الحكم رقم (٥) لسنة ٢٠١٨

في الطعن رقم (٥) لسنة ٢٠١٨

الصادر عن المحكمة الدستورية المنعقدة

برئاسة الرئيس السيد طاهر حكمت، وعضوية السادة فهد أبو العثم النسور، أحمد طبيشات، أ.د. كامل السعيد، فؤاد سويدان، يوسف الحمود، د. عبد القادر الطورة، منصور الحديدي، أ.د. نعمان الخطيب، محمد الذويب، محمد المبيضين، قاسم المومني، فايز الحمارنة.

بالرجوع إلى الطلب المقدم للمحكمة يتبين أن رئيس مجلس النواب وفي كتابه رقم (١٤٧٢/٤٣/٣) تاريخ ٢٠١٨/٥/١٥، الوارد إلى المحكمة الدستورية بتاريخ ٢٠١٨/٥/١٦، يطلب فيه إحالة الطعن بعدم دستورية المادة (٢٨/أ) من قانون الكهرباء العام المؤقت رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٢، حول الترخيص لشركات توزيع الكهرباء خلافاً لأحكام المادة (١١٧) من الدستور التي توجب عند منح أي امتياز يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة أن يصادق عليه بقانون (حسبما ورد في كتاب رئيس مجلس النواب). وقد تم إرفاق بالكتاب المذكور طلب طعن مقدم حسب الأصول التي تطلبتها المادة (٩/ب) من قانون المحكمة الدستورية، حيث تلخصت أسباب الطعن بما يلي:

١- نصت المادة (١١٧) من الدستور الأردني على أن (كل امتياز يُعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصادق عليه بقانون).

٢- أن المرفق العام - وبحسب ما انتهى إليه الفقه والقضاء - هو مشروع ذو نفع عام يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة عن طريق إشباع الحاجات العامة (مادية كانت أم معنوية) لمواطني الدولة، بحيث تكون هذه المصلحة العامة متلائمة مع الطبيعة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية السائدة في كل مجتمع، وعادة ما يكون المرفق العام مرتبطا بالدولة وبالإدارة العامة لكي يكتسب صفة المرفق العام، الأمر الذي يجعل من المرفق العام أداة في يد الدولة لتحقيق النفع العام.

٣- أنه ووفقاً للتعريف السابق، فإن مرفق الكهرباء هو من المرافق العامة التي تقوم الدولة على إنشائه وتنظيمه وتسييره والرقابة عليه.

٤- وعليه، فإن الامتياز الذي يُعطي لمنح حق يتعلق بمرفق الكهرباء يجب أن يُصادق عليه بقانون من مجلس الأمة سنداً لحكم المادة (١١٧) من الدستور المشار إليها، ومثالها الامتياز الممنوح لشركة الكهرباء الأردنية والمُصادق عليه بموجب القانون رقم (٢١) لسنة ٢٠١٧ (قانون التصديق على رخصة شركة الكهرباء الأردنية المساهمة العامة المحدودة للتوزيع والتزويد بالتجزئة للطاقة الكهربائية واتفاقية التسوية والمصالحة بين حكومة المملكة الأردنية الهاشمية وشركة الكهرباء الأردنية المساهمة العامة المحدودة لسنة ٢٠١٧) المنشور في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ ٢٠١٧/٦/١٥ العدد رقم (٥٤٦٧)، والذي يسري مفعوله على منطقة الامتياز الذي سبق منحه للشركة بموجب اتفاقية الامتياز الموقعة بتاريخ ١٩٦٢/١١/٣ والمُصادق عليها بموجب قانون رقم (٥٠) لسنة ١٩٦٢ وتعديلاته.

٥- وأنه وبموجب المادة (٢٨/أ) من قانون الكهرباء العام المؤقت رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٢، فقد تم منح كل من شركة الكهرباء / إربد وشركة توزيع الكهرباء رخصة لإدارة مرفق الكهرباء في كل من إقليم الشمال (كهرباء إربد)، وإقليم الجنوب والأغوار (شركة توزيع الكهرباء)، خلافاً لأحكام المادة (١١٧) من الدستور التي تم منح الامتياز بموجبها لشركة الكهرباء الأردنية (إقليم الوسط) ووفقاً للمعيار الوارد الإشارة إليه في البند الرابع من هذا الطلب.

