الكلية : القانون

القسم او الفرع : القانون

المرحلة: الثانية

أستاذ المادة : م.د. أحمد كامل شاكر

اسم المادة بالغة العربية : القانون الإداري

اسم المادة باللغة الإنكليزية : Administrative law

اسم المحاضرة السادسة باللغة العربية: المرفق العام

اسم المحاضرة السادسة باللغة الإنكليزية : General facility

المرفق العام و ما ينتفع به لغة ،والمرفق العام من الامر هو ما ارفقت به وترد فكرة المرفق العام في معظم موضوعات القانون الاداري وعدها البعض اساس القانون الاداري، ويعود ظهور ذه الفكرة في فرنسا الى عام 1873 عندما صدر الحكم المشهور في قضية بلانكو ، فالمرفق العم كما عرفه بعض فقهاء القانون الاداري في العراق بأنه (نشاط تتولاه الدولة او الاشخاص العامة الاخرى كالمحافظة او البلدية او المؤسسة العامة أو المنشاة العامة او الهيئة العامة، يشكل مباشر او تعهد بها الى الاخرين كالأفراد او الاشخاص المعنوية الخاصة ولكن تحت اشرافها ومراقبتها و توجيهها لإشباع حاجة عامة لتحقيق الصالح العام.

وعليه سنتعرض الى مفهوم المرفق العام لدى المشرع والقضاء في العراق.

اولاً: <u>موقف المشرع العراقي من فكرة المرفق العام</u>: أن المشرع العراقي غالباً ما يستخدم تعابير مثل (الدوائر) و(المصالح الرسمية) بدلاً من عبارة المرفق العام، وقد ذكر المشرع العراقي بشكل صريح المرافق العامة وجعل سلطة الاشراف عليها لرئيس الجمهورية في الدستور العراقي الصادر عام 1970 الملغي فقد نصت المادة (57) منه على أن من الصلاحيات الرسمية ومؤسسات القطاع العام ، وهذا يعد تحولاً نوعياً عندما يتم ذكر المرافق في الدستور ، واعيد صياغة هذه المادة واصبح الاشراف على المرافق العامة بموجب هذا التعديل من صلاحية مجلس الوزراء، علماً أن تعبير المرافق العامة ورد ذكره في نص المادة 891 من القانون المدني العراقي باسم عقد التزام المرافق العامة والذي عرفته المادة سالفة الذكر بأنه (عقد الغرض منه ادارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد او شركة يعهد اليها باستغلال المرفق العام مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون، وقد اشار قانون المحافظات الملغي رقم (159) لسنة 1969 في المادة (86) منه بأن من اختصاصات مجلس المحافظة انشاء وتجهيز وادارة المرافق العامة للشباب وفق خطة الوزارة المختصة، اما الدستور الحالي لعام (2005) فانه لم يورد ذكر المرافق العامة في نصوصه.

ثانياً: <u>موقف القضاء العراقي من فكرة المرفق العام</u>: كان العراق من الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد اي يوجد فيه نوع واحد من المحاكم (المحاكم العادية) ولها ولاية عامة للنظر في المنازعات سواء أكانت مدنية ام ادارية, الا أن ذا الواقع قد تغير بعد انشاء محكمة القضاء الاداري بموجب التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم 106 لسنة 1989 وبهذا اصبح من دول القضاء المزدوج ، لأنه اصبحت محكمة القضاء الاداري في العراق تختص بالنظر بالطعون التي توجه للقرارات الادارية، وقد بذل القضاء العراقي جهوداً في محاولة للإسهام

في تطوير نظريات القضاء الاداري العراقي ومنها احكام محكمة التمييز التي اشارت الى المرفق العام وقد اعتمدت فكرة المرفق العام لتحديد طبيعة عقد بين الادارة ومقاول وكذلك في قضية لاحقة شهيرة باسم (قضية نشأت عبدالله) عام 1968 حيث اصدرت محكمة التمييز في قرارها المتعلق بهذه القضية بأن (مصلحة البريد والبرق والتلفون تعد مرفقاً عاماً والمرفق العام هو مشروع تديره جهة الادارة او تنظمه وتشرف على ادارته ويقصد به اداء خدمات او سد حاجة ذات نفع عام) ويمكن استخلاص عناصر المرفق العام من تعريف محكمة التمييز له:

أ- مشروع. ب- تديره او تنظمه او تشرف على ادارته جهة الادارة. 3- تكون غايته توفير الخدمات وسد الحاجات العامة.

