وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عباس لغرور خنشلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

نيابة العمادة للدراسات في التدرج

عقد الامتياز في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون اداري

اعداد الطالبان:

طاوس أيوب

علاء الدين بلفوناس

اشراف الدكتورة:

جبايلي صبرينة

الاسم وللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الاصلية	الصفة
زياد عادل	أستاذ اتعليم العالي	جامعة خنشلة	رئيسا
مزيتي فاتح	أستاذ محاضر أ	جامعة خنشلة	عضوا ممتحنا
جبايلي صبرينة	أستاذ تعليم العالي	جامعة خنشلة	مشرفا و مقررا

2024/2023

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وإهداء

الحمد الله أولا واخرا ' الحمد لله ملا الســـماوات والأرض وما بينهما ' الحمد الله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه.

نتقدم بوافر الشــكر والعرفان وجزيل الامتنان الى أســتاذتي الفاضــلة "صــبرينة جبايلي "التي تفضــلت أن تكون مشــرفة لهذا المذكرة لما قدمته من عطاء وبذلها من جهد ســاهم في هذا العمل لها كل الاحترام والتقدير.

كما نتقدم أيضا بالشكر والتقدير الى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة شكرا جزيلا لكم جميعا.

كما نتقدم بالشكر الى كل أساتذة كلية الحقوق لجامعة عباس لغرور خنشلة

مقدمة

تمهيد

تحتل المرافق العامة في أي دولة من دول العالم أهمية خاصة وذلك بتقديم الخدمات العامة "لمواطنيها ولذلك تعتمد كل دولة على إدارة مرافقيها وفقا لمقتضيات المصلحة العامة.

وتختلف طرق ادارة المرافق العامة باختلاف سياستها حيث تستطيع الدولة اعتماد أسلوب الإدارة المباشرة لتسيير مرافقها أو الإدارة الغير مباشرة حيث يكون تسييرها من طرف. أشخاص القانون الخاص سواء أشخاص طبيعية أو معنوية

ويعد عقد الامتياز من أبرز وأشهر العقود الادارية، وقد تحددت طبيعته الادارية وفقا لمقوماته الذاتية التي ميزته عن اي عقد اداري آخر سواء لموضوعه او لاتصاله المباشر بالمرفق العام او لشروطه المتميزة والتي أبرزها وجود الشروط اللائحية التي يتعين على المتعاقد قبولها، وتفرض بها الادارة وجودها المباشر على نشاط المرفق الي جانب الشروط التعاقدية الاخرى التي نراها تلقي على الادارة المتعاقدة التزامات تعاقدية شانها شان اي رابطة تعاقدية أخرى.

حيث ظهر عقد الامتياز في فرنسا إبتداءً من القرن 16، ومنذ نشأته ظل في تطور مستمر وتعددت صورة مع السنين فكان في البداية يشمل فقط على حفظ وصيانة منشآت معينة، أما في القرن 18 أصبح موضوع عقد الامتياز على المرافق العامة، ومع بداية القرن 19 شهد

أسلوب الامتياز تغيرًا جوهريا تمثل أولا الربط بين الامتياز من جهة والملكية من جهة أخرى، وثانيا في تحرر المرفق العام وعدم ارتباطه بمفهوم الأشغال العامة.

ونظرا لهذه الأهمية البالغة التي يحظى بها عقد الامتياز قام المشرع الجزائري بتنظيم أحكامه منذ القدم في مجموعة متنوعة من القوانين واخر تنظيم تناول عقد الامتياز في أحكامه المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام المؤرخ في 02 أوت 2018.

وعليه ستقوم دراستنا على عقد الامتياز وفقا للمرسوم التنفيذي 189-199 المتعلق بتفويض المرفق العام المؤرخ في 02 أوت 2018 في مذكرتنا هذه التي تحت عنوان" **عقد الامتياز الاداري**"

أهمية الموضوع:

تتمثل أهمية دراسة عقد الامتياز في أنه يعتبر أسلوب ناجع وفعال لتسيير المرافق العمومية حيث تحول من أسلوب إداري إلى اداة تنشيط اقتصادي وإلى وسيلة لربح تحدي الخصخصة للانتقال الفعلي من الاقتصاد الموجه إلى الاقتصاد الحر.

الإشكالية:

نظرا لأهمية عقد الامتياز في التشريع الجزائري من خلال تحقيق الاتصال بين القطاع العام والخاص بغرض تحقيق المصالح المشتركة بين القطاعين من خلال تقديم الخدمات للجمهور، نطرح التساؤل الآتي: **ما مدى نجاعة عقد الامتياز في تسيير المرافق العامة ؟**

وللإجابة عن هذه الإشكالية المطروحة لابد من الإجابة عن هذه الأسئلة التي تثار حول هذا الموضوع أولا وتتمثل في:

ما هو مفهوم عقد الامتياز؟ كيف يتم تكوين عقد الامتياز؟

ما هي آثار عقد الامتياز؟

أسباب اختيار الموضوع:

وقد دفعنا لدراسة هذا الموضوع جملة من الأسباب البعض منها ذاتية و أخرى موضوعية نلخصها فيما يلي :

- **أسباب الذاتية:**

الرغبة الذاتية في البحث في الموضوع اذ يعتبر من المواضيع الهامة باعتبارها أحد اهم الاليات الفعالة ذات العلاقة بالتنمية الاقتصادية من خلال تحقيق الاتصال بين القطاع العام والخاص

- **أسباب الموضوعية:**

يعود سبب اختيارنا لموضوع عقد الامتياز كونه من المواضيع التي تدخل ضمن الاختصاص الذي ندرسه الا هو القانون الإداري اذ يعتمد على وسائل القانون العام والقانون الخاص معا

أهداف الموضوع:

تهدف درستنا لهذا الموضوع الى:

- ضبط وتحديد مفهوم عقد الامتياز ومدى ناجعته في تحقيق المصلحة العامة

- ابراز مدى أهمية عقد الامتياز كألية فعالة في التنمية الاقتصادية

المنهج المتبع:

وللإجابة على هذه الاشكالات لابد من البحث في مختلف القوانين، التي تناولته وهي دراسة وصفية تحليلية، باعتمادنا على المنهج الوصفي التحليلي بتحليل المواد القانونية والآراء الفقهية التي لها صلة بالموضوع.

الدراسات السابقة:

وفي سبيل الإحاطة بهذا الموضوع استعانا بدراسات سابقة نذكر منها:

أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون تخصص قانون العقود، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013.

حيث تم التطرق في هذه المذكرة إلى مفهوم عقد الامتياز الإداري من خلال دراسة مختلف القوانين المتعلقة بالموضوع مع تحديد طبيعته وتمييزه عن باقي العقود الإدارية والتطرق إلى نظام تكوينه والآثار المترتبة عنه والمنازعات الناشئة عنه وطرق نهايته.

لعلاونة خليل عقد الامتياز في التشريع الجزائري مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر لسنة 2019 جامعة عباس لغرور خنشلة والذي تناول فيها الإطار القانوني لعقد الامتياز وإجراءات تكوينه بالإضافة الى ضوابط عقد الامتياز والمنازعات الناشئة عليه

صعوبات الدراسة:

الصعوبات التي واجهتنا في دراستنا هي:

- ضيق الوقت وتشعب الموضوع وكثرة الجزئيات التي يعالجها
- قلة المراجع الجزائرية المتخصصة التي عالجت عقد الامتياز الاداري.

الخطة المتبعة:

للإجابة عن الإشكالية المطروحة قمنا بتقسيم دراستنا إلى فصلين كالاتي:

الفصل الأول: الإطار القانوني لعقد الامتياز

المبحث الأول: ماهية عقد الامتياز

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الامتياز وتمييزه عما يشبهه

الفصل الثاني: الإطار التنظيمي لعقد الامتياز

المبحث الأول: تكوين عقد الامتياز

المبحث الثاني: اثار عقد الامتياز

خاتمة

الفصل الأول: الإطار القانوني لعقد الامتياز

الفصل الأول: الإطار القانوني لعقد الامتياز

يلعب عقد الامتياز دورا فعالا ومزدوجا من خلال تخفيف عب التسيير على الدولة من جهة، وتلبية الاحتياجات العامة للجمهور من جهة أخرى كما أصبح هذا الأسلوب كألية فعالة تلجا اليها الإدارة لاشتراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة. للاستفادة من مهارات القطاع الخاص. وللحصول على جودة عالية في تلبية رغبات الافراد والمنتفعين من جهة اخرئ

ســـوف نتطرق من خلال هذا الفصـــل تحديد الإطار القانوني لعقد الامتياز من خلال وفقا للتقسيم التالي:

المبحث الاول: ماهية عقد الامتياز

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الامتياز ومايشابهه

المبحث الأول: ماهية عقد الامتياز

يعد عقد امتياز المرفق أو عقد التزام المرفق كما يسميه البعض من اهم العقود الإدارية المسماة تلجأ إليه الإدارة للحصول على كثير مما تحتاج إليه من سلع وخدمات والتي تشكل حاجات اساسية للمواطنين، مما يجعل لهذا العقد خصوصية معينة.[1]"

كما يمكن القول إنه اتفاق تكلف الإدارة بمقتضاه شخصا طبيعيا او اعتباريا بتأمين تشغيل مرفق عام وهو أسلوب للتسيير[2].

وعقود الامتياز تعتبر وسيلة لمواكبة اقتصاد السوق وما يمليه من رهانات الشفافية والمنافسة، والذي يعتبر الصورة الأكثر شيوعا لتفويض المرفق العام لذا ستناوله في المبحث الأول بنوع من التفصيل بداية من مفهوم عقد الامتياز (المطلب الأول) وخصائص عقد الامتياز اركانه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم عقد الامتياز

نظرا للأهمية العملية لعقد الامتياز والتي فرضت على الساحة القانونية مما جعل القانون يفرد له نصوصا معرفا إياه والفقه محاول الوصول للتعريف الجامع والقضاء يحاول وضع مفهوم له نستعرض التعريفات ومراحل التطور في أربع مطالب على التوالي

[1] هشام عبد السيد الصافي لضوابط العامة لعقد الامتياز دراسة مقارنة بين الجزائر ومصر، مجلة الاستاذ الباحث، العدد الرابع ديسمبر، ص.9

[2] ناصر لباد، الاساسي في القانون الإداري دار المجد للنشر والتوزيع الجزائر، ط2- 2011- ص 164

الفرع الأول: التعريف لعقد الامتياز

اختلفت تشريعات في تحديد مفهوم قانوني لعقد الامتياز وكنموذج سنأخذ بالتعريف من القانون الجزائري.

اولا: التعريف التشريعي

ان عقد الامتياز في الجزائر له إطار قانوني خاص به بالاطلاع على مجمل القوانين والمرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرافق العامة الذي نص على عقد الامتياز من خلال المادة 53 الفقرة 1 والذي جاء فيها " عقد الامتياز هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام " [1].

من خلال هذا النص نستنتج أن المشرع الجزائري قام بحصر عقد الامتياز في إنجاز المنشآت واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام من قبل السلطة المفوضة التي تعهد للمفوض له بذلك. وقد عرف القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه عقد الامتياز على أنه " يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه، الذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام، لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص يقدم طلبا بذلك طبقا للشروط المحددة في هذا القانون والكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم" [2].

النصوص القانونية لقد تعرضت بعض القوانين لتعريف عقد الامتياز ومن بينها:

---

[1] المادة 01/53 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 اوت 2018، المتضمن تفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 48، الصادرة في 05 اوت 2018، ص 10.

[2] المادة 76 من القانون 05-12، المؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه، الجريدة الرسمية عدد 60، الصادرة في 04 سبتمبر 2005.

ونجد تعريفه من حيث الأسلوب والتسيير في المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 210 الفقرة 3 والتي تعرف الامتياز " تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما بإنجاز المنشآت أو اقتناء ممتلكات لإقامة المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته تحت مراقبة لسلطة المفوضة ويتقاضى على ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام يمول المفوض له للإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام نفسه[1]

بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي 483-97 والخاص بمنح امتياز قطع أرضية من الأملاك الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية عرفه بأنه تصرف تمنح الدولة بموجبه ولمدة معينة حق الانتفاع بأراضي متوفرة تابعة لأملاكها الوطنية الخاصة لكل

شخص طبيعي أو معنوي في إطار استصلاح في المناطق الصحراوية والجبلية والسهبية[2]

أما القانون رقم 10-03 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة تناول في الفقرة الأولى من المادة الرابعة، أن الامتياز هو العقد الذي

تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائية حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة وكذا الأموال السطحية المتصلة بها بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها 40 سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة تسوية تضبط كيفيات تحديدها وتحصيلها بموجب قانون المالية[3]."

