

المحور الاول:

مدخل للوظيفة العمومية

ظهر مفهوم الوظيفة العمومية في اللغة القانونية الفرنسية في مطلع القرن العشرين ، وذلك لارتباط خدمة المرفق العام بوجود وظيفة عمومية ، ومع مرور الوقت أصبح قانون الوظيفة العمومية يتبوأ مكانة هامة لدى الهيآت التشريعية في مختلف الدول ، واتطرق في هذا المحور لتطور قانون الوظيفة العمومية في الجزائر (أولا) ، ثم الى مفهوم الموظف العام (ثانيا) كمايلي:

أولا: تطور قانون الوظيفة العمومية في الجزائر

اتطرق إلى دراسة تطور الوظيفة العمومية خلال الحقبة الاستعمارية(1) ثم عقب الاستقلال(2) :

1- الوظيفة العمومية أثناء فترة الاستعمار:

كانت الوظيفة العمومية في الجزائر أثناء الاحتلال الفرنسي حكرا على الفرنسيين ، ولم يكن للجزائريين انا ذاك مكانة تذكر ، بالإضافة الى أن شغل الوظائف كان تغطي عليه الصداقة والمحسوبية والإتجار بالوظائف .

وكان من يشغل الوظيفة يستطيع توظيف أسرته وأقاربه، وكانت في غالب الأحيان تنتقل إلى العناصر غير الصالحة لممارسة المهام في الإدارة الفرنسية.

وبأمر من الجنرال « ديجول » باعتباره المسؤول الحاكم في البلد طلب من أحد مستشاريه بمجلس الدولة مهمة إعداد اصلاح عام للوظيفة العمومية ، فكان صدور الأمر في: 1946/10/19 هو أول قانون جامع للوظيفة العمومية في فرنسا، و امتد تطبيقه للجزائر فيما عدا بعض الاستثناءات التي اقتضتها ضرورة التطبيق العملي، ويرجع هذا الوضع إلى أن الوظيفة العامة لم تكن مفتوحة قبل الاستقلال إلا للفرنسيين وحدهم، فإن الموظفين آنذاك كانوا خاضعين للقوانين الأساسية الفرنسية العامة والخاصة المهياة في بعض الحالات تبعا للظروف السياسية، وكان مصنفا وفق أربع وظائف عامة: وظائف القيادة و التوجيه، وظائف التطبيق، وظائف التنفيذ، الوظائف الدنيا.

وقد وضع المشرع الفرنسي مبدأ عام يقضي أن التعيين يكون عن طريق امتحانات المسابقات إلى الوظائف المحجوزة في المجموعة الثانية و الثالثة و الرابعة ، وباعتباره القانون الأول في فرنسا امتد تطبيقه إلى الجزائر إلى غاية 1956 على المعمرين الذين يمارسون الوظيفة في الإدارة والمؤسسات العمومية ، حيث لم يكن قبل هذا التاريخ الحق للجزائريين تقلد الوظائف العامة، فوضع بعض النصوص الرئيسية التي تتعلق بنظام التوظيف التعاقدي من شأنها تيسير التحاق المواطنين الجزائريين بالوظيفة العمومية ولم يكن إلا للأسباب التي كانت سائدة آنذاك في قيام الثورة الجزائرية والمطالبة بالاستقلال، فاتخذت فرنسا نظام التجسيد مبدأها التساوي بين المعمرين والجزائريين في الالتحاق بالوظيفة وذلك لإخماد فكرة الاستقلال والقضاء على الروح الوطنية .

واستمر هذا الوضع الى غاية 04/02/1959 حيث صدر نظام أساسي جديد للوظيفة العامة بفرنسا، وقد امتد تطبيق هذا النظام إلى الجزائر أيضا، وكان ذلك في 02/08/1960 و استمر العمل بهذا النظام في الجزائر حتى انتهاء الثورة الجزائرية و نيل الاستقلال التام.

2- الوظيفة العمومية عقب الاستقلال:

عقب الاستقلال لم يكن في وسع الحكومة المؤقتة أن تفكر في الإصلاح، حيث انتهت فترة اختيار الموظفين بشكل جماعي، وبدأت فترة جديدة تم على إثرها تدعيم الهياكل الإدارية و تنظيمها وترتيبها حتى تعطي للدولة قواعد ثابتة.

