إليه أيضا على أنه توقف جماعي متفق عليه عن العمل من جانب العمال، بقصد إحداث ضغط والتأثير على الهيئة المستخدمة حتى تلبى أو ترضخ لمطالبهم الاجتماعية والمهنية، غير أن المشرع الجزائري لم يكتف بهذا المفهوم وإنما ربط وجوده بوجود النزاع الجماعي، وهذا يتطابق مع مغزى نص المادة 24 من القانون 02/90 التي تنص صراحة على "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 العمال في اللجوء إلى الإضراب وفق للشروط و الكيفيات المحددة في أحكام هذا القانون."³ وفي ضوء الاعتبارات السالفة حرص المشرع على تنظيم حق الإضراب

¹أ.عجة الجيلالي، المرجع سابق، ص 220.

²رشيد واضح، المرجع السابق، ص 13.

³أنظر المادة 24 من القانون 02/90.

الفرع الثاني: شروط اللجوء إلى الإضراب

إن حق الإضراب كغيره من الحقوق ليس حقا مطلقا، بل يخضع في ممارسته لبعض الضوابط والشروط حتى تضمن عدم التجاوز في ممارسته على نحو لا يضر بالمصلحة العامة بالإضافة إلى كونه حقا ذا طبيعة خاصة و لهذا لحرص المشرع على دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد من اجل هذا .وضع المشرع الجزائري في قانون العمل رقم 02/90 لسنة 1990 شروط وضوابط لممارسة الإضراب بعد أن أقر أنه حق للعمال، وأرى المشرع أن هذا الحق كغيره من الحقوق ليس مطلقا، بل يخضع في ممارسته لبعض الضوابط والشروط التي تضمن عدم التجاوز في ممارسته بالشكل الذي يضر بالمصلحة العامة للدولة، بالإضافة إلى أن الإضراب حق ذو طبيعة خاصة، وبالتالي ليس كغيره من الحقوق فهو يحتاج إلى التنظيم ووضع الضوابط اللازمة لممارسته والتي يتعين على المضربين الالتزام بها.¹

يخضع القانون 02/90 المؤرخ في 06/02/1990 الإضراب إلى إجراءات وشروط معينة سوف نقوم بدراستها على النحو الآتي:

أولا: استيفاء كل طرق التسوية الودية:

ويقصد بها وجوب استنفاد جميع الطرق الممكنة للتسوية، كإجراءات المصالحة والوساطة وكافة الوسائل المنصوص عليها في الاتفاقيات الجماعية كما تنص على ذلك المادة 24 من القانون رقم 02/90.²

¹ - صلاح علي علي حسن، تنظيم الحق في الإضراب دراسة في التشريعات العربية والمقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2012، ص 120.

² - عجة الجبالي، المرجع السابق ، ص 221.

كما يجب أن يسبق قرار الإضراب، اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم، حيث أن هذا الأخير يوقف قرار الإضراب، بل ويوقف الإضراب إذا كان قد شرع فيه.

حيث تنص المادة 25 من القانون 02/90 السالف الذكر في هذا الشأن، بأنه «لا يمكن اللجوء إلى ممارسة الإضراب، ويوقف الإضراب الذي شرع فيه بمجرد اتفاق الطرفين في الخلاف الجماعي في العمل على عرض خلافهما على التحكيم»¹.

ومعنى هذا أن اللجوء إلى التحكيم يعتبر أداة من أدوات إنهاء الإضراب وليس فقط توقيفه أو تجميده، لأن قرار التحكيم يفرض تطبيقه والالتزام به من قبل الطرفين بحكم القانون.² وفق نص أحكام المادة 13 من القانون السالف الذكر. وذلك لأن أمر اللجوء إلى التحكيم أمرا اختياريا من حيث المبدأ إلا أن مجرد الاتفاق على اللجوء إليه يفقد المتنازعين هذه الحرية، ويلزمهم مسبقا بالامتثال لقرار التحكيم والالتزام بتنفيذه. وهو ما يؤد بنا إلى القول بأن اللجوء إلى التحكيم هو وسيلة من وسائل تفادي الإضراب أو على الأقل تفادي الاستمرار فيه.³

¹ - سليمان أحمية، المرجع السابق ، ص148.

² - ناريمان جد، حق الإضراب في المؤسسات العمومية الاقتصادية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر، جامعة قاصد مرباح، ورقلة 2013، ص 20

³ - سليمان أحمية، المرجع نفسه، ص149.

ثانيا: موافقة جماعة العمال على اللجوء إلى الإضراب:

تعتبر موافقة العمال على الإضراب من ضمن الإجراءات الأساسية التي تجعل التوقف عن العمل من دونها غير شرعي، وإذا كانت الموافقة هذه قد عرفت تطورا، إذا كانت موافقة أقلية العمال تقرر، وتفرض إرادتها على كافة العمال فإن الأمر لم يعد كذلك، في الوقت الحالي إذا أصبحت الموافقة التي تعطي للإضراب الشرعية هي موافقة الأغلبية.¹ وتتم الموافقة على اللجوء على اللجوء إلى الإضراب وفق المراحل التالية:

1- استدعاء جماعة العمال من قبل ممثليهم بحضور الجمعية العامة التي تعقد خصيصا لهذا الغرض في أماكن العمل المعتادة للجهة المستخدمة وأثناء فترة العمل، وهذا بعد إعلام صاحب العمل بذلك وفي هذه الجمعية يقدم ممثلو العمال إلى جماعتهم تقريرا عما تم التوصل إليه من خلال المراحل السابقة من المفاوضات، حول المطالب العمالية المهنية، والمسائل التي يستمر الخلاف بشأنها، من أجل التعرف على الحلول والسبل اللازمة لتجاوزها، ومنها البث في احتمال التوقف الجماعي عن العمل.

ب- الاستماع إلى آراء ممثلي المستخدم أو السلطة الإدارية المعنية بناء على طلبهم، وهذه المسألة جوازيه الغاية منها التعرف على وجهة نظر صاحب العمل بالنسبة للمسائل المطروحة والتي تشكل نزاعا.²

¹ علي زنيب، تكييف الإضراب في إطار القانون 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، بحث من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 81.

² المادة 27 من القانون 02/90 السالف الذكر

د- الاستفتاء: بعد الاستماع إلى آراء ممثلي العمال، وتدخل صاحب العمل أو ممثله يلجأ العمال إن كانوا مصرين على الإضراب، إلى مرحلة الاقتراع السري المباشر لجماعة العمال، للبحث في التوقف الجماعي عن العمل باعتباره الوسيلة الباقية المحتمل أن تؤد إلى حل النزاع القائم. ويشترط لصحة التصويت حضور نصف عدد عمال المؤسسة المعنية على الأقل وأن يوافق على الإضراب أغلبية العمال الحاضرين.¹

أما بخصوص توافر النصاب القانوني المطلوب، فإنه حسب نص المادة 28 من القانون 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 في:

- 1- أن قواعد قانون العمل أغلبها أمرة كما يجمع الفقه.
 - 2- أن نية المشرع هو التضييق من الإضراب قدر الإمكان وأن هذا الإجراء هو واحد من الوسائل التي يحد بها من فاعليته، ولذلك فإنه يجعل الشرط دائما في أية جمعية عمالية تستدعي لهذا الغرض سواء أكانت عادية أو استثنائية.²
- وقرار هذه الأغلبية يلزم الأقلية التي لم تصوت لصالح اللجوء إلى الإضراب وبالتالي فإن عدم إضراب الأقلية لا ينفي الشرعية عن إضراب الأغلبية لأن العبرة هنا هي في احترام إجراءات التصويت عن الإضراب وليس في عدد العمال المضربين إذ أنه ليس من شروط الإضراب أن يقوم به جميع العمال بل قد يشمل جزءا منهم فقط دون غيرهم، وهذا يعد تكريسا فعليا لمبدأ الديمقراطية في عالم الشغل.³

¹ المادة 28 من القانون 02/90 السالف الذكر.

² علي زنييع، المرجع السابق، ص 82.

³ - خليفي عبد الرحمان، الوجيز في منازعات العمل والضمان الاجتماعي، دار العلوم للنشر، عناية، ب ط، 2008، ص 71.

وأخيرا يمكننا القول أنه بمجرد الاتفاق على اللجوء إلى الإضراب على إثر تصويت سري ومن أغلبية العمال المجتمعين في جمعية عامة تمثل نصف جماعة العمال على الأقل يجعل من الإضراب شرعي وقانوني.

ثالثا: الإشعار المسبق بالإضراب:

نظم المشرع الجزائري الإشعار المسبق بالإضراب، بموجب المواد من 29 إلى 31 من القانون المؤرخ في 1990/02/06 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية وتسويتها، وممارسة حق الإضراب.

ويقصد بالإشعار المسبق بالإضراب: قيام ممثلي العمال الموافقين على الإضراب بإعلام صاحب العمل عن نية العمال في التوقف الجماعي عن العمل، من أجل تحقيق المطالب المهنية لهم، التي ما ازل الخلاف بشأنها مستمرا.¹

ويشترط القانون لصحة الإشعار، وأن يقدم من طرف النقابة، أو هيئة ممثلي العمال المشرفين على تنظيم عملية الإضراب، وأن يوجه هذا الإخطار إلى الجهة المختصة وهي صاحب العمل، ومفتشية العمل المختصة إقليميا. وأن يتم إيداعه قبل الميعاد المحدد للتوقف عن العمل بثمانية أيام (08 أيام كحد أدنى، على أن تمديد هذه الفترة جائز قانونا سواء بموجب الاتفاق بين طرفي النزاع، أو بإرادة ممثلي العمل فلهما الحرية التامة في هذا الصدد.

إن ميعاد البدء في الإضراب يبدأ سريانه من تاريخ انتهاء الأجل المحدد في الإشعار، والذي يبدأ حسابه من يوم إيداعه القانوني لدى الجهات المختصة.²

¹علي زنيب، المرجع نفسه 71.

²—أنظر المادتين 29 و 30 من القانون 02/90

ويعتبر شرط الإشعار المسبق بالإضراب شرطا إلزاميا¹، يترتب على إهماله أو مخالفته عدم شرعية الإضراب الذي أوتي به، كما تقضي بذلك المواد من 29 إلى 31 من القانون 02/90 ويلحق بهذه الأحكام استيفائه للشروط السالفة الذكر في الإخطار، لأن تخلف البعض منها يجعل الإشعار باطلا ويطلان الإشعار لعدم صحة إجراءاته، أو تخلف شرط فيه أو عدم القيام به أصلا، يجعل الإضراب غير شرعي، يبرر العقوبات التأديبية التي يتخذها صاحب العمل في حق المضربين.²

وحرص المشرع الجزائري على فرض وجوب تقديم هذا الإشعار المسبق بالإضراب، يأتي من حرصه الشديد على تمكين أطراف النزاع من إيجاد تسوية سلمية له، وذلك بمنحهم مزيدا من الوقت لإيجاد الحلول السلمية³، وهو بذلك-أي الإشعار-برهان لصاحب العمل على العزم الجد للعمال باستعمال حقهم القانوني في الإضراب إذا لم يساهم بجدية في إيجاد الحلول السلمية التي ترضيهم، أو بمعنى آخر دعوة له لتقديم التنازلات اللازمة لتسوية النزاع.⁴ وبالتالي فإن عدم مراعاة مثل هذا الشرط يؤدي إلى إضفاء صفة عدم المشروعية للإضراب.

رابعا: ضمان أمن وسلامة أماكن ووسائل العمل:

إضافة إلى الشروط السابقة التي وضعها المشرع الجزائري على عاتق النقابة والعمال هناك أيضا شرط أساسي ينبغي مراعاته وهذا باتخاذ كافة الاحتياطات والإجراءات اللازمة لضمان

¹-كمال مخلوف، المرجع السابق، ص251.

²- رشيد واضح، منازعات العمل الفردية والجماعية في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ب ط 2003، ص128.

³أحمية سليمان، المرجع السابق، ص151.

⁴علي زنييع، المرجع السابق، ص85.