[1] لمادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام جريدة رسمية عدد 50 بتاريخ 20 سبتمبر 2015

[2] المرسوم التنفيذي رقم 97-483 المؤرخ في 15-12-1997 المتعلق بتحديد كيفية منح حق امتياز قطعة أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستهلاكية. وأعبائه وشروطه ج ر ع 83 سنة 1997. معدل ومتمم بمرسوم تنفيذي -93-372 المؤرخ في 23-11-1998. ص 88

وقد عرف القانون رقم 05-12 مادة 03 منه المتعلق بالمياه عقد الامتياز على انه يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه الذي يعتبر عقدا من القانون العام لكل شخص طبيعي او معنوي خاضع للقانون العام او القانون الخاص يقدم طلبا للشروط المحددة في هذا القانون والكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم [1]

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للعقد الامتياز

عددت التعاريف الفقهية بتعدد الفقهاء ووجهات الآراء حول عقد الامتياز باعتباره عقدا له مكانة مميزة ضمن العقود الإدارية المرتبطة بالمرفق العام ارتباطا وثيقا لتسييره وذلك بتولي شخص يسمى صاحب الامتياز أعباء مرفق خلال فترة من الزمن فيتحمل النفقات ويتسلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق ولذلك ارتأينا تناول الفقه الجزائري[2]

الأول: تعريف عقد الامتياز في الفقه الجزائري

يعرفه الدكتور ناصر لباد أن الامتياز هو:" عقد أو اتفاق تكلف للإدارة المناحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا من القانون العام كالبلدية أو الخاص كالشركة بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة يسمى صاحب الامتياز حيث يقوم بإدارة هذا المرفق ويتقاضى مقابل مالي محدد في العقد يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق[3]."

---

[3] لقانون رقم 10-103 المؤرخ في 15 أوتا 2010 يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الخاصة للدولة عدد -46 الصادرة بتاريخ 28 أوت 2010- ص14

1 المادة 03 القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه عقد الامتياز

2 بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية دار الهدى، الجزائر، 2010- ص94

[3] ناصر لباد، المرجع السابق، ص164.

كما تطرق أيضـــا لتعريف هذا العقد الدكتور عمار بوضـــياف بأنه اتفاق يجمع بين الإدارة المعنية والملتزم يتعهد بمقتضـــاه هذا الأخير فردا كان أو شـــركة بادارة مرفق اقتصـــادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين[1].

وعرفه الأستاذ محيو أحمد بانه: " أسلوب التسيير، يتولى من خلاله شخص يسمى صاحب الامتياز، أعباء مرفق خلال فترة من الزمن فيتحمل النفقات، ويتســـلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق[2].

أما الدكتور عمار عوابدي فعرف عقد الامتياز المرفق العام بأنه" عقد إداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه، بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشـــروط التي توضـــع له، لأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصـريح له لاسـتغلال المشـروع لمدة محددة من الزمن واسـتيلائه على الأرباح، هذا التعريف حصـر منح الامتياز فقط للأشـخاص الخاصـة من أفراد أو شركات دون الأشـخاص العامة، واستخدامه لمصطلح الاستيلاء وهو غير موفق في ذلك[3].

الفرع الثالث: تعريف عقد الامتياز في القضاء

في قرار مجلس الدولة الجزائري الصـــادر في 09 مارس 2004 قضـــية رقم 11950 فهرس رقم 11952 جاء ما يلي:" أن عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه.

[1] عمار بوضياف، شرح وتنظيم الصفقات العمومية جسور للنشر والتوزيع، ط4 – المحمدية، الجزائر، ص101

[2] احمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الخامسة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990– ص 440

[3] عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007– ص 19

من هذا التعريف يتضـح لنا ان مجلس الدولة اعترف صـراحة بالطابع الإداري والطابع العام لعقد الامتياز بما يخوله من سلطات استثنائية لجهة الإدارة تمارسها اتجاه الطرف المتعهد[1]

وقد صـدر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضـاء وهران بتاريخ 12-01-2002 قرار تحت رقم 910-2001 بين بلدية وهران وشـركة نقل المسـافرين سـريع الجنوب والذي قضـي بطرد الشركة من المحطة لانتهاء مدة عقد الامتياز لكنه لم يتطرق لتعريف عقد الامتياز[2]

المطلب الثاني: خصائص عقد الامتياز واركانه

الفرع الاول: خصائص عقد الامتياز

من خلال التعاريف التشـريعات والفقهية والقضـائية السـابقة الذكر عقد الامتياز يحتوي على مجموعة من الخصائص من بينها

اولا: عقد الامتياز عقد إداري

يصـنف عقد الامتياز ضـمن طائفة العقود الإدارية لتوافره على شـروط العقد الإداري حيث يتم عقد الامتياز، بين سـلطة إدارية مركزية أو لا مركزية محلية أو مرفقية كمانحة للامتياز وبين أحد أشخاص القانون العام أو القانون الخاص صاحب الامتياز لإدارة وتسيير مرفق عمومي، وتتمتع الإدارة هنا بسلطات استثنائية خول لها القانون حتى ولو لم يتضمنها العقد قصـد الحفاظ على المصـلحة العامة دون مراعات للطرف الآخر، في هذه النقطة ظهر الاختلاف وجدل كبير حول طبيعة العقد في حد ذاته حيث تباينت أراء الفقهاء والباحثين في القانون الإداري كل حسـب وجهة نظره، قناعته وأدلته بين معتبر طبيعة عقد الامتياز

[1] بوحموم خديجة الطبيعة القانونية للامتياز في إطار استغلال العقار الثنائي، مذكرة للحصول على شهادة الماستر، تخصص قانون عقاري كلبية الحقوق جامعة الدكتور يحي فارس المدية دفعة 2012 - 2013- ص 9

[2] بوزيدي نصيرة، عقد الامتياز الإداري مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون العام كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قالمة دفعة 2013 - 2014

تنظيمية بين مناصـــري الطبيعة التعاقدية الخالصـــة للعقد في حين ان هناك جانب آخر، معتبر طبيعة مختلطة ومركبة بين عناصــر تعاقدية وأخرى تنظيمية ويرجع مضــمون هذه الأخيرة إلى كون الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز تحقق مصلحتين متعارضتين ومتناقضتين مصــلحة الإدارة ومصــلحة الملتزم المالية التي تعتبر الطبيعة القانونية لعقد الامتياز الأكثر قبولا، وهذا ما أخذت به العديد من الدول كفرنسا والجزائر

عمومي، وتتمتع الإدارة هنا بسلطات استثنائية خول لها القانون حتى ولو لم يتضمنها العقد قصـــد الحفاظ على المصـــلحة العامة دون مراعات للطرف الآخر، في هذه النقطة ظهر الاختلاف وجدل كبير حول طبيعة العقد في حد ذاته حيث تباينت أراء الفقهاء والباحثين في القانون الإداري كل حســـب وجهة نظره، قناعته وأدلته بين معتبر طبيعة عقد الامتياز تنظيمية بين مناصري الطبيعة التعاقدية الخالصة للعقد في حين ان هناك جانب آخر،

معتبر طبيعة مختلطة ومركبة بين عناصــر تعاقدية وأخرى تنظيمية[1] ويرجع مضــمون هذه الأخيرة إلى كون الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز تحقق مصلحتين متعارضتين ومتناقضتين

مصــلحة الإدارة ومصــلحة الملتزم المالية التي تعتبر الطبيعة القانونية لعقد الامتياز الأكثر قبولا، وهذا ما أخذت به العديد من الدول كفرنسا والجزائر

ثانيا: موضوع عقد الامتياز إدارة وتسير واستغلال مرفق عام

تتسـم المرافق العامة التي تسـتعمل جهة الإدارة أسـلوب الامتياز عادة بالطابع الاقتصـادي، والتي تكون خدمتها نظيرة رسـم (مقابل) الأمر الذي يشـجع الأفراد والشـركات الخاصـة على الالتزام بإدارتها، واســتغلالها مثل النقل وتوزيع المياه، وعليه هدف الإدارة مانحة الامتياز هو

[1] ناصر لباد، القانون الإداري النشاط الإداري، الطبعة الأولى، مطبعة دالي ابراهيم ال جزائر2004 ص 436

تحقيق المنفعة العامة، من خلال تلبية حاجات مشـتركة للجمهور، وهذا ما يسـتدعي أن يتم الاتفاق في عقد الامتياز الإداري على إدارة واستغلال مرفق عام تابع للدولة[1]

ثالثا: عقد الامتياز محدد المدة

عقد الامتياز محدود المدة، فبذلك لا يعتبر عقدًا أبديا إنما هو مجر وسيلة للتسيير، وغالبا ما تتسم هذه المدة بالطول نسبيا نظرا لطبيعة العقد وما يترتب عليه من إنفاق مبالغ كبيرة كما يجب أن تكون المدة كافية لتغطية نفقات المشـروع ليتمكن الملتزم بتحصـيل قدر معقول من الربح[2]

حددت بعض القوانين الخاصـــة بالمرافق العمومية المدة في عقد الامتياز، فتم تحديد المدة القصوى لامتياز لتسير مرفق التزويد بمياه الشرب بثلاثين سنة يبدأ سريانها من تاريخ نشر قرار منح الامتياز وهذا ما جاء حسب نص المادة الرابعة من المرسوم[3]

وتنص المادة 53 الفقرة 03 من المرســـوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام التي تنص على أنه " لا يمكن أن تتجاوز المدة القصوى للامتياز ثلاثين (30) سنة[4].

وتنص المادة 04 من الأمر 08-04 على أنه " باسـتثناء أصـناف الأراضـي المذكورة في المادة 02 أعلاه، تكون الأراضـي التابعة لأملاك الدولة الموجهة لاستقبال مشاريع استثمارية

[1] أحمد محيو، المنازعات الإدارية (ترجمة فائز انجق بيوض (خالد ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص107

[2] ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الفكر الجامعية، القاهرة، 2000، ص. 38.

[3] مرسوم تنفيذي 08-54 مؤرخ 09 فيفري سنة 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية لمياه الشرب ونظام الخدمة المتعلق به جريدة رسمية عدد 08 ، صادرة بتاريخ 13فيفري سنة 2008.

[4] المادة 03/53 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق، ص 10.

محل منح امتياز لمدة أدناها ثلاث وثلاثون (33) سنة قابلة للتجديد وأقصاها تسع وتسعون (99) سنة " [1].

رابعا: الحصول على مقابل مالي

إن قيام صاحب الامتياز بتسيير المرفق العام على حسابه، وتحمله للمخاطر الناتجة عنه، فإنه في المقابل يتقاضى أجرا من مستعملي هذا المرفق وحصول صاحب الامتياز على هذا المبلغ يشكل أحد المعايير التي يتميز بها عقد الامتياز عن غيره من العقود المشابهة، مثل عقد الأشغال العامة التي يغطي فيه المتعاهد الأعباء التي خسرها من الثمن الذي تدفعه الدولة[2].

وتثبت المادة 53 من المرسوم 18-199 هذه الخاصية من خلال عبارة " ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام " [3]

الفرع ثاني: اركان العقد الامتياز

اولا: الأطراف

الطرف الأول: الإدارة المانحة للامتياز هو الشخص العمومي المانح للامتياز، وحسب التعليمة الوزارية رقم 3.94 / 842 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها الشخص العمومي يتمثل في الدولة، الولاية والبلدية.

الطرف الثاني: الملتزم صاحب الامتياز ويكون شخصا طبيعيا أو معنويا أو شخصا عاما ويختلف حسب القوانين المنظمة لقطاع ما وكذلك من دولة إلى أخرى وبالتالي يحتمل أن

---

[1] المادة 04 من الأمر 08-04، المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية عدد49، الصادرة في 03 سبتمبر 2008، ص 04.

[2] بوسيف علي، المرجع السابق، ص 16.

[3] المادة 53 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق، ص 10.

يكون كل من المرافق الإدارية والصـــناعية والتجارية محلا لعقد الامتياز كما هو الحال في فرنسا"[1].

ثانيا: المحل

ينصـــب عقد الامتياز على إدارة مرفق عام عادة ما يكون اقتصـــاديا فلا يتصـــور أن تعهد الإدارة لأحد الأفراد أو الشـــركات بإدارة مرفق إداري لما في ذلك من خطورة تمتد آثارها لفئة المنتفعين[2].

بالنسبة للنصوص القانونية التي تناولت مضمون عقد الامتياز عديدة و كثيرة نذكر منها:

بالنسبة للمرافق العامة المحلية البلدية ما تناولته المادة 155 من قانون البلدية 11-10 حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه " يمكن المصـالح العمومية البلدية المذكورة في المادة 149 أعلاه، أن تكون محل امتياز طبقا للتنظيم الساري المفعول " [3].

وتتمثل المجالات المحددة للمصـالح العمومية البلدية التي تكون محل امتياز وفق نص المادة 149 من نفس القانون فيما يلي:

- التزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة
- النفايات المنزلية والفضلات الأخرى
- صيانة الطرقات وإشارات المرور
- الإنارة العمومية
- الحظائر ومساحات التوقف

[1] بوزيدي نصيرة، بوزريت محمد، عقد الامتياز الإداري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، السنة الجامعية 2013 - 2014 - ص13.

[2] عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ط5، دار جسور، الجزائر، 2019، ص 480.

[3] المادة 01/155 من القانون رقم 11-10، المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة في 03 يوليو 2011، ص 22.

