جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الآليات المستحدثة لتسيير المرفق العام من خلال عقدي الامتياز والتأجير

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون اداري

إعداد الطالبة:

حنان مرزوقي

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ. محمد نعرورة	جامعة الشهيد حمه لخضر_الوادي	رئيسا
أ.عبد الباسط محدة	جامعة الشهيد حمه لخضر_الوادي	مشرفا ومقررا
أ.محمد الطاهر جرمون	جامعة الشهيد حمة لخضر_الوادي	مناقشا

السنة الجامعية 2016 /2017

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى:

﴿ قَالَ رَبِّ أَوۡزِعۡنِيٓ أَنۡ أَشۡكُرَ نِعۡمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنۡعَمۡتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنۡ أَعۡمَلَ صَٰلِحٗا تَرۡضَىٰهُ وَأَصۡلِحۡ لِي فِي ذُرِّيَّتِيٓۖ إِنِّي تُبۡتُ إِلَيۡكَ وَإِنِّي مِنَ ٱلۡمُسۡلِمِينَ ﴾

الأحقاف/الآية 15

شكر وعرفان

"كن عالما ..فإن لم تستطع فكن متعلما ،فإن لم تستطع فأحب العلماء ،فإن لم تستطع فلا تبغضهم".

بعد رحلة بحث وجهد و اجتهاد تكللت بإنجاز هذا البحث ،أحمد الله عز وجل على نعمه التي من بها علي فهو العلي القدير، كما لا يسعني إلا أن أخص بأسمى عبارات الشكر والتقدير الأستاذ

"**عبد الباسط محمدة** " لما قدمه لي من جهد ونصح ومعرفة طيلة إنجاز هذا البحث .

كما أتقدم بالشكر الجزيل لكل من أسهم في تقديم يد العون لإنجاز هذا البحث ،وأخص بالذكر أساتذتنا الكرام الذين أشرفوا على تكوين دفعة القانون الإداري والأساتذة القائمين على عمادة وإدارة كلية الحقوق بجامعة الوادي .

خالص الشكر والتقدير للأستاذ "محمد نعرورة" لتفضل سيادته بقبول عضوية لجنة مناقشة هذه الرسالة

إلى من زرعوا التفاؤل في دربي وقدموا لي المساعدات و التسهيلات والمعلومات ،فلهم مني كل الشكر ،وأخص منهم الأستاذة "**زرقيني راضية** " التي أسهمت بشكل وفير في تشجيعي أثناء البحث.

أما الشكر الذي من النوع الخاص، فأنا أتوجه بالشكر أيضا إلى كل من لم يقف إلى جانبي ،ومن وقف في طريقي وعرقل مسيرة بحثي.

الإهــداء

إلى أبـــــي

إلى أمـــــي

أهدي هذا العمل المتواضع

حنان

مـــقدمة

مقدمــة :

إن الدولة بمفهومها القديم والحديث ما هي إلا منتوج للفكر الإنساني غايته إحلال النظام محل الفوضى وتحقيق المنفعة العامة أو الصالح العام للمنتمين لها، لكن هذه الغايات تحقيقها لا يكون إلا بوجود تنظيم إداري ومؤسسات و هياكل إدارية.

إن حاجيات الأفراد والمجتمعات تطورت بمرور الزمن فتطور معها مفهوم الدولة وانتقلت هذه الأخيرة من مجرد جهاز مركزي هدفه التنظيم المالي و العسكري عن طريق مرافق تتسم بارتباطها بالمظهر السيادي للدولة، إلى دولة ذات مرافق للتسيير والتوجيه يكون لها اتصال مباشر بالمجتمع و الفرد.

وهكذا كان ظهور المرفق العام مصاحبا لتطور الدولة وتعدد حاجيات المجتمع.

كما يعد المرفق العام ترجمة لصورة الدولة على أرض الواقع فمن خلاله تنفذ الدولة سياستها(الاقتصادية والاجتماعية)، ونجاح هذه السياسة مرهون بنجاح تسيير المرفق العام وفعاليته سواء كان هذا النشاط يباشر من طرف الدولة أو إحدى هيئاتها المركزية أو المحلية.

و لقد ارتكزت الجزائر في تسيير مرافقها على القطاع العام الذي تملكه الدولة وهذا بسبب عدم فتح المجال للقطاع الخاص إلا بعد سنة 1989 وتبني أفكار جديدة،[1] انعكست على الدولة ومؤسساتها، وكذا علاقتها بالمواطن في ظل تزايد حاجياته وضرورة توفيرها بكل فعالية ونوعية أجود.

لقد فرضت التحولات التي جاءت نتيجة للأزمات الاقتصادية والاجتماعية بالدولة إلى تبني سياسة الخوصصة الكلية أو الجزئية و الاعتماد على طرق أكثر فعالية لتسيير المرافق العامة من خلال إشراك القطاع الخاص، ومن أهم العقود التي تبنتها الدولة في إشراك القطاع الخاص عقدا الامتياز والتأجير.

[1] – ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية (حالة عقود الامتياز)، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص 05 .

إن لجوء الدولة لهذا التوجه الجديد للاستثمار والشراكة بين القطاعين العام والخاص يجعل من المرفق العام مجالا خصبا للمنافسة والفعالية والمردودية ولقد تبنت الجزائر هذه الأساليب والتوجهات الجديدة في جملة من القوانين والمراسيم التنفيذية.

غير أن القانون الإداري لم يعرف فرقا واضحا بين العقدين (التأجير والامتياز) ،إذ أن الامتياز يحوي الإيجار ولا يعتبر سوى جزء منه[1] وصورة من صوره ،وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء الفرنسيين[2]، برغم وجود بعض الفروق التي جاءت حصرا في التعليمة الوزارية 394 / 842 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها الموجه أساسا للولاة ورؤساء الدوائر والبلديات.

وبالتالي سنتناول في دراستنا عقد الامتياز كأصل عام مع إبراز الاختلاف بينه وبين عقد التأجير .

وقد وقع اختيارنا على هذا الموضوع لعدة أسباب تنوعت بين الذاتية والموضوعية.

أسباب ذاتية: اهتمامنا الدائم بالقانون الإداري ومحاولة اثبات مدى مرونته من خلال موضوع المرفق العام وطرق تسييره وكذا مدى تأثير التحولات الاقتصادية و السياسية التي عرفتها الجزائر على المرفق العمومي و طرق تسييره.

أسباب موضوعية: المكانة التي أصبح يحتلها كل من عقدي الامتياز والتأجير في المنظومة القانونية الجزائرية وفعالية هذه الآليات في تسيير المرفق العام.

إن الهدف من هذه الدراسة هو إبراز الدور الفعال لهذين الأسلوبين الذين يعتبران منطلقا مهما لتحديث وتطوير المرفق العام في ظل تزايد دور الدولة ونمو الوعي المدني.

[1] - G.Dupuis,M.J Guedon,p,chretien,droit administratif,6èmeéd,A.COLIN,paris,1998,p:145.

[2] - Carole chenuaud .Frazier , la Notion de délégation de service public ,Revue de droit public n°01,1995,p:188.

✓ **أهداف علمية:** تزويد المكتبة الجامعية بمرجع يمكنه إثراء هذا الموضوع مستقبلا نظرا لغياب المراجع والدراسات المتخصصة في الجزائر لموضوع المرفق العام رغم أهميته البالغة.

✓ **أهداف عملية:** التطرق لطرق تسيير المرفق العام ومدى تأثير التحولات الجذرية التي عرفتها الجزائر بعد سنة 1989 على تسييره، والوقوف على التجربة الجزائرية في تفعيل عقدي الامتياز والتأجير وكيفية تأطيرها لتناقضات المرفق العام الحديثة.