المحافظة على وسائل وأدوات وأماكن العمل، وعدم تعريضها لأية أضرار أو التخريب أو إتلاف أو مساس بالأموال العقارية والمنقولة والمنشآت التابعة لصاحب العمل.¹

وأن أي تصرف من هذا القبيل من طرف العمال المضربين، يرتب عليهم المسؤولية المدنية أو الجزائية حسب جسامته الضرر، وفق ما تنص عليه المادة 55 ف 2 من القانون 02/90، التي تقضي برفع العقوبة إلى حدود الثلاث سنوات (03) حسب حالة الاعتداء على الأشخاص والممتلكات.² في هذه الحالة على العمال الامتثال، فرفضهم وتعنتهم لذلك يعد عرقلة أخرى لحرية العمل.³ كما أرينا ذلك من قبل، وهي التصرفات التي يعتبرها القانون أخطاء جسيمة، حيث ينص القانون 02/90 في هذا الشأن في مادته 35 على أنه "يمنع العمال المضربين عن احتلالا لمحلات المهنية للمستخدم، عندما يهدف هذا الاحتلال عرقلة لحرية العمل.

الفرع الثالث: الضمانات القانونية لحق الإضراب في القانون الجزائري

على خلاف القوانين السابقة، فقد منح القانون 02/90، محور خاص يتعلق بحماية حق الإضراب عند ممارسته وفق الضوابط والإجراءات القانونية، أي بمعنى آخر كل لجوء لحق الإضراب مع احترام الشروط القانونية يعد إضرابا شرعيا، والإضراب الشرعي كفل المشرع حمايته وحماية ممارسيه من كل تهديد أو ضبط أو تجاوز، وممارسة حق الإضراب وفق الأسس القانونية يرتب أثرا فوريا، وهو تعليق علاقة العمل، فالإضراب يوقف آثار علاقة العمل، إلا إذا

¹ ناريمان جد، المرجع السابق، ص32.

² د- سليمان أحمية، المرجع السابق، ص152.

³ رشيد واضح، المرجع السابق، ص129.

اتفق طرفي النزاع على خلاف ذلك وتتضح أهم مظاهر الحماية التي أضفاها المشرع على ممارسة حق الإضراب في الجوانب التالية:¹

1- لا تفسخ علاقة العمل بل توقف وتوقف أثارها، وهذا الموقف يأخذ به الفقه والتشريع الحديثين، ولا يعد الخطأ المرتكب من طرف العامل أثناء فترة الإضراب سببا لإنهاء العقد، بل سبب للفسخ عند اللزوم، وبالتالي يتوجب على صاحب العمل للاحتفاظ بمناصب عمل العمال المضربين.² وبالتالي أعتبر كل تسريح بسبب الإضراب الشرعي تعسفا تطبق عليه مقتضيات المادة 4/73 من القانون 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990.³

هذا ويترتب على وقف علاقة العمل، وفقا لما توصل إليه اجتهاد القضاء الفرنسي، تحرر صاحب العمل من مسؤولية المتبوع عن الأضرار التي يسببها العمال للغير أثناء الإضراب.⁴ وهذا لكون العلاقة، معلقة بحكم دخول العمال في إضراب وهو ما يعني أنه في حالة تسببهم للغير في أضرار ينزع عنهم الغطاء المهني ولا يتحمل المستخدم أية مسؤولية.

2- يمنع على الهيئة المستخدمة اللجوء إلى استبدال العمال المضربين أو تعيين آخرين بدلهم لأن ذلك يشكل ضغطا إلا في حالتين اثنتين:

✓ عند حالة التسخير التي يأمر بها السلطات المؤهلة.

✓ لضمان الحد الأدنى من الخدمة.

¹ -عبدالرحمان خليفي، المرجع السابق، ص ص75-76.

² - بشير هدي، علاقات العمل الفردية والجماعية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، سنة 2009، المرجع السابق، ص221.

³ المادة4/73من القانون 11/90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق ل 1990/04/21، والمتعلق بعلاقات العمل

⁴ أ. بشير هدي، المرجع نفسه، ص222.

3- كل مشاركة في إضراب قانوني تجعل العمال محميين من تسليط أية عقوبة تأديبية من طرف الهيئة المستخدمة لأن الإضراب يوقف آثار علاقة العمل، واتخاذ العقوبات التأديبية والعمال في حالة إضراب يعد ضغطا وتعسفا من الهيئة المستخدمة بل ومساس بحق دستوري تم اللجوء إليه على ضوء القوانين.¹

وتكريسا لمفهوم الحماية القانونية على ممارسة حق الإضراب فإنه وان كان المرسوم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1985 أوجب صراحة بأن تكون الرواتب مقابلة للنشاط الفعلي للموظف.² فقد بينت النصوص التنظيمية كيفية اقتطاع رواتب أيام الموظف وفي حالة انعدام اتفاق يكون الاقتطاع بطريقة تارعي فيها وضعية الموظف وهذا كمظهر من مظاهر الحماية عند ممارسة الإضراب بصفة مشروعة، وقد صدر منشور عن وزارة العمل بتاريخ 12/03/1991 يبين طريقة الاقتطاع.³

وقد تتدخل أسباب التوقف الناتج عن الإضراب مع أسباب توقف أخرى كحالات العطلة السنوية أو الراحة الأسبوعية وأيام الأعياد وحالة المرض، فلا تدخل مدة الإضراب في حساب مدة العطلة الناجمة عن تلك الحالات لأن توقف العلاقة كان بسبب الإضراب، لكن وفي جميع الحالات لا يحرم العامل من التعويضات العائلية التي تقدمها صناديق الضمان الاجتماعي.⁴ لأن حماية حق الإضراب يوازيه إمكانية تعرض العمال المضربين إلى متابعات جزائية في حالة

¹. عبد الرحمان خليفي، المرجع السابق، ص 77.

²المادة 16 من المرسوم 59/85 المؤرخ في 23/03/1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال الهيئات وهيئات والادارات ذات الصبغة العمومية.

³. عبد الرحمن خليفي، المرجع نفسه، ص 77.

⁴بشير هدي، المرجع السابق ص 224.

ممارسة هذا الحق خرقاً للقوانين أو عدم تقيدهم بالحدود المرسومة لممارسته سواء من ناحية الكيفية أو الحدود كضرورة ضمان الحد الأدنى من الخدمة والامتثال للتسخير.¹

وبذلك فإن القانون يحمي حق الإضراب الذي يمارس طبقاً للأحكام القانونية ولا تقطع علاقة العمل بل توقف أثارها فقط حماية للعمال المضربين بصفة مشروعة.²

وعليه يتبين مما سبق، أن ضمان الحماية القانونية لحق الإضراب مرتبط بصفة شرطية، بواجب احترام الشروط القانونية والاتفاقية الموضوعية منها والشكلية والإجرائية، المقررة لشرعية الإضراب، وإلا فقد العمال هذه الحماية.³

الفرع الرابع: القيود الواردة على حق الإضراب:

أن القيود الواردة على حق الإضراب لا تقلل من استعمال هذا الحق بل تضبطه وتجعل من ممارسته تكون طبقاً للقانون والتنظيم والعواقب الوخيمة التي تتجم عن الأضرار وأثار ذلك على حسن سير المرافق العامة جعلت من المشرع يفرض قيوداً وحدوداً على ممارسة هذا الحق الدستوري وتحول دون تعسف الجهة القائمة به.⁴

¹ عبد الرحمن خليفي، المرجع السابق، ص 78.

² دليل حول كيفية اللجوء للإضراب وإجراءات تسويته، الكتيب الثاني، المفتشية العامة للعمل، ص 4.

³ سليمان أحمية، الاتفاقيات الجماعية للعمل كإطار لتنظيم علاقات العمل في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2008، ص 79

⁴ عبد الرحمن خليفي، المرجع السابق، ص 79.

كذلك يفرض القانون على الأطراف مواصلة المشاورات لفض المنازعة أثناء مهلة الإخطار المسبق وبعد شن الإضراب¹. وهذه المفاوضات الجماعية المباشرة التي باشرها طرفي النزاع تتمثل في الوساطة والتحكيم².

ويحد القانون من الحق المطلق في الإضراب، بجعل قاعدة القدر الأدنى من الخدمة بالنسبة لبعض النشاطات التي قد يحدث توقفها إخلالاً بمبدأ استمرارية المرفق العام أو بالنشاطات الاقتصادية الحيوية المتعلقة بالتموين أو بصيانة المنشآت والأماك³. بحيث يمكن للهيئة المستخدمة فرض حدود لممارسة حق الإضراب بفرض واجبات والتزامات على المضربين وحثهم على سلوك جماعي منظم واحترام الحد الأدنى من الخدمة تحقيق لاستمرارية عمل الهيئة المستخدمة كما يمكن لها اللجوء لوسيلة التسخير بشروط إن المسائل المرتبطة بتحديد ممارسة حق الإضراب نظمها القانون 02/90 والنصوص التنظيمية المطبقة له⁴.

كما قد تلجأ الهيئات المستخدمة عن طريق التفاوض مع العمال المضربين بتنظيم إحدى المسائل المرتبطة بتنظيم وتحديد ممارسة الإضراب كما هو الحال بالنسبة للقدر الأدنى من الخدمة والتسخير. ومن ثم فقد أجمع الفقه والقضاء على القيود الواردة على ممارسة حق الإضراب والمنصوص عليها في القانون لا يمكن مخالفتها ومشروعية الإضراب مرتبطة كذلك باحترامها وأهم القيود والحدود المفروضة على ممارسة حق الإضراب تتمثل في الضوابط التالية:⁵

¹ عبد السلام ذيب المرجع السابق، 387.

² -عبد الرحمان خليفي، المرجع نفسه، ص79.

³ عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص382.

⁴ رشيد واضح، المرجع السابق، ص124.

⁵ -عبد الرحمان خليفي المرجع السابق ، ص80.

أولاً-: عدم عرقلة حرية العمل:

إن مجرد تكييف الإضراب بأنه غير شرعي يترتب آثاراً مباشرة ويمكن الهيئة المستخدمة من استعمال صلاحياتها لملاحقة المتسببين، من جهة أخرى وضماناً لعدم تجاوز الإضراب للحد القانوني والمشروع فقد ضمن المشرع حماية الهيئة المستخدمة للممتلكات_ وكذا العمال الآخرين غير المقتنعين باللجوء لهذه الوسيلة للمطالبة بالحقوق.

فالمواد 34، 35 و36 من القانون 02/90 تعرضت لحالة خاصة لم تكن مطروحة في القوانين السابقة، وهي حالة تنطبق على القطاع الإداري والقطاع الاقتصادي وتتعلق بعرقلة حرية العمل.¹

فالقانون مع وضعه للضمانات الكافية لممارسة حق الإضراب وربط ذلك بالحقوق الدستورية للعمال فقد أوجب على المضربين عدم التجاوز في هذا الحق وحرمان الغير من العمل مع اعتبار كل فعل من شأنه يمنع العامل أو حتى المستخدم من ممارسة عمله أو مواصلته بالتهديد أو العنف أو المناورات، من قبيل العرقلة، والتجريم في هذه المسألة بالذات يكرس مبدأ الديمقراطية باحترام أرادة العمال غير الراغبين وغير الموافقين على الإضراب.²

ويعد عرقلة لحرية العمل كل فعل من شأنه أن يمنع العامل أو المستخدم أو ممثليه من الالتحاق بمكان العمل المعتاد أو يمنعهم من استئناف ممارسة نشاطهم المهني أو مواصلته بالتهديد أو المناورات الاحتيالية أو العنف أو الاعتداء.³

¹ -بشير هدي، المرجع السابق، ص221.

² -عبد الرحمان خليفي، المرجع نفسه ، ص 80-81.

³ دليل حول كفييات اللجوء إلى الإضراب وإجراءات تسويته، المرجع السابق، ص6.

وتتجلى عرقلة حرية العمل كفعل غير مشروع وممنوع اللجوء إليه قانونا في المظاهر التالية:

1_ منع العمال أو المستخدم أو ممثله من الالتحاق بمكان العمل المعتاد أو استئناف ممارسة النشاط بواسطة التهديد أو العنف أو الاعتداء تحت أي شكل كان.

2_ احتلال أماكن العمل والبقاء في المحلات المهنية للمستخدم بهدف عرقلة حرية العمل ومنع الآخرين من ممارسة نشاطهم.

