الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور" الطاهر مولاي " ولاية سعيدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماسترفي القانون العام

« تخصص إدارة الجماعات المحلية »

إمتياز المرافق العامة(دراسة مقارنة)

إمتياز المرافق العامة(دراسة مقارنة)

إعداد الطالب:

عباسي الشيخ

المشرف:

الشيخ

الأستاذ

. د. سعيدي

لجنة المناقشة:

د ـ عثماني عبد الرحمان

ـ أ ـ وقاص الناصر

السنة الجامعية : 2015/2014

التشكرات

إلى من علموني أن الدنيا فناء في سبيل العلم لابد من عطاء

إلى كل من أعانني بالنصح و الإرشاد, و التوجيه و جلب الكتاب و الدعاء على ظهر قلب .

إلى من ملكني حين علمني ومن علمك حرفا صرت له عبدا حتى يحررك و الحر لأساتذته ما زال عبدا .استاذ سعيدي شيخ

عربون جسر محبة أسمى عبارات الاعتراف . الحمد للفضل و النعمة هي كلمة شكر .

إلى كل طالب علم أينما وجد و حيثما كان .

إلى كل هؤلاء أتقدم تقدم العارف البصير و المدرك الواضح بجزيل الشكر و العرفان على كل ما قدموه لي و كان الله في عونهم دائما

عباسي

التشكرات

إلى من علموني أن الدنيا فناء في سبيل العلم لابد من عطاء

إلى كل من أعانني بالنصح و الإرشاد, و التوجيه و جلب الكتاب و الدعاء على ظهر قلب .

إلى من ملكني حين علمني ومن علمك حرفا صرت له عبدا حتى يحررك و الحر لأساتذته ما زال عبدا .استاذ سعيدي شيخ

عربون جسر محبة أسمى عبارات الاعتراف . الحمد للفضل و النعمة هي كلمة شكر .

إلى كل طالب علم أينما وجد و حيثما كان .

إلى كل هؤلاء أتقدم تقدم العارف البصير و المدرك الواضح بجزيل الشكر و العرفان على كل ما قدموه لي و كان الله في عونهم دائما

عباسي

مقدمة:

لإصطلاح الإمتياز تاريخ عريق يرتد إلى أزمنة بعيدةإذإستخدم لأول مرة في القرون الوسطى،وقدإستعير هذا الإصطلاح من الفعل الفرنسي AFFRANCHIR الذي يعني يمنح أو يخول وقد إستخدم المصطلح لوصف إتفاق يمنح به شخص من موقع القوة كالملك أو كبار موظفي الحكومة الآخرين(عادة النبلاء أو أصحاب المقامات الكنيسة الرفيعة) الحق في في جمع الرسوم أو فرض الضرائب للسيطرة على الأسواق أو المعارض أو للقيام ببعض الأعمال التي تقوم بها نقابات التجار عادة في مقابل دفعة نقدية محدّدة أوتقديم الولاء لمن منح الإمتياز أو تقديم بعض الخدمات له.([1]) كما أن له معان متعددة في فروع القانون المختلفة،فقد إستعمل هذا التعبير كمقابل للإصطلاح الأجنبي concession ليصف منحة التقدم من قبل الحكومة بإمتياز خاص وبهذا فإن الإمتياز يحمل معنى الميزة privilege أو المنة grace التي تعطى لشخص معين[(2)] .

وللإمتيازفي كل فرع من فروع القانون مدلوله الخاص يختلف عن الأخر ففي القانون التجاري كما عرفه القضاء الفرنسي أنه منهج بموجبه يقوم المانح بتزويد المتلقي بالمواد والبضائع والمساعدة الفنية و أسرار البيع و علامة الإنتاج بالشكل الذي لا يحدث الخلط بين منتج المانح وغيره من المنتجات أما في القانون الإداري فيختلف الأمر عما سبقه إذ يستعمل فقه القانون الإداري في فرنسا عبارة إمتياز يراد به الخدمات العامة التي ترد على المرافق العامة بإعتبارها هيئة او منظمة او جهاز او مشروع تتولى الإدارة العامة ادارته ،اما من الناحية المادية او الموضوعية فإن المرفق العام عبارة عن نشاط يهدف الى إشباع أحدى الحاجات العامة بقصد تحقيق الصالح العام ، وذلك بغض النظر عن الهيئة او المنظمة التي تباشر هذا النشاط .

وقد يجتمع هذان المفهومان فى أحد الأنشطة ،ويترتب على ذلك خضوع هذا النشاط للنظام القانوني الذي يخضع له المرفق العام. وقد عرف مجلس الدولة المصري المرفق العام بأنه " كل مشروع تنشئه الدولة او تشرف على ادارته ، ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات

---

[1] - درع حماد عبد،عقد الإمتيازدراسة في القانون الخاص،مكتبة السنهوري،الإسكندرية،ص42

[2] - درع حماد عبد،نفس المرجع ،ص64

الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح بل بقصد المساهمة فى صيانة النظام وخدمة المصالح العامة فى الدولة.

كما ان التطور الحديث فى الفقه والقضاء يعترف بصفة المرفق العام للمرفق الصناعي والتجاري مع أنه يعمل لتحقيق الربح،كما ان من صفات المرفق
ان تكون الكلمة النهائية فى ادارة المشروع وتنظيمه للسلطة العامة اما بالنسبة للفقه فقد تعددت التعريفات التي تبناها للمرفق العام، والتعريف الراجح الذي يقول به الدكتور طعيمه الجرف والذي يعتبر أن المرفق العام هو كل نشاط تتولاه الإدارة بنفسها او يتولاه فرد عادي تحت توجيهها ورقابتها واشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور،ولايمكن وصف المشروع دائما على المرفق العام فهذا الوصف قد يوحي بوجود رابطة حتمية بين المرفق العام والمشروع الاقتصادي بينما أن المرفق العام قد يكون وزارة او وحدة إدارية تكون جزءا من الحكومة المركزية ومن خلال الجمع بين المعيارين الموضوعي والعضوي ، فالمرفق العام هو فى المقام الأول نشاط يحقق النفع العام توجد بينه وبين جهة الإدارة صلة عضوية ،قد تكون مباشرة حينما تمارس الدولة هذا النشاط وقد تكون غير مباشرة حينما يتولى هذا النشاط شخص من أشخاص القانون الخاص تحت رقابة الدولة وتوجيهها.

وخلاصة القول ان الهدف الأساسي للمرفق العام هو إشباع الحاجات العامة للأفراد تحقيقا للنفع العام ،وتتنوع الحاجات العامة التي تنشىء الدولة المرافق العامة من أجل إشباعها ، فقد تكون هذا الحاجات ذات طبيعه مادية كالحاجة الى خدمة المياه والكهرباء والغاز وخدمة النقل ، وقد تكون الحاجات العامة من طبيعه معنوية او ثقافية كالتعليم والاعداد المهني او الحرفي والارشاد الديني ،ويترتب على تنوع الحاجات العامة التي تسعى الدولة الى إشباعها عن طريق المرافق العامة تعدد فى الاسباب التي تدفع الدولة الى إنشاء هذه المرافق وفى احيان اخرى فان الدولة تنشىء مرافق عامة دون ان يكون ذلك تنفيذا لإلتزام نابع من نص قانوني ، وقد يتم ذلك بناء على اعتبارات سياسية تختلف من دولة الى اخرى.

وقد تنشىء الدولة بعض المرافق العامة لأسباب إقتصادية كأن تقدر الدولة ان هناك حاجات عامة معينة يجب إشباعها من أجل تحقيق التنمية

الإقتصادية بل انه حتى فى الحالة التي تحدد فيها الحكومة للمرافق العامة الإقتصادية هدف تحقيق التوازن المالي لأنشطتها ، فان هذا لا يعني ان هذه المرافق اصبحت تتماثل مع المشروعات الخاصة، وبسبب طبيعة النشاط الذي تؤديه هذه المرافق دعا الفقه والقضاء إلى ضرورة تحرير هذه المرافق من الخضوع لقواعد القانون العام، المياه والغاز ومرفق البريد والأمثلة على هذه المرافق كثيرة ومنها مرفق النقل، والمواصلات ومرفق توليدالكعرباء. [3]

و لأن الغرض من ذالك تحقيق التوازن المالي هو ضمان استمرار المرافق العامة فى أداء المهام المناطة إليها والتي تتمثل فى إشباع الحاجات العامة للأفراد وعدم تحميل ميزانية الدولة بأعباء مالية متزايدة يمكن أن تؤدي على المدى الطويل ، إلى الحد من مقدرة الدولة على تقديم الخدمات العامة

ان كل ذلك يدل على الارتباط الوثيق بين المرافق العامة وفكرة المنفعة العامة باعتبارها الهدف الأساسي الذي تسعى الدولة إلى تحقيقه من وراء إنشاء وإدارة المرافق العامة،و للمرافق العامة أنواع مختلفة، لذلك من الطبيعي أن تتباين طرق إدارتها تبعا لطبيعة نشاط كل نوع منها.

وفي اختيار طريقة إدارة مرفق من المرافق العامة فإن السلطة المختصة تأخذ باعتبارات متعددة: سياسية واجتماعية واقتصادية ...الخ. ذلك ان المرافق العامة التي تمس الدولة في كيانها كمرافق الدفاع والأمن تختلف عن المرافق العامة الأقل أهمية كمرفق توزيع الماء والكهرباء. كما أن المرافق العامة الاقتصادية تحتاج بطبيعة نشاطها إلى وسائل تختلف عن الطرق في إدارة هذه الأنواع من المرافق فتعددت وفقا لطبيعة ونوع الخدمة التي يؤديها المرفق العام اختلفت درجة تدخل الدولة وفرض رقابتها بالتشديد أو التخفيف.

فمن الطرق ما تظهر فيها سيطرة الدولة وهيمنتها على المرفق العام من جميع نواحيه كما هو الشأن في طريقتي: الاستغلال المباشر والمؤسسة العمومية ولقد حرصت الدولة على أن تكون إدارة تلك المرافق بواسطة هيئاتها العمومية نظرا لأهمية أنشطة تلك المرافق وارتباطها بمصالح الجمهور.

---

[3] ـ مازن ليلو راضي ، الوجيز في القانون الإداري، الموقع الإلكترونيwww ,ingdz,com ،تم الإطلاع على الموقع بتاريخ 2015/08/16 على الساعة 16:00

ومـن الطـرق مـا تكـون رقابـة الدولـة علـى المرفـق ضـئيلة ويكـون للأفـراد مجـال كبيـر فـي تمويـل المرفـق وإدارتـه - كمـا هـو الحـال فـي طريقـة الامتيـاز أو الالتـزام وهـي أصـول تسـمح لـلإدارة بنقـل بعـض الحقـوق إلـى شـخص بشـروط تتضـمن غالبـا إتفاقـا تعاقـديا وفـي كثيـر مـن الأحيـان دفتـر شـروط ولكـون الإمتيـاز أحـد الأسـاليب التـي تلجـأ إليهـا الدولـة أو الجماعـات الإقليميـة التابعـة لهـا لإدارة مرافقهـا العامـة إذ تعهـد بمقتضـاه إلـى أحـد أشـخاص القـانون الخـاص بمهمـة إدارة مرفـق عـام علـى نفقتـه وحسـابه لقـاء تقاضـي مقابل نقدي من المنتفعين من خدمات هذا المرفق .

وقـد عـرف نظـام الإمتيـاز تطـورات هامـة وذالـك بعـد عمليـات التـأميم ظهـرت علاقـات قانونيـة بـين الـدول والمؤسسـات أو المقـاولات العموميـة التـي أحـدثت لتسـير النشـاطات أو القطاعـات العموميـة فمـثلا الإمتيـاز لصـالح الشـركة الوطنيـة للسـكة الحديديـة SNCFA المسـمات حاليـا الشـركة الوطنيـة للنقـل بالسـكة الحديديـة وصـدرت بعـدها نصـوص تشـريعية وتنظيميـة تـنظم الإمتياز مثل قانون المياه الصادر في 1983/07/16[4].

وفـي إطـار التحـولات السياسـية والإقتصـادية التـي تعيشـها الجزائـر منـذ 1989 والتـي إنعكسـت علـى الدولـة ومؤسسـاتها وعلاقاتهـا بـالمواطن ، فـي ظـل تزايـد الحاجـات العامـة وضـرورة تلبيتهـا بفعاليةونوعيـة أصـبح مـن الضـروري تغطيـة العجـز الـذي لحـق بـالمرافق العامـة لضـمان أحسـن الخـدمات للجمهـور والـذي يتحقـق مـن خـلال إنسـحاب الدولـة مـن الحقـل الإقتصـادي وتحريـر النشـاطات العموميـة وإزالـة الإحتكـارات وظهـور التعـاون مـابين القطـاع العـام والخـاص ومحاولـة تفعيـل دور الخـواص مـن خـلال اللجـوء إلـى تسير المرافق العامة. [5]

إن عقـد الإمتيـاز يعـد وسـيلة فعالـة ومهمـة للتنميـة الإقتصـادية وذالـك عـن طريـق التكنولوجياالمتقدمـة بغيـة الإسـتفادة منهـا .لـذا بـدأ هـذا الضـرب مـن التعاقـد مـن قبـل الـدول الناميـة إنطلاقـاً مـن إهتمامهـا بقضـية نقـل التكنولوجيـا وتحقيـق التنميـة الإقتصـادية . و فـي بلـد مثـل الأردن أخـذ الإمتيـاز درجـة عاليـة

---

[4] ـ طاهري حسين،القانون الإداري والمؤسسا ت الإدارية دراسة مقارنة،دار الخلدونية،الجزائر،ط1،2007،ص86

[5] ـ آكلي نعيمة،النظام القانوني لعقد الإمتياز القانوني،مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستيرفي القانون،جامعة تيزى وزو،2013 ص3

مـــن الأهميـــة حيـــث أوكلـــت إدارة المرافـــق العامـــة لتكريروإنتـــاج البتـــرول (مصـــفات البتـــرول) ومرفـــق توليـــد وتوزيـــع الكهربـــاء(إمتيـــاز كهربـــاء عمـــان) وإمتياز النقليات السياحية.

وفـــي مصـــرظل بـــدون تشـــريع خـــاص حتـــى صـــدور قـــانون الإلتزامـــات المرافـــق العموميـــةرقم129 الصـــادر فـــي 21يوليـــو1947ثـــم عـــدلت بعـــض أحكامـــه بالقـــانون رقـــم497 لســـنة 1954والقـــانون538لســـنة 1955والقـــانون 185 لســـنة 1958."[6] وبحســـب المـــادة668 مـــن القـــانون المـــدني المصـــري فالإمتيـــاز لايـــرد مطلقـــاً علـــى المرافـــق العامـــة وإنمـــايرد علـــى المرافـــق الصـــناعية والتجاريـــة لأن غالبـــا مـــاتكون خـــدمات المرافـــق الإداريـــة مجانيـــة أوبرســـوم منخفضة وهذا مالا يتماشى مع أهداف الخواص وهو تحقيق الربح.

واخـذت بـه الجزائـر علـى غـرار دول العـالم بـل تطـور هـو الأخرحيـث لـم يعـد حكـرا علـى إدارة المرافـق العامـة فقـط ،بـل يتعـدى ذلـك ليصـبح كأسـلوب لإسـتغلال أمـلاك الدولـة مـن طـرف الخـواص كمـا هـو عليـه الأمـر حاليـا فـي الجزائـر بالنسـبة للأمـلاك الخاصـة للدولـة والموجهـة لمشـاريع إسـتثمارية،وفي الجزائـر ظهـر الإمتيـاز مـع التأميمـات بعـد الإسـتقلال لـربط العلاقـة بـين الدولـة والمؤسسـة العموميـة مـن جهـة وبـين الدولـة و الجماعـات الإقليميـة مـن جهـة أخـرى ولجـأت إليـه الدولـة لتنشـيط مختلـف القطاعـات الإقتصـادية وفعـلاً طبـق فـــي قطـــاع المنـــاجم والمحروقـــات بهـــدف الإســـتفادة مـــن الخبـــرات الأجنبيـــة المتخصصـــة،كما يعـــد أيضـــاً مـــن أقـــدم وأشـــهر الأســـاليب القانونيـــة المعتمـــدة مـــن طـــرف الدولـــة قصـــد إدارة وتســـيرمرافقها الإســـتثمارية ولقـــد عرفتـــه الجزائـــر منـــذ غـــداة الإســـتقلال مـــن خـــلال تطبيقـــه علـــى الأمـــلاك الوطنيـــة بموجـــب المـــادة 69 مـــن القـــانون 30/84المـــؤرخ فـــي 30يونيـــو1984والمتضـــمن قـــانون الأمـــلاك الوطنيـــة الملغـــى بموجـــب القـــانون 30/90 المـــؤرخ فـــي 1990/12/01المعـــدل والمـــتمم بالقـــانون رقـــم:14/08 المـــؤرخ فـــي: 20يوليـــو 2008، مـــن خـــلال مـــا تضـــمنته المـــادة 64مكـــرر مدرجـــة بالمـــادة19 مـــن القـــانون الســـالف الـــذكر "يشـــكل مـــنح إمتيـــاز إســـتعمال الأمـــلاك الوطنيـــة العمومية،المنصـــوص عليـــه فـــي هـــذا القـــانون والأحكـــام المعمـــول بها،العقـــد الـــذي تقـــوم بموجبـــه الجماعـــة العموميـــة صـــاحبة الملك،المســـماة الســـلطة صـــاحبة حـــق الإمتيـــاز،بمنح شـــخص معنـــوي أو

---

[6] ـ محمد فؤاد عبد الباسط ،القانون الإداري ،تنظيم، نشاط،وسائل،جزء الثالث،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية،2000،ص899.

طبيعي،يسمى صاحب الإمتياز،حق إستغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي أو تمويل أو بناء و/أو إستغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة، تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز ، محل منح الإمتياز إلى السلطة صاحبة حق الإمتياز[7].

إن تنازل الدولة عن تسيرهذه المرافق لأشخاص القانون الخاص يفرض عليها السهر على إحترام المبدأ الأساسي الذي يحكم إدارة المرافق العامة، وهو مبدأ تحقيق المصلحة العامة بأبعاده المختلفة (مبدأ دوام سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد،مبدأ قابلية المرافق للتعديل والتغيير ومبدأ المساوات بين المنتفعين أمام المرافق العامة).لهذا يعتبر الإمتياز وجه من أوجه إدارة المرافق العامة يختلف عن التسير المباشر و التسيير عن طريق المؤسسة العمومية وبالتالي نسميه تفويضاً من الدولة إلى الأفراد لتسير المرفق وتحسين الخدمة.

ولقد نص الدستور المصري لسنة 1971صراحةً في المادة 123على إمتياز المرافق العامةً "يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة "[8]ونظراً للمد الاشتراكي آنذاك فقد ضيق من التطبيق الميداني ولم يصدر أي قانون في هذا الشأن حتى سنة 1997 إذ صدر القانون رقم 03 المتضمن منح إلتزام المرافق العامة لإنشاء وإستغلال المطارات وأراضي النزولالجريدة الرسمية عدد 6 مكرر الصادرة في 1997/2/8،[9] كما نص أيضاً الدستور الأردني في المادة 117منه على أن "كل إمتياز يُعطى لمنح أي حق يعلق بإستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون"

بالمقابل فإن دستور الجزائر لسنة 1996 لم ينص إطلاقا على الإمتيازوعليه لم تحدد في الدستور طرق إدارة المرافق العامة ولا حتى الإشارة إليها .وترك الأمر للتشريع للتفصيل فيه وبالفعل صدر القانون 83-17 المؤرخ في 16 جوان 1983 والمتضمن قانون المياه المعدل بموجب الأمر 96- 13 المؤرخ في 15 جوان 1996 وتحديدا المادة 4 منه عقد

1- المادة64مكرر من القانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المعدل والمتمم بالقانون رقم14/08 المؤرخ في 2008/07/20 المتعلق بالأملاك الوطنية،ج ر عدد44 لسنة2008

8 - المادة 123من دستور مصر لسنة 1971.

9- الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد6مكرر الصادرة في1997/2/8

الإمتيـاز بأنـه عقـد مـن عقـود القـانون العـام تكلـف الإدارة بموجبـه شخصـا اعتباريـا عامـا أو خاصـا قصـد ضـمان أداء خدمـة ذات منفعـة عامـة.وكـذا القانون رقم30/90المتضمن قانون الأملاك الوطنية.

ويعتبرعقـد إمتيـاز المرفـق العـام مـن أهـم العقـود الإداريـة التـي يـتم تنظيمهـا بموجـب قـانون يُحـدد موضـوع عقـد الإمتيـاز الـذي قـد يكـون إنشـاء منشـآت وإسـتغلالها كـالموانىء أو الطـرق ذات الرسـوم أو إسـتغلال المـوارد الطبيعية في البلاد كإستغلال المناجم و المعادن[10] .

أهمية موضوع الدراسة

إن دراسـة هـذا الموضـوع الـذي ينـدج ضـمن نطـاق القـانون الإداري وبالتحديـد كأسـلوب مـن أسـاليب إدارة المرافـق العامـة تطـرق لـه العديـد مـن البـاحثين ولا كـن لـيس بالكيفيـة التـي نحـن بصـددَها وهـي زاويـة المقارنـة بـين الدول التي تتبنى هذه الألية من تدبير المرافق العمومية.

أمـا عـن الأسـباب التـي قادتنـا لإختيـار هـذا الموضـوع هنـاك أسـباب ذاتيـة أخرى موضوعية .

أماعن الأسباب الذاتية:

حـب البحـث عـن طريـق أسـلوب المقارنـة وميـولاتي الشخصـية لموضـوع الإمتيـاز الفلاحـي الـذي أثـار فـي الأونـة الأخيـرة إهتمـام الـرأي العـام المحلـي خاصـة بعـد صـدورقانون الإمتيـازالفلاحي 03/10 وخاصـةً الإجـراء الذي تم بموجبه تحويل حق الإنتفاع الدائم إلى حق إمتياز مؤقت.

أما الأسباب الموضوعية هي:

محاولـة الكشـف عـن أسـلوب إمتيـاز المرافـق العامـة فـي بلـدي الجزائـر ومقارنته بالدول الأخرى مثل فرنسا ،مصر وحتى الأردن.

ولذالك إرتأيت معالجة الإشكالية التالية :

---

[10] ـ نواف كنعان،، الكتاب الثاني،دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان،الطبعة الأولى،1995،ص323

هل إمتياز المرافق العامة في الجزائر يمس كل القطاعات في الدولة سواء أكانت مركزية أم لامركزية أم أن المشرع رخص لبعضها دون الآخر كباقي الدول مثل فرنسا ومصر ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى فصلين حيث خصصنا في الفصل الأول ماهية الإمتياز في مجال المرافق العامة ليتم التطرق من خلاله لمفهوم الإمتياز ومجمل القطاعات التي رخص لها المشرع بذالك بالإضافة إلى التكييف القانوني لهذا النوع من التسير ، في حين خصصنا الفصل الثاني لدراسة الإطار القانوني لإمتياز المرافق العامة وحقوق وواجبات الملتزم كما إعتمدنا في هذه الدراسة على النهج التحليلي الوصفي لأنه المنهج الأنسب لدراسة البحوث والمواضيع القانونية ، بالإضافة إلى المنهج المقارن للمقارنة بين الدول في أهم القطاعات التي تدار بهذه الكيفية هذا من جهة واهم التشريعات الصادرة بهذا الخصوص وفقا التدرج السلم الهرمي للقواعد.

أما عن أهم الصعوبات التي واجهتني في إنجاز هذه المذكرة نقص المراجع في هذا الشأن وإن وجدت على سبيل التلخيص أو الإيجازمن قبل المؤلفين في القانون الإداري بالإضافة إلى نقص الإجتهادات القضائية في هذا الشأن وخاصة في الجزائر التي تكاد تنعدم ماعدا شركة نقل المسافرين ،فضلا عن ضيق الوقت الذي غالبا مايداهم أي باحث في مختلف المجالات.

الفصل الأول

ماهية إمتياز المرافق العامة

الفصل الأول: ماهية إمتياز المرافق العامة

لقد أشيع إستخدام طريقة الإمتياز على إعتبار أنها الأفضل لتلبية حاجات المواطنين لا سيما بالنسبة للمرافق الصناعية والتجارية خاصة المرافق المحلية منها وإن كان في الوقت الحاضر يشيع إستخدامها في فرنسا على المرافق الإدارية وهي تختلف عن إدارة المرفق بواسطة الإدارة الحكومية (التسير المباشر) أوعن طريق المؤسسة العامة ومن هنا نرى أن هذا النوع يختص به الأفراد دون أن تقدم الإدرة بمافيها الدولة أو الجماعات المحلية الأموال اللازمة لإدارته،وإنما يقدمها الملتزم كما أن تقديم الخدمات محل الإلتزام دائماً يقابله رسم تفقد به الخدمات المرفقية صفة المجانية التي تميزغالبية خدمات المرفق الإداري[11].

ولجوء الدولة إلا هذا المنوال من التسيرإذا تبين لهاأنها الطريقة المثالية والمناسبة والأفضل من الطرق الأخرى وهي الأنجع لتأدية الخدمات في أحسن الظروف وإذا كان المرفق العام يعتبروفقا للمدلول المادي حاجة جماعية بلغت من الأهمية مبلغاً يقتضي تدخل الدولة لأشباعها بوسائل القانون العام بصرف النظر عن إمكانية القطاع الخاص إشباع تلك الحاجة أم لا ،فان الواجب الأساسي المفروض على الدولة إختيار الطريقة المناسبة لإدارة هذا المرفق على اكمل وجه .إذ أن كفاءة وفاعلية المرفق العام في تقديم الخدمة العامة المناط به تحقيقها وتقديمها للأفراد وإشباع حاجاتهم العامة تتوقف إلى حد كبيرعلى إختيار الطريقة المناسبة لإدارة المرفق[12].

ولقد إهتم بعض الباحثين أمثال" محمد أمين بوسماح"و"رحال بن أعمر"وشريف بن ناجي" الذين وضعوه موضع العقد الإداري كتصرف من تصرفات ثنائية الجانب و إعتبروها ثاني نموذج العقد الإداري بعد الصفقات العمومية[13] وفيه صاحب الإمتياز فرداً كان أو شركة على نفقته

---

[11] ـ محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية،1987، ص38

[12] علي الخطار ،عقد إمتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن،الدليل الإلكترونيARABLAW INFO ،ص2،تم فحص الموقع 03 أ,وت 2015 على الساعة 15:00

[13] ـ بن عليةحميد،إدارة المرافق العامة عن طريق الإمتياز ،دراسة التجربة الجزائرية ،مجلة العلوم القانونية،العدد03 الجزائر،2009 ،ص116

ومسؤولته خلال مدة من الزمن بإدارة أحد المرا فق العامة كتوزيع الماء أو الكهرباء مقابل رسوم يتحصل عليها تكون محددة بدفتر الشروط بين الملتزم والإدارة وعليه فإن كل إمتياز يمنح لفرد في أي قطاع يجب أن يصادق عليه بقانون وقد جرى العمل على النحو التالي في الأردن وهناك بعض القوانين الخاصة منحت لجهات إدارية معينة حق ممارسة التعاقد مع الجهات الخاصة لتنظيم أو تشغيل أو إدارة مرفق.

لهذا فإن عقد الإمتياز الإداري هو أحد العقود الحديثة ذات الأهمية في خدمة البلاد وإعمارها من جهة وإثراء المتعاقد الأخر من جهة أخرى كما تلجأ إليه الدولة عادة لخدمة مرافقها العامة إذ لم تقم بذالك اصالةً لأي سبب كان ولقد تنوعت عقود الإمتياز وتفاوتت خطورتها تفاوت الدور الذي يمكن أن يؤديه المرفق موضع الإمتياز.

المبحث الأول : مفهوم إمتياز المرافق العامة

الإمتيـاز لغـة مـن إمتاز،وإمتـاز القـوم أي تميـز بعضـهم عـن بعـض وإمتـاز الشـيء أي تميـز بضـل نوعـه عـن الأخر،أمـا الإمتيـازفهو حـق يحصـل عليه الشخص من الحكومة لبيع سلعة أو القيام بعمل لا ينافسه أحد فيه[14].

ويقـول المـولى عـز وجـل فـي كتابـه الكـريم "سـلامٌ قـولاً مـن رب رحـيم وإمتازوا اليوم أيها المجرمون" [15].

أمـا إصـطلاحا فإنـه لـم يعـرف ثباتـا ولا إسـتقرارا فـي المعنـى ،بـل إختلـف وتطـور تعريفـه بـالنظر إلـى نوعيـة المرفـق وتماشـيا مـع التطـور التـي عرفتـه الدولـة فـي مختلـف مجـالات الحياة،وتوجـدأنواع متعـددة مـن العقـود الإداريـة المسـماة مـن بينهـا عقـد الإمتيـاز الـذي نحـن بصـدد البحـث فيـه ، وعقـد الأشـغال العامـة ، عقـد التوريـد وعقـد الصـفقات لاشـك أن عقـدإمتيازأو إسـتغلال اوبمقتضـى هـذه الطريقـة تتعاقـد الادارة مـع احـد الافـراد أو الشـركات الخاصـة فتعهـد إليـه بتكليـف منهـا وطبقـا للشـروط التـى تحـددها لـه بالقيـام علـى نفقتـه وتحـت مسـئوليته بـاداء خدمـة عامـة للجمهـور مقابـل السـماح لـه باسـتغلال المرفـق العـام لمـدة مـن الـزمن، والحصـول علـى الاربـاح التـى تتمثـل فـى صورة الاذن له بتحصيل رسوم من المنتفعين مقابل اقتضاء الخدمة.

وعـرف المشـرع المصـرى عقـد التـزام المرافـق العامـة فـى المـادة 668 مـن القـانون المـدني بأنـه " عقـد الغـرض منـه ادارة المرفـق العـام ذى صـفة اقتصـادية ويكـون هـذا العقـد بـين جهـة الادارة المختصـة بتنظـيم هـذا المرفـق وبـين فـرد أو شـركة يعهـد إليهـا باسـتغلال المرفـق فتـرة معينـة مـن الـزمن"، وتتميز طريقة التزام المرافق العامة بالخصائص الآتية.

انهـا تـتم عـن طريـق عقـد ادارى مـن طبيعـة خاصـة يبـرم بـين الادارة العامـــة والملتـــزم ويســـمى بعقـــد إلتـــزام المرافـــق العامـــة.

انهـا تتعلـق بـادارة وتسـيير احـد المرافـق العامـة،وهو غالبـا يكـون مـن المرافق الاقتصادية التى تحقق عائداً.