وكان صدور المرسوم رقم 503/62 المؤرخ في 9 يوليو 1962 المحدد بموجبه التدابير المخصصة لتيسير الدخول إلى الوظيفة العمومية ، عوض التوظيف الخارجي عن طريق المسابقات بالتوظيف عن طريق الشهادات و ذلك في كل من الأصناف أ،ب،ج و الصنف د الإنضمام إليه بدون شهادة.

وإلى جانب ذلك فإن القوانين الأساسية الفرنسية، بعد أن جرى تمديد صلاحيتها بمقتضى القانون رقم 157/62 المؤرخ في: 31/12/1962، لم تزل مطبقة فيما يتعلق بالتوظيف أو الترقية الداخلية، ونشأ من الإيقاف المقرر طبقا للمنشور رقم 15 المؤرخ في 10/11/1962 لكل إجراء يرمي إلى ترقية الموظفين أو إعادة ترتيبهم، تجميد وضعيتهم وإبقاؤها في الدرجة الأولى من رتبهم وذلك منذ توظيفهم، ومع اتساع رقعة المهام وتدخل الدولة في جميع الميادين، أخذ المشرع الجزائري ينظر إلى أهمية الإصلاح الوظيفي بعد أن تبين أن عدد الموظفين الذين تتوفر لديهم شروط التوظيف المتعلقة بالشهادات غير كاف لشغل الوظائف الشاغرة آنذاك.

وتزامنا مع ظهور المؤسسات العمومية اضطرت في كثير من الأحيان أن تتولى بنفسها تحرير القوانين الأساسية لموظفيها، وأن تزيد في الفوائد المالية لكي تتمكن من إغراء المستخدمين الأكفاء وتوظيفهم في إدارتها .

وكان إصلاح الوظيفة العمومية يشكل عنصر أساسيا في النمو الاقتصادي للبلاد ولا يمكن تحصيله إلا بجهاز إداري حديث تقنيا ومستقرا، وكذلك قامت الحكومة الجزائرية في شهر سبتمبر 1965 بتشكيل لجنة وزارية متمثلة في وزارة المالية و الداخلية و هي الوزارة التي تتبعها إدارة الوظيفة العمومية، ولذلك أعد القانون الأساسي للوظيفة العمومية في جانفي 1965 تم عرض المشروع على مختلف الإدارات والوزارات وحزب جبهة التحرير الوطني، وكذا النقابات المهنية، و تم عرضه على مجلس الوزراء لإبداء رأيه في أفريل 1966، ثم ناقشه مجلس قيادة الثورة في ماي 1966، ثم صدر في 2 جوان 1966، وقد تضمنت نصوص القانون الأساسي للوظيفة العمومية الأمر 133/66 الصادر في 02/06/1966 المبادئ والقواعد الرئيسية للوظيفة ، وتركت للوحدات الإدارية مهمة تحديد نماذج التطبيق بالنسبة لكل مجموعة وظيفية بشرط أن لا يتعارض مع التوازن العام للوظائف في الدولة.

من أهداف صدور الأمر 133/66 أنه نص على إمكانية توظيف أعوان متعاقدين للوظائف الدائمة كما أن أهمية هذا الإصلاح الجديد لاسيما وأنها تدخل في سياسة عامة للوظيفة

العمومية، هدفها الأساسي الوصول إلى وحدة التنظيم في مستوى المؤسسات مثل مستوى الأشخاص المكلفين بخدمتها ، كما نص هذا الأمر على أن العلاقة التي تربط الموظف بالإدارة مبنية على النظام اللائحي التنظيمي لأنه يعتبر كوسيلة لتثبيت إطارات الإدارة، و ذلك بضمان إستمرار الوظيفة يرمي التوظيف بهذه الطريقة إلى الاستجابة لتجديد كل من أصناف الموظفين، و يشكل ضمانة إستقرار وعاملا صالحا لفرض نظام صارم داخل الإدارة ولإنشاء ظروف ملائمة لتنمية الاختصاصات والشعور بالمسؤوليات الفردية والجماعية ، بالإضافة الى إقامة موازنة بين الضروريات القصوى للإدارة و المصالح الفردية للموظف، لأن هذا الأخير ليست له أية إمكانية ليقطع من جانب واحد الصلة التي تربطه بالإدارة ولا سيما أنه لا يشارك في تحديد المحتوى الحقوقي للقرارات التي تنصبه في مهامه، فلا بد من وجود توازن بين القواعد وذلك بالإعتراف بالحق النقابي و بحماية مصالحه المهنية في المجلس الأعلى للوظيفة العمومية واللجان المتساوية الأعضاء واللجان التقنية المتساوية الأعضاء.

