

عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لـ B.O.T وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني

نوفان العقيل العجارمة*

ملخص

يحتمل عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية أهمية كبيرة في الدول التي تتبنى نظرية الاقتصاد الحر، حيث يلجأ الكثير من الدول إلى القطاع الخاص من أجل إدارة واستغلال المرافق العامة، والوسيلة القانونية لتنظيم هذا الأمر تتم عن طريق ما يعرف بعقد الامتياز.

ونحاول في هذا البحث الوقوف على ملامح نظرية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في النظام القانوني الأردني قضاءً وتشريعاً، لأن المشرع الأردني لم يضع تشريعاً عاماً ينظم فيه الجوانب القانونية المختلفة لهذا العقد أو حتى لعقد الامتياز، بل أوجب الدستور الأردني ضرورة إصدار قانون خاص بمنح كل امتياز على حدة، وبناء عليه فقد سُنت العديد من القوانين الخاصة التي تمت بموجبها المصادقة على حقوق الامتياز المختلفة. وقد ترتب على هذا التعدد التشريعي تنوع في الأحكام القانونية، واختلاف في التطبيق العملي ما بين عقد امتياز وآخر، لذا تأتي هذه الدراسة لتسلط الضوء على الآثار القانونية المترتبة على هذا العقد.

الكلمات الدالة: القانون الإداري، العقد الإداري، عقد الامتياز.

المقدمة

الدستوري الأردني ضرورة اصدر قانون خاص بمنح كل امتياز على حدة، وبناء عليه فقد سُنت العديد من القوانين الخاصة التي تمت بموجبها المصادقة على العديد من عقود الـ B.O.T باعتباره صورة من صور عقد الامتياز.

وقد ترتب على هذا التعدد التشريعي تنوع في الأحكام القانونية، واختلاف في التطبيق العملي ما بين عقد امتياز وآخر، لذا تأتي هذه الدراسة لتسلط الضوء على الآثار القانونية الناجمة عن عقد الامتياز لاسيما في مجال الكهرباء والبترو. وعلى الرغم من أهميته، لم يحظ بالدراسات القانونية الكافية في الأردن، وما كتب عن هذا العقد كان عبارة عن إشارات سريعة تأثرت إلى حد كبير بشرح القانون العام في مصر، على الرغم من اختلاف التنظيم القانوني بين البلدين.

وسوف نتبع منهجا قانونيا يزوج ما بين الطريقة الوصفية والطريقة التحليلية معتمدين في ذلك على النصوص التشريعية والمباني القضائية والاجتهادات الفقهية.

وعليه، سوف نقسم خطة البحث إلى ثلاثة مباحث نتناول في الأول التعريف بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وبين النظام القانوني له، ونتناول في المبحث الثاني آثار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، أما المبحث الثالث فسوف نخصصه لدراسة انتهاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وتصفيته.

تحتل دراسة العقد الإداري بشكل عام وعقد الامتياز بشكل خاص مكانة مهمة وبارزة في موضوع القانون الإداري، ومرد ذلك إلى أن العقد الإداري يمتاز بطبيعة قانونية خاصة تختلف في جوهرها عن عقود القانون الخاص.

ويعتبر عقد الـ B.O.T كصورة من صور عقد الامتياز من أهم العقود الإدارية المسماة على الإطلاق لاسيما في الدول التي تتبنى نظرية الاقتصاد الحر، وتكتسب دراسة هذا العقد مكانة خاصة باعتباره أسلوباً استثنائياً في إدارة واستغلال المرافق العامة، لأن الإدارة - في الأصل - هي التي تتولى القيام بإدارة واستغلال هذه المرافق وليس فرداً أو شخصاً معنوياً خاصاً كما هو الحال في عقد الـ B.O.T.

ونحاول في هذا البحث، ومن خلال دراسة أحكام عقد الـ B.O.T في الأردن، الوقوف على ملامح نظرية هذا العقد في النظام القانوني الأردني قضاءً وتشريعاً، لأن المشرع الأردني لم يضع تشريعاً عاماً ينظم فيه الجوانب القانونية المختلفة لهذا العقد، كما هو الحال في بعض الدول، حيث أوجب المشرع

* كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، عمان. تاريخ استلام البحث 2012/9/13، وتاريخ قبوله 2013/6/16.

وأخيراً تأتي الخاتمة لتتضمن أهم التوصيات والنتائج.

المبحث الأول

التعريف بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وبيان النظام القانوني له

المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخالصة، ويدعى شركة المشروع امتياز لتنفيذ مشروع معين، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة⁽³⁾.

وعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يعتبر في حقيقة مجموعة من العقود المركبة أي أن العقد. يتضمن في داخله حزمة من التعاقدات المختلفة والمتعددة الأطراف، حيث توجد اتفاقية الامتياز والتي تبرم بين الحكومة والمستثمر، واتفاقية إنشاء شركة المشروع، والتي تبرم عادة ما بين المستثمرين المساهمين في إنشاء المشروع وطبقاً لقوانين المطبقة في الدولة مانحة الامتياز، واتفاقية إنشاء المشروع، والتي تبرم بين شركة المشروع ومقاولي الإنشاء، واتفاقية الشراء والتي تبرم بين شركة المشروع والحكومة أو الجهة الإدارية المسماة في العقد، الحكومة المضيفة والتي ستشتري الإنتاج اليومي وتقوم بتوزيعه على المستفيدين مقابل السعر المحدد، كما هو الحال في العقود الخاصة بتوليد الطاقة الكهربائية.

ويتضح لنا مما تقدم إن أطراف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تتمثل، هما الجهة الإدارية وهي الحكومة أو إحدى الوحدات التابعة لها، وشركة المشروع والتي تعد الطرف الرئيسي في هذا العقد، حيث تلتزم بأن تبني وتشغل وتنقل ملكية المشروع بعد انتهاء مدته إلى الدولة مرة أخرى وبحالة جيدة. وحسب شروط العقد، ويذهب جانب من الفقه إلى أنه ليس هناك في المنطق القانوني ما يستلزم بان تكون الجهة الإدارية دائماً طرفاً في هذا العقد. حيث أجاز الالتجاء إلى نظام B.O.T لتنفيذ مشروعات لصالح القطاع الخاص، كأن يلجأ أحد النوادي أو إحدى الجمعيات الخاصة أو شركة القطاع الخاص إلى إبرام عقد B.O.T. لأن هذه العقود هي عقود جديدة وتعتبر وسيلة مشروعة لتلبية احتياجات هذه الجهات أو الشركات. على أن هذا العقد يكون في كل أحواله عقداً مدنياً يخضع في أحكامه لما اتفق عليه الأطراف وقواعد القانون المدني⁽⁴⁾.

ولم يحدد المشرع الأردني مفهوماً محدداً لعقد الامتياز أو لعقود البناء وتشغيل ونقل الملكية، بل تطرق إلى ضرورة اخذ موافقة السلطة التشريعية عند قيام السلطة التنفيذية بمنح أي حق من حقوق الامتياز، وهذا ما قرره المادة (117) من الدستور الاردني لسنة 1952 حيث جاءت بالقول (كل امتياز يُعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليها بقانون.

نتناول في هذا المطلب تحديد المقصود بعقد B.O.T فقهاء وقضاءً وتشريعاً ومن ثم نبين النظام القانوني الذي يحكم هذا العقد، وهذا ما سنوضحه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: التعريف بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وبيان أهميته.

المطلب الثاني: النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T.

المطلب الأول

التعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وبيان أهميته.

يعتبر عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T صورة من صور عقد الامتياز⁽¹⁾، ولا بد لنا من تسليط الضوء على مفهوم هذا العقد، ثم نبين أهميته. وهذا ما سنوضحه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التعريف بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

B.O.T.

نظام الـ BOT⁽²⁾ هو اختصار للمصطلح الانجليزي (Build, Operate, Transfer) أي البناء ثم التشغيل ثم نقل الملكية إلى الدولة، بمعنى أن تعهد الحكومة إلى شركة ما وطنية أو أجنبية، بإنشاء مرفق عام أو مشروع يقدم خدمات عامة يحتاجها الجمهور كالطرق والمطارات، والكهرباء، والبتترول، والاتصالات، وذلك على حساب الشركة، بحيث تقوم هذه الشركة بالمرحلة الأولى (الإنشاء Built) ثم تتولى هذه الشركة إدارة وتشغيل هذا المشروع بحيث يؤدي خدماته إلى جمهور المنفعين وتحت إشراف ورقابة الجهة الإدارية المتعاقدة وهذه المرحلة الثانية (الإدارة والتشغيل Operate)، ثم تنتقل الشركة ملكية المرفق أو المشروع إلى الدولة أو الجهة الإدارية المسماة في العقد وهذه المرحلة الثالثة (نقل الملكية Owner Ship Transfer).

وعرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي (الانسترال) عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنها شكل من أشكال تمويل

لتحقيق التنمية الاقتصادية. كما أنه يؤدي إلى تخفيض الإنفاق الحكومي ويساعد الدولة على توجيه مواردها إلى قطاعات أخرى أكثر أهمية.⁽⁸⁾

وتستفيد الدولة من استخدام نظام B.O.T للحصول على العيد من المنافع والمزايا منها:⁽⁹⁾

1- تخفيف العبء المالي عن كاهل الدولة: ففي ظل هذه العقود يتحمل القطاع الخاص تمويل إنشاء وتشغيل هذه المرافق وتحمل مخاطر التمويل بها مما يؤدي إلى أن تتفرغ الدولة للمشروعات والمرافق العامة الأكثر أهمية. وتتعاظم أهمية هذه العقود إذا كانت شركة المشروع مستثمراً أجنبياً مما يعني إدخال استثمارات جديدة وتمويل خارجي الأمر الذي يؤدي إلى تحسين ميزات المدفوعات وخفض العجز في الموازنة العامة للدولة وتعزيز حصيلتها من النقد الأجنبي. عدم اللجوء الصرف من الميزانية العامة للدولة أو مواردها السياسية أو احتياطياتها النقدية من أجل بناء هذه المشروعات التي تحتاج إلى استثمارات ضخمة. كما يؤدي هذا الأسلوب إلى تخفيف العبء عن كاهل الإدارة وذلك بإعفاءها من إدارة وتشغيل بعض المرافق العامة.

2- إقامة مشروعات ومرافق جديدة: بموجب هذه العقود يتم إقامة المشروعات والمرافق الجديدة التي تحتاجها الدولة لتحقيق التنمية الاقتصادية في مجالات الكهرباء، المياه، الطرق، والمطارات والسكك الحديدية والإنفاق، المستشفيات والمرافق الصحية، الزراعة والري، الإسكان... الخ. مما يؤدي إلى إتاحة مزيد من فرص العمل، وضخ أموال جديدة إلى السوق مما يقلل من نسبة التضخم ويحد من البطالة، فضلاً عن كونها تؤدي إلى خلق قاعدة صناعية وخدمية جديدة مثل إنشاء الطرق أو محطات الكهرباء أو المياه أو الأنفاق أو غير ذلك من المشروعات التي تتم عبر هذه العقود.

3- استفادة الحكومة من خبرة القطاع الخاص في الإدارة ونقل التكنولوجيا: حيث يتم الحصول على التقنية العالمية الحديثة اللازمة لتشديد تلك المشروعات والمرافق التي لا تتوفر محلياً، بل ينقلها المستثمر الأجنبي المالك لتلك التقنية الحديثة والذي لديه سابق الخبرة العالمية في تشييد وبناء مثل هذه المشروعات والمرافق. آخذين بعين الاعتبار إن الإدارة الخاصة دائماً أكثر فاعلية وكفاءة من الإدارة الحكومية. مما يحسن من أداء هذه الخدمات، وتحسين صورة الحكومات أمام المواطنين. فهذا الأسلوب يؤدي إلى التحرر من الروتين والتعقيدات الحكومية التي غالباً ما يكون لها آثار سلبية على كفاءة المشروع وإنتاجيته خاصة إذا تعلق الأمر بأحد المرافق الاقتصادية.

ولم نعثر على احكام تصدى القضاء الأردني فيها لتعريف عقد الامتياز أو عقود البناء وتشغيل ونقل الملكية، لان معظم المنازعات المتعلقة بهذه العقود تحل عن طريق التحكيم، ولا يختص القضاء عادة بنظرها.

