مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: مدى انطباق وصف المرفق العام على الكليات والجامعات الاهلية
اسم الكاتب: أ.د. مفيد نايف تركي
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/861
تاريخ الاسترداد: 2026/11/01 13:42 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

مدى انطباق وصف المرفق العام على الكليات والجامعات الاهلية

How For Of The Applicability Of The Public Facility Description To Private Colleges And Universities

أ.د. مفيد نايف تركي

مستشار مساعد في مجلس الدولة

Mufeed Nayyef Turki

Mufeed.la Assistant Adviser to the State

Councilw@gmail.com

المستخلص

مما لا يختلف عليه اثنان ان قواعد القانون الاداري ومبادئه هي الاكثر تطورا من القواعد القانونية الاخرى ويقف وراء ذلك نشاط الادارة المتطور الذي يقابله اشباع الحاجات العامة التي لا تقف الا ان عند حدود القانون، وفكرة المرفق العام على وجه الخصوص امتازت بمرونتها وتطورها واثر على تحديدها دور الدولة وتدخلها في تحقيق الصالح العام ولم يعد ادارة هذه المرافق حكرا على الدولة وهيئاتها فالكثير من الدول اتجهت اليوم الى مشاركة الافراد والاشخاص المعنوية الخاصة في ادارتها ولعل مرفق التعليم بجميع مراحله ابرز مثالا على ذلك، لذا جاءت هذه الدراسة كمحاولة جادة لبيان امكانية وصف الجامعات والكليات الاهلية بالتحديد بالمرافق العامة في ظل الرأي الذي يذهب الى عدها مؤسسات خاصة ذات نفع عام من جهة وفي ظل تدخل الدولة الواضح في ادارة هذه الجامعات والكليات والرقابة الفاعلة عليها ، وهو ما سينعكس بالنتيجة على تحديد القواعد القانونية التي تحكم نشاط هذه

الجامعات والكليات وطبيعة العلاقة بين الادارة ومنتسبيها وتحديد القضاء المختص بنظر المنازعات التي تثور بشأن ذلك.

الكلمات المفتاحية:وصف. المرفق العام. الجامعات الاهلية . القواعد القانونية. التعليم. الصالح العام.

Abstract:

There is no doubt t that the rules and principles of the administrative law are more developed than other legal rules. Behind that development is the sophisticated activity of the administration matched by the satisfaction of public needs that do not stop except at the limits of the law. The idea of the public facility in particular has characterized by its flexibility and development. Also, it has the effect of defining the role of the state and its interference in achieving the public interest. The management of these facilities is no longer to be monopoly of the state and its bodies, but many countries have turned today to let the individuals and private moral persons to participate in its management. Perhaps the education facility in all its stages is the most prominent example of that. So this study comes as a serious attempt to indicate the possibility of describing private universities and colleges specifically to be withen public facilities in light of the opinion that goes to count them as private institutions of public benefit on the one hand, and in

light of the obvious entervention of state in the management of these universities and colleges and effective observation over them, which will be reflected in the result in defining the legal rules governing the activities of these universities and colleges, and the nature of the relation between the administration and its members And determine the competent judiciary to judge the disputes that arise in this matter.

Keywords: description. General facility. Private universities. The legal rules. Education. Public good.

المقدمة

يعد مرفق التعليم في شتى مراحله من المرافق الهامة والحيوية التي توليها الدول المتقدمة اهتماماً وترصد لها المبالغ الكبيرة في ميزانيتها من اجل استمراره في تقديم افضل الخدمات واحدثها لمواطنيها، وتعد الخدمة التعليمية احد سمات مظاهر الدولة على اقليمها فلا يتصور ان يكون التعليم في الدولة موكل لدولة اخرى او لجهات غير معلوم انتمائها واهدافها، فالتعليم اهم مرتكزات التنمية بوجه عام، اذ هو عنصر اساسي في بناء الفرد وتشييد الحضارات وتنمية المجتمعات.

واذا كان انشاء مرفق التعليم وتطويره حكراً على الدولة وهيئاتها فان الكثير من الدول اتجهت اليوم الى مشاركة الافراد والاشخاص المعنوية الخاصة في العملية التعليمية على ان يتعهد هؤلاء بالالتزام بكافة المعايير المفروضة من قبل الدولة ضمانا لسير العملية التعليمية بانتظام واطراد مستهدفة في ذلك شريحة معينة في المجتمع تكون من القادرين على تحمل نفقات التعليم.

يكاد يتجه أغلب من كتب حول هذا الموضوع إلى تكييف الكليات والجامعات الأهلية بصورة خاصة ومؤسسات التعليم الاهلي بصورة عامة على انها مؤسسات خاصة ذات نفع عام[١] ، ويجد هذا الاتجاه اساسه في التطور التاريخي للتعليم الجامعي الاهلي في العراق، فعند تأسيس الجامعة المستنصرية من قبل نقابة المعلمين اشار قانونها رقم (١٦٧) لسنة ١٩٦٨ (الملغى) في المادة (٢) منه الى ان الجامعة المستنصرية مؤسسة ذات نفع عام، وهذا ايضاً ما اشار إليه قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٨١٤) لسنة ١٩٨٧ الخاص بتأسيس جامعات وكليات اهلية بموجبه تم تأسيس كليات التراث والمنصور والرافدين، وبذات الاتجاه ايضاً نجد ان قانون الجامعات والكليات الاهلية رقم (١٣) لسنة ١٩٩٦ (الملغى) قد نص في مادته (الرابعة) على ان الجامعات والكليات الاهلية من المؤسسات الخاصة ذات النفع العام[٢].

ويقابل الاتجاه المتقدم اتجاه اخر هو الحري بالبحث والدراسة في بحثنا هذا، والذي يذهب الى ان الكليات والجامعات الاهلية مرافق عامة وان وكانت تدار من قبل هيئات خاصة لاشتمالها على جميع عناصر المرفق العام في مفهومه الحديث[٣] .

اهمية الدراسة:

ان قانون التعليم الاهلي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦ اتجه إلى منحى اخر يختلف عن التشريعات التي سبقته في تحديد طبيعة الجامعات والكليات الاهلية فلم يتضمن نصاً في ثناياه يشير إلى طبيعة هذه المؤسسات كما فعل قانون الجامعة المستنصرية رقم

---

[١] - إدريس حسن محمد، "الرقابة الإدارية على المؤسسات الخاصة ذات النفع العام وتطبيقاتها في القانون العراقي- دراسة مقارنة" (رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين)، ص١٢ وما بعدها. وعمار خير الله رجب، "الرقابة القانونية على اعمال مؤسسات التعليم العالي الأهلي في العراق (دراسة تحليلية)" (رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تكريت)، ص٢٧.

[٢] - ينظر عمار خيرالله رجب، مصدر سابق، ص١١-١٣.

[٣] - د. مازن ليلو راضي وعلي بخيت حمزة الحسيني، "الجوانب القانونية والإدارية للتعليم الجامعي الاهلي في العراق،" (بحث منشور في المؤتمر العلمي لجامعة اهل البيت، ٢٠٠٥)، ص٥.

(٦٧) لسنة ١٩٦٨ (الملغى) وقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٨١٤) لسنة ١٩٨٧ وقانون الجامعات والكليات الاهلية رقم (١٣) لسنة ١٩٩٦ (الملغى).

ان عدم وجود النص القانوني الواضح الدلالة في تحديد صفة هذه المؤسسات يوجب البحث عن قصد الشارع، والرجوع في تعريف هذا القصد الى كل المعايير التي قيلت بشأن التمييز بين المؤسسات الخاصة ذات النفع العام والمؤسسات العامة .

اشكالية الدراسة:

اذا كان تحديد طبيعة الجامعات والكليات الاهلية يرتبط بوجود النص القانوني الواضح الدلالة وفي حالة عدم وجوده فان الامر متروك لتقدير القضاء وهذا ما فعله المشرع العراقي في قانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٦ غير ان هذا الامر يلقي بضلاله على طبيعة العلاقة القانونية التي تحكم الاشخاص العاملون في هذه الجامعات او الكليات من جهة وطبيعة العلاقة التي تحكمها مع وزارة التعليم العالي والبحث العلميمن جهة اخرى ومن ثم تحديد النظام القانوني الذي يحكم هذه العلاقة وبالتالي تحديد القضاء المختص بنظر القرارات الصادرة من هذه الجامعات او الكليات مع الاخذ بنظر الاعتبار الاحكام المتطورة للقضاء الاداري في فرنسا وفي مصر وغيرها من الدول الاخرى التي اتجهت اليوم الى تقرير صفة للمرفق العام للمنظمات والنقابات المهنية وان رقابة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي على الجامعات والكليات الاهلية تجاوز مفهوم الرقابة الضبطية وان الوزارة اضحت تتدخل في جميع مفاصل العمل الاداري لهذه المؤسسات من تعيين القيادات لادارتها واعارة خدمات التدريسيين في الجامعات الحكومية الى الكليات الاهلية الى تحديد الاجور الدراسية وفرض ضوابط وتعليمات بشان تعيين المتعاقدين فيها مما يطرح التساؤل مجدداً حول امكانية خضوع هذه الجامعات والكليات الاهلية لمفهوم المرفق العام.

منهجية الدراسة

للإجابة عن التساؤل المطروح في هذه الدراسة ولغرض الاحاطة بالموضوع من جوانبه كافة فإننا سنتبع في دراستنا المنهج التاريخي في بيان تطور فكرة المرفق العام والمنهج التحليلي في دراسة نصوص قانون التعليم الاهلي رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٦ وما اذا كانت تسمح لوصف الجامعات والكليات الاهلية بالمرفق في ضوء التطورات الحاصلة في مفهوم المرفق العام.

تقسيم الدراسة:

بناء على ماتقدم فاننا سنقوم بتقسيم هذه الدراسة الى مبحثين نتناول في الاول مفهوم المرفق العام وهو بدوره ينقسم الى مطلبين نتناول في الاول تطور فكرة المرفق العام وعناصره وينقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول تطور فكرة المرفق العام اما المطلب الثاني سنبحث فيه عناصر المرفق العام، اما المبحث الثاني سنتناوله بالبحث في تطبيق مفهوم المرفق العام وعناصره على الجامعات والكليات الاهلية ونقسم هذا المبحث على مطلبين نخصص الاول للبحث في مدى احتواء مفهوم المرفق العام للجامعات والكليات الاهلية اما المطلب الثاني نتناول فيه النتائج المترتبة على تمتع الجامعات والكليات الاهلية بوصف المرفق العام.

I. المبحث الاول

مفهوم المرفق العام

تعد فكرة المرفق العام من موضوعات القانون الإداري التي اثارت جدل واسع على صعيد الفقه والقضاء الإداري على حداً سواء وربما يعود ذلك لارتباط فكرة المرفق

العام باعتبارات سياسية ودستورية وقانونية، وهذه الاعتبارات تختلف من كاتب إلى اخر ومن واقعة إلى اخرى[٤].

وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الاول تطور فكرة المرفق العام وفي الثاني بيان عناصره ليتسنى لنا من خلال ذلك بيان انطباق هذا المفهوم وتلك العناصر على الكليات والجامعات الاهلية.

I. أ. المطلب الاول

تطور فكرة المرفق العام

من المعروف ان القانون الإداري وليد لاجتهاد القضاء فهو من صنع القاضي الإداري وليس من صنع المشرع ذلك ان القضاء الإداري لم يكن مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء العادي بل قضاء انشائياً ابتدع من النظريات وابتكر جُل المبادئ القانونية السائدة في القانون الإداري وابدع في ايجاد الحلول المناسبة التي تتفق مع طبيعة العلاقات التي تنشأ بين الإدارة والافراد في ظل عدم وجود نصوص قانونية تحكم تلك العلاقات[٥].

لذا سنحاول ونحن بصدد بيان مفهوم المرفق العام من خلال بيان مراحل تطوره ان لا نفصل بين الفقه والقضاء فكلاهما كان متلازماً بشان ذلك وسارا في التطور التاريخي ذاته الذي معه تطور مفهوم المرفق العام.

ووفقاً للمفهوم التقليدي للمرفق العام الذي ساد في القرن التاسع عشر عندما كان دور الدولة يقتصر على ممارسة الوظائف السيادية كحفظ الامن ومنع العدوان الخارجي وتحقيق العدالة بين ابناء شعبها وظهور ما يسمى (الدولة الحارسة) عرف المرفق

---

[٤] د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري (الموصل: مطبعة ابن الاثير، ٢٠٠٩)، ص٨٤.

[٥] محمد علي بدير- عصام عبد الوهاب البرزنجي- مهدي السلامي، مبادئ واحكام القانون الاداري (القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب،٢٠٠٧)، ص٣٥.

العام بمدلوله الشكلي بانه " مشروع يعمل باطراد وانتظام تحت اشراف رجال الحكومة بقصد اداء خدمة عامة للجمهور مع خضوعه لنظام قانوني معين"[٦] مما يعني ان المرفق العام وفقاً لهذا المفهوم يركز على العضو القائم بالمرفق اي الجهاز الإداري له وعلى الرابطة العضوية التي تربط بين هذا التنظيم والجهاز الإداري في الدولة[٧]، وهذا ما تبناه مجلس الدولة الفرنسي في قضية (بلانكو Blanco) عام ١٧٨٣ اذ استند في تحديد اختصاصه في هذه القضية الى كون فريق صناعة التبوغ هو جزءاً من التنظيم الاداري للدولة، وعليه لا يمكن ان يدار المرفق العام بواسطة شخص من اشخاص القانون الخاص وان صفة العضوية او ما يمكن تسميته (بالمعيار العضوي او الشكلي) هو المعول عليه في عد هذا النشاط او ذاك مرفقاً عاماً بصرف النظر عن المجال الذي يتصل به النشاط شرط تحقيق المصلحة العامة[٨].غير ان تدخل الدولة في العديد من النشاطات الفردية المختلفة نتيجة لظهور الافكار الاشتراكية والتدخلية وعدم قدرة الافراد على القيام بكافة اوجه النشاط ادى الى اتساع مجالات النشاط العام والى قيام الدولة بممارسة انواع من النشاطات كانت فيما مضى متروكة للأفراد سواء في مجال الصناعة او التجارة وظهور ما يسمى (بالمرافق العامة الصناعية والتجارية)، وإدارة الدولة لهذه النشاطات بأساليب جديدة تختلف عن اساليب ادارتها لمرافقها الإدارية مما اقتضى الامر إخضاع هذه النشاطات على الاقل في بعض جوانبها للقواعد ذاتها التي يخضع لها الافراد العاديون وهذا ما كرسه القضاء في فرنسا في حكمه الشهير والمعروف بحكم العبارة (bacd'Eloka)، وهي العبارة العائدة لشركة نقل تديرها المستعمرة الفرنسية في

---

[٦] د.سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة) (القاهرة: دار الفكر العربي،١٩٩٦)، ص٣١٩-٣٢١.

[٧] د.ثروت بدوي، القانون الاداري، النشاط الاداري، المجلد الثاني (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨١-١٩٨٢)، ص١٦.

[٨] د.اسماعيل صعصاع البديري، "فكرة التخصيصة في المرافق العامة،" مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد١٤، العدد٢، (٢٠٠٧): ص١٦٨-١٦٩.

ساحل العاج الذي ذكر فيه مصطلح (مرفق النقل) وليس (المرفق العام) للنقل لان نقل السيارات التي تضررت والعائدة لشركة (societe commorcial de l ouest Africa) كان بمقابل اجر ومن ثم يخضع هذا النزاع للقانون المدني شانه شان الاعمال التجارية مما يجعل القضاء المدني هو المختص في الفصل في دعوى التعويض المقامة ضد المستعمرة التي تدير شركة النقل وبهذا الحكم فتح المجال لخضوع الاشخاص المعنوية العامة التي تدير مرفقاً عاماً معيناً للشروط التي يتطلبها القانون الخاص[٩].

وازاء ما تعرض له المعيار الشكلي او العضوي من انتقادات وعجزه عن مواجهة التطور الذي طرأ على دور الدولة ومن ثم زيادة تدخلها لتلبية الحاجات العامة وعجزها كذلك عن اشباع هذه الحاجات بشكل مباشر مما اوجب عليها ان تعهد للأفراد مهمة تلبية هذه الحاجات عن طريق الامتياز مقابل تمتعهم ببعض امتيازات القانون العام، ولذلك اتجه جانب من الفقه الإداري للبحث عن معيار اخر لتحديد مفهوم المرفق العام[١٠]، وتحقق ذلك بظهور المعيار (الموضوعي او المادي) علي يد الفقيه الفرنسي (ديجي Dugit) الذي يرى بان المرفق العام هو " كل نشاط تقوم به وتنظمه وتراقبه الحكومة او يكون القيام بهذا الامر ضرورياً لتحقيق التضامن الاجتماعي ولان طبيعته لا تتساعد على تحقيقه تماماً الا بتدخل السلطة العامة ".

وكان للحكم الذي اصدره مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Vezia) عام ١٩٣٥ (بشأن الشركات المحلية التي تقدم المساعدات الزراعية للمواطنين المحليين والتي انشات في بعض المستعمرات حسب مراسيم رئاسية منها المرسوم الذي صدر من الحكومة في ٩ تشرين الثاني عام ١٩٣٣ الذي منح هذه الشركات الحق في تنظيم بيع

---

[٩] د.مازن ليلو راضي وعلي نجيب، مصدر سبق ذكره، ص٣-٤.

[١٠] د.ابراهيم طه الفياض، القانون الإداري، ط١، (الكويت: مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع،١٩٨٨)، ص٢٥ وما بعدها، و د.محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، ط١ (القاهرة: مطبعة النسر الذهبي، دار النهضة العربية،٢٠٠٤)، ص٤.

منتجات الفلاحين والاستفادة من اجراءات استملاك العقارات اللازمة في المستعمرة والضرورية للقيام باعمالها) بداية لتحول موقف مجلس الدولة نحو الاخذ بالمعيار الموضوعي او المادي بدلاً من المعيار الشكلي ليكرس ذلك امكانية وجود مرافق عامة تدار بواسطة اشخاص القانون الخاص وظهور نشاط خاص يتوسط نشاط المرفق العام والنشاط الخاص بمعناه الدقيق وهو (النشاط الخاص للمصلحة العامة) وهذا النشاط له من الاهمية ما يؤهله للخضوع لنظام قانوني خاص يختلف عن النظام القانوني الذي يحكم نشاط اشخاص القانون الخاص[١١].

ثم عاد مجلس الدولة الفرنسي ليصدر عام ١٩٣٨ حكمه الشهير في قضية (الصندوق الاساسي للمساعدات والحماية) ليؤكد وللمرة الاولى بان هناك شخص من الاشخاص المعنوية الخاصة يمكن ان يقوم بمهام المرفق العام بصرف النظر عن نظرية التزام المرفق العام فلم يبق المرفق العام حكراً على اشخاص القانون العام، الامر الذي فتح لما يعرف (بالخصخصة)[١٢].

وعلى الرغم مما تميز به حكم عام ١٩٣٨ الا انه جاء مقتضباً وغفل عن الاتيان بشروط يمكن القول معها بان نشاط شخص من اشخاص القانون يعد مرفقاً عاماً الى ان جاء القضاء الاداري الفرنسي وفي فترة ستينات القرن الماضي بأحكام تفيد في هذا المجال وابرزها الحكم في قضية (Magnier)[١٣] والحكم في قضية (Narcy)،

---

[١١] لمزيد من التفصيل ينظر حول هذه القضية ينظر د.ياسر محمود الصغير، المعيار الوظيفي لتميز القرار الاداري (دراسة مقارنة)، ط١ (القاهرة: مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١٨)، ص١٢٨-١٣٠.

[١٢] لمزيد من التفصيل عن الخصخصة ينظر: د.فوزي سلمان حسين.

[١٣] يرجع موضوع هذه القضية الى ان المشرع الفرنسي نص في الامر الصادر في ٢ نوفمبر ١٩٤٥ على انشاء هيئات في شكل نقابات خاصة تتولى مهمة القضاء على الطفيليات والحشرات الضارة بالمزارع وقصد المشرع من ذلك ان هذه المهمة تعتبر تنفيذاً لمرفقاً عاماً كونها تهدف الى حماية الاقتصاد القومي والزراعة الوطنية ولذلك منح هذه النقابات بعض امتيازات وسلطات القانون العام: مثل احتكار تلك المهمة وسلطة جباية بعض الاموال من ملاك الاراضي الزراعية وسلطة التنفيذ المباشر لعمليات تطهير النباتات وسلطة اصدار القرارات الفردية الملزمة لملاك الاراضي. وبعد هذا الحكم الاعتراف بصفة المرفق العام للنقابات المهنية وهو ذات الاتجاه الذي ذهبت اليه المحكمة الادارية العليا في مصر من ان النقابات المهنية تعتبر من اشخاص القانون العام لانها تجمع مقومات هذه الاشخاص فانشاؤها يتم بقانون او بمرسوم او بادارة تشريعية اخرى واغراضها واهدافها ذات نفع

ليؤكد في الاول بان قرارات الاشخاص المعنوية الخاصة التي تمارس مهمة من مهام المرفق العام والتي منحها القانون امتيازات السلطة العامة تخضع لاختصاص القضاء الاداري[١٤]، اما في الحكم الثاني (Narcy) فقد منح القضاء الفرنسي صفة المرفق العام للمراكز الفنية الصناعية لانها تخضع لرقابة الحكومة من خلال انشائها بقانون وتمثيل الوزير في ادارتها من قبل مفوض حكومي وتعيين بعض اعضائها من قبل الوزير وامتلاكها لامتيازات السلطة العامة كالزام بعض الموظفين العموميين بالمساهمة في عملها وتستهدف في اعمالها تحقيق المصلحة العامة.