- المحاشر
- النقل الجماعي
- المذابح البلدية
- الخدمات الجنائزية وتهيئة المقابر وصيانتها بما فيها مقابر الشهداء
- الفضاءات الثقافية التابعة لأملاكها
- فضاءات الرياضة والتسلية
- المساحات الخضراء [1].

أما بالنسـبة للمرافق العامة المحلية الولائية فإن الامتياز يشـمل ما تناولته المادة 141 الفقرة الأولى من قانون الولاية 12-07 المتمثل فيما يلي:

- الطرق والشبكات المختلفة
- مساعدة ورعاية الطفولة والأشخاص المسنين أو الذين يعانون من إعاقة أو أمراض مزمنة
- النقل العمومي
- النظافة والصحة العمومية ومراقبة الجودة
- المساحات الخضراء
- الصناعات التقليدية والحرف [2].

[1] المادة 149 من القانون 11-10، المرجع السابق، ص ص 21_22.

[2] المادة 01/141 من القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فيفري 2012، المتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية عدد 12، الصادرة في 29 فيفري 2012، ص 21.

ثالثا: الرضا

الأصـــل أن التراضـــي يكون بتطابق القبول مع الايجاب إلا أن وجود التراضـــي قد لا يكفي لوحده، اذا كان مشوب بأحد عيوب التراضي لذلك يجب أن يكون تراضي الطرفين خالي من العيوب[1] انصـــت المادة 59 من التقنين المدني على أنه يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصـــوص القانونية بحيث لا يمكن أن يكون ثمة عقد إلا إذا تلاقى ايجاب وقبول في الإدارة والمتعاقد معها، فذلك جوهر الرابطة وما يميزها عن تصـــرف الإدارة عن طريق القرائن القانونية التي تصـــدر عن إرادة الإدارة وحدها وبمرور الزمن لم ينحصـــر العقد في توافق الإرادتين بل هو اتفاق يلتزم له المتعاقدان وهذا ما نصـت عليه م 54 من التقنين المدني الجزائري، على أنه: العقد اتفاق يلتزم بموجبه شـخص أو عدة أشخاص آخرون بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما وتتمثل عيوب الرضـا في الغلط والاكراه والتدليس[2]

رابعا: السبب والشكل

السبب في العقود بصفة عامة هو الغرض المباشر الذي يقصد الأطراف المتعاقدة الوصول اليه من وراء التزامهم[3].

اما ســـبب التزام الإدارة المانحة للامتياز يكون مبني على تلبية حاجيات الجمهور للمنتفعين بالكيفيات المطلوبة تماشـيا وطبيعة المرفق والخدمات التي يوفرها، أما سـبب التزام صـاحب الامتياز المتعاقد مع الإدارة فيتمثل في تحقيق الربح[4].

---

1 منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار ثاراس للطباعة والنشر، العراق، 2006-ص 71-72

[2] الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ج ر، عدد 78 لسنة 1975، 05 متمم بالقانون رقم 07-2005 المؤرخ في 13 ماي 2007 - جر عدد 13 الصادرة في 13 ماي 2007

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 536.

[4] نعيمة أكلي، عقد الامتياز الإداري في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون عام، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر 2018 ص 44

ومن أركان عقد الامتياز ركن الشكل، حيث يتم بموجب وثيقة رسمية تتمثل في دفتر الشروط يتضمن جميع الأحكام المتعلقة بالمرفق العام والتي وضعتها الإدارة مانحة الامتياز ويكون على الملتزم التقيد بها في حالة ما إذا رضي بالتعاقد معها[1].

فبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يشترط الشكلية بصريح العبارة إلا أنه من العسير تصور عقد الامتياز دون وثيقة مكتوبة تحدد حقوق والتزامات الملتزم وكيفية تصفية[2]

[1] – رتيبة شيلة، عقد الامتياز كآلية مستحدثة لتسيير المرفق العام في الجزائر ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، قسم الحقوق كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية 2019 2020، ص15

[2] سارة بن محياوي، النظام القانوني لعقد الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2012–2013، ص43

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد وتمييزه عما يشابه

تعددت آراء الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الامتياز، هناك من ذهب إلى اعتبار عقد الامتياز عمل انفرادي وهناك من اعتبره عمل تعاقدي، وبسبب الانتقادات الموجهة لكلا الرأيين ذهب اتجاه آخر بالقول أنه ذو طبيعة مزدوجة، فعقد الامتياز نظرا لأهميته يتميز بطبيعة قانونية مختلفة عن غيره من العقود المشابهة له في تسيير المرافق العامة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة[1].

وهذا ما سنوضحه في هذا المبحث من خلال التطرق إلى الطبيعة القانونية لعقد الامتياز (المطلب الأول) وتمييز عقد الامتياز عن غيره من العقود المشابهة له (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية

تختلف الآراء حول الطبيعة القانونية لعقود الامتياز، هناك من اعتبر عقد الامتياز عمل انفرادي والبعض الآخر اعتبره عمل تعاقدي، والثالث اعتبره عقدا مركبا.

الفرع الأول: الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز

عقد الامتياز يمتلك طبيعة تنظيمية واضحة حيث يمنح السلطة المانحة (عادة الدولة أو الجهات الحكومية) الحق في تنظيم كيفية تشغيل المرفق العام السلطة المانحة تضع القواعد والشروط التي يجب أن يلتزم بها صاحب الامتياز لضمان تقديم الخدمة وفقًا لمعايير محددة. هذا يعني أن الجهة الحكومية تحتفظ بقدرة تنظيمية ورقابية على تشغيل المرفق،[2]

صلاحيات تعديل بعض البنود التنظيمية للعقد من جانب واحد لتحقيق المصلحة العامة، وهو

[1] لعلاونة خليل ، عقد الامتياز الاداري ، مذكرة ماستر ، جامعة عباس لغرور خنشلة ، 2021 /2022 ، ص 19.

[2] طريفي نادية، مرجع سابق، ص 89

ما يعكس السيادة الإدارية للجهة المانحة[1].

الفرع الثاني: الطبيعة العقدية لعقد الامتياز

إلى جانب الطبيعة التنظيمية، يتميز عقد الامتياز بطبيعته العقدية حيث ينشـــئ التزامات متبادلة بين الطرفين. من جهة، يتعهد صاحب الامتياز بتقديم الخدمة أو تشغيل المرفق وفقًا للشـــروط والمعايير المحددة في العقد، وتحمل التكاليف والمخاطر المتعلقة بالتشـــغيل. ومن جهة أخرى، تلتزم السلطة المانحة بتمكين صاحب الامتياز من استغلال المرفق والحصول على العوائد المالية من المستخدمين. هذه الطبيعة العقدية تضمن حقوق والتزامات متبادلة، مما يعزز التعاون والثقة بين الطرفين[2]

الفرع الثالث: عقد الامتياز هو عقد ذو طبيعة مختلطة (مركبة).

بعد عزوف الفقه والقضـــاء عن النظرية التعاقدية المدنية لعقد الامتياز، لابتعادها عن الواقع القانوني السـليم ومخالفتها للقواعد الأسـاسـية التي تحكم سـير المرفق العام تحقيقا للمصـلحة العامة، اتجهوا صوب النظرية القائلة بأن عقد الامتياز عقد ذو طبيعة مختلط تتضمن نوعين من الشروط: تنظيمية وتعاقدية. وأول من أشار لهذه الطبيعة المختلطة

هو الأســـتاذ الفرنســـي Hauriou الذي قال بان امتياز المرافق العامة يخفي خلف وحدته الظاهرية عنصرين مختلفين: إحداث مرفق عام, و إنشاء علاقات مالية ما بين الملتزم و بين الإدارة المتعاقدة. وبعده جاء زعيم مدرســـة المرفق العام الفقيه Duguit الذي وضـــح هذه

---

[2] علي الخطار, بحث بعنوان تطبيقاته فينوان : عقد امتياز المرافق العامة الأردن الجامعة الأردنية, ص 07 بحث منشور بالموقع الالكتروني للقانون الأردني:
www.arablawinfo.com. تاريخ الاطلاع 15/ 2024/04 الساعة 11.00.

الطبيعة المختلطة او المركبة لاتفاقية الامتياز، وقال بان عقد الامتياز هو اتفاق عقد, و اتفاق قانون:

loi".– contrat, et une convention–"Elle est une fois une convention

ويقصد بذلك أن اتفاقية الامتياز تتضمن طائفتين مختلفتين من الشروط: شروط ذات طبيعة تنظيمية (لائحية) تعدها الإدارة مسبقا وشروط ذات طبيعة تعاقدية يتفق عليها

الأطراف أثناء إبرام عقد الامتياز (الإدارة) كمانحة للامتياز من جهة، وصاحب الامتياز من جهة أخرى). وأن دور هذين النوعين من الشروط مختلف تماما عن بعضهما البعض فبينما تتولى الشروط التعاقدية مهمة تحديد الالتزامات المادية بين طرفي العقد، تقوم الشروط التنظيمية بتحديد شروط وكيفيات استغلال المرفق العمومي على أكمل وجه، دون مراعاة.

وافقة صاحب الامتياز، حتى ذهب بعض الفقهاء إلى حد تسمية هذه الشروط التنظيمية بقانون المرفق العام [1]

وهو الرأي الراجح في ذلك من خلال ما تناوله القضاء المصري حيث أكد على أن الدولة هي التي تقوم بإدارة المرفق العام أصلا إذ تعهد به للملتزم بهدف تقديم العون لها فقط ولا يعتبر تنازلا عن هذا المرفق، إذ تتدخل في سير عمل المرفق العام كلما اقتضت الضرورة لذلك وحماية للمصلحة العامة باعتبارها مسؤولة عنه قبل الأفراد، بالتالي ينشئ عقد الامتياز بشقه اللائحي (التنظيمي) الذي يمنح للملتزم مركزا لائحيا يخوله الحصول على امتيازات السلطة العامة من أجل استغلال المرفق العام، وبشقه التعاقدي الذي يعتبر تابعا له فقط ليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام [2].

[1] . علي الخطار المرجع نفسه، ص 10.

[2] لعلاونة خليل، المرجع السابق، ص 22.

المطلب الثاني: تمييز عقد الامتياز عن العقود المشابهة له

يتشـــابه عقد الامتياز مع العديد من العقود الأخرى في عدة النقاط، ولكنه يختلف عليها في الكثير من ومن هذه العقود، عقد الصفقات العمومية، عقد البوت، عقد إيجار المرافق العامة، عقد التسيير.

الفرع الاول: تمييز عقد الامتياز عن عقد الصفقات العمومية:

عقد الامتياز هو اتفاق قانوني يمنح بموجبه صـــاحب الامتياز (عادة شـــركة خاصـــة) حق تشـغيل وإدارة مرفق عام أو خدمة معينة لفترة محددة، وفقًا لشـروط تضـعها السـلطة العامة. يتسم عقد الامتياز بطبيعته التنظيمية والعقدية المزدوجة، حيث يتضمن جوانب إدارية وتجارية تتعلق بتنظيم وتشغيل المرفق العام لتحقيق المصلحة العامة.

وتعرف الصـــفقات العمومية بأنها: «عقود مكتوبة تبرم بمقابل من قبل المشـــتري العمومي المسمى المصـلحة المتعاقدة مع متعامل اقتصـادي واحد او أكثر والمسمى المتعامل المتعاقد لتلبية حاجات المصـــلحة المتعاقدة في مجال الأشـــغال واللوازم والخدمات والدراســـات وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفي التشريع والتنظيم المعمول بهما"[1]

من خلال تعريف عقد الامتياز وعقد الصفقات العمومية نجد أنهما يلتقيان في عدة نقاط هامة، حيث تعتبر كل من عقود امتياز المرافق العامة والصفقات العمومية نوعين مهمين من أنواع العقود الإدارية، حيث تستعملها الإدارة بصفة متعددة وعلى نطاق واسع وكلاهما

[1] مادة 2 من القانون رقم 23-12 المؤرخ في08 اوت 2023 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العامة، ج.م عدد 51

يشتركان في عنصر مهم وهو اوت اتصالهما بالمرفق العام [1]

الفرع الثاني: تمييز عقد الامتياز عن عقد الإيجار

عرفت المادة 54 الفقرة 01 من المرســـوم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام عقد الإيجار على أنه " الإيجار هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضــة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها ويتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة" [2].

عقود الامتياز وعقود الإيجار من العقود المهمة في القانون الإداري والتجاري، إلا أن هناك

اختلافات جوهرية بينهما تتعلق بطبيعة كل عقد، حقوق والتزامات الأطراف، والأهداف المرجوة من كل عقد. فيما يلي، سنتناول تمييز عقد الامتياز عن عقد الإيجار من خلال عدة جوانب.

- إقامة المشروع: في عقد الامتياز بالإضافة إلى تسيير وتشغيل المرفق العام يقوم الملتزم بإنشاء المنشآت الأساسية للمرفق العام مع تحمل أعباءها، أما في عقد الإيجار الملتزم لا يقوم بإنشاء المرفق بنفسه فهو يقوم باستغلال المرفق العامة التي قامت الدولة بإنشائها بنفسها أو التي تم إنشاءها من قبل ملتزم سابق [3].

