إنشاء وإلغاء المرافق العامة

أ/ إنشاء المرافق العامة :

يكون إنشاء المرافق العامة بناء على قانون صادر من السلطة التشريعية، أي أن تتدخل السلطة التشريعية مباشرة فتصدر قانوناً بإنشاء المرفق أو أن تعهد بسلطة إنشاء المرفق إلى سلطة أو هيئة تنفيذية. مع ضرورة التنبيه إلى أن إنشاء المرافق العامة المحلية يختلف عن الوطنية:

المرافق العامة الوطنية: الأمر موقوف على توزيع السلطات بين الهيئتين التشريعية والتنفيذية؛ فهو اختصاص أصيل للسلطة التنظيمية بموجب إصدار مراسيم رئاسية أو تنفيذية، واستثناءا يمكن للسلطة التشريعية إنشاء **فئات المؤسسات** حسب ما ورد في الدستور. ويمكن أن تقوم السلطة المختصة بإنشاء المرفق ابتداءً، أو أن تعهد إلى نقل ملكية بعض المشروعات الخاصة إلى الملكية العامة، كتأميمها لاعتبارات المصلحة العامة مقابل تعويض.

المرافق العامة المحلية: يخول قانون البلدية 11-10 وقانون الولاية 12-07 لهيئتي الإدارة المحلية إنشاء مرافق عامة محلية. (ارجع إلى نص المادة 149، 52، 55، 215 من قانون البلدية 11-10، وكذا المادة 141، 146، 147 من قانون الولاية 12-07).

ب/ إلغاء المرفق العامة:

القاعدة أن يتم إلغاء المرافق العامة بنفس الأداة التي تقرر بها الإنشاء، فالمرفق الذي تم إنشاؤه بقانون لا يتم إلغاؤه إلا بنفس الطريقة وإذا كان إنشاء المرفق بقرار من السلطة التنفيذية فيجوز أن يلغى بقرار إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك. وعندما يتم إلغاء المرفق العام فإن أمواله تضاف إلى الجهة التي نص عليها القانون الصادر بإلغائه، فإن لم ينص على ذلك ، فإن أموال المرفق تضاف إلى أموال الشخص الإداري الذي كان يتبعه هذا المرفق.

أما بالنسبة للمرافق العامة التي يديرها أشخاص معنوية عامة مستقلة فإن مصير أموالها يتم تحديده من خلال معرفة مصدر هذه الأموال كأن تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الإقليمية الأخرى فيتم منحها لها. وإذا كان مصدرها تبرعات الأفراد والهيئات الخاصة فإن هذه الأموال تأول إلى أحد المرافق العامة التي تستهدف نفس غرض المرفق الذي تم إلغاؤه أو غرضاً مقارباً له، احتراماً لإرادة المتبرعين.

.المبادئ التي تحكم المرافق العامة

تخضع المرافق العامة لمجموعة من المبادئ العامة في إشباع حاجات الأفراد، وتنقسم هذه المبادئ إلى تقليدية وحديثة:

1- المبادئ التقليدية:

1-1 مبدأ قابلية المرفق للتغيير

إذا كانت المرافق العامة تهدف إلى إشباع الحاجات العامة للأفراد وكانت هذه الحاجات متطورة ومتغيرة باستمرار فإن الإدارة المنوط بها إدارة وتنظيم المرافق العامة تملك دائماً تطوير وتغيير المرفق من حيث أسلوب إدارته وتنظيمه وطبيعة النشاط الذي يؤديه بما يتلاءم مع الظروف والمتغيرات التي تطرأ على المجتمع ومسايرة لحاجات الأفراد المتغيرة باستمرار ومن تطبيقات هذا المبدأ أن من حق الجهات الإدارية القائمة على إدارة المرفق كلما دعت الحاجة أن تتدخل لتعديل بإدارتها المنفردة لتعديل النظم واللوائح الخاصة بالمرفق أو تغييرها بما يتلاءم والمستجدات دون أن يكون لأحد المنتفعين الحق في الاعتراض على ذلك والمطالبة باستمرار عمل المرافق بأسلوب وطريقة معينة ولو أثر التغيير في مركزهم الشخصي.

