النظام القانوني للاسترداد في عقد الامتياز

د. نور عيسى الهندي*

تاريخ تقديم البحث:٢٠١٦/٩/٢٧م. تاريخ القبول: ٢٠١٧/٥/٧م.

ملخص

تتناول هذه الدراسة النظام القانوني المنظم لاسترداد عقد امتياز المرافق العامة، وتسوية المنازعات الناشئة عنه، كون الاسترداد أحد السلطات التي تتمتع بها الإدارة مانحة الامتياز، إذْ يحق لها إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة دون خطأ من المتعاقد حامل الامتياز لدواعي الصالح العام، فمن مصلحة الإدارة استرداد المرفق محل الامتياز، وبالمقابل فإن من مصلحة الملتزم الاستمرار في التعاقد مع الإدارة تحاشيا للخسارة الفادحة التي تنتج من جراء استرداد المرفق، لذا لا بد من إيجاد قدر من التوازن في المصالح المتعارضة، ولا يتأتى ذلك إلا بتنظيم سلطة الإدارة في استرداد الامتياز، ومن أجل إيضاح هذه الفكرة تقف الدراسة على الأسس القانونية لنظام الاسترداد، من خلال بيان مفهوم الاسترداد، وأهميته العملية وطبيعته القانونية وصوره، كما تسلط الضوء على تصفية عقد الامتياز بين الجهة مانحة الامتياز، وحامل الامتياز، وبيان مصير الأموال المقدمة من طرفي العقد، وأخيرا تعالج التسوية القضائية للمنازعات الناشئة عن استرداد عقد الامتياز.

الكلمات الدالة: عقد الامتياز، الاسترداد، المصلحة العامة، تصفية عقد الامتياز، تسوية المنازعات.

* قسم القانون العام، كلية الحقوق جامعة الملك فيصل، المملكة العربية السعودية.
حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

The Legal System of the Recovery in the Concession

Noor Issa Alhendi

Abstract

This study clarifyies the legal system of Retrieve a concession of public utilities, and the settlement of disputes arising out of it as one of the authority of management where it has the right to terminate the contract will of the individual without any fault of the contractor the concession holder. For the reasons of public interest, it is the interest of the administration to recover the public utilities on the other hand, it is the interest of the concession holder to coutinue in contracting with the administration to avoid the large loss which is caused by recovery of public utility, so it is necessary to find a balance in the conflicting interests by organizing authority administration in the recovery of public utility. In order to illustrate this idea the study will clarify the legal basis of the recovery through the statement of the concept of recovery, nature of the legal process, and forms. |The study also illustrates the liquidation of concession contract between the parties and the statement of the fate of the money provided by parties. Finally, the study deals with judicial settlement of disputes arising from the recovery of the concession contract.

Keywords: concession contract. Recovery, public interest, liquidation of concession contract, settlement of disputes

مقدمة:

تنبع أهمية هذه الدراسة من كونها تقتفي الإطار القانوني الناظم لخصوصية استرداد عقد امتياز المرافق العامة، فمن المعلوم أن الإدارة هي المسؤولة عن إدارة المرافق العامة، إلا أنها استثناء تلجأ للقطاع الخاص لمعاونتها في إدارة المرافق العامة إدارة مؤقتة، تتحدد بمدة زمنية، تؤول بعدها إدارة المرفق العام إلى الإدارة، فيتم ذلك عن طريق أحد أهم العقود الإدارية، وهو عقد الامتياز،وبما أن عقد الامتياز أسلوب استثنائي؛ فيحق للإدارة التخلص منه عن طريق ممارسة سلطتها في إنهائه واسترداد الامتياز دون خطأ من المتعاقد لدواعي المصلحة العامة، مقابل تعويضه تعويضا كاملا عما يصيبه لقاء ذلك من أضرار، فهذا الأمر سلطة وامتياز للإدارة تمارسه بالإرادة المنفردة من خلال إصدار قرار إداري يتضمن استرداد الامتياز، دون حاجة للجوء إلى القضاء؛ لأنه حق أصيل وثابت حتى لو لم ينص عليه العقد.

قمين بنا الإشارة إلى أن عقد الامتياز– ينتهي كما هو الحال في سائر العقود الإدارية – نهاية طبيعية إمابتنفيذ الالتزام المتفق عليه أو بانقضاء مدته، وهو بذلك لا يخرج عن القواعد العامة لانتهاء العقود في القانون الخاص، بيد أنه قد ينتهي قبل ذلك وهو ما اصطلح عليه (النهاية المبتسرة للعقد الإداري)، دلالة على أن أجل نهايته قد حل قبل نهايته الطبيعية أي ابتسرت مدة نفاذه وذلك في حالات محددة، كما أن عقد الامتياز ينفرد دون سائر العقود الإدارية بخاصيتين أساسيتين تقوم عليهما الأحكام المنظمة لهذا الموضوع، وهما: صلة العقد الوثيقة بالمرفق العام والتي تزيد من فرص نهاية العقد قبل ميعاده المحدد، وجسامة المبالغ التي يستلزمها إعداد المرفق والتي تستوجب حماية الملتزم، هذا ويمكن رد أسباب انقضاء عقد الامتياز قبل الأوان إلى ثلاثة عوامل: إسقاط الامتياز، استرداد الامتياز، والفسخ لسبب من الأسباب، وإمعانا في تضييق موضوع الدراسة ستقتصر على معالجة استرداد الامتياز.

كونه يثير مشكلة تكمن في التعارض القائم بين مصلحة الإدارة في استرداد الامتياز ومصلحة حامل الامتياز في استمرار التعاقد مع الإدارة، ويمكن حل هذه الإشكالية عن طريق الإجابة عن عدد من التساؤلات:

ماالأساس القانوني لسلطة إنهاء عقد الامتياز؟ وكيف يمكن الموازنة بين مصلحة الإدارة في استرداد الامتياز ومصلحة الملتزم في استمرار التعاقد؟ وما مفهوم الاسترداد؟ وما أهميته العملية، وما التكييف القانوني للاسترداد؟ وما الطبيعة القانونية للاسترداد؟ وكيف يتم التمييز بين الاسترداد والنظم المشابهة له؟ وما صور الاسترداد؟ وكيف يتم تصفية عقد الالتزام بين الإدارة والمتعاقد؟ وما مصير الأموال المقدمة من طرفي العقد؟ وكيف يتم تسوية المنازعات الناشئة عن استرداد الامتياز؟ ومن القضاء

المختص بنظر هذه المنازعات؟ وهل يمكن اللجوء إلى الطرق البديلة لحل المنازعات الناشئة عن العقد كالتحكيم؟

وبالإجابة عن التساؤلات السابقة تتكشف أهداف الدراسة التي تتمثل في الكشف عن الأساس القانوني لسلطة إنهاء عقد الامتياز، والكشف عن مفهوم الاسترداد وأهميته العملية، وبيان التكييف القانوني للاسترداد والطبيعة القانونية له، والتمييز بينه وبين النظم المشابهة له، ثم الكشف عن صور الاسترداد، وبيان آلية تصفية العقد بين الطرفين، ومصير الأموال المستخدمة في إدارة المرفق العام، وأخيرا تسوية المنازعات الناشئة عن العقد عن طريق القضاء والتحكيم.

ولعل أبرز الصعوبات الأكاديمية التي واجهت الدراسةهي فقر المكتبة العربية للمراجع والدراسات التي تعاين هذاالموضوع، إذ لم يسعف الباحثة الجهد في إيجاد أية مصدر فقهي في صلب الدراسة، غير أن قلة من الدراسات دارت حول الموضوع لا في صلبه، منها: دراسة فيصل شطناوي، سنة ٢٠١٤، النظام القانوني لعقد ال B.O.T وتسوية المنازعات الناشئة عنه في ظل التشريع الأردني، ودراسة نوفان العجارمة، سنة ٢٠١٣، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ل B.O.T وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني.

ومن أجل أن تأخذ الدراسة حقها اتخذت من المنهج التحليلي وسيلة لاستنطاق النصوص القانونية، من هنا جاءت الدراسة في مبحثين، جاء الأول بعنوان "ماهية استرداد امتياز المرافق العامة"، أما المبحث الثاني فعُنون بـ "تصفية عقد الامتياز وتسوية المنازعات الناشئة عنه".

وخُتمت الدراسة بعدد من النتائج التي توصلت إليها، وأخيرا جاءت توصيات الدراسة التي نتمنى أخذها بعين الاعتبار.

مطلب تمهيدي: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقد امتياز المرافق العامة

قبل الخوض في منعرجات النظام القانوني لاسترداد عقد الامتياز؛ لا بد من بيان الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد، إذ تتمتع الإدارة بامتياز مهم في عقد الامتياز، هو قدرتها على إنهائه بإرادتها المنفردة قبل حلول أجله الطبيعيودون أن يصدر خطأ من المتعاقد معها[١] إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك[٢]، ويعتبر الإنهاء استرداداً لحق الإدارة في استغلال المرفق العام كحق أصيل لجهة

(١) راضي، العقود الإدارية، ص: ١٦٥.

(٢) غازي، سلطات الإدارة، ص: ٧٣.

الإدارة في إنهاء العقد قبل نهايته الطبيعية [١]، فهو حق خطير تكاد لا تجد له وجودا في مجال علاقات القانون الخاص، إلا إذا اتفق المتعاقدان على ذلك أو أباحه القانون بنص صريح، وقد أقر كل من الفقه والقضاء الإداريين بوجود هذا الامتياز للإدارة ولو لم ينص عليه في العقد [٢]، بوصفه حقا تقتضيه المصلحة العامة في جميع العقود الإدارية دون استثناء، فهو من الخصائص المميزة للعقود الإدارية، بشرط أن يكون الدافع وراء ذلك المصلحة العامة [٣]، ولتحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية دون خطأ من المتعاقد[٤]؛ انقسم الفقه الإداري إلى مذاهب شتى، فمنهم من يرى أن الإنهاء يقوم على فكرة الصالح العام، ومنهم من يرى أنها تقوم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العامة، ومنهم من يرى أنها تقوم على أساس مزدوج يجمع بين الأساسين السابقين، وسنبين ذلك على النحو الآتي:

أولاً:: أساس الصالح العام ومقتضيات سير المرافق العامة

يرى بعض الفقهاء القانونيين أن الأساس القانوني لسلطة الإنهاء بالإرادة المنفردة، يقوم على أساس ضرورات الصالح العام، ومقتضيات حسن سير المرافق العامة، فقد يظهر بعد إبرام عقد الامتياز أن المرفق العام لم يعد بحاجة إلى وجود هذا العقد، وعليه فمن مصلحة المجتمع إنهائها لأنه أصبح يتنافى مع المصلحة العامة، فللإدارة في هذه الحالة الحق في إنهاء العقد، إذا اقتضى ذلك الصالح العام[٥].

(١) بيوض، **عقد الامتياز**، ص: ٢٦٤.

