الإهداء

إلى شهداء أمة الإسلام . . .

إلى روح المرحوم أبي طيَّب الله ثراه . . .

إلى صاحبة القلب الحنون . . أمي

إلى الوفية الصابرة . . زوجتي

إلى أولادي جميعاً بارك الله فيهم . . .

إلى إخوتي وأخواتي ومن وقف بجانبي . . .

أهدي ثمرة جهدي المتواضع هذا .

الباحث

شكروامتنان

يتحتم عليَّ وأنا أكمل هذه الرسالة أن أتقدم ببالغ الشكر والامتنان إلى الأستاذ الدكتور عارف صالح مخلف لقبوله الإشراف على هذه الدراسة ولدوره الكبير في إرشادي وتقديم يد العون لي كما أدين بالشكر والعرفان إلى الأستاذ الدكتور حمدي صالح مجيد لرعايته الأبوية لنا ولا يمكن أن ننسى فضل أساتذتنا في كلية القانون والعلوم السياسية في جامعة الأنبار وأخص منهم بالذكر الدكتور علاء حسين علي الجوعاني لما قدمه لي من نصائح وتوجيهات أثناء كتابتي لهذه الرسالة ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى كافة موظفي كلية القانون والعلوم السياسية لمعاونتهم وتشجيعهم المستمر لي كما أشكر موظفي مكتبة جامعة الأنبار المركزية وإلى كل من مدَّ لي يد العون في إتمام عملي هذا.

الباحث

المقدمة

يعتبر عقد الامتياز من العقود المهمة في النظم القانونية التي تتبعها اغلب الدول وتأتي أهميته لدوره في عملية إدارة واستثمار المرافق العامة وتطوير البنى التحتية واستثمار الثروات الطبيعية ، وتوضحت أهمية هذا العقد منذ نهاية القرن التاسع عشر كأحد الطرق المهمة التي تتبعها الدول في أدارة مرافقها العامة من قبل القطاع الخاص إلا أنه ومنذ منتصف القرن العشرين وبالتحديد بعد الحرب العالمية الثانية بدأت الدولة تأخذ دوراً أكبر في المجال الاقتصادي سواء في البلاد النامية أم المتقدمة واتجهت اغلب الدول إلى تأميم مرافقها العامة والتي كانت تدار من قبل أشخاص القانون الخاص وفلسفة تدخل الدولة في المجال الاقتصادي وأدارتها المباشرة لمرافقها كان ردة فعل على سيطرة الدول الاستعمارية على المقدرات المالية للدول النامية .

إلا إن حدوث الأزمات الاقتصادية المتلاحقة التي أصابت الاقتصاد العالمي وانحسار الأفكار الاشتراكية وظهور سياسة العولمة وانتشار أفكار التحرر الاقتصادي أدت إلى الوقوف بوجه تدخل الدولة في المجال الاقتصادي ، فتدخل الدولة كان سبباً في ضعف الكفاءة في العمل وتردي المنتجات وانتشار الفساد الإداري والبطالة المقنعة في مؤسسات الدولة وضعف الخدمات المقدمة إلى المواطنين .

أن حاجة الدولة إلى القطاع الخاص في كافة مجالات الاقتصاد كان سبباً لتدخل أشخاص القانون الخاص ومعاونة الدولة في أدارة مرافقها وإنشاء وتنمية البنية التحتية واتخذت عملية التدخل عدة طرق كاللجوء إلى خصخصة القطاع العام أو تفويض المرافق العامة ويعتبر عقد الامتياز من أبرز طرق تدخل أشخاص القانون الخاص في أدارة واستثمار مرافق الدولة وخاصة الاقتصادية والتجارية .

مما لا ريب فيه إن دخول القطاع الخاص إلى هذه العملية ومعاونته للإدارة في إدارة المرافق العامة والمساهمة في تطورها يحتاج لإطار قانوني ينظم هذه العملية ، ويعتبر عقد الامتياز مرحلة متوسطة بين الخصخصة وسيطرة الدولة على مرافقها بشكل كامل فحسب نظام الامتياز تبقى ملكية هذه المرافق للدولة في حين تنتقل الإدارة إلى أشخاص القانون الخاص وتعود هذه المرافق إلى الإدارة بعد انتهاء العقد .

أن عقد الامتياز الذي نحن بصدد دراسته هو عقد الامتياز الإداري (concession contract)ويختلف الامتياز هنا بحسب الغرض منه فقد يكون لإدارة المرافق العامة أو لإنشاء وتطوير البنى التحتية أو يكون مجال هذا العقد استخراج واستثمار الثروات الطبيعية ويختلف هذا العقد عن عقد الامتياز التجاري (frinshies contract) والذي يعتبر نظاماً للتسويق يعقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص وتحكمه قواعد القانون الخاص .

ونظراً للظروف التي مر بها العراق وظروفه الحالية وما حل بمنشأته الاقتصادية وبناه التحتية من دمار بسبب الحرب والحصار الاقتصادي وسياسة التدخل التي كانت تتبعها الدولة في الشؤون الاقتصادية ،فأن العراق في الوقت

الراهن بأمس الحاجة إلى مشاركة القطاع الخاص لمؤسسات الدولة في عملية التنمية وإعادة الأعمار وتطوير البنى التحتية وتقديم الخدمات إلى المواطنين .

أهمية البحث

لأهمية عقد الامتياز كونه يتيح لأشخاص القانون الخاص الفرصة لإدارة وتنفيذ المشاريع المهمة والتي تتميز بضخامتها وحاجتها إلى أموال طائلة قد لا تستطيع الدولة توفيرها ، ويعتبر عقد امتياز من الوسائل المهمة التي تلجأ إليها الدولة لإدارة مرافقها العامة الاقتصادية والتجارية حيث أن أدارة هذه المرافق بصورة مباشرة من قبل أشخاص القانون العام جعلها تخضع لقيود أدارية ومالية مما ساهم في تكبيل نشاطها والوقوف في وجه تطورها ومنع هذه المرافق العامة من ممارسة النشاط التجاري والصناعي وفقاً لمتطلبات السوق وقواعده .

ولغرض تجنب الآثار السلبية لإدارة المرافق العامة من قبل أشخاص القانون العام توجهت أغلب الدول إلى القطاع الخاص لإدارة هذه المرافق إذ يستطيع أشخاص القانون الخاص تحقيق إدارة المرافق العامة الاقتصادية والتجارية واستثمار الثروات المهمة بصورة فعالة نظراً لتحرر من القيود الإدارية والمالية والتي تكبل أشخاص القانون العام .

ولهذا يعد عقد الامتياز من الوسائل القانونية المهمة التي من الممكن أن تساعد الدول النامية والدول العربية وخاصة العراق في مسايرة التطور الاقتصادي وإزالة الكثير من العوائق التي تقف أمام نمو اقتصاديات هذه الدول لمساهمة القطاع الخاص في هذه العملية عن طريق إتباع أساليب متطورة في عملية الإنتاج ونقل الخبرات العلمية اللازمة لهذه العملية ، إذ نجد إن الكثير من مؤسسات الدولة في العراق لا تقدم خدماتها بالشكل المطلوب بسبب الظروف التي مرت بالعراق وإن هذه المؤسسات الاقتصادية والمرافق لم تعد تساير التطور العلمي والتكنولوجي الذي أصاب العالم في العقود الأخيرة ولهذا فأنه من الضروري من دراسة هذا العقد باعتباره احد الوسائل المهمة للتطور الاقتصادي في العراق وإعادة أعمار بناه التحتية واستثمار ثرواته الطبيعية .

مشكلة البحث

تعالج هذه الدراسة عقد الامتياز على اعتبار أنه من أهم الوسائل التي تلجأ إليها الدولة لإدارة مرافقها العامة عن طريق القطاع الخاص حيث كانت تتدخل في مجمل النشاط الاقتصادي ففي ظل انحسار دور الدولة حيث تعددت وظائفها ولم بعد بإمكانها القيام بكل هذه الوظائف لذا اتجهت غالبية الدول إلى إعطاء أشخاص القانون الخاص الدور البارز في عملية أدارة المرافق العامة وتطوير البنى التحتية وإشباع حاجات الناس كل ذلك يكون تحت رقابتها وإشرافها ونيابة عنها وذلك عن طريق عقد الامتياز ، وهذه العملية إلى أدت إلى دخول القطاع الخاص في هذا المجال تسببت في حدوث العديد من المشاكل القانونية والقضائية التي لابد من بحثها بصورة تفصيلية، ويتميز العراق بقلة النصوص القانونية التي تتناول تنظيم عقد الامتياز بعكس الدول الأخرى التي وضعت نظاماً قانونياً خاصاً بهذا العقد وبهذا فأن المشكلة

الرئيسية لهذا البحث هو دراسة عقد الامتياز دراسة قانونية وبيان الأحكام الخاصة به وتمييزه عن غيره من الأنظمة القريبة والمشابهة له .

خطة البحث

لقد تم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي حيث نحلل النصوص القانونية الخاصة بعقد الامتياز ومن ثم الاعتماد على المقارنة بين ما موجود في العراق وبعض الدول العربية والأجنبية ، وقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى بابين وسيتناول الباب الأول- ماهية عقد الامتياز- وقد قسم هذا الباب إلى فصلين يتناول الفصل الأول التأصيل القانوني والتاريخي لعقد الامتياز بحيث نبين فيه المعنى اللغوي والاصطلاحي للامتياز وأهم خصائصه وتمييزه عن غيره من الأنظمة ثم نتطرق إلى التأصيل التاريخي للامتياز ،أما الفصل الثاني فنبحث فيه التكييف القانوني لعقد الامتياز وبيان طبيعته القانونية ثم ندرس أهم أنواع عقود الامتياز كامتياز المرفق العام وامتياز استغلال الثروات الطبيعية ،في حين يتناول الباب الثاني الأحكام القانونية لعقد الامتياز وتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين أيضا يتناول الفصل الأول إبرام عقد الامتياز ونظامه المالي ويدرس كيفية إبرام هذا العقد وبيان اطراف العقد وطريقة اختيار المتعاقد مع الإدارة والسلطة المختصة بإبرام عقود الامتياز ومن ثم بحث النظام المالي لعقد الامتياز والذي يختلف عن النظام المالي لبقية العقود الإدارية ، أما الفصل الثاني فندرس فيه آثار عقد الامتياز تجاه الإدارة المتعاقدة وتجاه المتعاقد مع الإدارة وبيان آثار العقد تجاه الغير عن عقد الامتياز ومن ثم نبحث في هذا الفصل أيضاً نهاية عقد الامتياز وحل المنازعات الناشئة عنه.

الباب ألأول

ماهية عقد الامتياز

يعبر عقد الامتياز من الأنظمة القانونية المهمة والتي تنظم عملية إدارة المرافق العامة أو إنشائها أو تنظم عملية استخراج واستثمار الثروات النفطية، ولمعرفة النظام القانوني لهذا العقد لا بد من البحث في ماهيته، وعليه يجب البحث أولاً في المعنى العام للامتياز ومن ثم توضيح المعنى الخاص للامتياز والذي يهمنا في دراستنا، والامتياز مرَّ بمراحل متعددة من ظهوره لأول مرة ولذلك لا بد من دراسة مراحل تطوره بدءً بالشرائع القديمة مروراً بالفقه الإسلامي وصولاً إلى وقتنا هذا وعلى هذا سنخصص الفصل الأول لدراسة هذه المواضيع، ومن الضروري بيان الطبيعة القانونية للامتياز لغرض فهم النظام القانوني الذي يحكمه فهل هو ذو طبيعة عقدية أم نظامية ؟ وإن كان ذو طبيعة عقدية فهل هو من عقود القانون الخاص أم من العقود الدولية، أم من العقود الإدارية، ثم لا بد من بيان أشكال الامتياز إذ أن للامتياز صور متعددة وليست صورة واحدة. وهذا ما سنبحثه في الفصل الثاني، وعليه سنقيم الباب الأول كالآتي:

الفصل الأول: تأصيل عقد الامتياز.

الفصل الثاني: تكييف عقد الامتياز وأنواعه.

الفصل الأول

تأصيل فكرة الامتياز

يحظى عقد الامتياز بأهمية كبيرة في تطوير وتنمية البيئة الاستثمارية والمرافق العامة لاسيما في الدول النامية لذا يعد احد أهم أدوات التنمية فيها وبغية تأصيل فكرة هذا العقد، لا بُدَّ من بيان جوانبه القانونية ببيان معناه وأهميته وخصائصه، ومن جانب آخر لا بُدَّ من الوقوف على تطور فكرة هذا العقد من الناحية التاريخية، لذا سنحاول في هذا الفصل تأصيل فكرة الامتياز من الناحية القانونية والتاريخية وذلك في المبحثين الآتيين:-

المبحث الأول: التأصيل القانوني لفكرة الامتياز.

المبحث الثاني: التطور التاريخي لفكرة الامتياز.

المبحث الأول

التأصيل القانوني لفكرة الامتياز

لا بُدَّ من بيان المقصود بعقد الامتياز، وبيان الخصائص التي تميز هذا العقد عن غيره من العقود، وعن الأساليب الأخرى لإدارة المرافق العامة، وبيان مزاياه وعيوبه حيث سنبحث في المطلب الأول المقصود بفكرة الامتياز وفي المطلب الثاني خصائص عقد الامتياز أما المطلب الثالث سيتناول أهمية عقد الامتياز .

المطلب الأول

المقصود بفكرة الامتياز

الفرع الأول: التعريف اللغوي للامتياز.

الامتياز أصله مَيِيَز: من مازَ الشيء،بمعنى عزله وفرزه يقال: مَيَّزهُ تمييزاً فانمازَ، وامتاز تميَّزَ واستمازَ وكله بمعنى واحد تفرد بخصاله عما سواه يقال: متاز القوم إذا تميَّز بعضهم من بعض، وفلان يكاد يتميَّز من الغيض، أي يتقطع[1].

ميز: المْيزُ والتمييز: الفصل بين المتشابهات يقال: مازَه يميزهُ مَيْزاً، وميَّزَهُ تمييزاً، قال تعالى: ﴿لِيَمِيزَ اللَّهُ الْخَبِيثَ مِنَ الطَّيِّبِ﴾[2] والتمييزُ يقال تارةً للفصل، وتارةً للقوة التي في الدِّماغ، وبها تستنبط المعاني، ومنه يقال: فلان لا تمييز له. ويقال: إنماز وأمتازَ[3]. وقال تعالى: ﴿وامْتَازُوا الْيَوْمَ أَيُّهَا الْمُجْرِمُونَ﴾[4].

وممّا تقدم يظهر للامتياز عدة معاني لغوية ومنها الفصل أو العزل، الفصل يقع بين المتشابهات أي التمييز بين الأشياء المتشابهة، أو التمييز بين الأشياء أي

---

[1] مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، دار الرسالة، الكويت ط ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م،ص ٦٤١.

[2] سورة الأنفال، الآية: ٣٧.

[3] الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق صفوان عدنان دأوودي، مطبعة النور للنشر، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط١، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٠م،ص ٧٨٣.

[4] سورة يس ،الاية:٥٩

تمييز بعضها عن بعض، وتفرد الشيء بصفات وخصال تمييزه عن غيره، وعند تطبيق هذا المعنى اللغوي على عقد الامتياز يظهر لنا أن هذا العقد هو تمييز لهذه الطريقة عن طرق الإدارة الأخرى التي تتبعها في إدارة مرافقها وتفرد هذه الطريقة بصفات وخصائص لا نظير لها في أساليب الإدارة الأخرى.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للامتياز[١] .

لقد عرَّف الامتياز بتعريفات متعددة، يتجلى لنا أن بعضها يعطي تعريف عام وموحد للامتياز والآخر يراعي تعدد مواضيع وأغراض وأنواع عقد الامتياز إذ يضع تعريف لكل نوع من أنواعه ونفصل ذلك في المقاصد الآتية:.

المقصد الأول: المعنى العام لعقد الامتياز:

استخدم مصطلح الامتياز للدلالة على الرخصة من الحكومة أو عقد أو اتفاق مع سلطة ذات سيادة، أو بمعنى الميثاق الملكي أو رخصة من السلطة المحلية، وقد ورد ذلك في مذكرة لجنة التعويضات في عملية التحكيم التي حصلت بين هذه اللجنة وحكومة ألمانيا عند تفسير المادة (٢٦٠) من اتفاقية فرساي سنة ١٩٢٤، وقد جاء في المذكرة (إن فكرة الامتياز واسعة ومتنوعة، يمكن أن تتوسع بالنسبة إلى التشريعات والنظريات المعنية، من المنحة المعطاة لألقاب النبالة، أو أرض المدفن، حتى الأعمال العامة، كالحق بالتنظيم والمصادرة)[٢].

وعلى هذا يتبين أن الامتياز كان متصلاً في البدء بالأفضلية، أو المعروف والمنة أو المنحة لكن مع مرور الوقت تطور هذا المعنى، واختفى عنصر المعروف أو المنحة، وأصبح السائد في الوقت الحاضر هو عنصر العقد أو الصفقة.

وقد عرف الامتياز بأنه منح الانتفاع أو الاحتكار أو الهبة أو التمليك أو حق تعطيه الدولة لشركة خاصة وطنية كانت أم أجنبية ضمن منطقة محدودة في إقليم الدولة لفترة زمنية محددة[٣].

وذهب الفقيه اندريه دي لوبادير إلى اعتبار أن الامتياز ما هو الا عقد بين الدولة وشخص طبيعي أو معنوي، تمنح الدولة بموجبه إلى صاحب الامتياز على سبيل الحصر حق ممارسة نشاط أو مشروع ما ضمن منطقة معينة ولمدة معينة مع حصر هذا النشاط بحيث لا يمكن منح شخص آخر حق نشاط مماثل أو منافس ضمن المنطقة ذاتها وخلال الفترة ذاتها[٤].

يلاحظ من هذا التعريف أنه أضفى على عقد الامتياز طابع الحصر أي أن الامتياز أو الرخصة تمنح على سبيل الحصر لصاحب الامتياز بحيث لا يجوز منحه لشخص آخر.

---

[١] يطلق لفظ الالتزام ليراد به الامتياز، ويراد به نفس المعنى كما هو الحال في ظهور تسمية الالتزام واختفاء الحق الشخص في الدراسات المدنية، فيقال أحكام الالتزام ولا يقال الحق الشخصي، ينظرفي ذلك، د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ،ج١ ، مصادر الالتزام ،المكتبة القانونية ، بغداد، ط٤، ٢٠٠٧ ،ص٧.

[٢] ينظر د.غسان رباح،الوجيز في العقد التجاري الدولي(نموذج العقد النفطي)،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت- لبنان،ط١ ، ٢٠٠٨، ص ١٠٧ .

[٣] ينظر د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، القانون والسيادة وامتيازات النفط، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت – لبنان ،١٩٩٦م،ص ٢٧.

[٤]ينظر د. درع حماد عبد، عقد الامتياز، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٣م،ص ١١.

وقد عرفه الفقيه (Gidel) بأنه (عقد يقوم بمقتضاه فرد أو أفراد بتنفيذ عمل ما على أساس مكافأتهم لقاء مجهودهم ومصروفاتهم، لا بمبلغ من النقد يدفع لهم من قبل الحكومة بعد إتمام العمل، بل بتسليم عائد يفرض لمدى أجل طويل إلى حدٍ ما على الأفراد الذين يربحون من العمل..)[١].

ومن المفاهيم العامة لعقود الامتياز أنها أصول تسمح للإدارة أن تقوم بنقل بعض الحقوق التي تتمتع بها إلى شخص آخر وفقاً لشروط غالباً ما تكون تعاقدية[٢].

ولما جاء في هذه التعريفات العامة من عموميات لمعنى الامتياز أدرك الفقه الإداري الفرنسي الحديث أن للامتياز أنواع متعددة وأنه يصعب وضع تعريف عام شامل لكل هذه الأنواع فلا بد من إيجاد معان خاصة للامتياز وكالآتي:.

المقصد الثاني: المعنى الخاص للامتياز:

بما أن الامتيازات تقسم إلى عدة أنواع كالامتياز السياسي والامتياز الاقتصادي. فإن الامتياز يختلف معناه حسب نوعه فالامتيازات السياسية كما هو معروف تجري دائماً بين الحكومات وتمنح بموجب معاهدة كالمعاهدة التي عقدت بين الصين وروسيا وتنازلت الصين بموجب هذه المعاهدة إلى روسيا عن خط حديد الصين الشرقية[٣].

أما الامتياز الاقتصادي فمن الممكن أن يكون موضوع هذا الامتياز استغلال الثروات الطبيعية كالبترول والمعادن والمنافع والخدمات العامة مثل الاتصالات والشحن والكهرباء وغيرها، وعلى هذا اعتبر الفقه الإداري الفرنسي أن الامتياز يراد به عدة معانٍ منها امتياز الخدمات العامة والأشغال العامة، والمناجم والثروات الطبيعية[٤].

وعلى هذا عرفه بعض الفقه، بأنه عقد تمنح بموجبه الدولة الجهة صاحبة السيادة لشخص ما إمكانية، من أجل استثمار مرفق عام أو مؤسسة عامة لها صفة النفع العام، كما عرف القانونين السويسري والألماني الامتياز، بأنه عمل أُحادي الجانب يصدر من الدولة، وهما لا يهتمان إلا إلى الأصول والإجراءات التي تمنح بموجبها الامتياز لصاحبه دون الدخول في تفاصيل أخرى[٥].

ويلاحظ أنه في بداية الأمر حصل خلط بين امتياز الأشغال العامة وامتياز المرفق العام، فحتى نهاية القرن التاسع عشر كانت امتيازات الأشغال العامة هي السائدة، وإن الامتياز لا يكون إلا عن طريق الأشغال العامة، لذا عرف الفقيه (Delallean) سنة ١٨٣٤م بأنه عقد من خلاله يتعهد شخص أو عدة أشخاص تجاه

---

(1) Gidel Des effect de lannexion sur les consessions (1904)

أشار اليه د. غسان رباح، المصدر السابق،ص .

[٢] ينظر د. درع حماد عبد، عقد الامتياز، المصدر السابق،ص ١١.

[٣] ينظر د.غسان رباح، المصدر السابق،ص١٠٩ .

[٤] ينظر د.غسان رباح، المصدر نفسه،ص١٠٩.

[٥] ينظر د.غسان رباح، المصدر نفسه،ص ١٥٧.

الإدارة على نفقتهم ومسؤوليتهم بتنفيذ أشغال ذات منفعة عامة لقاء الحصول على مقابل أو منافع ملحوظة في عقد الامتياز[١].

ومع بداية القرن العشرين تطور مفهوم الامتياز وأصبح لا يتنأول فقط بناء مرفق معين أو القيام بعمل، بل دخل الامتياز مجال استغلال المرافق العامة بشروط معينة ومن ثم ظهر امتياز المرفق العام[٢].

وقد عرفه الفقيه جان ريفيرو بأنه طريقة لإدارة إحدى المرافق العامة يكلف بموجبه شخصاً خاصاً يسمى صاحب الامتياز بتشغيل المرفق ،خلال مدة معينة، ناهضاً بأعبائه ممارساً حقه في استيفاء الأجور من المنتفعين[٣]

في حين عرفه الأستاذ (Walin) بأنه (عقد من خلاله يقوم شخص رأسمالي ببناء وصيانة منشأ عام دون مطالبة الإدارة بأي ثمن)[٤] من هذا التعريف يتبين أن صاحب الامتياز يقوم بكافة الأعمال الخاصة بالمرفق ولا يحصل من الإدارة على أي ثمن بل يستوفي المقابل من المنتفعين .

ومن هنا أصبح المراد بامتياز المرفق العام أن تعهد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى إلى شخص خاص فرداً أو شركة بإدارة مرفق عام، واستغلاله لمدة محدودة، وعلى نفقته ومسؤوليته وبواسطة عماله، ويحصل مقابل ذلك على رسوم من المنتفعين من المرفق[٥].

وتجدر الإشارة إلى أن عقد امتياز المرفق العام من ابرز أنواع الامتيازات توضع بموجبه الإدارة المرفق العام بعهدة شخص خاص طبيعي أو معنوي ـ صاحب الامتياز ـ لغرض استثمار المرفق على نفقته ومسؤوليته، وذلك لمدة طويلة لقاء حصوله على رسوم يستوفيها من مستعملي المرفق العام[٦].

وقد كان للقضاء الإداري الدور الواضح في أبراز معالم عقد ألامتياز وتعريفه فمجلس الدولة الفرنسي قد عرف امتياز المرفق العام بأنه (العقد الذي يكلف شخصاً خاصاً أو شركة بتنفيذ منشأة عامة أو تحقيق مرفق عام،على نفقته مع أو بدون إعانة مالية أو ضمانات مع أعطاء لهذا الشخص الحق بتقاضي جعل من المنتفعين من هذه المنشأة أو المستفيدين من المرفق العام)[٧]، وقد عرفته محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه (.. إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه القيام على نفقته، وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية طبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة

---

[١] ينظر د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرفق العام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،ط١ ، ٢٠٠٩م،ص٥١٣.

[٢] ينظر د. مروان محيي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،ط١، ٢٠٠٩م،ص ٨٧.

(3) Jean rivero ,droit administrative , libraurie dalloz ,paris , 1962 .p. 389 .

[٤] ينظر د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المصدر السابق،ص ٥١٤.

[٥] ينظر د. دأود عبد الرزاق الباز، الإدارة العامة الألكترونية وأثرها على نظام المرفق العام، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت،ط١، ٢٠٠٤م،ص ١٨٢.

[٦] ينظر: هيام جورج ملا ط ، المياه والامتيازات في الشرع اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ١٩٩٩م،ص١٨٨.

(7) Ce 30 mars 1916 . resleb .p . 143 .

للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة معينة من الزمن والاستيلاء على الأرباح)[١].

وقد يكون الامتياز مختلطاً بحيث يكون امتياز إشغال عامة وفي الوقت نفسه يكون امتياز مرفق عام عندما يتعلق الأمر ببناء أو إنشاء المرفق العام وإدارة هذا المرفق وتقديم الخدمات إلى الجمهور، لذا يكون تعبير الامتياز تعبيراً غامضاً في القانون الإداري حيث يستعمل للدلالة على عمليات يوجد بينها قاسم مشترك هو الأذن أو الإجازة من الدولة[٢].

وانطلاقاً من ذلك فإن القانون الإداري درج على استعمال عبارة الامتياز للدلالة على عدة معانٍ لتشمل مجالات واسعة ومتعددة من العلاقات بين الأفراد حيث أنه من الممكن أن تشمل الامتيازات التنازل عن إدارة بعض الأملاك الخاصة العائدة للبلديات وإشغالها بشكل مؤقت من قبل الأفراد أو التنازل عن إدارة واستثمار بعض الثروات الوطنية[٣]. إن عبارة الامتياز لا تنحصر بموضوع أو هدف معين بل إن الامتياز من الممكن أن يتناول أعمال ومهام تتداخل وتتصل فيما بينها وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي[٤].

موازنة واستنتاج

مما تقدم يتبين لنا أن الامتياز لا يتعلق بموضوع واحد بل إن الامتياز يشمل أحياناً إدارة مرفق عام أو القيام بأشغال عامة أو يشمل إنشاء المرفق وإدارته، وكذلك قد ينصب الامتياز على استغلال الثروات الطبيعية، وتأسيساً على ما تقدم نخلص إلى أن عقد الامتياز هو (عقد تقوم بمقتضاه الدولة بتكليف أحد أشخاص القانون الخاص فرد أو شركة وعلى نفقته ومسؤوليته بإنشاء أو إدارة مرفق عام أو الأمرين معاً أو استغلال الثروات الطبيعية في الدولة، وفي مقابل ذلك يحصل الشخص على المقابل المادي بصورة رسوم يدفعها المنتفعون لحصولهم على خدمات المرفق أو يكون المقابل المادي هو حصول صاحب الامتياز على ما يستخرجه من الثروات الطبيعية وتكون مدة العقد محددة بموجب القانون).

المطلب الثاني

خصائص عقد الامتياز وتمييزه عن الأساليب الإدارية الأخرى .

إن عقد الامتياز من العقود الإدارية المهمة والتي تستخدمها الإدارة لتنفيذ أعمالها، وإن لهذا العقد مجموعة من الخصائص يختص وينفرد بها عن غيره من الوسائل الأخرى التي تستخدمها الإدارة في إدارة مرافقها ومنشآتها ونفصل ذلك في الفروع الأتية:-

---

[١] حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في ١٩٥٦/٣/٢٥، مجموعة القواعد القانونية، السنة العاشرة،ص٢٥٩.

[٢] جورج فودال وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، ج٢، ترجمة: منصور القاضي، مؤسسة مجد الجامعية للدراسات والنشر، بيروت – لبنان،ط١ ، ٢٠٠٨م،ص٥٧١.

[٣] ينظر د.هيام جورج ملاط،المصدر السابق،ص١٨٨ .

[4] CE avis du 26 septemer 1907 – cit par Gerard cohen op . cit these paris 1966 .p 11 .

أشار إليه د. وليد حيدر جابر ،التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المصدر السابق ،ص ٥١٠ .

الفرع الأول: خصائص عقد الامتياز:-

يتمتع عقد الامتياز بمجموعة من الخصائص هي:

أولاً: إنه عقد إداري ملزم للجانبين:

إن عقد الامتياز كما سنرى هو عقد إداري يتم في الغالب بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخص القانون الخاص فرد أو شركة، ويكون موضوعه إنشاء أو إدارة واستغلال المرفق،مقابل رسوم يحصل عليها من المنتفعين بخدمات المرفق، فالإدارة تكون طرفاً فيه لذا فهو عقد إداري [١].

وعقد الامتياز من العقود الملزمة للجانبين شأنه شأن العقود الإدارية الأخرى وتتمتع الإدارة بموجبه تجاه المتعاقد معها بكافة السلطات المألوفة في العقود الإدارية ، ولا ينفي صفة العقد عن الامتياز تمتع السلطة مانحة الامتياز بمجموعته من الحقوق، لأن وجود إرادتين يعني حتماً وجود الصفة التعاقدية[٢].

ثانياً: يتحمل صاحب الامتياز نفقات المشروع في هذا العقد .

إن صاحب الامتياز دائماً يتحمل نفقات المشروع فهو يدير المشروع أو المرفق على مسؤوليته وبأمواله الخاصة، كذلك فإن صاحب الامتياز عليه أن يقوم بعمليات التطوير والتحديث الضرورية للمرفق أثناء مدة الامتياز، وعليه أن يلتزم بسلامة المشروع، وينتج عن تحمل صاحب الامتياز للمسؤولية وتحمله للنفقات أن يحتفظ بكافة الفوائد المادية الناتجة عن حسن تشغيل المرفق[٣].

ثالثاً: أنه عقد ذو نظام مرن:

تتمتع عقود الامتياز بالطبيعة المرنة، وأساس هذه المرونة جاءت من مبدأ قابلية المرافق العامة للتطوير والتعديل والتحديث استناداً لمبدأ استمرارية المرافق العامة، وإن هذه المرونة ما هي إلا توفيق بين فكرتين متناقضتين، الأولى تتمثل: في امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة .

والثانية: تتمثل بحرية المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية[٤].

رابعاً: أنه من العقود الزمنية .

من المميزات الأساسية التي يتميز بها عقد الامتياز أنه عقد محدد المدة، وأن شرط تحديد المدة هو ركن أساسي من أركان الامتياز، فهذا العقد لا يمكن أن يكون أبدياً، والقانون غالباً ما يحدد هذه المدة وإن كانت في الأغلب مدة طويلة بعض الشيء وذلك للموازنة بين ما ينفقه صاحب الامتياز وبين ما يحققه من أرباح[٥].

وتتجلى أهمية المدة في عقود الامتياز من خلال النصوص التشريعية فالقانون المدني المصري أشار في المادة (٦٦٨) منه إلى أن هذا العقد يجب أن يكون لمدة معينة، وإن هذا العقد لا يمكن أن يكون لمدة غير معلومة و بالغة في الطول، ويجب

---

[١] ينظر د. إلياس ناصيف، عقد الـ BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس – لبنان، ٢٠٠٦م،ص ٤٤ ، وينظر عبد الله بن احمد السعدان ،آثار العقد الإداري في الفقه والنظام وتطبيقاته القضائية ،أطروحة دكتوراه ،مقدمة إلى جامعة محمد بن سعود الإسلامية ،السعودية ، ١٤٢٥ هـ -٢٠٠٤م ،ص٧ .

[٢] ينظر د. مروان محي الدين القطب، المصدر السابق،ص ٧٩.

[٣] ينظر د. إلياس ناصيف، المصدر نفسه،ص ٤٤.

[٤] ينظر د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المصدر السابق،ص ٧١.

[٥] ينظر د. إلياس ناصيف، المصدر السابق،٤٣.

ملاحظة أن هذه المدة تسمح للإدارة بتغيير طريقة إدارتها واستثمارها للمرافق العامة حسب تطور الظروف، كذلك تسمح هذه المدة بمراعاة حصول صاحب الامتياز على الأرباح اللازمة عند استثماره للمرفق العام[١]، كما نجد أن قانون التزام المرافق العامة المصري رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ قد جعل الحد الأقصى لمدة عقد الامتياز ثلاثون عاماً[٢].

أما قانون البلديات الأردني رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٥ قد أشار إلى أن هذه العقود تكون لمدة لا تتجاوز ثلاثين عاماً وقد أكدَّ ذلك عند نصه على (.. أن يعطي لها أو ببعضها امتيازات لأشخاص أو شركات مدة لا تتجأوز ثلاثين سنة)[٣].

أما القانون المدني العراقي فقد أشارت المادة (٨٩١) فقرة (١) إلى أن عقد الالتزام يكون محدد المدة[٤]. وفي تطور ملحوظ لعقود الامتياز في العراق نجد أن مشرع قانون النفط والغاز، والذي ينتظر أن يقر هذا المشروع من قبل البرلمان، قد حدد مدة الامتياز وجعلها عشرون عاماً فالمادة (٢١) الفقرة ثالثاً (أ) من هذا المشروع نصت على (لشركة النفط الوطنية ولحملة تراخيص التنقيب والتطوير والإنتاج الاحتفاظ بحق التنقيب وتطوير وإنتاج حصرياً النفط في حدود منطقة التطوير والإنتاج لمدة يتم تحديدها من المجلس على أن لا تزيد على (٢٠) عشرين سنة تبدأ من تاريخ الموافقة على تطوير الحقل) وأن هذا المشروع أجاز لمجلس الوزراء تمديد العقد لمدة لا تزيد على خمس سنوات[٥].

من ذلك يتبين أن مشروع قانون النفط والغاز جعل هذه العقود محدودة المدة ولم يجعلها أبدية أو مفتوحة، ولم يطيل بمدة العقد كما هو الحال في عقود الامتيازات النفطية التقليدية التي كانت تصل إلى ٩٩ سنة، بل جعل هذه المدة لا تزيد عن عشرين سنة، وهذا يوازن بين حقوق الدولة، وبين حق صاحب الامتياز للحصول على الأرباح اللازمة نتيجة استثماره في هذا القطاع، على ما تقدم فعلى حكومات الدول النامية التركيز في العقود التي تبرمها على عدم إطالة مدة العقد لان ذلك يجعل ثرواتها ومرافقها بيد الشركات الأجنبية التي يكون همها الأساس هو الحصول على اكبر قدر من الأرباح .

خامساً: إنه عقد يستبقي ملكية المرفق للسلطة مانحة الامتياز.

إن صاحب الامتياز عند إنشائه للمرفق أو إدارته واستثماره لهذا المرفق فإنه لا يملك هذا المشروع وأصوله، بل إن ملكية هذا المشروع تبقى خالصة للدولة مانحة الامتياز، ويعود هذا المرفق مع كافة التعديلات والتحسينات عليه إلى السلطة مانحة الامتياز عند انتهاء مدة العقد، إن إدارة المرفق عن طريق الامتياز لا يعني أبداً نقل ملكية المرفق إلى صاحب الامتياز، ولا يؤدي إلى خصخصة المرافق العامة بل أن

---

[١] ينظر العلامة السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول –الجزء السابع ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان،ط٣، ٢٠٠٠م،ص٢٨١.

[٢] قانون التزام المرافق العامة المصري، رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧، المادة.

[٣] ينظر المادة ٤٢ فقرة (أ) من قانون البلديات الأردني رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٥.

[٤] ينظر المادة(٨٩١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

[٥] ينظر مشروع قانون النفط والغاز العراقي.

الإدارة تحتفظ بسيادتها عليها[١]،وتسترد المرفق عند نهاية العقد فصاحب الامتياز يقوم باستثمار المرفق بحيث تكون العوائد المادية لصاحب الامتياز مع بقاء ملكية المرفق للإدارة مانحة الامتياز .

سادساً: الصيغة الشكلية.

القاعدة العامة في العقود الإدارية، شأنها شأن العقود التي تخضع لقواعد القانون الخاص. إن العقد يتم بتوافق إرادتين، وإن العقد الإداري لا يُلزم أن يفرغ في شكل كتابي إلا إذا نص القانون على ذلك، فالكتابة لا تعتبر شرطاً من شروط العقد الإداري وإنما تعد أمراً متعلقاً بإثبات العقد لا بصحته[٢]، فالإدارة تستطيع أن تتحلل من الشكل الكتابي في العقود الإدارية، إلا أنه يمكن الاستناد إلى الوثائق المكتوبة في مرحلة التعاقد (ويستند القضاء أحياناً إلى هذه الوثائق المتبادلة بين الإدارة والأفراد للقول بقيام الروابط التعاقدية)[٣].

أما عقد الامتياز فإنه لا يمكن تصوره دون الصيغة الكتابية وذلك بسبب مروره بعدَّة مراحل لانعقاده ولمضمونه ولما يتمتع به من مميزات ولتشابك العلاقات فيه.

ويذهب الأستاذ الطماوي إلى القول (وفي بعض الحالات التي لا يشترط فيها المشرع الشكل الكتابي صراحة، قد تفرض هذه الشكلية طبيعة العقد. وأوضح الأمثلة على ذلك عقد الامتياز، فهو من العقود التي لا تخضع ـ كقاعدة عامة ـ للمزايدات أو المناقصات العامة، ومع ذلك فإنه من العسير تصور عقد امتياز دون وثيقة كتابية تحدد حقوق وواجبات الملتزم..)[٤].

وهكذا نلاحظ أن عقد الامتياز ولما يتضمنه من شروط ولتعلقه بالتنمية الاقتصادية وتقديم الخدمات إلى الجمهور وطول مدة هذه العقود، ولكون أن أحد أطراف العقد في بعض الأحيان يكون شخصاً أجنبياً، فإنه لا بد من إفراغ عقد الامتياز في شكل كتابي، كما هو الحال في عقود امتياز المرافق العامة أو امتياز الأشغال العامة أو عقود استغلال الموارد أو عقود الـ BOT [٥].

سابعاً: إنه من العقود المنشئة للاحتكار:

إن عقد الامتياز يمنح صاحب الامتياز الإنفراد باستغلال المرفق وإدارته فلا يستطيع غيره أن يستغل هذا المرفق أي يمنحه احتكاراً للمرفق وهذا الاحتكار قد يكون قانونياً أو فعلياً، فالاحتكار القانوني (Monople) يعني أن الاحتكار يكون بموجب القانون، يكون ذلك غالباً في المرافق التي لا تحتمل المنافسة، حيث يكون فيها ضياع للجهود والأموال، مثال على ذلك مرفق السكك الحديدية، حيث لا يتصور

---

[١] ينظر د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان،ط١، ٢٠٠٥م،ص ٢٠٣.

[٢] ينظر د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة،ط١ ، ٢٠٠٧م،ص١٩٥.

[٣] حكم المحكمة الإدارية العليا، مصر، رقم ٢٢٨٩ – ٣ في ١٩٩٠/٣/٢٠م، اشار اله د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت،ط١ ، ٢٠٠٧م،ص٥٢.

[٤]ينظرد. سليمان الطمأوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي،القاهرة،ط٤ ،١٩٨٤،ص ٣٣٧.

[٥] يعبر مصطلح bot عن اخر التطورات التي وصل إليها عقد الامتياز ويضم مجموعة من الترتيبات التعاقدية تحت عنوان bot وشمل عدة انواع من العقود كعقود boot البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية وغيرها من العقود .

أن يدير هذا المرفق في منطقة معينة أكثر من صاحب امتياز واحد، لأن ذلك يؤدي إلى ضياع الجهود والأموال التي تصرف دون تحقيق الأرباح المرجوة، وهذا يصدق أيضاً على مرافق الماء والكهرباء وغيرها[١]،والاحتكار قد يكون بموجب العقد مثال ذلك عقد بناء واستثمار موقف السيارات في مطار بيروت الدولي الذي نص على عدم تشغيل أي مرآب داخل حرم مطار بيروت الدولي[٢] إلا أن صاحب الامتياز قد لا يمنح احتكاراً قانونياً، فقد يكون الاحتكار فعلياً ينشأ دون إجازة قانونية.

وفي الاحتكار الفعلي فالامتياز من الناحية الشكلية لا يعطي صاحبه حقاً حصرياً، أي أن الشركات والأفراد الآخرين لا يمنعون قانوناً من استغلال أو إنشاء مرافق ذات موضوع مشابه للامتياز الممنوح له، لكن الإدارة المانحة تستطيع أن تتعهد لصاحب الامتياز بأن لا تمنح لغيره من المتنافسين التسهيلات التي تمنحها إياه، كاستعمال سلطات الضبط مثلاً[٣].

الفرع الثاني: تمييز عقد الامتياز عن الأساليب الإدارية الأخرى :-

عقد الامتياز وسيلة تلجأ إليها الإدارة للقيام بعملها وإدارة مرافقها أو إنشائها واستغلال الموارد الطبيعية إلا أنه ليس الطريق الوحيد الذي تستخدمه الإدارة بل توجد طرق عدة تستطيع الإدارة اللجوء إليها كالإدارة المباشرة أو الاستغلال غير المباشر أو الترخيص وغيرها لذا كان لا بد من التمييز بين عقد الامتياز وهذه الطرق ثم نميزه عن الترخيص التجاري وكالاتي :

المقصد الأول: عقد الامتياز والإدارة المباشرة:

يراد بالإدارة المباشرة أن تقوم الإدارة أو الشخص المعنوي العام الذي يتبعه المرفق العام بإدارته إدارة مباشرة، حيث تقوم الإدارة بتنظيمه داخلياً، وتكفل تسييره بأموالها وموظفيها، وأنه لا يكفي لإدارة المرفق العام إدارة مباشرة أن يكون للجهة الإدارية حق الإدارة العليا، بل لا بد أن تكون كافة أمور تنظيم وتسيير المرفق بيد الإدارة، على أن المرافق العامة التي تدار مباشرة تتبع الشخص المعنوي العام الذي يقوم بتخصيص الأموال والموظفين لغرض إدارته، حيث أن هذه المرافق لا يمكن اعتبارها أشخاصاً قانونية مستقلة عن الشخص المعنوي الذي تتبعه[٤].

ويلاحظ أن إدارة المرافق العامة من قبل الشخص المعنوي العام الذي تتبعه هذه المرافق إن ذلك يؤدي إلى أن يتحمل الشخص المعنوي العام مسؤولية الإدارة ونفقاتها، بينما نلاحظ في الامتياز أن الإدارة لا تتولى بنفسها إدارة المرفق العام، بل تتخلى عن إدارته إلى شخص من أشخاص القانون الخاص (فرد ـ شركة) ويقوم هذا الشخص بتمويل المرفق ويستقل بتبعاته المالية، فصاحب الامتياز هو من يتحمل

---

[١] ينظر: العلامة السنهوري، المصدر السابق،ص ٢٨٤.

[٢] ينظر د. وليد حيدر جابر ،التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة،المصدر السابق،ص ٣٢٢ .

[٣] ينظرد. وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان،ط١ ، ٢٠٠٩م،ص٢١.

[٤] ينظر د. علي خطار شنطأوي، القانون الإداري الأدرني، الكتاب الأول، دار وائل للطباعة والنشر، عمان – الأردن،ط١ ، ٢٠٠٩م،ص ٢٧٠.

مسؤولية الإدارة وأعبائها لا الشخص العام مانح الامتياز كما هو الحال في الإدارة المباشرة[١].

المقصد الثاني: مشاطرة الاستغلال والامتياز[٢] .

ظهر هذا الأسلوب في القرن التاسع عشر، وهو أسلوب وسط بين الإدارة المباشرة والامتياز،فهي طريقة لإدارة المرفق العام بواسطة شخص من أشخاص القانون الخاص يعمل لحساب الإدارة المتعاقد معها. وتبقى الإدارة المتعاقدة مسؤولة عن المرفق العام ومالكه لأدوات الإنتاج، وتتحمل كافة مخاطر المشروع، وتقدم الأموال اللازمة لإدارة المرفق، ويحصل الشخص الخاص المتعاقد مع الإدارة في أسلوب الاستغلال غير المباشر على رسوم أو أجور محددة يتقاضاها صاحب الإدارة من الإدارة المتعاقدية أو يحصل على نسبة معينة من إيراد المشروع أو أرباحه، إذن هناك مشاركة مع الإدارة في النتائج المالية[٣].

ويختلف هذا الأسلوب عن الامتياز باعتبار أن صاحب الامتياز يعمل لحسابه الخاص ويدير المرفق بأمواله وعماله، ويتحمل مخاطر المشروع، فالشخص الخاص يرتبط في هذه الطريقة بعقد مع الإدارة، ويعتبر عقد الإمتياز من العقود الإدارية، ولا يعتبر فيها المتعاقد مع الإدارة ومستخدميه موظفين عموميين، فالعاملون في المرفق يعتبرون إجراء يخضعون لإحكام قانون العمل[٤].

المقصد الثالث: الخصخصة والامتياز.

تعرف الخصخصة بأنها نقل ملكية المنشآت كلياً أو جزئياً من القطاع العام إلى القطاع الخاص[٥] ،أو هي عملية استبدال كلي أو جزئي للقطاع العام بالقطاع الخاص لإنتاج وتقديم السلع[٦] .

إن عقد الخصخصة يعتبر عقداً إدارياً تبرمه الإدارة مع طرف من القطاع الخاص، وبمقتضى هذا العقد تقوم الإدارة ببيع مشروع مملوك للدولة، ونقل ملكيته إلى الشخص الخاص بصورة كلية أو جزئية[٧].

إن عملية الخصخصة تؤدي إلى انتقال ملكية المشروع إلى الطرف الذي قام بشراء هذا المشروع، فيقوم بإدارته وعلى مسؤوليته وبأمواله الخاصة ويكون مع ذلك مالكاً للمشروع، في حين أن الامتياز لا يؤدي إلى تملك صاحب الامتياز

---

[١] ينظر د. شاب توما منصور، القانون الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة بغداد،ط٣ ،١٩٧٨م،ص٢٤٠.

[٢] هناك من يستعمل عبارات أخرى للدلالة على مشاطرة الاستغلال مثل الاستغلال غير المباشر أو المشاركة في الإدارة. ينظر في ذلك د. وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة، المصدر السابق،ص ٢٣، والسنهوري، المصدر السابق،ص٢٧٦.

[٣] ينظرد. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية – مصر، ٢٠٠٤م،ص ٥٤٢، وهيام جورج ملاط، المصدر السابق،ص ١٩٦، ووليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة، المصدر السابق،ص ٢٣ ،ومحمد محمد عبد اللطيف ،الاتجاهات المعاصرة في أدارة المرافق العامة الاقتصادية ،دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، ٢٠٠٠ ،ص٤٦ .

[٤] السنهوري، المصدر السابق،ص ٢٧٧، ومروان محيي الدين القطب، المصدر السابق،ص ١٠٩.

[٥] ينظرد. محمد بن صبري أرنج، الخصخصة- تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص في ضوء الشريعة الإسلامية، دار النفائس، الأردن، ٢٠٠٠م:،ص ٢٤.

[٦] ينظرد. رفعت عبد الحليم الفاعوري ،تجارب عربية في الخصخصة ،المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة القاهرة – مصر ،٢٠٠٤ ، ص٨ .

[٧] ينظر د. إلياس ناصيف، المصدر السابق: ١٣٠.

للمشروع حيث يجب إعادة هذا المرفق محل الامتياز إلى السلطة المانحة عند نهاية مدة الامتياز.

المقصد الرابع: الامتياز وعقد الإيجار الإداري.

يراد بعقد الإيجار الذي تدخل فيه الإدارة بصفة مؤجرة، ويمكن أن يعرف هذا العقد، بأنه العقد الذي بموجبه تعهد الجهة الإدارية إلى شخص خاص باستغلال المرفق العام وإدارته دون إقامة المنشآت، على أن يدفع المستأجر مقابلاً للإدارة المتعاقدة مثال على ذلك عقد شغل المال العام أو عقد تأجير استغلال المحل التجاري [١].

ويختلف عقد الامتياز عن عقد الإيجار الإداري، من ناحية أن عقد الإيجار الإداري لا يتطلب أن يقوم المستأجر باستثمارات معينة وإقامة المنشآت، حيث يتسلم المنشآت كاملة من الإدارة المتعاقدة، وتكون مدة الإيجار قصيرة بالقياس بمدة الامتياز، بينما نجد أن صاحب الامتياز غالباً ما يقوم بإقامة المنشآت وتقديم التجهيزات، ويتحمل صاحب الامتياز كافة الأعباء والنفقات وبالتالي يحصل على العائدات المالية للمشروع، في حين أن المستأجر في عقد الإيجار الإداري، تنحصر مسؤوليته في أعباء التشغيل وتحمل المخاطر، وبالتالي عليه أن يؤدي إلى الشخص المعنوي العام المقابل المالي جراء استغلال المرفق العام[٢].

فالإدارة تستطيع أن تجري تصرفاً قانونياً مع الأفراد، تمكنهم من استعمال أموالها استعمالاً عادياً وفق ما أعدت له، كما في حالة تأجير المحال أو المناجم أو أجزاء البحر والبحيرات من أجل صيد الأسماك، إن هذا النشاط يدخل في إطار حق الانتفاع وبالتالي فإن هذا التصرف هو عقد إيجار إداري[٣].

المقصد الخامس:الامتياز والترخيص .

هناك اختلاف بين عقد الامتياز والترخيص فعلى الرغم من أن صاحب الامتياز والمرخص له يتساويان في أن كلاهما يستغل مرفق عام لكن توجد عدة اختلافات فيما بينهما، فذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية في قرار لها إلى (يختلف المركز القانوني للمرخص له عن المركز القانوني للملتزم ،ذلك انه إذا كان عقد الالتزام يتضمن عنصراً تعاقدياً ... فأن مركز المرخص له مركز تنظيمي عام ...)[٤].

وعقود الامتياز تخضع لأحكام مغايرة لأحكام الترخيص ،فالترخيص يمنح لفترة مؤقتة ولآجال قصيرة،بينما عقود الامتياز تمنح لآجال طويلة قد تصل إلى (١٠٠) سنة، والامتياز يكون بناءً على عقد بينما الترخيص يكون بقرار إداري،

---

[١] ينظر د. محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصر في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، المصدر السابق،ص٤٣، ومحمود مصطفى الزعارير ،سياسة التخاصية-دراسة اقتصادية تطبيقية لخصخصة المشروعات العامة في الاردن ومصر ،دار الثقافة للتوزيع والنشر،عملن-الاردن ،٢٠٠٤ ،ص١٦٤-١٦٥ .

[٢] ينظرد. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، المصدر السابق،ص ٦٤٨، ومروان محيي الدين القطب، المصدر السابق،ص ٨٨ ، ود. رفعت عبد الحليم الفاعوري ،المصدر السابق ،ص٢٠ .

[٣] ينظرد. برهان زريق، عقد الإيجار الإداري، المكتبة القانونية، دمشق – سوريا،ط١ ، ٢٠٠٢م،ص ٨٠.

[٤] ينظر حكم محكمة القضاء الاداري ،رقم الدعوى ١٥٢٥ ،٦ق ،في ١٩٥٧/٢/٣ ، أشار اليه د. عبد الحميد الشواربي ،العقود الإدارية في ضوء الفقه –القضاء – التشريع ،منشأة المعارف،الاسكندرية-مصر ،٢٠٠٣،ص١٢١ .

ويلاحظ أن القانون قد يشترط استغلال المرفق لمدة سنة عن طريق الترخيص قبل استغلاله عن طريق الامتياز[١] ، وغالباً ما تلجأ الإدارة إلى أسلوب الترخيص إذا كانت مدة الاستغلال أو الاستثمار قصيرة ونفقات التشغيل والاستغلال قليلة نسبياً[٢].

المقصد السادس:تمييزه عن عقد الامتياز التجاري .

يجب التفرقة بين عقد الامتياز التجاري (franchie contract) وبين عقد الامتياز الإداري والذي نحن بصدد دراسته (concession contract)، وعقد الامتياز التجاري يعتبر نظاماً لتسويق البضائع والخدمات من أفكار النظام الأمريكي ، وهو عقد يرتب علاقة بين شخصين من أشخاص القانون الخاص يمنح احد إطرافه وهو(المانح) الطرف الآخر وهو (المرخص له) الحق في استخدام الملكية الصناعية –الاسم التجاري- براءة الاختراع- استخدام العلامة التجارية-المعرفة الفنية، بغية توزيع أو إنتاج سلعة معينة وتوزيعها كل ذلك مقابل عمولات دورية يحصل عليها مانح الترخيص من المرخص له[٣] .

أما عقد الامتياز الإداري (concession contract) فهو عقد يكون احد أطرافه الدولة أو احد الأشخاص المعنوية التابعة لها ويكون الطرف الثاني شخص من أشخاص القانون الخاص ،فهذا العقد يخضع لقواعد القانون العام وبالتحديد القانون الإداري[٤].

المطلب الثالث
أهمية عقد الامتياز

عقود الامتياز كما سنرى لا تعتبر حديثة العهد فهي متجددة في التاريخ وعرفت منذ القدم، فقد أخذ بها الرومان والإغريق وكذلك أخذ بها ملوك فرنسا قبل الثورة الفرنسية، كما كان للثورة الفرنسية الدور الكبير في تكريس وتطوير هذه العقود، وازدهرت عقود الامتياز في القرن التاسع عشر، عندما لجأت العديد من الدول لإقامة خطوط السكك الحديدية وتوزيع الغاز والكهرباء والماء عن طريق الامتياز، وإن الذي ساعد في تطور عقد الامتياز هو ظهور أفكار التحرر الاقتصادي[٥].

وعلى ذلك فإن عقد الامتياز يحقق الكثير من المزايا إلا أنه من جانب آخر تكتنفه بعض المخاطر وسنبين ذلك في الفرعين الآتيين:-

الفرع الأول: مزايا عقد الامتياز:

إن عقود الامتياز وتطورها ارتبط بالزيادة الكبيرة في حاجات الجمهور وبضرورة معاصرة المرافق العامة للتطورات المستمرة في كافة مجالات الحياة، وهذا العقد يحقق الكثير من المزايا أهمها:

---

(١) ينظر د.سعاد الشرقأوي، العقود الإدارية،دار النهضة العربية،القاهرة-مصر ،ط٢، بدون سنة نشر،ص٥٩.

(٢) ينظرد. طارق بن هلال البوسعيدي ،الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفقاً لنظام b.o.t ،بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ،العدد السادس والثلاثون ،٢٠٠٨ ،ص ٣٧ .

(٣) ينظر هاشم عوض عبد المجيد ،الصيغ القانونية ودورها في جذب التمويل للخدمات والمرافق البلدية،منشور على شبكة المعلومات –الانترنيت .

(٤) ينظر د.درع حماد عبد ، المصدر السابق ،ص١٢ .

(٥) ينظر د. مروان محيي الدين القطب، المصدر السابق: ٧٥.

أولاً: تحقيق التنمية الاقتصادية:

لعقود الامتياز الدور الكبير في التنمية الاقتصادية فأغلب الدول تحتاج إلى الاستثمار الأجنبي على اعتبار أن رؤوس الأموال الأجنبية لها الدور الكبير في عملية التنمية الاقتصادية للدول المضيفة للاستثمار، فعن طريق الاستثمار ومنه عقود الامتياز تستطيع الدول المضيفة للاستثمار استغلال مواردها الطبيعية والإسهام أيضاً في تنمية البنية التحتية للدولة من خلال إنشاء وإدارة عدد من المشاريع كالمطارات والطرق وكافة المرافق العامة، وخاصة المرافق الاقتصادية والصناعية كذلك يساهم الامتياز في نقل الأساليب العلمية والحديثة في كافة المجالات[١].

ثانياً: إن إدارة المرافق العامة في الدولة يتطلب الكثير من العناصر المالية والبشرية وإن الدولة قد لا تستطيع تحمل ذلك، ويؤدي هذا إلى الوقوع في العجز المالي مما حذا بالدولة الاتجاه إلى القطاع الخاص للمساهمة في إدارة واستثمار المرافق العامة لغرض الاستمرار في تقديم الخدمات العامة إلى الجمهور حيث أن من أهم واجبات الدولة هو تقديم الخدمات إلى مواطنيها[٢]

ثالثاً: لعقود ألامتياز دور في تحقيق رغبة الدول في نقل الخبرة الفنية والتطور العلمي واستخدام ذلك في مرافقها، فهذه العقود تساهم في نقل التطور التكنولوجي إلى الدول النامية مما يساعد في تنمية اقتصادها،وان ظاهرة العولمة كسياسة تبنتها العديد من الدول الصناعية وقامت بفرضها على الدول النامية قد يكون الغرض من وراء ذلك السيطرة على موارد الدول وتغيير السياسة الاقتصادية للدول النامية، وهذه السياسة للدولة الصناعية نساهم في تطور عقود الامتياز.

رابعاً: إن اتجاه الدولة إلى القطاع الخاص لغرض إدارة مرافقها العامة عن طريق الامتياز يؤدي إلى توفير الكثير من الأموال مما يتيح للدولة الاتجاه إلى إدارة المرافق السيادية كمرفق الدفاع والتعليم والأمن والقضاء ويساعد ذلك في تطويرها وتنميتها، وهذا يدل على أهمية هذه العقود في التنمية الاقتصادية للدولة[٣].

خامساً: إن صاحب الامتياز وبالأخص إذا كان أجنبياً قد يتمتع بخبرات إعلانية وتسويقية، بما له من علاقة بالأسواق العالمية، فإنه يستخدم هذه الخبرات والعلاقات لفتح أسواق جديدة أمام صادرات الدولة المضيفة مثال ذلك نجد إن أكثر من ٤٠% من صادرات ماليزيا إلى الولايات المتحدة الأمريكية تأتي عن طريق فروع شركات أمريكية تستثمر في ماليزيا[٤].

سادساً: يساعد الامتياز على تحلل إدارة المرافق العامة من الروتين وتساعد على السرعة في إدارة هذه المرافق، لأن صاحب الامتياز غالباً ما يلجأ في إدارة

---

[١] ينظر د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،ط١ ، ٢٠٠٩م،ص ١ وما بعدها.

[٢] ينظر د. وليد حيدر جابر التقويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، الصدر السابق،ص ٣٠٢.

[٣] ينظر د. وليد حيدر جابر، التقويض في الإدارة واستثمار المرافق العامة، المصدر السابق،ص ٣٠٦ .

[٤] ينظرد. طارق كاظم عجيل، شرح قانون الاستثمار العراقي، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٩م،ص٥٤.

مشروعه لاستخدام أساليب القانون الخاص فصاحب الامتياز يستخدم مرونة القطاع الخاص الذي تؤمن له تحقيق أفضل الأرباح ويستطيع صاحب الامتياز القيام بإجراءات يصعب على الدولة القيام بإجراءات نادراً ما تقوم بها الدولة القيام عند إدارتها لمرافقها العامة فيستطيع صاحب الامتياز تخفيض أو زيادة رواتب العاملين معه، وزيادة ساعات العمل، وخلق الحوافز وفرض العقوبات[١].

سابعاً: إن هذه الطريقة تخفف أعباء التشغيل والمخاطر المالية عن الإدارة عند إدارة المرافق العامة[٢].

حيث أن معيار المخاطر يشكل عاملاً مهماً يدخل في تقدير الإدارة عند اختيارها لطريقة إدارة مرافقها، فإذا ما أرادت الإدارة تحميل المستثمر كافة مخاطر الاستثمار أو الجزء الأكبر منه فإن أحد الوسائل المهمة المتوفرة لدى الإدارة هو عقد الامتياز.

كما أن القطاع الخاص يحمل الكثير من العلاقات المتشعبة وهذه العلاقات تمكنه من بناء علاقات مالية مع المؤسسات المالية والمصارف ومن ثم تؤمن له مصادر تمويل جيدة ومتعددة قد لا يستطيع الحصول عليها القطاع العام، وتساعد مصادر التمويل هذه في إدارة المرافق العامة[٣].

ثامناً: إن صاحب الامتياز يسعى دائماً إلى تحقيق الأرباح وزيادتها وإن سعي المتعاقد إلى زيادة الأرباح يدفعه إلى زيادة الإنتاج ،وان الزيادة في الإنتاج تؤدي إلى تخفيض الأسعار، وهذا بدوره يؤدي إلى زيادة المنفعة التي يحصل المنتفعون من المرفق العام[٤].

تاسعاً: استخدام الامتياز في إدارة المرافق العامة يؤدي إلى أن يدار المرفق من قبل صاحب الامتياز بطريقة موضوعية بعيدة عن الاعتبارات السياسية[٥]، خلافاً لما لو قامت الإدارة نفسها باستغلال المرفق مباشرةً فقد تقوم بتعيين أعداد كبيرة من الموظفين في المرفق لتحقيق أغراض سياسية أو انتخابية، أو إن الحكومة عند التعيين تضع في نظر الاعتبار الأفكار الأيديولوجية التي يؤمن بها الموظف مما يعني حرمان العديد من الكفاءات من العمل في المرافق العامة.

عاشراً: ومن المميزات المهمة لاستخدام الامتياز في إدارة واستغلال المرافق العامة، أن المرفق في نهاية عقد الامتياز يعود إلى الدولة مع كافة التحسينات التي طرأت عليه ورغم كل ما أنفقه صاحب الامتياز على هذا المرفق وقيامه طوال هذه المدة بتقديم الخدمات إلى الجمهور، فالإدارة تستلم مرفقاً متطوراً وجاهزاً لتقديم خدماته إلى المنتفعين[٦].

---

[١] ينظر سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الفكر العربي، القاهرة-مصر ،ط٤ ، ٢٠٠٧م،ص ٤٧١.

[٢] ينظر د.وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المصدر السابق،ص ٢٥٥و ٣٠٤.

[٣] ينظر د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المصدر نفسه: ٢٥٥: ٣٠٤.

[٤] ينظر د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المصدر نفسه،ص٣٠٦ .

[٥] ينظر د. ماجد راغب الحلو،العقود الإدارية ، المصدر السابق،ص ١٩٨.

[٦] ينظر د. محي الدين القيسي ،التجربة اللبنانية في عقود ال b.o.t ،مجلة الدراسات القانونية ،العدد الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت – لبنان ،٢٠٠٣ ،ص ١٠٩ .

أحد عشر: إن عقد الامتياز يؤدي إلى تطوير المرفق العام ويؤدي إلى استغلال موارد الثروات الطبيعية بصورة جيدة والابتعاد عن هدر هذه الموارد فالمتعاقد مع الإدارة في عقد الامتياز غالباً ما يلجأ إلى استخدام الوسائل العلمية وآخر ما توصل إليه العلم من اختراعات ويساعد ذلك على تدريب أبناء البلد وتطوير خبراتهم العلمية والعملية..

الفرع الثاني: مخاطر عقد الامتياز.

رغم كل المزايا التي يحققها عقد الامتياز إلا أنه لا يكاد يخلو من المخاطر، والتي يكون لها تأثير كبير في الاقتصاد الوطني، لذا نجد الكثير من الدول لاسيما النامية حذرة في اللجوء إلى هكذا عقود، وخاصة عندما يكون الطرف المتعاقد مع الدولة أجنبياً. ويمكن أن نعزو سبب ذلك إلى ما عانته الدول النامية في فترة الاستعمار الأجنبي عندما كانت الشركات الأجنبية تسيطر على الثروات الطبيعية لهذه البلدان،وربما مازال هذا التخوف عالقاً في أذهان الحكومات والشعوب التي كانت خاضعة للاستعمار في السابق لذا تحاول إيجاد تشريعات مطمئنة لها تحقق سعيها للحصول على التنمية وحماية ثرواتها الطبيعية ، ويمكن أن نجمل مخاطر الامتياز فيما يأتي:

أولاً: إن هدف المستثمر دائماً هو الحصول على أكبر قدر من الأرباح وقد يقوم بإخراج جزء كبير من هذه الأرباح خارج البلد وهذا يؤدي انخفاض حصة الاقتصاد الوطني من هذه العائدات، وهذه الطريقة رأسمالية تدعمها الدول ذات التوجه الرأسمالي[١].

ثانياً: إن رسوم الانتفاع قد تكون مرتفعة فطالما إن هدف صاحب الامتياز هو الحصول على الأرباح، وفي سعيه للحصول على هذه الأرباح سيلجأ إلى عدة وسائل، ومن ضمنها رفع أسعار رسوم الانتفاع مما يشكل عبئاً على المستهلك أما أذا قامت الإدارة بإدارة المرفق بصورة مباشرة فإنها ستخفض رسوم الانتفاع[٢].

ثالثاً: إن من حقوق الإدارة في عقد الامتياز الرقابة والإشراف على صاحب الامتياز طيلة فترة التعاقد ولكن في حالة ضعف رقابة الحكومة، فإن ذلك يؤدي إلى أن تكون الخدمة المقدمة إلى المنتفع سيئة، كذلك قد يؤدي ضعف الرقابة إلى تدخل الشركات الأجنبية في الشؤون الداخلية للدولة مانحة الامتياز، وخاصة في عقود استغلال الثروات الطبيعية[٣].

رابعاً: إن بعض الشركات تلجأ في عملها إلى جلب العمالة الأجنبية لتحل محل العمالة الوطنية ويؤدي ذلك إلى البطالة داخل البلد، خاصة وإن الدول المضيفة للاستثمار بدأت تعطي الحرية للشركات بجلب العمالة الأجنبية دون قيود.

خامساً: يمكن أن يؤدي الاستثمارات الخارجية إلى منافسة الصناعات المحلية مما ينتج عنه كساد اقتصادي ومن ثم انهيار الصناعات الوطنية، كذلك قد يؤدي

---

[١] ينظر د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، المصدر السابق ،ص ٤٧٣.

[٢] ينظر د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المصدر السابق،ص ٤٨٥.

[٣] ينظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المصدر السابق:،ص ١٩٩.

الامتياز في الصناعة إلى تفاقم تلوث البيئة من خلال الاستثمار في بعض الصناعات الملوثة للبيئة بدلاً فالاستثمار في هذه الصناعة في بلد صاحب الامتياز الأصلي[1].

موازنة واستنتاج

بعد أن بينا مزايا ومخاطر عقد الامتياز لا بد من القيام بتقويم في سبيل الموازنة بين هذه المزايا والعيوب.

فقد لاحظنا أن الامتياز يحقق مزايا كثيرة لاسيما للدولة النامية في إعادة بناء وهيكلة بُناها التحتية، ونحن في العراق بأمس الحاجة لهذه الوسائل القانونية، لتساهم في بناء البنية التحتية للدولة، والتي دمرتها العقوبات الاقتصادية والحروب وما آل إليه الحال في العراق من عدم استقرار سياسي واقتصادي، أما ما يؤدي إليه هذا العقد من مخاطر فيمكن تلافيها بإصدار التشريعات الخاصة بالامتياز والتي تحد من هذه المخاطر، لذا نحن مع ترجيح العمل بنظام الامتياز ودمجه في النظام القانوني العراقي بإصدار تشريع خاص بالامتياز،حيث اتجهت الكثير من الدول إلى أتباع سياسات اقتصادية متنوعة للنهوض بأعباء التنمية وتطوير المرافق العامة ومنها إفساح المجال للقطاع الخاص للمساهمة في عملية التنمية، ويعتبر الامتياز احد الطرق المهمة لمساهمة القطاع الخاص في هذه العملية .

---

[1] ينظرد. طارق كاظم عجيل، المصدر السابق،ص ٤٩.

المبحث الثاني

التطور التاريخي لفكرة الامتياز

سنحاول في هذا المبحث تتبع فكرة الامتياز من الناحية التاريخية، فلكي نقف على ما استقر عليه التشريع والقضاء المعاصرين حول فكرة الامتياز، لا بد من تتبع مراحل تطورها وابتداءً نحاول تأصيل جذور فكرة الامتياز في الشرائع القديمة ومن ثم تأصيل العقد عند المسلمين وذلك في مطلب أول، ثم ندرس في المطلب الثاني مراحل تطور فكرة الامتياز في النظم القانونية الحديثة .