---

[14] ـ راتب هزاز أحمد ،جميل أبو نصري،رمزية نعمة حسن،زاد طلاب قاموس مصور بالأوان،عربي عربي،بدون طبعة،دارالراتب الجامعية،بيروت لبنان،ص87،88

[15] ـ سورة يس ،الأية 58،59

ان عقد التزام المرافق العامة يكون عادة محدد المدة،وبالتالى فلايجوز بأى حال من الاحوال ان تترك فى يد الملتزم إلى أجل غير مسمى حتى لايتحكم أو يحتكر الخدمة التى يؤديها للمواطنين.

ان الملتزم يتحمل بمقتضى هذه الطريقة نفقات المرفق وأخطاره المالية ويديره تحت مسئوليته ويستعين فى تيسير المرفق بكل مايلزمه من عمال وأجهزة وأدوات ، ويقابل ذلك الالتزام إلتزام على الإدارة بأن تقدم المعونة المالية للملتزم اذا استجدت تطورات فنية فى مجال عمل المرفق تفوق تكاليفها المادية ما يمكن ان يتحمله الملتزم من أعباء،أو إذا حدثت ظروف طارئة تجعله عاجزا عن الاستمرار فى تسيير المرفق .

إن إمتياز المرافق العامة المنصبة على موارد التعدين أو النفطي هو الأكثر شيوعا في مصر والأردن وقد لا يتضمن عقدالإمتياز إقامة منشآت لأنها تعتبر من الأشغال العامة كما هو الحال في إمتياز النقل بعربات الأتوبيس في مصر ولكنه قد يتضمن إقامة بعض المنشآت كما هو الحال في إمتياز السكك الحديدية إلاأن إقامة هذه المنشآت يقترن بتقديم خدمات المرفق (16)، وأن فكرة الإمتياز قد تطورت تطوراً مهما عما كانت عليه في الأصل أي خلال القرن التاسع عشر وذالك لأن مفهوم المرفق لم يكن معروفا مثل اليوم وكذالك لم تكن نتائج الأخذ بنظرية المرفق العام معروفة لدى علماء القانون الإداري فلم يكن شائعا في االقرن المذكور أن الإمتياز لا يكون إلا عن طريق إمتياز الأشغال العامة الذي يتألف من القيام بعمل وبقي الحال كذالك إلى نهاية القرن التاسع عشر حيث تطورت صناعة السكة الحديدية وتوزيع الكهرباء والغاز.

فبدأ عندهم مفهوم من مقتضاه أن الإمتياز لا يتناول فقط إقامة بناء أوالقيام بعمل بل أكثر من ذالك إستغلال مرفق عام لمدة وبشروط محددة تراعي فيها المصلحة العامة ،وإن إنشاء مشروع تجاري ضمن نظام الإمتياز يتطلب مبالغ وجهد أقل ووقت أقصر مما يتطلبه إنشاء مشروع مستقل وذالك من خلال الحصول على المساعدة الفنية من الدولة فبدون مظلة هذه الأخيرة قد ينفق الملتزم مبالغ طائلة لم بحاجة إلى إنفاقها فضلا

[16] ـ ماجد راغب الحلو ،العقود الإدارية والتحكيم،المكتبة القانونيةالإسكندرية،2004،ص 39

عـن حصـوله علـى تمويـل مـن المؤسسـات المصـرفية بالإضـافة إلـى الثقـة والإطمئنان من خلال دفتر الشروط الموقع من الطرفين .(17)

ويـتم إسـتخدام أسـلوب إمتيـاز المرافـق العامـة عـن طريـق عقـد إداري يسـمى عقـد الإمتيـاز يـتم إبرامـه بـين طـرفين أحـدهما يسـمى الإدارة المانحـة للإمتيـاز التـي قـد تكـون إدارة مركزيـة كـالوزارات أو إدارة لامركزيـة كالمؤسسـات العامـة والبلـديات والولايـات ويسـمى الثـاني الشـخص الطبيعـي أو المعنـوي الخـاص الـذي يـتم إختيـاره علـى إعتبـار شخصـي قـائم علـى تـوافر مجموعـة محـددة وخاصـة مـن الصـفات والخصـائص فيـه يسـمى حامـل الإمتيـاز أمـا عـن محـل الإمتيـاز فغالبـا مـا يكـون تشـغيل وإسـتغلال مرفـق عـام مـن قبـل الإدارة لتقـديم خـدمات لعامـة الجمهـور فـي مجـال معـين مثـال ذالـك علـى مانصـت عليـه المـادة الثانيـة مـن قـانون عقـد إمتيـاز شـركة مصـفات البتـرول الأردنيـة لسـنة 1985(18) و يخـتص القضـاءالإداري بـالنظر فـي منازعاتـه وهـو ماقضـى بـه مجلـس الدولـة الفرنسـي وقـانون الإجـراءات المدنيـة والإدارية طبقا للمعيار العضوي. (19)

---

[17] ـ درع حمادة عبد ،عقد الإمتياز في القانون الخاص ،مكتبة الإسكندرية ،بدون طبعة،ص62

[18] ـ نواف كنعان ،القانون الإداري ،الكتاب الأول ،الإصدار الثالث المكتبة الوطنية الأردن ص355

2ـ المادة:800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري رقم 09/08 الصادربتاريخ 2008/02/23

المطلب الأول: تعريف إمتياز المرافق العام

لقد أطلق المشرع الفرنسي في آواخر القرن العشرين تسمية عقد تفويض مرفق وذلك العقد الذي يفوض بموجبه شخص تابع للقانون العام (المفوض) شخص آخر (المفوض له) مهمة تسيير مرفق عام بكل مسؤولياته وبكل مايحمله التسير من أرباح وخسائر ويتحمل بذالك عبئ تكاليف المنشآت والتجهيزات والتجهيزات الضرورية التي تسمح له بلإستغلال الجيد والسير العادي للمرفق كالمساوات بين المنتفعين والدوام والإنتظام والإطراد وقابلية المرفق العام للتغيير والتعديل ويتلقى مقابل ذالك مبلغ مالي مرتبط أساسا بنتائج الإسغلال .

لذا كانت فرنسا من السباقين في هذا النوع من التسير حيث سمي بالعصر الذهبي للإمتياز في فرنسا والتي إعتمدته في تسير مرافق المياه ،الغاز، الكهرباء ، السكك الحديدية والطرق وهذا ماسارت الجزائر على نهجه في العصر الحالي إذ كرس في قانون البلدية وظهور مايعرف بالمؤسسات الإشتراكية إلى غاية صدور قانون المياه رقم 17/83 المؤرخ في 1983/07/16(20).

أين ظهر ت بوادر التفتح على العهد الليبيرالي لتسير المرافق العامة الذي نتج عنه قانون جديد للبلدية رقم 08/90المؤرخ في 1990/04/07 المتعلق بالبلدية (21)والقانون رقم 09/90 المؤرخ في 1990/04/07 المتضمن قانون الولاية(22) والقانون الحالي رقم 10/11 المتعلق بالبلدية(23) كما كرست التعليمة الصادرة عن وزير الداخلية بتاريخ 1994/12/07 تحت رقم 842/3/94 موجهة إلى السادة الولاة ورؤساء البلديات حثهم من خلالها على تفعيل تسير المرافق العامة بطريق الإمتياز ونظراً للدور الفعال الذي يلعبه عقد الإمتياز لإداري في ترشيح

---

[20] - القانون رقم 17/83 المؤرخ في 1983/07/16 المتضمن قانون المياه (الملغي)،ج ر 30 الصلدرة في 1983/07/04

[21] - القانون رقم 08/90 المؤرخ في 1990/04/07 ،يتعلق بالبلدية ج ر عدد 15 الصادرة في 1990/04/11 (ملغى)

[22] - القانون رقم 09/90 المؤرخ في 1990/04/07 ،يتعلق بالولاية ج ر عدد 15 الصادرة في 1990/04/11

[23] - القانون رقم 10/11 المؤرخ في 06/22/ 2011 المتضمن قانون البلدية ج ر عدد 37 الصادرة بتاريخ 2011/06/03

التعاون بين القطاع العام والخاص هدفه إشباع الحاجات العامة للمواطن فضلا على ذلك أنه عقد غير مسمى في القانون المدني الجزائري ولم يصدر لحد الساعة نص عام يتضمن تعريف عقد الإمتياز في مجمل مرافق القطاعات التي تكون محل الإمتياز غير انه صدرت عدة تعاريف في قوانين خاصة من خلال تنظيم بعض القطاعات في الدولة مثل قطاع الموارد المائية وموارد النفط والسكة الحديدية بالإضافة الى القوانين الخاصة كقانون البلدية والولائية .

بالمقابل فإن التشريع المصري تطرق الى هذا العقد وأعاطاه تسمية في الدستور وفي القانون المدني حيث سماه بالإلتزام وأشار إليه على أن يصدر قانون خاص بإلتزام المرافق العامة يحدد القواعد الخاصة بة " يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الإلتزامات المتعلقة بإستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة (24)،وإن كان هذا القانون لم يصدر بعد فقد جرى العمل بالرجوع إلى القانون رقم 61 لسنة1958 الصادر في ظل دستور 1958 وقد عدل هذا القانون بالقانون رقم 152 لسنة1960 (25)على أن يكون منح الإمتيازت المتعلقة بإستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وكذلك أي تعديل في شروط الإمتيازالذي يتعلق بشخص صاحب الإمتياز أو مدة الإمتياز أونطاقه أو الإتاوة (العائدات) بمرسوم من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس لأمة (26) .

كما حدد القانون الخاص الإمتياز لمدة اللازمة التي يجوز فيها منح الإمتياز "لايجوز منح إلتزامات المرافق العامة لمدة لاتزيد على ثلاثين سنة "(27)وبالنظر الى الجزائر فإنه أسلوب ووجه من أوجه التسير الليبيرالي الذي ساير النهج الجديد الذي سارت عليه الجزائر بعد سنة 1989 (28) الذي لم يهتم المشرع بتنظيميه وربما يؤول ذلك لسبب أن هذا العقد حتمي الصلة بالمرافق العمومية المخصصة والمهيأة لتحقيق المنافع المنافع العامة التي هي مهمة الدولة وحكراً لها ولولا عجزها لأي سبب كان أو بغية منها تقديم الخدمة على أحسن حال للمواطن لما عهدت بتسير بعض هذه المرافق

---

[24] ـ المادة 123 من الدستور المصري لسنة 1971

[25] ـ محمد أنور حمادة ،قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والعقود الإدارية ،دار الفكر الجامعي الإسكندرية2003 ،ص108

[26] ـ المادة الأولى من القانون رقم 152 المؤرخ في سنة 1960 لجمهورية مصر

[27] ـ المادة الأولى من القانون129 لسنة 1947 لجمهوري مصر

[28] ـ محمد فاروق عبد الحميد ،نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهوم التقليدي والإشتراكي ،دراسة مقارنة ديوان المطبوعات الجامعية ط1987 ،ص30

للأفـراد وللوصـول إلــى تعريـف جـامع لا بـد مـن الإطـلاع علــى أغلـب الأراء الفقهيــة والتشــريعات لــدول مختلفــة بالإضــافة إلــى القــرارات القضــائية الناجمــة عن منازعات في هذا الشأن.

الفرع الأول: التعريف الفقهي لعقد الإمتياز

تعددت تعاريف الفقهاء ولا كنها في واقع الأمر تشتمل على خصائص تم تحديدها وفق تعاريفهم لذا نتطرق لكل منها بالتفصيل يرى الأستاذ "Rivéro " الإمتياز بأنه طريقة من طرق إدارة المرافق العامة يكلف شخص معنوي عام (مانح الإمتياز) بمقضى عقد أحد الأفراد (الملتزم) بتسير مرفق عام خلال مدة معينة على نفقته الخاصة لقاء منحه حق تقاضي مبالغ نقدية من المنتفعين .(29)

كما يعرفه الأستاذ:" G Vedel et P Delvolve"

الإمتيازبأنه وسيلة يعهد بمقتضاها شخص معنوي عام يسمى(السلطة مانحة الإمتياز) الى شخص طبيعي أو معنوي خاص يسمى (الملتزم) مهمة إنشاء وإدارة مرفق عام تحت رقابتها مقابل مكافأة تتمثل في الغالب الأمر في رسوم يتقضاها الملتزم من المنتفعين من خدمات المرفق (30).

وعرفه الأستاذ"ناصرلباد" بأنه عقد أو إتفاق تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أوالبلدية أوالولاية شخصا طبيعيا أي (فراد) أو شخصا معنويا من القانون العمومي (البلدي) أو من القانون الخاص (شركة) يسمى صاحب الإمتياز بتيسر وإستغلال مرفق عمومي لمدة محددة ويقوم صاحب الإمتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله متحملا المسؤلية الناجمة عن ذلك ، وفي المقابل القيام بهذه الخدمة أي تسير المرفق العمومي يتقاضي صاحب الإمتياز مقابل مبلغ مالي معين يحدد في العقد يدفعه المنتفعون بخدمات المرفق(31).

ويرى الأستاذ Debbasch أن الإمتياز عبارة عن عمل يلتزم فيه أحدأشخاص القانون الخاص أو أحد أشخاص القانون العام بإدارة مرفق عام لمصلحة أحد أشخاص القانون العام مقابل تقاضي مبلغ نقدي من المنتفعين يتخذ أشكال متنوعة(32).

---

[29] ـ نقلا عن علي الخطار ، عقد إمتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن،مرجع سابق،ص4 :J Rivero - droit administratif paris, D 1985, N°477

[30] ـ نقلا عن علي الخطار ، عقد إمتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن،مرجع سابق،ص4 G vedel et - p delvolve: droit administrative, paris, PUF: 1984, p1134

[31] ـ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري ،منشورات لباد الجزائر ،ط 2006 ،ص212

[4] - نقلا عن علي الخطار ،عقد إمتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن،مرجع سابق،ص4

ويعرفه الأستاذ" كريستوف فواسي بأنه ذلك العقد الذي تعهد فيه سلطة عامة إلى طرف آخر التسيير الكلي أو الجزئي لمرفق عام حيث يتحمل هذا الأخير مخاطر الإستثمار(33) .

و يعرف الأستاذ waline الملتزم بأنه شخص طبيعي أو معنوي فرد أو شركة يلتزم خلال فترة زمنية معينة بتسير مرفق عام على نفقته وعلى مسؤوليته ،فهناك في الحقيقة إتحاد مالي مع الجهة الإدارية مانحة الإلتزام(34).

ويعرفه الأستاذ سليمان محمد الطماوي ،نظراً لإشتهار العمل بإدارة المرافق العمومية عن طريق الإمتياز في مصر وعلى أنه عقد مسمى في التشريع المصري على النحو الذي ذكرناه أنفا بأنه عقد الغرض منه إدارة مرفق ذي صفة إقتصادية ،ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها بإستغلال المرفق فترة معينة من الزمن (35)،ومن خلال هذا التعريف يرى الأستاذ أن الإمتياز يقتصر على المرافق الإقتصادية دون غيرها من المرافق الأخرى .

ويعرف الأستاذ "BENOIT" بأنه عقد يلتزم فيه أحد الأفراد إزاء شخص معنوي عام بتأمين إشباع حاجة جماعية ما على نفقته الخاصة بأسلوب المرفق العام نظير مبلغ نقدي يتقضاه من المنتفعين (36)،وعلى هذا الأساس يصفه الأستاذ laubadere أنه إتفاقية يكلف فيها الشخص المعنوي العام شخصاً آخر بمهمة إستغلال مرفق عام نظيرمقابل نقدي تحدده النتائج المالية لهذا الإستغلال.(37)

---

[33] ـ نقلا عن آكلي نعيمة،النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر،مذكرة غير منشورة،لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون العقود،كلية الحقوق،تيزي وزو،2013 ،ص14.

[2] - نقلا عن علي الخطار ، عقد إمتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن،مرجع سابق،ص5
_M WALINE :TRAITé;éLémentaire

[35] ـ د :سليمان محمد الطماوي ،الأسس العامة للعقود الإدارية،دار الفكر العربي ،ط1199 ،ص108

[36]ـ نقلا عن نقلا عن علي الخطار ، عقد إمتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن،مرجع سابق،ص4 - Benoit:droit administrati francais,paris,1968 N°1558

[37] ـ نقلا عن علي الخطار ،نفس الرجع ، نفس الصفحة.

La concession de service public est une convention par laquelle une collectivité publique (le concédant) charge une entreprise privée (le concessionnaire) de faire fonctionner le service public a ces frais et risque, en se rémunérant par des redevances perçues sur les usages "

وعرفه الأستاذ" سرج مشرياكوف" قائلا أن إمتياز المرافق العامة طريقة من طرق التسير التي من خلالها يتعهد الشخص المعنوي عن طريق عقد تسير المرفق العام شخص آخر والذي يتحمل مخاطر وفوائده مقابل إستثماره للمرفق العام(38).

ونتفق مع تعريف الأستاذ" جوال كرباجو" لما نراه من إلمام لمجمل خصائص الإمتياز الذي يرتكز عليها هذا العقد حيث جاء فيه على (أنه إتفاقية التي يقوم بموجبها شخص عام يسمى مانح الإمتياز،بتفويض شخص طبيعي أو معنوي خاص أو في بعض الحالات شخص عام يدعى صاحب الإمتياز لضمان تسير المرفق بكل مخاطره وتحت رقابة السلطة مانحة الإمتياز ويتلقى أجره المتمثل أساساً في الإتاوة المقدمة من طرف المستعملين ،مقابل الخدمة التي إستفادوا منها ويتكفل صاحب الإمتياز كذالك بإنجاز المنشآت الضرورية لتوظيف وعمل المرفق(39).

وبعد ما تطرقنا لمختلف تعاريف فقهاء القانون الإداري في هذه المسألة وبالتفصيل لأهم العناصر الضرورية التي تتطلب في إمتياز المرافق العامة كل حسب صياغته والتي كانت تدور في قالب واحد ، يجدُر بنا أن نستطلع أهم ورد في التشريعات المقارنة.

الفرع الثاني: التعريف القانوني

ما من شك أن المشرع حين يضع مسألة ما يحدد لها تعريف شامل حتى يفهمها المخاطب بها وفي مواضع أخرى وإن نراها قليلة تاركا ورائه الفقه لظبط تعريف لها و إن كانت وظيفته الأساسية تتجلى في إصدار الأحكام ،والأهم من ذلك أن الإمتياز الخاص بالمرافق العامة في التشريع الجزائري لم يحذوا حذوه مثل التشريعات الأخرى إذ نجد أنه لم يحدّد الامتياز في مفهوم واحد بل عددت تعاريفه حسب كل قطاع ومثال

[38] - Mescheriacoff alain-serge:droit des services public,premier edition,puf,paris,1991,p343

[39]- JOEL CARBAJO:droit des services *public ,3em edition dalloz,paris,1997,p82

ذلك أن في قطاع المياه (إستغلال الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب) يعرف الإمتياز حسب المادة الثانية من القرار الوزاري المشترك "طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها،يقصد بالإمتياز العقد الذي من خلاله تكلف الدولة أو البلدية المسماة في صلب النص مانحة الإمتياز،الشركة /المؤسسة المسماة في صلب النص صاحبة الإمتياز بتسير خدمة عمومية لتوفير و نقل وتوزيع ماء الشرب وإستغلالها والمحافظة عليها تحت مسؤوليتها لمدة محدود مقابل أجر يدفعه المستعملون"(40).

ويعرفه أيضاً المشرع الجزائري في نص المادة 64 مكرر" يشكل منح الإمتياز إستعمال الأملاك الوطنية العمومية المنصوص عليه في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها ، العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك ،المسماة السلطة صاحبة حق الإمتياز بمنح شخص معنوي أو طبيعي ،يسمى صاحب الإمتياز ،حق إستغلال ملحق ملك عمومي طبيعي أو تمويل أو بناء و/أو إستغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة "(41).

أيضا يعرف الإمتياز بحسب المادة 03 من القانون رقم 16/08 "الإمتياز بأنه عقد تمنح بموجبه السلطة المانحة لشخص حق إستغلال العقارات الفلاحية لمدة محددة مقابل دفع إتاوة سنوية"(42)، وجاء التعريف أوسع في القانون 03/10 ولا سيما المادة 04 "هو ذلك العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص المستثمر صاحب الإمتياز ، حق إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة ،وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها، بناء على دفتر الشروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها 40 سنة ،قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية تضبط كيفيات تحديدها وتحصيلها وتخصيصها بموجب قانون المالية"(43)إذن من خلال قراءة هذه المادة ،يمكن القول بأن عقد الإمتياز يمنح من طرف الدولة إلى كل شخص طبيعي من جنسية

---

[40] ـ القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 1998/11/18 يحدد الدفتر النموذجي لمنح إمتياز إستغلال الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب ج ر رقم 86: الصادرة18/11/ 1998 عن الجمهورية الجزائرية

[41] ـ المادة 64 مكرر من القانونرقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المعدل والمتمم

[42] ـالمادة 03 من القانون رقم 16/08 المؤرخ في 2008/08/03 المتضمن التوجيه الفلاحي ج ر عدد 46 لسنة 2008

[43] ـ المادة 04 من القانون 03/10 المؤرخ في 2010/08/15 المتضمن تحويل حق الإنتفاع الدائم إلى حق إمتياز ،ج ر عدد 46 لسنة 2010

جزائرية ، وبالرجوع إلى نص المواد 06،05،02،من المرسوم التنفيذي رقم: 326/10 المؤرخ في 2010/12/23 (44).

يتبين لنا أن إدارة أملاك الدولة هي التي تتكفل بإعداد عقد الإمتياز وتمنحه إلى كل عضو في مستثمرة فلاحية جماعية أو فردية.

وفي المقابل عرف التشريع المصري الإمتياز في محتوى القانون المدني في المادة 667على أنه "عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة إقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها بإستغلال المرفق فترة معينة من الزمن" أما في القانون المدني الجزائري بحسب المادة 982 على أنه "أولوية يقرّرها القانون لدين معين، مراعاة منه لصفته، ولا يكون للدين إمتياز إلا بمقتضى نص قانوني"(45) .

لكن بالرجوع لنص هذه المادة بالغة الفرنسية نجد الكلمة التي تقابل الإمتياز هي"Privilège"بينما بالرجوع للنص الفرنسي من خلال الأمر رقم:04/08(46) نجد الكلمة التي تقابل الإمتياز هي "concession"وعليه فإن حق الإمتياز في القانون المدني الجزائري هو حق عيني تبعي ويستند في نشأته لوجود دين معين ذو صفة خاصة (دين ممتاز) و به يتمكن صاحبه باستيفاء دينه الممتاز بالأولوية عن سائر الدائنين العاديين عكس امتياز المرافق العامة فإن المشرع كيفه على أنه حق أو عقد ولاكن في القانون المدني على أنه دين وبالتالي فإن المعنيين مختلفين تماماً عن بعضهما البعض ولا مجال للمقارنة بين الإمتياز المذكور في القانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري في تسمية الإمتياز إذ لكلا القانونين معنى مختلف عن الأخر ومن هذا المنطلق نستطيع القول أن لا مجال لذكر أو توضيح أو تعريف لمعنى إمتياز المرافق العامة في القانون المدني الجزائري .

---

[44] ـ المرسوم التنفيذي الذي يحدد كيفيات تطبيق حق الإمتياز لإستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة التابعة للدولة

[45] ـ المادة 982 من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل ووالمتمم ،ج ر78 لسنة 1975.

[46] ـ الأمر 04/08 المؤرخ في 2008/09/01،يحدد شروط كيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنشاء مشاريع إستثمارية ج ر رقم 49 لسنة 2008

أمـــا المشـــرع الفرنســـي عرفـــه بموجـــب القـــانون المـــؤرخ فـــي 1970/12/31 علـى "أنـه إتفـاق بـين أحـد الأشـخاص القـانون العـام وبـين أحـد أشـخاص القـانون الخـاص (فـرد أو شـركة خاصـة) بمقتضـاه يلتـزم الفـرد المتعاقـد مـع الشـخص العـام بتشـغيل أحـد المرافـق علـى نفقتـه الخاصـة بمـا يقدمـه مـن أعمـال وأمـوال لازمـة لتشـغيل المرفـق وذلـك مقابـل مـا يتقضـاه مـن رسـوم مـن المنتفعـين بـالمرفق مـع تحملـه مخـاطر المشـروع وإكتسـاب مـاينجم عنـه مـن ربح" (47).

وتـم تعريفـه مـن خـلال إمتيـاز الطـرق السـريعة فـي منظـور القـانون رقـم 308/96 فـــي نـــص المـــواد 02،01 (48) علـــى أنـــه يـــتم إنجـــاز الطـــرق الســـريعة وملحقاتهـــا وتســـيرها وصـــيانتها وأشـــغال تهيئتهـــا أو توســـيعها لمـــنح الإمتيـــاز لكـــل شـــخص معنـــوي خاضـــع للقـــانون العـــام أو الخـــاص ،الـــذي يقـــدم طلبـــا بـــذلك وفـــق دفتـــر الشـــروط النمـــوذجي موقـــع مـــن طـــرف الـــوزير المكلـــف بـــالطرق الســـريعة بإســـم ولحســـاب الدولـــة هـــذا مـــن جهـــة ومـــن جهـــة أخـــرى صـــاحب الإمتيـــاز علـــى أن يصـــادق عليـــه تباعـــاً مـــن طـــرف مجلـــس الحكومـــة .وعـــرف الإمتيـــازعلى الأراضـــي التابعـــة للأمـــلاك الخاصـــة التابعـــة للدولـــة المرســـوم التنفيـذي رقـم 483/97 فيمـا يلـي" هـو تصـرف تمـنح الدولـة بموجبـه ولمـدة معينـة حـق الإنتفـاع بأراضـي متـوفرة تابعـة لأملاكهـا الوطنيـة الخاصـة ، لكـــل شـــخص طبيعـــي أو معنـــوي فـــي إطـــار الإستصـــلاح فـــي المنـــاطق الصحراوية والجبلية والسهبية"(49).

إذن مـن خـلال التعـاريف السـابقة للإمتيـاز عبـر سلسـلة مـن القـوانين الخاصـة بكـل قطـاع نتطـرق لتعريـف شـامل ودقيـق فـي مفهـوم التعليمـة الوزاريـة الصـادرة عـن وزيرالداخليـة والجماعـات المحليـة لخدمـة المرافـق المحليـة علـى وجـه الخصـوص،وإن كانـت لـيس لهـا أي قيمـة قانونيـة بـل نأخـذ بها على سبيل الإستئناس .

فـالتعريف القـانوني فـي مفهـوم التعليمـة رقـم 842/394 الصـادرة فـي 1994/12/07 المتضـمنة إمتـياز المرافـق العموميـة المحليـة والتـي تتطـرق بالتفصـيل فـي نصـها :"علـى أن الإمتيـاز هـو بمثابـة عقـد تكلـف بمقتضـاه الجهـة

---

[47] ـ قانون خاص بإدارة المستشفيات العامة عن طريق عقود الإمتياز

[48] ـ الرسوم التنفيذي رقم 308/86 الصادر في 1996/09/18 المتضمن منح امتياز الطرق السريعة ، ج ر عدد 55 الصادرة في 1996/09/25

[49] ـ المرسوم التنفيذي رقم: 483/97، المؤرخ في 1997/12/15 يحدد كيفيات منح حق إمتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة ،ج ر 83 الصادرة في 1997/12/17.

الإدارية المختصة فرداً أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام وإستغلاله مدة معينة من الزمن بواسطة عمال وأموال يقدها الملتزم (صاحب الإمتياز)على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق" ،فبموجب هذا العقد يتعهد أحد الأفراد أو الشركات الخاصة على نفقاته وتحت مسؤولياته المالية بتكليف من الإدارة الدولة،الولاية ، البلدية طبقا للإتفاق المبرم بينهما لتلبية الحاجات العامة مقابل تقاضيه من المنتفعين رسوما تتجسد في ارباح المشروع الذي يديره خلال المدة الزمنية المنصوص عليها في محتوى العقد .

يستشف من التعريف المذكور آنفاً تخلي الإدارة ممثلة في الدولة أو الولاية أو البلدية عن إدارة هذا المرفق لصالح الخواص من الأفراد أوالمؤسسات الخاصة وبالتالي إستبعاد الأشخاص العامة لأن تكون طرفا في عقد الإمتياز كما أن الأموال اللازمة لإدارة المشروع يتحملها الملتزم، ويقدم المنتفعون رسوم (إرباح) مقابل ما يتحمله الملتزم من نفقات مخصصة لإدارة المرفق" .

ومن خلال التعاريف التي ذكرناها سواء في التشريع الفرنسي أو المصري أو القوانين الخاصة بكل قطاع في التشريع الجزائري نجدها تصب في حوض واحد وهي في الأساس مستمدة من القانون الفرنسي الذي كان سباقا في هذا المجال .

المطلب الثاني: تطبيقات إمتياز المرافق العامة

نشأت فكرة الامتياز عن مذهب الاقتصاد الحر الذي كان سائدا في فرنسا خلال القرن التاسع عشر والذي ساعد الدولة على منح عدة امتيازات في قطاعات مختلفة ذات طابع اقتصادي كالنقل السككي، توزيع الغاز والكهرباء والتزويد بالماء الصالح للشرب.

وبعد الأزمة الاقتصادية لسنة 1929 والحرب العالمية الثانية صدرت عدة قوانين تحد من سيطرة الرأسمالية وتسجل تراجعا في تسيير المرافق العامة بأسلوب الامتياز. وهكذا نهجت الدولة سياسة تأميم الكثير من الامتيازات، كرد فعل لاحتكار بعض الأنشطة الحيوية من لدن الرأسمال الخاص. ومع بداية الثمانينات، صدرت عدة قوانين تنص على إمكانية اللجوء إلى أسلوب الامتياز في تسيير المرافق العامة: مرافق النقل، الصحة، والمرافق المحلية ،وفي مصر ينص الدستور المصري لسنة1971 بموجب المادة 123منه على "يحدّد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الإلتزامات المتعلقة بإستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة" ، من إستقراء هذه المادة يتضح لنا أن الإمتياز يقع على على الموارد الطبيعية مثل الغاز والكهرباء والمحروقات والأراضي الفلاحية كما يرد على المرافق وهي إصطناعية بفضل الإنسان كالطرقات والمطارات والموانىء .