(٢) **نفس المرجع السابق**، ص: ٧٥.

(٣) فوزي، **قانون المناقصات**، ص: ٢٥.

(٤) عبد الحميد، **انقضاء العقود**،ص: ٦٦.

(٥) فنجد المحكمة الإدارية العليا المصرية مثلا تقرر في حكم لها: "أن للإدارة سلطة إنهاء عقودها الإدارية قبل الآوان وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يُحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إذ إنه حق للإدارة مقرر بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو إلى موافقة الطرف الآخر". انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٩٩٢/١١/١٥، مستشار حمدي ياسين عكاشة، ١٩٩٨، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص: ٢٥٢. وفي حكم آخر قررت أن "للجهة الإدارية الحق في إنهاء عقودها الإدارية قبل الأوان حتى ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية". انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٤٤ ق، جلسة ٢٠٠١/٥/١٥، الدائرة الثامنة.الطماوي، **الأسس العامة**، ص: ٧١١.

ثانياً: أساس فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام

يرى أنصار هذا الرأي أن السلطة التي تتمتع بها الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، تقوم على الامتيازات الاستثنائية للإدارة، التي من بينها سلطتها في إنهاء العقد، وهي النتيجة المنطقية والطبيعية لنظام السلطة العامة استقلالا عن اشتراطات أطراف العقد، فيرى أنصار هذا الرأي أن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية تقوم على فكرة السلطة العامة أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام، ومقتضيات المرافق العامة، فالإدارة تمارسها في مجال عقودها الإدارية عن طريق استعمال امتيازاتها في إصدار القرار التنفيذي وفي التنفيذ المباشر، أما فكرة الصالح العام أو مقتضيات المرافق العامة فهي تصلح شرطا لممارسة هذه السلطة أكثر منها أساسا قانونيا لها [١].

ثالثا: الأساس التوفيقي

يرى أنصار هذا الرأي أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد، تستند على فكرة امتيازات القانون العام التي تحتفظ بها الإدارة في العقد إلى جانب فكرة الاحتياجات الخاصة بالمرفق العام، ويرى بعض الفقه أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد من جانب واحد، تقوم على أساس قانوني مزدوج يستند على الصالح العام، واحتياجات المرافق العامة من ناحية، وعلى فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام من ناحية أخرى [٢].

وفي تقديرنا لموقف الفقه الإداري من تحديد الأساس القانوني لسلطة إنهاء عقد الامتياز، نرى أنه تم الاعتراف بهذه السلطة للإدارة تحقيقا للمصلحة العامة، ولضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام، وأن المتعاقد مع الإدارة معاون لها في أداء خدمة المرفق، وله في حالة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة الحق في الحصول على التعويض المناسب نتيجة لاستخدام الإدارة لسلطتها، وعلى القضاء الإداري ممارسة رقابة على قرار الإنهاء، والتأكد أن الإدارة هدفها الصالح العام، وأن هناك أسبابا حقيقية وراء إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، وأن الأساس الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة هو الصالح العام وهو ما نؤيده، فإذا تبين للقضاء أن قرار الإنهاء لم يقم على أسباب مشروعة؛ حكم بالتعويض المناسب دون أن تمتد سلطة المحكمة للبحث في ملاءمة القرار وإلغائه، على أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يملك إلغاء قرار الإنهاء، إذا تبين أنه لم يؤسس على سبب مشروع، بالإضافة إلى حق المتعاقد

(١) عياد، **مظاهر السلطة**، ص: ٢٦٦.

(٢) عبد البديع، **سلطة الإدارة**، ص: ٤٤٤.

في الحصول على التعويض المناسب لما لحقه من ضرر نتيجة إنهاء العقد قبل أوانه دون تقصير منه[١].

المبحث الأول: ماهية استرداد عقد امتيازالمرافق العامة

من أجل الكشف عن ماهية استرداد عقد الامتياز كان لا بد من الوقوف على: تعريف استرداد امتياز المرافق العامة، وبيان صور استرداد امتياز المرافق العامة.

المطلب الأول: تعريف استرداد امتياز المرافق العامة

تعددت الآراء الفقهية التي عالجت تعريف استرداد امتياز المرافق العامة، وستتبنى الدراسة التعريف الذي يتوافق مع منهجها.

الفرع الأول: تعريف الاسترداد

الاسترداد هو إجراء تقوم الإدارة مانحة الامتياز بمقتضاه بإنهاء العقد قبل حلول الأجل المقررله دون خطأ من المتعاقد حامل الامتياز لدواعي الصالح العام مقابل منحه تعويضا عادلا عما لحقه من أضرار جراء الإنهاء، فقد يأخذ صورة مبلغ إجمالي، أو صورة أقساط سنوية لمدة محددة، ويراعي في تقديره الأسهم والنفقات التي يتكون منها رأس المال، وما أُنفق على تجهيز المرفق وإعداده، إضافة إلى ما قد يفقده الملتزم من أرباح نتيجة استرداد المرفق قبل ميعاده الطبيعي. ويتم هذا الإجراء عادة بصورة قرار إداري [٢] إذا تبين للإدارة أن طريقة الامتياز لم تعد تتفق مع المصلحة العامة أو أن المرفق العام محل الامتياز فقد صلاحيته التي كان يتمتع بها، كما لو كان محل العقد إدارة واستغلال خط سكة حديدية وأغلق الخط[٣].

كما يعرف الفقيه الفرنسي (جيز) استرداد امتياز المرفق العام بقوله بأنه: "ذلك القرار الانفرادي من جانب مانح الالتزام الذي بوساطته ينهي الالتزام قبل التاريخ المحدد لانقضائه في خارج حالة إسقاط الالتزام".

وتجدر الإشارة إلى أن عقد الامتياز يكون دائما محددا بمدة مؤقتة، وليس أبديا وهذا الطابع المؤقت يستند إلى عدد من الأسباب منها[٤]: سلطة الإدارة في تنظيم إدارة المرفق العام غير قابلة للتصرف فيها،

(١) راضي، **العقود الإدارية**، ص:١٦٧.

(٢) الجبوري، **العقود الإدارية**، ص: ٢٤١.

(٣) عبد الحميد؛ **انقضاء العقود**، ص: ١٢٢.

(٤) عبد البديع، **سلطة الإدارة**، ص: ٥٢٠.

فعقد الامتياز المؤبد يتضمن تصرفا مؤكدا في سلطة الإدارة، حيث تتنازل الإدارة إلى الأبد عن المرفق العام، لذلك فإن عقد الامتياز المؤبد غير ممكن قانونا، وهذا من النظام العام. والطابع الاستثنائي لعقد الامتياز؛ فالأسلوب العادي لإدارة المرافق العامة هو الإدارة المباشرة للمرفق بوساطة الإدارة ذاتها، فالامتياز يعد الأسلوب الاستثنائي، وبالتالي فإن الإدارة تستطيع أن تتخلص من الأسلوب الاستثنائي، وتعود إلى الإدارة المباشرة للمرفق العام. ومن ثم فإن غالبية المرافق العامة تحتاج بعد تاريخ معين للتغيير والتطوير، مراعاة للتغيرات التي تحدث حتما في المراكز السياسية والاجتماعية والاقتصادية، فالإدارة مانحة الامتياز تملك سلطة تعديل المرفق من جانب واحد، لكن هذه السلطة غير كافية، فالإدارة لا يمكن أن تجري إلا تعديلات جزئية وليست جذرية، لذا فمثل هذه التغيرات تتطلب أن تقوم الإدارة باسترداد المرفق للقيام بإجراء التغييرات بنفسها(١).

يتضح مما سبق أن استراد الامتياز إجراء صادر من جانب الإدارة مانحة الامتياز وحدها، ففي الغالب أن أوضاع الاسترداد ينظمها عقد الامتياز ذاته، ويطلق عليه في هذه الحالة الاسترداد التعاقدي (الاتفاقي)، وقرار الإدارة بالاسترداد يعد ضمانة للمتعاقد من شأنه أن يعلم بموجبه نية الإدارة بالاسترداد، وبما أنه قرار إداري فإنه يخضع للطعن بالإلغاء أمام القضاء كإجراء منفصل عن العملية التعاقدية، وأن الاسترداد يختلف عن حالات إنهاء العقد بناء على طلب الملتزم أو بقوة القانون نتيجة القوة القاهرة، أو لانتهاء مدته، أو انتهائه بالفسخ القضائي أو إسقاط الالتزام للأخطاء الجسيمة التي ارتكبها الملتزم (٢).

الفرع الثاني: الأهمية العملية لاسترداد امتياز المرافق العامة

تتجلى الأهمية العملية للاستردادفي أنه وسيلة فعالة للمحافظة على الحقوق المشروعة للإدارة والمواطنين وفي الوقت نفسه، إجراء نوع من التوفيق بين سلطة الإدارة في إنهاء العقد وبين المصالح المالية للملتزم، والموازنة بين الاعتبارات الآتية:

أ. للإدارة مانحة الامتياز الحق في إنهاء العقد من جانب واحد، وإدارة المرفق مباشرة شريطة أن تكون هناك أسباب جدية لإنهائه حرصا من الإدارة على استمرار عمل المرفق بانتظام واطراد.

ب. لا شك أن الملتزم يخصص أموالا كبيرة لاستثمارها في إدارة واستغلال المرفق العام بموجب عقد الامتياز الذي بحكم طبيعته يمتد لمدة طويلة، ولكي يستفيد الملتزم ويتحصل على المبالغ التي

(١) عبد الحميد؛ **انقضاء العقود**، ص: ١٢٥.

(٢) الشهاوي، **عقد امتياز المرافق**،ص: ٣٨٤.

صرفها؛ لا بد من إيجاد قدر من التوازن في المصالح بين طرفي عقد الامتياز، ولا يتأتى ذلك إلا بتنظيم سلطة الإدارة في استرداد الامتياز[١].

الفرع الثالث: التكييف القانوني لاسترداد الامتياز

هناك اختلاف بين الفقهاء القانونيين في فرنسا حول التكييف القانوني لاسترداد الالتزام، ولقد ذهب رأي[٢] إلى تكييف الاسترداد بأنه من قبيل نزع الملكية للمنافع العامة، إلا أن آخرين عارضوا هذا الرأي [٣] لاختلاف النظام القانوني لكل من الاسترداد ونزع الملكية للمنفعة العامة؛ فالاسترداد دائما محله منقولات وأموال بعضها ليست مملوكة للملتزم، كما أنه ليس إلا فسخ لعقد الامتياز استعمالا من الإدارة لحقها في إنهاء العقد ودون خطأ من المتعاقد لدواعي المصلحة العامة[٤].