وبذلك يكون هذين الحكمين قد اظهرا ثلاثة شروط لعد نشاط الشخص الخاص مرفقاً عاماً وهي:-

١. ان يكون الهدف من النشاط تحقيق المصلحة العامة.
٢. ان يقوم بهذا النشاط الشخص المعنوي الخاص تحت رقابة واشراف شخص من اشخاص القانون العام.
٣. منح الشخص المعنوي الخاص امتيازات السلطة العامة.

الا انه وفي عام ١٩٩٠ وفي قضية جمعية (melon culture loisirs) اعترف مجلس الدولة الفرنسي لهذه الجمعية بصفة المرفق العام حتى وان لم تتبع في ممارستها لنشاطها امتيازات السلطة العامة ما دام انها تخضع لرقابة قوية وفعالة من البلدية، وكان هذا الحكم ايذاناً بالاعتراف لصفة المرفق العام لكل نشاط يحقق المصلحة العامة يدار بواسطة شخص من اشخاص القانون الخاص من غير استخدامه لامتيازات السلطة العامة ما دام يخضع لرقابة فعالة من الادارة، وبذلك

عام، وستكون نا وقفة مع هذا التوجه عند البحث في طبيعة الاعمال القانونية او القرارات الصادرة من الكليات والجامعات الاهلية. ينظر: المحكمة الادارية العليا الطعن رقم ١٢٢٤٤ لسنة ٥٥، ف٤٠، جلسة ٢٠١٠/٥/٢٩.

[١٤] لمزيد من التفصيل حول امتيازات السلطة العامة الممنوحة للمنظمات المهنية ينظر: اسراء طه جزاع، "امتيازات السلطة العامة الممنوحة للمنظمات المهنية: (رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٩).

يكون مجلس الدولة الفرنسي قد احل رقابة الادارة الفعالة محل امتياز السلطة العامة وهذه الرقابة تتجسد في تحديد شروط نشأة الشخص المعنوي الخاص الذي يقوم بالنشاط وشروط تنظيمه واسلوب عمله وواجباته[١٥]

وبذلك يكون مجلس الدولة الفرنسي قد فتح الطريق لظهور معيار اخر في تحديد مفهوم المرفق العام وهو ما اسماه الفقه الاداري (بالمعيار المزدوج)[١٦]، ووفقاً لهذا المعيار يعرف المرفق العام بانه "كل نشاط تتولاه الادارة بنفسها او يتولاه فرد عادي تحت توجيه الادارة ورقابتها واشرافها بقصد اشباع حاجات عامة للجمهور"[١٧]، فالمرفق العام وفقاً لهذا الاتجاه يتميز بمجموعة من العناصر بعضها مادية موضوعية تتعلق بطبيعة النشاط وبعضها الاخر تتصل بالجهة القائمة بهذا النشاط والاشكال التي يمارس بها، فالمرفق العام يخضع لنظام وقواعد استثنائية لانه موضوعي يحقق نشاطاً من طبيعة معينة ولانه عضوي او شكلي لارتباطه بالسلطة الادارية بصورة معينة.

الا انه مع ذلك انتقد هذا الاتجاه كونه يتصف بالغموض لان مفهوم المصلحة العامة متغير ويكاد ان يكون غير محدد مما يؤدي الى غموض العنصر الموضوعي والعضوي وخضوع المشروع الخاص لتنظيم ورقابة الادارة لانها لا تقوم بالادارة المباشرة للمشروع في هذه الحالة[١٨].

ان مفهوم المرفق وفقاً لهذا الاتجاه لا يختلف كثيراً عما قال به اصحاب الاتجاه المادي والموضوعي اذ يعد هذا الاخير افضل المعايير واصلحها لوصف نشاطاً ما

---

[١٥] د.مازن ليلو راضي و د.علي يونس اسماعيل، التطور الحديث في المبادئ الحاكمة للمرفق العام في فرنسا وقيمتها القانونية.

[١٦] د.عبدالغني بسيوني عبدالله، القانون الاداري (الدار الجامعية للطباعة والنشر، دون سنة نشر)، ص٢٢٢ وما بعدها. و د.محمد فؤاد مهنا، القانون الاداري المصري والمقارن، ج١، (مصر: مطبعة نهضة ، ١٩٥٨)، ص٨٩.

[١٧] د.طعيمه الجرف، القانون الاداري (القاهرة: المطبعة العالمية، دار النشر، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٣-١٩٦٤) ص٢٢١.

[١٨] د.ثروت بدوي، مصدر سبق ذكره، ص٢٠٢.

بانه نشاطاً مرفقياً، وفي العراق نجد ان جانب من الفقه العراقي[١٩] ذهب الى ترجيح المعيار العضوي في تعريف المرفق العام وجانب اخر هو الاكثر[٢٠] تبنى المدلول الموضوعي او المادي في تحديد مفهوم المرفق العام، وجانب ثالث ذهب بشأن ذلك الى التمييز بين مرحلتين مر بها العراق الاولى قبل عام ١٩٨٧ وفيها ساد المعيار العضوي او الشكلي اما المرحلة الثانية كانت منذ عام ١٩٨٧ اذ تركت الادارة العديد من اوجه النشاط المرفقي للقطاعين المختلط والخاص[٢١] اما عن موقف القضاء العراقي فانه وخلال مرحلة القضاء الموحد تبنى القضاء العادي للمدلول المزدوج الا انه يميل الى ترجيح العنص العضوي من خلال تأكيده على اهمية دور السلطة الادارية في ادارة المرفق العام اذ جاء في احد احكامه ((ان مصلحة البريد تعد مرفقا من المرافق العامة، والمرفق العام هو مشروع تديره جهة الادارة او تنظمه او تشرف على ادارته ويقصد به اداء خدمات او سد حاجات ذات نفع عام. وينبغي ان يدير المرفق العام او ينظمه او يشرف على ادارته جهة ادارية))[٢٢] وبعد انشاء القضاء الاداري في العراق بموجب احكام القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ فلم نجد ما يشير الى تبنيه لهذا الاتجاه او ذاك الا ان البند (رابعا) من المادة (٧) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ جعل اختصاص محكمة القضاء الاداري محصورا في الفصل في صحة الاوامر والقرارات الادارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارت والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام مما يوحي تبنيه للمعيار العضوي في تحديد مفهوم المرفق العام الا انه يلاحظ من جهة اخرى ان الادارة اصبحت اليوم تبرم عقود مشاركة مع القطاع الخاص

---

[١٩] د.ماهر صالح علاوي، مصدر سبق ذكره، ص٩١.

[٢٠] د. شاب توما منصور، القانون الاداري، الكتاب الاول، ط١ (بغداد: مطبعة دار العراق للطبع والنشر، ١٩٨٠)، ص ٢١٩. و د.ابراهيم طه الفياض، القانون الاداري، مصدر سابق، ص ٢٩.

[٢١] د.ماهر صالح علاوي، مصدر سابق، ص٩١. و د. اسماعيل صعصاع، مصدر سابق، ص ١٧٠.

[٢٢] هامش اشار اليه اسماعيل صعصاع، المصدر نفسه.

وتعهد في كثير من الاحيان الى اشخاص القانون الخاص ادارة المرفق العام مما يدلل على الاخذ بالاتجاه المزدوج في تحديد المرفق العام وان بقت العقود الادارية خارج اختصاص القضاء الاداري واننا نتطلع الى ان يتبنى قضائنا الاداري المدلول المادي في تحديد مفهوم المرفق العام لانه اكثر مسايرة وملائمة مع الاتجاهات المعاصرة في ادارة المرافق العامة.

من خلال ما تقدم نجد ان فكرة المرفق العام تتسم بالمرونة شانها في ذلك شان القانون الاداري الذي يتسم بالتطور والمرونة وان تفضيل معيار على اخر في تحديد هذه الفكرة لا يعني باي حال من الاحوال الغاء المعايير الاخرى وانما تأتي جميعها مكملة لبعضها ولا تتناقض فيما بينها مما جعل القضاء الاداري غير ملتزم بأحدها دون الاخر بشكل مطلق وانما كان ولا يزال يستند الى اي منهم حسب القضية المعروضة وحسب التطورات الاجتماعية والاقتصادية والتكنولوجية.

I. ب. المطلب الثاني

عناصر المرفق العام

هناك مقومات اساسية ترتبط بالمرفق العام، وتعد هذه المقومات عناصر قيام المرفق العام وتتعدد على النحو التالي:

اولاً: المرفق العام تنشأه الدولة:

ويقصد بذلك ان الدولة هي التي تقدر اعتبار نشاطاً ما مرفقاً عاماً وتقرر اخضاعه للمرافق العامة بناءً على قانون معين[٢٣]، وليس من اللازم ان يكون كل مشروع تحدثه الدولة ان تتولى هي مباشرة ادارته فكثيراً ما تعهد الادارة الى الافراد او شركة خاصة بأداء خدمة عامة تحت اشرافها وتوجيهها ورقابتها بحيث يكون لها السلطة

[٢٣] محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٠)، ص١٦ وما بعدها.

العليا في تنظيم وتيسير هذا المرفق، ويفترض في المرفق العام الذي تتولى الدولة احداثه ان يكون على قدر من الاهمية والا كان قد ترك للأفراد، وفي هذا المعنى قدم الفقيه (ديكي deguit) وصفاً للمرفق العام باعتباره نشاطاً بانه "انواع النشاط او الخدمات التي يقدر الرأي العام في وقت من الاوقات وفي دولة معينة ان على الحكام القيام بها نظراً لاهمية هذه الخدمات للجماعة ولعدم امكان تاديتها على الاوجه الاكمل بدون تدخل الحكام"[٢٤].

وقد اكدت المحكمة الادارية في مصر ذلك بقولها (ان تنظيم المهن الحرة وهي مرافق عامة مما يدخل اصلاً في صميم اختصاص الدولة بوصفها قوامة على المصالح والمرافق العامة، فاذا ارادت الدولة ان تتخلى عن هذا الامر لاعضاء المهنة لانهم اقدر عليه فان ذلك لا يغير من التكييف القانوني لهذه المهن بوصفها مرافق عامة).

ومما تجدر الاشارة اليه في هذا الصدد ان رقابة واشراف الادارة على المشروع او المرفق العام ممكن ان تتجاوز ما هو مقرر من سلطات الادارة في مجال نشاط الضبط الاداري، ولهذا فاذا اقتصرت سلطتها على اوجه الرقابة الضبطية التي تمارسها على نشاط الافراد وعلى المشروعات الخاصة ذات النفع العام فان هذا العنصر لا يتحقق ولا نكون ازاء مرفق عام، وعليه فان وجود الادارة العامة سواء من حيث انشائها للمرافق العامة ام اشرافها على ادارتها امر لا بد منه لوصف نشاط او مشروعاً ما بالمرفق العام[٢٥].