أما الجزائر سارت على نهجها إلى أن المد الإشتراكي قلص من هذا ا لأسلوب ليعم فيما بعد على المرافق الإقتصادية وحتى الإدارية منها بعد إنفتاح الجزئر على السوق الحر وبات من غير الممكن إدارة مرافقها بالأسلوب التقليدي(الإستغلال المباشر) ، فكان أسلوب الإمتياز الأنجع في تدبير مرفق المياه والغاز وكذا المحروقات ويكتسي نجاحا كبيرا في مجال إنجاز الطرق السريعة وملحقاتها وتسييرها وصيانتها وأشغال تهيئتها أو توسيعها ، ليمتد بعد ذلك لإستغلال الحمامات المعدنية من طرف الخواص ،وتأخذ به الجماعات الإقليمية كنموذج في تسيير شؤونها إذا تعذر عليها تدبيرها بإحدى الطرق العامة ، وفي الأونة الأخيرة عجزت الدولة عن تسيير أملاكها الخاصة (الأراضي الفلاحية) بأسلوب الإنتفاع الدائم في ظل القانون رقم:19/87 ليستبدل بأسلوب مؤقت يسمى بإمتياز الأراضي الفلاحية في القانون 03/10 المؤرخ في 2010/08/15 وبذلك الجزائر قطعت شوطا كبيرا في هذا المجال على غرار الدول الأخرى مثل فرنسا

ومصـر التـي كانـت سـباقةً لهـذا الأسـلوب منـذ سـنوات كانـت حينهـا الجزائـر تتخبط في نكسات عرفت بالعشرية السوداء.

الفرع الأول: في مجال الموارد الطبيعية

يتجلى إمتياز الموارد الطبيعية في الثروة المائية والغاز والمحروقات وهي مرافق إقتصادية حسب ما إستخلصه القضاء الإداري من تعريف المادة 668 من القانون المدني المصري (50)، وفي فرنسا من خلال قضية غاز بوردو الشهيرة بتاريخ 30مارس 1916الصادرة عن مجلس الشورى،وفي آواخر القرن 18 منحت الحكومة الفرنسية لإخوان بيريه إمتياز توزيع المياه في باريس سنة1782 وتم منح أول إمتياز في مصر للمهندس الإنجليزي جورج سنيفنسون بين الإسكندرية والقاهرة والسويس في عام1851 وتأسست بمقتضاه الشركة العالمية لقناة السويس البحرية لإستغلال القناة في مرور السفن لمدة 99عاما(51) وفي مصر فقد اعتبر التزام المرافق العامة عقد مدنيا حتى الربع الأول من القرن العشرين،أما في الجزئر فقد صدر أول قانون فيمايتعلق بالإمتياز سنة 1983،عرف بقانون المياه رقم 17/83 (52) إذ إعتبر إمتياز الخدمة العمومية للمياه عقدا من عقود القانون العام تكلف به الدولة شخصا إعتباريا قصد ضمان خدمة الصالح العام ، وعلى إثره صدر المرسوم التطبيقي رقم 266/85 المتعلق بمنح إمتيازالخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب والتطهير، كما جعل منحه بناء قرار يصدر من الوزير الوصي بصفة إنفرادية للأشخاص العامة فقط يحتوي على شروط لائحية (دفتر الشروط) وعقد الإمتياز.

ولا كن بعد صدور الأمر 13/96المتعلق بالمياه المؤرخ في 1996/06/15 أصبح يمنح للأشخاص الإعتبارية العامة والأشخاص الخاصة الخاضعة للقانون الخاص بموجب المادة 04 منه ،وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 253/97 المؤرخ في 1997/07/08 المتعلق بمنح إمتيازات الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب والتطهير ،منحت البلدية بموجبه إمكانية تسير الخدمة العمومية للمياه بعدما كانت حكرا على الدولة،وبصدور القانون رقم: 12/05المتعلق بقانون المياه (53) حيث جاء في المادة 78 منه يتم منح الإمتياز في مجال الموارد المائية بناء على توقيع السلطة المانحة وصاحب الإمتياز ،لدفتر الشروط .

---

[50] - أنظر محكمة القضاء الإداري ،قضية رقم 146 الصادرة في 3/25

[51] - ماجد راغب الحلو،العقود إدارية،الإسكندرية،دار الجامعة الجديدة ،مصر ،سنة2009 ،ص193

[52] - القانون رقم 17/83،يتعلق بالمياه ،مرجع سابق

[53] - القانون رقم 12/05 ، المؤرخ في 2005/08/04 المتضمن قانون المياه، ج ر رقم 60 الصادرة في 2005/09/04

أماالإمتياز في مجال الحمامات المعدنية في كيفية إستغلالها و إستعمالها فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 41/94(54) الذي كرس الإمتياز من خلال المادة 23 " يعتبر إمتياز الحمامات المعدنية عقد إداريا يمنح الوزير المكلف بصفته السلطة المانحة للإمتياز لشخص طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص يدعى صاحب الإمتياز حق إستغلال هذه المياه لمدة مقابل أجر،إلا أنه ألغي بالمرسوم التنفيذي رقم 69/07 بحيث إعتمد القرار في منح الإمتياز بدل من العقد حسبما ورد في المادة 23منه(55).

فالإمتياز في مجال المحروقات: لقد منح المشرع الجزائري هذا النوع من التدبير بموجب القانون 07/05 المتعلق بالمحروقات في نص المادة الثانية التي عرفت الإمتياز في موضوع المحروقات على أنه وثيقة يرخص بموجبها الوزير المكلف بالمحروقات لصاحب الإمتياز إنجاز وإستغلال منشآت النقل بواسطة الأنابيب لمدة محدّدة .

فالإمتياز في مجال التنمية المستدامة للسياحة والذي نص عليه القانون رقم :01/03 المؤرخ في 2003/02/17 المتعلق بالتنمية المستدامة للسياحة في مادته5625 على أنه عبارة عن إتفاق يبرم بين الجهة مانحة الإمتياز والملتزم طبقا لدفتر الشروط الموقع من طرف الوالي المختص إقليميا أو من طرف رئيس المجلس الشعبي المختص المعني.

ويتجلى الإمتياز طبقا للقانون 03/10 المتعلق بشروط و بكيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة التابعة للدولة والذي كان مكرس كحق إنتفاع في القانون 19/87 ليتحول إلى حق إنتفاع في مفهوم هذا القانون ،وبإستقرء المادة الخامسة من القانون 03/10 فان منح الإمتياز مقتصر على أعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية والفردية الذين إستفادوا من أحكام القانون رقم 19/87 والحائزين على عقد رسمي مشهر في المحافظة العقارية ،أو قرار من الوالي على شرط أن يكونوا قد أوفوا بالتزاماتهم في مفهوم القانون 03/10 ، كما يتعين على أعضاء المستثمرة أن يودعوا طلباتهم لتحويل حق الإنتفاع الدائم إلى حق إمتياز إبتداء من نشر

---

[54] ـ المرسوم التنفيذي رقم : 41/94 المؤرخ في 2009/07/22 المتضمن تعريف الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها وإستغلالها ج ر العدد 07 لسنة 1994.

[55] ـ المادة: 23 من المرسوم التنفيذي رقم : 69/07 المؤرخ في 2007/02/19 ، المحدد لشروط وكيفيات منح إمتياز إستغلال وإستعمال المياه الحموية ج ر رقم 13 لسنة 2007 .

[56] ـ المادة 25 من القانون رقم : 01/03 المؤرخ في 2003/02/17 المتعلق بالتنمية المستدامة ،ج ر رقم 04 لسنة 2003

هـذا القـانون فـي الجريـدة الرسـمية للجمهوريـة الجزائريـة الديموقراطيـة ، فـي مقر الديوان الوطني للأراضي الفلاحية على مستوى كل ولاية (57).

نسـتنتج ممـا سـبق سـرده مـن تطبيقـات للإمتيـاز فـي مختلـف القطاعـات أن كـل قطـاع خصـص لـه المشـرع قـانون خـاص يضـع مـن خلالـه الأحكـام المتعلقـة بتسـير مرفـق مـا ، ولا إخـتلاف بـين التشـريعات المكرسـة لعقـد الإمتيـاز سـواء فـي التشـريع الفرنسـي أو المصـري مـن حيـث تطبيقـه علـى الموارد الطبيعية.

[57]- المادة 09 من القانون 03/10،المؤرخ في 2010/08/15 المحدد لشروط وكيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة ، ج ر عدد 46 لسنة 2010

الفرع الثاني: في مجال الموارد الإصطناعية

نظرا لأهمية عقد الإمتياز الإداري في الحياة العملية ، لما يوفره عن الدولة من عناء تسخير الخدمات العامة ،وتوفيرها بالسرعة والنوعية المطلوبة ،ليمتد ويتسع ويتجاوز المرافق الروتينية مثل الماء والكهرباء والغاز إلى مرافق الأكثر حساسة التي تربط بين الدول والقارات ألا وهي خدمات النقل الجوي(58)والتي إنحصر نطاقها و تطبيقها في فترة المد الإشتراكي إلى أضيق الحدود ،ويبدو أن القانون رقم 129 لسنة 1947(59)والقانون رقم 61 لسنة1958 الصادر عن المشرع المصري ، قد أصبح بحاجة لمواكبة التطورات الحالية ،حيث بدأت تتابع القوانين المستثنية من أحكامهما توافقا مع الطبيعة الخاصة لنشاطات بعض المرافق التي إنفتح في مجال بابها الإمتياز،لهذا صدر القانون رقم 3 لسنة 1997 في شأن منح إلتزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة وإستغلال المطارات وأراضي النزول (60)،قاضيا في مادته الأولى بأنه " مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على الفضاء الجوي داخل الإقليم وبالأنظمة الخاصة بأمن المطارات والطائرات، يجوز منح إلتزام المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم،أشخاصا طبيعيين أو إعتباريين في الداخل و الخارج ، لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة وإستغلال المطارات و أراضي النزول"(61) دون التقيد بأحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 بإلتزامات المرافق العامة والقانون رقم 61 لسنة 1958 في شأن منح الإمتيازات المتعلقة .

أما في التشريع الجزائري فإن الإمتياز في مجال النقل الجوي أخذ شكل آخر حيث منح الإمتياز لعدة شركات منها شركة الخليفة للطيران وشركة أنتينا للطيران وشركة الطيران إكوادير الدولية فحين أكد المشرع الجزائري على أن الخدمات الجوية تتولاها شركات جزائرية وأشخاص طبيعين جزائري الجنسية خلافا للمشرع المصري الذي منح إمتياز الخدمات الجوية للأجانب والمصريين على حد سواء،والمشرع الفرنسي على المتمتعين بالجنسية الفرنسية أو جنسية دول السوق الأوروبية المشتركة.

---

[58] ـ آكلي نعيمة،المرجع السابق ،ص34

[59] ـ الجريدة الرسمية ، العدد 15 في 1958/06/19،النشرة التشريعية ـ أبريل 1958- ص983

[60] ـ الجريدة الرسمية الصادرة عن الجمهورية المصرية، العدد 6 مكرراً في 1997/2/8

[61] ـ الجريدة الرسمية ، العدد 17 مكررا في 1998/4/25

أما في مجال الطرق السريعة فإن الإمتياز يقتصر فيها على إنجازها بما فيها ملحقاتها وكذا تسييرها وصيانتها وأشغال تهيئتها وتوسيعها للمرسوم التنفيذي رقم 308/96 على أن تلتزم الشركة صاحبة الإمتياز على نفقتها ومسؤوليتها بتنفيذ جميع الدراسات والإجراءات والأشغال والعمليات المالية المرتبطة بالإمتياز ، في حين تلتزم الشركة صاحبة الإمتياز على الخصوص بضمان تمويل جميع العمليات المنصوص عليها في الإتفاقية ،كما تلتزم أن تضع تحت تصرف صاحب الإمتياز جميع الأراضي الضرورية لبناء كل مقطع قبل تاريخ إنطلاق الأشغال المحددة (62).

أما تطبيقه في إطار العقار الصناعي فقد على ذلك المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 12/93 إذ كان أول ظهور للإمتياز في مجال العقار الصناعي غير أنه ضيق من تطبيقه إذ حصره مناطق خاصة من خلال قراءة المادة 23 منه التي جاء فيها "يمكن للدولة أن تمنح بشروط إمتيازية قد تصل إلى الدينار الرمزي تنازلات عن أراضي تابعة للأملاك الوطنية لصالح الاستثمارات التي تنجز في المناطق الخاصة"(63) وتطبيقا لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 322/94المتعلق بمنح إمتياز أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في إطار ترقية الإستثمار حيث نصت المادة الأولى منه تطبيقا للمادة 23 المذكورة آنفا على تطبيق المناطق الخاصة إلى قسمين ، القسم الأول يشمل على المناطق المطلوب ترقيتها وهي المناطق المحرومة ،مناطق الجنوب ،مناطق أقصى الجنوب ،المناطق المعزولة ،المناطق الواجب تنميتها ،والقسم الثاني يشمل مناطق التوسع الإقتصادي وهي تلك الفضاءات واراضي الجيو - إقتصادية التي تنطوي على خصائص مشتركة من التجانس الإقتصادي و الإجتماعي متكاملة،وتزخر بطاقات من الموارد الطبيعية البشرية أو الهياكل القاعدية والتي يجب تجميعها والرفع من قدراتها كي تكون كفيلة بتسهيل إقامة الأنشطة الإقتصادية لإنتاج السلع والخدمات.(64)

---

[62] - آكلي نعيمة ،مرجع سابق،ص33

[63] - المادة 23 من المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/05، المعلق بترقية الإستثمار ج ر عدد 64

[64] - بوحموم خديجة،الطبيعة القانونية للإمتياز في إستغلال العقار الصناعي، مذكرة غير منشورة للحصول على شهادة الماجستير ،جامعة المدية،سنة2013/2012 ،ص22

بعدما ماضيق المشرع الجزائري من حدود تطبيق الإمتياز سنة1993إلا أن بصدور قانون المالية لسنة1994 بموجب المادة 117 منه مستعملا في ذلك مصطلح المنح بدل من الإمتياز وهوما قصده بحيث شمل أراضي تابعة للأملاك الخاصة للدولة من أجل سد حاجيات تكتسي طابع المنفعة العامة من أجل سياسة تنموية وطنية،إلا أن هذه المادة عدلت بموجب المادة 51 من القانون رقم 02/97 المتضمن قانون المالية لسنة 1998 ليعود مصطلح الإمتياز من جديد عند المشرع الجزائري ويوسع كذالك من نطاق تطبيقه بحيث أصبح يطبق على الأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنشاء مشاريع إستثمارية ،إلا أن صدر المر04/08 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للملاك الخاصة والموجهة لإنشاء مشاريع إستثمارية والتي تطبق على نوعين من العقارات .

على الأملاك الوطنية الخاصة والتي تستجيب للشروط المحدد من طرف المشرع في حين تشتمل الثانية في العقارات التي تشتمل عليها الحافظة العقارية .

وبهذا وسع المشرع الجزائري من نطاق تطبيق الإمتياز على كل الأملاك العقارية الوطنية الخاصة والتي تستجيب للشروط القانونية المحددة في المادة 6،7من المرسوم 152/09(65) والتي يعبر عنها بمناطق النشاط التي يتوافد عليها المستثمرين ،أما الحافظة العقارية في منظور المشرع الجزائري بحسب التعليمة الصادرة عن المدير العام للأملاك الوطنية بتاريخ 2007/06/11 (66) والمعرفة كالآتي :

ـ الأصول الفائضة والمتبقية من المؤسسات العمومية الإقتصادية

ـ الأصول المتوفرة على مستوى المناطق الصناعية.

أما على المستوى المحلي والمقصود به الجماعات المحلية في الجزائر فإن القانون الحالي رقم 10/11 المتعلق بالبلدية والقانون رقم

---

[65] ـ المادة : 6 و7 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09المؤرخ في 2009/05/02 يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية

[66] ـ التعليمة رقم 4420 الصادرة في 2007/06/11 المتضمنة شروط وكيفيات تسير الأملاك الوطنية الخاصة الموجهة لإنشاء مشاريع إستثمارية والأصول المتبقية من تصفية المؤسسات المنحلة ، الأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الإقتصادية ، الأصول المتوفرة على مستوى المناطق الصناعية.

07/12 المتعلق بالولاية و التعليمة الوزارية رقم 842/394(67) المتعلقة بإمتياز المرافق العمومية وتأجيرها فصلت بدقة في مجال تطبيق الإمتياز المرافق العمومية المحلية و خاصة في الإجراءات المتبعة بشأن إبرام عقد الإمتياز ،فإنه من الضروري أن يقرر المجلس التداولي سواء بالنسبة للبلدية أو الولاية إعتماد الإمتياز كطريقة لتسير المرفق العام المحلي حيث أن صدور المداولة أو المصادقة عليها لا يعني أن العقد أو الإتفاق قد نشأ ، لأنه بالإمكان التراجع عنه أو إلغائه ، فبعد أن يقرر المجلس الشعبي التداولي إعتماد الإمتياز كطريقة لتسير مرفق عام محلي تطبق مجموعة من الإجراءات التي تقوم بها الهيئة التنفيذية من إعداد لدفتر الشروط وتحرير لعقد الإمتياز النهائي الذي يتم عرضه على المجلس التداولي لمناقشته والموافقة عليه ، لكن لاينعقد من الناحية القانونية إلا بعد مصادقة الوالي عليه بقرار بعد المراقبة الدقيقة ومدى مطابقته للقواعد القانونية المعمول بها في هذا الشأن وبهذا تعتبر المرحلة الثانية لإبرام العقد.

ومن خلال النصوص السالفة الذكر يتبين لنا أن أسلوب الإمتياز كطريقة لإدارة المرافق العامة معمول به في التشريع الجزائري حيث أن المشرع رخص صراحة لكل من البلدية والولاية اللجوء إلى أسلوب الإمتياز(68) ، غير أنه أورد قيدا عاما على ذلك تمثل في عدم إمكانية إدارة المرفق بأسلوب الإستغلال المباشر أو أسلوب المؤسسة (69) .

ومنه نستنتج أن المشرع وضع أولوية معينة تمثلت في محاولة إدارة المرفق إما بصفة مباشرة أو غير مباشرة فإن تعذر ذلك جاز اللجوء إلى طريق الإمتياز ومايمكن ملاحظته عند الجمع بين قانون الولاية و البلدية ان جهة المصادقة هي واحدة وهي والي الولاية (70) ، وما نستنجه كذلك أن المشرع الجزائري إحترم سلم الأولويات فذكر الإستغلال المباشر ثم تبعه باسلوب المؤسسة ثم في الرتبة الأخيرة ذكر أسلوب الإمتياز دون الإشارة إلى أسلوب المؤسسة وكان المشرع الجزائري دقيقا أيضا بخصوص قانون

---

[67] ـ التعليمة رقم : 842/394 الصادرة في 07 /1994/12،عن وزير الداخلية و الجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري موجهة إلى السادة الولاة ورؤساء الدوائر و رؤساء المجالس الشعبية والمندوبيات التنفيذية البلدية ص05

[68] ـ عمار بوضياف ، الوجيز في القانون الإداري ، مرجع السابق ،ص364

[69] ـ المادة 150 من القانون رقم: 10/11 المتعلق بالبلدية ، مرجع سابق والمادة 149 من القانون رقم: 07/12 الصادرفي 02/21/ 2012 المتعلق بالولاية.

[70] ـ المادة 54 من القانون رقم 07/12، مرجع سابق.

الولايـة عنـدمابين إجـراء مـنح الإمتيـاز وهـو مداولـة المجلـس الشـعبي الـولائي بينما في قانون البلدية إكتفى بعبارة البلدية دون الإشارة لهيئة المداولة .

المبحث الثاني:التكيف القانوني لإمتيازالمرافق العامة وآليات التفعيل

ذهـب بعـض الفقهـاء إلـى القـول أن الإلتـزام عمـل إنفـرادي مـن جانـب السلطة بمقتضـاه تـرخص للملتـزم القيـام بنشـاط معـين بعـد قبولـه للشـروط التـي تحـددها الإدارة(71) وإنتقـد الـبعض هـذا الـرأي كونـه يـؤدي إلـى تجاهـل إرادة الملتـزم ومركـزه القـانوني لأنـه سلط الضـوء أكثـر علـى الإدارة وأعـط لهـا حـق وضـع الشـروط أو تعـديلها وإنهـاء الرابطـة التعاقديـة وغيرهـا.ومـن المسـتقر عليـه ،أن نظريـة العقـدالإداري هـي نظريـة فرنسـية طورتهامحـاكم مجلـس الدولـة الفرنسـي كـأداة قانونيـة تسـمح بوجـود نمـط مـن العقـود الملزمـة قانونـا،تبرم بـين الدولـة أو إحـدى وحـداتها الإداريـة كسـلطة عامـة ،بحيث تظـل الدولـة حارسـة للمصـلحة العامـة خوفـا مـن إضـطرابها فـي حالـة تنفيـذ مشروعاتها تنفيذا غير مكتمل.(72)

وحينمـا تلجـأ الإدارة لهـذا النـوع مـن العقـود لتسـير تلـك المرافـق بحيـث ينقسم تعاقدها إلى نوعين:

النـوع الأول : هـو العقـود الإداريـة وهـي التـي تخضـع إلـى قواعـد القـانون العـام .

النـوع الثـاني: هـو العقـود الخاصـة وهـي تخضـع للقـانون الخـاص ،وبالتـالي فـان الإدارة عنـدما تلجـأ للتعاقـد باسـتعمال وسـيلة العقـد الإداري تظهـر فيـه نيـة الأخـذ بهـذا النـوع مـن العقـود ،وذلـك بـإبرام العقـد عـن طريـق شـخص عـام بقصـد تسـير مرفـق عمـومي ،ويتضـمن شـروطا إسـتثنائية غيـر مألوفـة فـي القـانون الخـاص أو تسـمح للمتعاقـد الخـاص الإشـتراك معهـا فـي تسـير مرفـق عام.(73)

---

[71] ـ عمار بوضياف،الوجيز في القانون الإداري،دار ريحانة،الجزائر1999،ص182

[72] ـ صلاح الدين جمال الدين محمد،عقود الدولة لنقل التكنولوجيا(دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري)،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق ،جامعة عين شمس1993،ص301

[73] ـ محمد عبد العزيز علي بوبكر ،فكرة العقد الإداري عبر الحدود،مرجع سابق ص205

ولقد إستقر الفقه والقضاء الإداري في البلاد التي تاخذ بهذا النوع من العقود، على أنه يلزم ثلاثة شزوط لابد من توافرها لقيام العقد الإداري ،أولا أن تكون الإدارة طرفا في هذا العقد بإعتبارها سلطة عامة ،ثانياأن يتصل العقد بمرفق عام ، ثالثا أن يتضمن العقد شروطا غير مالوفة في القانون أو إستثنائية لا يوجد لها نظير في عقود القانون الخاص (74).

ويتم إستخدام أسلوب إمتياز المرافق العامة بموجب عقد إداري يسمى عقد الإمتياز يتم إبرامه بين طرفين : أحدهما الإدارة مانحة الإمتياز التي قد تكون إدارة مركزية كالوزارات أوإدارة لا مركزية كالمؤسسات العامة والبلديات وثانيها الشخص الطبيعي أو المعنوي الخاص الذي يتم إختياره على أساس إعتبار شخصي قائم على توافر مجموعة محددة وخاصة من الصفات والخصائص فيه يسمى حامل الإمتياز ....ويكون محل عقد الإمتياز دائما تشغيل وإستغلال مرفق عام من قبل الإدارة ،لتقديم خدمات عامة للجمهور في مجال معين(75)،وتنص الدساتير عادة على أن كل إمتياز لتشغيل وإستغلال مرفق عام لايجوز منحه إلا بقانون ،وهذا ماأخذ به الدستور الأردني الذي نص في المادة 118منه: ((على أن كل إمتياز يعطى لمنح أي حق يتعلق بإستثمار المناجم أو المرافق العامة يجب أن يصادق عليه بقانون)).

كما يعد الإمتياز بإعتباره طريقة من طرق إدارة المرافق العامة عملا قانونيا يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحدأشخاص القانون الخاص بمهمة ومسؤولية إدارة مرفق عام وعليه يمكن تكييف هذه المسؤولية هل هي قرار إداري بما يمثله من إفصاح الإدارة عن إرادتها المنفردة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة ؟ أم هو عقد أي إتفاق إرادتين إرادة الإدارة المانحة للإمتياز وإرادة الملتزم ؟وإذا كان الإمتياز عقد بين طرفين فهل هو عقد مدني عادي أم عقد إداري يخضع للنظام القانوني للعقود الإدارية ؟

ذهب بعض الفقهاء إلى القول أن الإلتزام عمل إنفرادي من جانب السلطة بمقتضاه ترخص للملتزم القيام بنشاط معين بعد قبول الشروط التي تحددها الإدارة ولقد عاب البعض على هذا الرأي كونه يؤدي تقريبا إلى

---

[74] ـ سليمان محمد الطماوي ،الأسس العامة في العقود الإدارية ،دراسة مقارنة،دار الفكر العربي ،ط5،1991،ص59،

[75] ـ المادة 2 من القانون رقم 19 لسنة 1980 والمادة 23من قانون إتفاقية إمتياز شركة كهرباء عمان رقم : 50 لسنة 1950

تجاهل إرادة الملتزم ومركزه القانوني لأنه سلط الضوء أكثر على الإدارة ومكنها من حق وضع الشروط أو تعديلها أو إنهاءالرابطة التعاقدية وظهر إتجاه آخر على إعتباره من العقود المدنية إعمالا بالمبدأ العام العقد شريعة المتعاقدين .

بالتالي إستقر الفقه والقضاء على أن عقد الإلتزام لا يعتبر عقدا مدنيا وإنما هو عقد إداري له طبيعة مركبة(76) ذات شقين أحدهما تعاقدي والثاني لائحي والشق التعاقدي يتضمن المزايا المالية فيما عدا ما يتصل بتحديد قوائم الأسعار والإعلانات التي تتعهد الإدارة بمنحها للملتزم وحق ضمان التوازن المالي وكذلك تحديده مدة الإلتزام وهي شروط لايجوز للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة أما الشق الأخر اللائحي فهو يتعلق بالأمور التي تتعلق بالتنظيم وتسيير المرافق ومنها طريقة الإستغلال وقوائم الأسعار ومركز العمال وشروط الإنتفاع والضمانات المقررة للمنتفعين بالمرفق وهذه الشروط يكون للإدارة المنفردة إمكان تعديلها ولا يكون للملتزم غير المطالبة بالتعويض إذا ما أدت التعديلات إلى الإختلال بالتوازن المالي للعقد(77).

---

[76] ـ الدكتور : سليمان محمد الطماوي ،مبادىء القانون الإداري ،ص96

[77] ـ محمد أنور حمادة ،قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والعقود الإدارية ،دار الفكر الجامعي الإسكندرية2003 ،ص107

المطلب الأول: التكيف القانوني لإمتياز المرافق العامة

إختلفت النظريات وتباينت الأراء في تكييف إمتياز المرافق العامة فمنهم من كيفه على أنه عمل إنفرادي أي تكليف من المانح(الإدارة) ومنهم من كيفه على شكل إتفاق (نظرية العقد) ومنهم من جمع بينهما على أساس أنه عمل قانوني مركب جزء لائحي يخضع لسلطة الإدارة الآمرة وجزء تعاقدي يشمل حقوق الملتزم المالية وسنتطرق بالتفصيل لكل منهم من خلال هذا المطلب.

عقد الامتياز هو عمل انفرادي: ويسود هذا الرأي في المدرسة الألمانية وبمقتضاه يعتبر الالتزام عمل تصدره الإدارة بمحض إرادتها المنفردة ويخضع الملتزم لهذا الأمر اختياريا بعد قبوله شروط الامتيازأو بمعنى أخر أنه قرار إداري صادر بإرادة منفردة من الجهة الإدارية مانحة الإمتياز بمالها من ولاية آمرة ويرضخ له الملتزم إختياراً لقبوله شروط الإلتزام (78) ويتميز هدا الاتجاه بكونه يخول الإدارة سلطات واسعة أثناء تعديل شروط الامتياز أو إلغائها دون قيد كما انه يضعف مركز الملتزم وينكر دوره.في حين ذهب الفقه الإيطالي صوب التميز بين نوعين من الإمتيازاطلقوا على النوع الأول: إمتيازإجازة(concession_licence)وهو قرار إداري صادر عن الإدارة بإرادتها المنفردة وأطلقوا على النوع الثاني الإمتيازعقد (concession_contract)وليد إتفاق إرادتين.

ولاريب فيه أن الإمتياز تكليف إداري صادر عن إرادة الإدارة المنفردة يحقق المصلحة العامة إذ يسمح لها بتعديل قواعد الإمتياز بما تراه ضروري وفي أي وقت تشاء دون إذن أو رأي من الملتزم ناهيك عن إلغائه تماما وحلولها مكان الملتزم بإدارة مباشرة للمرفق وهذا الحق مخول لها بإعتبارها هي المسؤولة عن تحقيق النفع العام للمجتمع،إلا أن في هذا الرأي إجحاف في حق الملتزم في إبرام العقد قد تؤدي إلى زعزعة مركزه (79) وأن مثل هذا التكييف لن يغري أشخاص القانون الخاص على التعامل مع الإدارة العامة ومد يد العون لها(

[78] ـ سليمان الطماوي ،مبادىء القانون الإداري،الكتاب الثاني ، القاهرة،دار الفكر الفكر العربي،1979،ص92

[79] ـ سليمان الطماوي،المرجع السابق ص 93

الالتزام هو عقد مدني: ساد هذا الاتجاه في فرنسا حتى أوائل القرن الماضي، بمقتضاه ترخص الإدارة للملتزم بأن يحتل بعض الأملاك ويشغلها مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين.

ويلاحظ أن هدا الرأي في تلك الحقبة كان منطقياً ومنسجما مع الأفكار والمفاهيم المدنية السائدة إذ كانت الأفكار والمفاهيم المدنية القانونية هي المسيطرة على الفكر والتفكير القانوني.

إنه يقوي مركز الملتزم ويجعله على قدم المساواة مع الإدارة مانحة الامتياز، ويجعل من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، القاعدة التي ينبغي التمسك بها في جميع الأحوال، وهو يحول دون تدخل الإدارة في تعديل شروط الالتزام بما يتلاءم مع الصالح العام، ومع ما يقتضيه تطور المرفق العام.

-كما أنه يغفل الحقوق التي ينبغي للملتزم أن يتمتع بها عندما تحصل بعض الظروف غير المتوقعة، والتي تضيف من أعبائه وتجعل تنفيذ العقد عسيرا.
الالتزام عمل مركب أو مختلط:ذهب العميد ديجي الى القول أن عقد الإمتياز عمل مركب فهو من جهة يتضمن أحكاما تعاقدية لا تعني سوى أطراف العقد دون سواهم كالأحكام المتعلقة بحقوق أطراف العقد والتزاماتهم. ومن جهة أخرى يتضمن العقد أحكاما تخص المنتفعين كأحكام المالية المتعلقة بالرسوم التي يتقاضاها الملتزم من الجمهور مباشرة، وهو الرأي الراجح على حد قول كثير من رجال الفقه(80)،وهو التكييف الذي إستقر عليه القضاء في فرنسا ومصر(81).