بينما يرى الفريق الثاني وعلى رأسهم Monsarrat أن عملية الاسترداد هي بمثابة بيع حقيقي بعوض وتخضع بالتالي لرسوم التسجيل، وقد انتقد بعض الفقهاء هذا الرأي على أساس أن الاسترداد يعطي الملتزم [٥] حقا في تعويض مناسب يعادل الأضرار التي لحقت به نتيجة التوقف عن نشاطه قبل الأوان، بالتالي فهو ليس ثمنا لشيء مباع ولا يعد بيعا، لأن الاسترداد لا يكون بحسب طبيعته نقلا للملكية، لكنه إنهاء للعقد، حيث يُنهي الاسترداد مركزا قانونيا، كما أنه لا يعد بيعا لأنه لا يستوجب دفع الثمن لكنه يستوجب تعويضاً.

---

(١) وقد أكد ذلك المشرع المصري عندما نص في المادة الرابعة من القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧٢ الخاص بالتزام المرافق العامة على أنه "يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته"، كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٩٩٢/١١/١٥ على هذا التوازن، حيث قررت "أن الإدارة في ممارستها لسلطة تعديل العقد أو إنهائه إنما تستعمل حقا، وهذه السلطة لا تستمدها الإدارة من نصوص العقد، بل من النظام العام لسير المرافق العامة والتي تحكم كفالة حسن سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق الصالح العام، وللإدارة التحلل من تعاقدها وإعمال سلطتها في إنهاء العقد مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر، والتعويض مقاسه الضرر المباشر، ويشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته" حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٣٩٨٦، لسنة ٣٥ ق، تاريخ ١٥/ ١١/ ١٩٩٢.

(٢) قال بهذا الرأي قديما الفقيه colsonفي مؤلفه في الاقتصاد السياسي ص: ٤٢٠ وتتبناه حديثا الفقيه جيز وبونارد، موجزة في القانون الإداري، ط٤، ص: ٧٩٦.

(3) De laubadere et Autre contracts. P. 707

نقلا عن عبد الحميد، **انقضاء العقود**، ص: ١٢٧.

(٤) الطماوي، **الأسس العامة**، ص: ٧٩٦.

(5) De laubadere .p. 708.

نقلا عن عبد الحميد، **انقضاء العقود**، ص: ١٢٧.

والراجح أن استرداد المرفق الذي يُدار بطريق الامتياز ما هو إلا تطبيق لسلطة الإدارة في إنهاء عقد الامتياز بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من المتعاقد معها، ولا يمكن تشبيهه بنزع الملكية للمنفعة العامة أو بعقد البيع لاختلاف النظام القانوني للاسترداد عن النظام القانوني الخاص بكل منهما [١].

الفرع الرابع: الطبيعة القانونية لاسترداد الامتياز

استرداد المرفق المدار بطريق الامتياز هو إجراء لصيق بالنظام العام، ويترتب على ذلك النتائج الآتية[٢]:

أ. لا يجوز للإدارة أن تتنازل عن حق الاسترداد، فإذا قيدت نفسها بعدم ممارستها سلطتها في الاسترداد لفترة معينة؛ فإن قرارها يقع باطلا لمخالفته للنظام العام.

ب. لا يجوز للملتزم أن يتمسك بفكرة الحق المكتسب باستغلال المرفق طوال المدة المتفق عليها بحجة أن العقد شريعة المتعاقدين[٣] فيجوز تنظيم أحكام الاسترداد وتحديد أوضاعه بنصوص واضحة في وثيقة الامتياز مقدما، وهذا يحسم أي نزاع قد يحدث في المستقبل بين الملتزم والجهة مانحة الامتياز، فمن الأفضل للطرفين المتعاقدين أن يتفقا مقدما حول عناصر التعويض عن الاسترداد.

ج. من حق الملتزم أن يطلب من القاضي الحكم بإلغاء القرار الإداري الصادر بالاسترداد عندما يصدر القرار مخالفا للقانون أو إذا كان مشوبا بعيب يبطله، وللقاضي الحكم بتعويض الملتزم لجبر ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب يقابل حرمانه من استغلال المرفق في المدة الباقية لعقد الامتياز.

د. يحق للإدارة استرداد الامتياز بموجب قرار إداري صادر من جانبها دون حاجة إلى القضاء، فالقاضي لا يستطيع أن يأمر باسترداد الامتياز، فذلك يعد تدخلا من جانبه في نشاط وسير المرفق العام[٤].

---

(١) عبد البديع، **سلطة الإدارة**، ص: ٦٠٣. صفحة رقم (١).

(٢) الشهاوي، **عقد امتياز المرافق**، ص: ٣٨٩.

(٣) الطماوي، **الأسس العامة للعقود**، ص: ١٠٧.

(٤) وقد أكد مجلس الدولة المصري على حق الإدارة في استرداد المرفق، فقد ورد ذلك في فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، نذكر منها على سبيل المثال فتواها رقم ٧٧ في ١٩٥٤/٣/٢ حيث تقول:"لما كان الأصل أن الحكومة هي التي تتولى إدارة المرافق العامة؛ إلا إذا رأت أن تعهد إلى ملتزم بإدارته نيابة عنها؛ فإنه مما لا شك فيه أن الحكومة تملك في أي وقت إعفاء الملتزم من مهمته لتتولى هي بنفسها إدارة المرفق، وتطبيقا لهذا الأصل يكون للسلطة مانحة الالتزام دائما استرداد المرفق أثناء قيام الالتزام ولو لم ينص على ذلك في العقد لأن حقها في ذلك متصل بالنظام العام".

هـ. قرار الاسترداد هو قرار منشئ وليس قرار كاشف.

الفرع الخامس: نظام الاسترداد والنظم المشابهة له

هناك نظم كثيرة تتشابه مع الاسترداد في بعض الأحكام، لكنها تختلف عنه بوصفه يمثل سلطة الإدارة في إنهاء عقد الامتياز بالإرادة المنفردة ودون خطأ من المتعاقد، وسنفرق بين الاسترداد والنظم المشابهة له على النحو الآتي:

أولا: التمييز بين الاسترداد ونزع الملكية للمنفعة العامة

نزع الملكية للمنفعة العامة: عملية يتم بمقتضاها نقل ملكية عقار مملوك لأحد الأفراد إلى شخص عام بقصد المنفعة العامة ونظير تعويض عادل(١)، ويتفق نزع الملكية للمنفعة العامة مع الاسترداد في أن كل منهما إجراء استثنائي، ويصدر بإجراء إداري من الإدارة دون اللجوء إلى القضاء مقابل تعويض عادل، ويهدف النظامين إلى تحقيق مصلحة عامة، وهذا أدى بدوره بجانب من الفقه الفرنسي(٢) إلى أن يقررأن استرداد الالتزام ما هو إلا نزع لملكية المنفعة العامة، وعلى الرغم ذلك فإنهما يختلفان من عدة وجوه؛ فمحل نزع الملكية دائما عقارات مادية مملوكة للأفراد، بينما محل الاسترداد دائما منقولات وعقارات ليست بالضرورة ملكا للملتزم، كما أن الاسترداد يتم في إطار العلاقة العقدية بين الملتزم والسلطة مانحة الالتزام، بينما نزع الملكية يتم بعمل منفرد من جانب الإدارة وحدها وهو الراجح في الفقه الفرنسي.

ثانيا: التمييز بين استرداد الإمتياز والتأميم

يُعرف التأميم بإجراء يراد به نقل ملكية المشروعات الخاصة إلى ملكية الدولة لتصبح ملكا للجماعة تحقيقا لضرورات اقتصادية واجتماعية تتم بدافع من المصالح العامة العليا مقابل تعويض عادل، فهو ليس طريقا لإدارة المرفق العام، لكنه أسلوب تنتقل بمقتضاه ملكية مشروعات كانت قبل التأميم بين يدي الأفراد، على أن تتولى الدولة إدارة هذه المشروعات(٣).

---

(١) الحنانية، **نزع الملكية الخاصة**، ص: ١٠٥٤.

(2) De laubadere et Autre contracts. P. 707

نقلا عن عبد الحميد، **انقضاء العقود**، ص: ١٣٠.

(٣) لذا نصت المادة ٣٥ من الدستور المصري على التأميم بقولها: "لا يجوز التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام وبقانون مقابل تعويض"، والتأميم قد يرد على المشروعات الخاصة والمشروعات العامة أيضا. الشريف، **دراسات في العقد**، ص: ٩٦.

والراجح أن استرداد الامتياز قبل نهاية مدته لا يعد نوعا من التأميم، لأنه يتضمن عودة المرفق إلى الدولة بوصفها صاحبة الحق في إدارته مباشرة.ويمكن الآن – بعد العرض السابق– أن نميز بين الاسترداد والتأميم من عدة نواحي:

أ. عقد الامتياز يتم إنهاؤه نهاية مبتسرة عندما تقوم الإدارة باسترداد الامتياز بإصدار قرار إداري بإرادتها المنفردة دون اللجوء للقضاء(١)، بينما التأميم يكون بقانون.

ب. قرار الإدارة باسترداد الامتياز من جانبها لا يكون أبديا، فقد تصدر الإدارة قرارا جديدا يمنح المشروع لملتزم جديد وبشروط جديدة، بينما التأميم ينتج عنه دائما استبعاد الإدارة الخاصة.

ج. دائما يُمنحالملتزم تعويضا كاملا يغطي ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وعادة ما يتناول عقد الامتياز كيفية تقدير التعويض(٢)، بينما في التأميم فإن المشرع يحدد كيفية تقدير التعويض ومقداره بناء على الاعتبارات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وعادة لا يكون تعويضا كاملا.

ثالثا: التمييز بين الاسترداد والإسقاط

الإسقاط هو طريقة من طرق إنهاء الامتياز بطريقة مبتسرة، ويعدجزاء توقعه السلطة مانحة الامتياز نتيجة إخلال المتعاقد الجسيم بإلتزاماته العقدية(٣)، ويتفق الاسترداد مع الإسقاط بأن كلاهما يضع نهاية لاستمرار عقد الامتياز، حيث يتم استبعاد حامل الامتياز نهائيا من استغلال وإدارة المرفق العام، غير أن هناك نقاط اختلاف بين النظامين نوردها فيما يلي:

١. يستحق المتعاقد في مقابل سلطة الاسترداد تعويضا كاملا يغطي ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، بينما لا يستحق المتعاقد تعويضا في حالة الإسقاط نتيجة لإخلاله بالتزامات العقد إخلالا جسيما.

٢. الهدف من الاسترداد حماية المصلحة العامة والمحافظة على سير عمل المرفق بانتظام، ويتم إصدار قرار الإسترداد حتى لو لم يرتكب المتعاقد خطأ، بينما الهدف من الإسقاط حرمان حامل الامتيازمن الاستمرار في استغلال وإدارة المرفق العام نتيجة أخطائه الجسيمة التي تؤثر في سير المرفق العام، فهو جزاء توقعه السلطة مانحة الامتياز على الملتزم الذي أخل بالتزاماته العقدية(٤).