✓ **الصعوبات:** ندرة المراجع والكتابات المتخصصة في مجال عقود الامتياز والتأجير باستثناء بعض المذكرات التي عالجت هذا الموضوع.

– تناقض الطبيعة القانونية لعقدي الامتياز والتأجير.

– اقتصار المراجع المتخصصة في هذا الموضوع في الجزائر على أسلوب الامتياز بصفة عامة وبصورة محتشمة وإهمال أسلوب التأجير الذي تكاد أن تكون الدراسات بشأنه منعدمة.

✓ **<u>الإشكالية</u>** : يعتبر المرفق العام من أهم أوجه تدخل الدولة في حياة الجماعة من خلال تقديم خدمات للمواطنين وتحقيق المنفعة العامة وبالتالي تعتبر هذه المرافق هياكل مرتبطة بالدولة لا يمكن أن تسير إلا بها، وهذا ما دفعنا لدراسة أهم الطرق المستحدثة في تسيير هذه المرافق وتبيان مدى فعاليتها وذلك من خلال دراستنا لعقدي الامتياز والتأجير، و من هنا ارتأينا طرح التساؤل التالي:

ما مدى أهمية عقدي الامتياز والتأجير في تفعيل دور المرفق العام وحسن سيره ؟.

معتمدين في هذا البحث على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي مع الاستعانة بالمنهج المقارن في بعض الجزئيات البسيطة كلما استدعت الضرورة لذلك.

وعلى هذا الأساس سنقسم دراستنا إلى فصلين :

إذ خصصنا في الفصل الأول النظام القانوني لعقدي الامتياز والتأجير متطرقين في المبحث الأول للطبيعة القانونية لكل من العقدين والمبحث الثاني إلى إبرام ونهاية كل منهما.

ونتناول في فصل ثان واقع تسيير المرافق العامة من خلال عقدي الامتياز والتأجير مبرزين في المبحث الأول دورهما في سير المرافق العامة، أما المبحث الثاني فيخصص للمنازعات الناشئة عن العقدين وكيفية تسويتها.

الفصل الأول

النظام القانوني لعقدي الامتياز والتأجير

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعقدي الامتياز والتأجير

المطلب الأول: الطبيعة التعاقدية والتنظيمية لعقدي الامتياز والتأجير

المطلب الثاني: الطبيعة المزدوجة والمختلطة لعقدي الامتياز والتأجير

المبحث الثاني: إبرام وانتهاء عقدي الامتياز والتأجير

المطلب الأول: مراحل إبرام عقد الامتياز

المطلب الثاني : تنفيذ وانتهاء عقدي الامتياز والتأجير

أثبت التسيير المباشر كأقدم طريقة اعتمدتها الإدارة في تسيير المرافق العامة لتقديم خدمات مباشرة للمجتمع، محدوديته في تلبية حاجات المواطنين وكذا تحمل المرافق العامة لنقائص التسيير العمومي، كما عجز هذا التسيير في السيطرة على جميع المرافق العامة في ظل انفتاح السوق وتوجه الدولة نحو النظام الليبرالي وكذا العولمة التي زادت من نمو الوعي المدني للمواطنين ما فرض ضرورة إصلاح المرافق العامة (الإدارة) لتواكب هذه الأخيرة التحولات التي عرفتها الجزائر خاصة بعد 1989، في محاولة لزيادة فعالية المرافق العامة.

ولهذا لجأت الدولة لإيجاد طرق تتماشى والتحول الجذري الذي عرفته الجزائر تمثلت في عقد الامتياز الذي هو محور دراستنا إلى جانب عقد التأجير كوجه آخر لعقد الامتياز نظرا لخضوعهما لنظام قانوني واحد، لكن دراستنا تنصب حول الأصل العام وهو **الامتياز**، لذلك سنخصص هذا الفصل للنظام القانوني للعقدين متناولين في المبحث الأول الطبيعة القانونية لعقدي الامتياز والتأجير وفي المبحث الثاني إبرام العقدين ونهايتهما.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعقدي الامتياز والتأجير

لقد طرحت الطبيعة القانونية الخاصة لعقدي الامتياز والتأجير الكثير من التصرفات القانونية الجديدة التي كانت محل اهتمام لكثير من الدراسات، مما أدى إلى اعتبارها عقدا مستقلا أي عقدا متميزا بذاته، على غرار كونها عمل تنظيمي من أعمال الإدارة ، بالتالي ونظرا للغموض والاختلاف الذي شاب هذه الطبيعة المتميزة كان لزاما علينا التطرق للطبيعة القانونية للامتياز والتأجير في هذا المبحث من خلال مطلبين خصصنا المطلب الأول للامتياز والتأجير بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة التنظيمية والمطلب الثاني للامتياز والتأجير بين طبيعته الازدواجية وكونه عملا مختلط محاولين بذلك الكشف عن البعض من هذا الغموض والتعقيد.

المطلب الأول: الطبيعة التعاقدية والتنظيمية لعقدي الامتياز والتأجير

يرى أصحاب نظرية الطبيعة التعاقدية للامتياز و التأجير أن العلاقة التي تنشأ أساسا بين صاحب الامتياز وبين الإدارة، يمكن اعتبارها عقدا إداريا منتجا لآثاره القانونية أي تترتب عليها التزامات وتنتج عنها حقوق[1].

أما أصحاب نظرية الطبيعة التنظيمية للامتياز والتأجير يرون عكس ذلك، إذ يعتبرون الامتياز مجرد عمل تنظيمي أي دوره تنظيم العلاقة بين الملتزم والمرتفقين من أجل تحقيق المصلحة العامة[2].

الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية لعقدي الامتياز والتأجير

ظهرت نظرية الطبيعة التعاقدية للامتياز والتأجير في فرنسا في أواخر القرن 19وبداية القرن 20 مفادها أن الامتياز عقد بالمعنى الصحيح واعتبر كذلك لأنه يحظى بموافقة ورضا الملتزم، فهو عقد إداري ثنائيا ملزم للجانبين أي أنه يحدد الحقوق والالتزامات

[1] – بن شعلال الحميد، عقد الامتياز كآلية لخوصصة تسيير المرفق العام في الجزائر، الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، القطب الجامعي تاسوست (جيجل) يومي 30 نوفمبر و 01 ديسمبر 2011، ص70.

[2] –بن شعلال الحميد، المرجع السابق، ص69.

المتبادلة بين الملتزم والإدارة المانحة للامتياز، وبهذا يعد الامتياز عقدا إداريا منتجا لآثاره القانونية أي تتحدد فيه حقوق وواجبات أطرافه، على اعتبار أن العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص قانون عام قصد استغلال مرفق عام أو تسييره وتنظيمه تظهر فيه نية إتباع أساليب القانون العام وأحكامه[1].

برر أصحاب هذه النظرية، الطبيعة التعاقدية للشروط التنظيمية التي تحكم سير المرفق العام في أن اللائحة المعدة من قبل الإدارة قد استغرقت في دفتر الشروط الذي تتحول طبيعته من تنظيمية إلى تعاقدية بمجرد رضاء الملتزم بما ورد فيه، في حين قاموا باستعارة فكرة الاشتراط لمصلحة الغير تفسيرا لمسألة تنظيم المرفق العام لصالح المنتفعين المستقبلين على أساس أن الإدارة حين إبرامها لعقد الامتياز الإداري اشترطت تقديم الخدمة لصالح المنتفعين بخدمات المرفق العام، وعليه يكون دور الملتزم بمثابة دور الواعد[2]

وإن حاول أصحاب هذه النظرية تبرير رأيهم، إلا أنه لم يجد الصدى الذي يؤهله الخلود، فقد تعرضت لانتقادات حادة وهجرت لسببين أساسيين :

– أن الامتياز لا يمكن أن يكون اشتراطا لمصلحة الغير لأن الاشتراط لمصلحة الغير يكون فيه المشترط لأجله معينا شخصيا، لكن في الامتياز لا يمكن أن يكون هناك تحديد شخصي للمنتفعين من خدمات المرفق موضوع الامتياز[3].

