_ _

:

عقد الامتياز في التنظيم الجزائري

مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون اداري

من إعداد الطالب:

- جفال عبد السلام

تحت اشراف الأستاذة:

- دحموش فايزة

الموسم الجامعي :2016-2017

بسم الله الرحمن الرحيم

التشكرات :

إلى المشرفة على هذا البحث المتواضع الاستاذة
دحموش فايزة أتقدم بجزيل الشكر و خالص الامتنان
لما تفضلت به من إشراف على هذا العمل،

جزاها الله عنا كل الخير .

إلى كل من ساهم من قريب او بعيد

إلى كل الأساتذة و كل الطلبة أينما وجدوا .

وكان الله في عون الجميع.

المقدمة

المقدمة

توسعت واجبات الدولة ومسؤولياتها في العصر الحديث تبعا لتوسع حاجات الافراد ، اذ قامت الدول بإنشاء مشاريع المرافق العامة ، التي تستهدف اشباع حاجات الناس وتأمين الخدمات لهم ، ويكتسي موضوع المرفق العام اهمية بالغة في القانون الاداري ، وعليه اضحى من الضروري معرفة مدى تأثير اي تحول سياسي او اقتصادي على تسييره ، ومدى مطابقة طريقة تسييره للحياة العامة ، ثم اصبحت الدولة تعهد الى بعض الافراد او الشركات بتسييرتلك المشاريع نيابة عنها تحت رقابتها ، وعليه فان الدولة بإرادتها عند ممارستها لنشاطات ها الملقاة على كاهلها تلجأ الى العديد من الوسائل القانونية كإبرام العقود الادارية التي تستند على عنصر الالزام والتي تتخذ شكل الاتفاق مع الخواص ويعتبر من اهم الوسائل التي تستعملها الادارة في اطار تحقيق الخدمة العامة وهو عمل قانوني اتفاقي أحد طرفيه ادارة من اجل القيام بالأشغال و الخدمات او الدراسات او توريدات بالمرفق العام والعقد الاداري يختلف عن العقد المدني ان هناك ادارة طرف { قوي بالقانون } يمتلك امتيازات السلطة العامة .

وفي اطار التحولات السياسية والاقتصادية لاسيما بعد دستور 1989 حين تبنت الجزائر النظام الليبيرالي المبنى على اقتصاد السوق وحرية المنافسة ، انعكست على الدولة ومؤسساتها وعلاقتها بالمواطن ، في ظل تزايد الحاجات العامة وضرورة تلبيتها بفعالية ونوعية ، اضحى السعي وراء الحد من العجز الذي تعرف ه المرافق العامة ، والذي يتحقق من خلال انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي وتحرير النشاطات العمومية وازالة الاحتكارات واصبحت فيه كدولة حارسة لامتدخلة .

من خلال اللجوء الى تسيير المرافق العامة عن طريق عقد الامتياز وظهور التعاون بين القطاع العام والخاص .

واستعمل الامتياز في الجزائر بعد الاستقلال مع التأميمات وذلك لربط العلاقة التعاقدية بين الدولة والمؤسسات العمومية من جهة وبين الدولة والجماعات الإقليمية من جهة اخرى . وطبق في قطاع المحروقات بهدف الاستفادة من الخبرات الاجنبية المتخصصة ثم تلاها بعد ذلك مختلف النشاطات الاقتصادية خاصة في قطاع الخدمات .

وتبني الدولة النظام الاشتراكي ثم التراجع عن هذا الاسلوب حتى صدور قانون المياه 17/83 المؤرخ بتاريخ 16 جويلية 1983 لإعادة اعتماد اسلوب الامتياز لمحور ووجه لتفويض المرفق العام تحقيقا للخدمة العامة وتحسين ادائها في ظل تزايد الوعي المدني ودور الدولة التي كانت حتى وقت قريب تمارس وظائف تقليدية من امن ، عدل ودفاع ، واضطرت الى التدخل في ميادين عدة من القطاعات المستهدفة تحقيق المنفعة العامة للشعب .

يندرج عقد الامتياز الى عقود ادارة المرافق العامة الذي هو ذلك العقد الذي يفوض بموجب ه شخص تابع للقانون العام لشخص اخر مهمة تس ير مرفق عام بكل مسؤولياته وما يحمله من ارباح وخسائر .

ونظرا للدور الفعال الذي يلعبه عقد الامتياز كسياسة انتهجتها الادارة تحقيقا لرضا الجمهور من خلال الأهمية التي منحتها المؤسسات الخاصة للمرافق العامة المسيرة عن طريقها وترسيخ التعاون بينها وبين القطاع العام من خلال اشباع الحاجات العامة للجمهور ، حيث لم تلق عقود الامتياز في الجزائر الاهمية التي تستحقها في ظل غياب قانون يحدد النظام القانوني ومدى ملائمة و تحقيق المصلحة العامة و بالتالي تظهر اشكالية دراستنا و المتمثلة فيما يلي :

ما مدى ملائمة الاحكام و النصوص القانونية في تطوير علاقة الشراكة لعقد الامتياز بما يحقق المصلحة العامة للأفراد؟

و نتطرق في الفصل الاول الى ماهية عقد الامتياز من خلال مفهوم عقد الامتياز في المبحث الاول و تكوين عقد الامتياز و تكيفه في المبحث الثاني

اما الفصل الثاني نخصصه الى اثار عقد الامتياز و نهايته متطرقين في المبحث الاول الى اثار عقد الامتياز والمبحث الثاني الى نهايته.

الفـــصـــل الأول

الفصل الاول

ماهية عقد الامتياز

تعد العقود الإدارية التي تبرمها الأشخاص العامة هي التي ترتبط بتنظيم مرفق عام أو تسييره باستخدام وسائل القانون العام،و ترتبط العقود الإدارية بتسيير المرافق العمومية حيث تتعدد بين الأساليب التقليدية المتمثلة في الاستغلال المباشر و الأساليب الحديثة مثل عقد الامتياز الذي يعتبر وجه من أوجه التسيير الليبرالي ، الذي يعتبر من أهم العقود الإدارية المسماة لصلته الوثيقة بتسيير المرافق العامة لتحقيق المنفعة العامة،حيث يطبق عليه القانون الإداري ،كونه عرف انتشارا و استعمالا واسعا،و نظرا لعدم تدخل المشروع لتنظيمه بنص خاص يقتضي منا بداية التطرق في هذا الفصل إلى أهمية البحث في مفهومه في المبحث الأول، كما يستدعي البحث في تكوينه و تكييفه و هذا للشروط التعاقدية و الإدارية في المبحث الثاني .

المبحث الأول

مفهوم عقد الامتياز

بعد عجز السلطات العامة في الدولة على تلبية الحاجات العامة و تزايدها اعتمدت الجزائر نظام الامتياز إلا أن هذا العقد لم يكن عند المستوى المطلوب من التنظيم و الترتيب،وظهور نوع من الفراغ أو التناقض في مختلف الأحكام و النصوص التي تنظمه في بعض المرافق القطاعية للتعريف به في المطلب الأول،وضبط ما يقوم عليه من أركان وخصائص تميزه عن غيره من العقود في المطلب الثاني.

المطلب الأول

التعريف بعقد الامتياز

يعتبر هذا النوع من العقود قديما ــ حديثا في الجزائر لأنها تبنته بعد الاستقلال إلا انه عرف تذبذب خاصة في النظام الاشتراكي أن لم نقل منعدما في تلك الحقبة أي انه متأثرا بمختلف المراحل التي مرت بها البلاد ، فانه يصعب على المشروع تنظيمه تنظيما يواكب كل مرحلة و يخدم كل مرفق، لذا يحتم علينا الوقوف عند بعضها و أهمها لضبط تعريف له في مختلف الفروع الثلاثة .

الفرع الاول

التعريف الفقهي لعقد الامتياز

عرف الأستاذ " كريستوف فواسي"" انه ذلك العقد الذي تعهد فيه سلطة عامة إلى طرف أخر التسيير الكلي أو الجزئي لمرفق عام ، حيث يتحمل هذا الأخير مخاطر الاستثمار"[1]

نلاحظ أن الأستاذ كريستوف لم يعطي ل عقد الامتياز حقه في هذا التعريف لأنه لم يتعرض إلى المقابل المالي الذي يتحصل عليه الملتزم مقابل الخدمة التي يقدما لأنها الأهم بالنسبة له، و كذلك لم يتعرض للمدة لأنها تشكل عنصرا جوهريا و هاما و المتمثل في استعادة ما كلفه تسيير المشروع من تكاليف.

و عرفه الدكتور على خطار شطناوي عقد الامتياز بأنه " هو عبارة عن طريقة من طرف إدارة المرافق العامة تتمثل في عقد إداري ذي طبيعة مختلفة يعهد بمقتضاه احد أشخاص القانون العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص (فرد طبيعي أو شركة) بمهمة إشباع حاجة جماعية عن طريق إنشاء و تسيير مرفق عام على نفقته الخاصة و على مسؤوليته لقاء تقاضي مبالغ نقدية من المنتفعين و لكن تحت اشراف و رقابة الإدارة المتعاقدة (مانحة الامتياز)[2]

[1]FOUASSIER Christophe : vers un véritable droit communautaire des concessions ? Audace et imprécision d'une communicationinterprétative, in RTDE, N04, DALLOZ 2000, Q 680.

[2]علي خطار شطناوي : الوجيز في القانون الاداري ، دار للنشر و التوزيع عمان ، الاردن سنة 2003 ، ص 271

كذلك عرفه الأستاذ الدكتور "ناصر لباد" انه عقد أو اتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية ، بموجبه شخصا طبيعيا (فردا) أو شخصا معنويا من القانون العمومي (بلدية) أو من القانون الخاص (شركة مثلا)، يسمى صاحب الامتياز ،بتسيير و استغلال مرفق عمومي لمدة محددة و يقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله و أمواله ، و متحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك ، و في مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مبلغ مالي يحدد في العقد ، يدفعه المنتفعون بخدمات المرفق [1]

ويعد عقد الامتياز من أشهر العقود المسماة في بعض الدول مثل فرنسا و جمهورية مصر ، كما قال الدكتور " سليمان محمد الطماوي " و عرفه على انه " عقد الغرض منه إدارة مرفق ذي صفة اقتصادية و يكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق و بين فردا أو شركة يعهد إليها باستغلال (المرفق فترة معينة من الزمن)[2]

نجد إن هذا التعريف قد حصر محل عقد الامتياز في المرافق العامة الاقتصادية و بالتالي استبعد المرافق العامة الإدارية ، كما انه يمكن أن يمنح للأشخاص الخاصة ، دون الأشخاص العامة .

[1] ناصر لباد، الوجيز في القانون الاداري، الطبعة الاولى ، منشورات لباد ، الجزائر 2006 ، ص 212.

[2] سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية ، الطبعة الاولى ، دار الفكر العربي 1999 ، ص 108

الفـــــــــــرع الثاني

التعريف التشريعي لعقد الامتياز

أولا : تعريف عقد الامتياز في مفهوم القوانين المتعلقة بالمياه :

عرف عقد الامتياز في القوانين المتعلقة بالمياه، حيث تناوله القانون 17/83 المتعلق بالمياه[1] و الذي جاء كطريقة لتسيير الخدمة العمومية للمياه اين عرفت المادة 21 منه على انه "عقدا من عقود القانون العام، تكلف بموجبه الادارة شخصا اعتباريا قصد ضمان اداء الخدمات للصالح العام، و الذي لا يتم منحه الا لصالح الهيئات و المؤسسات العمومية و المجموعات المحلية "

و قد صدر المرسوم رقم 266/85 المتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب و التطهير [2] الذي ركز على المادة الاولى منه على مفهوم عقد الامتياز الوارد في المادة 21 اعلاه ، وجعل منحه مخولا للأشخاص العامة فقط

جاء الامر 13/96 يتعلق بالمياه [3] و استدراك اطراف اخرى في تسيير المرفق العام في ظل عجز القطاع العام حيث تناولت المادة 04منه المعدلة للمادة 21 السالفة الذكر و عرفته ، انه عقد من عقود القانون العام ، تكلف الادارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما او خاصا قصد اداء خدمة ذات منفعة عمومية .

وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 253/97 يتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب و التطهير [4] منحت للبلدية امكانية منح امتياز تسيير الخدمة العمومية للمياه في نص المادة 04 منه .

---

[1] القانون رقم 17/83 المؤرخ في 16 يوليو سنة 1983 المتضمن قانون المياه ، الجريدة الرسمية العدد 30 سنة 1983.

[2] المرسوم رقم 266/85 المؤرخ في 29 اكتوبر 1985، يتعلق بمنح امتيازات الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب والتطهير ، ج ر عدد 45 ، الصادر بتاريخ 30 اكتوبر 1985

[3] الامر رقم 13/96 المؤرخ في 15 جوان 1996 يتضمن المياه ، ج ر عدد 37 ، الصادر بتاريخ 15 جوان 1996 {ملغى}

[4] المرسوم التنفيذي رقم 253/97 المؤرخ في 08 جويلية 1997 الذي يتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب و التطهير ، ج ر عدد 46 الصادر بتاريخ 08 جويلية 1997

بعد صدور القرار الوزاري المشترك الذي يحدد دفتر الشروط النموذجي لمنح امتياز استغلال الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب [1] في المادة 02 منه تحت عنوان "تعريف الامتياز"جاء كما يلي :

"طبقا لقوانين و التنظيمات المعمول بها ، يقصد بالامتياز ، العقد الذي من خلاله تكلف الدولة او البلدية المسماة في صلب النص "صاحبة الامتياز" الشركة المؤسسة المسماة في صلب النص" صاحبة الامتياز "بتسيير خدمة عمومية لتوفير ونقل وتوزيع ماء الشرب، واستغلالها للمحافظة عليها تحت مسؤوليتها لمدة محددة مقابل اجر يدفعه المستعملون "

فيما يتعلق بالمقابل الذي يتقاضاه الملتزم يلاحظ انه يكون في صيغة رسم،

اما القانون رقم 12/05يتضمن قانون المياه [2]يعرف امتياز استعمال الموارد المائية في المادة 76 منه كما يلي : "الذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي او معنوي خاضع للقانون العام او القانون الخاص يقدم طلبا بذلك طبقا للشروط المحددة في هذا القانون و الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم"

ثانيا : تعريف عقد الامتياز في مفهوم القانون 03/10 ، الذي يحدد شروط و كيفيات الاراضي الفلاحية التابعة لأملاك الخاصة للدولة [3]:

نجد ان الفترة الاولى من المادة 04 من قانون رقم 03/10، يحدد شروط و كيفيات استغلال الاراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة تحت عنوان شروط و كيفيات منح الامتياز التعريف الاتي:" الامتياز هو العقد الذي يمنح الدولة بموجبه شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص "المستثمر صاحب الامتياز"، حق استغلال الاراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة كذا الاموال السطحية المتصلة بها بناءا على دفتر شروط يحدد

[1] الامر رقم 13/96 المؤرخ في 15 جوان 1996 يتضمن المياه ، ج ر عدد 37 الصادر بتاريخ 15 جوان 1996 (ملغي)

[2] القانون رقم 12/05 ، المؤرخ في 02 اوت 2005 يتضمن قانون المياه ،ج ر عدد 06 ، الصادر في 04 سبتمبر 2005 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 03/08 المؤرخ في 04 اوت 2008 ج ر عدد 04 ، الصادر في 27 جانفي 2008 ، و القانون رقم 02/09 ، المؤرخ في 22 جويلية 2009 ، ج ر عدد 26 الصادر في 26 جويلية 2009.

3 القانون رقم 03/10 ، المؤرخ في 15 اوت 2010 ، يحدد شروطك و كيفيات استغلال الاراضي الفلاحية التابعة لإملاك الخاصة للدولة ، ج لا عدد 46 الصادر بتاريخ 28 اوت 2010.

عن طريق التنظيم لمدة اقصاها 40 سنة ، قابلة للتجديد مقابل دفع اتاوة سنوية ، تضبط كيفيات تحديدها و تحصيلها بموجب قانون المالية ".

الفرع الثالث

التعريف القضائي لعقد الامتياز

عرف مجلس الدولة الجزائري عقد الامتياز في قرار صادر عنه[1] كما يلي : "حيث ان عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد اداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستعمل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي بهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة ، لكنه مؤقت و قابل للرجوع فيه "

كذلك عرفت محكمة القضاء الاداري المصرية عقد الامتياز الاداري في حكمها الصادر في 25 مارس 1956 فجاء فيه : " ليس الا عقدا اداريا ، يتعهد احد الافراد او الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته و تحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة او احدى وحداتها الادارية و طبقا للشروط التي توضع له ، بأداء خدمة عامة للجمهور ، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن و استيلائه على الارباح .

فالالتزام عقد اداري ذو طبيعة خاصة و موضوعه ادارة مرفق عام ، ولا يكون الا لمدة محدودة ويتحمل نفقات المشروع و اخطاره المالية ، ويتقاضى عوضا في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين ....." [2]

[1] قرار رقم 11950 ، فهرس رقم 11952، الصادر عن الغرفة الثالثة ، مجلة مجلس الدولة 2004 (قضية بين شركة نقل المسافرين "ريع جنوب" و رئيس بلدية وهران) (ملحق رقم 2)

2 جابر جاد نصار،العقود الادارية، دار النهضة العربية،مصر،دس،ص ص 72 ، 73.

المطلب الثاني

اركان عقد الامتياز و خصائصه

يعتبر عقد الامتياز من اهم العقود التي تبرز الاشخاص العامة طرف فيها ، و يتمثل في المساهمة في تلبية الحاجات العامة للجمهور فهو مجموعة من الاركان تثبت قيامه و تكوينه لأنه تطبق عليه قواعد القانون الخاص (الفرع الاول) . كما يعتبر رابطة قانونية يتفق فيه طرفان ، الادارة و الملتزم (الفرع الثاني) .

الفرع الاول

اركان عقد الامتياز و اطرافه

لا يختلف عقد الامتياز عن غيره من العقود الادارية او المدنية لاعت ـــــباره رابطة قانونية يتفق من خ ـــلال تطابق ارادتي المتعاقدين على انشاء التزامات مختصرة في جا نب واحد و لكي تبرم وجب مجموعة من الاركان تحت طائلة البطلان(اولا)وانشاء علاقة توافق إرادتين متطابقتين (ثانيا) .

أولا : اركان عقد الامتياز :

تطبقعلى عقد الامتياز قواعد القانون الخاص التي تنشا من توافق ارادتي السلطة المانحة للامتيازو الملتزم من خلال الرضا، المحل، السبب و الشكل و هذا ما سنتناوله بالتفصيل .

1ـ الرضا :

يملك المتعاقـــد مع الادارة سلطة القبول حيث يعتبر الركـــن الاول في عمليـــة تكـــوين العقد اي تبادل الايجاب و القبـــول بين الطرفين و يكون في الاخير منتج لأثار قانونية ، و هذا ما نصت عليه المادة 54 من التقنيين المدني الجزائري على انه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص او عدة اشخاص اخرون بمنح او فعل ، او عدم فعل شيء ما "[1]

[1] الامر رقم 75-58 المؤرخ في 19 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ج ر ، المؤرخة في 26 سبتمبر سنة 1975 .