المطلب الأول

تأصيل الامتياز في الشرائع القديمة وفي الفقه الإسلامي

الفرع الأول: الامتياز في الشرائع القديمة:

إن أسلوب الامتياز عرف منذ القدم ، حيث عرفته المدن اليونانية وكانت هذه المدن تعهد إلى بعض الأفراد لبناء منشآت وإدارتها وصيانتها، مع تخويل المتعاقد بعض الامتيازات، ومنها تقاضي مقابل مادي من الأفراد عند استعمالهم لهذه المنشآت، كذلك عرفت روما لاحقاً أسلوب الامتياز وتحت اسم portorium، والذي أخذت به فرنسا في حقبة النظام الملكي[١].

ولما سقطت الإمبراطورية الرومانية الغربية، قامت حكومة القسطنطينية باستقدام أهل النشاط من رعايا الإمبراطورية وأغرتهم لغرض النزوح إلى عاصمة الإمبراطورية الشرقية، ومن ذلك التأكيد بأنه لا يسري عليهم في الشرق إلا قوانين بلدانهم. كما قامت الامتيازات على مبدأ المنح التي يمنحها الملوك والأمراء لبعض الدول ورعاياها لأغراض تجارية[٢].

الفرع الثاني: عقد الامتياز في الإسلام:-

لابد من بيان موقف الفقه الإسلامي من الامتياز ،حيث أن كثير من الفقهاء ذهبوا إلى أن الإسلام عرف نظرية العقود الإدارية قبل أن تعرف في أوربا[٣] ،ويطلق الفقه على هذه العقود عقود التولية[٤]، ويرى الفقهاء إن أساس العقود في الشريعة الإسلامية يرجع إلى قوله تعالى ﴿ يا أَيُّها الذِينَ آمَنوا أَوْفُوا بالعقودِ ﴾[٥] .

ويعتبر الفقه الإسلامي إن الإمام هو المسئول عن الثروات الطبيعية والأموال العامة التي تعود للدولة وأن هذه الثروات هي ملك عام، ويكاد ينعقد الإجماع على

---

(١) ينظر د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المصدر السابق: ١٤.

(٢) ينظر د. غسان رباح، المصدر السابق: ٢٣.

(٣) ينظر د. هاني محمود حمزة ،النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ط١ ،٢٠٠٨ ،ص٢٨٧.

(٤) عقود التولية: وهي العقود العامة والمسائل التي تجتمع فيها مصلحتين العامة والخاصة، المصلحة العامة باعتبار استخدام المولى في مصلحة عامة نيابة عن كافة المسلمين،والمصلحة الخاصة لأن الشخص المستأجر يتقاضى اجر يسد بها مصالحه الخاصة .

(٥) سورة المائدة الآية-١ .

تأييد رأي مذهب الإمام مالك بملكية الدولة للثروات الطبيعية[1]، ويذهب سيد قطب في تفسيره للآية الكريمة ﴿ لله ما فِي السَّمَوَاتِ وَما فِي الأرض ﴾[2]،إلى إن الإسلام جاء بقاعدة دستورية مفادها أن الملكية لله الواحد الأحد ويستخلف الناس فيها، وان ولي الأمر هو المسؤول المباشر عن هذه الملكية[3].

فلابد من بيان هل إن النظام الفقهي الإسلامي عرف عقد الامتياز، وهل نظمه بهذا الاسم أم بغيره ؟ سنحاول التعرف على ذلك في المقاصد الآتية:-

المقصد الأول: موقف الفقه الإسلامي من الامتياز.

كما مرَّ بنا فقد عرف الفقه الإسلامي نظرية العقود الإدارية وسماها الفقهاء بالعقود العامة، لكن هل عرف الفقه الإسلامي نظام الامتياز وهل عرف فكرة المرفق العام ؟.

ذهب قسم من الكتاب المسلمين إلى أن النظام الإسلامي قد عرف فكرة المرفق العام فقد وردت كلمة المرفق في القرآن الكريم[4]. في قوله تعالى: ﴿ وَإِذِ اعْتَزَلْتُمُوهُمْ وَمَا يَعْبُدُونَ إِلَّا اللَّهَ فَأْوُوا إِلَى الْكَهْفِ يَنْشُرْ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ رَحْمَتِهِ وَيُهَيِّئْ لَكُمْ مِنْ أَمْرِكُمْ مِرْفَقًا ﴾[5]، ففي تفسير هذه الآية ذهب قسم من الفقهاء ومنهم صاحب تفسير الجلالين اذ يقول: ما ترفقون به من غذاء وعشاء، أي: إشباعاً لجوعهم وسداً لحاجتهم من الطعام، أو ما يرتفق به، أي ينتفع به وفقاً لمعناه اللغوي[6].

أما ابن قدامة ففي كتابة (المغني) فيرى أنه (.. ويجوز الارتفاق بالقعود في الواسع من الطرقات.. إقطاع ارفاق..)[7].

وهنا يشبه الترخيص بالاستعمال الخاص للمال العام، إذن فالإسلام قد عرف المرافق العامة وكذلك عرف الإدارة غير المباشرة لهذه المرافق.

وهناك من يرى أن الامتياز يجد جذوره الأولى في الإقطاع أو الإجارة، وقد عرف الفقهاء الإقطاع بأنه (تسويغ الإمام من مال الله لمن يراه أهلاً لذلك. وأكثر ما يستعمل في الأرض. وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يجوزه إما بان بملكه إياه فيعمره، وإما بأن يجعل له غلته هذه)[8].

---

(1) ينظر د. غسان رباح ، المصدر السابق ،ص٩٣ .

(2) سورة البقرة-الآية ٢٨٤ .

(3) ينظر سيد قطب ،في ظلال القرآن، الجزء الحادي عشر ،دار الشروق ،لبنان،ط٣٤ ،٢٠٠٤ ،ص٢٨٧-٢٨٨

(4) دأود عبد الرزاق الباز، الإدارة العامة الالكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام، المصدر السابق ،ص ٣٣١.

(5) سورة الكهف الآية: ١٦.

(6) تفسير الجلالين ،للسيوطي ،مكتبة النهضة ،بغداد ،ص٣٨٢ ، وينظر زبدة التفسير من فتح القدير ،محمد سليمان عبد الله الأشقر ،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ،دولة الكويت ،ط٢ ،١٩٨٨ ،ص٢٨٢ .

(7) ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء السادس، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، بدون سنة نشر،ص٦٢ .

(8) ينظر محمد سعيد البغدادي، المال العام وأحكامه في الفقه الإسلامي، دار البصائر،القاهرة-مصر،٢٠٠٨ ،ص ٥٩٦.

إن الإقطاع مشروع بفعل النبي محمد ﷺ فما ورد عن هشام بن عروة عن أبيه أن النبي ﷺ أقطع الزبير أرضاً من أرض بني النضير فيها نخل، وإن أبا بكر أقطع الزبير الجرف وإن عمر بن الخطاب أقطعه العقيق كله. نلاحظ أن الخلفاء الراشدين ساروا على منهج النبي ﷺ وقد وردت الكثير من الآثار التي تدل على أن الخلفاء الراشدين قد أقطعوا الكثير من الأموال العامة بعد وفاة الرسول محمد ﷺ [١].

ويتبين من ذلك أن النظام الإسلامي قد عرف الامتياز بصفة الإقطاع حيث أن الحاكم يقوم بإقطاع أرض مما يمكن لعموم الرعية الاستفادة منها وتخصص لمصلحة شخص معين ولمدة محددة. وهناك اختلاف حول أثر الإقطاع هل ينقل الملكية أم ينقل حق الانتفاع فقط[٢].

وقد اختُلف في حكم ملكية المعادن حسب كونها معادن ظاهره أو باطنه، فقد ذهب قسم من الفقه إلى أن المعادن الظاهرة كالملح والنفط والياقوت وأشباهها لا تنتقل ملكيتها بالإقطاع ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس لأن فيه ضرر بالمسلمين وتضييق عليهم[٣].

بينما أجاز المالكية إقطاع الإمام للمعادن الظاهرة فيستطيع أن يخول أحد الأشخاص ويمكنه من الانتفاع بالمعادن الظاهرة أما الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن الإقطاع لا يفيد الملك لمن أقطعت الأرض إليه إلا بالأحياء يفيد انتقال حق الانتفاع، والدليل أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استرد العقيق من بلال بن الحارث المزني، وكان رسول الله ﷺ قد أقطعه إياه ولما علم عمر بن الخطاب عجز بلال عن عمارته استرجعه منه وهذا يدل على أن الإقطاع لا يفيد الملك لأنه لو يفيد الملك لما أرجعه الخليفة عمر بن الخطاب[٤].

إن الإقطاع تحكمه مجموعة من الأحكام الفقهية المهمة وهي:

١. لا يمكن أن يقوم بالإقطاع إلا الإمام ولا يستطيع أن يتصرف بالمال العام غير الإمام.
٢. إذا لم يقوم المقطع له بأعمار ما أقطع إليه من قبل الإمام فيستطيع الإمام استرداده منه وذلك للحفاظ على المصلحة العامة[٥].
٣. يجب ألا يقطع الإمام أحد أكثر مما يقدر على إحيائه وإدارته وتعميره لأن في ذلك تعطيل لما لا يقوم بتعميره.
٤. لا يجوز للإمام أن ينتزع ما أقطعه لأحد الناس وإعطائه لغيره إذا كان المقطع له يقوم بتعميره[٦].

---

[١] محمد سعيد محمد البغدادي، المصدر السابق،ص٥٩٧.

[٢] ينظر يزيد أنيس نصير،طبيعة حق الملكية الوارد على النفط –دراسة مقارنة،بحث منشور في مجلة الحقوق،تصدر عن مجلس البحث العلمي، جامعة الكويت،العدد الأول سنة ٣٣ ،٢٠٠٩م ،ص٣٥٤.

[٣] محمد سعيد محمد البغدادي، المصدر السابق،ص٦٠٤.

[٤] محمد سعيد محمد البغدادي، المصدر نفسه،ص ٦٠٧ ،وينظر د. حافظ احمد عجاج الكرمي ،الإدارة في عصر الرسول ﷺ ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ،القاهرة-مصر،ط٢ ،٢٠٠٧ ،ص١٧٧ .

[٥] ينظر ابن قدامة المقدسي، المغني،ج٦ ،المصدر السابق،ص١٥٤-١٥٥ .

[٦] محمد سعيد محمد البغدادي، المصدر السابق،ص ٦٠٨.

٥. ليس لمن أقطعه الإمام إقطاعاً أن يتسبب في إلحاق الضرر بالمصلحة العامة أو بأحد من الناس لقوله ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)[١].

المقصد الثاني: مقارنة بين الأنظمة التي عرفها الفقه الإسلامي والامتياز .

إذا ما رجعنا إلى تعريف الفقهاء للإقطاع والذي أشرنا إليه سابقاً فإن هذا التعريف توجد فيه مجموعة من المبادئ التي نستنتج منها أن الإقطاع الذي عرفه النظام الإسلامي هو شبيه بالامتياز في الوقت الحاضر ومن هذه المبادئ:

أ. إن عبارة (تسويغ الإمام من مال الله) يوافقها الآن الترخيص أو الأذن بالتعاقد، وإن الإذن بالتعاقد من الأمور المهمة في عقود الامتياز وقد كرسته العديد من الدساتير العربية والإسلامية كما هو الحال في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ والذي بين في المادة السادسة والعشرون، أن الدولة مسؤولة عن الثروات الطبيعية وينظم استثمارها بقوانين خاصة[٢].

كما أن الدستور المصري لسنة ١٩٧١ وفي المادة (١٢٢) منه أعتبر أن القانون ينظم القواعد الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارده الثروة الطبيعية والمرافق العامة [٣].

كذلك نجد أن النظام الأساسي السعودي قد أشار إلى أن المعادن والثروات الطبيعية هي ملك للدولة وهي التي تختص باستغلالها[٤].

أما الدستور الكويتي فقد نصَّ على (كل التزام باستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لا يكون إلا بقانون ولزمن محدود)[٥].

نلاحظ أن أغلب القوانين العربية[٦] تشير إلى أن الثروات الطبيعية والنفط خاصة، تؤلف جزء لا يتجزأ من ملكية الدولة لذا فلا يمكن استغلالها إلا بإذن من الدولة، وإن عبارة تسويغ الإمام تعني أن الإمام هو المسؤول عن الإقطاع، ويجب أن يأذن بهذا الإقطاع مما يجعل الإقطاع شبيه بنظام الامتياز.

ب. إن عبارة (لمن يراه أهلاً لذلك) فمن المعروف أنه في عقد الامتياز تكون الاعتبارات الشخصية والفنية أهمية في اختيار المتعاقد مع الإدارة، وإن هذه العبارة تدل على أنه يجب اختيار الشخص المؤهل للتعاقد مع الدولة، وهذا يعني أن الإسلام

---

[١] أخرجه الإمام مالك في موطئه(١٤٦١/٢) جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الحكم، دار المعرفة، بيروت ،ص ٣٠٢.

[٢] تنص المادة (٢٦) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ على(تكفل الدولة تشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة ، وينظم ذلك بقانون)

[٣] ينظر المادة (١٢٢) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ .

[٤] وقد نصت المادة (١٤) من النظام الأساسي السعودي على أن (جميع الثروات التي أودعها الله أو في باطن الأرض أو ظاهرها .... أو في النطاق البري والبحري الذي يمتد اليه إختصاص الدولة وجميع موارد تلك الثروات ملك للدولة وفق ما يبينه النظام) .

[٥] ينظر: المادة (١٥٢) من الدستور الكويتي.

[٦] فقد اعتبرت المادة الحادية عشر من النظام الأساسي لسلطنة عمان الصادر بالمرسوم رقم ٩٦/١٠١ أن الثروات الطبيعية ملك الدولة ولا يجوز منح امتياز أو استثمار مورد من هذه الموارد إلا بموجب قانون ولفترة زمنية محدودة ، وبما يحفظ المصالح الوطنية .

عرف هذا النوع من العقود، وإن المتعاقد الذي يختاره الإمام عند الإقطاع يجب أن يكون مؤهلاً شخصياً وفنياً[١].

جـ. عبارة (وإما أن يجعل له غلتها مدة) إن من الأمور التي تدفع صاحب الامتياز للتعاقد مع الإدارة فائدة الامتياز هو حصول صاحب الامتياز على المقابل المالي، والذي يكون في صورة الرسوم التي يحصل عليها صاحب الامتياز من المنتفعين من المرفق العام، وإن العبارة المذكورة في تعريف الإقطاع توافق المقابل المالي في عقود الامتياز كذلك فإن عقود الامتياز تكون لمدة محدودة، وإن عبارة يجعل له غلتها مدة تدل على أن الإقطاع يكون لمدة محدودة كما هو الامتياز[٢].

وتجدر الإشارة إلى أن هناك من شبه عقد الامتياز بعقد الوكالة، وخاصة في عقود الامتياز النفطي وذلك استناداً إلى أمرين:

الأول: إن في إعطاء حق البحث عن الشركة يفيد إذناً من السلطة الشرعية في هذا العمل لأن البحث والتنقيب في ملك الغير لا يكون إلا بإذنه وموافقته.

الثاني: منح الشركة فرصة العمل في الموارد الطبيعية، يعني الإذن في تصرف خاص تقوم به الشركة المتفق معها، حيث أن الوكالة هي إذن في تصرف خاص أو تصرفات عامة[٣].

إلا أن النظر لعقود الامتياز يرى أن الدولة تمتع بسلطات واسعة من أجل المحافظة على سير الاستغلال للمرافق أو الثروات الطبيعية، وتستطيع الإدارة إنهاء العقد واسترداد المرفق حتى دون خطأ من المتعاقد مها، ويمارس صاحب الامتياز بعض امتيازات السلطة العامة كالحق في نزع الملكية واستعمال الأموال العامة والحق في الإعفاء من الرسوم والضرائب، لذا فإن عقد الامتياز لا يشبه عقد الوكالة لتباين خصائص عقد الامتياز عن عقد الوكالة كما أنه لا يمكن تكييف ظاهرة منح الشركة فرصة العمل على تنمية المورد البترولي بالوكالة على اعتبار أن صاحب الامتياز هو وكيل عن الدولة فمتى كان استنزاف الثروات الطبيعية تنمية لها حيث أن عقد امتياز البترول هو استنزاف للنفط[٤].

ومن ناحية ثانية عرف الفقه الإسلامي الامتياز من خلال فكرة الإجارة فقد ذهب مجلة الأحكام العدلية إلى أن استخراج المعادن في قطعة أرض صغيرة تدخل في نوع معين من العقود هي عقود الإجارة وهنا يمكن اعتباره بمثابة الامتياز والإجارة تكون على نوعين أما لمدة محددة وأما لعمل معين حيث نصت المادة ٤٥٤ من المجلة على (يلزم في استئجار الأراضي بيان كونها لأي شيء أستؤجرت مع تعيين المدة) وأشارت المجلة إلى ذلك أيضاً في المواد (٤٥٧ و٤٦٥)[٥].

---

[١] ينظر: دأود عبد الرزاق الباز،الإدارة العامة الالكترونية واثرها على النظام القانوني للمرفق العام، المصدر السابق، ٣٣٢.

[٢] دأود عبد الرزاق الباز، الإدارة العامة الالكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام، المصدر السابق ،ص ٣٣٤.

[٣] ينظر د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، نظرية العقود الإدارية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، معهد – مركز البحوث،السعودية، ٢٠٠٦ ،ص ٢٢٦.

[٤] ينظر د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، المصدر نفسه،ص ٢٢٦.

[٥] ينظر د. غسان رباح، المصدر السابق،٩٥- ٩٦ .

وقد اعتبر ابن قدامة[١] الإجارة في مسألة استثمار المعادن على أنواعها هي إجارة انتفاع في عمل معين...،فإذا وقعت الإجارة على مدة معلومة وبأجر معلوم فقد ملك المستأجر المنافع، وهذا يعني أن معنى الإجارة بحسب الشريعة الإسلامية لا يقتصر على الاستفادة المؤقتة بالشيء وإعادته كما هو عند انتهاء الإجارة، بل يمكن استغلال هذا الشيء ولكن بشروط محددة مسبقاً.

وهناك من الفقهاء من شبه عقد الامتياز بعقد الاستصناع في الإسلام وخاصة إذا ما تضمن القيام بإنشاء مرفق معين،فصاحب الامتياز يقوم بإنشاء المرفق وثمن ذلك انتفاع صاحب الامتياز بالمشروع لمدة معينة قبل تسليمه للدولة، أي الانتفاع بالمصنوع مدة محددة قبل أن يسلم إلى المستصنع[٢] .

وبناءً على ما تقدم نرى أن عقد الامتياز قد عُرف في الإسلام تحت ما سمي بالإقطاع أو الإجارة. فنظام الإقطاع في الإسلام يشبه إلى حد كبير الامتياز في الوقت الحاضر، إذ يستطيع الإمام في الإسلام منح الامتياز أو الإقطاع لأي شخص لمدة محدودة، والفقه الإسلامي أعطى الإمام أو من ينوب عنه من السلطات ما يمكنه من تحقيق المصلحة الراجحة للمجتمع باعتباره نائباً عن الأمة وممثلاً لها، كذلك فإن الوالي يستطيع استرداد ما أقطعه لأي شخص ومتى شاء حسب متطلبات المصلحة العامة، وإذا ما أخل المقطع له بالتزامه يستطيع الإمام فسخ العقد، كذلك رأينا أن الإقطاع يكون بعوض أي بمقابل مالي. وبذلك فإن خصائص عقد الامتياز متوفر في نظام الإقطاع الذي عرفه الشرع الإسلامي.

المطلب الثاني

تطور فكرة الامتياز في النظم القانونية الحديثة

سنعرض في هذا المطلب دور التشريع والقضاء في تطوير فكرة الامتياز كذلك دور الأمم المتحدة في هذا التطور وذلك في الفروع الآتية:-

الفرع الأول: دور التشريع في تطوير فكرة الامتياز.

إن أحكام العقود الإدارية هي من صنع القضاء حيث وضع أغلب أحكامها مجلس الدولة الفرنسي، ومع ذلك فالمشرع تدخل كثيراً لوضع الإطار القانوني لهذه العقود ومنها عقد الامتياز[٣].

لذا فالمشرع كان له دور في تطوير نظرية العقود الإدارية ومنها عقد الامتياز، وسنبحث دور المشرع في تطوير هذا العقد في عدد من الدول.

المقصد الأول: المشرع الفرنسي:

إن المشرع الفرنسي كان له الدور الواضح في تطوير نظرية العقود الإدارية ومنها عقود الامتياز، حيث أصدر المشرع الفرنسي العديد من القوانين التي ساهمت

---

[١] ابن قدامة، المغني، الجزء السادس ،دار الكتب العلمية ،بيروت – لبنان ،بدون سنة نشر ،ص ٤ .

[٢] ينظر د.عبد الستار أبو غده ،عقد البناء والتشغيل والإدارة (bot) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي،منشور على شبكة الانترنيت،ص١٨ .

[٣] ينظر جورج فودال وبيار فودلفيه، القانون الإداري،ج٢، المصدر السابق،ص ٥٧٢.

في تطوير هذا العقد، ومن الامتيازات الحديثة في فرنسا وخاصة في مجال الطرق العامة، والتي لم يكن من الممكن تصور أن تكون موضوع امتياز من قبل الشركات الخاصة، وكان العمل مقصوراً بها على الشركات العامة ولكن بموجب المرسوم ٧٠-٣٩٨ الصادر في ١٢ أيار ١٩٧٠ أصبح من الممكن أن تكون الطرق العامة موضوع امتياز لشركات خاصة[١] .

وقد اصدر المشرع الفرنسي عدة قوانين فسحت المجال للامتياز في مجالات عدة منها الامتياز في مجال الجسور والإنفاق والربط بين الطرق الوطنية ومنها قانون ١٢ تموز ١٩٧٩ وقانون ١٧ آب عام ١٩٨٦ الخاص بالامتيازات في بحر المانش والمتعلقة بالنفق الرابط بين فرنسا وبريطانيا تحت بحر المانش[٢]

وفي تطورات جديدة فإن المشرع الفرنسي أصدر العديد من نصوص التنظيم التي استخدمت عبارة التفويض[٣] في إدارة واستثمار المرفق العام، وكان ذلك في التعميم الذي أصدره وزير الداخلية في ٧ آب عام ١٩٨٧ حيث استخدمت عبارة (Delegation de service public) وهذا التعميم يتعلق بأماكنية قيام الأشخاص المعنوية العامة بتفويض مرافقها العامة[٤].

يلاحظ أن المشروع الفرنسي كان له الدور في تطوير عقود الامتياز على الرغم من كون أحكام هذه العقود هي من صنع القضاء، حيث أن المشرع كثيراً ما كان يتدخل لوع الإطار القانوني لهذه العقود.

المقصد الثاني: التشريعات العربية:

أولاً: المشرع المصري .

نجد أن القوانين الخاصة بمجلس الدولة المصري أشارت ومنها قانون ١٩٥٥ إلى اختصاص مجلس الدولة بالنظر في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية ومنها عقد الامتياز، ونجد أن المادة العاشرة الفقرة الحادية عشر من قانون مجلس الدولة لسنة ١٩٧٢ تنص على أنه (تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في .... المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أ، الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر)[٥].

كما أن الدساتير المصرية ومنها دستور ١٩٢٣، ودستور ١٩٥٦، ودستور ١٩٦٤، أشارت إلى أنه يجب أن ينظم منح الامتيازات في كافة المجالات ومنها المرفق العام بموجب القانون[٦] والدستور المصري الحالي دستور سنة ١٩٧١ نص

---

[١] ينظر جورج فودال وبيار فودلفيه، القانون الإداري،ج٢، المصدر السابق،ص ٥٧٢.

[٢] ينظر جورج فودال وبيدار فودلفيه، القانون الإداري،ج٢، المصدر السابق،ص ٥٧٢.

[٣] التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة هوهو عمل قانوني بموجب مرسوم أو قانون تعهد بموجبه الدولة إلى شخص خاص أو عام بإدارة مرفق عام لمدة محدودة مقابل عائدات مالية يحصل عليها وفقا للنتائج المالية للاستثمار .

[٤] وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المصدر السابق،ص ٤٢.

[٥] قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، قوانين النيابة العامة ومجلس الدولة، للمحامي أسامة أحمد شتات، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦،ص ١٣٨.

[٦] ينظر د. محمود عاطف البنا، المصدر السابق،ص ٥٢.

علـى أن يـنظم القـانون القواعـد والإجـراءات الخاصـة لمـنح الالتزامـات الخاصـة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة[١].

والمشرع المصري اصدر العديد من القوانين الخاصة بمنح الامتياز ومنها قانون التزام المرافق العامة لسنة ١٩٤٧[٢] ، ويتبين من هذا أن المشرع المصري قد ساهم في وضع إطار عقود الامتيازات سواء كان ذلك في نصوص دستورية أن في قوانين خاصة.

ثانياً: المشرع اللبناني:

إن المشرع اللبناني أسهم في تطوير نظرية العقد الإداري وخاصة منها عقود الامتيـاز، فلبنـان قـد عرفـت الامتيـازات فـي زمـن الدولـة العثمانيـة وفقـاً لقـانون الامتيـازات العثمـاني رقـم ١٥ لسـنة ١٣٢٨هـ،وابـرز هـذه الامتيـازات امتيـاز شـركة طريق بيروت- دمشق سنة ١٨٥٩ وامتياز شركة مياه بيروت سنة ١٨٧١ وامتياز شركة مرفأ بيروت سنة ١٨٨٢[٣] ثم استمر هذا الأمر أثناء فترة الانتداب الفرنسي، وصدرت العديد من القرارات التي نظمت الامتياز ومنها القرار رقم ٢٥١١ لسنة ١٩٢٤ المتعلق بإعطاء الامتيازات، وبعد الاستقلال صدرت العديد من القوانين الخاصة بتنظيم الامتيازات[٤].

إن أهم الامتيازات في لبنان هي الامتيازات الكهربائية والامتيازات المرفئية، وامتيازات خطوط النقل الهوائية، فالقانون الصادر في ٧ تموز ١٩٦٤ أنشأ مصلحة الكهرباء والنقل المشترك وكان غايته إدارة واستثمار مرافق الكهرباء، وكذلك صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ٢٠٠٢ والمتعلق أيضاً بالاستثمار في قطاع الكهرباء[٥].

وعلـى هـذا يبـدو أن المشـرع اللبنـاني اضـطلع بالـدور الكبيـر فـي تنظـيم الامتيـازات وأصـدر العديـد مـن القـوانين والأنظمـة التـي سـاهمت فـي تطـوير عقـود الامتياز.

ثالثاً: المشرع العراقي .

المشرع العراقي نظم عقد الامتياز في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتحت اسم عقد الالتزام فقد نصت المادة ٨٩١ الفقرة (١) على (التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة محدودة من الزمن بمقتضى قانون).

---

[١] ينظرالمادة (١٢٣) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ .

[٢] فقد اصدر المشرع المصري العديد من القوانين في هذا المجال منها قانو التزام المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون الخاص بأستثمار موارد الثروة الطبيعية رقم ٦١ لسنة١٩٥٨ والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦الخاص بهيئة كهرباء مصر .

[٣] ينظر د.هيام جورج ملاط ،المصدر السابق،ص ١٦٤ .

[٤] ينظرد. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المصدر السابق،ص١٧ وص ٤٧ – ٤٨.

[٥] ينظرد. مروان محيي الدين القطب، المصر السابق،ص ١٧٩.

أما القانون الأساسي لسنة ١٩٢٥ فقد أشار إلى انه لا يعطى أي امتياز لاستثمار الموارد الطبيعية أو أي مصلحة من المصالح العامة الا بموجب القانون[١] ،ونجد أن الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠ قد كانت له نظرة خاصة تجاه استغلال الثروات الطبيعية ففي المادة (١٣) منه أشار إلى أن الثروات الطبيعية ملك للشعب تستثمرها السلطة المركزية في الجمهورية العراقية استثماراً مباشراً وفقاً لمقتضيات التخطيط العام للاقتصاد الوطني، ونجد أن المشرع العراقي حسب المادة أعلاه من دستور ١٩٧٠ وقد حرم الاستثمار في موارد الثروات الطبيعية وهذا يعني أنه لا يجوز منح الامتيازات في هذا القطاع، وإن نظرة المشرع في تلك الفترة انعكست على هذه العقود.

أما الدستور العراقي النافذ (دستور ٢٠٠٥) فلم يشر إلى هكذا أنواع من العقود بل أشارت المادة (٢٦) إلى أن (تكفل الدولة تشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة، وينظم ذلك بقانون).

ويتجلى من ذلك النص أن المشرع العراقي عند إصداره لدستور ٢٠٠٥، قد أحال عمليات الاستثمار أو دخول القطاع الخاص في إدارة واستثمار المرافق العامة إلى القانون، أي تطلب صدور قانون خاص بذلك وبالفعل صدر قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ وقد عالج القانون الاستثمار بأنواعه إلا أنه استثنى الاستثمار في النفط والغاز، وتطلب أن يصدره قانون خاص. ثم أصدر المشرع العراقي قانون الاستثمار الخاص في تصفية النفط الخام رقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٦.

على هذا اهتم المشرع العراقي بالعقود الإدارية ولكن اهتمامه لم يرقَ إلى مرتقى اهتمام المشرع الفرنسي والمصري، ورغم ذلك فإن العراق قد عرف العقود الإدارية على الرغم من استبعاد المشرع للعقود الإدارية من اختصاص القضاء الإداري، وذلك حسب قانون ١٠٦ لسنة ١٩٨٩[٢].

الفرع الثاني: دور القضاء في تطور عقد الامتياز .

لقد كان دور القضاء واضحاً في وضع نظرية العقود الإدارية وخاصة عقد الامتياز وللوقوف على دور القضاء في ذلك فلا بد من بيان دور القضاء في عدد من الدول وعلى النحو الآتي:-

المقصد الأول: القضاء الفرنسي .

إن الإدارة الفرنسية بعد قيام الثورة الفرنسية صارت تفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها وسميت هذه المرحلة بـ (الإدارة القاضية) وفي عام ١٨٠٠ وبموجب المادة (٥٢) من دستور الجمهورية الثانية تم إنشاء مجلس الدولة بجهود نابليون بوصفه القنصل الأول.

---

(١) ينظر نص المادة (٩٤) من القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ .

(٢) ينظر: د. علي محمد بدير، وعصام البرزنجي، ومهدي السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، طبعة منقحة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة – مصر، ٢٠٠٧،ص ٢٧٤.

وأُنشئ مع مجلس الدولة أيضاً مجالس الأقاليم وكان دور مجلس الدولة في بداية الأمر مجرد تقديم النصح والإرشاد والمشورة إلى رجال الإدارة[١]. وكان القنصل الأول هو الذي يحسم النزاع وسميت هذه المرحلة بالقضاء المحجوز.

وبعد قيام الجمهورية الثالثة واكتساب مجلس الدولة ثقة الإدارة أصبح مجلس الدولة يتمتع باختصاص القضاء التام، وأصبحت قراراته ملزمة للإدارة وأعطي له بموجب القانون الصادر في ٢٤ مايس ١٨٧٢م الاختصاص القانوني للفصل في المنازعات الإدارية[٢].

إن مجلس الدولة الفرنسي كان له الدور الكبير في إثراء نظرية العقود الإدارية فهو لم يسلم بتطبيق القانون المدني على المنازعات الإدارية ورأى أن هذه المنازعات لها طبيعة خاصة، وإن المشرع لم يصدر التشريعات الخاصة التي تحكم هذه المنازعات ومنها المنازعات التعاقدية التي تكون الإدارة طرفاً فيها. لذا فإن مجلس الدولة ابتدع الحلول المناسبة لهذه المنازعات، وكان له الدور الكبير في تطوير نظرية العقد الإداري ومنها عقود الامتياز[٣].

إن الاجتهاد القضائي في فرنسا كرس منذ زمن بعيد تقنيات عقدية عديدة وكان أبرزها امتياز المرفق العام، ولعل القرار الشهير الصادر في قضية (Gas de Bordeaux) والتي تتعلق بعقد امتياز مرفق عام يعتبر من القرارات المهم التي وضعت المبادئ المهمة لعقد الامتياز وخاصة ما جاء في مطالعة مفوض الحكومة (Chardenet) عندما عرف عقد الامتياز المرفق العام بأنه (العقد الذي يكلف شخصاً أو شركة بتنفيذ منشأة عامة أو تحقيق مرفق عام على نفقته مع أو بدون أعانة مالية أو ضمانات ، مع اعطاء الحق لهذا الشخص بتقاضي بدلات من المنتفعين من المرفق العام)[٤].

ولقد ساهم مجلس الدولة بإصدار العديد من القرارات التي أسهمت في تكوين النظرية العامة للعقود الإدارية وهذه القرارات كان لها صداها الكبير ومن هذه القرارات القرار الشهير الصادر في قضية (Epoux Bertin) حيث اعتبر مجلس الدولة أنه حتى يوصف العقد بالإداري فيجب على المتعاقد مع الإدارة أن يقوم بتنفيذ المرفق العام مباشرةً[٥].

من ذلك يتبين الدور الكبير للقضاء الإداري الفرنسي في تطوير نظرية العقد الإداري وبالأخص تطوير عقود الامتياز وبيان خصائصها ومعاييرها.

المقصد الثاني: القضاء العربي .

يجب بحث موقف القضاء العربي من عقود الامتياز ودوره في تطوير هذه العقود،ونبين دور القضاء في بعض البلدان العربية في ذلك وكالآتي:

---

[١] سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،ط١ ، ٢٠٠٩،ص ٩٠.

[٢] ماهر صالح الجبوري، مبادئ القانون الإداري-دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة والنشر ،جامعة الموصل ،١٩٩٦ م ،ص ١٣.

[٣] ينظر د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، المصدر السابق،ص ١٦ – ١٧.

[٤] ينظر د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المصدر السابق،ص ٥١.

[٥] ينظر د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المصدر نفسه،ص ٥٢.

أولاً:القضاء المصري.

قبل أن ينشأ مجلس الدولة في مصر كانت منازعات العقود الإدارية من اختصاص القضاء العادي، ولكن بعد إنشاء مجلس الدولة وبعد صدور القانون الثاني لهذا المجلس سنة ١٩٤٩ أعطى هذا القانون القضاء الإداري اختصاص النظر بالمنازعات الخاصة بأنواع معينة من العقود كعقود الالتزام، والأشغال العام، والتوريد على اعتبار أنها أكثر العقود الإدارية شيوعاً.

وبعد صدور القوانين الخاصة بمجلس الدولة عقدت له صلاحية النظر بالمنازعات الخاصة بعقود الالتزام و الأشغال العامة و التوريد وبأي عقد إداري آخر[١].

يلاحظ أن المشرع المصري في آخر قانون لمجلس الدولة قد توسع في إعطاء الاختصاص لمجلس الدولة بحيث يمكنه نظر المنازعات الخاصة بكافة العقود الإدارية.

على الرغم من أن القضاء الإداري المصري لم يكن له الدور الكبير في تطوير نظرية العقد الإداري كما هو الحال في فرنسا إلا أن ذلك لا يعني نكران دور هذا القضاء في تطوير العقود الإدارية. فالقضاء المصري وخاصة بعد صدور قانون مجلس الدولة أصدر العديد من القرارات التي ساهمت في تطوير نظرية العقود الإدارية، فالمحكمة الإدارية العليا عرفت العقد الإداري بأنه (العقد الذي يبرمه شخص معنوي، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام. وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص)[٢].

وعلى هذا عرفت المحكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها الصادر في ٢٥ آذار ١٩٥٦ عقد الامتياز (الالتزام) بقوله (.. إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية 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..)[٣].

إن القضاء المصري قد ساهم في تطور نظرية العقد الإداري ومنها عقود الامتياز على الرغم من أن المشرع قد نظم هذه العقود بموجب قوانين ولوائح خاصة.

ثانياً: القضاء اللبناني .

إن القضاء اللبناني سواء كان القضاء المدني أم القضاء الإداري كان له الدور البارز في تطوير نظرية العقد الإداري وعقود الامتياز، فقد أصدر القضاء اللبناني العديد من القرارات التي ساهمت في تطور عقود الامتياز، وإن مجلس شورى الدولة

---

[١] ينظرد. محمود عاطف البنا، المصدر السابق،ص ٣٢٤.

[٢] ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٧٦ السنة ١١ قضائية الصادر بتاريخ ١٩٦٧/١٢/٣٠.

[٣] حكم محكمة القضاء الإداري،أشار إليه د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق،ص ٩٦.

في لبنان على اعتبار أنه جهة القضاء الإداري ساهم في تطوير هذه العقود ففي قرار له أشار إلى (أن التخصيص العام الذي هو غاية عقد الامتياز يجعل منه عقداً إدارياً يعود أمر النظر فيه إلى مجلس شورى الدولة)[١].

وفي قرار آخر لمجلس شورى لبنان قال (إن عقد امتياز المرافق العامة يتولى بموجبه صاحب الامتياز بنفسه إدارة المرفق العام)[٢].

وفي حكم آخر لمجلس شورى الدولة في لبنان أشار إلى (تسأل الدولة بالتعويض إذا ما انفردت الحكومة في إجراء تعديل للتعرفة خلافاً لأحكام دفتر شروط عقد الامتياز [٣].

من ذلك يتبين أن القضاء اللبناني قد أصدر العديد من القرارات القضائية المهمة، سواء كان قضاءً عادياً أم قضاءً إدارياً ساهمت إلى شكل كبير في تطوير عقود الامتياز بوجه خاص والعقود الإدارية بصفة عامة.

ثالثاً: القضاء العراقي.

إلى وقت ليس بالبعيد كان العراق يعد من الدول التي تأخذ بالقضاء الموحد، فلم يكن يوجد في العراق محاكم إدارية قبل صدور تعديل قانون مجلس شورى الدولة بموجب القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩[٤]، وبموجب هذا التعديل تم إنشاء قضاء إداري مستقل في العراق ولأول مرة إلى جانب القضاء العادي، ينبثق هذا القضاء عن مجلس شورى الدولة، إن مجلس شورى الدولة قبل هذا التعديل كان يتمتع بدور استشاري[٥]. ولكن بعد صدور القانون ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ أضيفت إلى اختصاصات المجلس اختصاصات جديدة.

غير أن المشرع العراقي عند إنشائه محكمة القضاء الإداري لم يعطِ هذه المحكمة حق النظر في منازعات العقود الإدارية، وإن كان يجب تلافي هذا الأمر من قبل المشرع إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود قضاء إداري في العراق[٦].

ولابد من ملاحظة أنه وقبل إنشاء القضاء الإداري في العراق، كانت المحاكم العادية هي صاحبة الولاية العامة للنظر في كافة المنازعات[٧] ، بيد أن ولادة القضاء القضاء الإداري في العراق لم يلغ دور المحاكم المدنية في النظر في المنازعات الإدارية لان محكمة القضاء الإداري لها صلاحية النظر في الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات[٨] ،فالعبرة بطبيعة المنازعة الإدارية وليس بالجهة القضائية التي تنظرها وفي ذلك يقول الأستاذ شاب توما منصور إن

---

[١] قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم ١٦١ بتاريخ ١٩٦٧/٦/١١، أشار إليه د. مروان محيي الدين القطب، المصدر السابق،.ص ٨٠.

[٢] قرار مجلس شورى الدولة اللبناني تاريخ القرار ١٩٤٦/٥/٨، المجموعة المختلطة رقم ٧٦.

[٣] قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم ١١٣٤ ، تاريخ القرار ١٩٦٣/٧/١٢ ،أشار إليه د. وليد حيدر جابر ، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة ،المصدر السابق ،ص١٨٩ .

[٤] ينظر القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ الخاص بتعديل قانون مجلس شورى الدولة.

[٥] ينظر قانون مجلس شورى الدولة العراقي، رقم ٦٥، لسنة ١٩٧٩.

[٦] ينظر د. فاروق أحمد خماس، محكمة القضاء الإداري، بحث منشور، في مجلة العلوم القانونية تصدر عن كلية القانون- جامعة بغداد، المجلد التاسع، العددان الأول والثاني لسنة ١٩٩٠.

[٧] ينظر المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .

[٨] ينظر المادة (٧) من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ .

(الفصل قضائياً في نوع معين من القضايا أو الخصومات الإدارية دون النظر إلى الجهة القضائية التي تتولى هذا الفصل، ولا إلى نوع القانون الذي تطبقه هذه الجهة القضائية على تلك الخصومات الإدارية، فالعبرة في هذا المدلول بطابع الخصومة (الإداري) أي تكون (الإدارة العامة) طرفاً فيه)[١].

إن القضاء العراقي قد ساهم كثيراً في تطور نظرية العقد الإداري بشكل خاص والقانون الإداري بشكل عام، ونجد أن الكثير من أحكام القضاء العراقي قد أشارت إلى ذلك، فمحكمة التمييز أشارت في العديد من أحكامها إلى شروط العقود الإدارية وفي حكم لها تقول: (إن العقد الذي تعقده الإدارة مع المقاول من أجل إنشاء مرفق عام وتجري على أسلوب القانون العام ويتضمن شروطاً غير مألوفة من إجراء مناقصة واشتراط تأمينات وغرامات تأخيرية، هو عقد إداري يتميز عن العقود المدنية بما يستهدفه من تحقيق مصالح كبرى تعلو على المصالح الخاصة..)[٢].

إن القضاء العراقي قد طبق المبادئ الإدارية عند النظر في النزاعات التي تكون الإدارة طرفاً فيه رغم كونه قضاءً عادياً حيث أن ولايته شملت سائر المنازعات الإدارية بما في ذلك إلغاء القرار الإداري فقد نص قانون السلطة القضائية وقانون المرافعات على أن المحاكم المدنية لها الولاية العامة للفصل في جميع المنازعات بما في ذلك المنازعات التي تكون الحكومة طرفاً فيها وبالتالي فإن ولاية القضاء العراقي كانت تتعلق بالإلغاء والتعويض[٣].

الفرع الثالث: دور قرارات الأمم المتحدة في تطوير عقود الامتياز .

ذهب جانب كبير من الفقهاء إلى أن العقد الذي يكون أحد أطرافه الدولة والطرف الآخر شخص خاص أجنبي، وتتجه فيه الدولة للأخذ بأساليب القانون العام هو عقد إداري، وإن هذا العقد يمكن أن نطلق عليه العقد الإداري الدولي، أو العقد الإداري ذو الطبيعة الدولية، وإن هذا العقد يجب أن يخضع لقانون الدولة الطرف في العقد.

وبالتالي فإن من حق الدولة تطبيق قانونها على هذه العقود استناداً إلى قرارات الأمم المتحدة، وقد صدرت العديد من القرارات عن الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي تتعلق بسيادة الدولة الدائمة على مواردها الطبيعية، وإن هذه القرارات تؤكد القانون الدولي العرفي[٤].

ومن أهم هذه القرارات قرار رقم (١٨٠٣) الذي صدر في ١٤ كانون الثاني ١٩٦٢ ونصت المادة الرابعة منه على أن (يراعى استناد التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة على أسس من النفقة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية، وللمالك

---

[١] ينظر د. شاب توما منصور،القانون الإداري، المصدر السابق، ص ٣٤.

[٢] حكم محكمة تمييز العراق رقم القرار ٤٢ و ٦٥٤/ح/١٩٦٥ تاريخ القرار: ١٩٦٥/٧/٢٥، نشر في مجلة القضاء، العدد ٥٢ لسنة ٢١، ١٩٦٦،ص ٥٠.

[٣] ينظر د. محمود عاطف البنا، المصدر السابق،ص ١١، وإبراهيم طه الفياض، ولاية القضاء العراقي في نظر نظر المسؤولية الإدارية، بحث منشور في مجلة العلوم السياسية والقانونية، تصدر عن كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العدد الأول، ١٩٧٦،ص ٧٧.

[٤] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المصدر السابق،ص ٢١٩.

في هذه الحالات الحق في الحصول على التعويض الملائم، الذي يتم تقديره وفقاً للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات في ممارستها لسيادتها، ووفقاً للقانون الدولي)[١].

وقد جاء هذا القرار ليؤكد السيادة الدائمة للدولة على الثروات الطبيعية، ونص على خضوع الاستثمارات الأجنبية للقانون الوطني ساري المفعول، وتطلب هذا القرار لفرض تأميم مشروع معين أن يستند قرار التأميم على المنفعة العامة والمصلحة الوطنية، كذلك يجب أن يكون قرار التأميم مصحوباً بتعويض عادل وفق القواعد القانونية السارية في الدولة المؤممة ووفقاً للقانون الدولي[٢].

ثم صدر القرار رقم (٢١٥٨) في ١٩٦٦/١١/٢٥ وأكد أن الرأسمال الخاص يمكنه أن يلعب دور بارز في استغلال الثروات الطبيعية للدول النامية، وإن الاستثمار الأجنبي يجب أن يتم تحت رقابة الدولة انسجاماً مع تنميتها الوطنية وقوانينها[٣].

وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة العديد من القرارات المرتبطة بهذا الموضوع ومنها القرار ٣١٧١ في ١٩٧٣/١٢/١٧ ثم القرار ٣٢٠١ و٣٢٠٢ في ١٩٧٤/٥/١، ثم بعد ذلك صدر القرار رقم ٣٢٨١ في ١٩٧٤/١٢/١٢ والمسمى ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية الذي نص في المادة الثانية منه على (حق الدول في التأميم، ومصادرة ونقل ملكية الأموال الأجنبية، ويتعين في جميع هذه الأحوال أن تدفع تعويض ملائم، مع الأخذ بعين الاعتبار القوانين واللوائح وكافة الظروف الأخرى)[٤].

بيد أن هذه القرارات الصادرة من الأمم المتحدة أثارت التساؤل عن حقيقتها الإلزامية وهل من الممكن أن تكوّن قاعدة عرفية ؟

ذهب رأي من الفقه إلى أن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة يمكنها أن توجد قاعدة عرفية دولية أو تساهم في تقنين قاعدة قانونية دولية أو تكشف عن وجود هكذا قاعدة. حيث أن الجمعية العامة تمثل منتدى دولي يجتمع فيها ممثلين الدول الأعضاء للتشاور والتداول، وعندما تتفق الدول الأعضاء في الجمعية العامة للأمم المتحدة على قاعدة معينة فإن هذه القاعدة تصبح جزءً من القانون الدولي وإن هذه القرارات تتضمن التزامات على الدول ذات طابع إلزامي[٥].

بينما ذهب الرأي الثاني إلى أن هذه القرارات تعتبر مجرد توصيات وجّهت إلى الدول الأعضاء ولا تمثل قاعدة قانونية لها صفة الإلزام، حيث لا يوجد في الثبات ما يؤكد صراحة بإلزامية التوصيات التي تصدرها الأمم المتحدة[٦]، في حين إن التحكيم الدولي كان له رأي آخر في خصوص مدى إلزامية قرارات الأمم المتحدة فالأستاذ (Dupuy) المحكم في القضية بين الحكومة الليبية والشركتين Calastatic

---

[١] أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، المصدر السابق: ١٥٠.
[٢] هاني محمود حمزة، المصدر السابق: ٣٢٥.
[٣] أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، المصدر السابق: ١٥٣.
[٤] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المصدر السابق،ص ٢٢٠ – ٢٢١.
[٥] هاني محمود حمزة، المصدر السابق،ص ٣٢٩.
[٦] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المصدر نفسه،ص ٢٢١ – ٢٢٢.

Topco & حيث اعتبر أن الأثر القانوني لقرارات الأمم المتحدة يتطلب تحليلاً دقيقاً لكل قضية وإن هذه القرارات ليست مجرد توصيات، وهي أيضاً لا تتمتع بقوة ملزمة على اعتبار أنها قاعدة عرفية[١].

وفي هذا وضع المحكم Dupuy معايير للتفرقة بين القرارات المختلفة التي تصدر عن الأمم المتحدة وإن قرارات الأمم المتحدة التي تتمتع بقيمة قانونية تكون حسب هذين المعيارين.

١. المعيار الأول: ويعتمد على نسبة التصويت على كل قرار، فكلما زاد عدد المصوتين على القرار زادت قوته الإلزامية.
٢. المعيار الثاني: هو تحليل النصوص التي تتضمنها هذه القرارات فيحلل النص تحليل دقيق ولكل قضية وحسب كل نص لبيان مدى القوة الإلزامية لكل قرار[٢].

وبعد هذا يتجلى أن قرارات الأمم المتحدة كان لها دور في تطوير العقود الإدارية ومنها عقود الامتياز، وخاصة العقود الواردة على الثروات الطبيعية حيث أن هذه القرارات تدعم سيطرة الدولة على مواردها وبالتالي تعطيها السيادة على هذه الثروات، وأن هذه القرارات اعتبرت هذه العقود عقود داخلية يطبق عليها القانون الوطني، وأن هذه القرارات دعمت الرأي القائل بأن عقود الامتياز هي عقود إدارية يستوجب تطبيق القانون الوطني على المنازعات الخاصة بها.

---

[١] حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت- لبنان ، ٢٠٠٣ ،ص ٤٤٩ وما بعدها .

[٢] هاني محمود حمزة، المصدر السابق، ٣٣٠.

الفصل الثاني

تكييف عقد الامتياز وأنواعه

لاشك توجد صلة بين تكييف عقد الامتياز وبيان النظام القانوني الذي يخضع له فيتوقف تحديد هذا النظام على تكييف العقد ، فهل هو من عقود القانون الخاص ويخضع للنظام القانوني للعقود المدنية أم أنه من عقود القانون العام ، وإذا كان من عقود القانون العام فهل يخضع للنظام القانوني الخاص بالعقود الإدارية ، أم أنه من العقود الدولية الخاضعة للنظام القانوني للعقد الدولي ؟ ومن جهة اخرى لابد من تحديد أنواع الامتياز اذ يتفرع الامتياز إلى أنواع متعددة وحسب الغرض منه لذا سنقسم دراسة هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول: تكييف عقد الامتياز .

المبحث الثاني : أنواع عقد الامتياز .

المبحث الأول

تكييف عقد الامتياز

إختلف الفقه القانوني حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد الامتياز، فلم يستقر الفقهاء على تكييف قانوني واحد، فقد تشعبت الآراء التي سيقت بهذا الصدد بين قائل يرى بأنه من عقود القانون الخاص ، وآخر قائل إنه من عقود القانون العام ، وآخر يرى إنه عقد تجاري دولي وسنبحث ذلك في المطالب التالية :

المطلب الأول : عقد الامتياز من عقود القانون الخاص .

المطلب الثاني : عقد الامتياز من عقود التجارة الدولية .

المطلب الثالث : عقد الامتياز من عقود القانون العام.

المطلب الأول

عقد الامتياز من عقود القانون الخاص

إتجه بعض الفقه إلى إعتبار عقد الامتياز من عقود القانون الخاص وبالتالي تخضع منازعاته للقضاء العادي ، وقد ساد هذا الرأي في فرنسا ومصر ولفترة طويلة وخاصةً في القرن التاسع عشر ، على اعتبار إن عقد الامتياز يخضع لمبادئ وقواعد القانون المدني ، ومنها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقض العقد ولاتعديله إلاباتفاق الطرفين حيث لا يعدل بالإرادة المنفردة ، وحسب هذه النظرية فإن الامتياز ماهو الا عقد بسيط يفترض تفويضاً من السلطة العامة بهدف إشغال الأملاك العامة ، وفسروا الطبيعة التعاقدية للشروط التنظيمية التي تحكم سير المرافق العامة بأن هذه الشروط التي تقررها الإدراة قد استغرقت في دفتر الشروط الذي يتحول بمجرد رضا صاحب الامتياز إلى طبيعة تعاقدية[1]

---

[1] ينظر في هذا الرأي العلامة السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ،ص ج٧ ص٢٩٢ ، ود. فاروق أحمد خماس ومحمد عبدالله الدليمي ، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية ،جامعة الموصل ، ١٩٩٦ ،ص ٥٢ ود. غسان رباح ، المصدر السابق ،ص١١١.

أما طبيعة العلاقة مع المنتفعين ففسرت وفق هذه النظرية على أساس الإشتراط لمصلحة الغير ، فالعقد يتضمن الشروط التي تبين طريقة استفادة المنتفعين من خدمات المرفق والأسعار التي يتقاضاها صاحب الامتياز من المنتفعين والضمانات التي تكفل مصالح المنتفعين ، وعلى هذا أسندت هذه النظرية تأثر المنتفعين من العقد وهم ليسوا أطرافاً فيه بل أجانب عنه إلى الإشتراط لمصلحة الغير ، فالإدراة هي المشترط وصاحب الامتياز هو المتعهد وإن العملاء هم المنتفعون من المرفق وقد كسبوا عن طريق هذا العقد حقاً بإمكانهم التمسك به تجاه صاحب الامتياز[١] .

وهذه النظرية لم تسلم من النقد فقد وجهت اليها العديد من الإنتقادات منذ بداية القرن العشرين فالفقيه (deluabader) يذهب إلى القول (نحن نستبعد النظرية التعاقدية والتي يبدو لنا أنها انقرضت ... ، ونضيف بأن إمتياز المرفق العام لايبدو لنا انه يمكن ان يشكل عقداً بسبب الموضوع الذي يتنأوله ، فهذا الموضوع هو تنظيم وتشغيل مرفق عام وإقامة قواعد لهذا المرفق ، ومثل ذلك يخرج عن النطاق التعاقدي ، إستناداً إلى المبدأ الأساسي القاضي بأن تنظيم المصالح العامة هو من الإختصاص المنفرد العائد حصراً للسلطة العامة)[٢] وهذا الانتقاد وجه إلى النظرية التعاقدية بصفة عامة وليس فقط إلى اعتبار هذه العقود من عقد القانون الخاص.

ويذهب العلامة السنهوري في إنتقاده للنظرية التعاقدية واعتبار الامتياز من عقود القانون الخاص إلى (انها تجعل عقد الامتياز جامداً لا يتطور ولا تستطيع السلطة الإدارية أن تعدل شروط تنظيم المرفق وتسييره ولا الأسعار المقررة إلا برضاء الملتزم)[٣] .

ورغم مأوجه إلى هذا التكييف من إنتقادات إلا ان هناك أنظمة قانونية اتجهت إلى إعتبار عقد الامتياز من عقود القانون الخاص ، ويدعم هذه الأنظمة التوجهات الفقهية السائدة في هذه النظم القانونية ، وخاصة تلك الدول التي لايوجد فيها قانون إداري مستقل عن القانون المدني ، كما هو الحال في الدول الأنكلوسكسونيه وخاصةً بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية ، ففي هذه الدول الذي يحكم فيها العلاقة بين الأفراد والإدراة نفس القواعد التي تحكم علاقة الأفراد ببعضهم البعض[٤] مما يستوجب الاطلاع على بعض هذه الانظمة كالنظام البريطاني والنظام الامريكي :

أولاً : بريطانيا :-

في بريطانيا تختص المحاكم العادية بالنظر في المنازعات التي تكون الإدراة طرفاً فيها ، فمنازعات الإدراة تخضع للقضاء العادي حيث تطبق قواعد القانون العرفي (common law)، والقانون الإنكليزي لايحتوي على أية نظرية للعقود الإدارية لأنه لايعرف القانون الإداري ، ولاتوجد قوانين خاصة تطبق على عقود الإدراة ومنها عقود الامتياز كما هو الحال في فرنسا وإنما تطبق على هذه العقود القواعد المعمول بها في سائر العقود المدنية[٥] وبناءً على هذه الفكرة القانونية السائدة

---

[١] ينظر د. مهند مختار نوح ، المصدر السابق ،ص٢٠٥ .
[٢] ينظر د. غسان رباح ، المصدر السابق، ص١١٥ .
[٣] ينظر العلامة السنهوري ، الوسيط ،ج٧ ، المصدر السابق ، ص٢٩٢ .
[٤] ينظر د.هاني محمود حمزة، المصدر السابق ،ص٢٩٨ .
[٥] ينظر د. غسان رباح ، المصدر السابق،ص٢٥٩ وما بعدها .

فإن التعاقد لصالح الدولة في بريطانيا يتم بواسطة الأجهزة الحكومية والتي تنوب عن التاج وإن باقي أجهزة الدولة المحلية تتعاقد بنفس الطريقة التي يتم بها التعاقد بين الأفراد[١].

ثانياً : الولايات المتحدة الأمريكية :-

طالما أن النظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية شبيه إلى حد ما بالنظام المتبع في بريطانيا فإن عقود الامتياز تعتبر من العقود المدنية وتخضع للقضاء العادي ، حيث لايوجد في أميركا قانون إداري مستقل عن القانون المدني ، بل لايوجد التقسيم الرئيس للقانون بين قانون عام وقانون خاص ، فالنظام المتبع في أميركا هو النظام الموحد[٢] .ويتجلى ذلك في أحد القضايا التي ذهب فيها القضاء إلى (أنه عندما تدخل الولايات المتحدة في علاقات تعاقدية فإن حقوقها وموجباتها تخضع لنفس القانون الذي يرعى علاقات الأفراد ، فلا يكون للحكومة أن تلغي العقد إلا إذا كان عملها يقع في دائرة السياسة الفيدرالية والتي تقضي إتخاذ مثل هذا الأمر)[٣] فيتبين من ذلك أن العقود الإدارية تخضع للقانون الخاص في أميركا ، ولكن الدولة قد تختارعند تعاقدها في بعض المجالات التي تتعلق بحماية الصحة العامة ورفاهية المجتمع التعاقد على أساس كونها سلطة ذات سيادة لايمكن أن تُحرم من ممارسة سيادتها هذه في المستقبل لحماية الصالح العام، وأن أمراً كهذا لايكون إلا أستثناءً للمبدأ العام الذي يًغلب الصفة العقدية لهذه العقود ويعتبرها من عقود القانون الخاص[٤]

المطلب الثاني/ عقد الامتياز من عقود التجارة الدولية:

كما أسلفنا أن عقد الامتياز يكون أحد أطرافه الدولة والطرف الثاني يكون شخصاً من أشخاص القانون الخاص سواء كان وطنياً ام اجنبياً ولاتثريب في ذلك على صحة العقد ووصفه الامر الذي حدى ببعض الفقه إلى عد عقد الامتياز من عقود التجارة الدولية ونبين ذلك على النحو الآتي:-

الفرع الأول: المقصود بعقود التجارة الدوالية .

إن أطراف العقود التجارية بصفة عامة واستناداً إلى مبدأ حرية الإرادة قد يختاروا مجموعة من القواعد عبر الدولية لتحكم عقدهم ، حيث أن هذه القواعد لاتوصف بأنها قواعد داخلية ولاقواعد دولية وإنما تكون من طبيعة خاصة يطلق عليها (lex mercataoria) قواعد التجارة الدولية ، ويعود ظهور هذه القواعد إلى القرون الوسطى في أوربا[٥]

حيث استخدمها الأستاذ (Jessup) باسم القانون العابر للدول الذي هو حسب رأيه (كل القوانين التي تنظم التصرفات الدولية والأعمال التي تتجأوز النطاق

---

[١] ينظر د. غسان رباح ، المصدر نفسه،ص ١٦٥.

[٢] ينظر د. هاني محمود حمزة ، المصدر نفسه ، ص٢٩٨-٢٩٩.

[٣] Lynch v.united states . 292. u.s cases. 57 (1934)
أشار اليه د. غسان رباح ، المصدر السابق،ص١٦٧.

[٤] ينظر د. غسان رباح المصدر نفسه ،ص١٦٧.

[٥] ينظر د. بشار محمد الأسعد ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ،ص١٤٧.

الوطني للدولة الواحدة)[١] وهكذا نجد أن البعض يرى ان العقد إذا كان يفلت من نطاق هيمنة قانون الدولة فإنه بالضرورة لايفلت من هيمنة القانون بمعناه العام والذي يوجد خارج مجتمع الدولة ضمن نظم قانونية اخرى ، ذلك أن التجارة الدولية تطورت بشكل سريع وأدى تطورها إلى تكوين مجتمع مجأور لمجتمع الدولة أعضاؤه هم التجار ورجال المال والصناعة وله سلطته الذاتية وقواعده المنظمة لسلوك أعضاؤه التي باتت تعرف بقواعد التجارة الدولية[٢] .وعرفت قواعد التجارة الدولية بأنها مجموعة القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام والتي نجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي يستقر عليها التحكيم التجاري ، وتقدم تنظيماً قانونياً وحلولاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية[٣] .

فالعقود الدولية يمكن أن يحكمها النظام القانوني للتجارة الدولية ، وان هذه العقود التي لايمكن اعتبارها من عقود القانون المدني ولا من عقود القانون العام ، وبالتالي فإنه من الممكن اخضاعها إلى قواعد التجارة الدولية والتي تحكم العلاقات التجارية بين الأشخاص الخاصة ، وأن هذه القواعد من الممكن لها أن تحكم العلاقات الناشئة بين الدول والأشخاص الخاصة[٤].

وقد انتقلت فكرة القانون العابر للدول إلى الفقه الأنكلوأمريكي في القرن العشرين[٥] ،ويعتبر التوجه التشريعي في الولايات المتحدة مناصراً لنظرية القواعد عبر الدولية ، وتم دمج هذه القواعد في النظام الأمريكي بموجب الفصل الثاني في قانون التحكيم الأمريكي[٦] .

وتجد القواعد التجارية الدولية مصدرها في الأعراف والعادات التجارية وفي المبادئ القانونية المشتركة التي استقر عليها القضاء والتحكيم التجاري الدولي ، وقد استقر الفقه القانوني على اعتبار هذه القواعد قواعد قانونية بالمعنى الصحيح فهي تشكل نظاماً قانونياً مستقلاً[٧].

الفرع الثاني :الانتقادات الموجهة إلى من يدعي تطبيق قواعد التجارة الدولية على عقود الامتياز .

انتقد الإتجاه الذي يذهب إلى تطبيق قواعد التجارة الدولية على عقود الدول ومنها عقود الامتياز ، لأن هناك من يرى أن الشروط التعاقدية في عقود الدولة لاتتوافر فيها شروط القاعدة العرفية الدولية ، حيث نجد أن هذه الشروط لم يعمل بها

---

[١] ينظر د. حفيظة السيد حداد ، المصدر السابق ،ص٧٥١.

[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٨،ص ٣٩٠.

[٣] ينظر د. محمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية في نقل التكنلوجيا، دار الثقافة ،عمان الأردن ،ط١ ،٢٠٠٨ ،ص٣٩٥ ، وبشار محمد الأسعد ،عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ،ص١٤٧.

[٤] ينظر د. حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة، المصدر السابق ،ص٧٥٤ .

[٥] هناك من يستخدم مصطلح القانون عبر الدولي أو قانون التجارة الدولية أو قانون الأعمال عبر الدولي أو قانون الأقتصاد عبر الدولي للدلالة على قانون التجارة الدولية .

[٦] ينظر د. هاني محمود حمزة ، المصدر السابق ،ص ٣٩٢.

[٧] ينظر د. محمود سمير الشرقأوي، العقود التجارية الدولية – دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ،دار النهضة العربية ،القاهرة،ط٢ ،٢٠٠٢،ص ١٣٧، وأحمد عبد الكريم سلامة ، المصدر السابق ص٢٠، وبشار محمد الأسعد ،عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق، ص١٤٩.

على نحو مستمر في معظم عقود الدولة كي يتوافر الركن المادي للعرف الدولي ، وانتقدت هذه الفكرة أيضاً على اعتبار أن هذه القواعد غير محددة ولا يمكن تطبيقها وأن محأولات التطبيق ماهي إلا محأولات فقهية ليس إلا[١] .

كذلك فإن جانب من الفقه الغربي ينكر على قواعد التجارة الدولية صفة النظام القانوني المتكامل ، حيث أن هذا النظام يعتريه الكثير من الغموض ويتميز بكونه نظام غير شامل وغير مدون ولايخضع لرقابة القضاء لذلك كله فإنه لايمكن إخضاع عقود الامتياز لهذه القواعد[٢] .

ويلاحظ أن أغلب الشركات العالمية عندما تتعاقد مع الدول فانها تسعى لتغليب مصالحها باستبعاد تطبيق القانون الوطني، وأن هذه الشركات تبقى تابعة لدولها الأساسية وبفعل ظاهرة العولمة فأن الشركات المتعددة الجنسيات سيطرت على السوق العالمي[٣]، فالشركات المتعددة الجنسيات تلجأ إلى الاستثمار المباشر في الدول النامية عن طريق شركات تابعة لها في هذه الدول ، وظهرت هذه الشركات لأول مرة في الولايات المتحدة الامريكية ثم انتشرت في باقي الدول الصناعية ، وتعتبر احدى الركائز الاساسية التي أستند اليها النظام الرأسمالي العالمي[٤] . اهذا أتجه المشرع وصاحبه الفقة في أغلب الدول سعياً من هذه الدول للحفاظ على مصالحها العليا إلى أعتبار هذه العقود عقوداً ادارية لتوافر شروط العقد الاداري فيها[٥].

المطلب الثالث

عقد الامتياز من عقود القانون العام

ان الرأي الغالب في الفقه يعتبر عقود الامتياز من عقود القانون العام إلا أن أصحاب هذا الرأي إنقسموا على أنفسهم بين رأي يعتبرها من العقود الدولية ، ورأي آخر يعتبرها من العقود الإدارية .وسنبحث هذه الآراء في الفرعين التاليين:

الفرع الأول / عقد الامتياز من العقود الدولية :-

ذهب بعض الفقهاء إلى التعامل مع عقود الامتياز على أنها عقود دولية لابد من تطبيق إما قواعد القانون الدولي الخاص عليها أو قواعد القانون الدولي العام ، وسنبحث ذلك كالآتي :

المقصد الأول / تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص على عقود الامتياز .

---

[١] ينظرد. حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ، المصدر السابق ،ص٧١٢ ،و د. هاني محمود حمزة ، المصدر السابق ،ص٩٤ .

[٢] ينظرد. حفيظة السيد حداد ، المصدر نفسه ،ص٧٥٨ .

[٣] ينظرد. عمران محمد المرغني الحدأوي ، العولمة وأثرها على سيادة الدولة، المركز العالمي لدراسات الكتاب الأخضر ، ليبيا ،ط١ ، ٢٠٠٨ ،ص٦٦ .

[٤] ينظر د. وليد عودة الهمشري ، عقود نقل التكنلوجيا – دراسة مقارنة ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان-الاردن ،ط١ ، ٢٠٠٩ ،ص ٥٦ .

[٥] ينظر د. محمود عاطف البنا ، المصدر السابق ،ص٦١-٦٢ .

ذهب جانب من الفقه إلى وجوب تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص على عقود الامتياز لاسيما عندما يكون الطرف الخاص في هذا العقد أجنبياً ، حيث يميل بعض فقهاء القانون الدولي الخاص إلى اعتبار هذا القانون قانوناً لعقود الدولة،وان تدويل عقود الدولة هو شرط ضروري لتخويل أطراف العقد إختيار القانون الواجب التطبيق[١]

إن تمتع العقد بالطبيعة الدولية يؤدي إلى إخراج العقد من نطاق القانون الوطني واخضاعه لقواعد القانون الدولي الخاص، وخاصة تلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين وهذا يمكّن أطراف العقد من اختيار القانون الواجب التطبيق ، ولغرض تمييز العقد الوطني عن العقد الدولي فإن هناك ثلاث معايير قيلت في هذا الشأن هي[٢] :

أولاً: المعيار القانوني :-

يقوم هذا المعيار حسب رأي الأستاذ (batiffol)[٣] على أساس أن العقد يعتبر دولياً بمجرد كون أحد عناصر العلاقة التعاقدية ذات صفة أجنبية أي ان تتصل عناصره باكثر من نظام قانوني ، كأن تكون جنسية أطراف العقد مختلفة أو يكون الإختلاف في عنصر الموضوع كأختلاف مكان مكان أقامة المتعاقدين أو أن يكون مركز أعمالهم في أكثر من دولة أو دخول العنصر الأجنبي في محل ابرام العقد أو محل التنفيذ[٤].

---

[١] ينظر د. هشام خالد ،ماهية العقد الدولي – دراسة فقهية مقارنة ،منشأة المعارف ،الاسكندرية – مصر ،٢٠٠٣ ،ص٥١ ، ود. هاني محمود حمزة ، المصدر السابق ،ص ٣٠ .

[٢] ينظرد. بشار محمد الأسعد ،عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق، ص٧٦ ،ود. عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود ذات الطبيعة الدولية ،دار النهضة العربية، القاهرة ،ص ١٠٣-١٠٤ .

[3] Batiffol (henri), encyclopedie dalloz , repertoire de intenation, tomel,1968 , contrats conventions n .9 ,p. 567 . اشار اليه د.هشام خالد ،المصدر السابق ،ص٧٤ .