إن عرقلة حرية العمل وعدم الامتثال لأمر قضائي خاص بإخلاء المحلات تعد من الأخطاء المهنية للمستخدم التي تمكن المستخدم موازاة مع اتخاذ عقوبات تأديبية من الدرجة الثالثة إلى المتابعة الجزائية لتحميل مرتكبي هذا الفعل المسؤولية.¹

وفي هذه الحالة، يمكن إصدار أمر قضائي بإخلاء المحلات بناء على طلب المستخدم إلا أنه لا يمكن اعتبار القيام باجتماع عام للعمال في أماكن العمل أو أثناء العمل لمدة محددة بأنه احتلال لمكان العمل كما لا يمكن اعتبار بقاء العمال في أماكن أو مناصب عملهم طوال مدة الإضراب دون المساس بأمن وسلامة أدوات وممتلكات الإدارة ودون تعطيل غيرهم من العمال غير المضربين، بأنه احتلال لأماكن العمل كما لا يعتبر كذلك احتلال لمكان العمل تجمع العمال في مكان العمل أثناء الإضراب بطريقة سلمية ومنظمة ودون عرقلة السير العاد للمؤسسة المستخدمة أو ممارسة أية تصرفات تمس بحرية العمل لباقي العمال غير المضربين.²

هذا التوجه كرسته قرارات المحكمة العليا ومنها القرارات الصادرة عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 1994/02/08 والذي أكد ما يلي:

¹ علي زنيبي، المرجع السابق، ص 99.

² د- سليمان أحمية، المرجع السابق، ص 82.

"أنه من المقرر قانوناً أن تطبيق أحكام القانون 02/90 على جميع العمال والمستخدمين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين باستثناء المدنيين والعسكريين التابعين للدفاع الوطني." ويمكن تطبيقاً لهذا القانون إصدار أمر قضائي بإخلاء المحلات المهنية بناء على طلب المستخدم عندما يكون الاحتلال يستهدف عرقلة حرية العمل.¹

ثانياً: احترام القدر الأدنى من الخدمة:

إن المشرع الجزائري اعتبر عدم التزام المضربين بالحد الأدنى من الخدمة يعد خطأ مهني جسيم يترتب عليه عقوبة من الدرجة الثالثة موازاة مع إمكانية المتابعة القضائية عن الإخلال. وقبل تفصيل الشروط التي يخضع لها هذا التحديد إل إزما علينا أن نسرّد أهم المجالات أو ميادين النشاط التي يوجب فيها على العمال تنظيم قدر أدنى من الخدمة مع سهر السلطة الإدارية على احترام ذلك كون كل المجالات المنصوص عليها قانوناً هي مجالات حيوية أو حساسة أو متعلقة بتموين المواطنين أو المحافظة على المنشآت العمومية الأساسية.²

وبالرغم من أن حق الإضراب حقاً دستورياً، ويدخل ضمن الحقوق الأساسية للمواطن، إلا أنه ليس حقاً مطلقاً، لا يخضع لأية قيود، لاسيما فيما يخص مبدأ مساواة كافة العمال في ممارسته بل على العكس من ذلك، فهو حق مقيد بعدة اعتبارات أمنية واقتصادية وسياسية وتنظيمية ومهنية وهي القيود المقررة سياسياً كذلك فأغلب الدساتير الحديثة تنص على هدم القيود وتحيل تنظيمها وتحديدتها إلى القانون.³

¹—عبد الرحمان خليفي، المرجع السابق، ص82.

²عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص384.

³د—سليمان أحمية، المرجع السابق، ص153.

ويتجلى من القانون 02/90، أن هناك نوعين من القيود، أحدهما جزئي يتمثل في وضع بعض الالتزامات التي تحد من ممارسة حق الإضراب بصفة كلية أو كاملة في بعض القطاعات بالنظر لطبيعة النشاط، وقد يكون الحد يخص بعض الفئات بمنعهم من ممارسة حق الإضراب بسبب حساسية منصبهم وأثار الإضراب على تلك المرافق الاستراتيجية.

فإن كان الإضراب يمس المرافق العمومية الأساسية تعين على العمال وفقا للمادة 37 وما بعدها من القانون السالف الذكر ضمان حد أدنى من الخدمة تجسيدا لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وعليه يلزم عمال البريد والصحة أو المواصلات والطاقة وعمال الشحن والتفريغ ومصالح الدفن ومصالح المياه والمؤسسات المالية وغيرها بضمان حد أدنى من الخدمة تقدره الاتفاقيات والعقود الجماعية.¹

وعندما لا يكون القدر الأدنى في القطاعات المهنية محددًا بالاتفاقيات الجماعية يمكن لصاحب العمل أو السلطة العمومية المعنية تحديد مجالات تطبيقية وتعيين العمال الضروريين للقيام به وذلك بعد استشارة ممثلي العمال ويعتبر رفض أداء القدر الأدنى من العمل خطأ جسيما.²

وقد كرس قرار المحكمة العليا رقم 1687722 المؤرخ في 14/01/1998 الصادر عن الغ رفة الاجتماعية، وجوب الالتزام بالحد الأدنى من الخدمة والا اعتبر الإضراب مشروع.³

¹ - عبد الرحمان خليفي، المرجع السابق، ص 83.

² عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 386.

³ علي زنييع، المرجع السابق، ص 83.

وتتمثل أهم المجالات وفق ما نصت عليه المادة 38 من القانون 02/90 المعدل والمتمم بالقطاعات والمصالح التي تستلزم تنظيم وتوفير قدر أدنى من الخدمة، وهي القطاعات التالية:¹

- المصالح الاستشفائية، المناوبة ومصالح الاستعجالات وتوزيع الأدوية.
- المصالح المتعلقة بسير الشبكة الوطنية للمواصلات السلكية واللاسلكية والإذاعة والتلفزة .
- المصالح المرتبطة بإنتاج الكهرباء والغاز والمواد البترولية والماء ونقلها وتوزيعها.
- المصالح البلدية لرفع القمامة من الهياكل الصحية والمسالخ ومصالح المراقبة الصحية بما فيها الصحة النباتية والحيوانية في الحدود والمطارات والموانئ والمصالح البيطرية وكذا مصالح التطهير .
- المصالح المرتبطة بإنتاج الطاقة.
- المصالح المكلفة بالعلاقات المالية مع الخارج في البنك والبنوك العمومية.
- المصالح المكلفة بإنتاج المحروقات ونقلها.
- مصالح نقل المحروقات بين السواحل الجزائرية.
- مصالح الشحن والتفريغ الميناء والمطار ونقل المنتجات الخطيرة أو السريعة التلف أو المرتبطة بحاجات الدفاع الوطني.
- المصالح المرتبطة بأمن وسائل النقل من أرصاد وإشارة حراس الحواجز .
- مصالح النقل والمواصلات السلكية واللاسلكية المرتبطة بحماية الأرواح وعمليات الشحن وانقاذ السفن .
- مصالح الدفن والمقابر .

¹رشيد واضح، المرجع السابق، ص124.

- المصالح المكلفة بمراقبة المرور الجوي ومراكز المراقبة الجوية.

- مصالح كتابة الضبط في المجالس والمحاكم.

إضافة إلى هذه القطاعات الأربعة عشر المعنية بالحد الأدنى للخدمة لحساسيتها وعلاقتها

بميادين حيوية فقد نص القانون 27/91 المعدل والمتمم للقانون 02/90 على مجالين آخرين

هما:

- الأنشطة المرتبطة بامتحانات التعليم الثانوي ذات الطابع الوطني طول فترة إجرائها.
- مصالح الإدارة العمومية التي تتولى الأنشطة الدبلوماسية للدولة.

وقد يحدد المستخدم أو الهيئة المستخدمة المعنية بعد استشارة ممثلي العمال ميادين النشاط

التي تتطلب قدر أدنى من الخدمة والعمال الضروريين للتكفل به وهذا خارج المجالات.

المنصوص عليها في المادة 38 من القانون 02/90.¹

وبذلك ينظم القدر الأدنى من النشاط بموجب القانون ويكون آنذاك إجباريا أو اتفاقيا بموجب

التفاوض والمجالات المذكورة بموجب المادة 38 من القانون 02/90 يكون الحد الأدنى فيها

إجباريا.²

ويعود السبب في وضع القيود بالنسبة للقطاعات الحيوية السالفة الذكر إلى الأبعاد

الاقتصادية والاجتماعية والأمنية التي تمثلها هذه القطاعات والى أبعاد أثار الإضراب التي لا

تتوقف عند الإضرار بمصالح المؤسسات المستخدمة فحسب، بل أنها تمس بالدرجة الأولى

¹ دليل حول كفيات اللجوء إلى الإضراب وإجراءات تسويته، المرجع السابق، ص10.

² عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص382.

بالمصالح المستفيدين من خدمات هذه المرافق والمؤسسات الذين لهم أية علاقة بالإضراب والمضربين ولا بأسبابه وأهدافه.¹

وبذلك يكون الإضراب في هذه المرافق ثلاثي الأطراف أو متعدد الأطراف والأبعاد مما يستوجب التخفيف من عبء الإضراب قدر المستطاع بالحفاظ على حقوق ومصالح الأطراف الأخرى المجتمع بضمان السير الحسن والعاد للمصالح الأساسية للمجتمع، ويستوفي هذه القيود كل المؤسسات والمرافق المسيرة بصفة مباشرة من طرف الإدارة أو تلك المسيرة عن طريق عقود الامتياز.²

سلطات وامتيازات الإدارة لا تتوقف عند فرض حد أدنى من الخدمة في بعض قطاعات النشاط الحيوية بل لها إمكانية قانونية أخرى تسمى وسيلة أو إجراء التسخير كإلية استثنائية تحد من آثار وضغط الإضراب.³

ثالثا: التسخير.

إضافة إلى الحد الأدنى من الخدمة كوسيلة لتحديد من نطاق الإضراب فإن الهيئة المستخدمة مؤهلة بما خول لها من صلاحيات إلى اللجوء لعملية التسخير واستخدام أسلوب الضبط الإداري حفاظا على الأرواح والممتلكات وكذا سير وعمل المرافق العامة واستمرارها.⁴

¹د-سليمان أحمية، المرجع السابق، ص157.

²د-سليمان أحمية، المرجع نفسه، ص157.

³أ-عبد الرحمان خليفي، المرجع السابق، ص 86.

⁴عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص386.

وعملا بالتشريع الساري المفعول يمكن أن يأمر بتسخير العمال المضربين الذين يشغلون في الهيئات والإدارات العمومية أو المؤسسات العامة مناصب عمل ضرورية لأمن الأشخاص والمنشآت والأموال لضمان استمرار المصالح العمومية الأساسية في توفير الحاجيات الحيوية للبلاد أو الذين يمارسون أنشطة لازمة لتمويل السكان، هذا التسخير الذي تتخذه الهيئات المستخدمة يكون في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول.

وخلافا للحد الأدنى والذي يوجب عدم لجوء المعنيين للإضراب فإن التسخير هو تدخلا لهيئة المستخدمة المؤهلة واصدار أمر يتمثل في قرار إداري يبلغ للأطراف المعنية وعند عدم الاستجابة يمكن للإدارة اتخاذ الإجراءات الإدارية المواتية بما لها من امتيازت السلطة العامة.¹

المطلب الثالث: عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام:

يلعب مبدأ دوام حسن وسير المرافق العامة بانتظام واطراد دورا هاما وحيويا في النظام القانوني للأموال العامة حيث يجسد هذا المبدأ الأساس القانوني والهدف الأساسي لقاعدة الحماية القانونية للأموال العامة في الدولة.

فالقواعد والمبادئ القانونية المقررة لحماية الأموال العامة مثل مبدأ عدم جواز التصرف في الأموال العامة ومبدأ جواز اكتساب الموال العامة بالحيازة والتقادم ومبدأ عدم حجز الموال العامة هذه المبادئ القانونية المقررة لحماية الأموال العامة تجد سندها وأساسها وأهدافها القانونية في مبدأ دوام حسن وسير المرفق العام بانتظام واطراد.²، فيعتبر هذا المبدأ من المبادئ التي جاء

¹ - عبد الرحمان خليفي، المرجع السابق، ص 86.

² - عمار عوابدي. القانون الإداري الجزء الثاني النشاط الإداري. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر الطبعة الخامسة 2008 ص 79، 80.

النص عليها بمقتضى نصوص صريحة تضمنتها أغلب تشريعات الدول، فقد شمل تطبيقه في القانون الفرنسي الذي يقضي بعدم جواز حجز على الأموال العامة و الخاصة على حد سواء⁽¹⁾.

أما في الجزائر فقد تقرر هذا المبدأ بموجب نص المادة 689 من القانون المدني التي نصت على ما يلي: " لا يجوز التصرف في الأموال الدولة، أو حجزها، أو تملكها بالتقدم...."⁽²⁾.

الفرع الأول: مفهوم المال العام:

يلعب الجانب المادي دورا مهما في تسيير المرافق العامة وتنظيمها لان العنصر البشري لا يستطيع تسيير هذه المرافق دون توفر أموالا لذلك. وسنحاول التوضيح أكثر لأهمية الأموال العامة وتأثيرها على ديمومة وتنظيم المرفق العام.