ويبدوا أن هذا التوجه كان بسبب توسع دور الدولة في النشاط الحكومي قبل عام 1987 حيث كانت تعتمد النظام الاشتراكي بشكل كامل قبل هذا التاريخ وبعد هذه السنة المذكورة بدأت الدولة ترك بعض اوجه النشاط للقطاع الخاص والمختلط ، اما بعد عام 2003 فان الاسس الاقتصادية والسياسية لبناء الدولة تغيرت جذرياً فبعد أن كان النظام السياسي يقوم على الفكر الاشتراكي فأن النظام السياسي اعتمد على اساس الحرية الاقتصادية واقتصاد السوق الحر وفتح الابواب لرأس المال الوطني والاجنبي للاستثمار في المرافق العامة فقد جاء دستور العراق لعام 2005 بهذه المبادئ الخاصة بكفالة هذه المجالات وكذلك حرية انتقال الايدي العاملة والبضائع ورؤوس الاموال بين الاقاليم والمحافظات وتشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة ، هذا وقد جاء قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 بهذه المبادئ كما اكدت المادة (2) من القانون اهدافه ومنها:

1- تشجيع الاستثمارات ونقل التقنيات الحديثة للإسهام في عملية تنمية العراق وتطويره وتوسيع قاعدته الانتاجية والخدمية وتنويعها.

2- تشجيع القطاع الخاص العراقي والاجنبي للاستثمار في العراق.

3- تشجيع القطاع العراقي والاجنبي للاستثمار في العراق.

وقد جاء بالقانون تشكيل (الهيئة الوطنية للاستثمار) وتتمتع بالشخصية المعنوية ويمثلها رئيس الهيئة وترتبط وترتبط برئيس مجلس الوزراء ، كما نص القانون على صلاحية الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة فب اقليم على تشكيل هيئات استثمار في المناطق الخاضعة لها وتتمتع بصلاحيات منح اجازات الاستثمار والتخطيط الاستثماري وتشجيع الاستثمار، أن هذه التحولات من الدولة التدخلية الى الدولة الاشتراكية ثم اقتصاد السوق ليست بظاهرة خاصة بالعراق وانما هي ظاهرة عالمية انطلقت منذ نهاية القرن العشرين سميت ب(العولمة).

<u>انواع المرافق العامة</u>

أن المرافق العامة على اختلاف انواعها تشترك في كونها من اشخاص القانون العام و أن هذا القانون هو قانونها الاساس ، وتقسم المرافق الادارية من حيث طبيعتها ونشاطها الى مرافق ادارية ومرافق اقتصادية ومرافق مهنية وسنذكرها بشيء من الايجاز تباعاً:

1- المرافق الادارية: وهذا النوع من المرافق يعد من اقدم انواع المرافق العامة ومثالها دوائر الدولة المختلفة من جامعات و وزارات و وحدات اقليمية وتقوم المرافق العامة الادارية بالنشاط الاداري اليومي لتنفيذ القوانين وخدمة جمهور المواطنين.

2- المرافق الاقتصادية (الصناعية والتجارية): ويعود هذا النوع من المرافق العامة الى حكم شهير للقضاء الفرنسي فقد قضت محكمة المنازعات بأن الدعوى المتعلقة بدعوى ضد شركة نقل نهري تتعلق بمرفق صناعي وتجاري فأنها من اختصاص القضاء العادي لأن الادارة تدير هذا المرفق بالشروط والظروف نفسها التي يعمل بها اي تاجر او صناعي ومنذ ذلك الحكم بدأ التمييز بين المرافق الادارية والمرافق الصناعية والتجارية ومثال هذا النوع من المرافق منشآت الدولة وقطاعها العام الاقتصادي.