ولم يجد الفقه الإداري في بعض الدول عن هذا الرأي فهذا القضاء الإداري المصري قد تبناه بصريح العبارة بقوله " ان الدولة وهي المكلفة أصلا بادارة المرافق العامة فانها اذا ما عهدت الى غيرها أمر القيام بها لم يخرج الملتزم في ادارته الى أن يكون معاونا لها، ونائبا عنها في أمر هو من أخص خصائصها، وهذا النوع من الإنابة أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام لا تعتبر تنازلا أو تخليا من الدولة عن المرفق العام، بل تظل ضامنة ومسؤولة قبل أفراد الشعب عن اداراته واستغلاله في هذا السبيل والقيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة ذات التدخل.....ولذلك فان عقد الإلتزام

---

[80] ـ الدكتور : سليمان محمد الطماوي ،المرجع السابق،ص96

[81] ـ محمد فاروق عبد الحميد،نظرية االمرفق العام في القانون الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية،ص39

ينشء في أهم شقية مركزا لائحيا يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله.... أما المركز التعاقدي فيعتبر تابعا وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الإلتزام(82).

فالبنود التعاقدية: هي التي تشمل الأعباء المالية المتبادلة بين مانح الالتزام والملتزم، بمعنى أنها لاتهم المنتفعين مباشرة كمدة الالتزام، وكيفية استرداده والخاصة بتنفيذ الأشغال العامة التي يقتضيها الالتزام... أما البنود التنظيمية: فهي تلك التي تعمل على تنظيم المرفق العام وسيره كالرسوم التي يجوز تحصيلها، وشروط الانتفاع بالخدمة التي يقدمها المرفق .

من المسلم به فى الوقت الحاضر ان عقد امتياز المرافق العامة عقد ادارى ذو طبيعة خاصة، أو ذو طبيعة مزدوجة إذ إنه يتضمن نوعين من الشروط شروط لائحية وأخرى تعاقدية.

أما الشروط اللائحية : فتتمثل فى الشروط المتعلقة بتنظيم المرفق وتشغيله،وتقوم الادارة وحدها باعدادها وتستأثر بحق تعديلها .ومن أمثلتها شروط استغلال المرفق،ورسوم الانتفاع التي يجب تحصيلها من الأفراد مقابل الإنتفاع بخدمات المرافق (83)، ونشئ مركزا قانونيا غير شخصي يقبل صاحب الإمتياز العمل طبقا لها (84) وتقوم الإدارة وحدها بإعدادها وتستأثر بحق تعديلها ، كونها تتعلق بمصلحة المرفق وما يستهدفه من مصلحة عامة ،وبالتالي فإن دفتر الشروط يعد إنفراديا من جانب الإدارة دون تدخل الملتزم في حق تعديل أي بند يراه يضر بمصلحته ، وتتأسس الشروط اللائحية ضمانا من السلطة بحق تدخلها في حين التعدي على المصلحة العامة من الملتزم.

---

[82] ـ محمدفاروق عبدالحميد،المرجع السابق،ص94

[83] ـ أنس جعفر ، العقود الإدارية ، دراسة مقارنة لنظم المناقصات و المزايدات وتطبيقية القانون 79 لسنة 1997 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود البوت ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،2002،ص66

[84] ـ عمر بن أبو بكر باخشب ،النام القانوني لعقود الإمتيازات ،مجلة القانون والإقتصاد للبحوث القانونية والإقتصادية عدد 64،القاهرة‘1994،ص04

والشروط اللائحية ثابتة ولو تولت الإدارة بنفسها تسير المرفق حيث مبدئيا لايمكن للسلطة أن تمنح مؤهلاتها التي إكتسبتها دستوريا أو عن طريق تنظيم أو قانون.

أما الشروط التعاقدية : فتتعلق بصفة أساسية على كل ما يتصل بمبدأ التوازن المالى للعقد،وتبرز فى الشروط الخاصة بمدة الامتياز والمزايا المالية المنصوص عليها لصالح الملتزم،وتنص المادة 123 من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية تنص على أنه: " يحدّد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة."....
وتتمثل الشروط التعاقدية في تلك الشروط المتعلقة بالحقوق المالية للملتزم أوصاحب الإمتياز ، حيث أن الخواص لا يقبلون تسيير المرفق لولا فوائدهم المالية المحمية ،وتنظم العلاقة بين السلطة المانحة للإمتياز والملتزم ،وتنشىء علاقة قانونية شخصية (85) ،وتتفق هذه الشروط مع مع شروط التعاقد في دائرة المعاملات الخاصة ، التي تحكمها مبادىء وقواعد القانون الخاص ، التي تسود فيها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومن ثمة لايجوز للإدرة العامة تعديلها مالم يوافق الملتزم عليها ومن هذه الشروط ،الشروط الضامنة لمصلحة الملتزم والتي من خلالها يستطيع تحقيق هدفه والمتمثل في الربح من هذا المشروع (86) ومن أمثلة هذه الشروط تلك المتعلقة بموضوع الإمتياز ، مدته ،إلتزام صاحب الإمتياز بالتأمين ضد الحرائق والحوادث ، إختيار موطن لصاحب الإمتياز وشروط وظوابط إنهاء العقد ، فضلا عن العقد الإمتياز المتبوع بدفتر الشروط ومثال ذلك ماتم النص عليه بموجب المادة 101 من القانون 12/05 المتعلق بالمياه بمايلي" يمكن للدولة منح إمتيازتسير الخدمات العمومية لأشخاص معنوين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر الشروط ونظام خدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم" .

ومايمكن قوله أن عقد الإمتياز الإداري يتسم بطابع خاص تتجلى في وجود شروط لائحية وأخرى عقدية وعلى هذا الأساس ظهرت الإتجاهات الفقهية

---

[85] ـ عمر بن أبو بكر باخش ، النظام القانوني لعقد الإمتياز،مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ،عدد 64، القاهرة ،1994 ،ص104

[86] ـ أدمين ،نظرية العقد الإداري ، منتدى ماستر ، القضاء الإداري ، قسم خاص بطلبة الدراسات العليا ، محاضرات خاصة بالماستر ،السداسي الأول 2012 عن الموقعcontid؟ PDF . /www .alarabia .net save تم تفحصه بتاريخ08/03 2015 على الساعة 21:00

التي أوردناها سابقا ،ومنه يمكن التساؤل هل عقد الإمتياز وسيلة تنظيمية في يد الشخص المعنوي العام وبالتالي يخضع لإرادته المنفردة أم له طابع تعاقدي ينتج عنه الحرية الكاملة في التفاوض مع الشخص العام ومنه ظهرت عدة نظريات .

الفرع الأول:نظرية الشروط التنظيمية المسبقة لعقد الإمتياز:

ومقتضى هذه النظرية أن الإمتياز ليس عقدا أو إتفاقا بين السلطة المانحة والملتزم ، هو تنظيم بل هو تنظيم يستلزم تنفيذ وإبرام العديد من الإتفاقيات المتعددة والمتشابكة بين أطراف مختلفة (87) بينما يرى إتجاه آخر على أنه قرار إداري ذا طبيعة إتفاقية، وعلى هذا الأساس نعتبره تصرف قانوني له نفس طبيعة القرار الإداري الصادر بتعين موظف ،ويأخذ حكمه في وجوب قبول صاحب الشأن (الملتزم) بالقرار المتخذ من جانب الإدارة ،وعلى هذا الأساس الملتزم ليس له الحرية في مناقشة بنود العقد ،إنما كل ماله ، قبول أو رفض الوثيقة التي تصدرها الجهة الإدارية بمحض إرادتها المنفردة (88)، إلا أن هذه النظرية وجهت لها انتقادات والتي تتمثل في إنكارها للطبيعة الاتفاقية لهذا العقد ، كون أن الاتفاقات الفرعية التي يتضمنها ترتبط أساس بالعقد الرئيسي المبرم بين الإدارة وصاحب الامتياز (89) .

في حين يعاب على رأى الفريق الثاني ، أنه وإن كان يعترف ويحتفظ للإدارة بحقها في تعديل قواعد التي تحكم عقد الإمتياز الإداري دون رضا الملتزم بما يتماشى وطبيعة المرفق العام ، إلا أنه أغفل تماما إرادة الملتزم وما تلعبه من دور في إبرام العقد ، وهو ما قد يؤدي إلى

---

[87] ـ بن شعلان الحميد،عقد الإمتياز كآلية لخوصصة تسير المرفق العام في الجزائر ، الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية ، القطب الجامعي تاسوست جيجل يومي 11/30/ و2011/12/01،ص69

[88] ـ مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى الحلبي الحقوقي ، بيروت لبنان 2005 ،ص204

[89] ـ بن شعلال حميد، عقد الامتياز ، عقد الإمتياز كآلية لخوصصة تسيير إدارة المرفق العام في الجزائر ،

المرجع السابق ،ص69

تهرب الخواص من إبرام مثل هذه العقود كونها غير نابعة من إرادتهم ولا تخدم مصالحهم (90).

الفرع الثاني : النظرية التعاقدية لعقد الامتياز الإداري

مقتضى هذه النظرية أن أنصار هذا الرأي قد اعتبروا جميع شروط الإمتياز كلها شروط تعاقدية ولقد كان هذا التكييف القانوني لامتياز المرافق العامة منطقيا في تلك الحقبة من الزمن على رأي الفقه الفرنسي في أوائل القرن التاسع عشر إذ كانت الأفكار والمفاهيم المدنية هي السائدة آنذاك إضافة إلى ذالك سيطرتها على الفكر القانوني (91) وكان من البديهي أن تعطى الأولوية للطابع الإتفاقي أوالرضائي للامتياز،و اعتباره ثمرة وحصيلة إتفاق إرادة طرفي الامتياز(الإدارة والملتزم) ولقد جاء تكييف الفقه التقليدي للامتياز بأنه عقد مدني وليد تقديس الفكر القانوني التقليدي للإرادة ودورها في الحياة القانونية ، إذ من غير المتصور أن يكيف أي إتفاق ثنائي بين طرفين بغير عقد مدني وليد التقديس للفكر القانوني التقليدي للإرادة ودورها في الحياة القانونية ،وكان تصورا جازما ان كل علاقة قانونية بين طرفين إلا ويربطها عقد وتخضع للقانون الخاص قائمة على مبدأ وشعار "العقد شريعة المتعاقدين" لا يمكن تعديله ولا فسخه إلا بإرادة طرفي العقد وعلى هذا الأساس إعتبر الإمتياز عقدا مدنيا بجميع شروطه وعناصره رغم أن موضوعه ومحله إدارة مرفق عمومي (92) وبررأصحاب هذه النظرية ، الطبيعة التعاقدية للشروط التنظيمية التي تحكم سير المرفق العام أن اللائحة المعدة من اجل تنظيم المرفق العام من قبل الإدارة ، قد إستغرقت في دفتر الشروط الذي تتحول طبيعته من تنظيمية إلى تعاقدية بمجرد رضا الملتزم بما وردفيه ، في حين قاموا بإستعارة فكرة افشتراط لمصلحة اللغير تفسير لمسألة تنظيم المرفق العام لصالح المنتفعين المستقبلين ، على أساس أن الإدارة حين إبرامها لعقد الإمتياز الإداري

---

[90] ـ بن شعلال حميد، عقد الامتياز ، عقد الإمتياز كآلية لخوصصة تسيير إدارة المرفق العام في الجزائر،نفس المرجع،ص70

[91]- J.RIVERO ;op cit n°477 نقلا عن علي الخطار ،مرجع سابق ،ص8،

[92]- F .Bènoit ;op,cit n°1569 نقلا عن علي الخطار،مرجع سابق،ص 08،

إشترطت تقديم الخدمة لصالح المنتفعين بخدمات المرفق العام ، ومنه يكون الملتزم بمثابة دور الواعد(93) .

ومن المعلوم ان المنتفعين من خدمات المرافق العامة هم الأفراد العاديين سواء أكانت هذه المرافق العامة مدارة عن طريق الإدارة بصورة مباشرة أو بطريق الإمتياز ،لذا فمن الضروري تبرير العلاقة التي تربط هؤلاء الأفراد (المنتفعون من خدمات المرفق) بالملتزم وهم ليسوا أطرافا في العقد ، فلقداخذ أنصار النظرية العقدية هذه العلاقة بعين الإعتبار ،وحاولوا تبرير تنظيم المرفق العام لصالح المنتفعين المستقبلين عن طريق نظرية الإشتراط لمصلحة الغير المدنية ،فالإدارة المتعاقدة تشترط حين إبرام عقد الامتياز مع الملتزم مصلحة المنتفعين من خدمات المرفق محل العقد(94) .

قد تعرضت هذه النظرية كمثيلتها نظرية الشروط التنظيمية(الأمر الإداري)رغم كل التبريرات من أصحابها ،لجملة من الانتقادات الحادة الموجهة من قبل فقهاء القانون الإداري أمثال هوريو ،دوجي،وجيز،من زاوية أن الأخذ بها يحول دون إمكانية تدخل الإدارة المانحة للامتياز لتعديل شروط الالتزام وهو مايعرقل السير الحسن للمرفق العام (95) ،كما أنه لايمكن تقبل فكرة عقد الإمتياز كعقد مدني لإرتياطه بتسير مرفق عام ويحتوي على أحكام غير مألوفة في القانون العادي(96)، خاصة وأن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس قانوني للطابع التعاقدي للامتياز فكرة غير مقنعة ضف إلى ذلك أنها لم تلقى قبولا من رجال القضاء لما تضمنته من مفاهيم مغلوطة وغير صحيحة إذ لايمكن وصف وتكييف علاقة المنتفعين من خدمات المرفق العام المدار عن طريق الامتياز بنظرية الإشتراط لمصلحة الغير مدنية قواعد وأسس واضحة في القانون الخاص لاتنطبق ولا تصلح لحكم وتنظيم علاقات الملتزم مع المنتفعين من خدمات المرفق ،إذ

---

[93] - DE LAUBADERE . (A) :traitè thèorique et pratique des contrats administratif, tome1,LGDJ ,paris ,1956 نقلا عن آكلي نعيمة ،النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر،ص74،

[94] - A .DE LAUBADERE : OP .CIT .N°1317 نقلا عن علي الخطار،مرجع سابق،ص09،

[95]- AUBY . (J M) :ROBER .(D. A) Grands services et entreprises nationales,1er,èdition ,puf,paris,1969 نقلا آكلي نعيمة،نفس الرجع،ص74،

[96] - بن شعلال الحميد، عقد الامتياز كآلية لخوصصة تسيير المرفق العام في الجزائر، المرجع السابق ،ص70

يجب على الأقل وفق مفهوم ومنطق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المشترط لمصلحته محددا ومعينا بصورة فردية في العقد (97) .

لا شك أن المشترط لمصلحته في امتياز المرافق العامة (المنتفعون من خدمات المرفق) غير معين وغير محدد في عقد الامتياز بل حتى غير قابل للتعيين والتحديد، على أساس أن هذا الشرط وقت إبرام العقد لا يتسنى له تحديد المستفيد بصورة شخصية مباشرة ، فضلا عن عدم ملائمة هذه النظرية مع حق المنتفعين والغير من الطعن عن طريق الإبطال لتجاوز السلطة بالتدابير المتخذة خلافا للعقد وأحكام دفاتر الشروط (98)،ما أدى إلى استبعادها ،و بالمقابل ظهور نظرية أخرى حاولت هي الأخرى إعطاء تكييف لعقد الامتياز يوفق بين النظريات السابقة .

الفرع الثالث: نظرية الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز(الطبيعة المركبة)

بعد الانتقادات الموجهة لكلتا النظريتين السابقتين وعدم تلقيهما الصدى و القبول من جانب الفقه والقضاء لمجافاتها للواقع القانوني السليم ظهرت نظرية ثالثة تنادي بالطبيعةالمختلطة لعقد الامتياز على أساس أن لهذا الأخير مظهرين : مظهر تعاقدي يجسد العلاقة بين الملتزم والإدارة المانحة للامتياز ومظهر تنظيمي يحكم العلاقة بين الملتزم والإدارة المانحة للالتزام والملتزم ،وتنظيم في إطار العلاقة بين الملتزم والمنتفعين (99)،وأول من أشار إلى هذه النظرية ونبه لهذه الطبيعة المختلطة هو الأستاذ HAURIOU الذي أكد على أن الامتياز الخاص بالمرافق العمومية يخفي خلف وحدته الظاهرية عنصرين مختلفين هما إحداث مرفق عام وإنشاء علاقة مالية بين الملتزم والإدارة المتعاقدة.(100)

---

[97]- A .DE Labadère ,op,cit, n° 1318 نقلا عن علي الخطار،مرجع سابق،ص09،

[98] ـ آكلي نعيمة،النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون العقود،كلية الحقوق،تيزي وزو،2013 ،ص74

[99]- DE LAUBADERE ,(A) : traité, théorique et pratique des contrats administratifs, op, cit, p374 نقلا عن آكلي نعيمة ،النظام القانوني لعقد الإمتيازالإداري في الجزائر،ص75،

[100]- M ,HAURIOU , note sous CE ,14/02/1902,5,1904,3,p81

نقلا عن الدكتور فاروق عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص39

وإذا كان الأستاذ Hauriou أثار ونبه للطبيعة القانونية المختلطة لامتياز المرافق العامة، فلقد تولى زعيم مدرسة المرفق العام (101) DUGUIT توضيح هذه الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز ، إذ يرى أن الطابع العام لامتياز المرافق العامة هو الطابع الإتفاقي ، فالامتياز هو عبارة عن اتفاقية ولكنها ذات طبيعة مختلطة . واستطرد زعيم مدرسة المرفق العام في توضيح هذه الطبيعة المختلطة لاتفاقية الامتياز، إذ تعد هذه الإتفاقية إتفاق عقد وإتفاق قانون .

"elle est ala fois une convontion ,contrat,et une convontion loi"

ويقصد بذلك أن إتفاقية الإمتياز تتضمن طائفتين مختلفتين من الشروط تنظيمية والثانية تعاقدية ، فإن دور هذه الشروط مختلف ومغاير ، فإذا تولت الشروط التعاقدية تحديد وتنظيم الإمتيازات المالية بين طرفي العقد كتقديم المساعدات المالية وضمانات القروض وحق تقاضي مقابل نقدي من المنتفعين ،وحق إحتكار ممارسة النشاط ،فإن الشروط التنظيمية تحدد طريقة وكيفية إستغلال المرفق على أكمل وجه ، وتشكل هذه الطائفة الثانية من الشروط قانون المرفق العام وليس لها أي طابع إتفاقي أو أية طبيعة تعاقدية.

ولقد أيد هذا التكييف السليم لعقد الإمتياز كل من الباحثين بن علية حميد و شافارش تورجيان ،واصفين إياه بالعمل المختلط لسبب أنه يكتسي شروط تنظيمية وأخرى تعاقدية إلا أن هذه الطبيعة المركبة له ، فيها من الشروط ما تتعلق أساسا بتنظيم وسير المرفق تتمتع بالطابع التنظيمي في مواجهة كل من الملتزم والمنتفعين على حد سواء أما الشروط المتعلقة بالأفضليات والمميزات التي تمنحها الإدارة للملتزم مقابل إدارته للمرفق تتمتع بالطبيعة التعاقدية (102)وعلى هذا المنوال نورد رأى الأستاذ شافارش تورجيان إذ يعتبر عقد الإمتياز ذو طبيعة مختلطة ،فهو يتبع كل من القانون العام والقانون الخاص ، كونه يشمل على عناصر سلطوية

---

[101] - L DUGUIT ; traite de droit constitionnel,parit,1927,tome,1,p313

نقلا عن علي الخطار،مرجع سابق،ص10،

[102]- AUBY,(J M) ; ROBERT ,(d a) : grands services publics et entreprises nationales,op,citè,p208,209 نقلا عن آكلي نعيمة ،النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر،ص74،

معروفة في القانون العام (لائحية) ، وعناصر مساوات معروفة في القانون الخاص (تعاقدية)(103).

وبهذا فإن إتفاقية الإمتياز المرافق العامة تتضمن نوعين من الشروط فماهو معيار التمييز بين هاتين الطائفتين من الشروط ؟ وجوابا على هذا السؤال لا شك في أن معيار التمييز بين هاتين الطائفتين من الشروط معيارا شكليا يتسم بالصدق والوضوح إذ يسمح بإجراء التمييز وإقامة التفرقة بين الشروط التعاقدية والشروط التنظيمية بسهولة ويسر ،إذ يندرج ضمن الشروط التعاقدية الأحكام التي تختفي ويستغني عنها فيما لو أديرا المرفق العام عن طريق الإدارة المباشرة ، فلا يمكن تصور بقاء هذه الشروط نظرا لعدم الحاجة لها في حين تعتبر الشروط التي لايمكن الإستغناء عنها فيما لو أديرا المرفق عن طريق الإدارة المباشرة شروطا تنظيمية ،وهي تلك الشروط التي يطلق عليها قانون المرفق وتشمل الشروط التي لايمكن الإستغناء عنها فيما لو تولت الإدارة مباشرة مهام إدارة المرفق العام (104).

ولا قت هذه النظرية صدى واسع وتعتبر الأكثر قبولا لتبرير الطبيعة القانونية لعقد الامتياز الإداري ، وهي مأأخذت بها العديد من الدول أمثال فرنسا ، ومصر والجزائر (105) .

إلا أنه مايمكن ملاحظته أن إعتبار عقد الإمتياز عمل مختلط فكرة منتقدة جدا من بعض الباحثين في الجزائر أمثال بن علية حميد (106) فالإمتياز لايعد فقط إتحاد لعناصر لائحية وعناصر إتفاقية ، بل يشمل أيضا تركيب أدوات القانون الخاص ، وهنا تبرز بوضوح طبيعة الامتياز في الجزائر المختلفة تماما عن الطبيعة المختلطة ، كما أن هناك فرق بين العمل المختلط والعمل المركب .

---

103 ـ شافارش تورجيان ، الجوانب القانونية لإمتيازات النفط في الشرق الأوسط ، مجلة الحقوق والشريعة ، السنة الخامسة ، العدد الأول ، مطبعة هاماسكين ، الكويت،1981،ص282

104- L DUGUIT ; OP ,CIT , P314 نقلا عن علي الخطار،مرجع سابق،ص11،

105 ـ بن شعلال الحميد، عقد الإمتياز كألية لخوصصة تسيير المرفق العام في الجزائر ، المرجع السابق ، ص71

106 ـ في يسرع الباحثين الجزائرين لضمه إلى صنف العمل المختلط وهذا الأمر لايمكن أن يحدث أبدا في فكرة الإمتياز في الجزائر لأنه مركب منعناصر من القانون العام وعناصر من القانون الخاص ....راجع : بن علية حميد إدارة المرفق العام عن طريق الإمتياز ،دراسة التجربة الجزائرية ، المرجع السابق ، ص135

_ une assimilation est –elle possible entre lacte mixte et lacte complexe ? encore faut – il sentendre sur cette derniere expression ; lacte complexe nest pas une convention complexe : cette derniere corespondan à un accord de vonlontè comparant des èlèment de qui feraient un contrat administratif et des èlèments de qui feraient un contrat de droit commun. (107)

وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري حذا حذوى المشرع الفرنسي والمصري بإعتيار الإمتياز في شقه التعاقدي يحتوي علاقة تعاقدية ذات طابع إداري بين الإدارة المانحة للإمتياز والملتزم مستمدة من إرادة المشرع ،حيث أطلق عليه وصف العقد الإداري إلى جانب علاقة تعاقدية ذات طابع مدني والتي تظهر من خلال التعليمة الوزارية رقم 842/394 المتعلقة بإمتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها ،التي نصت على أنه " يتميز عقد الإمتياز بكونه يحتوي على نوعين من الشروط ، شروط تعاقدية تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين "(108) ونظرا لما تمعت به من بساطة ووضوح وموضوعية في تفسيرها لطبيعة إتفاقية الإمتياز القانونية.

إذ لايمكن إعتبار جميع شروط الإمتياز من جنس واحد ، فهناك الشروط الإتفاقية التي تحدد الإلتزامات المالية بين الملتزم والإدارة المتعاقدة ،والشروط التنظيمية التي تحدد قواعد تنظيم وتسيير المرفق العام وتقديمه للخدمة ، ناهيك عن تحقيقها للمصلحة العامة ومصالح الملتزم المشروعة إذ يمكن للإدارة المتعاقدة تعديل بعض شروط العقدبإرادتها المنفردة(الشروط التنظيمية) وإمكانية تعديل الشروط التعاقدية شريطة موافقة الملتزم ،وعليه فإن طبيعة العلاقة التعاقدية التي تربط بين الإدارة مانحة الإمتياز هي علاقة تعاقدية مركبة من عقدين هما عقد إداري وعقد مدني ،ويبدو أن تركيب العقد المدني على الإمتياز كتصرف إداري حتمية لا مفر منها ، وهو مايجعل الإمتياز في الجزائر يبتعد عن نظرية العمل المختلط على الأقل

---

[107] ـ بن علية حميد، إدارة المرفق العامة عن طريق الإمتياز ،دراسة التجربة الجزائرية، المرجع السابق ،ص 135،136

[108] ـ الملحق رقم 01 ، المرجع السابق ، ص06

بالنسبة للمرافق العامة المحلية ، ويأخذ بالطابع المركب لأول مرة إنطلاقا من فكرة إدخال العقد المدني (109) .

ومنهنا نورد إسرار الأستاذ بن علية حميدعلى فكرة الطبيعة المركبة لعقد الإمتياز مؤيد بذالك الأستاذ محمود حلمي إلا أن هذا التكييف القانوني لم يسير عليه بعض فقهاء القانون أمثال ديفولفيه،دي لوبادير(110)،حيث أن الإتجاه الذي تبنى هذه النظرية بين أن الإلتزام عقد بالنسبة للشروط التعاقدية دون أن يبين تكيفه بالنسبة للشروط اللائحية ، بمعنى أن تكييف الإلتزام على أساس انه تصرف قانوني مركب يستجيب فقط لمقتضيات الشروط التعاقدية دون تبرير للوجود القانوني للشروط اللائحية ، وعليه كيّف الإلتزام على أنه إتفاق منتج لأثار تنظيمية (111) وخلاصة القول نرى أنه إختلفت الأراء في تكييف عقد الإمتياز منهم من كيفه على أنه ذوطبيعة تنظيمية ومنهم على أنه ذو طبيعة تعاقدية ومنهم جمع بينهما في مظهرين تعاقدي وتنظيمي وذهب رأى أخر وهو الأقرب للصواب على أنه مركب من عقدين إداري ومدني.

المطلب الثاني: آليات التفعيل

كان الإلتزام في ظل دستورمصرلسنة 1923،بحسب المادة 137 منه ، لايمنح إلا بقانون ،وقد ذهب رأي في ذلك الوقت إلى أنه من غير الضروري صدور قانون خاص لكل حالة على حدة وإنما يكفي أن يصدر قانون عام بتنظيم كيفية منح الإمتياز(112) ، لاكن ا لرأى الراجح نادى بوجوب صدور قانون خاص لكل حالة على حدة (113) وإذاكانت الإدارة المتعاقدة تتمتع بحرية واسعة لإختيار شخص الملتزم ،فإن ذالك لايعني إطلاقاً أن حريتها مطلقة من كل قيد ، بل تلعب الإعتبارات الفنية أي خبرة الملتزم الفنية والإعتبارات المالية أي قدرته على تغطية المشروع دورا أساسيا وهاما في إختيار هذا العقود الإمتياز من الإلتزام بتطبيق القواعد

---

[109] ـ بن علية حميد ، إدارة المرافق العامة عن طريق الإمتياز ، دراسة التجربة الجزائرية ،المرجع السابق ،ص143

[110] - DE LAUBADERE . (A) : Moderne . (F) : DELVOLVE . (P) :Traitè des contrat administratif ,op,citè,P105 نقلا عن آكلي نعيمة ،النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر،ص79،ـــــــــ

[111] ـ مهند مختار نوح،الإيجاب والقبول في العقد الإداري ،(دراسة مقارنة) ،المرجع السابق ،ص 211،210

[112] ـ محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري ، تنظيم، نشاط ،وسائل ، الجزء الثالث ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ،2000 ص 901

[113] ـ محكمة القضاء الإداري ، قضية رقم 1630 لسنة 9ق بتاريخ 1956/6/24السنة10 بند 364 - 365

الشكلية لإبرام العقود الإدارية ،وعلى الأخص القواعد الخاصة بالمزايدة والمناقصة (114)،ويرى الإتجاه الآخر أن إختيار الملتزم المطلقة للإدارة التي تعطي لها سلطة تقريرية واسعة في إختيار شخص المتعاقد معها دون أن تلتزم في هذا المجال بإتباع أسلوب المزايدات والمناقصات(115).

وقد قصر منح الإلتزام تشريعيا على المتمتعين بالجنسية الفرنسية أو جنسية دول السوق الأوروبية المشتركة ويحرّر العقد بالكتابة إلزامياً ،ويحوي على ثلاثة أجزاء متكاملة في القانون الفرنسي وهي:

أولاً– كراسة الشروط : وتحتوي على مجموعة الشروط التي تنفرد الإدارة بوضعها وتنص على تحديد شروط تسير المرفق وتوضيحهوما يتصل بذالك منحقوق و إلتزامات كل من الإدارة والملتزم ، وتعد كراسة الشروط بصورة سابقة على عقد الإلتزام وكخطوة أولية للإعلان عن رغبة الإدارة في إبرام العقد ويتقدم الملتزم حينها للتعاقد،فإن ذلك يعني موافقته الضمنية على ماتضمنته كراسة الشروط من أحكام.

ثانياً - إتفاق الإلتزام: وهو إتفاق يبرم بين الإدارة والملتزم بعد موافقتها عليه وهو يمثل عقد الإلتزام الحقيقي وتتم صياغة بنوده في ضوء ما تضمنته كراسة الشروط من أحكام .

ثالثاً– القرارات التنفيذية: وهي قرارات تصدرها الإدارة مانحة الإلتزام ترمي من ورائها تنفيذ إلتزاماتها الممهدة لبدء الملتزم في أعمال إتفاق الإلتزام ومثالها إصدار تراخيص مشغل المال العام وتنفيذ قرارات الإستلاء أو نزع الملكية المرتبطة بعقد الإلتزام .

فبدئيا الإدارة المانحة للإمتياز حرة في إختيار الملتزم على أساس الإعتبار الشخصي،حيث تستغني الإدارة المفوضة عن عملية إستقبال

---

[114] - A de laubadere:op ,cit,n°1324 نقلا عن علي الخطار،مرجع سابق،ص14

[115]- CE .19 juin1936 ,cromock,R…P:672 ، نقلا عن الدكتور فاروق عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص38،

العروض من المتنافسين (116)،وغير مجبرة على إحترام إجراءات الإشهار و المنافسة(117) .