I-تعريف المال العام :

يقصد بالمال العام مجموع العقارات والمنقولات المملوكة من طرف الدولة، والمخصصة للمنفعة العامة ولخدمة الجمهور العام، والخاضعة للقانون العام، وقد حدد دستور 1996 المال العام في المواد 17 و18. ودستور 2016 في المواد 18 و20.

فقد نصت المادة 17: " الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية، وتشمل باطن الأرض والمناجم، والمقالع، والموارد الطبيعية للطاقة، والثروات المعدنية الطبيعية الحية، في مختلف مناطق الأملاك الوطنية والبحرية، والمياه، والغابات، كما تشمل النقل بالسكك الحديدية، والنقل البحري والجوي، والبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وأملاكا أخرى محددة في القانون".

3 سليمان محمد الطماوي: مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، مصر، 1979م، ص172.

4 أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، 1964م، ص151.

ونصت المادة 18: "الأملك الوطنية يحددها القانون، وتتكون من الأملك العمومية والخاصة التي تملكها كل من الدولة والولاية والبلدية، ويتم تسيير الأملك الوطنية طبقا".

كما أشار القانون المدني للمال العام في المادة 688: "تعتبر أموال للدولة والعقارات والمنقولات التي تختص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة، أو لإدارة أو لمؤسسة عمومية أو لهيئة لها طابع إداري أو لمؤسسة اشتراكية، أو لوحدة مسيرة ذاتيا أو لتعاونية داخل نطاق الثورة الزراعية"⁽¹⁾.

كما تنص المادة 12 من قانون الأملك الوطنية رقم 90-30 على أنه: "تتكون الأملك الوطنية العمومية من الحقوق والأملك المنقولة والعقارية التي يستعملها الجميع والموضوعة تحت تصرف الجمهور المستعمل إما مباشرة، وإما بواسطة مرفق عام، شريطة أن تتكيف في هذه الحالة، بحكم طبيعتها أو تهيئتها الخاصة تكييفا مطلقا أو أساسيا مع الهدف الخاص بهذا المرفق وكذا الأملك التي تعتبر قبيل الملكية العمومية".

الفرع الثاني: شروط وخصائص المال العام:

هناك شروط وخصائص للمال العام وهذا ما سنبرزه ونوضحه أكثر:

أولا: شروط المال العام

أشترط القانون المدني لإسباغ صفة المال العام على المال شرطين أساسيين وهما:

- 1- أن يكون المال خاصا بالدولة أو بأحد أشخاص القانون العام.
- 2- أن يكون هذا المال قد خصص للمنفعة العامة بالفعل بموجب تدخل تشريعي.

(1) أبو منصف: مدخل للتنظيم الإداري والمالية العامة، دار المحمدية العامة، الجزائر، ص74.

وبناء على ذلك لا يعد من الاموال العامة الاموال المملوكة لأفراد او لأشخاص المهينة، كما لا يعد من قبيل الاموال العامة، الاموال المملوكة للدولة ملكية خاصة، والتي لم ترصد لخدمة الجمهور بطريقة مباشرة او غير مباشرة⁽¹⁾.

ثانيا خصائص المال العام:

المال العام مجموعة خصائص تميزه عن المال الخاص وهي أنه:

-يقع على العقار أو المنقول.

-مخصص للمنفعة العامة.

-ملكية عامة.

-يخصص للقانون العام.

-الاستمرارية والحماية.

ثالثا طرق إكساب المال العام:

يمكن تصنيف طرق إكساب المال العام الى ما يلي:

1-الطرق العادية: وتشمل على الشراء، الإرث، الوصية، الهبة، التبرع.

2-الطرق غير عادية: تشمل في التأميم، نزع الملكية، الاستيلاء.

-التأميم: هو تحويل المال الخاص الى المال العام: كتأميم النفط في الجزائر، والخص الذي

أمت ممتلكاته يعوض تعويضا عادلا ومنصف.

(1)الشحات إبراهيم محمد المنصور: حماية المال العام في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الطبعة الاولى، دار الفكر

الجامعي، مصر، 2011م، ص 31.

-نزع الملكية: هو تحويل المال الخاص للمال العام، ويقع على العقار ويخصص للمنفعة العامة، ويعوض من وقع عليه نزع الملكية تعويضا عادلا ومنصفا، وكمثال على نزع الملكية: نزع ملكية أراضي واقعة في مخطط الطريق السيار - شرق غرب.

-الاستيلاء: وهو إجبار الأشخاص على التخلي على عقاراتهم أو مقولاتهم لفائدة المنفعة العامة لفترة زمنية محددة و مؤقتة، كالاستيلاء قهرا على سيارة شخص لاستعمالها في الانتخابات مع التعويض العادل و المنصف(1).

وتخضع الأملاك الوطنية العامة لحماية قانونية من الناحية المدنية من حيث عدم إمكانية التصرف فيها أو الحجز عليها أو إكسابها بالتقادم طبقا لأحكام المادة 688 من القانون المدني(2).

الفرع الثالث: مضمون قاعدة عدم جواز الحجز على الأموال العامة:

أشار المشرع الجزائري في مواد القانون على الحماية للمال العام ومنع المساس به، وحدد طرق استخدامه في الجهة الصحيحة، فنجد مثلا المادة 689 من القانون المدني تنص على: (لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم) غير أن القوانين الني تخصص هذه الأموال لإحدى المؤسسات المشار إليها في المادة 688 تحدد شروط إدارتها، وعند الاقتضاء عدم التصرف فيه(3).

(1) أبو منصف: المرجع السابق، ص 75-76.

(2) محمد الصغير بعلي و يسرى أبو العلا: المالية العامة، دار وائل للنشر و التوزيع، الجزائر، 2003م، ص55.

(3) أبو منصف: المرجع السابق، ص76.

ومن خلال نص المادة 688 القانون المدني الجزائري المشار إليه سابقا، نستخلص جملة من الممنوعات التي تحمي المال العام، ومن بين هذه الممنوعات نجد عدم جواز الحج على المال العام.

و تعتبر قاعدة عدم جواز الحجز على الاموال العام، مكملة لقاعدة عدم جواز التصرف في الأموال العامة، و المقصود من هذه الأخيرة استعمال المال العام في الأغراض التي وجد من اجلها وفق القانون المسير له، فلا يمكن بيعه أو الاستفادة منه استفادة خاصة، فمتى تقرر انه لا يجوز تصرف في المال العام بموجب القول، كذلك انه لا يجوز على الأموال العام و اتخاذ طرق التنفيذ الجبري ضدها، يتعارض مع تخصيصها للنفع العام⁽¹⁾.

ويتمثل مضمون قاعدة في حظر اتخاذ أي إجراء من إجراءات الحجز التنفيذي من قبل الأفراد على الاموال العامة، كوسيلة لإجبار الإدارة على الوفاء بديونها الثابتة لمصلحة الافراد.

أولا: أساس قاعدة عدم جواز الحجز على الأموال العامة

تؤسس قاعدة عدم جواز الحجز على الأموال العامة على مبدأ منطقي، مقتضاه أن إتباع سبيل التنفيذ الجبري ضد الأشخاص العامة، سيكون غير مفيد للدائن ومتعارض مع المصلحة العامة.

فهو غير مفيد للدائن نظرا أن الدولة لا يتصور إعسارها، وتستطيع في كل وقت الوفاء بما عليها من التزامات دون الحاجة إلى إجبارها بطرق التنفيذ الجبري، كما انه يعد مساسا بالمصلحة العامة، لأننا لو تصورنا إمكانية التنفيذ الجبري على الأموال العامة التي تلعب دورا هاما في تشغيل المرافق العامة الأساسية وإخراجها من نطاق تخصيصها لأوجه النفع العام، يؤدي ذلك

(1) نواف كنعان: القانون الإداري، دار الثقافة، عمان، 2003م، ص399.

بالضرورة إلى إلحاق ضرر بالمصلحة العامة في سبيل تحقيق مصلحة خاصة للدائن، لا توازيها في الأهمية والخطورة (1).

ثانيا: نتائج تطبيق قاعدة عدم جواز الحجز عن الأموال العامة:

يمتد مفهوم الحجز ليشمل كافة صور التنفيذ الجبري المعروفة في القانون المدني ويرتبط تطبيق القاعدة ببقاء تخصيص الأموال واحتفاظها بصفتها العامة، ويوقف سريانها على الأموال التي تجرد من تخصيصها وتخرج من نطاق الأموال العامة، للمنفعة العامة، ويشمل نطاق تطبيق القاعدة جميع عناصر الأموال العامة بمختلف صورها، ويشمل تطبيق جميع عناصر الاموال العامة بمختلف صورها، مهما تباينت أوجه تخصيصها للمنافع العامة.

ونستنتج مما سبق أنه يترتب على تطبيق هذه القاعدة عدم قبول طلبات الحجز التي يقدمها الأفراد، ويكون موضوعها أحد عناصر الأموال العامة، إذا لا يجوز ترتيب حقوق عينية تبعية لضمان الوفاء بديون التي تقرر لصالح أحد الأفراد على الإدارة (2).

نلاحظ أن هذه القاعدة تبدو مجحفة نوعا ما في حق الأفراد، إذا أنها تراعي المنفعة العامة على حساب الأفراد وتمهل حقوقهم، وهذا ما يؤدي بالضرورة إلى انتشار حركة الإضراب والاستقالة وهوما ينتج عنه الإخلال بمبدأ السير الحسن للمرافق العامة.

(1) محمد فاروق عبد الحميد: نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي و الإشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984م، ص 733.

(2) محمد فروق عبد الحميد: مرجع نفسه، ص734.

المبحث الثاني: الضمانات القضائية لدوام حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد

ان تكلمنا عن الضمانات القضائية لحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد تذهب بنا إلى الاجتهادات القضاء الاداري وما جاء به من نظريات في مجال ضمان استمرارية ودوام حسن سير المرفق العام في حالة الظروف الاستثنائية، ويتجلى ذلك خاصة من خلال نظرية الظروف الطارئة والموظف الفعلي.

فادا تكلمنا عن الاولى فهي تعد احدى الضمانات التي أقرها القضاء الفرنسي بل نجده ابتكرها حفاظا على حسن سير المرفق العام، وذلك لضمان استمرارية نشاطها بصفة دائمة، غير منقطع حتى في حالة الحروب أو حتى في حالة الكوارث الطبيعية وغيرها.

اما عن نظرية الموظف الفعلي فنجدها عبارة عن ضمان اوجده القضاء في الحالات العادية والاستثنائية وذلك لتفادي توقف المرفق العام في حالة وجود عيب في تعيين الموظف أو في تفويض تسييره للمرفق فنجده أضفى مشروعية استثنائية على الاصل

فإننا نجده يضيف كذلك صفة الموظف على الشخص أو الفرد العادي الذي يقوم بتسيير المرفق العام عن حسن نية في مثل هذه الحالات. بحيث أن تطرقنا لهذا المبحث سيشمل نظرية الظروف الطارئة في المطلب الاول اما المطلب الثاني سيكون تحت عنوان نظرية الموظف الفعلي كضمانة لدوام سير المرفق العام بانتظام واطراد.

المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة

سنعالج في هذا المطلب مفهوم نظرية الظروف الطارئة في الفرع الأول وفي الفرع الثاني نتطرق إلى تطبيقاتها وأثرها على المرفق العام أما الفرع الثالث تطرقنا إلى النتائج القانونية التي ترتبها نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

الأصل في نظرية العقود التقليدية في القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يعفي المتعاقد من التزاماته تجاه الطرف الآخر إلا القوة القاهرة، من هنا أنشأ مجلس الدولة الفرنسي حالة وسط بين الحالة التي يستطيع فيها المتعاقد أن يفى بالتزاماته وبين القوة القاهرة التي يستحيل فيها تنفيذ الالتزام إطلاقاً في هذه الحالة يستطيع المتعاقد أن يفى بالتزاماته ولكن سيناله إرهاب مالي شديد وهذه هي نظرية الظروف الطارئة.¹

أولاً: تعريف نظرية الظروف الطارئة

هذه النظرية ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي مطلع القرن العشرين تحقيقاً للمصلحة العامة التي تقضي بوجود سير المرفق العام بانتظام واطراد من جهة ، واستجابة القواعد العدل والإنصاف من جهة أخرى ، ومنه فإن نظرية الظروف الطارئة تقوم إذا ما وقع أثناء مدة تنفيذ العقد ظرف طارئ طبيعي أو اقتصادي مستقل عن إرادة أطرافه يلحق في ظله بالمتعاقد مع الإدارة خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد ، في حين أن المتعاقد لم يتوقع حدوث هذا الظرف ولم يكن بوسعه توقع حدوثه ، الأمر الذي تلتزم معه الإدارة بمشاركته في تحمل الخسائر²، إذ أن هذه الظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وصعبا بل وتجعل الاستمرار في التنفيذ معرضا إلى التوقف والانقطاع ، وبديهي أن مثل هذا العقد إن تعلق موضوعه بمرفق عام ، فإن ذلك يؤدي في النهاية إلى توقف وانقطاع نشاط المرفق العام ، فيما إذا طبقت قواعد القانون المدني في العقود على العقود التي تبرمها الإدارة العامة ، لأن العقد بموجب أحكام القانون المدني - شريعة المتعاقدين - ولا يجوز لأي طرف فيه ، وإرادته المنفردة ، أن يتحلل من التزاماته ،

¹ علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري. ط الأولى. دار النشر للتوزيع الأردن 2003، ص 338

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية ، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر ، 2007 ، ص 146 ،

بحجة أن تنفيذ الالتزام أصبح عسيرا أو مرهقا ، إلا في حالة واحدة ، وهي حالة القوة القاهرة فيحكم بفسخ العقد ، إلا أن لهذه الحالة شروطها ، وهي أن يكون الحادث أو الظرف الجديد لا دخل لإرادة المتعاقدين فيه (كالحرب والمرض مثلا) وأنه لم يدخل في حساب المتعاقدين ، بل ولم يكن في الإمكان توقعه وقت التعاقد ، وأن تكون هناك استحالة مطلقة لتنفيذ العقد.¹

ثانيا: ظهور فكرة الظروف الطارئة

يعود ظهور هذه النظرية إلى حكم مجلس الدولة الفرنسي عام 1916 في قضية غاز بوردو ، وتتلخص وقائعها في أن بلدية مدينة بوردو أعطت عام 1904 المرفق العام التوزيع الغاز والكهرباء في المدينة إلى شركة بموجب عقد امتياز لمدة 30 سنة ، وتعهدت الشركة بموجب العقد وملحقه (دفتر الشروط) بتجهيز الغاز للأفراد وبيع المتر المكعب منه بسعر معين ، غير أن الذي حصل بعد ذلك ، هو نشوب الحرب العالمية الأولى فارتفعت أسعار الفحم ارتفاعا تجاوز حدود التوقع ، مما أدى إلى تجاوز كلفة الإنتاج للمتر المكعب من الغاز السعر الذي يباع به بموجب العقد ، فقد ارتفع سعر طن الفحم من 35 فرنكا في يناير عام 1915 إلى 117 فرنكا في مارس عام 1916 بسبب ظروف الحرب ، مما أدى بالشركة لمطالبة بلدية مدينة بوردو لتسمح بزيادة سعر المتر المكعب من الغاز ، فرفضت بلدية بوردو هذا الطلب بحجة أن العقد شريعة المتعاقدين ، فرفعت الشركة الأمر إلى المحكمة الإدارية المختصة ، وهي مجلس المحافظة ، ف قضى برفض طلب الشركة أيضا ، فاستأنفت الشركة الحكم أمام مجلس الدولة ، بصفته المحكمة الإدارية العليا ، وطلبت منه تعديل شروط العقد وذلك بمضاعفة سعر بيع الغاز من جهة ، والحكم لها بالتعويض عن الأضرار التي تكبدتها نتيجة لعدم استجابة مدينة بوردو لطلبها من جهة أخرى ، غير أن مجلس الدولة رفض الطلب الأول للشركة، لأن القاضي لا يستطيع

¹علي خطار شطناوي، مرجع سابق ، ص 339

تعديل العقد ، كما رفض الطلب الثاني (التعويض على أساس الخطأ) لأن مدينة بوربدو لم ترتكب أي خطأ ، ومع ذلك فقد حكم مجلس الدولة للشركة بالتعويض ولكن على أساس آخر ، فقد أدرك مجلس الدولة النتائج التي تترتب على تطبيق أحكام القانون المدني وأراد تلافيتها ، فقرر أن تجهيز الغاز للسكان إنما هو مرفق عام ، ولذلك فإن سيره يجب أن يكون منتظما وبدون انقطاع ، لأن توقف هذا المرفق سيؤدي إلى نتائج سيئة جدا ، وأن المصلحة العامة تقضي بمساعدة الشركة للتغلب على الصعاب الناجمة عن ارتفاع أسعار الفحم .

ولهذا فقد قضى مجلس الدولة بالتعويض كلما تجاوزت كلفة الإنتاج أعلى ما يمكن توقعه وقت إمضاء العقد، فتتحمل الشركة الخسارة المتوقعة وقت العقد، مضافا إليها جزءا من الخسارة غير المتوقعة ، وتتحمل الإدارة ما تبقى ، ويلاحظ أن الأساس في التعويض هنا ليس العقد ولا الخطأ ولا القانون ، وإنما يستند إلى ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد من جهة وإلى اعتبارات العدل والإنصاف من جهة أخرى.¹

ثالثا: مفهوم نظرية الظروف الطارئة في الجزائر

اما في الجزائر قد جمعت بين مفهوم القضاء الفرنسي والمصري حيث أننا نجد القضاء الجزائري يأخذ في تطبيقاته لهذه النظرية حيث حذا حذو المشرع المصري وذلك بتطبيقه نص المادة 107 من القانون المدني التي تقضي " يجب أن ينفذ العقد طبقا لما أشتمل عليه ويحسن نية ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والحرف والعدالة بحملي، طبيعة الالتزام.

غير أنه إذا نزلت حواده، استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز

¹ حمدي قبيلات ، القانون الإداري ، (الجزء الثاني) ، دار وائل للنشر و التوزيع .جامعة الاسراء الاردن ، ص 304 ، 305

للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرفق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

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

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة (أسسها)

لأن نظرية الظروف الطارئة تعتبر من الأسس التي تقوم عليها العقود الإدارية، فلا يجوز النص في أي عقد على استبعاد تطبيقها إذا ما توافرت شروط هذا التطبيق.¹

أولا: صيرورة التنفيذ مرهقا وليس مستحيلا

إن أول ما يميز الظروف الطارئة عن القوة القاهرة هو مدى قوة تأثيرها على تنفيذ العقد، فالقوة القاهرة تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، ومن الطبيعي أن نقول بانتهاء العقد، ولكن الظروف الطارئة تجعل التنفيذ مرهقا أشد الإرهاق للمدين، إذ يصيبه بخسارة فادحة، وإن كان التنفيذ مع ذلك لم يعد مستحيلا. ففي قضية غاز بوربدو السابقة نجد أن أسعار الفحم ولو أنها قد ارتفعت ارتفاعا كبيرا فاق كل ما كان متوقعا نتيجة لظروف اقتصادية إلا أن تنفيذ العقد مازال ممكنا لأن الفحم كان موجودا في الأسواق.²

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 146

² مصطفى أبو زيد فهمي، الإدارة العامة - نشاطها وأموالها - دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص 106

ثانيا: استقلال الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقد

ينبغي لانطباق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ الذي تطبق على أساسه النظرية أجنبيا عن إرادة الإدارة وإلا تتحت نظرية الظروف الطارئة وأصبحنا في نطاق نظرية عمل الأمير.

وتأكيدا لذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى استقرار قضائها على أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة، أو من عمل إنسان آخر لم يكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد" كما لا يجب أن يكون الإرادة المتعاقد دور في إدخال تنفيذ العقد في نطاق الظرف الطارئ بتأخره عن تنفيذ التزامه التعاقدية في موعده، حيث يعد في هذه الحالة مقصرا لا يستحق التعويض الذي يكفله له تطبيق النظرية.

ثالثا: عدم التوقع

ينبغي لتمسك المتعاقد مع الإدارة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة على الحدث الذي أضر به ألا يكون قد توقع حدوث ذلك الظرف ولم يكن بإمكانه توقع حدوثه وفقا للمجرى العادي للأموار.

ومع ذلك تطبق النظرية رغم توقع المتعاقد مع الإدارة حدوث الظرف الطارئ إلا أنه لم يتوقع ولم يكن بوسعه توقع الآثار الوخيمة المترتبة على حدوثه.

رابعاً: قلب الظرف الطارئ لاقتصاديات العقد الإداري

يتعين لانطباق نظرية الظروف الطارئة أن يصيب المتعاقد مع الإدارة من جراء الظرف الطارئ الذي تعرض له الخسائر فادحة واستثنائية تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب في ضوء أسس تقدير طرفيه للمقابل المادي المتوقع منه¹ ومن ثم فإذا اقتصر أثر الظرف الطارئ على إصابة المتعاقد مع الإدارة بخسارة عادية كفقده لأرباحه من التعاقد، فلا مجال لتطبيق النظرية، حيث يعد ذلك من قبيل مخاطر التعاقد العادية التي كان بوسع المتعاقد توقعها، الأمر الذي يؤدي إلى تحمله وحده.

فيشترط إذن في الضرر الذي أحدثه الظرف الطارئ حتى تطبق نظرية الظروف الطارئة أن يكون جسيماً لدرجة يختل معها التوازن المالي للعقد بصورة تؤدي إلى إصابة المتعاقد حال تنفيذه لالتزاماته التعاقدية بأضرار فادحة.²

خامساً: أن تكون الظروف الطارئة استثنائية

وهذا إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، ويترتب على حدوثها، أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلاً، جاء مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك.³

وتجدر الإشارة إلى أن توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته حتى في حالة توفر شروط نظرية الظروف الطارئة يعد خطأ عقدياً يعطي الجهة الإدارية الحق في توقيع الجزاء المناسب على

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 147

² نفس المرجع ، ص 148

³ سليمان محمد الطماوي ، القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، مصر ، 2007 ، ص 518

المتعاقد بالإضافة إلى ذلك فإن امتناعه هذا يقلل من نسبة التعويض التي يمكن أن يحصل عليها.¹

الفرع الثالث: النتائج القانونية التي ترتبها نظرية الظروف الطارئة

هناك التزامات أساسية ترتبها هذه النظرية وسنوضح هذا كالتالي:

أولاً: استمرار المتعاقد مع الإدارة في التنفيذ

إن أول ما يلتزم به المتعاقد مع الإدارة كي يستطيع الاحتجاج بهذه النظرية هو الاستمرار في تنفيذ هذا العقد، ذلك أن هذه النظرية هي من النظريات التي دخلت القانون الإداري مستتدة على مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومن هنا كان أول ما يلتزم به المتعاقد مع الإدارة هو الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري الذي عقده معها.²

خاصة وأن تقدير توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة أمر يستقل به قاضي العقد، وبالتالي لا يحق لهذا المتعاقد نائية، ذلك أنه قد ينتهي الأمر برفض التعويض من القاضي لعدم توافر شروط تطبيق النظرية.

ثانياً: مساهمة الإدارة في تحمل الخسائر الناتجة في الفترة غير العقدية

إذا ما توافرت الشروط السابقة في الظرف الذي واجه المتعاقد حال تنفيذه لالتزاماته استحق تعويضاً جزئياً لا يغطي الخسارة التي تحملها كلها وإنما يكون بالقدر الذي يمكن المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية فليس له حق المطالبة بالتعويض عن نقص أرباحه أو عن فوائد ضاعت عليه.