(١) راضي، **العقود الإدارية**، ص: ١٦٥.

(٢) غازي، **سلطات الإدارة**، ص: ٣٧.

(٣) العجارمه، عقد البناء والتشغيل، ص: ١٠٦٠.

(٤) نفس المرجع السابق، ص: ١٠٦١.

٣. يُشترط للإسقاط في فرنسا ضرورة صدور حكم قضائي، بينما استرداد الامتياز يتم بإجراء من الإدارة مانحة الامتياز دون حاجة إلى القضاء.

رابعا: التمييز بين الاسترداد والفسخ الاتفاقي

يكمن الفسخ الاتفاقي لعقد الامتياز – والمسمى أحيانا بالاسترداد الودي – عندما يتفق أطراف عقد الامتيازعلى إنهاء العقد قبل انقضاء المدة المنصوص عليها في العقد مقابل تعويض حامل الامتياز، فيتم الاتفاق بينهما على شروط وأوضاع الاسترداد، وفي هذه الحالة يوجد إجراء ودي يتضمن اتفاق أطراف العقد على إنهاء العقد قبل موعده، في حين أن الاسترداد يكون بقرار إداري صادر بالإرادة المنفردة من الجهة مانحة الامتياز دون موافقة الملتزم(١). والاسترداد الودي يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، فهو اتفاق بين الطرفان يتم توقيعه عادة بعد دخول عقد الامتياز حيز التنفيذ واستمرار حامل الامتياز في استغلال المرفق، في حين أن الاسترداد (التعاقدي أو الاتفاقي) ينظمه عقدالامتياز، ويحدد شروطه مقدما، وهي شروط تعاقدية قانونية لا يجوز للجهة مانحة الامتياز الخروج عنها. فتتلخص نقاط الاختلاف فيما يلي:

١. تهيمن على استرداد الامتياز نظرية المصلحة العامة، في حين أن الفسخ الاتفاقي يمكن أن ينشأ عن نزاع في حساب المنافع الخاصة.

٢. استرداد الامتياز يمكن للجهة مانحة الامتياز القيام به دون مراعاة لرضا حامل الامتياز، في حين أن الفسخ الاتفاقي لا يتم إلا بناء على رغبة الملتزم وموافقته لوضع نهاية للعقد قبل الأوان(٢).

٣. يترتب على استرداد الامتياز تعويض حامل الامتياز تعويضا عادلا، في حين أن الفسخ الاتفاقي قد يحدث بدون تعويض لصالح الملتزم.

خامسا: التمييز بين الاسترداد ورفض التجديد

من المعلوم أن عقد الامتياز يُحدد بمدة معينة، لذا فإن العقد ينتهي بانتهائها، وعندما ترفض الإدارة مانحة الامتياز طلب حامل الامتياز بتجديد العقد؛ فإن ذلك من سلطتها التقديرية بوصفه الأحرص على سير المرفق العام، كما أنها لا تلتزم بتعويض حامل الامتياز نتيجة رفضها تجديد العقد، فهنا يكمن الاختلاف بين النظامين، فالاسترداد الذي يتطلب قيام الجهة مانحة الامتياز بتعويض الملتزم تعويضاً كاملا، كما أن قرار الاسترداد دائما يصدر من الجهة مانحة الامتيازقبل انقضاء مدة العقد.

(١) الشريف، **دراسات في العقد**، ص: ٦٢٠.

(٢) عبد البديع، **سلطة الإدارة**، ص: ٦٠.

المطلب الثاني: صور استرداد الامتياز

قد يتضمن العقد كيفية الاسترداد وقواعده، وهو ما يطلق عليه الاسترداد التعاقدي، كما قد تمارس الإدارة سلطة الاسترداد خارج قواعد العقد، وهو ما يعرف بالاسترداد غير التعاقدي، وأخيرا قد يكون الاسترداد تشريعيا(١).

الفرع الأول: الاسترداد التعاقدي

يقصد به الاسترداد المنصوص عليه في عقد الامتياز، وعادة ما ينظمه العقد ويحدد شروطه، ولذا تعد إجراءات تحقيق هذا الاسترداد من الشروط التعاقدية التي يتعين على الإدارة مراعاتها، كما يتعين على القضاء احترامها(٢)، ولا يعد الفقيه Jeze الاسترداد التعاقدي تعديلا للمرفق العام، لكنه ممارسة من الإدارة لحق تعاقدي منصوص عليه في العقد، لذلك فهو يخضع للنظام القانوني لعقد الالتزام(٣).

وقمين بنا الإشارة إلى أن الاسترداد التعاقدي يختلف عن الفسخ الاتفاقي لعقد الامتياز، أوما يطلق عليه الاسترداد الودي في عدة نقاط منها(٤) أنالاسترداد الودي لا تكون شروطه وأحكامه محددة مقدما بمقتضى نص صريح في العقد كما في حالة الاسترداد التعاقدي، كمايترتب على الاسترداد التعاقدي تعويض الملتزم تعويضا عادلا، في حين أن الاسترداد الودي قد يقع دون تعويض.

وقد وضع مجلس الدولة الفرنسي مجموعة من الضوابط والشروط لممارسة الإدارة حق الاسترداد التعاقدي منها: ضرورة النص على هذا الاسترداد صراحة في العقد، ويلتزم القضاء بالتحقق من هذا الشرط بدقة عند وجود أي منازعة بشأن الاسترداد، فإذا كان هناك عقد بين الجهة مانحة الامتياز والملتزم ونص على هذا النوع من الاسترداد ثم انتهى هذا العقد وأبرمت الإدارة عقدا جديدا مع ذات المتعاقد وعن المرفق نفسه محل عقد الامتياز لكن لم ينص في العقد الجديد على هذا النوع من الاسترداد؛ فإن الإدارة لا يمكن لها أن توقعه، لخلو العقد الجديد من النص على الاسترداد التعاقدي، إلا أن هذا لا يعني أن الإدارة لا تستطيع استرداد المرفق في حالة عدم النص على ذلك في عقد الامتياز، ففي هذه الحالة يحق

(١) أمين، **فكرة العقود الإدارية**، ص: ١٤٣.

(٢) لذا نجد بعض التشريعات تنص على ذلك، فمثلا نص القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة في مادته الرابعة على أن "تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته"، وفي فرنسا عادة ما تتضمن كراسة شروط عقد الالتزام شرطا ينظم كيفية الاسترداد.

(٣) وغالبية الفقهاء في مصر يعتبر الشروط المتعلقة بحق الاسترداد التعاقدي والثابتة بعقد الالتزام هي شروط تعاقدية يتعين على القاضي أن يطبقها متى رُفع الأمر إليه، ويجب على الإدارة احترامها. الطماوي، **الأسس العامة**، ص: ٧٧٥.

(٤) عبد البديع، **سلطة الإدارة**، ص: ٦٢٠.

لها ممارسة الاسترداد غير التعاقدي بموجب سلطتها العامة في إنهاء العقد الإداري [١]، وأن لا يتم الاسترداد التعاقدي إلا بعد انقضاء المدة الزمنية التي ينص عقد الامتياز على عدم جواز استرداد المرفق خلالها، فغالبا ما تتضمن عقود الامتياز حدا أدنى من المدة لا يجوز للإدارة ممارسة حقها في استرداد المرفق خلالها، ويجب على الإدارة احترام هذا الشرط، لكن هذا لا يعني أن الإدارة قد تنازلت عن استعمال حقها في الاسترداد خلال هذه المدة، إنما يعني أن شروط الاسترداد التعاقدي لا يمكن تطبيقها إلا من التاريخ المحدد في العقد، وإذا ما أرادت الإدارة الاسترداد قبل هذا التاريخ؛ فلها ممارسة سلطتها العامة في إنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد، وهو ما يسمى بالاسترداد غير التعاقدي بشرط تعويض المتعاقد تعويضا كاملا [٢]، وأن يصدر قرار الإدارة بالاسترداد التعاقدي من الجهة نفسها التي قامت بإبرام عقد الامتياز، كمايجب أن تنذر الجهة مانحة الامتيازحامل الامتياز بأنها ترغب في استخدام حقها في استرداد المرفق، ويتم هذا الإنذار قبل استرداد المرفق بمدة زمنية كافية، أو في المدة التي يحددها العقد أو دفاتر الشروط، وهذا الإنذار ضروري جدا حتى يستطيع ترتيب أوضاعه طبقا لنية الجهة مانحة الامتياز في استرداد المرفق ويرى جانب من الفقه الفرنسي أنه إذا لم يُشترط الإخطار في العقد؛ فإنه لا يكون ضروريا، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي يتطلب قيام الإدارة بإخطار حامل الامتياز قبل استرداد الامتياز، ولو لم يتطلب ذلك في العقد على أساس أن ضرورة إخطاره قبل الاسترداد يعد مبدأ من المبادئ العامة للعقود الإدارية. وأخيراضرورة تقييد الإدارة بالأسباب المنصوص عليها في العقد لممارسة حق الاسترداد، لكن إذا خلا العقد من مثل هذه الأسباب؛ فإن الإدارة لا تستطيع أن تلجأ إلى الاسترداد إلا لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة[٣]، ومن أمثلة الأسباب التي تبرر الاستردادويتوافر فيها شرط المصلحة العامة إلغاء المرفق وإعادة تنظيمه، زيادة حجم نشاط المرفق العام بما يجاوز إمكانيات حامل الامتياز الفنية والمالية،تغير الظروف الاقتصادية في الدولة عن تلك التي كانت سائدة وقت إبرام العقد[٤].

وهذه الأسباب على سبيل المثال لا الحصر، وهي أمثلة اعترف بها مجلس الدولة الفرنسي كأسباب تبرر قيام الجهة مانحة الامتياز باسترداد الامتياز قبل نهاية مدته، أما إذا قامت الإدارة باسترداده لمجرد تحقيق أغراض مالية؛ فإن تصرفها يكون مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة، ويرى غالبية الفقه الفرنسي أن الإدارة لا تستطيع استرداده إلا لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة.

(١) الطماوي، **الأسس العامة**، ص: ٦٩٨.

(٢) فهمي، **الأحكام العامة للعقود**، ص: ١٨٩.

(٣) الحنانية، **نزع الملكية الخاصة للمنفعة**، ص: ١٠٥٦.

(4) 20 J Du fau, les Concession de Service Bublic–p.p 1667.