إذا كان المرفق العام محل الإمتياز مرفقا عاما وطنيا تختص السلطة التنفيذية بإختيار الملتزم والتفاوض معه ومنه التوصل لإبرام العقد وهو ماكرسته المادة 68 من القانون07/05 المتعلق بالمحروقات ،يكون بقرار من الوزير المكلف بالمحروقات ' وذلك لشركة سوناطراك أو أحد فروعها (118)، ونذكر على سبيل المثال إتفاقية الإمتياز المعقودة بين حكومة المملكة الأردنية الممثل في وزير الطاقة والثروة المعدنية بموجب تفويض من مجلس الوزراء هذا من جهة و من جهة أخرى الممثل الرسمي عن شركة مصفات البترول بموجب تفويض من مجلس الإدارة ونظراً لحساسية المرافق الإقتصادية في الدولة فقد أوجب المشرع الدستوري الأردني على أن لا يكون أي منح للإمتياز إلا بعد تصديق البرلمان(119)وعليه فقد صادق البرلمان على جميع إتفاقيات الإمتيازبالقانون رقم 19 لسنة 1958 فقبل هذا لا تعدو إلا أن تكون مجرد مشروع فلقد قضت محكمة العدل العليا " وحيث يتبين من مقدمة إتفاقية الإمتياز المعقودة بين الحكومة وشركة الدباغة والمصدقة بقانون أن السلطة التشريعية والتنفيذية قد إعتبرتا إنشاء وإدارة مصانع لدباغة الجلود وتسويقها من الخدمات التي يتوجب إدارتهاتحت إشراف الحكومة ، فإن هذه الخدمة تعتبر مرفقا عاما بالمعنى المتقدم ذكره ويكون منح الإمتياز بهذا المرفق لشركة الدباغة متفقا وأحكام المادة 117 من الدستور خلافا لما يدعيه المستدعي "(120) .

اما في الجزائرعلى سبيل المثال فإن قانون المحروقات حصر منح الإمتياز لشركة سوناطراك الوطنية أو أحد فروعها، وكذلك في القانون03/10 المتعلق بإستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة التابعة للدولة الذي يفرض الجنسية الجزائرية في شخص

---

[116]- LINDITCH FLORIAN: délégation de service public: les presicion aportées par la decision corsica ferries,edition administratif,etcollectivités territoriales,in rsj, N°26,25juin 2007.

[117]- BERTHON Georffroy:le réjime de passationdes concession,domaniales,à la croisé des chemins,DALLOZ,inRFDA,n° 03,mai,juin,2009,p484.

[118] ـ المادة: 68 من القانون 07/05 ، المؤرخ في 2005/04/28 ،يتعلق بالمحروقات ' ج ر عدد 50 ، الصادرة بتاريخ 19/ 2005/04 ، المعدلة والمتممة يالمادة 02 من القانون 01/13 ، المؤرخ في 02/20 2013 .

[119] ـ علي الخطار،عقد الإمتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن،قسم القانون العام كلية الحقوق ،جامعة الأردن،1991،ص15

[120] ـ حكم محكمة العدل العليا ،جمهورية مصر،الصادر في 1979/04/30

الملتزم،أما بخصوص المرافق العامة المحلية حسب ما جاء في التعليمة الوزارية رقم 842/394 المتضمنة إمتياز المرافق العمومية المحلية و تأجيرها أن هناك إختلاف في الإجراءات وذلك بتطبيق قانون الصفقات العمومية لمنح الإمتياز على مستوى الجماعات الإقليمية وذلك بفرض حرية المنافسة على المرافق العامة المحلية، وبذلك ينفرد عقد الإمتياز الإداري عن العقود المدنية التي تكتفي بالشروط العامة من رضا ومحل وسبب بإجرءات خاصة تتجلى بدءا بصدور قرار التعاقد ثم تحرير العقد وإمضائه من الأطرف ثم مصادقة السلطة المختصة .

وبالرجوع إلى قانون الإدارة المحلية (البلدية والولاية) في التشريع الجزائري نجده يشترط على الإدارة العامة عند اللجوء إلى هذه الطريقة في إدارة وتسير المرافق العامة مايلي(121)

أولا: إذا تعذر إدارة وتسير المرفق بإحدى الطرق العامة (الإستغلال المباشر،المؤسسة العامة) .

ثانيا : ضرورة إجراء مداولة من طرف المجلس الشعبي البلدي أو الولائي ، حسب الحالة .

ثالثا : إبرام الإتفاق أي عقد الإمتياز بين الطرفين شريطة أن يكون مطابقا لدفتر الشروط النموذجي المحدد تفاصيله في القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 1999/10/06 والذي يحدد القواعد القانونية السارية على المرافق العامة المدارة بهذه الطريقة ،والذي تضعه وتعده الإدارة مسبقا وبغرادتها المنفردة .

رابعا: تصديق على الإتفاق المتضمن "إلتزام المرفق العام" من طرف الجهة الإدارية المخولة طبقا للتشريع المعمول به.

أما في مجال النقل الجوي أين تم منح الإمتياز لعدة شركات منها شركة الخليفة للطيران (122) ،وشركة إكواير الدولية(123) و شركة

---

[121] تنص المادة 155 من قانون البلدية على مايلي : "يمكن للمصالح العمومية البلدية المذكورة في المادة 149 أعلاه ، أن تكون محل إمتياز طبقا للتنظيم الساري المفعول ، يخضع الإمتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم "

ـ وتنص المادة 149 من قانون الولاية على مايأتي :"إذا تعذر إستغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الإستغلال المباشر أو مؤسسة ، فإنه يمكن للمجلس الشعبي الولائي الترخيص بإستغلالها عن طريق الإمتياز طبقا للتنظيم المعمول به ، يخضع الإمتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم ويصادق عليه حسب القواعد والإجراءات المعمول بها .

أنتينيا للطيران (124) وأكد المشرع الجزائري من القانون رقم 05/2000 على أن خدمات النقل الجوي تتولاها شركة أو عدة شركات وطنية ،وأن الشخص الطبيعي (الملتزم) يكون متمتعا بالجنسية الجزائرية والشخص الإعتباري خاضع للقانون الجزائري ومن هنا فإن المشرع الجزائري إستبعد الطرف الأجنبي في معادلة الإمتياز وهو ما يتنافى مع مع قوانين الإستثمار التي تنص على المساوات في المعاملة بين الأجانب والوطنيين وكذلك خالف المشرع المصري من خلال القانون رقم 02 لسنة 1997(125) في شأن منح إلتزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة وإستغلال المطارات وأراضي النزول قاضيا في مادته الأولى بأنه " مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على الفضاء الجوي داخل الإقليم وبالأنظمة الخاصة بأمن المطارات والطائرات ،يجوز منح إلتزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم ، أشخاصا طبيعين أو إعتباريين في الداخل والخارج ، لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة وإستغلال ماهو قائم من المطارات وأراضي النزول دون التقيد بأحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم 61 لسنة 1958 في شأن منح الإمتيازات المتعلقة بإستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الإمتياز"

حيث نصت المادة الخامسة منه على أن يصدر قرار من مجلس الوزراء بناء على إقتراح من الوزير المختص بمنح الإلتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها و تحديد حصة الحكومة ، وعلى هذا النسق صدر القانون رقم 22 لسنة 1998 بإضافة مادة جديدة إلى القانون رقم 01 لسنة 1996 في شان الموانىء التخصصية (126) ، قاضيا في صدر

---

[122] ـ المرسوم التنفيذي رقم 40/02 المؤرخ في 2002/01/14،يتضمن المصادقة على إتفاقية إستغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران **"الخليفة للطيران"** وكذا دفتر الشروط الملحق بها ،ج ر رقم 04 الصادرة في 2002/01/16

[123] ـ المرسوم التنفيذي رقم 42/02 المؤرخ في 14/ 2002/01 المتضمن المصادقة على إتفاقية إمتياز إستغلال الخدمات الممنوحة لشركة **إكواير الدولية** وكذا دفتر الشروط الملحق بها ،ج ر رقم 04 الصادرة في 2002/01/16

[124] ـ المرسوم التنفيذي رقم 41/02 المؤرخ في 14/ 2002/01 المتضمن المصادقة على إتفاقية إمتياز إستغلال الخدمات الممنوحة لشركة **أنتينيا للطيران** وكذا دفتر الشروط الملحق بها ،ج ر رقم 04 الصادرة في 2002/01/16

[125] ـ الجريدة الرسمية العدد 6مكرراً في 1997/02/08.

[126] ـ القانون رقم :01 لسنة 1996 في شان الموانىء التخصصية منشور في الجريدة الرسمية العدد 05 في 1996/02/01 ، وقد حددّت المادة 01منه الموانىء التخصصية الساري عليها هذا القانون بانها موانىء الصيد والتعدين والبترول والسياحة وغيرها من الموانىء ذات الطبيعة الخاصة الواقعة على السواحل المصرية.

المادة 04 مكرراَ التي أضافها إلى القانون السالف الذكر بأنه " مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة على المياه الإقليمية والأنظمة الخاصة بأمن وغيرهم ، أشخاصا طبيعين أو إعتباريين في الداخل والخارج لإنشاء موانىء عامة أو تخصصية أو أرصفة متخصصة في الموانىء القائمة وإدارتها وإستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل إستخدامها ، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم 29 لسنة 1948 بالتزامات المرافق العامة و القانون رقم 61 لسنة 1958 المتعلق بمنح الإمتيازات الخاصة بالمرافق العامة .

وفي أعقاب القوانين الخاصة بالموانىء والمطارات من الممكن التوقع بصدور قانون مماثل لإلتزامات الطرق السريعة ذلك أن وزير النقل والمواصلات قد صرح أنذاك عن تلقي العروض الفنية والمالية من عدة شركات لتنفيذ محور طريق الإسكندرية ـ القاهرة ـ الفيوم الصحراوي والذي سيكون أول طريق قطاع خاص ، وأن إنشاء وإدارة مثل هذه الطرق السريعة بطريق الإمتياز سيكون متاحا أمام المستثمرين المصريين والأجانب (127).

بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 43/2000 فإنه يتعين على طالب الإمتياز تقديم طلب إلى السلطة المكلفة بالطيران المدني في ثلاث نسخ مرفقة بالوثائق التالية :

1ـ القانون الأساسي للشركة ،

2ـ نسخة من المداولة المتضمنة تعيين الرئيس وعند الإقتضاء المدير العام أو المسير ، إلا إذا كان هؤلاء أعضاء تأسيسين

3ـ شهادة الجنسية الجزائرية بالنسبة للمساهمين الحائزين على أغلبية رأس المال ،

4ـ الوثائق التي تثبت توفير الكفالة المالية،

5ـ نسخة من القيد في السجل التجاري ،

---

[127] ـ محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الإداري ، تنظيم نشاط ـوسائل ،الجزء 3 ،دار الفكر الجامعي الغسكندرية 2000
،ص 904

6- وثيقة تثبت المساهمة الجزائرية في رأس المال ،

7- جدول الطرق الجوية والمواقيت المقررّة،

8- التعريفات وشروط النقل المقررّة،

9- المعلومات المتعلقة بتنظيم الإستغلال المقرّر،

10 – إتفاقية التعاون مع شركة الطيران الأخرى عند اللزوم ،بالإضافة إلى المعطيات المتعلقة بمردودية الخط أو الخطوط المطلوب إستغلالها

تلتزم السلطة المكلفة بالطيران المدني الرد على طلب الإمتياز في أجل ثلاثة أشهر إحتسابا من تاريخ إستلامها الطلب تطبيقا لنص المادة السادسة من القانون السالف الذكر في حين الإدارة غير ملزمة بتنظيم منافسة لإختيار المتعاقد معها (128).

ومن اجل ذالك نأخذ شركة طيران الخليفة كنموذج لعقد الإمتياز في مجال النقل الجوي المفعلة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 40/02 المؤرخ في 2002/01/14 إذ تنص المادة الأولى منه على أنه "تمنح الدولة بموجب هذه الإتفاقية شركة الخليفة للطيران التي تقبل إمتياز إستغلال خدمة جوية للنقل العمومي للخطوط المذكورة في الملحق"كما يمنح بمدة لاتقل عن عشرة سنوات إبتداء من تاريخ نشر المرسوم في الجريدة الرسمية تطبيقا لنص المادة الثانية من الإتفاقية ويمكن للمعني أن يطاب التجديد أو التمديد قبل إنقضاء الأجل العقد بسنتين ، ومايلاحظ أن هذه المدة قد تكون ضئيلة مقارنة بالتشريع المصري قبل القانون رقم 129 لسنة 1947 كانت المدة 99سنة ثم قلصت بهذا القانون ب33سنة حسب ماورد في المادة الأولى منه (129).

وتقع في هذه الإتفاقية مسؤولية إدارة وتسير المرفق على أحسن وجه ويتعين عليه ضمانه مالم يتواجد في حالة صعوبات معتبرة أوتغيير في وضعية الإستغلال أين يمكن للإدارة إعفاءه من واجبه كله أو جزء منه أو

---

[128] - حمادي زوبير ، مداخلة بعنوان : النظام القانوني لتفويض مرفق النقل الجوي ، الملتقى الوطني حول التسير المفوض للمرافق العامة من طرف أشخاص القانون الخاص ، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 27و28 أفريل 2011

[129] - المادة الأولى من القانون 129 لسنة 1947 " لايجوز منح الإلتزامات المرافق العامة لمدة تزيد عن ثلاثين سنة"

بطلب منه منحه تسهيلات أوترخص له منتقليص بعض الخدمات أو إعفاءه منها مالم يؤثر ذلك على المصلحة العامة ،وكل تعديل أو إضافة في محتوى شروط العقد يجب أن يدرج ضمن ملحق يصادق عليه بنفس الأشكال التي تم بها الإتفاق وهذا ماكرسته المادة التاسعة من نفس القانون .

كما تناول دفتر الشروط الخاص بإتفاق الإمتياز الخاص بالنقل الجوي لشركة الطيران الخليفة "يتعين عليه إدارة الإستغلال ويمكنه تفويض جزء من صلاحياته لمستخدميه(130) فضلا عن تطبيق توجيهات الملاحة الجوية وإجراءاتها ،بالإضافة إلى إعلام السلطة المانحة للإلتزام بكل المعطيات الضرورية تطبيقا للمادة التاسعة من دفتر الشروط المذكور كما يتعين على صاحب الإمتياز ضمان أمن وسلامة نقل المسافرين وبضائعهم طبقا للمواد 10،11،12 من دفتر الشروط ولا يمكن التنازل عن الإمتياز لشخص آخر كليا أو جزئيا بنص المادة 17.

أما الإمتياز في مجال مرافق الكهرباء والغاز فالأمر لايختلف كثيرا عما سبق في مرفق النقل الجوي فقد نظم المشرع الجزائري إمتياز الكهرباء والغاز بموجب القانون رقم 01/02 المؤرخ في 2002/02/05 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات وحسب المادة الثانية منه يعرف على أنه حق تمنحه الدولة لمتعامل بموجب شبكة ويطورها ،فوق إقليم محدّد ولمدة محدّدة بهدف بيع الكهرباء أوالغاز بواسطة القنوات وحسب المادة 72 من نفس القانون (131)،فإن منح الإمتياز في هذا المجال يتم بموجب مرسوم تنفيذي بناء على إقتراح من الوزير المكلف بالطاقة ، بعد أخذ لجنة الظبط ، وغير قابل للتنازل عنه وفي حالة إستبدال صاحب الإمتياز يتولى دفتر الشروط تحديد تعويض مناسب لتكاليف الإستثمارات التي أنجزها صاحب الإمتياز الأسبق كما على الملتزم جملة من الإلتزامات واردة علىسبيل الحصر محدّدة في المادة 78 من نفس القانون .

ورجوعا لأحكام المرسوم رقم:323.95 المؤرخ في 1995/10/21 المتعلق بإستغلال الموارد المرجانية نجده قد وضع

---

[130] ـ المادة الخامسة من دفتر الشروط المرفق بالمرسوم 40/02 المتضمن المصادقة على إتفاقية إستغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران **"الخليفة للطيران"**

[131] ـ المادة 72 من القانون 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات

شروطا في هذا المجال من جنسية الملتزم وقائمة المستخدمين والأجانب وشروط أخرى تتعلق بالتقنية والبشرية (132).

ولقد وسع المشرع الجزائري من مجالات الإمتياز حتى إمتد إلى قطاع الفلاحة والمكرس بموجب القانون 03/10 ومن خلال قراءة المادة 02،05 نجد أنه حق يمنح بعقد إداري تحرره مديرية أملاك الدولة لكل عضو في مستثمرة فلاحية جماعية أو فردية إستفادة من أحكام القانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/08، والمتضمن ضبط كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية ،ويحدد حقوق المنتجين وواجباتهم والذين يحوزون عقود رسمية(عقد إنتفاع دائم) مشهرة من المحافظة العقارية،أو قرارات من الوالي ،وتنص المادة 06من القانون 03/10 " تعد إدارة الأملاك الوطنية ،بإسم كل مستثمر يستوفي الشروط المذكورة في المادة 5 أعلاه ،عقدتحويل حق الإنتفاع الدائم إلى حق إمتياز "

وتنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 326/10 على مايلي "يقوم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بعد دراسة الملف بشكليات توقيع دفتر الشروط المنصوص عليه في أحكام المادة 04 من القانون 03/10 والمرفق في الملحق الثالث من هذا المرسوم بعدها يرسل الملف كاملا إلى إدارة أملاك الدولة قصد إعداد عقد الإمتياز بإسم كل مستثمر"،يستنتج مما سبق أن إدارة أملاك الدولة هي المعنية بإصدار عقد الإمتياز ،ولقد بين المشرع الجزائري من خلال نص المادة 324 من القانون المدني الأشخاص التي تسند لهم مهمة تحرير العقود الرسمية التي من بينها إدارة أملاك الدولة وحسب المادة 120 من قانون الأملاك الوطنية رقم 30/90 المعدل والمتمم ، فإن الوزير المكلف بالمالية هو من يتصرف بإسم الدولة في جميع العقود التي تهم الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة ،و يضفي عليها الطابع الرسمي و يتولى المحافظة عليها(133

وتحرير العقود من طرف مديرية أملاك الدولة لايكون تلقائيا ،بل بموجب تفويض من 454/91 بأنه يمكن لوزير المالية في إطار تطبيق

---

[132] ـ المرسوم 323/95 المؤرخ في المؤرخ في 1995/10/21، المتعلق [إستغلال الموارد المرجانية ،ج ر 63 لسنة 1995

[133] ـ كحيلة حكيمة،تحويل حق الإنتفاع إلى إمتياز،دار هومة،الجزائر،ط1،2013،ص98،99

أحكام المادة 120 فقرة 2 و3 أعلاه ،أن يمنح تفويضا بموجب قرار لمصلحة أملاك الدولة للقيام بنفس المهام المسندة إليه .

وتجدر الإشارة ،وحسب ما جاء في مضمون التعليمة الوزارية الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم :03085 المؤرخة في 2011/04/11،أن إمضاء عقد الإمتياز من طرف مدير أملاك الدولة يكون بصفة أحادية ،أي يمضى من طرف الإدارة فقط دون إمضاء المستثمر صاحب الإمتياز،إذ يعد كافيا دفتر الشروط الممضي بين الديوان الوطني للأراضي الفلاحية والملتزم والذي يستوجب إلحاقه مع العقد (134).

يستخلص مما سبق أن دفتر الشروط المعد مسبقا من الإدارة يوقع بين طرفي المتعاقدان (الملتزم والإدارة) أما العقد الإداري المتضمن الإمتياز يوقع بصفة فردية من طرف الإدارة دون الملتزم وفي الأخير يسلم له راضيا بما إحتوى عليه العقد من بنود وشروط .

أما الجانب القانوني للمستثمرة حسب ماورد في المادة 20 من القانون 03/10 ، فإنها تكتسب الأهلية القانونية الكاملة للإشترط والمقضاة والتعهد طبقا لأحكام القانون المدني ،وكل إخلال من جانب الملتزم بدفتر الشروط الموقع من الملتزم، يعرض عقد الإمتياز للفسخ بالطرق الإدارية (135) بعد إعذارمن الديوان الوطني للأراضي الفلاحية .

وعلى هذا الأساس يحكم نظام الإلتزام بفكرتين أساسيتين تشكلان المحور الرئيسي الذي تدور عليه معظم قواعده وهما :الإلتزام هو نظام لإدارة مرفق عام مما يؤدي إلى تطبيق القواعد العامة العادية الحاكمة للمرافق العامة عليه ،والفكرة الثانية أن الملتزم فرد من أفراد القانون الخاص هدفه تحقيق الربح الشخصي من وراء إدارته للمرفق ، الأمر الذي يترتب عليه أن ما يبرمه الملتزم من عقود مع اللغير تعتبر عقودا خاصة ، كما أن أخطاؤه تثير مسؤليته فقط ، ويختص القضاء العادي بالمنازعات بين الملتزم واللغير (136).

---

[134] ـ كحيلة حكيمة،نفس المرجع ،ص106

[135] ـ المادة 28 منالقانون03/10 المؤرخ في 2010/08/15

[136] ـ محمد فاروق عبد الحميد،نظرية المرفق العام في الجزائربين المفهومين التقليدي والإشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،ص39.

الفصل الثانـي

الإطار القانونـي لإمتياز المرافق العامة وحقوق وواجبات الملتزم

الفصل الثاني : الإطار القانوني لإمتياز المرافق العامة وحقوق وواجبات الملتزم

إن تسيير مرفق عام عن طريق الإمتياز يطرح تفسيرات و يرتب إجراءات وحقوق وإلتزامات من جانب أطراف العقد وحتى المنتفع من المرفق العام لذا كان من الأفضل التطرق للإطار القانوني للإمتياز الذي يحكم به المرفق من شروط لائحية و تنظيمية وأهم الإلتزامات من جانب المتعاقد والنظام القانوني الذي يحكم عمال المرفق و الحقوق التي ترتبها الإدارة المانحة للإمتياز وأهم الواجبات التي تكون على عاتق الملتزم، كما أن كل مرفق يحتاج للقيام بنشاطه إلى أموال كالعقارات والمنقولات. ولو خضع المرفق في مجال الحجز للقواعد العامة لأدى ذلك إلى مباشرة إجراءات الحجز على ممتلكاته وهو ما يترتب عليه الحاق بالغ الضرر بالمنتفعين من خدمات المرفق.

لذا وإعمالا لمبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد وجب أن تخضع أموال المرفق إلى نظام قانوني متميز يهدف إلى المحافظة عليها تحقيقا للمقصد العام وهو تمكين المرفق من أداء خدمة للجمهور. وإذا كان المرفق يسير عن طريق الإدارة مباشرة فليس هناك أي إشكال يطرح لأن نص المادة 689 من القانون المدني واضحة صريحة فلم تجز التصرف في أموال الدولة أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم، فهي إذن محصنة من الناحية المدنية.

ولكن الإشكال طرح وبعمق في الفقه بخصوص الحماية المدنية للمال في حالة إدارة المرفق بأسلوب الامتياز. ورغم أن الأفراد طالبوا في هذه الحالة بحقهم في الحجز على ممتلكات المرفق بغرض الحصول على ديونهم إلا أن القضاء العادي المقارن رفض تمكينهم من هذا الحق محافظة على مبدأ سير المرفق بانتظام واطراد. وهو مسلك نؤيده ويدل على تطور المبادئ الإدارية.[137]

---

[137] - جاء في حكم قاضي الأمور المستعجلة بمحكمة القاهرة الصادر في 10 نوفمبر 54 ما يلي: " ان المتفق عليه ان المرفق العام انما يقوم بأداء خدمة للجمهور المنتفعين تحقيقا للمصلحة العامة. ومن ثم يجب احاطته بكافة الضمانات التي تمكنه من ادائها بصورة مطردة ومنتظمة لجمهور المنتفعين تحقيقا للمصلحة العامة وتطبيقا لمبدأ عدم تعطيل سير المرافق العامة. ومن بين هذه الضمانات عدم جواز التنفيذ على الأموال اللازمة لسيرها. فاذا كانت هذه الضمانة متوافرة بطبيعة الأشياء بالنسبة للمرافق التي تديرها الدولة أو الأشخاص الإعتبلرية العامة بطريق مباشر باعتبار أن أموالها أموال عامة بطبيعتها لا يجوز توقيع الحجز عليها، فانه من

ولقد خرج المشرع الجزائري عن المبدأ العام الذي يكفل حماية مدنية للمال توجب عدم الحجز عليه،[138] وذلك في القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية الصادر تحت رقم 88- 01 المؤرخ في 12 جانفي 1988. وأورد قيدا مفاده قابلية المال العام للتصرف وللحجز عليه في حدود معينة، حيث جاء في المادة 20 منه: تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل والتصرف فيها وحجزها حسب القواعد المعمول بها في التجارة ماعدا الجزء من الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمته رأس المال التأسيسي".

لقد ساهم القضاء الإداري في فرنسا مساهمة كبيرة في اظهار النظريات التي تخدم مبدأ حسن سير المرفق بانتظام واطراد ويتجلى ذلك خاصة من خلال نظرية الظروف الطارئة ونظرية الموظف الفعلي.

فنظرية الظروف الطارئة الأصل فيها أن العقد شريعة المتعاقدين.[139] ولا يعفى المتعاقد من التزاماته الا في حالة القوة القاهرة. وهي الحادث غير المتوقع الذي لا يمكن دفعه، وهذه القاعدة لا يمكن العمل بها على اطلاقها في مجال العقود الإدارية لذا أنشأ القاضي الفرنسي نظرية سميت بنظرية الظروف الطارئة دعت اليها ظروف موضوعية نسوقها نظرا لأهميتها.

فعقب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم ارتفاعا كبيرا الى درجة أن شركة الإضاءة في بوردو وجدت أن الرسوم التي تتقاضاها لا تغطي نفقات الإدارة ولهذا طلبت من السلطة رفع السعر ولكن السلطة رفضت وتمسكت بتنفيذ عقد الإلتزام. وبلغ الأمر مجلس الدولة فاذا به يقرر مبدأ جديدا استمده من دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد مفاده أنه إذا وجدت ظروف لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وكان من شأنها زيادة الأعباء.

المتفق بالنسبة للمرافق التي تدار بطريق غير مباشر أنه بالرغم من أن أموالها تظل ملكا خاصا للملتزم وتدخل في الضمان العام لدائنه، الا أن هذه الأموال يجب احاطتها بضمانة عدم جواز الحجز عليها...".

[138] ـ الى جانب الحماية المدنية خص المشرع المال العام بحماية جزائية. لتفصيل أكثر راجع خاصة:

Noureddin Benamara la protection pénale du secteur Socialiste En droit Algérien OPU 1977. P 66.

[139]ـ أنظر المادة 106 من القانون المدني.

المبحث الأول: الإطار القانوني لإمتياز المرافق العامة

إدارة مرفق عام عن طريق الإمتياز يثير الكثير من الإشكالات القانونية ، ليس غيرها من طرق التدبير الأخرى مثل التسيير المباشر والتي تكمن في صفة العمال هل يعتبرون موظفون عمومين أم عمال متعاقدين وماهي العلاقة التي تربطهم بالملتزم من جهة و ناحية أخرى بالإدارة والأمر الثاني وهو المنازعات التي تقوم بين صاحب الإمتياز والإدارة هذا من جهة من جهة أخرى بينه وبين المنتفعين من خدمات المرفق والنهاية الحتمية لعقد الإمتياز المدونة في دفتر الشروط والعقد وحالة القوة القاهرة وماهو مصير المرفق بعد نهاية مدة الإمتياز هذا كل ماسنتطرق له في هذا المبحث ساردين في ذلك أراء الفقهاء ومختلف التشريعات التي مست هذا الجانب من الموضوع.

المطلب الأول: صفة عمال المرفق العام المدارعن طريق الإمتياز

لقد إختلف الفقه حول المركز القانوني الذي يشغله العاملون في المرافق العمومية ، وهذا مايؤدي إلى الإختلاف حول التكييف القانوني للعلاقة التي تربط العاملون في الدولة ، وتطور هذا الأمر من الرابطة التعاقدية سواء أكانت علاقة تعاقدية مدنية أم علاقة تعاقدية إدارية إلى العلاقة التنظيمية مع ما يترتب على هذا التكييف من من نتائج قانونية ، وإستقر الأمر على تكييف الأمر على تكييف العلاقة القانونية التي تربط الموظف بالدولة على انها علاقة تنظيمية [140].

ومن المعلوم فقها وقانونا وتشريعا والمتفق عليه أن العاملين في المرافق العامة المسيرة مباشرة من طرف الإدارة يعد موظفين عمومين فإن العاملين في المرافق العامة المدارة بطريق الإمتياز محل خلاف فقهي إذ يرى البعض أن العاملين في هذه المرافق يعتبرون موظفين عموميين ، لذا

[140] ـ علي الخطار ،عقد إمتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن ، مرجع سابق ، ص63

يعتبر العاملون العاديون والدائمون في المرافق العامة حتى ولو كانت مدارة بأسلوب الإمتياز موظفين عمومين ، وبصفة خاصة العاملون في السكك الحديدية المدارة باسلوب الإمتياز ، إذ يعتبر العاملون في كوادر العادية والدائمة في المرفق موظفين عموميين تطبق عليهم كل مايتعلق بالموظفين العموميين وعلى الأخص حظر التنظيمات النقابية والإضراب [141]، ويرى إتجاه آخر أنه لايحوز عمال الملتزم صفة الموظف العام ويعتبرون من المستخدمين أوالأجراء الذين تحكمهم قواعد قانون العمل الخاص وإن كانت التشريعات الحديثة قدمت لهؤلاء العمال الكثيير من الإمتيازات والحقوق بصورة قربتهم من حقوق وإمتيازات الوظيفة العامة [142]وهذا ما أخذ المشرع الجزائري بحيث لايتمتع الأجراء العاملون لحساب الملتزم بصفة الموظفين العمومين بل عمالا يحكمهم تشريع العمل لا تشريع الوظيفة العامة [143].

وذهب غالبية الفقه والقضاء إلى إعتبار العاملين في المرافق المدارة بأسلوب الإمتياز عمال خاضعين لقانون العمل ويشغلون مركزا تعاقديا وليس تنظيميا ،إذ لايتمتع الأجراء العاملون لحساب الملتزم بصفة الموظفين العمومين بل عمالا يحكمهم تشريع العمل لا تشريع الوظيفة العامة خلافا للعاملين في مشروع الإستغلال المباشر ، لذا نرى بأن العاملين في هذه المرافق عمال يحكم وينظم علاقاتهم القانونية مع الملتزم قانون العمل ويختص القضاء النظامي بنظر منازعاتهم القضائية ،وهذا ماإستقر عليه القضاء الإداري الأردني في تعريفه للموظف العام" كل شخص يعهد له بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو إحدى الهيئات الإقليمية أوإحدى المؤسسات العامة "[144].