ولكن القضاء الإداري المصري كان له موقف مختلف حيث عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية عقد الامتياز في حكمها الصادر في 25 / 3 / 1956 بالقول ((... إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح، فالامتياز عقد إداري ذو طبيعة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محدودة، ويتحمل المتلزم نفقات المشروع وخطاره المالية، ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يتحصلها من المنتفعين...⁽⁵⁾، وعقود البناء وتشغيل ونقل الملكية ما هي إلا صورة من صور عقد الامتياز كما سنبين ذلك لاحقاً.

وأخيراً، يمكننا تعريف عقد البناء وتشغيل ونقل الملكية BOT بأنه عقد تعهد الحكومة بمقتضاه إلى شركة من القطاع الخاص (وطنية أو أجنبية أو مشتركة)، بإنشاء مرفق عام⁽⁶⁾ ذو طبيعة اقتصادية، وإدارته وتشغيله وتقديم خدماته إلى جمهور المنتفعين، مع حصولها على الرسوم أو العوائد التي تتقاضاها من المنتفعين مقابل ذلك، ثم تلتزم تلك الشركة بنقل ملكية هذا المشروع إلى الدولة أو الجهة الإدارية المسماة في العقد، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة لعقد الامتياز.⁽⁷⁾

الفرع الثاني: أهمية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

B.O.T

تتبدى المميزات الأساسية لنظام عقود البناء والتشغيل ثم إعادة الملكية B.O.T في أنه يقدم حلاً لمشكلة تمويل مشروعات البنية الأساسية دون أن تضطر الدولة إلى اللجوء للاقتراض أو فرض مزيد من الضرائب على مواطنيها. أو تحميل الموازنة العامة مزيداً من الأعباء.

واللجوء لنظام عقود البناء والتشغيل ي إقامة مشروعات البنية الأساسية لا يرتبط بالدول النامية التي تعاني من اضطراب في موازنتها العامة. وإنما هو أيضاً وسيلة تلجأ إليها الدول الصناعية الكبرى نظراً لمزاياه الاقتصادية الكثيرة، فهو يوفر أساليب تمويلية جديدة لتمويل مشروعات البنية الأساسية

المرجوة منها والمتعلقة بتخفيف الأعباء المالية عن كاهل الميزانية العامة للدولة. ذلك أن الدولة تلتزم غالباً تجاه الملتزم بتقديم العديد من القروض أو التسهيلات الائتمانية في هذا الصدد أو التحمل بإعادة التوازن المالي للمشروع على نحو ما بينا.

4- ارتباط عقود B.O.T بالاحتكار فمشروع تشترط ذلك حتى تضمن سيطرتها على السوق وضمن عدم منافستها، حتى تستطيع أن تسترد ما أنفقته من أموال. ويترتب على ذلك ما يترتب على الاحتكار من أضرار ومساوئ وإذا لم يرتبط المشروع بالاحتكار، فإن الدولة المضيفة تلتزم بشراء الخدمة التي يقدمها المشروع كما يحدث في محطات الكهرباء.

5- إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لمدة طويلة، قد تصل إلى تسع وتسعين سنة، لأن المشرع الأردني لم يحدد مدة زمنية لعقود الامتياز، وهو أمر شديد الخطورة، إذ أن عقداً يعقد لهذه المدة الطويلة، من الزمن يقيد أجيالاً من بعدها أجيالاً، ثم إنه قد يرتب أوضاعاً سياسية واقتصادية يصعب التعامل معها فيما بعد.

6- قد لا يهتم حامل الامتياز (المستثمر) كثيراً بتحقيق الصالح العام بقدر اهتمامه بتحقيق الربح المادي مما يضطره إلى استخدام كافة الأساليب للوصول إلى هذا الهدف كرفع رسوم الانتفاع بخدمات المرفق أو تحقيق الخدمة... الخ. وإذا قيل بأن الإدارة لها الحق في مراقبة الملتزم ومنعه من ذلك، أمكن الرد بأن شركات الالتزام عادة شركات قوية برأسمالها وأرباحها ونفوذها. الأمر الذي يساعدها في أغلب الأحوال على التأثير على الإدارة ليس فقط لغرض الطرف عنها وإنما أحياناً لمساندتها في مثل هذه الأمور؟

7- قد تؤدي هذا الأسلوب إلى التدخل الأجنبي في شؤون الدولة خاصة المرافق التي تستخدم رؤوس أموال أجنبية والتي تتعلق بامتيازات ذات أهمية بالغة كشركات البترول الضخمة وشركات الملاحة المائية.

وعليه، ولغايات تعظيم إيجابيات هذه العقود والحد من سلبياتها، فلا بد من سن قانون ينظم كافة الجوانب المتعلقة بهذه العقود وان لا يترك الأمر إلى مطلق تقدير السلطة التنفيذية.

المطلب الثاني

النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T.

إن عقد البناء وتشغيل ونقل الملكية BOT لا يخرج عن كونه عقد امتياز، وقد تناول المشرع الدستوري الأردني عقد

4- يؤدي هذا النظام إلى تجنب المرافق العامة مهامات الاعتبارات السياسية والتي لا يمكن للإدارة في كثير من الأحيان التخلص منها عند إدارتها لمثل هذه المرافق.

5- الحصول على العوائد: نتيجة لتطبيق نظام عقود البناء والتشغيل فإن الدولة تحصل على حصتها من الرسوم والعوائد، وهذا يرفد خزينة الدولة بمبالغ مالية كبيرة، كما يحقق مكسباً للإدارة، إذ يعود المرفق بكل أدواته ومنشأته إليها بعد انتهاء مدة الامتياز. وفي الوقت نفسه يستفيد المستثمر من ضخ استثماراته في تشييد هذه المشروعات واستغلال المرفق لفترة الامتياز والحصول على الأرباح كونه يتقاضى رسوماً من جمهور المنتفعين بخدمات هذا المرفق.

وعلى هذا الأساس تم منح المستثمرين الأردنيين والأجانب حق الامتياز في مجالات عدة منها في إنشاء محطات توليد الطاقة الكهربائية، وحرق آبار البترول والمياه، واتبعت الحكومة الأردنية أسلوب B.O.T مؤخراً في تعاقدها مع شركة (جاما انيرجي) التركية بخصوص جر مياه الديسي إلى عمان⁽¹⁰⁾.

على أن هذه المميزات - في كثير من الأحيان - قد لا تتحقق. فقد كشفت كثير من التجارب العملية أن الأخذ بهذا النظام قد يشكل عبءاً اقتصادياً على الدولة المضيفة في كثير من التجارب لأسباب كثيرة ومنها⁽¹¹⁾:

1- لجوء المستثمر سواء أكان أجنبياً أم محلياً إلى السوق المحلية للحصول على التمويل اللازم للمشروع بدلاً من تحويل هذه الأموال من الخارج ثم بعد ذلك يستخدم هذا التمويل الداخلي لاستيراد المعدات والأجهزة من الخارج. مما يؤدي إلى زيادة الطلب على العملات الأجنبية والضغط على السيولة المتاحة في السوق الداخلي، الأمر الذي يؤدي إلى انخفاض قيمة العملة الوطنية وزيادة الطلب على العملات الأجنبية.

2- إن المميزات الاقتصادية التي يهدف إلى تحقيقها عقد B.O.T قد يصعب تحقيقها نظراً لزيادة أعباء الاستيراد من الخارج وتحويل المستثمر الأجنبي للأرباح الناتجة عن المشروع إلى الخارج دون أي قيود تلزمه باستثمار جزء من هذه الأموال في الدولة المضيفة، مما يؤدي على اختلال ميزان المدفوعات والتأثير على مقدار السيولة في السوق المحلية.

3- الإفراط في منح الملتزم المزايا المرتبطة بالعقد، ومن ذلك التزام الدولة بشراء الخدمة وضمن الحكومة لسداد حد أدنى لمقابل هذه الخدمة. فضلاً عن ضمان الحكومة لتأدية لديوان المستثمر. وهذا قد لا تحقق هذه الطريقة المزايا

بالقول ((...لا يوجد في قانون السير ولا في التشريعات الأخرى المعمول بها يمنح حق امتياز أو احتكار النقل على أي خط سير في المملكة، وعليه فإن ما تتعاه المستدعية على القرار المطعون من هذه الناحية لا يقوم على أساس...))⁽¹⁵⁾.

لقد دار خلاف في بادئ الأمر حول تحديد المقصود بعبارة (يصدق عليها بقانون) فهل المقصود بذلك وجود قانون واحد يطبق على كافة عقود الامتياز أم لا بد من سن قانون خاص لكل عقد على حده؟ وقد انتهى الأمر إلى ضرورة اصدر قانون خاص بمنح كل امتياز على حدة، وبناء عليه تم سن أكثر من (22) قانون خاصة بمنح حقوق امتياز في المملكة حتى تاريخه⁽¹⁶⁾.

ونحن نجد بان موقف المشرع فيه نوع من المغالاة، وفيه تعقيد للإجراءات وإطالتها، ولا يوجد ما يمنع من سن قانون عام ينظم كافة الأحكام المشتركة الخاصة بعقود الامتياز أو على الأقل يتم التفريق ما بين عقود الامتياز التي تمنح حاملها احتكاراً سواء كانت الاحتكارات قانونية أم فعلية والعقود الأخرى، فلا ضير من اخذ موافقة البرلمان في الحالة الأولى دون الثانية، بحيث يتم الترخيص للإدارة بمنح الامتياز بموجب قرار إداري يستند إلى تشريع عام.

المبحث الثاني

آثار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

إن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T - كغيره من عقود الامتياز - يمنح الإدارة مانحة الامتياز سلطات استثنائية واسعة تجاهه المتعاقد معها، وبنفس الوقت يرتب هذا العقد حقوقاً والتزامات على حامل الامتياز، وهذا ما سنوضحه في المطالبين التاليين:

المطلب الأول

سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

من خلال استقراء النصوص القانونية ذات العلاقة، وكذلك عقود الامتياز التي أبرمتها حكومة المملكة الأردنية الهاشمية يتبين لنا أن حقوق السلطة مانحة الامتياز تتمثل بما يلي:

الفرع الأول: حق الإدارة في الرقابة والإشراف على تشغيل وإدارة المرفق

من حق الإدارة أن تراقب وتشرف على المتعاقد معها حتى تتحقق من إن حامل الامتياز يباشر تنفيذ العقد ووفقاً لما هو

الامتياز مبكراً، حيث أنطت المادتين (67) و(68) من القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن لسنة 1928 بسمو أمير البلاد (آنذاك) باعتباره أميناً عن حكومة شرق الأردن أمر جميع المناجم والمعادن من أي نوع كانت.

وقد منح القانون الأساسي (الدستور) سمو الأمير حق منح التعدين أو عقد إيجار التعدين أو استخراج الزيت فيما يتعلق بالمناجم أو المعادن أو يفوض أو يؤجر أرضاً انيطت به أو أن يأذن بإشغال هذه الأرض بصورة مؤقتة بمقتضى الشروط والمدد التي يراها مناسبة على أن تراعى في ذلك أحكام القانون الأساسي، ولسمو الأمير حق تفويض أي شخص بان ينوب عنه في هذه الأغراض⁽¹²⁾.

وعليه، فإن عقد الامتياز في ظل القانون الأساسي لسنة 1928 كان يتم منحه بموجب قرار إداري من سمو أمير البلاد آنذاك باعتباره رأس السلطة التنفيذية.

وقد أكد الدستور الأردني لسنة 1947 على هذا الأمر حيث أنط بالملك، باعتباره أميناً عن حكومة المملكة الأردنية الهاشمية، أمر جميع المناجم والمعادن من أي نوع وصفة على أن يراعى أي حق منح لأي شخص بتشغيل هذه المناجم والمعادن بموجب امتياز نافذ في تاريخ هذا الدستور⁽¹³⁾.

وقد أجازت المادة (77) من ذلك الدستور لمجلس الوزراء بموافقة الملك أو أي شخص مفوض من مجلس الوزراء بموافقة الملك أن يمنح حق التعدين أو عقد إيجار التعدين أو استخراج الزيت⁽¹⁴⁾.

وعليه، فإن عقد الامتياز في ظل الدستور الأردني لسنة 1947 كان يتم منحه بقرار إداري من جلالة الملك أو بقرار من مجلس الوزراء بعد اخذ موافقة جلالة الملك.