[٤] ينظر د. هاني محمود حمزة ، المصدر السابق ،ص

ثانياً: المعيار الإقتصادي :-

ظهر هذا المعيار في القرن العشرين وبالتحديد سنة ١٩٢٧، ويعتبر العقد بموجبه دولياً اذا كان يتصل بمصالح التجارة الدولية ، وقد اعتمدت محكمة التمييز الفرنسي المعيار كأساس لتدويل العقد وذلك في قضية (pelissiet du besset) وتدور وقائعهاحول عقد إيجار تم ابرامه في الجزائر بين مؤجر انكليزي ومستأجر فرنسي واعتبر العقد دولياً لتعلقه بمصالح التجارة الدولية ،ويعود الفضل لهذه المحكمة في اكتشاف هذا المعيار في حين يوجد من يفرق بين العناصر الأجنبية الجوهرية وغير الجوهرية ، فالصفة الأجنبية اذا اتصلت بعنصر جوهري يعد العقد دولياً أما اذا لم تتصل بعنصر جوهري فلا يعد العقد دولياً[١].

ثالثاً: المعيار الإقتصادي القانوني (المختلط):-

يقوم هذا المعيار على أساس الجمع بين المعيار القانوني والمعيار الإقتصادي فالعقد لايكون دولياً بمجرد دخول عنصر اجنبي في الرابطة العقدية ولكن لابد أن يتعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية وهذا ما أشارت اليه محكمة النقض الفرنسية في حكم لها عام ١٩٧٤ واستندت إلى كل من المعيار الإقتصادي والمعيار القانوني لتقرير دولية العقد[٢]، فالمحكمة لم تكتف بالمعيار القانوني بل يتطلب الأمر لأعتبار العقد دولياً ان يهدف العقد لانتقال القيم عبر الحدود ويتصل بمصالح التجارة الدولية[٣] .

ويدق السؤال عند البحث في العقود الدولية عن القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن هذه العقود ، وحسب ماهو معروف في القانون الدولي الخاص ، بخصوص قواعد تنازع القوانين فان تحديد القانون الذي يطبق على العقود الدولية يستلزم اللجوء إلى مبدأ حرية الإرادة ، وفي هذه الحالة يستطيع أطراف العقد اللجوء إلى القانون الذي تتجه الإرادة الصريحة لأطراف العقد إلى إختياره ، وعند عدم وجود هذه الإرادة الصريحة فانه يجب البحث عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد[٤].

وقد تكرس دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق في العديد من التشريعات ، حيت نصت اتفاقية روما لسنة١٩٨٠ المبرمة بين دول السوق الأوربية المشتركة على أن (يكون العقد محكوماً بالقانون المختار من قبل الأطراف ، وهذا الإختيار يجب ان يكون صريحاً ، أو ان يستخلص بطريقة مؤكدة من احكام العقد ،

---

[١] ينظرد. هشام علي صادق ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، ١٩٩٥،ص ٥٢.

[٢] يتصل هذا الحكم بالنزاع بين شركة هولندية وشخص فرنسي اصبح هذا الشخص وكيلاً للشركة الهولندية لغرض تسويق منتجات الشركة في فرنسا واعتبرت المحمكة الفرنسية هذا العقد دولياً لأرتباطه بأكثر من نظام قانوني ولتعلقه بمصالح التجارة الدولية .

[٣] ينظرد. حفيظة السيد حداد ، تنازع القوانين في عقود الوكالات التجارية ، مجلة الدراسات القانونية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،العدد الثاني ،٢٠٠٣ ،ص١٠٧ ،ود. بشار محمد الأسعد ،عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ،ص٨٤ ،كذلك ينظرد. هاني محمود حمزة ، المصدر السابق ،ص٣٥ ،ود. هشام خالد ،المصدر السابق ،ص١٠٤ .

[٤] ينظرد. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ،ص٩٣ .

أو ظروف القضية)[١]. ونصت المادة (٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة القانون التجاري الدولي(نظام الأونسترال) لعام ١٩٨٥على ذلك [٢] .وقد أخضع القانون المدني العراقي في المادة (٢٥) الفقرة الأولى الألتزامات العقدية والتي يكون أحد اطرافها شخصاً اجنبياً لقانون الإرادة الذي يختاره اطراف العقد صراحة أو ضمناً، فاذا انعدم الإختيار فأن العقد يخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدان، فان اختلف الموطن فيخضع العقد لقانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ العقد[٣]. ومن الملاحظ ان القانون المدني لم يشر إلى العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، لذا نعتقد ان هذه العقود لايمكن ان يطبق عليها نص هذه المادة ، فهي عقود ادارية اذا ما اتجهت الإدراة فيها للأخذ باساليب القانون العام واتصل محل العقد بالمرافق العامه ، ويجب تطبيق قواعد القانون الوطني على هذه العقود ، ونلاحظ انه حتى في حالة تنفيذ الاحكام الأجنبية في داخل العراق فان هذه الأحكام اذا تعلقت بالأمور المدنية والتجارية فهي من مسائل القانون الخاص ويمكن تنفيذها داخل العراق، الا أنه لايمكن الأعتراف بالحكم الأجنبي الصادر في المسائل الجنائية أو الإدارية أو المالية لأنها تتعلق بالقانون العام وسيادة الدولة[٤] . وقد قضت محكمة التمييز العراقية بان المسائل الإدارية والمالية والكمركية لاتدخل في نطاق الحق الخاص، وان المنازعات المتعلقة بهذه الأمور لايمكن اعتبارها من المنازعات المدنية أو التجارية[٥].

وتجدر الإشارة إلى أنه ثمة رأي فقهي يرى ان اختيار اطراف العقد لقانون معين يعني اختيار كافة قواعد هذا القانون سواء كانت قواعد موضوعية أو قواعد تنازع ، بينما هناك من يرى بان اختيار الأطراف لقانون معين يعني تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون على العلاقة التعاقدية ، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى الإتفاقيات الدولية ، كالإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري لسنة ١٩٦١[٦].ونلاحظ بعض التشريعات أشارت إلى ذلك فقانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤ قد نص في

---

[١] ينظر المادة الثالثة من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ .

[٢] ينظر اتفاقية الأونسترال لسنة١٩٨٥ .

[٣] ينظر في تفاصيل ذلك عوني محمد فخري ، دراسة في القانون الدولي الخاص مع نظرة في تنازع القوانين من حيث المكان في التشريع العراقي ، بدون ناشر ،٢٠٠٧ ،ص١٧٨ وما بعدها.

[٤] ينظر د. حسن علي كاظم ، وضع الحكام الأجنبية موضع التنفيذ في العراق، بحث منشور في رسالة الحقوق مجلة كلية القانون ، جامعة كربلاء، العدد الأول ،٢٠٠٩ .

[٥] ينظر حكم محكمة التمييز العراقية رقم ١١٠ الصادرة في ١٩٩٩/١١/١٣ ، اشار اليها د. حسن علي كاظم ، المصدر السابق ،ص .

[٦] ينظر د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولوالاشخاص الاجنبية ، المصدر السابق، ص٤٩٠،وكذلك ص٤٩٠،وكذلك هاني محمود حمزة، المصدر السابق،ص ٩١-٩٥.

المادة (٣٩)على (وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة ،اتبعت القواعد الموضعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين)[١].

ومن الملاحظ انه حتى في حالة تطبق قواعد التنازع واختيار الأطراف للقانون الوطني فإن هيئات التحكيم الدولي غالباً تستبعد القانون الوطني . بحجة عدم ملائمتة لحكم النزاع محل التحكيم ،وإن قواعده متخلفة ولا تفي بالغرض، لذا فإن هيئات التحكيم تسعى دائماً لتدول عقود الاستثمار و عقود الامتياز بهدف عدم إخضاعها للقانون الوطني وهذا ما حدث بالفعل في قضية ارامكو بين الحكومة السعودية وشركة أرامكو[٢] .

المقصد الثاني / تدويل عقد الامتياز وتطبيق أحكام القانون الدولي العام علية

.

ذهب جانب في الفقه إلى إمكانية تطبيق قواعد القانون الدولي العام على عقود الامتياز ونوضح ذلك بالتفصيل الآتي:-

أولاً :- مضمون فكرة التدويل :-

ذهب جانب في الفقه إلى أن عقود الدولة بصفة عامة هي تصرف دولي تخضع لقواعد القانون الدولي العام بناءً على تركيز هذه العقود وتمركزها في القانون الدولي العام ، فقد ذهب الأستاذ weil إلى أن النظام الأساسي لعقود الدولة هو القانون الدولي، فالعقد الدولي هو تصرف قانوني دولي حقيقي، فهو عمل قانوني كالمعاهدات والتصرفات التي تصدرها الدول بالإرادة المنفردة[٣]

وقد وجد هذا الرأي صدىً واسعاً لدى بعض الفقهاء فقد قال الفقيه (Mann) بهذا الصدد (ان العقد يمكن تدويله بمعنى ان يكون موضوعاً للقانون الدولي العام بمعناه الضيق ، بحيث يكون حصيناً من الخرق بنظام محلي ، كما في المعاهده بين شخصين دوليين، وان الدولة الطرف في العقد لاتملك بمفردها تعديله أو إلغاؤه وهو جوهر مبدأ الوفاء بالعهد)[٤]. وهذا ما قال به كل من (Ferdros) و(Jennings) وغيرهم[٥] .

كما ان من يتمسك بتطبيق قواعد القانون الدولي العام على عقود الدولة يسعى دائماً إلى الدفاع عن مصالح الدول الغربية والشركات المتعددة الجنسيات مما يستوجب اخراج عقود الدولة من المجال الخاضع لقواعد القانون الوطني للدولة

---

[١] ينظر قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

[٢] وهذا التحكيم حصل بين الحكومة السعودية وشركة ارامكو بشأن النزاع الذي حصل بين هذه الشركة والحكومة السعودية عندما منحت الحكومة السعودية للمليونير أوناسيس الحق في تأسيس شركة ناقلات البحرية السعودية واعطاء هذه الشركة الحق في شحن البترول ومنتجاته ،واعترضت شركة ارامكو على ذلك على اعتبار هذا الاتفاق يتعارض مع الاتفاق الموقع بينها وبين الحكومة السعودية . وللمزيد ينظر د. سعيد عبد الغفار أمين شكري ، القانون العام للعقود ، دار الفكر العربي ، القاهرة ،٢٠٠٧ ،ص١١٦-١١٧ .

[٣] ينظرد. هاني محمود حمزة، المصدر السابق،ص ٣٣٥ .

[4] FA.Mann-studies in international Lanot 5.at .p 222-223

نقلاً عن د. سعيد عبد الغفارأمين ، المصدر السابق ،ص ٢٧ .

[٥] ينظر د. سعيد عبد الغفار أمين المصدر نفسه ،ص ٣٧ .

المتعاقدة وان حماية مصلحة المتعاقد الاجنبي لاتكون الا بأخضاع هذه العقود للقانون الدولي العام ،وقد إستند هذا التوجه الفقهي الجماعي إلى تطبيق قواعد القانون الدولي العام على العقد الإداري الدولي بالحجج التالية[١]:

١-أن الدولة التي تتعاقد خارج نظامها القانوني هي دولة تتعاقد بحسب النظام القانوني الدولي .

٢-من حيث قود الإلزام فإن هذه العقود تستمد مشروعيتها من قاعدة قانونية دولية تسموا على إرادة الدول المتعاقدة.

٣-من حيث الجزاء، حيث يمكن تطبيق قواعد المسؤولية ، دون القواعد الداخلية لمعالجة الآثار المترتبة على تعديل أو إنهاء العقد .

ويدعم هذا الإتجاه الفقهي الذي يقول بدولية عقود الامتياز توجه بعض هيئات التحكيم إلى هذا القول ، فقد ذهب المحكم (دوبوي) في تحكيم تكساكو[٢] بين الحكومة الليبية والشركة الليبية الأمريكية للنفط إلى (أن عقود الامتياز تقع ضمن مجال القانون الدولي،وأن هذا القانون يعطي لأطراف هذه العقود الحق في اختيار التشريع الذي يحكم علاقتهم التعاقدية)[٣] .

ويستشهد أصحاب هذا الرأي بالمادة (٤٢) من إتفاقية واشنطن[٤] التي توضح ان تطبيق القانون الوطني يتم تحت مظلة القانون الدولي[٥] .

ونجد هناك بعض العقود قد أشارت صراحةً إلى تطبيق قواعد القانون الدولي العام ، ومن هذه العقود عقد الامتياز بين شركة تكساكو والحكومة الباكستانية عام ١٩٩٠ .

---

[١] ينظرد. بشار محمد الأسعد عقود الأستثمار في العلاقات الدولية الخاصة المصدر السابق ،ص٢٣٢.

[٢] وهو التحكيم الذي يتعلق بالنزاع الذي حصل بين الحكومة الليبية وشركتين امريكيتين حيث ان الحكومة الليبية قد منحت هذه الشركات امتيازات نفطية بموجب العقد معها سنة ١٩٥٥ وفي سنة ١٩٧٣ اممت الحكومة الليبية كل الاموال والاصول العائدة للشركتين ورفضت الشركتين قرار التأميم وعرض الامر بعد ذلك على التحكيم .

[٣] ينظر قرار المحكم(Dupay) منشور في مجلة القضاء ، العددان /٣و٤، السنة الخامسة والثلاثون ،١٩٨٠ تصدر عن نقابة المحامين العراقيين ،ص ٣٥٣.

[٤] تنص المادة (٤٢) من اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار على انه في حالة غياب الاتفاق على تطبيق قانون معين على العقد يطبق قانون الدولة الطرف في العقد أو يطبق القانون الدولي .

[٥] ينظرد. سعيد عبد الغفار أمين المصدر نفسه ،ص ١٠٨ .

ثانياً: أساليب تدويل عقد الامتياز

إن تطبيق قواعد القانون الدولي العام على عقود الدولة قد يكون عن طريق اتفاق صريح أو ضمني ونبحث ذلك كالاتي:-

١- التدويل الصريح

ويكون الإتفاق الصريح على تطبيق القانون الدولي العام بالشكل الآتي:-

أ) قد يتم الإتفاق صراحة على تطبيق قواعد القانون الدولي العام على عقود الامتياز ، ويكون النص على تطبيق هذه القواعد بنداً من بنود العقد، والمثال على ذلك العقد المبرم بين الحكومة الفيتنامية وبعض الشركات الأجنبية في نطاق البترول والموقع سنة ١٩٦٢ والذي نص على(يستند المحكمون من اجل اصدار حكم التحكيم على مبادئ الانصاف ومبادئ القانون الدولي العام)[١] .

ب) الإتفاق على تطبيق القانون الدولي بالإشارة إلى أحد مصادره .

قد يتم الإتفاق على تطبيق القانون الدولي على عقد الدولة بالإشارة إلى أحد مصادره ، كالمبادئ العامة للقانون أو الإشارة إلى معاهدة دولية معينة .

ج) الإتفاق على تطبيق القانون الدولي العام عن طريق المعاهدات .

ذهب جانب من الفقه إلى أن المعاهدات يمكن أن تكون الأساس في تدويل عقود الدولة ، فقد تعقد معاهدة ثنائية بين دولتين تنص صراحة على وجوب تطبيق القانون الدولي العام على العقود بين أحد هذه الدول وأي شخص خاص تابع للدولة الأخرى ، أو أن تقر الإتفاقية العقود المبرمة سابقاً وتعتبر الإتفاقية هنا مصدر من مصادر القانون الدولي الواجب التطبيق[٢] .

كذلك قد تخضع بعض العقود إلى نصوص المعاهدات الدولية التي تحكم القانون الواجب التطبيق ،كمعاهدة لاهاي[٣] حيث تلتزم البلدان الموقعة على هذه المعاهدات بضرورة تطبيقها[٤]

ومن أبرز المعاهدات في هذا الشأن المعاهدة المبرمة بين فرنسا والجزائر في مجال التحكيم عام ١٩٢٦ ، والإتفاقية الموقعة بين الولايات المتحدة الأمريكية وحكومة(زائير) الكونغو الديمقراطية سنة ١٩٩٧ وعندما حصل نزاع بين حكومة زائير وأحدى الشركات الامريكية تم تطبيق هذه المعاهدة وبالتالي فأن القانون الذي حكم النزاع هو القانون الدولي على اعتبار ان المعاهدات احد مصادره، ويمكن عد إتفاقية الجات والتي تحولت إلى منظمة ذات كيان قانوني دولي ، بإسم منظمة التجارة العالمية من ضمن هذه الإتفاقيات الجماعية حيث تتضمن هذه الإتفاقية نظاماً شاملاً للقواعد التي تحكم العلاقات التجارية الدولية[٥]

---

[١] ينظرد. بشار محمد الأسعد عقود الأستثمار في العلاقات الدولية الخاصة المصدر السابق،ص ١٣٧، ود. حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ، المصدر السابق ،ص ٥٩٧ .

[٢] ينظرد. بشار محمد الأسعد عقود الأستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدرنفسه،ص ١٣٧، كذلك ينظر د. حفيظة السيد حداد ، المصدر نفسه،ص٥٩٧ .

[٣] اتفاقية لاهاي المعقودة سنة ١٩٦٤ بشان البيع الدولي للمنقولات المادية .

[٤] ينظر د. محمد علي جواد ، العقود الدولية ،ط١ ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن ،٢٠١٠ ،ص ٤٢ .

[٥] ينظر د. السيد عبد المنعم المراكبي ، التجارة الدولية وسيادة الدولة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٥ ،ص ٢٠٣ .

وقد انتقد هذا التوجه على أساس أن هذه المعاهدات عند اشارتها إلى اخضاع هكذا عقود إلى القانون الدولي العام فهي تشير إلى هذا القانون ، لكن هل أن النظام القانوني الدولي قادر على أن يحكم هذه العقود ؟ ان القانون الدولي العام لايوجد فيه نظام قانوني خاص لهذه العقود وكذلك نجد أن الكثير من المعاهدات الثنائية تشير إلى أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الداخلي[١].

إن المعاهدات قد تحدد الإطار القانوني لعقود الدولة أكثر مما تحدد نظامها القانوني على نحو يكون من الصعب معه وضع أسس نظام قانوني دولي لهذه العقود[٢] .

[١] ينظرد. . حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية، المصدر السابق ،ص ٦٠٧.

[٢] ينظر د. حفيظة السيد حداد المصدر نفسه ،ص ٦٨٣ ،كذلك ينظر د. سعيد عبد الغفار أمين شكري ، المصدر السابق ،ص٣٧ .

٢-التدويل الضمني :-

ذهب جانب من الفقه إلى أنه من الممكن تدويل عقود الدولة بشكل ضمني وذلك إستناداً إلى وجود بعض الشروط في العقد كشرط الثبات التشريعي أو شرط التحكيم

أ) **شرط الثبات التشريعي :**

قد يتضمن العقد بين الدولة والشخص الأجنبي الخاص بعض الشروط والتي بموجبها تتعهد الدولة المتعاقدة بوصفها سلطة تنفيذية وتشريعية في ذات الوقت بعدم إصدار أي تشريعات جديدة تسري وتؤثر على العقد المبرم مع الطرف الأجنبي الخاص وتسمى هذه الشروط بشروط الثبات التشريعي[١]

تنتج شروط الثبات التشريعي جميع الآثار التي أرادها المتعاقدون مما له أثر كبير على مبدأ سيادة الدولة ، وبالتالي فإن وجود هكذا شروط يؤدي إلى حرمان الدولة من ممارسة سلطاتها التشريعية ، واجراء أي تغيير أو تعديل على القانون الذي يحكم العقد ، وان وجود هذا الشرط يؤدي إلى التدويل الضمني للعقد ، فالقانون الذي يحكم هذه العقود هو القانون الدولي العام ، وليس قانون الدولة المتعاقدة ، وهذا ما ذهبت اليه بعض احكام التحكيم كتحكيم تكساكو الذي ذهب إلى أن مجرد وجود شرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد يؤدي إلى تدويله[٢]

أن هدف شروط الثبات التشريعي ايجاد نوع من التسوية بين امتيازات السيادة التي تتمتع بها الدولة المتعاقد وحاجة الشخص الخاص الطرف في العقد إلى الاستقرار[٣] .

في حين ذهب اتجاه فقهي آخر معارض للإتجاه الأول إلى ان شروط الثبات التشريعي لايمكن ان تقيد سيادة الدولة خارجياً وداخلياً ، فلا يمكن للسلطة التنفيذية ان تغل يد السلطة التشريعية ، وتمنع هذه السلطة من إصدار القوانين الجديدة والتي تخالف القوانين السارية على العقد ، ان حق الدولة في تعديل العقد مصون بموجب قرارات الأمم المتحدة[٤].

ونلاحظ ذلك في القضاء والتحكيم الدولي ففي قضية بين شركة Revers copper وحكومة جامايكا ،حيث التزمت الحكومة بموجب المادة (١٢) من العقد بعدم زيادة الضرائب ، لكن الحكومة بعد ذلك لم تلتزم بشروط العقد ،وعرض الأمر على القضاء وذهبت المحكمة العليا في جامايكا إلى أن نص المادة (١٢) تعتبر باطلة ، لأن الوزراء (الحكومة) لايمكن لهم أن يحدوا من السلطة السيادية التي يتمتع بها البرلمان[٥].

---

[١] ينظر د. هاني محمود حمزة ، المصدر السابق ،ص ٣٥٦ .

[٢] ينظر د. احمد عبد الكريم سلامه ،العقد الدولي ،المصدر السابق،ص٣٢٢ وما بعدها، وينظر د. بشار محمد الاسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المصدر السابق ،ص١٧١ .

[٣] ينظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي ، المصدر السابق ،ص٣٢٢ وما بعدها ،وكذلك ينظر بشار محمد الأسعد ،عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة المصدر السابق ،ص١٧١ ، كذلك ينظر د.حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية ، المصدر السابق ،ص ٦٢٦ وينظر د .سعيد عبد الغفار امين شكري ،العقود الدولية ،المصدر السابق ،ص ١٠٨ .

[٤] ينظر بشار محمد الأسعد ،عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة المصدر نفسه ،ص ١٧٣.

[٥] ينظر د. حفيظة السيد حداد ،العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، المصدر نفسه ،ص ٦٢٧ .

والأمر كذلك في القضية التي عرضت على التحكيم الدولي بين شركة Aminiol والحكومة الكويتية ، حيث قامت الحكومة الكويتية بتأميم الشركة وإنهاء إمتيازها في الكويت ، ورأت الشركة أن القانون الدولي هو الذي يحكم النزاع لوجود شرط الثبات التشريعي ، لكن هيئة التحكيم رأت أن شروط الثبات التشريعي لاتعني تخلي الدولة عن حقها في التأميم ولكنه يجب أن يكون عاملاً يؤخذ به عند تقدير التعويض .ويذهب هذا الإتجاه الفقهي إلى أن شروط الثبات التشريعي تتنافى مع الحقيقة الجوهرية التي كان يعلمها المتعاقد الأجنبي علم اليقين عندما أقدم على التعاقد ،وهي أنه يتعاقد مع دولة ذات سيادة وبالتالي يجب أن يطبق القانون العام في الدولة، وان وجود شرط الثبات التشريعي لايمكن أن يسلب الدولة سيادتها ،وانه لايمكن أن يعمل بهذه الشروط على نحو مطلق حيث أن الأشخاص الأجنبية الخاصة لاتقف على قدم المسأواة مع الدولة ، ومع ذلك ومن أجل ضمان الإستثمار والتطور الإقتصادي ومحأولة جذب الإستثمار يجب أن يصاحب أعطاء الدولة الحق في التعديل والتغيير تعويض الطرف الخاص الأجنبي المتعاقد مع الدولة عن الأضرار التي تصيبه نتيجة هذا التعديل[١] .

ويذهب اصحاب هذا الرأي إلى ان وجود شرط الثبات لايدول العقد بل يبقى العقد إدارياً ذو طبيعة دولية ،فشروط الثبات التشريعي تبقى شروط استثنائية غير مألوفة ، وان كانت تعني ان الإدراة تعاقدت مع الطرف الأجنبي الخاص على قدم المسأواة كما في القانون الخاص ،الا أن ذلك لايؤثر على الطبيعة الإدارية للعقد ، مما يدل على ادارية العقد[٢].

ب – شرط التحكيم والتدويل الضمني :-

السؤال الذي يدق هنا إلى أي حد يمكن اعتبار ان وجود شرط التحكيم في العقد دلالة على تدويله ضمنياً ؟ فطالما ان الكثير من الدول تلجأ إلى التحكيم ، وبقصد تشجيع الإستثمار،وغالبية المستثمرين قد لايقبلوا الخضوع للقضاء الوطني بشأن المنازعات الناشئة عن العقد ، كذلك فإن الدولة من الصعب عليها الخضوع إلى قضاء دولة أخرى نظراً لما يمثله هذا الخضوع من اعتداء على سيادتها ، لأنها تتمتع بالحصانة القضائية أمام محاكم الدول الأخرى لهذه الأسباب برز التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن هذه العقود[٣].

وقد ذهبت بعض احكام هيئات التحكيم إلى ان وجود شرط التحكيم قرينة على تدويل العقد ،فالمحكم في قضية Shappive ضد الحكومة الإيرانية عام ١٩٦٣ إعتبر ان وجود شرط التحكيم يعتبر بمثابة ارادة مفترضة لتدويل العقد كذلك الأمر

---

[١] ينظر مهند مختار نوح ، المصدر السابق،ص ١٤٧ ،كذلك ينظر بشار محمد الأسعد ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ،ص١٧٥ .

[٢] ينظر عصمت عبد الله الشيخ ، العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، المصدر السابق ،ص ١٤٩

[٣] ينظر د. حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية ، المصدر السابق،ص٦٢٠ .

في تحكيم تكساكو ضد الحكومة الليبية حيث أشار المحكم إلى أن وجود شرط التحكيم يفيد الإشارة إلى ضرورة تطبيق القانون الدولي[١].

بيد أنه يلاحظ ان ما ذهب اليه بعض المحكمين في احكامهم التي أصدروها وأشارو فيها إلى ان شرط التحكيم يؤدي إلى تدويل العقد ليس له صدى في الفقه ولا في احكام التحكيم الأخرى ولا حتى في المعاهدات الدولية ، ان وجود شرط التحكيم لايعد قرينة على دولية العقد[٢]، فلفقيه mann الذي اعتبر ان شرط التحكيم يكون سبباً لتدويل العقد عاد وتراجع عن رأيه واكد انه لايمكن استخلاص أي نتيجة تتعلق بالقانون الواجب التطبيق من وجود هذا الشرط ، ومن جهة اخرى فأن معاهة واشنطن لسنة ١٩٦٥ الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار مع الاشخاص الخاصة تعتبر دليلاً كافياً على اعتبار ان وجود شرط التحكيم لايؤدي إلى تدويل العقد حيث ان المادة ٤٢ من هذه الاتفاقية قد قدمت اختيار الاطراف لقانون معين وفي حالة عدم وجود الاختيار يتم الرجوع إلى قانون الدولة المتعاقدة وهذا يعني انه لايمكن تدويل العقد حتى وان وجد شرط التحكيم[٣]

إن التحكيم لايهدد سيادة قانون معين بالذات ، فهو أداة لتسوية النزاع بين عدة قوانين وطنية ، حيث لاتوجد سيادة مطلقة لقانون دولة معينة في مجالات المعاملات الدولية وان التحكيم ينتهي إلى تغليب محكمة دولية معينة[٤]

"تقييم فكرة دولية عقد الامتياز "

بالرغم مما قيل من آراء سابقة حول امكانية تطبيق قواعد القانون الدولي العام على عقود الدولة ، الا أنه يمكن الرد على اصحاب هذا الإتجاه بالقول ان تطبيق القانون الدولي يفتقد للأساس القانوني للأسباب التالية :

١) ان وجود شخص خاص اجنبي في عقود الدولة يجعل من الصعب تطبيق القانون الدولي على هذه العقود لأن اشخاص القانون الدولي هم الدول ، فالعقد هو ليس بمعاهدة[٥]

٢) ان قواعد الإسناد الواجبة الإعمال على عقود الدولة تشير بصفة دائمة إلى اعمال قانون الدولة على اعتبار أنه القانون الواجب الاعمال على العقد ، واشارة محكمة العدل الدولية في قرارها الصادر عام ١٩٢٩ إلى ان كل عقد لايكون بين الدول يجد اساسه في القانون الوطني لدولة ما[٦] .

٣) ان قواعد القانون الدولي هي التي تحدد الاشخاص الخاضعين له ، فهل يمكن اعمال قواعد القانون التجاري على اشخاص لاينطبق عليهم وصف التجار ،فالقاعدة

---

[١] ينظر د. هاني محمود حمزة ، المصدر السابق ،ص ٣٦٥، كذلك ينظر د. حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ، المصدر نفسه ،ص ٦٢٢ ، وكذلك ينظر قرار المحكم (دوبوي)المنشور في مجلة القضاء ، العددان ٣,٤ السنة٣٥ تصدر عن نقابة المحامين العراقيين ص ٣٥٣ .

[٢] ينظر د. حفيظة السيد حداد ، المصدرنفسه ،ص ٦٢٢ .

[٣] ينظر د. هاني محمود حمزه،المصدر السابق،ص٣٦٦ ، وينظر د.حفيظه السيد حداد،العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ،المصدرنفسه ،ص٦٢٤ .

[٤] ينظر عصمت عبد الله الشيخ ، العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، المصدر السابق،ص ١٥٩.

[٥] ينظر بشار محمد الأسعد ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ،ص٢٣٩.

[٦] ينظر سعيد عبد الغفار امين شكري ، المصدر السابق ،ص ١١٧- ١١٨ ، وهاني محمود حمزة المصدر السابق ،ص ٣٧٣ .

القانونية في كل نظام قانوني تميز المخاطبين بها سواء بطريق مباشر أو غير مباشر ، فلا يمكن تطبيق قواعد القانون الدولي لمجرد ان اطراف العقد اتفقوا على تطبيق هذا القانون ،فإرادة الأطراف لاتحدد الإختصاص التشريعي للقانون الدولي[١] .

٤) إن القضاء والتحكيم الدولي لايكرسان تدويل عقود الدولة ، فالقضاء والتحكيم الدوليين أشارا في العديد من الأحكام إلى انه لايمكن تطبيق القانون الدولي العام على هذه العقود ، ففي احد القضايا المتعلقة بالنزاع الناشئ عن عقد استيراد وتشغيل مصنع بين شركة انكليزية وحكومة سلطنة عمان انتهت هيئة التحكيم إلى تطبيق القانون العماني، أيضا في تحكيم أرامكو أكدت هيئة التحكيم ان اتفاقية عام ١٩٣٣ لم تعقد بين دولتين وانما بين دولة وشركة خاصة ، وبالتالي فهي لاتتبع القانون الدولي[٢].

الفرع الثاني / الامتياز من التصرفات الإدارية .

إعتبر جانب كبير من الفقه والتشريع في العديد من الدول ان الامتياز من التصرفات الإدارية على اعتبار ان الإدراة تكون طرفاً فيه ، وهؤلاء ان اتفقوا على ادارية الامتياز إلا انهم اختلفوا فيما بينهم فذهب بعضهم إلى انه عمل اداري يتم بالإرادة المنفردة ، والبعض قال بانه عقد اداري ، لذا سنبحث أولاً الطبيعة الإدارية للإمتياز ثم نبين معايير ادارية العقد ومن ثم نتطرق إلى عقود الامتياز ذات العنصر الأجنبي وكالآتي :

المقصد الأول :النظريات التي طرحت بشأن الطبيعة الإدارية للعقد :-

كما أوضحنا سابقاً فان الرأي الغالب ذهب إلى عد الامتياز من التصرفات الإدارية ، وبالتالي استبعاد كونه من عقود القانون الخاص وقيلت عدة نظريات حول الطبيعة الإدارية للإمتياز فهناك من يرى انه عمل قانوني منفرد ، في حين يرى اخرون انه ذا طبيعة عقدية ولائحية في الوقت نفسه ، وسنبين هذه النظريات وكالآتي :

أولاً : النظرية الألمانية .

تقوم هذه النظرية على اساس ان الامتياز هو تصرف قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة مانحة الامتياز ، ويرى أصحاب هذه النظرية ان حقوق صاحب الامتياز (الملتزم) لايمكن ان تستمد من عقد يربطه بجهة الإدراة بل نتيجة العمل القانوني المنفرد الصادر من الإدراة ، وان هذا العمل له نفس طبيعة القرار الإداري[٣] . فالإدراة هي التي تضع شروط الإلتزام اللوائح التنظيمية للمرفق العام وتقرر الأسعار ، وصاحب الامتياز لايملك إلا القبول والخضوع لإدارة السلطة مانحة الامتياز ،وتستطيع الإدراة أن تعدل وتغير من شروط الامتياز وبارادتها المنفردة ، غير ان هذه النظرية تعرضت للنقد ، حيث انها وان كانت تحقق المصلحة

---

[١] ينظر د. حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ، المصدر السابق ،ص ٦٩٦ .

[٢] ينظر هاني محمود حمزة ، المصدر نفسه ،ص٣٧٤ ، و د. حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية، المصدرالسابق ،ص ٧١٦.

[٣] ينظر د. فاروق احمد خماس وآخرون ، الوجيز في نظرية العقد الإداري ، المصدر السابق ،ص٥٢ ، وعلي خطار شنطأوي ، المصدر السابق ،ص

العامة فهي تحققها من الناحية النظرية لأنها ابعدت ارادة الملتزم مع ان لهذه الإرادة الدور المهم في تكوين العقد[1] . ونتيجةً لذلك هجرت هذه النظرية .

[1] ينظر د. مهند مختار نوح، المصدر السابق ،ص٢٠٤ ، ود. عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،ص٧٧ .

ثانياً : الطبيعة المزدوجة :

تقوم هذه النظرية على اعتبار ان للإمتياز مظهرين مظهر تنظيمي ومظهر تعاقدي ، فهو عمل قانوني مركب، ففكرة ان الامتياز يتطلب وجود عناصر تنظيمية أدت إلى ظهور هذه النظرية ، فالطبيعة التعاقدية للإمتياز تظهر من خلال العلاقة بين صاحب الامتياز والإدراة مانحة الامتياز، وهي علاقة تعاقدية بحته في حين ان المظهر التنظيمي أو الشروط اللائحية تظهر في العلاقة بين المنتفعين والمرفق العام حيث ان الامتياز يصبح قرار تنظيمي تجاه المنتفعين وهذه الشروط غالباً ما تتعلق بتشغيل المرفق[١]

ويقول الأستاذ هوريو ان عقد الامتياز يقوم على الجمع والتعأون بين الفرد صاحب الامتياز وبين مانح الامتياز أي الإدراة ، وينتج عن ذلك انه يجب التوفيق بين مقتضيات سير المرفق العام وحقوق صاحب الامتياز ويكون ذلك عن طريق وجود الشروط التنظيمية المتعلقة بتشغيل المرفق العام وعن طريق العقد بين الإدراة وبين صاحب الامتياز وهذا يعني ان للإمتياز طبيعة مزدوجة[٢].

هذه النظرية لم تسلم من النقد ايضاً ،حيث ان القول بان العلاقة بين صاحب الامتياز والإدراة هي علاقة تعاقدية بحته يؤدي ذلك إلى عدم امكانية الإدراة من تعديل القواعد المتعلقة بتسيير المرفق العام الا باتفاق الطرفين ، وان هذه النظرية لاتختلف عن النظرية التعاقدية إلا من خلال تكييف العلاقة بين المرفق العام والمنتفعين، حيث ان سريان اثار العقد تجاه المنتفعين يكون عن طريق الشروط التنظيمية وليس على اساس الإشتراط لمصلحة الغير .

ثالثاً : الطبيعة المختلطة :-

تعد هذه النظرية الأكثر قبولاً في تأكيد الصفة الإدارية للإمتياز فحسب هذه النظرية، فان عقد الامتياز يحتوي على شروط تعاقدية في جزء منه وأخرى نظامية أي لائحية[٣] ، وان التمييز يكون حسب بنود دفتر الشروط واتفاقية الامتياز أذ ان دفتر الشروط يحتوي على بنود تتعلق بتشغيل المرفق العام وتنظيمه وهذه تكون ذات طبيعة تنظيمية تجاه صاحب الامتياز وتجاه المستفيدين ، كذلك يحتوي دفتر الشروط على بنود اخرى تتعلق ببعض المزايا التي يحصل عليها صاحب الامتياز كالحقوق المالية والتي تكون السبب الدافع إلى التعاقد وهذه تكون ذات طبيعة تعاقدية[٤] .

---

[١] ينظر د. مهند مختار نوح، المصدر السابق ،ص٢٠٧ ، وكذلك غسان رباح ، المصدر السابق ،ص١١٦ .

[٢] الفقيه هوريو ، اشار اليه مروان محي الدين القطب ، المصدر السابق ،ص٩٢ .

[3] Andre delaubadere , droit administrative , librairie geneeale de droit et jurisprudence , paris ,1967 . p . 560 .

[٤] ينظر د. غسان رباح، المصدر السابق ،ص ١١٩ ، كذلك ينظر د. جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ،ص ١٣ ،ود. اكرم فاضل سعيد قصير ،دور قانون الاستثمار في جذب الاستثمارات الاجنبية في العراق ،بحث منشور في مجلة الحقوق ،كلية القانون –الجامعة المستنصرية ، العدد ١٠ لسنة ٢٠١٠ ، ص١٠٧ ، ود. طارق المجذوب ، في تعليقه على قرار مجلس شورى لبنان رقم ٦٣٨ ، مجلة الدراسات القانونية ، العدد الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،٢٠٠٣ ،ص٢٢٢ .

ويذهب الأستاذ الطمأوي إلى القول بان عقد الامتياز يحتوي على شروط تعاقدية تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهي لاتتعلق بتنظيم المرفق ويمكن الاستغناء عنها لو أن الإدراة استغلت المرفق بنفسها، وشروط لائحية وهي تتعلق بتنظيم المرفق وكيفية تقديم واداء الخدمة إلى المنتفعين،وتستطيع الإدراة تعديلها بارادتها وفي كل وقت وذلك حسب احتياجات المرفق[١].

وهذا ما اكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحد احكامها بقولها (ومن حيث ان المسلم به فقهاً وقضاءً ان شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية ...)[٢].

ويمكن التمييز بين الشروط التعاقدية والشروط اللائحية ، ويكون الأمر اكثر سهولة اذا كانت الشروط التعاقدية قليلة العدد فهي تقتصر على الضمانات المالية المقدمة إلى صاحب الامتياز أو ضمانات أخرى كامتياز الحصر أو الإحتكار الذي يعطيه مانح الامتياز إلى صاحب الامتياز أو الشروط المتعلقة بالتوازن المالي ، واحياناً تقتصر الضمانات على مدة الامتياز حيث تكون هذه المدة ضماناً معترف به لصاحب الامتياز ،أما الشروط اللائحية فهي تلك التي تتعلق بتنظيم تشغيل المرفق والشروط الخاصة بالرسوم وإن حصل خلاف حول الشروط الخاصة بالرسوم إلا إن ما أستقر عليه الأمر إن هذه الشروط هي شروط لائحية[٣].

والملاحظ هنا انه ليست طبيعة العقد هي مختلطة فالعقد يبقى عقداً ادارياً ، بل ان حالة صاحب الامتياز هي حالة نصف عقدية ونصف تنظيمية،وهذه النظرية توفق بين مصلحتين ، مصلحة صاحب الامتياز بالحصول على المقابل المالي ، ومصلحة الإدراة في تحقيق الاهداف التي تصبوا اليها عن طريق ادارة المرافق العامة[٤].

ويتجلى من هذه النظرية انها تركب البنية الهيكلية للإمتياز من نوعين من العناصر عناصر عقدية واخرى تنظيمية ، عكس نظرية الطبيعة المزدوجة ، فالطبيعة المركبة تظهر حسب نوع الشروط ، فالشروط المتعلقة بتنظيم المرفق هي شروط لائحية سواء كانت بمواجهة صاحب الامتياز أو المنتفعين،أما الشروط الأخرى والتي تتعلق بالمميزات المالية التي يحصل عليها صاحب الامتياز فهي ذات طبيعة تعاقدية وهي لا تعني المنتفعين بشيء.

المقصد الثاني / معايير إدارية عقد الامتياز .

من المستقر عليه في الفقه ةالقضاء الإداري وجوب توفر شروط العقد الإداري كي يتسنى إطلاق صفة العقد الإداري على أي عقد ، وتتلخص الشروط هذه بوجود الإدراة طرفاً في العقد واتصاله بالمرفق العام ، وأن تأخذ الإدراة بأساليب القانون العام[٥] ، وجميع هذه الشروط متوفرة في عقد الامتياز وسنتناول ذلك وكالآتي:-

---

[١] ينظر د. سليمان الطمأوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ،ص ٩٨ .

[٢] ينظر قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر رقم ١١٠ السنة ١٣ الصادرة في ١٩٧٧/١٢/٣٠ أشار اليه د. سليمان الطمأوي ، المصدر نفسه ،ص ٩٨ .

[3] Andre delaubadere , droit administrative , librairie generale de droit et jurisprudence , paris , 1967 . p . 561 .

[٤] ينظر د. محمد مختار نوح،المصدر السابق ،ص ٢٠٩ ،كذلك ينظر د. غسان رباح ،المصدر السابق ،ص ١١٠

[٥] ينظرد. حامد سلطان ،خصائص العقد الاداري ، مجلة القضاء، العدد الثالث،١٩٧٦ ،ص٩٩- ١٠٠ ،

أولاً : أن تكون الإدراة طرفاً في العقد :-

يعتبر هذا الشرط من أهم شروط العقد الإداري ، وان العقود الإدارية ماهي إلا طائفة من عقود الإدراة ، فلكي يعتبر العقد إدارياً لابد أن يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً ، وبخلاف ذلك فإن العقد لايعد إدارياً، وأن وجود الإدراة طرفا في العقد لايضفي على العقد الصفة الإدارية إذا لم تتوفر شروط العقد الأخرى[١] .

ويقول الدكتور شاب توما منصور بأن كل عقد تبرمه الإدراة يعد عقداً إدارياً مالم يثبت العكس ، لأن الإدراة تخضع في علاقاتها مع الأفراد لأحكام القانون العام حيث ان وجود الدولة أساسه المصلحة العامة ودائماً تتدخل الدولة لتحقيق هذه المصلحة وهكذا فإن جميع عقود الدولة هي عقود إدارية بطبيعتها مالم يثبت العكس[٢].

وقد أكد القضاء الاداري هذا الشرط في العديد من الأحكام فقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر في أحد أحكامها إلى(يتعين لأعتبار العقد عقداً أدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ، يتعاقد بوصفه سلطةعامة ...)[٣]

وما تقدم ينطبق على عقد الامتياز فأحد أطرافه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة ، ويلاحظ في عقود الإستثمار الحديثة دائماً نجد الدولة طرفاً سواء تدخلت بصورة مباشرة بقيام من يمثلها كرئيس الدولة أو من يخوله بالتوقيع على العقد ،أو بصورة غير مباشرة عن طريق قيام أحد الأجهزة أو الهيئات العامة في الدولة بإبرام العقد[٤].

فقد أعطى قانون الإستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة٢٠٠٦ هيئة الإستثمار الوطنية وهي شخص معنوي عام الحق في منح اجازات الاستثمار ، كما خول هيئات الإستثمار المحلية في الأقاليم والمحافظات هذا الحق[٥].

ثانياً: إتصال العقد بالمرفق العام :-

لايمكن أن نصف عقد بأنه إداري لأن الإدراة أحد أطرافه حيث أن الإدراة كما تبرم عقوداً إدارية تبرم عقوداً مدنية وحسب مصلحتها ولعد العقد إدارياً لابد من توافر شروط أخرى ومنها إتصاله بالمرفق العام[٦].

---

(1) De Lanbader, Traite elemetaive de droit administatif 1974, p.33

نقلاً عن د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية .

[٢] ينظر د. شاب توما منصور ، المصدر السابق ،ص ٤١٣ .

[٣] ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم ٧ لسنة ١ق تنازع،في ١٩٨٠/١/١٩، المجموعة،ص٢٤٤

[٤] ينظر بشار محمد الأسعد ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ،ص ٢١١ ، وينظر د. طارق بن طلال البوسعيدي ، الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والأستثمار التي تبرمها الدولة وفقاً لنظام bot ،بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ،الدد السادس والثلاثون ،٢٠٠٨ ،ص٥٩ .

[٥] ينظر المادة الرابعة من قانون الإستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦،كما نصت المادة السلبعة فقرةج من هذا القانون على (على الهيئة البت في طلبات اجازة الاستثمار في مدة لاتتجأوز ٤٥ يوماً من تأريخ تقديم الطلب).

[٦] ينظر د. محمود خلف الجبوري ،العقود الإدارية ، ط١ ، دار الثقافة ، عمان- الأردن ،٢٠١٠، ٤٣، وكذلك ينظر عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،٢٠٠٧ ، ص ٢٤.

فقد إستقر القضاء الإداري سواءً في فرنسا أو مصر والعراق على ضرورة أن يتصل العقد بالمرفق العام ، وهذا ما ذهبت اليه محكمة القضاء الإداري في مصر في احد احكامها اذ قالت (إنه ليس بكاف أبداً مجرد أن يكون أحد طرفي التصرف شخصاً إدارياً عاماً للقول بأن هذا التصرف إنما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام وتختص بالفصل في منازعاته هذه المحكمة فالشخص الإداري العام قد يبرم عقداً مدنياً شأنه في ذلك كشأن الفرد الخاص سواءً بسواء، وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع معين مناطه إحتياجات المرفق العام ...)[١] .أما محكمة التمييز العراقية فذهبت في أحكامها إلى ضرورة إتصال العقد بالمرفق العام وفي حكمها الصادر في ١٩٦٦/٧/٢٨ تقول (تبين أن العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري لأنه يستهدف إدارة مرفق عام من مرافق الدولة يحتوي على شروط غير مألوفة وتجري فيه الحكومة على أسلوب القانون العام...)[٢].

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في سوريا إلى ان(خصائص العقد الاداري هي ان تكون الإدراة طرفاً في العقد وان يتصل بمرفق عام وان يؤخذ في العقد بوسائل القانون العام)[٣]

إن إتصال العقد بالمرفق العام قد يأخذ عدة صور فقد يتعلق الأمر بتنظيم المرفق العام أو إستغلاله أو إدارته أو المساهمة فيه أو إنشاؤه وإن عقد الامتياز يتعلق بتنظيم وإدارة المرفق أو إنشاء هذا المرفق مثل عقد إمتياز المرافق العامة أو عقد إمتياز الأشغال العامة[٤] .

وإن الإتصال بالمرفق العام يجب أن يكون جوهرياً ووثيق الصلة بهذا المرفق حتى يعد العقد إدارياً، وهذا ما ذهب اليه القضاء الفرنسي، ففي فرنسا إذا كان إتصال العقد بالمرفق العام جوهرياً فإن ذلك وحده يكفي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد ، أما إذا لم يكن إتصال العقد بالمرفق العام وثيق الصلة وجوهري فإنه يحتاج للشروط الإستثنائية حتى يمكن أن يوصف العقد بأنه إدارياً[٥].

ويلاحظ إن عقد الاستثمار التي تكون الدولة طرفاً فيها وعقود التنمية بصفة عامة ومنها عقود الامتياز تستهدف إنشاء أو تسير مرافق عامة في نظر الدولة وأن كان المستثمر دائماً يستهدف تحقيق الربح ، والدولة في هذه العقود تحتفظ بكافة سلطاتها على المرفق كالرقابة و الإشراف ، والحق في مراجعة العقد وتعديله، وحقها

---

[١] ينظر حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة ١٩٦٠/١٠/١٣ مجموعة السنة ٣٥ ، أشار إليها عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ،ص ٢٣ .

[٢] ينظر حكم محكمة التمييز العراقية، رقم القضية ١٥٨/ح/١٩٦٦ منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ،العدد الثاني، سنة ١٩٦٦ ،ص ٢٠٨ .

[٣] ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا رقم (ع ١٢٤٧/٢٠٨٣/١٩٩١) اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في اربعين عاماً ١٩٥٩-٢٠٠٠ ،للمحامي مصباح نوري المهايني، مؤسسة النوري ،دمشق-سوريا ،٢٠٠٥ ،ص١٣ .

[٤] ينظر د. محمود خلف الجبوري ، المصدر السابق ،ص ٤٢، كذلك ينظر سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق ،ص ٧٤ .

[٥]ينظر د. دأود عبد الرزاق الباز ،عقد المعاونة في تسيير المرافق العامة-دراسة مقارنة تأصيلية لاراء الفقه واحكام القضاء ،دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية- مصر ،ط١ ، ٢٠٠٦ ،ص٥٥ ، وينظر د. هاني محمود حمزة ، المصدر السابق ،ص ٢٣-٢٤ .

في التأميم وخاصة في عقود استغلال الموارد ولهذا فإن هذه العقود تعد من العقود الإدارية[١].

ثالثاً:- إن تأخذ الإدراة بأساليب القانون العام .

لا يكفي أن تكون الإدراة طرفاً في العقد وإن يتصل العقد بالمرفق العام كي يوصف بأنه عقد إداري ، بل لابد من ان تستعمل الإدراة أساليب القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص أي الشروط التي لانجدها بصورة طبيعية في العقود ما بين الاشخص العاديين[٢] ، حيث إن وجود هذه الشروط هو الذي يكشف عن نية الإدراة للأخذ بأساليب القانون العام، مستخدمةً الحقوق المقررة لها بوصفها سلطة عامة ومن هذه الشروط حق الإدراة في فسخ العقد دون حاجة للجوء إلى القضاء في حالة إخلال المتعاقد معها بأي شرط من شروط العقد أو تلك الشروط التي تعطي أو تحمل احد الطرفين التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك المتعارف عليهافي نطاق القانون الخاص[٣] .

وتجد الشروط الاستثنائية حيزاً لها في عقود الامتياز فغالباً ما تتضمن هذه العقود شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، مثل المزايا التي تقرر للمستثمر الأجنبي كالاعفاءات من الضرائب والرسوم الكمركيه ، ومنح المستثمر الأرض اللازمة لإقامة المشروع ، أيضا هناك مبادئ في هذه العقود لاتقرها قواعد القانون الخاص مثل مفهوم السلطة التنظيمية، والقوة القاهرة وعدم التوقع والتي تستوجب إعادة التوازن المالي إلى العقد عند اختلاله [٤]. وإن كان من الملاحظ ان الدولة تتجه في بعض الاحيان إلى التنازل عن بعض الحقوق المقررة لها لغرض تشجيع الاستثمار إلا إن ذلك لا يعني إن هذه العقود لاتعد إدارية ، فهي عقوداً إدارية وإن نية الإدراة هي التي تحدد طبيعة العقد فليس هناك ما يمنع الإدراة من اللجوء إلى إبرام عقد من عقود القانون الخاص[٥] .

المقصد الثالث : إدارية عقود الامتياز ذات العنصر الأجنبي .

لاشك ان عقد الامتياز من العقود الإدارية بيد ان السؤال الذي يثور هل يؤثر وجود الطرف الاجنبي المتعاقد مع الإدراة على وصف العقد الاداري ؟ فيوجد من لم يعده عقداً إدارياً في حين اتجه اغلب الفقه والقضاء إلى اعتبار العقد إدارياً وسنبحث هذا الموضوع ونبين موقف الفقه والقضاء على النحو الاتي .

أولاً :- موقف الفقه.

---

[١] ينظر د. بشار محمد الاسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ،ص ٢١١.

[2] Andre de, laubadere: manuel de droit administrative , paris, libaire generale de droit et de jurisprudence , 1969 , p. 192 .

[٣] ينظر د. محمود خلف الجبوري ،العقود الإدارية ، المصدر السابق ،ص ٤٥، ود. سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية، المصدر السابق ،ص ١٥-١٦، وينظر محمد عبدالله الدليمي ،سلطة الإدراة في انهاء عقودها الإدارية ،رسالة ماجستير ،كلية القانون-جامعة بغداد، ١٩٨٣ ،ص١٨ وما بعدها.

[٤] ينظر د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ،ص ٢١٢ .

[٥] ينظر د. محمود عاطف ألبنا ، العقود الإدارية ،المصدر السابق ،ص ٨٠ .

ذهب جانب كبير من الفقه إلى إن عقود الامتياز التي تبرمها الدولة مع طرف خاص أجنبي هي عقود إدارية لكونها مستجمعة لشروط العقد الإداري وأستند هذا التوجه إلى المعايير الاتية:-

١- أن فكره السيادة التي تتمتع بها الدولة في علاقاتها مع الدول الأخرى تكون مبنية على المسأواة .لكن عند دخول الدولة في علاقة مع شخص خاص سواء كان اجنبياً أو وطنياً فإنها لا تخضع لقانون آخر غير قانونها،ولايمكن استبعاد فكرة السيادة تحت ستار تطبيق قواعد التجارة الدولية،وان السلطة اذا ما استخدمت سلطتها في الرقابة فيكون ذلك خاضع لرقابة القضاء وبالتالي فلا مجال للقول بأن استخدام السلطة لهذه الامتيازات لايتلازم مع طبيعة العقد[١]. ويدعم هذا ألاتجاه قرارات ألأمم المتحدة الخاصة بسيادة الدول ، ومنها القرار رقم ٣٢٨١ الصادر في ١٩٧٤/١٢/١٢ والمسمى ميثاق الحقوق و الواجبات الاقتصادية للدول ، والذي أقر السيادة الكاملة للدولة على ثرواتها الطبيعية وأعطاها الحق في تأميم الممتلكات الأجنبية مقابل تعويض مناسب .

٢-أن إنشاء وتنظيم المرافق العامة من صميم اعمال الدولة ، وإن الدول تستطيع تكليف شخص آخر بإدارتها مع خضوعه لقانونها الداخلي.

٣-إن الدولة قد تدخل في علاقة تجارية دولية وهي ليس بالضرورة ان تتصرف كتاجر تستهدف تحقيق الأرباح ، فالدولة لا تستهدف إلا تحقيق المنافع والمصالح العامة فهي اذا ما تعاقدت مع شركة أجنبية لأنشاء وإستثمار مرفق عام فهي تستهدف تحقيق خدمة عامة .

٤-ان وجود شرط التحكيم في هذه العقود لاينفي عنها الصفة الإدارية ،لان جواز التحكيم ما كان ليتم لولا ارادة المشرع وبالتالي تبقى الدولة محتفظة بسيادتها على اعتبار ان هذا الشرط جاء بأرادتها[٢]

ويرى الأستاذ eze (أن العقد المبرم بين الدولة وشخص خاص أجنبي يعتبر من عقود القانون العام الخاضع ليس لقواعد القانون الخاص بل لقواعد القانون العام)[٣]

ان نظرية العقود الإدارية يمكن تطبيقها على عقود الدولة ذات العنصر الأجنبي فإن هذه العقود تحمل كافة خصائص العقد الإداري ، والدولة في هذه العقود تستطيع ان تستعمل كافة السلطات التي تتمتع بها في العقود الإدارية[٤] .

ويرى الأستاذ (Berahd Audit) إن هذه العقود هي عقوداً إدارية ، ويعتبر ان هذه العقود لايمكن تطبيقها فقط في الدول النامية بل يمكن تطبيقها حتى في الدول

---

[١] ينظر د.وليد حيدر جابر ، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة،المصدر السابق ،ص٦١٠ .

[٢] ينظرد. عصمت عبدالله الشيخ ،التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي،المصدر السابق،ص١٠٧ .

[3] Jese .Lagarantic des emprunts public d'Etat . Recupil coursed la Hay 1925 .p155
نقلاً عن وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة ، المصدر السابق ،ص ٥٩٨ ..

[٤] ينظر د.حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية ، المصدر السابق ،ص ٤٦٢ .

الأكثر تطوراً لكن بشرط المحافظة على المصلحة العامة وعلى مصلحة الطرف الأجنبي[١].

وذهب قسم من الفقهاء إلى إطلاق إسم العقد الإداري الدولي على هذه العقود في حين يسميها قسم آخر من الفقهاء بالعقد الإداري ذو الطبيعة الدولية ، فالعلاقة التي ينظمها العقد الإداري ذا الطبيعة الدولية هي ليست من علاقات القانون الخاص والتي تكون محوراً لتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص وإنما هي من علاقات القانون العام ،فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الداخلي بالرغم من تطرق الصفة الأجنبية إلى أحد عناصر العقد القانوني[٢]،فالعقد الاداري الدولي لايمكن ان يرى النور الا من عن طريق القضاء الاداري ذاته الذي من الممكن ان يطبق المقاييس التقليدية للعقد الاداري الداخلي على عقود تتضمن عناصر خارجية لنظام القانون الداخلي[٣] .

ثانياً: موقف القضاء والتحكيم :

في عدة قضايا عرضت على القضاء كان موقف القضاء واضحاً وعد هذه العقود عقوداً إدارية ، حيث كيف القضاء هذه العقود المتعلقة بانتقال القيم عبر الحدود بأنها عقوداً إدارية، فقد قضت المحكمة التشيكسلوفاكية بشأن النزاع بين شركة أمريكية والحكومة التشيكسلوفاكية ، حيث كانت الشركة مكلفة بانشاء واستغلال مرفق الإتصالات، ورأت هذه المحكمة أن النزاع يخضع للقانون العام وليس للقانون المدني ، حيث ان هذا العقد هو عقد إداري، كما انه في القضيةالمعروفة بقضية (جيب بشارة) كيف مجلس الدولة الفرنسي العقد المبرم بين بشارة والحكومة الفرنسية والخاص بتوريد أكياس بريدية إلى الجيش الفرنسي في لبنان بأنه عقد إداري يختص القانون الفرنسي بالفصل في منازعاته وتحديد آثاره لاتصال هذا العقد بالمصلحة العامة[٤].

ويلاحظ ان القضاء المصري اعتبر هذه العقود عقوداً إدارية ففي قضية (كرومالوي) (Chromollay) وهي تتعلق بعقد أُبرم بين هيئة التسليح في وزارة الدفاع المصرية وشركة كرومالوي الأمريكية ، فالشركة لم تف بالتزاماتها ، فقام الجانب المصري بالغاء العقد، وحين عرض الموضوع على التحكيم في مصر قررت هيئة التحكيم ان إنهاء الجانب المصري للعقد غير قانوني وألزمت هيئة التحكيم الجانب المصري بدفع تعويض إلى الشركة الأمركية . لكن الحكومة المصرية لجأت إلى القضاء المصري، وقضت محكمة إستئناف القاهرة بشأن ذلك بإبطال حكم التحكيم واستندت المحكمة إلى المادة (٥٢) فقرة (د) من قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤ –ورأت المحكمة ان القانون الواجب التطبيق هو القانون

---

[١] ينظر محاضرات Berahd Audit في لاهاي ، أشارت اليه د.حفيظة السيد حداد ، المصدر نفسه ،ص ٤٦٣

[٢] ينظر د.عصمت عبد الله الشيخ ،التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، المصدر السابق،ص ١٠٧ - ١٠٨ .

[٣] ينظرد. عبد الحميد الاحدب ، وجهت نظر حول أحكام مجلس شورى الدولة اللبناني ،مجلة الدراسات القانونية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،العدد الأول ،بيروت –لبنان ،٢٠٠٣،ص١٤٢ .

[٤] ينظرد.حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ، المصدر السابق ،ص ٦٧ .

المصـري ،وان هـذا العقـد هـو عقـد إداري لأنــه مبـرم مـع مرفـق عـام وان الإدراة أظهرت نيتها للأخذ بأساليب القانون العام[١] .

وكان لهيئات التحكيم دوراً كبيراً في تكييف هذه العقود على انها عقوداً ادارية ،فمن القضايا التي عرضت على التحكيم قضية شركة السكك الحديدية ضد حكومة اثيوبيا ، حيث قررت هيئة التحكيم ان هذا العقد هو عقد امتياز لإتصاله بالمرفق العام فالقانون الذي يحكمه هو القانون الإداري في اثيوبيا وهي الدولة مانحة الامتياز، ونظراً لأن اثيوبيا لاتعرف القانون الإداري فقد لجأت هيئة التحكيم إلى تطبيق القوانين الأوربية والتي تتعلق بامتياز المرفق العام[٢] .كما قررت هيئة التحكيم في قضية أرامكو[٣] ان القانون الواجب التطبيق هو القانون وبما ان القانون السعودي لايتضمن المبادئ الخاصة بالامتيازات التعدينية لجأت هيئة التحكيم إلى العرف الدولي لتكملة القانون السعودي[٤].

" الخلاصة "

ومما تقدم يتجلى لنا أن عقود الامتياز هي عقود إدارية تخضع لقواعد القانون العام وان كان المتعاقد مع الإدراة شخصاً خاصاً أجنبياً ، ورغم الآراء التي حأولت اخراج هذه العقود من طائفة العقود الإدارية ، إلا أن هذا العقد يبقى عقداً إدارياً ، حيث ان كافة شروط العقد الإداري متوفرة فيه من حيث كون الإدراة طرفاً فيه واتصال العقد بالمرفق العام وتضمين العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة في إطار القانون الخاص وان بعض الفقه اطلق علية اسم العقد الاداري ذو الطبيعة الدولية ، ورغم أن الإدراة تتعاقد بصفتها سلطة عامة وهنا تكون عقودها ادارية تخضع للقانون العام ، لكن لايوجد ما يمنع من تعاقد الإدراة باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الخاص وفي هذه الحالة فان عقودها تخضع لقواعد القانون الخاص .

وعقود الامتياز تبقى إدارية لإرتباطها بالتنمية الإقتصادية وتطوير اقتصاد الدول المضيفة للإستثمار ، وقد تتنازل الدولة عن بعض حقوقها بهدف جذب المستثمرين وقد تتضمن هذه العقود بعض الشروط التي تجعل المتعاقد في بعض الأحيان في مستوى أعلى من مستوى الإدراة إلا أن ذلك لايؤثر على طبيعة العقد الإدارية لان ذلك تم بارادة الدولة، إلا ان هذه العقود قد تتضمن شروطاً تجعل العقد يخضع لقانون آخر غير قانون الدولة المتعاقدة ، وهنا تخرج عن طائفة العقود

---

[١] ينظر د. بشار محمد الاسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ،ص ٢١٦.

[٢] ينظر محمود عاطف البنا : العقود الإدارية، المصدر السابق ،ص ٦٧ .

[٣] منحت السعودية امتيازاً نفطياً ضخماً يغطي اجزاء كبيرة من المنطقة الشرقية منها إلى شركة ستاندارأويل أوف كاليفورنيا سنة١٩٣٣ ،وبعد ذلك اشركت هذه الشركة معها ثلاث شركات امريكية هي تكساكو-ستاندارأويل أوف نيوجرسي –موبيل ، وكونت هذه الشركات فيما بينها شركة ارامكو سنة ١٩٣٤ .

[٤] ينظرد. محمود عاطف البنا ،المصدر السابق ،ص٦٧ .

الإدارية ، ويلاحظ ان الدولة لها الدور الكبير في إخضاع هذه العقود لقانونها العام وجعلها من طائفة العقود الإدارية لغرض المحافظة على ثرواتها واقتصادها .

كما أن هناك من حأول اخراج عقد الامتيازمن طائفة العقود الإدارية بحجة وجود شرط التحكيم لكننا نكون إلى جانب الرأي القائل بأن وجود شرط التحكيم لايخرج عقود الدولة بصفة عامة ، ومنها الامتياز من طائفةالعقود الإدارية ، وان المشرع في الكثير من الدول بدأ يشير صراحةً إلى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود .

المبحث الثانـي

أنواع عقود الامتياز

عقود الامتياز متنوعة حسب الغرض من هذه الامتيازات ، فقد يراد بها إدارة مرفق عام من مرافق الدولة أو إنشاء وترميم هذه المرافق وقد يتعلق العقد باستغلال مورد من موارد الثروات الطبيعي ورغم تعدد الامتيازات سنحأول التركيز على العقود التي تساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية ونبحث في المطلب الأول امتياز المرافق العامة وامتياز الاشغال العامة فيما نخصص المطلب الثاني لدراسة امتياز استغلال الموارد الطبيعية والمطلب الثالث ندرس فيه عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (bot) .

المطلب الأول

إمتياز المرافق العامة وامتياز الأشغال العامة

لاشك ان امتيازات المرافق العامة وامتيازات الأشغال العامة من أقدم أنواع عقود الامتياز ، وبناءً عليه سنركز البحث على مفهوم هذه العقود وذلك في الفرعين الاتيين :

الفرع الأول / إمتياز المرافق العامة

طبق النظام القانوني لعقد الامتياز في الأصل على امتياز المرفق العام كوسيلة لإدارة هذه المرافق وكرس ذلك القضاء الاداري[1] ، لذا لابد من التطرق لهذا العقد وتعريفه وبيان المقصود بالمرفق العام وعلى النحو الآتي :.

المقصد الأول / تعريف المرفق العام .

إن مفهوم المرفق العام يعتبر من المفاهيم المتطورة والغامضة في القانون الإداري فقد مر بمراحل متعددة ومازال يواجه مشاكل تتعلق بتعريفه ، حيث استعمل الفقه والقضاء الإداري مفاهيم مختلفة لتعريف المرفق العام ، فهناك من استعمل

---

[1] حيث ذهبت محكمة القضاء الاداري المصرية في قرارها المرقم ١٣٦ – ٨ق –في ١٩٥٦/٣/٢٥ إلى(ان التزام المرافق العامة ليس الا عقداً ادارياً يتعهد أحد الافراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية ، بتكليف من الدولة أو أحدى وحداتها الإدارية ، وطبقاً للشروط التي توضع له ، بأداء خدمة عامة للجمهور) ، أشار اليه د. عبد الحميد الشواربي ، المصدر السابق ،ص١٢١ .

المفهوم العضوى الشكلي ، وهناك من استعمل المفهوم المادي (الموضوعي)[١] .

المرفق العام على وفق المفهوم الموضوعي يراد به النشاط الذي تقوم به الدولة أو إحدى هيئاتها العامة وتتجه إلى تلبية الحاجات العامة وتحقيق المصالح العامة أو هو كل نشاط لجماعة عامة تهدف إلى أشباع حاجات ذات منفعة عامة[٢].

أما المعنى العضوي للمرفق العام فيراد به الجهاز أو الهيئة الذي يرتبط بالإدراة إرتباطاً عضوياً ويقوم بمزأولة النشاط الذي يتجه لتلبية الحاجات العامة وتحقيق النفع العام[٣].

وحسب المدلول العضوي يعرفه العميد هوريو بأنه (منظمة أو هيئة تضم مجموعة من العناصر البشرية والمادية والمالية والقانونية)[٤].

أما الإتجاهات الحديثة في تعريف المرفق العام فاتجهت نحو التركيز على الناحية المادية (الموضوعية) للمرفق العام ، حيث ركزت على الغاية والهدف من وراء هذا النشاط ، ففي أحكام حديثة لمجلس الدولة الفرنسي اتضح ان استهداف المصلحة العامة يعد المعيار الوحيد في تكييف النشاط المرفقي ،وان مجلس الدولة الفرنسي اعترف بقبول مساهمة الأفراد والهيئات الخاصة في القيام بأنشطة تستهدف تحقيق الصالح العام ، واعتبر ذلك من أعمال المرفق العام ، فالمرفق العام يستهدف تحقيق الصالح العام بغض النظر عن الأساليب المستخدمة في نشاط هذا المرفق والجهة التي تقوم به[٥].

ويركز الأستاذ (Chapus) على الجانب المادي في تعريف المرفق العام فيعرفه بأنه ((نشاط يقوم به أو يؤمنه شخصاً عاماً لمصلحة عامة))[٦].

أما في العراق فالتركيز أيضا جرى على الجانب الموضوعي في تعريف المرفق العام فعرفه قسم من الفقهاء بأنهة نشاط تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى ، كالمحافظة أو البلدية أو المؤسسة العامة أو تعهد به للآخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة ،ولكن تحت إشرافها ومراقبتها لإشباع حاجات عامة لتحقيق الصالح العام[٧] .

---

[١] ينظر د. ابراهيم طه الفياض ، محأولة تحديد اساس القانون الإداري ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد ٣ ،١٩٩٨ ، تصدر عن جامعة النهرين ،ص ١٧ .

[٢] ينظر لوران بيزي ،دراسة حول لويس لوران المظر المنسي للمرفق العام ،مجلة القانون العام والسياسة ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات زالنشر والتوزيع ،العدد الرابع ،بيروت –لبنان ،٢٠٠٦ ،ص٨٦٩ .

[٣] ينظر د. مازن ليلوا راضي ، العقود الإدارية في القانون الليبي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،مصر ، ٢٠٠٣،ص ٣٣ .

[٤] ينظرد. وليد حيدر جابر ، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة ، المصدر السابق ،ص ١٩٢ .

[٥] ينظر د. سعاد الشرقأوي ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة،١٩٨٤ ،ص ١٠٤.

[٦] Rene Chapus Le service public et al puissance publique ,RDp. 1968. 23.7
نقلاً عن وليد جابر ، المصدر نفسه،ص ١٩٥ .

[٧] ينظر علي محمد بدير وآخرون ، المصدر السابق،ص ٢٤٧ .