الفرع الثاني: الاسترداد غير التعاقدي[١]

وهو الاسترداد الذي تقرره الإدارة بإرادتها المنفردة بالرغم من عدم وجود نص يجيز لها ذلك، فهو حق مقرر لها دائما سواء نُص عليه في العقد أو لم ينص، فهو أمر مسلم به وثابت للإدارة استنادا إلى سلطتها التقديرية التي لا يمكن التنازل عنها في تعديل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد إدارته واستغلاله وفي إلغائه أو استبدال طريقة الإدارة القديمة بطريقة إدارة جديدة،بشرط أن يكون وراء ممارسة هذه السلطة دافع المصلحة العامة دائما، وإلا جاز للمتعاقد اللجوء للقضاء للمطالبة بإلغاء قرار الاسترداد [٢]، بعبارات أخرى هو الاسترداد الذي تقرره السلطة مانحة الامتياز بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ العقد وقبل نهاية مدته دون أن يكون حقها في ممارسة الاسترداد وتنظيمه منصوص عليه صراحة في العقد[٣]، ومن المعلوم أن قرار الإدارة باسترداد الامتياز يترتب عليه إنهاء العقد، وبالرغم من أن أغلبية الفقه يقر هذا النوع من الاسترداد بوصفه وسيلة بيد الإدارة؛ إلا أن هناك من يرى أن الاسترداد لا يكون إلا بطريقة النص عليه في العقد، بينما يرى فريق ثالث أن الاسترداد غير التعاقدي ما هو إلا تطبيق لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفراد ي وهذه السلطة تسري على جميع العقود الإدارية بما فيها عقد الامتياز[٤].

وسوف نتناول دراسة هذه الآراء الثلاثة على النحو الآتي:

الرأي الرافض لوجود سلطة الاسترداد غير التعاقدي.

الرأي المؤيد لوجود سلطة الاسترداد غير التعاقدي.

الاتجاه المؤيد لوجود سلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري بوصفه تطبيق من تطبيقات سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي.

---

(١) المادة (٢١) من عقد الامتياز المبرم بين الأردن وسلطة المصادر الطبيعية وشركة disco investment limited المساهمة العامة المحدودة، لسنة ١٩٧٢ والمنشورة في عدد الجريدة الرسمية ٢٣٦٥ تاريخ ١٩٧٢/٧/٣، والمصدق عليها بموجب قانون تصديق امتياز التنقيب عن البترول واستثماره في المملكة الأردنية الهاشمية رقم (٤٠) لسنة ١٩٧٢.

(٢) الطماوي، **الأسس العامة**، ص: ٧٩٩.

(٣) عبد البديع، **سلطة الإدارة**، ص: ٦٧٥.

(٤) الطماوي، **الأسس العامة**، ص: ٨٠٢.

أولا: الرأي الرافض لوجود سلطة الاسترداد غير التعاقدي

ذهب قلة من الفقه الفرنسي إلى رفض فكرة الاسترداد غير التعاقدي، حيث أكدوا أن سلطة الاسترداد لا ينبغي أن توجد إلا في الحالات والأوضاع التي ينص عليها العقد أو دفاتر الشروط، أو ينص عليه في قانون خاص، وأكدوا أيضا أن للملتزم حقا مكتسبا في استغلال وإدارة المرفق حتى انتهاء مدة الالتزام، مما يترتب عليه أن الإدارة لا تستطيع فسخ العقد بإرادتها المنفردة إذا لم يوجد نص في العقد يعطيها الحق، أو لم تحدث قوة قاهرة تجيز تقرير الفسخومن أنصار هذا الاتجاه الفقيه Josse الذي رأى أنه "إذا لم ينص العقد على الاسترداد؛ فإنه لا يمكن اتخاذه بقوة القانون، أي بدون اتفاق ودي، حيث يجب صدور قانون يصرح بمثل هذا الاعتداء على حقوق الملتزم".

ثانيا: الرأي المؤيد لوجود سلطة الاسترداد غير التعاقدي

يؤيد أغلب الفقه الفرنسي فكرة الاسترداد غير التعاقدي، حيث يرون أن من حق الإدارة استرداد المرفق العام خارج نصوص العقد ودفاتر الشروط، وحتى في أثناء المدة التي نص العقد على عدم جواز الاسترداد التعاقدي خلالها، وأن هذا الحق ثابت للإدارة استنادا إلى سلطتها في تعديل أركان المرفق وقواعد إدارته واستغلاله وفي إلغائه أيضا متى اقتضى ذلك الصالح العام، ويطلقون على حق الإدارة في هذه الحالة عبارة الاسترداد غير التعاقدي، كذلك يرى الفقيه Jeze أن "الاسترداد غير التعاقدي يمكن تقريره من جانب الإدارة وحدها في أي وقت، لأن ذلك يعتبر ممارسة مشروعة من جانب الإدارة لاختصاص قانوني وهو تعديل المرفق العام في أي وقت تبعا لخدمات الجمهور"[١].

ويعترف مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه القليلة بسلطة الجهة مانحة الالتزام في ممارسة الاسترداد غير التعاقدي[٢]، وترجع قلة أحكام مجلس الدولة بهذا الصدد لوجود شرط دائم في عقد الامتياز أو دفاتر الشروط بتنظيم كيفية استرداد الجهة مانحة الالتزام لعقد الالتزام، كذلك قررت محكمة التنازع في حكمها الصادر في ٢ مارس ١٩٨٧ والذي جاء فيه "تملك السلطة مانحة الالتزام سلطة إنهاء عقد الالتزام من أجل أسباب المصلحة العامة حتى في غياب النصوص التعاقدية التي تسمح بذلك" [٣]، وفي حكم مجلس الدولة الفرنسي اعترف بوجود حق الإدارة في الاسترداد حتى لو لم ينص عليه في العقد، وذلك في حكمه بتاريخ ٢٢/ ٤/ ١٩٨٨ الذي جاء فيه "كما كان يحق للسلطة مانحة الالتزام

(1) Jeze, p.p 331

(2) C. E. 14 Dec 1964 commune De Moins Journal Des Maires, 1965, p. 369.

نقلا عن عبد الحميد، **انقضاء العقود الإدارية**، ص: ١٤٥.

(3) T. C. 2 Mars 1987, ste, D'amenagement Et Damenagment Et Development, R. D. p. 1988. P.1437

نقلا عن عبد الحميد، **انقضاء العقود الإدارية**، ص: ١٤٥.

بمقتضى القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية مع مراعاة حقوق الملتزم، أن تنهي عقد الالتزام قبل ميعاده ما دامت توجد أسباب من المصلحة العامة تبرر لها اتخاذ هذا القرار؛ فإن السلطة مانحة الالتزام تستطيع أن تمارس هذا الحق حتى لو لم ينظم ممارسته أي نص تشريعي أو لائحي أو أي شرط تعاقدي"(١).

وهكذا فإن ما سبق يؤكد وجود هذه السلطة ويؤيد ما ذهب إليه أغلب الفقه في فرنسا من الاعتراف بوجود الاسترداد غير التعاقدي رغم عدم النص عليه في العقد أو في دفاتر الشروط، ودائما يتم طبقا للمبادئ العامة للعقود الإدارية دون الرجوع إلى نصوص العقد أو دفاتر الشروط بوصفه امتيازاً للجهة مانحة الالتزام في تنظيم سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة من جانب واحد ودون خطأ من المتعاقد، ومما تقدم نتفق مع ما ذهب إليه الفقهاء في فرنسا من الاعترف للجهة مانحة الالتزام في الاسترداد غير التعاقدي، بالإضافة إلى الاسترداد التعاقدي بوصفه حقا مقرراً لا يحتاج إلى النص عليه في العقد أو في دفاتر الشروط تمارسه الجهة مانحة الالتزام طبقا لسلطتها التقديرية بشرط أن يكون هدفها الصالح العام، وتعويض الملتزم تعويضا كاملا.

ثالثاً: الاتجاه المؤيد لوجود سلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري بوصفه تطبيق من تطبيقات سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي

أصحاب هذا الرأي رغم تأييدهم التام لوجود سلطة الإنهاء خارج نصوص العقد ودفاتر الشروط، إلا أنهم يرون أن سلطة الإدارة في هذه الحالة لا تعدمن قبل سلطة الاسترداد غير التعاقدي، بل أنها مجرد تطبيق من تطبيقات سلطة الإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية خارج نصوص العقد ودفاتر الشروط التي تعد من أهم الخصائص المميزة للعقود الإدارية التي أقرها القضاء والفقه(٢)، وتجدر الإشارة إلى أن الاتجاهين الأول والثالث المعارضين لوجود حق الاسترداد غير التعاقدي أصبحا الآن عديمي الأهمية نظراً للاعتراف التام بوجود هذه السلطة سواء من الفقه أو القضاء.

(1) C. E 22 Avril 1988, ste France 5, R. D. P. 1988, P. 1537.

نقلا عن عبد الحميد، **انقضاء العقود الإدارية**، ص: ١٤٦.

(٢) ويرى بدوي أنه "يجب قصر كلمة الاسترداد على حالة الاسترداد التعاقدي المنصوص عليه في العقد أو دفاتر الشروط، واستخدام كلمة الفسخ في غير هذه الحالات". انظر حسن، آثار عقد التزام المرافق، ص: ٦٩.

الفرع الثالث: الاسترداد التشريعي الذي تنظمه قوانين خاصة

أي أن المشرع يسترد المرفق العام المدار بطريق الامتياز عن طريق إلغاء القانون الذي تم منح الامتياز على أساسه [١]، كما فعل المشرع الأردني عندما ألغى قانون تصديق امتياز التنقيب عن البترول الممنوح للسيد جورج ازميري بموجب القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٥٩، وهناك تشريعات أخرى صدرت في بعض الدول لاسترداد بعض المرافق العامة[٢].

وتطبيقا لذلك نصت المادة (٢١) من اتفاقية امتياز البترول المبرمة ما بين الحكومة الأردنية وشركة ديسكو انفستمنت لميتد (جورديسكو) على أنه: في حالات الطوارئ العامة الناجمة عن الحرب أو الاحتمال الوشيك لوقوعها أو عن أسباب داخلية؛ يحق للحكومة أن تصادر كل أو بعض انتاج 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 طبقا لما سبق ذكره، على الحكومة أن تُعوّض جورديسكو تعويضا كاملا عن جميع الخسائر والمصاريف الإضافية والعطل والضرر الذي تحملته أو تكبدته جورديسكو نتيجة لتلك المصادرة طيلة وخلال مدتها بما في ذلك سعر السوق العادل للبترول المصادر من قبل الحكومة.." [٣].

---

(١) العجارمه، **عقد البناء والتشغيل**، ص:١٠٦٠.

(٢) وقد تدخل المشرع المصري في مرات عدة وأصدر بعض القوانين لاسترداد بعض المرافق الحيوية منها مثلا: ١.القانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٥٦ بتأميم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية.٢.القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٥٧ باسترداد الامتياز المرخص به لشركة ماركوني راديو التلغرافية اللاسلكي الدولي في مصر.٣. القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٥٧ باسترداد مرفق مياه القاهرة.٤. القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ باسترداد شركات النقل العام للركاب في القاهرة، وأيلولة هذه المرافق لمؤسسة النقل العام لمدينة القاهرة.٥. القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٦١ باسترداد مرفق الغاز والكهرباء لمدنية الاسكندرية.٦. القانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٦١ باسترداد مرفق ترام القاهرة.