ثانياً: تحقيق النفع العام:

المنفعة العامة هي اشباع حاجة الجمهور او تقديم خدمة معينة لهم فلا يمكن وصف اي مؤسسة او مشروع تشيده الدولة مرفقاً عاماً الا اذا استهدف تحقيق نفع عام ولا

[٢٤] وليد حيدر جابر، طرق ادارة المرافق العمومية (منشورات الحلبي الحقوقة، ط١، ٢٠٠٩)، ص١١.
[٢٥] د.محمود محمد حافظ، مصدر سبق ذكره، ص٢٠.

ينتفي وصف المنفعة العامة اذا كان نشاط المشروع او المرفق موجهاً لفئة معينة من فئات المجتمع اذا كان الالتزام يستلزم تحقق شروط معينة او اداء رسم معين كما هو الحال بالنسبة لنشاط مرفق التعليم العالي الذي يستهدف المصلحة العامة بالرغم من ان الانتفاع لهذا المرفق مرهون بتحقق شروط معينة كان يجب على المنتفعين به ان يجتازوا مرحلة دراسية معينة[٢٦].

ويعد عنصر المنفعة العامة من اكثر العناصر اثارة للجدل من جانب الفقهاء، ذلك ان المنفعة العامة او المصلحة العامة هي هدف كل وظيفة ادارية بل وحتى المؤسسات التي تسيرها الدولة والتي تكون غايتها تجارية بحته كالمؤسسات الاقتصادية كما ان المصلحة العامة ليست حكراً على الادارة فمن الوظائف التي يمارسها الاشخاص العاديون ما يتصل كذلك بالمصلحة او المنفعة العامة كخدمات البناء والنقل، ولقد اقترح الفقه معياراً للخروج من هذه الاشكالية فاذا كانت المصلحة العامة تمثل الغاية الاولى من النشاط الذي يقوم به الشخص القانوني وتوفرت الاركان الاخرى يتكون المرفق العام اما اذا كانت المنفعة العامة تمثل غاية ثانوية لهذا النشاط فان الوظيفة لا ترتقي الى منزلة المرفق العام[٢٧].

يقول الفقيه الفرنسي (رينيه شابو Rene chapus) في هذا الصدد (اذا كانت الوظيفة تمارس اساساً لصالح الغير فانها تمثل مرفقاً عاماً واذا كانت تمارس اساساً للصالح الذاتي لمصلحة تعنيها فانها تمثل وظيفة لصالح النفع الخاص)، ويلاحظ من جهة اخرى انه اذا كانت بعض المشروعات او المرافق وخاصة الاقتصادية تحقق بالضرورة ربحاً فينبغي الا يكون تحقيق الربح هو الهدف الاساسي منها الا اذا كان تحقيق الربح في ذاته هو الغاية التي تحقق النفع العام كما هو الحال بالنسبة للمرافق السياحية التي تهدف الى جذب السائحين من اجل تحقيق مورد مالي لتنمية الاقتصاد

[٢٦] علياء غازي موسى، مصدر سبق ذكره، ص١٩.

[27] G. Braibant, le droit administration francaice, Dalloz, paris, 1984, p: 146.

الوطني، وفي ضوء ذلك فان المشروعات الاقتصادية التي تنشئها السلطة الادارية تعد من المرافق العامة اذا كان الغرض من انشائها توجيه النشاط الخاص وتلافي عيوبه والضغط عليه لضمان سيره في الاتجاه الذي يحقق اهداف السلطة المركزية[٢٨].

الا ان المتتبع لاحكام القضاء الاداري الفرنسي يجد انه عدّ الكثير من النشاطات التي تهدف الى تحقيق المنفعة العامة على الرغم من ان نشاطها من السهل ان يتولاه الافراد ومن ذلك الحكم في قضية (Therond) الخاص برفع جثث الحيوانات.

ثالثاً: وجود امتيازات السلطة العامة:

يلزم لقيام المرافق العامة ان تتمتع الجهة المكلفة بادراتها بامتيازات غير مألوفة في القانون الخاص تلائم الطبيعة الخاصة للنظام القانوني الذي يحكم المرافق العامة غير ان هذا الشرط مختلف فيه بين الفقهاء على اعتبار ان المرافق الاقتصادية صناعية وتجارية تخضع في الجانب الاكبر من نشاطها الى احكام القانون الخاص كما ان خضوع المرفق العام لنظام قانوني تتجلى فيه امتيازات السلطة العامة هو مجرد نتيجة لثبوت الصفة العامة للمرفق ومن غير المنطقي ان تعرف الفكرة بنتائجها[٢٩].

والمقصود بالنظام القانوني الخاص والاستثنائي الذي يحكم المرفق العام هو مجموعة الاحكام والقواعد والمبادئ القانونية التي تختلف اختلافاً جذرياً عن قواعد القانون الخاص بصفة عامة وعن قواعد النظام القانوني الذي يحكم المشروعات الخاصة بصفة خاصة[٣٠].

---

(28) R. chapus, Droir administrative generd, montchrestien delda, paris, 1995, p: 515.

(٢٩) د.ابراهيم طه الفياض، محاضرات في القانون الاداري القيت على طلبة الدراسات العليا الماجستير للعام الدراسي ١٩٩٧-١٩٩٨، كلية الحقوق، جامعة النهرين، غير منشورة.

(٣٠) د.سليمان محمد طماوي، مبادئ القانون الاداري، الكتاب الثاني، نظرية المرفق العام وعمال الادارة (القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٧٩)، ص٢٤.

ونرى انه مادام ان فكرة المرفق العام قد لعبت دوراً اساسياً وحيوياً في تاسيس وجود القانون الاداري كقانون مستقل عن قواعد القانون الخاص وتختلف عنه جوهرياً وما دامت المرافق العامة هي وسيلة واداة السلطة العامة في الدولة فان ذلك يوجب خضوع المرفق العام لنظام قانوني خاص واستثنائي ليتلاءم وينطبق عليه في انشائه وتنظيمه وتسييره والغائه وفي الرقابة عليه.

II. المبحث الثاني

تطبيق مفهوم المرفق العام وعناصره على الجامعات والكليات الاهلية

لغرض بيان ما اذا كانت الجامعات والكليات الاهلية تعد مرافق عامة ام لا، فان ذلك يقتضي منا بيان مدى انطباق فكرة المرفق العام عبر مراحل تطورها على الجامعات والكليات الاهلية، وهل تتوافر فيها عناصر المرفق العام وفقاً للصورة التي تكلمنا عنها سابقاً؟ واذا ما استوعبت فكرة المرفق العام نشاط الجامعات والكليات الاهلية فهل تتوافر في هذه الجامعات والكليات او يحكم نشاطها ذات المبادئ المعروفة التي تحكم سير المرافق العامة؟

للإجابة على هذه التساؤلات سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في اولهما مدى احتواء مفهوم المرفق العام للجامعات والكليات الاهلية وفي الثاني نتناول توافر المبادئ التي تحكم سير المرفق العام في الجامعات والكليات الاهلية.

II. أ. المطلب الاول

مدى احتواء مفهوم المرفق العام للجامعات والكليات الاهلية

قلنا فيما سبق ان فكرة المرفق العام تنازعها مدلولين المدلول الشكلي (العضوي) الذي يرى بان المرفق العام ادارة او مؤسسة محددة، ومدلول مادي (موضوعي) يرى بان المرفق العام نشاط اداري يهدف الى تحقيق المصلحة العامة، ولعل الارجح

في ذلك المفهوم الذي يعتمد على المعيارين او ما يسمى (بالمعيار المزدوج) الذي عرف المرفق العام بانه كل نشاط تتولاه الادارة بنفسها او يتولاه فرد عادي تحت توجيه الادارة ورقابتها واشرافها بقصد اشباع خدمة عامة للجمهور.

ان المتتبع الى القوانين التي بموجبها تم انشاء التعليم العالي الاهلي في العراق يجد ان فيها ما نص على طبيعة هذه المؤسسات كقانون الجامعة المستنصرية رقم (١٦٧) لسنة ١٩٦٨ (الملغى) الذي اشار كما بينا سابقاً[٣١] في مادته الثانية الى ان الجامعة المستنصرية مؤسسة ذات نفع عام، وهو ايضاً ما اشار اليه قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٨١٤) لسنة ١٩٨٧ (الملغى) وبالسياق ذاته نص قانون الجامعات والكليات الاهلية رقم (١٣) لسنة ١٩٩٦ (الملغى) في مادته الرابعة على ان الجامعة او الكلية الاهلية شخصية معنوية لها استقلالها المالي والاداري وتتمتع بالاهلية القانونية الكاملة وتعتبر من المؤسسات ذات النفع العام، اما قانون التعليم العالي الاهلي النافذ رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦ فقد احجم عن ذكر الطبيعة القانونية لهذه الجامعات والكليات بنص صريح مما يكون مدعاة للتساؤل هل ان المشرع قد اغفل ذلك ام كان للمشرع غايات اخرى يمكن استجلاءها واستيضاحها من نصوص القانون؟.

وبشأن ذلك يمكننا القول انه وعلى الرغم من الاتجاه الفقهي الواضح بشان اعتبار الجامعات والكليات الاهلية من المؤسسات الخاصة ذات النفع العام الا ان لهذه الاخيرة من الخصائص والوظائف ما يجعلها قريبة من مفهوم المرفق العام اكثر من قربها للمؤسسات الخاصة ذات النفع العام، ويتضح ذلك من خلال الاتي:

[٣١] ينظر ص (٣٢) من هذه الدراسة.

II. أ. ١. الفرع الاول

طريقة انشاء الجامعات والكليات الاهلية

صحيح ان الجامعات والكليات الاهلية تنشأ بمبادرة الافراد او المنظمات الخاصة وليس من قبل الدولة الا ان هذه المبادرة غير كافية لانشائها بل لابد من الموافقة الصريحة لأعلى جهة في السلطة الادارية على هذا الانشاء والتي بدونها لا وجود لهذه الجامعات او الكليات، وهذا واضح في نص البند (اولاً) من المادة (٤) من قانون التعليم العالي الاهلي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦ الذي ينص على (لمجلس الوزراء بناءً على اقتراح من وزير التعليم العالي والبحث العلمي وبعد استكمال كافة متطلبات التأسيس منح اجازة تأسيس الجامعة او الكلية او المعهد الاهلي ...) وحددت المادة السادسة منه اجراءات تاسيس الجامعة او الكلية الاهلية في حين نجد ان المؤسسات الخاصة ذات النفع العام قد تناول تعريفها وبيان اجراءات تاسيسها عدد من القوانين كالقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وفي المواد من (٥٠-٦٠) وقانون الجمعيات رقم (٦٣) لسنة ١٩٥٥ (الملغى) وقانون الجمعيات رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٠ (الملغى) واخيراً قانون المنظمات غير الحكومية رقم (١٢) لسنة ٢٠١٠ الذي عرف في المادة (١) منه المنظمة غير الحكومية بانها "مجموعة من الاشخاص الطبيعية او المعنوية سجلت واكتسبت الشخصية المعنوية وفقاً لاحكام هذا القانون، تسعى لتحقيق اغراض غير ربحية"، وبينت المواد (٤-٩) من القانون المذكور انفاً شروط واجراءات التاسيس واجاز البند (سابعاً) من المادة (٨) الطعن بقرار دائرة المنظمات غير الحكومية في الامانة العامة لمجلس الوزراء برفض طلب التاسيس او التسجيل امام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية خلال (٣٠) يوماً من الاستلام والتبليغ.