بيد أنه وبعد عامي ١٩٩٠، ١٩٩٢ اتجه القضاء الفرنسي في احكامه إلى تعريف المرفق العام بأنه النشاط العام الذي يديره شخصاً خاصاً دون أي استخدام لاختصاصات وصلاحيات السلطة العامة ،ولكن في ظل رقابة تفرض عليه من قبل الإدراة . وهنا يتبين أنه لايتوجب توفر شرط ممارسة امتيازات السلطة العامة كي يعد هذا النشاط مرفقاً عاماً ، بل من الممكن أن تكون الرقابة الصارمة التي يمارسها شخصاً عاماً على الهيئات أو الجمعيات سبباً لاكتساب نشاط هذه الجهة أو الهيئة صورة المرفق العام[١].

المقصد الثاني / إدارة المرافق العامة باللإمتياز بحسب انواعها .

تقسم المرافق لعام إلى أقسام مختلفة فقد تكون مرافق عامة ادارية أو اقتصادية وتجارية أو مهنية ، حيث تمارس المرافق العامة الإدارية نشاطاً يدخل في نطاق الوظيفة الإدارية للدولة، ولايستطيع الأفراد أو الهيئات الخاصة أن تمارس هذا النشاط ، حيث ان هذا النشاط وطبيعته يعتبر من الواجبات الأساسية للدولة ، فهذه المرافق على قدر من الاهمية والخطورة لتعلقها بأمن الدولة وسيادتها لذا لايمكن ترك أدارة هذه المرافق للأفراد أو الهيئات الخاصة[٢]، وتأسيساً على ماتقدم لايمكن ان يرد الامتياز على هذا النوع من المرافق الإدارية البحتة فلايمكن تصور أن يدار مرفق الدفاع أو الامن الداخلي عن طريق الامتياز.

بيد أنه وبعد الحرب العالمية حدثت الكثير من التطورات لنظرية المرافق العامة ، وظهرت المرافق العامة الإقتصادية والتجارية والتي كانت حكراً على القطاع الخاص واتجه الفقه الحديث إلى تحرير المرافق العامة الإقتصادية والتجارية من قيود القانون العام وخاصة من النواحي المالية وطرق إدارة هذه المرافق كما ظهرت المرافق المهنية التي تختص بتنظيم مهنة معينة[٣].

وهكذا فالمرافق العامة قد تكون إدارية أو إقتصادية أو تجارية أو مهنية وإن هذه المرافق قد تدار مباشرة من قبل الإدراة أو يعهد بإدارتها إلى شخص من أشخاص القانون الخاص ، وهذه الإدراة تختلف باختلاف موضوع المرفق ، فالمرافق التي يمس نشاطها كيان الدولة تدار مباشرة من قبل الدولة، أما ما دون ذلك من المرافق كالكهرباء والماء والمرافق الإقتصادية بصفة عامة يمكن ادارتها عن طريق الإشخاص الخاصة ، واذا كان الأصل ان المرافق العامة الإدارية لايمكن ان تدار بواسطة الامتياز الا ان الإجتهاد الحديث وخاصة في فرنسا أعطى للإمتياز معنى أوسع وأصبح بالإمكان أن تدار المرافق العامة الإدارية بواسطة أشخاص خاصة ، وخاصة إمتيازات الطرق السريعة أو تحصيل الضرائب ، ورغم ذلك فان المجال الحقيقي لامتياز المرفق العام هو المرافق الإقتصادية والتجارية[٤] .

---

[١] ينظر د. فوزت فرحات ، القانون الإداري العام ،الكتاب الأول .ط١، مكتبة الاستقلال ،٢٠٠٤ ،ص ٢٠٩ .

[٢] ينظر د.علي محمد بدير، وآخرون ، المصدر السابق ،ص ٢٤٨ .

[٣] ينظر د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، منشأة المصارف، الإسكندرية – مصر،٢٠٠٤ ،ص ٥٢٩-٥٣٠ .

[٤] ينظر د. وليد حيدر جابر ، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة ، المصدر السابق ،ص ١٣

أما في العراق فإن المشرع العراقي وفي المادة (٨٩١) من القانون المدني قد قصر عقد الامتياز على إدارة المرافق ذات الطبيعة الإقتصادية ، ومن ثم فلا مجال للحديث في ظل هذا القانون عن ادارة المرافق العامة الإدارية بالامتياز.

ويلاحظ أن التفرقة بين المرافق العامة الإدارية والإقتصادية يعود لطبيعة نشاط هذه المرافق ، فالمرافق العامة الإدارية تدخل في نطاق الوظيفة الإدارية للدولة ونشاط هذه المرافق لايماثل نشاط الأفراد من ثم تخضع لاحكام القانون العام ولاختصاص القضاء الاداري ، أما المرافق الإقتصادية والتجارية فأنها تماثل نشاط الافراد من حيث الاسلوب المتبع والعمل بنفس الاسلوب الذي يعمل به المشروع الخاص[١].

وهكذا فأن عقد إمتياز المرافق العامة هو من اهم عقود الامتياز ، ويعتبر هذا العقد من العقود الإدارية بطبيعته ، في حين نجد ان الكثير التشريعات وضعت نصوص قانونية لأعتبار هذا العقد من العقود الإدارية وبالتالي يصبح من العقود الإدارية بحكم القانون .

الفرع الثاني :عقد إمتياز الأشغال العامة .

يعتبر عقد إمتياز الأشغال العامة من عقود الامتياز المهمة ، لدور هذه العقود في انشاء وترميم المرافق العامة والبنى التحتية في الدولة وازدهرت عقود إمتياز الأشغال العامة في القرن التاسع عشر ، وخاصة إمتيازات إنشاء السدود والقنوات والجسور ، وسنعرض هذا العقد وكالاتي :

المقصد الأول : المقصود بعقد إمتياز الأشغال العامة

عرف (دولوبادير) عقد إمتياز الأشغال العامة بأنه اتفاق يكلف به أحد أشخاص القانون العام شخصاً آخر لتنفيد أحد الأشغال العامة ، واستغلال ناتج العمل الذي تم إنجازه مقابل مكافأة يحصل عليها صاحب الامتياز من العائد المالي للإستغلال[٢] .ويلاحظ أن قوانين المجموعة الأوربية إهتمت بعقد إمتياز الأشغال العامة وهذا الإهتمام أدى إلى تعريف عقد إمتياز الأشغال العامة بانه : العقد الذي يعهد به للمتعاقد ببناء واستغلال وليس إدارة مرفق عام[٣] .

ومن ذلك يتبين أنه في عقد إمتياز الأشغال العامة يقتصر دور صاحب الامتياز على إقامة المنشآت اللازمة للمرفق العام ، ويجب ان لايفهم من ذلك أن عقد إمتياز الأشغال العامة هونفسه عقد الأشغال العامة إذ أنه يختلف عنه من ناحية ان المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب الامتياز هو ليس ثمناً إجمالياً يحصل عليه المتعاقد من الإدراة كما هو الحال في عقد الأشغال العامة ، وانما المقابل يتمثل في سلطة صاحب الامتياز في استغلال المشروع العام الذي قام ببنائه أو ترميمه لمصلحته

---

[١] ينظرد. شاب توما منصور ، المصدر السابق،ص ٢٢٥، وينظر د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق ،ص ٩٢ .

[٢] ينظر د. وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة ، المصدر السابق ،ص ٢٢ .

[٣] ينظر د. وليد حيدر جابر ، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة ، المصدر السابق ،ص ٥١٥ .

خلال مدة محددة ومناسبة تكفل له تغطية نفقاته ، وفي هذه الحالة يستطيع صاحب الامتياز تشغيل المشروع وتقديم الخدمات إلى المنتفعين مقابل رسوم تفرض على المنتفعين تحت رقابة الإدراة ، كما هو الحال مثلاً في تمكين الجمهور من استغلال الطرق السريعة أو قناة مائية مقابل رسوم معينة[١] .

ولعقد إمتياز الأشغال العامة صور متعددة ، فمن أهم مجالات هذا العقد الامتياز في موضوعات البنية الأساسية للنقل كالنقل في القنوات والنقل النهري واستغلال الموانئ البحرية ، وكذلك الامتيازات في مجال التعمير والمقأولات ذات النفع القومي[٢] .

المقصد الثاني : عناصر عقد إمتياز الأشغال العامة .

يتميز عقد إمتياز الأشغال العامة عن غيره من العقود بوجود عدة عناصر تكاد تكون نفس عناصر عقد إمتياز المرفق العام بيد أن الإختلاف بين الإثنين يكمن في محل العقد ، ونبين أهم هذه العناصر .

١) ان أساس عقد الامتياز هو إبرام اتفاق ، والإتفاق يكون بين شخص من أشخاص القانون العام واحد أشخاص القانون الخاص ، ومن الممكن أن يكون أيضاً من أشخاص القانون العام ولو على نطاق ضيق ويلاحظ ذلك في فرنسا حيث يمكن ان يكون صاحب الامتياز شخصاً عاماً في مجال توليد الطاقة الكهربائية وشخصاً مختلطاً في مجال التعمير[٣] .

٢) أن المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد اذا على شكل مبلغ اجمالي يحصل عليه من الإدراة فالعقد هو أشغال عامة ولايمكن اعتبارة عقد إمتياز أشغال عامة لأن عقد إمتياز الأشغال العامة يشترط فيه حصول صاحب الامتياز على رسوم من المنتفعين مقابل انتفاعهم بما أنجزه من أشغال عامة[٤] .

٣) من الممكن أن نميز بين عقد إمتياز الاسغال العامة وامتياز المرفق العام من ناحية أن امتياز الأشغال العامة يتضمن انجاز مشروع من مشاريع الاشغال العامة واستغلال ناتج هذا العمل كامتياز الطرق السريعة ومواقف السيارات والجسور ذات الرسوم ، في حين ان امتياز المرفق العام يعني ادارة مرفق عام موجود اصلاً،اما إذا ما تضمن امتياز المرفق العام القيام بأشغال عامة فذلك يعني القيام بانشاءات معينة وهذا يؤدي إلى ان يكون العقد مختلطاً من امتياز أشغال عامة وامتياز مرفق عام كالعقود الخاصة بالمطارات والموانئ ، حيث ان صاحب الامتياز يقوم بإنشاء المرفق ومن ثم تقديم الخدمات إلى المنتفعين[٥] .

---

[١] ينظر د. مهند مختار نوح ، المصدر السابق /٢٠٢ ، وماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، المصدر السابق ،ص ٢٠٨ ، ود. عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الإداري ، المصدر السابق،ص ٧٣ .

[٢] ينظر د.سعاد الشرقأوي ، العقود الإدارية ، المصدر السابق ،ص ٨٦ .

[٣] ينظر د. سعاد الشرقأوي ، العقود الإدارية ، المصدر نفسه ،ص ٨٣ .

[٤] ينظر د. محمود عاطف ألبنا ، العقود الإدارية ، المصدر السابق ،ص ١٧ .

[٥] ينظر د. وليد حيدر جابر ، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة ، المصدر السابق،ص ٥٢٤ ،و د. سعاد الشرقأوي ، العقود الإدارية ،المصدر السابق :٨٣ ،وجورج فودال وبيار دلفولفيه، القانون الإداري ، الجزء الثاني ، المصدر السابق ،ص ٥٧٣ .

٤) في عقد إمتياز الأشغال العامة يجب أن يكون الملتزم هو المسؤول عن عن اقامة المنشآت ولايمكن وصف العقد بانه امتياز اشغال عامة إذا ما اعطي المتعاقد الحق في استغلال منشآت عامة قامت الإدراة بإنشائها ، فهنا نكون بصدد تأجير للإنشاءات (Bail aconstraction) أو عقد ترخيص بالإنتفاع بالدومين العام[١] .

المطلب الثاني
عقد إمتياز إستغلال الموارد الطبيعية

إلى جانب عقد امتياز المرافق العامة وامتياز الأشغال العامة توجد عقود استغلال موارد الثروات الطبيعية ، كعقود الامتياز الخاصة باستغلال المناجم والمحاجر ومناطق صيد الأسماك واستغلال الثروات البترولية ، ومن الثابت ان عقود استغلال المناجم والمحاجر هي عقود امتياز ادارية ، وذلك لما تتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص[٢]، وسنلقي الضوء على احد انواع هذه العقود وهو عقد الامتياز البترولي لاهميته وكالاتي:

الفرع الأول : المقصود بعقد الامتياز البترولي .

أن الامتياز النفطي يراد به العقد الذي تمنح بواسطته الدولة لمشروع أو شركة خاصة أجنبية حقاً خالصا له وقاصراً عليه في البحث في أقليمها عن البترول واستخدامه واستغلاله في خلال مدة محددة[٣] .

ويمكن تعريفه أيضاً بأنه : العقد الذي يلخص حقوق وواجبات الدولة مانحة الامتياز وحقوق وواجبات صاحب الامتياز ، ويكون لمدة محدودة ، ويغطي مواضيع الصناعة النفطية كالتنقيب والإستخراج والإنتاج والتصفية والنقل والتسويق العالمي أو التوزيع المحلي[٤]

وقد أختلف الفقه حول طبيعة عقد الامتياز البترولي ، فذهب العض إلى ان هذه العقود من عقود القانون الخاص[٥] . في حين أتجه قسم من الفقه إلى أعتبار هذه العقود من العقود الدولية حيث أن كثير من الشركات أدعت أن عقود أستغلال النفط هي عبارة عن أتفاقيات دولية ولايمكن أعتبارها عقوداً أدارية[٦] ، بينما ذهب الاتجاه الاتجاه الأغلب إلى اعتبار هذه العقود من العقود الإدارية[٧] ، وقد حسم الفقه

---

[١] ينظر د. محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، المصدر السابق ،ص ٧٧ .
[٢] ينظر د. سعاد الشرقأوي ، العقود الإدارية ،المصدر نفسه ،ص ١١٤-١١٥ .
[٣] ينظر د. حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية ، المصدر السابق ،ص ١٧٥.
[٤] ينظر د. غسان رباح ، المصدر السابق ،ص ١٢٩ .
[٥] حيث اعتبرها البعض من عقود القانون الخاص لأنها تعطي حقوقاً واسعة للشركات وهي تدخل في النشاط التجاري .
[٦] ينظرد. حامد سلطان ، التكييف القانوني لأمتيازات النفط ،مجلة القضاء ، العدد الثاني ،السنة٢١ ،حزيران ١٩٦٦ ،ص ٥ .
[٧] ينظرد.محمد يوسف علوان ،النظام القانوني لأستغلال النفط في ألأقطار العربية،جامعة الكويت ،ط١ ،١٩٨٢ ،ص٣١٢ ، وماجد راغب الحلو ،العقود الإدارية المصدر السابق ،ص٢٠٩ .

الفرنسي الخلاف حول طبيعة هذه العقود فذهب الفقيه (جان ريسو) إلى أن هذه العقود هي عقود إدارية وليست من عقود القانون الخاص[١]. ذلك ان هذه العقود تتوافر فيها كافة شروط العقد الإداري وخصائصه وتنتج عنه جميع الاثار المترتبة على العقد الإداري.

من ناحية أخرى نجد أن الإدراة عند تعاقدها في عقد الامتياز البترولي دائماً تأخذ باساليب القانون العام وتضمن هذه العقود شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، كالشروط التي تعطي الإدراة حقوقاً وامتيازات تفوق حقوق المتعاقد معها ، كما ان شخصية المتعاقد مع الإدراة تكون محل اعتبار في هذه العقود ، وهي صفة مهمة من صفات عقود الامتياز[٢]

ويلاحظ ان استخدام وساءل القانون العام يظهر من خلال بعض الشروط الإستثنائية التي تعطي صاحب الامتياز بعض الحقوق مثل ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة ، كالحق في نزع الملكية للمنفعة العامة والحق في استعمال الأموال الخاصة والحق في استقدام واستخدام العمالة الأجنبية[٣].

وقد ذهبت منظمة الدول المصدرة للنفط (Opic)إلى أن عقود الامتيازات النفطية هي عقود إدارية تتوفر فيها خصائص العقد الإداري، وذلك في الدراسة التي أعدتها وقدمتها إلى المؤتمر الخامس للبترول الذي عقد في القاهرة عام ١٩٦٥[٤].

ويلاحظ ان الفقه الفرنسي بعد ان اتفق على الصفة الإدارية لعقود الامتياز البترولي إختلف حول اعتبارها عقود امتياز اشغال عامة أم عقود امتياز مرافق عامة ، مما دفع البعض إلى القول بأن هذه العقود هي عقود امتياز ولكنها ليست بعقود امتياز مرافق عامة ولاامتياز أشغال عامة ،لان صاحب الامتياز لا يقدم خدمة معينة وبصورة مباشرة إلى الجمهور ولا يحصل على البدلات من المنتفعين نظير هذه الخدمات ، فالنفط ليس بمرفق عام بالمعنى التقليدي للمرفق العام ، فهذه العقود هي عقود امتياز ذات طبيعة خاصة[٥] .

في حين ان هناك من ذهب إلى ان هذه العقود هي عقود امتياز مرافق عامة لأن استغلال البترول في الدول التي يعتمد اقتصادها على النفط جعله يكون مورداً قومياً، وان استغلال هذه الموارد من مهام الدولة الرئيسية لأنها عند إبرامها هذه العقود لاتزأول عملاً تجارياً وانما تقدم على ذلك بأعتبارها الامينة على مصالح الشعب،وأن

---

[١] ينظر رأي الفقيه (جان ريسو) أشار اليه د. عاطف سليمان ، حقوق الدولة ذات السيادة وأثرها على النظام القانوني للأمتيازات البترولية ،مجلة البترول والغاز العربي ،العدد الأول ،السنة الثانية ، أيلول ١٩٦٦،ص٣١ ،وأشار اليه أيضاً د. غسان رباح ،المصدر السابق ،ص١٥٠ .

[٢] ينظر د. محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، المصدر السابق:٦٣ ،و د. غسان رباح ، المصدر السابق،ص ١٥٣ .

[٣] ينظر د. محمود عاطف البنا ،المصدر نفسه ،ص ٦٢ .

[٤] ينظر د. وليد حيدر جابر ، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة ، المصدر السابق ،ص ٥٩٨ .

[٥] ينظر ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، المصدر السابق ،ص ٢٠٩ .

السلطة هي التي تقرر توافر صفة المرفق العام في المشروع أم لا ، لذا فالمصلحة العامة متوفرة في هذه العقود بالإضافة إلى ان وجوب اجازة الدولة للعقد والخضوع لرقابة الدولة دليل على توفر معنى المرفق العام في هذه العقود لذا يمكن اعتبار النفط المرفق الأصل في الدول المنتجة للنفط[1] .

وهكذا نرى ان هذه العقود هي عقود إدارية تتمتع فيها الإدراة بكافة الحقوق الثابتة لها في العقود الإدارية ، ايضاً يجب فهم المرفق العام بمفهومه المتطور الواسع كونه يعني توفر النفع العام في المشروع لعده مرفقاً عاماً ، فالنفع العام متوفر في عقود الامتيازات البترولية ، فالدولة تستغل النفط بواسطة هذه العقود وبالتالي يتحقق النفع العام لكافة أفراد الشعب وليس لأشخاص محددين ، لذا يمكن عد هذه العقود عقود امتياز مرافق عامة لتوفر صفة النفع العام فيها وان اختلفت بعض خصائصها عن عقد امتياز المرفق العام.

الفرع الثاني: صور عقود الامتيازات البترولية.

لقد مرت العلاقة بين الشركات المنتجة للنفط والدول صاحبة الثروة النفطية بعدة مراحل أولها كانت مرحلة الامتيازات النفطية التقليدية ثم تطورت إلى مرحلة عقود المشاركة والمقأولة النفطية . وسنحأول بحث هذه المراحل وكالآتي :

المقصد الأول: عقود الامتيازات البترولية التقليدية.

كانت عقود الامتيازات التقليدية هي الأساس الذي يحكم العلاقة التعاقدية بين الدول والشركات العاملة في مجال البترول ، حيث ترجع نشأت هذه العقود إلى نهاية القرن التاسع عشر ، ومن أول هذه العقود عمليات البحث عن البترول التي قامت بها شركة شل الهولندية في أندونيسيا ، كذلك العقود التي أبرمتها بريطانيا في إيران عام ١٩٠١ ، ويعتبر العراق أول مسرح لهذه الامتيازات في المنطقة العربية ومن هذه الامتيازات العقود التي ابرمتها الحكومة العراقية مع شركة النفط التركية سنة ١٩٢٥ وسميت هذه الشركة فيما بعد شركة نفط العراق ipc ومن هذه العقود ايضاً عقد زيت العربية (أرامكو) في السعودية وعقود شركة نفط الموصل والبصرة في العراق ، والعقود بين العراق وشركتي نفط خانقين المحدودة والرافدين المحدودة سنة ١٩٥١[2].

---

[1] ينظر هاشم العلوي ،مقالة(شروط التحكيم في عقود البترول العراقية) ،مجلة القضاء ،العدد الرابع ،سنة ٢٦، ص٥٦ ، و ينظر د. غسان رباح ، المصدر السابق،ص ١٥٢ .

[2] ينظر د. محمود محمد علي صبرة ، اعداد وصياغة العقود الحكومية، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، مصر، ط٤ ،بدون سنة نشر، ص٤٠٩ ، ،و د. فؤاد الرأوي، المعجم المفهرس للمعاهدات والإتفاقيات ، نصوص (٦) في عام (١٩٥٠- ١٩٥٥) مجلس التخطيط بغداد ،١٩٧٥ ،ص ٢١٢ ، وينظر تقرير لجنة التجارة الإتحادية الأمريكية عن احتكار النفط الدولي ، الفصل الرابع ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، بدون سنة نشر ،ص ١٩ وما بعدها ، وينظرد. عاطف سليمان ، الثروة النفطية ودورها العربي (الدور السياسي والاقتصادي للنفط العربي)،مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت –لبنان ،ط١ ،٢٠٠٩ ،ص١٠٩ .

ويلاحظ أنه قد طغت على هذه العقود عوامل المضاربة والعوامل السياسية فهذا النظام هو ثمرة النظام الاستعماري القديم ، ذلك ان حكومات الدول المنتجة لم تقدر قيمة البترول ، ولا أهميته فكان المقابل في هذه العقود عبارة عن مبالغ أو أتاوات يدفعها صاحب الامتياز إلى الدولة مانحة الامتياز وكانت هذه المبالغ قليلة في بداية الأمر لاتتناسب مع اهمية البترول الإقتصادية[١]، وغلب على هذه العقود الطابع السياسي فلم يكن للدولة المنتجة الحق أو القدرة على مناقشة شروط الامتياز[٢].

ومن مظاهر تفوق صاحب الامتياز على الدولة المتعاقدة في عقود الامتياز البترولي التقليدية بان صاحب الامتياز كان له الحق في ملكية المواد المستخرجة وامكانية التصرف فيها دون قيود ،فضلاً عن ضخامة مساحة الامتياز كما هو الحال في عقد امتياز بترول العراق عام ١٩٣١ والذي اطلق يد الشركة صاحبة الامتياز ولم يلزمها باي نظام للتخلي عن المناطق غير المستثمرة ، وتمتاز هذه العقود ايضاً بطول مدتها والتي قد تصل لأكثر من ٧٥ عاماً كما هو الحال في عقود شركة نفط العراق الثلاثة وشركة نفط قطر والكويت[٣]. والمثال الاخر الإتفاق الموقع بين شاه ايران والمليونير البريطاني (wlliam kney bary) والذي نص في مادته الأولى على منح الطرف الأجنبي الحق في البحث عن البترول ومشتقاته واستغلاله وتسويقه ونقله لمدة ستين عاماً[٤]. وهكذا نجد أن عقود الامتياز البترولي في مراحلها الأولى تميزت بسيطرت الشركات المنتجة على عمليات انتاج البترول وتسويقه مقابل حصولها على ارباح طائلة مع قلة ارباح الدولة المنتجة، بيد أن هذه العقود لم تبق على حالها بل تطورت وخاصة بعد الحرب العالمية الثانية بعد تنبه الدول المنتجة إلى أهمية هذه الثروة ومما اخضع العلاقات بين الدول المنتجة والشركات إلى عدة أزمات كأزمة الحكومة الإيرانية مع الشركة الأنجلو أمريكية ، والأمر المهم في تغير العلاقات مع الشركات الأجنبية صدور القانون الفنزويلي عام ١٩٤٨ والذي كرس مبدأ تقاسم الأرباح بين الشركات والدول المنتجة[٥].

أما في العراق فقد عقدت أتفاقية مناصفة الأرباح سنة ١٩٥٢ بين الحكومة العراقية وشركات النفط الثلاثة(العراق، الموصل ،البصرة) وبموجب هذه الأتفاقية تحصل الحكومة العراقية على نصف اللأرباح قبل حسم الضرائب[٦] .

---

[١] ينظر ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، المصدر السابق،ص٢٠٩ ، وينظر د.عاطف سليمان،المصدر السابق،ص١١٠ .

[٢] فقد استخدمت الحكومة البريطانية الأساطيل الحربية لإرهاب ايران عند قيام الدكتور مصدق رئيس وزراء ايران بتأميم النفط الإيراني والذي كانت تستغله شركة البترول الأنكلو –ايرانية واستخدمت كافة وسائل الضغط ، لسقاط حكومة مصدق زاعادة استغلال البترول الإيراني .

[٣] ينظر د. حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الخاصة ، المصدر السابق ،ص ١٧٥ ،ومحمود محمد علي صبرة ، المصدر السابق :٤١٦ .

[٤] ينظرد. سراج حسين محمد ابو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية ، القاهرة،ط١ ،٢٠٠٨ ،ص ٤٦ .

[٥] ينظرد. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، المصدر السابق ،ص ١٦٧ ، ود. حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية ، المصدرنفسه،ص ١٧٧ .

[٦] للمزيد ينظر د. محمد أزهر السماك ، أقتصاد النفط والسياسة النفطية ،اسس وتطبيقات ،مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ،جامعة الموصل ،١٩٨٧ ،ص٧ .

وتميزت المرحلة المتطورة من عقود الامتياز البترولي بمناصفة الارباح مع الشركات المنتجة مع ظهور الشركات النفطية المستقلة في الدول النفطية[١]، وكان لإنشاء منظمة الدول المصدرة للنفط (Opic) عام ١٩٦٠ تأثيره كبيراً على الشروط المالية لعقود الامتياز في هذه المرحلة وكان أهم أهدافها توحيد السياسة النفطية ووضع نظام الاستقرار والأسعار[٢] . وعلى الرغم من ان اتفاقيات الامتياز التقليدية لم تعد معروفة حالياً إلا أنه يلاحظ وجود مثل هذه الإتفاقيات خارج منظمة الأوبك كما هو الحال في السودان وتونس وتايلند[٣]

المقصد الثاني :عقود المشاركة والمقأولة النفطية .

قد أدت الأحداث السابقة إلى تطور عقد الامتياز البترولي تماشياً مع رغبة الدول صاحبة الثروة في ادارة صناعتها النفطية مما أظهر طائفة جديدة لعقود البترول ، تمثلت في عقود المشاركة وعقود المقأولة ، وهي تمثل الأسلوب الأحدث للتعامل بين الشركات المستثمرة والدول النفطية وسنطلع عليها بايجاز وكالآتي :-

---

[١] ينظرد. يوسف صائغ ،سياسات النفط العربية في السبعينات فرصة ومسؤولية ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر ،بيروت-لبنان ،ط١ ،١٩٨٣ ،ص٥٨ .

[٢] ينظرد. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، المصدر نفسه ،ص ٤١٦ .

[٣] ينظرد. محمود محمد علي صبره ، المصدر السابق ،ص ٤١٦ .

أولاً: عقود المشاركة

عقد المشاركة هو عقد بين الدولة أو احدى هيئاتها أو شركاتها وبين شركة اجنبية يكون للاخيرة حق البحث عن البترول في منطقة معينة وزمن معين واذا وفقت الشركة في اكتشاف البترول يتم تشكيل شركة مشتركة بين الطرفين مهمتها استغلال البترول المكتشف مناصفة[١].

وبمقتضى هذه العقود فان الشركة الأجنبية تتحمل مسؤولية الكشف عن البترول وتمويل هذه العملية إلى ان يتم اكتشاف البترول فان لم تكشف البترول تتحمل الشركة وحدها الخسائر فهذه العقود تقوم على على عنصر المخاطرة[٢] ،اما اذا ما اكتشف البترول فان الدولة صاحبة الثروة تشترك مع الشركة المنتجة في اعداد الحقل وتمويل الإنتاج أي تبشر الدولة النشاط البترولي في كافة مراحل الانتاج، وتحصل كل من الدولة والشركة صاحبة الامتياز على نصيبها من الإنتاج \وكل حسب حصته ، وان حصول الدولة على نصيبها من الإنتاج لايتعارض مع حصولها على الضرائب والرسوم[٣].ففي هذه العقود بدلاً من ان تمنح الدولة الشركة المنتجة حق الإستغلال المنفرد فهي تدخل كشريك في الامتياز ، فالدولة تكون شريك وفي نفس الوقت لها صفة الدولة صاحبة الامتياز ، ويمثل الدولة عادةً شخص معنوي تابع لها يدخل في الامتياز ويكون طرفاً فيه ويشارك في النفقات والأرباح ويلزم بدفع الضرائب إلى الدولة[٤] .

وتتخذ عقود المشاركة صوراً ثلاث [٥]، فاما ان يبرم العقد بين الدولة صاحبة الثروة و الشركة المنتجة على ان يتم تأسيس شركة تساهم فيها الدولة أو احدى مؤسساتها بحصة في رأس مال المشروع وذلك بعد اكتشاف البترول مثل عقد المشاركة بين الحكومة السعودية والشركة الفرنسية (أوكسيراب) . أو ان يبرم العقد بين الدولة ذاتها من جهة واحدى هيئاتها الوطنية والشركة الاجنبية من جهة ثانية مثل عقود المشاركة التي ابرمت في مصر بين المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة

---

[١] ينظرد. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، المصدر السابق ،ص ١٦٦ ، وينظر د . يسري محمد ابو العلا ،نظرية البترول –بين التشريع والتطبيق ،دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية –مصر ،ط١ ،٢٠٠٨ ،ص٥٧٩ .

[٢] ينظر علي حسن عبد الأمير ،عقد المشاركة بالأنتاج النفطي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ،تصدر عن كلية القانون – الجامعة المستنصرية ،العددان (٨و٩) السنة الخامسة ،٢٠١٠ ، ص ٢٤٣ .

[٣] ينظر د. غسان رباح ، المصدر السابق ،ص ٢٨ ، وينظر د. محمد أزهر السماك ،المصدر السابق ،ص٢٣٦.

[٤] ينظر د. محمود عاطف البنا ،العقود الإدارية، المصدر السابق ،ص ٧٠ ، وينظر د. يسري محمد ابو العلا ،المصدر نفسه ،ص، ٥٨١ .

[٥] ينظر سراج حسين محمد ابو زيد ، المصدر السابق ،ص ٣٦ .

أموكو للزيت مصر[١] . أو ان يبرم العقد بين احدى الشركات الوطنية والشركة صاحبة الامتياز مثل العقود التي ابرمتها السعودية بين ترومين وشركتي سنكلير وإيني .

ويلاحظ ان مشروع قانون النفط والغاز العراقي قد تبنى مبدأ المشاركة عن طريق ابرام العقد بين الدولة العراقية من ناحية وشركة النفط الوطنية والشركة الأجنبية من ناحية اخرى حيث ان لشركة النفط الوطنية الحق في المساهمة كشريك تجاري في عقود النفط الدولية وخاصة انتاج وتطوير وتسويق النفط[٢].

ثانياً : عقد المقأولة .

يعرف عقد المقأولة بانه اتفاق يتولى بموجبه أحد الأشخاص بتنفيذ عمل معين خلال فترة محددة ولقاء أجر محدد وبانتهاء تنفيذ العمل وحصول المقأول على اجره من صاحب العمل تنتهي صلته بالمشروع[٣]

أما في مجال الأستثمار في صناعة النفط فيقصد به : العقد الذي بموجبه تخول الدولة المنتجة أو إحدى شركاتها الوطنية مشروع أجنبي عام أو خاص القيام بالأعمال اللازمة للبحث عن البترول واستغلاله لحساب الشركة الوطنية ، مع بقاء الملكية للدولة ، وفي حالة تحقق الإنتاج يمنح المشروع الأجنبي جزء من الكمية المنتجة[٤].

ويلاحظ ان عقد المقأولة النفطي يختلف عن عقد المقأولة العادي ، من ناحية أن صاحب العمل في عقود المقأولة النفطية وهو الدولة أو احدى هيئاتها المشرفة على انتاج النفط تستعين بمقأول أجنبي ، ويقوم المقأول الأجنبي بعملية البحث عن النفط ، واعداد الحقول النفطية ثم انتاج النفط ، ويتحمل المستثمر الأجنبي كافة النفقات والمخاطر التي تلحق بالمشروع منذ بداية العمل إلى ان يصبح مورداً للدخل ، والمقأول هنا لايأخذ أجراً محدداً كما في عقد المقأولة العادي ، بل بعد انتاج النفط يسترد المقأول ما أنفقه على المشروع ويحصل على نصيب معين من الإنتاج كأرباح يتفق عليها في العقد ، والمتعاقد في هذه العقود يستمر بالحصول على هذه الأرباح لفترة تتراوح بين ٢٥ إلى ٤٥ سنة[٥] .

---

[١] حيث جاء في مطلع العقد يبرم هذا العقد بين جمهورية مصر من جهة والمؤسسة المصرية للبترول وشركة اموكو من جهة ثانية نشر هذا العقد في الجريدة الرسمية المصرية العدد ٢٨ ، سنة ١٩٧٤ .

[٢] ينظر المادة (١٣) من مشروع قانون النفط والغاز العراقي.

[٣] تنظر المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي.

[٤] ينظرد. حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، المصدر السابق ،ص ١٨٧ ، وينظرد. محمد أزهر السماك، المصدر السابق،ص١٣٩.

[٥] ينظر د. يسري محمد ابو العلا ، المصدر السابق ،ص٥٩٩ .

ومن أمثلة عقود المقأولات النفطية العقد الذي ابرمته الحكومة العراقية مع شركة إيرب الفرنسية سنة ١٩٦٨[١] ، ويعتبر هذا العقد من أول عقود المقأولة النفطية الذي عرفته البلدان العربية ، ويتميز هذا العقد بأن دور الشركة (المقاول) لايتعدى دور المتعاقد بمواصفات محددة ، بينما تبقى ملكية الامتياز وما ينتج عن هذا العقد للدولة وحدها ، وقد حددت هذه الإتفاقية مدة البحث عن النفط بست سنوات ومدة الإستغلال عشرين سنه ، ومن الأمثلة على هذه العقود أيضاً العقد المبرم بين الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة أموكو للزيت عام ١٩٩١ والخاص بعملية البحث وانتاج البترول في منطقة السلوم في الصحراء الغربية ومدة الإستغلال حددة بعشرين عاماً[٢].

ثالثاً: عقود الخدمة النفطية .

ويوجد نوع اخر من العقود النفطية هو عقود الخدمة وهو العقد الذي بموجبه تلتزم الحكومة بمنح الحق في التنقيب والانتاج إلى مستثمر محلي أو اجنبي لقاء مقابل يتم الاتفاق عليه[٣] .

وبمقتضى هذا العقد تكون ملكية الموارد النفطية للدولة ويلتزم المتعاقد مع الدولة بتقديم الخدمات التكنلوجية وراس المال وادارة المشروع ،ويحصل مقابل ذلك على النفقات التي دفعها للقيام بهذه الاعمال ولايتعرض لاي مخاطر[٤] .

ويتضح من ذلك ان المتعاقد لايتحمل مخاطر المشروع كما هو الحال في عقود المقأولة النفطية بلاضافة إلى انه في عقود المقأولة يحصل المتعاقد على جزء من النفط المنتج كمقابل لعمله بينما في عقود الخدمة قد يكون المقابل الذي يحصل علية مالياً وقد اخذ مشروع قانون النفط والغاز العراقي بهذا النوع من العقود وحسب نص المادة ١٣ منه[٥] ، ويبدو أن عقود الخدمة ماهي الا عقود مقأولة نفطية ولكن في

---

[١] تم أبرام هذا العقد بين شركة النفط الوطنية العراقية ومؤسسة النشاطات والاستكشافات الفرنسية(ايراب erap) في ١٩٦٨/٢/٣ وتم المصادقة على هذا العقد بالقانون المرقم (٥) لسنة ١٩٦٨ المنشور في الوقائع العراقية العدد ١٥٣٢ في ١٩٦٨/٢/٤ ، ومن العقود الآخرى في العراق العقد الموقع مع شركة(بتروبراس) البرازيلية في ١٩٧٢/٨/٦ وتمت المصادقة عليه بالقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٢ .

[٢] ينظر د. بشار محمد الاسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المصدر السابق ،ص ٥٤-٥٥.

[٣] ينظرد. احمد سلمان شهيب ود. حسن فضاله موسى ،الاستثمار النفطي في العراق ،بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الثالث –كلية القانون- الجامعة المستنصرية، مجلة الحقوق ،الجامعة المستنصرية ،العدد ١٠ ،٢٠١٠ ،ص١٣٠ .

[٤] ينظر د. حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، المصدر السابق ،ص١٨٨ .

[٥] نصت المادة ١٣ من مشروع قانون النفط والغاز العراقي على(تعد شركة النفط الوطنية العراقية المشغل والمفوض بشكل مباشر أو غير مباشر بالدخول في عقود الخدمة وعقود الإدراة مع الشركات المؤهلة للحقول المنتجة والحقول غير المطورة القريبة منها)

عقود الخدمة فأن الشركة المتعاقدة تحصل على مقابل مالي دون ان يكون لها نصيب في الأنتاج .

وهكذا نجد ان عقود امتياز موارد الثرو الطبيعية ، وخاصة عقود الامتيازات البترولية ، هي عقود امتياز حقيقية حيث يتحمل صاحب الامتياز عمليات الإنتاج ومخاطره ، يتحمل تكاليف البحث والأنتاج مقابل حصوله على عوائد هذه العملية فهو لايحصل على المقابل من المنتفعين ، بل يحصل على هذا المقابل من بيعه للبترول سواء كان البيع للدولة صاحبة الثروة النفطية أو خارجها ، لذا فان هذه العقود هي عقود امتياز وتدخل في طائفة العقود الإدارية الخاضعة لرقابة الدولة.

المطلب الثالث

عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT

ان التطور التكنلوجي والعلمي وحركة العولمة التي اصابت العالم واتجاه اغلب الدول إلى اتباع سياسة الإقتصاد الحر ، حمل هذه الدول إلى اللجوء إلى القطاع الخاص لإقامة هذه المرافق والبنى التحتية الأساسية ، وهناك من يعتبر ان انشاء قناة السويس من المشاريع التي اقيمت وفقاً لوسيلة شبيهة بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، وكانت حينذاك تستند إلى عقد الامتياز وهناك من عد عقد امتياز المياه (بيرية أخوان) بداية نظام الـ BOT في فرنسا[1] .

إلا ان عقد البوت في نشأته الحقيقية نسب إلى رئيس الوزراء التركي (تركوت أوزال) حيث شرح ستراتيجيته الحديدة في التنمية الإقتصادية في تركيا اثناء لقائه رجال الأعمال والمستثمرين ، وبذلك أصبح نظام BOT يعبر عن النهج الإقتصادي في تركيا[2].

ونظرا لأهمية هذه العقود ودورها في التنمية الإقتصادية، سنقوم بتعريف هذه العقود ومن ثم التطرق إلى الطبيعة القانونية لعقد البوت وكما يأتي :

الفرع الأول / تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT

مصطلح البوت هو اختصار لثلاث كلمات انكليزية هي : Bult بناء وOPERATE تشغيل و TRANSFER oF OWNERSHIP نقل ملكية ويراد بعقد BoT بانه : العقد الذي تبرمه الدولة مع احد اشخاص القانون الخاص ليقوم الشخص الخاص على نفقته ولحساب السلطة المتعاقدة بانشاء مشروع ،على ان يكون

---

[1] ينظر د. جابرجاد نصار ، عقود البوت BoT والتطور الحديث لعقد الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١ ، ٢٠٠٢ ،ص ٤٠ .

[2] ينظر د. عبد الفتاح بيومي ، عقود البوت BoT في القانون المقارن ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ،مصر ،٢٠٠٨ ،ص ١٠ .

لـه الحـق فـي تشـغيل المشـروع لحسـابه طـوال مـدة الامتيـاز ، تنتقـل بعـدها حيـازة المشروع إلى الدولة بعد نهاية مدة الامتياز وتكون ملكية المشروع للدولة[١] .

وعُـرِّف ايضـاً بانـه : (تلـك المشـرعات التـي تعهـد بهـا الحكومـة إلـى احـدى الشركات وطنيـة كانـت أو أجنبيـة سـواء كانـت مـن شـركات القطـاع العـام أو القطـاع الخاص وتسمى شركة المشروع وذلك لانشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة...)[٢] .

وقـد عرفـت لجنـة الأمـم المتحـدة للقـانون التجـاري (الأونسـترال)[٣]، عقـد البوتBoT بأنه شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة مـا لفترة من الـزمن احـد الإتحـادات الماليـة الخالصـة ، ويـدعى شـركة المشـروع امتيـاز لتنفيـذ مشروع معين ،وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائـه وتشـغيله وادارتـه لعدة سـنوات وتسترد تكاليف البناء ارتباطاً في تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً ، وفي نهاية مدة الامتياز تنقل ملكية المشروع إلى الحكومة[٤].

وقد عرفته منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (يونيدو) : بأنـه اصطلاح أو صياغة لاستخدام القطاع الخاص ليقوم بمشروعات التنمية الاساسية التي كانت حكراً على القطاع العام ، ذلك ان تمويل المشروعات هو زأوية الأساس لعقد BOT [٥] .

وفي ضوء ماسبق يمكن ان نعرف عقود البوت BOT بأنه ذلك العقد الذي يتم بـين الدولـة أو احـد الأشـخاص العامـة وبـين شـخص مـن اشـخاص القـانون الخاص،وبموجبه تمنح الدولة امتياز لهذا الشخص من اجل تمويل وانشاء مشروع أو مرفق عام ، وادارتـه واستغلاله طـوال مـدة الامتيـاز ، تحـت رقابـة واشـراف الجهـة الإدارية ، مقابل حصوله على رسوم الأنتفاع من جمهور المنتفعين من المرفق على

---

[١] ينظر د. محمود عاطف البنا ،العقود الإدارية، المصدر السابق ،ص ٧٨ ،كذلك ينظرد. ابراهيم الشهأوي ، امتياز المرفق العام BOT دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ،ص ٤٤ وما بعدها .

[٢] ينظر د. جيهان حسن سيد أحمد ، عقود BoT وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٢ ،ص ١٣، وينظر د. هاني صلاح سري ، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص ، دار النهضة العربية، القاهرة –مصر ،٢٠٠١ ،ص٢٥ .

[٣] الأونسترال : هي منظمة بين الحكومات تابعة للأمم المتحدة انشئت من اجل وضع القوانين والمعاهدات النموذجية الخاصة بالعلاقات التعاقدية والتي تساعد الدول على تحديث قوانينها في مجال العقود الإستثمارية ، ينظر في ذلك د. منير محمد الجهيني ، قوانين الأونسترال النموذجية ، دار الفكر العربي ، الأسكندرية ،ص٢٤

[٤] ينظر د. جابرجاد نصار ، عقود البوت BoT والتطور الحديث لعقد الإلتزام ، المصدر السابق :٣٨ ، وكذلك ينظر د. جيهان حسن سيد أحمد ، المصدر نفسه ،ص ١٤ .

[٥] ينظر د. عبد الفتاح بيومي، المصدر السابق ،ص ١٣ .

ان يعيد المشروع إلى الدولة بحالة جيدة عند انتهاء مدة العقد، وتتميز عقود البوت بانها لاتأخذ شكلاً واحداً بل لها صور متعددة[١] .

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لعقد البوت BOT .

يرى اغلب الفقهاء ان القواعد المنظمة لمشروعات البوت تأخذ مصادرها القانونية من عقود الامتياز[٢].ورغم ذلك ذهب بعض الفقهاء إلى تكييف هذا العقد تكييفات مختلفة ، فهناك من اعتبرها نظام وليست عقود وهناك من اعتبرها من عقود القانون الخاص أو أعتبرها من العقود الدولية[٣] ،لكن الرأي الأرجح ذهب إلى اعتبارها عقوداً ادارية وسنعرض ذلك وكالاتي :-

المقصد الأول : عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي نظام .

ذهب اصحاب هذا الرأي إلى ان عقد البوت ليس اتفاقاً أو عقداً وانما هو تنظيم اقتصادي يلزم لتنفيذه ابرام العديد من الإتفاقات المتشابكة والمتعددة بين أطرافه المختلفة ، وقد انتقد هذا الرأي لأنكاره الصفة العقدية لعقد البوت بذريعة تضمنه العديد من الإتفاقات التي تتعارض فيها مصالح الأطراف، فالإتفاقات الفرعية التي ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي المبرم بين جهة الإدراة وشركة المشروع وهو عقد اداري ، فهذه العقود الفرعية لاتؤثر في طبيعة العقد الاساسي[٤]

المقصد الثاني :عقود البوت BOT من عقود القانون الخاص [٥].

اتجه قسم من الفقهاء إلى اعتبار عقود البوت من عقود الإدراة العادية التي يخضع ابرامها ومنازعاتها إلى قواعد القانون الخاص ، وتعتبر هذه العقود من عقود الإستثمار العادية والتي لاتقبل بحسب طبيعتها ان تضمنها الإدراة شروطاً استثنائية ، حيث ان متطلبات التجارة الدولية تفرض ان تتعاقد الدولة شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين على اعتبار ان سيادة الدولة محددة داخل اقليمها الجغرافي ومن ثم يجب ان

---

[١] ومن صوره عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية boot وعقدالبناء والتأجير ونقل الملكية blt وعقد التحديث والتمليك والتشغيل ونقل الملكية moot وعقد البناءونقل الملكية والتشغيل bto ،للمزيد ينظرد. ماهر محمد حامد ، النظام القانوني لعقود الأنشاء والتشغيل واعادة المشروع bot ،دار النهضة العربية ،القاهرة – مصر ، ٢٠٠٥ ص١٧ ، ود. محمد المتولي ، الاتجاهات الحديثة لخصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ،ط١ ،٢٠٠٤ ،ص٥٦ .

[٢] ينظر د. محمود عاطف البنا ،العقود الإدارية، المصدر السابق ،ص ٨١ ، و د. جيهان حسن سيد أحمد ، المصدر السابق ،ص ٣٤ .

[٣] ينظر د. محي الدين القيسي ، أمكانية التحكيم لحسم منازعات مشروعات البنية الأساسية bot ، مجلة الدراسات القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية،العدد الثاني ،٢٠٠٣ ،ص٢٤٧ .

[٤] ينظر د. جابرجاد نصار ، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الإلتزام ، المصدر السابق ،ص ٤٩ ،و د. محمود عاطف البنا ،العقود الإدارية، المصدر نفسه ،ص ٨١ .

[٥] ينظر د. محمد بهجت عبد الله قايد،اقامة المشرعات الإستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ (BOT)، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر،ص ٢، ود. هاني صلاح سري،المصدرالسابق،ص٢٤٤

تقف الإدراة موقف المسأواة مع المتعاقد معها خاصة اذا كان المتعاقد أجنبياً[1] .وغالبا ما تلجأ الدولة إلى عقود البوت لحاجتها إلى التمويل وخشيتها الوقوع تحت تأثير الديون الأجنبية لذا تحرص على تقديم الضمانات والتسهيلات لجذب المستثمرين وذلك عن طريق منحهم الامتيازات ومنها خضوعهم لقواعد القانون الخاص[2].

إلا ان هذا الرأي قد انتقد من الفقه على اعتبار ان عقد البوت وان كان من عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة فانها تعد من العقود الإدارية حيث تكون الإدراة طرفاً فيه والإدراة لاتتصرف هنا كما يتصرف الأفراد ، كما ان الإدراة ترمي من وراء هذه العقود تنفيذ أو تسيير مرفق عام[3].

المقصد الثالث :- عقود البوت من العقود الإدارية .

يرى أصحاب هذا الرأي ان عقود البوت هي من عقود القانون العام وذات صفة ادارية ، ويستند اصحاب هذا الرأي إلى ان عقد البوت قد استجمع شروط العقد الإداري كون الإدراة طرفا فيه واتصال العقد بالمرفق العام سواء تعلق الأمر بانشاء أو ادارة المرفق ، واتباع الإدراة لاساليب القانون العام من خلال تضمين العقد شروطاً غير مألوفة في اطار القانون الخاص[4] .

ويرى اصحاب هذا الرأي ان عقود الـ BoT هي عقود ادارية بطبيعتها لمجرد وجود الإدراة طرفا فيها واتصالها بمرفق عام ، الا ان الإدراة اذا عهدت بانشاء وادارة المرفق إلى شخصاً خاصاً فان ذلك يعتبر امرا إستثنائيا يثبت للعقد صفته الإدارية [5].

غير ان الإتفاق على ادارية العقد لايعني عدم الإختلاف حول طبيعته فيما اذا كان عقد إمتياز مرفق عام أم امتياز اشغال عامة ، فقد ذهب مجلس الدولة المصري إلى اعتبار عقد الـ BOT من العقود الإدارية وبالتحديد عقد التزام مرافق عامة وذلك في النزاع الذي حصل بين هيئة كهرباء مصر واحدى الشركات الأجنبية لإنشاء

---

(1) Proper weil : Droit international public et Droit Administatif , Melanges ,trotabus P.527

اشار اليه د. جابرجاد نصار ، عقود البوت BoT والتطور الحديث لعقد الإلتزام ، المصدر السابق ،ص ٥٠، وياسر احمد الصيرفي ، النظام القانوني لعقد البوت ، مجلس النشر العلمي الكويت، ٢٠٠٨ ،ص ٥٧ .

(٢) ينظر د. ماهر محمد حامد ، المصدر السابق ،ص ١٦٤ وما بعدها .

(٣) ينظرد. مروان محي الدين القطب : المصدر السابق ،ص ٣٠٦.

(٤) ينظر د. عمرو أحمد حسبو ، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة ، دار النهضة العربية القاهرة ،٢٠٠١ ،ص ١٨ .

(٥) حسن محمد علي حسن البنان ، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير دراسة مقارنة في تطور نشاط نشاط المرافق العامة الإقتصادية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الموصل ، كلية القانون ،٢٠٠٥ ،ص ١٥٤ .

واستغلال محطة كهرباء (سيدي كرير) حيث ذهب قسم الفتوى في مجلس الدولة المصري إلى(... ان مكونات مشروع الإتفاق المشار اليه تعتبر في حقيقتها جزءاً من عقد امتياز المرافق العامة طبقا لصريح نص المادة (٧) من القانون (رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦) المعدلة بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦ والتي نصت على اعتبار تلك العقود عقود امتياز المرافق العامة ...)[١].

في حين ذهب مجلس شورى الدولة في لبنان إلى اعتباره عقد امتياز اشغال عامة بقوله ان ((عقد BoT ليس امتياز مرفق عام بل يدخل في عداد امتيازات الأشغال العامة))[٢].

ولكنه اشار في قرار آخر إلى ان عقد BOT هو عقد امتياز مرفق عام وذلك عند مناقشته للقضية الخاصة بالهاتف الخلوي حيث اشار إلى ((ان هذا العقد هو عقد لاستثمار مرفق عام وطني لمدة محددة منح وفق أحكام المادة (٨٩) من الدستور، وان تسميته الأنكلوسكسونية BOT لاتؤثر في وصفه القانوني بأنه عقد امتياز لأن هذه العناصر التي يتضمنها البناء والاستثمار ونقل الملكية إلى الدولة عند نهاية العقد ،هي ذاتها التي يتضمنها عقد الامتياز ...)[٣].

وسواء كان عقد البوت من عقود امتياز المرافق العامة أو عقود امتياز الأشغال العامة ، الا انه في كل الأحوال يعتبر امتدادا لعقد الامتياز ، فهو صيغة متطورة من الامتياز تختلف عن الامتيازات التقليدية ،كما ان هذا العقد يمكن ان يكون مزيجاً من امتياز الأشغال العامة وامتياز المرفق العام[٤] .

---

[١] ينظر في ذلك رأي اللجنة الثالثة في قسم الفتوى في مجلس الدولة المصري ، الصادر في ٢٤-١٢-١٩٩٧ ، اشار اليه الدكتور محمد الروبي ، عقود التشييد و الإستغلال والتسليم BOT ، دار النهضة العربية القاهرة ،٢٠٠٤ ،ص ١٦٨ .

[٢] ينظر قرار مجلس شورى لبنان رقم ٥٨٥ في ٩-٥-١٩٩٦ ، اشار اليه وليد حيدر جابر ، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة ، المصدر السابق ،ص ٤٩٥

[٣] ينظر قرار مجلس شورى الدولة في لبنان رقم ٦٣٩ ، في ١٧-٧-٢٠٠١ ،أشار اليه د. طارق المجذوب، عند تعليقه على هذا القرار ،مجلة الدراسات القانونية ، العدد الأول،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت،٢٠٠٣ ،ص٢٣٨ .

[٤] ينظر د. محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، المصدر السابق ،ص ٨١ -٨٢ ، ود. أحمد سلامة بدر العقود الإدارية وعقد BOT ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٣ ،ص ٣٨٢ .

الباب الثاني

الأحكام القانونية لعقد الأمتياز

بعد أن بحثنا في الباب الأول في ماهية عقد الأمتياز وتعريفه وبيان طبيعته القانونية لابد لنا أن نبحث في الأحكام القانونية الخاصة بعقد الأمتياز والتي تنظم هذا العقد وتبين اطرافه وآثاره فيجب أولاً البحث في أطراف عقد الامتياز ، وطريقة أبرام هذا العقد ونطاقه والنظام المالي الذي يحكمه كل هذه الأمور نبحثها في الفصل الأول ، أما الفصل الثاني فيخصص للبحث في آثار عقد الأمتياز تجاه أطرافه وتجاه الغير ونبين في هذا الفصل أولاً حقوق الأدارة والتزاماتها وحقوق والتزامات صاحب الأمتياز ومن ثم حقوق الغير عن عقد الأمتياز ،وبما أن كل عقد لابد له من نهاية فلا يمكن أن يكون العقد أبدياً لذا لابد من البحث في نهاية عقد الأمتياز وحل المنازعات الناشئة عنه ، وعليه سيتم تقسيم الدراسة في هذا الباب على النحو الآتي:.

الفصل الأول: أبرام عقد الإمتياز ونظامه المالي .

الفصل الثاني: آثار عقد الأمتياز وأنتهائه وحسم منازعاته .

الفصل ألأول

إبرام عقدالامتياز ونظامه المالي

مما لاريب فيه أن أبرام العقود الإدارية يتطلب إجراءات تختلف عن اجراءات إبرام عقود القانون الخاص ، وأن عقد الامتياز باعتباره أحد أنواع العقود الإدارية يتطلب إبرامه إجراءات معينة تختلف بعض الشئ عن باقي العقود الادارية ، لذا سنبحث في هذا الفصل اجراءات التعاقد في عقد الامتياز وكيفية إبرام هذا العقد والاطلاع على أهم مستندات هذا العقد وبيان مدى حرية الأدارة في اختيار المتعاقد،وطرق اختيار المتعاقد كذلك لابد من بيان أطراف هذا العقد ، ومن هو الغير في هذا العقد؟ كل هذا نبينه في المبحث الاول ، ومن ثم نبحث في النظام المالي لعقد الامتياز وهل ان هذا النظام هو نفس النظام المالي في العقود الادارية بصفة عامة ام يختلف عنه ؟ لذا سيكون المبحث الثاني مخصصاً لدراسة النظام المالي لعقد ألامتياز، وعليه سيكون تقسيم الدراسة في هذا الفصل كالاتي:

المبحث الاول / أشخاص عقد الامتياز ومستنداته .

المبحث الثاني/ النظام المالي لعقد الامتياز .

المبحث الاول
اشخاص عقد ألامتياز ومستنداته

تختلف طرق ابرام العقود ألادارية من عقد الى آخر وتختلف طريقة ابرام عقد ألامتياز عن العقود الاخرى لذا نبين في المطلب الاول اطراف هذا العقد والغير في عقد الامتياز، وفي المطلب الثاني نبحث في الشكلية في عقد ألامتياز وبيان أهم مستنداته ونطاق هذا العقد،ثم نخصص المطلب الثالث للبحث في طرق أختيار المتعاقد ومدى حرية ألادارة في أختيار المتعاقد .

المطلب الاول / أطراف عقد الامتياز

في عقد الامتياز تعهد الدولة اوأي شخص معنوي عام لاحد أشخاص القانون الخاص بأدارة واستثمار مرفق عام ، فعقد الامتياز يقوم على اساس تلاقي ارادتين بقصد احداث أثر قانوني معين شأن أي عقد اخر ، الا أن هذه العقود تختلف عن العقود الآخرى من حيث تفاوت المراكز القانونية لاطراف العقد، حيث أن أحد أطراف العقد هو شخص سيادي (الدولة أو أحد الاشخاص المعنوية) والطرف الثاني هو شخص من أشخاص القانون الخاص سواء كان وطنياً أم أجنبياً[1].

وعلى ذلك فان اطراف العقد هما السلطة مانحة الامتياز والطرف الثاني هو صاحب الامتياز(الملتزم) أي الشخص المتعاقد مع الادارة ،ومن ناحية ثانية لايقتصر اثرعقد الامتياز على اطرافه فقط بل يمتد أثره الى الغير العقد كالمنتفعين من المرفق او العاملين فيه او اصحاب الاراضي في بعض الاحيان العقد ونبين ذلك كالآتي:

الفرع الاول/السلطة مانحة الامتياز.

---

[1] ينظرد. بشار محمد الاسعد،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،المصدر السابق،ص١٤.

تعتبر الدولة او احد الاشخاص المعنوية التابعة لها الطرف الاول في عقد الامتياز وهذه الاشخاص المعنوية قد تكون وطنية تمثل كل البلد او اشخاص معنوية محلية كالمحافظة او القضاء او الناحية والبلدية ،فالاشخاص العامة وحدها فقط تأخذ صفة مانح الامتياز، لان المرافق العامة مرتبطة بهذه الاشخاص والشخص العام هو الذي يحدد طريقة ادارة المرفق[١] .

ان عملية منح الامتياز تدخل في الاختصاص الحصري لاشخاص القانون العام، عليه فان اشخاص القانون الخاص لايمكن لهم ان يمنحوا امتياز لادارة مرفق عام ولو كان هذا الشخص وكيلاً عن الادارة ،وهذا ماجرى عليه العمل في فرنسا ومصر، وفي لبنان ذهبت هيئة التشريع التابعة لوزراة العدل في أجتهاد لها الى أن (الامتياز المعطى لشركة انطلياس لتوزيع الطاقة الكهربائيه يتضمن عقداً ادارياً من حيث طبيعتة لانه يحمل في طياته المقاييس والعناصرالتي بتوفراها يعتبر العقد ادارياً من حيث طبيعته وان هذه العناصر هي الاتية: اجراء العقد من طرف ادارة عامة....)[٢]، وذهب القانون المدني العراقي الى نفس الاتجاه حيث اشارت المادة (٨٩١) الى ان عقد الالتزام يكون بين الحكومة وبين فرد او شركة خاصة ومن ذلك يتبين ان الحكومة (الادارة) كسلطة مانحة للأمتيازهي احد اطراف عقد الأمتياز ، ،ولكن من هي السلطة المختصة داخل الحكومة بمنح الامتياز؟

ان السلطة المختصة بمنح الامتياز تختلف باختلاف موضوع الامتياز وحسب كون المرفق وطنياً او محلياً،فالمرافق العامة الوطنية تتميز باهميتها وحساسيتها من النواحي القانونية والسياسية وعليه اتجهت بعض الدول الى ضرورة موافقة السلطة التشريعية (البرلمان)على منح الامتياز ،فعند قيام الادارة بإبرام عقد امتياز فلابد من تصديق البرلمان على هذا العقد ،وان العقد لايعد مبرماً الا اذا وافقت السلطتين معاً(السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية) حيث ان السلطة التشريعية تملك الاختصاص في الترخيص بابرام العقد،اما السلطة التنفيذية فلها الحق في تنفيذ هذا العقد او الامتناع عن ذلك،فاذا لم توافق السلطتين معاً فلا يعد العقد قائماً ولانكون امام عقد امتياز[٣] .

في حين أن بعض الدساتير جعلت منح الإمتياز في المرافق العامة المهمة من أختصاص البرلمان وأعطت بعض الهيئات العامة والهيئات المحلية سلطة إبرام عقد الإمتياز كمجالس المحافظات وذلك في حالة كون المرفق ذا طبيعة محلية[٤]،

في حين ان قسم من الدساتير تطلب موافقة البرلمان على عقود الإمتياز فالدستور السوري لسنة ١٩٥٠ أشار الى انه(لايجوز منح احتكار او امتياز او استثمار شئ من ثروة البلاد او استغلال الا بقانون ولمدة محدودة)[٥] .

---

[١] ينظرد. علي محمد بدير وأخرون،المصدر السابق ،ص،٢٧٣ و مروان محي الدين القطب ، المصدر السابق ، ص٩٦ .

[٢] رأي ٧٣/٣٣٢ بتاريخ ١٩٧٣/١٢/٧ مجموعة أجتهادات هيئة التشريع والاستشارات في وزارة العدل اللبنانية ،ج٣ ،منشورات صادر الحقوقية ،٢٠٠٤ ،ص ٣٢٧٥ .

[٣] ينظر د. برهان زريق، البطلان في العقد الاداري ،المكتبة القانونية،دمشق ،٢٠٠٤،ص٤٠.

[٤] حيث نصت المادة(١٣٨) من قانون البلديات الجزائري رقم ٩٠ – ٨٠ لسنة ١٩٩٠ على(اذا لم يمكن استغلال المصالح العمومية البلدية أستغلالاً مباشراً دون أن ينجم عن ذلك ضرر جاز للبلدية منح الإمتياز)فهذا القانون قد أعطى البلديات الحق في منح ألإمتياز .

[٥] ينظر المادة (١٤٦)من الدستور السوري .

في حين ذهب الدستور الاردني الى ان (كل امتياز يعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم او المعادن او المرافق العامة يجب ان يصدق عليه بقانون)[١] فالدستور الاردني يتطلب صدور قانون خاص لمنح الامتياز وبالفعل صادق البرلمان الاردني على العديد من الامتيازلت ومنها امتياز مصفاة البترول الاردنية المساهمة المحدودة[٢] .

وقد ذهب النظام الأساسي السعودي الى نفس أتجاه الدساتير العربية وأشار هذا النظام الى إنه لايجوز منح الإمتياز إلا بموجب نظام خاص[٣] .

ويلاحظ ان الدستور المصري لسنة١٩٧١ نص على(ينضم القانون القواعد والاجراءت الخاصه لمنح الالتزامات المتعلقه باستقلال موارد الثروه الطبيعيه والمرافق العامه٠٠)[٤] ونجد مثل هذا النص في دستورسنة ١٩٢٣ ودستور سنة ١٩٦٤ ودستور سنة ١٩٥٦[٥] ، وهكذا فالدساتير المصريه أحالت تنظيم الالتزام ومنحه الى القانون وبالفعل صدرت في مصر قوانين لتنظيم الالتزام[٦] ومنها القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ الخاص بنظام التزام المرافق العامة كما صدر القانون (٦١) لسنة١٩٥٨ الخاص بمنح الامتيازات المتعلقة بأستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة[٧]، وحسب هذا القانون فان منح الامتياز يكون بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب وذلك في المرافق العامة واستغلال موارد الثروة الطبيعية، اما موارد الثروه المائية ومناطق صيد الطيور في المناطق التابعة لوزارة الحربية فيكون منح الامتياز بقرار من وزير الدفاع اذا لم تتجاوز مدته خمس سنوات، وعمد المشرع المصري الى مجموعة من التعديلات على هذه القوانين ومنها صدور القانون رقم(١٠٠) لسنة ١٩٩٦ الخاص بهيأة كهرباء مصر وهذا القانون والقوانين الاخرى التي صدرت مؤخراً جعلت منح الامتيازات بقرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير المختص[٨] ومن هذا هذا يتبين أنه اصبح بلامكان منح ألامتياز دون موافقة البرلمان٠

وقد سار الدستور اللبناني على خطى الدستور المصري حيث نص على (لايجوز منح أي التزام او امتياز لاستغلال مورد من موارد البلاد الطبيعية او مصلحة ذات صفة عامة او احتكار الابموجب قانون ولزمن محدد)[٩].

---

[١] ينظر المادة(١٧) من الدستور الاردني .

[٢] ينظر د٠ حمدي القبيلات،القانون الاداري،دار وائل للنشر ،عمان-الاردن،٢٠٠٨ ،ص٣٢٥ .

[٣] نصت المدة(١٥) من النظام الاساسي السعودي على (لايجوز منح إمتياز أو إستثمار مورد من موارد البلاد العامة إلا بموجب نظام) .

[٤] ينظر المادة (١٢٣) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١.

[٥] المادة (١٢٣) من دستور مصر لسنة ١٩٢٣ نصت على (كل إلتزام موضوعه إستغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية .... وكا إحتكار لايجوز منحه إلا بقانون والى زمن محدود) .

[٦] ينظر د. رمضان محمد بطيخ ،قيود إبرام العقد الاداري ،بحث منشور على الموقع الأليكتروني www. Com http:// /account / file /gcb 353 -4 /------ htm 1

[٧] فوفقاً لنص المادة الاولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ بشأن منح الإمتيازات في مصر ، يكون منح ألإمتيازات ألإمتيازات المتعلقة بأستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ،وكذلك أي تعديل في شروط الإمتياز يتعلق بشخص صاحب ألإمتياز أو مدة ألإمتياز ... بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة .

[٨] صدرت العديد من التعديلات في مصر منها القانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ الخاص بالامتيازات في الطرق العامة والقانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ الخاص بمنح الامتيازات لانشاء وادارة واستغلال المطارات واراضي النزول .

[٩] ينظر الما دة (٨٩) من الدستور اللبناني .

اما في العراق نجد ان القانون الاساسي في العراق لسنة ١٩٢٥ نص على (لايعطى انحصار او امتياز لاستثمار مورد من موارد البلاد الطبيعية او لاستعماله او مصلحة من المصالح العامة ولا تعطى الواردات الاميرية بالالتزام الابموجب القانون على ان ما يتجاوز منها مدة ثلاث سنوات يجب ان يقترن بقانون خاص)[١]، اما دستور سنة ١٩٧٠ فقد نص على ان (الثروات الطبيعية ووسائل الانتاج الاساسية ملك للشعب تستثمرها السلطة المركزية في جمهورية العراق استثماراً مباشراً وفقا لمقتضيات التخطيط العام للاقتصاد الوطني[٢]، ومن هذه النصوص يتبين ان القانون الاساسي لسنة ١٩٢٥ اشترط صدورقانون خاص لمنح أي التزام في حين ان دستور سنة ١٩٧٠ لم يشير الى ذلك بل اشار الى ان الثروات الطبيعية تستثمر من السلطة المركزية استثماراً مباشراً وعبارة الاستثمار المباشر تتنافى مع طبيعة عقود الامتياز التي تتطلب ان يقوم المتعاقد باستغلال المرفق وتقديم الخدمات للافراد[٣].

اما الدستور العراقي الحالي دستور سنة ٢٠٠٥ قد نص في المادة (٢٧) منه على (تنظم بقانون الاحكام الخاصة بحفظ املاك الدولة وادارتها وشروط التصرف بها والحدود التي لايجوز النزول عن شئ من هذه الاموال) ، ومن هذا النص يتبين ان ادارة املاك الدولة واستغلالها ومنها المرافق العامة تنظم بقانون، الا انه يلاحظ عدم صدور أي قانون الى الآن في ظل هذا الدستور ينظم ادارة المرافق العامة الاقتصادية بصفة عامة ،ماعدا حالات معينة صدرت فيها قوانين خاصة بتنظيمها مثل القانون الخاص بالاستثمار في تصفية النفط الخام رقم(٦٤) لسنة ٢٠٠٦ ،وقانون الاستثمار رقم(١٣) لسنة ٢٠٠٦ ونظم هذا القانون جزء من عمليات الاستثمار التي تكون الدولة طرفاً فيها ، وتوجد مشاريع لعدة قوانين اخرى اهمها مشروع قانون النفط والغاز ، اما فيما يخص عقود الهاتف الخلوي فنجد ان السلطة المختصة بابرام هذه العقود هي هيئة الاتصالات ، وهي هيئة شكلة بموجب امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٤ وقد اعطى الدستور العراقي لهذه الهيئة الاستقلالية من الناحية المالية والادارية واعتبرها مرتبطة بمجلس النواب ، ومنحها المشرع الصلاحية الحصرية لمنح التراخيص[٤] .