كما كرس هذا الأمر مبدأ هام وهو المساواة في تولي الوظائف العمومية ،وتطبيقا لذلك وضعت خاصة أحكام المادة 26 منه التي يفرض بموجبها التوظيف عن طريق المسابقات مع فتح إمكانيات واسعة للترقية الداخلية للموظفين الذين ليست لهم شهادات جامعية بل لهم تجربة وكفاءات من شأنها أن تمكنهم من أن يشغلوا مناصب أعلى في السلم الإداري .

وعند صدور دستور 1976 الذي جاء ليكرس النظام الاشتراكي، ومن مبادئه رفضه للتمييز ما بين الموظف والعامل، و أن هذا الأخير يجب أن يكون هو الأساس في الدولة الاشتراكية فالموظف العام ما هو إلا عامل.

وبالنظر إلى التوجهات الإيديولوجية للدولة الجزائرية صدر القانون 12/78 المؤرخ في 1978/08/05، المتضمن القانون الأساسي العام للعامل ، الذي كان يهدف إلى توحيد الأنماط والقواعد القانونية بحيث لا يكون هناك تمييز بين الموظف والعامل.

وأثبت التجربة الميدانية فشل هذا القانون في الإطار الاقتصادي الاشتراكي ، لأنه في مضمونها بدأت عملية التراجع عن النظام الاشتراكي بطريقة غير مباشرة ، عن طريق صدور قوانين تكرر النظام الليبرالي، ومنه لا يمكن توحيد المفهوم ما بين الموظف العام والعامل.

وهذا ما أدى بالمشروع الجزائري سنة 1985 إلى اللجوء إلى تطبيق مجموعة من القواعد الخاصة على الهيئات الإدارية بالنظر إلى خصوصية تسييره بموجب المرسوم 59/85 المؤرخ في 1985/03/23 والمتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية .

ولكن هذا النص لا يؤخذ بمفرده بل يتم عند الحاجة بالرجوع إلى القانون 1966 وإلى القانون 12/78 فيما يخص بعلاقة العمل ، وأمام عدم وجود مصدر موحد للوظيفة العمومية وتقاطع للمصادر، صدر الأمر 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

ثانيا: مفهوم الموظف العام.

إن عبارة موظف عام "fonctionnaire public" في الحقيقة هي أسبق في الظهور من عبارة وظيفة عامة "fonction publique"، بل كانت تمهيدا لظهورها ورواجها.

1- التعريف الفقهي للموظف العام :

كانت هناك محاولات عديدة من قبل الفقه بشأن تعريف الموظف العام ، فقد عرفه الاستاذ ميسوم صبيح بأنه : " يضمن سير المرافق العامة ، أعوان لهم أنظمة قانونية مختلفة ، لا يخضع منهم للقانون العام للوظيفة العامة سوى الذين لهم صفة الموظف ، ولا يعرف بهذه الصفة الا الاشخاص الذين رسموا بعد تعيينهم في مناصب دائمة وثبتوا فيها نهائيا ".

اختلف الفقه الفرنسي في البداية حول اعطاء تعريف جامع و مانع للموظف العام و من امثلة لتعريفات أنها : " كل شخص يعين في السلطة العامة تحت اسم مستخدمين ، وكلاء عاملين ، عاملين مساعدين ، و يشغلون وظيفة دائمة في مرفق عام تديره الدولة او الادارات العامة الاخرى ، ويستثنى من ذلك القضاة و اعضاء المجالس البلدية ".

وعرف الفقه المصري الموظف العام بأنه : " من يعهد اليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى" ، وعرف ايضا بأنه : " كل من يعمل في وظيفة دائمة في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو احد أشخاص القانون العام الأخرى عن طريق الاستغلال المباشر ".

وعرفه آخرون بأنه : " الموظف العام هو الذي يعهد اليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة او احد اشخاص القانون العام عن طريق شغله منصبا يدخل في التنظيم الاداري لهذا المرفق ".

2- التعريف القانوني للموظف العام :

عرفت المادة الاولى من الأمر 133/66 المؤرخ في: 1966/06/22 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة الموظف العام وبينت الأشخاص الذي لا يسري عليهم هذا الأمر التي جاء فيها : "يعتبر موظفين، الأشخاص المعينون في وظيفة دائمة ،الذين رسموا في درجة من درجات التدرج الوظيفي في الادارة المركزية التابعة للدولة وفي المصالح الخارجية التابعة لهذه الادارات والجماعات المحلية وكذلك المؤسسات والهيئات العامة حسب الكيفيات تحديد المرسوم.