و تتجلى من خلال تفاعل المتعاقد الخاص مع الشروط التي حددتها الادارة ، لان المشرع الجزائري منح اختصاص الادارة المتعاقدة ابرام عقد الامتياز عن طريق التراضي للمدير الولائي لأملاك الدولة ، طبقا للمادة 19 من المرسوم التنفيذي 09-152 على انه : " يتم اعداد العقد العقاري المتضمن منح الامتياز على القطعة الارضية لفائدة المستفيد من طرف مدير املاك الدولة للولاية ..... بموجب قرار تفويض المالية بتاريخ ....."[1]

كما حدد المشرع الجزائري سن الرشد ب 19 سنة لتحديد اهلية المتعاقد مع الادارة و ان يتمتع بكامل قواه العقلية و غير محجور عليه بالنسبة للمستثمر المتعاقد [2]لكي يباشر التصرفات القانونية .

اما بالنسبة لعيوب الرضا و المتمثلة في الغلط ، التدليس و الاكراه فهي نادرة و تكاد تخلو في عقود الادارة التي تبرمها بين الافراد لان الادارة تضع دفتر شروط يجب الموافقة عليه من طرف الملتزم اذا كان موافقا على هذه الشروط .

2-المحل :

جاءت المادة 13 لتعريفها للمحل من دفتر الشروط النموذجي لمنح الامتياز بالتراضي على انه : " القطعة الارضية ملك للدولة بموجب ....."[3]

كما يقتصر محل العقد على انه ادارة و استغلال المرفق لا نقل الملكية فيجب مراعاة كونه مرفقا قابل للتفويض ، وعليه فان عملية التسيير في عقد الامتياز لا تؤدي الى خوصصة المرفق ، حيث تحتفظ الادارة بسيادتها عليه ، و للملتزم حق استغلاله مدة محددة .

و للمحل شروط ، يجب ان يكون الشيء موجودا وقت نشوء الالتزام وان يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 152/09 يحدد شروط و كيفيات منح الامتياز على الاراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية

[2] الامر رقم 58/75 القانون المعدل و المتمم رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005

[3] المرسوم التنفيذي رقم 152/09 المرجع السابق

كما نصت المادة 93 من القانون المدني الجزائري ما يلي : " اذا كان محل التزامات مستحيلا بذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا "[1] و بهذا وجبت امكانية المحل

كما يكون قابل للتعيين في نص المادة 94 الفقرة الاولى من القانون المدني الجزائري "اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب ان يكون معينا بنوعه و مقداره و الا كان العقد باطلا "[2]وهذه كلها تدخل في دفتر الشروط لمنح الامتياز بالتراضي .

و اذا يكون غير قابل للتعامل فيه ، فلا يصلح ان يكون محلا للالتزام اذا كانت طبيعته او الغرض منه يأبى ذلك .

عادة ما يكون محل عقد الامتياز موفقا اقتصاديا ، لان صاحبه يسعى لتحقيق الربح ، فهو يوظف امواله في انشاء المرفق و ادارة حركته بقصد الحصول على ربح معقول من وراء هذه العملية .

3-السبب :

يعرف السبب على انه : الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه نت وراء التزامه "[3]هذا القانون المدني الذي عرفه الاستاذ السنهوري

كما جمع الفقه على ضرورة السبب في العقد الاداري ، و في عقد الامتياز للمرافق العامة سبب التزام الادارة المانحة للامتياز يبرره اعتبارات المصلحة العامة و النفع العام من خلال تقديم و اشباع الحاجات العامة للأشخاص ،الى تباين تبعا للمرافق العامة المسيرة عن طريق التفويض في صورة الامتياز .

1الامررقم58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري،المرجع السابق

2 الأمر رقم 58/75 المرجع نفسه

3أحمد عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجزء السابع ، المجلد الاول ، منشأة المعارف ، الاسكندرية سنة 2004 ص 331

4- الشكل :

تعتبر الشكلية ركن استثنائي في عملية ابرام العقود فهي لا يشترطها المشرع صراحة في العقود الادارية ،و كذلك هي اجراء لغوض العدالة و المساواة بين المتعاقدين ، اي افراغ هذه الاركان الموضوعية في قالب رسمي و بدونها لا يمكن ان يتفق المتعاقدين عليها.

كما هو الشأن في العقود بيع العقار لما يستلزم من عمليتي التسجيل و الاشهار ، وكذلك في عملية ابرام الصفقات العمومية حيث تنص المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 ، يتضمن الصفقات العمومية المعدل و المتمم : " الصفقات العمومية عقود مكتوبة " [1]

فالوثيقة في عقد الامتياز واجبة لكونه ينص على نقل ادارة احد المرافق العامة من الدولة الى الملتزم لفترة محددة و مؤقتة و رسمية تتضمن جميع الاحكام المتعلقة بتسيير المرفق العام محل العقد.

تكون العقود الادارية بصفة عامة مكتوبة كون الادارة العامة عادة ما تفضل التعامل بالشكل الكتابي ،وهذا الاخير لا يعد شرطا لإضفاء الصفة الادارية على عقد الامتياز ، و انما شرطا لقيامه و صحته [2]

نصت المادة 08 من القانون رقم 03/10 الذي يحدد شروط و كيفيات استغلال الاراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة على انه : " تعفى اجراءات الاعداد و التسجيل و الاشهار العقاري لعقد الامتياز من جميع المصاريف "[3]

كما نصت المادة 78 من القانون 12/05 المتعلق بالمياه، انه يتوقف منح امتياز استعمال الموارد المائية على توقيع السلطة المانحة للامتياز و صاحب الامتياز لدفتر الشروط.

1المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 يتضمن الصفقات العمومية

2 وليد حير جابر ، طرق ادارة المرافق العامة ، المؤسسة العامة و الخصخصة ،2009 ص 19.

[3]المادة 08 من القانون رقم 03/10 ، يحدد شروط و كيفيات استغلال الاراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة

ثانيا : أطراف عقد الامتياز

عقد الامتياز ليس بتصرف انفرادي يتخذه الشخص العام لما يتمتع به من سلطة اومايخوله له القانون من صلاحيات و انما هو رابطة او علاقة تنشا بإرادتين متطابقتين و متوافقتين ، اي علاقة ثنائية الجانب تجمع بين طرفين الادارة المانحة و الملتزم .

و التعاريف كلها انصبت على انه عقد الامتياز علاقة قانونية ثنائية الجانب ، فكل قانون حددها تبعا لأهمية او خطورة المرفق العام الذي نظمه .

أ/الادارة المانحة :

الادارة المانحة للامتياز تتمثل في الشخص العام الذي يمنحه القانون صلاحية ابرام العقد، كذلك الطرف الاول في عقد الامتياز ، و يتمثل الشخص المعنوي في الدولة ، الولاية او البلدية [1]

ب/ الملتزم :

و يطلق عليه صاحب الامتياز و هو طرف الثاني في عقد الامتياز الذي يتفق مع الادارة المانحة للامتياز لإدارة و تسيير المرفق العام . جاء في القانون 12/05 المتعلق بالمياه[2]

نجد ان صاحب الامتياز قد يكون شخصا طبيعيا او معنويا، خاضعا للقانون العام او الخاص اي اعطى الامكانية لأي شخص ان يكون طرف ـــــا في عقد الامتياز دون شرط الجنسية و بالتالي فتح المجال امام الجزائريين و الاجانب و بالتالي قد يكون عقدا وطنيا او دوليا

وقد نجد في التعليمة الوزارية رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية و تأجيرها[3]انها حصرت الملتزم في الاشخاص الخاصة فقط حيث جاء فيها "...عقد تكلف بموجبه الادارة الخاصة فردا او شركة خاصة" لكن في القانون 03/10 المتضمن شروط و كيفيات

[1] التعليمة الوزارية رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها.

[2]القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه ، المرجع السابق

[3]الملحق رقم 1 ، المرجع السابق

استغلال الاراضي الفلاحية التابع للأملاك الخاصة للدولة ، اشترط الجنسية الجزائرية اي ان الملتزم في الطرف الجزائري فقط ، دون الاطراف الاجنبية [1]

الفرع الثاني

خصائص عقد الامتياز

يتميز عقد الامتياز بجملة من الخصائص و المميزات عن التصرفات القانونية الاخرى و نوجزها فيما يلي :

اولا : عقد الامتياز عقد اداري :

يندرج عقد الامتياز ضمن العقود الادارية لتوافره على كافة الشروط من وجود الشخص العام دائما طرف منه ، و المتمثلة في الدولة ، الولاية و البلدية المعبرة عن الشخص المعنوي ، وبين احد الافراد او الشركات ،وان يكون احد الاطراف العقد شخص من اشخاص القانون العان ، سواء المتمثلة في الدولة او الاشخاص العامة الاقليمية ، و وجب ان يكون احد اطرافه جهة ادارية حتى يعتبر العقد عقدا إداريا ، و يستند الى كون قواعد القانون الاداري انما وجدت لتحكم و تنظم نشاطات و اعمال السلطات الادارية فضلا عن اعتبار العقود الادارية نوعا من انواع عقود الادارة العامة [2]

اما الشرط الثاني ورود محل عقد الامتياز الاداري على ادارة و استغلال مرفق عام و العبرة في اعتبار النشاط الذي يتصل بالمنفعة العامة مرفقا عاما يخضع لتقدير الدولة ، فيدخل في اختصاصها و ارادتها في ان تتولى امره ، لكون الدولة القوامة على المرافق العامة [3]

---

[1] راجع المادة 04 من القانون رقم 03/10 ، يحدد شروط و كيفيات استغلال الاراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة ، المرجع السابق

[2] بن علية حميد ، ادارة المرافق العامة عن طريق الامتياز ،دراسة التجربة الجزائرية المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، الاقتصادية السياسية العدد 03 ، الجزائر 2009 ، ص 117

[3] محمود عاطف البنا العقود الادارية الطبعة الاولى دار الفكر العربي 2007 ، ص 37

الشرط الثالث وهو احتواء العقد على شروط استثنائية تفوضها صفتها كشخص من اشخاص القانون العام ، وطبيعة العقد فضلا عن محله و غرضه حماية للمنتفعين و ضمانا لاستمرار اليسر الحسن للمرفق العام .

و اعتبر الفقه ، امثال " اندري دي لوبادير" ان تضمين العقد شروط استثنائية هو العنصر الجوهري لتمييز العقد الاداري في الوقت الحالي [1]

ثانيا : عقد الامتياز عقد زمني طويل المدة

عقد الامتياز محدد المدة فهو ليس عقد مدى الحياة و غالبا ما تتسم هذه المدة بالطول نسبيا نظرا لطبيعة هذا العقد ، و نصت المادة 03 من دفتر الشروط على انه " يمنح الامتياز لمدة ادناها ثلاثة و ثلاثون (33) سنة قابلة للتجديد مرتين و اقصاها تسع وتسعون (99) سنة [2]لأنه يترتب عليه من انفاق مبالغ مالية كبيرة لإدارة المشروع ، و يراعي في تحديدها ان تكون كافية لتغطية نفقات المشروع . ويتطلب من صاحب الامتياز ان يكون على قدر من الخبرة والكفاءة فضلا عن القدرة المالية و التقنية ، لذا يظهر من امر تحديد مدة الامتياز ضرورة تعيين مراعاتها بكل دقة ، اخذا بعين الاعتبار مصالح الموفق و الدولة ، و عليه لا يجوز ان يكون عقد الامتياز ابديا او غير محدد المدة ،مما يسمح للسلطة الادارية بتغيير طريقة ادارة المرفق مع تطور الظروف.

و حسب المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 346/11 ، يحدد كيفيات منح الامتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل على مستوى الحواجز المائية السطحية و البحيرات لتطوير النشاطاتالرياضية والترفيهالملاحي ، [3] يمكن تجديد الامتياز بناء على طلب يقدم ثلاثة اشهرعلى الاقل قبل نهاية مدته .

---

[1] محمد الشافعي ابوراس ،العقود الادارية ص 13

[2] نموذج دفتر الشروط الذي يحدد الشروط البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق التراضي للقطع الارضية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ،الجريدة الرسمية ،العدد 27 المؤرخة في 06 ماي 2009 ، ص 13

[3] المرسوم التنفيذي رقم 346/11 ، يحدد كيفيات منح الامتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل على مستوى الحواجز المائية السطحية و البحيرات لتطوير النشاطات الرياضية و الترفيه الملاحي ، الجريدة الرسمية ، عدد 54 الصادر بتاريخ 02 اكتوبر 2011

ثالثا : عقد يرتب حق الانتفاع

يفرض ان يتم الاتفاق في عقد الامتياز على ادارة و استغلال مرفق عام تابع للدولة لتحقيق منفعة عامة ،من خلال تلبية حاجات مشتركة للجمهور .

كما نصت المادة 844 من التقنيين الجزائري التي منحت حق الانتفاع الى المستثمر الذي يتعاقد مع ادارة املاك الدولة على انه "يكسب حق الانتفاع بالتعاقد و بالشفعة والتقادم او بمقتضى القانون [1] اما نص المادة 208 من دفتر الشروط النموذجي المطبق على منح الامتياز بالتراضي التي تنص على انتفاع صاحب الامتياز فورا بمجرد تسلمه عقد الامتياز على انه : " تجسد عملية حيازة القطعة الارضية الممنوحة وبدء الانتفاع منها من المستفيد من منح الامتياز عن طريق محضر يعده المدير الولائي لأملاك الدولة [2]

تنص المادة 20 من القانون 08-14 على انه:" يستفيد مسير المرفق العمومي او صاحب الامتيازمع مراعاة احكام المادة 64 مكرر اعلاه و المادة 69 مكرر ادناه من حق استعمال الملك التابع للأملاك الوطنية المخصص لهذه المصلحة وفق غرض تخصيصه و لفائدة المصلحة العمومية ، و يحق له الانتفاع به دون سواه و الاستفادة من ناتجه ،و تحصيل الاتاوى من المستعملين .

اذا يتحصل صاحب الامتياز على حق الامتياز بالوعاء العقاري اي الارض المراد انجاز المشروع الاستثماري عليها ولا يمكن التصرف في الارض لأنها ملك للدولة .

[1] الامر رقم 75-58 المؤرخ في 19 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية ، المؤرخة في 26 سبتمبر سنة 1975.

[2] القانون رقم 14/08 المتضمن قانون الاملاك الوطنية المرجع السابق .

المبحث الثاني

تكوين عقد الامتياز و تكييفه

يخضع عقد الامتياز الى مجموعة من القواعد تحكمه و تميزه و تطبق على جميع مراحل انشائه ، و كذلك يخضع لقواعد القانون العام التي تظهر جليا في فكرة التنظيم و التي تجعل منه عقدا اداريا في جزء منه، إلا أنه في جزءه الاخر يخضع لقواعد القانون الخاص التي تضفى عليه الصفة المدنية ، و عليه عقد الامتياز عقد ذو شقين ، يحتوي على نوعين من القواعد، فضلا عن اتباع جملة من الاجراءات للوصول الى تكوينه (المطلب الاول) ، و تكييفه و تمييزه عن غيره من العقود (المطلب الثاني).

المطلب الاول

تكوين عقد الامتياز

بصفة عامة لا يختلف عقد الامتياز عن العقود الاخرى من حيث توافر اركان العقد الخاصة ، لكن يختلف عنها في طريقة التعبير و الافصاح عن ارادة السلطة الادارية، نظرا لارتباطه بإدارة و تسيير و استغلال مرفق عمومي، نظرا لأهميته، وغرضه الاساسي تحقيق المنفعة العامة بداية من اختيار لصاحب الامتياز (الفرع الاول) و بالتالي إبرام العقد الذي يتم بوثائق معينة (الفرع الثاني).

الفرع الاول

اختيار صاحب الامتياز

إن نجاح سير المرفق العام مرتبط بحسن اختيار الملتزم، و جعل فكرة الارتباط باستغلال و ادارة المرفق العمومي من الادارة المانحة له حذرة و متيقظة في اختيار المتعاقد معها، لذلك تتمتع الادارة بسلطة تقديرية لها كامل الصلاحيات في اختيار الملتزم دون التقيد باتباع طريقة معينة .

نصت المادة 15 من القانون رقم 11-11 التي عدلت الفقرة الاولى من المادة 03 من الامر رقم 08-04[1]

دفتر الشروط عن طريق التراضي على الاراضي التابعة لأملاك الدولة الخاصة للدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات و الهيئات العمومية و الاشخاص الطبيعيين او المعنويين الخاضعين للقانون الخاص وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية و مع مراعاة احترام قواعد التعمير المعمول بها.

نستنتج من هذه المادة ان منح عقد الامتياز يتم عن طريق التراضي و ألغي الطريقة السابقة التي كانت تقوم عن طريق المزاد العلني .

فالإدارة المانحة للامتياز شبه حرة في اختيار الملتزم ان لم نقل لها كامل الحرية، نظرا لأهمية الملتزم كعنصر من عناصر العقد، فالإدارة تقوم باختيار المتعاقد الذي يقدم افضل الشروط و الضمانات المالية مع مراعاة المصلحة الإدارية.

ان مبدأ الاختيار لصاحب الامتياز مستثنى بموجب القواعد التي تنبط احتكار ببعض الاشخاص لإدارة بعض المرافق العامة، كما هو محدد في القانون 10-03 ، يحدد كيفيات استغلال الاراضي الفلاحية التابعة للأملاك الدولة الخاصة للدولة [2]

كما يلاحظ من خلال التعليمة الوزارية رقم 94-.842/3 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها [3] ، تكمن في المزايدات التي تضمن منافسة فعالة على اسس و معايير موضوعية اساسية في عقود الصفقات العمومية ، فضلا عن حرية المنافسة التي تتجسد عن طريق الاشهار.

[1] قانون رقم 11-11 المؤرخ في 18 جويلية 2011 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 ، الجريدة الرسمية ، العدد 40 ، ص 08

[2] القانون 10-03 يحدد كيفيات استغلال الاراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة ، المرجع السابق.

[3] الملحق رقم 2 المرجع السابق

الفـــــــرع الثاني

إبرام عقد الامتياز

عملية ابرام عقد الامتياز تمر بإجراءات و مراحل لإبرامه بدءا بصدور القرار بالتعاقد(أولا) مرورا بانعقاده بعد مصادقة السلطة المختصة عليه (ثانيا) للوصول الى تحديده

اولا : صدور القرار بالتعاقد

عقد الامتياز يعتبر من العقود التي لم يحظ بتنظيم من المشرع ، لهذا يستدعي البحث في النصوص المنظمة لامتياز بعض المرافق ن وعلى غرار ذلك تعليمة وزير الداخلية و الجماعات المحلية رقم 842/3.94 ، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها.