وفي التشريع الجزائري عرف الموظف بحسب المادة الرابعة " يعد موظفا كل عون عيّن في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم

---

[141] - L .DUGUIT ; OP ,CIT,TOME3,P201 ، نقلاعن علي الخطار ،نفس المرجع ، ص64،

[142] ـ محمد فاروق عبدالحميد ، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص43

[143] ـ عمار بوضياف،الوجيز في القانون الإداري ،مرجع سابق ،ص182

[144] ـ علي الخطار ، نظرية المؤسسات العامة وتطبيقاتها في المملكة الأردنية ، عمان ، دار الفكر ، 1990، ص159

الإداري "[145]، إذ نستخلص من هذا التعريف أن الموظف هو الذي يشغل وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري ولم يرد ذكر نوع المرفق العمومي وبالأخص من يقوم بتسييره هل بصورة مباشرة أم عن طريق مؤسسة عمومية أم بطريق الإمتياز مثلما فصل المشرع الأردني والمصري لاكن بالرجوع إلى نص المادة الأولى من نفس الأمر التي تنص على أنه " يحدد هذا الأمر القواعد القانونية الأساسية المطبقة على الموظفين والضمانات الأساسية الممنوحة لهم في إطار تأدية مهامهم في خدمة الدولة " وعلى هذا الأساس نستنبط من خلا ل هذه المادة على أن الموظف العمومي هو الذي يسهر على خدمة الدولة بينما الذي يعمل في مرفق عمومي مدار بطريق الإمتياز خاضع لسلطة الملتزم ويخدمه وتربطه علاقة مع الملتزم لا مع الدولة كذلك إذا تمعنا في نص المادة الثانية من نفس القانون نجد أن الأمر 03/06 الذي يخضع له الموظفين العمومين يطبق على الإدارات والمؤسسات العمومية وفي الجزائر الإدارات تدار من طرف الدولة مباشرة أما المؤسسة العمومية فتنشئها الدولة أو الجماعات الإقليمية [146]وبالتالي عمالها يعتبرون موظفين عمومين .

وخلاصة القول أن عمال المرفق العمومي المدار بصيغة الإمتياز يخضعون للقانون الخاص ولاكن لتحقيق المصلحة العامة وأهمية المرفق العمومي إعتبرت الإدارة (مانحة الإمتياز) وضعية العمال من بين الشروط التنظيمية هذا ماجعلها تتدخل وتنص على بعض القواعد في دفتر الشروط التي تخص نظام عمال صاحب الإمتياز وتجعلهم يتقربون من نظام الأعوان العمومين أكثر من نظام العمال العاديين ،وهذا ما أقره المشرع الجزائري من خلال ماورد في أحكام المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 41/02 "يجب على صاحب الإمتياز أنتينا للطيران السهر على ما يأتي أن يتوفر مستخدموه على جميع الضمانات من حيث الطاقات المهنية والمعنوية ، أن يتوفر المستخدمون الملاحون والمستخدمون المكلفون بالصيانة والإستغلال التقني على المتطلبات التنظيمية التي تحكمهم "[147].

المطلب الثاني: نهاية الإمتياز والمنازعات المتعلقة به

---

[145] ـ المادة 4من الأمر 06 /03 مؤرخ في 2006/06/15 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامومية ،ج ر عدد 46 لسنة 2006

[146] ـ المادة 153من القانون 10/11 المؤرخ في 2011/10/11 التعلق بالبلدية ،مرجع سابق

[147] ـ المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 41/02 المؤرخ في 2002/01/14 المتضمن المصادقة على إتفاقية إمتياز خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران **أنتينا للطيران** وكذا دفتر الشروط المرفق بها ، ج ر رقم : 04 لسنة 2002

ينقضي عقد الإمتياز أولا بانتهاء المدة المحددة له ، كما ينقضي العقد بموت الملتزم ، والسبب فى ذلك ان هذا العقد مبنى على إعتبارات شخصية ،وان كان يجوز للإدارة الموافقة على حلول ورثة الملتزم محله فى تنفيذ العقد ،

ويجوز للإدارة مانحة الإلتزام إنهاء عقد الإلتزام قبل نهاية مدته واسترداد المرفق من الملتزم نظير تعويض تدفعه له ، ويمكن ايضا إنهاء عقد الإلتزام كجزاء يوقع على الملتزم نتيجة لارتكابه خطأ جسيم فى إدارة المرفق، أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة به فهنا نفرق في هذا المجال بين المنازعات التي تنشب بين (الملتزم - الإدارة) وهذه يختص بنظرها القضاء الإداري سواء إتصلت بدعاوى الإلغاء أو التعويض، سواء إستندت الدعوى على الشروط التعاقدية أو اللائحية لدفتر الشروط حيث لا تكتسب هذه الشروط الصفة التعاقدية إلا في مواجهة مستعملين المرفق، كما يحق للملتزم أن يرفع دعاوى الإلغاء ضد قررات الإدارة مانحة الإلتزام التي تصدرها لما لها من سلطة الظبط الإداري ، أما المنازعات التي تنشب بين (الملتزم - والغير) فهذه يختص بنظرها دائما القضاء العادي على أساس كونه شخصا من أشخاص القانون الخاص وهي طبيعة لايعتبرها كونه قد أصبح طرفا في عقد الإمتياز [148].

الفرع الأول: نهاية الإمتياز

ينتهي الامتياز بعدة طرق يمكن تصنيفها إلى طرق عادية وطرق غير عادية ، فالطريقة العادية أو الطبيعية لنهاية الإمتياز تتمثل في إنتهاء المدة المنصوص عليها في العقد ، أما الطرق غير العادية فتتمثل صورها مثلا في صدور حكم قضائي موضوعه حرمان الملتزم من الامتياز بسبب ارتكابه لخطأ جسيم ،أو إنهاء الامتياز من جانب الإدارة لأسباب فرضتها مقتضيات المصلحة العامة [149].

---

[148] - محمد فاروق عبد الحميد ، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهوم التقليدي والإشتراكي ،مرجع سابق ،ص44،45

[149] - عمار بوضياف ، الوجيز في القانون الإداري ،مرجع سابق ، ص186

البـــــــنـــــد الأول:النهاية العادية لعقد الإمتياز الإداري

بأن عقد الإمتياز من عقد إداري فإنه مؤقت بمدة معينة وبإنقضاء هذه المدة الزمنية المنصوص عليها في العقد الذي يبدأ سريانه من تاريخ المصادقة النهائية على العقد سواء بالنسبة العقود ذات الطابع المركزي أو اللآمركزي ، وتعد المدة الزمنية شرطا أساسيا في العقد يتعين مراعاتها بكل دقة حتى لاتنجم عنه خطورة تمس بالسيادة الوطنية وتنازل من الإدارة عن سلطتها في تنظيم المرافق العامة كما حدث في عقد إمتياز قناة السويس المصرية الذي أبرم أول مرة لمدة تسعة وتسعون سنة ،وكان سببا مباشرا في الإحتلال الإنجليزي لمصروبعد أن كانت الإلتزامات تمنح قبل قانون 1947 لمدة 99عاما تدارك المشرع هذا الخطأ وأصبحت تمنح وفق المادة الأولى من هذا القانون على أنه " لايجوز منح الإلتزامات المرافق العامة لمدة تزيد عن ثلاثين سنة " وأيده في ذلك المشرع الجزائري حسب المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 54/08 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسير بالإمتياز للخدمةالعمومية لمياه الشرب ونظام الخدمة المتعلق به فتم تحديد المدة القصوى ب30سنة ،ولا تكون قصيرة جدا وبالتالي لا تكفي الملتزم في إسترداد ما أنفقه على المشروع وفق ما حصله من رسوم من المنتفعين من المرفق العمومي ،وفيما يتعلق بتمديد المدة الزمنية المتفق عليها في العقد الأصلي فيجوز ذلك بما لا يتجاوز الحد الأقصى المنصوص عليه قانونا ، وهذا إذا ما كانت مدة العقد الأصلي أقل من المدة القصوى المشروعة قانونا[150] ، كما أنه يحتوي عقد الإمتياز عادة على شرط الأولوية للملتزم في التجديد بحيث حددت المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 341/11 أجل تقديم طلب التجديد بسنة قبل نهاية مدة عقد الإمتياز الإداري الأصلي .

البند الثاني : النهاية الغير عادية لعقد الإمتياز:

تتمثل في فسخ العقد الالتزام من جانب الإدارة كجزاء لإخلال الملتزم لواجباته ،كما يحق للإدارة أن تنهي عقد الامتياز دون أن يكون هناك أي خطأ من جانب الملتزم إذا قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك وهي تستند في هذا الإصرار على سلطتها في تنظيم المرافق العامة ،بما يقتضي تغير إدارتها إلى غير نظام الامتياز ، وفي هذه الحالة يعوض صاحب الامتياز عما لحقه من ضرر وما فاته من كسب ، فبالنسبة للفسخ يعد نهاية استثنائية قبل انقضاء مدة العقد نظرا لتوفر إحدى حالات الفسخ

[150] ـ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ،ص 789

المنصوص عليها في دفتر الشروط فإذا كان الفسخ يضع نهاية غير طبيعية أو مبسترة للعقد ويتحقق الفسخ إما بحكم القانون أو عن طريق حكم قضائي ، إذ يتحقق الفسخ بحكم القانون إذا استنفد محل الامتياز، فاختفاء وإستنفاد محل الإمتياز يؤدي حتما إلى فسخه بحكم القانون تطبيقا للمبادىء العامة التي تحكم العقود الإدارية إذا إنتفت الحاجة التي أنشأ من أجلها المرفق وتم إشباعها وإنقضت وإنتهت ولم يعد لزوم لبقاء المرفق وإستمراره.

أما الفسخ القضائي فيتحقق بصدور حكم من المحكمة المختصة بناء على طلب يقدمه الملتزم عادة لإخلال الإدارة المتعاقدة بالتزاماتها ،حينها يجوز له رفع دعوى قضائية لدى المحكمة الإدارية لتقرير الفسخ لصالحه ،دون أن يتوقف عن تقديم الخدمات للمنتفعين من المرفق العام .

أما الإسقاط يعتبر قرار إداري من جانب الإدارة المتعاقدة حيث تعود إلى إقصائه نهائيا من إدارة المرفق العام محل التعاقد، ويقصد به فسخ العقد على حساب الملتزم نتيجة لخطأ ، حيث تملك الإدارة حق توقيع هذا الجزاء دون الحاجة لإستصدار الحكم قضائي متى ثبت لديها إرتكاب الملتزم لمخالفات جسيمة لاتنفع معه أساليب الظغط والإكراه التي الإدارة لردعه [151]، تسببت في إختلال المرفق ، أو تكرّر إهماله أو عجزه عن تسيير المرفق ، على شرط الإنذار المسبق للملتزم قبل توقيع هذا الجزاء [152] ، وعليه يشكل إسقاط الإمتياز إحدى طرق إنهاء عقد الإمتياز الإداري بصورة غير طبيعية ،نتيجة لإخلال الملتزم مع الإدارة إخلالا جسيما بتنفيذ إلتزاماته ، حيث يكون من المتعذر الإطمئنان عليه في إستمرار إدارته وتسييره للمرفق العام على نحو سليم[153] .

ومما لاشك فيه أن إسقاط الإمتياز يعتبر عقوبة جسيمة وقاسية بالنسبة للملتزم الذي أنفق مبالغ طائلة على إنشاء وتسيير المرفق ، فيجب أن تحاط بقدر معين من الضمانات التي تكفل عدم إساءة إستعمالها ، لذا

---

151 ـ بولكور عبد الغني ، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع القانون العام ، تخصص القانون العام للأعمال ، جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيجل ، 2010-2011،ص54

152 ـ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، اللأسس العامة للعقود الإدارية ، الإبرام ـ التنفيذ ـالمنازعات، دار الفكر العربي ،القاهرة ، 2007، ص91

153 ـ مفتاح خليفة عبد الحميد ، إنهاء العقد الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ،القاهرة ، 2007،ص209

تتضمن إتفاقية الإمتياز غالبا نصوصا صريحة على هذه العقوبة ، ولاكن عدم النص عليهاصراحة لايعني أن الإدارة المتعاقدة لا تملك إيقاعها على الملتزم ،بل أنها توجد حتى ولو لم يتم النص عليها في دفتر الشروط ولا في عقد الإمتياز ،وعليه يمكن وضع شروط أو ضمانات لكي لا تتعسف الإدارة في إستعمال هذا الحق .

ومنه تعد شروط إسقاط الإمتياز بحسب نص المادة 14الفقرة الثانية من إتفاقية إمتياز البترول الخاصة بالمملكة الأردنية " يجوز للحكومة مع مراعات أحكام القوة القاهرة والتحكيم من هذا الإتفاق أن تفسخ الإمتياز بعد إخطار الشركة بذالك كتابة بعد ثلاثة أشهر من وقوع التجاوزات التالية .

1 ـ إذا تنازلت الشركة أوصاحب الإمتياز عن هذا الإمتياز أو عن أي حق فيه أو عن أي صلاحية مخولة لها بموجبه أو أجرته أو تصرفت فيه على وجه آخر دون حصولها من الحكومة على موافقة ،

2ـ إذا رهن المشروع دون موافقة خطية من الإدارة ،

3ـ إذا صدر أمر إتخذ قرار قضائي نهائي بتصفية شركة الملتزم ،

4ــ إذا خالف الملتزم أحكام المادة التي تجبره على الإنفاق على مشروع المرفق في محتوى دفتر الشروط المرفق بعقد الإمتياز ،

أما المشرع الجزائري فقد نص في القانون رقم 03/10 في الفصل السادس بعنوان العقوبات المترتبة عن إخلال المستثمر صاحب الإمتياز بالتزاماته [154]، حسب ما ورد في المادة 28 " يترتب على كل إخلال من المستثمر صاحب الإمتياز بالتزاماته ، يعاينه محضر قضائي طبقا للقانون ، إعذاره من الديوان الوطني للراضي الفلاحية حتى يمتثل لأحكام هذا القانون ودفتر الشروط والإلتزامات التعاقدية .

وفي حالة عدم إمتثال المستثمر صاحب الإمتياز ، بعد إنقضاء الأجل المذكور في الإعذار المبلغ قانونا ، تقوم إدارة الأملاك الوطنية ، بعد إخطار من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بفسخ العقد بالطرق الإدارية ويكون هذا الأخير قابل للطعن أمام الجهة الإدارية المختصة في أجل

[154] ـ المادة 28 ،29 من القانون رقم 03/10 المؤخ في 2010/08/5 ، المحدد لشروط وكيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة التابعة للدولة ، مرجع سابق .

شهرين إبتداء من تاريخ تبليغ فسخ هذا العقد من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية وإستطردت المادة اللاحقة من هذا القانون الحالات التي توجب إسقاط عقد الإمتياز .

1- تحويل الوجهة الفلاحية للأراضي و/أو الملاك السطحية ،

2- عدم إستغلال الأراضي و/أو الأملاك السطحية خلال فترة سنة واحدة ،

3- التأجير من الباطن للأراضي و/أو الأملاك السطحية،

4 - عدم دفع الإتاوة بعد سنتين متتاليتين .

البند الثاني :المنازعات المتعلقة بعقد الإمتياز

إن مجال تطبيق الإمتياز واسع ومنه تتعدد أطرافه وتختلف في نوع القواعد المنظمة لكل طرف وفي هذه الحالة عندما يشب نزاع بين أي طرف لا بد من تحديد نوع المنازعة والإختصاص القضائي الذي يفصل فيها ، فمنها ماهو مع العاملين في المرفق ومنها ماهو مع المنتفعين ومنها ماهو مع الغير ، ومنها ماهو مع الإدارة المتعاقدة نفسها .

بالنسبة للعاملين في المرفق المدار بأسلوب الإمتياز هم طبعا خاضين للقانون الخاص كما تطرقنا له سابقا تربطهم بالملتزم علاقة عقدية مدنية ويشغلون مركزا قانونيا تعاقديا ،لهذا يختص القضاء العادي في كل من فرنسا ومصر والأردن وكذا الجزائر في منازعاتهم مع صاحب الإمتياز بالفصل فيها وفق أحكام وقواعد قانون العمل.

أما بالنسبة للمنازعات الناشئة بين الملتزم والمنتفعين من خدمات المرفق هي من إختصاص القضاء العادي ذلك أن العقود المبرمة بين الطرفين هي عقود خاصة وليست إدارية لإنتفاء وجود شخص عام كطرف فيها وعليه طبقا للمعيار العضوي المعتمد ، فإن المنازعات القائمة بين الملتزم والمنتفعين يختص القضاء العادي بالفصل فيها ، حتى وإن كانت العلاقة التي تربط بين الملتزم والمنتفعين تعتمد مباشرة على دفتر الشروط[155].

[155] ـ منال صبري ، النظام القانوني لعقد الإمتياز في التشريع الجزائري (مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر حقوق) تخصص إداري ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، 2010،2011،ص93

ويترتب على تقديم الخدمة للمنتفعين العديد من المنازعات بين الملتزم والمنتفعين ويعتبر هذه المنازعات منازعات مدنية يختص القضاء النظامي (العادي) في المملكة الأردنية بنظرها والفصل فيها وفق قواعد وإحكام القانون الخاص ، يقبله في ذلك المشرع الجزائري من خلال نص القانون رقم 09/08 في الفصل الثالث تحت عنوان القسم العقاري في مادته 513 منه على أن القسم العقاري ينظر في المنازعات التي تنشأ بين المستغلين الفلاحين أو مع الغير ، إذا تعلق الأمر بالأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وشغلها وإستغلالها ، كما نصت المادة 514منه على أن القسم العقاري يختص أيضا في الدعاوي المقدمة من طرف عضو أو أكثر من أعضاء المجموعة الفلاحية ضد عضو أو أكثر من من تلك المجموعة بسبب خرق الإلتزامات القانونية أو الإتفاقات [156].

أما إذا رفعت مستثمرة فلاحية جماعية دعوى ضد مستثمرة فلاحية أخرى منبثقة منها ،فعلى القاضي التأكد من أن المصالح الإدارية المختصة قامت بتقسيم المستثمرة الفلاحية، والتأكد من عقد الإمتياز المسجل والمشهر المنشئ لها ميدانيا ومدى مطابقة الأرض مع معالم الحدود ، وقد ساير هذا المبدأ قرار المحكمة العليا رقم 195210الصادر بتاريخ 2000/04/26[157]و ايضا القرارقم: 191795الصادرفي 1999/12/22 في ظل أحكام القانون رقم :19/87 في قضية بين (س ع ومن معه) ضد :(ف س)[158].

وكذلك فإن علاقة الملتزم بالمنتفعين علاقة عقدية من علاقات القانون الخاص ،ويجوز للمنتفعين في بعض الأحيان رفع دعوى تجاوز حدود السلطة أمام القضاء الإداري للطعن بعدم مشروعية قرار الإدارة (قرار سلبي بالرفض) لامتناعها عن التدخل لإجبار الملتزم على احترام أحكام إتفاقية الإلتزام المتعلقة بتنظيم و تسيير المرفق ،فلكل من توافرت له شروط الإنتفاع بالخدمات التي يقدمها الملتزم أن يطالب هذا الأخير بها ، وذلك على الوجه المنصوص عليه في عقد الإلتزام .

---

[156] ـ كحيل حكيمة ، تحويل حق الإنتفاع الدائم إلى إمتياز، مرجع سابق ،ص185

[157] ـ القرار رقم : 195210 الصادر بتاريخ 04/26/ 2000 ، مجلة قضائية العدد 02 لسنة 2000،ص155

[158] ـ القرار رقم: 191795 الصادر بتاريخ 1999/12/22، مجلة الإجتهاد القضائي ،لسنة2004،عدد خاص ـ الجزء الأول ـص186

وقد رأيت أنه إذا أخل الملتزم بالتزاماته فإنه يمكن للمنتفع أن يطالب الإدارة بالتدخل لإجباره على تنفيذ إلتزاماته وأن يلجأ إلى القضاء إن هي قصرت في ذلك ،فإذا كان هناك عقد يربط بين المنتفع والملتزم فإن الطرفين يجب أن يلتزما به، ويكون لكل منهما اللجوء إلى القضاء لإقتضاء حقوقه ، والإختصاص في نظر الدعاوي المتعلقة بمنازعات الملتزم مع المنتفعين منعقد للقضاء العادي [159]،كما يحق لهم أيضا الطعن بعدم مشروعية القرارات الصادرة عن الإدارة إذا خالفت الأحكام التنظيمية في اتفاقية الامتياز .

أمابالنسبة للمنازعات الناشئة بين الإدارة و صاحب الإمتياز فإن تحديد الجهة القضائية المختصة في الجزائر يعتمد على المعيار العضوي وهذا طبقا لنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تجعل المنازعات التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية طرفا فيها من اختصاص المحاكم الإدارية،وفي هذا الصدّد اعترف مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2004/03/09 الغرفة الثالثة الملف 11950 قضية شركة المسافرين ضد رئيس بلدية وهران بإختصاص القضاء الإداري بالنظر في الدعاوى الناتجة عن عقد الإمتياز [160]، وبالرجوع إلى التعليمة الوزارية رقم : 842/3.94 نجدها قد فصلت في الإختصاص القضائي ،حيث جعلت المنازعات الناشئة بين الإدارة والملتزم من إختصاص الغرفة الإدارية "المحاكم الإدارية حاليا" والمعيار المعتمد لتقرير ذلك هو المعيار المادي حيث تنص على أنه "بالنسبة للمنازعات التي تنشأ بين الإدارة مانحة الإمتياز والملتزم ، فإنها من إختصاص الغرف الإدارية وذلك لكونها تتعلق بعقد إداري "

ومما لاشك فيه أن المنازعات القائمة بين الملتزم والإدارة المتعاقدة منازعات إدارية تندرج ضمن دائرة إختصاص القضاء الإداري بإعتبارها منازعات تتعلق بعقد من العقود الإدارية وينظر القضاء الإداري هذه المنازعات ، بإعتباره قاضي العقد وله فيها ولاية القضاء الكامل ، ومن المعلوم أن إختصاص محكمة العدل العليا الأردنية محدد على سبيل الحصر ، ولم يرد في قائمة إختصاص المحكمة أي ذكر لإختصاصها في مجال العقود الإدارية ، فهي بالتالي لا تملك الإختصاص بنظر منازعات

[159] ـ محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص913

[160] ـ مجلة مجلس الدولة ، العدد 05، سنة2004 ،ص212

عقـود الإمتيـاز ، وإنمـا يجـوزللملتزم الطعـن بعـدم مشـروعية بعـض قـررات الإدارة المتعاقدة أمام القضاء الإداري .

وتكـون العلاقـة بـين الإدارة المانحـة للإمتيـاز والملتـزم دائمـا مـن القـانون العـام ، مايجعـل منازعاتهـا مـن إختصـاص القضـاء الإداري، وذلـك أمـام المحكمـة الإداريـة ، ويكـون الطعـن فيهـا أمـام مجلـس الدولـة، ومـن المسلم بـه أن قضـاء العقـود الإداريـة التـي ينتمـي لهـا عقـد الإمتيـاز قضـاء كامـل غيـر أن هـذه القاعـدة ليسـت مطلقـة فهنـاك مـن النـواحي مـايتعلق بقضـاء الإلغـاء [161].

وبـالرجوع دائمـا إلـى قـانون الإجـراءات المدنيـة والإداريـة فـإن المـادة 801 تحـدّد الإجـرءات والأحكـام ولـم تـنص إلا علـى تلـك المتعلقـة بـالقرارات الإداريـة ولـم تحـدد الإجـراءات الخاصـة بـالعقود الإداريـة إذ أن أهـم نـوعين مـن أنـواع الـدعاوي حسـب أحكـام القـانون رقـم 09/08 السـالف الـذكر هـي دعـوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل.

وبـالرجوع إلـى عقـد الإمتيـاز ، نجـد أن حالـة إتخـاذ السـلطة مانحـة الإمتيـاز بعـض القـرارات كتعـديل بعـض الشـروط أو فسـخ العقـد لا يمكـن للملتـزم أن يطعـن ضـد هـذه القـرارات بالإلغـاء لأنهـا مـن قبيـل الأعمـال الداخليـة لتنفيـذ العقـد وليسـت أعمـال منفصـلة عنـه ، فهـي سـلطات مقـرّرة لـلإدارة بموجـب العقـد سـواء كـان ذلـك صـراحة أوضـمنيا ،وبالتـالي لايملـك الملتـزم فـي مواجهـة هـذه القـرارات إلا دعـوى القضـاء الكامـل التـي تسـمح لـه بـالتعويض."[162]، ويـؤول الأصـل لولايـة القضـاء الكامـل حينمـا يتعلـق الأمـر بالمنازعـات التـي تترتـب علـى العقـود الإداريـة وبحسـب المـادة 800 مـن نفـس القـانون المتضـمن قـانون الإجـراءات المدنيـة والإداريـة " المحـاكم الإداريـة هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية" .

ومبـدأ خضـوع غقـد الإمتيـاز للمنازعـة الإداريـة مـن إختصـاص القضـاء الكامـل، ويـدخل فـي مجالـه كـل منازعـة إداريـة محلهـا عقـد إداري سـواء إتصـلت بإنعقـاده ،أو صـحته ، أو تنفيـذه أو إنقضـائه[163]، ويرجـع إختصـاص القضـاء الكامـل فـي النظـر فـي منازعـات العقـود الإداريـة ، منهـا عقـد الإمتيـاز

---

[161] ـ ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ،مرجع سابق ،ص 208.

[162] ـ منال صبري ، النظام القانوني لعقد الإمتيازفي التشريع الجزائري ،مرجع سابق ،ص92،93.

[163] ـ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة في تنفيذ العقود الإدارية ، الإبرام ـ التنفيذـ المنازعات، دار الفكر العربي ،القاهرة، 2007،ص303.

الإداري إلى كون قضاء الإلغاء قضاء شخصي أو ذاتي ، حيث تدور المنازعة فيه حول إعتداء و تهديد بالإعتداء على مركز قانوني شخصي للطاعن ، ويستهدف مخاصمة الأعمال القانونية الذاتية التي على الحقوق المكتسبة كما جاء في محكمة القضاء المصري ، ويرجع سبب إستبعاد منازعات الغقود الإدارية منإختصاص قاضي الإلغاء حسب إعتقاد الأستاذ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، غلى إفتقاد تلك المنازعات لمحل دعوى الإلغاء وهو القرار الإداري ، كما أن دعوى الإلغاء جعلت حماية لمبدأ المشروعية بصفة عامة، فضلا عن إنحصار دور قضاء الإلغاء في قبول الدعوى أو رفضها دون أن يكون له حق القيام بعمل أو الإمتناع عنه[164].

وتظهر صور المنازعات التي تشمل عقد الإمتياز الخاضعة لإختصاص القضاء الكامل في كون هذا الأخير ذو طبيعة إدارية ،ملزم للجانبين ويمتاز بمدة نوعا ما طويلة حسب مشرع المرفق كل هذه الخصائص تجعل من هذه المنازعات التي قد تنشأ عنه والتي تخضع لإختصاص القضاء الكامل تبلغ حدا لابأس به ، خاصة وأنه عقد يتطلب من إجراءات الإنعقاد جملة ما يجعل من أوجه البطلان ما يثار من جوانب عدة ، وإن كان عقد الإمتياز عقد مركب كما سبق الإشارة إليه ، يحوي شروط تنظيمية وأخرى تعاقدية وإن كانت الشروط التنظيمية محلها قائم في العقد ولو قامت الإدارة بتسيير المرفق بنفسها حيث تملك حق تعديلها تماشيا والسير الحسن المستمر للمرفق العام محل العقد .

فإن الوضع على خلاف ذلك فيما يتعلق بشرط من الشروط التعاقدية الخاضعة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، فكلا إخلال من جانب الإدارة المانحة للإمتياز بإحدى هذه الشروط يكون أهلا للسماح للطرف المتعاقد معها بتأسيس دعوى ، الهدف منها إبطال التصرفات المخالفة لما هو منصوص عليه في العقد ،يؤول الإختصاص فيها للقضاء الكامل [165]، وتحتفظ دعواه بصفتها من حيث إنتمائها للقضاء الكامل حتى ولو إقتصرت على طلب الإلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة بصفتها متعاقدة وهو ما أقرت به محكمة القضاء الإداري العليا المصرية في الدعوى رقم 1180 بتاريخ 1956/11/18 حيث جاء في صلب الحكم " مايصدر من قرارات تنفيذا للعقد كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه فهذه كلها تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه ، فهي

[164] ـ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المرجع السابق ،ص305.
[165] ـ آكلي نعيمة ، النظام القانوني لعقد الإمتياز في الجزائر ، مرجع سابق ، ص166.

منازعات حقوقية وتكون محل للطعن على أساس إستعداد ولاية القضاء الكامل....." ، ويترتب على إنتماء دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة من الإدارة بالمخالفة لأحكام العقد على القضاء الكامل ألا تتقيد دعوى الإبطال بمدد دعوى الإلغاء .

أما في الأردن يظهر هناك أسلوب آخر في فض النزاعات القائمة ألا وهو أسلوب التحكيم والذي تم النص عليه في صلب عقد الإمتياز ومثال على ذلك إتفاقية إمتياز كهرباء عمان التي تنص في المادة 38 منها على أنه "إذا وقع خلاف بين الفريقين بشأن تفسير أو تطبيق أي نص من نصوص هذا الإتفاق أو فيمايتعلق بأي قرار أو إجراء يتخذ بمقتضاه ولم يكن من المستطاع تسويته بالإتفاق بين الفريقين يحال الخلاف إما إلى محكم واحد يتفق عليه الفريقان أو هيئة تحكيم ينتخب فيها كل فريق محكما واحد مع محكم ثالث يتفق الفريقان على تعينه وإذا إختلف الفريقان على تعيين محكم ثالث أو إذا لم يعين إحدى الفريقان محكم خاص به فإن رئيس أعلى محكمة قضائية في المملكة الأردنية الهاشمية يقوم عندئذ بتعيين ذلك المحكم " وكذلك وافقتها في المعنى إتفاقية مصفاة البترول في نص المادة 20 [166].

إذن يعتبر في الأردن وفرنساعلى خلاف الجزائر و مصر التحكيم في مسائل عقد الإمتياز الإداري وسيلة إختيارية يرجع إليها أطراف العقد في حالة النزاع بينهما، ومن هذا الجانب تظهر إرادة أطراف العقد لإختيار هذه الوسيلة لفض منازعاتهم وقت إبرام العقد ، فلهم الأخذ بها أو عدم الأخذ بها لفض منازعاتهم الناشئة وعلى هذا الأساس يتم التحكيم وفق قوانين المملكة الأردنية وعلى الأخص قانون التحكيم المعمول به.