– أن الإدارة هي صاحبة المرفق العام وهي المسؤولة عن إدارته، لهذا فإن قواعد وشروط تسييره من اختصاصها ولا يمكن أن تكون محل تعاقد، لهذا فهي تكتسي طابعا تنظيميا [4].

طغت الطبيعة التعاقدية لعقد الامتياز منذ بداية القرن 20 لأن الاتفاق المتبادل بين صاحب الامتياز والسلطة المانحة لا يمكن إلا أن يكون عقدا، كما أن عقد الامتياز يتضمن

[1] – بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 76.

[2] – آكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة تيزي وزو 2013، ص 73–74.

[3]– ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، ص 176.

[4]– سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة العاشرة، مصر، 1979، ص 93.

خصوصية تتعلق بالمستفيدين من خدمات المرفق العام التي تضمن حقوقهم في الحاضر وفي المستقبل فالامتياز يتضمن بنود لمصلحتهم، وإذا كان الامتياز عقدا فهل هو عقد إداري ذو طبيعة ومميزات خاصة أم عقد عادي؟

أولا: عقد الامتياز عقد إداري

يعتبر عقد الامتياز عقدا إداريا لتوافره على جميع شروط العقد الإداري ألا وهي:

أ-أن يكون أحد أطراف العقد شخصاعاما : كالدولة أو الجماعات الإقليمية المحلية أو المؤسسات العمومية ذات طابع إداري حسب ما جاء في نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[1]، أماّ إذا أبرمه شخصان عاديان فلا يمكن اعتباره عقدا إداريا

إلا أن هناك عقود إدارية طرفا العقد فيها من أشخاص القانون الخاص رغم ذلك فإن القاضي الإداري يعتبرها عقود إدارية، ويحدث هذا في حال قيام الشخص الخاص بتمثيل الشخص العام عند إبرام العقد باسمه و لحسابه، لكن هذا المعيار انتقد على أساس أن الأشخاص العمومية قد تبرم عقود في ظل القانون الخاص عندما تقتضي المصلحة العامة ذلك[2].

ب- اتصال العقود الإدارية بالمرافق العامة: لا يصبغ العقد المبرم من قبل الإدارة بالصبغة الإدارية إلا متى كان على اتصال بالمرفق العام[3]، أي أن يكون موضوع العقد في جميع الأحوال متصلا بمرفق عام يتعلق بتنظيمه أو تشغيله أو المساهمة في أعماله[4].

[1] -القانون 09/08، المؤرخ في 25 فيفري2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد21 الصادرة بتاريخ 23أفريل 2008.

[2] – مولود ديدان، القانون الإداري، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2014، ص 164 .

[3] – بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 77.

[4] – ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 47.

ج- للشخص القانوني العام أن يختار وسائل القانون العام: إذ يحتوي العقد على شروط غير مألوفة، ويقصد بها الشروط المحركة لصلاحيات وامتيازات السلطة العامة والتي تشكل بندا استثنائيا وغير مألوف في عقود القانون الخاص[1].

ثانيا: عقد الامتياز عقد عادي

لقد كان لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير، النابعة من القانون الخاص دورها الأساسي في إضفاء الطابع التعاقدي على الامتياز المرفقي، بحيث تكون الجماعة العامة هي المشترط وصاحب الامتياز هو الفريق الذي يقع عليه موجب تنفيذ الشرط أما الغير فهو المنتفع[2] (المرتفقين).

الفرع الثاني: الطبيعة التنظيمية لعقدي الامتياز والتأجير

إن الدولة بمؤسساتها المختلفة هي المكلفة من حيث المبدأ بإدارة المرافق بهدف تحقيق المصلحة العامة، فإذا ما عهدت بالإدارة إلى غيرها من أشخاص القانون الخاص فإنه يكون معاونا لها في الإدارة والتسيير لا في الصلاحيات حول المرفق، فاختصاص التنظيم يبقى للإدارة مانحة الامتياز التي هي دائما المسؤولة عن المرفق العام مهما كان من يقوم بتسييره .

ومن هنا فعقد الامتياز يندرج ضمن الأعمال التنظيمية التي تستعملها الإدارة لتسيير مرافقها وهو يفتقد للطابع التعاقدي[3]، فالإدارة تبقى محتفظة بصلاحية التدخل في تنظيم شؤون المرفق محل الالتزام كلما اقتضت الضرورة ذلك كما بإمكانها توقيع الجزاء على الملتزم الذي قد يصل إلى فسخ العقد في حال إخلاله بأي شرط من شروط الالتزام .

يتضمن الامتياز أحكاما تنظيمية أكثر منها تعاقدية، متولدة عن الإرادة المنفردة للسلطة العمومية، وبذلك ليس لصاحب الامتياز أي إرادة في التفاوض حول العقد وأحكامه

---

[1] - مولود ديدان، مرجع سابق، ص 164.

[2] - ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية (حالة عقود الامتياز)، مرجع سابق ص 178- 179.

[3] - المرجع نفسه ، ص 180 .

التنظيمية، فهو إما يقبل به كما هو أو يرفضه، وبذلك فهو يقترب إلى العمل التنظيمي أكثر منه إلى العمل التعاقدي الذي يقوم على إرادتين متساويتين[1].

المطلب الثاني: الطبيعة المزدوجة والمختلطة لعقدي الامتياز والتأجير

قد يتبادر إلى الأذهان في الوهلة الأولى أن مصطلح الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز هو نفسه العمل المختلط أي أن لكليهما نفس المدلول القانوني، إلا أن الطبيعة المزدوجة تختلف كل الاختلاف عن العمل المختلط وهو ما سنقوم بتوضيحه .

الفرع الأول: الطبيعة المزدوجة لعقدي الامتياز والتأجير

بنيت نظرية الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز الإداري على أساس أن عقد الامتياز عمل مزدوج له مظهران(شقان): مظهر تعاقدي يجسد العلاقة بين الملتزم والإدارة المانحة للامتياز، ومظهر تنظيمي يحكم العلاقة بين الملتزم والمنتفعين بخدمات المرفق محل العقد أي تصرف الامتياز هو بمثابة قانون المرفق تحكمه أحكام تنظيمية، وبالتالي يترجم الامتياز على أنه عقد في إطار العلاقة بين الإدارة المانحة للامتياز والملتزم، وعلى أنه تنظيم في إطار العلاقة بين الملتزم والمنتفعين[2] ،ويفسر ذلك أن الإدارة عند تعاقدها مع أي طرف آخر(شخص عام أو خاص) فإنها تلجأ إلى دفتر شروط يكون بمثابة قانون عمل بينما الجانب التنظيمي لا يحتاج لذلك.

لم تسلم هذه النظرية من النقد حيث يعاب عليها اعتبارها للعلاقة بين الإدارة المانحة للامتياز والملتزم علاقة عقدية بحتة، ما يعرقل إمكانية الإدارة في التدخل لتعديل القواعد المتعلقة بتنظيم المرفق بإرادتها المنفردة ما يؤدي إلى تجميد حسن سير المرفق العام[3]وهو ما يتعارض مع نظرية المجالات التعاقدية في القانون العام التي تأبى أن يكون تنظيم المرفق العام ذاته محلا للعقد.

[1] – ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، مرجع سابق، ص 175.

[2] –آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 75– 76.

[3] – المرجع نفسه، ص 76.