وفي ختام الطعن المباشر بعدم الدستورية، تمسكت الجهة الطاعنة بأن المادتين (٢٨ و٣٥) من قانون الكهرباء العام المؤقت رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٢ مخالفتان لأحكام المادة (١١٧) من الدستور، حيث جرى الاستناد في الطعن المقدم من مجلس النواب إلى القرار التفسيري رقم (١) لسنة ٢٠١٣ الصادر عن المحكمة الدستورية بتاريخ ٢٠١٣/١/١٤، والقاضي بعدم جواز منح أي امتياز له علاقة باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة ما لم يتم التصديق عليه بقانون.

بعد التدقيق والمداولة، تجد المحكمة أن المادة (١١٧) من الدستور تنص على أن (كل امتياز يعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون)، ويتضح من هذا النص أن المُشرّع الدستوري قد منع صراحةً إعطاء أي امتياز لمنح حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة إلا بعد المصادقة عليه بقانون.

وبالرجوع إلى نص المادة (٢٨/أ) من قانون الكهرباء العام المؤقت رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٢ والمطعون بعدم دستوريتها نجد أنها تنص على أنه:

"لا يجوز لأي شخص أن ينشئ أو يمتلك أو يدير مشروعا للتوليد أو النقل أو التشغيل نظام النقل أو التزويد أو التوزيع أو أن يقوم بأي صورة كانت بأي من هذه الأعمال إلا بموجب رخصة صادرة وفقاً لأحكام هذا القانون أو استناداً لقرار من مجلس الوزراء بمقتضى الفقرة (د) من المادة (٣٥) من هذا القانون".

إن هذا النص لا يشير بأي شكل من الأشكال إلى السماح لجهة الإدارة بمنح حق امتياز لأي شخص أو جهة أخرى بخصوص مرفق الكهرباء لكي يرقى إلى مستوى الامتياز الذي يشترط لصحته المصادقة عليه بقانون وفق أحكام المادة (١١٧) من الدستور، وإنما اقتصر إطار هذا النص على اشتراط ضرورة حصول الشخص الذي يرغب بإنشاء أو امتلاك أو إدارة أي مشروع يتعلق بتوليد أو نقل أو تشغيل أو تزويد أو توزيع الكهرباء أن يحصل على رخصة وفق أحكام القانون،" فالمُشرّع إذا أراد قال وإذا أبى سكت".

لذلك حرص المُشرّع على وجوب تصديق حقوق الامتياز بموجب قانون لِعلّةِ أن حق الامتياز ينطوي على التحكم والاحتكار، على عكس إدارة مرفقٍ عام بموجب رخص تُمنحُ استناداً لقانون خاص ينظم طريقة إدارة وتشغيل المرفق العام كقانون الكهرباء العام موضوع هذه القضية والذي من شأنه أن يمنع التحكم والاحتكار ويساعد على تشجيع الاستثمار والمنافسة في قطاع الكهرباء والذي يؤدي بالنتيجة إلى تحسين كفاءة التشغيل وبيع الكهرباء بأسعار معقولة وعادلة كما نصت على ذلك المادة (٢/أ/٧) من قانون الكهرباء العام .

وإن تفسير المادة المطعون بعدم دستوريتها يتوجب معه قراءة النصوص القانونية الأخرى الواردة في قانون الكهرباء العام بشكل مترابط، ذلك أن الوقوف على نية المُشرّع وإرادته يقتضي بالضرورة اعتبار النصوص القانونية وحدة واحدة مترابطة ومكملة لبعضها البعض.

وبالرجوع إلى أحكام المادة (٢) من قانون الكهرباء العام، نجد أنها قد أوردت تعريفاً خاصاً للرخصة وتعريفاً آخر لشركة الامتياز، حيث عرّفت "الرخصة" بأنها (الإذن الذي تمنحه الهيئة وفقاً لأحكام هذا القانون)، كما عرّفت ذات المادة شركة الامتياز أنها (الشركة العاملة في القطاع قبل نفاذ أحكام هذا القانون بموجب اتفاقية امتياز مع الحكومة ولا تملك الحكومة أسهماً فيها)، وذلك يعني أن قانون الكهرباء العام قد فرق بين الشركة العاملة بموجب حق امتياز وبين الشركة التي تعمل بموجب إذن لتشغيل مرفق عام تحت إشراف الحكومة كما عرّفت هذه المادة شركات الكهرباء بأنها الشركات المرخصة للتوليد أو التوزيع وللتزويد بالتجزئة أو التي تعمل بموجب اتفاقية امتياز ..... وتملك الحكومة كامل أو أكثرية أسهمها.