اما منح الامتيازات في مجال النفط والغاز فقد نص دستور سنة٢٠٠٥ على ان الحكومة الاتحادية هي التي تتولى ادارة النفط والغاز المستخرج من الحقول النفطية بالتنسيق مع حكومات الاقاليم ولايجوز لحكومات الاقاليم التصرف بهذه الثروه لوحدها[٥]، وذهب مشروع قانون النفط والغاز الى اعطاء المجلس الاتحادي للنفط والغاز سلطة البت في العقود النفطية وذلك بعد قيام وزارة النفط بالتفاوض وأبرام العقد[٦] ، وحقيق بالذكر ان المجلس الاتحادي هو المسؤول في البت في العقود النفطية،

---

[١] ينظر المادة (٩٤)من القانون الاساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ .

[٢] ينظر المادة (١٣) من الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠.

[٣] ينظر د. محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية ، المصدر السابق، ص ٢٨.

[٤] ينظر المادة (١٠٣) فقره (١) و(٢) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ .

[٥] نصت المادة (١١٢) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ على(اولاً-تقوم الحكومة الاتحادية بأدارة النفط والغاز المستخرج من الحقول الحالية مع حكومات الاقاليم والمحافظات المنتجة ،على ان توزع وارداتها بشكل منصف يتناسب مع التوزيع السكاني في جميع انحاء البلاد، مع تحديد حصة لمدة محددة للاقاليم المتضررة، ...) .

[٦] ينظر المادة(١٨)من مشروع قانون النفط والغاز العراقي .

واستناداً الى الدستور فانه لايجوز لحكومات الاقاليم التصرف بهذه الثروة دون موافقة الحكومة الاتحادية[١] .

الفرع الثاني/ صاحب الامتياز.

ويقصد به المتعاقد المناط به تنفيذ العقد ، وصاحب الامتياز قد يكون فرداً عادياً او شركة وطنياً كان ام اجنبياً ، والضابط في تحديد شخصية المتعاقد هو الجنسية، فلمعرفة جنسية الاشخاص الاعتبارية توجد عدة معايير ،منها معيار جنسية الاشخاص المكونين للشخص المعنوي اومعيار مكان التاسيس اومركزالاستغلال او مركز الادارة او معيارالرقابة ،والمشرع العراقي حسب الماده(٢٣) من قانون الشركات رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ التي نصت على(تكون الشركة المؤسسة في العراق وفق احكام هذا القانون عراقية)، كذالك اشترط هذا القانون ان يكون مقر الشركة الرئيسي في العراق[٢] فالشركة تعد عراقية اذا اسست في العراق وبموجب القوانين العراقية وكان مقرها الرئيس في العراق وعليه فالمعيارالذي اخذ به القانون العراقي هو ان الشركة تكتسب جنسية الدولة التي ظهرت الى الوجود بموجب قوانينها[٣]

مما سلف يتبين أن المتعاقد مع الادارة في عقد الامتياز يجب ان يكون من اشخاص القانون الخاص وهذا ماذهب اليه القانون المدني العراقي في المادة (٨٩١) وكذلك القانون المدني المصري في المادة(٨٨٦)،ولكن وفقاً لتطورات التي اصابت النظرة الى المرفق العام،حيث لم يبدو ضروريا ان يكون من يتولى ادارة المرفق العامة بالامتياز شخص من اشخاص القانون الخاص بل قد يكون من اشخاص القانون العام والاجتهاد في فرنسا ذهب الى انه ليس هناك مايمنع اشخاص القانون العام من ان يعهد اليهم ادارة مرفق عام عن طريق الامتياز،كما في مرفق الكهرباء في فرنسا فالشخص العام يمكن ان يدير المرفق العام عن طريق الامتياز ولو على نطاق ضيق[٤].

ورغم ذلك فان البعض يرى انه اذا كان صاحب الامتياز من الاشخاص المعنوية العامة فلامجال لتطبيق قواعد الامتياز، وخاصة تلك التي تعترف للسلطة المانحة بالعديد من الحقوق،حيث يقتصر الامر هنا على تحويل جزء من اختصاص شخص عام الى شخص عام اخر[٥].

ويلاحظ ان صاحب الامتياز عند تعاقده مع الادارة قد يمنح احتكار قانوني بموجب القانون او بموجب شروط العقد او إن الظروف تدعوا لوجود احتكار فعلي ففي هذه الحال لا يمكن تعدد اصحاب ألإمتياز لكن عند عدم وجود الاحتكار القانوني او الفعلي فانه بالامكان تعدد اصحاب الامتياز وتستطيع الادارة التعاقد مع اكثر من صاحب امتياز، ويجوز لاصحاب الامتياز تشكيل شركة خاصة بهم لادارة الامتياز ولانكون هنا امام تعدد لاصحاب الامتياز وانما يتم التعاقد مع الشركة المبثقه ونكون امام صاحب

---

[١] وجدير بالذكر ان حكومة اقليم كردستان ابرمت عقود امتياز خاصة باستغلال الثروة النفطية دون الرجوع الى الحكومة الاتحادية مما أثار ازمة سياسية وقانونية بين الحكومة الاتحادية وحكومة الاقليم،ولم يزل الامر سجال ولما يحسم قانوناً .

[٢] ينظر المادة (١٣) الفقره الثانيه من قانون الشركات العراقية رقم.

[٣] ينظر د ٠ لطيف جبر كو ماتي،الشركات التجارية- دراسة مقارنة ،مطبعة الفائق-بغداد،٢٠٠٨ ،ص٥٥ .

[٤] ينظر د . عمار بوضياف ،عقد الامتياز ودوره في تطوير العلاقة بين الادارة المحلية والقطاع الخاص ،بحث منشور على الموقع الالكتروني http:www. Droit-dz . com ، ومروان محي الدين القطب،ص٩٨.

[٥] ينظر د ٠ حسين عثمان ،اصول القانون الاداري ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت-لبنان ،٢٠٠٨ ،ص٥٢١.

امتياز واحد فقد تتفق عدة شركات وخاصة في مجال النفط ومن جنسيات مختلفة لاستثمار حقل ما، وقد يتعدد اصحاب الامتياز دون ان يكون بينهم رابط مشترك وهذه الحالة تكون عند تعاقد الادارة مع عدة اصحاب امتياز لادارة نفس المرفق ولكن دون ان يؤثر عمل احد اصحاب الامتيازعلى عمل الاخرين ، وهذا الامر نجده في نشاط مرافق السفن والطائرات.

الفرع الثالث/ الغير عن عقد الامتياز

في نطاق القانون الخاص تخضع العقود لقاعدة نسبية اثارها حيث لايسري العقد الا بحق اطرافه[١]، ولكن الامر مختلف فيه بالنسبة للعقود الادارية فهناك من ذهب الى ان هذه القاعده تطبق على العقود الادارية ، في حين رأى القسم الاكبر من الفقه انه لامجال لتطبيق قاعدة نسبية اثار العقد على العقود الادارية ،وان اثار العقد يمكن ان تمتد الى اشخاص هم ليسوا اطرافا في العقد فالادارة تسعى من وراء هذه العقود الى تسيير المرافق العامة وبالتعاون مع المتعاقد معها ،وقد ترى الادارة منح المتعاقد بعض السلطات العامة ومنحه لهذه السلطات قد يؤثر على الغير، كذلك قد تعطي الادارة حقوقا لبعض الاشخاص ويستطيع هؤلاء الاشخاص مع انهم غير عن العقد التدخل والمطالبة ببعض الحقوق ، وسنبحث اولا في الاساس القانوني لامتداد اثار العقد الى الغير ثم نحدد الغير في عقد الامتياز وكالاتي:

المقصد الاول: الاساس القانوني لامتداد اثار العقود الاداريه الى الغير

اختلف الفقه في تحديد الاساس القانوني لأمتداد اثار العقود الادارية الى الغير ،حيث قيلت بهذا الشأن ثلاث اراء نفصلها على النحو الآتي:.

الرأي الاول: الاشتراط لمصلحة الغير.

ذهب اصحاب هذا الرأي لتفسير الاساس القانوني لامتداد اثار عقد الامتياز الى الغير وذلك بالرجوع الى مبدأ الاشتراط لمصلحة الغير وحسب مانصت عليه القوانين المدنية[٢] ،وتطبق هذه النظرية عندما يكون هناك شرط لمصلحة الغير عند أبرام شخصان عقد معين ويشترط احدهما على الآخر حقاً لشخص ثالث يستمده من العقد مباشرةً[٣] .

وقد سلم بعض فقهاء القانون العام بامكانية تطبيق هذه النظرية على العقود الادارية ، ومن ابرز هذه التطبيقات حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر عام ١٩٣٨ في قضية(chemin defe dela camargue) ، وتتلخص هذه القضية:بقيام احد المقاطعات الفرنسيه بمنح احد الشركات حق استغلال السكك الحديدية المحلية بموجب عقد الامتياز ،وتضمن هذا العقد شرطاً احتفظت بمقتضاه الحكومة بحق مد خطوط تلفونية فوق المنطقة المخصصة للمرفق موضوع الاتفاق ، ولما حدث خلاف حول تفسير هذا الشرط اوضح المفوض(lograngc) ان هذا الشرط وجد لمصلحة الحكومة ولم يوجد لمصلحة المنتفعين، وعقد الامتياز وجد لمصلحة المنتفعين بمساعدة الادارة[٤]

---

[١] ينظر المادة(١٤٢)/١ من القانون المدني العراقي ،وينظر د٠ حسن علي ذنون ،النظرية العامة للإلتزامات ، بغداد ،١٩٧٦،ص ١٥٩ ٠

[٢] ينظر المواد(١٥٢) و(١٥٣) و(١٥٤) في القانون المدني العراقي حول الاشتراط لمصلحة الغير.

[٣] ينظر د. منذر الفضل ،النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول-مصادر الألتزام ،بغداد،ط١ ، ١٩٩١ ،ص٢٢٨ .

[٤] ينظر د٠ عبد الفتاح ابوا لليل ،الوجيز في القانون الاداري، دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٠،ص١.

،ويلاحظ من هذا التفسير أن عقد الأمتياز فيه اشتراط لمصلحة طرف ثالث وهو المنتفع وهذا تطبيق لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير .

وقد أنتقد هذا الرأي ومن الانتقادات الموجهة الي إنه يشترط لتطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ان يكون المستفيد معيناً وهذا الشرط لايمكن تحققه في عقود الامتياز ، كذلك ان هذه النظرية ان صلحت لتفسير الحقوق المقررة للغير في العقود الاداريه فانها لا تصلح لتفسير الاعباء او الالتزامات التي تفرضها العقود على الغير، كذلك فان هذه النظرية تعطي حقاً مباشراً للغير بموجب العقد ، الا انه يلاحظ في عقد الامتياز ان المنتفع قد يتمتع بحقوق اكثر من تلك التى تقررها نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حيث يستطيع المنتفع ان يقاضي الادارة ذاتها وهذا لا يتفق مع فكرة الاشتراط لمصلحة الغير[١]. ولذلك فأن هذه النظرية لا تصلح كاساس لتبرير امتداد اثار العقد الى الغير في عقود الامتياز.

الرأي الثاني:الاستناد الى الطبيعة الذاتية للعقود الادارية.

وحسب هذا الرأي فإنه من غير الجائز التقيد بالقاعدة المدنية التي تقصر اثار العقد على اطرافه واعتبار ان نظرية الاشتراط لمصلحة الغير هي مبرر للآثار التي تولدها العقود الادارية في مواجهة الغير ، حيث اكد اصحاب هذا الرأي ان طبيعة العقود الادارية هي التي ترتب اثاراً لصالح الغير لانها وسيلة من وسائل الادارة لتحقيق الصالح العام ، وان ارادة الادارة باعتبارها تسعى للصالح العام هي التي تولد الاثار تجاه الغير[٢] ، الا ان هذا الرأي انتقد ايضاً على اعتبار انه يرجع اثار العقود الادارية تجاه الغير الى طبيعة الاختصاصات الادارية بصفة عامة في حين ان العقود الادارية هي المصدر المباشر لكل ألآثار ، فالعقد الاداري هو عقد بمعنى الكلمة ويتكون من طرفين وهذه العقود هي التي تجعل المتعاقد دائناً ومديناً بتلك الاثار في مواجهة الغير[٣] .

الرأي الثالث/ انكار المبدأ في ذاته ومحاولة تبرير كل حاله على حده.

حاول اصحاب هذا الراي تبرير كل حالة على حده بحيث لا توجد قاعدة عامة ففي بعض العقود الادارية يرجع الاساس القانوني لامتداد اثار العقد الى الغيرالى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في حين انه في عقد الامتياز فان الاساس يرجع الى الطبيعة اللائحية للشروط الواردة في عقد الامتياز وهذا ماذهب اليه الفقيه دي لوبادير، ولكن وحسب مايرى الدكتور سليمان الطماوي فأن تفسير الاساس القانوني لاثار العقد الاداري تجاه الغير يستند الى الافكار الرئيسية للعقد الاداري وصلة العقد بالمرفق العام ووجود الشروط اللائحية في هذه العقود وليس في عقد الامتياز فقط كما ذهب الفقيه دي لوباري ، وبالتالي فان العقود الادارية تخرج من طائفة العقود المدنية ، فهذه العقود تتكون من شروط عقدية وشروط لائحية، فالشرط العقدية لا تمتد اثارها تجاه الغير الا اذا نصت هذه الشروط على ذلك وهنا تطبق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، في حين ان الشروط اللائحية يمكن ان تمتد اثارها الى للغير[٤]، ونحن نميل الى التبرير الذي يذهب الى ان

---

[١] ينظرد .سليمان الطاوي، الاسس العامة للعقود الادارية ، المصدر السابق ، ص ٦٨٦ .

[٢] وأول من نادى بهذه النظرية الفقيه(جورج بكينو) للمزيد ينظر د. محمد فؤاد مهنا ،حقوق الافراد أزاء المرافق العامة ،بحث منشور في مجلة مجلس الدولة، السنة الثانية،١٩٥٩ ،ص١٨٧ .

[٣] ينظر د٠ محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني، العقود المسمات ،ص ٣١٠.

[٤] ينظر د٠ سليمان الطماوي،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدرالسابق ،ص ٦٩١ ٠

امتداد اثار العقد الى الغير يأتي بسبب طبيعة العقود الادارية واتصالها بالمرفق العام وبسبب وجود الشروط اللائحية في العقد وأن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لايمكن تطبيقها على العقو الادارية لانها من نظريات القانون الخاص وأن تبرير امتداد اثار عقد الامتياز فقط الى الغير بسبب الشروط اللائحية غير صحيح على أعتبار ان الشروط اللائحية يمكن ان توجد في كافة العقود الادارية إذاً فطبيعة العقد الاداري واتصاله بالمرفق العام هو الذي يبرر أمتداد آثار هذا العقد الى الغير ٠

المقصد الثاني :تحديد الغير في عقد الامتياز

الغير في عقد الامتياز هم الاشخاص الذين تمتد اليهم اثار العقد دون ان يكونوا اطرافاً في هذا العقد عند انعقاده ويشمل ذلك عدة فئات منهم المنتفعون وملاك الاراضي والعمال وسنبين ذلك على النحو الاتي :

اولاً: المنتفعون

يعرف المنتفع بأنه كل شخص يحصل على خدمة المرفق العام لقاء مقابل يدفعه بشكل رسم او تعريفة بصورة مباشرة او غير مباشرة مستخدما بذلك المنشأت الموجودة في اطار المهمة المرفقية، ويعرف ايضا بأنه كل شخص يقوم بخطوة عملية خاصة تعبر عن رغبته بالاستفادة من الخدمة التي يؤمنها المرفق ،مثلا اتمام المعاملة اللازمة للحصول على المياه في المنزل او الهاتف او توقيع عقد معين مع صاحب الامتياز[١] .

وقد ربط الفقهاء بين وجود المنتفع ووجود عقد الامتياز ومنهم الفقيه (gilli) الذي اعتبر ان منفذ المرفق العام ولطالما انه ليس على علاقة بالمنتفعين فإنه لايمكن اعتباره من الاشخاص المكلفين بأدارته واستثماره[٢].

وعلاقة المنتفع بصاحب الامتياز لايشترط فيها ان تكون مباشرة فهذه العلاقة قد تكون غير مباشرة ،فأساس هذه العلاقة هو وجود خدمة تقدم الى المنتفع وان يقوم هذا المنتفع بدفع المقابل المالي الى صاحب الامتياز ، الا ان التطور الحديث لعقود الامتيازاظهر انه ليس من الضروري ان تكون العائدات التي يحصل عليها صاحب الامتياز مدفوعة من المنتفع فقديكون المنتفع هو الدولة او الجماعة العامة ،بحيث لايوجد منتفع محدد ، ومثال على ذلك عقد امتياز موضوعة جمع النفايات المنزلية ومعالجتها مقابل ثمن تدفعه الادارة العامة الى صاحب الامتياز بعد ان تفرض رسوماً معينة على المنتفعين لتغطية الثمن المدفوع[٣].

والمنتفع لايحصل على الخدمه هكذا دون أي عملا منه ، فلغرض حصوله على الخدمة لابد ان يقوم بعمل ايجابي مثل تقديم طلب او ملء استمارة معينة ومثال ذلك ملء عقد خدمة الهواتف النقالة للحصول على خدمة الاتصال ومن أمثلة ذلك في العراق عقود شركة زين العراق او آسيا سيل وغيرها للهواتف النقالة.

---

[١] ينظر هيام جورج ملاحظ ، المياه والامتياز في الشرع اللبناني ، المصدر السابق ، ص ٢٣٥ووليد حيدر جابر التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة، المصدرالسابق ،ص١٢٥ .

[2] Alxpiration inacherees d,urbanismes ies opcrations ، gilli top p.667-668– delacocession rfda 1989.

نقلاً عن وليد حيدر جابر ،المصدر نفسه ،ص١٢٦

[٣] ينظرد. وليد حيدر جابر ،المصدر نفسه ،ص ١٢٧.

على هذا فالمنتفع ليس طرفا في عقد الامتياز ولكنه يدخل في علاقة مع الادارة وصاحب الامتياز ،وقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة العلاقة بين صاحب الامتياز والمنتفع هل هي علاقة عقدية ام لا ؟.

ذهب قسم من الفقه الى ان هذه العلاقة هي ليست علاقة عقدية بل أن المنتفع يخضع لمركز قانوني يحكمه قانون المرافق العامة وهذا المركز ينظمة عقد الامتياز وبالأحرى الشروط اللائحية في العقد[١] ، في حين يرى اتجاه اخر ان العلاقة بين الملتزم والمنتفع هو عقد عقدية تخضع لقواعد القانون الخاص، غير انه يجب ملاحظة ان هذا العقد يستند الى عقد الامتياز وفي اطار شروط هذا العقد[٢]، فهذا العقد هو عقد بالمعنى الصحيح لا أرادة منفردة يقوم على الايجاب والقبول ، وهو عقد مدني لكنه يختلف عن العقود المدنية لأنه يخضع لنظام مقرر وضعه العقد الاداري (عقد الامتياز) ويسميه الفقيه (ديموج) بالعقد التنظيمي ، فالعقد المدني يخضع للعقد الاداري التنظيمي[٣].

وقد ذهب القانون المدني العراقي الى نفس هذا الاتجاه حيث كيف العلاقة بين المنتفع والملتزم بانها عقد مدني ،حيث نصت المادة(٨٩٢) منه على (ملتزم المرفق العام ملزماً بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للاجر الذي يقيضه وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ماينظم هذا العمل من قوانين) الا ان ذلك لايعني ان هذه العلاقة بين المنتفع وصاحب الامتياز تستوجب ان يرتبطان بعقد خاص،فالمنتفع يستطيع الاستفادة من خدمات المرفق استناداً الى الشروط اللائحية في عقد الامتياز اذا ماتوفرت في المنتفع شروط الانتفاع[٤].

ثانياً :العاملون في المرفق

يمكن تعريف العاملون بانهم الاشخاص الذين يعملون في المرفق العام والذي يديره صاحب الامتياز ويعتمد عليهم صاحب الامتياز في ادارة المرفق كالحراس والمهندسين والفنيين وغيرهم،فالعاملون يعدون من الغير عن عقد الامتياز فهم ليسوا اطرافاً في العقد[٥] ، ويتم اختيار هؤلاءالعاملين في المرفق من قبل الملتزم ، وتكون العلاقة مباشرة بين الملتزم والعاملين في المرفق ويخضع هؤلاء العمال لعقود العمل الموقعة بينهم وبين صاحب الامتياز فلايمكن اعتبارهم موظفين عمومين[٦] رغم ذلك فالادارة تستطيع ان تضع بعض الشروط التي يجب توافرها في العمال كتحديد ساعات العمل والتأمين على العمال من أضرار العمل وغيرها من الشروط التي تجعل هؤلاء العمال يتأثرون بعقد الامتياز رغم كونهم ليسوا طرفاً فيه.

---

[١] ينظر سامي حسن نجم الحمداني ،اثر العقد الاداري بالنسبة للغير، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون-جامعة الموصل ،٢٠٠٥م ، ص٤١ .

[٢] ينظر د٠ سليمان الطماري ،الاسس العامة للعقود الادارية، المصدر السابق ص٤٦٩ ٠

[٣] ينظر رأي (ديموج) أشار اليه العلامة السنهوري ، الوسيط جزء٧ ، المصدر السابق ،ص٢٩٩.

[٤] ينظر د٠ ماجد راغب الحلو، العقود الاداريه، المصدر السابق ،ص٢٠٧.

[٥] ينظرد. صبري حمد خاطر ،الغير عن العقد، دراسة مقارنة في النظرية العامة للالتزام،دار الثقافة ،عمان-الاردن،ط١ ،٢٠٠٣ ،ص٥٧ .

[٦] ينظرد٠ مروان حي الدين القطب ، المصدر السابق ،ص١٠٩ ، وقد عرفت المادة ٩٠ من القانون المدني العراقي عقد العمل بأنه(١- عقد يتعهد به احد طرفيه ان يخصص عمله لخدمة الطرف الاخر ويكون في أدائه تحت توجيهه وادارته مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر ويكون العامل أجيراً خاصاً)

ثالثاً: ملاك الاراضي

قد تتضمن عقود الامتياز شروطاً لصالح ملاك الاراضي المجاورين لمنطقة الامتياز ويستطيع هؤلاء الملاك الاستناد الى تلك الشروط لحماية مصالحهم رغم كونهم من الغير عن العقد ، ومن الامثلة على ذلك مانصت عليه الاتفاقية المعقودة بين العراق والشركة التركية عام ١٩٢٥ والتي اعتبرت ان الاراضي غير الاميرية تستملك بالاتفاق بين الشركة وصاحب الارض واذا تعذر الاتفاق تعتبر الحكومة هذه الاراضي لازمة لاحد المشاريع العامة وتستملكها وفقا للقانون[١]، ومثال على ذلك ايضاً مانصت عليه الاتفاقيه المعقودة بين الحكومة اللبنانية وشركة (مدريكو) فقد جاء فى المادة (٢٧)منها (....اما الاراضي الخاصه التى تعتبر ضروريه للمشروع ، وهي ليست من املاك الدولة ، فتشتريها الدولة بالتراضي مع ماليكها ، فاذا تعذر الاتفاق ، ورات الحكومة ان استملاك هذه الاراضي ضروري للمشروع فتستفيد الشركة لحيازة هذه الاراضي من حق الحكومة في الاستملاك العام وفقاً للقوانين والانظمة وبعد استملاك هذه الاراضي تسجل بإسم الشركة)[٢] ومن الامثلة ايضاً العقود التي تبرم بين اصحاب الاراضي والمنازل والشركات صاحبة الامتياز من اجل اقامة اجهزة الارسال ومستلزماتها في عقد الهواتف النقالة فقد تقوم بتاجير الابنية والاراضي لوضع اجهزه الارسال والاستقبال عليها[٣].

المطلب الثاني / نطاق عقد الامتياز ومستنداته

سنبحث في المستندات اللازمة لابرام العقد والشكلية ويكون ذلك كالاتي:.

الفرع الاول/نطاق عقد الامتياز

لبحث نطاق عقد الامتياز لابد من بيان نطاق هذا العقد من حيث اطرافه ومن حيث الموضوع والمكان وبما انه تم بحث اطراف العقد في المطلب السابق سيتم البحث في هذا المطلب فقط في نطاق عقد الامتياز من حيث المكان والموضوع .

المقصد الاول:نطاق عقد الامتياز من حيث المكان

قد يتم تحديد نطاق مكاني معين للامتياز في العقد نفسه، والمقصود به الرقعة الجغرافية التي يستطيع صاحب الامتياز ان يمارس عليها كافة حقوقه التي انشأها العقد ، فغالباً مايتم تحديد المجال الجغرافي الذي يستطيع صاحب الامتياز ممارسة نشاطه عليه، و المعمول به في الوقت الحالي وخاصة في مجال عقود البترول هو تقسيم اراضي الدولة الى عدة مناطق ثم تعرض هذه الاراضي للاستغلال، ومن ثم تستغل وفق امتيازات مختلفة عن بعضها البعض[٤].

ونذكر على سبيل المثال لاالحصر عقد شركة عراقنا للهواتف النقالة حيث اقتصر النطاق المكاني للامتياز في اول الامر على المنطقة الوسطى في العراق كذلك شركة اثير اقتصر عقدها في المنطقه الجنوبية ونفس الامر بالنسبة لشركة اسيا سيل حيث حدد

---

[١] ينظر الاتفاقية العراقية والشركة التركية لعام ١٩٢٥

[٢] ينظر د٠ غسان رباح ، المصدر السابق ، ص٢٠٥

[٣] ومن الأمثلة على ذلك العقود التي تبرم بين أصحاب الأراضي والمنازل وشركات الاتصالات في العراق، زين العراق –آسيا سيل والتي بموجبها تضع هذه الشركات المرسلات والابراج الخاصة بها فوق هذه المنازل والاراضي .

[٤] ينظرد٠ محمود محمد علي صبره ، المصدر السابق ، ص٤٢٢

نطـاق الامتيـاز بالمنطقـة الشـمالية، ومـن الامثلـة علـى ذلـك الاتفاقيـة التـي عقـدت بـين الحكومـة العراقيـة وشـركة الـنفط التركيـة سـنة ١٩٣١ والتـي اقـرت بـان يشـمل الامتيـاز مناطق مساحتها (٣٢٠٠٠) ميل مربع يمثل الاراضي الواقعة الى شرقي نهر دجله في ولايتي بغداد والموصل[١]، ايضاً قد يحدد النطاق المكاني للامتياز من خلال خطوط الطـول والعـرض ، كالاتفاقيـة المبرمـة بـين الحكومـة العراقيـة وشـركة اسـتثمار الـنفط البرطانية (B.O.D) والتي عقدت في نيسان عام ١٩٣٢ وحددت مناطق الامتياز بجميع الاراضي التي تقع غربي نهر دجلة وشمالي خط العرض ٣٣ من العراق[٢].

وللنطاق المكاني اهمية في عقد الامتياز فلا يجوز لصاحب الامتياز الخروج عن هذا النطاق وفي بعض الاحيان قد تنص عقود الامتياز على استبعاد المناطق المقدسة من ممارسة اعمال العقد كالاتفاقية المعقودة بين شركة قطر والشركة الانكليزية ، وذلك ان الاماكن المقدسة تتمتع بحماية القوانين ففي العراق يوجد قانون حماية الاثار والتراث رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢ ، كذلك ان الدستور العراقي الحالي قد اكد في المادة العاشرة على حماية العتبات المقدسة والمقامات الدينية٠ وبما ان الدستور قد نص على حماية هذه الاماكن فالادارة هنا مقيده بعدم اعطاء امتياز في هذه المناطق[٣] ٠

المقصد الثاني: نطاق عقد الامتياز من حيث الموضوع

ان موضـوع عقد الامتيـاز هو محل العقد ، المتمثل بحقوق والتزامـات طرفيـه[٤]، فألالتزامات في عقد الامتياز تتعلق غالباً بالنشـاط الخـدمي الـذي يقوم بـه المشـروع محل الالتزام سواءً أكان اقتصادياً تجارياً او صناعياً أم كان خدمياً، وهنـا يجـب قصـر الامتيـاز على الغرض الذي تم التعاقد على اساسه ، فأذا تم التعاقد لانشـاء سكة حديديـة فـلا يجـوز لصاحب الامتياز ان يقوم بأنشاء شبكة كهربائية او حفر ابار نفط ، كذلك لايجوز لـلادارة ان تكلف صاحب الامتياز بأمور هي خارجة عن موضوع الامتياز٠

الفرع الثاني/ الشكلية اللازمة لعقد الامتياز واهم مستنداته

سنتطرق في هذا الفرع الى الشكلية في عقد الامتياز والى اهم مستنداته وذلك على النحو الاتي:

المقصد الاول: الشكل في عقد الامتياز.

من المعروف ان عقود الادارة بصفة عامة لاتخضع لشكل معين ، بل هي متحـررة من الشكلية الا اذا اشترط المشرع صـراحة وجـوب ابرامهـا وفـق شـكل معين ، فالقضـاء

---

[١] ينظر تقرير لجنة التجارة الاتحادية الامريكية عن احتكار النفط الدولي ، المصدر السابق ،ص٤٠

[٢] ينظر عدنان حسن علي محبوبه، دور النفط في بناء العراق المعاصر ١٩٣١-١٩٥٨ ،اطروحة دكتوراه-كلية الآداب- جامعة الكوفه، ١٩٩٦ ،ص ٥٥ .

[٣] نصت المادة (١٠) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ على(العتبات المقدسة، والمقامات الدينية في العراق ، كيانات دينية وحضارية، وتلتزم الدولة بتأكيد وصيانة حرمتها ...)

[٤] ينظر د٠ محمود خلف الجبوري، العقود الادارية،المصدر السابق، ص١٠٨.

الفرنسي استقر على ان شرط كتابة العقد هو شرط متعلق بصحة العقد وليس خاصاً بطبيعته ، وقد نهجت محكمة القضاء الاداري في مصرذات المنهج[١]

وعليه فإن الاصل ليس من الضروري ان يكون العقد الاداري مكتوباً ، حيث يمكن ابرام العقد الاداري شفاهاً فلا تعتبر الكتابة شرطاً لصحة العقد الا اذا نص القانون على كتابة العقد فحينذاك تصبح كتابة العقد واجبة ، الا ان المألوف والشائع في العقود الادارية انها تبرم كتابة لاعتبارات قانونية واقتصادية ومحاسبية لحفظ حقوق المتعاقدين وأن طبيعة بعض العقود تتطلب الشكل الكتابي وهذا ينطبق على عقد الامتياز ، فهذا العقد يمر بعدة مراحل لانعقاده ولخطورة هذا العقد ولما يتمتع به مي مميزات فلابد من وجود الوثائق الكتابية التي تحدد حقوق وواجبات اطراف العقد وخاصة صاحب الامتياز[٢].

وقد استند مجلس الدوله الفرنسي في حكم له الى عدم وجود عقد كتابي للقول بانعدام عقد الامتياز ،وان ما تم بين الادارة والفرد لم يتعد تبادل وجهات النظر[٣].

ومن الملاحظ في الوقت المعاصر ان العلاقات التعاقدية اصبحت تصاغ وفق اشكال نموذجية تعد مسبقا تسمى بالعقود النموذجية ، وتعد الادارة هذه العقود بالاستناد الى خبراتها السابقة والاراء الاستشارية للمهندسين والاستشاريين الذين يملكون الخبرات التي تؤهلهم لذلك.

المقصد الثاني: مستندات عقد الامتياز

تتكون مستندات عقد الامتيازمن وثيقة الامتياز او اتفاقية الامتياز ويلحق بها دفاتر الشروط والتي تضعها الادارة ونبحث ذلك بالاتي :

اولاً: وثيقة الامتياز

وهي الوثيقة التي تتضمن الاتفاق المبرم بين السلطة مانحة الامتياز وصاحب الامتياز، فهذه الوثيقة تتضمن ماهية الالتزام الذي اتفق عليه الطرفان وتتميز بكونها موجزة وتتضمن المبادئ الاساسية التي اتفق عليها الطرفان، في حين تترك التفاصيل الى دفاتر الشروط العامة والخاصة[٤].

اما الشروط التي تتضمنها اتفاقية الامتياز فهي شروط تعاقدية وشروط تنظيمية (لائحية)[٥] ، فالشروط اللائحية هي الشروط التي تتعلق بتحقيق الصالح العام اما الشروط التعاقدية فهي تتعلق اساساً بنصوص مالية وتضمن لصاحب الامتياز الحصول على المقابل المالي عند تشغيله وادارته للمرفق العام، ويحكم هذه الشروط مبدأ التوازن المالي وهي شروط لايمكن ملاحظتها لو ان الادارة قامت بادارة المرفق بنفسها وقد

---

[١] ينظر د٠ سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية، المصدر السابق،ص٣٣٤

[٢] ينظر د. رمضان محمد بطيخ ،قيود إبرام العقد الاداري ،بحث منشور على الموقع الأليكتروني

[٣] حكم مجلس الدولة الفرنسي في سنة ١٩٣١ في قضية ((BONNIEl)) اشاره اليه د٠سليمان الطماوي،المصدر نفسه، ص ٣٣٨ ٠

[٤] ينظرد٠ مروان محي الدين القطب، المصدر السابق،ص٩٥.

[٥] ينظر د. عارف صالح مخلف ،محاضرات القيت على طلبت الدراسات العليا في جامعة الأنبار، غير منشورة ، العام الدراسي ،٢٠٠٨-٢٠٠٩ .

اقتضى وجودها قيام صاحب الامتياز بإدارة المرفق العام وضرورة تنظيم العلاقة بين مانح الامتياز وصاحب الامتياز دون ان تهم المنتفعين بشئ[١].

ثانياً: دفاتر الشروط

من الوثائق المهمة في العقود الادارية بصفة عامة وعقد الامتياز بصفة خاصة دفاتر الشروط وهذه الدفاتر قد تكون دفاتر شروط عامه او دفاتر شروط خاصة[٢] ، فدفاتر الشروط العامة يرمز لها(C.C.G)، وتشمل هذه الدفاتر الشروط التي تنطبق على جميع العقود التي تبرمها وزارة او مصلحة معينة، وان كان العمل قد اصبح يجري على اساس توحيد الشروط التي يصلح تطبيقها على جميع العقود ذات الموضوع الواحد في كل مؤسسات الدولة، فإن هذه الشروط قد تمثل تشريع او تصدر على شكل نظام او لائحة من الجهة المختصة، ويجري اعداد هذه الشروط بشكل مسبق من مجموعة من الاستشاريين ودون حاجة الى استشارة الافراد المتعاقدين مع الادارة، كعقود الفيد يك[٣].

وتتميز دفاتر الشروط العامة بالطبيعة المرنة حيث تستطيع الادارة تعديلها بارادتها المنفردة، وتتضمن دفاتر الشروط العامة ، شروط العمل ومدته وكيفية حل المنازعات والتاخير في التسليم وغيرها من الامور التي تهم تسير المرفق٠ اماعن تكييف هذه الشروط فإنه يخضع لما يخضع له تكييف عقد الامتياز بصفة عامة من حيث انه يحتوي على شروط تنظيمية وتعاقدية في آن واحد[٤].

والى جانب دفاتر الشروط العامة توجد دفاتر الشروط الخاصة ويرمز لها (cps) وهي تتعلق بالعقد ذاته ، وتحدد هذه الدفاتر بدقة حقوق والتزامات الطرفين في العقد المبرم بينهم بالذات ، وتعتبر دفاتر الشروط الخاصة مكملة لدفاتر الشروط العامة ، ففي حالة وجود أي نقص لم يشر اليه دفتر الشروط العامة فدفاتر الشروط الخاصه تكمل هذا النقص، وتأتي أهمية هذه الدفاتر من كونها تأتي في حجيتها بعد محرر العقد ذاته[٥] .

---

[١] ينظر العلامة السنهوري، الوسيط، جزء٧،المصدر السابق،ص٢٩٥ ،ود٠ سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، المصدر السابق،ص٤٥٤،ود٠ ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية، المصدر،السابق،ص١٩٨ ٠

[٢] ينظر على سبيل المثال الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ،القسم الاول والثاني، وشروط المقاولة لاعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية ، القسم الاول والثاني ، الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية.

[٣] وهي العقود التي توضع من قبل الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشارين وهذا الاتحاد يضم جمعيات المهندسين الاستشارين في الدول المختلفة وقد تأ سس القيديك عام ١٩١٣.

[٤] ينظر د٠ سليمان الطاوي، الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر نفسه ،ص٣٣٩ وينظر مهند مختار نوح،المصدر السابق ،ص٤٣٦،وص٤٥٦

[٥] ينظر مهند مختار نوح ،المصدر السابق ص ٤٣٨، وينظر د٠ سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الادارية ، المصدر السابق ، ص ٣٤٢

وبشكل عام فأن دفاتر الشروط تتضمن نصوصاً لايقتصر أثرها على صاحب الامتياز ومانح الامتياز فقط ، بل يمتد أثرها الى المنتفعين ، وعلى هذا يمكن ان نجمل ما تتضمنه دفاتر الشروط بالاتي[1] :-

١- الغاية من الامتياز أو موضوع الامتياز ويحدد ذلك بعد إجراء العديد من الدراسات من قبل طرفي العقد ، وتحدد هذه الدراسات الإطار الذي يجب ان يعمل به صاحب الامتياز .

٢- الشروط المالية ، وخاصة تلك المتعلقة بالتعريفة والرسوم التي يمكن تحصيلها من المنتفعين، فالشروط المتعلقة بالمقابل المالي تعتبر من قبيل الشروط الائحية[2].

٣- مدة الامتياز مع الشروط المتعلقة بتصفية الامتياز أو استرداده ٠

٤- الإجراءات الكفيلة بحفظ سلامة المنتفعين ، وشروط الانتفاع بالخدمات التي يقدمها المرفق موضوع الامتياز ٠

٥- الرقابة على صاحب الامتياز من قبل الادارة ، والعقوبات العقدية التي يمكن ان تفرضها الادارة على المتعاقد في حالة إخلاله بالعقد ٠

٦- الشروط التي تفرض لمصلحة العاملين لدى صاحب الامتياز ٠

المطلب الثالث / اختيار صاحب الامتياز (الملتزم)

مما لاريب فيه أن الادارة في العديد من العقود ملزمة بأتباع الاجراءات التي يحددها القانون لأختيار المتعاقد معها ،فهل ينطبق ذلك على عقود الامتياز أم أن الادارة حرة في أختيارها للمتعاقد ؟ كما لابد من بيان طريقة أختيار المتعاقد في عقد الامتياز وهل أن عملية الإختيار في عقد الامتياز يسبقها مرحلة تفاوض بين الادارة والملتزم ام لا ؟ ونبحث ذلك في الفروع الاتية:

الفرع الاول / مدى حرية الادارة في الاختيار

من المعروف في مجال العقود الادارية بشكل عام أن الادارة غير حرة في إختيارها للمتعاقد معها ، بل لابد لها أن تسير عند اختيارها لمن يتعاقد معها وفق مارسم لها القانون ، فالادارة ملزمة بأتباع الاجراءات التي وضعها المشرع وذلك للحفاظ على المصلحة العامة،فالادارة ملزمة في أتباع الاجراءات وتملك في نفس الوقت الحرية للمفاضلة بين المتقدمين للتعاقد ،والادارة في عقودها غالباً ما تلجأ الى اسلوب المناقصات والمزيدات لاختيار المتعاقد معها[3].

إلا أنه يلاحظ ان الادارة في أختيارها للمتعاقد معها في عقود الامتياز غير ملزمة باتباع الاساليب التي تحد من حريتها كا لمناقصة والمزايدة ، ففي عقود الامتياز تتمتع

---

[1] ينظر د٠ سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الاداري ، المصدر السابق ، ص ٤٥٥ ، ود٠مروان محي الدين القطب ، المصدر السابق ، ص٩٥ ، وهيام جورج ملاط ، المصدر السابق ، ص٢٠٣ ٠

[2] ينظرد. محمد عبد العال السناري، مبائ واحكام العقود الادارية- في مجال النظرية والتطبيق ،دار النهظة العربية، القاهرة-مصر ، بدون سنة نشر ،ص٢٦٢، وينظر عزاوي عبد الرحمن ، النظام القانوني لدفع المقابل المالي في العقد الاداري ،بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ،تصدر عن كلية الشريعة والقانون- جامعة الامارات الربية المتحدة ، العدد الثالث عشر ،٢٠٠٠ ، ص٢٠٤ .

[3] ينظر د٠ سليمان الطماوي ، ألاسس العامة للعقود الادارية ، المصدر السابق ، ص ٢٠٩ –٢١٠ ، وينظر جورج فودال وبيار دلفولفيه ، القانون الاداري ،ج٢ ،المصدر السابق ،ص٥٧٦ .

الاداره بحريه وسلطة تقديرية واسعة عند اختيارها للمتعاقد ، والسبب في ذلك يعود الى أن عقود الامتياز ذات أهمية كبرى فضلاً عن أن شخصية المتعاقد قد تكون محل أعتبار في عقود الامتياز وهذا ما يسمى بمفهوم (الاعتبار الشخصي) فهذا المفهوم يجد أساسه في امتلاك الادارة للسلطة التقديرية عند اختيارها للمتعاقد فضلا عن التزامها في اشبا ع الحاجات العامة فهي تسعى لتقديم افضل الخدمات لذا لابد من تمتع الادارة بحرية الاختيار، ويكسب هذا الامر خصوصية في عقد الامتياز، ويجد الاعتبار الشخصي أساسه أيضاً بجملة الالتزامات التي تقع على عاتق صاحب الامتياز كقيامه بتنفيذ الالتزام بنفسه، وعدم توقفه عن تنفيذ أي إلتزام من الإلتزامات الملقاة عليه ،لذا فإن الادارة لها الحرية في أن تختار من تراه مناسباً من الناحية الفنية والادارية لادارة الامتياز ، ولا يحد من حقها في ذلك الا القيد المبني على انحراف الادارة في استعمال السلطه[١].

وتأييدا لما تقدم اجمع الفقه على حرية الادارة في الاختيار فالاستاذ (groleau) يرى ان (الادارة غير ملزمة الا في حال وجود إستثناء يخرق مبدأ الخيار في اللجوء الى طريقة المناقصات أو المزايدات)[٢]

ويقول الاستاذ (jese) بما أنه ليس هناك أي نص قانوني او تنظيمي يفرض اللجوء الى طرق المناقصات ، فالادارة لها الحرية في الاختيار وعدم اللجوء الى المناقصات وهي في حالة عدم اللجوء لاتكون قد خرقت أي قاعدة قانونية[٣] .

يتبين من الاراء السابقة ان الادارة حرة في اختيار المتعاقد معها في عقود الامتياز طالما لايوجد نص قانوني او لائحي يقيد حرية الادارة في الاختيار ٠

ولكن من الملاحظ انه في اوربا وبعد صدور قانون (sapin)[٤] والذي تضمن لاول مرة قواعد واجراءات معينة تحكم ابرام العقود في مجال التفويض ،وان تجاوز هذه الاجراءات يعد عملا غير مشروع ، فهذا القانون جاء للتوفيق بين مقتضيات الشفافية في الحياة الاقتصادية واعمال الادارة وضرورة تمتعها بالحرية الكافية عند اختيارها للمتعاقد معها ووفق ما يقتضيه الاعتبار الشخصي من جهة اخرى ،حيث ان هذا القانون اوجد نوع من المنافسة المقيدة عند ابرام عقد التفويض بصفة عامة ومنها عقود الامتياز ، حيث ان المنافسة لاتكون مفتوحة منذ البداية ،فالمنافسة تكون مقتصرة على من وقع عليهم الاختيار من قبل الادارة وحتى في هذه الحالة تبقى الادارة متمتعة بالسلطة التقديرية في اختيار المتعاقد[٥]

الفرع الثاني : اساليب التعاقد

---

[١] ينظر د٠ الياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص ٤٤ ، ود٠ مهند مختار نوح ، المصدر السابق ، ص ٨١١ – ٨١٢ ، ود٠ أبراهيم الشهاوي ، المصدر السابق ، ص١٢٦

[٢] ينظر راي الأستاذ (c.groleau) أشار اليه د. وليد حيدر جابر ، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة ، المصدر السابق ، ص٢٦٢ .

[3]. jeze les principes generaux op cit p 70

أشار اليه د.وليد حيدر جابر ، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة ، المصدر السابق ، ص٢٦٢ .

[٤] وهذا القانون صدر في فرنسا بالرقم ٩٣-١٢٢ في ١٩٩٣/١/١٩ وتضمن لاول مرة في فرنسا قواعد إجرائية خاصة تحكم عقود تفويض المرافق العامة، وأن كانت هذه الإجراءات مختلفة عن الإجراءات في باقي العقود الادارية، واعتبر هذا القانون تقنية التفاوض هي التقنية الوحيدة لإبرام عقود التفويض .

[٥] ينظر د ٠ مهند مختار نوح ، المصدر السابق ، ص ٨١٥- ٨١٦ - ٨١٧ .

أن تمتع الادارة بقدر من الحرية في اختيار المتعاقد عقد الامتياز يترتب عليه تمتعها بالقدر ذاته في أختيار طريقة التعاقد ، وقد تستخدم في سبيل ذلك اسلوب الممارسة او اسلوب التعاقد المباشر ونبحث الاسلوبين على النحو الآتي:

المقصدالاول: التعاقد عن طريق الممارسة

قد تلجأ الادارة في عقود الامتياز الى اسلوب الممارسة عند اختيارها للمتعاقد في حالات معينة تمليها الضرورات الاقتصادية والتقنية والفنية والمحاسبية وهذا الاسلوب لايحتاج الى نفس الاجراءات المتبعة في الطرق الاخرى كالمناقصة والمزايدة ، والممارسة تخضع لقاعدة حرية الادارة في اختيار المتعاقد ،الا ان حرية الادارة في اختيار المتعاقد لاتعني ان عملية الممارسة لايمكن ان تخضع لنظام قانوني معين بل ان الممارسة تخضع لنظم معينة ويتعين على الادارة اتباعها[١] ، والممارسة بصفة عامة تكون وفق نوعين هما :

اولاً: الممارسة عن طريق اجراء مناقصة

وهذه الطريقة تستهدف اخضاع التعاقد لاكبر قدر ممكن من المنافسة ، فتكون المنافسة بين المتقدمين للتعاقد،حيث تبدأ الممارسة عن طريق الاعلان ليتقدم الراغبون بالتعاقد بمستنداتهم الدالة على الكفاءة المالية والفنية ،ثم بعد ذلك تحدد الادارة من توجه اليه الدعوة لتقديم العطاءات ثم تأتي مرحلة تقديم العطاءات واختيار الافضل، الا انه يجب ملاحظة ان اسلوب الممارسة ومراحلها لا يعني التزام الاداره بأختيار متعاقد بعينة فهي حرة في اختيارها[٢].

ثانياً: الممارسة المحدودة

في الممارسة المحدودة تقتصر الدعوة الى التعاقد على من تتوفر فيهم شروط معينه، حيث تختار الادارة مجموعة من الاشخاص للتنافس للفوز بالتعاقد مع الادارة، والادارة حرة في اختيار قواعد المنافسة بين المتقدمين ولها الحرية ايضاً في اختيار المتعاقد ، ولاتكون الادارة ملزمة باختيار من احتل المرتبة الاولى في المنافسة، الا أن حرية الادارة هذه لاتعني عدم احترامها لقواعد المنافسة التي اعلنتها بنفسها فقواعد المنافسة التي اعلنتها الادارة نفسها يجب احترامها والسير بموجبها فلاتستطيع الادارة منح احد المتنافسين مميزات لا يتمتع بها الاخرون[٣].

المقصد الثاني: التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر

ويقصد بالاتفاق المباشر أن تتعاقد الادارة مباشرة مع المتفاوض معها والذي وقع عليه الاختيار دون اللجوء الى المناقصة او المزايدة او المنافسة، وهذه الطريقة تعطي الادارة الحرية الواسعة في التعاقد مع من تريد، حيث ان الادارة عادة لاتلجأ الى هذا

---

[١] ينظر د ٠ محمود عاطف البنا ، المصدر السابق ،ص ٢٠٥، ود٠ ماهر صالح الجبوري، الوسيط في القانون الاداري ،دار الاثير للطباعة والنشر،جامعة الموصل،٢٠٠٩ ،ص ٤٣٥ ٠

[٢] ينظر د٠ محمود خلف الجبوري ،العقود الادارية ، المصدر السابق ،ص١٠٣.

[٣] ينظرد. عبد الحميد الشواربي ،المصدر السابق،ص٩٠ ، وينظرد٠ فارورق احمد خماس وأخرون ، الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية ، المصدر السابق ، ص ٨٣ ود٠ محمود خلف الحبوري ، العقود الادارية ،المصدر نفسه ،ص١٠٤.

الطريق الا في حالة الضرورة والاستعجال أو في حالة عدم جدوى المناقصة او ان المنافسة تكون مستحيلة كما لوكان العقد يتطلب مهارات فنية عالية او قدرات مالية لاتتوفر الا لدى جهة معينة بالذات[١].

فالاتفاق المباشر يقوم على التفاوض مع المتعاقد شأنه شأن الممارسة لكن وجه الخلاف ينصب على قيام الادارة في الممارسة بالتفاوض بعد استيفاء الاجراءات العلنية وضمن شروط الشفافية والمنافسة الشريفة، في حين ان الاتفاق المباشر لايتم خلال الأعلان والمنافسة ، لانه يحق للادارة اللجوء الى متعاقد معين بالذات وتتفاوض معه للوصول الى افضل الشروط[٢] .

الفرع الثالث/ المفاوضات في عقود الامتياز

المفاوضات هي مرحلة تسبق ابرام العقد وهي عمليه تعد من الوسائل التي تسهل عملية التقاء ارادات الاطراف وهي تعبر عن الاسلوب الذي يمكن عن طريقه التوصل الى التوفيق بين المصالح المتعارضة للمتفاوضين (Reconciliag) أو تؤدي الى القبول بالحلول الوسط ووضع المقترحات الواضحة بهدف التوصل الى إتفاق لابرام العقد[٣]

فالمفاوضات يمكن تعريفها بأنها المرحلة التمهيدية التي تقوم فيها الادارة والطرف الراغب بالتعاقد بدراسة شروط العقد ، وفي هذه المرحلة ،لا يكون العقد قد تم ، بل ليس هناك أيجاب يمكن قبوله وإنما هناك عروض وعروض مقابلة فحسب قد تنتهي بالاتفاق اوعدم الاتفاق[٤] ،فقد تسبق عملية توجيه الايجاب دعوة الى التفاوض ،وبعد اقتناع المفاوض بالتعاقد واهمية يتم توجيه الايجاب ويتم ذلك غالبا في العقود ذات الاهمية الاقتصادية[٥] فتعتبر المفاوضات مرحلة مهمة من مراحل التعاقد، ففي فرنسا أعتبر التفاوض من المراحل المهمة في عملية التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر ففي المرسوم الصادر في ١٥ كانون الاول ١٩٩٢ والذي نص على (ان التعاقد بناءً على مفاوضة هو ذلك الاجراء الذي يحظى من خلاله المسؤول عن التعاقد بحرية ومرونة كافيه في اجراء المناقشات مع المرشحين للتعاقد مع إسناد الامر لمن يراه دون التقيد بشكليات معينة)[٦] ، ويتبين من هذا إن المشرع الفرنسي لم يتطلب القيام بشكليات معينة عند التعاقد بأسلوب الأتفاق المباشر .

---

[١] ينظر محمد احمد عبد النعيم ، مرحله المفاوضات في العقود الادارية ، دراسة مقارنة ، دارالنهضة العربية ، القاهر،٢٠٠٧ ص ١٧.

[٢] ينظر د. عصمت عبدالله الشيخ ،مبادئ ونظريات القانون الاداري – أمتيازات الادارة العامة ،دار النهظة العربية ،القاهرة-مصر ،١٩٩٩ ،ص٢٢١ .

[٣] ينظر د٠ محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية- عقود التجارة الدولية ، المصدر السابق ، ص ١٤٧ .

[٤] ينظر سليمان براك الجميلي،المفاوضات العقدية-دراسة مقارنة،رسالة ماجستير،مقدمة الى مجلس كلية الحقوق-جامعة النهرين،١٩٩٨،ص ٤

[٥] ينظر د٠ عبد الفتاح بيومي ، المصدر السابق ، ص١٧٠ ، و د٠ سامح عبد الواحد التهامي ، التعاقد عبر الانترنيت ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى – مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ١٣٣ ٠

[٦]ينظر د ٠ عبد اللطيف نايف عبد اللطيف ، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الادارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٢ .

ويلاحظ في ظل القانون العراقي أن المشرع لم يقر صراحة المفاوضات عند التعاقد باسلوب الاتفاق المباشر ، ألا أنه رغم ذلك لايوجد مايمنع الادارة من التفاوض أذ ان مبدأ حرية الادارة في اختيار المتعاقد معها يمنحها حق استعمال أسلوب التفاوض للوصول الى افضل الشروط ، وجدير بالذكر ان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨ لم تشر الى أسلوب الاتفاق المباشر ولا الى أسلوب الممارسة بل ذكرت هذه التعليمات اسلوب العطاء الواحد فقط [١].

ونجد ان مشروع قانون النفط والغاز العراقي قد اشار في الفصل الثالث الى آليات التفاوض والتعاقد حيث أعطى وزارة النفط او شركة النفط الوطنية الحق في الدخول في التفاوض مع الشركات التي تحاول الحصول على التراخيص في مجال إنتاج النفط او نقله وتسويقه[٢].

المبحث الثاني
النظام المالي لعقد الامتياز

يتميز عقد الامتياز بنظامه المالي المستقل الذي يفرده عن باقي العقود الادارية ، فالدافع الذي جعل صاحب الامتياز يدخل طرفاً في عقد الامتياز هو الحصول على العائدات والارباح المتمثلة بالرسوم التي يدفعها المنتفعون الى صاحب الامتياز مقابل الخدمات المقدمة اليهم من المرفق فصاحب الإمتياز لن يقبل أن يدير المرفق إلا إذا كانت مصالحه مصانة بموجب شروط العقد[٣]، وهذا عكس مايحصل في العقود الادارية الاخرى حيث يحصل المتعاقد على المقابل المالي من الادارة مباشرة كما هو الحال في عقد الاشغال العامة لذا لابد من دراسة النظام المالي الخاص بعقد الامتياز ، فهذا النظام مرتبط بمجموعة من العناصر والتي تعتبر من عناصر الامتياز الرئيسية كالاستقلالية والمخاطر والاستثمار ونبحث هذه العناصر في المطلب الاول، ثم نبحث في ملكية اموال الامتياز وعائديتها بعد أنتهاء عقد الامتياز في المطلب الثاني، اما المطلب الثالث فيخصص للبحث في التوازن المالي لعقد الامتياز .

المطلب الاول
عناصر عقد الامتياز

توجد مجموعة عناصر تميز عقد الامتياز عن غيره من العقود والوسائل المألوفة في إدارة واستثمار المرافق العامة، ومن العناصر المهمة للامتياز العائدات والمخاطر واستقلالية صاحب الامتياز عن الادارة والاستثمار ووجود المنتفعين من المرفق وسيقتصر الحديث عن العائدات والمخاطر والاستقلالية والاستثمار وكالآتي:.

الفرع الاول : العائدات والمخاطر

من العناصر المهمة التي ينماز بها عقد الامتياز هي العائدات والمخاطر فلابد من بيان هذه العائدات وبيان ماذا نعني بالمخاطر وكالاتي :

المقصد الاول:العائدات

---

[١] ينظر تعليمات العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨ .

[٢] ينظر المادة (١٨) من مشروع قانون النفط والغاز العراقي .

[3] Andre de laubadere ,droit administrative ,librairie generale de droit juris prudence , paris ,1967 .p. 560 . .

ان هدف صاحب الامتياز الرئيسي هو تحقيق الارباح فهذه العائدات تشكل عنصراً مهما بالنسبة للشخص المكلف بإدارة المرفق ، وحسب المفهوم الكلاسيكي للعائدات في عقد الامتياز فأنها تمثل المبالغ التي يحصل عليها صاحب الامتياز من المنتفعين من المرفق كرسوم يدفعونها مقابل الخدمة التي يحصلون عليها فهي تمثل ايراد مناسب لصاحب الامتياز نتيجة تشغيله للمشروع ،أذ أن هذه العائدات تمثل المصدر الوحيد لحصول المتعاقد على المقابل المالي دون ان يختلط معه عائدات من مصادر اخرى[١].

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في احد احكامه الى ان خلو بنود العقد من ضمان توفيره عائدات لصاحب الامتياز من المنتفعين واقتصاره على ذكر ثمن يدفع من احد النقابات للمتعاقد فإنه لايعتبر العقد هنا عقد امتياز ، وعليه فإن العائدات تعتبر عنصرا مهما من عناصر الامتياز[٢]. لكن هذه الرؤية التقليدية لعقد الامتياز تطورت ولم تبق محصوره بفكرة المقابل او العائدات التي يحصل عليها صاحب الامتياز من المنتفعين ، فصاحب الامتياز يسعى د ائماً لتحقيق الارباح من استثماره للمرفق العام وبطرق شتى وهذا مادفع الفقه الى التحول من المفهوم التقليدي الى مفهوم متطور يجد ان الاستثمار وما يحققه من نتائج مالية وفق المعنى الواسع له هو المعيار في قيام الامتياز ، فالفقيه(فيدل) يرى ان العائدات لايمكن حصرها فقط بجعالات يدفعها المنتفعون[٣].

وقد استقر القضاء الاداري ومنذ فترة ليست بالقصيرة على وصف العقد المتعلق بتوزيع المياه بأنه امتياز مرفق عام مع ان العائدات لم تكن تتأتى من رسوم مدفوعه من المنتفعين بل ان الادارة هي التي تقوم بالدفع[٤].

ويتضح من ذلك ان الامتياز مرتبط اساسا بوجود الرسوم التي يدفعها المنتفعون الى صاحب الامتياز، لكن التطور الذي اصاب نظام الامتياز اظهر ان هذه العائدات من الممكن ان لاتدفع من المنتفعين بصورة مباشرة ولعل هذا الامر يبين كيف ان عقود استغلال الموارد الطبيعية هي من عقود الامتياز في حين لايوجد منتفع مباشر يقوم بدفع الرسوم ٠

المقصد الثاني : الاعباء والمخاطر

في عقود الامتياز يقوم صاحب الامتياز بإنشاء اوادارة المرفق العام على مسوؤليته ونفقته وبواسطة عماله ، فصاحب الامتياز يحتفظ بالفوائد المالية الناتجة عن ادارته للمرفق كما يتحمل العجز والخسارة الناتجة عن هذه الادارة ،اما السلطة المانحة للامتياز فلا تتحمل أي خسارة ولاتجني أي ارباح مادية نتيجة عقد الامتياز[٥].

---

[١] ينظر د٠ عبد الفتاح بيومي ، المصدر السابق ، ص ٢٣ ، وفاروق احمد خماس وأخرون ، الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية ،المصدر السابق ،ص ١٦٠ ٠

[٢] ينظر د ٠ مروان محي الدين القطب ، المصدر السابق ،ص ٨٣

[٣] ينظر جورج فودال وبيار دلفولفيه ،القانون الاداري ،ج٢ ،المصدر السابق ،ص٥٧٤ ،ود. وليد حيدر جابر ، المصدر نفسه ، ص ١٠١ – ١٠٥ .

[٤] ينظر د٠ وليد حيدر جابر ، المصدرالسابق ،ص ١٠٢ ٠

[٥] ينظ د.سعاد الشرقاوي،العقود الادارية،المصدر السابق،ص ٥١ ، وينظر د.محمد المتولي،المصدر السابق، ص٥٢

وهكذا فإن كافة الاعباء والمخاطر المالية والادارية الناتجة عن ادارة المرفق يتحملها صاحب الامتياز حيث إنفائدة الإمتياز هي تذليل مخاطر المشروع فوظيفة رؤوس الأموال هي القيام بالمجازفات[١] ، وهذه الاعباء والمخاطر تعتبر من العناصر المهمة في عقد الامتياز وهذا ما ذهب اليه كل من الفقيه (jeze) والفقيه(waline)[٢].

وقد ايد القضاء الاداري ذلك حيث ذهبت محكمة القضاء الاداري في مصر الى(أن المبادئ السليمة المستقرة في الفقه والقضاء الاداري تقضي بأن العلاقة القانونية بين الملتزم والسلطة المانحة للألتزام انما تقوم على تحمل الملتزم مخاطر ادارة المرفق والاضطلاع بتبعاته المالية ...)[٣]

غير أن مبدأ عدم تحمل الادارة للمسؤلية لم يحافظ على استقراره فتطورعقود الامتياز ونظامها القانوني ادى الى ان تتضمن هذه العقود شروطا تنص على التضامن المالي بين صاحب الامتياز والسلطة المانحة ،أذ اعتبر الفقه معيار المخاطر والاعباء المالية وان كان ضرورياًغير أنه لايجب الاخذ به على اطلاقه بحيث تصبح الادارة بحل من أي مسؤولية ،وظهرت صور عديدة لتحمل الادارة جزء من الاعباء والمخاطر كضمانها قروض صاحب الامتياز،كما قد تقوم بتقديم التجهيزات وتشغيل المنشات المتعلقة بالمرفق العام، ويقول الاستاذ (bettiner) أن الادارة قد تقوم بتقديم مساعدة مالية معينة الى صاحب الامتياز بالاضافة الى عائداته التي يستحصلها من المنتفعين[٤].

وقد نحى القضاء الاداري نفس منحى الفقه أذ ذهبت المحكمة العليا في ليبيا في احد قراراتها الى انه (ليس المفروض في عقود الامتياز ان تتأتى الادارة من المستغل اتاوه او جعلا او ايجارا نظير السماح له باستغلال المرفق فقد ترى الادارة ان اعباء المرفق تتجاوز المقابل الذي سوف يحصل عليه الملتزم من المنتفعين بخدمات المرفق فتقرر له اعانة تلتزم بادائها اليه ...) [٥].

الا ان مشاركة السلطة المانحة لصاحب الامتياز في تحمل الاعباء والمخاطر يجب ان لاتكون جوهرية حتى يعد العقد امتيازا ، فصاحب الامتياز يجب ان تكون مشاركته في تحمل النفقات والمخاطر غير محدودة ، حيث لابد ان تكون واضحة ويحصل على

---

(1) Marcel waline , manuel elemetaire de droit administrative , librairw du recuwil sirey , paris ,1946 .p . 344 .

[٢] ينظر وليد حيدر جابر ، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة ،المصدر السابق نفسه ،ص١١١،وهيام جورج ملاط ، المصدر السابق ،ص٢٢٣ .

[٣] ينظر حكم محكمة القضاء الاداري المصرية رقم ١٣٩٨ – ٥ق ،في ١٩٥٣/٦/٢ ،١٣٩٧/٧٢١/٧ .

[٤] ينظر رأي الاستاذ (bettiner) نقلا عن وليد حيدر جابر ، المصدر نفسه ،ص ١١١، ود. احمد عبد القا در الجمال ، القانون الاداري المصري المقارن ،جزء ١ ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٥٥ ،ص٢٤٩ .

[٥] ينظر حكم المحكمة العليا في ليبيا الصادر في ١٩٧٦/١/٢٩ اشار اليه د. مازن ليلو راضي ، المصدر السابق ، ص٥٩ .

عائدات تدل فعلا على استقلاليته ومسؤوليته كمستثمر للمرفق العام كي يمكن عد العقد امتيازا [١].

الفرع الثاني: الاستقلالية

لاشك ان صاحب الامتياز يقوم بادارة المرفق العام واستثماره بواسطة عماله واموالـه وعلى مسؤوليته ، فالامتياز هنا يمثل نقلاً للمسؤوليه في ادارة المرفق واستثماره الى شخص اخر غير الادارة ،ونقل المسؤولية هذه هو المؤشر على وجود الاستقلالية في ادارة المرفق ، وعليه فالاستقلالية تعتبر عنصرا مهما من عناصر الامتياز [٢].

وتتضح استقلالية صاحب الامتياز عن الادارة في حال ادارتة واستثماره للمرفق العام من خلال كون صاحب الامتياز ليس له أي صفة ادارية ،وانه يخضع في عمله لقواعد القانون الخاص وعلاقته بالعاملين في المرفق ينظمها قانون العمل ، فصاحب الامتياز ما هو الا مؤسسة راسمالية تتضمن في فكر صاحبها تحقيق الحد الاقصى من الربح ،وحري بالذكر أن ادارة صاحب الامتياز للمرفق لاتؤدي الى امتلاكه هذا المرفق ، بلله الحق في ادارته واستثماره طيلة مدة عقد الامتياز لأنه عقد مؤقت يخضع لرقابة السلطة الادارية التي تمنح الامتياز [٣].

ويلاحظ ان استقلالية صاحب الامتياز عن السلطة المانحة للامتياز له مجموعة من المظاهر اهمها[٤].

١) حرية صاحب الامتياز في توظيف العمال والمستخدمين حسب دواعي حاجة المرفق ولايقدح من ذلك استعارته بعض الموظفين العموميين للأشراف على حسن سير المرفق.

٢) التمتع ببعض امتيازات السلطة العامة ،كالاستملاك واشغال المال العام.

٣) الحصول على عائدات مستقلة عن تلك التي تدفعها الادارة.

٤) التمتع بسلطة التقرير والتصرف وماينجم عن ذلك من أستقلال مالي واداري.

٥) ان صاحب الامتياز يتمتع بعلاقة مباشرة مع المنتفعين دون ان يكون للادارة أي دورفي ذلك كما هو الحال في مرفق النقل.

ويتضح من ذلك ان صاحب الامتياز عند ممارسة عمله في ادارة واستثمار المرفق العام يتمتع بالاستقلالية عن الادارة من الناحية المالية والادارية ولاتتدخل الادارة في عمله الا لاغراض معينة كالرقابة والتحقق من تأدية المرفق العام لخدماته للمنتفعين.

الفرع الثالث : الاستثمار

---

[١] ينظر د٠ وليد حيدر جابر ، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة ، المصدر السابق ، ص١١٣ ١١٤ - ١١٥ ٠

[٢] ينظر د٠ وليد حيدر جابر ، الصدر نفسه ،ص١١٨ ٠

[٣] ينظر مهند مختار نوح ، المصدر السابق، ص٢٠٣ ، ومروان محي الدين القطب ، المصدرالسابق ، ص٨١،وجورج فودال وبيارديلفوليه ،القانون الاداري ج٢، المصدر السابق،ص٥٧٦ ٠

[٤] ينظر وليد حيدر جابر ، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة، المصدر السابق،ص١٢٠ ٠

يهدف صاحب الامتياز عند إدارته أو إنشائه للمرفق العام تحقيق الارباح من وراء هذا العمل فهدفه استثمار هذا المرفق، لكن ثمة فرق بين ادارة المرفق وبين استثماره فقد يكلف الشخص الخاص بأدارة المرفق ولكن لحساب الادارة مقابل عائدات يحصل عليها من الادارة فهنا لانكون امام عقد امتياز ، أما استثمار المرفق فيعني ادارته بقصد الحصول على العائدات والارباح لصاحب الامتياز ، وان وجود العائدات يتطلب وجود المنتفعين في المرفق العام بالإضافة الى المسؤولية المالية التي يتحملها الشخص المكلف بادارة المرفق[1].

فالاستثمار اذن هو احد عناصرعقد الامتيازالمهمة فبدون وجود الاستثمار لايوجد امتياز ، ووجود الاستثمار يعني وجود المسوولية.

وهكذا فإن عناصر عقد الامتياز لها أهمية كبيرة في بيان النظام المالي لعقد الامتياز ولها علاقه وطيده في تكوين هذا النظام وأختلافه عن النظام المالي لباقي العقود الادارية.

المطلب الثاني

المقابل المالي في الامتياز وملكية أموال الامتياز

إن العقود الادارية بصفة عامة تتضمن شروطاً خاصة بالمقابل المالي الذي يستحقه المتعاقد مع الادارة ، حيث ان المتعاقد مع الادارة لايقدم خدماته مجاناً بل يجب أن تكون مقابل ثمن ، فالمقابل المالي يمثل العنصر الجوهري في عقد الامتياز لذا لابد من بيان طبيعة المقابل المالي وطرق تحديده وكيفية تعديله ثم بيان عائدية أموال الامتياز بعد انتهاء العقد ونوضح ذلك في الفروع الآتية:

الفرع الاول / طبيعة المقابل المالي وطرق تحديده وتعديله .

نبحث هنا في طبيعة المقابل المالي وطرق تحديده وتعديله وعلى الشكل الآتي:

المقصد الاولً: طبيعة المقابل المالي

بما أن صاحب الامتياز يحصل على المقابل المالي وبشكل رسوم يدفعها المنتفعون من المرفق نظير حصولهم على خدمات المرفق، فالعلاقة بين صاحب الامتياز والمنتفعين هي علاقة يحكمها العقد بين الاثنين، على هذا من يحدد الاسعار هل يحددها الملتزم والمنتفع أم تحددها الادارة ؟.