3- المرافق المهنية والنقابات: هذا النوع من المرافق يعد من احدث انواع المرافق العامة من حيث الظهور، فتاريخ ظهورها يعود الى ما بعد الحرب العالمية الثانية وتأخذ المرافق شكل الاتحادات المهنية والنقابات القائمة في العراق والتي تدار من قبل مجالس منتخبة من القطاعات التي تمثلها من المهن والنقابات مثل اتحادات العمال والفلاحين والطلبة ونقابات الاطباء والصيادلة والمعلمين.

<u>المبادئ الاساسية التي تحكم المرافق العامة:</u>

تخضع المرافق العامة مهما كان نوعها لعدد من المبادئ تنظم سيرها وتطورها لخدمة الجمهور و تحقيق النفع العام وهذه المبادئ املتها الضرورة التي قادت الى انشاء المرفق العام وهي اشباع الحاجات العامة وتحقيق النفع العام ، واهم هذه المبادئ هي(انتظام سير المرفق العام، تطور المرافق العامة، المساواة في الانتفاع بالمرافق العامة) وسنتعرض اليها تباعاً:

اولاً: انتظام سير المرفق العام

هذا المبدأ مشتق من مفهوم المرفق العام ذاته ومن طبيعة الالتزام الملقى على عاتق السلطة العامة بإنشائه ، فالمرافق العامة انشأت لإشباع حاجات عامة وتحقيق نفع عام وهذه الحاجات والمنافع مستمرة الامر الذي يقتضي استمرار المرفق في العمل بانتظام لإشباعها لان هذه الحاجات والمنافع لا تشبع بمجرد قيام المرفق العام وانتظامه في تحقيقها فترة زمنية محددة ، مثال ذلك الحاجة الى الخدمات الصحية والتعليمية والكهربائية والماء

والنقل، ومن جانب اخر فأن الافراد عند علمهم بوجود مرفق يؤدي لهم خدمة معينة سوف يرتبون شؤونهم اليومية على اساس وجود المرفق العام واستمراره بالعمل بانتظام واذا حصل اي انقطاع في سير المرفق العام فأن هذا ينعكس مباشرة على حياة المواطنين مما يؤدي الى ارباك حياتهم اليومية ، وعليه سنناقش مبدأ الاستمرارية في القانون الاداري في المجالات التي تقع في صميم استمرارية القانون انف الذكر في اربعة نقاط:

1- علاقة مبدأ انتظام سير المرفق العام بالنظريات الاساسية في الوظيفة العامة: أن مبدأ انتظام المرفق العام بالوظيفة العامة يعد من الاحكام الاساسية لضمان مبدأ الاستمرارية بمجال الوظيفة العامة ومن اهم مظاهرها:

أ- تكييف علاقة الموظف بالإدارة: أن علاقة الموظف قد تطورت من حيث التكييف من علاقة تعاقدية في مجال القانون الخاص الى عقد من القانون العام ، لتصل الى وصفها الحالي على انها علاقة تنظيمية وقد كانت ضرورات استمرار عمل المرفق العام بانتظام وراء التطور وجعلت الموظف في مركز تنظيمي.

ب- اختصاص الادارة في فرض العقوبات الانضباطية: منحت قوانين الخدمة المختلفة الادارة حق فرض عقوبات انضباطية في حالة ارتكاب الموظف ما يخل بواجباته الوظيفية، وترى ان اساس هذا الاختصاص يرجع الى ضرورات ضمان سير المرفق العام بانتظام ومنع الموظف من الاخلال بمتطلبات سير المرفق العام.