وبالرجوع للمادة (٣٠) بفقراتها (ب ، ج ، د) من قانون الكهرباء العام نجد أنها قد وضعت شروطاً محددة لمنح رخص تشغيل مرفق عام في قطاع الكهرباء وقد تم تطبيق هذه الشروط على الرخص الممنوحة لشركة (كهرباء اربد) وشركة (توزيع الكهرباء) في حين أن المادة (٣١/أ/٥) من ذات القانون قد استثنت شركات الامتياز من هذه الشروط الأمر الذي يدل على أن شركات الامتياز تختلف عن الشركات التي تعمل بموجب رخص لمزاولة نشاطها.

وتنص المادة (٣٧/ و) من قانون الكهرباء العام على ما يلي :
(مع مراعاة أحكام المادتين (٣٨) و (٣٩) من هذا القانون، للمجلس في حالة مخالفة أحكام الفقرتين (ب) و (ج) من هذه المادة تعديل الرخصة أو إلغائها)، وهذا ما لا ينطبق دائماً على شركات الامتياز.

وتنص المادة (٣٨/أ/٥) على أنه يجوز للمجلس وبمبادرة ذاتية منهُ تعديل رخصة أي من المرخص لهم، وهذا ما لا يمكن تطبيقه دائماً على شركات الامتياز.

وتنص المادة (٣٩) في جميع فقراتها على ما يفيد صراحةً حق مجلس مفوضي هيئة تنظيم قطاع الكهرباء بإلغاء الرخصة الممنوحة للجهة المرخص لها بموجب هذا القانون أو تعديلها، وهذا ما لا يُمكنُ تطبيقهُ دوماً على شركاتِ الامتياز.

وبتمحيص المواد (٣٧و٣٨و٣٩) آنفة الذكر من قانون الكهرباء العام نجد أن من شأن هذه النصوص القانونية إعطاء جهةِ الإدارة الحقَ بالمراقبةِ والإشراف على حُسنِ أداء المرفق العام.

أما عن إشارة الجهة الطاعنة إلى قرار التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية رقم (١) لسنة ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٠١٣/١/١٤، فلا علاقة لهذا القرار بموضوع الطعن، ذلك أن القرار المذكور قد صدر بناءً على قرار مجلس الوزراء المتضمن طلب تفسير المادة (١١٧) من الدستور لبيان ما إذا كان يجوز لمجلس الوزراء (دون الحصول على قانون) تعديل اتفاقية امتياز التقطير السطحي للصخر الزيتي المعقودة بين المملكة الأردنية الهاشمية وبين شركة الكرك الدولية للبترول أم لا، حيث أكدت المحكمة الدستورية في قرار التفسير الصادر عنها أنه لا يجوز تعديل اتفاقية حق الامتياز الممنوح لشركة الكرك الدولية إلا بعد المصادقة بقانون على هذا التعديل، فطلب التفسير السابق لم يتضمن السؤال عن مدى جواز منح رخصة بموجب قانون من عدمه ليتم الاستناد إليه في هذا الطعن المقدم بعدم الدستورية.

واستناداً لما تقدم، فإن الطعن المقدم بعدم دستورية المادة (٢٨/أ) من قانون الكهرباء العام المؤقت يكون في غير محله مما يستوجب رد هذا الطعن باعتبار أن هذه المادة لا تتعارض مع نص المادة (١١٧) من أحكام الدستور.

أما فيما يتعلق بطلب الجهة الطاعنة اعتبار المادة (٣٥) من قانون الكهرباء المذكور غير دستورية، فإن الجهة الطاعنة لم تورد مثل هذا الطلب ضمن أسباب الطعن الواردة في اللائحة، كما أنها لم تبين في طلبها وجه مخالفة هذه المادة لنص المادة (١١٧) من أحكام الدستور حسبما اشترطت ذلك المادة (٩/ب/٢) من قانون المحكمة الدستورية.