وقد استقر القضاء والفقه على أن هذا المبدأ يسري بالنسبة لكافة المرافق العامة أياً كان أسلوب إدارتها بطريق الإدارة المباشرة أم بطريق الالتزام.

كما أن علاقة الإدارة بالموظفين التابعين لها في المرافق علاقة ذات طبيعة لائحية. فلها دون الحاجة إلى موافقتهم نقلهم من

وظيفة إلى أخرى أو من مكان إلى أخر تحقيقاً لمقتضيات المصلحة العامة.
ومن تطبيقات هذا المبدأ أيضاً حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة دون أن يحتج المتعاقد " بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين " وذلك راجع إلى الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وتعلقها بتحقيق المصلحة العامة، تقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها.
وسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية أثناء تنفيذها تشمل العقود الإدارية جميعها دونما حاجة إلى نص في القانون أو شرط في العقد وقد اعترف القضاء والفقه بهذه الفكرة ولاقت القبول تأسيساً على أن طبيعة احتياجات المرافق العامة المتغيرة باستمرار هي التي تقضي بتعديل بعض نصوص العقد، على أن لا يمس هذا التعديل النصوص المتعلقة بالامتيازات المالية.
وفي هذا الاتجاه يذكر الدكتور"سليمان الطماوي" إن الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة ومن أولها قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير والمرفق العام يقبل التغير في كل وقت متى ثبت أن التغير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها إلى المنتفعين وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة.

2-1 مبدأ استمرار سير المرفق العام

تتولى المرافق العامة تقديم الخدمات للأفراد وإشباع حاجات عامة وجوهرية في حياتهم ويترتب على انقطاع هذه الخدمات حصول خلل واضطراب في حياتهم اليومية، فكان من الضروري أن لا تكتفي الدولة بإنشاء المرافق العامة والسعي إلى ضمان استمرارها وتقديمها للخدمات، فحرص القضاء على تأكيد هذا المبدأ واعتباره من 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.
ويترتب على تطبيق هذا المبدأ عدة نتائج منها: تحريم الإضراب، وتنظيم استقالة الموظفين العموميين ونظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الطارئة ، وعدم جواز الحجز على أموال المرفق :

أ- ضمان التشريع استمرارية سير المرفق العام:

وذلك عن طريق تنظيم الإضراب والاستقالة:

- الإضراب

يقصد بالإضراب توقف بعض أو كل الموظفين في مرفق معين عن أداء أعمالهم لمدة معينة كوسيلة لحمل الإدارة على تلبية طلباتهم دون أن تنصرف نيتهم إلى ترك العمل نهائياً، وللإضراب نتائج بالغة الخطورة على سير العمل في المرفق وقد تتعدى نتائجه إلى الأضرار بالحياة الاقتصادية والأمن في الدولة وليس هناك موقف موحد بشأن الإضراب. (راجع القانون رقم 90-20 المؤرخ في 1990/02/06 المعدل والمتمم بالقانون رقم 27/91 المؤرخ في 1991/12/12 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب الذي وضع قيد الحد الأدنى من الخدمة، حيث يكون الإضراب مؤقت ولا يكون إلا بناءا على اجتماع وموافقة العمال عليه، وهو ممنوع في بعض القطاعات منها الموظفين الذين يشغلون مناصب بالخارج، الأعوان الميدانيين للحماية المدنية، الجمارك، إدارة السجون.

- الاستقالة

في تطبيقات هذا المبدأ تنظيم استقالة الموظفين بعدم جواز إنهائهم خدمتهم بإرادتهم عن طريق تقديم طلب يتضمن ذلك قبل قبوله لما يؤدي إليه هذا التصرف من تعطيل العمل في المرفق.

- عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام :

خلافاً للقاعدة العامة التي تجيز الحجز على أموال المدين الذي يمتنع عن الوفاء بديونه، لا يجوز الحجز على أموال المرافق العامة وفاءً لما يتقرر للغير من ديون في مواجهتها لما يترتب على ذلك من تعطيل للخدمات التي تؤديها.

ويستوي في ذلك أن تتم إدارة المرافق العامة بالطريق المباشر أو أن تتم إدارتها بطريق الالتزام أي الطرق الخاصة مع أن أموال المرفق في الحالة الأخيرة تكون مملوكة للملتزم، فقد استقرت أحكام القضاء على أنه لا يجوز الحجز على هذه الأموال تأسيساً على مبدأ دوام استمرار المرافق العامة ولأن المرافق العامة أياً كان أسلوب أو طريقة إدارتها تخضع للقواعد الضابطة لسير المرافق العامة.

ب- ضمان القضاء استمرارية سير المرفق العام:

كرس الاجتهاد القضائي على صعيد أعمال المرفق العام ما يلي:

أولا: نظرية الموظف الفعلي

- في الظروف العادية:

يقصد بالموظف الفعلي ذلك الشخص الذي تدخل خلافاً للقانون في ممارسة اختصاصات وظيفية عامة متخذاً مظهر الموظف القانوني المختص . ولا شك أنه لا يجوز للأفراد العاديين أن يتولون وظيفة عامة بصورة غير قانونية لأنهم يكونون مغتصبين لها وجميع تصرفاتهم تعتبر باطلة .

- في الظروف الاستثنائية:

غير أنه استثناء وحرصاً على دوام استمرار سير المرافق العامة في ظروف الحروب والثورات عندما يضطر الأفراد إلى إدارة المرفق دون أذن من السلطة اعترف القضاء والفقه ببعض الآثار القانونية للأعمال الصادرة منهم كموظفين فعليين، فتعتبر الأعمال الصادرة عنهم سليمة ويمنحون مرتباً لقاء أدائهم لعملهم إذا كانوا حسنى النية.

ثانيا: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وتتمثل في:

- نظرية الظروف الطارئة

تفترض نظرية الظروف الطارئة أنه إذا وقعت حوادث استثنائية عامة غير متوقعة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه وخارجه عن إرادة المتعاقد وكان من شأنها أن تؤدي إلى إلحاق خسائر غير مألوفة وإرهاق للمتعاقد مع الإدارة فان للإدارة أن تتفق مع المتعاقد على تعديل العقد وتنفيذه بطريقة تخفف من إرهاق المتعاقد وتتحمل بعض عبئ هذا الإرهاق بالقدر الذي يمكن المتعاقد من الاستمرار بتنفيذ العقد فإن لم يحصل هذا الاتفاق فإن للقضاء أن يحكم بتعويض المتعاقد تعويضاً مناسباً.

وهذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي ،أقرها خروجاً على الأصل في عقود القانون الخاص التي تقوم على قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " ضماناً لاستمرار سير المرافق العامة وللحيلولة دون توقف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته وتعطيل المرافق العامة.

- نظرية فعل الأمير:

هو كل إجراء يصدر من السلطة العامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه تسويء مركز المتعهد في العقد الاداري و يؤدي الى الالتزام الادارة بتعويض المتعاقد المتضرر عن كافة الاضرار التي تلحقه من جراء ذلك و الذي يعيد له التوازن المالي للعقد.

شروطه : أن يكون العقد إداري فهي لا تنطبق على العقود المدنية

-ان يكون الاجراء صادر عن السلطة العامة المتعاقدة.

-يجب ان يترتب هذا الاجراء الضرر على المتعاقد.

-يجب ان يكون هذا الاجراء غير متوقع.

صور فعل الامير:

-صورة اجراء خاصة بالقرارات الفردية او الاعمال المادية التي تؤدي الى تعديل في شروط العقد.

-صورة اجراء قانون العام او اللائحة التي تؤدي الى ارتفاع الاعباء المتعاقد مع الادارة.