لا يسري هذا القانون الأساسي على القضاة والقائمين بشعائر الدين وأفراد الجيش الشعبي الوطني."

وقد أخذ المرسوم 59/85 المؤرخ في 1985 /03 /23 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال الإدارات والمؤسسات العمومية بنفس التمييز أي يعتبر موظفا في إطار هذين النصين " كل

شخص عين في منصب دائم ورسم أو ثبت في رتبة تابعة للسلم الهرمي الخاص بإدارات المركزية والمصالح الخارجية والجماعات المحلية والمؤسسات ذات الطابع الإداري التابعة لها . وجاء في نص المادة 04 من الامر 03/06 : " يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري ...".

وعرفت المادة الأولى من القانون الفرنسي الصادر بتاريخ: 19/10/1946 المتضمن قانون العام للوظيفة العامة للموظف العمومي التي جاء فيها : " يسري هذا القانون على الأشخاص الذين في وظيفة دائمة، ويشغلون درجة من درجات الكادر في إحدى الإدارات المركزية للدولة وفي إحدى الإدارات الخارجية التابعة لها أو في المؤسسات العامة الفردية التابعة أو الملحقة بالدولة.

المحور الثاني

طبيعة العلاقة القانونية بين الموظف العام والإدارة.

لقد اختلف الفقه بشأن طبيعة العلاقة التي تربط الموظف بالدولة والسلطة الإدارية ، وقد ثار جدل حاد في فرنسا بين من يرى أن الموظف تربطه بالإدارة علاقة تعاقدية من روابط القانون الخاص ، ومن يرى بأنها علاقة قانونية من روابط القانون العام ولبيان طبيعة العلاقة القانونية بين الموظف والإدارة أتطرق الى العلاقة التعاقدية (أولا) ثم الى العلاقة التنظيمية (ثانيا) ، و الاخير الى موقف المشرع الجزائي من هذه المسألة (ثالثا) على النحو التالي:

أولا : علاقة الموظف بالإدارة علاقة تعاقدية (نظريات العلاقة التعاقدية):

ذهب جانب من الفقه الى أنها علاقة أو رابطة عقدية ، وقوم هذه النظرية على اساس أن العلاقة بين الموظف والإدارة تعود الى عقد طرفاه الدولة من جهة و المترشح للوظيفة من جهة اخرى، وقد ساعد هذه النظرية على البروز، عدة عوامل وظروف سياسية واقتصادية واجتماعية وقانونية ، مرافقة في ذلك تطور قواعد القانون الإداري عبر التاريخ، بحيث أنه بتطور وظائف الدولة وانتشار نظريات القانون الإداري المتميزة ، دفعت بالكثير من الفقهاء في مرحلة تالية إلى التحول من اعتبار العلاقة الوظيفية عقدا من عقود القانون الخاص إلى اعتبارها عقدا من عقود القانون العام ، ومن ابرز هذه العوامل النظام الإقطاعي، الذي كان سائدا آنذاك خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر.

وقد قامت هذه النظرية في الاصل على نظرية العقد المدني ثم تشعبت وتفرعت الى عدة نظريات:

1- نظرية العقد المدني:

سادت هذه النظرية عقودا من الزمن، منذ ظهور القانون الروماني، واستمرت حتى منتصف القرن التاسع عشر (19)، وتعتبر هذه النظرية من أقدم النظريات القانونية التي كيفت

العلاقة ما بين الموظف العام والدولة، كما أنها سادت في العديد من البلدان العربية، حيث كانت سائدة في مصر وأخذ بها الفقه والقضاء لغاية القرن 19 و بداية القرن 20. ويتلخص مضمون هذه النظرية: بأن الموظف العام في علاقته بالإدارة علاقة تعاقدية، وهذه العلاقة إما أنها عقد وكالة إذا كانت طبيعة العمل عملاً قانونياً، أو عقد إيجار للأشخاص أو عقد عمل إذا كان طبيعة العمل عملاً عادياً، وفي كلتا الحالتين فإن الدولة تظهر باعتبارها صاحبة العمل.