كما وصفت الوضعية القانونية للامتياز في هذه النظرية بالمعقدة إذ أن عقد الامتياز فيها يتضمن التعاون بين صاحب الامتياز والإدارة المانحة صاحبة السلطة الإدارية، ما يتطلب تحقيق مصلحتين الأولى هي مصلحة صاحب الامتياز الذي يسير المرفق العام والثانية تحقيق المصلحة العامة.[1] ما يدفعنا للقول أنه من غير الممكن أن يكون العمل القانوني واحد وذا طبيعة قانونية مزدوجة.

وأمام الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية، ظهرت نظرية أخرى وهي نظرية الطبيعة المختلطة .

الفرع الثاني: الطبيعة المختلطة لعقدي الامتياز والتأجير

اعتبرت الدراسات الحديثة عقود الامتياز تصرفا مختلطا يتضمن نوعين من الأحكام: أحكام تنظيمية وأخرى تعاقدية وهذا التقسيم الثنائي لا يقودنا بالضرورة إلى الكلام عن الطبيعة المزدوجة، ذلك لأن طبيعة العمل المختلط تتماشى وأنواع الشروط التي يمكن تمييزها في محتواه، فالأحكام التنظيمية تواجه كل من الملتزم والمنتفعين على حد سواء في تنظيم وتسيير المرفق بانتظام واطراد، وفيما يخص الجانب التعاقدي، فالإدارة تتنازل عن بعض امتيازاتها للملتزم مقابل إدارته للمرفق العام، وتكون هذه الشروط محل مفاوضات بين طرفي العقد ولا تعني المنتفعين بأي شكل من الأشكال، فهي نفس طريقة التعاقد في القانون الخاص (العقد شريعة المتعاقدين) طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري، وحسب رأي بعض الفقهاء فان الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز تجمع بين مبادئ التعاقد في القانون الإداري والقانون الخاص.

إن موضوع الطبيعة المختلطة يقوم أساسا على مصلحتين متعارضتين الأولى وهي تحقيق المصلحة العامة عن طريق تسيير مرفق عام وتحقيق الخدمة العمومية التي تسهر

[1] – ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية (حالة عقود الامتياز)، مرجع سابق ص 181 .

الإدارة العامة على حمايتها، والثانية مصلحة خاصة تهم الملتزم وتتمثل في المقابل المالي وهو الدافع الأساسي إلى تعاقده مع الإدارة التي تكون مسؤولة عن حماية حقوقه المالية.[1]

إن نظرية العمل المختلط تحظى بإجماع كبير بين مجموعة من الدول العربية مثل مصر والجزائر اللتان أخذتا بالمنهج الفرنسي، ولأن الامتياز عمل مختلط فهو يحتوي على شروط تنظيمية وشروط تعاقدية . [2]

أولا: الشروط التنظيمية:

لا يقتصر أثرها على الملتزم بل تمتد إلى المنتفعين خاصة تلك المتعلقة بتنظيم المرفق العام وهي تخص شروط وكيفيات تنظيم وتسيير المرفق العام مثل شروط الاستغلال المباشر كتحديد الأجر، وضعية العمال.

وحسب الفقيه A. De Laubadère فهي نفس الشروط التي نجدها في نظام الاستغلال المباشر وهذه الشروط تحددها الإدارة مسبقا في دفتر الشروط وهي غير قابلة للنقاش من طرف المتعاقد معها كما لها سلطة التدخل لتعديلها بالزيادة أو النقصان في أي وقت حفاظا على المصلحة العامة وضمانا لاستمرارية تسيير المرفق العام على أحسن وجه[3] وتتمثل هذه الشروط في:

أ- **شروط الاستغلال والتسيير:** وتحدد في دفتر الشروط من طرف السلطة مانحة الامتياز لضمان حسن سير المرفق العام، ومثال ذلك دفتر الشروط الخاص باستغلال الخدمات الجوية للنقل العمومي الممنوح لشركة ((الخليفة للطيران)) الذي تضمن شروط الاستغلال كبرنامج الاستغلال، إدارة الاستغلال، أمن الاستغلال، كيفيات نقل المسافرين والشحن حيث

[1] – محمد سعيدي، عقد الامتياز وعقد التأجير كأداة لتسيير المرفق العام، رسالة ماستر في الحقوق، جامعة ورقلة 2014 -2015، ص 13.

[2] – ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، مرجع سابق، ص 123 .

[3] – إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT، دراسة مقارنة ،الطبعة الأولى، مؤسسة طوبجي، القاهرة، مصر سنة 2003، ص20.

نصت المادة 12 منه " يجب على صاحب الامتياز الخليفة للطيران أن يتوفر على تنظيم دائم من شانه التكفل بالمسافرين والشحن وضمان نقلهم طبقا لقواعد النقل الجوي[1].

ب- **الأجر (الرسم):** وهي الإتاوة التي يتحصل عليها صاحب الامتياز من جمهور المنتفعين من خدمات المرفق العمومي بحيث لا يمكن للملتزم أن يتجاوز سقف هذه الإتاوة لأنها محددة سلفا من الإدارة المانحة للامتياز ومن أمثلة ذلك قانون رقم 08 / 14 المعدل والمتمم للقانون رقم 90 / 30 المتعلق بالأملاك الوطنية للأجر الذي يتقاضاه الملتزم[2].

ج- **وضعية العمال** / من المعلوم أن العمال في عقد الامتياز تربطهم علاقة عمل بصاحب الامتياز بحيث يخضعون للقانون الخاص ولكن لتحقيق المصلحة العامة،

ولقد اعتبرت الإدارة وضعية العمال من بين الشروط التنظيمية هذا ما جعلها تتدخل وتنص بعض القواعد في دفتر الشروط التي تخص نظام عمال صاحب الامتياز وتجعلهم يتقربون من نظام الأعوان العموميون أكثر من نظام العمال العاديين. ومن أمثلة ذلك دفتر الشروط الخاص بامتياز استغلال الخدمات الجوية للنقل العمومي الممنوح لشركة " أنتينيا " للطيران بموجب المرسوم التنفيذي رقم 02 / 41 في المادة 08 منها التي نصت "يجب على صاحب الامتياز "أنتينيا للطيران" السهر على ما يأتي- أن يتوفر مستخدموه على جميع الضمانات من حيث الطاقات المهنية والمعنوية – أن يتوفر المستخدمون الملاحون والمستخدمون المكلفون بالصيانة والاستغلال التقني على المتطلبات التنظيمية التي تحكمهم"[3].

---

[1] -المرسوم التنفيذي 40/02، المؤرخ في 14يناير2002، المتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران " الخليفة للطيران " وكذا دفتر الشروط المرافق لها، الجريدة الرسمية، العدد 04، سنة 2002 ص 08.

[2] -القانون 30/90 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد44، 2008، ص15.

[3] -المرسوم التنفيذي رقم 41/02 المؤرخ في 14 يناير 2002،المتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "أنتينيا للطيران "وكذا دفتر الشروط المرفق لها،الجريدة الرسمية، العدد 04،لسنة 2002،ص12.

ثانيا: الشروط التعاقدية

1- **الامتيازات المالية:** تتمثل في إعانات الدولة، المساعدات المالية والضمانات والوعود التي تقدمها الإدارة مانحة الامتياز للشخص المتعاقد معها في حالة نجاحه في تسيير المرفق العام كما يمكن لصاحب الامتياز الحصول على شرط عدم تعاقد الإدارة المانحة للامتياز مع ملتزم آخر ينافسه في استغلاله لنفس المرفق العمومي.

ومن أمثلة الامتيازات المالية في الجزائر ما تضمنه المرسوم التنفيذي رقم 01/89 المتضمن تحديد دفاتر الشروط المتعلق بالامتياز في احتكار الدولة للتجارة الخارجية في الملحق 2 منه المتضمن دفتر الشروط النموذجي المطبق على دواوين التنظيم و الهيئات العمومية الأخرى حيث نصت المادة 06 منه :"يستفيد صاحب الامتياز بمقتضى الامتياز مخطط مخصصات بالعملة الأجنبية قصد تحقيق الاستيرادات موضوع الالتزام"[1]

2- **مدة الامتياز:** عقد الامتياز من العقود محددة المدة، فهو عقد زمني وليس بالعقد المؤبد[2]، وهذا ما يمنح للإدارة سلطة تنظيم وتسيير المرفق وتختلف هذه المدة من عقد لآخر حسب أهمية المرفق كما تحدد هذه المدة في دفتر الشروط باتفاق الطرفين وينتهي الامتياز بانتهائها.