ومن هنا نستطيع القول أن وسيلة التحكيم لم تنص عليها القوانين القطاعية في الجزائر ،كقانون المياه والغاز والطرق السريعة وكذا الإمتياز على الأراضي الفلاحية ،لاكن نص عليها القانون رقم :08/09 في نص المادة 1039 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،على أنه يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون ، التحكيم الخاص بالمنازعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل ، ويلاحظ أن المشرع الجزائري في هذه المادة لم يقدم تعريفا للتحكيم التجاري الدولي وإنما إكتفى بتحديد

[166] ـ علي الخطار ،عقد إمتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن،مرجع سابق ، ص76

متى يكون ذلك ، إذا تعلق النزاع بمصالح إقتصادية لدولتين على الأقل ،وكذلك أورد المشرع الجزائري التحكيم في معظم الإتفاقيات الدولية التي صادق عليها ، والمتعلقة بالإستثمار الأجنبي في المادة 975 من نفس القانون ، والأمر رقم :03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار المعدل والمتمم [167]،وعلى هذا النحو أبرمت الجزائر عدة إتفاقيات أجنبية مع مستثمرين أجانب ، مثل عقد إمتياز نقل الغاز الطبيعي المبرم بين شركة مدغار الإسبانية ووزير الطاقة والمناجم ممثلا الدولة الجزائرية بتاريخ 2006/10/18.

إذن المشرع الجزائري كرس وسيلة التحكيم فقط في عقود الإمتياز المبرمة مع المستثمرين الأجانب في الإتفاقيات الإقتصادية بين دولتين فاكثر بشرط إدراجها في صلب العقد .

المبحث الثاني: حقوق وواجبات الملتزم

يقوم الملتزم بتنفيذ إتفاق الإلتزام بتشغيله المرفق العام محل الإلتزام وهو يقوم به بصفته الشخصية فلا يستطيع أن يتعاقد مع آخرين لتنفيذ هذا التشغيل إلا إذا وافقت الإدارة على ذلك فإذا لم يقوم صاحب الإمتياز بتنفيذ الإلتزام وقع عليه عدد من الجزاءات غير المألوفة في القانون الخاص ، فلا يقف الأمر عند تعويض الضرر أو إنهاء الإمتياز وإنمايمتد الأمر ليشمل وضع الملتزم تحت الحراسة القضائية مما يمكن للإدارة ان تحل محل الملتزم وتشغيل المرفق على نفقة الملتزم ، وتعتبر هذه الإجراءات الجزائية من النظام العام التي تطبق حتى ولو لم يرد بها نص في الإتفاق أو لوجود نص يتعارض مع تطبيقها .

ولايعفى الملتزم من تشغيل المرفق العام إلا إذا أعيقت عملية التشغيل بمقتضى (قوة قاهرة)تجعل من تنفيذ الإلتزام أمرا مستحيلا ، أو بالتطبيق لنظرية (عمل الأمير)عندما تصدر الإدارة مانحة الإلتزام قوانين أو لوائح تصعب من مهمة الملتزم في تشغيل المرفق ، إما بسبب الظروف الطارئة خارجة عن نطاق وإرادة كل من الملتزم والإدارة بصورة يختل

[167] ـ الأمر رقم :03/01 المؤرخ في 2001/08/20 ، يتعلق بتطوير الإستثمار ،ج ر عدد 47 ،الصادر بتاريخ 2001/08/22،معدلل ومتمم .

معهـا التـوازن المـالي للإلتـزام وهـو ماأرسـى القضـاء بشـأنه إلتـزام الإدارة بمعاونـة الملتـزم عـن طريـق تحمـل بعـض الأعبـاء الناجمـة عـن هـذه الظـروف الطارئـة بصـورة يمكـن معهـا الملتـزم مـن أداء إلتزامـه بالإسـتمرار فـي تشـغيل المرفـق رغـم وجـود هـذه الظروف،وقـد إسـتلزم القضـاء حتـى يطبـق الشـروط السـابقة أن يكـون أثـر الظـروف الطارئـة مؤقتـا وغـلا عـدلت شـروط الإلتـزام ومراجعتها من قبل الإدارة .

ويقابـل واجبـات الملتـزم السـابقة تمتعـه بعـدد مـن الحقـوق ، يـأتي فـي مقـدمتها الحصـول علـى رسـوم مقابـل لأدائـه للخـدمات وهـذا هدفـه فـي الـربح ، وقـد إسـتقر القضـاء والفقـه الفرنسـي علـى تكييـف الطبيعـة القانونيـة للعائـد المـادي الـذي يحققـه الملتـزم علـى أنـه رسـم[168]،إلا أن الفقـه إختلـف حـول تكييـف الطبيعـة القانونيـة للإجـراء المحـدد للتعريفـة ، فـالبعض يـرى أنـه يـدخل ضـمن الشـروط التعاقديـة [169]،الغالبيـة تضـمه إلـى الشـروط اللائحيـة وقـد إتجـه القضـاء علـى قبـول الصـفة اللائحيـة علـى أسـاس أنهـا شـرط مـرتبط بتنظـيم المرفـق وعلـى هـذا الأسـاس لـم يعتـرف للملتـزم بحـق زيادتهـا دون إذن الإدارة وهنـاك حقـوق أخـرى أو سـلطات تمـارس الإدارة علـى صـاحب الإمتيازتتمثـل فـــي الأتـــي :

حق الرقابة على إدارة المرفق العام:

تسـتمد الإدارة هـدا الحـق مـن طبيعـة نشـاط المرفـق العـام، وبمـا تملكـه السـلطات العامـة للمرافـق العامـة ومـا يتعلـق بهـا مـن عقـود إداريـة، وبمـا أن الأمـر يتعلـق بمرفـق عـام فـلا بـد أن يخضـع لإشـراف الإدارة بغيـة التأكـد مـن سـير المرفـق العـام بشـكل منـتظم وفـي حـدود الغـرض الـذي قـام مـن أجلـه، وهـو إشـباع حاجـة عامـة جماعيـة، ويثبـت هـدا الحـق سـواء نـص عليـه فـي عقـد الامتيـاز أو لـم يـنص عليـه، فتراقـب الإدارة مـدى إتبـاع الملتـزم للطـرق الفنيـة الحديثـة فـي تسـيير المرفـق العـام وفـي وقايـة العـاملين فيـه، وفـي التزامـه عـدم تجـاوز الرسـوم المتفـق عليهـا كمـا يخضـع الملتـزم للمراقبـة الماليـة.

حق الإدارة في التعديل الانفرادي للشروط التنظيمية لعقد الامتياز:

---

[168]- CE ….16N0V1963.syndicat نقلا عن محمد فاروق عبدالحميد،المرفق العام في القانون الجزائري ،مرجع، سابق،ص41

intercominal de la niévre c.j .e .g fer1963

[169]- MESTER .J.C.P.....1946..II…P3254. نقلا عن محمد فاروق عبدالحميد،المرفق العام في القانون الجزائري ،نفس المرجع ،ص41

BLAEVOEL .RDP…1926.P53.

للسلطة العامة المانحة للامتياز حق تعديل الشروط التنظيمية للعقد، وهي التي تناول قواعد تنظيم المرفق العام واستغلاله ونشاطه (كالقواعد المتعلقة بالرسوم) إلا أن هدا التعديل ليس مطلقا وإنما يخضع لبعض القواعد :

-ألا يتجاوز التعديل الحدود أو يبلغ من الجسامة حدا، بحيث يكون وكأنه يهدف الى خلق مرفق عام جديد.

-ألا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد.

حق الإدارة في فرض الجزاء:

للسلطة العامة حق فرض الجزاء ادا اخل الملتزم بالتزاماته، وقد يكون هذا الجزاء غرامة، أو تعويضا، أو حجزا، أو إسقاطا لحق الملتزم في الامتياز.

كل هذا سنتطرق له بالتفصيل من خلال المطالب المتصلة بهذا المبحث ،والمتمثلة في المطلب الأول والمتعلق بحقوق الملتزم و الثاني بواجباته.

المطلب الأول: حقوق الملتزم:

تتمثل حقوق الملتزم فى الحصول على المقابل المتفق عليه والذي يلتزم المنتفعون من المرفق بأدائه ، وفى الحصول على المزايا المالية التي تعهدت الإدارة بمنحه له ، وفى ضمان استمرار التوازن المالي للعقد.

أولا :الحصول على المقابل المتفق عليه

ومما لاشك فيه أن الملتزم هو أولا وقبل كل شيء أحد أشخاص القانون الخاص يسعى إلى تحقيق ربح نظير ما أنفقه على إنشاء و تسيير المرفق العام، فقيامه بتولي إدارة المرفق على حسابه ونفقته بنظرة عملية إستثمارية يسعى من ورائها ويستهدف منها تحقيق الربح ، لذا من حقه تقاضي مبالغ نقدية من المنتفعين من خدمات المرفق العام تسمح له بإسترداد رأسماله وتحقيق ربح معقول ،وهذا حق معترف به لا يمكن إنكاره عليه[170].

وإذا كان في الأصل أن المرفق العام يقدم خدمة مجانية للجمهور ، فالإستثناء في المرافق المدارة بأسلوب الإمتياز، حيث يلتزم المنتفعون بتقديم مبالغ مالية نظير ماقد يقدم لهم من خدمات ،وهذه المبالغ المحددة

[170] ـ علي الخطار، عقد إمتياز المرافق العامةوتطبيقاته في الأردن، مرجع سابق ،ص 50،51.

،تكـون علـى شـكل رسـم محـدد مسـبقا فـي دفتـر الشـروط وأحيانـا فـي عقـد الإمتياز.

والمسلم بـه أن الشـروط المتعلقـة بتحديـد المقابـل المـالي العقـد بصـفة عامـة هـي شـروط تعاقديـة لا يمكـن لـلإدرة مسـها بالتعـديل دون موافقـة المتعاقـد معهـا ، إلا أنـه وإسـتثناء مـن هـذه القاعـدة فـي عقـد الإمتيـاز الإداري ، أيـن سـاد فـي الفقـه و التشـريع و القضـاء أن الشـروط المتعلقـة برسـوم الإنتفـاع لا تعتبـر مـن الشـروط التعاقديـة رغـم أهميتهـا البالغـة بالنسـبة للملتـزم ،إنمـا تعـد مـن قبيـل الشروط اللائحية التي يجوز للإدارة تعديلها[171].

وبإسـتقراء أحكـام إتفاقيـة إمتيازمصـفاة البتـرول فـي الأردن نلاحـظ أن المـادة السادسـة قـد حـددت بصـورة تامـة الأسـعار ،ومنحـت الحكومـة فـي هـذا المجـال سـلطات واسـعة بنصـها فيمـايلي"للحكومـة حـق تحديـد ومراقبـة أسـعار الزيـوت والمـواد المنتجـة المعـدة للإسـتهلاك المحلـي وحـق تحديـد ومراقبـة أسـعار الزيـت الخـام ....."، وبـذات المعنـى نصـت إتفاقيـة إمتيـاز كهربـاء عمـان فـي المـادة 14الفقـرة الأولـى منهـا"مـع مراعـات مـا ورد فـي المـادتين السادسـة والخامسـة عشـر مـن هـذا الإمتيـاز علـى الشـركة إيصـال التيـار الكهربـائي إلـى مبـاني المسـتهلكين للتنـوير أو القـوة ولأغـراض صـناعية أو غيـر ذلـك ، وتحـدد الرسـوم والأجـور والأثمـان التـي تتقضـاها عـن الإيصـال بموجـب انظمـة تضعها الشركة ويوافق عليها الوزير "

أمـا المشـرع الجزائـري فـي نـص المـادة 04 مـن القـانون 03/10 المتعلـق بالإمتيـاز علـى الأراضـي الفلاحيـة سـماها إتـاوة بـدل مـن الرسـم ذلـك أنهـا تـدفع مـن الملتـزم لصـالح السـلطة المانحـة للإلتـزام والتـي تـنص علـى مـا يلـي " الإمتيـاز هـو العقـد الـذي تمـنح بموجبـه الدولـة شخصـا طبيعيـا مـن جنسـية جزائريـة يـدعى فـي صـلب الـنص المسـتثمر صـاحب الإمتيـاز ، حـق إسـتغلال الأراضـي الفلاحيـة التابعـة للأمـلاك الخاصـة للدولـة وكـذا الأمـلاك السـطحية المتصـلة بهـا ، بنـاء علـى دفتـر الشـروط ، يحـدد عـن طريـق التنظـيم ، لمـدة أقصـاها (40)سـنة قابلـة للتجديـد ، مقابـل دفـع إتـاوة سـنوية ، تظـبط كيفيـات تحديدها وتحصيلها وتخصيصها بموجب قانون المالية".

[171] ـ ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم، مرجع سابق ،ص204

وعليه فإن حق الإمتياز لا يمنح بالمجان ،بل لابد من دفع مقابل في شكل إتاوة يحددها قانون المالية ، وبهذا تعد الإتاوة حق مالي للدولة يترتب في ذمة المستثمرين أصحاب الإمتياز [172].

إن الأصل في العقود الملزمة للجانبين أن ياخذ عوض أحد المتعاقدين صورة ثمن يكون مصدره المتعاقد الأخر معه ، إلا أن الأمر ينحاز عن المألوف إذا ماتعلق الأمر بعقد الإمتياز الإداري ، حيث أن المقابل الذي يتحصل عليه الملتزم إزاء ما يوفره وما يقدمه من خدمات لا يكون مصدره الإدارة المانحة للإمتياز،وفعلا حددت المادة 41 من الأمر رقم 01/10 المؤرخ في 2010/08/26 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 [173]،الإتاوة التي يجب أن تدفع سنويا من طرف المستثمر صاحب الإمتياز مقابل حق الإمتياز الممنوح على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة .

لذا يعتبر المقابل المالي من أهم حقوق الملتزم في عقد الإمتياز لأنه هو الباعث الحقيقي على التعاقد لتسير المرفق العمومي ، خاصة بالنسبة لأشخاص القانون الخاص ويحصل صاحب الإمتياز على المقابل المالي على شكل رسوم أو أتاوي يتقضاها من المنتفعين من خدمات المرفق العمومي محل الإمتياز .

ويظبط المشرع الجزائري في القانون العام للأملاك الوطنية كيفية إستغلال ملك عمومي في القانون رقم 30/90 ولا سيما في نص المادة 64 مكرر فقرة الخامسة التي تبين مقابل إستغلال منشأة عمومية والعائد الذي يتلقاه الملتزم من أجل تغطية مصاريف التكاليف التي سير بها المرفق العمومي " في حالة إستغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية، يحصل صاحب الإمتياز من أجل تغطية تكاليف الإستثمار والتسير وكسب أجرته ،على أتاوي يدفها مستعملو المنشأة والخدمة وفق تعريفات وأسعار يجب أن تبين في ملحق دفتر شروط منح الإمتياز"[174].

وعلى العموم فإن كل التشريعات متفقة على أن مقابل الخدمات التي يؤديها الملتزم تكون في شكل رسم أو(إتاوة)مدون مسبقا في إتفاقية الإمتياز

---

[172] ـ عجة الجيلالي ،أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها من تاميم الملك الخاص إلى خوصصة الملك العام ،دار الخلدونية ،الجزائر ،سنة2005،بدون طبعة، ص216.

[173] ـ جريدة رسمية رقم 78 لسنة 2010

[174] ـ المادة 64مكرر من القانون 30/90،مرجع سابق .

ولـلإدارة الحـق فـي التعـديل فقـط للمصـلحةالعامة ولـيس تعسـفا فـي إسـتعمال هـذه السلطة

ثانيا: الحصول على المزايا المالية المتفق عليها

إذن كـل حـق يقابلـه واجـب ، ولـلإدارة واجبـات تعـد مـن حقـوق الملتـزم ، وهـي مجموعـة مـن المزايـا التـي تلتـزم بهـا الإدارة فـي مواجهـة الملتـزم والتـي تعـد مـن الشـروط التعاقديـة والتـي لا يمكـن لـلإدارة التراجـع عنهـا بصـفتها ولا تقتصـر هـذه المزايـا علـى المزايـا الماليـة فقـط وكـذلك تعهـد الإدارة بعـدم فـتح المجـال أمـام مشـاريع أخـرى تنـافس الملتـزم أي ضـمان إحتكـار النشـاط المرفقـي لصـاحب الإمتيـاز، كـذلك حـق الملتـزم فـي إسـتعمال الأمـلاك الموجهـة لإسـتغلال المرفـق مباشـرة سـواء كانـت ضـمن الأمـلاك العامـة للدولـة أو الخاصـة ، كمـايحق للملتـزم القيـام بكـل أشـغال المرفـق ولـه فـي ذلـك إسـتعمال إمتيـازات السـلطة العامـة ، ضـف إلـى ذلـك الإمتيـازات الماليـة الممنوحـة لـه مـن قبل السلطة الإدارية مثل القروض والدعم المالي. [175]

ثالثا : الحق في ضمان التوازن المالي للعقد

ويكـون ذلـك فـي حالـة مـا إذا حالـت بـين الملتـزم وتحقيـق المصـلحة العامـة ظـروف كانـت نتيجـة إجـراءات إتخـذتها الإدارة أو فرضـتها ظـروف أو صـعوبات جعلـت تنفيـذ إلتزاماتـه التعاقديـة أمـرا عسـيرا ، ومكلفـا بصـورة فاقـت التوقعـات ،حينهـا علـى الإدارة التـدخل لضـمان التـوازن المـالي ، والـذي يعبـر عنـه بضـرورة وجـود تناسـب بـين إلتزامـات المتعاقـد وحقوقـه حتـى يمكنـه تنفيـذ العقـد علـى النحـو المتفـق عليـه [176]، وحينهـا تتـدخل الإدارة علـى الـرغم مـن أنهـا لـم ترتكـب خطـأ ، فيكـون أسـاس مسـؤوليتها إعتبـارات العدالـة ومـا يستوجبه عقد الإمتياز من حسن النية .

فضـلا عـن مقتضـيات المصـلحة العامـة التـي تسـتلزم معاونـة المتعاقـد مـع الإدارة[177] ، لضـمان إسـتمراره فـي الوفـاء بالتزاماتـه التعاقديـة ، مـا يـؤدي إلـى ضـمان حسـن سـير المرفـق العـام بانتظـام فـي أداء خدماتـه للجمهـور .

---

[175] ـ منال صبري ، مرجع سابق ،ص85،86.

[176] ـ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقودالإدارية،المرجع السابق ،ص212

[177] ـ علاء محي مصطفى أبو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ،2008،ص142

إن هذه الوضعية قد تكون الإدارة هي مصدرها بما لها من سلطة التعديل بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى موافقة الملتزم المسبقة[178]، كما يمكن أن يتعلق المر بظروف لا دخل للإدارة فيها ولكنها تنعكس أيضا على التوازن المالي للعقد [179]، هذه الوضعية تؤدي حتما إلى عجز المتعاقد على مواصلة الوفاء بإلتزاماته ، وهنا يؤدي بدورهإلى إنقطاع عمل المرفق العمومي [180]، إلا ان حرص ادارة المتعاقدة على تسيير المرفق العمومي محل الإمتياز بإنتظام وإطراد له الحق في طلب التوازن المالي للعقد من خلال تعويضات من الإدارة حتى لا يتحمل وحده ما قد ينتج من اعباء جديدة وهذا طبعا حماية له ، وكذا نوع من أنواع التشجيع على التعاقد مع الإدارة [181].

يكون أداء الإدارة للتعويض في إطار توافر شروط **نظرية فعل الأمير(lefait deprince** والتي مقتضاها تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقته والناتجة عن ممارسة الإدارة لسلطاتها المشروعة في تعديل شروط العقد دون أن يكون خطأ من جانبها وهذه النظرية من صنع القضاء الفرنسي تستلزم من الإدارة دعم المتعاقد معها ماليا وتعويضه حتى يتمكن من الإستمرار في تنفيذ العقد تحقيقا للمصلحة العامة حتى يتمكن من مواصلة تقديم الخدمة للجمهور ،وتقوم نظرية فعل الأمير على شرطين أساسين:

ـ تدخل الإدارة يغير جذريا التوازن المالي للعقد يجب أن يكون هناك ضرر،

ـ يجب أن تكون الإدارة هي المسؤولة عن هذا التغيير وتدخلها لم يكن متوقع أثناء إبرام العقد.

وإن كانت نظرية فعل الأمير وضعت لمواجهة المخاطر التي يتعرض لها الملتزم نتيجة سلطات الإدارة الخطيرة ، بالتالي تؤمن للمتعاقد معها ضد الأخطار اليت قد يتعرض لها نتيجة تعديلها في شروط العقد مباشرة، أو كونها جعلت ظروف التنفيذ أشد قسوة إلآ أنه يثور التساؤل في حالة ما إذا تعرض الملتزم لأضرار تؤول اسبابها إلى ظروف خارجة عن

---

178 ـ منال صبري ، مرجع سابق ، ص86.

179 ـ أحمد محيو ، مرجع سابق ، ص387.

180 ـ ناصر لباد ، القانون الإداري ، الجزء الثاني ، ط1، 2004، ص444.

181 ـ منال صبري ، مرجع سابق ، ص87.

الإدارة ، فهل يتحمل وحده التكاليف والخسائر التي تحدثها تلك الظروف من أجل ذلك وضع مجلس الدولة الفرنسي.

نظرية الظروف الطارئةLimprèvision التي تعيد التوازن للعقد إلى ما قبل حدوث هذه الظروف ولدت هذه النظرية في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1916/03/30 في القضية المشهورة غاز بوردو والتي تتلخص وقائعها في أن شركة معينة تولت وفق عقد إمتياز مبرم في عام 1904 ولمدة ثلاثون عاما لتوزيع الغاز والكهرباء في مدينة بوردو ، وحدد الحد الأقصى للمقابل النقدي الذي يدفعه المنتفعون من خدمات هذا المرفق (سعر المتر المكعب من الغاز) في ضوء سعر الفحم الرائج ، حين إبرام إتفاقية الإمتياز ، وكان سعر طن الفحم في ذلك الوقت حوالي 23 فرنك وإستمرت أسعار الفحم المستخدم ثابتة دون1914، فلم يرتفع سعر الفحم إرتفاعا كبيرا ،بل كانت الزيادات معقولة ومقبولة .إلا أنه عقب إنتهاء شهر سبتمبر من 1914 إرتفعت أسعار طن الفحم المستعمل للتنفيذ بصورة كبيرة وغير متوقعة من طرفي العقد ووصل سعر الطن الواحد 60 فرنك نظرا للإرتفاع الكبير في الفحم إختل التوازن المالي للعقد بصورة كبيرة بحيث قلب التوازن المالي للعقد رأس على عقب ،فلقد نك أصبح سعر الطن الواحد 60 فرنك بدلا من 23 فرنك وقت التعاقد ، فلم يعد بإمكان الملتزم ماليا تنفيذ إلتزاماته التعاقدية لذا وجد الملتزم نفسه مظطرا لطلب المساعدة من الإدارة المتعاقدة بغية التغلب على هذه الصعوبات المالية لتجاوزها مرحليا ، فتقدمت الشركة الملتزمة في شهر فيفري من عام 1915 إلى الإدارة المتعاقدة طالبة زيادة سعر المتر المكعب من الغاز في ضوء أسعار الفحم الجديدة بحجة انه من غير المعقول بقاء أسعار المتر المكعب من الغاز كما هي دون تغيير رغم الإرتفاع الكبير في أسعار الفحم ، إلا أن الإدارة المتعاقدة رفضت طلب الشركة الملتزمة متذرعة بذالك بتفكير وفكر القانون الخاص (العقد شريعة المتعاقدين)، فلقد تجاهلت مبدئيا سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد ، وذلك حينما تناست وتجاهلت عدم مقدرة الشركة المالية على الإستمرار بتنفيذ عقد الإمتياز ،وعجزها المالي المؤكد.

وبعد إستنفاد الملتزم للطرق الإدارية للتفاهم مع الإدارة المتعاقدة لإيجاد حل ودي ، إتجه إلى القضاء لإجبار الإدارة على إحترام وتحقيق مطالبه في تعديل أسعار البيع ،فتقدم بطلب إلى مجلس المحافظة(قاضي العقد) للمطالبة برفع سعربيع المتر المكعب من الغاز وتعويض الأضرار

التـي لحقـت بـه مـن جـراء تلـك الظـروف ،إلا أن مجلـس المحافظـة رفـض هذين الطلبين معا .

لـم تتوقـف الشـركة الملتزمـة عنـد هـذا الحـد مـن سـلوك الطريـق القضـائي ، بـل طعنـت بالإسـتئناف أمـام مجلـس الدولـة ضـد الحكـم الصـادر عـن مجلـس المحافظـة بـرفض طلبيهـا بتعـديل الأسـعار والتعـويض ، فبعـد نظـر القضـية رفـض مجلـس الدولـة الفرنسـي طلـب الشـركة الملتزمـة بتعـديل قائمـة أسـعار بيـع الغـاز للمنتفعـين ، لأن ذلـك يخـرج عـن سـلطات القضـاء الإداري ، إذ لـيس مـن سـلطته تعـديل شـروط العقـد ، إكتفـى المجلـس بـدعوة طرفـي عقـد الإمتيـاز للتفـاهم حـول الموضـوع ، وبعـد أن أقـر المجلـس بحـق الشـركة فـي الحصـول علـى التعـويض لقـاء مالحقهـا مـن خسـائر ماليـة ، وأحـال القضـية لمجلـس المحافظة لتحديد قيمة التعويض[182] .

إذن تـتلخص وقـائع هـذه النظريـة أنـه فـي حالـة حـدوث ظـروف إسـتثنائية خارجيـة لـم تكـن متوقعـة ولـم يكـن فـي الحسـبان توقعهـا وقـت إبـرام العقـد وترتـب عليهـا حـدوث إخـتلال كبيـر فـي التـووازن المـالي للعقـد لدرجـة أصـبح تنفيـذه مـن طـرف صـاحب الإمتيـاز أشـد إرهـاق وأكثـر تكليـف ممـا توقعـه الأطـراف المتعاقـدة وقـت إبـرام العقـد ممـا يعطـي المتعاقـد مـع الإدارة حـق طلـب هـذه الأخيـرة المسـاهمة فـي تحمـل جـزء مـن التكـاليف والأعبـاء المستجدة إثر ظروف إستثنائية كالحرب [183].

---

[182] ـ علي الخطار ، عقد الإمتياز افداري وتطبيقاته في الأردن، مرجع سابق ،ص57،58.

[183] ـ عمار عوابدية ، القانون الإداري ، الجزء الثاني ،ديوان المطبوعات الجامعية ، دون طبعة ،ص226،227.

المطلب الثاني : واجـــبات الملتزم

تـرتبط هـذه الواجبـات بعقـد الامتيـاز وشـروطه، فالالتزامـات التعاقديـة، تلـزم صـاحب الامتيـاز بتـامين سـير المرفـق العـام وتقـديم الخـدمات لكـل المنتفعـين وفقـا لشـروط العقـد ونصوصـه، خـلال مـدة عقـدا لامتيـاز، كمـا لايجوز للملتزم أن يتنازل لغيره عن الامتياز دون موافقة الإدارة.

كمـا أن علـى الملتـزم واجـب التقيـد بتطبيـق المبـادئ الأساسـية للمرافـق العامـة والخضـوع لهـا وهـي مبـدأ المسـاواة بـين جميـع المنتفعـين أمـام المرفـق العـام، ومبـدأ وجـوب سـير المرفـق العـام بانتظـام واطـراد، ومبـدأ إمكانيـة تعـديل الإدارة للشروط التنظيمية للمرفق العام.

وتتمتـع الإدارة المتعاقـدة فـي إتفاقيـات الإمتيـاز الخاصـة بـالمرافق العامـة بعـدة حقـوق تسـتهدف ضـمان حسـن سـير المرفـق العـام ، وأدائـه للخدمـة علـى أكمـل وجـه وتتضـمن إتفاقيـات الإمتيـاز نصوصـا صـريحة علـى بعـض هـذه الحقـوق والسـلطات ، ولاكـن لايعنـي أن عـدم الـنص علـى بعـض هـذه الحقـوق والسـلطات عـدم تمتـع الإدارة المتعاقـدة بهـا ، بـل تتمتـع بسـلطات متعـددة بحكـم مسـؤوليتها عـن حسـن المرافـق العامـة وتحقيـق الرفاهيـة العامـة وتتمثل حقوق وسلطات الإدارة المتعاقدة فيما يلي :

سلطة الإدارة في الإشراف على تنفيذ العقد:

ومعنـى ذلـك ان الإدارة حينمـا لـم تباشـر التسـيير بنفسـها للمرفـق العمـومي وعهـدت بـه إلـى أحـد أشـخاص القـانون الخـاص لإدارتـه عـن طريـق الإمتيـاز ، لايعنـي إطلاقـا تخليهـا عنـه وإنمـا تبقـى مسـؤولة أمـام المنتفعـين عـن تقـديم الخـدمات علـى أحسـن وجـه وتظهـر هـذه السـلطات فـي عقـد إمتيـاز المرافـق العامـة ذلـك أن السـلطة العامـة وإن كانـت تعهـد للملتـزم مهمـة إدارة المرفـق ، وإسـتغلاله بمقتضـى العقـد إلا أنـه لا يعنـي تخليهـا عـن المرفـق الـذي تراقب سيره المنتظم [184].

[184] ـ محمد عاطف البنا، العقود الإدارية، ط1 دار الفكر العربي ، 2007،ص55.

وتتمتع السلطة مانحة الإمتياز بالحقوق التي هي سلطات غير مألوفة وإستثنائية تندرج في إطار القانون العام ونص عليها دفتر الشروط ، أما عن السلطات اللغير مألوفة فبمقتضى القواعد العامة عولا بنص الفقرة 02 من المادة 847 من القانون المدني الجزائري على أنه " وللمالك أن يعترض على اي إستعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات فإن لم يقدمها المنتفع وإستمر على الرغم من ذلك ، للقاضي أن ينزع العين من تحت يده وأن يسلمها إلى الغير ليتولى إدارتها بل تبعا لخطورة الحال أن يقرر إنتهاء حق الإنتفاع دون إخلال بحقوق الغير [185].

يتضح أن الدولة كونها مالكة حق الإعتراض إذا أخل المنتفع بإلتزامات العقد وبقوة القانون وإستعمال وسائل القانون العام المتمثلة فيما يلي حق الرقابة على إنشاء وإعداد المرفق وسيره وحق توقيع الجزاءات وحق تعديل النصوص التنظيمية الواردة في العقد دون توقف على إرادة الملتزم وحق إسترداد المرفق قبل نهاية المدة المحددةفي العقد،ومنه فإن الإدارة تقتصر رقابتها على تنفيذ العقد وفقا لهذا المفهوم على سلطة الإشراف (contrôle de surveillance)بحيث تقتصر رقابة الإدارة المتعاقدة على مراقبة تنفيذ عقد الإمتياز و التاكد والإطمئنان من أنه ينفذ وفق ما إتفق عليه في العقد وتتخذ رقابة الإدارة المتعاقدة صورة وشكل الأعمال المادية ، كدخول أماكن إستغلال المرفق أو إستلام بعض الوثائق من المتعاقد للإطلاع عليها وفحصها والتأكد من صحتها والتصديق عليها ولا تقف عند هذا الحد على رأي بعض الفقهاء وإنما تتوسع لتشمل سلطة التوجيه (le pouvoir de direction) بحيث نستطيع أيضا توجيه أعمال التنفيذ وإختيار أنسب الطرق الفنية وأفضل الأدوات والألات التي تؤدي إلى حسن سير المرفق العام.