¹ علي محمد علي عبد المولى ، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، بدون دار نشر ، 1991 ، ص 407 وما بعدها

² مصطفى أبو زيد فهمي ، الإدارة العامة - نشاطها وأموالها - مرجع سابق ، ص 114

ويخضع تحديد التعويض لتقدير القاضي، الذي يراعي في هذا التقدير ظروف التعاقد وسلوك أطرافه ، وموقف المتعاقد في مواجهة الطرف الطارئ من توق لآثاره الضارة أو الحد من تفاقمها إضافة إلى الحالة الاقتصادية العامة للمشروع، ومدى تعاون أو تعنت الإدارة مع أو ضد المتعاقد. حيث لا يحق للمقاول المطالبة بالتعويض عن ارتفاع أسعار خامات التشغيل وزيادة أجور الأيدي العاملة وغيرها من التكاليف، ولو بلغت حدا من الجسامة يكون معه تنفيذ العقد بالنسبة للمقاول عسيرا.¹

ثالثا: تطبيق نظرية الظروف الطارئة من النظام العام

يعتبر تطبيق هذه النظرية من النظام العام ومنه لا يجوز الاتفاق على عدم تطبيقها وحرمان المتعاقد مع الإدارة مقدما من الاستفادة من أحكامها. وأكثر من ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد استقر في قضائه على أن صاحب الامتياز، في عقد الامتياز للمرافق العامة من حقه أن يطالب بتطبيق هذه النظرية حتى بعد انتهاء عقد الامتياز طالما أن الظروف الطارئة قد حدثت أثناء سريان العقد وقبل انتهاء الامتياز.²

المطلب الثاني: نظرية الموظف الفعلي

إن الوظائف العامة تكليف للقائمين عليها ، هدفها خدمة المواطنين تحقيقا للمصلحة العامة ، وذلك وفقا للأحكام القانونية النافذة ، وينبغي أن تقوم الوظائف العامة على أساس رابطة قانونية صحيحة بين الدولة ومن يشغلها ، فإذا تبين عدم صحة تلك الرابطة ، فإن من تولى الوظيفة عندها لا يكون صالحا لممارسة أعمال الوظيفة ، وتحمل أعبائها ومسؤولياتها ، ويترتب على هذا عدم مشروعية الأعمال التي يقوم بها ، إلا أن الفقه والقضاء الإداريين قد استقرا على إضفاء

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 149

² مصطفى أبو زيد فهمي ، الإدارة العامة - نشاطها وأموالها - مرجع سابق ، ص 120

المشروعية في بعض الحالات على تصرفات من يتولى الوظيفة العامة دون توافر السند الصحيح ، وذلك حفاظا على استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، وهذا ما يبرر الخروج على الأصل والقاعدة العامة ، وهي التعيين الرسمي في الوظيفة العامة ، والاعتراف بنوع آخر من الموظفين الذين لا يشغلون الوظائف العامة بشكل قانوني وهم الموظفون الفعليون.¹

الفرع الأول: مفهوم الموظف الفعلي

إن مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، كان من نتائج اعتناق نظرية الموظفين الفعليين في أحد تطبيقاتها.²

أولاً: تعريف الموظف الفعلي

الموظف الفعلي هو الشخص الذي يشغل وظيفة عمومية دائمة تابعة لمؤسسة او إدارة عمومية تسري عليها احكام قانون الوظيفة العامة ورسوم في رتبة من رتب السلم الإداري.

ثانياً: تمييز الموظف الفعلي عن المصطلحات المشابهة له

وهذه المصطلحات المشابهة للموظف الفعلي في كل من الموظف القانوني ومغتصب السلطة ويمكن إيجاز هذا التمييز فيما يلي:

1- التمييز بين الموظف الفعلي والموظف القانوني:

الموظف القانوني: " هو الذي يشغل الوظيفة، ويمارس صلاحياتها، ويصدر القرارات الإدارية التي تخوله إياه هذه الوظيفة عقب تأهيل قانوني مشروع (تعيين أو انتخاب مشروع)، وفي الوقت الذي يكون فيه هذا التأهيل القانوني قائماً ".¹

¹حمدي قبيلات ، القانون الإداري ، الجزء الثاني ، مرجع سابق ، ص 306

²مصطفى أبو زيد فهمي ، الإدارة العامة - نشاطها وأموالها - مرجع سابق ، ص 100

ويتشابه الموظف الفعلي والموظف القانوني، بوجود تأهيل الشغل الوظيفة، ولكن يختلفان عن بعضهما البعض بمشروعية التأهيل، فالتأهيل موجود في الحالتين، فيكون التأهيل لشغل الوظيفة قانونيا ومشروعا في حالة الموظف القانوني، بينما يكون التأهيل غير مشروع في حالة الموظف الفعلي.

ب- التمييز بين الموظف الفعلي ومغتصب الوظيفة

مغتصب السلطة هو الشخص الذي يشغل وظيفة ويمارس صلاحياتها، ويصدر القرارات التي تخوله إياه هذه الوظيفة، بطريقة احتيالية ودون أي تأهيل قانوني لذلك، وبذلك لا يكون له أي تأهيل لتولي الوظيفة العامة.¹ ولقد تعرض المشرع الجزائري لجرائم اغتصاب الوظائف العامة وعاقب عليها بالمواد (242-249) من قانون العقوبات الجزائري، وذلك لما لاغتصاب تلك الوظائف من أخطار على سلامة المجتمع، وحسن سير المرافق العامة في الدولة.²

وإذا كان اغتصاب الوظيفة العامة يعد جريمة جنائية يعاقب عليها في قانون العقوبات وبالتالي تقع أعمال المغتصب منعدمة، فإن تصرفات الموظف الفعلي تقع سليمة، حماية المصالح الأفراد حسني النية وضمانا لاستمرار سير المرافق العامة.

ويعد مغتصب السلطة في حالات استثنائية خاصة موظفا فعليا ، رغم انعدام سند شغل الوظيفة ، إذا توافرت مظاهر جادة على شرعية شغل الوظيفة ، كأن تأمر الإدارة أحد الأفراد بالقيام بمهام وظيفة معينة ، دون أن تتم إجراءات تعيينه فيها ، أو يقوم المرشح لشغل الوظيفة بممارسة أعبائها بمجرد ترشيح الإدارة له وقبل صدور قرار التعيين ، فلا شك أن موافقة الإدارة على شغل أحد الأفراد للوظيفة دون صدور قرار تعيين بذلك ، أو قيامها بترشيحه لشغل الوظيفة

¹ علي خطر شطناوي ، المرجع السابق ، ص 332

² جاءت هذه المواد تحت عنوان انتحال الوظائف والألقاب أو الأسماء أو إساءة استعمالها

قد يكون من شأنه خلق مظاهر كاذبة ، تدفع الأفراد إلى الاعتقاد بشرعية شغل الوظيفة الأمر الذي يستوجب اعتبار هذا الشخص موظفا فعليا لحماية للغير حسن النية.¹

الفرع الثاني: تطبيقات نظرية الموظف الفعلي

حفاظا على مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فإن القضاء الإداري قد أعلن سلامة أعمال وتصرفات الموظف الفعلي في بعض الحالات وذلك حسب نوع الظروف التي تطبق فيها هذه النظرية.

أولا: تطبيق نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية

وهذا التطبيق مبني على فكرة الأوضاع الظاهرة، إذ يحدث في الظروف العادية أن تصدر بعض التصرفات المتصلة بالمرافق العامة من بعض الأفراد، رغم أنهم ليسوا موظفين رسميين معينين تعيينا صحيحا ساري المفعول في مجال الوظائف التي مارسوا اختصاصاتها.

ومع ذلك يعتبر القضاء تصرفاتهم خلال فترة ممارستهم الفعلية لأعمال هذه الوظائف صحيحة، رغم أن التطبيق الدقيق لقواعد المشروعية كان يقتضي عدم الاعتراف بصحة هذه التصرفات، وذلك ليس فقط على أساس الحفاظ على مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وإنما كذلك استنادا إلى فكرة الظاهر وحماية المواطنين الذين تعاملوا مع هؤلاء الموظفين الظاهرين بحسن نية لعدم وضوح حقيقة أمرهم، وتسمى النظرية في هذه الحالة " نظرية الموظف الظاهر " .²

ومثال تطبيق نظرية الموظف الفعلي في الأوقات العادية، أن لا يعرف الأفراد حقيقة صفة الموظف العام ، كأن يعلن انتخاب أحد الأفراد خطأ ليشغل أحد الوظائف العامة ، ويطعن في انتخابه ، فإلى أن يفصل في هذا الطعن يظل شاغلا للوظيفة ، وكذلك أن يفوض أحد الوزراء

¹ علي خطار شطناوي ، مرجع سابق ، ص، ص 332، 333

² ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص 360

مثلا أحد مرؤوسيه تفويضا مخالفا للقانون في أن يزاول سلطاته ، ففي هذه الحالات أعلن القضاء سلامة بعض الأعمال التي تصدر عن الموظف الفعلي أو الواقعي استنادا على الظاهر ، وإعمالا لقاعدة استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد.¹

ثانيا: تطبيق نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية

يبني هذا التطبيق على ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ففي الظروف الاستثنائية كحالة الحرب يختفي بعض الموظفين تاركين مناصبهم شاغرة ووظائفهم معطلة فيحل محلهم في ممارسة اختصاصهم أفراد عاديين دون سند شرعي لتأمين سير المرفق العام² حيث تقدم القانون الإداري بتطبيق جديد لنظرية الموظفين الفعليين، وهو يقضي بأنه إذا ما تقدم فرد أو أفراد واحتلوا هذه المناصب الرئيسية، وبدعوا يزاولون الاختصاصات المخولة لأصحابها قانونيا، فإن ما يقدمون به من أعمال يعتبر صحيحا من الناحية القانونية مادامت تدخل في حدود تلك الاختصاصات.

وهذا التطبيق الثاني من نظرية الموظف الفعلي، إنما تقضي به الضرورة، ضرورة دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وهو يختلف عن التطبيق الأول، في أن الناس يعلمون وهم يتعاملون مع الموظف الفعلي أنه موظف فعلي، وليس له أي مظهر من مظاهر الموظف الذي أمامهم هو موظف رسمي تقلد الوظيفة بشكل قانوني. ولكن في الحالتين أعمال الموظف الفعلي تصبح صحيحة ومشروعة رغم عدم شرعية تنصيبه، إما لحماية الوضع الظاهر وحسن النية،

¹حمدي قبيلات ، القانون الإداري ، (الجزء الثاني) ، مرجع سابق ، ص 307

²محمد جمال الدينيات الوجيز في القانون الإداري دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن 2011 ص154

وإما بسبب مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، الذي يلقي بظله أيضا في التطبيق الأول.¹

الفرع الثالث: تطبيقات لهذا المفهوم في الجزائر

قضى مجلس الدولة في هذه القضية ب أن ممارسة الوظيفة بطريقة غير مشروعة ليس سبب من الأسباب لإلغاء القرارات التي يتخذها الموظف الممارس لهذه الوظيفة بعدم مشروعيتها و قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية رئيس محافظة باريس (La préfet de police de paris) ، بعد فواته سن التقاعد الخاص به ظل يمارس مهامه وقام باتخاذ قرارات واعطى تفويضات إمضاء لدى رؤساء مصالحه إلا أنه قد طعن في مشروعية هذه القرارات أمام المحكمة الإدارية التي قضت بإلغائها غير أن هذا الأخير طعن مرة أخرى أمام مجلس الدولة و أصدر هذا الأخير قرارا يقضي بإلغاء حكم المحكمة الإدارية وأقر مشروعية أعمال وقرارات رئيس محافظة باريس وذلك تطبيقا لمبدأ نظرية الموظف الفعلي حرصا منه على تطبيق مبدأ استمرارية سير المرفق العام بانتظام واطراد²

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد تطبيقات نظرية الموظف الفعلي تم الأخذ بها فلن نجد لها أثرا إلا في حالة واحدة وهو نص المادة 280 الفقرة الثانية منه والتي تقضي بأنه أي شخص ما عدى القابض البلدي يتصرف في قبض أموال البلدية بعد منتسب فعلي³ وبهذا نكون قد خلصنا أن تطبيقات هذه النظرية لا زال معمول به في فرنسا وفي الجزائر تم قبولها بصدفة ضمنية.

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ن ص 312

² انظر الملحق الخامس ، المتعلق بقانون البلدية 1967 ، المادة 280 الفقرة 02

³ نص المادة 280، من قانون البلدية 1967 ، مرجع سابق

حيث أننا قد نجد بعض الأشخاص الموظفين لا يزالون يمارسون وظائفهم بعد فوات سن التقاعد وقراراتهم صحيحة لم يطعن في مشروعيتها.

- رغم أن رئيس الحكومة أصدر تعليمة على تسريح الأشخاص الذين بلغوا سن التقاعد (60 سنة) من وظائفهم.

خلاصة الفصل الثاني

يعد موضوع مبدأ سير المرفق العام باستمرار و بانتظام وإطراد من بين المواضيع العامة في القانون الإداري التي اعتمدها المشرع الجزائري كمبدأ من المبادئ الأساسية أو ما يعرف بالمبادئ الضابطة التي تحكم وتنظم سير المرفق العامة.

لذلك كان من الضروري ألا تكتفي الدولة بإنشاء المرفق العامة بل تسعى إلى ضمان استمرارية السير مرافقها بشكل دائم ومنظم.

ويقتضي هذا المبدأ توفير جملة من الضمانات تعمل جميعا على تجسيد ما في الأرض الواقع ومن بين هذه الضمانات ما وضعه المشرع ومنها ومرسخه القضاء الإداري.