لكل ما سبق تقرر المحكمة رد الطعن بالمادة (٣٥) من قانون الكهرباء المطعون بها شكلاً ورده موضوعاً بالنسبة للطعن بالمادة (٢٨/أ) من القانون ذاته.

حكماً صدر بالأكثرية باسم حضرة صاحب الجلالة الملك عبدالله الثاني ابن الحسين المعظم

بتاريخ ٢٩ ذي الحجة لسنة ١٤٣٩ ه الموافق ٩ أيلول لسنة ٢٠١٨

عضو	عضو	الرئيس
أحمد طبيشات	فهد أبو العثـم النسور	طاهر حكمت
عضو	عضو	عضو/مخالف
يوسف الحمود	فؤاد سويدان	أ.د. كامل السعيد
عضو	عضو	عضو/مخالف
أ.د. نعمان الخطيب	منصور الحديدي	د. عبدالقادر الطورة
عضو	عضو	عضو/مخالف
قاسم المومني	محمد المبيضين	محمد الذويب
		عضو
		فايز الحمارنة

الرأي الصادر عن أ- دكتور كامل السعيد

اتفق مع الاكثرية من حيث رد الطعن شكلاً بالمادة (٣٥) واتفق ايضاً مع الاكثرية من حيث رد الطعن موضوعاً بعدم دستورية المادة (٢٨/أ) واختلف معها من حيث التعليل والتسبيب برد الطعن بالمادة (٢٨/أ)

مبنى هذا الرأي يتمثل فيما يلي :

حيث ان المشرع لدينا دستورياً كان ام قانونياً قد منح مجلس النواب بمقتضى المادتين (٦٠/ب) و (٩/أ) من الدستور والقانون على التوالي ، حق الطعن مباشرة لدى المحكمة الدستورية في عدم دستورية القوانين والانظمة النافذة بما له من صلاحية مباشرة مفترضة افتراضاً لا يقبل اثبات العكس باعتباره احدى الجهات الرئيسية التي تمثل المصلحة العامة الى جانب مجلسيّ الاعيان والوزراء ، وذلك بغض النظر عن اي شيء او امر آخر ، اي بغض النظر عما اذا كانت هناك دعوى ام لا ،وبالتحديد ما اذا كان قد تم في هذه القضية ، منح كل من شركة الكهرباء وشركة توزيع الكهرباء رخصة لإدارة مرفق الكهرباء في كل من الشمال (كهرباء الاردن) واقليم الجنوب والاغوار (شركة توزيع الكهرباء) خلافاً لأحكام المادة (١١٧) من الدستور في قولها "كل امتياز يعطى لمنح اي حق يتعلق باستثمار المناجم او المعادن والمرافق العامة يجب ان يصادق عليه القانون "هذا هو النص المدعى بمخالفته، في حين ان النص المطعون بعدم دستوريته هو نص المادة (٢٨/أ) من قانون الكهرباء العام المؤقت رقم (٦٤) لسنة (٢٠٠٢) في قولها "لا يجوز لأي شخص ان ينشئ او يمتلك او يدير مشروعاً للتوليد او النقل او تشغيل نظام النقل او التزويد او التوزيع او ان يقوم بأي عمل من هذه الاعمال الا بموجب رخصة صادرة وفق لأحكام القانون استناداً لقرار مجلس الوزراء بمقتضى الفقرة (د) من المادة (٣٥) من هذا القانون "