وقد استند انصار هذه النظرية الى عدة حجج منها:

- أن الموظف العمومي يلتحق بالإدارة بناء على رغبته وإرادته، والإدارة تقبل هذا الالتحاق، ومن هنا تنشأ العلاقة ما بين الطرفين، وفقاً للإيجاب من طرف المترشح وقبولاً.
- أن حقوق وواجبات تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

غير أن هذه النظرية تعرضت لعدة انتقادات شكلاً وموضوعاً :

أ- الانتقادات الشكلية :

من المتعارف عليه أن العقد المدني من الناحية الشكلية يتطلب الإيجاب والقبول من طرفين على الأقل، وتسبقه مفاوضات حول الحقوق والواجبات ما بين الطرفين، بينما الوظيفة العامة، لا تعرف هذه المفاوضات حول الحقوق والواجبات، فالحقوق والواجبات تحددها سلافاً الإدارة العامة، بواسطة اللوائح .

كما أن الشروط الخاصة بهذه الرابطة محددة سلفاً في القوانين و التنظيمات دون أن يكون للموظف يد في انشائها أو تعديلها أو حتى مناقشتها ، وبالتالي لا يمكن للموظف وفق قرار التعيين أن يحتج بالعقد لاختفاء الشروط الشكلية فيه .

ب- الانتقادات الموضوعية:

- أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تؤدي بالضرورة إلا أن أي تغير في العقد المدني لا يتم بالتفاوض ما بين الطرفين ، وهذه النتيجة تؤدي إلى حرمان الإدارة من إدخال التغيرات على الوظيفة العامة كلما اقتضت الضرورة ذلك، وهذا مخالف للواقع، حيث أن الإدارة العامة، تغير وضعية الوظيفة العامة كلما اقتضت الضرورة ذلك دون اللجوء إلى التفاوض مع الموظفين، استناداً إلى مبدأ " ضرورة حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد ".

- أن العقد المدني يقتصر على أطرافه، بمعنى أنه محدود الأثر، فأثره نسبي ، بمعنى أن آثارها لا تتعدى إلى غير اصحاب العقد ، بينما في علاقة العمل تنشأ آثاراً جديدة تعدل من مركز الموظف تجاه الإدارة ، وتجاه المتعاملين مع الإدارة .

- أن الموظف لا يمكنه أن ينفصل عن الإدارة بمحض إرادته ابتداءً بمحض إرادته حسب ما هو معمول به في الرابطة العقدية حتى بعد تقديم استقالته ن فلا يحق له مغادرة منصب عمله إلا بعد قبول الإدارة لطب الاستقالة و في الاجال المحددة لذلك .

وأمام هذه الانتقادات التي طالت هذه النظرية والتي في جملتها ترفض اعتبار علاقة الموظف بالإدارة علاقة تعاقدية، نادى الفقه بفكرة أخرى جديدة مؤداها أن علاقة الموظف بالإدارة علاقة تعاقدية تندرج في نطاق القانون الخاص وهي نظرية عقد الإذعان :

2- نظرية عقد الإذعان.

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن علاقة الموظف بالدولة تتمثل في عقد الإذعان للتخلص من الاعتراض الذي وجه إلى نظرية العقد المدني ، من حيث أنه لا يسبق التعيين في الوظيفة العامة مناقشة في الشروط والالتزامات التي تنشأ عن التعيين، بل يكون ذلك محددًا مقدما بمقتضى القوانين واللوائح المنظمة للمرافق العامة، وقد ذهبت النظرية إلى أنه تتوفر في العلاقة بين الموظف والدولة كافة عناصر عقد الإذعان إذ تتوفر أهلية الطرفين، وتطابق إرادتهما، وتحديد سابق للحقوق والالتزامات المتبادلة الناشئة عن العقد. ولا يعدو دور الموظف العام في التعيين في الوظيفة العامة، مجرد الانضمام إلى الشروط العامة غير الشخصية المحددة لتمام العقد ، وتقوم الإرادة هنا على حرية المترشح في الانضمام إلى النظام القانوني للوظيفة العامة. و يؤكد أصحاب هذه النظرية رأيهم بأنه قد أقرت معظم تشريعات العالم لهذا العقد و اعتبر الانضمام نوعا من القبول الذي يتم به ، فالموظف يدخل الخدمة بعمل رضائي وفقا لعلاقة رضائية بين الدولة وبينه، و لكنه في نفس الوقت تحدد كل حقوقه والتزاماته بواسطة القوانين واللوائح، التي تملك الدولة تعديلها في كل وقت، إذ أن من المسلم به أن المشرع يعدل النصوص إلا مرة في العقد أثناء تنفيذه.