وعليه نجد ان اجراءات التأسيس المتبعة في تأسيس الجامعات والكليات الاهلية تختلف عن اجراءات تأسيس المنظمة غير الحكومية بل ان اجراءات تأسيس

الجامعات والكليات الاهلية اشد صرامة من تاسيس المنظمات غير الحكومية او المؤسسات الخاصة ذات النفع العام كون نشاط هذه الكليات والجامعات يتصل بمرفق عام هو في الاصل يعد من المرافق العامة التي يجب ان يعهد بها الى الادارة.

II. أ.٢ . الفرع الثاني

طبيعة وهدف النشاط الذي تزاوله الجامعات والكليات الاهلية

يعد مرفق التعليم من اهم سمات مظاهر سيادة الدولة على اقليمها فلا يتصور ان يكون تعليم المواطن موكول لدولة اخرى او لجهات غير معلوم انتمائها واهدافها، وهو يعد احد وظائف الدولة الاساسية التي يكون هدفها النفع العام من خلال التقويم السليم لفكر ابناء الوطن ورفع الطاقات الانتاجية لعنصر العمل وفقاً لمفهوم الاستثمار في الموارد البشرية فهو عنصر اساسي في بناء الفرد وتشييد الحضارات وتنمية المجتمعات وهو ايضاً التحدي الرئيس في بناء اي مجتمع وان مشاركة الافراد والهيئات الخاصة في العملية التعليمية مشروط بضرورة الالتزام بكافة المعايير المفروضة من قبل الدولة ضماناً لحسن سير العملية التعليمية بانتظام واصرار[٣٢].

وعليه فان قيام الدولة بمشاركة الافراد والهيئات الخاصة بادارة مرفق التعليم لا يعني بالضرورة ان هذا النشاط اصبح نشاطاً خاصاً وبالتالي يخضع لاحكام القانون الخاص فلا يمكن باي حال من الاحوال القول بان مرفق التعليم اصبح نشاطاً خاصاً يسعى الى تحقيق الربح لا المصلحة العامة لمجرد ان الدولة ولاعتبارات معينة عهدت الى القطاع الخاص ادارة هذا المرفق مع الاشارة الى ان تاسيس هذه المؤسسات التعليمية الخاصة وان كان بمبادرة اشخاص القانون الخاص الا انه رهين الموافقة الصريحة للادارة كما بينا.

[٣٢] د.مصطفى السيد دبوس، تثمين خدمات الدولة في اطار ما يقدمه المرفق العام من خدمات (دراسة تحليلية)، ط١، (القاهرة: المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية،٢٠١٩)، ص٢٠٣-٢٠٤.

نصت المادة (٢) من قانون التعليم العالي الاهلي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦ على انه (يهدف هذا القانون الى اولاً: توفير الفرص الدراسية الجامعية الاولية والعليا (النظرية والتطبيق) لغرض الاسهام في احداث تغييرات كمية ونوعية في الحركة العلمية والثقافية والتربوية في المجتمع العراقي. ثانياً: نشر المعرفة في العراق وتطويرها. ثالثاً: القيام بالبحث العلمي وتشجيعه وتطوير المنهج العلمي وتنمية الشعور بالانتماء الوطني وروح المسؤولية والالتزام بالخط الوطني المستند الى وحدة الشعب والوطن).

ونص في المادة (٣) منه ايضاً على (تسعى الجامعة او الكلية او المعهد الاهلي الى تحقيق اهداف هذا القانون بالوسائل الاتية):

اولاً: تاسيس جامعات او كليات او معاهد اهلية تتمتع بالشخصية المعنوية ويمثلها رئيس الجامعة او عميد الكلية غير المرتبطة بجامعة او عميد المعهد...

وبالرجوع الى نص المادة (٢) من قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٨، والذي يعد احد القوانين التي يجب الرجوع اليها في شأن كل حالة لم يرد فيها نص في قانون التعليم العالي الاهلي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦، نجد انه قد حدد هدف الوزارة باحداث تغييرات كمية ونوعية في الحركة العلمية والتقنية والثقافية وتوجيه المؤسسات التعليمية والبحثية بما يحقق التفاعل المستمر بين الفكر والممارسة باتجاه تحقيق الاصالة والرصانة العلمية والتفاعل مع التجارب والخبرات الانسانية واعتماد معايير الجودة العلمية الدولية ومستويات اعلى من التطور التعليمي وصولاً الى بناء اجيال جديدة تحمل لواء العلم والمعرفة لتكون قوة فاعلة ومؤثرة في المجتمع..

ومما سبق نجد ان الاهداف التي حددها المشرع في قانون التعليم العالي الاهلي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦ والتي يجب ان تسعى الجامعات والكليات الاهلية الى تحقيقها من

خلال ممارستها لنشاطها هي ليست ببعيدة عن هدف وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في تحقيق المصلحة العامة.

II. أ.٣. الفرع الثالث

رقابة الادارة الفاعلة على الكليات والجامعات الاهلية

بينا سلفاً ونحن بصدد البحث في مفهوم المرفق العام وتحديد عناصره انه يمكن للإدارة ان تعهد الى شركة او افراد او هيئة خاصة ادارة المرفق العام ولكن تحت اشرافها ورقابتها وان هذه الرقابة يلزم ان تتجاوز ما هو مقرر من سلطات للإدارة في المجال الضبطي، وهذا ما اكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية (Narcy) اذ اضفى على المراكز الفنية الصناعية صفة المرفق العام لانها تخضع لرقابة الحكومة من خلال انشائها بقانون وتمثيل الوزير في ادارتها من قبل مفوض حكومي وتعين بعض اعضائها من قبل الوزير اضافة الى امتلاكها امتيازات السلطة العامة وتهدف في عملها الى تحقيق النفع العام[٣٣].

ويمكن لنا ومن خلال الاطلاع على نصوص قانون التعليم العالي الاهلي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦ وتطبيقاته من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ان نبين وبوضوح مظاهر الرقابة الفاعلة التي تمارسها الوزارة على الجامعات والكليات الاهلية والتي تتمثل في الاتي:[٣٤]

[٣٣] د.مازن ليلو و د.علي يونس اسماعيل، مصدر سبق ذكره، ص.

[٣٤] ينظر عمار خيرالله رجب، مصدر سبق ذكره، ص٧٦ وما بعدها. وينظر ايضاً د.رفاه كريم رزوقي وازهر عبد علي، "الرقابة الادارية والقضائية على مؤسسات التعليم العالي في العراق (دراسة مقارنة)،" بحث منشور في مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والانسانية، جامعة بابل، العدد٤٢، (٢٠١٩): ص٦٢٥ وما بعدها.

اولاً: الرقابة عن طريق التدخل في الانشاء:

وفقاً لاحكام المادتين (٤ و٦) من قانون التعليم العالي الاهلي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦، يتم تأسيس الجامعة او الكلية الاهلية غير المرتبطة بجامعة بطلب يقدم الى الوزير من قبل جهات محددة وهي ١- حملة شهادة الدكتوراه او الماجستير من المتقاعدين او من غير الموظفين من هم برتبة استاذ مساعد على الاقل على ان لا يقل عددهم عن (٩) تسعة اعضاء لتأسيس الجامعة الاهلية و (٧) سبعة اعضاء لتأسيس الكلية الاهلية و (٥) خمسة اعضاء لتأسيس المعهد الاهلي. ٢- الجمعيات العلمية والنقابات المهنية ذات الاختصاصات العلمية والتربوية والثقافية على ان يتوافر فيها حملة الشهادات الانف ذكرهم، ويكون طلب التاسيس المقدم من الجهات انفة الذكر مشفوعاً بتقرير معد من قبل لجان خاصة في الوزارة يتضمن تامين المتطلبات المادية والبشرية والعلمية ويرفق ايضاً مع طلب التاسيس نظام داخلي يتضمن اسم الجامعة او الكلية غير المرتبطة بجامعة ومقرها واهدافها ومواردها المالية وهيكلها التنضيمي وغيرها من المتطلبات الاخرى الوارد ذكرها في البند (ثانياً) من المادة (٦) من القانون، ويحيل الوزير طلب التاسيس المستوفي المتطلبات مشفوعاً برأي الى مجلس الوزراء خلال (٦٠) ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب ويبت مجلس الوزراء بطلب التاسيس من عدمه خلال (٩٠) تسعين يوماً من تاريخ تسجيل الطلب لديه وفي حالة عدم البت في الطلب خلال الفترة المذكورة يعد الطلب مقبولاً ضمناً.

ومن خلال ما تقدم نجد ان قانون التعليم العالي الاهلي النافذ قد نظم الرقابة الادارية على الكليات والجامعات الاهلية من خلال تدخل الادارة في انشاء هذه المؤسسات بطريقة جعل فيها لمجلس الوزراء سلطة تقديرية في قبول طلب التاسيس او رفضه على ان يكون قرار الرفض مسبباً عند تخلف احد الشروط التي نص عليها القانون،

في حين ان وزير التعليم العالي والبحث العلمي لا يملك سلطة تقديرية في رفض الطلب.

ثانياً: الرقابة عن طريق التعيين:

من الطبيعي ان يتمتع اعضاء المؤسسات الخاصة ذات النفع العام بحق اختيار اعضاءها بعيداً عن تدخل الادارة، واذا ما تماشينا مع من يذهب الى ان الجامعات والكليات الاهلية مؤسسات خاصة ذات نفع عام، وبالتالي فانه يكون لهذه الجامعات والكليات الاهلية الحرية في تعيين رؤساء هذه الجامعات وعمداء هذه الكليات دون تدخل من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي وفقاً للقواعد القانونية التي تنظم عمل هذه المؤسسات والانظمة الداخلية لها، والقول بخلاف ذلك يهدد الاستقلال الذي تتمتع به هذه الجامعات والكليات[٣٥].

الا انه وبالرجوع الى نصوص قانون التعليم العالي الاهلي نجد ان تدخل الادارة الواضح في تعيين رئيس الجامعة او عميد الكلية غير المرتبطة بجامعة فالبند (اولاً) من المادة (١٨) منه تنص على (يعين رئيس الجامعة بترشيح من الجهة المؤسسة وموافقة الوزير لمدة (٤) اربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة)، وينص القانون ايضاً في المادة (٢٧) من على (يعين عميد الكلية غير المرتبطة بجامعة ويمارس مهامه وفقاً للاحكام المنصوص عليها في المادة (١٨) من هذا القانون).

وبذلك تكون عملية تعيين رؤساء الجامعات الاهلية وعمداء الكليات غير المرتبطة بجامعة مشابهة لعملية تعيين رئيس الجامعة الحكومية من حيث الكيفية التي تتم بها، ومن الناحية التطبيقية لم يقتصر الامر على ذلك ففي كثر من الاحيان عمداء الكليات غير المرتبطة بجامعة او انهاء تكليفهم دون الرجوع الى الجهة المؤسسة مما يجعل قراراته محلاً للالغاء من قبل القضاء الاداري.