وفي رأيي ان الحكم بدستورية او عدم دستورية المادة (٢٨/أ) من القانون لا يتطلب معرفة ما اذا كانت إدارة المرفق العام المنوطة بشركات الكهرباء المنوه عنها اعلاه قد تمت بأسلوب الامتياز لكي تتم المصادقة عليه بقانون ام بأي اسلوب آخر من اساليب إدارة المرافق العامة التي لا تستلزم المصادقة عليها بقانون، علماً بأن طرق إدارة المرافق العامة لا تقل عن طرق ستة (انظر د. سليمان الطماوي مبادئ القانون الاداري الكتاب الثاني نظرية المرفق العام وعمال الادارة العامة ص(٥٩) وما بعدها) فطريقة إدارة المرفق العام في هذه القضية ليست موضوعاً للطعن ولا يتوقف على تحديدها او بيانها الحكم بعدم دستورية نص المادة (٢٨/أ) ،انما الحكم بذلك يتطلب فقط معرفة ما اذا كان هناك تعارضاً بين النصين المنوه عنهما اعلاه وهما نص المادة (٢٨/أ) من قانون الكهرباء العام رقم (٦٤) لسنة (٢٠٠٢) باعتباره النص القانوني المطعون بعدم دستوريته وبين النص الدستوري المدعى بمخالفته وهو نص المادة (١١/٧) من الدستور ، فالتعارض لا يكون الا اذا تضمنت المادة (٢٨/أ) من القانون صراحة او ضمنا نصاً يقضي بعدم جواز ان يصادق بقانون على الرخصة في حالة ثبوت ان إدارة المرفق العام من قبل شركات الكهرباء المنوه عنها اعلاه قد تمت بطريقة الامتياز، اما سكوت المشرع في سياق نص المادة (٢٨/أ) عن ضرورة حصول

المصادقة بقانون على إدارة المرفق العام وفق الاجراءات المنصوص عليها في هذه المادة، لا يفسَّر ولا يجب ان يفسَّر ان هناك تعارضاً بين النص القانوني والنص الدستوري تطبيقاً للطرائق الاصولية في التفسير المتمثلة في انه " لا ينسب الى ساكت قول" بالإضافة الى ان الرخصة التي يحصل عليها من أنيط به ادارة المرفق العام بالكهرباء- وهي شركات الكهرباء المشار اليها قبل لحظات – لا تعدو ان تكون خطوة اولى و متطلبا جوهريا لازماً ومسبقاً لاستكمال الاجراءات الاخرى المتمثلة في تنظيم اتفاقية او عقد بين الجهة الإدارية المانحة للالتزام وبين الملتزم بإدارة هذا المرفق، وهي شركات الكهرباء المنوه عنها اعلاه اذا ثبت بأن المرفق العام المتعلق بالكهرباء قد تم بأسلوب الامتياز المنصوص عليه في المادة (١١٧) من الدستور، فالتزام المرافق العامة وفقاً لمحكمة القضاء الاداري في مصر في حكمها الصادر في (٢٥) مارس سنة (١٩٥٦/س١٠) (ص٢٥٩) يتمثل في "ان التزام المرافق العامة ليس الا عقداً إدارياً يتعهد احد الافراد او الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة او احدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محدودة من الزمن والاستيلاء على الارباح "وحيث ان كل ما هو موجود امام المحكمة من اوراق لا يشير إلّا الى عدم استكمال الاجراءات التي كان يتوجب القيام بها توصلاً لإصدار قانون للمصادقة على الامتياز في حال ثبوت ان إدارة هذا المرفق قد تمت من قبل شركات الكهرباء المعنية بأسلوب الامتياز- والذي كان يتوجب على الجهة المعنية التدليل عليه واستكمال الاجراءات اللازمة لذلك- ، وحيث ان عدم القيام بتلك الاجراءات من قبل الجهات التي كان يتوجب عليها القيام بها، لا يعني ولا يجب ان يعني بأن هناك تعارضاً بين نص المادة (٢٨/أ) من القانون ونص المادة (١١٧) من الدستور فلا توجد اي علاقة بين القصور في الاجراءات وبين قيام التعارض بين النصين المنوه عنه اعلاه، ولا يعني الحصول على رخصة لإدارة مرفق الكهرباء انتفاءَ لإدارة مرفق الكهرباء وغيره بأسلوب الامتياز ،فالحصول عليها اجراءٌ حتميٌ لازمٌ لممارسة اي نشاط يتعلق بمرفق الكهرباء اذ لا يجوز ممارسة ذلك النشاط دون الحصول على رخصة تطبيقاً لنص المادة (٢٨/أ) من القانون ؛ وليس أدل على صدق ما اقول ان الامتياز الذي تم منحه لشركة الكهرباء الاردنية المساهمة العامة المحدودة للتوزيع والتزويد بالتجزئة للطاقة الكهربائية قد تمت المصادقة عليه بمقتضى القانون رقم (٢١) لسنة (٢٠١٧) بعد ان حصلت الشركة المنوه عنها على الرخصة المشار اليها في المادة (٢٨/أ) المطعون بعدم دستوريتها ، وكذلك الامر بالنسبة الى اتفاقية التسوية والمصالحة بين حكومة المملكة الاردنية الهاشمية و شركة الكهرباء الاردنية المساهمة العامة المحدودة العامة لسنة (٢٠١٧)، فالحصول على رخصة وضرورة استكمال الاجراءات الاخرى التي تم بمقتضى المادة (٢٨/أ) من القانون رقم (٢١) لسنة (٢٠١٧)