كما يمكن أن تنتهي قبل نهاية المدة المتفق عليها لأسباب استثنائية، أو كعقوبة نتيجة أخطاء، أو بصفة انفرادية، أو عن طريق الاتفاق[3].

3- **التوازن المالي للعقد:** تتدخل السلطة المانحة للامتياز لإعادة التوازن المالي للعقد عن طريق تقديم مساعدات أو تعويضات مالية للمتعاقد معها بهدف الحفاظ على استمرارية المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة وذلك بسبب ما قد يتعرض له صاحب الامتياز من

[1] -بن محياوي سارة، النظام القانوني لعقد الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة بسكرة 2012-2013، ص 09.

[2] -عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، ط4، الجزائر، 2011، ص 109.

[3] - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، مرجع سابق، ص 183.

خسارة غير متوقعة أو بسبب التعديل الفردي لدفتر الشروط من طرف الإدارة مانحة الامتياز.[1]

وقد لاقت نظرية الطبيعة المختلطة صدى واسعا وتعتبر الأكثر قبولا لتبرير الطبيعة القانونية لعقد الامتياز الإداري، وهو ما أخذت به العديد من الدول أمثال فرنسا، مصر والجزائر.

إلا أنه ما يمكن ملاحظته أن اعتبار عقد الامتياز عمل مختلط فكرة منتقدة جدا من بعض الباحثين في الجزائر ، فالامتياز لا يعد فقط اتحاد لعناصر لائحية وعناصر اتفاقية، بل يشمل أيضا تركيب أدوات القانون العام و أدوات القانون الخاص، وهنا تبرز بوضوح طبيعة الامتياز في الجزائر مختلفة تماما عن الطبيعة المختلطة كما أن هناك فرق بين العمل المختلط والعمل المركب[3].

ويدفع هذا الاتجاه أن الامتياز في نشاط الإدارة الجزائرية في شقه التعاقدي يحتوي على علاقة تعاقدية ذات طابع إداري بين الإدارة المانحة للامتياز والملتزم مستمدة من إرادة المشرع، حيث أطلق عليه وصف العقد الإداري، إلى جانب علاقة تعاقدية ذات طابع مدني والتي تظهر من خلال التعليمة الوزارية 842/394 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، التي نصت تحت عنوان طبيعة وموضوع عقد الامتياز على أنه :"...**يتميز عقد الامتياز بكونه يحتوي على نوعين من الشروط، شروط تعاقدية تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين**" بالإضافة إلى ما نصت عليه تحت عنوان آثار الامتياز: "**الامتياز يعتبر عملا قانونيا مركبا يتضمن شروط اتفاقية وشروط تنظيمية** "[2].

[1] – بن محياوي سارة، مرجع سابق، ص 09 – 10 .

[2] – التعليمة الوزارية رقم 842/394 الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري موجهة إلى السادة الولاة بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر، رؤساء المجالس الشعبية، ورؤساء المندوبية التنفيذية، صادرة بتاريخ 1994/09/07.

المبحث الثاني: إبرام وانتهاء عقدي الامتياز والتأجير

إن عقود الامتياز والتأجير تحكمها وتميزها عدة قواعد ومبادئ أساسية تطبق على جميع مراحل إنشائها بداية بإبرام العقد مرورا بطرق اختيار صاحب الالتزام إلى الوثائق الواجب توافرها وكذا تنفيذه وصولا إلى انتهاء العقد.

المطلب الأول: مراحل إبرام عقد الامتياز

يعد حسن اختيار صاحب الالتزام أو المسير عنصرا أساسيا لسير المرفق العام لأنه من أهم أركان العقد إذ أن نشأة الامتياز أو التأجير تنطلق أساسا من اختيار صاحب الالتزام.

لذلك سنتناول في هذا المطلب (طرق اختيار صاحب الامتياز) مرورا بانعقاد عقد الامتياز وصولا إلى الوثائق الواجب توافرها لإبرام هذا العقد.

الفرع الأول : مرحلة اختيار صاحب الامتياز

إن الهدف من وضع قواعد لاختيار صاحب الامتياز هو تمكين الإدارة من اختيار أفضل العروض من الناحية الفنية والمالية، أي اختيار أحسن العارضين كي يقوم بإنشاء المرفق العام أو إدارته أو استغلاله وصيانته، ويتحقق ذلك من خلال تطبيق مبادئ العقلانية والشفافية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة [1]،ورغم الأهمية الكبيرة لهذه المرحلة إلا أن القانون لم ينظمها، حيث لم يضع أي نص يعالج كيفية منح عقد الامتياز.

وعليه تركت السلطة التقديرية في اختيار الملتزم للإدارة المانحة للامتياز، التي تعتمد في ذلك على شخص الملتزم الذي يقدم أفضل خدمة من خلال مؤهلاته التقنية وإمكانياته المالية وبالتالي يعتبر عقد الامتياز عقد ذو **طابع شخصي** ما لا يسمح للملتزم التنازل عليه لشخص آخر دون الموافقة المسبقة للإدارة المانحة للامتياز، على العكس من ذلك فقد نظم المشرع الجزائري عقد الامتياز لكن في شكل أحكام متفرقة تخص بعض المرافق الهامة لكنه

[1]– ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، مرجع سابق، ص 186.

لم يفرد عقد الامتياز بنظام قانوني خاص فهو إلى الآن يعتبر من **العقود الإدارية غير المسماة** [1].

على أن اختيار صاحب الامتياز مستثنى في بعض الحالات بموجب قواعد تنيط احتكار بعض الأشخاص لإدارة بعض المرافق، مثل ما تناوله قانون المحروقات، الذي منح الامتياز للشركة الوطنية سونطراك أو أحد فروعها، أو ببعض الأحكام التقييدية بفرض الجنسية في شخص الملتزم[2].

وفي ظل غياب نص قانوني خاص بتنظيم كيفية منح الامتياز حتى ضمن قانون الصفقات العمومية الصادر بموجب (المرسوم التنفيذي 10 / 236) على اعتبار أنه من العقود الإدارية، كان للإدارة سلطة تقديرية واسعة في اختيار الملتزم بحيث لا تخضع في معايير منح الامتياز لمعايير عقود الصفقات العمومية[3].

لقد أفرزت مقتضيات المنافسة ضرورة تقييد الإدارة في اختيار صاحب الامتياز ضمانا لحسن الاختيار وضمانا لتنفيذ خدمات المرفق بأكمل صورة ممكنة لأن المنافسة بالدرجة الأولى هدفها ضمان اختيار الأحسن لتسيير المرفق.

وبالرجوع للتعليمة الوزارية 842/394 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، نلاحظ أن هناك تحولا رافق التوجه نحو اعتماد إجراءات جديدة وهي أساسية في عقود الصفقات العمومية تكمن في المزايدات التي تضمن منافسة فعالة على أسس ومعايير

---

[1] –**العقود الإدارية غير المسماة** هي العقود التي تعتبر كذلك وفقا لخصائصها الذاتية وليس بتحديد المشرع، ذلك لأن شروط العقد الإداري وأركانه انطبقت عليها ومن أمثلتها عقد الامتياز، أما **العقود الإدارية المسماة** هي العقود التي لها مسميات شائعة ،حيث يحدد المشرع لكل عقد منها اسمه المعروف ونظامه القانوني المعروف، مثل عقود التوريد ،الخدمات الأشغال العامة .....لمزيد من التفاصيل راجع: **نواف كنعان**، القانون الإداري ((الكتاب الثاني)) ،الوظيفة العامة – القرارات الإدارية – العقود الإدارية – الأموال العامة ،الطبعة الأولى، الإصدار السادس، دار الثقافة للنشر والتوزيع،2009 ص322.