فالرغم من اهمية هذه المرحلة الا ان ابرام العقد لا يتوقف عليها ،فالفقرة الثالثة الواردة تحت عنوان "اجراءات منح امتياز المرافق العامة " من التعليمة الوزارية رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها [1] استلزمت صدور قرار يقضي بمنح امتياز المرافق العامة المحلية من قبل المجلس الشعبي البلدي او المندوبية التنفيذية للبلدية بالنسبة للمرافق التابعة للبلدية ، اما المرافق التابعة للولاية فان قرار المنح يصدر من المجلس الشعبي الولائي او المندوبية الولائية ولا يعني صدور القرار ان العقد قد انشا ، لأنهبالإمكان التراجع عنه او الغائه، فبإمكان المجلس الذي اصدره التراجع عنه و الغائه ، كونه لا يتعدى ان يكون ترخيص باستعمال الامتياز [2]

ثانيا : انعقاد العقد

في هذه المرحل يتم التوصل الى تحرير العقد الامتياز كما نصت المادة الثالثة من المرسوم على انه [3] "يصادق على اتفاقية منح الامتياز الخاص بالطرق السريعة بمرسوم يتخذ

---

[1] الملحق رقم 1 المرجع السابق ، ص 05

[2] بن مبارك راضية ،التعليق على التعليمة الوزارية رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العامة المحلية و تأجيرها ، المرجع السابق ص 59.

[3] المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 96/ 308 ، بتعليق منح امتياز الطرق السريعة ، المرجع السابق .

في المجلس الحكومة ، بناءا على تقرير مشترك بين الوزراء المكلفين على التوالي : بالداخلية و المالية و الطرق السريعة ".

كما نصـــت المادة 138 من القانـــــون رقم 08/90 المتعلـــق بالبلديـــــة [1]، والمـــــادة 130 من القانـــــون رقم 09/90 المتعلق بالولاية [2]، انه منح امتياز المرافق العامة المحلية يكون بموجب مداولة و مصادق عليها من المجلس الشعبي البلدي او الولائي، ولا يتعقد الا بمصادقة الوالي المختص اقليمي على العقد المبرم بعد التحقق من سلامة الاجراءات المتخذة و مطابقتها لدفتر الشروط النموذجي، وهو ما نصت عليه التعليمة الوزارية رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها[3]

فبعد ان تتوصل الادارة المعنية الى ابرام عقد الامتياز، يتعين توفر المجموعة من الوثائق لاستكمال عملية تكوينه.

ثالثا : وثائق عقد الامتياز

يجسد الامتياز قانون بموجب وثيقتين بعد التوصل الى الصيغة النهائية للأطراف لعقد الامتياز بعد ان مر بإجراءات ومراحل ، تكزن هذين الوثيقتين بمثابة شكله النهائي المتمثلة في عقد الالتزام و دفتر الشروط .

1 - عقد الالتزام (اتفاقية الالتزام)

وهو الاتفاق الذي يبرم بين الجهة الادارية المانحة و الملتزم ، و يمثل هذا العقد الجزء الاقصر في الوثائق الالتزام ، و يقتصر على تحديد اطراف العقد و ضبط مضمونه ، فهو الاطار العقدي بين المانح والملتزم طبقا لما ينص عليه دفتر الشروط.

[1] القانون رقم 88/90 ، يتعلق بالبلدية ، المرجع السابق

[2] القانون رقم 09/90 يتعلق بالولاية ، المرجع السابق

[3] الملحق رقم 01، المرجع السابق ، ص 04

2 – دفتر الشروط

يشكل دفتر الشروط المنبع الاساسي لشروط الامتياز للمرفق العام ، كما يعتبر وثيقة هامة تضعها الادارة لتحدد بموجبه شروط و قواعد تسيير المرفق العام ، وهو عبارة عن نص مفصل ينظم شروط تسيير المرفق العام ، تقوم بإعداده الجهة الادارية مانحة الامتياز المؤهلة للغرض [1]

كما يعتبر دفتر الشروط صورة سابقة عن عقد الامتياز وخطوة اولية للإعلان عن رغبة الادارة في ابرامه ، حيث نصت المادة 04 فقرة 03 من القانون 02/03 المؤرخ في 17 فبراير 2003 المحدد للقواعد العامة للاستعمال و الاستغ ـــــلال السياحيين للشواطئ "يح ـــــدد دفتر الشروط المواصف ـات التقني ـــــة و الاداري ـــــة و المال ـــــية للامتي ـــاز ويتم المص ـــــادقة علي ـه ع ـــــــن ط ـــــريق التنظي ـــم [2] و كذلك في المادة 64 مكرر فقرة 02 من القانون رقم 30/90 المتضمن الاملاك الوطنية " يحدد دفتر الشروط متطلبات الخدمة العمومية بعين الاعتبار" [3] ، كما نصت المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 342/07 المؤرخ في 07 نوفمبر 2007 المحدد لإجراءات منح امتياز نقل المحروقات بواسطة الانابيب و سحبه " يجب ان يتضمن دفتر الامتياز، مدة الامتياز ، مسؤوليات صاحب الامتياز العامة و التقنية و القانونية و المالية، شروط سحب الامتياز [4] .

و عادة تكون دفتر الشروط نموذجية مصادق عليها من خلال مراسيم، و تسفر عن نتيجتين اساسيتين: التزام السلطات بتنفيذ تلك الشروط التي تعتبر بالنسبة لها بالاتفاقيات الجماعية او اللوائح التنظيمية العامة، و كذا التزام الملتزم مع الادارة المتعاقدة بمجرد التوقيع.

و تتكون دفاتر الشروط من شروط تعاقدية و اخرى تنظيمية.

---

[1] شايب باشا كريمة ، عقد الامتياز و دوره كآلية لاستغلال العقار الموجه للاستثمار الصناعي في الجزائر ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ، العدد 01 الجزائر ،2012 ، ص 211.

[2] القانون رقم 02/03 المؤرخ في 17 فبراير 2003 ، المحدد للقواعد العامة للاستعمال و الاستغلال السياحيين للشواطئ ، الجريدة الرسمية العدد 11 لسنة 2003 ، ص 10

[3] القانون رقم 14/08 المعدل و المتمم للقانون 30/90المتضمن الاملاك الوطنية ، المرجع السابق، ص 15

[4]المرسوم التنفيذي رقم 342/07 المؤرخ في 07 نوفمبر سنة 2007 المحدد لإجراءات منح امتياز نقل المحروقات بواسطة الانابيب و سحبه ، الجريدة الرسمية ، العدد 71 لسنة 2007 ، ص 08

أ ــ الشروط التنظيمية :

تتعلق بكيفية تنظيم و ادارة المرفق العام محل الامتياز والرسوم التي يجب تحصيلها من الافراد مقابل الانتفاع بخدمات المرفق [1]، و انشائها مركز قانونيا غير شخصي، و تقوم الادارة وحدها بإعدادها وحق تعديلها وبالتالي هذه الشروط تخضع لعمل احادي الجانب من الادارة و تكون كذلك هذه الشروط ثابتة، و للشروط التنظيمية ضمان الامتياز تدخل السلطة العامة.

ب ــ الشروط التعاقدية :

تندرج هذه الشروط ضمن دائرة المعاملات الخاصة، و تتمثل في الحقوق المالية للملتزم، و تنظم العلاقة بين السلطة المانحة للامتياز و الملتزم و تنشء علاقة قانونية شخصية [2].

و مثال هذه الشروط تلك المتعلقة بموضوع الامتيازو امتداده، مدة الامتياز، التزام صاحب الامتياز بالقيام بالتأمينات اللازمة ضد الحرائق و الحوادث، الضمان اللازم ، اختيار موطن لصاحب الامتياز ، منع التنازل عن الامتياز دون ترخيص مسبق، الرسوم التي يدفعها المنتفعون للملتزم مقابل خدمات المرفق، الجزاءات و شروط انتهاء العقد.

و يرفق دفتر الشروط النموذجي وثيقة متعلقة بنظام الخدمة ، تتضمن شروط و كيفيات تقديم الخدمة.

[1] انس جعفر، العقود الادارية ، دراسة مقارنة لنظم المناقصات و المزايدات و تطبيقه ، القانون 79 لسنة 1997 الخاص بالمزايدات و المناقصات في مصر و لائحته التنفيذية مع دراسة لعقود البوت ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2002 ، ص 66

[2] عمر بن ابو بكر باخشب، النظام القانوني لعقود الامتيازات المرجع السابق ، ص 04

المطلب الثاني

تكييف عقد الامتياز و تمييزه عن غيره

إن الشروط التنظيمية و التعاقدية التي يمتاز بها عقد الامتياز ، جعلت من هذه الازدواجية التساؤل عن طبيعته القانونية التي يمكن ادراجه فيها ، هل هو وسيلة تنظيمية في يد الادارة ام ذو طابع تعاقدي يتمتع المتعاقد به مع الادارة بحرية التفاوض مما يبرز اهمية في تكييفه القانوني في (الفرع الاول) و تمييزه عن غيره من العقود في (الفرع الثاني).

الفـــــــــــــــرع الاول

تكييف عقد الامتياز

تباينت اراء الفقه حول تكييف عقــد الامتيـــــاز فمنه من اعتبره تنظيميا و هناك من اضفى عليه الطبيعة التعاقدية ، و هناك جانب من الفقه اعتبره ذات طبيعة مزدوجة ، و البعض الاخر جعله مركب من عناصر تنظيمية و الاخرى تعاقدية.

أولا : نظرية الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز.

تتمثل هذه النظرية في أن الامتياز ليس عقدا أو اتفاقا بين الادارة المانحة و صاحب الامتياز الملتزم، بل هو تنظيم يستلزم تنفيذ و ابرام العديد من الاتفاقيات المتعددة و المتشابكة بين اطراف مختلفة [1].

[1] بن شعلال عبد الحميد ، عقد الامتياز كآلية لخوصصة تسيير المرفق العام في الجزائر، الملتقى الوطني حول اثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية ، القطب الجامعي تاسوست (جيجل) ، يومي 30 نوفمبر و 01 ديسمبر 2011، ص 60

علما أن هذه النظرية المانية، عمل بها القضاء المقارن في القرن العشرين ، و هناك من اعتبر ان عقد الامتياز قرارا اداريا ذو طبيعة اتفاقية فالملتزم ليس له حرية في مناقشةبنود العقد، إنما كل ما له قبول او رفض الوثيقة التي تصدها الجهة الادارية بإرادتها المنفردة [1]

نقد النظرية :

إن ما يعاب على النظرية التنظيمية الرأي الاول لإنكاره للطبيعة الاتفاقية لهذا العقد، لأن الاتفاقات الفرعية ترتبط أساسا بالعقد الرئيسي المبرم بين الادارة و الملتزم صاحب الامتياز[2].

كما يعاب على رأي الفريق الثاني لأنه أغفل ارادة الملتزم و تلعبه من دور في ابرام العقد ، و هو ما يؤدي الى عزوف الخواص من إبرام هذا النوع من العقود لأنها غير نابعة من ارادتهم و لا تخدم مصالحهم، إلا ان هذا الفريق يعترف للإدارة بحقها في إملاء و تعديل القواعد التي تحكم هذا العقد دون موافقة و رضاء الملتزم و تماشيه و طبيعة المرفق العام.

و هذا كله ادىالى هجران هذه النظرية لتحل محلها نظرية اخرى.

ثانيا : نظرية الطبيعة التعاقدية الخالصة لعقد الامتياز.

سادت هذه النظرية في فرنسا في أواخر القرن التاسع عشر و بداية القرن العشرين، و مفادها ان عقد الامتياز له طابع تعاقدي ، و أن الالتزام ما هو الا عملية تعاقدية بحتة تستوجب انابة من السلطة العامة، تبرز أثارها في اطار تمكين الملتزم من وضع يده على المال العام و جباية إتاوات من المنتفعين من خدمات المرفق العام[3].

و هذه النظرية تحظى بموافقة و رضا صاحب الملتزم ، و هذا ما يجعله ملزما للجانبين لأنه يحدد الالتزامات و الحقوق لكلا الطرفين .

---

[1] مهند مختار نوح ، الايجاب و القبول في العقد الاداري (دراسة مقارنة) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2005، ص 204

[2] بن شعلال عبد الحميد، عقد الامتياز كآلية لخوصصة تسيير ادارة المرفق العام في الجزائر ، المرجع السابق ، ص 60

[3] مهند مختار نوح ، الايجاب و القبول في العقد الاداري (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 205

و دفتر الشروط الذي تحولت طبيعته من تنظيمية الى تعاقدية و هذا يأتي بمجرد رضاء الملتزم.

نقد النظرية :

هنـــــاك بعض الفقهاء من انتقد هذه النظرية من أمثال " دوجي" و "جيز" من فقهاء القانون الاداري، ان تدخل الادارة المانحة للامتياز و تعديل شروط الالتزام و هو ما يعرقل السير الحسن للمرفق العام، خاصة و ان فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس قانوني للطابع التعاقدي للامتياز تبدو فكرة غير مقنعة ، لأن هذا الشرط عند ابرام العقد لم يحدد المستفيد بصورة شخصية مباشرة ، و عدم ملائمتها مع حق المنتفعين.

ثالثا : نظرية الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز

بينت هذه النظرية لعقد الامتياز على مظهرين : مطهر تنظيمي يحكم العلاقة بين الملتزم و المنتفعين بخدمات المرفق محل العقد، و مظهر تعاقدي يجسد العلاقة بين صاحب الامتياز و الادارة المانحة للامتياز، و بالتالي يفسر الامتياز بعقد في اطار العلاقات بين الادارة و الملتزم، و تنظيم في اطار العلاقات بين الملتزم و المنتفعين [1] .

و رغم هذا الاتزان في هذه النظرية بين احكام تعاقدية و تنظيمية إلا انها لم تسلم من النقد.

نقد النظرية :

العـــيب في هذه النظريـــة و يمكن في العلاقة بين الادارة المانحـــة للامتيـــاز و الملتزم علاقة عقديـــة بحتـــة مـــما يعـــــرقل الادارة في التدخـــــل لتعديل القواعد المتعلقة بالتنظيم للمرفق العام، مما يؤدي الى خروج عقد الامتياز عن نطاقه و هو ما يتعارض مع نظرية المجالات التعاقدية في القانون العام و اقترابها من النظرية التعاقدية ، الا فيما اختلف بتكييف سريان اثار الالتزام في مواجهة الغير على اساس الطبيعة التنظيمية.

[1]DE LQUBQDERE(A) : Traité théorique et pratique des contrats administratifs OP, Cit. P 374

رابعا : نظرية الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز

ذهب فريق من الفقهاء الى اعطاء تكييف اخر و جعلوا منه عملا مختلطا كون شروطه او البعض منه يكتسي الطابع التنظيمي و البعض الاخر يكتسي الطابع التعاقدي ، و من بين هؤلاء الباحثين "بن عليه حميد".

و جاءت هذه النظرية على عكس نظرية الطبيعة المزدوجة حيث يمكن تمييزها في المحتوى اي ان الشروط المتعلقة بسير و تنظيم المرفق العام تتمتع بالطبيعة التنظيمية في مواجهة كل من الملتزم و المنتفعين .

اما الشروط التي تمنحها الادارة للملتزم مقابل سير المرفق فتتمتع بالطبيعة التعاقدية، قابلة للتفاوض فلا تتعلق بالمنتفعين.

يرى الاستاذ "شافارش تورجيان" عقد الامتياز دو طبعة مختلطة لان يشمل على عناصر سلطوية موجودة في القانون العام (لائحية) ، و عناصر مساواة موجودة في القانون الخاص (تعاقدية) [1]

و مضمون طبيعة عقد الامتياز المختلطة لأنه يحقق مصلحتين متعارضتين و متناقضتين ، مصلحة الادارة من جهة و مصلحة الملتزم المالية من جهة اخرى .

و هذه النظرية لاقت قبولا واسعا، و هو ما جعل العديد من الدول ان تأخذ بها وتتبناها أمثال فرنسا ، الجزائر و مصر [2] .

و من خلال التعليمة الوزارية رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العامة المحلية و تأجيرها ، التي نصت تحت عنوان طبيعة و موضوع عقد الامتياز على أنه " يتميز عقد الامتياز بكونه يحتوى على نوعين من الشروط ، شروط تعاقدية تخضع لقاعدة العقد شريعة

[1] شافارش تورجيان، الجوانب القانونية لامتيازات النفط في الشرق الاوسط، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الخامسة ، العدد الاول، مطبعة هاماسكين، الكويت ، 1981، ص282

[2] بن شعلال عبد الحميد ، عقد الامتياز كآلية لخصوصه تسيير المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق ، ص 71

المتعاقدين " [1] و كذلك ما نصت عليه تحت عنوان اثار الامتياز "الامتياز يعتبر عملا قانونيا مركبا يتضمن شروط إتفاقية و شروط تنظيمية "

فالعلاقة التعاقدية التي تربط بين الادارة و الملتزم هي علاقة تعاقدية مركبة من عقدين : عقد اداري و عقد مدني.

الفرع الثاني

تميز عقد الامتياز عن غيره من العقود المشابهة له

بعد تعرضنا على مختلف الآراء التي تناولت الطبيعة القانونية لعقد الامتياز اي تكييفه قانونا ، هدا مما يسهل لنا عملية تمييزه عن غيره من العقود المشابهة له ، وهناك من العقود التي تحتوي بعض من شروط هذا العقد ،و نظر للتشابه و التداخل بينهما وجب علينا ابراز وجه التشابه والاختلاف بينهما ، ومن اهم هذه العقود نجد عقود البوت (اولا) ، ثم عقد التسيير (ثانيا) ، و عقد ايجار استغلال المرافق العامة (ثالثا) ، و اخيرا عقد امتياز الاشغال العامة (رابعا) .

اولا : تمييز عقد الامتياز عن عقود البوت B.O.T

عقود البوت BOTهو اختصار الثلاث كلمات باللغة الانكليزية وتعني البناء **(BUILD)** و التشغيل **(OPERATE)**و نقل الملكية **(TRANSFER)** .

ويعرفه بعض الفقه تسليم الدولة للقطاع الخاص صاحب راس المال قطعة من الارض لإقامة مشروع من مشروعات البنية الاساسية و المرافق العامة و تشغيله لحسابه مدة من الزمن ثم نقل ملكيته الى الدولة ، ويتحمل المستثمر كافة اعباء البناء[2] .

[1] الملحق رقم 01 ، المرجع السابق ، ص 06

[2] عصام احمد البهجي ، عقود البوت ، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة (دراسة تحليلية للتنظيم القانوني و التعاقدي لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص بأسلوب البناء والتملك و التشغيل و نقل الملكية للدولة)، دار الجامعة الجريدة ، الازاريطة، 2008 ، ص 12

وكذلك عرفته منظمة اليونيدو للتنمية الصناعية التابعة للأمم المتحدة في دليلها لعام 1995 كما يلي : " هو اتفاق تعاقدي بمقتضاه يتولى احد الاشخاص القطاع الحاص انشاء احد المرافق الاساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم و التمويل و القيام بأعمال التشغيل و الصيانة لهذا المرفق ، وتقوم هذه لشخصية الخاصة بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق ، واية رسوم اخرى بشرط الا تزيد عما هو مفتوح في العطاء ، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع لتمكين تلك الشخصية من استرجاع الاموال التي استثمرتها و مصاريف التشغيل و الصيانة بالإضافة الى عائد مناسب على الاستثمار ، وفي نهاية المدة الزمنية المحددة تلتزم الشخصية الخاصة بإعادة المرفق الى الحكومة ، او الى شخصية خاصة جديدة يتم اختيارها عن طريق الممارسة العامة "[1]

من هذا التعريف يفهم من عقود البوت منح الدولة مشروعات البنية الاساسية او المرافق العامة لشركات خاصة او عامة صاحبة راس المال و بالتالي فان صيغة عقود البوت BOT ظهرت لجذب رؤوس الاموال الخاصة لتمويل و بناء المنشآت التي تكون عموما منفذة من القطاع العمومي .