[٣٥] عمار خيرالله رجب، مصدر سابق، ص٨٠ ومابعدها.

ولم ينته الامر عند هذا الحد بل نجد ايضاً تدخل الوزارة الواضح حتى في تعيين التدريسيين الذين يرتبطون مع الكلية الاهلية بعقود وتحديد النسب التي يتم اعتمادها في تعيين اعضاء الهيئة التدريسية والموظفين العاملين فيها من ذلك كتابها الصادر من دائرة التعليم العالي الجامعي الاهلي بالرقم (ت ه ص/د/٩٠٣٧ في ٢٠١٩/٦/٢٤) وكتاب جهاز الاشراف والتقويم العلمي المرقم (ج م ع/١٠٣٣ في ٢٠٢٠/٩/١٦) والذي صدر بتنفيذ قرار مجلس الوزراء المرقم (١١٢) لسنة ٢٠٢٠ بشأن تعيين حملة الشهادات العليا.

ثالثاً: الرقابة عن طريق المصادقة على اعمال الجامعات والكليات الاهلية:

ان الاعمال الصادرة من الجامعات والكليات الاهلية لا تكون نهائية ونافذة بمجرد صدورها على الرغم من تمتعها بالاستقلال المالي والاداري وانما تكون خاضعة للتصديق من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ممثلة بمجلس التعليم العالي الاهلي[٣٦] وبشأن ذلك نجد ان المادة (١٣) من قانون التعليم العالي الاهلي النافذ تحدد مهام مجلس التعليم العالي الاهلي بالاتي:

أ. اقتراح خطة للتعليم الاهلي بما ينسجم وخطة التعليم في العراق.

ب. المصادقة على شروط القبول السنوية للتعليم الاهلي.

ت. المصادقة على عدد الطلبة المقترح قبولهم سنوياً في الجامعة او الكلية او المعهد.

ث. الموافقة على مقدار الاجور الدراسية السنوية المقترحة من الجامعة او الكلية او المعهد ورفعها للوزارة للمصادقة عليها.

[٣٦] ينص البند (اولا) من المادة (١٢) من قانون التعليم العالي الاهلي النافذ على (يشكل في مركز الوزارة مجلس يسمى "مجلس التعليم العالي الاهلي" وهو اعلى هيئة علمية وادارية تقوم بالاشراف على التعليم الاهلي)، وبين البند (ثانياً) من المادة ذاتها رئيس واعضاء مجلس التعليم العالي الاهلي.

ج. المصادقة على المناهج الدراسية المقترحة من الجامعة او الكلية او المعهد بعد اقرارها من الهيئات القطاعية المتخصصة في الوزارة.

ح. المصادقة على الترقيات العلمية لاعضاء هيئة التدريس في التعليم الاهلي بعد اقرارها من مجلس الجامعة او مجلس الكلية غير المرتبطة بجامعة من خلال لجان الترقيات،

خ. المصادقة على تعيين مساعد رئيس الجامعة وعمداء الكليات واعفائهم.

كما ان جميع محاضر الجامعات والكليات الاهلية غير المرتبطة بجامعة تخضع لمصادقة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ولذلك نجد ان الفقرة (أ) من البند (رابعاً) من المادة (٤٨) من قانون التعليم العالي الاهلي تنص على ((يرسل مجلس الجامعة قراراته وتوصياته الى الوزارة خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ انعقاد اجتماعه، وتعد القرارات والتوصيات مقرة في حالة عدم وجود اعتراض عليها خلال (٣٠) ثلاثون يوماً من تاريخ تسجيلها في سجل الوزارة))، وهذا الامر ذاته ينطبق على الكلية الاهلية غير المرتبطة بجامعة وفقاً للفقرة (ج) من البند (رابعاً) من المادة (٤٨) انفة الذكر.

وذات الصلة بموضوع التصديق على اعمال الجامعات والكليات الاهلية غير المرتبطة بجامعة، نجد ايضاً ان لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي سلطة ايقاف تنفيذ قرارات هذه الجامعات والكليات، ويختلف الايقاف عن التصديق ففي الاول لا يطلب المشرع من مؤسسات التعليم الاهلي القيام بأي عمل وانما فقط يعطي للوزارة سلطة اعتراض سبيل بعض القرارات التي تصدر عنها عندما تكون مشوبة بعيب ما كأن تكون مخالفة للقانون او كونها لا تحقق الصالح العام، اما التصديق فالمشرع يقرر صراحة بأن على مؤسسات التعليم العالي الاهلي ان تحصل على مصادقة جهة الادارة على قراراتها من اجل امكانية تنفيذها بالصورة التي بيناها سلفاً، ويمكن ان

تلمح سلطة الوزارة في ايقاف تنفيذ قرارات الجامعات والكليات الاهلية من خلال نص الفرة (أ) من البند (ثانياً) من المادة (٣٨) من القانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦ التي اعطت لوزير التعليم العالي والبحث العلمي تعليق القبول في الجامعة او الكلية او المعهد او القسم العلمي لمدة لا تتجاوز (٣) ثلاث سنوات عند مخالفة اي من احكام هذا القانون.

رابعاً: حلول جهة الادارة محل الجامعات والكليات الاهلية في ممارسة اختصاصاتها.

يقصد بالحلول بوصفه صورة من صور الرقابة الادارية على اعمال الجامعات والكليات الاهلية، قيام جهة الرقابة الادارية (وزارة التعليم العالي والبحث العلمي) بالحلول محل الجامعات والكليات الاهلية في تنفيذ التزاماتها القانونية التي لم تقم بها سواء كان عدم القيام راجعاً الى اهمالها او عجزها (المادي او الفني) او بسبب تقاعسها عن ذلك عمداً، وذلك من اجل حماية المصلحة العامة المتمثلة في استمرار تلك الجامعات بممارسة نشاطها من اجل تحقيق الاهداف التي يصبو إليها المشرع.

ان سلطة الحلول التي من الممكن ان تمارسها جهة الادارة على الجامعات والكليات الاهلية تكون في مجالين: المجال الاداري والمجال المالي، ففي الاول تقوم جهة الادارة بممارسة الاعمال الادارية المكلفة بها تلك الجامعات والكليات قانونا عند عدم قيام الاخيرة بذلك. اما المجال المالي فأن جهة الرقابة الادارية تقوم بأدراج المصاريف الالزامية في ميزانيات الجامعات والكليات الاهلية التي تكون لازمة للوفاء بها في حالة عدم قيام هذه الجامعات او الكليات بذلك، وتعد الاعمال الصادرة من جهة الادارة في هذا الشأن وكأنها صادرة من الجامعات والكليات الامر الذي يترتب عليه عدم قدرة تلك الجامعات والكليات على الطعن بها أمام القضاء الاداري لانها غير ذات صفة.

لذا نجد ان البند (اولا) من المادة (٤٠) من قانون التعليم العالي الاهلي النافذ ينص على ((اذا قرر مجلس الوزراء الغاء اجازة الجامعة او الكلية او المعهد فتتولى الوزارة ادارتها وفقاً لنظامها الداخلي الى حين تخرج اخر دفعة من طلبتها ، ولها ان تنقل الطلبة الى الجامعات او الكليات او المعاهد الاهلية المماثلة لدراستهم وتؤول اموالها المنقولة وغير المنقولة بعد تصفية التزاماتها وديونها الى الجهة المؤسسة)).

خامساً: خضوع حسابات الجامعات والكليات الاهلية لرقابة وتدقيق ديوان الرقابة المالية الاتحادية:

تنص المادة (٤٤) من قانون التعليم العالي الاهلي النافذ على انه ((تخضع حسابات الجامعات والكليات والمعاهد الاهلية لرقابة وتدقيق ديوان الرقابة المالية))، وغاية المشرع من ذلك التأكيد والاطمئنان من صحة الوثائق التي تبرر الانفاق لاموالها وان حساباتها المالية تسير في المجال المحدد له وفق القانون الذي يحكمها في اطار تحقيق المصلحة العامة هذا من جهة، ومن جهة اخرى منع سيطرة رأس المال الفردي على الاقتصاد الوطني، ومنع هذه الجامعات والكليات من تحقيق ارباح مادية على حساب بقية افراد المجتمع الامر الذي يخل بتوزيع الثروة الوطنية.

من كل ما تقدم نجد ان الجامعات والكليات الاهلية هي اقرب في وصفها الى المرافق العامة منها الى المؤسسات الخاصة ذات النفع العام ولعل تحقيق مفهوم (الرقابة الفاعلة) الذي اشترطه مجلس الدولة الفرنسي في الكثير من احكامه لتحقيق صفة المرفق العام بالنشاط الذي تباشره اشخاص القانون الخاص خير دليل على ذلك[٣٧].

[٣٧] د.مصطفى السيد دبوس، مصدر سبق ذكره، ص٢٨-٣١.

II. ب. المطلب الثاني

النتائج المترتبة على تمتع الجامعات والكليات الاهلية بصفة المرفق العام

يترتب على تمتع الجامعات والكليات الاهلية بصفة المرفق العام نتائج مهمة ومن هذه النتائج وجوب ان تخضع هذه الجامعات والكليات الاهلية الى مجموعة من المباديء التي استقر الفقه على وجوب خضوع المرفق العام لها وسنبحث ذلك في فرع اول، ومن النتائج المهمة ايضا والمترتبة على وصف الجامعة او الكلية الاهلية بالمرفق العام ان القرار الصادر منها يعد قرارا اداريا وبالتالي خضوعه لرقابة القضاء الاداري وخصوصا في الدول ذات النظام القضائي المزدوج وسنبحث ذلك في الفرع الثاني.

II. ب.١. الفرع الاول

خضوع الجامعات والكليات الاهلية للمبادئ الحاكمة للمرفق العام

ان استيعاب فكرة المرفق العام وعناصره للجامعات والكليات الاهلية بالصورة التي بيناها سلفاً وبالتالي وصف نشاط هذه الجامعات والكليات بالنشاط المرفقي، يقتضي في الوقت ذاته ان تكون المبادئ التي تحكم سير المرفق العام هي ذاتها التي تحكم سير عمل الجامعات والكليات الاهلية. وهنا لا نريد الدخول في تفصيل هذه المبادئ وانما نتناولها بالقدر الذي يتفق مع طبيعة البحث.

يتفق الفقه والقضاء على ان المرافق العامة كافة تخضع لمبادئ عامة تهدف الى حسن سيرها باضطراد وانتظام وتمكينها من اشباع حاجات المواطنين وتحقيق المصلحة العامة، من هذه المبادئ ما هو تقليدي ومنه ما هو حديث، ولعل اهم هذه

المبادئ هي مبدأ الاستمرارية، مبدأ المساواة، مبدأ قابلية انظمة المرفق العام للتغيير[٣٨].