أما الدستور الحالي لسنة 1952، فقد جاء بأحكام مغايرة تماماً، لما كان عليه في القانون الأساسي لسنة 1928 ودستور سنة 1947، حيث أنط أمر منح عقود الامتياز بالسلطة التشريعية (مجلسي النواب والأعيان)، وهذا ما قرره المادة (117) من هذا الدستور حيث نصت على (كل امتياز يُعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليها بقانون)، وعليه لا بد من صدور قانون من السلطة التشريعية يصدق على أي امتياز يُعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة، ولا يجوز للإدارة أن تمنح أي امتياز بموجب قرار إداري، وإن فعلت يكون الأمر منعدم صادر عن جهة غير مختصة وفيه اعتداء من السلطة التنفيذية على أعمال السلطة التشريعية.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة العدل العليا في احد أحكامها

إلا بموافقة حامل الامتياز وتتناول هذه الشروط عادة مدة الامتياز والأعباء المالية المتبادلة ما بين الإدارة وحامل الامتياز.

أما البعض الآخر من هذه شروط فيتمثل في النصوص اللائحية (أو تنظيمية) وهي التي تضعها الإدارة بارادتها المنفردة، ولا تخضع للتفاوض بين طرفي العقد، كالشروط المتعلقة بتنظيم المرفق العام وتسييره والأمور المتعلقة بتحديد رسوم الانتفاع من خدمات المرفق وشروط الانتفاع بالخدمة ومن ثم فإن جهة الإدارة تتمتع بحرية في تعديل تلك النصوص بارادتها المنفردة دون حاجة إلى موافقة حامل الامتياز⁽²¹⁾.

وأحكام القضاء الإداري مستقرة على جواز قيام الإدارة بتعديل عقد الامتياز ومن طرف واحد ودون الحاجة إلى موافقة المتعاقد معها، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في احد أحكامها بالقول (... ومن حيث إن المسلم به فقها وقضاء إن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين: شروط لائحية وشروط تعاقدية، والشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم...)⁽²²⁾.

وإذا كانت الإدارة تملك حق التعديل فإنه يتعين عليها مراعاة الشروط والضوابط المقررة قانوناً للتعديل، وبهذا أفقت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري حيث تقول ((... إن الإدارة فيما يتعلق بإبرام العقد الإداري وتعديله لا تكون طليقة من كل قيد فهي ملزمة عند إبرام العقد بأن تتوسل إلى ذلك بالإجراءات المقررة قانوناً... والأمر على ذلك النحو حين تكون هناك ضرورة ملجئة إلى تعديل نصوص عقد قائم بينها وبين الغير فهي ملزمة كذلك بمراعاة الإجراءات القانونية المقررة وأن يكون هدفها من هذا التعديل تحقيق مصلحة عامة...)⁽²³⁾

ويجب أن يصدر التعديل من السلطة المختصة بذلك، ووفقاً للإجراءات الشكلية المقررة، ويحق للمتعاقد أن يتمسك بالبطلان، إذا تم التعديل خلافاً للقواعد المقررة، كذلك لا يجوز للإدارة أن تقوم بالتعديل أن لم تتغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد أو ظروف المرفق الذي أبرم العقد من أجله⁽²⁴⁾.

وعلى أي حال، فقد نص المشرع المصري صراحة في المادة (5) من القانون الخاص بنظام التزامات المرافق العامة على حق مانح الامتياز متى اقتضته المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الامتياز أو قواعد استغلاله.

منصوص عليه في وثيقة عقد الامتياز. وتستمد الإدارة، هذا الحق من نصوص عقد الامتياز أو الأنظمة القانونية الحاكمة لهذا العقد.

والإدارة تملك هذه السلطة وحتى ولو لم ينص عليها في وثيقة الامتياز، فحق الرقابة مستمد من الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، وإذا نصّ عليها في العقد فإنه يكون كاشف لهذه السلطة وليس منشئاً لها، ويرى البعض بأن هذه السلطة تثبت للإدارة ولو نص العقد على استبعادها⁽¹⁷⁾.

وعلى أي حال، فإن هذا الحق تم تنظيمه في كافة عقود الامتياز التي أبرمتها الحكومة الأردنية، حيث أجازت المادة (12) اتفاقية الامتياز المعقودة ما بين الأردن وشركة البوتاس العربية، لرئيس الوزراء أو من ينيبه لهذا الغرض خلال مدة الامتياز حق الإشراف المالي والفني على إجراءات الشركة من أجل تأمين تشغيل هذا الامتياز تشغيلاً وافياً وبالدرجة التي يمكن تطبيقها على الظروف والأحوال السائدة، وقد أوجبت تلك المادة على الشركة أن تقدم لرئيس الوزراء أو من ينيبه كلما طلب ذلك جميع المعلومات والتقارير والإحصاءات المتعلقة بمشروع الامتياز⁽¹⁸⁾.

كما أعطت المادة (8) اتفاقية الامتياز معقودة بين حكومة الأردن وشركة البترول الوطنية لوزير الطاقة أن يشرف فنياً ومالياً على المرفق محل الامتياز، حيث أجازت للوزير خلال سريان هذا الامتياز حق الإشراف الفني والمالي على أعمال الشركة وإجراءاتها لضمان تنفيذه بصورة وافية تكفل تحقيق مقاصده وعلى الشركة أن تزوده بالمعلومات والتقارير التي يطلبها ويحق للوزير أن يطلع لهذه الغاية مباشرة أو بواسطة من ينتدبه لذلك⁽¹⁹⁾.

وقد نصت المادة (7) من القانون المصري رقم 129 لسنة 1947 - الخاص بنظام التزامات المرافق العامة - المعدل بالقانون رقم 185 لسنة 1958 صراحة على حق الجهة الإدارية في الرقابة على الملتزم سواء أثناء إعداد المرفق العام أو في فترة تسييره وتشمل هذه الرقابة الناخيتين الفنية والمالية، وتستطيع جهة الإدارة القيام بهذه الرقابة سواء بنفسها أو عن طريق من ينوب عنها في مراقبة إنشاء المرفق وتسييره.

الفرع الثاني: حق الإدارة في تعديل العقد وبالإرادة المنفردة⁽²⁰⁾

عقد الامتياز عادة يحتوي على نوعين من الشروط بعضها يخضع للتفاوض بين طرفي العقد وتعرفت بالشروط التعاقدية وهذه تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز تعديلها

حامل الامتياز لما اقبل على التعاقد مع الإدارة⁽³⁰⁾... ويتخذ المقابل المالي شكل الثمن في عقود الأشغال العامة والتوريد، أما في عقود الامتياز فيتخذ صورة العوائد الذي يفرضه حامل الامتياز على جمهور المنتفعين من خدمات المرفق الذي يدار بطريقة الامتياز، ويكون هذا العائد وفقاً للحدود المتفق عليها مع الإدارة⁽³¹⁾.

ولأن حامل الامتياز يكون في العادة في وضع احتكاري فان الإدارة تحدد الحد الأقصى لعوائد الانتفاع التي يمكن أن يحصلها، حتى لا تترك المنتفعين تحت سلطة حامل الامتياز وتحكمه⁽³²⁾.

وتطبيقاً لذلك فان المشرع المصري حظر على حامل الامتياز أن تتجاوز حصته السنوية من صافي أرباح استغلال المرفق العام 10% من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الامتياز⁽³³⁾.

أما موقف المشرع الأردني فلم يكن موحداً بخصوص العوائد التي يتقاضاها حامل الامتياز، فتارة أجاز تقاسم العوائد مع المتعاقد وتارة ترك الأمر إلى مطلق تقدير الحكومة وتارة جعل الأمر للحكومة بعد التشاور مع المتعاقد وتطبيقاً لذلك:

1- أجازت المادة (5) من هذه اتفاقية الامتياز المعقودة بين حكومة الأردن وشركة البترول الوطنية تقاسم العوائد ما بين الحكومة وحامل الامتياز مناصفة وقد جاءت تلك المادة بالقول: ((تتقاسم الحكومة والشركة مناصفة عوائد النفط و/ أو الغاز الذي يتم استخراجه حالياً من منطقة الامتياز...)).

2- أنطت المادة (20)، من اتفاقية امتياز الكهرباء لمنطقة لواء عجلون المعقودة بين الحكومة الأردنية وشركة كهرباء لواء عجلون، برئيس الوزراء تحديد تعرفه الطاقة الكهربائية حيث جاءت تلك المادة بالقول ((يقرر رئيس الوزراء من وقت إلى آخر التعريفه التي تتقاضى الشركة بموجبها أسعار الطاقة الكهربائية المباعة داخل منطقة الامتياز...))⁽³⁴⁾.

3- أجازت المادة (6) من اتفاقية الامتياز معقودة بين الحكومة وشركة مصفاة البترول الأردنية للحكومة حق تحديد أسعار الزيوت بالتشاور مع الشركة وقد جاءت تلك المادة بالقول ((... وبالتشاور مع الشركة تضع الحكومة على ضوء ذلك لائحة بأسعار البيع ولها أن تعدلها بين حين وآخر كلما وجدت ذلك ضرورياً على أن لا يتجاوز الربح بما في ذلك ضريبة الدخل عن (16%) من القيمة الاسمية للأسهم وعلى أن لا يقل نسبة هذا الربح عن (7.5%) من القيمة الاسمية للأسهم...))⁽³⁵⁾.

أما موقف المشرع الأردني فقد كان مغايراً تماماً لما هو مستقر عليه في مصر وفرنسا⁽²⁵⁾ فالإدارة مانحة الامتياز لا تملك أن تعدل أي بند من بنود العقد، سواء كانت بنوداً تنظيمية أم تعاقدية، إلا بعد موافقة المتعاقد وكذلك موافقة السلطة التشريعية، لأن عقود الامتياز - كما أسلفنا - لا بد من التصديق عليها بقانون، ومن ثم، يصبح عقد الامتياز جزءاً لا يتجزأ من هذا القانون، وإذا أرادت الإدارة أن تعدل أحكام هذا العقد فانه يتوجب عليها التقدم بمشروع قانون معدل للقانون الذي تم بموجبه المصادقة على عقد الامتياز، وترفق الحكومة مع القانون المعدل اتفاقية الامتياز المعدلة وبالطبع تحتاج هذه الاتفاقية إلى موافقة المتعاقد (حامل الامتياز)⁽²⁶⁾.

وتطبيقاً لذلك تم تعديل اتفاقية الامتياز المعقودة بين المملكة الأردنية الهاشمية وشركة البترول الوطنية بموجب القانون رقم 15 لسنة 2002⁽²⁷⁾ كذلك تم تعديل اتفاقية الامتياز الموقعة ما بين الحكومة ولشركة البوتاس العربية المساهمة المحدودة بموجب القانون رقم 55 لسنة 2003⁽²⁸⁾، وتم تعديل اتفاق امتياز الكهرباء لمنطقة لواء عجلون بموجب القانون رقم 48 لسنة 1985.

المطلب الثاني

حقوق والتزامات الشركة المتعاقدة مع الإدارة

للملتزم في عقد الامتياز حقوق يغلب عليها الطابع المالي، كون الملتزم - فرداً كان أم شركة - يسعى من وراء هذا التعاقد إلى تحقيق الربح، وبنفس الوقت هناك التزامات ملقاة على عاتق حامل الامتياز. وسوف نوضح في الفرعين التاليين حقوق والتزامات حامل الامتياز.

الفرع الأول

حقوق الشركة المتعاقدة

تتمثل هذه الحقوق في اقتضاء المقابل المالي والحصول على المزايا المالية التي تقرها جهة الإدارة وكذلك ضمان التوازن المالي للعقد في حال اختلاله.

أولاً: الحق في الحصول على المقابل المادي للعقد (العوائد)⁽²⁹⁾: يعتبر اقتضاء المقابل من أهم حقوق حامل الامتياز، لأن المتعاقد مع الإدارة تاجر ويسعى بدوره إلى تحقيق الربح، لاسيما إن الملتزم يتحمل الكثير من الأعباء المالية الناجمة عن إنشاء المرفق وتسييره وبالتالي يعتبر حق اقتضاء المقابل أو العوائد هو الأمر الذي يعول عليه الملتزم في تعويض النفقات وجني الأرباح ولولا أهمية هذا الحق لدى

للمتعاقدين، وإن يكون الإجراء الصادر عن الإدارة غير متوقع وقت إبرام العقد، وإن يكون الضرر خاصاً⁽⁴¹⁾، فإن المتعاقد يستحق تعويضاً كاملاً عن الضرر الذي أصابه، ويقدر التعويض على أساس ما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب، مع ملاحظة إن الاجتهاد القضائي الأردني مستقر على أنه لا تعويض عن الربح الفائت في المسؤولية العقدية، وإنما يتم التعويض عن الربح الفائت فقط في الفعل الضار (المسؤولية التصيرية).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة التمييز الأردنية بالقول ((... طبقاً للمادة (363) مدني فإن المحكمة تقدر الضمان بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه ويخرج عن مفهوم الضمان التعويض عما فات الدائن من كسب أو لحق من خسارة... إن المشرع قد فرق في التعويض عن الضرر بين ما هو ناشئ عن الفعل الضار المسؤولية التصيرية والضرر الناشئ عن المسؤولية العقدية وإن ما ورد في المادة (266) مدني يتعلق بالمسؤولية التصيرية ولا يشمل حكمها المسؤولية العقدية وبالتالي فإن عدم قضاء محكمة الاستئناف للمدعي بالكسب الفائت يكون متفقاً وحكم القانون...))⁽⁴²⁾.