و المثال عن ذلك منح امتياز ميناء جنجن وميناء الجزائر العاصمة الى الشركة الاماراتية " دبي العالمية للموانئ"

وعقد الامتياز و البوت عقدان متدخلان فالأخير تعتبر عقود ادارية و صورة حديثة لمل تعرف بعقود الامتياز ، ولسيادة مبادئ العقد شريعة المتعاقدين ، حيث لا يمكن تعديل العقد المبرم بين الدولة و صاحب المشروع الا باتفاق الارادتين ، فهنا تكون الدولة على قدم المساواة مع الطرف الاخر صاحب المشروع .

فعقود البوت BOTتشابه مع عقد الامتياز في بعض الجوانب الا ان تختلف في الجوانب الاخرى.

[1] ورد دليل منظمة اليونيدو لعام 1995 بالإنجليزية (UNIDO.BOT GUIDELINES)وللأهمية المتزايدة لنظام BOTفي مجال (انشاء و تطوير البنية الاساسية للبلدان النامية ، انظر ابراهيم الشهاوي : عقد الامتياز المرفق العام BOTدراسة مقارنة ، مؤسسة طوبجي القاهرة ، سنة 2003 ص 20.

1 -اوجه التشابه

تتشابه عقود البوت مع عقود الامتياز في اسناد ادارة المرفق و تسييره الى القطاع الخاص ، و تحمل كافة الاعباء و المخاطر طوال المدة المحددة ، كذلك الملكية تظل للدولة في كلا العقدين ، مع وجود تعهد يلزم المستثمر بنقل الملكية الى الدولة عند نهاية المدة المحددة. كما يتفقان في مسالة المقابل المالي الذي يتقاضاه الملتزم عند الاستغلال.

2 -اوجه الاختلاف :

يختلف عقد البوت و عقد الامتياز في عدة مسائل بالرغم من اتفاق بعض الجوانب

أ - بناء وانشاء المشروع :

يقوم صاحب المشروع او المستثمر في عقود البوت بإقامة وبناء المشروع بماله الخاص و يتطلب ذلك مبالغ ضخمة ، في حين الملتزم في عقد الامتياز لا يقع عليه ذلك

ب - ملكية المرفق :

في عقود البوت تنتقل الملكية الى المستثمر لمدة محددة متفق عليها لتؤول في الاخير الى الدولة عند نهاية العقد ، في حين تبقى ملكية المرفق في عقد الامتياز في يد الدولة ، يكتفي الملتزم بمجرد الحيازة طيلة مدة العقد المحددة في دفتر الشروط .

ج- المرافق العامة محل العقدين :

ينحصر محل عقود البوت في المرافق العامة الاقتصادية ، كما يتوغل عقد الامتياز الى المرافق الامتياز الى المرافق العامة التجارية .

د-من حيث تبعة المخاطر :

تقع كامل المخاطر المرتبطة بالإدارة على كامل الملتزم بالنسبة لعقد الامتياز ، اما بالنسبة لمشاريع البوت يتم التمويل عن طريق مؤسسات التمويل دون حق الرجوع لا على شركة المشروع و لا على السلطة المتعاقدة لان عائدات المشروع هي الضمان .

النفقات التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين تكون رمزية عكس التي تتقاضاها شركة المشروع لتغطية نفقات البناء و التشييد والتسيير بالنسبة لعقود البوت ، لان الاعباء المالية بالنسبة لهذا الاخير تكون معتبرة اذا قارناها بتلك التي تقع على الملتزم في عقود الامتياز ، ونستخلص كذلك ان عقود الامتياز عقود ادارة ، و عقود البوت عقود تمويل [1]

ثانيا : تمييز عقد الامتياز عن عقد التسيير :

عرف قانون 01/89[2] في المادة الاولى عقد التسييركما يلي : "العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها يسمى ميسرا ، ازاء مؤسسة او شركة مختلطة الاقتصاد بتسيير كل اموالها او بعضها باسمها و لحاسبها مقابل اجر ، فيفضى عليها علامته حسب مقاييسه ومعاييره و يجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالبيع و الترويج "

انطلاقا من هذا التعريف يعتبر عقد التسيير وسيلة من الوسائل التي تهتم بتطوير المؤسسات العمومية او الشركات مختلطة الاقتصاد ، و التي تكون شركات مساهمة ، لان هذا العقد يقتصر على هذه العينة من المؤسسات فقط.

و ان كان كل من المسير في عقد التسيير وصاحب الامتياز في عقد الامتياز كلاهما يقوم بتسيير اموال الدولة، و رغم هذا التشابه في هذه الميزة الا انه يوجد اختلاف بينهما في عدة مسائل.

1 – الاطراف المتعاقدة :

تكون الادارة هياة عمومية تابعة للدولة هذا طرفا عقد الامتياز في حين يتجسد اطراف عقد التسيير في المؤسسات العمومية الاقتصادية و الشركات ذات الاقتصاد المختلط و التي تعتبر بمثابة شركات تجارية وليست هيئات ادارية [3]

---

[1] حصايم سميرة ، عقود البوت bot ، اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع : قانون التعاون الدولي ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2011 ، ص 46.

[2] الامر رقم 85/75 ، يتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 01/89 المؤرخ في 07 فيفري 1989 ، جريدة الرسمية عدد 06، الصادرة بتاريخ 08 فيفري 1989.

[3] ايت كمال منصور ، عقد التسيير الية لخوصصة المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع : قانون اعمال ،كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2009 ، ص 13 .

2 - من حيث الارباح :

هامش الربح هو هدف الملتزم او المسير في عقد الامتياز او في عقد التسيير ، الا ان مصدر الربح في عقد الامتياز يختلف عنه في عقد التسيير ، و عليه ربح المسير يتمثل في اجرة ، بينما في عقد الامتياز يكتسب الملتزم الربح من المشروع الذي يقوم بإرادته و تسييره من خلال الرسوم التي يتلقاها من الجمهور بخدمات المرفق العام محل العقد ، اخيرا نستنتج ان عقد التسيير يتمثل في اجرة و عقد الامتياز يتمثل في الرسوم .

3-من حيث تبعة المخاطر :

في عقد الامتياز تقع تبعة المخاطر على كاهل الملتزم، اما في عقد التسيير فهو مختلف عن الاول فنجده يتحملها الطرف الوطني ، فالمسير هنا نجد على عاتقه تسيير المشروع فقط.

ثالثا : تمييز عقد الامتياز عن تأجير استغلال المرافق العامة :

يعتبر تأجير استغلال المرافق العامة اسلوبا من اساليب التسيير ، حيث يكلف اخذ الاشخاص او احدى المؤسسات الخاصة بتسيير المشروع المقام من طرف الجماعات المحلية او ملتزم سابق لمدة محددة ، و يقوم هذا الاسلوب على استغلال مرفق عام ولي ادارته ، و ينصب استعماله في جباية الضرائب و الرسوم [1]، ويختار صاحب الايجار بكل حرية من طرف الشخص العام الذي يفوضه المرفق العام

فبالرغم من التشابه كل من تأجير استغلال المرافق العامة و عقد الامتياز على انهما اسلوبين من اساليب التسيير ، الا انه توجد اختلافات بينهما.

1 - من حيث مدة الالتزام :

تختلف مدة الالتزام صاحب الامتياز في عقد تأجير استغلال المرافق العامة عنها في عقد الامتياز ، من حيث هذا الاخير تكون مدته اطوال نسبيا عنه في عقد تأجير استغلال المرافق العامة ، و هذا سببه لاسترجاع الملتزم ما انفقه من اموال في سبيل اقامة المشروع و حصوله

[1] وليد حيدر جابر طرق ادارة المرافق العامة و الخصخصة ، المؤسسة العامة و الخصخصة الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2009 ، ص 25 .

ما امكن من الربح الذي هو هدفه الوحيد و الدافع للتعاقد ، فمن بين خصائص عقد الامتياز [1]، مدة العقد تتراوح بين 33 سنة حتى 99 سنة وحسب كل قطاع ، بينما مدة تأجير استغلال المرافق العامة حصرتها التعليمة الوزارية رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها ، 12 سنة كحد اقصى .

2 – من حيث تحمل مصاريف اقامة المشروع :

صاحب الايجار لا يقوم بإنشاء المرافق الاساسية للاستثمار التي هي تحت تصرفه التي تكون محققة من طرف الجماعات المحلية ، سواء هذه الاخيرة هي التي اقامتها بنفسها او اقيمت من طرف ملتزم اخر .

في حين الملتزم في عقد الامتياز اضافة الى قيامه بإدارة و تسيير المرفق فانه يتولى بنفسه انجاز المنشآت اللازمة لهذا التسيير مع تحمله كل المصاريف

3 – من حيث المقابل المالي للتسيير :

في عقد تأجير استغلال المرافق التجارية ، فان المقابل التي يتقاضاهاالمستأجر مقابل التسيير من الادارة ، ذاتها فهو عبارة عن اجرة دون وساطة المنتفعين ، وتعتبر العملية ابسط من عقد الامتياز لان المقابل الذي يتقاضاه صاحب الامتياز مقابل ما يعوضه من خدمات على شكل رسوم يتقاضاها مباشرة من الجمهور او المنتفعين بخدمات المرفق العام محل عقد الامتياز.

4 – من حيث الاجراءات الواجب مراعاتها في اختيار المتعاقد مع الادارة :

تكون الادارة مجبرة في عقد تأجير استغلال المرافق العامة على احترام شروط الاشهار ، الشفافية و المنافسة في اختيار صاحب الايجار .

على العكس في عقد الامتياز الذي يطغى عليه الاعتبار الشخص و هذا لأهمية الملتزم و الدور الذي يلعبه في تعويض الادارة عن مكانتها في ادارة و تسيير المرفق العام محل العقد ، فيكون اختيار صاحب الامتياز بكل حرية من طرف اشخاص نزهاء دون ان تكون الادارة ملزمةباتباع اجراءات الوضع في المنافسة.

[1] راجع خصائص عقد الامتياز ادناه ص– و ما يليها

رابعا : تمييز عقد الامتياز الاداري عن امتياز الاشغال العامة :

تطور فكرة الاشغال العامة في المرفق العام في بداية القرن العشرين كنشاط تستهدف الجماعة العامة و تحقيقه من خلال اشباع الحاجات العامة [1]

وعرف امتياز الاشغال العامة على انه : " وسيلة تمويل وبناء و تشغيل لمنشات عامة ، تتم من خلال تكليف الجماعة العمة لشخص من اشخاص القانون العام او الخاص ، في تنفيذ مشاريع تكون غالبا من البنية التحتية ، مقابل عائدات يتقاضاها من المنتفع او من الجماعة العامة و لمدة محددة بدون اي ارتباط جوهري مع نشاط المرفق العام " [2] هناك بعض الفقهاء ربطوا فكرة وجود الاشغال العامة بمهمة مرفقية بالضرورة ، لكن من المستقر عليه فقها و قضاءا هو استقلالية امتياز الاشغال العامة عن امتياز المرفق العام .

وتقتصر مهمة صاحب الامتياز في امتياز الاشغال العامة على بناء المنشآت العامة [3] ثم ادارتها و صيانتها لمدة محدودة دون تنفيذ الاشغال العامة من اجل تحقيق مرفق عام فالمنشات العامة ليست بالضرورة مرفقا عاما ، فهذه الاخيرة لا تعتبر مرفق ام الا اذا نفذت في اطار مهمة مرفقية ، ان كل استثمار و انشاء منشات عامة فهو بالضرورة امتياز الاشغال العامة و ليس ادارة مرفق عام ، فعقد الامتياز لا يتضمن القيا بأشغال عامة ما لم تكن ضرورة في ذلك .

فالفصل بين عقد الامتياز و امتياز الاشغال العامة على اساس الامتياز المختلط الذي لا يدل على تبعية الاشغال العامة في وجود المرفق العام ، انما على الوجود الاساسي للأشغال العامة في وجود المرفق العام و ليس على اعتبار هذا المرفق نتيجة لتنفيذ الاشغال العامة.

---

[1] في هذه المرحلة اصبح ينظر للأشغال العامة كعنصر ثانوي و تابع بالنسبة للمرفق العام الذي انحصرت فيه عبارة الامتياز .

[2] وليد حيدر جابر ، التفويض في الادارة و استثمار المرافق العامة (دراسة مقارنة)، ص 156

[3] ماجد راغب الحلو ، العقود الادارية ، تحرير العقد الاداري ، تكوين العقد الاداري –تفسير العقد الاداري – انواع العقد الاداري –اثار العقد الاداري –شرعية العقد الداري – التحكيم و العقد الاداري – التصالح في العقد الاداري – العقد الاداري الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، القاهرة ، 2007 ، ص 197.

الفـــصـــل الثانـي

الفصل الثاني

أثار عقد الامتياز و نهايته

ان اختلاف مصلحة السلطة مانحة الامتياز و الشخص الملتزم في عقد الامتياز ، في الاول هي مصلحة عامة تهدف الى تسيير المرفق العام الذي هي مسؤولة عنه في حين مصلحة الملتزم تكمن في المصلحة المالية حيث يهدف على قدر ممكن من الارباح من وراء استغلاله للمرفق ، وعقد الامتياز من أهم العقود الادارية لأنه اختصاص من اختصاصات الدولة يقوم بها شخص او شركة في ادارة او تسيير مرفق من المرافق العامة ، مما يجعله ينفرد بخصائص عن ما هو في العقد الخاضع للقانون الخاص اي العقد المدني، او من حيث الطبيعة القانونية لأنه عقدا مركبا متابين بين الامتياز باعتباره عقد اداري و العقد المدني ، لاسيما المتعلقة بالقواعد و ما ينجم عنها من اثار اثناء التنفيذ.

ان الميدان التقليدي في القانون المدني الذي يقوم على ارادتين متساويتين قانونيا وحرية الاطراف في انشاء العقد، فالعكس في العقود الادارية و بالأخص منها عقد الامتياز ، حيث يتمتع الشخص المعنوي بصلاحيات أثناء التنفيذ، و منها فالحرية التعاقدية تكون مقيدة و تنتهي حينها يبدأ النظام العام إلا انه في هذه المرحلة تكون ضحية فكرة استمرار المرفق العام تحقيقا للمنفعة العامة ، و هذا ما يؤدي الى المساس بمصلحة المتعاقد و بالتالي المساس بقواعد القانون الخاص.

فالسلطة مانحة الامتياز يخول لها عقد الامتياز سلطات واسعة و استثنائية في مواجهة الشخص الملتزم و هذا تحقيقا لهدفه و غرضه الذي ينصب في الاخير لتحقيق المنفعة العامـــــــــــــــــــــة، و لكونه عقد ملزم للطرفين، استلزم فرض التزامات على عاتق الملتزم و إعطائه جانب من الحقوق الى جانب الجهود في تنفيذ خدمات المرفق محل عقد الامتياز (المبحث الاول).

فالجهة الادارية مانحة الامتياز يمنحها العقد فرض رقابة على الملتزم لضمان حسن سير المرفق محل الامتياز، فهذه الامتيازات لا تحول دون نهاية العقد، فلا بد من مدة محددة ينتهي بها مما يستلزم تدخل اطراف لتسوية هذه النزاعات (المبحث الثاني).

المبحث الاول

أثار عقـــــــــــد الامتياز

إن عقد الامتياز يتضمن نصوص تنظيمية و أخرى تعاقدية تنتج أثار قانونية من خلال تنفيذه بين اطرافه الثلاث الادارة مانحة الامتياز ، الملتزم أو صاحب الامتياز، و الجمهور أو المنتفعيـــــــــــــــــــــن ، و من خلال ما ذكرناه سنتطرق في المطلب الاول الى تنفيذ عقد الامتياز و في المطلب الثاني الالتزامات الناشئة عن هذا العقد.

المطلب الاول

تنفيذ عقد الامتياز

إن الدور الهام الذي يؤديه عقد الامتياز في ادارة و تسيير هذه المرافق العامة، و احدى الوسائل للسلطة الادارية لتسيرها على اسن وجه ، فلا يمكن ان نراه من زاوية التزامات تعاقدية بل يتعدها الى تحقيق الصالح العام ، فهذا العقد يستهدف مصلحة خاصة كباقي الافراد الخاصة و انما ما يقدمه لصالح المستفيدين من حاجيات و خدمات المرفق و فيما يتعلق على تنفيذ العقد.

ان خصوصية سير المرفق و قابليته لتعديل طول مدة العقد يعطي امتيازات للسلطة الادارية و من ثم تتحدد حقوق و واجبات الطرفين التي تتولد عن الشروع في تنفيذ الالتزامات بما يمليه عليه العقد، و هو ما يجسد حوق الادارة المانحة للامتياز في (الفرع الاول) .

فالملتزم وجب عليه ان يكون مساعدا للإدارة المانحة للامتياز و هذا لتحقيق المصلحة العامة فضلا عن المنتفعين بخدمات المرفق العام محل العقد و هو كذلك ما يجسد حقوق الملتزم في هذا العقد في (الفرع الثاني).

الفرع الاول

حقوق الادارة المانحة للامتياز

تتمتع السلطة الادارية المانحة للامتياز كطرف في عقد الامتياز بالحقوق و الامتيازات التي نص عليها القانون العام و دونها دفتر الشروط ، وتعتبر غير مألوفة لوجودها في القانون الخاص ، وهذا ما جاء في نص الفقرة 02 من المادة 847 من القانون المدني الجزائري انه : " و للمالك ان يعترض على استعمال غير مشروع او غير متفق مع طبيعة الشيء فاذا اثبت ان حقوقه في خطر جاز له ان يطالب بتقديم تأمينات فان لم يقدمها المنتفع او استمر على الرغم من ذلك ، فللقاضي ان ينزع العين من تحت يده و ان يسلمها الى الغير ليتولى ادارتها بل له تبعا لخطورة الحال ان يقور انتهاء حق الانتفاع دون اخلال بحقوق الغير"[1].

وهذه الامتيازات مردها حاجيات يسر المرفق العام [2]، لكونه من العقود الميسرة او الموجهة اي عقد الامتياز ، و لان الجانب التنظيمي و الموضوعي يكون من خلال الشروط العامة التي تعدها السلطة الوصية ، فكون ان السلطة الادارية تمنح لصاحب الامتياز مهمة تسيير المرفق واستغلاله بمقتضى العقد، فهذا لا يعني تخليها كليا عن المرفق، فهي دوما تراقب سيره المنتظم[3].