إذا مارجعنا الى نصوص القانون المدني العراقي نجد ان المادة (٨٩٥) قد نصت على (يكون لتعريفات الاسعار بالنسبة للعقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه قوة القانون الذي لايجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلاف ما يقضي به) وذهب القانون المدني المصري الى نفس الاتجاه الذي ذهب اليه القانون المدني العراقي[2].

وعلى ذلك فإن مصدر القوة الالزامية للاسعار التي يتقاضاها صاحب الامتياز من المنتفعين ليس العقد بين الملتزم والعميل بل ليس عقد الامتياز نفسه، وإنما مصدر القوة القانونية للاسعار هو السلطة الادارية وحدها بما تصدره من أنظمة ولوائح تحدد فيها

---

[1] ينظر وليد حيدر جابر ، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة ،المصدر نفسه، ص١٢٣ .

[2] فقد نصت الماده (٦٧١) من القانون المدني المصري على :يكون لتعريفات الاسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبه الى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلايجوز للمتعاقدين ان يتفقا على ما يخالفها .

الرسوم ، سواء كانت الادارة هي التي وضعت الاسعار أبتداء أو أقترحها صاحب الامتياز وصادقت على ذلك الادارة[١].

وهكذا فالشروط المتعلقة بالمقابل المالي في عقد الامتياز تعتبر شروطاً لائحية، وذلك لاختلاف الامر في عقد الامتياز عن باقي العقود الادارية والتي تعتبر فيها هذه الشروط شروطا تعاقدية، نظرا لذلك فا لمقابل المالي في عقد الامتياز يسمى رسماً وليس ثمنا كون تحديده يدخل في اختصاص السلطة مانحة الامتياز[٢] وهذا الامر دفع المشرع المصري على ان يوضح ذلك صراحة في قانون التزامات المرافق العامة حيث نصت المادة الخامسة منه بأن مانح الامتياز يستطيع ان يعدل نظام المرفق بما فيه قوائم الاسعار.

المقصد الثاني: طرق تحديد المقابل المالي

توجد عدة طرق لتحديد المقابل المالي في عقد الامتيازوهي كالآتي:.

أولاً: تحديد المقابل المالي في دفتر الشروط

ان المبادئ العامة في عقد الامتياز تقتضي ان دفتر الشروط اللائحية يتضمن تحديد المقابل المالي ، فهذه الدفاتر تحدد الرسوم التي يدفعها المنتفع لقاء خدمات المرفق ، وفي اغلب الاحيان يتم تحديد هذه الرسوم بصورة مرنة حيث تقوم الادارة ببيان الحد الاقصى للرسوم تاركة لصاحب الامتياز مجالا للمبادرة والحرية في تحديد الرسم بشرط عدم تجاوز الحد الاقصى الذي حددته الادارة[٣] وهذا ماذهب اليه الفقيه (دي لوبادير) الذي يرى ان صاحب الامتياز يملك الحرية في تحديد الرسوم بشرط ان لايتجاوز الحد الاقصى الذي بينه دفتر الشروط.

ويرى الفقيه (جيز) ان تحديد الحد الاقصى للرسم لايعطي الحرية للمتعاقد في تحديد الرسوم ،فعلى صاحب الامتياز عند تحديده لهذه الرسوم الحصول على موافقة السلطة المختصة [٤]، فتحديد هذه الرسوم يجب أن يخضع لرقابة الادارة وضرورة موافقتها على الرسوم التي يتقاضاها صاحب الامتياز من المنتفعين ونحن نميل مع هذا الرأي،حيث إن تحديد الرسوم يخضع للعرض والطلب وقيمة الخدمة فلابد ان يكون للادارة دور في ذلك.

---

[١] ينظر العلامة السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جزء ٧،المصدر السابق ، ص٣٠٤ .

[٢] ينظر د. سليمان الطماوي ،الاسس العامة للعقود الادارية ، المصدر السابق ،ص٥٤٨ ،ود. زكريا المصري،اسس الادارة العامة- دراسة مقارنة،دار الكتب القانونية،المحلة الكبرى-مصر،٢٠٠٧،ص ٩٤٩ .

[٣] ينظر د. مروان محي الدين القطب ، المصدر السابق،ص١٤٥ .

[٤] ينظر د. سليمان الطماوي،الاسس العامة للعقود الادارية ،المصدر السابق،ص٥٤٩ ، ود. محمد عبد العال السناري ،المصدر السابق ،ص٢٦٣ .

ثانياً: تحديد المقابل المالي من قبل السلطة العامة.

قد يحدد المشرع صراحة الرسوم التي يتقاضاها صاحب الامتياز من المنتفعين، وفي هذه الحالة لاتستطيع الادارة ولا صاحب الامتياز الخروج عن هذه النصوص التشريعية ،فقد يقوم المشرع بتحديد الرسوم وفق مبلغ معين كأن يحدد تسعيرة الماء والكهرباء او الغاز او ان يحدد المشرع بأن الرسوم لاتتجاوز نسبة معينة من الارباح فيصبح النص القانوني قاعدة آمرة لايمكن تجاوزها[١].

ويبدو ذلك واضحا في قانون التزامات المرافق العامة المصري رقم (١٢٩) لسنة١٩٤٧ اذي نص على (لايجوز ان تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي ارباح استغلال المرفق العام ١٠% من رأس المال الموظف او المرخص به من مانح الامتياز...)[٢] .

الا ان تحديد المقابل المالي لابد له من ضوابط معينة تقيد الادارة وصاحب الامتياز ، منها وجوب المساواة بين المنتفعين عند تحديد الرسم ، فالمرافق العامة تخضع لقاعدة المساواة ، وهذا يعني انه يحظر على الادارة وصاحب الامتياز اعتماد معايير تفضيلية بين المستفيدين في حالة وجودهم في مركز قانوني واحد ، فلايجوز منح احد المنتفعين مميزات معينة دون منحها لباقي المنتفعين،لكن هذه المساواة لاتعني المساواة الحسابية المطلقه فيجوز اعتماد معادلة محدده لاتؤدي الى اختلاف الرسم من منتفع الى اخر[٣].

المقصد الثالث: تعديل المقابل المالي في العقد

من حقوق السلطة العامة المانحة للامتياز تعديل الشروط اللائحية في عقد الامتياز دون التوقف على ارادة صاحب الامتياز ،فإذا مانصت دفاترالشروط على حق الادارة في تعديل المقابل المالي فتستطيع الادارة المانحة للامتياز تعديل الرسوم ، ففي حالة وجود ظروف تجعل الاسعار التي قررتها الادارة لاتكفي لمواجهة نفقات المرفق ولاتحقق الربح المعقول لصاحب الامتياز جازللسلطة الادارية اعادة النظر في هذه الرسوم وزيادتها زيادة عادلة ،كذلك اذا ماتسببت ظروف معينة بجعل الاسعار الاصلية تحقق ارباحا طائلة تفوق الارباح المعقولة التي كان يتوقعها صاحب الامتياز جاز للسلطة مانحة الامتياز اعادة النظر في هذه الاسعار وانقاصها ،وهذا التعديل لايسري الامن وقت اقرار السلطة الادارية[٤].

وفي حالة قيام الادارة بتعديل الرسوم خلافاً لأحكام دفتر الشروط وتسبب هذا التعديل بالضرر لصاحب الامتياز ،هنا يحق لصاحب الامتياز اللجوء الى القضاء للمطالبة بالتعويض عما اصابه من ضرر ، اما في حالة قيام صاحب الامتياز بتعديل الاسعار دون ان يخوله ذلك دفتر الشروط فإن عمله هذا يعد غير مشروع ويجوز

---

[١] ينظر د. سليمان الطماوي،مبادي القانون الاداري، المصدر نفسه،ص٥٦٦، وعزاوي عبد الرحمن ،النظام القانوني لدفع المقابل المالي في العقد الاداري ،بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ،تصدر عن كلية الشريعة والقانون – جامعة الامارات ،العدد الثالث عشر ،٢٠٠٠م ،ص٢٠٣ .

[٢] ينظر المادة (٣) من قانون التزام المرافق العامة المصري رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ .

[٣] ينظرد. محمد عبد العال السناري ، المصدر السابق ،ص٢٦٤ ،وينظر مروان محي الدين القطب ، المصدر السابق ،ص١٤٦ ،ود. سليمان الطماوي ،الاسس العامة للعقود الادارية ،المصدر السابق ،ص٥٤٩ .

[٤] ينظر العلامة السنهوري ، الوسيط ،ج ٧ ،المصدر السابق ، ص٣٠٩ .

للسلطة المانحة للامتياز في هذه الحالة فرض العقوبات المنصوص عليها في دفتر الشروط على صاحب الامتياز وتصل هذه العقوبات الى حد اسقاط الامتياز[1] .

الفرع الثاني / ملكية اموال الامتياز

يرتبط عقد الامتياز أرتباطاً وثيقاً بالملكية العامة التي تعود للدولة ، حيث ان عملية ادارة واستثمار المرافق العامة تقوم على اساس حق الانتفاع والاشغال للملكية العامة ، وهكذا فالسلطة مانحة الامتياز ملزمة بالسماح لصاحب الامتياز باشغال المال العام واعطائه مجموعة من الحقوق كحق الاستملاك.

ويلاحظ ان اموال الامتياز بعضها يكون مملوكاً للأدارة المانحة والبعض الاخر يكون لصاحب الامتياز فلابد من تحديد ملكية اموال الامتياز وتصنيفها ونبحث ذلك كالآتي:.

المقصد ألاول : تصنيف أموال الامتياز

يمكن ان تصنف اموال الامتياز الى عدة اصناف فهناك اموال مملوكة للدولة يجب اعادتها وهناك اموال مملوكة لصاحب الامتياز ونبينها كالآتي:.

---

[1] ينظر د. زكريا المصري ، المصدر السابق ، ص٩٥٢ و٩٥٤ .

أولاً: الاموال المستردة (الواجب أعادتها)

ان الاموال المسترجعة هي الاموال التي تعود ملكيتها اصلا ً للسلطة مانحة الامتيازويوضح ذلك في دفتر الشروط ويمنح صاحب الامتياز الحق في استخدام هذه الاموال طيلة فترة الامتياز ، والاموال المستردة لاتقتصر على اموال السلطة المانحة التي سلمتها الى صاحب الامتياز بل تشمل كذلك الاموال التي استخدمها وأنشأها صاحب الامتياز كالمنشآت مثلا ً والتي تدخل في عمل المرفق العام ، وهذه الاموال تعود نهاية مدة الامتياز الى السلطة المانحة مجاناً وبدون مقابل ، فهذه الاموال تعتبر كلا ً لايتجزأ من المرفق كالاراضي والمصانع والطرق والعقارات بالتخصيص ، وهذه الاموال غالباً ماتكون من العقارات، الا ان العقد قد ينص على ادراج بعض المنقولات والتي تخصص حصراً لتشغيل المرفق وهذه يجب اعادتها ايضاً الى السلطة المانحة للأمتياز[١].

ثانياً: الاموال القابله للاسترجاع (التي من حق الدولة ان تشتريها)

هذه الاموال يمكن للسلطة مانحة الامتياز اعادتها وشرائها من صاحب الامتيازفهي تعتبر مملوكة لصاحب الامتياز، واذا ماقررت السلطة مانحة الامتياز الاحتفاظ بها تستطيع ذلك مقابل حصول صاحب الامتياز عل التعويض المناسب وهي من الاموال التي تعتبر كلا ً لايتجزأ فيما يتعلق باستغلال المشروع ولكنها تكون من المنقولات كالمفروشات وقطع الغيار والمواد الاستهلاكية وغالباً ماتحدد شروط العقد هذه الاموال ايضاً ومدى قدرة الادارة في شرائها ام لا، ففي بعض العقود تلتزم الادارة بشراء مايحدده العقد وفي عقوداً اخرى تشتري الادارة ماتراه لازماً للمرفق من هذه الاموال[٢].

ثالثاً: الاموال الخاصة (المملوكة لصاحب الامتياز).

ان هذه الاموال تكون مملوكة لصاحب الامتياز طوال مدة الامتياز وبعد انتهاء العقد، وغالباً ماتنص دفاتر الشروط على عدم امكانية الادارة مانحة الامتياز من تملك هذه الاموال بصورة اختيارية او الزامية، وتشمل الاموال التي يمكن اعتبارها مستقلة عن المرفق ومنفصلة عنه والاموال التي تعتبر كلا ً لايتجزأ عن المشروع[٣].

المقصد الثاني: طبيعة اموال الامتياز.

عند قيام صاحب الامتياز بادارة واستثمار المرفق العام فانه لايملك المشروع بل تبقى هذه المرافق ملكا للدولة، حيث تبقى هذه المرافق منشآت عامة، فالاضرار التي تصيب هذه المرافق تعتبر اضراراً بالاموال العامة ويختص القضاء الاداري بالنظر في أي نزاع يدور حول هذه المرافق، وبما أن هذه الاموال هي أموال عامة، ومن شروط المال العام ان يكون مملوكاً لشخص من اشخاص القانون العام ويخصص للمنفعة العامة فاموال الامتياز التي تعاد الى السلطة مانحة الامتياز بصورة الزامية هي من الاموال العامة لانها مملوكة من شخص عام و تخصص للمنفعة العامة، اما الاموال التي تعاد بصورة اختيارية فالادارة اذا ما اختارت اعادتها وتخصيصها للمنفعة العامة فهي اموال عامة، واذا اعادتها ولكنها لم تخضعها للمنفعة العامة ولم تستخدمها في تشغيل المرفق

---

[١] ينظر د٠ وليد حيدر جابر، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة، المصدر السابق ،ص ٣٦٨،ود٠ سليمان الطماوي ،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق ،ص٧٣٩ .

[٢] ينظر د٠ سليمان الطماوي ،الاسس العامة للعقود الادارية ،المصدرنفسه ،ص٧٤٠.

[٣] ينظر د٠ وليد حيدر جابر ، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة، المصدر السابق ،ص٣٦٩.

فلا يمكن اعتبارها من الاموال العامة، وان لم تقرر اعادتها ايضاً ،لايمكن اعتبارها من الاموال العامة[١].

المطلب الثالث
التوازن المالي لعقود الامتياز

تعتبر فكرة التوازن المالي للعقد من المبادئ المهمة التي عرفتها نظرية العقود الادارية وعليه فلابد من بيان المقصود بالتوازن المالي ثم بيان الاسباب التي تؤدي الى اختلال التوازن المالي وذلك في الفروع الآتية:

الفرع الاول:المقصود بالتوازن المالي

ظهرت فكرة التوازن المالي بمناسبة تدخل الادارة في عقود الامتياز وذلك في قضية الشركة الفرنسية للترام ، حيث عرض المفوض (ليوين بلوم) هذا المبدأ في تقريره لمجلس الدولة الفرنسي في ١١أذار عام ١٩١٠ والذي جاء فيه (أنه لامر جوهري في جميع عقود الامتياز أن يبحث تحقق – قدر الامكان – مساواة بين مايتمتع به المتعاقد من أمتيازات وما يتحمله من أعباء ، فالامتيازات والاعباء يجب أن تكون متوازنه وهذا مايمكن دعوته بالتوازن المالي والتجاري)[٢].

إذن فالتوازن المالي يعني التوازن بين ماينفقه صاحب الامتياز وبين مايحققه من إيرادات ، ولاتجد فكرة التوازن المالي أساسها فقط في الطبيعة الخاصة بالعقود الادارية والتي تقوم على المحافظة على سير المرافق العامة بأنتظام وانما يستند في أساسه على فكرة العدالة والمنطق[٣].

وهكذا فإن هذا المبدأ يعطي المرونة للعقود الادارية أكثر من عقود القانون الخاص التي تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ففي العقود الادارية تستطيع الادارة تعديل إلتزامات المتعاقد معها على أعتبار أن العقد متصل بنشاط المرفق العام ، وأن تعديلها لشروط العقد قد يؤدي الى زيادة أعباء صاحب الامتياز وزيادة هذه الاعباء يتطلب زيادة في المزايا المالية التي يستحقها صاحب الامتياز[٤].

ولكن يجب ملاحظة أن فكرة التوازن المالي لايمكن تطبيقها في حالة إستحقاق المتعاقد للتعويض بسب خطأ الادارة ،فمجال أعمال فكرة التوازن المالي هي حالات التعويض التي يستحقها المتعاقد بدون خطأ منسوب الى الادارة [٥].

---

[١] ينظر مروان محي الدين القطب، المصدر السابق،ص١٥٣ .

[٢] ينظر د. مصطفى الحبشي ، التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى – مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ١٤ ، وبنظر فاروق أحمد خماس وأخرون ، الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية ، المصدر السابق، ص١٦٢.

[٣] ينظرد. وضاح محمود الحمود ،عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية(bot) – حقوق الادارة المتعاقدة وألتزاماتها ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان- الاردن ،ط ١، ٢٠١٠م ،ص ١٦٣.

[٤] ينظر د. أبراهيم طه الفياض،العقود الادارية،مكتبة الفلاح،الكويت،١٩٨٨ ،ص ٢٥١ .

[٥] ينظر د. جابر جاد نصار،الوجيز في العقود الادارية،المصدر السابق ،ص٢٤٠ .

كذلك فإن ليس كل اختلال في التوازن المالي يتطلب أن تقوم الادارة بتعويض صاحب الامتياز فقد يحصل الاختلال في إقتصاديات العقد بسب المخاطر الاعتيادية التي يواجهها الملتزم وتؤدي هذه المخاطر الى خسائر تصيب الملتزم ، وبماأن هذه المخاطر من المخاطر الاعتيادية المألوفة فلامجال لتعويض صاحب الامتياز نتيجة هذا الاختلال المالي.

الفرع الثاني:أسباب اختلال التوازن المالي للعقد

توجد أسباب عدة تؤدي الى اختلال التوازن المالي للعقد ، وأذا حدث الاختلال المالي للعقد بسبب هذه الظروف فأن ذلك يستدعي تعويض صاحب الامتياز ، ويحق للمتعاقد مطالبة الادارة بضمان الحفاظ على التوازن المالي ومن هذه الاسباب مايكون بفعل الاداره المتعاقد كتدخلها لتعديل بنود العقد أو أصدار قوانين وانظمة تؤثر على العقد ومنها ما يكون بسبب الظروف الاقتصادية الطارئة أو بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة [١] ، ومن الملاحظ ان الكثير من عقود الامتياز بدأت تشير صراحة الى هذه الاسباب وان وجودها يستوجب تعويض صاحب الامتياز عند اختلال التوازن المالي للعقد مثال على ذلك عقد الامتياز الخاص بإنشاء وأستغلال مطار العلمين في مصر حيث نص على (إذا الحق ضرر بالمطار أو أي جزء منه بسبب القوة القاهرة أو بسب ظروف أستثنائية يكشفها الملتزم ويقرها المالك سواء في مرحلة الانشاء او خلال فترت التشغيل .... على المالك ان يشارك في دفع تكاليف عمليات الاصلاح أو الترميم .... لاعادة المطار الى ماكان عليه ...) [٢]،

وعلى ذلك فلا بد من دراسة الاسباب التي تؤدي الى أختلال التوازن المالي في العقد والتي تستوجب تعويض صاحب الامتياز حيث توجد ثلاث نظريات تعرضت لهذا الامر وكالآتي :

المقصدألاول: إختلال التوازن المالي بفعل السلطة الادارية (نظرية عمل الامير)

ويقصد بفعل الامير الاعمال التي تتخذها السلطة العامة التي قامت بإبرام عقد الامتياز وتؤدي هذه الاعمال الى التأثير في تنفيذ العقد من قبل صاحب الامتيازبحيث تجعل هذا التنفيذ مرهقاً للمتعاقد مع الادارة ، وعرفت هذه النظرية أيضاً بأنها (كل عمل يصدرمن السلطة العامة ، دون خطأ من جانبها ينجم عنه تسوئ مركز المتعاقد في عقد اداري ، ويؤدي الى ألتزام جهة الادارة المتعاقده بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الاضرار التي تلحقه من جراء ذلك ،بما يعيد التوازن المالي للعقد)[٣] .

وبناء على هذه التعاريف فإن هذه النظرية تتطلب توفر عدة شروط هي:

اولاً : أن يصدر عملاً من جهة الادارة المتعاقدة

لابد ان يصدر عمل من جهة الادارة المتعاقدة لتطبيق هذه النظرية كأن تقوم بتعديل بنود العقد التنظمية والتي تتصل بتنفيذ العقد ، ومن شأن هذا الاجراء أن يجعل تنفيذ العقد أكثر كلفه بالنسبة للمتعاقد كالزام صاحب الامتياز بتسير خطوط جديدة في مجال النقل ، وهذه الاجراءات لا تجعل تنفيذ ألالتزام مستحيلاً ، وإنما تجعله مرهقا مما يخل بالتوازن المالي للعقد[٤].

فهذا الاجراء الصادر يمس العقد بصور مباشرة ، الا انه قد يصدر اجراء من جهة الادارة المتعاقدة ويمس المركز المالي للمتعاقد بصورة غير مباشرة وهنا تطبق هذه

---

[١] ينظر جورج فودال وبيار دلفولفيه،القانون الاداري ،ج٢،المصدر السابق،ص٥٨١ ،وعلاء نافع كطافه، حدود اختصاص القضاء الاداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ،دراسة مقارنة،رسالة ماجستيرمقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بابل،٢٠٠٩،ص٧٥ .

[٢] ينظر المادة (١٠) من عقد التزام مطار العلمين في مصر .

[٣] ينظر د.سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ،المصدر السابق،ص٥٦٧ .

[٤] بنظر د. مروان محي الدين القطب،المصدر السابق ،ص١٥٤ .

النظرية ايضاً كقيام البلدية بعدا ابرامها لعقد امتياز مع احدى شركات الغاز بوضع رسوم مرتفعة على الفحم عند دخوله للمدينة وهذا عبء لم يؤخذ بالحسبان عند ابرام العقد، وهذا الاجراء اثر على المتعاقد ولو بصورة غير مباشره[١].

أما الاجراءات التي تتخذها الادارة المتعاقدة بصورة اجراء عام كصدور القوانين واللوائح فهنا لايمكن تعويض صاحب الامتياز الا اذا تسببت هذه الاجراءات بضرر خاص ومباشر للمتعاقد فالاجراءات التي لا تسبب ضرراً خاصاً ومباشراً لا يمكن تطبيق نظرية عمل الامير بشأنها، كذلك اذا كان الاجراء صادراً من سلطة اخرى غير الجهة المتعاقدة فانه لامجال لتطبيق هذه النظرية وانما تطبق نظرية الظروف الطارئة وهذا ماذهب اليه مجلس الدولة الفرنسي [٢].

---

[١] ينظر جورج فودال وبيارد لفوليه، القانون الاداري ،ج٢ ،المصدر السابق،ص٥٨١.

[٢] ينظر د٠ فاروق احمد خماس واخرون،الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص١٦٨ ٠

ثانياً: مشروعية عمل الادارة

يجب ان يكون العمل الذي قامت به الادارة المتعاقدة عملاً مشروعاً ، فاذا كان هذا العمل مبنياً على خطأ من الادارة فانه لايمكن تطبيق هذه النظرية ، وانما تسأل الادارة على اساس المسؤوليه العقدية[١] .

ثالثاً : عدم توقع الفعل المولد للضرر

لاعمال هذه النظريه يجب ان يكون الفعل الذي صدر من جهة الادارة المتعاقدة غير متوقع عند ابرام العقد، فاذا كان المتعاقد قد توقع هذا الاجراء عند ابرام العقد فانه يكون قد ابرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف وبالتالي لا يمكنه الاستناد الى نظرية عمل الامير للمطالبة بالتعويض[٢]

رابعاً: يجب ان يترتب على اجراء الاداره ضرراً للمتعاقد .

لغرض تطبيق هذه النظرية لابد ان يتحقق ضرر يصيب المتعاقد جراء فعل الادارة ولا يشترط في هذا الضرر درجة معينة من الجسامة ،فقد يكون جسيماً او يسيراً ،وقد يكون مجرد انقاص في الربح المتحقق، فمجلس الدولة الفرنسي يشترط فقط ان يؤدي عمل الامير الى اختلال التوازن المالي[٣].

وهكذا فإن توفر هذه الشروط يجعل المتعاقد مع الادارة مستحقاً للتعويض الكامل عما لحقه من اضرار،ويشمل هذا التعويض مالحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب، وان الاساس في مطالبة المتعاقد للادارة بالتعويض هي فكرة أعادة التوازن المالي للعقد اذا ما اختل بسبب من الادارة[٤] .

المقصدالثاني: نظرية الظروف الطارئة (المخاطر الاقتصادية)

تطبق نظرية الظروف الطارئة عند اختلال التوازن المالي للعقد بسبب ظروف استثنائية خارجية عامة غير متوقعة عند ابرام العقد ، وتجعل هذه الظروف تنفيذ الالتزام اكثر ارهاقاً للمتعاقد دون ان تجعله مستحيلاً ، ويجوز لصاحب الامتياز مطالبة الادارة بمد يد العون اليه لتخطي الصعوبات الطارئة وتحمل جزء من الخسارة التي سببتها هذه الظروف[٥]، وتقوم هذه النظرية على أساس مبدأ دوام سير المرافق العامة بأطراد وانتظام.

وتعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظريات التي كرسها مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو[٦] ،حيث ان هذه النظرية من النظريات التي ابتدعها القضاء

---

[١] ينظر د. محمود عاطف البنا،المصدر السابق،ص٢٩٧ .

[٢] ينظرد. محمود عبد المجيد مغربي ، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الادارية واثارها القانونية، دراسة مقارنة ، المؤسسه الحديثة للكتاب ، طرابلس- لبنان ،١٩٩٨،ص٨٤ .

[٣] ينظر د. سليمان الطماوي ،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص٥٧١.

[٤] ينظر د. محمود عبد المجيد مغربي ،المصدر السابق،ص١١٩ .

[٥] ينظر د. محمود عبد المجيد مغربي،المصدر نفسه،ص ١٢٦ .

[٦] تتلخص قضية غاز بوردو انه عقب نشوب الحرب العالمية الاولى ارتفعت اسعار الفحم ارتفاعا فاحشا ولم تستطيع الشركة صاحبة امتياز انتاج الغاز وتوزيعه من تنفيذ التزاماتها في ظل تلك الاسعار وقدمت الشركة طلبا الى ادارة مدينة بوردو تطالب برفع اسعار بيع الغاز كي يتم اعادة التوازن المالي للعقد ،لكن ادارة المدينة رفضت ذلك،ولجات الشركة الى مجلس الدولة الفرنسي الذي قرر مبدأ جديدا وقضى بضرورة قيام ادارة مدينة بوردو بتغطية العجز

الاداري وبالتحديد مجلس الدولة الفرنسي،ثم بدأت التشريعات بعد ذلك الاخذ بهذه النظرية ، فالقانون المدني العراقي اخذ بهذه النظرية ونص على (للملتزم ان يدفع مسؤوليته عما يصيب المرفق من عطل وخلل يزيد عن المألوف في مدته اوجسامته،اذا اثبت ان ذلك يرجع الى قوه قاهرة خارجة عن ارادة المرفق،او الى حادث فجائي وقع في هذه الادارة دون ان يكون في وسع اية ادارة غير مقتره ان تتوقع حصوله او تدرأ نتائجة)[١].

اما في مصر فنجد ان قانون التزام المرافق العامة رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ المعدل قد تطرق الى هذه النظرية ونص على (اذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الامتياز او الملتزم فيها وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالي للالتزام او الى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام ان يعدل قوائم الاسعار...) [٢].

وتطبيقا لهذه النظرية اصدرت محكمة التمييز العراقية العديد من القرارات مستندة الى هذه النظرية ففي احد القضايا بين محافظة كركوك واحد المقاولين قررت المحكمة تطبيق هذه النظريه حيث جاء في قرار الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز (اذا ثبت من الكتب والمستمسكات الرسمية ان انهيارا تاما حصل بين التزامات طرفي الدعوى بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الاساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة فإن لجوء المحكمة الى الاستعانة بالخبراء لزيادة الاجور التي يستحقها المدعي من جراء هذا الانهيار عملا بنص المادة (٨٧٨) مدني يتفق والمادة (١٤٠) من قانون الاثبات)[٣].

ومما ذكر سابقا يتبين ان هذه النظرية تتطلب توافر مجموعة من الشروط ، ومنها حدوث امر طارئ عام وان تكون هذه الظروف غير متوقعة وان تكون اجنبية عن اطراف العقد وتؤدي الى قلب اقتصاديات العقد[٤] ونبينها كالآتي :

أولاً: حدوث ظرف طارئ

يقصد بالظروف الطارئة الظروف المفاجئة التي تؤدي الى اختلال التوازن المالي للعقد ، وهذه الظروف قد تكون طبيعية كالزلازل والبراكين والفيضانات أو اقتصادية كأرتفاع الاسعار واجور العمال المفاجئ او ظروف سياسية كإعلان الحرب او غلق

الحاصل وتحملها جزء من الخسائر التي تلحق بالمتعاقد،للمزيد ينظر إحسان ستار خضير ،نظرية الظروف الطارئة وأثر أختلال التوازن الأقتصادي في تنفيذ العقود ،بحث منشور على الموقع الألكتروني //http www .4 shared . com / account / document / wy6 -1 ds8 . htm1 .

[١] ينظر المادة (٨٩٩)من القانون المدني العراقي ٠

[٢] ينظر المادة (٦) من قانون التزام المرافق العامة المصري رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ المعدل ٠

[٣] ينظر قرار الهيئة الموسعه لمحكمة التمييز العراقية الصادر في ١٩٨٩/٤/٤ ،منشور في مجلة القضاء ، العدد الثاني ،السنة الخامسة والاربعون ، تصدر عن نقابة المحامين العراقية،١٩٩٠ ،ص

[٤] محمد علي الطائي ، الظروف الطارئة واثرها على تنفيذ العقود الادارية ،بحث منشور في مجلة القضاء،تصدر عن نقابة المحامين العراقية،العدد الاول والثاني،١٩٨٢،ص٨٧

الحدود،وقد يكون الظرف نتيجة عمل صادر من جهة ادارية غير الجهة المتعاقدة ، وهذا التوسع في نظرية الظروف الطارئة اضفاه مجلس الدوله الفرنسي ،حيث كانت مقتصره في بداية الامر على الظروف الاقتصادية[١] ،وحسب موقف القانون العراقي لايكفي ان يكون الظرف استثنائيا بل يجب ان يكون عاما في نفس الوقت،فعندما يكون الظرف عاما فلامجال للمتعاقد للتحسب لهذا الظرف وليس بإمكانه دفعه[٢].

وبالاضافة الى ذلك فإنه لايكفي ان يكون الظرف استثنائياً وعاماً بل يجب ان يكون غير متوقع ، حيث توجد مخاطر عادية متوقعة ،فإذا لم تكن هذه الظروف متوقعة فهي ليست مخاطر عادية وبالتالي يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة[٣].

---

[١] ينظر د٠ سليمان الطماوي،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص٦١٢ ٠

[٢] ينظر د٠ محمود خلف الجبوري، العقود الادارية ،المصدر السابق، ص٢٢٦ ٠

[٣] ينظر د٠ محمود عبد المجيد مغربي،المصدر السابق،ص١٥١ ٠

ثانياً: ان تكون الظروف الطارئة خارجه عن ارادة المتعاقدين .

يجب ان يكون الظرف الطارئ خارجاً عن ارادة الطرفين صاحب الامتياز والسلطة المانحة ، فإذا مارجع هذا الظرف الطارئ الى المتعاقد فلا مجال للتعويض ، كان يكون هو السبب في حدوث الظرف عن عمد او اهمال كتقصيره في اتخاذ الاجراءات اللازمة لتلافي هذه الظروف ، كذلك يجب ان لايكون الظرف راجعاً الى الاداره المتعاقدة، فمجلس الدولة يطبق في هذه الحالة نظرية فعل الامير اما اذا كان السبب راجعاً لجهة الادارة غير الجهة المتعاقد فيمكن تطبيق هذه النظريه[١].

ثالثاً: ان تؤدي الظروف الطارئة الى قلب اقتصاديات العقد

لكي تطبق هذه النظريه يجب ان تؤدي الظروف الطارئة الى اختلال التوازن المالي للعقد، فيجب ان يترتب على الاستمرار في تنفيذ العقد خسارة للمتعاقد تتجاوز الخسارة العادية، فالخسارة اليسيرة لاتؤدي الى تطبيق هذه النظرية، أما اذا ادى الظرف الى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ً فلا مجال لتطبيق هذه النظرية ففي هذه الحالة يعفى المتعاقد من تنفيذ التزامه لوجود القوة القاهرة[٢]، وتطبيقاً لذلك ذهبت محكمة التمييز الاردنية الى(يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة- بفرض ان قوانين المملكة تجيز الاخذ بها- ان يكون الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الألتزام مرهقاً)[٣]

لذا فأن وجود هذه الشروط يؤدي الى تطبيق نظرية الظروف الطارئة بحيث تتحمل الادارة جزءاً من الخسارة التي لحقت صاحب الامتياز،على ان تطبيق هذه النظرية يجعل صاحب الامتياز يستحق التعويض الجزئي وليس التعويض الشامل،فلا يشمل التعويض مالحق المتعاقد من خساره ومافاته من كسب ، والقاضي هو الذي يقدر مقدار التعويض طبقاً لظروف القضية. وحقيق بالذكر ان اغلب عقود الامتياز تتضمن شروطاً خاصة بتعديل المقابل المالي في حالة حصول الظروف الطارئة وفي هذه الحالة فان حصول الظرف الطارئ يؤدي الى تعديل المقابل المالي استناداً الى شروط العقد نفسه[٤].

ويتجلى مماسبق ان حدوث الظرف الطارئ يعطي المتعاقد مع الادارة الحق في المطالبة بالتعويض الجزئي ، الاان المتعاقد لايمكنه المطالبه بالتعويض ان توقف عن تنفيذ الالتزام لان هذه الظروف تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً وليس مستحيلا ً،فإذا ماحدث ظرف طارئ وتوقف صاحب الامتياز عن التنفيذ يتعرض لتوقيع الجزاءات المقررة عليه من الادارة ولا يستحق اي تعويض[٥].

المقصدالثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

ويراد بها مايواجه المتعاقد مع الادارة عند تنفيذ العقد من صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة عند ابرام العقد ومن شانها ان تجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد وهنا يستطيع

---

[١] ينظر د٠ سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، المصدرنفسه ص ٦١٩.
[٢] ينظر د٠ ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية ،المصدر السابق،ص١٩٠ ٠
[٣] ينظر قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ٣٤٤ ،المنشور في مجلة نقابة المحامين الاردنية لسنة١٩٧٤ ،ص٩٥.
[٤] ينظر د٠ مجدراغب الحلو،العقود الادارية والتحكيم ،الدار الجامعية،بيروت- لبنان،٢٠٠٠،ص١٤٧ ٠
[٥] ينظر د٠ الياس ناصيف،المصدر السابق،ص٣٣١ ٠

المتعاقد المطالبة بالتعويض الكامل عما تسببه هذه الصعوبات من ضرر[١] ،ويرجع اساس هذه النظرية الى اعتبارات العدالة والطبيعة الخاصة للعقود الادارية والتي تعكس التعاون بين الادارة والمتعاقد معها[٢]. ولغرض تطبيق هذه النظرية لابد من توفر مجموعة من الشروط نجملها على النحو الآتي:.

أولاً: ان تواجه المتعاقد صعوبات مادية:.فيجب ان تواجه المتعاقد صعوبات مادية كالظواهر الطبيعية مثل ظهور صخور قوية أو مواد كبريتية أو ارتفاع منسوب المياه الجوفية، وهذه الصعوبات يجب ان تكون استثنائية غير مالوفة [٣]. ويجب ان تلحق ضرراً بالمتعاقد .

ثانياً: ان تكون الصعوبات خارجة عن ارادة الطرفين .

يجب ان تكون الصعوبات اجنبية عن الطرفين فاذا ما كان لصاحب الامتياز دور في حدوث الصعوبات فلا مجال لتعويضه ، كذلك في حالة كون الادارة المتعاقدة هي السبب لحصول هذه الصعوبات فتطبق هنا نظرية فعل الامير اذا لم يكن فعل الادارة مستند الى خطأ فاذا كانت الادارة مخطئة فتنهض المسؤولية العقدية[٤] .

ثالثاً: ان تكون الصعوبات غير متوقعة عند ابرام العقد.

يجب ان تكون الصعوبات غير متوقعة عند ابرام المتعاقد للعقد، ويتحقق القاضي من توفر هذا الشرط ، فيجب عليه ان يبحث عن قيام المتعاقد ببذل الجهد الضروري للتحري عن طبيعة الاعمال ومايلزم ذلك من اختبارات فأذا لم يقم المتعاقد بهذه الاعمال وكان بأمكانه توقع هذه الصعوبات فلا يستحق التعويض[٥].

وهكذا ان تحقق هذه الشروط السابقة حول الضررالذي يلحق المتعاقد يجعل صاحب الامتياز قادرا على المطالبة بالتعويض الكامل عن كافة الاضرار كما هو الحال في نظرية عمل الامير.

ويتجلى مما تقدم في هذا المبحث ان النظام المالي لعقد الامتياز يميزه عن غيره العقود الادارية وان اشترك مع العقود الادارية في بعض شروط هذا النظام الا انه يختلف عن باقي العقود الادارية من ناحية كون المتعاقد يحصل على المقابل المالي من المنتفعين وليس من الادارة ، كذلك فان اعادة التوازن المالي في عقد الامتياز والذي يعتبر من مميزات هذا العقد والعقود الادارية بصفة عامة، حيث ان المحافظة على سير المرافق العامة ومقتضيات العدالة تتطلب معاونة المتعاقد مع الادارة عند اختلال التوازن

---

[١] ينظر د. جابر جاد نصار،الوجيز في العقود الادارية، المصدر السابق،ص٢٧٩.
[٢] ينظرد. محمود عبد المجيد مغربي، المصدر السابق ،ص٥٠ .
[٣] ينظرد. محمود عبد المجيد مغربي،المصدر نفسه،ص٦٩ .
[٤] ينظرد. وليد حيدر جابر، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة ،المصدر السابق ،ص٣٣٤ .
[٥] ينظرد. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة للعقود الادارية ،المصدر السابق،ص٢٤٢

المـالي بسـبب خـارج عـن ارادة الطـرفين ودون أي خطـأ منهمـا، حيـث ان خطـأ الادارة يوجب مسؤليتها العقدية وخطأ المتعاقد يوجب تحمله نتائج خطأه.

الفصل الثاني

اثار ألامتياز وأنتهائه وحسم منازعاته

يترتب على عقد الامتياز التزامات متبادلة على أطرافه (السلطة مانحة الامتياز وصاحب الامتياز)، أذ يعطي السلطة المانحة وصاحب الامتياز مجموعة حقوق ويرتب بذمتهما عدة التزامات، ،كما أن آثاره قد تمتد تجاه اشخاص آخرين ليسوا طرفاً في العقد وهم الغير عن العقد، وعليه سنبحث اثار العقد تجاه أطرافه وتجاه الغير، ولما كان الامتياز من العقود التي يستغرق تنفيذها مدة طويلة من الزمن الا أنه لايمكن ان يكون مؤبداً ،وله نهاية شأنه شأن العقود الاخرى ،فسنبحث في نهاية هذا العقد ،وهل أنه ينتهي بنفس الطرق التي تنتهي بها العقود الادارية الاخرى ام ان هناك طرقاً مختلفة لأنهائه، وقد يترتب عليه سواء في مرحلة التنفيذ أو عند نهايته منازعات وخلافات بين أطرافه أو مع الغير عن العقد،فكيف تحسم تلك المنازعات التي تنشأ في ظل هذا العقد ، وعلى ذلك فسيكون المبحث الأول مخصصاً للبحث في آثار عقد الامتياز ، أما نهاية عقد الامتياز وحل المنازعات الناشئة عنه فسيتم البحث فيها في المبحث الثاني.

المبحث الأول
اثار عقد الامتياز

تمثل الالتزامات المتعددة التي يرتبها عقد الامتياز على اطرافه الاثار القانونية له والتي يلزم اطراف العقد بها،وسنقوم ببيان حقوق وألتزامات الطرف المانح للأمتياز في مطلب أول ،وفي المطلب الثاني نبين حقوق والتزامات صاحب الامتياز ، وبيان حقوق الغير عن عقد الامتياز في المطلب الثالث وكالآتي:.

المطلب الأول
حقوق والتزامات السلطة مانحة الامتياز

ان الادارة مانحة الامتياز تتمتع بمجموعة من الحقوق والسلطات تجاه المتعاقد معها،وفي الوقت نفسه تقع عليهاعدة التزامات يجب الوفاء بها،وسنبحث في هذا المطلب هذه الحقوق والالتزامات وعلى التفصيل الآتي:

الفرع ألأول:حقوق السلطة مانحة الامتياز

تتمتع السلطة الادارية في عقود الامتياز بمجموعة من الحقوق كحقها في الرقابة والاشراف على عمل المتعاقد معها،وسلطتها في تعديل بنود العقد بأرادتها المنفردة، وحقها في فرض العقوبات الجزائية والمالية ،ونوضح ذلك كالآتي:

المقصد ألأول: حق الادارة في الرقابة والاشراف على صاحب الامتياز

ان السلطة الادارية بأعتبارها مانحة الامتياز تتمتع بحق ممارسة الرقابة والاشراف على صاحب الامتياز عند ادارته واستثماره للمرفق العام،وترجع جذور هذا الحق إلى الامتيازات التي تتمتع بها السلطة العامة تجاه المرفق العام،حيث ان طبيعة المرفق وضرورة استمرار سيره بأنتظام وأطراد في تقديم الخدمات هو الذي

اعطى السلطة المانحة هذا الحق[١]، ذلك ان مهمتها الاساسية الحفاظ على المصالح العامة ويشمل هذا الحق حق الادارة بالرقابة على حسن تنفيذ عقد الامتياز والتحقق من تطبيق كافة الشروط المنصوص عليها في دفاتر الشروط،وهذه الرقابة متنوعة فقد تشمل الجوانب المالية والادارية والتقنية،وتكون الرقابة اثناء تنفيذ العقد وقد تكون لاحقة على التنفيذ تمارس على ما أنجزه صاحب الامتياز[٢].

وعلى ذلك فحق الرقابة والاشراف هو حق ثابت للادارة حتى في حالة عدم النص عليه في وثيقة الالتزام،وللادارة الحق في ان تقوم بهذه الرقابة بنفسها أو تعهد بها لغيرها من الاجهزة الرقابية لاسيما في الحالات الفنية والتقنية ، أو تشكل لجنة تختص بذلك أو تقوم بتعيين اشخاص ينوبون عنها في اجراء الرقابة[٣].

وعلى الرغم من ذلك فأن سلطة الادارة بالرقابة لاتكون مطلقة فهي مقيدة بمبدأ المشروعية، بمعنى استهداف الادارة من وراء ذلك تحقيق المصلحة العامة،والمعيار الاساسي الذي يضبط رقابة السلطة المانحة هو عدم التأثير على عقد الامتياز،بحيث لاتؤدي الرقابة المفرطة إلى التدخل في اعمال المستثمر وان تكون هذه الرقابة في حدود تنفيذ شروط العقد،وان لاتصل إلى حد تغيير موضوع العقد أو الاعتداء على حقوق المتعاقد الاخر[٤].

وهكذا فأن الغرض الاساسي من الرقابة على المشروعات ليست الرقابة بمفهومها السلبي أي بمفهوم الضبط الاداري انما يجب ان تكون هذه الرقابة بناءة ،فعلى صاحب الامتياز ان ينطلق لتحقيق الهدف وان تعطيه الادارة الفرصة في ذلك ،وعلى السلطة المانحة للامتياز عدم التدخل في كل صغيرة وكبيرة عند قيامها بالرقابة، فالادارة تشرف على المشروع من خلال رسم السياسة العامة لهذا المشروع عن طريق القوانين واللوئح،ثم متابعة العمل عند التنفيذ أي الرقابة المعاصرة للتنفيذ والتأكد من حسن أداء الخدمة ،ثم تأتي بعدها الرقابة اللاحقة حيث تتحقق الادارة من تأدية المرفق للخدمات المرجوة منه[٥].

ومن التطبيقات التشريعية على الرقابة ماذهبت اليه النصوص القانونية في العديد من الدول،ففي مصر نص قانون التزام المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على (١- لمانح الالتزام ان يراقب انشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من الناحية الفنية والادارية والمالية ...٢- وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في كل الفروع والادارات التي ينشها الملتزم لاستغلال المرفق ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام)[٦].

---

[١] ينظرد. مازن ليلو راضي ، المصدر السابق ،ص ٦٠ .

[٢] ينظر د٠محمد محمد عبد اللطيف ،المصدر السابق، العربية، ،ص٢٧ ، ود٠ زكريا المصري،المصدر السابق،ص٦١٤ ،ود٠ سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص٤١٣ ٠

[٣] ينظر د٠ جابر جاد نصار،الوجيزفي العقود الادارية ،المصدر السابق،ص٣٦ ،ود٠ عبد العزيز عبد المنعم خليفه ،الاسس العامة للعقود الادارية ،المصدر السابق ،ص٨٧ ،ود٠ علي خطار شنطأوي ،المصدر السابق ،ص٢٨٥ ٠

[٤] ينظرد٠ هاني محمود حمزه ،المصدر السابق ،ص١٩٧ ،ود٠ زكريا المصري ، المصدر السابق ،ص٦١٥

[٥] ينظر السيد محمد الجوهري ،دور الدولة في الرقابة على مشروعات الاستثمار –دراسة مقارنة ،دار الفكر الجامعي ، الاسكندريه-مصر ،٢٠٠٩ ،ص٥٣ ٠

[٦] ينظر المادة (٧) من قانون التزام المرافق العامة المصري رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ .

اما في العراق فنجد ان التشريعات الحديثة التي صدرت ومنها قانون الاستثمار الخاص في تصفية النفط الخام رقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٦ قد اعطى الادارة سلطة الرقابة حيث نص على(تتولى وزارة النفط نصب اجهزة القياس والسيطرة الخاصة بها وهي مسؤولة عن تشغيلها وادامتها) ونجده نص ايضا على (تلتزم الشركة المستثمرة بتقديم تقارير دورية مالية وفنية إلى وزارة النفط وفق النموذج الذي تعده الوزارة بموجب تعليمات يصدرها الوزير)[١]، ومن الملاحظ ان مشروع قانون النفط والغاز العراقي قد منح الادارة حق الرقابة من خلال اعطائها الحق في تفتيش المواقع التي تمارس فيها العمليات البترولية وتشمل المباني والمنشأت والاملاك والقيود والبيانات[٢].

المقصد الثاني:سلطة الادارة في تعديل عقد الامتياز

تعتبر سلطة الادارة بالتعديل هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الادارية،بل هي من الخصائص المميزة لنظام العقود الادارية عن العقود المدنية،وهذه السلطة تمكن الادارة من تعديل العقد اثناء تنفيذه وبأرادتها المنفردة،وعليه فالسلطة المانحة للامتياز تستطيع تعديل النصوص المتعلقة بتنظيم المرفق وذلك بقرارات تصدرها بأرادتها المنفردة[٣]،ويستند حق الادارة بالتعديل إلى طبيعة المرفق العام ومقتضيات سيره وقابليته للتطور والتغيير،فالمرفق العام يجب ان يساير التطورات المستمرة كي يتمكن من اداء الخدمات بأتم وجه،فالادارة هدفها حماية المصلحة العامة والقيام بأشباع الحاجات العامة وتحقيق التنمية الاقتصادية وعليها ان تحقق ذلك[٤].

ونجد ان القضاء الاداري في العديد من الدول قد كرس هذا الحق في احكامه وهو ما سار عليه مجلس الدولة الفرنسي في قراراته حيث اعترف بفكرة تعديل العقود الادارية لأول مرة في ١٩١٠/٢/٢١ وذلك في قضية (ترام مرسيليا)والتي تتعلق وقائعها بعقد أمتياز ومن ثم أمتدت سلطة التعديل لتشمل العقود الادارية كافة[٥]، وهذا ماسار عليه القضاء المصري حيث اشار القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري في احد قراراته إلى(من المسلم به فقهاً وقضاءً ان مانح الامتياز يملك بأرادتة المنفردة تعديل الشروط اللائحية في أي وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون ان يتوقف ذلك على قبول الملتزم،وحق تعديل الشروط اللائحية مستمد من طبيعة موضوع العقد وهو المرفق العام...)[٦].

---

[١] ينظر المادة(٦) فقره (٣) والمادة (١١) من قانون الاستثمار الخاص في تصفية النفط الخام العراقي رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٦ .

[٢] ينظر المادة(٣٨) من مشروع قانون النفط والغاز العراقي .

[٣] ينظر خالد مرموص الحمداني ، سلطة الادارة في تعديل عقودها الادارية بأرادتها المنفردة، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية – جامعة الدول العربية ،١٩٨٧م ،ص ١٧٨ .

[٤] ينظرد. شاب توما منصور،حق الدولة في تعديل شروط امتيازات النفط،مطبعة التضامن،بغداد،بدون سنة نشر،ص ٢٤-٢٥، وينظر محمود خاف الجبوري ،التنفيذ المباشر للقرارات ألادارية، رسالة ماجستير- مقدمة إلى مجلس كلية القانون –جامعة بغداد ،١٩٧٩ ،ص١٤١ ،ومحمد علي حسن البنان،المصدر السابق،ص٥٠ .

[٥] ينظرد. عبد الحميد الشواربي ،المصدر السابق ،ص ٤٥ .

[٦] ينظر فتوى قسم الرأي في مجلس الدولة المصري ،رقم٩٢ الصادرة في١٩٥٦/٢/٤ ،اشار اليه د. سليمان الطمأوي،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص٤٢٩ .

ويعتبر حق الادارة بالتعديل حق ثابت وان لم ينص عليه في العقد،حيث ان صاحب الامتياز عليه ان يعلم ذلك لان مهمة الاستثمار التي يقوم بها تخضع للتطورات المستمرة،وان قابلية المرفق للتعديل من المبادئ الاساسية المستقرة في مجال المرافق العامة[١]،الانه يجب ملاحظة ان حق الادارة في التعديل ليس مطلقا ولايشمل كافة شروط عقد الامتياز اللائحية والعقدية،فهذه الادارة مقيدة عند التعديل بعدة ضوابط نبينها كالأتي:

أولاً: شروط عقد الامتياز القابلة للتعديل.

لاتستطيع السلطة مانحة الامتياز تعديل جميع شروط العقد وانما تنصب سلطتها في التعديل على الشروط اللائحية المتعلقة بسير المرفق العام،فعقد الامتياز يتكون من شروط لائحية وشروط عقدية،حيث ان المركز اللائحي يعطي صاحب الامتياز مجموعة من الحقوق المستمدة من السلطة العامة،وان هذا المركزاللائحي الذي يتصل بالمرفق العام هوالذي يسودالعملية بأسرها،اماالمركزالتعاقدي أوالشروط العقدية تعتبر تابعة للشروط اللائحية،وعليه فصاحب الامتيازلايستطيع ان يقف امام صدور نصوص لائحية جديدة تتعلق بموضوع الامتياز وخاصة حق الادارة بالتعديل[٢].

وهكذا فالادارة تستطيع تعديل الشروط اللائحية في عقد الامتياز دون الشروط التعاقدية،وان تصنيف هذه الشروط إلى لائحية وعقدية ليس تصنيفاً مطلقا،بل توجد بعض الشروط تعد شروطً لائحية في حين اتجه قسم من الفقه إلى اعتبارها شروطا عقدية[٣]، فالشروط الخاصة بالتعريفات والرسوم التي يدفعها المنتفعون اعتبرت عند البعض شروطاً عقدية لايجوز تعديلها من قبل الادارة بالارادة المنفردة، في حين عدها قسم كبير من الفقهاء بأنها شروطا لائحية وهذا هو الراجح وبالتالي تستطيع الادارة تعديلها بأرادتها[٤].

وقد نحى مجلس الدولة المصري نفس المنحى وأيد في احدى فتواه ذلك أذ اشار في هذه الفتوى إلى (... من المبادئ الاساسية المستقرة ان الجهة الادارية المتعاقدة

---

[١] ينظر د. ماجد راغب الحلو،العقود الادارية،المصدر السابق،ص٢٠٣ ،وهيام جورج ملاط،المصدر السابق،ص٢٠٩ .

[٢] ينظرد٠ سليمان الطمأوي،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابف،ص٤٧١ .

[٣] ينظرد. عارف صالح مخلف ،محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا ،جامعة الانبار،غير منشورة،العام الدراسي ٢٠٠٨ -٢٠٠٩ .

[٤] ينظرد. محمود عاطف البناء،المصدر السابق،ص٢٨٨ ،ود. مروان محي الدين القطب،المصدر السابق،ص١١٧.

تملك من جانبها حق تعديل العقد ...غير إن سلطة التعديل هذه ليست مطلقة ... حيث تقتصر تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير بالمرفق العام... على ان جهة الادارة لاتملك ان تتنأول بالتعديل النصوص المتعلقة بالمزايا المالية المتفق عليها والتي يستفيد منها المتعاقد معها ...)[١].

ثانياً: حدود سلطةالادارة بالتعديل

يجب على السلطة المانحةللامتيازعند تعديلها للشروط اللائحية مراعاة مجموعة من الضوابط واهم هذه الضوبط[٢]:

١-يجب ان تخضع الادارة عند التعديل لمبدأالمشروعية،فلايجوز للسلطة المانحة للامتيازتعديل قواعد تنظيم المرفق العام المحددة وفق القوانين والتعليمات النافذة.

٢-عند اجراء الادارة لاي تعديلات فيجب ان لاتؤدي هذه التعديلات إلى تغيير في جوهر العقد،فهذه التعديلات يجب ان يكون طابعها جزئيا ينحصر بما هو ضروري[٣].

٣-ان التعديلات التي تجريها الادارة يجب ان لاتؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد والمساس بالحقوق الماليةلصاحب الامتيازعلى اعتبار ان النصوص المتعلقة بالحقوق المالية لصاحب الامتيازمن غير التعريفات أو الرسوم هي نصوص عقدية وليس لائحية وهذا ماذهب الية مجاس الدولة الفرنسي[٤].

٤-اذا ما اصاب صاحب الامتيازضررا نتيجة التعديلات التي تجريها الادارة مانحة الامتيازيستطيع صاحب الامتيازاللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض واعادة التوزن المالي للعقد .

وهكذا فأن حق السلطة المانحة للامتيازفي تعديل الشروط اللائحية هو حق ثابت لها وان لم يرد به نص في العقد،حيث استقرالفقه والقضاء على ذلك على الرغم

---

[١] ينظر فتوى قسم الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري رقم ٩٨٤ في ١٩٧٣/١٢/٩ ،مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتأوي الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع ،السنة الثامنة والعشرين ،مطابع مؤسسة أخبار اليوم، ص٣٥ -٣٦ .

[٢] ينظرد. سعاد الشرقأوي،العقود الادارية،المصدر السابق،ص٦٦،ود. عبد العزيز عبد المنعم خليفه،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص٢٧٠، ود. وليد حيدر جابر،التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة،المصدر السابق،ص٥٥٣، ومروان محي الدين القطب،المصدر نفسه،ص١١٨ود.محمد محمد عبد اللطيف ،المصدرالسابق،ص٢٩.

[٣] ينظر خالد مرموص خلف الحمداني ،المصدر السابق ،ص١٨٠ .

[4] C.E 16. 11 . 1928 . ravier .1193 .

من الاراء التي انكرت هذا الحق،بيد ان هذا الحق لايكون مطلقا وانما يقيد بضوابط وحدود يجب على الادارة مراعاتها عند اجراء أي تعديل على الشروط اللائحية في العقد.

وتطبيقا لذلك فقدنصت العديد من التشريعات على هذا الحق ،ففي مصر نجد ان قانون التزام المرافق العامة قد نص على ان(لمانح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ان يعدل من تلقاء نفسه اركان تنظيم المرفق موضوع الالتزام أوقواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الاسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض ان كان له محل)[١].

وفي العراق نجد ان المادة(٨٩٥)من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٢ قد أشارت إلى ان تعريفة الاسعار لها قوة القاتون ولكن يجوز اعادة النظر في هذه التعريفات،وان هذه التعديلات على التعريفات تصبح سارية من تأريخ التعديل دون اثر رجعي .

المقصد الثالث:سلطة الادارة في فرض العقوبات

على العكس من العقود المدنية تستطيع الادارة فرض الجزاءات المختلفة على المتعاقد معها والذي يخل بألتزاماته سواء أكان وجه الاخلال الامتناع أو التأخير في التنفيذ ام الاهمال والتنفيذ على نحو سئ، وتختلف الجزاءات الادارية المتعددة عن الجزاءات المدنية وذلك بسبب صلة العقد بالمرفق العام.

أذ ان الادارة تستطيع فرضها على المتعاقد معها بنفسها وبدون الحاجة إلى حكم قضائي وذلك ضمانا للحفاظ على سير المرافق العامة، الان سلطة توقيع الجزاءات لاتكون سائبة وبدون رقابة بل لابد ان تخضع لرقابة القضاء،ويتوجب على الادارة عند ايقاع هذه الجزاءات اعذار المتعاقد معها قبل فرض الجزاء[٢]،وهذا من الضمانات المهمة للمتعاقد مع الادارة،الا ان القضاء الفرنسي قد اعفى الادارة من الاعذار في بعض الاحيان خاصة عند وجود نص قانوني بذلك أو تضمن العقد مثل هذا النص[٣].

ويعتبر حق الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها من الحقوق التي تثبت للادارة بصورة مستقلة عن العقد، فالادارة تملك هذه السلطة حتى اذا لم ينص العقد على ذلك، حيث توقع الادارة هذه العقوبات متى ما اخل المتعاقد معها في تنفيذ التزامه واثر ذلك على سير المرفق العام[٤].

---

[١] ينظر المادة الخامسة من قانون التزام المرافق العامة المصري رقم (١٢٩)لسنة ١٩٤٧.

[٢] فقد تطلبت المادة (٦٥) من الشروط العامة لاعمال الهندسة المدنية العراقية أنذار المتعاقد مع الادارة وذلك قبل اربعة عشر يوماً من ايقاع الجزاء .

[٣] ينظرد. محمود عاطف البنا، المصدر السابق،ص٢٤٨ ، وينظر د.فوزت فرحات،المصدر السابق،ص٤٨٠.

[٤] ينظرد. سليمان الطمأوي،الاسس العامةللعقود الادارية،المصدر السابق،ص٤٥٥.

فالسلطة مانحة الامتياز وتطبيقا للمبادئ العامة للعقود الادارية تملك الحق في فرض الجزاءات وتتنوع هذه الجزاءات فقد تكون مالية أوعقوبات قسرية(ادارية ضابطة) أوجزائية ونبين ذلك على النحو الآتي:

أولاً: العقوبات المالية.

تستطيع السلطة مانحة الامتياز توقيع نوعين من العقوبات المالية على صاحب الامتياز وهي التعويض وفرض الغرامات.

١-التعويض عن العطل والضرر.

اذا ما اخل صاحب الامتياز بألتزاماته التعاقدية وتسبب بحصول العطل والضرر للادارة تستطيع الادارة ايقاع هذه العقوبة،وهي تشمل نوعا من التعويض المالي،وخاصة عندما لاينص العقد على تعويض اتفاقي كالغرامات[١].

٢-الغرامات.

الغرامات هي عبارة عن تعويض تحصل عليه الادارة يدفعه صاحب الامتياز عند اخلاله بتنفيذ التزامه وينص على ذلك في دفتر الشروط،وتقوم الادارة بفرض هذه الغرامه دون حاجة لاثبات الضرر فالضرر يكون هنا مفترضا غير قابل لأثبات العكس،والغرامة تختلف عن التعويض حيث ان الغرامة تكون محددة في العقد في حين ان التعويض يدفعه المتعاقد دون ان يكون محددا ويدفع مقابل الضرر الذي يصيب الادارة[٢] .

ثانياً: العقوبات القسرية(وسائل الضغط).

ان هذه العقوبات تستهدف الادارة من ورائها ارغام المتعاقد على الوفاء بألتزاماته التعاقدية وذلك عن طريق حلول الادارة محله في التنفيذ أو احلال غيره في تنفيذ العقد،حيث ان هدف الادارة المحافظة على سير المرافق العامة والاستمرار في تنفيذ العقد،فخطأ المتعاقد يعطي الادارة الحق في اللجوء إلى هذه العقوبات، وتعتبر عقوبة اسقاط الامتياز من العقوبات المهمة التي تستطيع الادارة فرضها على صاحب الامتياز[٣]،ونظراً لاهمية عقوبة اسقاط الامتياز لأنها تؤدي إلى انهاء الامتياز لذا سنبحثها عند التطرق إلى نهاية عقد الامتياز،ونبين اهم العقوبات القسرية وبالتفصيل الآتي:.

١-الوضع تحت الحرسة.

ويقصد بالوضع تحت الحراسة هو ان تضع الادارة المرفق تحت يدها وتحل محل الملتزم بصورة مؤقته وذلك في حالة تقصير صاحب الامتياز تقصيرا جسيما في ادارة المرفق،أو اذا ما وجد شئ يهدد المرفق بالتوقف حتى وان لم يخطأ صاحب

---

[١] ينظرد. مروان محي الدين القطب،المصدر السابق،ص١٢٠.

[٢] ينظرد. ماجد راغب الحلو،العقود الادارية،المصدر السابق،ص٢٠٥،ود. عبد العزيز عبد المنعم خليفه،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص٢٨٤،ود. محمد رفعت عبد الوهاب،مبادئ واحكام القانون الاداري،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت-لبنان،٢٠٠٥،ص٥٢٥.

[٣] ينظرد. سليمان الطمأوي،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص٤٧٦-٤٧٩.

الامتياز،والهدف من وضع المرفق تحت الحراسة هو تأمين متابعة تقديم خدمات المرفق،والادارة تستطيع اللجوء إلى هذه العقوبة وان لم ينص عليها العقد[١].

الا انه يجب ملاحظة ان الوضع تحت الحراسة لايؤدي إلى فسخ العقد ولايؤدي إلى اسقاط حقوق الملتزم الاصلي وانما تبقى العلاقة قائمة مع صاحب الامتياز ،ويكون استغلال المرفق على نفقة صاحب الامتيازومسؤوليته ويدار ايضاً لمصلحته وذلك في حالة اخلال صاحب الامتياز بألتزاماته،اما اذا لم يخطأ ووضع المرفق تحت الحراسة فصاحب الامتياز لايتحمل مخاطر الادارة المالية،وفي حالة الوضع تحت الحراسة قد تدير الادارة المرفق بنفسها أوتضعه تحت ادارة شخص اخر،وان حلول الادارة محل صاحب الامتيازأو تسليمه إلى شخص اخريخضع لرقابة القاضي الاداري،فالقاضي يراقب مدى صحة الاساس القانوني لهذا القرار[٢].

٢-حجز المداخيل.

السلطة مانحة الامتيازقادرة على حجزالدخل العائد إلى صاحب الامتياز،وتستطيع الادارة اتخاذهذا الاجراء عند اهمال صاحب الامتيازفي تنفيذ التزامه في صيانة الانشاءات وادوات المرفق وخاصة في السنوات الاخيرة من مدة الامتياز،حيث من واجبات صاحب الامتيازان يقوم بتسليم المشروع للادارة بصورة جيدة فأذا ما اهمل بصيانة المشروع قبل التسليم تستطيع الادارة المانحة ان تضع يدها على المداخيل وتقوم بصرفها على صيانة المشروع وتأهيله،والادارة لاتلجأ إلى هذه العقوبة الافي حالة النص عليها في دفتر الشروط،الا انه في حالة الاهمال الخطر للصيانة في المرفق تستطيع الادارة اللجوء إلى هذا الاجراء حتى وان لم ينص على ذلك في دفتر الشروط[٣].

٣-التنفيذ الحكمي.

يحق للسلطة مانحة الامتيازالتنفيذ الحكمي للالتزامات التي لم ينفذها صاحب الامتياز،وهنا يبقى صاحب الامتياز يدير المرفق على خلاف الحال في الوضع تحت الحراسة حيث تقوم الادارة بتنفيذ الالتزام الذي اخل به صاحب الامتيازفقط،ويمنح صاحب الامتياز الحق في تحصيل الرسوم والبدلات من المنتفعين وتستطيع الادارة استقطاع جزء من العائدات لتغطية تنفيذ هذا الالتزام بشرط ان ينص على ذلك في دفتر الشروط[٤].

ثالثاً: العقوبات الجزائية.

---

[١] ينظرد. هيام جورج ملاط،المصدر السابق،ص٢١٥،ود. عبد العزيز عبد المنعم خليفه،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص٢٩٧،ود. محمد محمد عبد اللطيف ،المصدر السابق ،ص٢٨.

[٢] ينظرد. سليمان الطمأوي،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص٤٨٩،ود.محمود خلف الجبوري ،العقود الادارية،المصدر السابق ،ص١٥٧-١٥٨ ، وينظر د. خالد خليل الظاهر ،القانون الاداري – دراسة مقارنة ، الكتاب الثاني ، دار المسيرة ،عمان – الاردن ،ط١ ، ١٩٩٧ ،ص ٢٦٦ .

[٣] ينظرد. مروان محي الدين القطب،المصدر السابق،ص١٢٤.

[٤] ينظرد. هيام جورج ملاط، المصدر السابق،ص ٢١٨ .

الاصل انه لايجوز للادارة المانحة للامتياز فرض عقوبات جزائية على صاحب الامتياز لان فرض هذه العقوبات من الاختصاص المحجوز للمحاكم الجنائية، فأذا ما خالف صاحب الامتياز التزام معين وشكل ذلك جريمة فأن الادارة تستطيع اللجوء إلى القضاء الجنائي، ولكن في حالات استثنائية تستطيع الادارة المانحة للامتياز فرض عقوبات جزائية على صاحب الامتيازاستنادا إلى القوانين والانظمة ليس على اعتبارها طرفا في العقد وانما بأعتبارها سلطة عامة،واهم المجالات التي تستطيع الادارة فيها ممارسة ذلك هو سلطة الضبط الاداري فتستطيع الادارة اصدار لوائح ضبط اداري للحفاظ على النظام العام وتطبق هذه اللوائح على المتعاقد وغيره ويعتبر الاخلال بها مخالفة جنائية[١].

كما أن من الحقوق المهمة للسلطة مانحة الامتيازهو حق الاسترداد،وبموجبه تستطيع الادارة استرداد المرفق قبل نهاية مدة العقد عن طريق شراءه من صاحب الامتياز،مما يؤدي إلى انهاء العقد مع دفع تعويض إلى صاحب الامتياز[٢]،ونظرا لاهمية الاسترداد وأعتباره من طرق انهاء العقد فنحيل هذا الموضوع إلى بحثنا في نهاية عقد الامتياز[٣].

الفرع الثاني:التزامات السلطة مانحة الامتياز.

ان التزامات السلطة مانحة الامتياز يمكن النظر اليها على انها تمثل حقوقا لصاحب الامتياز،فكل ما يعد التزاماً على الادارة المتعاقدة يعد حقا لصاحب الامتياز ،وتتمثل التزامات الادارة بالاتي:.

المقصد الأول: الالتزامات قبل تنفيذ العقد.

من الالتزامات المهمة الملقاة على عاتق الادارة هو خلق بيئة استثمارية مناسبة لتشجيع صاحب الامتيازعلى التعاقد مع الادارة،حيث يجب ان تضع الاطار التشريعي والتظيمي الثابت لهذه العملية،ويتحدد ذلك بقواعد واضحة وشفافة تشترك معها الرقابة القضائية المستقلة،والثقة المتبادلة بين الادارة والمستثمر تعتبر من العناصر المهمة في توفير البيئة الاستثمارية[٤] .

وبعد وضع الاطار القانوني الملائم لهذه العملية على الادارة المانحة للامتيازان تمنح صاحب الامتياز التراخيص اللازمة لاستثماره وادارته للمرفق،كالتراخيص الخاصة بأستعمال المال العام،حيث ان تنفيذ الالتزام قد يتطلب القيام بأنشاءات قد تمتد

---

[١] ينظرد. محمود عاطف البنا،المصدر السابق،ص٢٥٠،ود. مروان محي الدين القطب، المصدر السابق،ص١٢٥.

[٢] ينظرد. احمد عثمان عياد،مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية،دار النهضة العربية،القاهرة-مصر،١٩٧٣،ص٢٧٦، وينظرد. وضاح محمود الحمود ،المصدر السابق ، ص١٤١ .

[٣] ينظر هذه الرسالة ص ١٨٢.

[٤] ينظرد. وليد حيدر جابر التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة،المصدر نفسه،ص٣١٥.