اولا: مبدأ استمرارية المرفق العام:

اساس مبدأ الاستمرارية يكمن في تمكين المرفق العام من اشباع الحاجات العامة للمواطنين دون انقطاع وعلى السلطات الادارية تأمين تشغيل المرافق العامة بصورة منتظمة، غير ان مبدأ الاستمرارية يختلف تطبيقه من مرفق لاخر فبعض المرافق تتطلب التشغيل الدائم والمتواصل كمرفق اطفاء الحرائق والكهرباء والمرافق الصحية في حين ان البعض الاخر يتطلب الاستمرار خلال اوقات العمل، ويعود للقاضي السلطة التقديرية في تحديد مضمون الاستمرار بالشكل الذي يسمح للمواطنين الحصول على خدمات المرفق العام، ويتفرع عن هذا المبدأ الكثير من المبادئ المعروفة في مجال القانون الاداري حتى ان بعض الفقهاء يصفه بانه القلب الذي يضخ الدم الى مبادئ القانون الاداري[٣٩] ومن هذه المبادئ تحريم الاضراب وتنظيم الاستقالة ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الموظف الفعلي وعدم جواز الحجز على اموال المرافق العامة.

وبشأن الجامعات والكليات الاهلية فأننا نجد انها تمارس نشاطاً وفق هذا المبدأ، حيث ان ما تقدمه هذه الجامعات والكليات من خدمة في مجال التعليم العالي الى المنتفعين منها يجب ان تكون بصورة مستمرة وبدون انقطاع لان هؤلاء المنتفعين قد رتبوا امورهم على اساس استمرار هذه المؤسسات بتقديم هذه الخدمة التي تتيح لهم اكمال تعليمهم العالي والحصول على الشهادات الجامعية التي تقدمها هذه المؤسسات تحقيقاً للمصلحة العامة وان اي توقف سوف يلحق الضرر بهؤلاء المنتفعين الامر الذي

---

[٣٨] محمد احمد ابراهيم المسلماني، الوسيط في شرح القانون الاداري، ط١ (الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠١٦)، ص٢٨٣.

[٣٩] مازن ليلو راضي، القانون الاداري، ط٣ (العراق: مطبعة جامعة كركوك، ٢٠١٠)، ص١١٥.

يؤدي الى مساءلة ادارة هذه الجامعات والكليات ومحاسبتها قانونياً بسبب تلكؤها عن القيام بواجباتها بشكل سليم، ومن النصوص ذات الصلة التي تضمنها قانون التعليم العالي الاهلي نص البند (اولا) من المادة (٢٣) الذي ينص على ((يتولى عميد الكلية المهام الاتية: متابعة سير الدراسة في الكلية لتحقيق اهدافها والعمل على الترصين المستمر للحالة العلمية والفكرية والتربوية)).

وايضاً ينص البند (اولا) من المادة (١٧) على ((يمارس مجلس الجامعة المهام الاتية... ايقاف الدراسة كلياً او جزئياً عند الضرورة فترة لا تزيد على (٧) ايام على ان يتم اخبار مجلس التعليم العالي الاهلي في الوزارة مع بيان الاسباب التي دعت الى ذلك)).

ثانيا: مبدا المساواة في الانتقاع بالمرافق العامة:

لقد كرست مختلف دساتير العالم واعلانات حقوق الانسان العالمية هذه المبدأ، وهو منبثق ومتفرع من مبادئ اخرى كمبدأ المساواة في تولي الزظائف العامة او مبدأ المساواة امام تحمل الاعباء العامة، وهذا المبدأ هو الذي يهيمن على تشغيل المرافق العامة[٤٠]، ويقضي هذا المبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة بتمكين المواطنين جميعاً من الحصول على خدمات هذه المرافق بالتساوي بينهم في الحقوق والواجبات غير ان ذلك لا يقف حائلاً في عدم المساواة بين الاشخاص الذين لا يكونوا في مراكز قانونية مماثلة فاجور المياه مثلاً لا تكون متساوية بين كل الاشخاص لان الاختلاف في الاجور اختلاف تخلقه الكمية المستهلكة من المياه[٤١].

ينطبق هذا المبدأ ايضاً على الجامعات والكليات الاهلية من خلال المساواة في النظرة التي تنظر لها هذه الجامعات والكليات الى طلبتها دون تفريق بسبب اللون او العرق

[٤٠] محمد احمد ابراهيم المسلماني، مصدر سابق، ص٢٨٣.
[٤١] مازن ليلو راضي، القانون الاداري، مصدر سابق، ص١١٩.

او الجنس او الديانة او الاصل الاجتماعي غير ان تلك المساواة ليست مطلقة وانما مساواة نسبية تقتصر على الاشخاص الذين يستطيعون دفع مبالغ الاجور الدراسية.

ثالثا: مبدأ قابلية المرافق العامة للتغير (تطور المرفق العام):

يعنى هذا المبدأ امكانية تحديث المرافق العامة وادخال التعديلات عليها بما يؤمن مواكبتها لتطورات العصر والطرق الفنية المستحدثة، ويكون هذا التعديل والتحديث في مواجهة كل المتدخلين في المرفق العام منتفعين كانوا او موظفين وليس لاحد الادعاء بوجود حق مكتسب عند تعديل القواعد التي تحكم عمل المرفق العام نتيجة لتطويره او المطالبة باستمرار المرفق العام باداء الخدمة بالطريقة التي كان عليها منذ انشائه او ادعاء الموظفين او العاملين بتغيير مراكزهم كونهم في مركز تنظيمي[٤٢]، لذا فان هذا المبدأ يعطي للمرفق العام مرونة تقتضيها تحقيق المصلحة العامة التي من الصعب تحديدها مسبقاً لان مفهومها متغير المكان والزمان.

ويطبق هذا المبدأ على الجامعات والكليات الاهلية حيث يحق لادارتها ان تقوم بتحديثها وادخال التعديلات عليها وفقاً لما يستجد من تطور يحصل نتيجة التقدم العلمي والتكنولوجي وبما يؤمن توفير المستلزمات اللازمة التي تحقق الرصانة العلمية وبالشكل الذي يسمح لها باداء خدماتها ولعل ما حصل من تغيرات في ادارة هذه المؤسسات وغيرها في ظل جائحة كورونا خير دليل على ذلك فالانتقال من اسلوب التعليم المستمر المنتظم المباشر الى التعليم الالكتروني يعد تغير في الخدمة التي يقدمها المرفق العام يقتضيها الصالح العام وبالتالي لا يمكن للمنتفعين (الطلبة) ولا التدريسيين الاعتراض عليها.

[٤٢] رياض عبد عيسى، اسس القانون الاداري، ط١(بغداد: دار السنهوري،٢٠١٦)، ص٢٨٢.

II. ب.٢ . الفرع الثاني

توافر وصف القرار الإداري في الاعمال القانونية الصادرة عنها.

في هذه الفرع نبحث عن طبيعة التصرفات الصادرة من الجامعات والكليات الاهلية وهل يمكن عد هذه التصرفات او القرارات بانها قرارات إدارية ام لا، وطبيعة العلاقة التي تربط التدريسيين الذين تم تعيينهم في هذه الكليات بالإضافة الى التدريسيين المعارين من الجامعات الحكومية ومدى امكانية خضوع القرارات الصادرة منها لرقابة القضاء الإداري، ونوضح ذلك كالاتي:

اولاً: طبيعة القرارات الصادرة من الجامعات والكليات الاهلية.

لمعرفة طبيعة القرارات الصادرة من الجامعات والكليات الاهلية وهل تعد قرار إداري ام لا، لابد من التطرق الى القرار الإداري وتعريفه، ومدى انطباق وصف القرار الإداري على القرارات الصادرة من الجامعات والكليات الأهلية، لقد اتجه القضاء الإداري وخاصة في فرنسا ومصر في العديد من احكامه الى حقائق لا يمكن نكرانها في ظل التوجه العام نحو الاعتماد على اقتصاديات الرأسمالية والخصخصة، وهذه الحقائق تقوم على الفصل التام بين فكرتي القرار الإداري والسلطة الإدارية، فلم يعد القرار الإداري حكراً على السلطة الإدارية بل تصدر من اشخاص القانون الخاص ما دامت هذه الاخيرة تملك سلطة البت او التقرير النهائي من جانب واحد فلم يعد القرار الاداري امتيازاً حقيقياً للحكام وانما هو وسيلة لتحقيق ما عليه من المهام المتعلقة بالصالح العام، لذا يعرف الدكتور محمد اسماعيل علم الدين القرار الاداري بانه ((ممارسة سلطة البت او التقرير بصفة قاطعة من جانب واحد او التي تمارسها الإدارة بمقتضى طبيعتها في المحافظة على الصالح العام وإدارة المرافق العامة او يمارسها شخص من اشخاص القانون الخاص بناءً على نص قانوني للقيام بجهة تتعلق بالصالح العام)، والجامعات والكليات الاهلية تصدر مجموعة من القرارات

فمن المعروف ان هناك عدة فئات تتعامل معها إدارة هذه الجامعات والكليات الاهلية منها فئة الاساتذة المتعاقدين او المعارين الى الجامعات الاهلية او المتعينين فيها كذلك فئة الطلبة، وتصدر عن هذه المؤسسات قرارات عدة تتعلق بأعضاء الهيئة التدريسية او الطلبة ونوضحها كالاتي:

اولا: القرارات الصادرة بحق اعضاء الهيئة التدريسية المعارة خدماتهم من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي:

لقد نص قانون التعليم العالي الاهلي رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٦ على (للجامعات والمعاهد الاهلية الاستعانة بالأساتذة المتعاقدين واعضاء الهيئات التدريسية في الجامعات الرسمية والخبراء في دوائر الدولة لإلقاء المحاضرات او الافادة من خبرتهم في تحقيق اهدافها على ان تستحصل موافقة الجهات التي ينتسبون اليها بالنسبة لغير المتعاقدين).

فالقانون اعطى لهذه الجامعات والكليات الاهلية الحق في الاستعانة بالتدريسيين والخبراء في الجامعات الرسمية ودوائر الدولة الاخرى لغرض الاستفادة من خبراتهم والقاء المحاضرات، وهذه الفئة في الاساس هم من الموظفين العمومين وبالتالي فالقرارات الصادرة بحقهم تخضع لرقابة القضاء الاداري مادامت العلاقة التنظيمية قائمة بين هذه الفئة ووزارة التعليم العالي ولم ينظم عقد بينها وبين ادارة الكلية او الجامعة الاهلية يحدد حقوق الطرفين والتزاماتهما، وقد اصدرت وزارة التعليم العالي والبحث العلمي كتاباً ينظم عملية تكليف التدريسيين المنسبين لمؤسسات التعليم العالي الحكومي بإلقاء المحاضرات في الجامعات الاهلية[٤٣] .

[٤٣] - كتاب وزارة التعليم العالي والبحث العلمي المرقم (ق/٢٤٠٨٣/٧ في ٢٠١٦/١٢/١٢، نقلا عن عمار خيرالله رجب، "الرقابة القضائية على اعمال مؤسسات التعليم العالي الاهلي العراقي" (رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة تكريت، ٢٠١٩)، ص١٥.