كما تدخل المشرع الفرنسي في مجال عقود الامتياز فأصدر قوانين خاصة نظم بها استرداد بعض المرافق وأهمها: قانون ٢٩ مايو سنة ١٨٤٥ والذي يتعلق باسترداد الامتيازات المتعلقة بقنوات الملاحة في فرنسا، وقانون ٣٠ يوليو سنة ١٨٨٠ والخاص باسترداد الكباري الذي يتعين دفع عوائد للمرور عليها، وقانون ١٣ يوليو سنة ١٩٠٨ والذي أنهى عقد امتياز شركة حديد الغرب.

(٣) قانون الغاء قانون تصديق امتياز التنقيب عن البترول الممنوح للسيد جورج ازميري لسنة ١٩٥٩ رقم ٤٦ لسنة ١٩٥٩. وقد نصت المادة (٢) على: يلغى قانون تصديق امتياز التنقيب عن البترول الممنوح للسيد جورج ازميري رقم ٢١ لسنة ١٩٥٨ ويبطل العمل به.

المبحث الثاني: حل المنازعات المترتبة على استرداد عقد امتياز المرافق العامة

يعد عقد الامتيازمن العقود الزمنية التي لا بد من انتهائها، فمن أهم خصائصه طول مدته نظراً لما يسمح به لحامل الامتياز من استعادة الأعباء التي تكبدها في تهيئة المرفق لتقديم الخدمات العامة فضلاً على تحقيق الأرباح(١)، ويجب أن يسود العملية التعاقدية مبدأ حسن النية من وقت الإبرام إلى غاية التنفيذ الكلي، أو انقضاء المدة المحددة وهو الأصل العام في تنفيذ العقود، فيتعين على الأطراف احترامه، إلا أن هذا المبدأ قد يخالفه أحد الأطراف وهو ما يُسرع نهاية العلاقة العقدية قبل حلول الأجل المحدد(٢)، لذلك فإن إنهاء العقد قبل أوانه يثير مسألة ملكية الأموال المستخدمة في إدارته بين طرفاً العقد، فحامل الامتياز يستعين في إدارة واستغلال المرفق العام بأموال عقارية ومنقولة منها ما تعود ملكيتها لحسابه الخاص، ومنها ما تضعه الجهة مانحة الامتياز تحت تصرفه بشكل مؤقت تحقيقا للمصلحة العامة.

وبعد استقراء عدد من عقود الامتياز التي وُقعت بين الحكومة الأردنية والمستثمرين تبين أن هناك أموالاً تؤول مجانا للإدارة مانحة الامتياز بعد إنهاء العقد، وماتبقى من الأموال يبقى ملكا لحامل الامتياز، وأخيراً هناك منقولات يحق للإدارة شراؤها وهو ما سنبينه على النحو الآتي:

المطلب الأول: مصير الأموال المستخدمة في استغلال وإدارة المرفق العام:

يستخدم حامل الامتياز أنواعاً مختلفة من الأموال لإدارة واستغلال المرفق العام محل الامتياز، منها ما هو من قبيل العقارات كالمباني والأراضي، ومنها ما هو منقول كالسيارات والمواد اللازمة لاستغلال المرفق، وبعضها مملوكة له وبعضها الآخر تسلمها له الإدارة، وعادة ما ينص العقد على الأيلولة المجانية لبعض الأموال إلى الإدارة واحتفاظ حامل الامتياز بالأموال التي لم ينص عليه العقد، مع الاتفاق على حق الإدارة في شراء ما يلزم من تلك الأموال لإدارة المرفق العام. فما مصير هذه الأموال عقب انقضاء الالتزام؟

بعد معاينة التقليد الذي تجري عليه عقود الامتياز؛ نجد أن تلك العقود تنص عادة على أيلولة بعض الأموال إلى الدولة مجانا، وعلى بقاء ما لم ينص عليه ملكا للملتزم، مع الاتفاق على حق السلطات العامة في شراء ما يلزم من تلك الأموال لإدارة المرفق العام، وأحياناً يتفق على إلزام الإدارة بشراء بعضها. وفيما يلي نعرض للأحكام الخاصة بكل طائفة من تلك الأموال.

(١) الطماوي، **الأسس العامة**، ص: ٧٧١.

(٢) العجارمة، **عقد البناء والتشغيل**، ص: ١٠٦٠.

أولا: الأموال التي تؤول إلى الإدارة مانحة الامتياز مجانا

ينص عقد الامتياز على الأموال التي تؤول إلى الإدارة مجانا، وهي تلك الأموال التي تعد كلا لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق العام، أي أنها غير قابلة للتجزئة[١]، وإن كان الأصل أن يتم النص في العقد على أيلولة هذه الأموال إلى الإدارة بقوة القانون؛ فإنه قد يحدث أن يتضمن العقد نصا على حق الإدارة الاختياري في ترك بعض الأدوات التي يتبين أنها أصبحت غير صالحة لاستغلال المرفق العام، فالأصل أن تقتصر هذه الأموال على العقارات المستغلة في المشروع كالأراضي، مع أن هذا لا يمنع أن ينص العقد على إدراج بعض المنقولات في تلك القائمة[٢] كالعربات في مرافق النقل بالسكك الحديدية.

وتطبيقا لذلك نصت المادة (٢٩) من اتفاقية امتياز استخراج الأملاح والمعادن من البحر الميت بين فلسطين وشرق الأردن لسنة ١٩٣٠ على أنه: "عند انتهاء أجل هذا الامتياز بمرور الزمن تصبح جميع الموجودات ومن جملتها الآلآت والماكنات سواء كانت ثابتة أو غير ثابتة ملكاً للحكومة دون دفع أي تعويض". وأساس أيلولة الأموال المجانية للإدارة هو أن حامل الامتياز مُنح الوقت الكافي لاستهلاك عمرها الانتاجي وتحقيق الأرباح، وهو ما جعل عقود الامتياز عادة ما تتضمن الشروط اللازمة لمواجهة المفاجآت التي قد تحول بين الملتزم وبين استهلاك ثمنها.

يتطلب مبدأ استمرار سير المرفق العام بانتظامأن يكون صالحاً لأداء الخدمة المعدة له في كل وقت، وهو ما يقضي أن يحتوي عقد الامتياز شروطا مفصلة وواضحة بالتزامات المتعاقد فيما يتعلق بصيانة الأموال المستخدمة في المرفق، مع أن المسلم به أن مثل هذا الأمر مقرر دون الحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد، وإن كان هذا جانباً من الأموال التي تؤول إلى الإدارة، إلا أنها تمثل جزءاً من كل، وهناك منها ما يحتفظ به حامل الامتياز.

ثانيا: الأموال التي يحتفظبها حامل الامتياز

من خلال معاينة الأموال التي تؤول إلى الإدارة التي تعد كلا لا يتجزأ فيما تعلق باستغلال المرفق؛ يمكن التوصل إلى تحديد ما تبقى من أموال للملتزم بطريقة سلبية من خلال خصم واستبعاد الأموال التي آلت للإدارة مجانا من مجموع الأموال المخصصة لإدارة المرفق العام، بناء على ذلك يمكن التوصل إلى ما تبقى للملتزم وهي الأموال التي يمكن اعتبارها مستقلة عن المرفق ومنفصلة عنه، بالإضافة للأموال التي لا تعد كلا لا يتجزأ عن المشروع الأساسي، ولا يمكن للإدارة شراؤها ما لم يوافق حامل الامتياز على ذلك.

(١) العجارمة، **عقد البناء والتشغيل**، ص: ١٠٦١.

(٢) الطماوي، **الأسس العامة**، ص: ٧٧٩.

ثالثا: الأموال التي من حق الإدارة شرائها

هذه الأموال بالأصل تعود ملكيتها لحامل الامتياز[١]، لكن نظرا لأهميتها فيما يتعلق بإدارة المرفق؛ فإن وثيقة الامتياز تعطي للإدارة الحق في شرائها، عادة ما تكون من المنقولات [٢]، وتحدد وثيقة العقد وشروطهاالأسس التي يتم الشراء على أساسها، وما ينتمي إلى هذه الطائفة من أموال ومدى حرية الإدارة في شرائها[٣].

وتطبيقا لذلك نصت المادة (١٤) من اتفاقية امتياز شركة البترول الوطنية على أنه: "يحق للحكومة خلال مدة الامتياز أو بعد انقضائه شراء المشروع مقدرا على أساس القيمة الفعلية لجميع مرافقه من إنشاءات ومعدات وآلات كما وردت في هذه الاتفاقية محسوما 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؛ فيلجأ إلى التحكيم وفقا لاتفاقية الامتياز".

كما تنص المادة (١٤) من اتفاقية امتياز شركة النقليات السياحية على أنه: "... 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 عددا متساويا من مندوبي الحكومة والشركة، ويتفق الطرفان على تعيين رئيس للجنة وفي حالة اختلافهما على تعيينه يقوم رئيس أعلى محكمة قضائية بتعيينه، ويكون تقدير هذه اللجنة قطعيا وملزما لطرفي الامتياز وغير قابل للطعن اطلاقا".

كما يثير إنهاء عقد الامتياز مسألة تصفية الحسابات بين حامل الامتياز والادارة وخاصة إن كانت قد تعهدت في مواجهة الملتزم بضمان حد أدنى له من الربح، وتكون قد تسببت بتصرفاتها بتحميله بعض الأعباء، ما يقضي تصفيته على أساس المقاصة بين حقوق والتزامات كل من الطرفين، وغالبا ما تنص دفاتر الشروط على أنه عند نهاية العقد يتم اللجوء إلى تصفية الحسابات بين تلك التي تحدد الديون، والتي تحدد الحقوق المتبادلة بين الطرفين، ويأخذ إجراء التصفية المالية في الاعتبار التعويضات المستحقة بسبب الأخطاء التعاقدية لأحد الطرفين، كالفسخ الجزائي غير المشروع أو إهمال الملتزم في صيانة المنشآت، ويباشر إجراء التسوية المالية للحسابات تحت مراعاة بعض المبادئ منها:أن التصفية

(١) العجارمة، **عقد البناء والتشغيل**، ص: ١٠٦١.

(٢) الطماوي، **الأسس العامة**، ص: ٨١١.

(٣) أحيانا يكون للدولة أن تشتري منها ما ترى لزومه للمرفق، وأحيانا أخرى تلتزم بشراء ما يحدده العقد من بين تلك الأموال.

المالية تخضع لشروط العقد على أساس أن النصوص التي يتضمنها عقد الالتزام في هذا الصدد هي نصوص تعاقدية ملزمة للطرفين تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين [١]، وأن التسوية المالية تتم وفقا للنية المشتركة للأطراف المتعاقدة وذلك بالتطبيق والتفسير الضيق للشروط المتعلقة بالتسوية، وتتطلب من حامل الامتياز تقديم الحسابات وهذا أمر وجوبي ولو لم يقرره العقد [٢].