ج- تحريم الاضراب: نصت المادة (364) من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 على معاقبة كل موظف او مكلف بخدمة عامة بالحبس والعرامة اذا ترك عمل او امتنع عمداً متى ما كان من شأن الترك او الامتناع ان يجعل الناس او صحتهم او امنهم في خطر، او كان من شأن ذلك أن يحدث اضطراباً او فتنة او اذا عطل مرفقاً عاماً) ويعد ظرفاً مشدداً اذا وقع الفعل من ثلاثة اشخاص او اكثر كانوا متفقين على تحقيق غرض مشترك.

د- تنظيم استقالة الموظف: نظمت المادة (35) من قانون الخدمة المدنية رقم 24 لسنة 1960 المعدل استقالة الموظف حيث اجازت للموظف ان يستقيل من وظيفته بطلب تحريري يقدمه الى مرجعه المختص وعلى هذا الاخير ان ينت في الاستقالة خلال مدة لا تتجاوز 30 يوماً ويكون الموظف منفكاً بانتهائها الا اذا صدر امر القبول قبل ذلك.

و أن غاية المشرع من تنظيم استقالة الموظف هي لكي لا ينقطع عن تسيير المرفق العام بانتظام اذ ان انقطاع الموظف بمجرد تقديم الاستقالة يحدث ارباكاً في انتظام عمل المرفق العام.

هـ- نظرية الموظف الفعلي: الموظف الفعلي شخص يمارس مهام الوظيفة العامة دون أن يكون له في ذلك سند قانوني صحيح كأن تحدث ظروف استثنائية مثل حريق او فيضانات او غير ذلك ولا يمكن الموظفون العموميون من القيام بمهام اعمالهم فيقوم اشخاص اخرون لا علاقة لهم بالوظيفة بممارسة مهامها لتأمين استمرار عمل المرفق العام، كما يمكن ان تطبق هذه الحالة على الاشخاص الذين ليس لديهم سند قانوني صحيح في ممارسة

الوظيفة العامة وبعد ذلك تكشف الادارة ان قرار تعيينهم ليس صحيحاً فتعد تصرفاتهم صحيحة تجاه الاشخاص حسني النية.

2- علاقة مبدأ انتظام سير المرفق العام بالعقود الادارية: تتمتع الادارة في العقود الادارية بامتيازات لامثيل لها في عقود القانون الخاص ضماناً لاستمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد، ويتمتع المتعاقد معها بضمانات مهمة لأن القضاء الاداري نظر اليه على انه معاون للإدارة في تسيير المرفق العام ، فوضع نظريات عديدة لضمان التوازن المالي في حالة اخلاله كنظرية الظروف الطارئة لأجل تسيير المرفق العام بشكل منتظم وتتطلب من المتعاقد مع الادارة الاستمرار في تنفيذ التزامه المنصوص عليه في العقد حتى في ظل الظروف الطارئة وبإمكانه الطلب من المحكمة اعادة التوازن المالي للعقد وقد أخذ المشرع العراقي بهذه النظرية في القانون المدني العراقي، يضاف الى ذلك ان القضاء الاداري انشأ نظريات اخرى لضمان سير المرفق العام مثل نظرية فعل الامير ونظريات الصعوبات المادية غير المتوقعة.

3- علاقة مبدأ انتظام سير المرفق العام بالقرارات الادارية: اعطيت الادارة وسيلة لتحقيق نشاطها وانجاز مهامها وهذه الوسيلة المهمة هي امكانية اصدار قرارات ادارية بإرادتها المنفردة بغية تغيير المراكز والاوضاع القانونية والغاية من هذ الميزة هي ضمان سير المرفق العام بانتظام وحماية النظام العام.

4- علاقة مبدأ انتظام سير المرفق العام بنظرية الاموال العامة: أن النظريات المهمة في تحديد المال العام هي تخصيصه لخدمة مرفق عام وقد وضعت قواعد لحماية المال العام يرجع الاساس الاول لها الى مبدأ سير المرفق العام بانتظام واستمرار ومنها مبدأ عدم جواز الحجز على المال العام لأن هذا الحجز يتعارض مع متطلبات عمل المرفق العام بشكل منتظم ومستمر وايضاً ناك قواعد اخرى مثل عدم جواز تملكه بالتقادم وعدم جواز التصرف به لأن المصلحة العامة تقتضي عمل هذا المرفق.