من حيث الأهداف والغاية عقد الامتياز يهدف عقد الامتياز إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال إشراك القطاع الخاص في تشغيل المرافق العامة وتقديم الخدمات. يسعى العقد إلى تحسين جودة الخدمات المقدمة، وزيادة الكفاءة، وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

---

[1] مانع عبد الحفيظ ، طرق إبرام الصفقات العمومية و كيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون
العام، جامعة أبي بكر بالقايد تلمسان، 2007-2008ص

[2] المادة 01/54 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق، ص 10.

[3] أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 83.

عقد الإيجار: يهدف عقد الإيجار إلى تمكين المستأجر من استخدام ممتلكات المؤجر مقابل عائد مادي. يركز العقد على الاســـتفادة المادية للطرفين، حيث يحقق المؤجر دخلًا ثابتًا، ويستفيد المستأجر من استخدام الأصل المؤجر لفترة محددة دون الالتزام بأهداف أو خدمات عامة.

من حيث حقوق والتزامات: الأطراف الســـلطة المانحة: تلتزم بتمكين صـــاحب الامتياز من تشغيل المرفق العام، وضمان بيئة عمل ملائمة، والاحتفاظ بحق تعديل بنود العقد التنظيمية لتحقيق المصلحة العامة

-صاحب الامتياز : يلتزم بتشغيل المرفق وفقًا للشروط المتفق عليها، تحمل التكاليف**

والمخاطر، وتحقيق العائد من خلال رسوم المستخدمين أو الإيرادات.

اما في عقد الايجار المؤجر :يلتزم بتســـليم الأصـــل المؤجر للمســـتأجر في حالة جيدة، وضمان حق المستأجر في استخدام الأصل طوال مدة العقد.

المستأجر: يلتزم بدفع الإيجار في مواعيده، واستخدام الأصل المؤجر بشكل مناسب، وإعادته عند انتهاء العقد.

من حيث المخاطر يتحمل صـاحب الامتياز معظم المخاطر المرتبطة بتشـغيل المرفق العام، مثل المخاطر المالية، التشغيلية، والقانونية يهدف العقد إلى تحفيز الابتكار وتحسين الخدمات من خلال تحمل القطاع الخاص لهذه المخاطر.

في عقد الإيجار يتحمل المؤجر عادة المخاطر المرتبطة بملكية الأصل، مثل الصيانة

والإصـلاحات الكبرى. في حين يتحمل المستأجر مخاطر الاستخدام اليومي للأصل المؤجر، مثل التلف الناتج عن الاستعمال.

من حيث العوائد المالية: يحصل الملتزم في عقد الإيجار على أجره من خلال المقابل المالي الذي يدفعه المنتفعين من خدمات المرفق العام ولكن يبقى ملزما بدفع جزء من المقابل المالي في شكل إتاوات سنوية للإدارة مانحة الامتياز، أما في عقد الامتياز الملتزم يحصل على المقابل المالي بنفس طريقة عقد الإيجار ولكن دون تقاسمه مع الإدارة [1].

الفرع الثالث: عقد الامتياز وعقد التسيير

عرفته المادة 56 من المرسوم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام بأنه " التسيير هو الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته، بدون أي خطر يتحمله المفوض.

يستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته ورقابته الكلية " [2].

انطلاقا من تعريف عقد التسيير وعقد الامتياز الإدارة، يتبين لنا أنه وإن كان كل من المسير في عقد التسيير والملتزم في عقد الامتياز الإداري يقومان بتسيير أموال تابعة للدولة إلا هناك ثمة اختلاف بينهما، وذلك من عدة جوانب[3]:

الأطراف المتعاقدة: تكون الإدارة طرفا في عقد الامتياز الإداري، والمتمثلة في هيئة عمومية تابعة للدولة، في حين أحد أطراف عقد التسيير يتمحور أو يتجسد في المؤسسة العمومية

الاقتصادية والشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تعتبر بمثابة شركات تجارية وليست هيئة إدارية [4].

---

[1] لعلاونة خليل ، المرجع السابق،ص25

[2] المادة 56 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق، ص 11.

[3] لعلاونة خليل ، المرجع السابق،ص28.

[4] أكلي نعيمة، مذكرة ماجستير، المرجع السابق، ص 81.

من حيث مصـــدر الأموال: يؤول مصـــدر الأموال في عقد الامتياز الإداري إلى صـــاحب الامتياز الذي يتولى تسـيير أموال خاصـــة به، عكس المسـير في عقد التسـيير الذي يقوم بمهمة تسيير أموال تابعة للغير[1].

من حيث الأرباح: وإن كان هدف التسيير سواء في عقد التسيير أو عقد الامتياز الإداري هو تحقيق هامش من الربح، إلا أن مصـدر هذا الأخير يتباين في عقد الامتياز الإداري عنه في عقد التسيير، ففي عقد الامتياز الإداري يكتسب الملتزم الربح من المشروع الذي يقوم بإدارته وتسـييره من خلال الرسـوم التي يتلقاها من المنتفعين بخدمات المرفق العام محل العقد، بينما المسير في عقد التسيير يتلقى أجرة متفق عليها مسبقا، وعليه ربح المسير في عقد التسيير يتمثل في أجرة، بينما في عقد الامتياز الإداري ليس أجرة أو ثمنا إنما رسما [2].

من حيث المخاطر: تقع تبعة المخاطر على عاتق صـــاحب الامتياز في عقد الامتياز الإداري، على خلاف ما نجده في عقد التسـيير أين يتحملها الطرف الوطني، ما يسـتنتج أن المسير ليس له سوى تسيير المشروع [3].

الفرع الرابع: عقد الوكالة المحفزة

عرفت المادة 55 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام عقد الوكالة المحفزة على أنه " الوكالة المحفزة هي الشكل الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته " [4].

[1] المرجع نفسه، ص 82.

[2] أكلي نعيمة، مذكرة ماجستير، المرجع السابق، ص 82.

[3] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[4] المادة 01/55 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق، ص 10.

يتفق عقد الامتياز مع عقد الوكالة المحفزة في موضوع العقد وهو تسيير المرفق العامة التي تعهد بها السلطة المفوضة للمفوض له، ويختلف عقد الامتياز عن عقد الوكالة المحفزة في الجوانب التالية[1]:

إقامة المشروع: تتولى السلطة المفوضة إنشاء المرفق العام مع تحمل جميع أعباءه المالية ويقع على عاتق المفوض له تسيير المرفق العام باسم ولحساب السلطة المفوضة مع خضوعه للرقابة الكاملة من قبل السلطة المفوضة في تسيير المرفق وهذا في عقد الوكالة المحفزة، أما في عقد الامتياز يقع عبء إنشاء وتسيير المرفق على الملتزم ويستغله باسمه ولحسابه مع تحمل مخاطرة ويخضع لرقابة جزئية فقط من قبل الإدارة مانحة الامتياز.

المقابل المالي: يتقاضى الملتزم أجره من إتاوات المنتفعين المستفيدين من خدمات المرفق في عقد الامتياز، أما في عقد الوكالة المحفزة يحصل المفوض له على أجره من السلطة المفوضة المحدد في نسبة مئوية من رقم الأعمال التي تم تحقيقها في استغلال المرفق ومكافآت إضافية يستفيد منها الملتزم في حالة تحقيق المرفق للأرباح. مدة العقد: مدة عقد الامتياز 30 سنة كحد أقصى قابلة للتمديد لمدة 04 سنوات كحد أقصى، أما في عقد الوكالة المحفزة محددة في 10 سنوات كحد أقصى يتم تجديدها لمدة عامين فقط [2].

[1] لعلاونة خليل ، المرجع السابق،ص28.

[2] ال مادة53/ المادة 55 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق، ص ص 10_11.

خلاصة الفصل الاول

نخلص في هذا الفصل إلى أن عقد الامتياز عقد إداري يبرم بين شخصين أحدهما شخص

من أشـخاص القانون العام والآخر من أشـخاص القانون الخاص بهدف اسـتيعاب مشـروع استثماري وفقا لشروط شكلية وموضوعية وإجراءات قانونية وذلك وفق ما نص في المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرافق العامة

ولهذه الشـروط شـكلية كانت أو موضـوعية دور في تشـجيع الاسـتثمار، إذا تم وضـعها واستغلالها بصورة قانونية، كما تلعب إجراءات منح الامتياز بدورها في تشجيع الاستثمار إذا اعتمدها المشرع بصورة مبسطة و احترم مبدأ الديمومة لأن التغيير والتعديل الدوري للقوانين من شأنه التأثير سلبا على سياسة الاستثمار

الفصل الثاني:

الإطار التنظيمي لعقد الامتياز

الفصل الثاني: الإطار التنظيمي لعقد الامتياز

عقود الامتياز هي همزة وصل بين القطاع العام والخاص فتقنية عقود الامتياز تشكل تعبيرا عن علاقة ثنائية فهي تبدأ في العلاقة بين الإدارة المانحة للامتياز والمجتمع من خلال دخول أولي في علاقة مباشرة مع شخص اخر عهدت اليه مهمة تحقيق المرفق العام ينتهي في علاقة ما بين هذا الأخير من جهة و المنتفع من جهة أخرى كما أن الامتياز يرتبط بتنظيم الدولة و إعادة هيكلة مرافقها العامة.

وتسعى الإدارة من خلال إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة لهدف أن يكون همزة وصل بين الإدارة والمنتفعين بطبيعة أن الإدارة يبقى هدفها دائما إرضاء الجمهور من خلال الخدمات المقدمة، وبالتالي تتشكل رابطة الالتزام التي تصل الإدارة مانحة الامتياز بالمنتفعين من خدمات المرفق العام عن طريق الملتزم صاحب الامتياز، وهذا ما يترتب عليه آثار قانونية على الأطراف الثلاثة.

ومن خلال هذا الفصل سنتناول الإطار التنظيمي لعقد الامتياز وفقا للتقسيم التالي:

المبحث الاول: تكوين عقد الامتياز

المبحث الثاني: اثار عقد الامتياز

المبحث الاول: تكوين العقد الامتياز

إن النظام التنظيمي لعقد الامتياز متعلق أساسا بفكرة المرفق العمومي باعتباره أحد أساليب إدارته وتسييره وكذا جملة المبادئ التي تحكم تسييره من حيث استمراريته و تكيفه مع المتطلبات الجديدة و المساواة بين المنتفعين أمامه بهدف تحقيق المصلحة العامة و الحفاظ عليها و هي النتيجة التي تسعى الإدارة لتحقيقها بكل الوسائل، و قصد الإحاطة بجوانب هذا النظام التنظيمي لعقد الامتياز سوف نتناول ضوابط ابرام عقد الامتياز (المطلب الأول) ثم اجراءات ابرام الامتياز (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضوابط ابرام عقد الامتياز

الإدارة مانحة الامتياز يجب أن تتوفر على شرط الاختصاص في منح الامتياز المقرر لها بموجب نص قانوني أو تنظيمي حتى يصبح العقد صحيحا ، ففي المرافق العمومية الوطنية يكون الاختصاص عادة للوزير المكلف بالقطاع كمنح امتياز استغلال المياه المعدنية من طرف الوزير المختص بقطاع المياه، كما يمكن أن يكون الاختصاص لسلطة وطنية مكلفة بقطاع معين مثل اختصاص السلطة المكلفة بالطيران المدني سابقا بمنح امتياز النقل الجوي العمومي ، أما فيما يخص عقود امتياز المرافق العمومية المحلية فتمنح من السلطة المختصة محليا فالمرافق العمومية الولائية تمنح من طرف المجلس الشعبي الولائي مع مصادقة الوالي عليها أما المرافق العمومية التابعة للبلديات فيمنح امتيازها المجلس الشعبي البلدي مع المصادقة عليها من طرف الوالي الا إن اختيار صاحب الامتياز يخضع لسلطة الإدارة المانحة أي للسلطة التقديرية والتي لها الحق في اتخاذ قرارات مراعاة لاعتبارات المصلحة العامة المتمثل في المحافظة على المال العام، واعتبارات المصلحة الفنية المتمثلة في اختيار الإدارة للمتعاقد الذي يتوفر على أحسن الشروط الفنية والتقنية لتسيير المرفق

العام، واعتبار العدالة القانونية التي تستلزم ضمان المنافسة المشروعة لكل الأشخاص الراغبين في التعاقد لتسيير المرفق العام [1].

يبرم عقد الامتياز عن طريق اتفاق إرادتي الأطراف المتعاقدة المتمثلة في الإدارة المتعاقدة (كمانحة للامتياز) من جهة و الطرف المتعاقد معها كصاحب امتياز من جهة ، وعقد الامتياز كغيره من العقود يتم في عدة مراحل إجراءاتُ صياغته وصولا إلى شكله النهائي، ومن خلال هذا المطلب سنتطرق إلى مبادئ اختيار صاحب الامتياز (الفرع الأول)، طرق إبرام عقد الامتياز(الفرع الثاني)

الفرع الأول: مبادئ ابرام عقد الامتياز

أولا: مبدأ العلانية والمنافسة الحرة والشفافية

يقصد بالشفافية فهم ووضوح القواعد التشريعية والتنظيمية، وسهولة الاطلاع على الممارسات الفعلية أما في معرض الطلب العمومي فيتجلى مضمون مبدأ الشفافية في أن يتم التعاقد ما بين الشخص ، العمومي والمتعاملين المتعاقدين وفق إجراءات واضحة وفي متناول المترشحين إعداد العقد بدء من المرحلة التحضيرية والتي يتم فيها تحديد الطلبات العمومية مباشرة أو عن طريق الدارسات إلى غاية مرحلة الختم[(2)].