*و يترتب عن نظرية فعل الامير حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل يضمن له إعادة التوازن المالي.

3-1 : مبدأ المساواة بين المنتفعين

يقوم هذا المبدأ على أساس التزام الجهات القائمة على إدارة المرافق بأن تؤدي خدماتها لكل من يطلبها من الجمهور ممن تتوافر فيهم شروط الاستفادة منها دون تمييز بينهم بسبب الجنس أو اللون أو اللغة أو الدين أو المركز الاجتماعي أو الاقتصادي. ويستمد هذا المبدأ أساسه من الدساتير والمواثيق وإعلانات الحقوق التي تقتضي بمساواة الجميع أمام القانون ولا تمييز بين أحد منهم.

غير أن المساواة أمام المرافق العامة مساواة نسبية وليست مطلقة، ومن مقتضياتها أن تتوافر شروط الانتفاع بخدمات المرفق فيمن يطلبها، وأن يتواجد الأفراد في المركز الذي يتطلبه القانون والقواعد الخاصة يتنظيم الانتفاع بخدمات المرفق ثم يكون لهم الحق بالمعاملة المتساوية سواء في الانتفاع بالخدمات أو في تحمل أعباء هذا الانتفاع. وبمعنى أخر على الإدارة أن تحترم مبدأ المساواة بين المنتفعين متى تماثلت ظروفهم وتوافرت فيهم شروط الانتفاع التي حددها القانون، أما إذا توافرت شروط الانتفاع في طائفة من الأفراد دون غيرهم فإن للمرفق أن يقدم الخدمات للطائفة الأولى دون الأخرى أو أن يميز في المعاملة بالنسبة للطائفتين تبعاً لاختلاف ظروفهم، أو منح بعض المزايا لطوائف معينة. أما إذا أخلت الجهة القائمة على إدارة المرفق بهذا المبدأ وميزت بين المنتفعين تمييزا يؤثر على مبدأ المساواة فمن حق الأفراد اللجوء إلى القضاء طالبين إلغاء القرار الذي أخل بمبدأ المساواة بين المنتفعين وإذا أصابهم ضرر من هذا القرار فإن لهم الحق في طلب التعويض المناسب .

2- المبادئ الحديثة لتسيير المرافق العامة:

إلى جانب المبادئ التقليدية ظهر ما يسمى بالمبادئ التكميلية أو المبادئ الحديثة في تسيير المرفق العام وذلك حسب بعض الفقهاء راجع لعدم كفاية المبادئ الأولى في تسيير المرافق العمومية بالمفهوم الجديد.

2-1 مبدأ حياد الإدارة:

المقصود به هو مراعاة المرفق العام في أداء مهامه وتسييره مقتضيات تحقيق المصلحة العامة، بحيث يجب على مسير المرفق ألا يستعمله لدعم مصالح أخرى.

2-2 مبدأ المجانية: رغم أن القانون يعترف به لأهم المرافق خصوصا الإدارية كالتعليم، الدفاع، الصحة... إلا أنه لا يعترف به لكل المرافق العامة التي عادة ما تقدم خدمة بمقابل.

3-2 مبدأ التشاركية: إذ لا بد من إشراك المنتفعين من المرفق والموظفين في تنظيم المرفق للاهتمام بتطلعات المرتفقين وتحسين الخدمة كتتبع النشاط السنوي.

4-2 مبدأ الشفافية: وتعني الإفصاح وإعلام الجمهور عن السياسات العامة وما يدور في أروقة الحكم، ومحاربة السياسات المغلقة وتحقيق ما يسمى بالمرفق الزجاجي، (ارجع إلى القانون رقم 131/88 المتعلق بتنظيم علاقة الإدارة بالمواطن).

5-2 مبدأ الجودة: تعتبر من بين المبادئ التي تم استنباطها من تسيير القطاع الخاص وتحقيق المنافسة، حيث تكون الخدمات المقدمة على درجة عالية من الاتقان.