[2] – آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 62.

[3] – محمد سعيدي، مرجع سابق، ص 15.

موضوعية تعدها الإدارة مسبقا وبالتالي تحقيق مبادئ العقلانية، الشفافية وتكافؤ الفرص والمساواة فضلا عن حرية المنافسة التي تتجسد عن طريق الإشهار[1].

كما حاول المشرع مؤخرا ضبط كيفية منح بعض عقود الامتياز بواسطة المراسيم أي منح الامتياز مع إرفاقه بالمرسوم ذاته.

ومن أمثلة المراسيم التي أصدرت لمنح امتيازات في قطاعات معينة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

- ✓ المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة[2] .

الفرع الثاني: إعداد وثائق العقد

من أجل إتمام عقد الامتياز لابد من توافر وثيقتين أساسيتين تحتويان على عناصر متعددة تحدد بموجبها حقوق والتزامات طرفي العقد كما تبين قواعد وأسس تسيير واستغلال المرفق العام محل الامتياز.

أولا: وثيقة العقد

وتتمثل هذه الوثيقة في الاتفاق المبرم بين الجهة الإدارية مانحة الامتياز والملتزم طبقا لما ينص عليه دفتر الشروط، حيث تشكل اتفاقية الامتياز الجزء الأقصر في الامتياز فتكون في الغالب مختصرة ومتضمنة للمبادئ العامة والخطوط العريضة التي اتفق عليها طرفا عقد الامتياز[3]، حيث تقتصر على تحديد أطراف العقد (الإدارة مانحة الامتياز وصاحب الامتياز) بصفة دقيقة وضبط مضمون الاتفاق الذي يتمثل في التزام الإدارة مانحة الامتياز بتسليم إدارة المرفق العام للملتزم لتسييره عن طريق الامتياز وبالمقابل التزام صاحب الامتياز باستغلال المرفق وفقا لقواعد دفتر الشروط[4].

---

[1] – التعليمة الوزارية رقم 394 /842، سابقة الذكر .

[2] – المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 المتعلق بامتياز الطرق السريعة، الجريدة الرسمية، العدد 55، لسنة 1996، ص08.

[3] – بن محياوي سارة، مرجع سابق، ص31.

[4] – ضريفي نادية، تسيير المرفق والتحولات الجديدة، مرجع سابق، ص 188– 189 .

ثانيا: دفتر الشروط

يعتبر دفتر الشروط الركيزة والدعامة الأساسية التي ينطوي عقد الامتياز تحت لوائها ويعد هذا الدفتر من قبل الإدارة مانحة الامتياز ويجب على المتعاقد مع الإدارة أن يحترم الشروط الواردة فيها التي تكون في أغلب الأحيان غير قابلة للمناقشة لأنه يصادق عليها مسبقا[1] وعليه فهو وثيقة هامة تضعها الإدارة لتحدد بموجبه شروط وقواعد تسيير المرفق العمومي، كما ينصب أيضا على تحديد موضوع عقد الامتياز، وحقوق ووجبات الأطراف المتعاقدة وقابليته أو عدم قابليته للتجديد وكيفيات ذلك.

كما يعتبر دفتر الشروط صورة سابقة عن عقد الامتياز وخطوة أولية للإعلان عن رغبة الإدارة في إبرامه حيث نصت المادة 04 فقرة أولى من القانون 03 / 02 المؤرخ في 17 فبراير 2003 المحدد للقواعد العامة لاستعمال واستغلال السياحيين للشواطئ، <<ويحدد دفتر الشروط المواصفات التقنية والإدارية والمالية للامتياز وتتم المصادقة عليه عن طريق التنظيم[2]>>.

كما نصت المادة 64 مكرر فقرة 02 من القانون رقم 08 / 14 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المعدل والمتمم للقانون رقم 30/90 المتضمن للأملاك الوطنية على أنه: << يحدد دفتر الشروط المتعلق بمنح الامتياز الشروط الخاصة التي يجب أن تتوفر لأخذ متطلبات الخدمة العمومية بعين الاعتبار >>[3].

وكذلك نصت المادة 11 من المرسوم التنفيذي 07 / 342 المؤرخ في 07 نوفمبر 2007 المحدد لإجراءات منح الامتياز نقل المحروقات بواسطة الأنابيب وسحبه: << يجب

[1] – زعيم إيمان، الطرق المستحدثة لإدارة وتسيير المرافق العامة(عقد البوت نموذجا)، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة بسكرة، 2013– 2014، ص 30.

[2] – القانون رقم 03 / 02 المؤرخ في 17 فبراير 2003 المحدد للقواعد العامة لاستعمال واستغلال السياحيين للشواطئ الجريدة الرسمية، العدد 11، لسنة 2003، ص 10 .

[3] – القانون رقم 08 / 14،المؤرخ في 20جويلية 2008، المعدل والمتمم للقانون 90 / 30،المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية عدد11، سنة 2008، ص 15 .

أن يتضمن دفتر الشروط المنصوص عليه في المادة 06 أعلاه لاسيما البنود التالية: موضوع الامتياز – مدة الامتياز – مسؤولية صاحب الامتياز العامة و التقنية والقانونية والمالية – شروط سحب الامتياز >> [1].

وعلى العموم فإن دفاتر الشروط تتوفر على فئتين من الشروط :

- **شروط تعاقدية:** تتعلق بالعلاقة بين صاحب الامتياز والسلطة المانحة الامتياز[2].
- **شروط تنظيمية:** تتمثل في مجموع القواعد التقنية لتسيير وتنظيم المرفق العام محل الامتياز، حيث تختص الإدارة المانحة بوضعها دون تدخل من الملتزم. ويمكن تحديد هذه الشروط كما يلي:

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

[1] – المرسوم التنفيذي، رقم 07 / 342، المؤرخ في 07 نوفمبر 2007، المحدد لإجراءات منح امتياز نقل المحروقات بواسطة الأنابيب وسحبه، الجريدة الرسمية عدد71، ص 08 .

[2] – ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، ص 190.

إن هذه المجموعة من النقاط التي يتضمنها دفتر الشروط يغلب عليها الطابع التنظيمي وهذا ما يضفي على الامتياز الطابع التنظيمي[1]. ومايضفي على الامتياز الطبيعة المختلطة أيضا كونه مزيج بين الشروط التعاقدية والشروط التنظيمية.

الفرع الثالث: إبرام عقد الامتياز

قبل أن يبرم عقد الامتياز فانه من الضرورة أن يقرر المجلس التداولي سواء بالنسبة للبلدية أو الولاية اعتماد الامتياز كطريقة لتسيير المرفق العام المحلي إذ تنص المادة 155 من قانون البلدية رقم 11 / 10[2]، والمادة 130 من القانون 08/90 المتعلق بالبلدية[3] والمادة 130 القانون رقم 09/90 المتعلق بالولاية [4]،أن منح امتياز المرافق العامة المحلية يكون بموجب مداولة مصادق عليها من المجلس الشعبي البلدي أو الولائي ولا ينعقد إلا بعد مصادقة الوالي المختص إقليميا على العقد المبرم بعد التحقق من سلامة الإجراءات المتخذة ومطابقتها لدفتر الشروط النموذجي وهو ما نصت عليه التعليمة 842/394 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها [5].

يمثل تصديق الوالي على الاتفاق المتضمن عقد الامتياز شكلا من أشكال الرقابة الإدارية[6].