ويتجلى هذه الضمانات في تنفيذ حق الإضراب وتنظيم حق الاستقالة وسن قواعد خاصة لحماية الأموال المرفق وهي جميعا تمثل ضمانات تشريعية أي من وضع المشرع وهذا ما تناولناه في موضوع دارستنا بشكل معمق.

✓ حق ممارسة الإضراب الذي سكت عليه المشرع في دستور 1963 وعبر عنه بصريح العبارة بممارسة في القطاع الخاص دون القطاع العام من خلال المادة 61 أما دستور 1989 و 1996 المادة 71 فقد جاء المشرع بالجديد وأقر بممارسة حق الإضراب وكذلك دستور 2016 المادة 71 الذي أعطى ضوابط الممارسة هذا الحق في أطار القانون.

✓ حق الاستقالة للموظف العام والذي نص عليه بصريح العبارة بممارسة في الإدارات العمومية وذلك طبقا للمادة 63 من الأمر 66-133.

المادة 217 من الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة.

عدم جواز للحجز الأموال المرفق العام أي لا يجوز حجزها أو التصرف فيها أو امتلاكها بالتقادم وذلك طبا للمادة 689 من القانون المدني.

وهناك ضمانات الأخرى كمنظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الطارئة وهي من دفع القضاء التي تم التفعيل فيها سابقا.

- نظرية الموظف الفعلي وهو كل شخص يمارس اختصاص إداريا معين رغم وجود عيب جسيم في قرارات تعيينه في هذه الوظيفة أو عدم صدور تعيينه. كما أن هذه النظرية تطبق في الحالات العادية والاستثنائية ضمانا منا لسير الحسن للمرفق العام بانتظام واطراد، فيؤدي تطبيقها إلى سد الفراق في المرفق العامة الذي يتركه الموظف العام عن طريق الموظف الفعلي.
- نظرية الظروف الطارئة والتي تقوم بالحفاظ على التوازن المالي للعقد إذا طرأت الأحداث ووقائع بين المتعاقدين أنشاء تنفيذ العقد.

الختامة

الخاتمة

في ختام موضوعنا نستخلص أن الفضل يعود في دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد إلى كل من القضاء من خلال نظرية الظروف الطارئة ونظرية الموظف الفعلي وإلى المشرع من خلال تنظيمه للإضراب والاستقالة، وتحرمه للحجر على الأموال المرفق العامة وحمايته من العقوبات المقررة على كل المعتمدين المال العام، إلا أنها غير كافية للحفاظ على المرافق العامة ودوام سيرها بانتظام واطراد، والدليل على ذلك أن الإجرام على الأموال العامة لم ينقص، وتضاعف عدد المعتمدين على الأموال.

وانطلاقاً مما سبق ذكره توصلنا لبعض النتائج التالية:

❖ بما أن هناك مرافق ذات نشاط ضروري ورئاسي لأفراد المجتمع قيد فيها عمالها وموظفيها من ممارسة حقهم في الإضراب، إلا أن هذا التقيد غير مطلق، فيجوز لهم القيام بالإضراب مع شروط مقررة قانوناً.

وعن تعريف الإضراب توصلنا إلى استنتاج عدة شروط له، إذ يجب أن يكون هناك مطالب مهينة وهذه الأخيرة متعددة ومختلفة فيمكن أن تكون مطالب ذات طابع اجتماعي أو اقتصادي.

إلى جانب ذلك وجوب توقف الفعلي عن العمل وذلك باتفاق أغلبية العمال إرادياً، بمعنى أن لا يكون التوقف نتيجة لضغوط معينة مهما كان نوعها، وكذلك وجوب الإشعار المسبق لإدارة المستخدمة للقيام بالاحتياطات وإعطائها فرصة للوصول إلى حلول وتسويات ودية لتجنب توقف المرفق العام عن العمل.

إلى جانب ذلك الإبراز أشكال الإضراب المختلفة من الإضراب دائري وإضراب قصير، وتقليدي وبطي وغيرها وما توصلنا إليها أنه مهما كان شكل الإضراب أو التقنية المتبعة فيه يبقى حركة مطالبه واحتاجيه، يكون الغرض منها حمل طرف الثاني على تلبية مطالب معنية، لذلك وجب تقديده بشروط معينة لكي ليطمأدى العمال في مطالبهم.

الخاتمة

❖ إضافة إلى التقيد حق الإضراب، قيد المشرع أيضا حق الاستقالة لضرورة السير المرفق العام بانتظام واطراد، وذلك لتقديم الخدمات الأساسية للجمهور وإشباع الحاجيات العامة له.

❖ ومن ثم يصبح حقه في طلب الاستقالة مقيد لصالح المرفق العام، الذي وجد لتحقيق المنافع العامة الأفراد ' إذ يجب أن تستند الاستقالة إلى طلب صريح يتقدم به العامل إلى جهة الإدارة، وهذا كإجراء تحفظي، أي كدليل لتقديم الاستقالة لكل من الإدارة والموظف. ومن ثم يجب

❖ ومن ثم يجب على العامل الاستمرار في القيام بعمله إلى حين البت في طلبه استقالته، وإعطاء فرصة للعامل للنظر في استقالته لعله يتراجع عن ذلك حفاظ على سير المرفق العام بانتظام.

❖ كما أولى المشرع عناية بالمال العام لأنه يمثل الجانب الأكثر أهمية في المرفق العامة ' حيث بموجب المادة 689 من القانون المدني الجزائري أنه لا يوجد حجز الأموال العامة أو التصرف بها. أو تملكها بالتقادم، حيث خصصنا في بحثنا هذا قاعدة عدم الجواز الحجر الأموال العامة لان الحجز يؤدي بالضرورة إلى بيع الجبري للمال المحجوز والتصرف فيه. كما ليخفى علينا الدور المهم الذي لعبه القضاء في ابتكار كل من نظرية الظروف الطارئة ونظرية الموظف الفعلي

❖ حيث يؤدي تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلى مساهمة كل الإدارة والمتعاقد معها في ضمان السير الحسن للمرفق العامة، من خلال تحمل الإدارة للخسائر الناتجة في الفطرة غير العقدية إلى جانب المتعاقد معها، هذا يؤدي للضرورة إلى الاستمرار المتعاقد في تنفيذ العقد وبالتالي الحفاظ على السير الأحسن في المرفق العامة.

❖ كما يؤدي تطبيق نظرية الموظف الفعلي للحفاظ على دوام سير المرفق العامة بانتظام واطراد، وذلك بتعويض الفراغ الذي يتركه الموظف العام. عن طريق الموظف الفعلي،

الخاتمة

وأكثر الحالات التي يلجأ فيها المشرع في تطبيق نظرية الموظف الفعلي هي حالات الظروف الاستثنائية كحالة الحروب والتي يكون فيها المجتمع والأفراد في أمس الحاجة للخدمات الاجتماعية.

❖ رغم هذا تبقى المرافق العامة في حاجة ماسة للحفاظ على دوام سيرها بانتظام

واطراد إلى عناية أكثر ولهذا توصلنا لبعض الحلول التالية نذكر:

- أخلقة الموظف على الحاجات الحقيقية للإدارة
- البحث عن ملائمة أمثل بين مؤهلات الموظفين وحاجيات المرفق العام (الجانب البشري الموارد البشرية)
- توفير الوسائل الضرورية للعمل تهيئة الظروف الملائمة والمناخ الملائم
- اعتماد نظام الترقيّة الآلية أكثر (التحفيز)
- التوسيع من نطاق التجريم داخل المرفق العام
- إحداث دورات تكوينية مستمرة للتعريف بمخاطر الفساد على المستويين المالي والإداري
- تخليق المرفق العام: ويكون ذلك في شكل تنمية إدارية تبنى على روح المسؤولية وتعمل على القضاء على الفساد
- تعزيز إلزامية التأمين على مشاريع المرفق العامة

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع:

اولا: قائمة المصادر

النصوص القانونية

• الدساتير

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في 09 سبتمبر 1963
2. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في 19 نوفمبر 1976.الجريدة الرسمية عدد94الصادرة بتاريخ 24نوفمبر 1976
3. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في 23فيفري1989.الجريدة الرسمية عدد09الصادرة بتاريخ 01مارس 1989.1
4. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في 28نوفمبر1996.الجريدة الرسمية عدد76الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996.
5. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في 28نوفمبر2016.الجريدة الرسمية 06 بتاريخ03 فيفري2016.

• النصوص التشريعية

- القانون 10-11 المؤرخ في 03 يوليو 2011 المتضمن قانون البلدية، الجريدة الرسمية العدد 04 سنة 2011
- القانون رقم 12-07 المؤرخ في 29/02/2012، المتضمن قانون الولاية، الجريدة الرسمية العدد 12 سنة 2012
- الأمر رقم66-133المؤرخ في 02/07/1966المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الجريدة الرسمية عدد46 الصادر بتاريخ 08 يوليو 1966.

المصادر والمراجع

- الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15/07/2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية
الجريدة الرسمية عدد 48 الصادر بتاريخ 16 يوليو 2006.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم الجريدة
الرسمية عدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
- القانون رقم 83-15 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان
الاجتماعي. الجريدة الرسمية العدد 28 الصادر في 05 جويلية 1983.
- الأمر رقم 74-71 المؤرخ في 16/11/1971 المتعلق بعلاقات العمل الجماعية في القطاع
الخاص، الجريدة الرسمية عدد 101 سنة 1971.
- الأمر رقم 74-71 المؤرخ في 16/11/1971 المتعلق بعلاقات العمل الجماعية في القطاع
الخاص، الجريدة الرسمية عدد 101 سنة 1971.
- القانون 11/90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق ل 21/04/1990، والمتعلق
بعلاقات العمل
- القانون رقم 90-02 المؤرخ في 06 فبراير 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية
في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، الجريدة الرسمية، عدد 06 المؤرخة في 07 فبراير
1990.
- القانون رقم 04 / 91 المتعلق بتنظيم مهنة المحماة الصادر بالجريدة الرسمية عدد 02 سنة
1991 المؤرخ في 08/01/1991.
- القانون رقم 90-30 المتعلق بالأملك الوطنية. الجريدة الرسمية عدد 52. المؤرخ في
1990/12/01
- القانون رقم 04 / 91 المتعلق بتنظيم مهنة المحماة الصادر بالجريدة الرسمية عدد 02 سنة
1991 المؤرخ في 08/01/1991.

المصادر والمراجع

- الأمر رقم 74-71 المؤرخ في 16/11/1971 المتعلق بعلاقات العمل الجماعية في القطاع الخاص، الجريدة الرسمية عدد 101 سنة 1971.

• النصوص التنظيمية

المرسوم رقم 12/84 المؤرخ في: 22/01/1984 والمتضمن تنظيم وتشكيل الحكومة بكل وزاراتها.
المرسوم رقم 57/86 المؤرخ في: 25/03/1986 والمعدل للمرسوم رقم 119/85 المؤرخ في 21/05/1985 المتضمن تحديد المهام العامة لهيكل الإدارة المركزية في الوزارات المختلفة.
-المرسوم 59/85 المؤرخ في 23/03/1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية .الجريدة الرسمية عدد13الصادرة في 24مارس 1985
المرسوم التنفيذي رقم 280/95 المؤرخ في 17/09/1995 المتضمن القانون الأساسي للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري سونلغاز.

ثانياً: قائمة المراجع:

الكتب و المؤلفات

• الكتب

- 1- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث ، أموال الإدارية العامة و امتيازاتها، دار الفكر العربي ، مصر، س.1979،
- 2- الجرف طعيمة مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون. دار النهضة العربية. القاهرة 1978.
- 3- أحمد حسن البرعي، علاقات العمل الجماعية ، الجزء الثالث الكتاب الأول ، دار النهضة العربية القاهرة، 2006.
- 4- أحمد عبد القادر الجمال، القانون الإداري المصري والمقارن، الجزء الأول، 1955.