وتعني المنافسة الحرة فتح باب التزاحم الشريف أمام من يود الاشتراك في المناقصة ومعاملة المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعط لأقرانه أو على حسابهم، وتتحقق المنافسة الحرة كمبدأ عام خلال فتح المجال عن طريق الإعلان بكافة الطرق

[1] لعلاونة خليل، المرجع السابق، ص 29.

[2] – تريعة نوارة ، حدود مبدأ حرية المنافسة في ابرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية ، المجلد 04 ، العدد 02 ، 2021 ، ، ص 319.

والوسائل لدعوة المتنافسين لتقديم عروضهم، وحينئذ لا تكون الإدارة قد قصرت الدعوة على طائفة معينة[1].

ثانيا: مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص

يقصد بمبدأ المساواة بين المتنافسين: " أن يعامل جميع المشتركين في المناقصة معاملة متساوية قانونا وفعلا"[(2)].

حيث يجب على المصلحة المتعاقدة معاملة جميع مقدمي العطاءات على قدم المساواة، واعطاء الفرصة لكل من تتوفر فيه الشروط دون محاباة او انحياز لطرف نظري طرف اخر بحيث تكون المفاضلة بينهم على اساس الكفاءة الفنية والقدرة المالية على تحمل اعباء المشروع محل التعاقد فقط حتى نجسد مبدأ منافسة فعالة وفاعلة في تحقيق المصلحة العامة فالمساواة هي وسيلة لخدمة المنافسة [(3)].

ثالثا: مبدأ حرية الوصول الى الطلب العمومي

يقصد بهذا المبدأ إعطاء الحق لكل المقاولين والموردين المختصين بنوع نشاط معين ترمي المصلحة المتعاقدة إلى إنجازه أن يتقدموا بتعهداتهم قصد التعاقد مع أحدهم دون تمييز بينهم، وحضر الممارسات والأعمال المدبرة التي تهدف إلى الحد من الدخول في العرض أو تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه المتعاملين مما يحرمهم من منافع المنافسة، حيث

[1] إبراهيم الشهاوى، المرجع السابق، ص 101.

[2] – عمار عوابدي ، القانون الاداري ، الجزء الثاني ، النشاط الاداري ، ط4 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2007 ،ص205.

[3]– بوسعدية رؤوف ، محمد امين بوالجدري ، تكريس مبدأ المنافسة والمبادئ المكملة له في المرسوم الرئاسي 15-247 ، مجلة الفكر القانوني والسياسي ، ، العدد الخامس ، 2019 ،ص60.

أن تكريس مبدأ حرية المنافسة يعتبر من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاعة الطلب العمومي، فالمنافسة بما تثيره من تعدد في العروض تسمح للإدارة العمومية باستخدام الموارد المتاحة استخداما عقلانيا و رشيدا، ويضفي على طلباتها قدار من الشفافية [1].

رابعا: مبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد والاعتبار الشخصي في اختيار الملتزم

تتمتع الإدارة كقاعدة عامة بحرية اختيار المتعاقد معه، طالما أن المشـــرع لم يلزمها بأسلوب معين عند التعاقد، وهذه سلطة تقديرية تستعملها الإدارة في حدود الصالح العام فإن تركت التعاقد مع شـخص بذاته إضـرارا به ومحاباة لغيره جاء قرارها مشـوبا بعيب الانحراف خليقا بالإلغاء، وللإدارة حرية الالتجاء إلى طريقة المناقصـة أو الممارسـة بنوعيها أو الاتفاق المباشر من أجل المتعاقد معها[2].

حيت فرض تعدد المرافق العامة المعدة لإشـــباع حاجات الأفراد، تنوعا في طريق تســـييرها بالتالي، تباين طرق اختيار المســـير، اســـتنادا لمعايير قد تفرضـــها طبيعة المرفق ذاته، أو تمليها طبيعة الحاجات العامة التي يعمل على إشـباعها، وإن كانت القاعدة الأسـاسـية التي يستند إليها اختيار الملتزم تقوم على الاعتبار الشخصي، ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك.

يقضي مبدأ الاعتبار الشخصي، الاختيار الحر والمباشر للملتزم من قبل الإدارة، دون الدعوة الرسـمية للمنافسـة، على أسـاس أن الإدارة العامة تجعل الملتزم يتعامل بصـفة مباشـرة مع الجمهور من خلال عرض الخدمات العامة لهم، وعليه شـــخصـــيته تفرض نفســـها محلا للاعتبار بالنسـبة للجهة الإدارية، التي تعتبر المكلفة أصـلا والمسـؤولة عن إشـباع الحاجات العامة للجمهور، بغض النظر عن الطريقة المتبعة في ذلك[3].

---

[1]– تريعة نوارة ، مرجع سابق1، ص 313

2لعلاونة خليل، المرجع السابق، ص 31

[3] آكلي نعيمة،، مرجع السابق، ص 61.

الفرع الثاني: اساليب ابرام عقد الامتياز

جاء في نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي 18-199 ما يلي:

" تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام وفقا لإحدى الصيغتين الآتيتين:

- الطلب على المنافسة، الذي يمثل القاعدة العامة.
- التراضي، الذي يمثل الاستثناء " [1]

اولا: تعريف أسلوب الطلب على المنافسة

عرف المشـرع الجزائري الطلب على المنافسـة في المادة 11 من المرسـوم التنفيذي رقم 18-199 على أنه:" إجراء يهدف إلى الحصـول على أفضـل عرض من خلال وضـع عدة متعاملين في منافسـة، بغرض ضـمان المسـاواة في معاملتهم، الموضـوعية في معايير انتقاءهم، وشـفافية العمليات، وعدم التحيز في القرارات المتخذة" يمنح تفويض المرفق العام للمترشـح الذي يقدم أفضـل عرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسـن الضـمانات المهنية والتقنية والمالية"[2].

ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري لم ينص على الأشكال التي يمكن أن يتخذها الطلب على المنافسـة، عكس ما هو معمول به في تنظيم الصـفقات العمومية وتفويضـات المرفق العام من خلال التحديد المنظم للأشـكال التي يتخذها طلب العروض، مما ينتج عن ذلك توسيع مجال مبدأ المنافسة.

[1] المادة 08 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق، ص 05.

[2] المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199

ثانيا: تعريف أسلوب التراضي:

هو إجراء يهدف لتخصيص موضوع التعاقد لمترشح واحد دون الدعوى إلى إجراء أسلوب طلب المنافسة، حيث يتم اللجوء إلى أسلوب التراضي في حالة عدم جدوى طلب المنافسة للمرة الثانية، وأسلوب التراضي شكلين:

أ- **التراضي البسيط:** إجراء تتخذه السلطة المفوضة لاختيار المفوض له ذو المؤهلات المالية والمهنية والتقنية من أجل تسيير المرفق العام، ويشترط اللجوء إلى التراضي البسيط في حالة حتمية إنجاز الخدمات بواسطة متعامل اقتصادي يحتل وضعية احتكارية، أو في حالة الخدمات الاستعجالية [1].

ب- **التراضي بعد الاستشارة:** إجراء تقوم به السلطة المفوضة بهدف اختيار المفوض له من بين ثلاثة مترشحين مؤهلين على الأقل، ويتم اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالة عدم جدوى طلب المنافسة للمرة الثانية أو في حالة تفويض المرفق العام في الحالات التي لا تتطلب إجراء طلب المنافسة [2].

المطلب الثاني: اجراءات ابرام عقد الامتياز

يمر إبرام عقد الامتياز بثلاثة إجراءات أو خطوات وهي:

الفرع الاول: اتفاقية الامتياز:

من مكونات ع قد الامتياز اتفاقية الامتياز المبرمة بين طرفي العقد الإدارة المتعاقدة (مانحة الامتياز) من جهة ، الطرف الملتزم (صاحب الامتياز) من جهة أخرى ، هو الاتفاق الذي يبرم بين الجهة الإدارية مانحة الامتياز والملتزم طبقا لما ينص عليه دفتر الشروط

[1] المادة 18/ المادة 20 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق، ص 06.

[2] المادة 17/ المادة 19، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

حيث تشـــكل اتفاقية الامتياز الجزء الأقصـــر في الامتياز، فتكون في الغالب الأعم موجزة ومختصـرة تتضـمن المبادئ العامة والخطوط العريضـة التي اتفق عليها طرفي عقد الامتياز، فتقتصـر على تحديد الأطراف (الإدارة مانحة الامتياز وصـاحب الامتياز) بصـفة دقيقة ضـبط مضـــمون الاتفاق الذي يتمثل في التزام الإدارة بمنح المرفق العام للملتزم لتســييره عن طريق الامتياز و التزام الملتزم باستغلال المرفق وفقا لقواعد دفتر الشروط[1].

الفرع الثاني: دفتر الشروط:

يعتبر دفتر الشـروط وثيقة هامة تضـعها الإدارة لتحدد بموجبه شـروط وقواعد تسـيير المرفق العمومي كما ينصـــب أيضـــا على تحديد موضـــوع عقد الامتياز ومدته و حقوق و واجبات الأطراف المتعاقدة وقابليته أو عدم قابليته للتجديد و كيفيات ذلك، كما يعتبر دفتر الشـــروط صـورة سـابقة عن عقد الامتياز و خطوة أولية للإعلان عن رغبة الإدارة في إبرامه وكما هو مستقر عليه قانونا وقضـاء وفقها فعقد الامتياز الإداري عملية ذات طابع تضـاربي تتكون من شروط تعاقدية وأخرى تنظيمية تتحد لتشكل ما يسمى بدفتر الشروط[2].

أ- **شروط تعاقدية:** تتعلق بالعلاقة بين الملتزم والسلطة مانحة الامتياز.

ب- **شـــروط تنظيمية:** تتمثل في مجموع القواعد التقنية لتســـيير وتنظيم المرفق العام محل الامتياز حيث تختص الإدارة مانحة الامتياز بوضـــعها دون تدخل من الملتزم، ويمكن تحديد هذه الشروط كما يلي:

- موضوع الامتياز وامتداده
- مدة الامتياز
- اختيار موطن لصاحب الامتياز

[1] – بن جيلالي سعاد، النظام القانوني لعقد الامتياز كأسلوب لتسيير المرافق العامة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، ال عدد04، جامعة تيسمسيلت، ديسمبر 2017، ص 173

[2] أكلي نعيمة، مذكرة ماجستير، المرجع السابق، ص 66_67.

- الضمان اللازم
- التزام صـــاحب الامتياز بالقيام بالتأمينات اللازمة ضـــد الحرائق والحوادث
- منع التنازل عن الامتياز دون ترخيص مسبق
- الإتاوة التي يتعين على صـــاحب الامتياز دفعها للإدارة مانحة الامتياز وشروط مراجعتها
- الرسوم التي يدفعها المنتفعون للملتزم مقابل خدمات المرفق
- الرسوم التي تقع على عاتق صاحب الامتياز من مصاريف أثناء المرفق العام محل الامتياز
- شروط انتهاء العقد
- الجزاءات(العقوبات)

إن هذه المجموعة من النقاط التي يتضمنها دفتر الشروط يغلب عليها الطابع التنظيمي وهذا ما يضفي على الامتياز الطابع التنظيمي[1].

الفرع الثالث: تنفيذ عقد الامتياز:

العقد شريعة المتعاقدين هو المبدأ العام الساري المفعول في العقود بصفة عامة، ولكن الأمر مختلف بالنســـبة لعقد الامتياز باعتباره عقد إداري ينفرد كغيره من العقود الإدارية بجملة من المبادئ الخاصة بتنفيذه والتي لا تتوفر عليها باقي عقود القانون الخاص وهذا ما:

يقوم عقد الامتياز كغيره من العقود الإدارية على مبادئ أساسية هامة أثناء تنفيذه تتمثل في الأســـاس في مبدأ النية المشـــتركة للأطراف الموجود أيضـــا في عقود القانون الخاص، أما المبدأين الآخرين قابلية العقد للتعديل من جانب واحد، وإعادة التوازن المالي للعقد فهما

[1] بن جيلالي سعاد، المرجع السابق، ص 173_174.

متصلان أكثر بالعقود الإدارية لاسيما عقد الامتياز لارتباطه الوثيق بتحقيق المصلحة العامة والحفاظ عليها سوف نتعرض لها فيما يلي:

المبدأ الاول: نية الاطراف في تنفيذ عقد الامتياز

إن النية المشـتركة للأطراف سـواء في عقد الامتياز أو في باقي العقود الإدارية الأخرى أو حتى في عقود القانون الخاص، هي أســـاس تنفيذ العقود حيث أنها تعطي للعقد معناه الصـحيح وغالبا ما يسـتند عليها القاضـي لتفسـير العقد مسـتخدما في ذلك مبادئ التأويل المنصوص عليها في القانون المدني.