المطلب الثاني: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الامتياز

قد تتسبب مسألة تصفية عقد الامتياز بظهور نزاع بين الجهة مانحة الامتياز وبين حامل الامتياز ما يستدعي إما اللجوء إلى القضاء أو إلى الطرق البديلة لحل المنازعات كالتحكيم، فالأصل في حل النزاعات هو اللجوء إلى القضاء، إلا أن القانون واحتراما لرغبة أطرافه ولاعتبار العقد شريعة المتعاقدين؛ قد يترك لأطراف النزاع اختيار طريقة لحل النزاع بدلا من اللجوء إلى القضاء، وذلك عن طريق الاتفاق على الأشخاص الذين يتولون مهمة الفصل في النزاع فيما يعرف بالتحكيم، فيعد الأخير أداة فعالة في تسوية النزاعات بسرية وسرعة مطلوبتين، وأصبح من أسمى عبارات التمدن والتحضر لما يكتنفه من معاني الوعي التام، وينطوي عليه من تحقيق المصلحة الخاصة، فهو مفهوم قانوني يقوم على سحب الاختصاص من القضاء العام في حل النزاعات وإسناده إلى أشخاص مؤهلين، فيعد مسارا خاصا استثناء على المسار العام (القضاء)، إذ يتيح إمكانية الفصل في النزاعات بعيدا عن القضاء، ما جعله عدالة خاصة تعاقدية.

الفرع الأول: القضاء المختص بتسوية المنازعات الناشئة عن عقد الامتياز

جاءت اختصاصات المحكمة الإدارية الأردنية محددة على سبيل الحصر، وذلك في المادة الخامسة من قانون القضاء الإداري رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤[٣]، وقد أخرج المشرع منازعات العقود الإدارية من نطاق اختصاص المحكمة الإدارية وأبقاها في نطاق الولاية العامة لاختصاص القضاء العادي[٤]. وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا في العديد من قراراتها، منها: "لقد انعقد إجماع الفقه والقضاء على أن المنازعة الخاصة بانعقاد العقد أو صحته أو انقضائه أو فسخه أو الغائه هي منازعة حقوقية تختص

(١) وعليه تنحصر مهمة القضاء لو طرح عليه النزاع في تفسير تلك الشروط وفقا للنية المشتركة للمتعاقدين، ما يجعل مجال القضاء في هذا المجال محدوداً.

(٢) عبد اللطيف، **تفويض المرفق**، ص: ٢٤٢.

(٣) منشور على الصفحة ٤٨٦٦من عدد الجريدة الرسمية رقم ٥٢٩٧ بتاريخ ٢٠١٤/٨/١٧.

(٤) قرار محكمة التمييز رقم ٩٤/٧٩٩لسنة ١٩٩٥، ص: ١٨٨.

بنظرها المحاكم العادية" [١]. كذلك قرارها الذي جاء فيه: "إن النزاع على الحقوق يعود للمحاكم العادية ولو كان متعلقا بعقود إدارية، لأن اختصاصات محكمة العدل العليا قد وردت على سبيل الحصر، ولا تشمل المنازعات المتعلقة بالعقود على اختلاف أنواعها"[٢]. وفي حكم آخر تقول المحكمة: "القرار الصادر عن جهة الإدارة مما لها من صلاحية بموجب العقد؛ يخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا، والدعوى التي تنصب على الطعن في العقد من ناحيته التعاقدية لا من ناحيته الإدارية لا تدخل في اختصاص محكمة العدل العليا، بل يعود النظر فيها إلى المحاكم المدنية العادية" [٣].

كما تقول في أحكام حديثة لها: "تعتبر أي منازعة بين فرقاء العقد الإداري في مرحلة التنفيذ هي في حقيقتها منازعة على الحق ومنازعة حول تفسير العقد وحقوق أطرافه ومدى الالتزام بشروطه، وحيث إنه لا جدال أن مثل هذه المنازعة هي من المنازعات الحقوقية وليست منازعة حول مشروعية قرار إداري، وحيث إن الاختصاص ينعقد لمحكمة العدل العليا في الأمور المنصوص عليها في المادة التاسعة من قانونها رقم (١٢) سنة ١٩٩٢ وليس من بينها النظر في منازعات العقود الإدارية... وعليه فإن النظر في هذه الدعوى يدخل في اختصاص المحاكم النظامية ويخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا..." [٤].

وليست القرارات السابقة إلا اعترافا بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية مع جعل الاختصاص بالنظر في هذه العقود للقضاء العادي، وفي ذلك تقول محكمة العدل العليا: "يتسم العقد الإداري بطابع خاص يجعله مستقلا عن العقد المدني، إذ أنه يقوم على إشباع احتياجات المرفق العام حتى يسير بانتظام..."[٥].

وتأسيساً على ما سبق ونظرا لأن عقد الامتياز من العقود الإدارية؛ فإن الجهة المختصة بنظر منازعاته هي جهة القضاء العادي تدرجا من محكمة الصلح وحتى محكمة التمييز، فالقضاء العادي هو المختص بنظر منازعات العقود الإدارية بوجه عام ومنازعات عقد الامتياز بوجه خاص.

---

(١) قرار محكمة العدل العليا رقم ٤٠/ ٧٩ لسنة ١٩٨٠، الخطيب، المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا، ط١، ص: ٤٨.

(٢) قرار محكمة العدل العليا رقم ١٠٦/ ٧٧ لسنة ١٩٧٨، الخطيب، المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا، ص: ٥٠ وما بعدها.

(٣) عدل عليا رقم ٢٦/ ١٩٥٤ تاريخ ١٩٥٤/١/١ هيئة إدارية منشور على ص: ٦٨٤، مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٥٤، العدد ١.

(٤) عدل عليا رقم ١٥٩/ ٢٠٠٩ تاريخ ٢٠٠٩/٦/٢٣، منشورات مركز عدالة.

(٥) عدل عليا رقم ١٨١/ ١٩٩٧، تاريخ ١٩٩٧/٩/٢٤ منشورات مركز عدالة.

الفرع الثاني: تسوية نزاعات عقد الامتياز عن طريق اللجوء إلى الطرق البديلة (التحكيم)

يعد التحكيم وسيلة اختيارية يتم بموجبها الفصل في النزاع[١]، ويطلق على التحكيم مسميات فرعية حسب طبيعة المنازعة التي يراد حسمها عن طريقه، فإذا كانت إدارية يسمى التحكيم إداريا[٢]، وقد تعددت التعريفات لفظا إلا أنها ذات مضمون واحد، فيرى جانب من الفقه[٣] أن التحكيم هو "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به".

وقد عُرف التحكيم أيضا بأنه " الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع والبت فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء [٤].

وعرفته محكمة التمييز الأردنية بأنه: "عبارة عن عقد يتفق فيه شخص أو أكثر على إحالة النزاع الذي نشأ أو ينشأ بينهما في تنفيذ العقد على محكمين للفصل فيه، بدلا من الالتجاء إلى القضاء"[٥].

أما التحكيم في عقد الامتياز فهو اتفاق طرفي عقد الامتياز على فض المنازعات المحتملة بينهم عن طريق التحكيم، سواء أكان ذلك عن طريق مراكز التحكيم المتخصصة أو عن طريق أفراد عاديين يتفقا على اختيارهما لاحقا أو تحديدهم عند بداية إبرام عقد الامتياز لإصدار قرار ملزم لطرفي العقد في شأن المنازعة المطروحة بينهما[٦].

لذا نستطيع القول أن التحكيم بناء قانوني قائم على تلاقي ثلاث إرادات؛ الأولى هي إرادة الأطراف المحتكمين في اختيار هذا الطريق الاستثنائي لحل النزاع بينهم دون اللجوء إلى الطريق الأصلي وهو القضاء، والإرادة الثانية هي الإرادة التشريعية التي أجازت للأطراف استبعاد القضاء على الرغم من أن قواعد الاختصاص القضائي من النظام العام، والإرادة الثالثة إرادة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع [٧].

---

(١) شطناوي، **عقد امتياز المرافق**، ص: ٨٨.

(٢) خليل، **التحكيم في المنازعات**، ص: ٢١.

(٣) أحمد، **التحكيم الاختياري**، ص: ١٥.

(٤) سامي، **التحكيم التجاري**، ص:١٣.

(٥) قرار محكمة التمييز الأردنية، رقم ١٧٨٣، لسنة ٢٠١٠، منشورات عدالة.

(٦) البهجي، **عقد البوت B.O.T**، ص: ٣٣.

(٧) المقابلة، **التحكيم في منازعات العقود**، ص: ١٦.

وقمين بنا الإشارة إلى أن القضاء النظامي هو صاحب الاختصاص الأصيل بنظر كافة المنازعات كما أشرنا سابقا، إلا أن المشرع الأردني أوجد استثناء على ذلك عندما أصدر قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ [١]، فأجاز اللجوء إلى التحكيم بموجب المادة الثالثة من هذا القانون التي نصت على أنه: "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة، ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أو غير عقدية".

ومعاينة هذا النص القانوني تُظهر جواز التحكيم في سائر المنازعات المدنية والتجارية سواء كان التزاما مرتبطا بعقد من العقود أو غير مرتبط، بالإضافة إلى جواز التحكيم حتى وإن كان النزاع بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص، وهذا يعني جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية بوجه عام وعقد الامتياز بوجه خاص، وما يؤكد ذلك قرار محكمة التمييز الأردنية عندما قررت بأنه: "إذا قام خلاف بين دائرة الجمارك وأصحاب العلاقة حول مواصفات البضاعة أو منشئها يحال الأمر إلى المدير، فإذا لم يقبل صاحب العلاقة بالقرار الصادر عن المدير؛ فله الحق باللجوء إلى التحكيم عملا بالمادة (٧٨/ ب) من قانون الجمارك رقم ١٦ لسنة ١٩٨٢، وعليه ولما لم يطلب أصحاب العلاقة إحالة النزاع مع دائرة الجمارك إلى التحكيم؛ فإنهم يكونون قد قصروا بحق أنفسهم، والمقصر أولى بالخسارة، ولا يرد ادعاء المميزة أنها تقدمت باستدعاء إلى وزير المالية شرحت فيه منشأ البضاعة، طالما أنها لم تطلب صراحة إحالة النزاع إلى التحكيم"[٢].

يتبين لنا بعد استقراء الحكم القضائي أن النزاع كان بين أحد أشخاص القانون العام وهي دائرة الجمارك من جهة، وأحد أشخاص القانون الخاص من جهة أخرى، مما يؤكد مباركة محكمة التمييز الأردنية للتحكيم في العلاقات القانونية التي يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام.