ثانياً: تطور المرافق العامة: لما كانت الغاية العامة من انشاء المرفق العام هي تقديم الخدمة للجمهور فان هذه الخدمة تقتضي ان تتابع الادارة تحديث المرافق العامة و ادخال التعديلات عليها وفقاً لما يستجد نتيجة لتقدم العلم والتكنولوجيا، وليس للمنتفعين من المرفق العام الادعاء بأي حق مكتسب من النظام الذي تم تعديله، او اذا استمر المرفق العام بتقديم الخدمة بالطريقة والاساليب نفسها التي كان يسير عليها منذ انشائه ، و أن الموظف في مركز

تنظيمي لذا اقر هذا المبدأ الاساس الذي بموجبه تتمكن الادارة من ادخال اي تغيير في المرفق العام يستهدف تحديثه وجعله اكثر تحقيقاً للنفع العام الذي تتوخاه الادارة من انشائه وادارته.

ثالثاً: المساواة في الانتفاع بالمرافق العامة: تعد مساواة المواطنين في الانتفاع بالمرافق العامة تطبيقاً لمبدأ مساواتهم التي يقرها الدستور والقوانين فالمواطنون متساوون في حق الانتفاع بالمرافق العامة ، ولا يجوز التمييز بينهم من قبل العاملين على ادارة هذا المرفق لأي سبب من الاسباب ، اما اذا كانت امكانات المرفق العام محددة يجب وضع شروط موضوعية تسمح بالتنافس على قدم المساواة دون تمييز للحصول على الخدمة من هذا المرفق.

<u>طرائق ادارة المرافق العامة:</u>

تختلف طرائق ادارة المرافق العامة باختلاف نوعها اذ تختار الادارة الطريقة المناسبة لإدارة المرفق على وفق طبيعة نشاطه وتراعي في ذلك اعتبارات سياسية واجتماعية ونفسية فناك مرافق ندار بشكل مباشر نظراً لأهميتها لاتصالها بسيادة الدولة مثل الجيش والشرطة والقضاء وهناك مرافق اقل اهمية اما أن تديرها الدولة بنفسها او بالاشتراك مع الافراد وهناك اشخاص تسعى لتحقيق الربح وهذه تتبع اجراءات و وسائل القانون الخاص ، واهم انواع الطرائق هي:

1- الادارة المباشرة: بمقتضاها تدير الدولة المرفق العام بوساطة موظفيها بشكل مباشر وتستخدم في ذلك اساليب القانون العام وطريقة الادارة المباشرة في ادارة جميع المرافق العامة الادارية ، تما لأنها لا تدر ربحاً فلا يقبل عليها الافراد او لأنها من الاهمية والخطورة بحيث لا يمكن اشتراك الافراد في ادارتها.

2- الادارة المشتركة: الادارة المشتركة للمرفق العام هي طريقة وسط بين الادارة المشتركة وطريقة التزام المرفق العام ومن ابرزها شركات القطاع المختلط، اذ تشترك الادارة او احد اشخاص القانون العام في رأسمال المشروع ، وتشترك الادارة بقدر مساهمتها في رأسماله اذ حدد القانون حد ادنى لمقدار الاشتراك للدولة من خلال التشريعات لاعتبار المشروع مختلط.

3- الادارة بوساطة اشخاص القانون الخاص: ان عقد التزام المرافق هو عقد تعطي الادارة بموجبه ادارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية الى شخص من اشخاص القانون الخاص (فرد او شركة) وقد نظم المشرع العراقي في القانون المدني عقد التزام المرافق العامة وبين احكامه في المواد (891-899) وكانت هذه الطريقة هي الاسلوب

السائد في ادارة المرافق العامة الاقتصادية حيث يظل للإدارة حق الرقابة على طريقة ادارة المرافق وتشغيله من النواحي الفنية والمالية ولها الحق في تعديل نظام المرفق العام او انهاء العقد لأنه يعد من العقود الادارية.