غير أن النية المشـــتركة للأطراف المتعاقدة في العقود الإدارية و بالأخص في عقد الامتياز أصبحت تفسر و تؤول بصفة واسعة و هذا هو الحال عندما يتعلق الأمر بتسوية المشاكل الناجمة عن أحداث غير متوقعة و ذلك بالنظر للمصـــلحة العامة التي تهدف الإدارة دائما لتحقيقها التي تعتبر عنصـــرا هاما في إرادة الإدارة (مانحة الامتياز) لا يمكن للمتعاقد معها (صـــاحب الامتياز تجاهلها، و بالتالي فإن النية المشـــتركة في عقد الامتياز تقتصـــر بهذا المعنى في إرادة صاحب الامتياز في التعاون مع الإدارة بهدف تحقيق المصلحة العامة ، أما الكلام هنا عن نية الإدارة كمانحة للامتياز فأصـــبح غير ذي جدوى مادام أن دورها و هدفها دائما هو تحقيق المصلحة العامة .و الحفاظ عليها[1]

المبدأ الثاني: قابلية تعديل عقد الامتياز.

تســعى الإدارة دائما لتحقيق المصــلحة العامة و الحفاظ عليها في كل العقود الإدارية و من باب أولى في عقد الامتياز الذي ينصـب على تسيير مرفق عمومي يقدم خدمات للجمهور و قصــد الحفاظ على هذه المصــلحة العامة يتم تعديل عقد الامتياز كلما اقتضــت ضــرورات المرفق العام ذلك هذا التعديل إما أن و يكون من طرف الإدارة بإرادتها المنفردة و هو ما

[1] الأستاذ دربوشي نورالدين:,:محاضرات في القانون الاداري القيت على الطلبة القضاة الاولى بالمدرسة العليا للقضاء ،السنة الجامعية 2006-2007

يسمى بالمصادر الداخلية للتعديل، أو و ظروف استثنائية خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة و هو ما يعرف بالمصادر الخارجية للتعديل او بسبب وجود احداث وظروف استثنائية خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة وهو ما يعرف بالمصادر الخارجية للتعديل.

المبحث الثاني: اثار عقد الامتياز

يترتب على عقد امتياز المرافق العامة مجموعة من الحقوق والالتزامات بالنسبة لطرفي العقد وهما الإدارة والملتزم أو حامل الامتياز، ولما كان المرفق العام يشبع حاجات عامة لجمهور المنتفعين فإنه يترتب على ذلك أن يكون لهؤلاء المنتفعين أيضا حقوق في مواجهة الإدارة مانحة الالتزام وفي مواجهة الملتزم حامل الامتياز[1].

المطلب الاول: آثار عقد الامتياز بالنسبة للإدارة مانحة الامتياز

يرتب كل عقد حقوق والتزامات بالنسبة للطرفين وبما أن الأمر كذلك فعقد امتياز المرافق العامة كغيره من العقود يرتب هو الآخر آثار تمتد إلى كل من الإدارة مانحة الامتياز، الملتزم و الغير هذا ما سنتناوله بشيء من التفصيل فيما يلي:

الفرع الأول: حق الرقابة والاشراف

تتمتع الإدارة مانحة الامتياز بموجب هذا العقد بعدة حقوق تستمد من طبيعة المرفق العام تتمثل في:

يستمد هذا الحق من طبيعة المرفق العام، ولا يمكن للإدارة أن تنزل عنه كله أو بعضه، حيث تنظم دفاتر الشروط الخاصة بالتزامات المرافق العامة تنظم هذه الرقابة عادة وتبين أوضاعها، غير أن ما تجدر الإشارة إليه بالنسبة لهذا الموضع أن النصوص التي ترد بهذا

[1] لعلاونة خليل، المرجع السابق، ص 40

الخصـوص ليسـت نصـوص تعاقدية، ولكنها لائحية، ومقتضـى ذلك أن حق الرقابة ثابت للإدارة حتى ولو لم ينص عليه في وثيقة الالتزام.[1]

وقد تم الاعتراف بهذا الحق في الكثير من المجالات، و أكدت عليه العديد من النصـوص القانونية بشكل صريح في هذا الإطار وعلى سبيل المثال لا الحصر فقد نصت المادة 05 من المرسوم التنفيذي 54-08 المتضمن دفتر الشروط النموذجي لتسيير الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب عن طريق الامتياز" تراقب السلطة المانحة للامتياز تسيير واستغلال الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب بطريقة مباشرة أو بواسطة هيئات مراقبة تعينها خلال عمليات المراقبة يتعين على صاحب الامتياز تقديم المساعدة للسلطة المانحة للامتياز أو لأعوان هيئات المراقبة التي ستعينها لتسهيل الدخول لهم إلى المنشآت والهياكل وتوفير جميع المعلومات والملفات المطلوبة".

وفي الإطار نفسه أكد المشرع الجزائري بموجب المادة 74 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي 18- 199 المتعلق بتفويض المرفق العام. أن تفويضات المرفق العام تخضع لنوعين من الرقابة: رقابة قبلية ورقابة بعدية. هذا ما سنتطرق له فيما يلي.[2]

أ- الرقابة القبلية على تفويضات المرفق العام

تنص المادة 75و76 من المرسوم التنفيذي 189-199 على أنه تنشئ السلطة المفوضة في إطار الرقابة الداخلية لجنة لاختيار وانتقاء العروض ويتم اختيارهم نظرا لكفاءاتهم لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد نستنتج من نص المادتان أنه يتم إنشاء لجنة في إطار الرقابة الداخلية لاختيار العروض نظرا لكفاءاتهم ومن خلال المادة 77 من المرسوم التنفيذي نفسه نستنتج

[1] سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص491.

[2] تنص المادة 74 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي -18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام على " تخضع تفويضات المرفق العام لرقابة قبلية ورقابة بعدية بمجرد دخول اتفاقية التفويض حيز التنفيذ"، سالف الذكر

أن مهام لجنة انتقاء واختيار العروض تتعدد حسب مراحل تمر بها " عند فتح العروض، عند فحص ملفات التعهد، عند فحص العروض، وعند المفاوضات "[1]

وتنص المادة 78 من المرســـوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام على " تنشئ السلطة المفوضة في إطار الرقابة الخارجية لجنة تفويضات المرفق العام، يحدد النظام الداخلي للجنة تفويضات المرفق العام وتشكيلتها بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة

كذلك تنص المادة 80 من المرســوم التنفيذي نفســه على " يعين أعضــاء لجنة تفويضــات المرفق العام بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة بناء على اقتراح من السلطات التي ينتمون إليها لمدة ثلاث (03) ســنوات قابلة للتجديد و للجنة تفويضـــات المرفق العام مهام كلفت بها حددتها على سبيل الحصر المادة 81 من المرسوم التنفيذي -18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.[2]

من خلال نصوص المواد السابقة الذكر نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يترك عملية التفويض مطلقة حيث أنه دائما ما يراعي المصلحة العامة قبل الخاصة من خلال عملية حماية المرفق العام و حماية حق المرتفقين به حيث أنه وضـــع رقابة قبلية في هذا الشـــأن تكون داخلية متمثلة في لجنة اختيار و انتقاء العروض و يتم اختيار أعضائها لكفاءتهم لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد و هي نفسها لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض في مادة الصفقات العمومية، حيث تكمن مهام هذه اللجنة في عملية فتح العروض و مراجعة و فحص ملفات المتعهدين ودراســة مطابقتها للمرســوم التنفيذي 189-199 المتعلق بتفويض المرفق العام بعدها تقوم بتقييم العروض ماليا و اختيار العرض المناســب من بين جميع العروض، كما أن المشــرع نص ضـــمن الرقابة القبلية على نوع من الرقابة الخارجية متمثلة في انشـــاء لجنة أخرى

[1] وتنص المادة 77 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام

[2] المادة 81 من المرسوم ال تنفيذي18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام

تفويضات المرفق العام و التي تكون بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد حيث كلفت هذه اللجنة بمهام محددة على سبيل الحصر

ب – الرقابة البعدية

أما بخصوص هذا النوع من الرقابة فقد أكد المشرع الجزائري بأن تقوم السلطة المفوضة أثناء مرحلة تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، و التي من خلالها تقوم بمراقبة ميدانية بالإضافة إلى التقارير السداسية التي يعدها المفوض له في الآجال المحددة، و هذا ما تضمنته المادة 82 من المرسوم التنفيذي نفسه التي تنص على " تتابع السلطة المفوضة تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام وتقوم بهذه الصفة بمراقبة ميدانية للمرفق العام المفوض و كل الوثائق ذات الصلة و كذا التقارير السداسية التي يعدها المفوض له، و يلتزم المفوض له بإعداد تقارير دورية و إرسالها إلى السلطة المفوضة في ظل احترام الكيفيات و الآجال المنصوص عليها في اتفاقية تفويض المرفق العام "[1].

ويجب على السلطة المفوضة أن تعقد اجتماعا واحدا كل ثلاثة أشهر على الأقل لتقييم سير المرفق العام وهذا ما نصت على المادة 83 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.1 نستنتج من خلال نص المادة أن السلطة المفوضة ملزمة في هذا النوع من الرقابة بعقد اجتماع كل ثلاثة أشهر من أجل التأكد من جودة الخدمات المقدمة ومدى احترام المفوض له لمبادئ المرفق العام.

حق الإدارة في تعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة انطلاقا من أن مبدأ قابلية نظام المرفق العام للتعديل من المبادئ الأساسية المستقرة في مجال المرافق العامة، فإن مانح الامتياز

[1] تنص المادة 83 من المرسوم التنفيذي 189-199 المتعلق بتفويض المرفق العام على " يجب أن تقوم السلطة المفوضة في إطار الرقابة المذكورة أعلاه بعقد اجتماع واحد على الأقل كل ثلاثة (03) أشهر مع المفوض له لتقييم التأكد من جودة الخدمات المقدمة ومدى احترام مبادئ المرفق العام، وتقوم السلطة المفوضة على إثر
نجاعة التسيير وهذا الاجتماع بإعداد تقرير شامل يرسل إلى السلطة الوصية عند الاقتضاء "، سالف الذكر

دائما ومتى اقتضـــت المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفســـه وبإرادته المنفرة أركان تنظيم المرفق العام موضــوع الالتزام أو قواعد اســتغلاله وبوجه خاص قوائم الأســعار الخاصــة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض.[1] و يمكن أن ينصـــب التعديل على العناصـــر التالية:

- حجم أو نوعية الخدمات المتفق عليها.

- شروط التنفيذ المتفق عليه

-مدة التنفيذ[2]

الفرع الثاني: حق الإدارة في استرداد المرفق قبل نهاية مدة العقد

من المسلم به أن للإدارة المانحة للامتياز متى تبين لها لسبب أو لأخر إن طريقة الامتياز لم تعد تتفق مع المصـلحة العامة التي أنشـأ أجلها المرفق فلها أن تسـترده قبل انقضـاء مدة عقد الامتياز ومن ذلك عن طريق شــراءه من الملتزم مع تعويض الأخير عما لحقه من أضــرار، ولا يملك الملتزم أن يحتج قبل الإدارة بفكرة الحق المكتسب ولا بقاعدة القوة الملزمة للعقد وإنما تنحصـر حقوقه في التعويضـات الملائمة، وإذا اسـتردت الإدارة المرفق قبل نهاية مدته وجب رده خاليا من كافة الالتزامات[3].

[1] ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 223-224

[2] أمال لعماري و زهرة بالة عقد الامتياز كطريقة لتسيير المرفق العام، مجلة صوت القانون الجزائر، المجلد الخامس، العدد 01، 2018، ص136

[3] أحمد سلامة بدر ، العقود الإدارية و عقد البوت bot ، مكتبة دار النهضة العربية لنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، 2003، ص131.

الفرع الثالث: حق الادارة في تعديل عقد الامتياز

يستمد هذا الحق قوته القانونية من مبدأ قابلية المرفق للتعديل والتغيير، فالإدارة لها الحق في تعديل بنود العقد وفق ما تشاء ووقت ما تشاء وبإرادتها المنفردة، وهذه الخاصية لا تتواجد في العقود المدنية التي تفرض موافقة الطرفين ولا وجود للتعديل المنفرد، فهذا التعديل تهدف من خلاله الإدارة إلى تحقيق المصلحة العامة كتحسين مستوى الخدمات المقدمة للجمهور أو تغيير أسعار رسوم الانتفاع من خدمات المرفق[1].