فأسس سير المرفق العام على احسن وجه بانتظام ، فهذا راجع الى الرقابة و الارشادات اثناء التنفيذ من طرف السلطة الادارية المانحة للامتياز (اولا) ، ثم حق تعديل النصوص التنظيمية الواردة في العقد دون الوقوف على ارادة الملتزم (ثانيا) فهذه قاعدة التغيير و التعديل طول مدة العقد ، وحق توقيع الجزاءات على الملتزم اذا اخل بالتزاماته (ثالثا)

---

[1] الامر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني

[2] محمد خلف الجبوري ، العقود الادارية ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للتوزيع ، عمان ، 2010 ، ص 125

[3] محمد عاطف البنا ، العقود الادارية ، الطبعة الاولى ، دار الفكر العربي ، 2007 ، ص 55

اولا : حق الرقابة و التوجيه على انشاء و اعداد المرفق العام و سيره

يعتبر الامتياز شكل من الاشكال اللامركزية المصلحية فان صاحب الامتياز يخضع للرقابة الوصائية [1] فلا يجوز للإدارة مانحة الامتياز التنازل عنها ولا يجوز كذلك للملتزم الاحتجاج عند ممارستها ، فهي تعتبر حق ثابت للجهة الادارية المختصة حتى اذا لم ينص عليها العقد .

فالرقابة و هي التحقق من ان صاحب الامتياز يمارس تنفيذ العقد طبقا لما انفق عليها في دفتر الشروط و حسب الاليات المحددة و المذكورة فيها ، و حق التوجيه و هو ان الادارة تقوم بإصدار تعليمات طبقا لبرنامجها المسطر ، و حق الرقابة و التوجيه يستمد شرعيته من طبيعة المرفق العام ، و دفتر الشروط ينظم هذه الرقابة و يفصلها في بنود لائحية [2] فالملتزم يقوم بتسيير المرفق وفقا لطبيعة النشاط موضوع الالتزام ، ولا يمكن تركه في حرية يسيره كما يشاء ، اذ لا بد ان يخضع لإشراف الادارة حتى تتأكد هذه الاخيرة من ان المرفق العام يؤدي غرضه في احسن وجه و حال .

وهنا نستدل في المرسوم التنفيذي في مادته الخامسة [3] من دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية لماء الشروب ونطاق الخدمة المتعلق به ، فان السلطة الادارية مانحة للامتياز تمارس رقابتها على تسيير و استغلال مرفق الميا مباشرة ، او هيأت مراقبة .

و تنقسم الرقابة التي تمارسها الادارة المانحة للامتياز الى قسمان : الرقابة التقنية و الرقابة المالية

---

[1] بن مبارك راضية ، التعليق على التعليمة رقم 824/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها ، المرجع السابق ، ص 65 .

[2] يوسف بركات ابو دقة ، امتيازات الادارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة و في قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية ، بحث للحصول ديبلوم الدراسات

[3] المرسوم التنفيذي رقم 54/08 ، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب و نطاق الخدمة المتعلق به المرجع السابق

ا- الرقابة التقنية :

تتضمن دفاتر الشروط المختصة بعقد الامتياز على الرقابة وتتعلق هذه الأخيرة بإنشاء و إعداد المرفق، كما يمكن لأعوان الإدارة المانحة للامتياز دخول المرفق متى شاءت و الاطلاع على مدى احترام صاحب الامتياز لقواعد سير هذا الاخير وفق الاشكال المحـــــــــــــددة في دفتر الشروط ، و تقديم تقارير شهرية وسنوية لاطلاع الادارة على كيفية سير هذا المرفق.

ب- الرقابة المالية :

و تتمثل في فحص الحصيلة المالية و التأكد من مطابقتها للقواعد المحاسبية المعمول بها وفق الشروط ، الالتزام لصاحب الامتياز بإعدادها سنويا و اطلاع الادارة المانحة على كل الوثائق المهمة لتحديد التقريرات [1] و كذلك تفاصيل النفقات و مقارنتها مع السنة التي سبقتها و يجب على الملتزم مديد العون لتمكينه من الاطلاع على كل كبيرة و صغيرة تخص التسيير ، و للرقابة امرين هامين هما : معرفة المعلومات الضرورية عن تسيير المرفق نشاطه و ناجعته، و توجيه التعليمات لصاحب الامتياز و لفت نظره اذا خرج عن مساره .

و تعتبر الرقابة وظيفة من الوظائف الادارية الهامة لما لها من التحقق من تنفيذ ما تم التخطيط له من طرف الدولة و كذلك تهدف الى الحفاظ على الموارد المادية و البشرية بأحسن جودة و اقل التكاليف.

ثانيا : حق تعديل النصوص التنظيمية الواردة في العقد دون الوقوف على ارادة الملتزم

تملك الإدارة المتعاقدة في العقود الإدارية سلطة لا يملكها المتعاقد في نظام القانون الخاص، و هي سلطة استثنائية مستمدة من النظام العام الا و هي سلطة التعديل في العقود الامتيازكلما اقتضت ضرورة المرفق العام حتى و ان لم ينص عليها العقد [2]، و يكمن هذا الحق في النصوص التنظيمية فقط، و التغيير يكون في الالتزامات التعاقدية في العقد يكون بالزيادة او بالنقصان.

---

[1] بوقطه فاطمة الزهراء ، رقابة الدولة على تسيير اموال المرافق العمومية ، الملتقى الوطني حول : اثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية ، الجزء الثاني يومي 30 نوفمبر و 01 ديسمبر 2011 ، القطب الجامعي تاسوست ، جيجل ، ص 208 .

[2] محمود عاطف البنا ، العقود الادارية ، المرجع السابق ، ص 55.

و ينصب التعديل على احد العناصر التالية :

- حجم او نوعية الخدمات المتفق عليها
- شروط التنفيذ المتفق عليها
- مدة التنفيذ

و شروط التعديل هي :

-لا يجب ان يكون التعديل جذريا
-يجب ان تؤخذ التوازنات المالية للعقد
-ان يتم التعديل وفقا لما تحدده دفاتر الشروط

و يحق للإدارة التدخل عند الضرورة لتعديـــــل المقابل المالي سواء كان بالزيادة او بالنقصان وفق ما تحتمه المصلحة العامة التي يقام عليها المرفق العام ، حيث لا يسمح للملتــزم بان يجني ارباحا طائلة من المنتفعين، وهذا حسب ما ورد في تعليمة وزير الداخلية و الجماعات المحلية و البيئية و الاصلاح الاداري رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المـــــــرافق العمومية المحلية و تأجيرها[1].

فهذا الاخير اعترف بهذه السلطة التي هي مستمدة من طبيعة المرفق العام و التي يجب ان تكون دائمة التكيف مع الظروف.

فالإدارة المانحة للامتياز هي صاحبة الاختصـــاص في تنظيم المرفق العام و تحديد قواعد سيره و لها حق تعديل العقد بما يواكب درجة التغيير في الظروف .

ثالثا : حق توقيع الجزاءات

من الواجبات المشتركة في العقد عدم الاخلال بالالتزام و هذا من مبدا حسن النية في تنفيذ العقود و ضرورة الحفاظ على سير المرفق العام ، فاذا كانت المصلحة العامة مهددة نظرا لعدم تنفيذ لعقد الامتياز على احسن وجه و عدم احترام المواعيد ، او التنازع عن المرفق الى

[1] الملحق رقم 01 ، المرجع السابق ، ص 07

شخص اخرتقوم السلطة الادارية طبعا بعد توجيه اعذارات للملتزم ن تصدر قرارات ادارية ، دون اللجوء الى القضاء مسبقا ، و دون الحاجة الى اثبات حدوث ضرر معين نتيجة لإخلال المتعاقدين عن التزاماته.

تستهدف الجزاءات التي توقعها السلطة الادارية على صاحب الامتياز مع ضمان سير و ادارة المرفق العام ، فسلطة توقيع الجزاءات قائمة حتى و لو لم يتم النص عليها في القد ، بل تستطيع و تحت رقابة القضاء ان توقع انواع الجزاءات المقررة جميعها[1]

وتتبع فكرة الجزاءات الادارية من مفهوم السلطة العامة ، وتشكـــــــل تطبيق لامتياز التنفيذ المباشر، والسلطة الادارية مانحة الامتياز ملزمة باستخدام هذه السلطة حفاظا على حسن سير المرافق العامة، و تتمتع الادارة بالسلطة التقديرية في فرض هذه الجزاءات ، ويحد منها اعتبارات المصلحة العامة . تتباين الجزاءات و تأخذ عدة اشكالا و تكون اما جزاءات مالية او جزاءات ضاغطة او فسخ العقد إضافة الى جزاءات جنائية .

1 الجزاءات المالية :

التي هي عبارة عن مبالغ مالية توقعها السلطة الادارية المانحة للامتياز على الملتزم في حالة اخلاله بالتزاماته التعاقدية [2] المفروضة عليه في دفتر الشروط.

وهذه الجزاءات منها يفرض لتغطية ضرر مس الادارة لخطا ما

و تشمل الجزاءات المالية بما يسمى بالتعويضات التي يلتزم صاحب الامتياز بدفعها للدارة نظرا لإخلاله بالتزاماته و هذه الاخيرة دون ان تكون مقدرة مقدما في العقد ، و الهدف منها تغطية الضرر الحقيقي.

و هناك الغرامات التاخيرية فهي جزاءا تلجا اليه الادارة المانحة للامتياز كوسيلة للتأثير على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته ، املا منها في التدارك.

---

[1] عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء الفقه ، القضاء ، اساس الفسخ و مقارنته بالبطلان ، التفرقة بين الفسخ و الانفساخ و التفاسخ ... المرجع السابق ، ص 36

[2] محمد حلف الجبوري ، العقود الادارية ، المرجع السابق ، ص 133

2 -الجزاءات الضاغـــــطة :

و تتمثل في الضغط على الملتزم لإجباره على التنفيذ ، و هي ارغام الملتزم مع الادارة مانحة الامتياز على تنفيذ التزاماته التعاقدية عن طريق حلول الادارة محل الملتزم المقصر ، او ان تعهد بتنفيذها الى الغير[1]

و يتمثل هذا النوع من الجزاءات في وضع المشروع تحت الحراسة ، و هو من قبيل السلطات المخولة للجهة الادارية بصفة انفرادية ، تطبق حتى في غياب نص قانوني ، وهذا الاجراء لا يؤديالى فسخ العقد ولا الى اسقاط حقوق الملتزم ، وانما يترتب عليه رفع يد الملتزم مؤقتا عن تسيير ادارة المرفق العام محل العقد [2]، ووضع المشروع تحت الحراسة يفرض على الدارة المانحة للامتياز تولي ادارتها بنفسها ، او تعهد بذلك لحارس مؤقت تختاره.

3 -فسخ العقد :

الفسخ هو قمة الجزاءات التي يمكن للإدارة ان تفرضها على المتعاقد معها جزاء لإخلاله بالتزامه التعاقدي اخلالا جسيما [3]، و قد اشترط مجلس الدولة الفرنسي ان يكون هناك خطأ جسيم من قبل المتعاقد مع الادارة مانحة الامتياز حتى تستطيع هذه الاخيرة ممارسة هذا الحق، بعد ان تكون كافة الوسائل قد جربت في اصلاحه مما يفقد الادارة الثقة في التعامل معه، و يستوجب ان تقوم الادارة قبل ذلك بإخطار المتعاقد معها قبل الانهاء ادا نص العقد على مهلة الاخطار قبل الانهاء و إلا تكون الادارة قد ارتكبت خطأ يولد مسؤوليتها عما اصاب المتعاقد من ضرر جراء الفسخ.

---

[1] يوسف بركات ابو دقة ، امتيازات الادارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة و في قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية ، المرجع نفسه، ص 115.

[2] خالد خيل الظاهر ، القانون الاداري (دراسة مقارنة)، المرفق العام ، القرار الاداري ، العقود الادارية ، الاموال العامة ، الطبعة الاولى ، الكتاب الثاني، دار اليسرة للنشر و التوزيع و الطباعة ، عمان ، دون سنة النشر ، ص 266.

[3] FRIER Pierre – Laurent : PETIT Jacques: Le Droit administratif OP. Cit. P370

و لا يمكن الطعن بالإلغاء للمتعاقد مع الادارةضد هذا القرار، لأن مثل هذا القرار ليس من القرارات الادارية المنفصلة عن العقد، و انما اجراء متصل بالعقد تتخذه الادارة بوصفها في العقد [1].

و يختلف فسخ العقد كجزاء يوقع على المتعاقد مع الادارة بسبب اخلاله بشروط العقد عن فسخ العقد بسبب مقتضيات المصلحة العامة في دوام سير المرافق العامة بانتظام و باضطهاد، و هذاما يميز الفسخ عن اجراءات الضغط الاخرى التي تكون مؤقتة حيث انه يضع نهاية حاسمة للعقد الاداري اذ يعتبر من اسباب انقضائه .

و يعتبر الفسخ بإرادة الادارة ضمن العقوبات الإدارية و أخطرها و المقصود بالفسخ بإرادة الادارة هو انهاء الرابطة التعاقدية بدون اللجوء الى القاضي الاداري او موافقة المتعاقد معها، و اذا كان القانون قد اعطى او اشترط ان يذكر شرط في البيانات الاساسية نظرا لخطورته غير ان القانون اعطى للسلطة الادارية سلطة الفسخ كقاعدة عامة اذا ما توفرت شروطه حتى و لو لم يدرج في بيانات العقد، فاذا لم ينفذ المتعاقد مع الادارة تنذره المصلحة المتعاقدة ليفي بالتزاماته و اذا لم يتدارك في الاجل المحدد في الانذار يمكن للمصلحة المتعاقدة ان تفسخ العقد من جانب واحد و لا يمكن الاعتراض على المصلحة المتعاقدة عند تطبيقها للبنود التعاقدية في الضمان، لأن حق الفسخ بالنسبة للإدارة هو حق اصيل .

و الحالات الي اجاز فيها القانون فسخ العقد بمجرد قرار من الادارة أهمها :

- ✓ اذا اخفق الملتزم في تقديم ضمان الاداء او لم يستجب للإشعار بتصويب او تعديل وضع معينا امرته الادارة به و اذا تبين لها انه لا ينوي الاستمرار في تنفيذ التزاماته و ذلك بدون عذر مقبول.
- ✓ التعاقد من الباطن دون اخذ موافقة الادارة
- ✓ الاخلال بأي شرط من شروط العقد
- ✓ الافلاس او الاعسار
- ✓ استعمال الغش او التلاعب

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة للعقود الادارية : الإبرام ــ التنفيذ ــ المنازعات، دار الفكر العربي الاسكندرية، 2007، ص 308

✓ تقديم الرشوة او الشروع بها

ووفق للمبادئ الاساسية في العقود الادارية أن تلك الحالات وردت على سبيل التمثيل لا الحصر، لأن للإدارة حقا اصيلا في فسخ العقود، و في هذه الحالة يتطلب مجلس الدولة الفرنسي الشروط التالية للسماح بتوقيع العقوبة ، اي عقوبة الفسخ :

- ✓ ضرورة ارتكاب الملتزم لخطأ جسيم: و الخطأ الجسيم هو عبارة عن اخلال المتعاقد بالتزام تعاقدي اي منصوص عليه في العقد او القانون، و الادارة وحدها هي التي تملك تقدير جسامة ذلك الخطأ، و يتعذر معه الوصول الى حل من خلال وسائل الضغط السالفة الذكر التي تتمتع بها الادارة المانحة للامتياز [1].
- ✓ اعذار المتعاقد قبل اتخاذ قرار الفسخ : وفقا للقواعد العامة فالإعذار هو اثبات قانوني لحالة تأخير الملتزم في تنفيذ التزاماته، و يهدف في العقود الادارة الى اثبات عدم وفاء صاحب الامتياز بالتزاماته من الناحية القانونية، و هو أمر منطقي تفرضه قواعد العدالة، و ذلك يعني تنبه المتعاقد الى مخالفته التي قد تضر بالمرفق العام، و من ثم يمكن له بعد اعذاره ان يصحح من تلك المخالفة و تنتهي المشكلة عندها، كما أنه يعني ايضا إنذارا له بتوقيع الجزاء الذي تراه الادارة اذا استمر في هذه المخالفة، و القاعدة العامة التي تقضي بحق الادارة في توقيع الجزاءات بنفسها دون حاجة اللجوء الى القضاء.

4 الجزاءات الجنائية :

تتضمن العقود الادارية و بالأخص عقد الامتياز شروطا استثنائية غير موجودة في القانون الخاص، و بالتالي تضمين عقود ما شروطا استثنائية، الا انها لا ترقى الى حد توقيع عقوبات او جزاءات جنائية على الملتزم صاحب الامتياز و لمخالفتها النظام العام، كما تقضي المادة الاولى من قانون العقوبات الجزائري أنه" لا جريمة و لا عقوبة و لا تدابير أمن الا بنص[2]" كقاعدة عامة لا يجوز للإدارة مانحة الامتياز توقيع عقوبات جنائية على الملتزم معها.

[1] رياض عيسى، نظرية العقد الاداري في القانون المقارن و الجزائري المرجع السابق، ص 21

[2] الامر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل و المتمم.

لكن في حالات استثنائية يجوز للإدارة مانحة الامتياز توقيع عقوبات او جزاءات جنائية على المتعاقد المخالف للالتزامات، و من ذلك نصوص القوانين و اللوائح التي تملك وحدها انشاء مثل هذا الجزاء[1] .

و السلطة الادارية تمارس توقيع الجزاءات الجنائية بصفتها سلطة عامة لا بصفتها طرفا في العقد، من خلال حقها في اصدار لوائح البوليس [2] او الضبط الاداري، التي تتضمن عقوبات جنائية في اطار الحدود المعترف بها، كما هو الحال في فرنسا و مصر و بعض الدول الاخرى، فمخالفة الالتزامات من طرف الملتزم صاحب الامتياز يعرضه للعقاب الجنائي.

و عليه فان المتعاقد يتعرض للجزاء الجنائي في حالتين و هما :

- ✓ في حالة مخالفة الالتزامات المفروضة بمقتضى لوائح الضبط الاداري و لا يشترط الاعذار في تطبيق الجزاءات الجنائية .
- ✓ اذا كان هناك نص على اعتبار انه خطأ معين جريمة.

و كل هذه الحالات تنصب في تحقيق الغرض الذي تعاقدت من اجله و هو تحقيق المنفعة العامة من خلال سير المرفق العام.

الفرع الثاني

حقوق الملتزم في عقد الامتياز

يتمتع الملتزم صاحب الامتياز ببعض الحقوق و تكمن في الجانب المالي و يحتوي عقد الامتياز على الشروط الاستثنائية ما يمكن السلطة الادارية من استعمال سلطات واسعة لا توجد في مجال التعاقد بين الخواص، الا انها لا ترقى من جعل الطرف المتعاقد ينفذ من هذه الشروط فحسب على حساب مصلحته ، فكما اعطى الى الجهة الادارية مجموعة من الامتيازات و السلطات، كذلك اعترف بنوع اخر من الحقوق للملتزم مع الادارة، الثابتة في كل عقود الامتياز و كذا الحقوق الخاصة الثابتة في انواع معينة منها و هذا لطبيعتها.

---

[1] سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، المرجع السابق ص 559.