ورغم عدالة ومنطقية هذه النظرية، فإن القضاء الأردني لم يأخذ بها، خلافاً للقضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا، وحجة محكمة التمييز في ذلك إن المشرع الأردني لم يأخذ بهذه النظرية في القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة ((... إنه مهما يكن من عدالة ومرونة نظرية عمل الأمير، إلا إن المجلة والقانون المدني لسنة 1977 لم يأخذ بها. كما لم تجد محكمة التمييز في النصوص ما يجيز الأخذ بها، وكذلك لم يأبه لها القضاء في البلاد العربية الأخرى التي لديها قانون مدني سابق للقانون المدني الأردني...))⁽⁴³⁾. وقضت أيضاً ((... إن نظرية عمل الأمير غير معمول بها في قوانين المملكة الأردنية الهاشمية، إذ لا يوجد إي نص يمكن أن يستخلص منه إن المشرع كان حين وضعه للنصوص القانونية متأثراً بهذه النظرية أو أنه أجاز تطبيقها، حتى إن القانون المدني الجديد لسنة 1976 كان خالياً من أي نص يوجب تطبيق هذه النظرية...))⁽⁴⁴⁾.

ونحن نتمنى على مشرعنا الأردني أن يتدخل - كما فعل بشأن نظرية الظروف الطارئة - ويضع نصاً يجيز للمتعاقد مع الإدارة المطالبة في التعويض، إذا لحقه به ضرر من جراء الأعمال المشروعة الصادرة عن الإدارة المتعاقدة، لأن المتعاقد مع الإدارة - وإن كان تجارياً يسعى إلى تحقيق الربح - فهو مساهم فعال وشريك للإدارة في تسيير المرافق العامة،

وبالإضافة إلى العوائد فإن من حق حامل الامتياز الحصول على المزايا التي تقرها السلطة مانحة الامتياز، وهذه المزايا قد تكون مالية تتعلق بتقديم قروض، أو تسهيلات مالية، أو تقديم قطعة أرض لبناء المرفق، أو حق استئجار الأراضي، أو على شكل إعفاءات جمركية أو إعفاءات من الضرائب والرسوم، أو إعفاء موظفي حامل الامتياز من بعض القيود التي تفرض على الأجانب⁽³⁶⁾.

ثانياً: الحق في ضمان التوازن المالي للعقد⁽³⁷⁾

من أهم حقوق حامل الامتياز إعادة التوازن المالي للعقد، إذا ما اختل هذا التوازن لسبب خارج عن إرادته، وفكرة التوازن المالي، موجودة في مجال العقود الإدارية ولا نظير لها في العقود المدنية، وهي في الأصل من ابتكارات قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وقد منح المتعاقد هذا الحق، كحق مقابل لحق سلطات الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد معها وإيرادتها المنفردة.

وقد استقر القضاء الإداري على منح المتعاقد مع الإدارة تعويضاً ودون الحاجة إلى إثبات خطأ من جانب الإدارة في ثلاث حالات، وتتمثل هذه الحالات بنظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وسوف نستنتج من دراستنا النظرية الأخيرة، كون لا مجال لتطبيقها في عقود الامتياز ويقتصر تطبيقها على عقود الإشغال العامة⁽³⁸⁾ دون غيرها:

1- نظرية عمل الأمير أو (إجراءات السلطة العامة):

يقصد بعمل الأمير كل إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة، ويكون من شأنه أن يزيد الأعباء المالية للمتعاقد معها، ويستوي أن يتخذ هذا الإجراء شكل القرار الفردي، كتعديل العقد، أو شكل القرار التنظيمي كزيادة الرسوم أو فرض رسوم على بعض المواد الأولية التي يحتاجها المتعاقد في تنفيذ العقد⁽³⁹⁾. وقد عرفت محكمة التمييز الأردنية بالقول ((... يقصد بنظرية عمل الأمير إن السلطة العامة بوصفها سلطة أمرة إذا سبق تعاقدها مع أحد الأفراد بعقد إداري للتوريد أو الإشغال العامة أو غير ذلك، ثم أصدرت عملاً مشروعاً يمس عناصر العقد الذي ارتبط به ويقلب اقتصادياته ويحمل المتعاقد الأخير أعباء وتكاليف جديدة تزيد في الأعباء التي التزم بها في مواجهتها تكون السلطة مسؤولة بالتعويض عليه عما لحقه من ضرر من جراء عملها المشروع...))⁽⁴⁰⁾.

وعليه، إذا توافر شروط هذه النظرية والمتمثلة بموجود عقد إداري ما بين المتعاقد والإدارة وأن يكون هناك فعلاً ضاراً صادر من جهة الإدارة المتعاقدة، وإن ينشأ عنه ضرر

المتعاقد⁽⁴⁹⁾.

ولم تعتبر المحكمة كذلك حرب الخليج طرفاً استثنائياً حيث تقول ((... إن القول بأن حرب الخليج وما نتج عنها بالنسبة للكويت تعتبر حادثاً استثنائياً، بما يستدعي تطبيق أحكام المادة 205 من القانون المدني قول غير وارد، ذلك إن الظروف التي ألمت بالكويت عام 1990، لا يمكن اعتبارها ظروفًا طارئة من شأنها استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدى بين الطرفين، وبالتالي لا مجال لتطبيق حكم المادة 205 من القانون المدني كما ذهبت إليه محكمة الاستئناف خطأ...))⁽⁵⁰⁾.

وتشترط المحكمة للحكم بالتعويض إن لا يكون الالتزام قد نفذ من قبل المتعاقد وتطبيقاً لذلك قضت ((... يستفاد من أحكام المادة 205 من القانون المدني إن انطباقها لا يكون إلا عندما يكون الحادث الاستثنائي العام قد طرأ خلال فترة من الزمن تفصل بين إبرام العقد وتنفيذ الالتزام الذي رتبته، فإن كان الالتزام قد نفذ فلا مجال للقول بانطباق نظرية الحوادث الاستثنائية المبحوث عنها في هذه المادة، إذا كان الالتزام موضوع الدعوى قد نفذ قبل إقامة الدعوى، فإنه لا وجه لتطبيق أحكام المادة 205 من القانون المدني))⁽⁵¹⁾.

ونحن نجد بأن قضاء هذه المحكمة محل نظر ولسببين، الأول إن مفهومة هذه النظرية كما صاغها قضاء مجلس الدولة الفرنسي وكذلك المشرع الأردني في المادة (205) من القانون الأردني هي إن الظرف الاستثنائي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً، أي إن بمقدور المتعاقد أن ينفذ التزامه لكنه لن ينجو من الخسارة، فهذه النظرية هي حالة وسط ما بين الظروف العادية التي يتحملها كل متعاقد والقوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

أما السبب الثاني، فيمثل بالأثر الذي يترتب على الأخذ بنظرية الظروف لطارئة، فالمتعاقد لا يعفى من تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد⁽⁵²⁾، رغم حدوث هذا الظرف، ولا يستطيع المتعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ، فيجب عليه أن يستمر بالتنفيذ، لأن العقد الإداري يتعلق بمرفق عام، وإن عدم التنفيذ يحلق ضرراً كبيراً بسير المرافق العامة، إضافة إلى حق الإدارة بفرض الجزاءات على المتعاقد في حالة عدم التنفيذ، لذا يتوجب على المتعاقد أن يستمر بالتنفيذ من أجل الاستفادة من مساعدة الإدارة⁽⁵³⁾، ومن ثم فإنه ليست العبرة بالتنفيذ أو عدم التنفيذ - كما ذهبت المحكمة - بل العبرة بالإرهاق، فإذا نفذ المتعاقد العقد وكان التنفيذ مرهقاً فإنه يستحق التعويض.

وتطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة اعتبرت المحكمة الإدارية العليا المصرية إن الارتفاع غير المتوقع لأسعار الزئبق عالمياً

ولاشك إن وضع مثل هذا النص يشجع القطاع الخاص على التعاقد مع الإدارة وهذا يصب في تحقيق الصالح العام.

2- نظرية الظروف الطارئة: بمقتضى هذه النظرية، إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها وقت إبرام العقد، وترتب على حدوثها اختلال في التوازن المالي للعقد، بحيث أصبح الالتزام مرهقاً للمتعاقد ولم يصبح مستحيلاً، فإن من حق المتعاقد على الإدارة أن تعوضه تعويضاً جزئياً عن الخسارة التي لحقت به⁽⁴⁵⁾.

وحسن فعل مشرعنا الأردني إذا قام بتقنين هذه النظرية في المادة (205) من القانون المدني رقم (43) لسنة 1976 وقد جاءت تلك المادة بالقول ((إذا طرأت حوادث استثنائية عامة⁽⁴⁶⁾ لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك . ويقع بإطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

وقبل العمل بإحكام القانون المدني لم يكن القضاء الأردني يأخذ بهذه النظرية، نظراً لخلو مجلة الأحكام العدلية التي كانت مطبقة آنذاك من النص على هذه النظرية، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية في احد أحكامها ((... استقر اجتهاد محكمة التمييز على إن نظرية الحوادث الطارئة لم تكن من النظريات المعمول بها في زمن نفاذ أحكام المجلة وإنما هي نظرية استحدثت لأول مرة في المادة 205 من القانون المدني لسنة 1976))⁽⁴⁷⁾.

ولتطبيق هذه النظرية لابد من توافر عدة شروط أجملتها محكمة التمييز الأردنية في احكامها بالقول ((... يستفاد المادة 205 من القانون المدني الباحث في الظروف الطارئة نجد أنها تشترط لتحقيق هذه الظروف الشروط التالية: 1- أن يكون الحادث استثنائياً عاماً كالفيضانات والزلازل. 2- إلا يكون في الوسع توقع هذا الحادث. 3- أن يترتب على هذا الظرف إرهاب المدين وإن لم يصبح مستحيلاً. 4- أن يكون العقد متراخياً وليس من العقود التي تنفذ فوراً...))⁽⁴⁸⁾.

وحتى يستفيد المتعاقد من التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة، لابد من توفر الشروط السابقة، فذا اختل احد هذه الشروط، فلا مجال للتعويض، فالقضاء الأردني لم يعرض إذ لم يكن الظرف استثنائياً أو إذا كان متوقعاً، فلم تعتبر محكمة التمييز الأردنية ظروف الانتفاضة التي مرت بها الضفة الغربية ما ينبئ في اعتبارها ظروفًا طارئة كون هذه الظروف متوقعة وتتصل بأسباب قديمة يعلم بها

الوزراء، والبرلمان عندما يصادق على عقد الامتياز تكون كافة الشروط والأحكام المتعلقة بهذا العقد أمامه، بما في ذلك الشخص صاحب الحق في الامتياز أو حامل الامتياز، ومن ثم، إذا أراد حامل الامتياز - الذي وافق عليه البرلمان - أن يتنازل كلياً أو جزئياً عن هذا الامتياز، فله ذلك، شريطة اخذ موافقة البرلمان على الشخص الذي تم التنازل له، لان التنازل عن عقد الامتياز، هو تعديل لعقد الامتياز واي تعديل لابد من المصادقة عليه بقانون، ولا يجوز أن يتم عن طريق قرار من مجلس الوزراء.