عودا على بدء اقول بأن الحصول على الرخصة ليست اسلوباً آخر مختلفاً و متميزاً ومستقلاً عن اساليب إدارة المرافق العامة بطريق الامتياز.

وأضيف اخيراً بأنه لا يجوز النعي على نص المادة (٢٨/أ) من القانون بعدم الدستورية الا اذا كان هناك تعارضاً بينه وبين نص المادة (١١٧) من الدستور، فالتعارض لا يكون بين نص قانوني او دستوري وبين واقعة من الوقائع او اجراءٌ لم يستكمل كان يجب استكماله وإنما يكون بين نص قانوني ونص قانوني آخر او نص دستوري .

بناءً على ما تقدم فأنني ارى الحكم برد الطعن موضوعاً بعدم دستورية نص المادة (٢٨/أ) من القانون ورد الطعن شكلاً في المادة (٣٥) من القانون المذكور كون الجهة الطاعنة لم تبين في طلبها وجه مخالفة هذه المادة لنص المادة (١١٧) من الدستور تطبيقاً لنص المادة (٢/٩) من قانون المحكمة الدستورية .

الاستاذ الدكتور كامل السعيد

عضو المحكمة الدستورية

قرار المخالفة

في الحكم رقم (٥) لسنة ٢٠١٨ في الطعن رقم (٥) لسنة ٢٠١٨

الصادر عن العضوين: القاضي الدكتور عبدالقادر الطورة، والسيد محمد الذويب

نخالف الأغلبية المحترمة أولاً في ردها الطعن شكلاً بالنسبة للمادة ٣٥ من قانون الكهرباء العام المؤقت رقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٢ لعدم مراعاة أن الطعن في حقيقته قد إنصب على الفقرة (أ) من المادة (٢٨) والفقرة (د) من المادة (٣٥) لان هذه الفقرة (د) من المادة (٣٥) الأخيرة هي جزء لا يتجزأ من الفقرة (أ) من المادة (٢٨) ومن ضمن محتواها ومضمونها وتشكل الشق الثاني منها. الأمر الذي يستوجب تحديد الطعن في المادة ٣٥ بالفقرة (د) منها فقط وقبوله شكلاً بينما هو مقبول شكلاً ضمنياً ما دام الطعن في الفقرة (أ) من المادة ٢٨مقبولاً شكلاً واستوجب البحث فيه موضوعاً بشقيه.

كما نخالف الأغلبية المحترمة ثانياً فيما خلصت اليه موضوعاً بشأن الفقرة (أ) من المادة ٢٨ من القانون المذكور من أنها لا تتعارض مع نص المادة ١١٧ من الدستور ورد الطعن فيها موضوعاً. وذلك لعدم مراعاة صراحة النص الدستوري ووضوح تفسيره التشريعي، ولعدم مراعاة طبائع الأشياء وحقيقة الواقع.

فالمادة ١١٧ من الدستور، الواردة بنصها الحالي في الدستور منذ اصداره عام ١٩٥٢، تنص صراحة على أن ((كل إمتياز يُعطى لمنح أي حق يتعلق بإستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون)).

ثم جاء قرار التفسير رقم (٥) لسنة ٢٠١٢ الصادر عن المجلس العالي لتفسير الدستوري؛ وكان واضحاً في تعريف كلمة ((امتياز)) الواردة في المادة ١١٧ من الدستور، ونص على أن كلمة ((الامتياز)) هذه تعني ((منح حق حصري لجهة معينة قد تكون شركة أو شخصاً أو جهة حكومية أو غير حكومية بإستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة ضمن حدودها العمومية ولا تشمل ما تبقى من هذه المعادن أو عروقها أو شعبها في خارج تلك الحدود)).