[2] يقصد بالضبط الاداري (لوائح البوليس) ، مجموعة القواعد المفروضة من قبل السلطة العامة على الافراد في عموم حياتهم العادية للممارسة نشاط معين قصد تنظيم المجتمع وقائي ، متمثلا في حفظ الامن، السكينة و الصحة العامة.

أولا : حقوق الملتزم الثابتة في جميع عقود الامتياز.

يتمتع المتعاقد بمجموعة من الحقوق تعوضه عما تكبده من نفقات ، نظير التزامه مع الطرف الاخر بتسيير المرافق العامة، و ما يواجهه من صعوبات و من قبض المقابل المالي المتفق عليه في العقد من المنتفعين، و الحصول على مزايا مالية المتفق عليها، و كذا حقه في احترام و الحفاظ على التوازن المالي للمشروع .

1 - قبض المقابل المالي المتفق عليه من المنتفعين:

يعتبر قبض المقابل المالي من أهم الحقوق للملتزم في عقد الامتياز، و هو الباعث الحقيقي على التعاقد لإدارة المرفق العام، كونه يستهدف تحقيق الربح، و الذي يكون "رسما" الذي تحدده الاجارة المانحة و يلتزم في ادائه المنتفعين بخدمات المرفق العام محل العقد [1].

و الشروط المتعلقة بتحديده هي شروط تعاقدية لا يمكن لطرف الادارة ان تعدلها دون موافقة الملتزم صاحب الامتياز، إلا أنه هناك استثناء من هذه القاعدة في عقد الامتياز، ان الشروط المتعلقة برسوم الانتفاع تعد شروطا لائحية التي يجوز للإدارة تعديلها [2] وفق حاجيات المصلحة العامة، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق تحديد السقف الدي لا يمكن لصاحب الامتياز تجاوزه.

2 الحصول على المزايا المالية المتفق عليها :

الادارة مانحة الامتياز و المتعاقد صاحب الامتياز قد يتفقان على بعض المزايا المالية تقدمها هذه الاولى الى الملتزم و تعتبر حقا له نظير التزامه بتحقيق المصلحة العامة و تلبية حاجيات المنتفعين، و تعد من بين الشروط التعاقدية، و هذه المزايا تتمثل في القروض التي تعهد الادارة بتقديمها له و التسهيلات الائتمانية.

---

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاسس العامة للعقود الادارية ، الابرام ــ التنفيذ ــ المنازعات ــ دار الفكر العربي، الاسكندرية 2007 ، ص 308

[2] ماجد راغب الحلو، العقود الادارية و التحكيم ، المرجع السابق ص 204.

فضلا عن المزايا المالية، يمكن للإدارة مانحة الامتياز التعهد بامتيازات اخرى و تتمثل في :

-تعهد الادارة بعدم السماح لشخص اخر بممارسة نفس النشاط في نفس المنطقة التي ينشط فيها الملتزم

-حق الملتزم في امكانية استعماله للأملاك الموجهة لاستغلال المرفق العام ، كما له القيام بجميع الاشغال اللازمة لاستغلال المرفق العام و له في ذلك الامتيازات السلطة العامة [1]

وان كان حصول الملتزم على رسوم مقابل مايبذله من جهود وما ينفقه من اموال لتوفير الخدمة المطلوبة منه ، فانه يحق له الحصول على تعويض النفقات الى قد يتكبدها دون ان ترد في الحساب النهائي للعقد ، وهذا يتطلب من الادارة التعديل لمسايرة تطور المرفق العام ، لذا يتعين على هذه الاخيرة التدخل لإعادة التوازنالمالي للعقد.

3 الحق في الحفاظ على التوازن المالي للعقد :

يجب على الادارة مانحة الامتياز التدخل لضمان التوازن المالي ، فهذا الاخير يكون مبدئيا لا يمكن تغييره ، فيجب على الملتزم تنفيذ بالتزاماته بالثمن المتفق عليه ، فإشباع الحاجات العامة للمنتفعين من خلال تحقيق المنافع و الحاجيات التي اعد من اجلها المشروع ، فاذا ما حال بينه وبين تحقيق المصلحة اجراءات الادارة او ظروف فرضتها امور اخرى خارجة عن نطاق الادارة ، جعلت تنفيذ التزاماته التعاقدية باهظة الكلفة بصورة فاقت التوقعات ، يكون على الادارة التدخل لضمان التوازن المالي الذي يكون حسب تناسب بين التزامات المتعاقد و حقوقه [2]، و تتمثل في التعويضات من قبل الادارة حتى لا يتحمل وحده ما يتنج من اعباء جديدة و هذا لحمايته و يعتبر كذلك نوع من انواع التشجيع على التعاقد مع الادارة .

ويكون طلب الملتزم للتعويض من الادارة يستند الى توافر شروط نظرية فعل الامر او نظرية الظروف الطارئة ، او نظرية الظروف المادية غير المتوقعة.

---

[1] بن مبارك راضية ، التعليق على التعليمة الوزارية رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العامة المحلية و تأجيرها ، المرجع السابق ، ص 69

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة للعقود الادارية ، المرجع السابق ، ص 212

ا- التعويض على اساس نظرية فعل الامير :

تهدف هذه النظرية الى تعويض الملتزم عن الاضرار التي لحقته الناتجة عن الاجراءات التي تتخذها الادارة عن ممارسة لسلطتها المشروعة في تعديل شروط العقد دون ان يكون هناك خطا من قبلها ، و التي تؤدي الى ارهاق الملتزم بصورة جدية الامر الذي يتطلب دعمه حتى يتمكن من الاستمرار في تنفيذ العقد تحقيق للمصلحة العامة من خلال مواصلة تقديم الخدمات للمنتفعين [1].

ولكي تطبق نظرية فعل الامير يجب ان تتوفر مجموعة من الشروط التي وضعها القضاء:

-ان يكون ثمة عقد اداري

صدور تصرف من الجهة الادارية مانحة الامتياز ، اي كل اجراء صادر عن السلطة العامة ، وقد يتخذ صورة اجراء فردي خاص ، كما يتخذ صورة اجراء عام مثل في حالة صدور قانون او تنظيم ادى تطبيقها الى زيادة اعباء الملتزم او الانتقاص من منافعه [2].

-ان يكون الاجراء غير متوقع ، اي الا تكون الاجراءات المتوقعة من المتعاقد وقت التعاقد[3]، ولم يكن في وسعه توقع اتيان الادارة لها.

-ان يلحق الاجراء ضررا خاصا بالملتزم ، ولا يشترط الضرر قدرا معنيا من الجسامة فأي ضرر ينجم للملتزم حق التعويض .

فاذا ما توافرت هذه الشروط حق في الحصول على تعويض كامل يعيد التوازن المالي للعقد.

1 محمد الصغير بعلي ، العقود الادارية ، المرجع السابق ، ص 89

2 عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة للعقود الادارية، الابرام-التنفيذ-المنازعات ، المرجع السابق ، ص 2015

3 محمود عبد المجيد المغربي ، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الادارية و اثارها القانونية ، دراسة مقارنة في النظرية و التطبيق ، المؤسسة الحديثة للكتاب بيروت 1998، ص 84.

ب- **نظرية الظروف الطارئة :**

ظهرت هذه النظرية اثر الازمات التي حلت بالاقتصاد بعد الحرب العالمية الاولى ، و تحتل مركزا وسطا بين الحالة العادية التي يستطيع المتعاقد فيها ان يوفي بالتزاماته التعاقدية ، وبين حالة القوة القاهرة التي تؤدي الى تحرير المتعاقد من التزاماته .

وظهرت كذلك لمواجهة اثار ظرف يقع اثناء مدة تنفيذ العقد يلحق بخسائر فادحة تحتل معها اقتصاديات العقد بالمتعاقد مع الادارة ، حيث لم يتوقع الحدوث لهذه الظرف في حالة ابرام العقد من طرف الملتزم ، لهذا الامر يلزم الادارة مانحة الامتياز مشاركة في تحمل جزء من الخسارة ، يعود على اثره التوازن المالي للعقد ، وان الضرر الحاصل خارج عن ارادة الادارة الا انه يتعين عليها معاونته في مقدار معين من الضرر ، ولا يجوز الاتفاق على استبعاد تطبيقها ، والهدف من تطبيقها مساعدة الملتزم على الوفاء بالتزاماته التعاقدية لضمان سير المرافق العامة بانتظام و استمرار و هو الهدف الذي تم من اجله تم التعاقد.

وهذه النظرية رهينة شروط بان تطرا ظروف خلال تنفيذ العقد حوادث طبيعية او اقتصادية خارجة عن ارادة الادارة و هذه الشروط هي :

- حدوث ظرف او حادث استثنائي غير متوقع و غير ممكن الدفع ، وقد يكون ظواهر طبيعية كالزلازل ، و ظروف اقتصادية ادت الى ارتفاع الاسعار او اجور العمال ، او امور سياسية كأحداث حرب شرط الا تصدر عن الجهة الادارية مانحة الامتياز .
- ان يكون الظرف الطارئ اجنبيا عن المتعاقدين ، ان لا يكون دخلا لإدارة[1] فيه ولا يكون لها دخلا في لحداثه.
- قلب اقتصاديات العقد، انه يلحق بالملتزم خسائر فادحة استثنائية تجاوز فداحتها الخسائر العادية المألوفة.

1 هاني على الطهواوي ، القانون الاداري ، ماهية القانون الاداري ، التنظيم الاداري ، النشاط الاداري ، الطبعة الاولى ، الاصدار الثالث ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، بيروت 2006 ، ص 305.

و من بين الاثار تطبيق هذه النظرية ، استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية و حق المتعاقد في الحصول على المعاونة المؤقتة من جهة الادارة طوال فترة قيام الظرف الطارئ ، هناك عوامل يستعين بها القاضي في تقدير هذا التعويض و تكمن في :

-تحديد فترة سريان الظروف الطارئة.
-تحديد الخسارة التي لحقت المتعاقد من الظروف الطارئة .
-توزيع عباء الخسارة بين الادارة و المتعاقد ، الا ان النصب الاكبر في تلك الخسائر يكون من جانب الادارة مانحة الامتياز ،و حيث تكون مشاركة الملتزم فيها رمزية .

ج- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

و هي النظرية التي تقوم على مواجهة الظرف الذي يجد فيه الملتزم نفسه امام صعوبات استثنائية غير متوقعة يترتب عليها الزيادة في الاعباء و هذ الظرف لم يكن للمتعاقد توقعه اثناء ابرام العقد، فعند صول هذه المخاطر تجعل من تنفيذ العقد اكثر تكلفة و عبء مما يستوجب المطالبة بتعويض كامل لجبر ما أحدثته تلك الصعوبات من اضرار[1].

و يكون تعويض الادارة المانحة للمتعاقد تعويضا كاملا هو النية المشتركة للطرفين، لأن الاسعار المتفق عليها في العقد تطبق في الظروف العادية .

و الشروط الواجب توافرها لاستحقاق الملتزم مع الادارة التعويض الكامل.

-ان تواجه تنفيذ العقد صعوبات مادية غير متوقع، و هو ان تعترض تنفيذ العقد صعوبة ذات طابع مادي بحت، و ان تكون الصعوبة المادية خارجة عن ارادة طرفي العقد، فإذا اعترض تنفيذ العقد صعوبات مادية و كان الملتزم بإمكانه تجاوزها لولا خطأه او اهماله فلا مجال لتطبيق النظرية .
-ان تكون الصعوبات المادية غير متوقعة أثناء العقد ضروري لتطبيق النظرية، بالإضافة في كون الصعوبة مفاجئة للمتعاقد.

[1] سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة في تنفيذ العقود الادارية ، المرجع السابق، ص 714

-ان تلحق الصعوبة المادية ضرر بالمتعاقد، اي انها لا تطبق هذه النظرية تلقائيا بمجرد اعتراض تنفيذ العقد صعوبة مادية استثنائية، فسندها يتمثل في جبر الضرر الناجم عن الصعوبة المادية .

و أثار تطبيق هذه النظرية لا يكون بمثابة سبب لإعفاء الملتزم مع الادارة من اداء التزاماته التعاقدية، اذ يتعين عليه استمراره في التنفيذ، و بالتالي حقه في الحصول على تعويض لاستمراره في تنفيذ التزاماته رغم الصعوبات المادية يجعل منه في مركز من يتمتع بحق الحصول على تعويض كامل يغطي كافة الاضرار التي لحقت به، فالنظرية لا تسمح بتطبيقها ما لم يرد في العقد بند من شأنه يمل المتعاقد أثار كل ما يصادفه من صعوبات مادية [1]

ثانيا : حقوق الملتزم الثابتة في بعض عقود الامتياز:

يتمتع عقد الامتياز بطبيعة خاصة و هو حصره في استغلال و ادارة مرفق عام تابع للدولة على حساب الملتزم، و هدف المتعاقد تحقيق اقصى هامش ربح ممكن، و تتضمن عقود الامتياز بعض الشروط تمنح الملتزم حقوقا تكون استثنائية نظرا لأهمية المرافق العامة التي ينطوي محلها عليها، و بالتالي الاستمرار المنتظم للمرفق و التي تنحصر في :

-حماية الملتزم من الاحتكار

-حق الملتزم في حمايته من المنافسة

يمنح المتعاقد عند التعاقد حق الانفراد باستغلال المرفق، فلا يجوز لغيره ان يستغل مثله، و يكون عادة في المرافق العامة التي لا تحتمل المنافسة [2].

و يهتم قانون المنافسة بالوضعية داخل السوق، و تتميز السلطة المانحة للامتياز بحق التنظيم في كل ما يتعلق بحماية الملتزم من اي منافسة.

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاسس العامة للعقود الادارية، الإبرام ــ التنفيذ ــ المنازعات ، المرجع السابق ، ص 249

[2] انور العمرسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، المقاولة ــ التزام المرافق العامة، المرجع السابق ، ص 156

تخضع العقود في نطاق القانون لقاعدة نسبية اثارها، حيث تتجاوز اثارها الى المنتفعين فتخول لهم بعض الحقوق، و ان كانت تفرض عليهم بعض الالتزامات و يعتبروا مستفيدين من خدمات المرفق العام محل عقد الامتياز، و هذا لارتباط الخدمات التي تنبع عن رغباتهم و حاجياتهم، و هذا اولى المحافظة على مصالحهم، و مدى استجابة العقد للغرض الذي اسس من اجله، ما يمنحهم بعض من الحقوق التي تقضي باقتصار اثار العقود على اطرافها، خدمة و حماية لحقوقهم، فعقد الامتياز و لخصوصياته يمنح المنتفعين حقوقا في مواجهة الادارة المانحة للامتياز و الملتزم على حد السواء.

حقوق المرتفقين في مواجهة الادارة :

يتمتع المرتفقين بحق اساسي في مطالبتها باستعمال حقوقها لاجبار صاحب الامتياز على تنفيذ التزاماته و ضمان المبادئ الاساسية من استمرار و مساواة بين المنتفعين و تكييف مع التحولات [1]، و اللجوء الى القضاء في حالة تقصير أو اهمال الادارة في اداء مهامها.

حقوق المرتفقين في مواجهة الملتزم :

ينوب الملتزم عن السلطة العامة في ادارة و استغلال المرفق العام و بالتالي يقع عليه واجب اداء هذه الخدمة بالشكل و النوعية المطلوبة، و توفيرها بصورة مستمرة و دائمة و بطريقة متساوية، و تكون هذه العلاقة التي تربط بينهما على شكل تعاقد، و على كل من الطرفين احترام بنود العقد، لأن كل من تتوفر فيه الشروط يحق له الانتفاع بخدمات المرفق، وكذلك يحتكم الطرفين الى دفتر الشروط الخاص بعقد الامتياز، من دفعهم الرسوم، و كيفية اداء الخدمة، وشروط النوعية يجب ان يتبع بالتزام تقييم النتائج لضمان ارضاء مستخدمي المرفق العام.

[1] بن شعلال الحميد، عقد الامتياز آلية لخوصصة تسيير المرفق العام في الجزائر ، المرجع السابق ، ص 79

المطلب الثاني

الالتزامات الناشئة عن عقد الامتياز

الالتزامات تضمن الوفاء بحقوق كل طرف، اي الاعباء التي تقع على الطرف الاخر في مقابل ما تمتع به من حقوق، و يفرض عليها من الالتزامات ما تضمن الوفاء بحقوق كل طرف وهي في حد ذاتها منازعات ناتجة عن العقد.

و القواعد العامة تفرض في نطاق المرافق العامة على الجهة الادارية التزامات مردها تحقيق هدف المرفق العام محل التعاقد (الفرع الاول)، و تفرض على صاحب الامتياز احترام بعض المبادئ و الالتزامات (الفرع الثاني).

الفرع الاول

التزامات الادارة في عقد الامتياز

في الاصل الجهة الادارية مانحة الامتياز هي المكلفة بتسيير و ادارة المرافق العامة لكنها فوضت جزء من اختصاصاتها للخواص، فان هذا التفويض لا يرفع عنها سلطتها عن هذا المرفق، وتبقى لها السلطات ما تضمن حسن سيره و تلبية حاجيات المنتفعين بالطريقة المرضية، اذا كان الامر متعلق على منح التراخيص الضرورية (اولا)، و التنفيذ بحقوق الالتزام التي تسمح بتنفيذ العقد حسب الاوضاع و الاشكال المتفق عليها (ثانيا).

أولا : منح التراخيص اللازمة لصاحب الامتياز:

تتولى الادارة منح الملتزم التراخيص اللازمة لاستغلال و استثمار الملك العام، لذى يجب عليها تأمين سائر التراخيص للملتزم في مصلحة تنفيذ مضمون عقد الامتياز كوضع الارتفاقات، فالإدارة ملزمة باتخاذ القرارات اللازمة بها.

فكل مسير لمرفق عام يمكنه ان يستفيد من اجراء نزع الملكية للمنفعة العامة حتى في غياب نص يدعو الى ذلك بصفة صريحة [1].

[1] محمد أمين بوسماح، ترجمة رجل بن أعمر، رجال ملاي، ادريس، المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق ، ص 125

و حسب المادة 3/22 من نظام الخدمة العمومية لماء الشرب الملحق بدفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية المصادق عليه في 2008، يخول لصاحب الامتياز سلطة غلق التوصيل في حالة عدم دفع المستعمل لفاتورة المياه في المدة القانونية المحددة .

ثانيا : التقيد بحقوق الامتياز:

يحق للإدارة ممارسة الحقوق العادية المنصوص عليها في عقد الامتياز، فليس لها ان تتعاطى مع موظفي الاستثمار او المستفيدين سوى تلقى الشكاوي، فلا يجوز للإدارة التدخل مباشرة و الطلب من المنتفعين عدم التسديد في حال قيام الملتزم بتصرف يخالف فيه عقد الامتياز، بل عليها اتخاذ الاجراءات لحمله على اعادة النظر، فضلا عن تنفيذ العقد بأكمله دون الاقتصار على جزء منه[1] .