والقول بخلاف ذلك يعني إهدار الحكمة من المادة (117) من الدستور، وأيضاً لا يراعي التعديل الجوهري الذي جاء به دستور 1952، حيث جاءت بإحكام مغايرة للأحكام التي كانت واردة في القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن لسنة 1928 ودستور 1947، حيث كان عقد الامتياز في ظل الدساتير السابقة يمنح بموجب قرار إداري من الملك أو بقرار من مجلس الوزراء بعد اخذ موافقة الملك وكان مجلس الوزراء يملك في ظل تلك الأنظمة الدستورية السابقة الموافقة لحامل الامتياز أن يتنازل للغير عن حقوق امتياز، أما الدستور الحالي لسنة 1952، فقد أنطأ أمر منح عقود الامتياز بالسلطة التشريعية وحدها.

المبحث الثالث

نهاية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وتصفيته

تعرفنا على كيفية إبرام هذا العقد أو التنظيم القانون له، ولابد لنا من التعرف على حالات انقضاء هذا العقد، وعند بحث أمر انقضاء عقد الامتياز لابد من بث مسألة غاية في الأهمية إلا وهي تصفية هذا العقد من أجل معرفة مصير الأموال والأدوات المستخدمة في إدارة هذا المرفق . وهذا ما سنوضحه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

نهاية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

عقد الامتياز قد ينتهي نهاية طبيعة كغيره من عقود القانون الخاص، أو ينتهي نهاية غير طبيعية أو (مبتسرة) قبل أجله الطبيعي، وهذا ما سنوضحه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

النهاية الطبيعية للعقد

عقد الامتياز ينتمي إلى طائفة العقود الزمنية، فهذه العقود

من قبيل الظروف الطارئة التي يترتب عليه زيادة أعباء الشركة لمتعاقدة بتحميلها خسائر فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً⁽⁵⁴⁾.

الفرع الثاني

التزامات الشركة المتعاقدة

عقد الامتياز كالعقد المدني فيه التزامات متقابلة، فالمتعاقد مع الإدارة يتوجب عليه أن يوفي بهذه الالتزامات وفقاً لوثيقة العقد، وهذه الالتزامات تختلف في صورها باختلاف طبيعة العقد، فالالتزامات المتعاقد في عقد امتياز البترول⁽⁵⁵⁾ تختلف عن التزاماته في النقل الجوي⁽⁵⁶⁾ أو في عقد امتياز الكهرباء⁽⁵⁷⁾ ولا يستطيع حامل الامتياز أن يتحلل من التزاماته إلا في حالة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، كما لا يجوز لحامل الامتياز أن يدفع بعد التنفيذ، المنصوص عليه في القانون المدني، في حال إخلال الإدارة المتعاقد بأي من التزاماتها التعاقدية، إلا إذا أدى إخلال الإدارة إلى استحالة في التنفيذ⁽⁵⁸⁾.

ومن أهم التزامات حامل الامتياز، التزامه بالتنفيذ شخصياً، ولا يجوز له أن يحل غيره محله في تنفيذ التزاماته التعاقدية، إلا بموافقة الإدارة المتعاقدة، إن كان القانون يجيز ذلك، فإذا تنازل عن العقد دون موافقة الإدارة، فإن هذا التنازل يعتبر باطلاً بطلاناً يتعلق بالنظام العام، ويشكل خطأً من جانب المتعاقد يحق للإدارة توقيع الجزاءات بحقه⁽⁵⁹⁾.

ولكن يجب التمييز ما بين التنازل الكلي أو الجزئي عن العقد، وبين الاتفاقيات التي يبرمها حامل الامتياز بقصد تسهيل مهمته في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فهذا النوع من التعقد جائز تفرعاً على حرة لمتعاقد في اختيار طريقة الوفاء بالتزاماته⁽⁶⁰⁾.

وموقف المشرع الأردني واضح بخصوص هذا الأمر، فكافة عقود الامتياز التي أبرمتها الحكومة منذ عام 1930 وحتى تاريخه، تحظر على حامل الامتياز أن تتنازل بأي صورة كانت عن هذا الامتياز أو عن أي حق أو سلطة مخولة له بموجبه إلى الغير إلا بعد بموافقة مجلس الوزراء الخطية⁽⁶¹⁾.

وفي حقيقة الأمر، إن إيراد مثل هذا النص لا يتوافق وأحكام المادة (117) من الدستور التي أوجبت على كافة السلطات في الدولة بضرورة التصديق بقانون على كل امتياز يُعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة. فصاحب الولاية في المصادقة أو عدم المصادقة على عقود الامتياز هو البرلمان وليس مجلس

خلاف ذلك.

ثانياً: الاسترداد: يمكن للإدارة إنهاء عقد الامتياز قبل حلول موعده ودون خطأ من جانب الملتزم في مقابل تعويضه تعويضاً عادلاً، إذا قدرت إن المصلحة العامة تقتضي إنهاء هذا العقد قبل انقضاء مدته، وتحل الإدارة في هذه الحالة محل حامل الامتياز، وقد يتضمن العقد كيفية الاسترداد وقواعده، وهو ما يطلق عليه الاسترداد التعاقدية، كما قد تمارس الإدارة سلطة الاسترداد خارج قواعد العقد، وهو ما يعرف بالاسترداد غير التعاقدية⁽⁶⁶⁾.

وتطبيقاً لذلك نصت لمادة (21) من اتفاقية امتياز البترول المبرمة ما بين الحكومة الأردنية وشركة ديسكو انفستمينت لميند (جورديسكو) على: في حالات الطوارئ العامة الناجمة عن الحرب أو الاحتمال الوشيك لوقوعها، أو عن أسباب داخلية يحق للحكومة أن تصدر كل أو بعض إنتاج أية منطقة استثمار من المناطق المشمولة بهذه الاتفاقية، كما يحق للحكومة أن تستولي على حقل البترول نفسه وعند الضرورة على معامل المعالجة المتعلقة به... في حالة أية مصادرة تحصل طبقاً لما سبق ذكره، على الحكومة أن تعوض جورديسكو تعويضاً كاملاً عن جميع الخسائر والمصاريف الإضافية والعطل والضرر الذي تحملته أو تكبدته جورديسكو كنتيجة لتلك المصادرة طيلة وخلال مدتها بما في ذلك سعر السوق العادل للبترول المصادر من قبل الحكومة...⁽⁶⁷⁾.

والاسترداد قد يكون أيضاً تشريعياً، أي إن المشرع يسترد المشروع المدار بطريق الامتياز عن طريق إلغاء القانون الذي تم منح الامتياز على أساسه، كما فعل المشرع الأردني عندما الغى قانون تصديق امتياز التنقيب عن البترول الممنوح للسيد جورج ازميري، بموجب القانون رقم 46 لسنة 1959⁽⁶⁸⁾، وكما فعل المشرع المصري عندما إلغاء امتياز قناة السويس بموجب القانون رقم 285 لسنة 1956.

ثالثاً: الفسخ: الفسخ قد يتم بقرار إداري، وبأني هنا كعقوبة لان حامل الامتياز اخل بالتزاماته التعاقدية، ويعرف هذا الجزاء بإسقاط الامتياز، وأيضاً يمكن أن يتم الفسخ عن طريق القضاء، ويعرف بالفسخ القضائي.

1- **إسقاط الامتياز:** تستطيع الجهة مانحة الامتياز إنهاء عقد امتياز المرفق العام قبل مدته وهو ما يعرف بسحب الامتياز أو إسقاطه عندما يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة، أو يتكرر إهماله في تسيير المرفق العام بانتظام، أو يثبت لها عجزه عن إدارته، ويتعين على الجهة مانحة الامتياز إنذار

محددة بمدة معينة، تبدأ من تاريخ المصادقة على العقد أو اعتماده من السلطة المختصة بذلك، وتنتهي هذه العقد بانقضاء المدة المحددة لها.

لم يحدد المشرع الأردني مدة لعقد الامتياز تاركاً هذا الأمر خاضعاً للاتفاق ما بين المتعاقد والإدارة، وعادة يراعى عند تحديد مدة الامتياز أن تكون كافية لتغطية نفقات المشروع والسماح لحامل الامتياز بقدر معقول من الربح، وقد تراوحت مدة عقود الامتياز في العقود التي وقعتها الحكومة ما بين (15-100) عام⁽⁶²⁾.

أما المشرع المصري فكان منهجه مختلفاً حيث حدد مدة عقد الامتياز بثلاثين سنة وينتهي العقد بقوة القانون متى مر على تحريره هذه المدة، يستوي في ذلك أن يكون العقد قد تضمن النص على مدته أو لم يتضمن ذلك⁽⁶³⁾.

وعادة تحدد مدة عقد الامتياز في وثيقة العقد، وإذا اغفل العقد - وهذا أمر نادر - تحديد مدة العقد، نعتقد بان هذه المدة يجب أن تحدد بـ 99 عاماً، وذلك من باب القياس على الحكم الوارد في المادة (5) من القانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (15) لسنة 1958 والتي حددت مدة إجارة الأموال غير المنقولة بتسع وتسعين سنة فإذا عقدت لمدة أطول ردت إلى تسع وتسعين سنة.

ونحن نتمنى على مشرعنا الأردني أن يحدد مدة معقولة لعقود الامتياز، فالمدد الطويلة لاتخدم الصالح العام، لأننا نعيش في زمن متقلب، وكافة الظروف الاقتصادية والاجتماعية تتغير بشكل سريع، والحل الأمثل وضع مدة معقولة لا تتجاوز عقدين من الزمان، ثم يعاد النظر في تجديد أو عدم تجد عقد الامتياز بعد انتهاء تلك المدة، ووفقاً للظروف السائدة في حينه.

الفرع الثاني

النهاية المبكرة للعقد

قد لا يبقى عقد الامتياز حتى ينتهي نهاية طبيعة بانقضاء مدته، بل يحدث أن ينتهي نهاية غير طبيعية وقبل المدة المحددة لنفاذه، ويمكن رد أسباب الانقضاء المبتر لعقد الامتياز إلى الأسباب التالية:⁽⁶⁴⁾

أولاً: الفسخ باتفاق الطرفين (الإقالة): قد يتفق حامل الامتياز والإدارة على إنهاء العقد قبل مدته، ولا صعوبة في هذا المجال، إذ يتم تطبيق أحكام القانون المدني بهذا الخصوص، والذي أجاز للمتعاقد أن يقيلا العقد برضاها بعد انعقاده⁽⁶⁵⁾ ويجب أن يصدر رضا الإدارة وفقاً للأوضاع الشروط المقررة قانوناً، فالإدارة التي أبرمت العقد هي التي تملك الموافقة على إنهائه، مالم ينص العقد أو القانون على

بحيث أنه ليس من المألوف وقوعها، وتسببها بالأضرار، إضافة إلى أن ندرة وقوع مثل هذه الحوادث، يبقونها ضمن وصف القوة القاهرة (...))⁽⁷⁷⁾.

المطلب الثاني

تصفية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

يثير موضوع انتهاء عقد الامتياز سواء كانت نهايته طيبة أم مبتسرة، سؤالاً في غاية الأهمية، ألا وهو ما هو مصير الأموال والأدوات المستخدمة في إنشاء وتسيير المرفق المدار بطريقة الامتياز؟

تتمثل الإجابة على هذا السؤال من خلال وثيقة عقد الامتياز، فهي التي تتضمن تحديد مصير تلك الأموال عند انقضاء عقد الامتياز، وبعد دراسة بعض عقود الامتياز التي وقعت ما بين الحكومة الأردنية والمستثمرين نجد ما يلي:

أولاً: أموال تؤول ملكيتها للدولة مجاناً: وهي الأموال غير القابلة للتجزئة فيما يتعلق باستغلال المرفق كالعقارات المستعملة في المشروع من أراضي وطرق وعقارات بالتخصيص، وكذلك بعض المنقولات التي ينص عليها صراحة في صلب العقد⁽⁷⁸⁾، وهذا هو الأصل العام في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T حيث يقوم الملتزم بنقل الملكية كاملة في نهاية العقد إلى الدولة.

وتطبيقاً لذلك نصت المادة (29) من اتفاقية امتياز استخراج الأملاح والمعادن من البحر الميت بين فلسطين وشرق الأردن لسنة 1930 على: عند انتهاء أجل هذا الامتياز بمرور الزمن تصبح جميع الموجودات ومن جملتها الآلات والمكانات (سواء كانت ثابتة أو غير ثابتة) ملكاً للحكومة بدون دفع أي تعويض.

ثانياً: أموال تبقى ملكيتها للشركة المتعاقدة: الأصل إن عقد الامتياز هو الذي يحدد، وعلى سبيل الحصر، الأموال التي تؤول ملكيتها مجاناً للدولة، وما عداها يكون ملكاً لحامل الامتياز، أي إن تحديد هذه الطائفة من الأموال يتم بطريقة سلبية بعد استبعاد الأموال التي تؤول ملكيتها إلى الدولة مجاناً⁽⁷⁹⁾.