وبالرغم من الصدى الذي لقيته هذه النظرية لا سيما في الدول الانجلوساكسونية باعتبارها الاصل العام لم تصمد هي الاخرى في وجه الانتقادات التي عرفت سابقته من طرف الفقهاء الفرنسيين على وجه الخصوص منها :

- إن طبيعة العلاقة التي تربط الموظف العام بالإدارة تختلف تمام الاختلاف عن عقد الإذعان، من عدة وجوه لأن عقد الإذعان له مميزات خاصة به، ومن أهم هذه المميزات أنه يتعلق بسلع وخدمات مرفقية تعتبر ضرورية جدا بالنسبة للمستهلكين والمنتفعين بها، ثم أن هذا العقد يتطلب من ناحية أخرى احتكار قانوني أو فعلي للسلعة أو المرفق، ثم يقتضى عرض هذا الانتفاع من هذه السلع والخدمات على المنتفعين، فهذا العقد أوجده ظروف اقتصادية خاصة، وهذه الظروف والمميزات لا تتوفر في الوظيفة العامة فالوظيفة العامة ليست سلعة تباع وتشتري بل هي مركز قانوني عام وموضوعي.

-أن الإدارة العامة تحدد الحقوق والواجبات العامة بواسطة اللوائح التنظيمية وبصورة انفرادية ولا تملك حرية الخروج عن هذه اللوائح، مادامت سارية المفعول والعمل على خلاف ذلك يؤدي إلى تعرض أعمالها للإلغاء لخروجها على مبدأ الشريعة بينما الأمر يختلف في عقود الإذعان، بالشركة أو المؤسسات الخاصة مثل شركة النقل أو الكهرباء لا يحد من سلطاتها سوى مصلحتها الخاصة والنظام القانوني الخاص بها.

-أن الدولة بصفتها شخصا معنويا عاما تضع قواعدا قانونية عامة منظمة للمركز القانوني للوظيفة العمومية بإرادتها المنفردة ، ثم تلتزم بها ، في حين يستطيع الطرف القوي في عقد الإذعان أن يمنح للمتعاقد معه امتيازات دون التقيد بشروط العقد ، كما هو الحال في عقود العمل في القطاع الاقتصادي ، لا سيما الطاع الخاص.

-أن عقد الإذعان تنظمه نصوص ليست كلها عن النظام العام وهذا بخلاف النصوص المنظمة للوظيفة العامة فهي من النظام العام لا يجوز مخالفتها فالنصوص المنظمة لعقد الإذعان لها حجية نسبية، وهذا بخلاف النصوص المنظمة للوظيفة العامة فإنها حجية مطلقة .

3- نظرية العقد من نوع خاص:

مفاد هذه النظرية و التي يتزعمها الفقهاء الالمان أن العقد المبرم بين الموظف والادارة عقد من نوع خاص .

هذه النظرية لم تأت بجديد وبالتالي لم تسلم هي الأخرى من النقد ووجهت لها الانتقادات التي وردت على النظريات التعاقدية، بالإضافة إلى أن هذه النظرية يكتنفها الغموض و الإبهام .

4- نظرية عقد القانون العام أو عقد الوظيفة العامة:

تعد هذه النظرية تحولا لنظريات العقد المدني لا سيما بعد تطور القانون الاداري نتيجة لوجود مجلس الدولة الفرنسي ، باعتبار أن العقد الذي تكون الدولة أحد اطرافه يتميز ببعض الخصائص عن العقد العادي ، لأنه يستهدف تحقيق المصلحة العامة .

وكانت هذه النظرية آخر محاولة من جانب أنصار النظريات التعاقدية استيفاء وصف هذه الرابطة بأنها عقد، ولكنه لا ينتمي إلى القانون الخاص، إنما هو عقد من عقود القانون العام ، وهذا الاعتبار يجعل العقد قابل لتعديله من جانب الإدارة كلما اقتضت الظروف ذلك .

وركز أنصار هذه النظرية على الخصائص التي تميز عقد القانون العام عن غيره من العقود المدنية، ومن جملة الخصائص التي ركزوا عليها فكرة المساواة ما بين الأطراف المتعاقدة ، فهذه الفكرة ليست أساسية في عقد القانون العام بخلاف ما هو عليه في عقود القانون المدني، بحيث أن الدولة تنفرد وحدها في تحديد شروط العقد مستهدفة تحقيق الصالح العام وضمان سير المرافق العامة .