العقوبات المترتبة على الادارة :

ان تقصير الادارة المتعاقدة في التقيد بالتزاماتها، فإنها كغيرها من المتعاقدين تخضع لعقوبات، لكن هذه الاخيرة تختلف عما يوقع على المتعاقد، فلا يمكن له الطلب من السلطة القضائية توجيه انذار للإدارة، لكنه يتمتع ببعض الوسائل للحصول على حقوقه، فعدم تنفيذ الادارة لواجباتها، فهذا يفسر وفقا لمفهوم القوة القاهرة، وعدم التزام الادارة ببنود العقد تكون قد امتنعت عن الوفاء بالتزاماتها التعاقدية التي تكون ملزمة، مما يرتب عليها التعويض عن اي ضرر يلحقه من جراء ذلك.

[1] حسين عبد العال محمد، الرقابة الادارية بين علم الادارة و القانون الاداري، دراسة تطبيقية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، 2004 ص 49.

الفرع الثاني

التزامات الملتزم في عقد الامتياز

ان فرض على الجهة الادارية جملة من الالتزامات تمكن الملتزم من تنفيذ التزاماته التعاقدية ، يفرض عليه مجموعة من الواجبات و الالتزامات يتعين عليه تنفيذها بما يقتضه الصالح العام و هدف العقد ، اذ يلتزم المتعاقد مع الادارة بالتزاماته وفقا لشروط المحددة في العقد (اولا) ، وما يقتضه المبادئ العامة في تنفيذ العقد (ثانيا).

اولا : التزامات الملتزم المستمد من عقد الامتياز

ان خدمة المرفق العام و حاجيات المنتفعين تفرض على الادارة ابرام عقد امتياز وهو إلقاء على عاتق الملتزم مجموعة من الالتزامات و هي كما يلي:

1 التزام المتعاقد مع الادارة بإدارة المرفق العام

يتضمن في ان يكفل للمرفق الانتظام و الاستمرار و مسايرة التطور [1] ، بحيث لا يمكن التخلي عن الالتزامات لمجرد خطأ الادارة المتعاقدة

تتم ادارة المرفق باسم الملتزم، و الذي يستعين بعمال ليسوا أجراء، يخضعون لقواعد القانون الخاص، بحكم العلاقة الخاصة التي تربطهم بالملتزم

2 التزام المتعاقد مع الادارة بتنفيذ التزاماته شخصيا

عقد الامتياز له صلة وثيقة بالمرفق العام، لذلك اختيار المتعاقد يكون من حيث القدرة المالية و الفنية و التقنية و حسن السيرة، مما يجعل الاعتبار الشخصي عنصرا لازما في شخصية المتعاقد مع الادارة، و هو ما وجب تنفيذ الالتزامات للعد شخصيا و اساسه انتقائه لصفاته و كفاءته الشخصية [2]

---

[1] انور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني .. المرجع السابق ، ص 157

[2] محمود زكي شمس، الاسس العامة للعقود الادارية، التشريعات الناظمة للعقود الادارية، دفاتر الشروط العامة و الخاصة، الطبعة الاولى، الجزء الثاني، مطبعة الداودي دمشق، 2000 ، ص 1219

و يترتب على هذا الالتزام الشخصي عدم جواز التنازل عنه و عدم انتقاله لورثة المتعاقد، فموت الملتزم في عد الامتياز يؤدي الى فسخ العقد.

3 التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة

يقصد بها المواعيد الدورية لأداء الخدمات للمنتفعين بخدمات المرفق العام و يصبها في عاتقه، مقابلا لما يتمتع به من حقوق .

ثانيا : التزامات الملتزم المستمدة من طبيعة المرفق العام:

يعتبر التزاما لهذا المبدأ تطبيقا للقواعد العامة وفقا لمبدأ حسن النية الذي يجب توافره في جميع العقود عند تكوينها و تنفيذها، و لتنفيذ عقده وجب عليه بذل عناية حريصة يتطلبها اشتراكه في تنفيذ الخدمات التي يقدمها المرفق العام، و كذلك احترام المبادئ العامة التي تحكم سير المرفق العام و التي تمثل النظام العام لها ، و يحكم سير المرافق العامة ثلاثة مبادئ اساسية هي:

أ –مبدأ دوام سير المرافق العامة بنظام واطراد: و يأتي هذا المبدأ في مقدمة المبادئ التي تحكم سير المرفق العام.

و من بين المبادئ العامة التي تنجم على الاخذ بها المبدأ ما يلي:

- تحريم اضراب العاملين بالمرافق العامة
- تنظيم استقالة الموظفين و العاملين بالمرفق وذلك لعدم الاختلال لسير هذا المرفق
- الاخذ بنظرية الموظف الفعلي
- تقدير سلطات فعالة للإدارة عند تعاقدها

ب – مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل و التغيير:

يرتكز هذا المبدأ على ان المصلحة العامة ليست امرا جامدا، يمكن ان يتبدل وفقا لحاجيات الجمهور و تطور التقنيات وفقا لتلاقي المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة للملتزم

الذي يدير المرفق من أجل تحقيق الربح [1] ، على ان يساير المرق طرق التسيير الجديدة، و قاعدة تأقلم المرفق العام ليست قانونية، فهي حق للإدارة في التعديل الاحادي، مما يقتضي وجوب تطور المرفق العام حسب ما تقتضيه المصلحة العام مما يخضع مباشرة لهذه التغييرات و التعديلات.

ثم مبدأ المساواة بين المنتفعين امام المرافق العامة و هناك انواع من المساوة مثل التي تكون امام الاعباء العامة، و امام المرافق العامة فالجميع يستفيدون منه بطريقة متساوية من خلال المساواة في معاملة المرتفقين [2].

المبحث الثاني

نهاية عقد الامتياز

من خصائص عقد الامتياز طول مدته، مما يسمح للملتزم من استعادة الاعباء و الانفاق الذي تكبده في سبيل اعداد و تهيئة المرفق العام لتقديم الخدمات و تحقيق جانب من الربح، و بذلك نتطرق الى طرق نهايته في (المطلب الاول)، و نتائج نهايته في (المطلب الثاني).

المطلب الاول

طرق نهاية عقد الامتياز

عقد الامتياز من العقود المحددة المدة، و استمرار الملتزم في ادارة و استغلال المرفق العام حتى انقضاء المدة المتفق عليها في العقد، و هو ما يسمى بالنهاية الطبيعية لعقد الامتياز في (الفرع الاول) و لأسباب اخرى ينتهي العقد قبل المدة المتفق عليها و هو ما يعرف بالنهاية المبسترة في (الفرع الثاني)

[1] يسرى العصار، مداخلة تحت عنوان " ادارة المرفق العام، الملتقى العربي الثالث لتطوير العلاقة بين القانونين و الاداريين (أثر تكنولوجيا المعلومات على النشاط القانوني و الاداري)، مصر يومي 15، 17 ديسمبر 2003، ص 196.

[2] عائشة نشادي، اعادة هيكلة قطاع البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع ادارة و مالية الجزائر 2004 ، 2005 ص 62.

الفرع الاول

النهاية الطبيعية لعقد الامتياز

ينتهي عقد الامتياز الى طائفة العقود الزمنية و بالتالي فهو عقد زمني [1] تنقضي المدة الزمنية المحددة لنفاذه بقوة القانون [2] ، و تبدأ المدة من تاريخ المصادقة النهائية عليه، و بنهاية المدة تتوقف جميع الالتزامات و حقوق الطرفين ، و يمكن لهما تجديد العقد و لا يمكن تمديده، اذ يحق للملتزم القديم عند انقضاء عقده القديمان يتقدم مرة اخرى لمدة جديدة و بمقتضى عقد جديد، على شرط اولوية الملتزم القديم عند التجديد ان رغبت الادارة في الاستمرار معه في ادارة المرفق العام محل التعاقد و في حالة التجديد يفضل الملتزم القديم عند تساوي الظروف بينه و بين المتقدمين الجدد لما له من خبرة في ادارة المرفق.

و في حالة عدة التجديد و ارادت الادارة ان يبقى المرفق مسيرا من قبل الخواص فإنها ستلجأ الى التأجير و هذا جاء في التعليمة 842/03 على انه:

<< و على هذا الاساس فقد يحدث ان تكون منشآت المرفق العام الضرورية لاستغلاله قائمة اثناء ابرام العقد ... و التي تكون قد اقيمت من طرف الجماعات المحلية نفسها و في هذا الاطار فإن استغلال المرفق العام لا يكون محل امتياز و انما محل تأجير >>.

[1] بوهالي نوال، الجزائرية للمياه، مرف عام، المرجع السابق، ص 200

[2] شروق اسامة عواد حجاب، النظرية العامة للتفويض الاداري و التشريعي (دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع القاهرة ، 2009 ص 560.

الفرع الثاني

النهاية المبسترة لعقد الامتياز

قد ينتهي عقد الامتياز قبل المدة المحددة لنفاذه، و هو ما يؤدي الى وضع حد لهذا العقد قبل حلول اجله، لكن هناك خاصيتين اساسيتين تقوم عليهما الاحكام المنظمة و هما[1] :

- صلة العقد الوثيقة بالمرفق العام
- جسامة المبالغ التي يستلزمها اعداد المرافق العامة التي تستلزم حماية الملتزم و هو ما يؤدي الى وضع حد لهذا العقد قبل حلول اجله في صورة نهاية مبسترة من خلال اسقاط الالتزام (اولا), و نظرا للسلطات التي تتمتع بها الادارة المستمدة من طبيعة العقد المرتبط بالمرفق فبها حق استرداده (ثانيا)، ولأسباب اقوى يترتب عنها فسخ العقد (ثالثا).

أولا : اسقاط الالتزام

يعتبر اسقاط الالتزام فسخ العقد من طرف الادارة في حق الملتزم بإرادتها المنفردة كعقوبة له نتيجة لخطأه او اخلاله الجسيم بشروط و احكام عقد الامتياز [2] مما يؤدي الى انتهاء الامتياز نهاية مبسترة, وقبل انقضاء مدة العقد، اذ يحول الى متابعة صاحب الامتياز قضائيا اد ثبت سوء نيته او تعمده في الاخلال بالتزاماته التعاقدية .

كما جاء في نص المادة 39 من المرسوم التنفيذي رقم 41/94 المؤرخ في 29 يناير سنة 1994، التضمن كيفية استغلال مياه الحمامات المعدنية " يقرر الوالي عند انقضاء المهلة المحددة اعلاه و عند عدم امتثال صاحب الامتياز للإعذار وقف عملية المؤسسة مؤقتا الى حين تنفيذ الشروط المفروضة، و هو دون الاخلال بالمتابعات القضائية المنصوص عليها في التشريع المعمول به [3].

---

[1] سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق ص 793

[2] مصطفى ابو زيد فهمي: القانون الاداري ــ ذاتية القانون الاداري (الادارة العامة في معناها العضوي ــ الادارة العامة في معناها الوظيفي)، دار الجامعية ، مصر، طبعة 1993، ص 357.

[3] المرسوم التنفيذي 41/94 المتضمن كيفية استغلال مياه الحمامات المعدنية ، المرجع السابق ، ص 10.

ثانيا : استرداد المرفق

عملية استرداد المرفق العام تتمثل في الغاء عقد الامتياز قبل نهايته الطبيعية بموجب قرار فردي من الادارة دون خطا من جانب الملتزم لقاء تعويضه اذ تبين لها ان طريقة الالتزام لم تعد بموجب مع المصلحة العامة ، والاسترداد قد يكون منصوص عليه في العقد وقد يكون بموجب الاتفاق بين الاطراف المتعاقدة.

ويكون الاسترداد بقرار اداري رغم وجود نص يقضي بحق الادارة في اللجوء الية ولا يجوز للادارة المانحة للامتياز استرداد المرفق خلالها على اساس ان شروط الاسترداد الاتفاقي لا يمكن تطبيقها الا ابتداء من التاريخ المنصوص عليه في العقد

ومن حق الملتزم الحصول على تعويض كامل و هو تعويض اتفاقي ، قد ياخذ صورة مبلغ اجمالي او صورة اقساط سنوية لمدة محددة ، مع مراعاة الاسهم و النفقات التي يتكون منها راس المال وما انفق على تجهيز المرفق.

ثالثا : فسخ العقد

ينتهي عقد الامتياز بالفسخ و يعتبر نهاية استثنائية في انقضائه ، ويعتبر جزاء يوقع على الطرف الذي تراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، و يأخذ الفسخ انواعا ، فلا يقتضي دوما ارتكاب الملتزم لخطأ جسيم ، لذا لا يتبر عقبة تفرض على الملتزم لإخلاله بالالتزامات المفروضة عليه، ويتحقق في الحالات التالية :

1- الفسخ الاتفاقي :

و هو ذلك الفسخ الذي يتم باتفاق بين الطرفين الادارة و الملتزم قبل نهاية مدة عقد الامتياز، و يتم عن تراضي كامل، و يتولى الطرفين تقدير التعويض الذي يستفيد منه الملتزم و كيفية دفعه.

2- الفسخ بقوة القانون :

و تتمثل في القوة القاهرة، و حالة وفاة الملتزم.

آ- حالة القوة القاهرة :

حسب ما جاء في المادة 12 فقرة 03 من الاتفاقية النموذجية لامتياز الطريق السريع مختلف الظواهر الطبيعية الاستثنائية التي لا يمكن توقعها و لا مقاومتها و لا التغلب عليها و تجعل تنفيذ الخدمة او الاشغال مستحيلة و خارجة عن نطاق ارادة صاحب الامتياز.

و يتم التعويض مستحقا بعنوان القيمة المضافة التي أتى بها الملتزم على المرفق محل التعاقد.

ب – حالة وفاة الملتزم :

جاء في نص المادة 188 من القانون المدني الجزائري " مالم يتبين من طبيعة التعامل او نص القانون، ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام ..." ان المشرع هنا وضع شرطا لوفاة المتعاقد تؤدي بالضرورة الى انقضاء العقد[1].

3 - الفسخ القضائي :

يفسخ عقد الامتياز قضائيا بدعوى تقام من الملتزم او الادارة المانحة للامتياز و يأخذ صورتين :

آ – الفسخ القضائي بطلب من الملتزم : و يحدث في حالتين :

- حالة اخلال الادارة مانحة الامتياز بالتزاماتها التعاقدية
- حالة حدوث اضطرار الملتزم بسبب استعمال الادارة بحقها في التعديل و قد

نصت التعليمة 842/3.94 الصفحة 07 كما يلي : ((غير انه اذا اصاب الملتزم ضررا بسبب هذه التعديلات كإخلال التوازن المالي للعقد، يجوز له ان يطلب التعويض او الفسخ))[2].

[1] راضية بن مبارك : المرجع السابق ، ص 79

[2] التعليمة رقم 842/3.94، مرجع سابق، ص 07

ب- الفسخ القضائي بطلب من الادارة مانحة الامتياز :

بحكم طبيعة الادارة المانحة للامتياز محل عقد الامتياز و ادارية العقد منحت سلطات لمواجهة المتعاقد معها، منها فسخ العقد بإرادتها المنفردة و عليه نادرا ما تلجأ الادارة الى الفسخ القضائي، و يتعين عليها اعذار المتعاقد و اخطاره بالمخالفات المنسوبة اليه، و لا يخول هذا الفسخ القضائي اي حق في التعويض للملتزم عن الاضرار و الخسائر.

المطلب الثاني

نتائج نهاية عقد الامتياز

يجسد عقد الامتياز من بين العقود الهامة نظرا للأموال الباهظة، و من بين النتائج المخلفة و هي توقف أثار العقد من التزامات وحقوق كلا الطرفين، مما ينجم التساؤل عن مصير الاموال المادية المستعملة في المرفق محل التعاقدفي (الفرع الاول)، وعن تصفية الحسابات بين الملتزم و الادارة في (الفرع الثاني).

الفرع الاول

مصير الاموال المادية المستعملة في استغلال المرفق العام

يستعمل صاحب الامتياز عدة انواع من الاموال في سبيل اعداد و ادارة المرفق العام محل عقد الامتياز منها ما هو عقار و منها ما هو منقول، البعض يملكه و البعض الاخر تسلمه له الادارة ، و عادة ما ينص العقد على الاموال التي تؤول الى الدولة (اولا) عند نهاية مدة العقد ،ومنها التي تبقى ملكا للملتزم (ثانيا) ، مع الاتفاق على حق السلطة الادارية في شراء ما يلزم لتسيير المرفق العام (ثالثا).

اولا : الاموال التي تؤول الى الدولة مجانا

يتم تحديد هذه الاموال في دفتر الشروط وتشمل المنشآت و التجهيزات التي تمثل جزءا من الامتياز ، سواء كانت ملك لمانح الامتياز او الملتزم ، وتؤول الى السلطة الادارية بمجرد انقضاء العقد مجانا .

وتتمثل الايلولة المجانية [1] للدولة لهذه الادوات على اساس ان صاحب الامتياز منح الوقت الكافي لاستهلاك عمرها الانتاجي و تحقيق جانب من الارباح .

ثانيا : الاموال التي تبقى ملكا للملتزم

وهي الاملاك التي يملكها الملتزم خارج اموال التي تؤول الى الدولة ، و الاموال التي من حق الادارة شراءها ، حيث تبقى ملك لصاحب الامتياز ، وهي غير مشروطة للرجوع لمانح الامتياز ، وتبقى خاضعة للقانون الخاص ، و التي تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق محل العقد ، ومن هنا نستخلص ان الاموال التي يمكن اعتبارها مستقلة عن المرفق و منفصلة عنه و التي كلا لا يتجزأ عن المشروع الاساسي للامتياز.

ثالثا : الاموال التي من حق الادارة شراءها

الاموال التي للإدارة شراءها بمحض ارادتها عند انتهاء المدة للامتياز وهي الاموال كلا لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال الموضوع ، و عادة ما نكون من المنقولات [2] وتحدد هذه الطائفة دفتر الشروط و مدى حرية الادارة في شراءها.

---

[1] تنص المادة 1/81 من القانون 07/05 المتعلق بالمحروقات ، المرجع السابق على انه عند انقضاء مدة الامتياز للنقل بواسطة الانابيب تتحول ملكية جميع الهياكل و المنشآت التي تسمح بممارسة العمليات الى الدولة مجانا بدون اعباء "

[2] سليمان محمد الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، المرجع السابق ، ص 811

الفرع الثاني

تصفية الحسابات بين الملتزم و الادارة

تنص دفاتر الشروط على انه عند نهاية العقديتم اللجوء الى تصفية الحسابات بين ذلك التي تحدد الديون و التي تحدد الحقوق المتبادلة بين السلطة الادارية و صاحب الامتياز ،خاصة وان كانت هذه الاولى اي الادارة مانحة الامتياز قد التزمت في مواجهة صاحب الامتياز بضمان حد ادنى له من الربح و تكون قد تسببت بتحمله بعض الاعباء كما لو كان الملتزم مقصرا فيما يخص بصيانة الاموال التي تؤول الى الادارة مانحة الامتياز.