علـى الملـك العـام مـن طـرق واراضـي،لذا فعلـى الادارة ان تـؤمن كافـة هـذه التراخيص،كذلك يقع على الادارة توفير كافة الخرائط والدراسات المطلوبة حول المشروع[1]،واذا رجعنا إلى قانون الاستثمار العراقي نجد ان من أولى مهمات هيئة الاستثمار الوطنية وهيئات الاستثمار في الاقاليم منح اجازات الاستثمار للمستثمر والحصول على الموافقات اللازمة من الوزارات المختصة[2].

[1] ينظرد. هيام جورج ملاط،المصدر السابق،ص٢٢٠.
[2] ينظر المادة(٩) من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦.

المقصد الثاني: تنفيذ بنود العقد.

السلطة المانحة للامتياز بأعتبارها طرفا في العقد يقع على عاتقها واجب تنفيذ شروط العقد التي تم الاتفاق عليها،ولايقتصر ذلك على الالتزامات الاساسية وانما يشمل الالتزامات الاضافية المنصوص عليها في دفتر الشروط،فعلى الادارة تنفيذ كافة التزاماتها واحترام مقتضيات حسن النية،ويعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ القانونية المهمة والتي استقر العمل بها على الصعيد التشريعي والفقهي،وبدأت التشريعات الداخلية تشير إلى هذا المبدأ خاصة في مجال تفسير العقود وتنفيذها،ويتطلب هذا المبدأ ان تسلك الاطراف المتعاقدة سلوكا معينا يتوافق مع مبدأ حسن النية كالمحافظة على السرية والالتزام بأداء المعلومات بصورة صحيحة[١].

وقد اكد القضاء في احكامه على مبدأ حسن النية ،فالمحكمة الادارية العليا في مصر قررت في حكم لها (ان العقود تخضع لاصل عام من اصول القانون الاداري يقضي بأن يكون تنفيذهابطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية،وهذا الاصل يطبق في العقود الادارية،...)[٢]، وعلى هذا اقرت التشريعات المختلفة هذا المبدأ فعلى الدولة تنفيذ بنود العقد الخاصة بها ولايشمل التنفيذ فقط على شروط العقد بل يمتد إلى ما يعد من مستلزمات العقد وفقا للعرف والقانون[٣].

بالاضافة إلى ما ذكر فأن من الواجبات المهمة التي تقع على السلطة مانحة الامتياز اذا ما اعطت امتيازا حصريا لاحد الاشخاص فعليها ان تحترم هذا الالتزام بأن لاتعطي امتيازا لشخص اخر في نفس موضوع الامتياز،كذلك يجب على الادارة الالتزام بالمدة المتفق عليها،وكما اسلفنا فأن تنفيذ العقد وتمكين صاحب الامتيازمن الحصول على المقابل المالي من المنتفعين من الواجبات المهمة الملقاة على عاتق الادارة وليس لها ان تتحلل من ذلك الا اذا اقتضى الامر تحقيق الصالح العام[٤].

وعلى ذلك فالادارة ملزمة بتنفيذ كافة التزاماتها المترتبة على عقد الامتياز،وفي حالة مخالفتها لهذه الالتزامات فأن ذلك يستدعي قيام مسؤولية الادارة ومن ثم ايقاع الجزاء عليها،الا ان الجزاء الذي يوقع على الادارة يخضع لنظام يختلف عن النظام الذي تخضع له الجزاءات المقرره على صاحب الامتياز،حيث لاتوجد غرامات أو وسائل ضغط تحمل الادارة على تنفيذ التزاماتها، ولايستطيع المتعاقد ان يوقع الجزاء بنفسه ،الا انه يستطيع اللجوء إلى القضاء لتوقيع الجزاء على الادارة،والقاضي لايملك الحق لاعطاء الامر للادارة للقيام بعمل معين ولكن يستطيع تخيير الادارة بين

---

[١] ينظرد. شيرزاد عزيز سليمان،حسن النية في ابرام العقود،دار دجلة،بغداد-العراق،٢٠٠٨ ،ص١٣وص٣٥٩،ود. مروان محي الدين القطب،المصدر السابق،ص١٢٧.

[٢] ينظر حكم المحمة الادارية العليا في مصر الصادر في ١٩٥٧/٤/٢٠ ،اشار اليه د. سليمان الطماوي،الاسس العامة للعقود الادارية ،المصدر السابق،ص ٥١٥ .

[٣] ينظرد. عارف صالح مخلف ود. علاء حسين علي الجوعاني،عقد البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناءوالتشغيل ونقل الملكية،بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية،العدد الأول٢٠١٠ ،وينظر المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي .

[٤] ينظرد. سليمان الطماوي،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص٥١٦ ،ود. مروان محي الدين القطب،المصدر السابق،ص١٢٧.

التنفيذ وبين دفع التعويض،ويملك القاضي ايضا الغاء القرارات غير المشروعة الصادرة من الادارة بمناسبة تنفيذ العقد[1].

ويتجلى من ذلك ان الادارة تتمتع بمجموعة من الحقوق في عقد الامتيازتجعل كفتها اعلى من كفة المتعاقد معها وهذا هو شأن العقود الادارية بصفة عامة ،الا ان ذلك لايعني ان الادارة لاتقع عليها التزامات بل يجب عليها تنفيذ كافة الشروط المتفق عليها في العقد وان اخلالها بذلك قد يعطي صاحب الامتيازالحق في المطالبة في فسخ العقد ويكون ذلك امام القضاء.

المطلب الثاني

حقوق والتزامات صاحب الامتياز

يتمتع صاحب الامتياز بجملة من الحقوق وتقع عليه عدة التزامات من الواجب احترامها وتنفيذها، ونبحث هذه الحقوق والالتزامات بالشكل الآتي:

[1] ينظرد. سليمان الطمأوي،الاسس العامة للعقود الادارية، المصدر نفسه،ص٥١٩-٥٢٠ ،ود. هيام جورج ملاط،المصدر السابق،ص٢٢٢ .

الفرع الأول:حقوق صاحب الامتياز

صاحب الامتيازبأعتباره طرفاً في العقد يسعى لتحقيق الارباح والمنافع المالية وعلى الادارة مساعدته في الحصول على ذلك،ومن حقوقه ايضاً الحصول على التعويضات المالية من الادارة المتعاقدة نتيجة اصابته بأضرار بسبب فرض الادارة لرسوم معينة أو شروط محددة تغير من التزامه،أوبسبب تغيير الظروف[١]،ونبين حقوق صاحب الامتياز بالآتي:.

المقصد الأول:الحق في الحصول على المقابل المالي

ان صاحب الامتياز يدير المرفق بهدف الحصول على الربح،فهو يتقاضى المقابل المالي على شكل رسوم يدفعها المنتفعون من المرفق،وحصوله على هذه الرسوم امر طبيعي وينص على ذلك دائما في دفاتر الشروط ،وتعتبر الشروط المتعلقة بالمقابل المالي شروطاً لائحية في عقد الامتياز وان اعتبرت شروط عقدية في باقي العقود الادارية،والاسباب الرئيسية التي تدفع الادارة إلى منح صاحب الامتيازالحق في الحصول على المقابل المالي ترتبط اساسا بتعويض نفقات انشاء المرفق العام وادارته من قبل صاحب الامتياز[٢]،وسبق لنا ان فصلنا موضوع المقابل المالي في عقد الامتياز ونحيل ذلك إلى الفصل السابق[٣].

المقصد الثاني:الحق في التعويض

ان حق صاحب الامتياز في التعويض ينبع من حقه في التوازن المالي،حيث ان مبدأ التوازن المالي له اهمية كبرى في عقود الامتيازنظرا لطول مدة هذا العقد،فأذا ما اختل التوازن المالي للعقد بسبب ظروف معينة فصاحب الامتياز يحق له المطالبة بأعادة التوازن المالي للعقد[٤].

ويعتبرالحق في التعويض من الضمانات المهمة التي تعطى لصاحب الامتيازولايجوزالتنازل عنها وقد ذهب مجلس شورى لبنان في هذا الخصوص إلى(وان وقع الملتزم على البند الخاص من العقد الذي بموجبه تعفي الادارة نفسها من اية مسؤولية أو تعويض بسبب تأخيرها في اجراء عمليات الاستملاك،فقد يبقى له حق طلب التعويض عن التأخير هذا،شرط ان يثبت الضرر اللاحق من جرائه وان يكون قد احتج في الوقت المناسب وانذر الادارة بتسليمه مواقع العمل)[٥]

ويلاحظ ان الحق في التعويض قد يبنى على اساس وجود خطأ من الادارة وهنا تقوم المسؤولية العقدية ويوجب ذلك على الادارة تعويض صاحب الامتياز،وذلك عند مخالفة الادارة لدفاتر الشروط،وقد يتم التعويض بدون خطأ من الادارة كما في حالة

---

[١] ينظرد. عبد الغني بسيوني،القانون الاداري،منشأة المعارف،الاسكندرية-مصر،٢٠٠٥،ص٤٤.

[٢] ينظر العلامة السنهوري،الوسيط،ج٧،المصدر السابق،ص٢٨٥ ،ود. خالد خليل الظاهر،المصدر السابق ،١٩٩٧ ،ص٢٦٩ .

[٣] ينظر هذه الرسالة ص

[٤] ينظرد. زكريا المصري ،المصدر السابق ،ص ٩٥٢ .

[٥] ينظر قرار مجلس شورى لبنان رقم(١٧٥)الصادر بتاريخ١٩٦٢/٤/١٨ ،اشار اليه د. وليد حيدر جابر ،التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة،المصدر السابق،ص٣٢٠ .

حصـــول الظـــروف الطارئـــة أو الصـــعوبات الماديـــة أوبســـبب اعمـــال الادارة المشروعة[١].

المقصد الثالث:الحق في ادارة واستثمار المرفق طوال مدة الامتياز

من حقوق صاحب الامتياز المهمة حقه في تنفيذ المشروع والاحتفاظ به طوال مدة الامتياز،فهو يستخدم رأس مال ضخم عند تشغيله للمرفق،لذا فيجب منحه مدة كافية عند استثماره للمرفق ليتمكن من تغطية نفقات الاستثمار والحصول على ربح معقول،الا ان وجود هذا الحق لايعني ان الادارة لايمكنها مخالفة ذلك وانهاء العقد،فالادارة تستطيع ذلك اذا ما تطلبت المصلحة العامة هذا الامر مع تعويض صاحب الامتياز[٢].

المقصد الرابع:الحق في الحصول على المزايا التي تقررها السلطة المانحة.

ان الادارة المانحة للامتياز قد تمنح صاحب الامتيازمجموعة من المزايا لمساعدتة في القيام بمهمته في ادارة واستثمار المرفق،ويعتبر منح هذه المزايا من الشروط العقدية وبالتالي لايجوز للسلطة الادارية تعديلها بالارادة المنفردة والا ترتب على ذلك مسؤوليتها العقدية[٣]،وابرز المزايا المساعدة التي تمنحها السلطة المانحة لصاحب الامتياز هي:

أولاً: حق التمتع بأمتيازات السلطة العامة

نظرا لكون العقد الاداري يتصل بالمرفق العام فأن الادارة تمنح المتعاقد معها حق التمتع بأمتيازات السلطة العامة،فصاحب الامتيازيتمتع بعدة حقوق على الاملاك الخاصة كالاراضي مثلا فله الحق في استملاكها ،وينبع ذلك من الاستفادة من حق نزع الملكية للمنفعة العامة وان كان ذلك مقررا فقط للاشخاص العامة الا انه يجوز منح ذلك لصاحب الامتياز،ويحق له ايضا شغل الدومين العام وان حرم من ذلك في الاصل[٤].

ثانياً: حق التمتع ببعض التسهيلات.

قد تعطي السلطة المانحة للامتيازبعض التسهيلات لصاحب الامتياز،وينص على ذلك في عقد الامتياز، ومن هذه التسهيلات استيراد الالات والمعدات التي تساعده في ادارة المرفق[٥]،وحقه في الحصول على بعض التسهيلات الائتمانية ويمنح بعض القروض ويعفى احيانا من الضرائب[٦]،ونجد ان قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ قد نص على اعفاء المستثمر من الضرائب لمدة عشر سنوات من تأريخ بدء تشغيل المشروع،كذلك منح المستثمر الحق في توظيف العاملين من غير العراقيين واعطاء هؤلاء العاملين الحق في الاقامة وتسهيل دخولهم

---

[١] ينظرد. ماجد راغب الحلو،العقود الادارية ،المصدر السابق،ص٢٠٥ ،ود. وليد حيدر جابر ،المصدر نفسه،ص٣٢٠ .

[٢] ينظرد. مروان محي الدين القطب ،المصدر السابق،ص١٣٣ .

[٣] ينظرد. سعا د الشرقأوي،العقود الادارية ،المصدر السابق،ص ٧١.

[٤] ينظرد. احمد عثمان عياد،المصدر السابق،ص ٨٢ .

[٥] ينظر المادة(١٧)فقرة ٢ من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ .

[٦] ينظرد. ابراهيم عبد العزيز شيحا،الوسيط في مبادئ واحكام القانون الاداري،الدار الجامعية،بيروت-لبنان،٢٠٠٧،ص ٧٧٢ .

وخروجهم من العراق[1]،وتعد هذه الشروط المتعلقة بالتسهيلات شروطاً تعاقدية وبالتالي لايجوز للادارة تعديلها بأرادتها المنفردة.

[1] ينظر نص المادة(١٢)والمادة(١٥) من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ .

ثالثاً: حق ممارسة الضبط داخل المرفق

يستطيع صاحب الامتياز ممارسة الضبط داخل المرفق العام فهو الاقدر على ممارسة ذلك داخل المرفق،على اعتباران لديه الاختصاص التقني اللازم ويمارس الرقابة على التنفيذ ومن مصلحته حسن تشغيل المرفق،وبالرغم من ذلك فأنه لايجوز لصاحب الامتيازاصدار انظمة تتعلق بالضبط الاداري فهذا الامر من اختصاص السلطة الادارية،وتبقى مهمة صاحب الامتيازمحصورة في التأكد من تطبيق الانظمة المتعلقة بالمرفق العام[١].

المقصد الخامس: الحق في الاحتكار

قد يعطي عقد الامتيازصاحب الامتيازالحق في انفراده في ادارة المرفق وممارسة نشاطه دون منافسة من أي شخص اخر،فاذا ما منحت الادارة صاحب الامنيازحقا احتكاريا بممارسة نشاط معين فلايحق لها ادخال شخص اخر على نفس محل الالتزام وهذا ما يسمى بعقود الامتياز التي تقترن بأحتكار،والاحتكار قد يكون قانونيا بموجب قانون ينص على منع المنافسة وعدم منح الامتيازإلى شخص اخر وقد يكون الاحتكار فعلياً،ويستطيع صاحب الامتياز مطالبة الادارة في التعويض في حالة منحها أمتياز لشخص آخر في نفس النشاط اذا ماكان هناك احتكاراً قانونياً لتقصيرها في حماية صاحب الامتياز[٢] .

الفرع الثاني:التزامات صاحب الامتياز

يقع على صاحب الامتياز مجموعة من الالتزامات ونبينها كالآتي:.

المقصد الأول:الالتزام بالتنفيذ

لعل تنفيذ العقد الذي ابرم مع الادارة يعد من أول التزامات صاحب الامتياز وذلك من خلال قيامه بكافة الاعمال اللازمة لتشغيل المرفق وتسييره وضرورة اداء الخدمة بصورة منتظمة وقد نص القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على ذلك في المادة(٨٩٧)بقوله(ملتزم المرفق المتعلق بتوزيع الماء والكهرباء أوالقوى المحركة أو ماشابه ذلك ملزم بالاستمرار في اداء الخدمة التي عهد بها اليه تجاه الحكومة وتجاه كل شخص ابرم معه عقدا فرديا).

ويقع على صاحب الامتياز عند تنفيذ العقد القيام بكافة الانشاءات التي يتطلبها المرفق، حيث لايمكن تصور عقد امتياز دون وجود الأنشاءات، أذ أن طول مدة العقد قد تستوجب القيام بأنشاءات جديدة وتطوير المرفق ولو كان المتعاقد قد أستلم المرفق محل الامتياز بحالة جيدة ومستمر في أداء خدماته[٣].

ويلاحظ ان التزام صاحب الامتيازلاينتهي بقيامه بالتنفيذ بل لابد من الاستمرار بالتنفيذ طوال مدة العقد ويكون التنفيذ شخصيا منه،وكما أوضحنا سابقا فأن مبدأ

---

[١] ينظرد. سليمان الطمأوي،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص٦٧٥ ،ود. مروان محي الدين القطب ،المصدر السابق،ص ١٣٥ .

[٢] ينظرد. مروان محي الدين القطب،المصدر نفسه،ص ١٣٣ ،ود. وليد حيدر جابر،التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة،المصدر السابق،ص ٣٢٢ ، وينظر د. احمد عبد القادر الجمال ،المصدر السابق ،ص٢٥٦ .

[٣] ينظرد. مهند مختار نوح، المصدر السابق،ص٢٠١ .

الاعتبار الشخصي له اهمية كبيرة في عقود الامتياز،وتطبيقا لهذا المبدأ لايجوز لصاحب الامتيازالتنازل عن امتيازه للغير أو التعاقد من الباطن الابأذن الادارة،وكل نزول أو تعاقد من الباطن لاتوافق عليه الادارة يعد باطلا،ويعطي الادارة الحق في اسقاط الامتياز[١].

وعلى هذا من الواجب الحصول على موافقة الادارة لغرض تنازل صاحب الامتيازعن امتيازه لشخص آخر،والسلطة المختصة بأعطاء الأذن هي نفس السلطة التي ابرمت العقد الاصلي، ومن النتائج المهمة المترتبة على مبدأ الاعتبار الشخصي ان وفاة صاحب الامتيازتؤدي إلى فسخ عقد الامتياز وهذا ما ذهب اليه بعض الفقه وانه لايمكن اجبار الادارة على تولي الخلف ادارة المرفق في حالة كون شخصية المتعاقد محل اعتبار[٢]، ولكن هناك اتجاه آخر يرى انه في حالة توفر الصفات التقنية في الورثة والتي يقتضيها حسن ادارة المرفق فلا مانع من استمرار الورثة في تنفيذ العقد ورأت الادارة ان ذلك لايؤثر في تنفيذ العقد بالشكل الصحيح وقد أيد هذا الرأي مجلس الدولة الفرنسي[٣]، ونحن نميل إلى الرأي الثاني حيث ان وفاة صاحب الامتيازيجب ان لاتؤدي إلى ايقاف المرفق العام عن العمل خاصة اذا ما توفر في الخلف الشروط الضرورية لادارة المرفق.

المقصد الثاني:الالتزام بالمبادئ التي تحكم سير المرافق العامة.

من اهم الالتزامات التي تترتب في ذمة صاحب الامتيازهوالالتزام بالمحافظة على استمرارية اداء المرفق العام لخدماته،حيث ان هذا المرفق بالرغم من ادارته من قبل شخص من اشخاص القانون الخاص فأنه يبقى محتفظا بصفة المرفق العام،ويجب ان يضمن صاحب الامتيازاستمرار المرفق وانتظامه في تقديم الخدمات ومسايرته للتطور،كذلك يقع عليه التزام بكفالة المسأواة بين المنتفعين وعليه ايضا الالتزام بالاسعار التي حددتها الادارة[٤].

وعلى ذلك فأن التزامات المستثمر في عقد الامتيازيمكن اختصارها في السير الحسن للمرفق العام واحترام مبدأ المسأواة بين المنتفعين ومبدأ استمرارية المرفق،وهذا ما اكده القضاء في العديد من الدول حيث اتجه القضاء إلى ان صاحب الامتيازيتحتم عليه تأمين سير المرفق العام طالما ليس هناك عقبات تجعل عمله مستحيلا حتى وان ادى تنفيذه للمرفق العام إلى افلاسه[٥].

---

[١] ينظرد. سليمان الطمأوي ،المبادئ العامة للقانون الاداري،المصدر السابق،ص٤٦٨،والعلامة السنهوري،الوسيط،ج٧، المصدر السابق،ص٢٨٩، وينظرد. عصمت عبدالله الشيخ ،مبادئ ونظريات القانون الاداري- أمتيازات الادارة العامة ،دار النهضة العربية ،القاهرة-مصر ،١٩٩٩ ،ص٢٣٨ ، ود. عبدالله بن حمد السعدان ،المصدر السابق ،ص ١٠ .

[٢] ينظرد. مروان محي الدين القطب ،المصدر السابق، ص١٤٠ .

[3] C.E. 5 juill 1935 commune de reuilly : s. 1935-3-121. note alibert .

اشار اليه د. مروان محي الدين القطب ،المصدر نفسه ،ص١٤٠ .

[٤] ينظر العلامة السنهوري،الوسيط،ج٧، المصدر السابق،ص٢٨٩.

[٥] ينظرد. وليد حيدر جابر،التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة،المصدر السابق،ص٣١١.

واعمالا لمبدأ الاستمرارية فلايمكن لصاحب الامتياز الاحتجاج بتقصير الادارة المانحة للتوقف عن تنفيذ التزامه[١] حيث ذهب مجلس شورى لبنان في احد قراراته إلى(ان صاحب الامتياز ملزم بمتابعة تسيير المرفق العام ولايمكنه التوقف بحجة ان السلطة المانحة قد قصرت تجاهه بموجباتها)[٢].

بالاضافة إلى ذلك يقع على صاحب الامتياز الالتزام بالقوانين والانظمة وخاصة تلك المتعلقة بالضرائب والرسوم والقوانين المالية والتجارية ولوائح الضبط الاداري وقوانين البيئه وتحقيق التنمية المستديمة على وفق الشروط المحددة في القوانين والأنظمة المعمول بها في البلد المانح للامتياز،وقد ذهب قانون الاستثمار العراقي إلى وجوب التزام المستثمر بالقوانين العراقية النافذة في مجال الرواتب والاجازات وساعات وظروف العمل،وضرورة المحافظة على البيئةوالالتزام بنظم السيطرة النوعية المعمول بها في العراق والانظمة العالمية[٣]،كذلك نجد ان مشروع قانون النفط والغاز العراقي قد اشار إلى ضرورة التزام حاملي التراخيص بمراعاة التشريعات المتعلقة بحماية البيئة وعدم حدوث اضرار أو تدمير نتيجة العمليات البترولية وضرورة اشعار الوزارة أو الجهة المعنية عند حصول أي حادث يؤثر في البيئة[٤].

المطلب الثالث

حقوق الغير عن عقد الامتياز

يترتب على عقد الامتياز حقوقا معينة للغير عن العقد رغم كونهم ليسوا اطرافا في العقد كالمنتفعين من المرفق أو العاملين فيه أو ملاك الاراضي وقد تناولنا بعض حقوق العاملين وملاك الاراضي ونبحث هنا في حقوق المنتفعين من المرفق وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول:حقوق المنتفعين تجاه صاحب الامتياز

ان ارتباط صاحب الامتياز بعقد مع السلطة المانحة للامتياز لغرض ادارة واستثمار المرفق لايعني ذلك خروج المرفق عن طبيعته بأعتباره مرفقا عاما،بل ان هذا المرفق يبقى محتفظا بعموميته وتسري عليه كافة القواعد المتعلقة بالمرفق العام واهمها المسأواة والاستمرارية والقابلية للتطور.

وعليه فأن ادارة صاحب الامتياز للمرفق العام بموجب عقد الامتياز توجب عليه تقديم الخدمات إلى المنتفعين بأستمرارية لقاء تسديدهم رسوم الانتفاع[٥]،فمن المبادئ المبادئ الاساسية التي تحكم المرافق العامة هو استمرارية المرفق في تقديم خدماته إلى المنتفعين،فالمرفق ما هو الا نشاط يستجيب للحاجات العامة وبصورة مستمرة ومنتظمة كون انقطاعه يؤدي إلى انعكاسات خطيرة،فالمواطن يعتمد في عمله

---

(1) Jean rivero , droit administrative , libraurie , dalloz ,paris, 1962 .p. 393 .

(٢) ينظر قرار مجلس شورى لبنان رقم(٣٩)الصادر في ١٩٤٣/٦/٢٨،اشار اليه د.وليد حيدر جابر،التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة،المصدر السابق،ص٣١١.

(٣) ينظر المادة(١٤) الفقرة خامسا وسادسا من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦.

(٤) ينظر المادة(٢٤) من مشروع قانون النفط والغاز العراقي.

(٥) ينظرد. هيام جورج ملاط،المصدر السابق،ص٢٣٥، وقد نصت المادة(٨٩٢)من القانون المدني العراقي على(ملتزم المرفق العام ملزما بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للاجر الذي يقبضه وفقا للشروط المنصوص عليهافي عقد الالتزام وملحقاته....)

واتصالاته وأحتياجاته اليومية على المرافق العامة كالنقل والبريد والهاتف وغيرها من المرافق فمن الضروري استمرار المرفق في تقديم خدماته إلى الجمهور[١].

كذلك فأن من المبادئ الاساسية التي تحكم سير المرفق العامة هو المسأواة بين المنتفعين فعلى صاحب الامتيازتحقيق المسأواة بين المنتفعين بحيث لايمتنع عن تقديم الخدمات إلى من استوفى شروط الانتفاع[٢]،وعليه فأن صاحب الامتياز ملزم بتوفير خدمات المرفق إلى كل من تتوفر فيه شروط الانتفاع،فقد الزم القانون المدني العراقي ملتزم المرفق العام بتحقيق المسأواة بين المنتفعين سواء بتقديم الخدمة أو المسأواة في الاجور[٣].

ورغم ذلك فأن القانون المدني العراقي لم يمنع الملتزم من منح معاملة خاصة لبعض المنتفعين فيما يتعلق بالاجور سواء كان ذلك بالاعفاء منها أو تخفيظها بشرط ان تتوفر في هؤلاء بعض الشروط الخاصة،وبالرغم من هذا فالملتزم لايستطيع ان يمنح احد عملائه مميزات يرفض منحها للاخرين لان ذلك يخل بمبدأ المسأواة،واذا ما ميز احد العملاء في المعاملة فأنه يتوجب عليه تعويض غيره من العملاء عن الضرر الذي يصيبهم جراء هذا التمييز[٤].

ويعتبر العقد الذي يبرمه صاحب الامتياز مع المنتفعين من عقود القانون الخاص ويمكن للمنتفع مقاضاة صاحب الامتيازعند اخلاله بهذا العقد ،ويختص القضاء العادي بنظر هذا النزاع[٥].

الفرع الثاني:حقوق المنتفع تجاه الادارة.

يتمتع المنتفع في عقد الامتياز بحقوق في مواجهة الادارة المانحة للامتياز،حيث ان من التزامات الادارة تجاه المنتفعين مراقبة حسن سير المرفق العام وملاحظة قدرة صاحب الامتيازعلى ادارته والتزامه بالقواعد التي تحكم سير المرافق العامة،فهذه الرقابة قررت لمصلحة المنتفعين وبالتالي يستطيع المنتفعون مطالبة الادارة بالتدخل لاجبار صاحب الامتيازعلى تنفيذ شروط العقد[٦].

وعلى ذلك يستطيع المنتفع مطالبة الادارة بالتدخل لتحقيق مبدأ المسأواة في المعاملة اذا ما اخل صاحب الامتياز بهذا المبدأ وامتنع عن تقديم الخدمات لمن استوفى شروط الانتفاع،ومطالبة المنتفع للادارة بالتدخل لايقف عند هذا الحد فالمنتفع يستطيع مطالبة الادارة المانحة بالتدخل عند أي اخلال لصاحب الامتيازفي عمله،سواء كان ذلك متعلق بردائة الخدمة المقدمة أوانقطاعها أوعدم تشغيل المرفق بالشكل الصحيح أو اذا تعلق الامر بعدم تقيد صاحب الامتياز بالاسعار المتفق عليها،وعلى الادارة التدخل حيثما طلب منها المنتفع ذلك فأذا رفضت أو امتنعت عن

---

[١]ينظرد. زكريا المصري ، المصدر السابق ،ص ٩٦٢ .

[٢] ينظر د. احمد عبد القادر الجمال ، المصدر السابق ،ص٢٦٦ .

[٣] ينظر المادة(٨٩٣) فقرة (١) من القانون المدني العراقي.

[٤] ينظر المادة(٨٩٣) فقرة ٢ و٣ من القانون المدني العراقي.

[٥] ينظرد. ماجد راغب الحلو، العقود الادارية،المصدر السابق،ص٢٠٨ ،ود. مروان محي الدين القطب،المصدر القطب،المصدر السابق،ص١٠٧.

[٦] ينظرد. جابر جاد نصار،الوجيز في العقود الادارية،المصدر السابق،ص٣٩ ،ود. احمد عبد القادر الجمال،المصدر السابق،ص٢٦٥ .

التدخل فأن هذا الرفض أو الامتناع يعد قرارا اداريا ويستطيع المنتفع الطعن به امام القضاء الاداري،ويحق للقاضي الاداري عند ذلك الغاء هذا القرار[١].

ويتمتع المنتفع بحق آخر وهو حق الرقابة اثناء تسيير المرفق،ومصدر ذلك هو كون المنتفع يشكل المحور الثالث من محأور عقد الامتياز،وحق المنتفع في الرقابة يجد مكانه في الالتزامات الواردة في دفتر الشروط والخاصة بتسيير المرفق والتي ان ثبت اهمال الادارة أو التقصيرفي التقيد بها يستطيع المنتفع اللجوء إلى القضاء،وقد كرس القضاء حق المنتفع في الرقابة حيث اجاز للغير ومنهم المنتفعون اللجوء إلى القضاء لابطال الشروط التنظيمية في عقد الامتياز[٢]

ومن حقوق المنتفع مطالبة الادارة بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه نتيجة أنهاء الادارة لعقد ألامتياز حيث يذهب الفقيه (delvolve) إلى أن أنهاء الادارة لعقد الامتياز لاغنى عنه لاداء المرفق العام لخدماته ويمكن ان يقود ذلك مستخدمي المرفق إلى المطالبة بتعويضهم عن الضرر الذي نتج لهم عن هذا الأنهاء ، ومحل التزام الادارة هنا بالتعويض ليس أستناداً إلى المسؤولية التعاقدية لأن مستخدمي المرفق ليسو اطرافاً في عقد الأمتياز ، ولكن أستناداً إلى المسؤولية غير التعاقديه[٣]

المبحث الثاني
انتهاء عقد الامتياز وحل المنازعات التي تنشأ بصدده

تنتهي العقود الادارية شأنها شأن العقود الاخرى نهاية طبيعية اذا ماتم تنفيذ الالتزامات المترتبه عليها تنفيذا كاملا أو بأنتهاء المدة المحددة للعقد،فعقد الامتيازمن العقود التي تبرم لمدة محددة من الزمن فلايمكن لهذا العقد ان يستمر لأن الادارة لاتستطيع التخلي عن المرافق العامة الا بشكل مؤقت بيد ان عقد الامتياز قد ينتهي نهاية مبتسرة غير طبيعية كما هو الحال في العقود الادارية الاخرى والتي تنتهي نهاية غير طبيعية عند حدوث ظروف معينة،وعلى هذا سنتولى بحث الطرق التي ينتهي بها عقد الامتياز في مطلب أول،ومن ناحية ثانية قد يحصل اثناء تنفيذ العقد منازعات بين اطرافه أو مع الغير ذلك انه يقوم على علاقات متشابكة،وعليه لابد من بحث منازعات عقد الامتياز وطرق حلها في مطلب ثاني .

المطلب الأول
انتهاء عقد الامتياز

سنبحث في هذا المطلب في نهاية عقد الامتياز الطبيعية وغير الطبيعية وذلك في الفرعين الاتيين:

الفرع الأول: النهاية الطبيعية لعقد الامتياز

عقد الامتياز كغيره من العقود قد ينتهي نهاية طبيعية وذلك بتنفيذ كافة الالتزامات المترتبة عليه،وهذا العقد يعتبر من العقود الزمنية التي يمتد تنفيذها لفترة زمنية طويلة،ويعتبر تحديد مدة العقد من العناصر الجوهرية في عقد الامتياز،حيث

---

[١] ينظرد. سليمان الطمأوي،المبادئ العامة للقانون الاداري،المصدر السابق،ص ٤٦٩ .

[٢] ينظرد. وليدحيدرجابر،التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة،المصدرالسابق،ص٣٥٦.

[3] P-delvolve responsabilite contractuelle cit p. 15 no 113 .

يتفق على هذه المدة بين اطراف العقد ويدرج ذلك في دفتر الشروط،وينتهي عقد الامتيازنهاية طبيعية بنهاية المدة المحددة في العقد[١].

حيث ان الامتياز لايمكن منحه الا لفترة محددة فلابد اذا من تحديد المدة عند ابرام العقد،وهذا ماجرى عليه العمل في العديد من الدول وخاصة في فرنسا ومصر، الا ان العقد في بعض الاحيان قد يغفل تحديد المدة وهي حالة نادرة الحصول،وعندئذ يمكن الرجوع إلى النصوص القانونية التي تحدد الحد الاقصى للامتياز،ففي مصر نجد ان قانون التزام المرافق العامة رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ حدد مدة الامتيازبما لايتجأوز ثلاثين سنة،لكن المشرع المصري اصدر العديد من القوانين عدل بموجبها مدة الامتياز،واصبحت مدة الامتياز بموجب هذه التعديلات تصل إلى ٩٩ سنة[٢].

اما في العراق فأن القانون المدني لم يحدد مدة الامتياز رغم انه نص في المادة(٨٩١)على ان هذا العقد يكون لمدة محددة من الزمن الا انه لم يحدد هذا الحد الاقصى لمدة الامتياز كما فعل المشرع المصري،لكن يلاحظ من مشاريع القوانين الحديثة ان هناك اتجاهاً يميل إلى تحديد مدة معينة لعقد الامتياز،وقد نص مشروع قانون النفط والغاز على ذلك وجعل مدة الامتياز لاتزيد على عشرين سنة[٣].

ومدة عقد الامتياز تبدأ من تاريخ المصادقة على العقد من قبل السلطة المختصة وتنتهي هذه المدة بأنتهاء الموعد المحدد لها في العقد،الا أنه وأثناء تنفيذ العقد قد تطرأ قوة قاهرة مؤقتة تؤدي إلى تعليق التنفيذ،كذلك قد يرغب اطراف العقد في تمديد المدة أو تجديد العقد بعد أنتهاء مدته ،فلابد من بحث هذه الامور وعلى النحو الآتي:

أولاً: تمديد مدة العقد وتجديده

عند انتهاء عقد الامتياز لايملك صاحب الامتياز الحق في تجديد العقد، وانما يجب اعادة المرفق العام إلى الادارة مانحة الامتياز،ولايمكن تجديد العقد الا بأتباع نفس اجراءات التعاقد الاصلية،ويرى البعض ان وجود شرط التجديد الضمني في العقد يعطي الحق في التجديد بدون مراعاة الاجراءات المتبعة في ابرام العقد[٤].

وقد اقر القضاء الفرنسي وجود شرط التجديد الضمني الا انه عاد وقضى بعدم شرعية شرط التجديد الضمني في العقود الادارية التي يتطلب انعقادها احترام سلسلة من القواعد والاجراءات ،وقد أيد الكثير من الفقهاء ما سارعليه القضاء الاداري الفرنسي[٥].

ويلاحظ ان شرط التجديد الذي يرفضه الفقه والقضاء هو الذي يعني امتداد العقد القديم بذات شروطه السابقة،ولكن شرط التجديد يمكن الاخذ به ويصبح جائزا متى ما كان اعماله يخضع لنفس اجراءات التعاقد السابقة مع ضرورة موافقة السلطة المختصة على ابرام العقد،فلايوجد ما يمنع المتعاقد مع الادارة عند انتهاء مدة العقد

---

[١] ينظر د. مازن ليلو راضي ،المصدر السابق ،ص ١٥١ .

[٢] ومن هذه القوانين القانون الخاص بهيئة كهرباء مصر رقم(١٠٠) لسنة ١٩٩٦ وقانون الطرق العامة رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ والقانون الخاص بالمطارات رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ .

[٣] ينظر المادة(٢١) فقرة ثالثا من مشروع قانون النفط والغاز العراقي .

[٤] ينظر جورج فودال وبيار دلفولفيه،القانون الاداري،ج٢،المصدر السابق ،ص ٥٨٦ .

[٥] ينظرد. وليد حيدرجابر،التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة،المصدر السابق،ص٥٢٧.

من التعاقد مع الادارة بموجب عقد جديد اذا ثبت للادارة انه الاصلح من بين المتقدمين للتعاقد[١].

وهكذا فأن القضاء بدأ يأخذ بشرط التجديد الضمني متى ما اخذ العقد نفس شروط ابرام العقد الاساسي،وهذا ماذهب اليه مجلس شورى لبنان في قضية(ستي كلين اندكونتر كتتنغ) حيث قرر (...وبالتالي يقتضي القول بأن احكام المادة الثانية وان نصت على ان التجديد التلقائي بين فريقي العقد فأنها لم تغفل وجوب مصادقة سلطة الوصاية...)[٢].

اما فيما يخص تمديد المدة في عقد الامتياز فأذا كانت المدة المتفق عليها اقل من المدة المحددة في القانون فيجوزمد المدة بالاتفاق بين الطرفين بما لايجأوز المدة التي نص عليها القانون،اما اذا كانت مدة العقد هي نفس المدة التي حددها القانون فهنا لايمكن مد هذه المدة الا بمراعاة احكام تجديد العقد وفق اجراءات التعاقد الاصلية،وقد يتم التمديد بموجب ملحق بالعقد وبموافقة السلطة المانحة للامتيازعلى هذا التمديد[٣].

ويلاحظ ان الكثير من القوانين بدأت تشير إلى امكانية تمديد العقد بعد انتهاء مدته الاصلية،فنجد ان مشروع قانون النفط والغاز العراقي قد اعطى لمجلس الوزراء صلاحية تمديد العقد،حيث يمكن للمجلس اعطاء مدة تشغيل اضافية لاتزيد على خمس سنوات وبموجب تفأوض جديد وشروط جديدة،وهذا النص وان اعطى مجلس الوزراء صلاحية التجديد لكن بشروط جديدة ولمدة اقصر من المدة الاصلية[٤].

كذلك نجد ان المشرع الفرنسي اهتم بموضوع تمديد العقد ووضع له الاطار القانوني وذلك بموجب المادة (٤٠) من قانون(sapin) حيث حدد هذا القانون الحالات التي يجوز فيها تمديد العقد استنادا إلى اسباب تتعلق بالمصلحة العامة أو لاسباب مرتبطة بتنفيذ الاستثمارات[٥].

ثانياً:حق الافضلية

في بعض الحالات تحتوي عقود الامتيازعلى شرط الأولوية،أي أفضلية صاحب الامتياز بالتعاقد مع السلطة مانحة الامتياز أذا رغبت بأدارة المرفق عن طريق الامتيازمرة اخرى بعد انتهاء مدة العقد،وهنا يكون لصاحب الامتيازالافضلية على غيره من المتقدمين،وهذا الشرط يعتبر شرطا مشروعا يجب احترامه من قبل الادارة لانه لايتنافى مع مقتضيات سير المرافق العامة،حيث ان صاحب الامتيازاكتسب الخبرة اللازمة لادارة المرفق،وان ذلك يؤدي إلى انه في حالة الاستمرار في ادارة المرفق عن طريق الامتيازفأن عقد جديد يبرم مع نفس صاحب

---

[١] ينظرد. سليمان الطماوي،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص٧١٩، وجورج فودال وبيار دلفولفيه،المصدر نفسه،ص٥٨٦ .

[٢] ينظرحكم مجاس شورى لبنان رقم ٢٣٥ في ١٩٩٩/١/١٧ ،اشار اليه د. وليدحيدر جابر،التفويض في ادرة واستثمار المرافق العامة،المصدر السابق،ص٥٢٨ .

[٣] ينظرد. سليمان الطماوي،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص٧١٩ ،ود. مروان محي الدين القطب،المصدر السابق،ص١٦٤ .

[٤] ينظر المادة(٢١) ثالثا من مشروع قانون النفط والغاز العراقي .

[٥] ينظرد. وليدحيدرجابر،التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة،المصدر السابق،ص٥٣٥.

الامتياز،ويفضل هذا المتعاقد وان تسأوى مع غيره من المتقدمين في الشروط والظروف[١].

ثالثا: تعليق سريان العقد

في بعض الاحيان قد تحصل قوة قاهرة مؤقتة توقف تنفيذ العقد،فالقوة القاهرة قد توقف تنفيذ العقد بصورة مؤقتة ويجب التفرقة بين القوة القاهرة والظرف الطارئ فالقوة القاهرة تجعل تنفيذ الألتزام مستحيلاً بينما الظرف الطارئ يقتصر أثره على جعل تنفيذ الألتزام مرهقاً للملتزم[٢]، وعلى هذا فالقوة القاهرة توقف تنفيذ العقد لكن هذه القوة القاهرة قد تزول وبالتالي يمكن العودة إلى تنفيذ العقد فأذا مازالت هذه القوة القاهرة تبدأ مدة سريان العقد من جديد، ويختلف تعليق سريان العقد عن مد المدة وتجديدها ذلك أن سريان العقد بعد القوة القاهرة المؤقتة لايحتاج إلى موافقة السلطة المانحة للامتياز كما هو الحال في التجديد والتمديد،وان عقد الامتياز اذا انتهت مدته دون تجديد هذه المدة أو تمديد العقد فهنا ينتهي العقد ولابد من تصفية نتائجه المالية وفق الشروط المتفق عليها[٣].

الفرع الثاني:النهاية غير الطبيعية لعقد الامتياز

بالأضافة إلى ما تقدم فأن عقد الامتياز ينتهي نهاية غير طبيعية مبتسرة قبل أنقضاء المدة المحددة في العقد، فألادارة تستطيع انهاء عقودها بالأرادة المنفردة وبدون خطأ من المتعاقد أذا تطلبت المصلحة العامة أو مصلحة المرفق ذلك ويجب أن يتحقق لقرار ألانهاء المشروعية اللازمة من ناحية صدوره من سلطة مختصة ومراعات نصوص العقد والقوانين واللوائح[٤] وقد أيدت محمة التمييز العراقية ذلك في قراراتها[٥] ، وعقد الامتياز ينفرد بخاصيتين في هذا المجال عن سائر العقود الادارية ألأخرى وهي اتصالة بالمرفق العام مما يزيد من احتمال نهايته نهاية غير طبيعية ،وأيضا جسامة المبالغ التي يقدمها صاحب الامتيازلغرض تهيأة وادارة المرفق مما يستوجب حمايته من عسف الادارة[٦]. وتوجد عدة اسباب لنهاية عقد ألامتياز بصورة غير طبيعية ونعرضها كالآتي:

المقصد الأول:الاسترداد

من الحقوق المهمة للادارة في العقود الادارية هو حق الاسترداد، لذلك لابد من بيان المقصود بالاسترداد وطبيعته القانونية وانواعه وكالآتي:.

أولا: المقصود بالاسترداد وطبيعته

---

[١] ينظرد. سليمان الطماوي ،المصدر نفسه،ص ٧٢٠ ،ومروان محي الدين القطب، المصدر السابق،ص١٦٤.

[٢] ينظرد. مجيد حميد العنبكي ،المفهوم العام للقوة القاهرة وأثرها في تنفيذ المقأول لألتزاماته التعاقدية ،مجلة النفط والعالم ،العدد ٩٠ -٩١ ،آب أيلول ،١٩٨١ ،ص٣٨ .

[٣] ينظرد. ابراهيم عبد العزيز شيحا ،المصدر السابق،ص٧٧٠ ،ود. هيام مروة ،القانون الاداري الخاص،مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،بيروت- لبنان ،٢٠٠٣ ،ط١ ،ص١٠٩ .

[٤] ينظرد. احمد عثمان عياد ،المصدر السابق ،ص٢٧٠ -٢٧١ .

[٥] حيث ذهبت محكمة التمييز العراقية في قرارها المرقم ٩٣٠/حقوقية /٩٦٧/ في ١٢/٢ /١٩٦٧ حول الغاء عقد ألامتياز إلى (... من المسلم به في القانون ألاداري ... أن للحكومة أن تلغي المشروع... فالحكومة قد أستعملت حقها المشروع في هذا ألألغاء صيانة للمصلحة العامة ولم تتعسف في ذلك ...) .

[٦] ينظرد. محمود خلف الجبوري،العقود الادارية، المصدر السابق،ص ٢٨٦ .

الاسترداد هو عبارة عن انهاء الادارة لعقد الامتيازقبل نهايته الطبيعية ودون خطأ من صاحب الامتيازمقابل تعويضه تعويضا عادلا، وهذا الحق يعتبر من الحقوق الاصيلة للأدارة المانحة ،وتستطيع الأدارة ممارسته حتى وان لم ينص عليه في عقد الامتياز،تبرير هذا الحق ينبع من كون الادارة مسؤولة عن ادارة المرافق العامة بنفسها ولكنها تستطيع وحسب دواعي المصلحة العامة ان تمنح ادارة هذه المرافق إلى شخص من اشخاص القانون الخاص عن طريق الامتياز،ولكن ان اقتضت المصلحة العامة اعادة هذا المرفق وادارته من قبل السلطة المانحة فتستطيع الادارة اعادته مع تعويض صاحب الامتياز[١].

وهكذا فالاسترداد يعتبر من حقوق الادارة المانحة للامتياز المهمة ولايمكن عده جزاءً توقعه الادارة على المتعاقد معها،فهو يختلف عن اسقاط الامتيازفالاسترداد يتقرر حسب دواعي المصلحة العامة،بينما يعتبر اسقاط الامتيازجزاءً تقرره الادارة على المتعاقد معها عند اخلاله في تنفيذ التزاماته اخلالا جسيما[٢] .

اما فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للاسترداد فيرى بعض الفقه ومنهم (colson) و(jese) ان الاسترداد هو من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة،الان جانب من الفقه رآى انه لايمكن اعتبار ان الاسترداد هو نزع الملكية للمنفعة العامة لاختلاف النظام القانوني لكليهما،فالاسترداد لايكون نقلا للملكية وانما هو انهاء للعقد حيث ينهي مركزا قانونيا في حين ان نقل الملكية يعني نقلها إلى شخص آخر،كذلك فأن الاسترداد ينصب على كل المرفق بينما نزع الملكية ينصب على عقارات معينة بالذات[٣]،لذا فأن الراي الراجح لدى الفقه والذي نؤيده هو الذي يعتبر الاسترداد ماهو الاتطبيقاً لحق الادارة في انهاء عقودها بأرادتها المنفردة قبل نهاية العقد ودون خطأمن المتعاقد[٤].

ثانيا: انواع الاسترداد

كما أوضحنا فأن الاسترداد يعتبر حقا من حقوق الادارة وأن لم ينص عليه العقد،وهذا الحق قد يكون تعاقدياً أوغير تعاقدي كما قد يتقرر الاسترداد بموجب قوانين خاصة ونوضح انواع الاسترداد بالاتي:

١-الاسترداد التعاقدي

وهو الاسترداد الذي ينص عليه العقد،أي يتم الاتفاق عليه مقدما بين صاحب الامتياز والسلطة مانحة الامتياز وهذا النوع هو اكثر انواع الاسترداد شيوعا وتنص عليه دفاتر الشروط صراحة، فقد نص قانون التزام المرافق العامة المصري رقم

---

[١] ينظر د. هيام مروة ، القانون الاداري الخاص ،المصدر السابق ، ص١٠٩ ، ينظرد. سعا د الشرقأوي،العقود الادارية،المصدر السابق،ص٦٦ ،وجورج فودال وبيار دلفولفيه،القانون الاداري،ج٢،المصدر السابق،ص ٥٨٧

[٢] ينظرد. فاروق احمد خماس واخرون،الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص ١٩٩،وجورج فودال وبيار دلفولفيه،المصدر نفسه،ص ٥٨٧ .

[٣] ينظر. الياس ناصيف، المصدر السابق، ص ٣٩٣ .

[٤] ينظرد. سليمان الطمأوي ،الاسس العامة للعقود الادارية ،المصدر السابق،ص ٧٢٦ .

١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على (ان تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته)[١].

ويلاحظ ان كون الاسترداد التعاقدي يتم بالاتفاق المسبق بين الطرفين أي عند ابرام العقد مما يجعله قريبا من الفسخ الاتفاقي،الا انه يختلف عن الفسخ الاتفاقي من ناحية ان الفسخ الاتفاقي يتم بأتفاق الطرفين وبموجبه تنقضي الرابطة العقدية قبل أنتهاء المدة المقررة في العقد،والاتفاق على الفسخ قد يتضمن تعويض المتعاقد أو عدم تعويضه،بينما الاسترداد التعاقدي هو حق من حقوق الادارة قد نص عليه في العقد فمن حق الادارة انهاء العقد بالارادة المنفرده، فالأسترداد من حقوقها وان نظمه العقد ولادخل للطرف الثاني في أهاء العقد وأن تم ألاتفاق معه مقدماً على شروط الفسخ،بينما الفسخ الاتفاقي ماهوالا انهاء للعقد بالاتفاق بين الطرفين[٢].

ولغرض ممارسة الادارة للاسترداد الاتفاقي لابد من توفر شروط معينة،وقد حدد القضاء الاداري سواء في فرنسا أو مصر مجموعة من الشروط يجب توافرها لممارسة الاسترداد التعاقدي واهمها[٣]:

أ- يجب ان ينص عليه في العقد .

ب-يجب على الادارة المانحة للامتياز ان تعذر صاحب الامتياز أي تنبهه إلى رغبتها في استرداد المرفق،ويجب ان يتم ذلك خلال الفترة التي يحددها العقد أو دفاتر الشروط،وعلى الادارة التقيد بهذا الشرط الا اذا نص العقد على خلاف ذلك.

ج-اذا حدد عقد الامتياز اسباب معينة يتم بموجبها استرداد المرفق فعلى الادارة الالتزام بهذه الاسباب لغرض استرداد المرفق،على ان تحديد هذه الاسباب لايمنع الادارة من اللجوء إلى الاسترداد غير التعاقدي وذلك عند وجود سبب معين يتعلق بالمصلحة العامة غير منصوص عليه في العقد وذلك تطبيقاً لحق الأدارة في أنهاء عقودها بالأرادة المنفردة دون خصأ من المتعاقد معها.

د-قد تتضمن بعض عقود الامتياز نصوصا تبين انه لايجوز الاسترداد الا بعد مرور مدة معينة،وهنا على الادارة الالتزام بهذا الشرط.

من جهة اخرى يترتب على الاسترداد التعاقدي مجموعة من الاثار اذ يترتب على الاسترداد التعاقدي انقضاء العقد ورجوع المرفق أوالمشروع إلى الادارة المانحة للامتياز، والاصل ان يتنأول الاسترداد المرفق كله لكنه في حالة وجود نص

---

[١] ينظر المادة الرابعة من قانون التزام المرافق العامة المصري رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .

[٢] ينظرد. احمد عثملن عياد ،المصدر السابق ،ص ٢٧٨، وينظر د. عبد المجيد الحكيم ،الموجز في شرح القانون المدني العراقي-مصادر الألتزام ،المكتبة القانونية،بغداد ،٢٠٠٧ ،ص٤٢٩ ،وينظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، سلطة الادارة في أنهاء العقد الاداري-دراسة مقارنة ،طباعة بالليزر-مركز قطيم للكومبيوتر ،الزقازيق-مصر،١٩٩٣ ،ط١،ص٦٠٥ .

[٣] ينظرد. سليمان الطمأوي،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص٧٢٨ ،ود. فاروق احمد خماس وآخرون،الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص٢٠٠ .

في العقد يبيح للادارة استرداد جزء من المرفق فأن هذا النص يعطي للادارة الحق في استرداد ذلك الجزء فقط فالأسترداد يمكن أن يكون جزئياً[١] .

وعلى ذلك فأن الاثر الرئيسي للاسترداد التعاقدي هو انقضاء الرابطة التعاقدية،وهذا يرتب التزامات معينة على صاحب الامتياز بصدد ألتزاماته تجاه الغير اذا ما نظمها العقد ونص على حلول الادارة محل صاحب الامتيازفي مواجهة الغير،هنا على الادارة التقيد بذلك النص،اما اذا لم ينص العقد على ذلك فالادارة تتحمل كافة الالتزامات التي تقتضيها الادارة العادية للمرفق وتتحمل ايضا الالتزامات التي علمت بها ولم تعترض عليها[٢] .

ومن الاثار المهمة الاخرى للاسترداد التعاقدي ما يتعلق بحقوق صاحب الامتياز،فأنقضاء الرابطة التعاقدية عن طريق الاسترداد يوجب تعويض صاحب الامتياز،وهذا التعويض يشمل ما لحق صاحب الامتياز من خسارة وما فاته من كسب،فصاحب الامتياز ينفق اموالاً طائلة في سبيل انشاء وتطوير المرفق العام ولم يحصل على الارباح اللازمة من ذلك بسبب استرداد المرفق فيجب تعويضه عن ذلك،والتعويض قد يكون دفعة واحدة اذا كان اجمالياً وقد يكون بشكل اقساط سنوية وذلك حسب ما منصوص عليه في العقد[٣].

٢- الاسترداد غير التعاقدي .

وهو الاسترداد الذي تقرره السلطة المانحة للامتياز وبأرادتها المنفردة،حيث تستطيع الادارة انهاء العقد قبل نهايته الطبيعية وبأرادتها المنفردة وبدون وجود تنظيم مسبق لهذا الاسترداد قد نص عليه العقد،وهذا الاسترداد تقرره الادارة وان لم يخطأ صاحب الامتياز ويكون لمصلحة المرفق العام وبدون الرجوع إلى القاضي،وهذا الاسترداد يكون ايضا مقابل التعويض الكامل الذي يحصل عليه صاحب الامتيازمن الادارة ويشمل ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة[٤].

وقد اثار الاسترداد غير التعاقدي خلافاً فقهياً فمن الفقهاء من انكر هذا الحق وحجتهم في ذلك ان مجلس الدولة الفرنسي لم يصدر احكاما بذلك،ويرى اصحاب هذا الرأي ان الاسترداد لايكون الا في الحالات المنصوص عليها في العقد ،بينما

---

[١] ينظرد. الياس ناصيف، المصدر السابق ،ص ٣٩٤،وجيهان حسن سيد احمد،المصدر السابق،ص ١٠٥،وينظر محمد عبد الله الدليمي ،المصدر السابق ،ص ١١٠ .

[٢] ينظرد. احمد عثمان عياد ،المصدر السابق ،ص ٢٧٩ .

[٣] ينظرد. محمود عاطف البنا ،المصدر السابق،ص٢٤٠ ،ومروان محي الدين القطب،المصدر السابق،ص ١٧٠،د. الياس ناصيف ، المصدر السابق،ص ٣٩٤،د. زهدي يكن ،القانون ألاداري،ج٢، المطبعة العصرية،صيدا- لبنان ،ص٧٣٧ .

[٤] ينظر جورج فودال وبيار دلفولفيه،القانون الاداري ،ج١،المصدر السابق،ص ٣٥٨ .

يـرى فريـق آخـر ومـنهم (جيز)و(العميـد بونـار) ان الادارة تسـتطيع اللجـوء إلـى الاسترداد وان لـم ينص عليـه فـي العقد،ويرى الاستاذ (دي لوبـادير)ان عدم وجـود احكام من مجاس الدولـة الفرنسـي حـول الاسترداد غير التعاقدي ليس لان المجلس ينكر هذا الحق وانما لان عقود الامتيـاز فـي فرنسـا جميعهـا تحتـوي علـى تنظم كيفيـة استرداد المرفق ،وعليـه فـأن الاسترداد غير التعاقدي هو حق ثابت للادارة وان لـم يـرد بشـأنه نـص فـي العقد استنادا إلـى سلطتها التـي لايمكن التنـازل عنهـا فـي انهـاء عقودها بأرادتها المنفردة[1] .

٣- الاسترداد التشريعي

وهو الاسترداد الذي يحصل بناء على وجود نصـوص قانونيـة خاصـة اصـدرها المشـرع لتنظـيم عمليـة الاسـترداد فـي عقـود الامتيازوالاثـار المترتبـة علـى ذلـك مـن حقوق والتزامات،فالمشرع ولاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة قد يقرر استرداد احد المرافق وانهاء الامتياز بموجب قانون يصدره[2].

فقد تدخل المشرع الفرنسي واصدر عدة قوانين لاسترداد بعض المرافق العامـة منذ سنة١٨٤٥ ،كذلك فعل المشـرع المصـري واصـد عـدة قـوانين لاسـترداد بعـض المرافـق منهـا القـانون رقـم ٢٨٥ فـي سـنة ١٩٥٦ وانهـى بموجبـه امتيازشـركة قنـاة السويس وكذلك القانون رقم ١٤٥ لستة ١٩٥٧ الخـاص بمرفق ميـاه القاهرة،امـا فـي العـراق فنجـد ان المشـرع العراقـي اصـدر العديـد مـن القـوانين الخاصـة بأسـترداد المرافق العامة كما هو الحال في امتيازات شركة الكهرباء والتنـوير والمـاء المحـدودة الانكليزية[3] ،كما انهـى المشـرع العراقـي امتيازشـركة نفـط خـانقين المحـدودة وكـذلك انهـى امتيـاز وكالـة شـركة نفـط الرافـدين لتوزيـع المنتجـات النفطيـة،ومن القـرارات المهمة التي اصـدرها المشـرع العراقـي القـانون رقـم ٨٠ لسـنة ١٩٦١[4]،والـذي حـدد بموجبه مناطق الاستثمار وضيق حدود الامتيـازات النفطية،كذلك القـانون رقـم ٣٠٠ لسنة ١٩٧٥ الخاص بتاميم عمليات شركة نفط البصرة المحدودة[5].

ويطلق المشرع في بعض الاحيـان اسم التـأميم علـى عمليـة الاسـترداد كمـا فعـل المشرع المصري عند اصداره للقانون رقم ٢٨٥ في سنة ١٩٥٦ الخـاص بتـأميم قنـاة

---

[1] ينظـرد. سـليمان الطمأوي،الاسـس العامـة للعقـود الادارية،المصـدر السـابق،ص٧٣٢،ود. احمـد عثمـان عياد،المصدر السابق،ص ٢٨٠ .

[2] ينظرد. محمود خلف الجبوري،العقود الادارية،المصدر السابق،ص٢٧٠،ود. جيهان حسن سيد احمد،المصدر السابق،ص ١٠٥.

[3] ينظـرد. فوزي حسين سلمان الجبوري،حـق الملكيـة انـاء اتجاهـات الدولـة فـي التـأميم والتخصصـية،اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق-جامعة النهرين،٢٠٠١،ص٥٨ .

[4] ينظر القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦١ نشر في الوقائع العراقية العدد٦١٦ الصادر في ١٩٦١/١٢/١٢ .

[5] نشر هذا القانون في الوقائع العراقية العدد ٢٥٠٢ بتاريخ ١٩٧٥/١٢/٨ ،ومن القوانين الخاصة بالتأ ميم قانون تأميم حصة شركتي (ستاندر داريل نيوجرسي وموبيل كوربويشن الامريكيتين) رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ المنشور في الوقـائع العراقيـة العدد ٢٢٨٣ فـي ١٩٧٣/١٠/٧ وقـانون تـأميم شركة نفط العراق المحدودة رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٢ الذي نشر في الوقائع العراقية العدد ٢١٤٦ ٦/١/ ١٩٧٢ ، والقانون رقم ٨٨ الصـادر في ١٩٧٧/٦/٢٢ والذي انهى العقد الموقع بين شركة النفط الوطنية ومؤسسة الأستكشافات والنشاطات البترولية(أيراب الفرنسية) ونشر هذا القانون في الوقائع العراقية العدد ٢٥٩٨ في ١٩٧٧/٧/٤ .

السويس ويرى قسم من فقهاء القانون ومنهم د سليمان الطمأوي ود. محمود عاطف البنا ان التاميم يختلف عن الاسترداد ،حيث ان التأميم يكون في حالة كون المال مملوك لشخص خاص وتستولي عليه الدولة،بينما في الاسترداد فان المال أو المرفق يكون مملوك للدولة اصلا وتستطيع الدولة استرداده متى شاءت،لان الامتياز يعطي الشخص الخاص الحق في ادارة واستثمار المرفق وليس تملكه[١].

كذلك فألتأميم لابد ان يحصل بموافقة المشرع ولايمكن للادارة ان تقوم بهذا العمل عن طريق قرار اداري، وعليه فأن التأميم يشبه الاسترداد التشريعي من ناحية أن الأسترداد التشريعي يحتاج إلى صدور تشريعات خاصة به،ويعرف التأميم بأنه عمل يهدف إلى اى تحقيق المصلحة العامة عن طريق نقل مليكة المنشآت من القطاع الخاص إلى الجماعة العامة لتخليص تلك المنشآت من الادارة الرأسمالية ولاخضاع نشاطها لرقابة الدولة ،ويكون نقل الملكية هذا مقابل تعويض يحصل عليه اصحاب الاموال التي نقلت ملكيتها[٢]،ويتبن من هذا التعريف ان التأميم ينصب على الاملاك الخاصة وبالتالي فأنه لايصح ان نطلق لفظ التأميم على الغاء عقود شركات النفط والمرافق العامة الاخرى حيث ان الثروات الطبيعية والمرافق العامة غير مملوكة للشركات وانما هي مملوكة للدولة وان هي تنازلت عن ادارتها واستغلالها لمدة محددة فأن ذلك لايعني التنازل عن ملكيتها.

المقصد الثاني: اسقاط الامتياز

الاسقاط طريقة اخرى من طرق انهاء عقود الامتياز نهاية غير طبيعية،وهو اجراء توقعه الادارة في حالة اخلال صاحب الامتيازفي تنفيذ التزاماته اخلالاً جسيما،وتستطيع الادارة المانحة للامتياز فرض هذه العقوبة وانهاء عقد الامتياز وان لم ينص العقد على ذلك،ويعتبر الاسقاط من النظام العام كما يرى (جيز) بحيث لايجوز الاتفاق على عدم مسؤولية صاحب الامتيازعن الاخطاء الجسيمة[٣].

ويستعمل مجلس الدولة الفرنسي عادة اصطلاح اسقاط الامتياز في حين انه يستعمل في العقود الادارية الاخرى اصطلاح الفسخ،ونظرا لكون اسقاط الامتياز يتضمن خطورة بالغة بالنسبة لصاحب الامتياز،حيث يقوم صاحب الامتياز بأنفاق اموال طائلة لغرض اعداد المرفق وتشغيله وعمله هذا يكون مقابل الحصول على الارباح ،لذا فأن هذا الحق لايمكن اعطائه للادارة دون شروط معينة وذلك للمحافظة على حقوق صاحب الامتياز ،على هذا لابد من بيان شروط الاسقاط والنتائج المترتبةعليه[٤]، ويتم بيانه على النحو الآتي:

أولاً: شروط اسقاط الامتياز

يتطلب أمر فرض عقوبة الاسقاط على صاحب الامتياز توفر مجموعة من الشروط اهمها:.

---

[١] ينظر د. محمود عاطف البنا،المصدر السابق،ص٢٤٥ ،ود. سليمان الطمأوي،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص ٧٣٥.

[٢] ينظرد. فوزي حسين سلمان الجبوري،المصدر السابق،ص ٤٦ ، ود. محمد صلاح عبد البديع السيد، المصدر السابق ،ص٦١١.

[٣] ينظرد. محمود خلف الجبوري،العقود الادارية، المصدر السابق، ص٢٧١.

[٤] ينظرد. سليمان الطمأوي،الاسس العامة للعقود الادارية، المصدر السابق،ص٤٩٤.

١-ارتكاب صاحب الامتياز خطأ جسيماً

لغرض فرض عقوبة الاسقاط لابد ان يكون الخطأ الذي ارتكبه صاحب الامتياز على درجة كبيرة من الجسامة،بحيث ان وسائل الضغط والاكراه الاخرى التي تستطسع الأدارة استعمالها غير كافية ولاتجدي نفعا مع صاحب الامتياز ومن ثم تلجأ الادارة إلى اسقاط الامتياز،ومن صور الخطأ الجسيم عدم احترام الانظمة والتعليمات التي تصدرها الادارة، وتنازل صاحب الامتياز عن العقد بصورة كلية إلى غيره دون موافقة الادارة المانحة للامتياز، وتكراره مخالفة التزاماته التعاقدية والاستمرار على ذلك[١] ، وفي العقود النفطية تستطيع الأدارة أسقاط الأمتياز أذا ما أخطأت الشركة صاحبة الأمتياز في عملها أو في تنفيذ بعض ألتزاماتها كالحفر والاستكشاف[٢].

وقد اشارت محكمة القضاء الاداري في مصر في احد احكامها إلى هذه الصور حيث قررت(...واذا كان سحب الالتزام...يعتبر جزاءً شديداً لما يترتب عليه من نتائج خطيرة،فأن إلتجاء الادارة اليه لايكون إلا في احوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الاهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرافق العامة واداء الخدمات المطلوبة...)[٣].

٢-أنذار صاحب الامتياز

يجب على الادارة قبل اسقاط الامتياز ان تقوم بأنذار صاحب الامتياز،وغالبا ما تتضمن العقود نصوصا تستوجب انذار صاحب الامتياز ،ولكن الادارة ملزمة بالانذار وان لم يتضمن العقد نصا بذلك،الا انه في حالة وجود نص في العقد يعفي الادارة من الانذار فأن الادارة تصبح هنا غير ملزمة بالانذار بناء على نصوص العقد،كذلك لاتلزم الادارة بالانذار اذا ما اعلن صاحب الامتياز صراحة عجزه عن ادارة المرفق فالانذار يصبح لافائدة منه[٤] .

٣-ضرورة صدور حكم قضائي بأسقاط الامتياز

وينفرد عقد الامتياز عن غيره من العقود الادارية بضرورة صدور حكم قضائي لغرض اسقاط الامتياز،بينما في باقي العقود الادارية تستطيع الادارة فسخ العقد دون حاجة إلى حكم قضائي،الا أن الادارة رغم ذلك تستطيع ان تسترد حقها بأسقاط الامتياز دون الحاجة إلى حكم قضائي عن طريق النص في العقد صراحة على حقها في اسقاط الامتياز،وهذا ما استقر عليه الامر في فرنسا لكن الامر يختلف عن ذلك في مصر،فمجلس الدولة المصري لم يتطلب صدور حكم قضائي لتوقيع

---

[١] ينظرد. احمد عثمان عياد ،المصدر السابق،ص ٣٦٦ .

[٢] ومن الأمثلة على أخطاء الشركة صاحبة الأمتياز عدم وفاء الشركة بدفع الأتأوة إلى الأدارة، أو فشل الشركة في تنفيذ عمليات أستكشاف أو حفر معينة ،ينظر في ذلك م/١٣ من أتفاقية شركة نفط العراق وم/٥ من أتفاقية شركة نفط الموصل ،وم/٢٩ من أتفاقية شركة أرامكو مع الحكومة السعودية .

[٣] ينظر حكم محكمة القضاء الاداري المصرية الصادر في ١٩٥٧/٣/٣ ،اشار اله د. سليمان الطماوي،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص ٤٩٥ .

[٤] ينظرد. مازن ليلو راضي،المصدر السابق، ص ١٢١ .

عقوبة اسقاط الامتياز وانهاء العقد[١] ، وقد اكدت ذلك محكمة القضاء الاداري في مصر حيث قررت (يحق لمانح الالتزام اسقاط الالتزام اذا اختل المرفق اختلالا جزئيا أو كلياأو اذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو تكرر اهماله...وليس صحيحا في القانون ان هذا الحكم لايجوز توقيعه الا بحكم من المحكمة المختصة)[٢] ، ولذلك يرى الفقه المصري أن حالة أسقاط ألأمتياز هي شبيهة بحالة فسخ العقود الأدارية الأخرى طالما لايتطلب الأسقاط صدور حكم قضائي وبالتالي تطبق بشأن أسقاط الأمتياز أحكام الفسخ من ناحية عدم وجوب أعذار الملتزم ولايستلزم صدور حكم قضائي[٣].

اما في العراق فقد قامت الادارة بأسقاط عدة عقود امتياز والخاصة بالعديد من الشركات الامتياز وبدون حاجة لصدور حكم قضائي بذلك[٤].

ثانيا: النتائج المترتبة على أسقاط الامتياز .

يترتب على اسقاط الامتياز مجموعة من الاثار القانونية نبينها كالاتي:.

١ـ نهاية عقد الامتياز

من النتائج المترتبة على اسقاط الامتياز انقضاء عقد الامتياز قبل نهاية مدته الطبيعية المتفق عليها في العقد، وصاحب الامتياز لايستطيع بعد اصدار الأمر بأسقاط الامتياز من استعمال المرفق واسغلاله وتقاضي الرسوم والبدلات من المنتفعين،ويتحمل صاحب الامتياز كافة الاعباء المالية التي تترتب على الاجراءات التي تقوم بها الأدارة لغرض استمرار المرفق محل الامتياز في تقديم خدماته[٥].