ثالثاً: أموال من حق الدولة أن تشتريها: هذه الاموال في الأصل تؤول ملكيتها لحامل الامتياز، ولكن نظراً لأهميتها فيما يتعلق باستغلال المشروع، فإن وثيقة الامتياز تعطي للإدارة الحق في شرائها، وهذه الطائفة من الأموال غالباً ما تكون من نوع المنقولات، خلافاً للطائفة الأولى التي تكون من نوع العقارات، وتحدد وثيقة العقد الأسس التي يتم الشراء على أساسها.

الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء وأن يكون هدف الإدارة هو تحقيق الصالح العام⁽⁶⁹⁾.

هذا، وقد أجازت عقود الامتياز للحكومة أن تفسخ اتفاقية الامتياز في حال إخلال حامل الامتياز ببعض التزاماته التعاقدية، كان يفشل في تحقيق مستوى الإنتاج المطلوب وخلال المدة المطلوبة⁽⁷⁰⁾، أو إذا رهنّت الشركة المشروع تأميناً للدين أو أصدرت سندات قرض خلافاً لنص العقد، أو قامت بالتنازل عن الامتياز أو إذا صدر قرار قضائي بتصفية الشركة حاملة الامتياز⁽⁷¹⁾، أو في حالة إهمال الشركة حاملة الامتياز أو تقصيرها أو تهاونها رغم إنذارها خطياً بذلك من قبل الإدارة⁽⁷²⁾.

2- الفسخ القضائي: الفسخ في هذه الحالة يحتاج إلى رفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة، وتنتقل المحكمة بالفسخ بناء على طلب احد طرفي العقد، حامل الامتياز أو الإدارة، وترتد آثار الفسخ - حسب القواعد العامة - إلى تاريخ رفع الدعوى وليس تاريخ النطق بالحكم.

والأسباب التي من أجلها يحكم القضاء بالفسخ عديدة، واهم هذه الأسباب وأكثرها شيوعاً، الفسخ بسبب القوة القاهرة، لان القوة القاهرة تؤدي إلى إعفاء المتعاقد من التنفيذ، والإدارة لا تستطيع أن ترغمه على التنفيذ، ومن المسلم به في القانون المدني الأردني بان الالتزام ينقضي إذا اثبت المدين إن الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه⁽⁷³⁾، وإذا لجأ المتعاقد إلى القضاء طالبا الحصول على حكم نظراً لاستحالة التنفيذ لوجود سبب أجنبي، فان الحكم في هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه⁽⁷⁴⁾.

والقوة القاهرة حادث لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه، وان عدم إمكان توقع الحادث واستحالة دفعه هما الشرطان الواجب توافرها في القوة القاهرة⁽⁷⁵⁾، واستحالة تنفيذ الالتزام يجب أن تكون استحالة نهائية لا استحالة وقتية، فإذا كانت استحالة وقتية فإنه يترتب عليها عدم إمكان التنفيذ مؤقتاً، أي أن الالتزام لا ينقض بل يقف فحسب إثناء تلك الاستحالة ويستأنف سيره بمجرد زوالها ولا يكون لذلك الطارئ اثر على قيام العقد خلال فتره الاستحالة⁽⁷⁶⁾.

وتطبيقاً لذلك اعتبرت محكمة التمييز الأردنية الأحوال الجوية قوة القاهرة تعتبر سبباً لفسخ العقد حيث تقول ((...)) وحيث أن الصاعقة التي تسببت بالأضرار، التي تطلب الميزة الحكم لها، بما دفعته لإصلاحها، تشكل قوة القاهرة، لأنه لا يمكن في الأحوال الجوية السائدة في المملكة الأردنية الهاشمية، توقع حدوثها، وخصوصاً في مناطق الجنوب، وذلك لقلّة الظروف التي تتسبب عنها مثل هذه الظواهر،

فأخذت بنظرية الظروف الطارئة بعد تقنينها في عام 1976 ولم تعترف بنظرية عمل الأمير (أو إجراءات السلطة العامة) حتى تاريخه، لان المشرع الأردني لم يأخذ بهذه النظرية.

4- إن ما درجت عليه الحكومة من وضع شرطاً في عقود عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T أو الامتياز تجيز لحامل الامتياز أن يتنازل كلياً أو جزئياً عن الامتياز شريطة اخذ موافقة مجلس الوزراء، لا يتوافق وأحكام المادة (117) من الدستور، لان التنازل عن عقد الامتياز، هو تعديل لعقد الامتياز وأي تعديل لابد من المصادقة عليه بقانون معدل، ولا يجوز أن يتم بقرار إداري يصدر عن مجلس الوزراء.

ثانياً: التوصيات

1- نتمنى على مشرعنا الأردني أن يتدخل - كما فعل بشأن نظرية الظروف الطارئة- ويضع نصاً يجيز للمتعاقد مع الإدارة المطالبة في التعويض، إذا لحقه به ضرر من جراء الأعمال المشروعة الصادرة عن الإدارة المتعاقدة .

2- نوصي بتعديل المادة (117) من الدستور الأردني لعام 1952، بحيث يكون النص كالتالي: 1- ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الامتيازات المتعلقة باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة. 2. كل امتياز يُعطى لمنح حق احتكار يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليها بقانون). فهذا التعديل المقترح فيه تبسيطاً للإجراءات إضافة إلى ذلك فإنه يفرق ما بين عقود الامتياز التي تمنح حاملها احتكاراً وعقود الامتياز الأخرى حيث يشترط اخذ موافقة السلطة التشريعية في حالة وجود الاحتكار دون باقي العقود.

3- بناء على التعديل المقترح للمادة (117) من الدستور فإننا نقترح سن قانون ينظم كافة المسائل المتعلقة بعقود الامتياز بما فيها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T ويجب إن يتضمن القانون الأحكام التالية:

- تحديد مدة العقد بمدّة لا تتجاوز (20) عاماً، مع قابليته للتجديد لمدة مماثلة.
- إعطاء الحق للإدارة في إعادة النظر بالأسعار، ووفقاً للشروط الأحكام التي يتفق عليها في وثيقة عقد الامتياز.
- تحديد الحد الأعلى لحصة المتعاقد من صافي أرباح استغلال المرفق العام.

وتطبيقاً لذلك نصت المادة (14) من اتفاقية امتياز شركة البترول الوطنية على: يحق للحكومة خلال مدة الامتياز أو بعد انقضائه شراء المشروع مقدراً على أساس القيمة الفعلية لجميع مرافقه من إنشاءات ومعدات وآلات كما وردت في هذه الاتفاقية محسوماً منها النسبة الحقيقية لاستهلاكها حتى تاريخ استلام الحكومة للمشروع وبحيث تتم إجراءات عملية الشراء بالاتفاق بين الحكومة والشركة وإذا تعذر إنهاء موضوع الشراء وتسويته بالاتفاق بين الطرفين فيلجا عندئذ إلى التحكيم وفقاً لاتفاقية الامتياز.

كما تنص المادة (المادة 14) من اتفاقية امتياز شركة التعلقات السياحية على ((... يحق للحكومة بعد مرور عشر سنوات على بدء نفاذ هذا الامتياز، شراء موجودات الشركة بثمن يقرر على أساس قيمتها الفعلية المقدرة وفق الأصول الحسابية المتعارف عليها وتتم عملية تقدير قيمة موجودات الشركة من قبل لجنة تضم عدداً متساوياً من مندوبي الحكومة والشركة ويتفق الطرفان على تعيين رئيس للجنة وفي حالة اختلافهما على تعيينه يقوم رئيس اعلي محكمة قضائية بتعيينه ويكون تقدير هذه اللجنة قطعياً وملزماً لطرفي الامتياز وغير قابل للطعن إطلاقاً)).

الخاتمة

نين ناليا أهم النتائج والتوصيات التي أفضت إليها الدراسة:

أولاً: النتائج

1- لقد جاء الدستور الحالي لسنة 1952، بأحكام مغايرة تماماً، لما كان عليه الأمر في القانون الأساسي لسنة 1928 ودستور سنة 1947، حيث أناط أمر منح عقود الامتياز بالسلطة التشريعية، في حين كان الامتياز في ظل الدساتير السابقة يمنح بقرار إداري من جلالة الملك أو بقرار من مجلس الوزراء بعد اخذ موافقة جلالة الملك.

2- لا يوجد تشريع عام في الأردن ينظم كافة المسائل المتعلقة بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T أو عقود الامتياز بشكل عام، بل يتم اصدر قانون خاص بمنح كل امتياز على حدة، الأمر الذي أدى إلى اختلاف الشروط والأحكام ما بين عقود الامتياز.

3- إن موقف قضاء محكمة التمييز الأردنية- فيما يتعلق بالتعويض عن الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ عقد الامتياز - جاء مغايراً لما هو مستقر في القضاء الإداري، فلا تحكم بالتعويض إلا إذا وجد نصاً يجيز ذلك،

يصح للفروق الجوهرية المؤثرة في حصول التباين بين النوعين.

5- إن التورق العكسي الذي تجريه بعض المصارف الإسلامية ليس بديلاً عن الوديعة الآجلة، ولا يعتبر من صيغ التمويل المقبولة شرعاً؛ لأنه لا يخرج عن القرض الربوي.

ويوصي الباحث بأن تتجه المصارف الإسلامية إلى إيجاد نوافذ مصرفية تساعد العملاء على الدخول في مشاريع تنموية تقوم على الانتاج، وتوفر فرص عمل للمجتمع المحلي، وعدم الاقتصار على النشاط الرأسمالي الذي يستهدف المال فقط.

• إعطاء الحق للإدارة في استرداد المرفق قبل انتهاء مدته ووفقاً للشروط والأوضاع التي تحددها وثيقة العقد.

• النص صراحة على حق المتعاقد في التعويض إذا لحق به ضرراً بسبب الظروف الطارئة أو الإجراءات الصادرة عن السلطة العامة.

• خضوع النزاعات الناشئة عن عقد الامتياز للقضاء الوطني.

• تمنح عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T بقرار من مجلس الوزراء، باستثناء العقود التي تمنح حاملها احتكاراً.

4- إن اعتبار التورق العكسي بالتورق الفقهي العادي لا

الهوامش

عنها، ص3. المرجع السابق، ص2.

(5) انظر: حكم محكمة القضاء الإداري المصري في القضية رقم 146 الصادر بتاريخ 1956/3/25، منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة (المجموعة)، السنة القضائية العاشرة (س.ق.)، ص259.

(6) تقول محكمة العدل العليا الأردنية في حكمها الصادر بالقضية رقم 1967/74 ((... المرفق العام هو حاجة جماعية بلغت من الأهمية مبلغاً يقتضي تدخل الحكومة لكي توفرها للأفراد باستخدام وسائل القانون العام سواء أكان الأفراد يستطيعون بوسائلهم الخاصة إشباع تلك الحاجة أم لا، أي إن العنصر الأساسي في المرفق العام هو ضرورة وجود خدمة عامة يهدف المشرع إلى إدارتها من الحكومة مباشرة أو بواسطة ملتزم تحت إشرافها لا فارق بين أن تكون تلك الخدمة تتعلق بنشاطات تجارية أو صناعية أو خلافاً... إن اعتبار إي مشروع مرفقاً عاماً هو من الأمور التقديرية التي تدخل في اختصاص السلطتين التنفيذية والتشريعية بلا معقب عليهما... إن المرفق العام يجوز أن يكون محل امتياز طبقاً لأحكام المادة 117 من الدستور...)) الحكم منشور على الصفحة 321 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1969/1/1.

(7) هناك شبه إجماع فقهي حول تعريف عقد الامتياز، فهذا العقد هو عقد إداري يتولى الملتزم - فرداً كان أو شركة - بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز،

(1) الامتياز مصدر الفعل (مَاز) وماز الشيء ميّزاً عزله وفرزه، وامتاز الشيء: بدا فضله على مثله، وانفصل عن غيره وانعزل: انظر المعجم الوسيط، ج2، ط2، الصادر عن مجمع اللغة العربية، ص893.

(2) للمزيد حول مفهوم نظام عقود الـ (P.O.T) انظر: - جابر جاد نصار، عقود البوت (P.O.T) والتطورات الحديثة لعقد الالتزام، ص35 وما بعدها - كذلك عمرو احمد حسبو، التطورات الحديثة لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ P.O.T دراسة مقارنة، ص85 وما بعدها.