كما جاء قرار التفسير رقم (١) لسنة ٢٠١٣ الصادر عن المحكمة الدستور؛ وكان واضحاً في ضبط صلاحيات مجلس الوزراء بهذا الخصوص؛ إذ نص على ((إن مجلس الوزراء لا يملك بمقتضى النص الدستوري أعلاه (نص المادة ١١٧ من الدستور) صلاحية منح أي إمتياز له علاقة بإستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة مهما كان مقداره، ما لم يتم التصديق عليه بموجب قانون يصدر لهذه الغاية سواء كان هذا الامتياز عاماً أو جزئياً حتى لو تم إتفاق بين الطرفين على التعديل أو التغيير)).

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لصلاحية مجلس الوزراء، في قرار التفسير هذا الأخير؛ فمن باب أولى أن أي جهة إدارية رسمية أخرى بما في ذلك هيئة تنظيم قطاع الطاقة والمعادن (هيئة تنظيم قطاع الكهرباء سابقاً) لا تملك وحدها صلاحية منح أي إمتياز من هذا القبيل المشار اليه أعلاه دون المصادقة عليه بقانون. وذلك بإعتبار مجلس الوزراء هو الأعلى في الجهات الإدارية الرسمية في الدولة.

وخلاصة ما تقدم أن منح الإمتياز في مجال المرافق العامة على وجه الخصوص من أي جهة إدارية رسمية بما في ذلك مجلس الوزراء، تحت أي مسمى (برخصه أو بقرار)؛ غير جائزٍ دستورياً مالم يصادق عليه بقانون يصدر عن السلطة التشريعية لغايات الصالح العام وحماية الجمهور.

هذا بالنسبة لكلمة ((إمتياز)) كمصطلح قانوني بشكل عام وكمصطلح دستوري بشكل خاص، من حيث المفهوم والمعنى والإختصاص من الناحية النظرية العلمية؛ أما من الناحية العملية التطبيقية فلا بد من إستكمال الموضوع، في هذه الحالة المعروضة، بالإجابة على تساؤلين: فهل نحن في مجال مرفق عام؟ أم في مجال نشاط اقتصادي حر؟. وهل نحن في صدد ((إمتياز)) كحق حصري؟ أم في صدد حق غير حصري؟ .

لا شك أن قطاع الكهرباء مرفق عام بإعتبار الطافة الكهربائية قد أصبحت في هذا العصر الحضاري حاجة ضرورية عامة لازمة لكل أفراد الجمهور دون استثناء. فهي خدمة عامة والغاية منها تحقيق النفع العام.

ولا شك أيضاً بأن منح أي استثمار من الجهات الرسمية في الدولة إلى أي جهة معينة في هذا الخصوص الكهربائي بمختلف نشاطاته ذات الارتباط التكاملي التي تشمل توليد ونقل وتوزيع الطاقة الكهربائية؛ هو ((إمتياز)) بمعنى هذه الكلمة الاصطلاحي المشار إليه أعلاه. وذلك بحكم الطبيعة المادية للمتطلبات الضرورية والبُنى التحتية لإنتاج ونقل الطاقة الكهربائية مثل محطات التوليد

والتحويل وشبكات الضغط العالي والمتوسط والمنخفض، وكذلك المتطلبات الضرورية والبُنى التحتية اللازمة لتوزيع الطاقة الكهربائية وتزويد الجمهور بها كل في مكانه وكل حسب حاجاته المتمثلة بالأعمدة والاسلاك الممتدة فوق الأعمدة وتحت الأرض.

وبطبيعة الحال، وما دامت الطاقة الكهربائية طاقة سلكية، فإن الطبيعة المادية لمتطلبات إنتاج ونقل وتوزيع الكهرباء تقتضي الحصرية لجهة معينة في أماكن محددة، ولا تحتمل التعددية بأي حال من الأحوال وخاصة بالنسبة لنشاط التوزيع على وجه الخصوص المرتبط إرتباطاً لزومياً بنشاط التوليد أولاً ونشاط النقل ثانياً.