ويجد الحق في التعديل مصادره في:

أ- **المصادر الداخلية لقابلية عقد الامتياز للتعديل** : يكون التعديل فيها بفعل الإدارة تحت رقابة القاضي الإداري عند الاقتضاء التي تنصب على التحقق من أن المصلحة العامة هي الدافع الوحيد لاستعمال الإدارة هذا الامتياز المعترف به لها مع عدم تعسفها في ذلك قصد تقدير التعويض المستحق لصاحب الامتياز ، و تكون صلاحية التعديل الانفرادي مستعملة كثيرا في عقود الامتياز رغم إمكانيتها في كل العقود و هذا التعديل الانفرادي من الإدارة يتمثل عادة في إعادة تنظيم المرفق العام أو تغيير الالتزامات التعاقدية بالزيادة أو النقصان حفاظا على المصلحة العامة أو بتغيير وسائل تنفيذ العقد مثال ذلك أن تفرض الإدارة على صاحب الامتياز الزيادة في ضخ كميات المياه للأفراد أو استعمال الكهرباء بدل الغاز لتسيير المرفق العمومي تحت طائلة فسخ العقد ، كما يمكن لها فسخ العقد من أجل الحفاظ على المصلحة العامة.[2]

[1] أنظر في ذلك: حمدي أحمد القبيلات، المرجع السابق، ص 326 / محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص 285.

[2] لأستاذ نورالدين دربوشي, المرجع السابق ص.67

ب- المصـــادر الخارجية لقابلية عقد الامتياز للتعديل: يكون التعديل فيها من خلال إعادة تقدير شـــروط تنفيذ العقد لوجود ظروف اســـتثنائية خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة ومن المخاطر الخارجة عن إرادة الأطراف المهددة لعملية تنفيذ العقد و التي كرســـها القضـــاء الفرنسـي باعتباره المرجع الأسـاسـي لمبادئ القانون الإداري: حالة فعل الأمير حالة الظروف الطارئة، حالة الصـعوبات المادية و التي نتناولها لاحقا و إذا كان القانون منح للإدارة حقوق بهدف تحقيق المصلحة العامة، إلا أنه بالمقابل ألقى التزامات على عاتقها.[1]

ومن بين هذه الالتزامات التزامها بتنفيذ العقد كاملا وفق مبدأ حســـن النية مع احترامها لكافة بنود العقد الصـريحة والضـمنية، وتمكين الملتزم من الاستغلال طيلة المدة المتفق عليها وعدم التعسف في استعمال امتياز السلطة العامة لفرض التزامات جديدة على صـاحب الامتياز أو الإنقاص من حقوقه.[2]

المطلب الثاني: آثار عقد الامتياز بالنسبة للملتزم

لكي يتمكن صـاحب الامتياز من تشـغيل المرفق العام موضـوع الامتياز فإنه يتمتع بمجموعة من الحقوق والامتيازات تمكنه من حسن استثمار المرفق وتنظيمه وضـبط العمل فيه كما أنه ملزم بتنفيذ لالتزامات التي ينص عليها عقد الامتياز واحترام المبادئ العامة للمرافق العامة. ذلك ما سنتطرق له باختصار فيما يلي:

الفرع الاول: الحق في اقتضاء المقابل المالي

يعتبر قبض المقابل المالي المتفق عليه من أهم حقوق الملتزم على الإطلاق كونه يســـتهدف تحقيق الربح، ويطلق على المقابل المالي الذي يتلقاه الملتزم في عقد الامتياز " رسـما " حيث

[1] رحمة شكلاط زيوش مرجع سابق، ص207

[2] فوزية جدور، عقد الامتياز في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم 2019، ص 82-83

تقوم الإدارة بتحديده ويلتزم بأدائه في عقد التزام المرافق العامة جمهور المنتفعين بخدمات المرفق العام محل العقد[1].

إضافة إلى اقتضاء المقابل المالي " الرسوم " يحق أيضا للملتزم الحصول على التعويض عن الأضرار التي أحاطت به نتيجة تصرفات الإدارة المتعاقدة استنادا إلى عدة آليات نذكر منها:

المسؤولية العقدية: وذلك في حالة إخلال الإدارة مانحة الامتياز وعدم وفائها بالتزاماتها التعاقدية حياله كما هي في الصفة أو دفتر الشروط.

المسؤولية التقصيرية وذلك في حالة ارتكاب أخطاء من طرف الإدارة المتعاقدة "الخطاء المرفقي"[2]

الفرع الثاني: الحق في الحصول على المزايا المالية المتفق عليها

فكثيرا ما تتعهد الجهة الإدارية مانحة الامتياز بأن تحقق للملتزم مزايا مختلفة، كأن تقدم له مبلغا من المال في صورة قرض، أو أن تضمن له أرباح القروض التي يعقدها أو تتعهد بألا تسمح لفرد آخر (أو لشركة) بأن تزاول ذات النشاط الذي يزاوله .... إلخ، والمسلم به أن كل الشروط التي من هذا القبيل شروط تعاقدية لا تملك الإدارة المساس بها بإرادتها المنفردة.[3]

الفرع الثالث: اعادة التوازن المالي للعقد

هذا المبدأ يقابل مبدأ قابلية العقد للتعديل لصالح الإدارة وما ينجم عنه من أعباء جديدة ترهق كاهل الملتزم ويهدف أساسا إلى تحقيق المصلحة العامة والحفاظ عليها عن طريق

[1] أمال لعماري و زهرة بالة مرجع سابق، ص138ا

[2] أمال لع.ماري و زهرة ،بالة مرجع سابق، ص 138

[3] سليمان المطاوي، مرجع سابق، ص467

الحفاظ على مصـالح صـاحب الامتياز لتمكينه من الاسـتمرار في تسـيير واسـتغلال المرفق العمومي وتقديم الخدمات للجمهور.

وأيضـا يعتبر مبدأ التوازن المالي لصـالح صـاحب الامتياز بمثابة معادلة مالية حقيقية في حالة التعديل الانفرادي للعقد من طرف الإدارة مانحة الامتياز) أو في حالة فعل الأمير أو في حالة الصعوبات المادية أين يكون للمتعاقد مع الإدارة الحق في التعويض الكامل، أما في حالة الظروف الطارئة فإن التوازن المالي للعقد يفترض معادلة شـريفة فقط وليس تعويض كامل، ولكن غالبا ما تتحمل الإدارة الجزء الأكبر من الخسارة التي تصل ربما إلى 90% من الأعباء.[1]

أ – **حالة فعل الأمير** : تعدل فيها السـلطة العامة المتعاقدة عقد الامتياز و تتصـرف بموجب سلطات خارجة عن إطار العلاقة التعاقدية كأن تصدر الإدارة قرارا إداريا فرديا أو تنظيميا أو قانون من شـأنه زيادة أعباء صـاحب الامتياز أو الإنقاص من حقوقه مثلا كاتخاذ الإدارة مانحة امتياز النقل العمومي قرارا بغلق طريق معين أمام النقل العمومي و تخصيصه للمشاة فقط و ما ينجر عن ذلك من نتائج سـلبية على تنفيذ عقد امتياز النقل العمومي[2] أو قيام مانح بتعديل سـعر الخدمات المحددة في عقد الامتياز فينتج عنه أعباء مالية مرهقة لصـاحب الامتياز لكن يشـترط لتحقق نظرية فعل الأمير أن يكون فعل الإدارة (فعل الأمير) مشروعا ، غير متوقع ، صادرا من نفس الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وترتب عنه ضررا أصاب صاحب الامتياز[3].

وينتج عن توفر حالة فعل الأمير حق صـاحب الامتياز في تعويض كامل عما لحقه من أضـرار جراء فعل الإدارة مانحة الامتياز كما يمكن له التحلل من الالتزام بالتنفيذ إذا ما ترتب

[1] دربوشي نورالدين، مرجع سابق، ص 67

[2] للمرجع نفسه، ص 67

[3] عمار عوابدي, المرجع السابق, ص 224

عن فعل الأمير استحالة مطلقة لتنفيذ العقد مثل حظر سلعة أساسية في تسير المرفق العمومي محل الامتياز، و يحق للملتزم أيضا عدم دفع غرامات مالية عن التأخير في تنفيذ الالتزام بسبب فعل الأمير، كما يحق له طلب فسخ العقد بسبب فعل الأمير الذي زاد من أعبائه المالية لدرجة كبيرة لا يمكن تحملها مقارنة بما يملكه من إمكانيات مالية.[1]

ب.حالة الظرف الطارئ : تعتبر هذه النظرية وليدة القضاء الإداري الفرنسي بموجب قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 24 مارس 1916 الفاصل في نزاع عقد الامتياز المبرم بين الشركة العامة للإنارة في بوردوو بين مدينة بوردو و مفادها أنه في حالة وجود أو حدوث ظروف استثنائية خارجية غير متوقعة وقت إبرام العقد و ترتب عنها حدوث اختلال كبير وخطير في التوازن المالي للعقد لدرجة أن يصبح تنفيذه من طرف صاحب الامتياز أشد إرهاقا وأكثر تكليفا مما توقعه الأطراف المتعاقدة وقت إبرام العقد، مما يعطي للمتعاقد مع الإدارة حق طلب هذه الأخيرة المساهمة في تحمل جزء من التكاليف و الأعباء المستجدة إثر ظروف استثنائية كالحرب بقصد الاستمرار في تنفيذ الالتزامات التي تضمن استمرارية المرفق العمومي في تقديم الخدمات للجمهور و يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تكون صعوبة تنفيذ العقد مردها ظرف استثنائي غير متوقع يؤدي إلى اختلال حقيقي في التوازن الاقتصادي للعقد ، وجود ضرر حقيقي و ليس مجرد تفويت الربح ، أن يكون هذا الحدث مؤقت و ليس دائم ، و ناتج عن أمور خارج إرادة الأطراف المتعاقدة[2].

ومن آثار هذه النظرية عدم تحرر صاحب الامتياز من التزاماته التعاقدية بل يواصل تنفيذها وإلا ضاع حقه في التعويض[3] ويقوم أطراف العقد على البحث عن إعادة تكييف العقد الوضعية الجديدة أما مع إذا أصبح إعادة التكييف غير مجدي فمن حق صاحب الامتياز

[1] عمار عوابدي المرجع السابق، ص 226

[2], المرجع نفسه, ص 226, 227

[3] غمار عوابدي المرجع السابق, ص 226, ص 228.

الحصول على تعويضات من مانح الامتياز تحت رقابة القاضي الإداري ويتم تحميل الإدارة الجزء الأكبر من الخسارة.[1]

ج. حالة الصعوبات المادية: وهي من إنشاء القضاء الإداري الفرنسي أيضا وتشبه كثيرا نظرية الظروف الطارئة ومفادها أن تنفيذ العقد يصطدم بظهور صعوبات مادية خارجة عن إرادة الأطراف غير متوقعة وغير عادية مثل عدم استقرار التربة أو وجود طبقات مائية باطنية أو حدوث زلزال، مما يترتب على ذلك مصاريف إضافية غير عادية مرهقة للطرف المتعاقد مع الإدارة، الشيء الذي يعطيه حق الحصول على تعويض كامل عن المصاريف الإضافية مما يجعل هذه النظرية تقترب كثيرا من نظرية الإثراء بلا سبب في القانون المدني.[2]

ونجد هذه النظرية تطبيقاتها بكثرة في عقود الأشغال العامة ويمكن تصورها في عقود الامتياز خاصة بشكله الجديد البوت الذي يلتزم المتعاقد فيه ببناء وتشييد المرفق العمومي واستغلاله لمدة معينة مثل إنشاء الطرق السريعة واستغلالها عن طريق الامتياز.

وكما يتمتع صاحب الامتياز بجملة من الحقوق تترتب عليه مجموعة من الالتزامات يجب تنفيذها حيث يلتزم صاحب الامتياز بالقيام بأعمال المرفق العام وتقديم خدماته العامة للجمهور شخصيا دون أن يكون له الحق في التنازل عن أداء تلك الخدمات كلها أو بعضها،

ذلك أن التزاماته هنا ذات طابع شخصي يعتمد الوفاء به على شخصية حامل الامتياز في المقام الأول والتي كانت محلا للاعتبار عند ابرام العقد عند تنفيذه[3]

[1] دربوشي نورالدين ، المرجع السابق,, ص 68ا

[2] المرجع نفسه، ص 68.

[3] نصيرة بوزيدي ومحمد بوزيت مرجع، سابق، ص63.

لكن في بعض الحالات المفوض له قد يحتاج إلى مســـاعدة أثناء تنفيذه لالتزاماته وهذا ما نصت عليه المادة 61 من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.[1]

كما يلتزم صـاحب الامتياز يضـمان دوام الاسـتمرارو التسـيير الحسـن للمرفق، كما لا يمكنه التخلي على التزاماته بسـبب خطأ الإدارة أو ما يواجه من صـعوبات مادية أو مالية، إلا في حالة واحدة تجعله غير قادر على إدارة هذا المرفق والمتمثلة في القوة القاهرة إضـافة إلى أن هذا التسـيير يكون باسـم ولحسـاب الملتزم، واليد العاملة في هذا المرفق لها علاقة تربطها بالملتزم وليس بالإدارة المتعاقدة معه.[2]

هذا ما تنص عليه المادة 07 الفقرة الأولى من المرســـوم التنفيذي -18- 199 المتعلق بتفويض المرفق العام على أن " لا يمكن المفوض له المستفيد من تفويض المرفق العام وفق ما يلي: " لا يمكن المفوض له المســـتفيد من تفويض المرفق العام أن يقوم بتفويضـــه إلى شخص آخر ".