---

[1] – بن محياوي سارة، مرجع سابق، ص 33 .

[2] – المادة 155 من قانون البلدية رقم 11 /10 المؤرخ في 22 يونيو 2011، الجريدة رسمية عدد 37، صادر في 03 يوليو 2011، ص 22 .

[3]– القانون 08/90، مؤرخ في 07 أفريل 1990، يتعلق بالبلدية، الجريدة رسمية عدد 15، الصادر بتاريخ 11أفريل 1990، ملغى .

[4]– القانون 09/90، مؤرخ في 07 أفريل 1990، يتعلق بالولاية، الجريدة رسمية عدد 15، الصادر بتاريخ 11 أفريل 1990، ملغى .

[5] –التعليمة رقم 842/394، سابقة الذكر.

[6] – عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 115.

وهذه المصادقة لا تعني نشوء عقد الامتياز لأنه بالإمكان التراجع عنها أو إلغائها[1].لأن وجود العقد مرتبط بتاريخ إبرامه لا بالمصادقة عليه .

وبعد أن يقرر المجلس الشعبي التداولي اعتماد الامتياز كطريقة لتسيير المرفق العام المحلي وجب تطبيق جملة من الإجراءات التي تقوم بها الهيئة التنفيذية من إعداد الشروط وتحرير عقد الامتياز النهائي.

الذي يتم عرضه على المجلس التداولي لمناقشة والموافقة عليه لكن العقد لا ينعقد من الناحية القانونية إلا بعد مصادقة الوالي عليه حيث يمثل هذا الإجراء المرحلة الثانية لإبرام عقد الامتياز وهي مرحلة المصادقة من طرف الوالي بموجب قرار، إذ تتمثل الرقابة التي يوقعها الوالي على عقد الامتياز في التحقق من الإجراءات ومطابقتها للنص النموذجي. هذا بالنسبة لتسيير المرفق العام المحلي.

أما بخصوص طريقة تسيير المرفق العام المركزي والتي هي عقود الامتياز التي تبرمها الدولة ممثلة في إحدى وزاراتها فإنها تكون عن طريق مراسيم تنفيذية مثل عقد امتياز الطرق السريعة حيث تنص المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 96 / 308 على أنه << يمكن منح امتياز الطريق السريع لكل شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص الذي يقدم طلبا بذلك >> [2]

كما نصت المادة الثالثة من المرسوم نفسه على كيفية المصادقة على منح هذا الامتياز الخاص بالطرق السريعة بمرسوم يتخذ في مجلس الحكومة.

[1] – بن محياوي سارة، مرجع سابق، ص 30 .

[2]– المادة 02 من المرسوم التنفيذي 96 / 308 المتعلق بامتياز الطرق السريعة، مرجع سابق.

المطلب الثاني: تنفيذ وانتهاء عقدي الامتياز والتأجير

يرتب عقد الامتياز كسائر العقود الأخرى حقوقا والتزامات بالنسبة لأطرافه [1] والمتمثلة في الإدارة المانحة لالتزام والملتزم المتعاقد مع الإدارة والمنتفعين بالمرفق موضوع الالتزام وذلك على اعتبار أن كل حق يقابله واجب على طرف آخر.[2]

وإن كان هذا العقد يمنح الجهة الإدارية المانحة للامتياز من السلطات والامتيازات ما يضمن حسن سير المرفق العام وفرض رقابة على الملتزم وتحقيق المنفعة العامة التي تسهر وتحرص عليها، إلا أن كل هذه الخصوصيات لا تحول دون نهايته، فمهما اختلفت طبيعة العقود، وتباينت أهدافها وتنوعت أطرافها، واستلزم إبرامها من إجراءات ومراحل، فلا بد أن تكون لها مدة محددة يقترن بها تنفيذها بالتالي حلول نهايتها ما لم تعتريها ظروف تعيق استكمالها[3] . وهذا ما سنتطرق له في مطلبنا هذا والذي قسمناه إلى فرعين.

الفرع الأول: تنفيذ الالتزام .

يعد عقد التزام المرافق العامة أو عقد الامتياز من طرق إدارة وتسيير المرافق العامة. وعقد من العقود الإدارية يتمثل في اتفاق الإدارة المتعاقدة أو الملتزمة مع شخص خاص عادة يسمى الملتزم بإدارة وتسيير وتشغيل احد المرافق العامة لمدة معينة مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بالمرفق العام [4] وأثناء تنفيذ هذا العقد تباشر الإدارة سلطات وامتيازات واسعة كما تتصرف آثار هذا التنفيذ للملتزم والمنتفعين من المرفق.

أولا: حقوق الإدارة مانحة الامتياز

يمنح القانون العام للإدارة سلطات تمارسها عند إبرامها لعقد من عقود التسيير أو استغلال المرفق العام، ومن ثم يكون للإدارة مركزا أو بالأحرى وضعية المصلحة المتعاقدة كإدارة عامة يخولها ممارسة واستعمال السلطات الرئيسية التالية:

[1] – عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص 469 .

[2] – ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 197 .

[3] – آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 94 .

[4] – محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص 24 – 25 .

1. سلطة الإشراف والمراقبة.
2. سلطة التعديل.
3. سلطة توقيع الجزاءات.
4. سلطة إنهاء العقد. [1]
5. حق استرداد المرفق قبل نهاية المدة.

أ- **سلطة الإشراف والمراقبة:** إن تسيير المرفق من قبل صاحب الامتياز لا يمنع الإدارة من مباشرة حقها في الرقابة والإشراف على حسن سير المرفق العام فلها أن تمارسها بالشكل والكيفية التي حددها القانون، بهدف رعاية المصلحة العامة والتأكد من أداء الخدمة للجمهور، وغني عن البيان أن سلطة الرقابة هذه لا وجود لها في العقود المدنية وهذا ما يؤكد الطبيعة الخاصة لعقد الامتياز [2] فالإدارة عندما تمارس سلطة الرقابة على صاحب الامتياز ليست في حاجة إلى أن ينص العقد على ذلك، لأن هذه السلطة تجد أساسها في فكرة المرفق العام الذي تسهر الإدارة على حسن سيره في كافة الظروف[3]، ونعني بسلطة رقابة الإدارة على صاحب الامتياز أثناء تنفيذ العقد هو مدى التزامه ببنود الاتفاق ودفتر الشروط، أما سلطة الإشراف والتوجيه فتتعدى الشروط المتفق عليها في دفتر الشروط وتتسم بالطابع التنظيمي للمرفق العام.

ب- سلطة تعديل العقد :بالإرادة المنفردة للإدارة

إن مبدأ مواكبة المرفق العام للتطور من المبادئ الأساسية المستقرة في مجال المرافق العامة، يجعل الحق لمانح الامتياز دائما_ متى اقتضت المنفعة العامة_ أن يعدل

[1] – محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 72 .
[2] – عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 470 .
[3] – مولود ديدان، مرجع سابق، ص 183.

من أحكام سير المرفق العام موضوع الامتياز أو قواعد استغلاله [1] ليس لغرض تغليب مركز طرف على آخر في العقد وإنما لضمان ظروف أفضل وأحسن لأداء الخدمة العمومية.[2]

ومع ذلك ورعاية لحقوق صاحب الامتياز لم تترك هذه السلطة للإدارة في التعديل الانفرادي للعقد مطلقة، بل هي مقيدة بمجموعة من الشروط الجوهرية التي يتوجب عليها مراعاتها عند مباشرتها وتتمثل فيما يلي[3]:

- ألا يمس التعديل بالامتيازات المالية للمتعاقد التي ينص عليها العقد لصالح المتعاقد معها، بحيث يقتصر على الشروط التنظيمية و المتعلقة بتسيير وتنظيم المرفق العام غير أنه يحصل ارتباط بين الشروط التنظيمية والتعاقدية وعليه إن انجر عن تعديل تلك الشروط المالية فإن الإدارة تكون ملزمة عندها بإعادة التوازن المالي للعقد والتعويض.