وهذا ما هو ثابت في حقيقة الواقع حسبما يفهم من كتاب رئيس مجلس المفوضين الرئيس التنفيذي لهيئة قطاع الطاقة والمعادن رقم ٣٨/١٠/٣/١ تاريخ ٢٠١٨/٩/٢، الوارد للمحكمة سنداً للمادة ١٣ من قانون المحكمة الدستورية، والذي يفيد بأن الرخص الممنوحة لشركات الكهرباء الحالية في مختلف مناطق المملكة ((ذات طابع حصري ولمدد محددة وعدم إمكانية ترخيص أي شركة في مناطق هذه الرخص)).

وطالما أن قطاع الكهرباء مرفق عام، وأن منح أي استثمار بشأنه لا يكون إلا ((إمتيازاً)) كحق حصري؛ فإن حكم الدستور في هذه الحالة بحسب المادة ١١٧ منه وتفسيراتها التشريعية، يقتضي أن ينص القانون المعني، وهو قانون الكهرباء، على عدم جواز إنشاء أو إمتلاك أو إدارة مشروع للتوليد أو النقل أو التزويد أو التوزيع أو أي عمل من هذا القبيل يتعلق بقطاع الكهرباء لغايات النفع لعام وخدمة الجمهور إلا بموجب رخصة يحدد القانون شروطها والجهة الادارية المختصة بإصدارها ولزوم المصادقة عليها بقانون. وكذلك عدم جواز شراء الطاقة الكهربائية من أي جهة خارج المملكة أو بيعها إليها إلا بقرار من أعلى جهة إدارية في الدولة المتمثلة بمجلس الوزراء ولزوم المصادقة عليه بقانون.

وحيث أن النص القانوني المطعون بعدم دستوريته الوارد في الفقرة (أ) من المادة (٢٨) من قانون الكهرباء العام المؤقت رقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٢ قد جاء قاصراً بشقيه؛ إذ اشترط في شقه الأول لزوم الرخصة فقط دون لزوم المصادقة عليها بقانون، واشترط في شقه الثاني بلزوم قرار مجلس الوزراء فقط دون لزوم المصادقة عليه بقانون. وذلك خلافاً لحكم الدستور في هذا الخصوص المشار إليه في الفقرة السابقة، وخلافاً لما درج عليه العمل بهذا الخصوص منذ خمسينيات القرن الماضي إذ لا يتم الاستثمار في مجال الكهرباء إلا بالمصادقة عليه بقانون حتى صدور هذا القانون المؤقت بل

وفي ظل هذا القانون المؤقت تم التصديق على رخصة شركة الكهرباء الاردنية المساهمة العامة المحدودة في مناطق عمان والرصيفة والزرقاء بالقانون رقم ٢١لسنة ٢٠١٧ بينما رخص الشركات الأخرى لم يصادق عليها بقانون سنداً للنص المطعون بعدم دستوريته لعدم النص فيه على لزوم المصادقة على الرخصة الواردة فيه بقانون، ولزوم المصادقة على قرار مجلس الوزراء الوارد فيه بقانون. الأمر الذي يستوجب قبول الطعن موضوعاً واعتبار النص المطعون فيه غير دستوري لعدم إكتماله بعبارة ((لزوم المصادقة على الرخصة بقانون)) في شقه الأول، وعبارة ((لزوم المصادقة على قرار مجلس الوزراء بقانون)) في شقه الثاني.

ولذا، وبناءً على ما تقدم، وخلافاً لرأي الأغلبية المحترمة، فإننا نرى قبول الطعن موضوعاً والحكم بعدم دستورية نص الفقرة (أ) من المادة (٢٨) من قانون الكهرباء العام المؤقت رقم ٦٤ لسنة ٢٠٠١ لعدم إكتماله على النحو المشار إليه أعلاه.

قراراً بالمخالفة صدر بتاريخ ٢٩ ذو الحجة لسنة ١٤٣٩هـ الموافق ٩ أيلول لسنة ٢٠١٨

العضو المخالف	العضو المخالف
محمد الذويب	د. عبدالقادر الطُّوَرَة

* * * * * *
* * * * *
* *