[1] المادة 61 من المرسوم التنفيذي 189-199 المتعلق بتفويض المرفق العام

[2] علي بوسيف، مرجع سابق، ص 50

خلاصة الفصل الثاني

تسهر الإدارة على تحقيق المصلحة العامة وتقديم أفضل الخدمات للجمهور من خلال ضمان حسن سير المرفق العام وضمان قدرته على تلبية الحاجات المتزايدة للأفراد، وهذا ما دفع بها إلى الاستعانة بالقطاع الخاص لتخفيف الأعباء عليها ومساعدتها في تحقيق أهدافها حيث تقوم السلطة المختصة باختيار الفرد المناسب ذو القدرات والمزايا المطلوبة لتحقيق النتائج المحددة مسبقا من أجل إبرام عقد الامتياز معه وفق الطرق والإجراءات المحددة قانونيا مع مراعاة المبادئ العامة التي تحكم إبرام هذا العقد.

خاتمة

يعتبر موضوع عقد الامتياز من المواضيع الأساسية والهامة خاصة مع التحولات الجديدة التي عرفتها الدولة منذ نهاية الثمانينيات والتي فرضت عليها البحث عن طرق جديدة لتسيير مرافقها العامة لمواكبة التطور الحاصل في مختلف المجالات لتحقيق تنمية شاملة وتحرير المرافق العامة من التعقيدات والاحتكار وفتح المجال للخواص والمنافسة مع بقاء دور الدولة في الرقابة والتنظيم حتى لا يفقد المرفق العام هدفه العام في تحقيق المصلحة العامة ويصبح سبيلا في يد القطاع الخاص ومن خلال هذه الدراسة اتضح أن أسلوب الامتياز أصبح الطريقة المفضلة لتسيير المرفق العام في الجزائر خاصة بعد اتساع المنظومة القانونية الجزائرية لعقد الامتياز وقد اسفرت الدارسة على عدة نتائج وتوصيات:

أ- النتائج

1-عدم وجود إرادة صريحة لدى السلطات المعنية في تبني هذا الأسلوب لتسيير المرافق العامة وبرغبتها في التحكم دائما في المرافق العامة وتخوفها الدائم من تحرير المرافق العامة لصالح القطاع الخاص.

2-أن المشرع حين أقر التقنية التشاركية بين القطاعين العام والخاص في إدارة المرافق العامة اقتصر على اعتبارها استثناء لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا تعذر اللجوء إلى الأساليب الأخرى وذلك ضمن قوانين الإدارة المحلية في صورة التعليمة الوزارية رقم0394/842، المتعلقة بامتياز وتأجير المرافق العمومية المحلية.

3- عقد الامتياز من بين أنجح العقود التي تحقق الخدمة العمومية ذات النوعية الجيدة والمردودية الاقتصادية العالية.

ب- التوصيات

1- لابد من تنظيم أحكام عقد الامتياز في قانون موحد مثل قانون الصفقات العمومية لتجنب الغموض والإبهام الذي يحكم معظم النصوص المتفرقة التي تناولت عقد الامتياز

2- يجب أن يضبط القانون المرافق التي تكون قابلة لأن تكون محل الامتياز

3-تشجيع الخواص ومنح الامتيازات لهم بحثا عن خوصصت المرافع العامة والتسيير الفعال والزيادة في مردودية هذه المرافق

ملخص

ملخص

عقد الامتياز من بين أهم العقود الإدارية التي تلقى رواجا في العصر الحالي فلقد حضي باهتمام المشرع الجزائري من خلال القوانين والاحكام التنظيمية ابتداء من أول قانون تناول عقد الامتياز القانون 83-17 المتعلق بالمياه لسنة 1983 وصولا إلى المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام لسنة 2018 ويعتبر عقد الامتياز من أنجح الأساليب في تسيير المرفق العام بهدف تحقيق المصلحة العامة.

Abstruct

The concession contract is among the most important administrative contracts that are popular in the current era. It has received the attention of the Algerian legislator through laws and regulatory provisions, starting with the first law dealing with the concession contract, Law 83-17 related to water for the year 1983, up to Executive Decree 18-199 related to the authorization of the public utility for the year 2018 The concession contract is considered one of the most successful methods in managing a public facility with the aim of achieving the public interest.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: النصوص القانونية

أ-القوانين

1- القانون 05-12، المؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه، الجريدة الرسمية عدد 60، الصادرة في 04 سبتمبر 2005.

2 - القانون رقم 11-10، المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة في 03 يوليو 2011.

3- القانون 05-12، المؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه، الجريدة الرسمية عدد 60، الصادرة في 04 سبتمبر 2005.

4-القانون رقم 10-103 المؤرخ في 15 أوتا 2010 يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الخاصة للدولة عدد -46 الصادرة بتاريخ 28 أوت 2010.

5- القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فيفري 2012، المتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية عدد 12، الصادرة في 29 فيفري 2012.

6- القانون رقم 23-12 المؤرخ في08 اوت 2023 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العامة، ج.ر عدد 51 .

ب-الاوامر:

1-الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ج ر، عدد 78 لسنة 1975، 05 متمم بالقانون رقم 07-2005 المؤرخ في 13 ماي 2007 - جر عدد 13 الصادرة في 13 ماي 2007

2-الأمر 08-04، المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية عدد49، الصادرة في 03 سبتمبر 2008.

3-الامر رقم 08-04، المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية عدد49، الصادرة في 03 سبتمبر 2008.

ج- المراسيم

1-المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 2 اوت 2018، المتضمن تفويض المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 48، الصادرة في 05 اوت 2018.

2-المرسوم التنفيذي رقم 97-483 المؤرخ في 15-12-1997 المتعلق بتحديد كيفية منح حق امتياز قطعة أرضية من الأملاك **الوطنية** الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستهلاكية. وأعبائه وشروطه ج ر ع 83 سنة 1997. معدل ومتمم بمرسوم تنفيذي -93-372 المؤرخ في 23-11-1998.

3-المرسوم التنفيذي رقم 97-483 المؤرخ في 15-12-1997 المتعلق بتحديد كيفية منح حق امتياز قطعة أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستهلاكية. وأعبائه وشروطه ج ر ع 83 سنة 1997. معدل ومتمم بمرسوم تنفيذي -93-372 المؤرخ في 23-11-1998.

4-مرسوم تنفيذي 08-54 مؤرخ 09 فيفري سنة 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية لمياه الشرب ونظام الخدمة المتعلق به جريدة رسمية عدد 08، صادرة بتاريخ 13فيفري سنة 2008.

5-المرسوم الرئاسي رقم 247-15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام جريدة رسمية عدد 50 بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

ثانيا: الكتب

1-هشام عبد السيد الصافي لضوابط العامة لعقد الامتياز دراسة مقارنة بين الجزائر ومصر، مجلة الاستاذ الباحث، العدد الرابع ديسمبر،

2-ناصر لباد، الاساسي في القانون الإداري دار المجد للنشر والتوزيع الجزائر، ط2- 2011

3-بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية دار الهدى، الجزائر، 2010.

4-عمار بوضياف، شرح وتنظيم الصفقات العمومية جسور للنشر والتوزيع، ط4 - المحمدية، الجزائر.

5-أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الخامسة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990-

6-عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007-

7-ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الفكر الجامعية، القاهرة، 2000،

8-منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار ثاراس للطباعة والنشر، العراق، 2006

9- بوسعدية رؤوف، محمد امين بوالجدري، تكريس مبدأ المنافسة والمبادئ المكملة له في المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد الخامس ، 2019 .

10- أمال لعماري وزهرة بالة عقد الامتياز كطريقة لتســـيير المرفق العام، مجلة صوت القانون الجزائر، المجلد الخامس، العدد 01، 2018.

ثالثا: الرسائل الأكاديمية

أ- اطروحات الدكتوراه

1- خلدون عائشة. اساليب التعاقد في مجال الصفقات العمومية (دراسة السابقة) اطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصـــص قانون العام. جامعة الجزائر. كلية الحقوق. قســـم الحقوق. الجزائر 2016

2- نعيمة أكلي، عقد الامتياز الإداري في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون عام، قســـم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم الســـياســـية، جامعة مولود معمري، الجزائر 2018

ب- رسائل الماجستير والماستر

1- بوحموم خديجة الطبيعة القانونية للامتياز في إطار اســـتغلال العقار الثنائي، مذكرة للحصـول على شـهادة الماسـتر، تخصـص قانون عقاري كلبية الحقوق جامعة الدكتور يحي فارس المدية دفعة 2012 - 2013-

2- بوزيدي نصيرة، عقد الامتياز الإداري مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون العام كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قالمة دفعة 2013 - 2014

3-رتيبة شيلة، عقد الامتياز كآلية مستحدثة لتسيير المرفق العام في الجزائر، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية 2019 2020،

4- سارة بن محياوي، النظام القانوني لعقد الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2012-2013،

5- مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبي بكر بالقايد تلمسان، 2007

فهرس الموضوعات

المقدمة
الفصل الأول: الإطار القانوني لعقد الامتياز 7
الفصل الأول: الإطار القانوني لعقد الامتياز 8
المبحث الأول: ماهية عقد الامتياز 9
المطلب الأول: مفهوم عقد الامتياز 9
الفرع الأول: التعريف لعقد الامتياز 10
اولا: التعريف التشريعي 10
الفرع الثاني: التعريف الفقهي للعقد الامتياز 12
الأول: تعريف عقد الامتياز في الفقه الجزائري 12
الفرع الثالث: تعريف عقد الامتياز في القضاء 13
المطلب الثاني: خصائص عقد الامتياز واركانه 14
الفرع الاول: خصائص عقد الامتياز 14
اولا: عقد الامتياز عقد إداري 14
ثانيا: موضوع عقد الامتياز إدارة وتسير واستغلال مرفق عام 15
ثالثا: عقد الامتياز محدد المدة 16
رابعا: الحصول على مقابل مالي 17
الفرع ثاني: اركان العقد الامتياز 17
اولا: الأطراف 17
ثانيا: المحل 18

ثالثا: الرضا 20

رابعا: السبب والشكل 20

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد وتمييزه عما يشابه 22

المطلب الأول: الطبيعة القانونية..... 22

الفرع الأول: الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز..... 22

الفرع الثاني: الطبيعة العقدية لعقد الامتياز 23

الفرع الثالث: عقد الامتياز هو عقد ذو طبيعة مختلطة (مركبة). 23

المطلب الثاني: تمييز عقد الامتياز عن العقود المشابهة له..... 25

الفرع الاول: تمييز عقد الامتياز عن عقد الصفقات العمومية: 25

الفرع الثاني: تمييز عقد الامتياز عن عقد الإيجار 26

الفرع الثالث: عقد الامتياز وعقد التسيير 28

الفرع الرابع: عقد الوكالة المحفزة..... 29

خلاصة الفصل الاول..... 31

الفصل الثاني:..... 32

الإطار التنظيمي لعقد الامتياز 32

الفصل الثاني: الإطار التنظيمي لعقد الامتياز 33

المبحث الاول: تكوين العقد الامتياز 34

المطلب الأول: ضوابط ابرام عقد الامتياز 34

الفرع الأول: مبادئ ابرام عقد الامتياز 35

أولا: مبدأ العلانية والمنافسة الحرة والشفافية..... 35

ثانيا: مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص 36

ثالثا: مبدأ حرية الوصول الى الطلب العمومي 36

رابعا: مبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد والاعتبار الشخصي في اختيار الملتزم. 37

الفرع الثاني: اساليب ابرام عقد الامتياز 38

اولا: تعريف أسلوب الطلب على المنافسة 38

ثانيا: تعريف أسلوب التراضي: 39

المطلب الثاني: اجراءات ابرام عقد الامتياز 39

الفرع الاول: اتفاقية الامتياز: 39

الفرع الثاني: دفتر الشروط: 40

الفرع الثالث: تنفيذ عقد الامتياز: 41

المبدأ الاول: نية الاطراف في تنفيذ عقد الامتياز 42

المبدأ الثاني: قابلية تعديل عقد الامتياز. 42

المبحث الثاني: اثار عقد الامتياز 43

المطلب الاول: آثار عقد الامتياز بالنسبة للإدارة مانحة الامتياز 43

الفرع الأول: حق الرقابة والاشراف 43

الفرع الثاني: حق الإدارة في استرداد المرفق قبل نهاية مدة العقد 47

الفرع الثالث: حق الادارة في تعديل عقد الامتياز 48

المطلب الثاني: آثار عقد الامتياز بالنسبة للملتزم 49

الفرع الاول: الحق في اقتضاء المقابل المالي 49

الفرع الثاني: الحق في الحصول على المزايا المالية المتفق عليها 50

الفرع الثالث: اعادة التوازن المالي للعقد.....50

خلاصة الفصل الثاني 55

خاتمة 56

ملخص.....59

قائمة المصادر والمراجع 61

فهرس الموضوعات 67