كما جاء في قرار آخر لمحكمة التمييز رقم (٥٥٧) لسنة ٢٠١٣ ما يلي: "نجد أن القرار الاستئنافي المطعون فيه غير قابل للطعن تمييزا باعتباره قطعيا وفقا للمادة (٥١) من قانون التحكيم والطعن فيه مردود شكلا" [٣]. وفي قرار آخر لها رقم (٣١٥) لسنة ٢٠١٣ قررت ما يأتي: "نجد أن المادة (٤٩) من قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ حددت على سبيل الحصر الحالات التي تقبل لإبطال حكم التحكيم، وحيث إن محكمة الاستئناف لم تجد في أسباب الطعن بحكم المحكمين أن حالة من هذه

(١) قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٩٦ بتاريخ ١٦ تموز ٢٠٠١.
(٢) قرار محكمة التمييز رقم ١٧٤٠/ ٩٦ لسنة ١٩٩٧، ص: ٨٢٦.
(٣) قرار محكمة التمييز الحقوقية، رقم (٥٥٧) لسنة ٢٠١٣ منشورات عدالة.

الحالات تستوجب الحكم بإبطال حكم المحكين ما عدا ما تضمنه الحكم بالفائدة القانونية على حصة المستدعي في أتعاب المحاماة البالغة (١٤٥٠٠) دينار فقررت إبطال هذا وتصديق الحكم فيما عدا ذلك فقد أصابت صحيح القانون مما يستوجب رد هذا السبب" [١].

وجاء أيضا في حيثيات حكم محكمة الاستئناف "وحيث إن المحكمين لم يرفعوا يدهم عن رؤية دعوى التحكيم، وأن إجراءات التحكيم لم تنته، وأن أحكام التحكيم لا تقبل الطعن وفقا لأحكام المادة (٤٨) من قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١، وأن حق كل طرف من طرفي التحكيم ينحصر بإقامة دعوى البطلان بعد انتهاء إجراءات التحكيم، وصدور الحكم المنهي للخصومة كلها. وحيث إن قرار المحكين بالاتعاب المعجلة في هذه المرحلة من إجراءات التحكيم لا يقبل الطعن فيه بطريقة الاستئناف إلا بدعوى البطلان مع القرار الفاصل في حكم التحكيم، إضافة إلى أن المادة (٤٩) من قانون التحكيم قد حددت الحالات التي يكون حكم التحكيم قابلا للطعن به بدعوى بطلان حكم التحكيم، وأن القرار المستأنف ليس ضمن هذه الحالات، مما يعني أن طلب فسخ قرار هيئة التحكيم موضوع الاستئناف مستوجب الرد شكلا"[٢].

وقياسا على هذه الأحكام؛ فإنه لا يوجد ما يمنع من اللجوء إلى التحكيم ولكن يجب مراعاة الشروط التي تطلبها المشرع الأردني، حيث اشترط ما يلي:

أن يكون الاتفاق على التحكيم من قبل شخص طبيعي أو معنوي يملك التصرف في حقوقه[٣]، وألا يكون التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح[٤]، كالمسائل المتعلقة بالقرارات الإدارية أو الجزائية أو مسائل الأحوال الشخصية لأن مثل هذه المسائل متعلقة بالنظام العام، فلا يجوز فيها الصلح وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم، لذلك حصر المشرع الأردني جواز التحكيم وفقا للمادة الثالثة في المسائل المدنية والتجارية، كما يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا [٥]، فبتوافر الشروط السابقة في أي منازعة متعلقة بعقد امتياز ينعقد الاختصاص لهيئة التحكيم ويُحجب اختصاص المحاكم.

(١) قرار محكمة التمييز الحقرقية (٣١٥) لسنة ٢٠١٣ منشورات عدالة.
(٢) حكم محكمة استئناف عمان رقم (٦٤/ ٢٠٠٤) تاريخ ٢٠٠٤/٢/١٤، غير منشور.
(٣) المادة ٩ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١.
(٤) المادة ٩ / الفقرة الأخيرة من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١.
(٥) المادة ١٠/ ١ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١.

وقمين بالذكر أن قانون التحكيم نص على كيفية رفع دعوى بطلان حكم التحكيم [١]، وحددها في الحالات الآتية:

- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم صحيحا أو مكتوبا أو كان هذا الاتفاق باطلا أو سقط بانتهاء مدته [٢].
- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقدا للأهلية أو ناقصا وفقا للقانون الذي يحكم أهليته.
- إذا تعذر على أي من طرفي التحكيم تقديم دفاعه لسبب خارج عن إرادته.
- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه في موضوع النزاع[٣].
- إذا شُكلت هيئة التحكيم بالمخالفة لأحكام قانون التحكيم ومثاله ألا يكون عدد أعضاء هيئة التحكيم وترا.
- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود الاتفاق.
- إذا لم تراعي هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو أثّر في مضمونه، أو استند الحكم على إجراءات تحكيم باطلة أثّرت فيه [٤].

تأسيساً على ما سبق كشفت الدراسة عن إجازة المشرع الأردني للتحكيم بمنازعات العقود الإدارية بوجه عام من خلال النصوص القانونية السابقة، مما يعني جواز التحكيم في منازعات عقد الامتياز بوجه خاص بالتشريع الأردني.

(١) مراجعة المواد٤٩-٥١ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١.

(٢) المادة ٤٩/ أ، ب من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١.

(٣) قرار محكمة التمييز الخاص بالدفع بعدم مراعاة المحكمين للقانون الواجب التطبيق، قرار رقم ٩٩٤/ ٩٥ لسنة ١٩٩٧، الاجتهاد القضائي، ج ٥، الحداد، العقود المبرمة من الدول، ص: ٨٦٥.

(٤) المادة ٤٩/ أ البند ٧ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١.

خاتمه:

خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج تتمثل في ما يلي:

- الاسترداد هو إنهاء عقد الامتياز بطريقة مبتسرة قبل حلول أجله الطبيعي وبالإرادة المنفردة من قبل الإدارة مانحة الامتياز ودون خطأ من حامل الامتياز لدواعي المصلحة العامة ولضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، مقابل تعويض الملتزم تعويضا عادلا عما لحقه من أضرار جراء الإنهاء.
- الاسترداد تطبيق لسلطة الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.
- هناك اختلاف بين نظام الاسترداد والنظم الأخرى المشابهة له مثل نزع الملكية للمنفعة العامة، والتأميم، والاسقاط، والفسخ الاتفاقي، والإنهاء الودي بناء على طلب حامل الامتياز.
- للاسترداد ثلاث صور وهي الاسترداد التعاقدي، والاسترداد غير التعاقدي، والاسترداد التشريعي.
- هناك بعض الأموال التي تؤول إلى الإدارة أيلولة مجانية لأنها غير قابلة للتجزئة وتعد كلا لا يتجزأ فيما يتعلق بإدارة المرفق، والبعض الآخر من الأموال يبقى ملكا لحامل الامتياز بعد خصم الأموال التي آلت مجانا إلى الإدارة من مجموع الأموال المخصصة لإدارة المرفق، مع الاحتفاظ بحق الإدارة في شراء ما يلزم من الأموال المتبقية.

يمكن تسوية النزاعات الناشئة عن إنهاء عقد الامتياز عن طريق القضاء العادي فهو صاحب الولاية العامة للنظر في هذه المنازعات، كما يجوز اللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاعات كالتحكيم فهو أداة فعالة في تسوية المنازعات بسرية وسرعة مطلوبتين.

توصيات:

١. إخضاع كافة المنازعات الناشئة عن عقد الامتياز بشكل خاص والعقود الإدارية بشكل عام إلى القضاء الإداري بدلا من القضاء العادي، وجعله صاحب الاختصاص الأصيل وصاحب الولاية العامة في نظر هذه المنازعات.

٢. توفير حماية أكثر لحامل الامتياز بضمان حصوله على التعويض الكامل والمناسب عما لحقه من أضرار جراء استرداد المرفق العام من قبل الإدارة قبل حلول الأوان، لأن هدف المتعاقد الأساسي تحقيق الربح، فضلا على أن للقطاع الخاص دور مهم في إدارة وتنظيم واستغلال المرافق العامة.

٣. التقليص من سلطة الإدارة بإنهاء العقد بصورة منفردة إلى أضيق حد، مع إقرارنا بأهمية احتفاظ الإدارة بهذه السلطة ولكن ضمن معايير وضوابط محددة ودقيقة، من أجل الحد من احتمال التعسف في استعمال السلطة العامة، ونتمنى أن لا يكتفى بوضع معيار المصلحة العامة لمنح الإدارة هذه الصلاحية، بل يجب تحديد المقصود بالمصلحة العامة في هذا المقام.

المصادر والمراجع

أمين، محمد سعيد حسين، فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٢.

البهجي، عصام، عقد البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

بيوض، خلود، عقد الامتياز النفطي وتطبيقاته، دارالكتب والوثائق القومية،٢٠١٢.

الجبوري، محمود خلف، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦.

حسن محمد حسن، آثار عقد التزام المرافق العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠١.

الحنانية، أسامة وآخرون، نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في التشريع الأردني، مجلة دراسات، علوم الشريعة القانون، الأردن، المجلد ٤٢، العدد ٣، ٢٠١٥، ص١٠٥٣-١٠٦٤.

خليل، نجلاء، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٤.

راضي، مازن ليلو، العقود الإدارية، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٣.

سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، ط٤، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠.

شحاته، توفيق، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، د. ت.

الشريف، عزيزة، دراسات في العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.

الشهاوي، إبراهيم، عقد امتياز المرافق العامة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣.

شطناوي، علي خطار، عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، الأردن، المجلد السابع، العدد الرابع، ١٩٩٢، ص٨٦-٩٧.

الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥.

عبد البديع، محمد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، ١٩٩٣.

عبد الحميد، مفتاح خليفة وآخرون، انقضاء العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٣.

عبد اللطيف، أحمد محمد، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

العجارمه، نوفان، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ل B.O.T وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني، مجلة دراسات الشريعة والقانون، الأردن، المجلد ٤٠، ملحق ١، ٢٠١٣، ص١٠٥٠-١٠٦٩.

عياد، أحمد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

غازي، هيثم، سلطات الإدارة في العقد الإداري، دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤.

فهمي، عمر حلمي، الأحكام العامة للعقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩١.

فوزي، صلاح الدين، قانون المناقصات والمزايدات للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، المشاكل العملية والحلول القانونية، (د. ت).

المقابلة، مازن، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، ٢٠٠٥.

أبو الوفا، أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١.

القوانين:

قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٩٦ بتاريخ ١٦ تموز ٢٠٠١.

قانون القضاء الإداري الأردني رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤ منشور على الصفحة ٤٨٦٦من عدد الجريدة الرسمية رقم ٥٢٩٧ بتاريخ ٢٠١٤/٨/١٧.

الأحكام والاجتهادات القضائية:

أحكام محكمة التمييز والعدل الأردنية، مجلة نقابة المحاميين، أعداد مختلفة.

المواقع الالكترونية:

موقع عدالة.