إن هذه النظرية رغم أن القضاء الفرنسي أخذ بها إلا أنها وجهت لها انتقادات أصابها في الصميم من حيث:

- انعدام عناصر العقد بين الموظف والدولة .
- عدم وجود طرفين في العلاقة الوظيفية .
- وحسب الأستاذ دوجي بأنه لا توجد فوارق موضوعية ما بين العقود الإدارية و العقود المدنية، واعتبر أن الفرق الوحيد بينها ينحصر في فكرة وحيدة وهي اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات العقود واختصاص القضاء العادي بنظر العقود المدنية .

- وفي نطاق هذه النظرية لا يوجد محل محدد في العلاقة التي تربط الموظف بالدولة، فمن المتعارف عليه فإن الإدارة العامة بما لها من سلطة عامة تملك حق التعبير و التبديل في الحقوق و الالتزامات وفقا للمصلحة العامة بدون تدخل من طرف الموظف العام، و الإدارة العامة هي التي تحدد ما تقتضيه المصلحة العامة بما لها من سلطة تقديرية.

- إن الالتزامات التي تنشأ عن علاقة الموظف بالدولة لا يمكن تفسيرها بعقد، حيث أن علاقة الوظيفة العامة تنشئ الالتزامات المتبادلة على عاتق الموظف العمومي وعلى عاتق الإدارة العامة فهذا كله لا يمكن أن يفسر تفسيراً قانونياً سليماً علاقة الموظف العام بالدولة و تكيفها بأنها علاقة تعاقدية ولو كان هذا العقد من عقود القانون العام.

ويستخلص من كل ما سبق ذكره أن النظريات التعاقدية ، لا تصلح لتفسير العلاقة بين الموظف والادارة ، لا من حيث الشكل ولا من حيث المضمون ، ومع ذلك لا يمكن انكار دور النظام التعاقدى وفقا لقواعد القانون العام ، باعتباره يشكل نظاما موازيا ، أو استثنائيا في جميع الدول .

ثانيا: علاقة الموظف بالإدارة علاقة تنظيمية أو لائحية.

نتيجة الانتقادات الشديدة الموجهة للنظريات العقدية ، تم العدول عنها واتجه الفقه إلى الأخذ بالنظرية التنظيمية، ومؤدى هذه النظرية هو أن العلاقة بين الموظف والدولة تخضع للقوانين واللوائح وهي علاقة ذات طابع تنظيمي خاص ولائحي. وأول من اخذ بهذه الوجهة من النظر هو مجلس الدولة الفرنسي ، وقد قنن المشرع الفرنسي هذه الوجهة من النظر في قانون التوظيف الصادر عام 1946 حيث نص على أن العلاقة بين الموظف و الدولة علاقة تنظيمية أو لائحية.

كما أن القضاء المصري اعتبر أيضا أن العلاقة بين الموظف و الدولة هي علاقة تنظيمية، تحكمها القوانين و اللوائح، و من ثم فهو مركز قانون عام قابل للتغيير في أي وقت، وشغل الوظيفة لا يرتب للموظف حق مكتسب فيها محصنا ضد كل تغيير و تعديل ، مع الإشارة إلى أن الفقه والقضاء الإنجلوسكسوني لحد الآن يكيف العلاقة ما بين الموظف العام والدولة على أساس أنها علاقة تعاقدية.

ثالثا: تكيف العلاقة بين الموظف والادارة في التشريع الجزائري

في البداية قبل الخوض في الكلام عن موقف المشرع الجزائري ، لا بأس أن نخرج عن موقف المشرع الفرنسي نظرا للجانب التاريخي ، فالدساتير الفرنسية لم تقم بتنظيم علاقات العمل في الوظيفة العمومية و بقي الحال كما هو عليه لغاية صدور قانون سنة 1946، وكانت الوظيفة العامة تنظم بواسطة قرارات ارتجالية مبعثرة و غير مضبوطة و كل عام تصدر لوائح مختلفة لتنظيم شؤون الوظيفة العامة و كان لكل مصلحة حكومية في هذا البلد لائحة مستقلة خاصة بها.