المصادر والمراجع

- 5- حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة، نظرية المرافق العامة، الكتاب الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1984.
- 6- سليمان احمية، إليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1998.
- 7- رياض عيسى، نظرية المرفق العام في القانون المقارن، د.م.ج، الجزائر، س.1984، محمد الصغير بعلي ، تشريع العمل في الجزائر ، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، الجزائر، 1994.
- 8- محمد عبد الحميد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دراسة الثالثة، دار النهضة العربية 2001-2002
- 9- محمد فاروق عبد الحميد ، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي و عمار عوابدي ، القانون الإداري و النشاط الإداري ج.2، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2000.
- 10- مصطفى أحمد أبو عمرو، علاقات العمل الجماعية المفاوضات الجماعية- النقابات العمالية- إتفاقية العمل الجماعية- منازعات العمل الجماعية) الإضراب - الإغلاق- التحكيم- الوساطة- المفاوضات(في ضوء قانون العمل الجديد رقم 12 لسنة 2003، دار الجامعة الجديدة للنشر، للإسكندرية، 2005م.
- 11- محمد حسن منصور، قانون العمل ماهية قانون العمل، عقد العمل الفرد ، عقد العمل الجماعي، النقابات العمالية ، المنازعات الجماعية، التسوية والوساطة والتحكيم، الإضراب والإغلاق، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، سنة 2010.
- 12- إبراهيم صالح الصرايرة، مشروعية الإضراب وأثره في العلاقات التعاقدية -دراسة مقارنة- دار وائل للنشر عمان، ط1، سنة

المصادر والمراجع

- 13- رمضان عبد الله صابر، النقابات العمالية وممارسة حق الإضراب ، دار النهضة العربية، القاهرة، ب ط ،2004.
- 14- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، ط2، الجزائر: 2007.
- 15- هاشمي خرفي. القبيلات حمدي سليمان انقضاء الرابطة الوظيفية في غير حالة الأديب دراسة مقارنة دار وائل للنشر ، عمان ، الطبعة الأولى، 2012.
- 16- الغوييري أحمد عودة قضاء الإلغاء في الأردن عمان الطبعة الأولى 1989 ، نقلا عن عبد العزيز سعد مانع العنزي المرجع السابق
- 17- رشيد واضح، منازعات العمل الفردية والجماعية في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ب ط ،2003.
- 18- رشيد حباني دليل الموظف والوظيفة العامة دار النجاح للكتاب الجزائر 2015
- 19- محمد حسن منصور، قانون العمل ماهية قانون العمل، عقد العمل الفرد ، عقد العمل الجماعي، النقابات العمالية ،المنازعات الجماعية، التسوية والوساطة والتحكيم، الإضراب والإغلاق، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، سنة 2010.
- 20- محمد باهي أبو يونس الاختيار على أساس الصرحية للوظيفة العامة في النظام الإداري الإسلامي دار الجامعة الجديدة للنشر مصر الطبعة الأولى 1999.
- 21- عجة الجيلالي، الوجيز في قانون العمل والحماية الاجتماعية، (النظرية العامة لقانون العمل في الجزائر)، دار الخلدونية، الجزائر، ب ط، ب سنة 2005.
- 22- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الجزء 11، نقلا عن: عبد العزيز سعد مانع العنزي.
- 23- حماد محمد شطاء تطور وظيفة الدولة -المرافق العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1984.

المصادر والمراجع

- 24- خليفى عبد الرحمان، الوجيز في منازعات العمل والضمان الاجتماعي، دار العلوم للنشر، عناية، ب ط، 2008.
- 25- علي خطار شنتاوي ، القانون الإداري الأردني - نشاط الإدارة العامة ، ط1، دار وائل لنشر والتوزيع ، الأردن : 2009 .
- 26- صلاح علي علي حسن، تنظيم الحق في الإضراب دراسة في التشريعات العربية والمقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2012.
- 27- ماجد راغب الحلو - القانون الإداري - دار الجامعة الإسكندرية- 2008
- 28- سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ط1، 2010 .
- 29- احمد محيو ،محاضرات في المؤسسات الادارية ، ترجمة محمد اعراب ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر سنة 1996 .
- 30- عمار بوضياف النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري جسر للنشر والتوزيع الجزائر الطبعة الثانية 2015 .
- 31- محمد جمال الدنبيات- الوجيز في القانون الإداري- دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن سنة 2011.
- 32- محمد الصغير بعلي ، القانون الإداري والتنظيم الإداري ، ط1 ، عناية : دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004 .
- 33- زكريا المصري، أسس الإدارة العامة التنظيم الإداري - النشاط الإداري دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية ، د.ط، مصر، 2007.
- 34- عمار عوايدي ، القانون الإداري - النشاط الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر سنة 2007.

المصادر والمراجع

- 35- عبد الفتاح ابو الليل، الوجيز في القانون الاداري، القاهرة: دار النهضة العربية، 2000.
- 36- زكريا المصري، أسس الادارة العامة التنظيم الاداري - النشاط الاداري دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية ، د.ط، مصر، 2007.
- 37- محمد الشحات معالم النظام السياسي في الاسلام دار الفكر العربي 1986 ، نقلا عن محمد الصغير بعلي ، القانون الإداري والتنظيم الإداري ، ط1 ، عنابة : دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004
- 38- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية1989
- 39- محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، القاهرة: دار الفكر العربي، 1992.
- الرسائل والمذكرات الجامعية
1. سليمان أحمية، الاتفاقيات الجماعية للعمل كإطار لتنظيم علاقات العمل في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2008 .
 2. كمال مخلوف، مبدأ السلم الاجتماعي في تشريع العمل الجزائري، بين إلبة التفاوض كأساس لتكريس المبدأ أو الإضراب كوسيلة ضغط، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
 3. عتيقة بلجبل ، الإضراب في المرافق العامة دراسة مقارنة رسالة ماجستير في الحقوق تخصص قانون عام جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر سنة 2005 .
 4. علي زنيب، تكيف الإضراب في إطار القانون 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، بحث من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.
 5. ناريمان جد، حق الإضراب في المؤسسات العمومية الاقتصادية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر، جامعة قاصدي مرباح ،ورقلة ،2013.

• المقالات :

المصادر والمراجع

- 1- ثواني إيمان وريمة سرور، مرزوقي وسيلة، حق الموظف العمومي في اللجوء إلى الإضراب في الجزائر بين التقييد والتحریم، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية محكمة: السنة الثالثة/ المجلد 05/ عدد 01-2012، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- 2- جميلة أبركان براهيمی، سامر أحمد موسى، بحث قانوني حول إضراب العاملين في المرافق العامة دراسة في النظام القانوني الفلسطيني للإضراب، المعهد الوطني للدراسات والبحوث النقابية، دورية المنشد، العدد 9، الجزائر، 1990.
- 3- مباركة بدري التنظيم القانوني للاستقالة في التشريع الجزائري ضرورة للتوفيق بين مصلحة الموظف والمصلحة العامة مجلة الدراسات الحقوقية مخبر حماية حقوق الانسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة سعيدة مكتبة الرشد للطباعة والنشر الجزائر العدد الثاني 2014
- 4- دليل حول كيفية اللجوء للإضراب وإجراءات تسويته، الكتيب الثاني، المفشية العامة للعمل.

المواقع الإلكترونية:

1. مجلة قانون الأعمال ومبدأ الاستمرارية سير المرفق العمومية بانتظام واطراد وتطبيقه في التشريع الجزائري موقع <http://www.droitetenprise.org> تم فحصه يوم 2018/05/15 الساعة 12:00
2. مازن راضي ليلو ، القانون الإداري ، منشورات الأكاديمية العربية الدنمارك موقع. <http://www.ao-academy.org> فحص يوم 2018/05/12 الساعة 23:15.

قائمة المحتويات

قائمة المحتويات

الاهداء

أ-ج المقدمة

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للمرافق العامة

02 المبحث الأول: مفهوم المرفق العام

02 المطلب الأول: تعريف المرفق العام

03 الفرع الأول: المعيار العضوي أو الشكلي

04 الفرع الثاني: المعيار الموضوعي (المادي)

05 المطلب الثاني: أنواع المرافق العامة

05 الفرع الأول: تقسيم المرافق العامة من حيث طبيعة نشاطها

10 الفرع الثاني: تقسيم المرافق العامة بحسب نطاقها الإقليمي

11 الفرع الثالث: التقسيمات الأخرى للمرافق العامة

15 المطلب الثالث: طرق إدارة المرافق العامة

15 الفرع الأول: المرافق العامة المدارة بواسطة أشخاص القانون العام

17 الفرع الثاني: المرافق العامة المدارة بواسطة أشخاص القانون الخاص

19 المبحث الثاني: النظام القانوني للمرافق العامة في الجزائر

- المطلب الاول: أنماط النظم القانونية التي تحكم وتحدد المرافق العامة.....19
- الفرع الأول: النظام القانوني العام للمرافق العامة.....19
- المطلب الثاني: السلطات المختصة في عملية تنظيم المرافق العامة.....20
- الفرع الأول: مفهوم عملية تنظيم المرافق العامة.....20
- الفرع الثاني: السلطة المختصة بعملية تنظيم المرافق العامة في الدولة.....22
- المطلب الثالث: المبادئ القانونية التي تحكم وتنظم المرافق العامة.....24
- خلاصة الفصل الأول.....27
- الفصل الثاني: أسس ضمانات سير المرفق العام**
- المبحث الأول: الضمانات التشريعية لسير المرفق العام بانتظام واطراد.....28
- المطلب الأول: تنظيم حق استقالة الموظفين العموميين.....28
- الفرع الأول: مفهوم الاستقالة.....29
- الفرع الثاني: التنظيم القانوني لممارسة الحق في الاستقالة.....31
- المطلب الثاني: تقييد حق الإضراب.....37
- الفرع الأول: تعريف الإضراب.....37
- الفرع الثاني: شروط اللجوء إلى الإضراب.....44
- الفرع الثالث: الضمانات القانونية لحق الإضراب في القانون الجزائري.....50
- الفرع الرابع: القيود الواردة على حق الإضراب.....53

62	المطلب الثالث: عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام
63	الفرع الأول: مفهوم المال العام
64	الفرع الثاني: شروط وخصائص المال العام
66	الفرع الثالث: مضمون قاعدة عدم جواز الحجز على الأموال العامة
69	المبحث الثاني: الضمانات القضائية لدوام حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد
69	المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة
70	الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة
73	الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة (أسسها)
76	الفرع الثالث: النتائج القانونية التي ترتبها نظرية الظروف الطارئة
77	المطلب الثاني: نظرية الموظف الفعلي
78	الفرع الأول: مفهوم الموظف الفعلي
80	الفرع الثاني: تطبيقات نظرية الموظف الفعلي
82	الفرع الثالث: تطبيقات لهذا المفهوم في الجزائر
83	خلاصة الفصل الثاني
85	الخاتمة
88	المراجع
97	قائمة المحتويات
99	ملخص

تؤدي المرافق العامة دورًا كبيرًا داخل المجتمع أيا كان موضوع نشاطها وهذا يفرض أن تقدم خدماتها للجمهور بشكل مستمر ومتواصل، فلا يمكن أن يتصور مثلاً توقف جهاز القضاء عن الفصل في الخصومات، أو توقف جهاز الأمن عن أداء مهامه، أو مرفق الدفاع، إن توقف أحد هذه الأجهزة وغيرها سينجم عنه إلحاق ضرر بالغ بالمصلحة العامة وبحقوق الأفراد، ولو لمدة قصيرة، لهذا أجمع الفقهاء على أن استمرارية المرفق العمومي تعتبر أحد المبادئ الأساسية التي تحكم عمل المرافق العمومية .

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

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

Résumé

Les services publics jouent un rôle important au sein de la société, quel que soit le sujet de son activité. Cela nécessite de fournir ses services au public de manière continue et continue. Il est inconcevable, par exemple, que le pouvoir judiciaire cesse de régler les différends, que l'appareil de sécurité cesse d'exécuter ses tâches ou la structure de défense. Et d'autres entraîneront des dommages sérieux à l'intérêt public et aux droits des individus, même pour une courte période, de sorte que les chercheurs ont convenu que la continuité de l'utilité publique est l'un des principes de base régissant le travail des services publics.

Il est donc essentiel que l'État établisse non seulement des installations publiques, mais qu'il s'efforce d'assurer les principes fondamentaux du droit administratif. Bien que le législateur intervienne souvent pour établir ce principe dans de nombreux domaines de l'activité administrative, son rapport n'exige pas de texte législatif parce que la nature de l'activité Les services publics exigent de la continuité et de la régularité.

Le principe de continuité exige la disponibilité d'un certain nombre de garanties, qui sont toutes matérialisées dans le monde réel. Ces garanties comprennent les stipulations du législateur, y compris l'institutionnalisation du pouvoir judiciaire administratif. Ces garanties sont reflétées dans la réglementation de l'exercice du droit de démission, de l'exercice du droit de grève, des garanties législatives, qui est faite par le législateur et d'autres garanties, telles que la théorie du salaire effectif et la théorie des situations d'urgence, qui est la fabrication du pouvoir judiciaire