لكن الادارة عند اسقاطها للامتياز لاتعتبر خلفا خاصا أو عاما لصاحب الامتياز،وعليه فهي لاتلتزم بحقوق دائني صاحب الامتياز،كحقوق عمال صاحب الامتياز في المرفق أو حقوق الغير المتعاقدين معه كالموردين مثلا، وأن أسقاط الامتياز يؤدي إلى فقدان صاحب الامتياز التأمينات التي دفعها للأدارة ويتحمل صاحب الأمتياز الذي أسقط أمتيازه المسؤولية كاملة تجاه دائنيه فلا تنتقل الديون على من سيؤول اليه ألإمتياز مستقبلاً ، فأن كان الاسقاط يؤدي إلى انهاء الإمتياز الا أنه لايؤدي إلى انهاء المرفق العام،فالمرفق يبقى قائما وتستطيع الأدارة منح الامتياز إلى شخص آخر أو ادارة المرفق بنفسها،ومن الملاحظ انه يجب على الادارة عند اسقاط الامتياز اعادة الاموال الخاصة بصاحب الامتياز والتي لم تؤول إلى الادارة

---

[١] ينظرد.محمد عبد العال السناري ،مبادئ واحكام القانون الاداري-في مجال النظرية والتطبيق ،دار النهظة العربية، القاهرة-مصر ،بدون سنة نشر ،ص٢٣٨،وينظرد. سامي جمال الدين ،المصدر السابق ،ص ٦٦٦ ،ود. ماجد راغب الحلو،العقود الادارية ،المصدر السابق ،ص ٢٠٢ .

[٢] ينظر حكم محكمة القضاء الاداري في مصر ،اشار اليه د. محمود خلف الجبوري ،العقود الادارية،المصدر السابق،ص ٢٧٢ .

[٣] ينظرد. احمد عثمان عياد ، المصدر السابق ،ص ٣٦٨ .

[٤] ينظرد. محمود خلف الجبوري ،المصدر نفسه،ص ٢٧٢ .

[٥] ينظرد. جيهان حسن سيد احمد، المصدر السابق ،ص ١٠٩، ود. نذير بن محمد الطيب أوهاب ،المصدر السابق ،ص١٢٧-١٢٨ .

بدون مقابل أو التي لم ترغب بشرائها،وفيما يتعلق بعقود المنتفعين من المرفق فهي تبقى سارية تجاه الادارة أو تجاه صاحب الامتياز الجديد فالمرفق مأوجد اصلا الا لتقديم الخدمات إلى الجمهورولاشأن لهم بمن يدير المرفق سواء كانت الادارة أو أي شخص آخر[١].

٢-حرمان صاحب الامتياز من التعويض

من النتائج الاخرى لاسقاط الامتياز عدم استحقاق صاحب الامتياز لاي تعويض،وبذلك يتميز الاسقاط عن الاسترداد الذي يستحق فيه المتعاقد مع الادارة التعويض، ذلك أن الأسقاط ما هو الا عقوبة توقعها الادارة بحق صاحب الامتياز المتعاقد معها عند اخلاله في تنفيذ التزاماته اخلالا جسيما فلا يستحق عن ذلك أي تعويض،بل ان الادارة تستطيع المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي تصيبها نتيجة ذلك الاخلال[٢].

المقصد الثالث: فسخ عقد الامتياز لاسباب اخرى

قد يفسخ عقد الامتياز قبل نهاية مدته الطبيعية لأسباب اخرى غير التي ذكرت، فأسترداد الامتياز واسقاطه هي طرق خاصة لانهاء عقد الامتياز،فمن المبادئ المستقر عليها قانوناً وقضاءً أن من حق الادارة فسخ العقد اذا تبين ان هناك خطأمن المتعاقد، وغالبا ما تنص دفاتر الشروط على حق الادارة في فسخ العقد عند تقصير المتعاقد معها،ويعتبر هذا الحق حقا ثابتا للادارة وان لم يرد بشأنه نص في العقد أو في دفاتر الشروط[٣]، وفسخ الأمتياز قد يكون أتفاقياً أو بحكم القانون أو قضائياً ونوضح ذلك كالآتي:

أولاً :الفسخ الاتفاقي

وهو الفسخ الذي يتم بالاتفاق بين الادارة المانحة للامتياز وصاحب الامتياز،حيث يتفق الطرفان على انقضاء الرابطة العقدية قبل نهاية مدته الطبيعية،سواء كان ذلك بتعويض صاحب الامتياز أو من غير تعويض[٤]،والفسخ الاتفاقي قد يختلط مع الاسترداد التعاقدي الاانه يختلف عنه في عدة مسائل وقد بينا ذلك عند بحثنا لموضوع الاسترداد التعاقدي[٥].

ثانياً: الفسخ بقوة القانون

---

[١] ينظرد. فاروق احمد خماس وآخرون،الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص ١٥١ ،ود. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية،المصدر السابق،ص٢٧٣ .

[٢] ينظرد. مروان محي الدين القطب، المصدر السابق، ص١٧٥ ،ود. جيهان حسن سيد احمد، المصدر السابق،ص ١٠٩.

[٣] ينظرد. احمد عثمان عياد ،المصدر السابق ،ص ٣٦٢ .

[٤] ينظرد. سامي جمال الدين ،المصدر السابق ،ص٦٧٤ .

[٥] ينظر هذه الرسالة ص ١٨٤.

قد ينقضي عقد الامتياز بقوة القانون وذلك تطبيقا للمبادئ العامة للعقود الادارية،كما في حالة صدور تشريع يلغي بعض المرافق أو وجود نصوص قانونية تعطي الحق للأدرة في فسخ العقد أذا ما حصلت قوة قاهرة وتسببت في تدمير المرفق محل العقد، أو قد يتضمن القانون نصًا بفسخ العقد بقوة القانون عند وفاة صاحب الامتياز أو حل الشركة صاحبة الامتياز[١].

ثالثاً: الفسخ القضائي

قد يلجأ صاحب الامتياز إلى القضاء لفسخ عقد الامتياز قبل نهاية المدة المتفق عليها في العقد،وان لجوء صاحب الامتياز إلى القضاء لفسخ العقد يكون لعدة اسباب، فقد يكون ذلك بسبب خطأ الادارة المتعاقدة في تنفيذ التزاماتها والخطأ الذي يستوجب الفسخ يجب ان يكون خطأ جسيما،والقاضي الاداري هو الذي يحدد جسامة الخطأ،ومن الاسباب الاخرى التي تستدعي تدخل القضاء لفسخ العقد هو قيام الادارة بتعديل العقد وأن يؤدي ذلك التعديل إلى اختلال التوازن المالي أو تغيير في جوهر العقد وجعله بمثابة عقد جديد مما يبيح لصاحب الامتياز اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد[٢].

ومن الاسباب الاخرى للمطالبة بالفسخ حصول ظرف طارئ يؤدي إلى اختلال التوازن المالي وان تطبيق نظرية الظروف الطارئة لايجدي نفعا في هذه الحالة، فيكون لصاحب الامتياز اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ عقد الامتياز.

المطلب الثاني
حل منازعات عقد الامتياز

يعتبر عقد الامتياز من العقود الزمنية التي يستمر تنفيذها لفترة طويلة،وغالبا ما يحصل اثناء تنفيذها منازعات بين اطرافها أو مع الغير عن العقد،مما يتطلب وجود آلية لحسم هذه المنازعات ،حيث انه من المستقر عليه لدى الفقه والقضاء ان منازعات العقود الادارية تخضع للقضاء الاداري، وبالاضافة لحل منازعات عقد الامتياز عن طريق القضاء فأنه توجد وسائل اخرى لحل منازعات هذا العقد وسنبين ذلك في الفروع الاتية:

الفرع الأول: حل منازعات عقد الامتياز امام القضاء

من المتفق عليه ان منازعات العقود الادارية تخضع للقضاء الاداري ،وهذا الامر مستقر عليه في فرنسا ومصر وغيرها من الدول التي يوجد فيها قضاءً

---

[١] ينظرد. عبد العزيز عبد المنعم خليفة،الاسس العامة للعقود الادارية ،المصدر السابق،ص ٩١،ود. مروان محي الدين القطب ،المصدر السابق ،ص ١٧٦ .

[٢] ينظرد. سليمان الطمأوي،الاسس العامة للعقود الادارية،المصدر السابق،ص٧٢٥ .

اداري،اما الدول التي لايوجد فيها قضاء اداري فأن هذه المنازعات تخضع للقضاء العادي.

اما في العراق فبالرغم من معرفة العراق للقضاء الأداري وتطبيق القضاء العراقي لنظرية العقود الادارية، الا ان المشرع العراقي عند تشريعه للقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ والذي عدل قانون مجلس شورى الدولة ، وبموجبه تم أنشاء محكمة القضاء الاداري لكنه استثنى العقود الادارية واخرجها من اختصاص محكمة القضاء الاداري المشار اليها[١]،وكان على المشرع العراقي ان يعطي هذه المحكمة الحق في نظر منازعات العقود الادارية وعدم ترك هذه المنازعات من اختصاص القضاء المدني، ومع هذا نرى انه توجد بعض القرارات المنفصلة عن العقد يمكن الطعن بها بالالغاء امام محكمة القضاء الاداري على اعتبار انها قرارات ادارية،كالقرارات التمهيدية لابرام العقد أو الإذن بإبرامه، كذلك قرارات التعاقد أو رفض التعاقد والقرارات التي تصدرها الادارة اثناء تنفيذ العقد ليس بصفتها متعاقدة وانما بصفتها سلطة عامة كقرارات الضبط الاداري، فكل هذه القرارات تعتبر قرارات منفصلة عن العقد وهذا ماأستقر عليه القضاء الفرنسي والمصري[٢].

هذا وقد صدر امر سلطة الائتلاف رقم(٨٧) لسنة ٢٠٠٤ والمسمى(بقانون العقود العامة)الذي وضع قواعد خاصة لانشاء محكمة ادارية مختصة بالشكأوي والمنازعات التي تتعلق بأبرام العقود الادارية،كما ان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(١) لسنة ٢٠٠٨ قد اشارت إلى انشاء مجكمة ادارية في وزارة التخطيط والتعأون الانمائي مختصة بالنظر في اعتراضات مقدمي العطاءات[٣].

لكن يلاحظ ان تشكيل هذه المحاكم سواء تلك المقررة في قانون العقود العامة أو التي اشارت اليها تعليمات العقود الحكومية لم يمنح القضاء الاداري حق الفصل في كافة منازعات العقود الادارية، حيث ان اختصاصات هذه المحاكم مازالت محدودة وتفصل فقط في اجراءات التعاقد والاعتراض عليها.

---

[١] ينظر المادة (٧) من القانون ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ الخاص بتعديل قانون مجلس شورى الدولة.

[٢] ينظرد. سمير سهيل دنون ،النظرية الاساسية في المنازعات الادارية ،المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس-لبنان ،٢٠٠٩ ،ص ٣٥٩ .

[٣] ينظر القسم ١/٢ فقرة ب من امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم(٨٧) لسنة ٢٠٠٤ ، والمادة (١٠) فقرة ثانيا من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(١) لسنة ٢٠٠٨ .

وعلى ذلك فأن منازعات العقود الادارية في العراق تخضع للقضاء العادي[1]، الا ان القاضي المدني يطبق نظرية العقود الادارية اذا ما عرض عليه نزاع يتعلق بعقد اداري.

ومنازعات عقد الامتياز فقد تكون بين الادارة المانحة وصاحب الامتياز أو بين صاحب الامتياز والغير عن العقد وسنوضح هذه المنازعات بالشكل الاتي:.

المقصد الأول: المنازعات بين الادارة المانحة للامتياز وصاحب الامتياز

ان كافة المنازعات التي تثور بين السلطة الادارية المانحة للامتياز وصاحب الامتياز تخضع للقضاء الاداري ،كالمنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد والشروط الخاصة بتشغيل المرفق ،أو المنازعات المتعلقة بالتعويض على اساس نظرية الظروف الطارئة أو فعل الامير،أو تلك الناشئة عن استخدام السلطة المانحة للامتياز لكافة حقوقها والمنازعات المتعلقة بنهاية عقد الامتياز، ويستطيع صاحب الامتياز المطالبة بكافة حقوقه امام القضاء الاداري،وتدخل هذه المنازعات ضمن اختصاص القضاء الكامل لقاضي العقد[2]، أما في العراق وللاسباب التي ذكرت سابقاً فأن هذه المنازعات تنظر أمام القضاء العادي .

المقصد الثاني: المنازعات بين السلطة مانحة الامتياز والغير

قد تحصل منازعات بين السلطة المانحة للامتياز والغير عن العقد،فهذا العقد كما بينا سابقا يتميز بكونه يضم شروط لائحية وشروط عقدية،والشروط اللائحية في هذا العقد ذات طبيعة تنظيمية بالنسبة للغير عن العقد، وبناء على ذلك فأن الغير عن العقد يحق لهم الطعن بقرارات السلطة المانحة للامتياز اذا ما تجأوزت حدود سلطتها خاصة اذا اتخذت اجراءات خرقت بها الشروط اللائحية[3].

ومن المنازعات المهمة للسلطة المانحة مع الغير هي المنازعات مع المنتفعين من المرفق، فهذه المنازعات تتعلق بتنفيذ وتنظيم المرفق مما يؤدي إلى خضوعها للقضاء الاداري، فعند اخلال صاحب الامتياز في تنفيذ التزامه أو عدم القيام به بالشكل الصحيح يحق للمنتفعين مطالبة الادارة بالتدخل، واذا ما رفضت الادارة التدخل أو اهملت في ذلك يجوز للمنتفعين الطعن بالالغاء في قرار هذه الادارة لمخالفته للقانون،ويكون هذا الطعن امام القاضي الاداري، حيث يستطيع المنتفع

---

[1] نصت المادة ١٢٩ من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على (تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما أستثني بنص خاص) .

[2] ينظرد. سمير سهيل دنون ،المصدر السابق،ص ٣٦٢ ،ود. فاطمة السويسي ،المنازعات الادارية ،المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان،٢٠٠٤ ،ص ١٦٠ .

[3] ينظرد. مروان محي الدين القطب ، المصدر السابق، ص ١٠٩ .

اللجوء إلى القاضي الاداري للمطالبة بألغاء قرارات السلطة المانحة للامتياز بمجرد وجود مصلحة جدية في ذلك، لكن هذه المصلحة يجب ان تكون شخصية، فلايجوز لاحد المنتفعين ان يرفع الدعوى بأسم الجمهور للمطالبة بحقوقهم كافة[١].

المقصد الثالث: المنازعات بين صاحب الامتياز والغير

قد ينحصر النزاع في العلاقة العقدية بين صاحب الامتياز والغير عن عقد الامتياز،سواء كان الغير من المنتفعين ام من العاملين في المرفق أو غيرهم.

فبالنسبة للمنازعات التي تحصل بين صاحب الامتياز والمنتفعين فهي تخضع لولاية القاضي المدني، حيث يحكم هذه العلاقة القانون الخاص على اعتبار ان الطرفين هم من اشخاص القانون الخاص، الا انه يلاحظ في حالة اثارة مسألة تتعلق بالشروط اللائحية عند نظر القاضي المدني للنزاع بين صاحب الامتياز والمنتفعين ،فأنه على القاضي المدني التوقف عن نظر الدعوى إلى ان يبت القاضي الاداري في هذه المسألة ،كذلك يلاحظ انه في حالة ادارة صاحب الامتياز لمرفق اداري وليس اقتصاديا فأن المنازعات بين صاحب الامتياز والمنتفعين تخضع للقاضي الاداري[٢].

بالاضافة إلى ذلك فأنه قد تحصل منازعات بين صاحب الامتياز والعاملين في المرفق أو غيرهم كالناقلين أو الموردين،فأن هذه المنازعات يحكمها القانون الخاص وتخضع للقضاء المدني لان صاحب الامتياز والغير عن العقد هم من اشخاص القانون الخاص وليسوا من اشخاص القانون العام[٣].

الفرع الثاني: حل منازعات عقد الامتياز عبر الوسائل الاخرى

نظرا لأهمية عقود الامتياز ودورها في التنمية ولحاجة الدول إلى الاموال الطائلة لاستثمار وادارة المرافق العامة ولكون اللجوء إلى القضاء قد يبعد اصحاب رؤوس الاموال عن الدخول في العلاقة العقدية مع الدولة وخاصة عندما يكون اصحاب الامتياز من الاطراف الاجنبية ،لذا قد يتم اللجوء إلى وسائل اخرى لحل منازعات عقود الامتياز غير الطريق القضائي سواء كان ذلك عن طريق التفأوض أو أو الوساطة أو يتم اللجوء إلى التحكيم لفض هذه المنازعات ، وسنبحث هذه الوسائل بالصورة الاتية:

المقصد الأول: استخدام بعض الوسائل السلمية

---

[١] ينظر العلامة السنهوري ،الوسيط،ج٧، المصدر السابق، ص ٣٢٣ ، ود. ماجد راغب الحلو ،العقود الادارية ،المصدر السابق ،ص ٢٠٧ .

[٢] ينظرد. مروان محي الدين القطب ،المصدر السابق ،ص ١٨٧ ،

[٣] ينظرد. ماجد راغب الحلو ،المصدر السابق، ص ٢٠٨ .

هنـاك مجموعـة مـن الوسـائل قـد تسـتخدم لفـض منازعـات عقـود الامتيـاز قبـل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم ،وتسمى بالوسائل السلمية،وسنوضح ذلك وكالاتي :

أولاً: التفأوض

من الوسائل المهمة لحل الخلافات بين الادارة مانحة الامتياز وصاحب الامتيـاز اللجـوء إلـى التفـأوض بـين الطرفين،ويكـون الهـدف مـن ذلـك اعـادة العلاقـات إلـى مـا كانـت عليـه قبـل الخلاف،ويعتبـر التفـأوض اسـلوب للحـوار بـين الطـرفين بهـدف الوصول إلى اتفاق بين المتفأوضين حول الخلاف الدائر بينهم ،وتعتبر هذه الوسيلة من اهم وسائل تسوية المنازعات، وفي حالة فشل التفأوض يلجأ الطرفين إلى وسيلة اخرى لحل الخلاف[١]،وأشارمشروع قانون النفط والغاز العراقي إلى امكانية اللجوء إلى التفأوض أولا في حالة حصول نزاع بين اطراف العقد[٢].

ثانياً :التوفيق

وهو اتفاق تلجأ اليه الاطراف المعنية للوصول إلى حل توفيقي للنزاع الذي ينشأ بين طرفي عقد الامتياز، ويكون ذلك عن طريق اختيار شخص أو عدة اشخاص للتوفيق بين الطرفين، وهدف هؤلاء الاشخاص هو وضع الحلول اللازمة وتقديم المساعدة للاطراف للوصول إلى الحلول الممكنة[٣].

ومن الملاحظ ان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق قد اشارت إلى انه يمكن اللجوء إلى التوفيق لحل الخلافات الناشئة بين الادارة والمتعاقد معها[٤].

ثالثاً :الوساطة

تعتبرالوساطة احدى الوسائل السلمية المهمة لتسوية منازعات عقد الامتياز ،وتعتبر الوساطة اجراء يتم بموجبه تكليف شخص(الوسيط) أو عدة اشخاص لتقريب وجهات النظر بين الاطراف عن طريق تقديم الأقتراحات،حيث يقوم الوسطاء بمحأولة جمع الطرفين والتفأوض فيما بينهما للوصول إلى الحلول اللازمه ، ولايملك الوسطاء أي سلطة لاتخاذ القرارات[٥] .

رابعاً: الخبرة الفنية

---

[١] ينظرد. جيهان حسن سيد احمد ،المصدر السابق ،ص ١١٤ ،وعلاء نافع كطافه،المصدر السابق ،ص ١٥١.

[٢] ينظر المادة(٤٥) من مشروع قانون النفط والغاز العراقي .

[٣] ينظرد. بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الادارية،دار وائل للنشر والتوزيع ،عمان – الاردن ،ط١ ،٢٠٠٥ ،ص ٣٤ ،ود. وضاح محمود الحمود ،المصدر السابق،ص٢٠٣.

[٤] ينظر المادة(١١) فقرة أولا (آ) من تعليمات العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ ،

[٥] ينظر د. بشار جميل عبد الهادي ، المصدر السابق ، ص ٣٦ ، ود. رأفت دسوقي ، التحكيم في قانون العمل الحالي رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ ، دار نصر للطباعة ،القاهرة- مصر ، بدون سنة نشر ،ص ٢٣ .

قد يلجأ إلى الخبراء لغرض حل المنازعات في عقود الامتياز، ويقتصر دور الخبير في هذه الحاله على تقديم المشورة الفنية ودراسة جوانب النزاع ومن ثم تقديم تقرير مفصل عن هذا الخلاف إلى اطراف النزاع ليستأنسوا بهذا الرأي أو التقرير لوضع الحلول اللازمة للنزاع[١] .

المقصد الثاني: التحكيم في عقد الامتياز

مما لاشك فيه أن التحكيم اضحى من الطرق المهمة لحل منازعات عقود الامتياز، وهذه الاهمية جاءت بسبب تطور ظروف التجارة العالمية والاستثمار الداخلي والدولي والتحولات الاقتصادية التي يشهدها العالم في عصر العولمة ، حيث أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم ، وحضي التحكيم بأهتمام المشرعين وصدرت قوانين خاصة تنظم هذه العملية[٢] ، ونبحث ذلك على النحو الآتي:

أولاً :المقصود بالتحكيم

ويعرف التحكيم بأنه اتفاق بين اطراف نزاع معين على اختيار بعض الاشخاص للفصل في النزاع بدلاً من القضاء المختص وقبول قرار هؤلاء الاشخاص حول النزاع[٣]، وقد عرفه قسم الفتوى في مجلس الدولة المصري بأنه (الاتفاق على عرض النزاع امام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة به وذلك بحكم ملزم للخصوم)[٤].

ومن المعروف ان التحكيم عرف اصلاً في مجال القانون الخاص الا انه بدأ يدخل في اطار القانون العام وخاصة في منازعات العقود الادارية ، مما جعل الفقه يقف منه مواقف متباينة، فذهب فريق إلى معارضة التحكيم في العقود الادارية على أعتبار ان التحكيم يؤدي إلى المساس بسيادة الدولة ، حيث ان التحكيم يسلب اختصاص القضاء الوطني ويسمح للمحكم باستبعاد القانون الوطني، ومن ناحية ثانية يتعارض التحكيم مع النظام العام لأن النظام العام يعمل على تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة والتحكيم يغلب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة ، ومن ناحية ثالثة حظرت بعض القوانين اللجوء إلى التحكيم التحكيم كما هو الحال في

---

[١] ينظر د. محمد علي جواد، العقود الدولية ، المصدر السابق ، ص ٢١٨ ، ود. جيهان حسن سيد احمد ، المصدر السابق ، ص ١١٧ .

[٢] ينظرد. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، المصدر السابق ، ص١٠.

[٣] ينظر د. ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية ، المصدر السابق ، ص ٢٤٥ .

[٤] ينظر فتوى مجلس الدولة المصري رقم (٦٦١) الصادرة في ١٩٨٩/ ٧/١ ، اشار اليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية والدولية ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى- مصر ، ٢٠٠٦ ، ص١٣ .

المادة ٢٠٦٠ و ٢٠٦١ من القانون المدني الفرنسي[١]، ويؤيد هذا الاتجاه الفقيه بيار دلفولفيه حيث يعتبر أن العقود التي يوقعها اشخاص القانون العام اما أن تكون عقوداً تخضع للقانون الخاص ويمكن أخضاعها للتحكيم اذا تعلقت بمصالح التجارة الدولية، واما تكون عقوداً ادارية يحظر اللجوء إلى التحكيم فيها[٢] ، وقد أيد مجلس الدولة الفرنسي هذا الرأي في عدة قرارات[٣].

بينما ذهب فريق إلى اجازت التحكيم في العقود الادارية فهو لايمس بسيادة الدولة لان القضاة بسبب عدم التخصص في المسائل الفنية محل النزاع ، ولغرض الاسراع في فض المنازعة فيتم اللجوء إلى المحكمين المتخصصين ، والتحكيم وأن أدى إلى سلب اختصاص القضاء الوطني فأن ذلك لايكون الا بموجب قوانين داخلية مما يبعد عنه شبهة المساس بسيادة الدولة ولذلك لابد من تدخل المشرع وأصدار القوانين الخاصة بالتحكيم في العقود الادارية حتى يكون جائزاً[٤].

ثانياً : موقف التشريع من التحكيم.

وبناءً على ما تقدم فأن الكثير من التشريعات قد صدرت في العديد من الدول اجازة اللجوء إلى التحكيم في العقود الادارية ، ففي فرنسا صدر القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٨٦ والذي اجاز اللجوء إلى التحكيم في العقود المبرمة بين الادارة والشركات الاجنبية، وهذا النص لاينطبق الا على العقود المبرمة مع الاشخاص الاجنبية ، ورغم ذلك فأن المشرع الفرنسي اجازالتحكيم في العقود الادارية الداخلية استثناءً من حكم المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني حيث اجاز لبعض المؤسسات ذات الطابع التجاري والصناعي اللجوء إلى التحكيم، كالمادة (٢٥) من القانون الصادر سنة ١٩٨٢ والمتعلق بالشركة الوطنية لسكك الحديد والقانون الخاص بالبريد والاتصالات الصادر سنة ١٩٩٠[٥].

اما التشريعات العربية فنلاحظ ان المشرع المصري اجاز اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الادارية بموجب قوانين خاصة بالتحكيم[٦]، كما أن قانون الاستثمار

---

[١] ينظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية والدولية ، المصدرالسابق ،ص ٧١ ، ود.جورجي شفيق ساري ،تطور طريقة ومعيار وتحديد القد الاداري ضمن القانونين الفرنسي والمصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ،١٩٩٦ ،ص١٦٧ .

[٢] رأي بيار دلفولفيه نقلاً عن د.طارق المجذوب عند تعليقه على القرار رقم ٦٣٩ الصادر من مجلس شورى لبنان ،مجلة الدراسات القانونية، العدد الأول ،منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠٠٣ ،ص٢٢٥ .

[3] C.e. 3mars 1989 soc. Des autoroutes de la region rhone –alpes rec. 69.

[٤] ينظر د. عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي ، المصدر السابق، ص١٦٣.

[٥] ينطر د. ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية ، المصدر السابق ، ص ٢٦٤ ، و د. ناصر عثمان محمد عثمان ، الدفع بالحصانة في مجال التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، ٢٠٠٦ ، ص ١٥٠ ، ود. مروان محي الدين القطب ، المصدر السابق ص ٤١٨ .

[٦] ينظر قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ .

الاستثمار السوري رقم (٨) لسنة ٢٠٠٧ اشار إلى امكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة أو احدى مؤسساتها طرفا فيهاً، كذلك فأن قانون تشجيع الاستثمار اللبناني نص على (تحل المنازعات بين المستثمر والمؤسسة بطريقة ودية ،في حال تعذر الحل الودي يمكن اللجوء إلى التحكيم في لبنان أو في أي مركز تحكيم دولي أخر)[١].

اما المشرع الاردني فقد اجاز اللجوء إلى التحكيم وذلك حسب نص المادة الثالثة من قانون التحكيم الاردني الذي جاء فيها(تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين اطراف من اشخاص القانون العام أو الخاص اياً كانت طبيعة العلاقة ... عقدية كانت أو غير عقدية)[٢].

اما موقف المشرع العراقي فنستطيع بيانه من خلال الاطلاع على النصوص التشريعية المتعلقة بالتحكيم ، فقانون المرافعات العراقي قد نص على (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين)[٣].

ومن ذلك النص فأن المشرع العراقي لم يشر صراحة إلى حظر التحكيم أو جوازه في العقود الادارية ، الا ان الشروط العامة للمقأولات الهندسية الصادرة عن وزارة التخطيط لسنة ١٩٨٨ قد اجازت اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تحصل بين الدولة والمتعاقد معها سواء كان عراقياً أو اجنبياً ، ورغم أن هذه الشروط أجازت اللجوء إلى التحكيم في العقود الادارية، الا ان الفقه العراقي قد اختلف حول جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الادارية بين مؤيد لذلك أو معارض له ، ولكن بعد احداث عام ٢٠٠٣ وصدور قانون العقود العامة وبموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية التي نصت على (تفض المنازعات بعد توقيع العقود العامة بمختلف انواعها بأستخدام احد الاساليب : ب- التحكيم :. ويكون بأختيار كل طرف متنازع حكماً يمثله من ذوي الخبرة والاختصاص بموضوع النزاع ويختار المحكمان حكماً ثالثاً لرئاسة لجنة التحكيم...)[٤]، كذلك نجد ان مشروع قانون النفط

---

[١] ينظر المادة (١٨) من قانون تشجيع الاستثمار اللبناني رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠١،والمشرع اللبناني قد قام بتعديل بعض احكام قانون أصول المحاكمات المدنية المتعلقة بالتحكيم وذلك بموجب القانون المرقم ٤٤٠ الصادر في ٢٩ تموز ٢٠٠٢ حيث ان المادة٧٦٢ بعد التعديل أشارت إلى أنه يجوز لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم.

[٢] ينظر نص المادة (٣) من قانون التحكيم الاردني رقم ٣١ لسنة٢٠٠١ .

[٣] ينظر المادة (٢٥١) من القانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .

[٤] ينظر المادة (١١) فقرة أولاً من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ .

والغاز قد اجاز اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بين الادارة والمتعاقد معها[١] مما حسم النزاع حول جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الادارية من عدمه.

وهكذا نجد ان المشرع العراقي بدأ يشير صراحة إلى امكانية اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الادارية ، الا ان هذه النصوص لا تكفي بل لابد من تنظيم هذه العملية من خلال صدور قانون خاص بالتحكيم في العراق كما هو الحال في مصر وغيرها من الدول .

ثالثاً : صور التحكيم

الاتفاق على التحكيم يتم بأحد الصورتين الاتيتين:

أ-شرط التحكيم: وهو اتفاق بين الاطراف يرد ضمن نصوص العقد،وبموجب هذا الاتفاق يلجأ اطراف العقد إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ مستقبلاً بين هذه الاطراف[٢].

ب-مشارطة التحكيم: وهو اتفاق مستقل عن العقد وحسب هذا الاتفاق يمكن لاطراف العقد اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع،فمشارطة التحكيم تأتي لاحقة على قيام النزاع في حين أن شرط التحكيم يأتي سابقاً على وجود النزاع[٣].

ولابد من الاشارة إلى ان التحكيم قد يكون تحكيم خاص أو حر وهو الذي يتولى اطراف النزاع صياغة قواعده عند حصول النزاع بعيداً عن مراكز التحكيم،أو يكون تحكيم مؤسسي وهو تحكيم نظامي يجري امام مؤسسة تحكيمية معينة كمحكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الفرنسية(icc) أو مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم الدولي ،والتحكيم قد يكون داخلياً أي داخل الدولة أو خارجيا وقد يكون التحكيم اختياري أو اجباري[٤].

---

[١] ينظر المادة(٤٥) فقرة ثالثاً من مشروع قانون النفط والغاز العراقي .

[٢] ينظر د. محمود السيد عمر التحيوي ،إلتجاء الجهات الإدارية للتحكيم الإختياري في العقود الإدارية ،دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية – مصر ، ط١ ،٢٠٠٧ ، ص ٣٦ .

[٣] للمزيد ينظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،التحكيم في العقود الادارية الداخلية والدولية ، المصدر السابق ،ص ٢٥ .

[٤] ينظرد. بشار محمد الاسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية،دراسة في ضوء احكام التحكيم والاتفاقات الدولية والتشريعات الوطنية،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت-لبنان، ٢٠٠٩ ،ص٣٢-٣٤ ، ود. بشار جميل عبد الهادي ،المصدر السابق ،ص٢٣ وما بعدها .

الخاتمة

بعد إن تم الانتهاء من هذه الدراسة نبين في الخاتمة أهم النتائج التي توصلنا إليها مع بيان النظرة المستقبلية لعقد الامتياز في العراق وعلى النحو الآتي:-

أولاً : النتائج :

١- يختلف الامتياز باختلاف موضوعه فقد يكون هذا الامتياز متعلقاً بإدارة المرافق العامة ويقتصر دور المتعاقد مع الإدارة هذه الحالة على إدارة هذه المرافق وعلى نفقته ومسؤوليته مع بقاء ملكية المرفق العام للدولة وقد يأخذ الامتياز شكل امتياز أشغال عامة وينحصر دور المتعاقد بالقيام بالأشغال العامة لإنشاء مشروع أو مرفق معين مع حصوله على المقابل المالي من مستعملي المرفق ودون ان يكون له دور في إدارة المرفق بعد ذلك ، وقد يكون الامتياز مختلطاً من امتياز المرفق العام وامتياز الأشغال العامة ، وللامتياز دوره البارز في مجال استغلال الثروات الطبيعية وخاصة في عملية استخراج واستغلال النفط ،وتطورت عقود الامتياز إلى أن وصلت إلى مرحلة عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية bot والتي تعتبر من احدث عقود الامتياز .

٢- تعتبر عقود الامتياز من العقود الإدارية على الرغم من الخلاف الفقهي حول هذا الموضوع فقد ذهب قسم من الفقه إلى عد هذه العقود من العقود الدولية التي تخضع لقواعد القانون الدولي في حين عدها قسم آخر من عقود القانون الخاص وأتجه البعض إلى اعتبارها من عقود التجارة الدولية إلا أن الأمر قد حسم في الكثير من الدول وخاصة في فرنسا ومصر والعراق ولبنان وسوريا باعتبار هذه العقود من العقود الإدارية التي تطبق عليها القواعد المعروفة في مجال نظرية العقود الإدارية.

٣- تتمتع السلطة الإدارية في عقود الامتياز بسلطات واسعة تجاه المتعاقد معها كالرقابة والإشراف على عمل المتعاقد حيث تستطيع الإدارة القيام بتحديد الرسوم المفروضة على المنتفعين والتي يستحصلها صاحب الامتياز، أيضاً للإدارة حق الإشراف على عمل المتعاقد والتأكد من عدم خروجه عن الشروط المتفق عليها مع الإدارة وتقديم الخدمة بالشكل المطلوب من المرفق، ومن ناحية أخرى تستطيع الإدارة فرض العديد من الجزاءات على المتعاقد في حالة إخلاله في تنفيذ التزامه ودون الحاجة إلى قرار قضائي، ومن هذه الجزاءات التي تستطيع فرضها الإدارة إسقاط الامتياز عند إخلال المتعاقد إخلالا جسيماً في تنفيذ التزاماته وتستطيع الإدارة أن تنهي الامتياز وبإرادتها المنفردة وان لم يخطأ المتعاقد معها وذلك عن طريق الاسترداد ، ومن الملاحظ أن سلطة الإدارة تجاه المتعاقد معها بموجب عقد الامتياز تختلف باختلاف ظروف كل دولة ومدى احتياجاتها ومن ثم فأن سلطة الإدارة تتقلص إذا ما كانت البنية الاستثمارية غير جاذبة لرأس المال الأجنبي لأسباب قد تكون سياسية أو بسبب الظروف الأمنية وفي هذه الحالة قد تتنازل الإدارة عن بعض حقوقها بهدف جذب الشركات الخاصة لغرض الاستثمار.

٤- تعتبر عقود الامتياز من العقود ذات الأهمية الاقتصادية والسياسية والاجتماعية فمن الناحية الاقتصادية تساهم هذه العقود في عملية التنمية الاقتصادية حيث تساهم هذه العقود في إعفاء الإدارة من أعباء تشغيل وإدارة المرافق العامة فلإدارة تضمن تقديم الخدمات إلى المواطنين دون أن تتحمل أي تكاليف وتخفف هذه العقود العبء عن ميزانية الدولة لأنها لو أدارة هذه المرافق بصورة مباشرة لتطلب ذلك مبالغ طائلة فالإدارة فقط تأخذ دور المشرف والرقيب على المتعاقد عند تنفيذه للعقد، كما أن هذه العقود لها أهمية بالغة في تطوير مرافق الدولة وإدخال الوسائل العلمية والتكنولوجية في عمل هذه المرافق وجلب الخبراء والتقنيين أصحاب الخبرة الدولية وبالتالي فتعتبر هذه العقود وسيلة لتحديث الاقتصاد الوطني ، كما أن لهذه العقود أهمية اجتماعية فهي تساهم في تقديم أفضل الخدمات إلى المنتفعين وتحسين هذه الخدمات بما يتلاءم مع التطورات التي تحصل في المجتمع .

٥- أن ألامتياز لا يعني انتقال ملكية المرفق أو المشروع إلى القطاع الخاص ،فالأشخاص الخاصة مهمتها أنشاء المشروع أو المرفق أدارته فقط أو الإنشاء والإدارة معاً مقابل الاستفادة من العائد المالي طيلة مدة الامتياز على أن يعيد المرفق إلى الإدارة بعد انتهاء مدة ألامتياز وهو بحالة جيدة وصالحة للعمل ، وهكذا فالامتياز يبقي الملكية بيد الدولة .

٦- تتميز عقود امتياز بالنظام المالي الخاص بها والذي يختلف عن النظام المالي لباقي العقود الإدارية من حيث أن المتعاقد مع الإدارة في هذه العقود لا يحصل على المقابل المالي من الإدارة بل يحصل عليه عن طريق الرسوم التي تفرض على المنتفعين لقاء الخدمات التي تقدم لهم كما هو الحال في عقود امتياز المرافق العامة أو يكون المقابل على شكل جزء من أنتاج المشروع كما هو الحال في عقود ألامتياز البترولي .

٧- على الرغم من الخلاف حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ومنها عقود ألامتياز إلا إنه بموجب التطورات الحديثة في هذا المجال أصبح بالإمكان اللجوء إلى التحكيم في عقود ألامتياز حيث أن الرأي الغالب حالياً هو جواز اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود كما هو الحال في فرنسا ومصر ولبنان وسوريا، والعراق بدأ أيضاً يأخذ بهذا ألاتجاه على اعتبار أن التحكيم لا يخرج هذه العقود من طائفة العقود الإدارية كون التحكيم ما كان يتم لولا موافقة المشرع الوطني وبموجب قوانين ولوائح خاصة يصدرها المشرع.

ثانياً: التوصيات

ولِما توصلنا إليه من النتائج في هذه الدراسة فأننا نعطي بعض التوصيات التي نأمل أن تساهم في تطور عقود ألامتياز ونظامها القانوني في العراق ونبين هذه التوصيات بالآتي :-

١- لأهمية عقود الامتياز ودورها في إعادة البنى التحتية والاقتصادية والخدمية والتنموية نعتقد بضرورة أن يقوم المشرع العراقي بوضع نظام قانوني خاص بعقود ألامتياز وخاصة عقود امتياز المرافق العامة ذلك إن النصوص المتناثرة في ثنايا

القانون المدني والتشريعات الأخرى لا تحيط ولا تلم بتفاصيل عقد امتياز ومن ثم نرى ضرورة إصدار تشريع خاص بهذه العقود كما هو الحال في اغلب الدول ومنها فرنسا ومصر ، مع الأخذ بعين الاعتبار التطورات الحديثة المتلاحقة في الحياة الاقتصادية وصولاً إلى أنظمة حديثة كعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (bot)، وحري بالمشرع العراقي أن يأخذ بهذه التطورات ويضع ألإطار القانوني الخاص بها لأهمية هذه العقود في تطوير الاقتصاد العراقي وإعادة بناء وأعمار البنية التحتية التي دمرت بسبب الحروب والحصار ألاقتصادي والظروف الأخرى التي مر بها العراق خلال العقدين الآخرين من القرن الماضي والعقد الأول من القرن الحالي.

٢- نظراً لأهمية عقود ألامتياز النفطي كون النفط يعد المصدر الرئيسي لواردات ألاقتصاد العراقي فمن الضروري أن يقوم المشرع العراقي بإصدار القانون الخاص بالنفط والغاز إذ إن ألاستثمار في هذه الثروة من قبل الشركات ألأجنبية يعتبر من أهم مجالات ألاستثمار ولأهمية الثروة النفطية لاقتصاد البلد وللأجيال القادمة نرى ضرورة وضع الإطار القانوني الخاص بهذه العقود بما يضمن تحقيق التنمية المستدامة والحفاظ على حقوق الأجيال الحالية والمقبلة لاسيما وأن سياسة البلد الاقتصادية تشهد انفتاحاً كبيراً على الشركات العملاقة لاستكشاف واستخراج النفط وتصديره .

٣- ولكون الثروات والمرافق التي يتناولها عقد الامتياز بالتنظيم تمتاز بأهميتها نرى من الضروري بيان الجهة المختصة في أبرام عقود ألامتياز سواء كانت هذه الجهة الحكومة ألاتحادية أم حكومات ألأقاليم ، وضرورة تشكيل وحدات متخصصة مرتبطة بالحكومة المركزية وخاصة بالنسبة للثروات الطبيعية وأخرى محلية مرتبطة بالمحافظات للإبرام هذه العقود ، لأن عدم إيضاح الجهة المختصة بإبرام هذه العقود قد يسبب العديد من المشاكل ، كما هو ألأمر في السجال الحاصل بين الحكومة ألاتحادية وحكومة إقليم كردستان حول شرعية العقود النفطية التي أبرمتها حكومة إقليم كردستان ونرى أن ما تفعله حكومة ألإقليم غير قانوني كون الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ أعتبر أن النفط والغاز ملك لكافة أفراد الشعب وبالتالي لا يجوز لحكومة الإقليم أو المحافظة غير المنتظمة بإقليم أن تتصرف بهذه الثروة دون موافقة الحكومة ألاتحادية.

٤-يجب التأكيد على دور الرقابة والإشراف على عمل المتعاقد لأنه من الحقوق المهمة للإدارة في عقود ألامتياز فمن الضروري أن تأخذ الإدارة دورها الصحيح في عملية الرقابة وإن إخلال الإدارة في عملية الرقابة يؤدي إلى الاختلال في عقود الامتياز والنظرة إليها فسوء الرقابة يؤدي إلى عدم تقديم الخدمات المطلوبة من المرفق إلى المنتفعين بالشكل الصحيح ، ويبدو هذا ألأمر واضحاً بصورة جلية في عقود الهواتف النقالة في العراق فسوء الرقابة من قبل هيئة الاتصالات أدى إلى عدم التزام الشركات المتعاقدة ونتج عنه سوء الخدمات المقدمة إلى المنتفعين، والرقابة هذه قد تكون مالية وحسابية على عمل المتعاقدين مع الإدارة وتستوجب أهمية الموضوع أعطاء ألاختصاص بهذه الرقابة المالية والحسابية إلى جهة معينة كأن تكون ديوان الرقابة المالية مهمته الأساسية التأكد من التزام المتعاقدين مع الإدارة

بالرسوم المحددة حسب القانون أو العقد المبرم كي لا تتاح فرصة للمتعاقد برفع هذه الرسوم ومخالفة شروط العقد .
٥-وبسبب التطور الذي أصاب هذه العقود وخاصة في مجال خضوع هذه العقود للتحكيم واتجاه اغلب الدول ومنها فرنسا ومصر والعراق إلى إجازة التحكيم في هذه العقود وإصدارها للقوانين الخاصة المنظمة لهذه العملية ، إلا إننا نجد إنه لا يوجد في العراق قانون خاص بالتحكيم بل يعتمد على بعض النصوص المتفرقة سواء كانت في قانون المرافعات أو قانون ألاستثمار وعليه فأن أهمية هذا الأمر تستوجب من المشرع العراقي أن يقوم بإصدار قانون خاص بالتحكيم ينظم هذه العملية ويبين كيفية إجراء التحكيم .
٦- ولأهمية هذه العقود نرى من الضروري أن يطلب المشرع من الجهات الإدارية المتعاقدة الحصول على إذن من الجهات العليا لغرض عرض النزاع على التحكيم وخاصة في العقود المهمة التي تتعلق بالتنمية الوطنية واستغلال الثروات النفطية كما فعل ذلك المشرع المصري .
٧- ولتميز عقد ألامتياز عن غيره من العقود بطول مدته فعلى المشرع العراقي عند إصداره لأي قانون يتعلق بمنح الامتيازات أن يراعي المصلحة الوطنية بأن تكون هذه المدة غير طويلة بحيث يوازن بين مصلحة الإدارة ومصلحة المستثمر.

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم

١. ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء السادس، دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر.

٢. ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء السادس، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.

٣. جورج فودال وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، مؤسسة مجد الجامعية للدراسات والنشر، بيروت – لبنان، ٢٠٠٨م.

٤. جورج فودال وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي، مؤسسة مجد الجامعية للدراسات والنشر، بيروت – لبنان، ٢٠٠٨م.

٥. د. إبراهيم الشهاوي، امتياز المرفق العام BOT دراسة مقارنة، دار النهضة، العربية، القاهرة – مصر، ٢٠٠٣م.

٦. د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨٨م.

٧. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٧م.

٨. د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد BOT، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ٢٠٠٣م.

٩. د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، القانون والسيادة وامتيازات النفط، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت – لبنان، ١٩٩٦م.

١٠. د. أحمد عبد القهار الجمال، القانون الإداري المصري المقارن، الجزء الأول، مكتبة النهضة العربية، القاهرة – مصر، ١٩٥٥م.

١١. د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ٢٠٠٨م.

١٢. د. أحمد عثمان عباد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ١٩٧٣م.
١٣. د. السيد عبد المنعم الراكبي، التجارة الدولة وسيادة الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ٢٠٠٥م.
١٤. د. برهان زريق، البطلان في العقد الإداري، المكتبة القانونية، دمشق – سوريا، ٢٠٠٤م.
١٥. د. برهان زريق، عقد الإيجار الإداري، المكتبة القانونية دمشق – سوريا، ٢٠٠٢م.
١٦. د. بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار وائل للنشر، عمان – الأردن، ٢٠٠٥م.
١٧. د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات الاستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٠م.
١٨. د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
١٩. د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ٢٠٠١م.
٢٠. د. جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م.
٢١. د. جوردي شفيق ساري، تطور طريقة ومعيار وتحديد العقد الإداري ضمن القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ١٩٩٦م.

٢٢. د. جيهان حسن سيد أحمد، عقود BOT وكيفية فض النزاعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ٢٠٠٢م.
٢٣. د. حافظ أحمد عجاج الكرمي، الإدارة في عصر الرسول ﷺ دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة – مصر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧م.
٢٤. د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، بغداد، الطبعة الأولى، ١٩٩١م.
٢٥. د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، بغداد، ١٩٧٦م.
٢٦. د. حسين عثمان محمد، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٨م.
٢٧. د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٣م.
٢٨. د. حمدي القبيلات، القانون الإداري، دار وائل للنشر، عمان – الأردن، ٢٠٠٨م.
٢٩. د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار المسيرة، عمان – الأردن، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م.
٣٠. د. داود عبد الرزاق الباز، الإدارة العامة الالكترونية وأثرها على نظام المرفق العام، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٤م.
٣١. د. داود عبد الرزاق الباز، عقد المعاونة في تسيير المرافق العامة، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.
٣٢. د. رأفت الدسوقي، التحكيم في قانون العمل الحالي رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، دار نصر للطباعة، القاهرة – مصر، بدون سنة نشر.
٣٣. د. رفعت عبد الحليم الفاعوري، تجارب عربية في الخصخصة، المنظمة

العربية للتنمية الإدارية، القاهرة – مصر، ٢٠٠٤م.

٣٤. د. زكريا المصري، أسس الإدارة العامة، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى – مصر، ٢٠٠٧م.

٣٥. د. زهدي يكن، القانون الإداري الجزء الثاني، المطبعة العصرية، صيدا – لبنان.

٣٦. د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى – مصر، ٢٠٠٨م.

٣٧. د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية – مصر، ٢٠٠٤م.

٣٨. د. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ١٩٨٤م.

٣٩. د. سعيد عبد الغفار أمين شكري، القانون العام للعقود، دار الفكر العربي، القاهرة – مصر، ٢٠٠٧م.

٤٠. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة – مصر، الطبعة الرابعة، ١٩٨٤م.

٤١. د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي القاهرة – مصر، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٧م.

٤٢. د. سمير سهيل ذنون، النظرية الأساسية في المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس – لبنان، ٢٠٠٩م.

٤٣. د. شاب توما منصور، القانون الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة بغداد، الطبعة الثالثة، ١٩٧٨م.

٤٤. د. شاب توما منصور، حق الدولة في تعديل شروط امتيازات النفط، مطبعة التضامن، بغداد، بدون سنة نشر.

٤٥. د. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، بغداد، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
٤٦. د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة مقارنة، في النظرية العامة للالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
٤٧. د. طارق كاظم عجيل، شرح القانون الاستثمار العراقي، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٩م.
٤٨. د. عاطف سليمان، الثروة النفطية ودروها العربي، (الدور السياسية والاقتصادي للنفط العربي)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
٤٩. د. عبد الحليم الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والتشريع، منشاة المعارف، الإسكندرية ٠ مصر، ٢٠٠٣م.
٥٠. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، ٢٠٠٧م.
٥١. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى – مصر، ٢٠٠٦م.
٥٢. د. عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية – مصر، ٢٠٠٥م.
٥٣. د. عبد الفتاح أبو الليل، الوجيز في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ٢٠٠٠م.
٥٤. د. عبد الفتاح بيومي، عقود البوت، BOT في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى – مصر، ٢٠٠٨م.
٥٥. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول،

مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٧م.
٥٦. د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، بدون ناشر.
٥٧. د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ٢٠٠٨م.
٥٨. د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري، امتيازات الإدارة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ١٩٩٩م.
٥٩. د. علي حطار شنطاوي، القانون الإداري الأردني، الكتاب الأول، دار وائل للطباعة والنشر، عمان – الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
٦٠. د. علي محمد بدير، وعصام البرزنجي، و د. مهدي السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة – مصر، ٢٠٠٧م.
٦١. د. عمران محمد المرغني الحداوي، العولمة وأثرها على سيادة الدولة، المركز العالمي لدراسات الكتاب الأخضر، ليبيا، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
٦٢. د. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ٢٠٠١م.
٦٣. د. غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٨م.
٦٤. د. فؤاد الرواي، المعجم المفهرس للمعاهدات والاتفاقات، مجلس التخطيط، بغداد، ١٩٧٥م.
٦٥. د. فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، جامعة الموصل، ١٩٩٢م.
٦٦. د. فاطمة السويسي، المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس – لبنان، ٢٠٠٤م.

٦٧. د. فوزت فرحات، القانون الإداري العام، الكتاب الأول، مكتبة الاستقلال الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.
٦٨. د. لطيف جبر كوماتي، الشركات التجارية، دراسة مقارنة، مطبعة الفائق، بغداد، ٢٠٠٨م.
٦٩. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، ٢٠٠٠م.
٧٠. د. مازن ليلو راضي، القعود الإدارية في القانون الليبي، منشأة المعارف، الإسكندرية – مصر، ٢٠٠٣م.
٧١. د. ماهر صالح الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دار الكتاب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩٦م.
٧٢. د. ماهر صالح الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، دار الأثير للطباعة والنشر جامعة الموصل، ٢٠٠٩م.
٧٣. د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع BOT، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ٢٠٠٦م.
٧٤. د. محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ٢٠٠٧م.
٧٥. د. محمد أزهر السماك، اقتصاد النفط والسياسة النفطية، أسس وتطبيقات، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٧م.
٧٦. د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ٢٠٠١م.
٧٧. د. محمد بن صبري أرنج، الخصخصة، تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص في ضوء الشريعة الإسلامية، دار النفائس، الأردن، ٢٠٠٠م.
٧٨. د. محمد بهجت قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل

ونقل الملكية الـ BOT، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، بدون سنة نشر.

٧٩. د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٥م.

٨٠. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، مركز قطيم للكومبيوتر، الزقازيق – مصر، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م.

٨١. د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية، في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، بدون سنة نشر.

٨٢. د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام القانون الإداري، في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، بدون سنة نشر.

٨٣. د. محمد علي جواد، العقود الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.

٨٤. د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة.

٨٥. د. محمد متولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، الطبعة الأولى ٢٠٠٤م.

٨٦. د. محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، ٢٠٠٠م.

٨٧. د. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٢م.

٨٨. د. محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.

٨٩. د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في نقل التكنولوجيا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
٩٠. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.
٩١. د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨م.
٩٢. د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة – مصر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.
٩٣. د. محمود محمد علي صبره، إعداد وصياغة العقود الحكومية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى – مصر، بدون سنة نشر، الطبعة الرابعة.
٩٤. د. مروان محيي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
٩٥. د. مصطفى الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى – مصر، ٢٠٠٨م.
٩٦. د. مصطفى الزعارير، سياسة التخصيص، دراسة اقتصادية تطبيقية لخصخصة المشروعات العامة في الأردن ومصر، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان – الأردن، ٢٠٠٤م.
٩٧. د. منير محمد الجهيني، قوانين لونسترال النموذجي، دار الفكر العربي، الإسكندرية – مصر، بدون سنة نشر.
٩٨. د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م.
٩٩. د. ناصر عثمان محمد عثمان، الدفع بالحصانة في مجال التحكيم، دار النهضة

العربية، القاهرة – مصر، ٢٠٠٦م.
١٠٠ د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، نظرية العقود الإدارية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، معهد الإدارة، مركز البحوث، السعودية، ٢٠٠٦م.
١٠١ د. هاني صلاح سري، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ٢٠٠١م.
١٠٢ د. هاني محمود حمزة، النظام القانوني في الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
١٠٣ د. هشام خالد، ماهية العقد الدولي، دراسة فقهية مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية – مصر، ٢٠٠٣م.
١٠٤ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية – مصر، ١٩٩٥م.
١٠٥ د. هيام جورج ملاط، المياه والامتيازات في الشرع اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بريوت – لبنان، ١٩٩٩م.
١٠٦ د. هيام مروه، القانون الإداري الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
١٠٧ د. وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.
١٠٨ د. وليد حيدر جابر، التقويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت – لبنان، ٢٠٠٩م.
١٠٩ د. وليد حيدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة، المؤسسة العامة والخصخصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى،

٢٠٠٩م.
١١٠ د. وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
١١١ د. يسري محمد أبو العلا، نظرية البترول بين التشريع والتطبيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
١١٢ د. يوسف صائغ، سياسات النفط العربية، في السبعينات فرصة ومسؤولية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٨٣م.
١١٣ الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق صفوان عدنان داوودي، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٠م.
١١٤ سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
١١٥ سراج محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ٢٠٠٨م.
١١٦ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، الجزء السابع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠م.
١١٧ سيد قطب، في ظلال القرآن، الجزء الحادي عشر، دار الشروق، لبنان، الطبعة الرابعة والثلاثون، ٢٠٠٤م.
١١٨ السيد محمد الجوهري، دور الدولة في الرقابة على مشروعات الاستثمار، دارسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، ٢٠٠٩م.
١١٩ السيوطي، تفسير الجلالين، مكتبة النهضة، بغداد.
١٢٠ عوني محمد فخري، دراسة في القانون الدولي الخاص، مع نظرة في تنازع القوانين من حيث المكان في التشريع العراقي، بدون ناشر، ٢٠٠٧م.

١٢١ محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
١٢٢ محمد سعيد البغدادي، المال العام وأحكامه في الفقه الإسلامي، دار البصائر القاهرة – مصر، ٢٠٠٨م.
١٢٣ محمد سليمان عبد الله الأشقر، زبدة التفسير من فتح القدير، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٨٨م.
١٢٤ محمود عبد المجيد مغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس – لبنان، ١٩٩٨م.
١٢٥ مصباح نوري المهايني، اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً، ١٩٥٩م – ٢٠٠٠م، مؤسسة النوري، دمشق – سوريا، ٢٠٠٥م.
١٢٦ ياسر أحمد الصيرفي، النظام القانوني لعقد البوت، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠٨م.

الأطاريح والرسائل:

١٢٧ د. درع حماد عبد، عقد الامتياز، أطروحة دكتوراه جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠٣م.

١٢٨ حسن محمد علي حسن البنان، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير، دراسة مقارنة في تطور نشاط المرافق العامة الاقتصادية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥م.

١٢٩ خالد مرموص الحمداني، هفوات سلطة الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ١٩٨٧م.

١٣٠ د. سلمان براك الجميلي، المفاوضات العقدية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة النهرين، ١٩٩٨م.

١٣١ د. عبد اللطيف نايف عبد اللطيف، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦م.

١٣٢ د. عبد الله بن أحمد السعدان، آثار العقد الإداري في الفقه والنظام وتطبيقاته القضائي، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ١٤٢٥هـ.

١٣٣ د. محمود خلف الجبوري، التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٩م.

١٣٤ سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة الموصل، ٢٠٠٥م.

١٣٥ عدنان حسن علي محبوبه، دور النفط في بناء العراق المعاصر، ١٩٣١ – ١٩٥٨، أطروحة دكتوراه، كلية الآداب، جامعة الكوفة، ١٩٩٦م.

١٣٦ علاء نافع كطافة، حدود اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد

البنـاء والتشـغيل ونقـل الملكيـة، دراسـة مقارنـة، رسـالة ماجسـتير، كليـة القانون، جامع بابل، ٢٠٠٩م.

١٣٧ فـوزي حسـين سـلمان الجبـوري، حـق الملكيـة إزاء اتجاهـات الدولـة فـي التـأميم والتخصصـية، أطروحـة دكتـوراه، كليـة الحقوق، جامعـة النهرين، ٢٠٠١م.

١٣٨ محمد عبـد الله حمـود الـدليمي، سـلطة الإدارة فـي إنهـاء عقودهـا الإداريـة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الأنبار، ١٩٨٣م.

المجلات والبحوث:

١٣٩. إبراهيم طه الفياض، ولاية القضاء العراقي في نظر المسؤولية الإدارية، بحـث فـي مجلـة العلـوم السياسـية والقانونيـة، كليـة القـانون، الجامعـة المستنصرية، العدد الأول، ١٩٧٦م.

١٤٠. إحسان خضير ستار، نظرية الظروف وأثر اختلال التوازن الاقتصـادي في تنفيذ العقود، بحث منشور، على الموقع الالكتروني.

Wy6-1 dQ html /Document/Account /

WWW.4shared.com // http

١٤١. تقريـر لجنـة التجـارة الاتحاديـة الأمريكيـة عـن احتكـار الـنفط الـدولي، مطبعة الرابطة، بغداد، بدون سنة نشر.

١٤٢. د. إبراهيم طه الفياض، محاولة تحديد، أساس القانون الإداري، بحث في مجلة الحقوق، العدد الثالث، جامعة النهرين، ١٩٩٨م.

١٤٣. د. أحمـد سـلمان شـهيب، ود. حسـن فضـاله موسـى، الاسـتثمار النفطـي فـي العـراق، بحـث مقـدم إلـى المـؤتمر العلمـي الثالـث، كليـة القـانون، الجامعـة المستنصرية، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، العدد ١٠، ٢٠١٠م.

١٤٤. د. أكـرم فاضـل سـعيد قصـير، دور قـانون الاسـتثمار فـي جـذب

الاستثمارات الأجنبية في العراق، بحث في مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العدد ١٠ لسنة ٢٠١٠م.

١٤٥. د. حامد سلطان، التكييف القانوني لامتيازات النفط، مجلة القضاء، العدد الثاني لسنة ٢١، حزيران، ١٩٦٦م.

١٤٦. د. حامد سلطان، خصائص العقد الإداري، مجلة القضاء، العدد الثالث، ١٩٧٦.

١٤٧. د. حسن علي كاظم، وضع الأحكام الأجنبية موضع التنفيذ في العراق، بحث رسالة الحقوق مجلة كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد الأول، ٢٠٠٩م.

١٤٨. د. حفيظة السيد حداد، تنازع القوانين في عقود الوكالات التجارية، مجلة الدراسات القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، العدد الثاني، ٢٠٠٣م.

١٤٩. د. رمضان محمد بطيخ، قيود إبرام العقد الإداري، بث منشور على الموقع الالكتروني -4-353 ttp//www.4shared.com/account/file/gcb

١٥٠. د. طارق المجذوب، تعليق على قرار مجلس شورى لبنان رقم ٦٣٨، مجلة الدراسات القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، العدد الأول، ٢٠٠٣م.

١٥١. د. طارق بن هلال البوسعيدي، الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفقاً لنظام BOT، بحث الحقوق والشريعة، العدد السادس والثلاثون، ٢٠٠٨م.

١٥٢. د. عارف صالح مخلف، ود. علاء حسين الجوعاني، عقد البوت، دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، ٢٠١٠م.

١٥٣. د. عاطف سليمان، حقوق الدولة ذات السيادة وأثرها على النظام القانوني للامتيازات البترولية، بحث في مجلة البترول والغاز العربي، العدد الأول، السنة الثانية، أيلول، ١٩٦٦م.

١٥٤. د. عبد الحميد الأحدب، وجهة نظر حول أحكام مجلس شورى الدولة اللبناني، مجلة الدراسات القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، العدد الأول، بيروت – لبنان، ٢٠٠٣م.

١٥٥. د. عبد الستار أبو غدَّة، عقد البناء والتشغيل والإدارة، BOT وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بحث مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد التاسع، العدد الأول والثاني، ١٩٩٠م.

١٥٦. د. عمار بوضيفان، عقد الامتياز ودوره في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص، بحث منشور على الموقع الالكتروني، http: WWW.Droit-dz.com.

١٥٧. د. مجيد حميد العنبكي، المفهوم العام للقوة القاهرة وأثرها في تنفيذ المقول لالتزاماته التعاقدية، مجلة النفط والعالم، العدد ٩٠-٩١، آب، أيلول، ١٩٨١م.

١٥٨. د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة، السنة الثانية، ١٩٥٩م.

١٥٩. د. محيي الدين القيسي، التجربة اللبنانية في عقود الـ BOT، مجلة الدراسات القانونية، العدد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٣م.

١٦٠. د. محيي الدين القيسي، إمكانية التحكيم لحسم منازعات مشروعات البنية الأساسية BOT، مجلة الدراسات القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية،

العدد ، ٢٠٠٤م.

١٦١. عزاوي عبد الرحمن، النظام القانوني لدفع المقابل المالي في العقد الإداري، مجلة الشريعة والقانون، تصدر عن كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد ١٣، ٢٠٠٠م.

١٦٢. علي حسن عبد الأمير، عقد المشاركة بالإنتاج النفطي، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية العددان ٨ و ٩، ٢٠١٠م.

١٦٣. لوران بيزي، دراسة حول لويس لوران المنظر المنسي للمرفق العام، مجلة القانون العام والسياسة، مجد الجامعية والنشر والتوزيع، العدد الرابع، بيروت – لبنان، ٢٠٠٦م.

١٦٤. مجلة نقابة المحامين الأردنية.

١٦٥. محمد علي الطائي، الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ العقود الإدارية، بحث في مجلة القضاء، العدد الأول والثاني، ١٩٨٢م.

١٦٦. هاشم العلوي، شروط التحكيم في عقود البترول في عقود البترول العراقية، مجلة القضاء، العدد الرابع، لسنة ٢٦، سنة النشر.

١٦٧. هاشم عوض عبد المجيد، الصيغ القانونية ودورها في جذب التمويل للخدمات والمرفق البلدية، بحث منشور على شبكة المعلومات الانترنت.

١٦٨. يزيد أنيس نصير، طبيعة حق الملكية الوارد على النفط، بحث مجلة الحقوق، مجلس البحث العلمي، جامعة الكويت، العدد الأ،ل، السنة ٣٣، ٢٠٠٩م.

التشريعات والقوانين العراقية:

١. أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المسمى قانون العقود العامة

٢. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨

٣. الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥
٤. الدستوري العراقي لسنة ١٩٧١
٥. شرط المقاولة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيماوية القسم الأول والثاني
٦. الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية القسم الأول والثاني
٧. القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥
٨. قانون الاستثمار الخاص في تصفية النفط الخام رقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٦
٩. قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦
١٠. قانون الشركات العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٧
١١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
١٢. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩
١٣. قانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ الخاص بتعديل قانون جلس شورى الدولة
١٤ القانون رقم ٣٠٠ لسنة ١٩٧٥ المنشور في الوقائع العراقية العدد ٢٥٠٢
١٥. قانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٨ بشأن العقد مع شركة إيراب الفرنسية المنشور في الوقائع العراقية العدد ١٥٣٢
١٦. قانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦١ المنشور في الوقائع العراقية العدد ٦١٦
١٧. قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩
١٨. مشروع قانون النفط والغاز العراقي

التشريعات والقوانين العربية:

١. الدستور الأردني
٢. الدستور السوري ١٩٥٠
٣. الدستور الكويتي

٤. الدستور اللبناني
٥. الدستور المصري ١٩٧١
٦. الدستور المصري لسنة ١٩٢٣
٧. قانون البلديات الأردني رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٥
٨. قانون البلديات الجزائري رقم ٨٠/٩٠ لسنة ١٩٩٠
٩. قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١
١٠. قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤
١١. قانون التزام المرافق العامة المصري رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧
١٢. قانون تشجيع الاستثمار اللبناني رقم ٣٦ لسنة٢٠٠١
١٣. قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢
١٤. قانون منح الامتيازات في مجال الطرق في مصر رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦
١٥. قانون منح الامتيازات في مصر رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨
١٦. النظام الأساسي السعودي

المصادر الأجنبية:

١. Andre de, laubader: manuel Droit administratie, paris, libaire generale de droit et de jurisprudence, 1969.

٢. Andre delaubadere, droit administrative, libraurie generale de droit et jurisprudence, Paris, 1967.

٣. Jean rivero.Droit administratife, libraurie Dalloz, Paris, 1962.

٤. Marcel waline, manuel elemetaire de droit amdinistratif libruire du recueil sirey, paris, 1946.

٥. P-delvolve respons ubilite contractuelle cit P.15 no 113.

Abstract

The concession contract is considered as one of the important contracts in the legal systems which most countries adopt. This contract gives the opportunity to the persons of the private law to administrate and achieve the important projects which are characterized of being large besides the need to great amounts of money which the state may not be able to provide. This contract is considered important legal ways which may help the developing countries and the Arab countries,especially,Iraq in keeping pace with the economical development and removing many of the obstacles which prevent the development of the economies of these countries.

The concession contract that the present study aims to study is contract of the administrative concession according to which persons of the private law contribute in establishing or administrating and investing one of the public utilities of the state. The concession differs according to its purpose. It may be only for administrating a public utility as in the case of the concession contract that concerns the public utilities or its purpose may be to establish and develop the infrastructure as in the concession contracts of public works. This contract may concern getting out and investing the natural resources like the oil concession contract. The administrative concession contract differs from the commercial franchise contract which is

considered as a system for the marketing which is held between two persons of the private law and it is ruled by the private law.

The present study is divided into two parts. The first part deals with the essence of the concession contract. It is divided into two chapters. The first chapter studies the legal and historical rooting of the concession contract. We also study the linguistic and idiomatic meaning of concession besides its most important characteristics. Then we study its historical rooting and the role of the legislation and the judicature in developing this contract

As concerns the second chapter, it deals with the legal adaptation of the concession contract and clarifies its nature. Then the most important concession contracts like the concession of the public utilities, the public works utilities and the exploitation of the natural resources. As regards the second part, it deals with the legal principles of the concession contract. This part is divided into two chapters, the first chapter deals with how to make a concession contract and to reveal the parties of this contract besides the rights and duties of these parties and the way adopted in choosing the contractor with the administration. Then we study the financial system of the concession contract. As concerns the second chapter, it studies the effects of the contract and others. Then we study the solution of the conflicts resulted from it at the end of the concession.

The present study arrives at the following conclusions:-

It is concluded that the concession contract is considered as an administrative contract although there is a juristic divergence about this subject. Anyhow, the jurisprudence of many countries including France, Egypt, Lebanon and Iraq assured that the concession contract is an administrative contract in which the administration which represents a party in the contract has a wide authorities as concern the party which makes a contract with it like its right in observation and supervision of the contractor and its right in modifying the contract and imposing a penalty on the contractor with it.

Due to the importance of these contracts in the process of the economical development , the Iraqi legislator should intervene to put the legal framework which concerns these contracts by legislating laws that regard the public utilities besides speeding up the legislation of the oil and gas law which regulates process of the investment of this important resource for the country. We must not depend on some texts available in the different laws.

المقدمة

الباب الأول

ماهية عقد الامتياز

الفصل الأول

تأصيل فكرة الامتياز

الفصل الثاني

تكييف عقد الامتياز وأنواعه

الباب الثاني

الأحكام القانونية لعقد الامتياز

الفصل الأول

إبرام عقد الامتياز ونظامه المالي

الفصل الثاني

آثار عقد الامتياز وانتهائه
وحسم منازعاته

الخاتمة

المصادر والمراجع

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأنبار

كلية القانون والعلوم السياسية

النظام القانوني لعقد الامتياز

رسالة مقدمة من قبل الطالب

عبد رزيج أسود

إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية/ جامعة الأنبار

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام

إشراف

أ.م.د. عارف صالح مخلف

١٤٣١هـ

٢٠١٠م