ويأخذ اجراء التسوية المالية اعتبارا التعويضات المستحقة بسبب الاخطار التعاقدية لاحد الطرفين،مثل اهمال صاحب الامتياز في صيانة المنشاة و الفسخ الجزائي

ويجب مراعاة بعض المبادئ مباشرة اجراء التسوية المالية للحسابات:

- ان التصفية المالية تخضع لشروط العقد على اساس النصوص و التنظيمات التي ينظمها عقد الامتياز ، وتخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين .
- ان التسوية المالية تتم وفقا للنية المشتركة للأطراف المتعاقدة
- ان التسوية المالية تتطلب من الملتزم تقديم الحسابات [1]

[1] محمد محمد عبد اللطيف ، تفويض المرفق العام ، دار النهضة العربية القاهرة ، 2000، ص 242 وما يليها.

الخاتمة

الفهرس

قائمة المراجع

الخاتمة

يعتبر عقد الامتياز من العقود الإدارية التي تتم وفق التزام طرفين وتتمثل أطرافه في السلطة الادارية مانحة الامتياز ، وصاحب الملتزم وهذا الاخير قد يكون شخصا عاما او خاصا ، وطنيا او اجنبيا يهدف الى تسيير واستغلال مرفق تابع للدولة كل بحسب قطاعه .

ولعقد الامتياز خصائص تميزه عن العقود الاخرى وله اركان العقود المدنية.

تكتسي اهمية عقد الامتياز خاصة بعد التوجه السياسي الذي عرفته الجزائر ،الانتقال من الاقتصاد الاشتراكي الى الاقتصاد الليبرالي وهذا بعد دستور 1989.

واصبحت المرافق العمومية تكلف الدولة اعباء ثقيلة ، واموال طائلة وهذا لسوء التسيير المتمثل في نقص الخدمات وعدم تلبية حاجيات العامة للجمهور ،والزيادة في حجم ميزانية الدولة ،مما حتم على الدولة اشراك القطاع الخاص في تسيير جزء من الاموال العامة دون التنازل عن ملكيتها ، وهناك من اعتبروه نوع من انواع الخوصصة

وتمكن اهمية دراستنا في الكشف عن مدى ملائمة الاحكام والتشريعات القانونية ومسايرة هذا النوع من العقود ومطابقتها والواقع العملي ،لان اهمية القوانين تكمن في ترشيد النفقات العامة

وتناولنا الاليات المستعملة لتسيير المرافق العمومية عن طريق الامتياز ومختلف المراحل والانظمة التي مرت بها الجزائر في الكشف عن مفهومه ،نشأته ،اثاره وطرق نهايته .

فبالرغم من السياسة المنتهجة من طرف الدولة في السير نحو هذا النوع من العقود الا ان الفقه لم يرقى في معالجته للقضايا العائدة للامتياز إلا بلمحات ونبذات قليلة جدا تحد من تطور نظام الامتياز عندنا .

فلابدا من اعادة النظر في هذا التشريع وتطويره تلبية للحاجة المستخدمة ومسايرة ركب الدول المتطورة في هذا الميدان مثل فرنسا ومصر وغيرها .

كما يلاحظ في النصوص القانونية التي تناولناها في موضوع الامتياز انها لم تقم بتوضيحات بين اطراف المرفق العام ،علاقة الملتزم مع المنتفعين ،مع الادارة المانحة للامتياز ،خاصة فيما يتعلق بمسؤولية كل واحد من هؤلاء اي تحديد كل المسؤوليات .

ومن هذا كله حبذ لو وضع قانون عام وجامع حول تفويض المرفق العام وخاصة عقد الامتياز. مثل قانون الصفقات العمومية وغيره من القوانين .

وقبل الخوض في الانظمة القانونية في ادارة وتسيير المرافق العمومية يجب اج راء دراسة وافية مع الاستفادة من التجارب السابقة والاخطاء والاشكالات التي وقعت فيها المرافق العمومية سابقا ،ودراسة تجارب الدول الاخرى وانتقاء ما هو ايجابي مع مراعاة واقع النمط العملي المعمول والمنتهج به في الجزائر امام هذه العقبات التي حاولنا توضيحها من خلال هذه الدراسة نقترح جملة من الحلول لعلها تجعل من اسلوب عقد الامتياز اسلوبا ناجعا في تسيير المرفق العام ومن بينها :

- ان تكون اوجه الرقابة التي تمارسها السلطة الادارية مبنية على معايير المصلحة العامة وليست على المصالح الشخصية و التوجهات السياسية .
- انشاء نصوص تشريعية واضحة وقانون شامل وجامع لتس يير المرافق العامة عن طريق عقد الامتياز .
- الجدية في انتقاء الملتزمين على اساس المساواة و حسب الكفاءة في التسيير، وتقديم المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة وإضفاء طابع الشفافية كقانون الصفقات العمومية .
- تشجيع الخواص على ابرام عقد الامتياز من خلال تقديم المساعدات من طرف الدولة .
- الحد من ممارسة الادارة للسلطات التي تتمتع بها ، خاصة سلطة توقيع الجزاءات والعقوبات وجعلها مقتصرة على القضاء فقط .

قائمة المراجع

اولا : المراجع باللغة العربية

1 : النصوص القانونية

آ- النصوص التشريعية

1. القانون رقم 17/83 المؤرخ في 16 جويلية 1983، يتضمن قانون المياه، الجريدة الرسمية عدد 30 الصادر بتاريخ 16 جويلية 1983 (ملغى)
2. الامر رقم 13/96 المؤرخ في 16 جوان 1996، و يتضمن قانون المياه، الجريدة الرسمية عدد 37 الصادر بتاريخ 16 جوان 1996 (ملغى)
3. القانون رقم 12/05، المؤرخ في 04 أوت 2005، يتضمن قانون المياه ، الجريدة الرسمية عدد 60، الصادر بتاريخ 04 ديسمبر 2005، معدل و متمم بالقانون رقم 03/08 المؤرخ في 23 جانفي 2008، الجريدة الرسمية عدد 04 الصادر بتاريخ 27 جانفي 2008، والقانون 02/09 المؤرخ في 22 جويلية 2009، الجريدة الرسمية عدد 26 الصادر بتاريخ 26 جويلية 2009.
4. القانون رقم 03/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 يحدد شروط و كيفيات استغلال الاراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، الجريدة الرسمية عدد 40 الصادر بتاريخ 20 أوت 2010
5. الامر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، متمم بالقانون رقم 01/89 المؤرخ في 07 فيفري 19899، الجريدة الرسمية عدد 06 الصادر بتاريخ 08 فيفري 1989 و القانون رقم 10/05، المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية عدد 44 الصادر بتاريخ 26 جوان 2005.
6. القانون رقم 14/08، المؤرخ في 20 جويلية 2008، المعدل و المتمم للقانون 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 يتضمن قانون الاملاك الوطنية ، الجريدة الرسمية ، سنة 2003 العدد 11.

7. القانون رقم 11/11 المؤرخ في 18 جويلية 2011 يتضمن قانون المالية التكميلي، الجريدة الرسمية العدد 40، المؤرخة في 20 جويلية 2011.
8. القانون رقم 09/90، المؤرخ في 07 أفريل 1990 يتضمن قانون الولاية، الجريدة الرسمية عدد 15 الصادر بتاريخ 11 افريل 1990 (ملغى).
9. القانون رقم 08/90، المؤرخ في 07 أفريل 1990 يتضمن قانون البلدية، الجريدة الرسمية عدد 15الصادر بتاريخ 11 أفريل 1990 (ملغى).
10. القانون رقم 02/03، المؤرخ في 17 فبراير 2003، المحدد للقواعد العامة لاستعمال و استغلال السياحيين للشواطئ، الجريدة الرسمية سنة 2003، العدد 11.

ب – المراسيم

1. المراسيم الرئاسية

1. المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 58، الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 2010، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 98/11، المؤرخ في 01 مارس 2011 ، الجريدة الرسمية عدد 14، الصادر بتاريخ 06 مارس 2011، و المرسوم الرئاسي رقم 222/11 المؤرخ في 16 جوان 2011، الجريدة الرسمية عدد 34 الصادر بتاريخ 19 جوان 2011، و المرسوم الرئاسي رقم 23/12، المؤرخ في 18 يناير 2012، الجريدة الرسمية عدد 04، الصادر بتاريخ 26 يناير 2012، و المرسوم الرئاسي رقم 03/13، المؤرخ في 13 يناير 2013، الجريدة الرسمية عدد 02، الصادر بتاريخ 13 جانفي 2013.

2. المراسيم التنفيذية :

1. المرسوم التنفيذي رقم 266/85 المؤرخ في 29 أكتوبر 1985 يتضمن دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتيازات في تسيير تجهيزات الري في المساحات المسقية و استغلالها و صيانتها، الجريدة الرسمية عدد 45 الصادرة بتاريخ 30 اكتوبر 1985 (ملغى).
2. المرسوم التنفيذي رقم 253/97 المؤرخ في 08 جويلية 1997 يتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب و التطهير، الجريدة الرسمية عدد 46 الصادر بتاريخ 08 جويلية 1997.

3. المرسوم التنفيذي رقم 152/09 المؤرخ في المؤرخ في 02 ماي 2009، يحدد شروط و كيفيات منح الامتياز على الاراضي التابعة لأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ، الجريدة الرسمية العدد 27
4. المرسوم التنفيذي رقم842/3.94 المؤرخة في 07 سبتمبر 1994 الصادرة عن وزارة الداخلية و الجماعات المحلية بعنوان : امتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها.
5. المرسوم التنفيذي رقم346/11 المؤرخ في 26 سبتمبر 2011 يحدد كيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل على مستوى الحواجز المائية السطحية و البحيرات لتطوير النشاطات الرياضية و الترفيه الملاحي، الجريدة الرسمية عدد 54، الصادر بتاريخ 02 أكتوبر 2011.
6. المرسوم التنفيذي رقم 308/96، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، يتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، الجريدة الرسمية عدد 55، الصادر بتاريخ 25 سبتمبر 1996.

3- الكتب

1) علي خطار شطناوي، مبادئ القانون الإداري، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان الاردن، سنة 2003.
2) ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري ، الجزء الثالث، الطبعة الأولى سنة 2004
3) سليمان ممد الطماوي, الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، مطبعة عين شمس ، مصر سنة 1991.
4) سليمان ممد الطماوي, الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي عين شمس ، سنة 1999.
5) جابر جاد نصار عقود البوت و التطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 2002.
6) احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الاول، منشأة المعارف، الاسكندرية سنة 1998.
7) وليد حيد جابر، طوق ادارة المرافق العامة، المؤسسة العامة و الخصخصة، الطبعة الاولى منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009.

8) محمود عاطف البنا، العقود الادارية ، الطبعة الاولى ، دار الفكر العربي، القاهرة 2007.
9) انيس جعفر، العقود الادارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات و المزايدات و تطبيقية القانون 79 سنة 1997، الخاص بالمزايدات و المناقصات في مصر و لائحته التنظيمية مع دراسة لعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
10) مهند مختار نوح، الايجاب و القبول في العقد الاداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2005.
11) عصام احمد البهجي، عقود البوت، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة (دراسة تحليلية للتنظيم القانوني و التعاقدي لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص بأسلوب البناء و التملك و التشغيل و نقل الملكية للدولة)، دار الجامعة الجديدة الازاريطة 2008.
12) محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
13) مصطفي ابو زيد فهمي، القانون الاداري، ذاتية القانون الاداري(الادارة العامة في معناها العضوي ــ الادارة العامة في معناها الوظيفي) الدار الجامعية، مصر سنة 1993.
14) انور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني (المقاولة ــ التزام المرافق العامة ــ عقد العمل ــ عقد الوكالة ــ عقد الوديعة ــ عقد العارية ــ الحراسة) معلقا على نصوصها بالفقه و احكام النقض، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف، القاهرة 2002.
15) شروق اسامة عواد حجاب، النظرية العامة للتفويض الاداري و التشريعي (دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، الدار الجامعية الجديدة للنشر و التوزيع ، القاهرة 2005.
16) محمود زكي شمس، الاسس العامة للعقود الادارية في سوريا، لبنان، مصر، التشريعات الناظمة للعقود الادارية، دفاتر الشروط العامة و الخاصة، ماهية العقد الاداري و أركانه، و شروطه، التعليمات و البلاغات الصادرة عن مجلس الوزراء ، نماذج من العقود الادارية، الاجتهادات القضائية الادارية، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، مطبعة الداودي السورية 2000.
17) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الادارة عن تصرفاتها القانونية ، القرارات و العقود الادارية في فقه و قضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، القاهرة 2007.

18) محمد الصغير بعلي، العقود الادارية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، الجزائر 2005.
19) ماجد راغب الحلو، العقود الادارية ، تحديد العقد الاداري ، تكوين العقد الاداري، تفسير العقد الاداري، انواع العقد الاداري، شرعية العقد الاداري، التحكيم و العقد الاداري، التصـــــــالح و العقد الاداري، العقد الاداري الالكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر ، القاهرة 2007.

4- الرسائل و المذكرات:

آ- المذكرات

1) بن مبارك راضية، التعليق على التعليمة رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع ادارة و مالية ، كلية الحقوق، الجزائر 2001-2002.
2) بوهالي نوال، الجزائرية للمياه، مرفق عام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع : الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق، الجزائر 2008-2009.

ب- المقالات :

1) بن علية حميد ، ادارة المرافق العامة عن طريق الامتياز، دراسة التجربة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ، عدد 03 ،2005، ص ص 115-151 .
2) شايب باشا كريمة، عقد الامتياز و دوره كألية لاستغلال العقار الموجه للاستثمار الصناعي في الجزائر ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ، العدد 01،الجزائر 2012 ،ص ص209-231 .
3) عمربن ابو بكر باخشب، النظام القانوني لنظام الامتياز، مجلة القانون و الاقتصاد للبحوث القانونية و الاقتصادية، عدد 64، القاهرة 1994، ص ص 156-205.
4) بن شعلال الحميد ، عقد الامتياز كألية لخوصصة تسيير المرفق العام في الجزائر ، الملتقى الوطني حول اثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية ، القطب الجامعي تاسوست (جيجل) يومي 30 نوفمبرو 01 ديسمبر 2011.

5) شارفارش تورجيان، الجوانب القانونية لامتيازات النفط في الشرق الاوسط، مجلـــــــــــــــة الحقوق و الشريعة، السنة الخامسة ،العدد الأول، مطبعة هاماسكين، الكويت 1981، ص ص281–290.

6) يسرى العصار ، مداخلة تحت عنوان : إدارة المرفق العام الملتقى العربي الثالث لتطوير العلاقة بين القانونيين و الإداريين (اثر تكنولوجيا المعلومات على النشاط القانوني الإداري) مصر ، يومي 15و17 ديسمبر 2003 .

5: المواقع الالكترونية :

www.joradp.dzالنصوص القانونية في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية

1) OUVRAGES :

a) DE LAUBADERE André traite théorique et pratique des contrats administratifs, tome 02, LGDJ, Paris 1956.

2) ARTICLES :

a) FOUASSIER Christophe : vers un véritable droit communautaire des concessions ? Audace et imprécision d'une communication interprétative, in RTDE, N° 04 DALLOZ, 2000, PP 674 – 704.

الفهـــــــــــــرس

مقدمة	
الفصل الاول : ماهية عقد الامتياز	3
المبحث الاول : مفهوم عقد الامتياز	3
المطلب الاول : تعريف عقد الامتياز	4
الفرع الاول : التعريف الفقهي لعقد الامتياز	4
الفرع الثاني : التعريف التشريعي لعقد الامتياز	6
الفرع الثالث : التعريف القضائي لعقد الامتياز	8
المطلب الثاني : اركان عقد الامتياز و خصائصه	9
الفرع الاول : اركان عقد الامتياز و اطرافه	9
اولا: اركان عقد الامتياز	9
ثانيا : اطراف عقد الامتياز	13
الفرع الثاني : خصائص عقد الامتياز	14
اولا : عقد الامتياز عقد اداري	14
ثانيا : عقد الامتياز عقد زمني طويل المدة	15
ثالثا : عقد يرتب حق الانتفاع	16
المبحث الثاني : تكوين عقد الامتياز و تكييفه	17
المطلب الأول : تكوين عقد الامتياز	17
الفرع الأول : اختيار صاحب الامتياز	17
الفرع الثاني : إبرام عقد الامتياز	19
أولا : صدور القرار بالتعاقد	19
ثانيا : انعقاد العقد	19
ثالثا : وثائق عقد الامتياز	20

المطلب الثاني : تكييف عقد الامتياز و تمييزه عن غيره	23
الفرع الأول : تكييف عقد الامتياز	23
أولا : الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز	23
ثانيا : الطبيعة التعاقدية لعقد الامتياز	24
ثالثا : الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز	25
رابعا : الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز	25
الفرع الثاني : تمييز عقد الامتياز عن غيره من العقود المشابهة له	27
أولا : تمييز عقد الامتياز عن عقد البوت (B.O.T)	27
ثانيا : تمييز عقد الامتياز عن عقد التسيير	30
ثالثا : تمييز عقد الامتياز عن عقد تأجير استغلال المرافق العامة	31
رابعا : عقد الامتياز للأشغال العامة	33
الفصل الثـــــــاني : أثار عقد الامتياز	34
المبحث الأول: أثار عقد الامتياز	35
المطلب الأول: تنفيذ عقد الامتياز	35
الفرع الأول : حقوق الإدارة المانحة للامتياز	36
اولا : حق الرقابة على إنشاء و إعداد المرفق العام وسيره	37
ثانيا:حق تعديل النصوص التنظيمية الواردة في العقد دون الوقوف على ارادة الملتزم	38
ثالثا : حق توقيع الجزاء	39
الفرع الثاني : حقوق الملتزم	44
اولا : حقوق الملتزم الثابتة في جميع عقود الامتياز	45
ثانيا : حقوق الملتزم الثابتة في بعض عقود الامتياز	50
المطلب الثاني : المنازعات الناشئة عن عقد الامتياز	52
الفرع الأول : التزامات الإدارة في عقد الامتياز	52

اولا : منح التراخيص اللازمة لصاحب الامتياز	52
ثانيا : التقيد بحقوق الامتياز	53
الفرع الثاني : التزامات الملتزم في عقد الامتياز	54
اولا : التزامات الملتزم المستمدة من عقد الامتياز	54
ثانيا : التزامات الملتزم المستمدة من طبيعة المرفق العام	55
المبحث الثاني : نهاية عقد الامتياز	56
المطلب الاول : طرق نهاية عقد الامتياز	56
الفرع الاول : النهاية الطبيعية لعقد الامتياز	57
الفرع الثاني : النهاية المبسترة لعقد الامتياز	58
اولا : اسقاط الالتزام	58
ثانيا : استرداد الالتزام	59
ثالثا : فسخ العقد	59
المطلب الثاني : نتـــائج نهاية عقد الامتياز	61
الفرع الاول : مصير الاموال المادية المستعملة في استغلال المرفق العام	61
اولا : الاموال التي تؤول الى الدولة مجانا	62
ثانيا : الاموال التي تبقى ملكا للملتـــــــــزم	62
ثالثا : الاموال التي من حق الادارة شرائها	62
الفرع الثاني : تصفية الحسابات بين الملتزم و الادارة	63
الخـــــــــــــــاتمـــــــــــــــــة	64
قـــــائمة المـــــــراجـــــــــــع	66
الفهـــــــــرس	72