وقد اخذ الفقه و القضاء الفرنسي بالعلاقة التعاقدية و استمر على هذا الحال عقودا من الزمن و كيف العلاقة ما بين الموظف العام والدولة على أساس أنها علاقة تعاقدية. وعند صدور القانون في 16/10/1946 الخاص بالوظيفة العامة والذي نص صراحة في المادة الخامسة(5) منه اعتبار أن العلاقة التي تربط الموظف العام بالدولة هي علاقة تنظيمية لائحية ، أبقى نفس الحكم في القانون 244/59 المؤرخ في 04/02/1959 المتضمن قانون الوظيفة العامة.

ومع الإشارة بأنه رغم استقرار الفقه والقضاء والتشريع في فرنسا على تحديد الرابطة ما بين الموظف العام والدولة على أساس إنها علاقة تنظيمية لائحية، رغم ذلك فالإدارة فإن الإدارة العامة تملك حق إلحاق الأفراد بالإدارة العامة عن طريق التعاقد كحالة التطوع وتحديد التطوع بالجيش وكذا حالة إلحاق الأجانب بالوظائف عن طريق التعاقد .

أما في الجزائر فقد تم تكييف العلاقة بين الموظف العام و الادارة على أساس أنها علاقة تنظيمية لائحية، ويعتبر الموظف العمومي في مواجهته للإدارة العامة بأنه في مركز عام يستمد حقوقه مباشرة من نصوص القوانين واللوائح المنظمة للوظيفة العامة، وحسب المذكرة الإيضاحية للأمر 133/66 المتضمن القانون الاساسي العام للتوظيف العمومي المؤرخ في 02/06/1966، ونصت: "أن المفهوم التعاقدي للوظيفة العامة قد رفض لعدة أسباب منها أن هذا المفهوم يجعل تنظيم الترقية صعبا جدا ،وفي الحقيقة لا تمنح للإدارة مهنة حقيقية لموظفيها"، وفي نفس المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ذكرت في موقع آخر: "... يعترف بموجب هذا الأمر للموظفين بوضعية قانونية وتنظيمية إزاء الإدارة، ويترتب عن هذه الوضعية عدد معين من التبعات التي تستوجب أثارها البحث عن توازن بين الضروريات القصوى والمصالح الفردية للموظف العام، إذ أن هذا الموظف ليس له أية إمكانية ليقطع منا جانب واحد الصلة التي تربطه بالإدارة ولا سيما انه لا يشارك في تحديد المحتوى الحقوقي للقرارات التي تنصه في مهامه...". كما نصت صراحة على تبني العلاقة التنظيمية المادة السادسة من الامر 133/66 "يكون الموظف اتجاه الإدارة في وضعية قانونية وتنظيمية".

كما تم النص ايضا ضمن المرسوم رقم 59/85 المؤرخ في 23/03/1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال الادارات والمؤسسات العمومية ، في المادة الخامسة فقرة2 منه إلى أن العلاقة بين الموظف العام والدولة هي علاقة تنظيمية لائحية و التي جاء فيها : " تطلق على العامل الذي يثبت في منصب عمله بعد انتهاء المدة التجريبية، تسمية(الموظف)ويكون حينئذ في وضعية قانونية وتنظيمية إزاء المؤسسة أو الإدارة".

ونصت المادة 07 من الأمر 03/06 السالف الذكر أن "يكون الموظف اتجاه الإدارة في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية". ولقد ترتبت آثار قانونية حول هذه العلاقة وهي كالآتي:

-بمجرد صدور قرار التعيين فإن المترشح للوظيفة العامة يكتسب صفة الموظف العمومي، و هذه الصفة لا ترتبط برضا الموظف المعين، بل ترتبط بقرار التعيين الذي ينشأ المركز القانوني للمترشح ويكسبه صفة الموظف العمومي، ويستمد منه حقوقه والتزاماته.

-أن الإدارة العامة بما لديها من مظاهر للسلطة العامة لها حق إدخال التغيرات على وضعية الوظيفة العامة عن طريق إصدار اللوائح التنظيمية بدون حاجة بأن يكون لهذا الأخير حق التمسك بما يسمى بالحقوق المكتسبة وفقا للقانون السالف الذي نصب في ظله.

فالمشرع الجزائري اذا جعل العلاقة بين الموظف العام والدولة هي علاقة تنظيمية لائحية ، كقاعدة عامة ، إلا أنه استثناء والى جنب ذلك يجعل علاقة الاعوان الاخرين على اسس تعاقدية ، وتطبق هذا النهج العديد من الدول وعلى رأسها فرنسا ، كما تطبقه جمهورية مصر العربية .