-Levy (D): POT and public procurement: Conceptual framework .Vol.7, Indiana international, Comparative Law Review, 1996 p: 95.

(3) جمال الدين نصار، تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام البوت، ص10، أبو العينين، انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق نظام البوت B.O.T بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) وحسم المنازعات الناشئة عنها، ص3.

(4) انظر: جاد نصار، عقود البوت (P.O.T) والتطورات الحديثة لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص42، كذلك المستشار محمود فهمي: بحث في عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني - مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) وحسم المنازعات الناشئة

- حول تعريف عقد الامتياز: من الفقه العربي انظر:
- الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، ص106.
- العطار، القانون الإداري، ط3، ص577.
- عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، ص108.
- أمين، العقود الإدارية، 98-99.
- ومن الفقه الفرنسي انظر: الأستاذ جورج فيدل وبيار دلفوليه، القانون الإداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي، ط1، ص: 571.
- rats administratifs, Tom1, Paris, p.2. Andre De laubadere Traite theorique et pratique des cont - إليه لدى الشرفاوي، العقود الإدارية، ص49-50.
- (8) انظر: جاد نصار، عقود البوت (P.O.T) والتطورات الحديثة لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص45.
- (9) انظر: جاد نصار، عقود البوت (P.O.T) والتطورات الحديثة لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص55-60. كذلك رمضان بطيخ ونوفان العجارمة، مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية، الكتاب الأول: الإدارة العامة - تنظيمها ونشاطها، ط1، ص375.
- (10) تبلغ كلفة المشروع 702 مليون دينار لتوفير 100 مليون متر مكعب سنويا من المياه على مدى مئة عام، على أن يتم التنفيذ خلال ثلاث سنوات ونصف، وتبلغ الفترة التشغيلية للمشروع 25 عاما: للمزيد انظر: <http://petra.gov.jo/Artical.aspx?Lng=2&Section=1&Artical=32849>
- (11) انظر: جاد نصار، المرجع السابق، ص، 57-58، كذلك حمدي عبد العظيم: عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق - بحث منشور في كتاب إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء والتشغيل والتمويل (BOT) - تحرير محمد متولي، الجزء الأول، ص116.
- (12) انظر: المادتين (67) و(68) من القانون الأساسي لإمارة شرق الأردن لسنة 1927.
- (13) انظر: المادة (76) من الدستور الأردني رقم (3) لسنة 1947.
- (14) نظر: المادة (77) من الدستور الأردني رقم (3) لسنة 1947
- (15) انظر: حكم محكمة العدل العليا الأردنية في القضية رقم 2001/77 تاريخ 2001/5/23 منشورات مركز عدالة.
- (16) وبهذا الاتجاه أخذت محكمة القضاء الإداري المصرية في تفسيرها للمادة (137) من الدستور الملكي لسنة 1923 (والتي تقابل المادة 117 من الدستور الأردني) حيث جاء في احد أحكامها ((...وعلى مقتضى ذلك لا يجوز منح التزام في الأحوال المشار إليها في المادة (137) إلا بقانون، وليس من حق الإدارة ولا في سلطتها إن تبرم عقدا
- يختص البرلمان بإبرامه بقانون، ولو تم تعاقد كهذا، فاعنه يقع باطلا لمخالفته للدستور، ولصدوره من جهة غير مختصة، فلا يترتب عليه اثر ولا يكسب حقا)) حكمها الصادر بتاريخ 1956/6/24، المجموعة، س. ق (10)، ص365.
- (17) انظر: عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، ص308-312، ويشير الباحث أيضا إلى رأي توفيق شحاته، التزام المرفق العام (رسالة دكتوراة بالفرنسية)، ص93.
- (18) انظر: المادة (12) من اتفاقية تصديق الامتياز الممنوح لشركة البوتاس العربية المساهمة العامة المحدودة لسنة 1957 والمنشورة في عدد الجريدة الرسمية 1357 تاريخ 1957/2/18، وقد تم التصديق عليها بموجب قانون تصديق الامتياز الممنوح لشركة البوتاس العربية المساهمة المحدودة رقم 16 لسنة 1958.
- (19) انظر: المادة (8) من اتفاقية الامتياز معقودة بين حكومة الأردن وشركة البترول الوطنية المساهمة العامة المحدودة) لسنة 1995 والمنشورة في عدد الجريدة الرسمية 4122 تاريخ 1996/6/1 وقد تم التصديق عليها بموجب قانون تصديق اتفاقية الامتياز المعقودة بين حكومة المملكة الأردنية الهاشمية وشركة البترول رقم 9 لسنة 1996.
- (20) للمزيد حول ضوابط وحدود سلطة الإدارة في تعديل عقود الامتياز انظر: علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري - دراسة مقارنة، ص420-423.
- (21) انظر: فيدل وبيار دلفوليه، القانون الإداري، المرجع السابق، ص575-576؛ كذلك: محمد سعيد أمين، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص104.
- (22) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم 110 الصادر بتاريخ 1977/12/30، السنة القضائية 13، منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في (15) عاما (1965 - 1980)، الجزء الثاني، ص1928.
- (23) انظر: فتاها رقم 442 الصادرة بتاريخ 2000/8/17 ملف رقم 363/54، منشورة في مجلة المحاماة، تصدر عن نقابة المحامين المصرية، ص463-464.
- (24) انظر: بدوي، القانون الإداري، ص133-135، كذلك رسالته بالفرنسية عن فعل الأمير في العقود الإدارية، ص101 وهناك اتجاه فقهي يقول بخلاف ذلك، حيث أجاز للإدارة تعديل العقد حتى لو لم تتغير الظروف، طالما كان الهدف هو مصلحة المرفق العام، وبنفس الوقت حقوق المتعاقد محفوظة إذا الحق التعديل ضررا به، انظر: الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص444-445.
- (25) لقد اقترب مجلس الدولة الفرنسي في حكم حديث له، من موقف المشرع الأردني، حيث قضى في حكمة الصادر بتاريخ 1985/5/6 ((... إذا كانت القواعد العامة في

الأردنية الهاشمية وشركة البوتاس العربية المساهمة المحدودة صحياً وناقداً بالنسبة لجميع الغايات المتوخاة منه.

(28) استخدمنا اصطلاح العوائد بدلاً من اصطلاح الرسم، لان هذا الاصطلاح اصدق دلالة وأدق تعبيراً من اصطلاح الرسم، لان موارد الدولة المالية تقسم إلى قسمين: موارد إلزامية، وهي الضرائب والرسوم وموارد اختيارية، وهي إرباح الدولة الخاصة التي تعود عليها من ريع أملاكها من المعادن والآثار وأرباح الأعمال التجارية والصناعية والنقلية التي تقوم بها، وعلى هذا فان كلمة (العوائد) تدخل في موارد الدولة الاختيارية وليس الإلزامية، ومن ثم فان المقابل الذي يحصل عليه حامل الامتياز يدخل في باب العوائد وليس الرسوم. انظر: قرار الديوان الخاص بتفسير القوانين رقم 2 / 69 الصادر بتاريخ 18/2/1969 والمنشور على الصفحة 245 من عدد الجريدة الرسمية 2153 تاريخ 16/3/1969.

(29) للمزيد حول حقوق حامل الامتياز انظر: نواف كنعان، المرجع السابق، ص359-360.

(30) انظر: جابر جاد نصار، عقود البوت، المرجع السابق، ص154.

(31) انظر: ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، ص573.

(32) المادة الخامسة من القانون رقم 129 لسنة 1947 والخاص بالتزام المرافق العامة.

(33) المادة (20) من اتفاقية امتياز الكهرباء لمنطقة لواء عجلون معقودة بين الحكومة الأردنية والشركة (شركة كهرباء لواء عجلون المساهمة المحدودة في اربد) لسنة 1961 والمنشورة في عدد الجريدة الرسمية 1535 = تاريخ 16/2/1961 والمصدق عليها بموجب قانون امتياز الكهرباء لمنطقة لواء اربد لسنة 1961 (رقم 1) لسنة 1961.

(34) انظر: المادة (5) من اتفاقية الامتياز المعقودة بين الحكومة وشركة مصفاة البترول الأردنية المساهمة العامة المحدودة لسنة 1957 والمنشورة في عدد الجريدة الرسمية 1373 تاريخ 3/3/1958، والمصادق عليها بموجب قانون تصديق الامتياز الممنوح لشركة مصفاة البترول الأردنية المساهمة المحدودة رقم 19 لسنة 1958.

(35) انظر: المواد (2، 7، 15) من اتفاقية الامتياز الممنوح لشركة البوتاس العربية، كذلك المادتين (6، 9) من اتفاقية الامتياز الممنوح لشركة البترول الوطنية.

(36) للمزيد حول هذه النظريات: انظر:

- مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن، الجزء الأول، ص764 وما بعدها.

- شحاته، مبادئ القانون الإداري، ص813.

- الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق ص596 وما بعدها.

العقود الإدارية تتيح للإدارة كصاحبة الصلاحية في تنظيم المرفق العام، وتعديل العقود من جانب واحد، فان الإدارة لاستطيع قانوناً استخدام هذه السلطة في حالة عقد له، كعقد الاشتراك الهاتفي، محتوى محدد بكامله عن طريق تشريعي أو تنظيمي، إلا بإدخال تعديلات على هذه الأحكام العامة)). انظر: جورج فيدل وبيار دلفوليه، القانون الإداري، ج1، المرجع السابق، ص351-352.

قررت المحكمة الدستورية الاردنية هذا الامر حديثاً حيث تقول ((لا يرد القول بأنه تم التصديق على الاتفاقية التي نصت المادة (41-3) منها على إمكانية تعديلها أو تغييرها بموجب اتفاق خطي بين الطرفين لان ذلك معناه المساس بمجمل الاتفاقية ومن شأن هذه المصادقة منح الامتياز لمساحات أخرى جديدة دون الرجوع إلى المرجع الدستوري وهو السلطة التشريعية، وفي ذلك استبعاد النص الدستوري من التطبيق على الحالة الماثلة وتخويل السلطة التنفيذية صلاحيات حسم الدستور أمر منحها الأمر الذي يعتبر مخالفة صريحة لأحكام المادة (117) من الدستور التي كرست قاعدة قررتها بضرورة تصديق أية اتفاقية يمنح فيها حق الامتياز بموجب قانون يصدر لهذه الغاية... وهذه القاعدة من القواعد الرئيسية التي تقتضيها طبيعة السلطات المقررة لمجلس الأمة فيما يتعلق بالرقابة على منح امتياز المناجم والمعادن والمرافق العامة إذ انه لو لم تمتد هذه الرقابة إلى هذا المنح الإضافي لأصبحت الرقابة في الواقع لغواً، وينبني على ذلك أنه لا يجوز لأية جهة أن تمنح أي حق في استثمار أي من هذه المصادر مهما كان مقداره أو مساحته بدون التصديق عليه بقانون بمعنى أن حكم هذه المادة يشمل أي تعديل أو تغيير يتناول هذا الحق، ما دام وأن النص الدستوري ورد مطلقاً ولا بد من حمله على إطلاقه)). القرار التفسيري الصادر عن المحكمة رقم (1) لسنة 2013 تاريخ 14/1/2013 والمنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم (5194) تاريخ (2013/1/16) ص32.

(26) تنص المادة (2) من القانون (المعدل لقانون تصديق اتفاقية الامتياز المعقودة بين المملكة الأردنية الهاشمية وشركة البترول الوطنية المساهمة المحدودة لسنة 2002) رقم 15 لسنة 2002 : يعتبر الاتفاق الملحق بهذا القانون والمتعلق بتعديل اتفاقية الامتياز الملحقه بالقانون الأصلي والموقع بين حكومة المملكة الأردنية الهاشمية ومجلس إدارة شركة البترول الوطنية المساهمة المحدودة بتاريخ 13/2/2002 صحياً وناقداً بالنسبة لجميع الغايات المتوخاة منه.