ونظرا لأهمية سلطة الإشراف والرقابة لضمان تنفيذ الملتزم لإلتزاماته ،إذ تنص المادة الخامسة من إتفاقية إمتياز مصفات البترول للدولة الأردنية كمايلي "إن جميع لإنشاءات التي ترى الشركة ضرورة لبنائها وإقامتها وجميع الألات والمعدات التي تظهر ضرورة لتجهيزها لأغراض هذا الإمتياز يجب أن تبنى وتنشأ وتقام وتركب وفقا للتصاميم والرسوم والخرائط والمواصفات التي تقدمها الشركة من وقت لأخر ،وعلى

[185] ـ الأمر 58/75 ، المتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

الشركة أن تحصل على موافقة وزيري الطاقة والثروة المعدنية والأشغال العامة عليها قبل المباشرة بها ويجب ان تتقيد الشركة بتنفيذ جميع التغيرات والتعديلات الإضافية التي يطلبها الوزيران المذكوران" .

وبالرجوع دائما للمشرع الجزائري نجد أنه وضع هو الأخر إلتزامات على الملتزم ونأخذ مثال على ذلك في القانون 03/10 المحدد لشروط وكيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة التابعة للدولة وهو ماأقره الفصل الرابع بعنوان إلتزامات المستثمر صاحب الإمتياز[186]،وكذا العقوبات المترتبة عن الإخلال بهذه الإلتزامات في الفصل السادس [187]، اما المراقبة من جانب2" الإدارة على تسيير المستثمرة فقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 326/10المؤرخ في 2010/12/23 كيفيات المراقبة ومن يتولاها نيابة عن السلطة مانحة الإمتياز في الفصل السادس بعنوان أحكام ختامية في نص المادة 27 منه ، إضافة إلى ذلك فقد أدرجت كل هذه الأحكام في دفتر الشروط المنصوص عليه في المادة الرابعة من نفس القانون والنصوص التطبيقية له و الممضي بين الديوان الوطني للأراضي الفلاحية والملتزم في المادة الثالثة تحت عنوان إلتزامات المستثمر صاحب الإمتياز وهي كالتالي :

يتعهد المستثمر صاحب الإمتياز :

1- بإدارة مباشرة وشخصية للمستثمرة ،

2- بالإعتناء بالأراضي الممنوحة والعمل على إثمارها،

3- بالمحافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي ،

4ـ بان لايستعمل مباني المستثمرة إلا من أجل أهداف ذات صلة بالنشاطات الفلاحية ،

5- بعدم تأجير الأراضي والأملاك السطحية المقامة فيها من الباطن ،

6ـ بالتصريح بكل إتفاقات الشراكة التي يبرمها أو يلغيها طبقا للتشريع والتنظيم المعمول به ،

7- بدفع مبالغ الإتاوة السنوية المستحقة للإمتياز عند حلول أجلها،

---

[186] ـ المادة 22،23،24،25،من القانون03/10،مرجع سابق ,

[187] ـ المادة 28،29، من نفس القانون 03/10،مرجع سابق .

8ـ بسداد الرسوم والمصاريف الأخرى التي يمكن أن تخضع لها الأملاك طيلة مدة الإمتياز ،

9ـ بإعلام الديوان الوطني للأراضي الفلاحية في كل وقت بكل حدث يممكن أن يؤثر على السير العادي للمستثمرة.

وفي المادة الرابعة : عنونت بالرقابة من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية "بالإستناد على القانون03/10 المؤرخ في 2010/08/15 والنصوص التطبيقة له فإن الملتزم(المستثمر) يلتزم حين المرقبة الإدارية يتقديم كل المساعدات والتسهيلات لأعوان الرقابة حين الزيارة الميدانية وان يزودهم بكل المعلومات والوثائق المطلوبة

ويقصد بسلطة الرقابة ، التحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقا للشروطه [188]، وتسمح للإدارة بالسهر على حسن تنفيذ العقد ، وتتم حسب الأشكال المحددة في دفتر الشروط ،في حين يفهم من سلطة التوجيه أن الإدارة تقوم بإصدار التعليمات للملتزم بإتباع طريقة معينة في التنفيذ أوالإمتناع عنها [189].

ويثور التساؤل عن التكييف القانوني للشروط الخاصة بسلطة الرقابة والإشراف،وهو تساؤل في الصميم بمعنى هل هي شروط تنظيمية أم شروط تعاقدية ؟ والجواب على ذلك أنها شروط تنظيمية وليست شروط تعاقدية مع مايترتب على هذا التكيف من نتائج قانونية هامة لعل أهمها حق الإدارة المتعاقدة في تعديل هذه الشروط بغرادتها المنفردة دون حاجة للحصول على موافقة الملتزم .

أما الأساس القانوني لسلطة الرقابة والإشراف التي تمارسها الإدارة المتعاقدة،تعتبرحقا ثابتا ومعترف به حتى ولو لم تتضمن إتفاقية الإمتياز نصوصا عليها ، إذ توجد هذه السلطة بذاتها حتى في حالة سكوت إتفاقية الإمتياز، وإذا تضمنت الإتفاقيات كما هو الحال في إتفاقيات الإمتياز في الأردن والجزائر حيث ينص عليها في صلب العقد أو دفتر الشروط أو في

---

[188] ـ سليمان محمد الطماوي ، السس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي ، جامعة عين شمس ، 1991،ص454.

[189] ـ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية ، القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2007.

القوانين الخاصة التي تنظم المرافق العمومية كما تطرقنا لها في القانون 03/10 المحدّد لكيفيات منح الإمتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة.

والإدارة طرفا في العقد بصفتها سلطة عامة من واجبها ضمان سير المرافق العمومية وإستغلالها وإدارتها ، والذي يتحقق من خلال ما لها من حق الإشراف والرقابة [190] و التدخل وفق مقتضيات المصلحة العامة ، حتى ولو كانت متناقضة مع دفتر الشروط [191]،وحتى في غياب نص قانوني [192]، وإضافة غلى أنواع الرقابة التي تتمتع بها السلطة مانحة الإمتياز لها أيضا حق تعديل عقد الإمتياز كسلطة إستثنائية مستمدة من النظام العام كلما غقتضت ضرورة المرفق العمومي ذلك ، وكما يظهر من العنوان ، فإن هذا الحق لا يرد غلا على النصوص التنظيمية فقط ،ولا كن هذا التعديل محكوم بشروط :

1- لايجب أن يكون التعديل جذريا ،بحيث يغير موضوع الإمتياز،

2ــ يجب أن تؤخذ التوازنات المالية بعين الإعتبار حتى لا يتحمل الملتزم أعباء كثيرة تفوق قدراته المالية وحتى التقنية منها ،

3ــ أن يتم التعديل وفق ما تحدده دفاتر الشروط ويقابل هذا الحق (حق التعديل) حق الملتزم بالجوء إلى القضاء إما بطلب تعويضات في إختلال التوازن المالي للعقد ،أو التعديل يفوق وبصفة كبيرة قدرات الملتزم [193].

وتتضمن عادة عقود الإمتياز الإداري شروطا مفصلة تبين الحالات التي يكون فيها للإدارة المانحة للإمتياز حق فسخه كعقوبة ، رغم أن حقها

---

[190] - AUBY JEAN –MARIE :BON PIERRE :DROIT ADMINISTRTIF DES BIENS (DOMAIN ,expropriation pour cause dutilitè public) 3èdition ,dalloz,paris ,1995,p236.

نقلا عن آكلي نعيمة،مرجع سابق،ص98.

[191] ـ مروة هيام ، القانون الإداري الخاص بالمرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها ،مرجع سابق ،ص105

[192] - AUBY JEAN _MAIRIE :ROBERT ducos _ader : droit administratif,(la fonction public ,les biens public ,les travaux public) , 4 èdition ,dalloz,paris , 1979,p489.

نقلا عن آكلي نعيمة،نفس المرجع، نفس الصفحة98،

[193] ـ منال صبري ، مرجع سابق،ص83.

فـي توقيـع الجـزاء معتـرف بـه دون وسـاطة القاضـي ودون إشـتراط الـنص علـى ذلـك ،ويجـب أن يكـون قـرار الفسـخ صـريحا مكتوبـا صـادر مـن السـلطة المختصـة طبقـا للعقـد [194]، وهـذا الحـق مسـتمد مـن مظـاهر السـلطة العامـة التـي تملـك الإدارة إسـتعمالها بإرادتهـا دون الحاجـة للجـوء إلـى القضـاء،وفي الأخيـر لـلإدارة الحـق فـي إسـترداد المرفـق قبـل نهايـة العقـد وإن كـان هـذا الأمـر قليـل الإحتمـال وفيـه خطـورة علـى الملتـزم ، لاكـن علـى السـلطة المانحـة أن تعـوض صـاحب الإمتيـاز عـن مـا لحقـه مـن ضـرر و مـا فاتـه مـن ربـح ،نتيجـة إسقاط هذا الحق ولا يمكن أن يتمسك بالقوة الملزمة للعقد[195].

[194] ـ عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات في العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، ط1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1975، ص274.

[195] ـ عمار بوضياف ، الوجيز في القانون الإداري ،ط2 معدلة ،جسور النشر والتوزيع ، الجزائر ، ص362 .

الخاتمة

يعد عقد الإمتياز الخاص بالمرافق العمومية من العقود الإدارية ، كوسيلة يدار بها المرفق العمومي بطريقة غير مباشرة ، بواسطة أفراد القانون الخاص ولكون هذا العقد من العقود المسماة في التشريعات الأخرى غير التشريع الجزائري ،يمتاز بخصائص عن العقود الأخرى وله أركان تتشابه معها ، من رضا وسبب ولكن يختلف في كون محله هو إدارة مرفق عمومي ، ولكون الخدمات التي يقدمها المرفق العمومي للجمهور غالبا ما تكون بالمجان .

إذا كان الإمتياز إتفاقا بين السلطة المانحة والملتزم بتسيير المرفق ، فهذا لا يكون وليد من العدم بل نتيجة ترسانة من القوانين القطاعية ، عبر كامل التشريعات التي كان في مقدمتها التشريع الفرنسي ثم تلاه التشريع المصري ثم الأردني وصولا إلى التشريع الجزائري ولا نجد فرقا واسعا بينهما إذ تستمد كلها من التشريع الفرنسي .

ومهما يكن من أمر فإن عقد الإمتياز الإداري له أهمية بالغة في الحياة العملية والواقعية نظرا لأن الإدارة أحد أطرافه ، وهي المشرفة والموجهة والمراقبة للملتزم وما دام أنها رأت في طريقة الإمتياز مصلحة عمومية تغني عن الأسلوب المباشر الذي غالب ما يتخلله الروتين والتعقيد الإداري فكان لزاما إتباع أساليب القانون الخاص التي تتفق وطبيعة المرافق الإقتصادية ، بطريقة موضوعية بعيدا عن الإعتبارات السياسية التي قد تدخلها الدولة أحيانا في إدارة المرفق العمومية .

كما أن عقد الإمتياز يتميز عن بعض العقود الإدارية بمحله إدارة مرفق عام فإنه يختلط أحيانا بعقد الإجارة الذي ينصب على إستغلال مرفق عمومي رغم الفارق بينهما من ناحية المسؤولية عن إنشاء وتأسيس المرفق ، وطريقة دفع المقابل النقدي ، إذ أن الإدارة المتعاقدة في عقود الإيجار هي التي تتولى مهام إنشاء وتأسيس المرفق بأموالها العامة ،وتؤجره لأحد أشخاص القانون الخاص مقابل مبلغ نقدي يدفعه لها ، ويتمثل العائد المالي الذي يسعى المستأجر لتحقيقه في المرفق بين ما يدفعه للإدارة المتعاقدة وما يحصله من المنتفعين من خدمات المرفق.

أما في ما تعلق بالمرافق المحلية عبر التشريعات فإن القانون المدني (الشريعة العامة) هو الذي يحكمها بينما في الجزائر لا مجال لذكر الإمتياز بعنوان تدبير مرفق عمومي وإنما كان في القوانين الخاصة بالمجموعات المحلية الولاية والبلدية وبصورة عابرة لم تحدد المدة ولا الكيفية ماعدا التعليمة الوزارية رقم : 842/394المتعلقة بإمتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها والتي يؤخذ بها على

سبيل الإستئناس، ولو أنها عملا داخليا فحسب ، ما يجعل موضوع الإمتياز هزيل جدا في الجزائر ، حيث أن الأحكام الواردة في النصوص القانونية تتناول المبادىء العامة وبعض الشروط الشكلية فقط ، دون التطرق لتفاصيل الأمر،أو تكتفي فقط بالنص على إعتبار أن الإمتياز نمط تسيير فعال ، فضلا أن الفقه في الجزائر لم يعالج دراسة القضايا العائدة للإمتياز ومتفرعاتها إلا بنبذات قليلة ، ناهيك عن الإجتهاد القضائي الذي يكاد ينعدم ماعدا حكم واحد مقارنة بفرنسا ومصر والأردن، لذلك لابد من إعادة النظر في التشريع القائم وتطويره تلبية للحاجة المستحدثة .

وبما أن الإمتياز حديث النشأة في الجزائر ، ويعنى بالتطور على غرار الدول الأخرى وعلى هذا الأساس لم يصدر قانون عام يضع المبادىء العامة للإمتياز الخاص بالمرافق العامة ويحدّد المرافق القابلة لأن تكون محل إمتياز والإجراءات التي تمنحه وتقيد الملتزم من أي خطأ سوف يرتكبه وبذلك تضع الجزاءات اللازمة ، ولابدل من إختيار الملتزم على اساس الشفافية والمنافسة النزيهة من اجل الحصول على احسن الخدمات بأفضل الوسائل لحماية المال العام ، وتوجيه لأغراض التنمية والتطور الإقتصادي والإجتماعي ،خاصة ان الإدارة المباشرة تعرف نوع من الركود و الروتين في تقديم الخدمات وان الموظفين إعتادوا على هذا الأسلوب رغم مالحقهم وما وفرت لهم الدولة من تطور تكنولوجي هائل ومقرات تضاهي المقرات الموجودة في الدول الأجنبية .

وعليه يجب على السلطة مانحة الإمتياز أن تكون جادة في الإشراف والتوجيه والرقابة بالنسبة لإنشاء هذه المرافق وحتى التسيير وأن تكون دائمة ومستمرة .

النصوص القانونية و المراسيم :

أ/ الدستور :

ـ الدستور الحالي للجزائر لسنة 1996.

- دستور الجمهوية المصرية لسنة 1971 .

- دستور الأردن لسنة 1952

القوانين :

ـ القانون 129 لسنة 1947الصادر عن المشرع المصري المتعلق بالإلتزامات المرافق العامة.

ـ القانون رقم 17/83 ، المؤرخ في 16جويلية 1983يتضمن قانون المياه ،ج ر عدد 30، الصادرة بتاريخ 1983/07/16(ملغى).

ـ القانون رقم :01 لسنة 1996 في شان الموانىء التخصصية منشور في الجريدة الرسمية العدد 05 في 1996/02/01 ، وقد حددّت المادة 01منه الموانىء التخصصية الساري عليها هذا القانون بانها موانىء الصيد والتعدين والبترول والسياحة وغيرها من الموانىء ذات الطبيعة الخاصة الواقعة على السواحل المصرية.

ـ القانون رقم 19 لسنة 1980 المتضمن إتفاقية إمتياز شركة كهرباء عمان.

ـ الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل ووالمتمم ،

ج ر78 لسنة 1975.

ـ الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل ووالمتمم ،

ج ر78 لسنة 1975.

- القانون رقم 08/90 المؤرخ في 1990/04/07 ،يتعلق بالبلدية ج ر عدد 15 الصادرة في 1990/04/11 (ملغى).

القانون رقم 09/90 المؤرخ في 1990/04/07 ،يتعلق بالولاية ج ر عدد 15 الصادرة في 1990/04/11.

- القانون رقم 30/90،المؤرخ في1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ،ج رعدد52 ،الصادرة بتاريخ 1990/12/02 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14/08 المؤرخ في 2008/07/20 .

- القانون رقم06/98 ،المؤرخ في 06/27 /1998يحددّ القواعد العامة المعلقة بالطيران المدني ،ج ر عدد48 صادرة في 1998/06/28 ،معدل ومتمم بالقانون رقم 05/2000،المؤرخ في 2000/12/06 ،ج ر عدد 75 الصادرة بتاريخ 2000/12/10 وبالأمر رقم 10/03 المؤرخ في 2003/08/13 ج ر عدد48 الصادرة بتاريخ 2003/08/13 .

- الأمر رقم :03/01 المؤرخ في 2001/08/20 ، يتعلق بتطوير الإستثمار ،ج ر عدد 47 ،الصادر بتاريخ 2001/08/22،معدل ومتمم, الجريدة الرسمية العدد 6مكرراً في 1997/02/08.

- القانون رقم 01/02 المؤرخ في2002/02/05 يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات،ج ر 08 الصادرة بتاريخ06 /02 /2002.

- القانون رقم 07/05 مؤرخ في 2005/04/28 يتعلق بالمحروقات ج ر عدد50 الصادرة بتاريخ 2005/07/19 ،معدل ومتمم بالقانون رقم 10/06 المؤرخ في 2006/06/29ج ر 48 الصادرة في 2006/06/30 و القانون رقم 01/13 المؤرخ في 2013/02/20ج رعدد 02 الصادرة 2013/02/24.

- القانون12/05 المؤرخ في 2005/08/04 يتضمن قانون المياه ج ر عدد 60 الصادرة بتاريخ 04/ 2005/12 معدل ومتمم بالقانون رقم 03/08 المؤرخ في 2008/01/23 ج ر عدد 04 الصادرة بتاريخ 2008/01/27 والقانون رقم 02/09 المؤرخ في 2009/07/22 ج ر عدد26 الصادرة بتاريخ 2009/07/26.

الأمر 06 /03 مؤرخ في 2006/06/15 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ،ج ر عدد 46 لسنة 2006.

- الأمر رقم 11/06 المؤرخ في 2006/08/30،يحدد شروط و كيفيات منح الإمتياز و التنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لأنجاز مشاريع إستثمارية ج رعدد53 الصادرة بتاريخ 2006/08/30 .

- القانون09/08 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،الجزائري ،ج ر عدد 21 الصادرة بتاريخ 2008/04/23

- القانون رقم 16/08 المؤرخ في 2008/08/03 المتضمن التوجيه الفلاحي ج ر عدد 46 لسنة 2008.

الأمر 04/08 المؤرخ في 2008/09/01،يحدد شروط كيفيات منح الإمتيازعلى الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنشاء مشاريع إستثمارية ج ر رقم 49 لسنة 2008.

- القانون 03/10 المؤرخ في 2010/08/15 المتضمن تحويل حق الإنتفاع الدائم إلى حق إمتياز ،ج ر عدد 46 لسنة 2010 .

- القانون رقم 03/10 ،المؤرخ في 2010/08/15 يحدد شروط وكيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للملاك الخاصة التابعة للدولة ج ر عدد 46 الصادرة في 2010/08/20.

- القانون رقم 10/11 المؤرخ في 06/22/ 2011 المتضمن قانون البلدية ج ر عدد 37 الصادرة بتاريخ 2011/06/03.

- المراسيم :

- المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/05، المعلق يترقية الإستثمار ج ر عدد 64.

المرسوم 323/95 المؤرخ في المؤرخ في 1995/10/21، المتعلق [إستغلال الموارد المرجانية ،ج ر 63 لسنة 1995.

- المرسوم التنفيذي رقم 308/86 الصادر في 1996/09/18 المتضمن منح امتياز الطرق السريعة ، ج ر عدد 55 الصادرة في 1996/09/25.

ـ المرسوم التنفيذي رقم: 483/97، المؤرخ في 1997/12/15 يحدد كيفيات منح حق إمتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة ،ج ر 83 الصادرة في 1997/12/17.

ـ القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 1998/11/18 يحدد الدفتر النموذجي لمنح إمتياز إستغلال الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب ج ر رقم 86:
الصادرة11/18/ 1998 عن الجمهورية الجزائرية.

ـ المرسوم التنفيذي رقم 41/02 المؤرخ في 2002/01/14 المتضمن المصادقة على إتفاقية إمتياز خدمات النقل

ـ المرسوم التنفيذي رقم 41/02 المؤرخ في 2002/01/14 المتضمن المصادقة على إتفاقية إمتياز خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران **أنتينا للطيران** وكذا دفتر الشروط المرفق بها ، ج ر رقم : 04 لسنة 2002 .

ـ المرسوم التنفيذي رقم 42/02 المؤرخ في 14/ 2002/01 المتضمن المصادقة على إتفاقية إمتياز إستغلال الخدمات الممنوحة لشركة إكواير الدولية وكذا دفتر الشروط الملحق بها ،ج ر رقم 04 الصادرة في 2002/01/16.

المرسوم التنفيذي رقم 40/02 المؤرخ في 2002/01/14،يتضمن المصادقة على إتفاقية إستغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران" وكذا دفتر الشروط الملحق بها ،ج ر رقم 04 الصادرة في 2002/01/16.

- المرسوم التنفيذي رقم : 69/07 المؤرخ في 2007/02/19 ، المحدد لشروط وكيفيات منح امتياز استغلال واستعمال المياه الحموية ج ر رقم 13 لسنة 2007.

- المرسوم التنفيذي رقم 152/09المؤرخ في 2009/05/02 يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية

المرسوم التنفيذي رقم : 41/94 المؤرخ في 2009/07/22 المتضمن تعريف الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها وإستغلالها ج ر العدد 07 لسنة 1994.

التعليمات :

ـ التعليمة رقم : 842/394 الصادرة في 07 /1994/12،عن وزير الداخلية و الجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري موجهة إلى السادة الولاة ورؤساء الدوائر و رؤساء المجالس الشعبية والمندوبيات التنفيذية البلدية .

ـ التعليمة رقم 4420 الصادرة في 2007/06/11 المتضمنة شروط وكيفيات تسير الأملاك الوطنية الخاصة الموجهة لإنشاء مشاريع إستثمارية والأصول المتبقية من تصفية المؤسسات المنحلة ، الأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الإقتصادية ، الأصول المتوفرة على مستوى المناطق الصناعية.

المراجع :

أهم المراجع المعتمدة في هذا البحث

1/الكتب

ـ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، للأسس العامة للعقود الإدارية ، الإبرام ـ التنفيذ المنازعات، دار الفكر العربي ‘القاهرة ، 2007، ص91.

ـ ناصر لباد ، القانون الإداري ، الجزء الثاني ، ط1.،بدون سنة

[1] ـ نواف كنعان،، الكتاب الثاني،دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان،الطبعة الأولى،1995.

ـ راتب هزاز أحمد ،جميل أبو نصري،رمزية نعمة حسن،زاد طلاب قاموس مصور بالأوان،عربي عربي،بدون طبعة،دارالراتب الجامعية،بيروت لبنان

ـ أنس جعفر ، العقود الإدارية ، دراسة مقارنة لنظم المناقصات و المزايدات وتطبيقية القانون 79 لسنة 1997 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود البوت ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،2002 .

ـ بن شعلال حميد، عقد الامتياز ، عقد الإمتياز كآلية لخوصصة تسيير إدارة المرفق العام في الجزائر.

ـ بن علية حميد، إدارة المرفق العامة عن طريق الإمتياز ،دراسة التجربة الجزائرية، المرجع السابق ،ص 135،136 ـ الملحق رقم 01 .

ـ بن علية حميد،إدارة المرافق العامة عن طريق الإمتياز ،دراسة التجربة الجزائرية ،مجلة العلوم القانونية،العدد03 الجزائر،2009.

ـ درع حماد عبد،عقد الإمتياز،مكتبة السنهوري،بغداد،طبعة الأولى،2011.

ـ درع حمادة عبد ،عقد الإمتياز في القانون الخاص ،مكتبة الإسكندرية،بدون طبعة.

ـ زهدي يكن ، القانون الإداري ،الجزء الثالث بيروت،1966

ـ سليمان الطماوي ،مبادىء القانون الإداري،الكتاب الثاني ، القاهرة،دار الفكر العربي،1979.

ـ سليمان محمد الطماوي ،الأسس العامة في العقود الإدارية ،دراسة مقارنة،دار الفكر العربي ،ط5،1991.

ـ سليمان محمد الطماوي ،الأسس العامة للعقود الإدارية،دار الفكر العربي ،طبعة 1999

ـ طاهري حسين،القانون الإداري والمؤسسات الإدارية،دار الخلدونية،الجزائر،ط1،2007

ـ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة في تنفيذ العقود الإدارية ، الإبرام ـ التنفيذـ المنازعات، دار الفكر العربي ،القاهرة، 2007.

ـ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية ، القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2007.

ـ عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات في العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، ط1 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1975،.

ـ عجة الجيلالي ،أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها من تأميم الملك الخاص إلى خوصصة الملك العام ،دار الخلدونية ،الجزائر ،سنة2005،بدون طبعة .

ـ علاء محي مصطفى أبو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ،2008.

ـ عمار عوابدية ، القانون الإداري ، الجزء الثاني ،ديوان المطبوعات الجامعية .

ـ عماربوضياف،الوجيزفي القانون الإداري،جسورللنشر والتوزيع والإشهار،الجزائرط2 ،2007.

ـ عماربوضياف،الوجيزفي القانون الإداري،داريحانة،الجزائر،1999

ـ كحيلة حكيمة،تحويل حق الإنتفاع إلى إمتياز،دار هومة،الجزائر'ط1،2013

ـ ماجد راغب الحلو ،العقود الإدارية والتحكيم،المكتبة القانونية الإسكندرية،2004.

ـ ماجد راغب الحلو،العقود إدارية،الإسكندرية،دار الجامعة الجديدة ،مصر ،سنة2009 .

ـ محمد الصغير بعلي،القانون الإداري،دار العلوم،عنابة،دون طبعة،2013

ـ محمد الصغير بعلي،الوسيط في المنازعات الإدارية،دار العلوم،عنابة،دون طبعة،2009

ـ محمد أنور حمادة ،قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والعقود الإدارية ،دار الفكر الجامعي الإسكندرية2003.

- محمد أنور حمادة ،قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والعقود الإدارية ،دار الفكر الجامعي الإسكندرية2003.

- محمد عاطف البنا، العقود الإدارية، ط1 دار الفكر العربي ، 2007.

- محمد فاروق عبد الحميد ،نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهوم التقليدي والإشتراكي ،دراسة مقارنة ديوان المطبوعات الجامعية ط1987 .

ـ محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ..

ـ محمد فاروق عبد الحميد،نظرية المرفق العام في الجزائربين المفهومين التقليدي والإشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر.

- محمد فاروق عبد الحميد،نظرية المرفق العام في الجزائربين المفهومين التقليدي والإشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر.

- محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الإداري ، تنظيم نشاط ـوسائل ،الجزء 3 ،دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2000، ص 904 مقتبس من جريدة الاخبار يوم 1998/01/19.

ـ محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري ، تنظيم، نشاط ،وسائل ، الجزء الثالث ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية .

ـ محمد فؤاد عبد الباسط،القانونالإداري،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،دون طبعة،2000

ـ مفتاح خليفة عبد الحميد ، إنهاء العقد الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ،القاهرة ، 2007.

ـ مفتاح خليفة عبد الحميد،حمدمحمد الشلباني،العقود الإدارية وأحكام إبرامها،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية،2008

ـ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري ،منشورات لبادالجزائر ،ط 2006 .

ـ نواف كنعان ،القانون الإداري ،الكتاب الأول ،الإصدار الثالث المكتبة الوطنية الأردن .

ـ نواف كنعان،القانون الإداري (الكتاب الثاني)،الطبعة الأولى ،الإصدار الخامس،دار

ـ نواف كنعان،القانون الإداري،الكتاب الأول ،الطبعة الأولى،الإصدار الثالث،دار الثقافة للنشر والتوزيع،2008 الثقافة للنشر والتوزيع،2009.

-طاهري حسين،القانون الإداري والمؤسسات الإدارية دراسة مقارنة،دار الخلدونية،الجزائر،ط1،2007

- مازن ليلو راضي ، الوجيز في القانون الإداري، الموقع الإلكتروني.

مروة هيام ، القانون الإداري الخاص بالمرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها.

المراجع باللغة الفرنسية :

-AUBY JEAN _MAIRIE :ROBERT ducos _ader : droit administratif,(la fonction public ,les biens public ,les travaux public) , 4 èdition ,dalloz,paris , 1979.

-AUBY JEAN –MARIE :BON PIERRE :DROIT ADMINISTRTIF DES BIENS (DOMAIN ,expropriation pour cause dutilitè public) 3èdition ,dalloz,paris ,1995.

-GUGLELMI (G J) :KOBI .(G) :Droit de service public,op,citè ..

- VEDEL George : DELVOLVE pierre : Droit adminitratif ,tom1 ,PUF,paris,1958.

-J.AUBY :larbitrage en matiere administratif ,A .J.D.A ,1955.

-PH .COMTE :OP ,CIT .

الفهرس :

المقدمة 04

الفصل الأول:ماهية إمتياز المرافق العامة.....10

المبحث الأول:مفهوم إمتياز المرافق العامة 12

المطلب الأول:تعريف إمتياز المرافق العامة 15

الفرع الأول:التعريف الفقهي 17

الفرع الثاني:التعريف القانوني.....19

المطلب الثاني:تطبيقات إمتياز المرافق العامة.....23

الفرع الأول:في مجال الموارد الطبيعية 24

الفرع الثاني:في مجال الموارد اللإصطناعية.....26

المبحث الثاني:التكييف القانوني لإمتياز المرفق العمومي وأليات تفعيله.....30

المطلب الأول:التكييف القانوني.....32

المطلب الثاني:أليات التفعيل.....41

الفصل الثاني:الإطار القانوني لإمتياز المرافق العامة وحقوق وواجبات الملتزم..51

المبحث الأول:الإطار القانوني لإمتياز المرافق العامة.....53

المطلب الأول:صفة عمال المرفق العام الممتاز.....53

المطلب الثاني:نهاية الإمتياز والمنازعات المتعلقة به.....56

المبحث الثاني:حقوق وواجبات الملتزم.....65

المطلب الأول:حقوق الملتزم.....66

المطلب الثاني:واجبات الملتزم 72

الـــخـاتـمـة.....78

قائمة المراجع : 81

الفهرس : 93