اما بالنسبة للمتعاقدين وفئة التدريسيين والموظفين المتعينين في هذه الجامعات او الكليات دون ان تكون لهم رابطة وظيفية بدوائر الدولة لا يعدون من الموظفين العمومين، لكن اذا اخذنا بالرأي القائل ان هذه الجامعات والكليات تعد مرافق عامة، فإننا يمكن ان نقول ان العلاقة بين هذه الفئة والجامعات والكليات الاهلية تخضع لشروط العقد والذي يمكن اعتباره عقد اداري بسبب ارتباطه بالمرفق العام.

اما بالنسبة لفئة الطلبة الدارسين في الجامعات والكليات الاهلية فانهم يخضعون للتعليمات ذاتها التي يخضع لها الطلبة الدارسين في الجامعات الحكومية سواء ما تعلق منها بالامتحانات ام بانضباط الطلبة وبما ان هذه التعليمات اعطت الحق للطالب بالاعتراض على القرارات الصادرة بحقه من ادارة الجامعات امام محاكم القضاء الاداري[٤٤] ، فالنتيجة من ذلك ان هذا القرار هو قرار اداري، فالقرار الصادر من مؤسسات التعليم العالي الحكومي تجاه الطلبة الدارسين فيها هي قرارات إدارية وبما ان الطلبة الدارسين في الجامعات والكليات الاهلية يخضعون لنفس التعليمات والضوابط فان القرارات الصادرة بحقهم من جامعاتهم او كلياتهم فإنها تعد قرارات إدارية.

ثانياً: خضوع القرارات الصادرة من الجامعات والكليات الاهلية لرقابة القضاء.

ان القرارات الصادرة من الجامعات والكليات الاهلية تخضع لرقابة القضاء، فالقرارات الصادرة بحق التدريسيين المنتسبين الى مؤسسات التعليم العالي الحكومي والمعارة خدماتهم الى الجامعات والكليات الاهلية تعد قرارات إدارية بحكم ان التدريس مازال مرتبطاً ارتباطاً تنظيمياً بمؤسسات وزارة التعليم العالي ، وان هذا الموظف بانتهاء مدة الاعارة سيعود إلى وظيفته الاعتيادية، لذا فان القرارات

[٤٤] - تعليمات انضباط الطلبة رقم (١٦٠) لسنة ٢٠٠٧، والتعليمات الامتحانية رقم (١٣٤) لسنة ٢٠٠٠ المعدلة.

الصادرة بحقه يمكن الطعن بها امام محكمة قضاء الموظفين باعتبارها قرارات إدارية[٤٥] .

اما بالنسبة للقرارات الصادرة بحق المتعاقدين مع الجامعات والكليات الاهلية سواء كانوا من غير الموظفين او من المتعاقدين هناك رأي يعتبر هؤلاء يخضعون لعلاقة عقدية يحكمها قانون العمل وبالتالي فالقضاء العادي هو المختص بالرقابة على القرارات التي تصدر بحقهم، في حين اننا نرى ان هؤلاء من الممكن ان تكون القرارات الصادرة بحقهم قرارات ادارية اذا ما اعتبرنا ان الجامعات والكليات الاهلية هي مرافق عامة وبالتالي من الممكن ان تكون قراراتها تجاههم خاضعة لرقابة القضاء الاداري ما لم يوجد عقد ينظم علاقتهم بالكلية او الجامعة الاهلية ولا يشمل ذلك باي حال من الاحوال المتقاعدين الذي يعملون في هذه الكليات باي صفة كانت ، لا سيما ان الفقه والقضاء في فرنسا قد ذهب الى ان مثل هذه المؤسسات تعد مرافق عامة كما هو الحال في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Narcy)، كذلك ما صدر عن مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٩٠ وفي قضية جمعية (melon culture loisirs) اذ اعترف المجلس لهذه الجمعية بصفة المرفق العام حتى وان لم تتبع في ممارستها لنشاطها امتيازات السلطة العامة ما دام انها تخضع لرقابة قوية وفعالة من البلدية. وهذه مواصفات متواجدة في مؤسسات التعليم الاهلي مما يجعل امكانية اعتبارها مرافق عامة.

[٤٥] - مادة (٧/تاسعا/أ) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث يمكننا ان نجمل اهم النتائج والمقترحات التي تم التوصل اليها كألاتي :

اولا / النتائج : وتتمثل في الاتي

١- تطور مفهوم المرفق العام ليشمل كل نشاط مرفقي يحقق الصالح العام حتى وان عهد الى اشخاص القانون الخاص ادارته ما دام للادارة الرقابة الفاعلة على ممارسة هذا النشاط .

٢- ان قانون التعليم الاهلي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦ لم يرد فيه نص يحدد طبيعة الجامعات والكليات الاهلية مما يفتح المجال واسعا امام القاضي الاداري لتحديد طبيعتها في ضوء المبادئ التي المستقر عليها فقها وقضاءا .

٣- ان رقابة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي وفق نصوص قانون التعليم العالي الاهلي النافذ تجاوزت الرقابة الضبطية واضحت تتدخل في تنظيم جميع جوانب نشاطها التعليمي مما حقق فكرة الرقابة الفاعلة التي اشترطها مجلس الدولة الفرنسي في العديد من احكامه لوصف النشاط الذي تمارسه اشخاص القانون الخاص نشاطا مرفقيا .

٤- ان عناصر المرفق العامة والمباديء التي تحكمها تجد لها مكانا في النشاط الذي تمارسه الجامعات والكليات الاهلية .

٥- ان خضوع الجامعات والكليات الاهلية للنظام القانوني ذاته الذي يحكم الجامعات الحكومية سواء من حيث طبيعة علاقها بكادرها التدريسي او الاداري او بطلبتها، يتطلب وقفة جادة في تحديد القضاء المختص بنظر

المنازعات التي تثار بشأن هذه العلاقة مع الاخذ بنظر الاعتبار ان القضاء الاداري هو الاكثر دراية بذلك بحكم تكوينه وتخصص اعضاءه.

ثانيا / المقترحات

١- رفد مجلس الدولة العراقي بالمستلزمات البشرية والمادية التي تؤهله من مد رقابته على جميع الانشطة ذات الصلة بالمرفق العام حتى وان عهد بادارتها الى اشخاص القانون الخاص مادام كان للادارة الرقابة الفاعلة على ممارسة هذه الانشطة.

٢- دعوة قضاءنا الاداري الذي اقر الكثير من المباديء التي تحكم نشاط الادارة الى تبني المعيار الوظيفي في تحديد مفهوم المرفق العام ، ومد رقابته على الاعمال القانونية الصادرة من الجامعات والكليات الاهلية ما دامت تخضع للنظام القانوني ذاته الذي تخضع له الجامعات الحكومية في ظل غياب النص القانوني الذي يحدد طبيعة هذه الجامعات او الكليات .

٣- دعوة المشرع الى ضرورة تعديل قانون التعليم العالي الاهلي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦ ، وبالشكل الذي لا يؤثر على عملها ويحقق الاهداف الخاصة بتطوير التعليم العالي في العراق.

قائمة المصادر:

اولاً: الكتب

١- ماهر صالح علاوي الجبوري. الوسيط في القانون الإداري. الموصل: مطبعة ابن الاثير، ٢٠٠٩.

٢- محمد علي بدير. عصام عبد الوهاب البرزنجي. مهدي السلامي. مبادئ واحكام القانون الاداري. القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب. ٢٠٠٧.

٣- سليمان الطماوي. الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة). القاهرة: دار الفكر العربي،١٩٩٦.

٤- ثروت بدوي. القانون الاداري. النشاط الاداري، المجلد الثاني. القاهرة: دار النهضة العربية،١٩٨١-١٩٨٢.

٥- ابراهيم طه الفياض. القانون الإداري. الكويت: مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، ١٩٨٨.

٦- .محمد المتولي. الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق. القاهرة: مطبعة النسر الذهبي، دار النهضة العربية،٢٠٠٤.

٧- ياسر محمود الصغير. المعيار الوظيفي لتميز القرار الاداري (دراسة مقارنة). القاهرة: مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١٨.

٨- عبدالغني بسيوني عبدالله. القانون الاداري. الدار الجامعية للطمباعة والنشر، دون سنة نشر.

٩- .محمد فؤاد مهنا. القانون الاداري المصري والمقارن، ج١. القاهرة: مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٨.

١٠- طعيمه الجرف. القانون الاداري. القاهرة: المطبعة العالمية، دار النشر، مكتبة القاهرة الحديثة،١٩٦٣-١٩٦٤.

١١- محمود محمد حافظ. نظرية المرفق العام. القاهرة: بدون طبعة، دار النهضة العربية،١٩٨٠.

١٢- سليمان محمد طماوي. مبادئ القانون الاداري. الكتاب الثاني. نظرية المرفق العام وعمال الادارة. القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٧٩.

١٣- مصطفى السيد دبوس. تثمين خدمات الدولة في اطار ما يقدمه المرفق العام من خدمات (دراسة تحليلية). ط١، القاهرة: المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، ٢٠١٩.

١٤- محمد احمد ابراهيم المسلماني. الوسيط في شرح القانون الاداري. ط١. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠١٦.

١٥- مازن ليلو راضي. القانون الاداري. العراق: مطبعة جامعة كركوك، ٢٠١٠.

١٦- رياض عبد عيسى. اسس القانون الاداري. بغداد: دار السنهوري، ٢٠١٦.

ثانياً: البحوث العلمية

١- مازن ليلو راضي وعلي بخيت حمزة الحسيني. "الجوانب القانونية والإدارية للتعليم الجامعي الاهلي في العراق." بحث منشور في المؤتمر العلمي لجامعة اهل البيت. (٢٠٠٥): ص٥.

٢- رفاه كريك رزوقي وازهر عبد علي. "الرقابة الادارية والقضائية على مؤسسات التعليم العالي في العراق (دراسة مقارنة)." مجلة كلية التربية

الاساسية للعلوم التربوية والانسانية، جامعة بابل. العدد٤٢. (٢٠١٩): ص٦٢٥ وما بعدها.

٣- اسماعيل صعصاع البديري. "فكرة التخصيصة في المرافق العامة." مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية. المجلد١٤. العدد٢. (٢٠٠٧): ص١٦٨-١٦٩.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح

١- إدريس حسن محمد. "الرقابة الإدارية على المؤسسات الخاصة ذات النفع العام وتطبيقاتها في القانون العراقي- دراسة مقارنة." رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين.

٢- وعمار خير الله رجب. "الرقابة القانونية على اعمال مؤسسات التعليم العالي الأهلي في العراق (دراسة تحليلية)." رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تكريت.

رابعاً: المصادر الفرنسية:

١- G. Braibant, le drait administration francaice, Daler, paris, 1984, p: 146.

٢- R. chapus, Droir administrative generd, montchrestien delda, paris, 1995, p: 515.