(27) تنص المادة (2) من القانون (قانون معدل لقانون تصديق الامتياز الممنوح لشركة البوتاس العربية المساهمة المحدودة لسنة 2003) رقم 55 لسنة 2002 على: يعتبر الاتفاق الملحق بهذا القانون المتعلق بتعديل اتفاقية الامتياز الملحقه بالقانون الأصلي والموقع بين حكومة المملكة

- (37) للمزيد حول نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، انظر: أنور رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن أساتذة كلية الحقوق، العددان (3 و4) السنة 48، ص: 824 وما بعدها.
- (38) فؤاد العطار، القانون الإداري، المرجع السابق، ص603-604.
- (39) انظر: حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية في القضية رقم 1979/117 تاريخ 10/4/1979 والمنشور في عدد مجلة نقابة المحامين الصادر بتاريخ 1/1/1979، ص1234.
- (40) لقد أجملت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذه الشروط في حكمها الصادر في القضية رقم 65 الصادر بتاريخ 20/5/1961، السنة القضائية 2، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة في (10) سنوات (1955-1965) مجموعة أبو شادي، الجزء الثاني، ص1393-1394.
- (41) انظر: حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية في القضية رقم 1997/1587 الصادر بتاريخ 27/9/1997، والمنشور في عدد المجلة القضائية الصادر بتاريخ 1/1/1997 ص194.
- (42) انظر: حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية في القضية رقم 1979/117 سبقت الإشارة إليه.
- (43) انظر: حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1978/357 الصادر تاريخ 28/11/1978، منشورات مركز عدالة.
- (44) يرجع الفضل في إرساء دعائم هذه النظرية إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بورودو الشهيرة، حيث وجدت شركة الغاز (الشركة العامة لإتارة بورودو) نفسها ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بالسعر المتفق عليه في العقد على الرغم من ارتفاع أسعار الغاز بسبب الارتفاع الطارئ لأسعار الفحم الذي يعتبر المادة الأولية في صناعة الغاز، حيث ارتفع سعر طن الفحم من 35 فرنكا للطن في سنة 1915 إلى 117 فرنكا للطن في سنة 1916، بسبب ظروف الحرب، المتمثلة باحتلال العدو (ألمانيا) مناطق واسعة منتجة للفحم وأيضاً صعوبة النقل البحري، ولهذا تقدمت الشركة إلى السلطة مانحة الامتياز بطلب لرفع الأسعار، ولكن جهة الإدارة رفضت متمسكة بقاعدة إن العقد شريعة المتعاقدين، وان تنفيذ الالتزام لم يصبح مستحيلاً، وعندما رفع الأمر إلى مجلس الدولة (المحكمة الإدارية العليا) قررت مبدأ جديداً والمتمثل بهذه النظرية. انظر: C.E: 30/3/1916, Compagnie Generale Elairage de Bordeaux, REC, p: 125. مارسون لون وجي بريبان، أحكام المبادئ في القضاء
- الإداري الفرنسي، ترجمة احمد يسري، ص: 163-170.
- (45) يضرب السنهوري لتلك الحوادث الأمثلة الآتية ((... زلزال، أو حرب أو إضراب مفاجئ أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغاؤها أو ارتفاع باهض في الأسعار أو استيلاء إداري أو باء ينشر أو جراد يزحف أسرابها، ونرى من هذه الأمثلة إن الحوادث لا بد من أن تكون استثنائية يندر وقوعها، ولم يأتي النص بأمثلة تاركا ذلك للفقهاء والعمل)) انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، ص643.
- (46) انظر: حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية في القضية رقم 1979/119 الصادر بتاريخ 30/4/1979 والمنشور في عدد مجلة نقابة المحامين الصادر بتاريخ 1/1/1979 ص: 1246.
- (47) انظر: حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية في القضية رقم 2005/3534 الصادر بتاريخ 9/3/2006 - منشورات مركز عدالة.
- (48) انظر: حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية في القضية رقم 2005/3534، سبقت الإشارة إليه.
- (49) انظر: حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية في القضية رقم 2001/3219 الصادر بتاريخ 22/1/2002- منشورات مركز عدالة.
- (50) انظر: حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية في القضية رقم 2001/988 الصادر بتاريخ 3/10/2001 - منشورات مركز عدالة.
- (51) انظر: مهنا، القانون الإداري المصري والمقارن، المرجع السابق ص780.
- (52) انظر: الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق ص662.
- (53) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في القضية رقم 2150 الصادر بتاريخ 6/9/1962، السنة القضائية 6، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة في (10) سنوات (1955-1965) مجموعة أبو شادي، الجزء الثاني، ص1392.
- (54) تنص المادة (3) من اتفاقية الامتياز الممنوح لشركة مصفاة البترول الأردنية: على الشركة تأمين حاجة المملكة من منتوجات البترول وتصريف الفائض منها وتؤمن رأس المال الكافي للقيام بذلك. كما تنص المادة (4) من اتفاقية امتياز شركة البترول الوطنية: تلنزم الشركة بمقتضى هذه الاتفاقية بما يلي: تأمين التمويل اللازم لقيامها بإعمال التنقيب وتشغيل الآبار المنتجة حالياً في منطقة الامتياز وجراء عمليات التنقيب عن البترول واستخراجه بأحدث الطرق وبأساليب فنية متطورة تساعدها على انجاز أعمالها بكفاءة... الخ.
- (55) لقد حددت المادة (3) من اتفاقية امتياز شركة عالية

- (65) انظر: ماجد الحلو، المرجع السابق، ص463-464.
- (66) المادة (21) الامتياز معقودة بين الأردن وسلطة المصادر الطبيعية وشركة ديسكو انفستمينت لميند المساهمة العامة المحدودة) لسنة 19972 والمنشورة في عدد الجريدة الرسمية 2365 تاريخ 1972/7/3، والمصدق عليها بموجب قانون تصديق امتياز التقيب عن البترول واستثماره في المملكة الأردنية الهاشمية رقم (40) لسنة 1972)ش.
- (67) انظر: قانون بإلغاء قانون تصديق امتياز التقيب عن البترول الممنوح للسيد جورج ازميري لسنة 1959 رقم. رقم 46 لسنة 1959، وقد نصت المادة (2) على: يلغى قانون تصديق امتياز التقيب عن البترول الممنوح للسيد جورج ازميري رقم 21 لسنة 1958 ويبطل العمل به.
- (68) انظر: عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، المرجع السابق، ص257.
- (69) انظر: المادة (18/د) من اتفاقية امتياز شركة البوتاس.
- (70) انظر: المادة (12) من اتفاقية امتياز شركة البترول الوطنية.
- (71) انظر: المادة (15) من اتفاقية امتياز شركة كهرياء لواء عجلون.
- (72) المادة (448) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.
- (73) انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط- الجزء الأول، المرجع السابق، ص725.
- (74) انظر: حكم محكمة التمييز الأردنية بصفحتها الحقوقية في القضية رقم 1990/245 الصادر بتاريخ 1990/8/26 عدد مجلة نقابة المحامين لسنة 1991، ص1798.
- (75) انظر: حكم محكمة التمييز الأردنية بصفحتها الحقوقية في القضية رقم 2000/416 الصادر بتاريخ 2000/8/29 والمنشور في العدد رقم (8) من المجلة القضائية لسنة 2000، ص: 189 انظر كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم 689 السنة القضائية 4، الصادر بتاريخ 1959/12/12، مجموعة أبو شاي، ج2، ص1390.
- (76) انظر: حكم محكمة التمييز الأردنية بصفحتها الحقوقية في القضية رقم 1999/310 (هيئة عامة) الصادر بتاريخ 1999/4/28، منشورات مركز عدالة.
- (77) انظر: أمين، المرجع السابق، ص148.
- (78) انظر: الطماوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص779.
- الخطوط الجوية الملكية الأردنية مسؤوليات الشركة وواجباتها والتي تتمثل ب: تأمين الوسائل الكافية لسد حاجات النقل الجوي للمملكة وبشكل خاص الطائرات الحديثة وتسيير خطوط النقل الجوي وتنظيم الرحلات السياحية بطريق الجو داخل المملكة وخارجها... الخ.
- (56) تنص المادة (2) امتياز كهرياء لمنطقة لواء عجلون: تمنح الحكومة الشركة هذا الامتياز لتزويد منطقة الامتياز بحاجتها من الطاقة الكهربائية وفق الشروط المبينة في هذا الامتياز.
- (57) انظر: فيدل وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، ج2، المرجع السابق، ص577.
- (58) انظر: حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ 1957/1/27، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة، السنة القضائية 11، ص: 174. كذلك فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ص124-136.
- (59) انظر: الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق ص421.
- (60) انظر: المادة (10) من اتفاقية امتياز شركة البترول الوطنية والمادة (24) من اتفاقية امتياز استخراج أملاح البحر الميت لسنة 1930 والمادة (13) من اتفاقية امتياز شركة مصفاة البترول الوطنية والمادة (9) من اتفاقية امتياز شركة عالية الخطوط الجوية الملكية.
- (61) انظر: المادة (2) من اتفاقية امتياز شركة البوتاس والتي حددت مدة الامتياز ب 100 عام والمادة (2) من اتفاقية امتياز شركة النقلات السياحية والتي حددت مدة الامتياز بمدة 15 عاما والمادة (2) من اتفاقية امتياز استخراج أملاح البحر الميت لسنة 1930 والتي حددت مدة الامتياز بمدة 25 عام والمادة (2) من اتفاقية امتياز شركة مصفاة البترول الوطنية والتي حددت مدة الامتياز ب 50 عاما والمادة (2) من اتفاقية امتياز شركة عالية الخطوط الجوية الملكية والتي حددت مدة الامتياز بمدة 25 عام.
- (62) المادة (2) من القانون رقم 129 لسنة 1947، كذلك عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، المرجع السابق ص89 وما بعدها.
- (63) للمزيد حول سلطة الإدارة في إنهاء عقودها انظر: - الطماوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 736 وما بعدها.
- عياد، المرجع السابق، ص: 249 وما بعدها.
- أمين، المرجع السابق، ص: 1123 وما بعدها.
- (64) المادة (242) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

المصادر والمراجع

- الطار، فؤاد، 1976، القانون الإداري، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عياد، احمد عثمان، 1973، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة.
- الفحام، علي، 1976، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس.
- فياض، عبد المجيد محمد، 1974، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.
- كنعان، نواف، 2006، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- مهنا، محمد فؤاد، 1958، القانون الإداري المصري والمقارن، الجزء الأول، مطبعة نصر، القاهرة.
- فيدل جورج وبيار دلفولفيه، 2001، القانون الإداري، الجزء الأول والثاني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ط1.
- لون، مارسون وجي بريبان، 1991، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة احمد يسري، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- Levy (D). 1996. POT and public procurement: Conceptual framework. 7, Indiana international, Comparative Law Review.
- Andre De laubadere, Traite theorique et pratique des cont ract administratifs, Tom1, Paris.
- أمين، محمد سعيد حسين، 2001، العقود الإدارية، بدون ناشر.
- بدوي، ثروت، 2002، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة.
- جاد، جابر نصار، 2003، عقود البوت (P.O.T) والتطورات الحديثة لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة.
- حبسو، عمرو احمد، 2002، التطورات الحديثة لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام P.O.T. دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الحلو، ماجد راغب، 1996، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- رسلان، أنور، 1980، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن أساتذة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العددان (3 و 4) السنة 48.
- السنهوري، عبد الرزاق احمد، 1967، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- شحاته، توفيق، مبادئ القانون الإداري، دار النشر للجامعات المصرية، 1954-1955.
- الشرقاوي، سعاد، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998-1999.
- الشريف، عزيزة، 1981، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الطماوي، سليمان محمد، 2005، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، دار الفكر العربي، القاهرة.

B.O.T Contract and Its Application under the Jordanian Legal System

*Nofan A. Al-Ajarmeh**

ABSTRACT

B.O.T contract plays an important role in countries that adopt the free economy theory, where many countries refer to the private sector in order to administrate and exploit public utilities, in which such issue is managed through what is known as concession contract.

In this research, we are trying to discuss the B.O.T contract theory under the Jordanian legislative and judiciary legal system, since the Jordanian legislator did not create a general legislation for organizing the various legal issues concurring the concession contract or B.O.T contract. However, the Jordanian constitution ordered to issuance a private law for gaining each concession separately.

Therefore, several private laws were enacted to grant and certify various concession rights, where in consequence various legal rules and different practical applications arose among concession contracts. Consequently, this research focuses on the legal effect of the B.O.T contract.

Keywords: Administrative Law, Administrative Contract, Concession Contract.

*Faculty of Law, The University of Jordan, Amman. Received on 13/9/2012 and Accepted for Publication on 16/6/2013.