- أن تمارس التعديلات في إطار العقد الأصلي وألا تؤدي إلى تغيير العقد جذريا بشكل يطال مضمونه الجوهري ويغير من طبيعته.

- لأن التعديل سيكون بموجب قرار إداري صادر عن الإدارة المتعاقدة فانه يجب أن يكون مستوفيا لجميع عناصر المشروعية.

ج- سلطة توقيع الجزاءات:

وتمارس الإدارة هذا الحق عند إخلال الملتزم بأحد الشروط المتعاقد عليها أو تقصيره في تنفيذها على أي وجه من الأوجه سواء بالامتناع الكلي عن التنفيذ أو التأخر فيه أو بالتنفيذ السيئ، وتمارس هذه السلطة بصفة انفرادية من الإدارة بعد توجيه إعذارات لصاحب الامتياز لتصحيح أخطائه.[4]

---

[1] – ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 199 .

[2] – عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، طبعة 4، مرجع سابق، ص 110.

5- بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 102.

[4] –محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2010، ص 130 .

مع العلم أنه لا يجوز لصاحب الامتياز في أي وقت من الأوقات التذرع بخطأ الإدارة لتوقيف التزاماته التعاقدية فهو يبقى ملزما بتنفيذها لغاية البث في النزاع من طرف القاضي.

وتكون الجزاءات إما مالية أو قهرية أو إسقاط الامتياز :

1-الجزاءات القهرية: تتمثل هذه الجزاءات في وضع المرفق العام تحت الحراسة نتيجة ارتكاب صاحب الامتياز لخطأ جسيم إذ تحل الإدارة محل الملتزم بصفة مؤقتة لتسيير المرفق العام على حسابه ونفقته وتحت مسؤوليته وذلك لضمان سير المرفق دون توقف أو انقطاع[1]، وقد تكون غرامات مالية منصوص عليها في العقد يلزم صاحب الامتياز بدفعها.

2- الجزاءات المالية: تفرضها الإدارة في حال عدم وفاء الملتزم بالالتزامات المفروضة عليه في دفتر الشروط دون الإخلال بتعويض الضرر تجاه الغير عند الاقتضاء[2].

3-إسقاط الامتياز: هو فسخ العقد من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة نتيجة إخلال الملتزم الجسيم بشروط وأحكام عقد الامتياز ويؤدي هذا إلى انتهاء الامتياز قبل انقضاء مدة العقد هذا الجزاء يتطلب بعض الشروط لإعطائه طابع المشروعية تتمثل فيما يلي:

- إثبات أن صاحب الامتياز قد ارتكب أفعالا تشكل خطأ جسيما يضر السير العادي للمرفق العام.

- إعذار وإخطار الملتزم بالأخطاء المنسوبة إليه و مطالبته بتصحيحها وإلا لجأت الإدارة إلى فسخ الامتياز.[3]

د- سلطة الإدارة في استرداد المرفق قبل نهاية المدة المتفق عليها في العقد

تملك الإدارة مانحة الامتياز حق استرداد المرفق العام قبل نهاية المدة، إذا اقتضت متطلبات المصلحة العامة ذلك [4] وهذه السلطة عبارة عن إنهاء الإدارة لعقد الامتياز قبل نهايته الطبيعية دون خطأ من جانب الملتزم ولكن مقابل تعويضه تعويضا عادلا والاسترداد

[1] -ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، مرجع سابق، ص 193.

[2] - آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 107.

[3] - بن محياوي سارة، مرجع سابق، ص 46 .

[4] - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 111 .

قد يكون منصوصا عليه في العقد، وقد يكون بموجب الاتفاق بين أطراف العقد كما يمكن للإدارة مانحة الامتياز استرداده بإرادتها المنفردة ودون رضا صاحب الامتياز أو المستأجر متى اقتضت ضرورة المرفق العمومي ذلك.

ثانيا: حقوق صاحب الامتياز

تخوفا من تعسف الإدارة عند ممارستها للسلطات والامتيازات الاستثنائية في مواجهة المتعاقد معها لذلك أقر القضاء الإداري للمتعاقد معها جملة من الحقوق غير المعروفة في العقود الخاصة لذلك سنتناول هذه الحقوق في النقاط التالية:

1- الحق في الحصول على مقابل مالي:

إن المقابل المالي هو الدافع الأساسي لتعاقد الملتزم مع الجهة الإدارية ويتخذ المقابل المالي صورتين أولهما شكل الثمن ويكون في عقدي الأشغال العامة والتوريد وثانيهما شكل الرسم ويكون ذلك في عقد الامتياز إذ يحصل الملتزم على رسم من جمهور المنتفعين مقابل خدمات المرفق محل الالتزام والشروط التي تتعلق بتحديد المقابل المالي في العقود الإدارية تعد شروطا تعاقدية لا يجوز لجهة الإدارة تعديلها أو تغييرها إلا بموافقة الطرف الآخر في العقد وعلى خلاف ذلك فإن تحديد الرسم في عقد الالتزام يعد من الشروط اللائحية حيث تستطيع الجهة مانحة الالتزام القيام بتعديل المقابل المالي للعقد (الرسم المستحق للمتلزم)،بإرادتها المنفردة دون موافقة الملتزم[1]، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق تحديد السقف الذي لا يمكن لصاحب الامتياز تجاوزه.

2- الحق في الحصول على مزايا مالية:

من بين الواجبات التي تقع على عاتق الإدارة نجد التزامها بتقديم مزايا صاحب الامتياز وهذه المزايا من قبيل الشروط والتي لا يمكن للإدارة التراجع عنها بصفتها لا تقتصر على المزايا المالية فقط بل يمكن أن تتعداها إلى مزايا أخرى تتمثل في :

[1] – زعيم إيمان، مرجع سابق، ص 35.

- تعهد الإدارة بعدم فتح مجال أمام مشاريع أخرى تنافس الملتزم أي ضمان احتكار النشاط المرفقي.
- حق الملتزم في استعمال الأملاك الموجهة لاستغلال المرفق مباشرة سواء كانت ضمن الأملاك العامة للدولة أو الخاصة، كما لصاحب الامتياز القيام بكل أشغال المرفق وله في ذلك استعمال امتيازات السلطة العامة، بالإضافة إلى الامتيازات المالية الممنوحة له من قبل السلطة الإدارية مثل: القروض والدعم المالي ... الخ .[1]

3- حق الملتزم في الحفاظ على التوازن المالي للمشروع:

تهدف الإدارة في عقد الامتياز الإداري إلى إشباع الحاجات العامة للجمهور من خلال تحقيق المنافع التي أعد من أجلها المشروع، فهي تسعى لتحقيق غايات عامة جماعية ذات منفعة عامة.

بينما يسعى المتعاقد مع الإدارة الحصول على المال من وراء تنفيذه للعقد ويتحدد هذا المبلغ المالي حسب ما تم الاتفاق عليه وهو غير قابل للتعديل كقاعدة عامة [2]، وقد يحدث أن يتعرض صاحب الامتياز لأحداث غير متوقعة تجعل من تنفيذ الامتياز بالمقابل المالي المحدد في العقد مبدئيا أمرا مرهقا لصاحب الامتياز وقد تؤدي به إلى الإفلاس .

قد تكون الإدارة مصدرا لهذه الوضعية كما قد لا يكون للإدارة دخل فيها ولكنها تنعكس أيضا على التوازن المالي للعقد وهذه الوضعية قد تؤدي إلى عجز المتعاقد مع الإدارة على مواصلة الوفاء بالتزاماته ما من شأنه أن يؤدي إلى انقطاع عمل المرفق العمومي، ويتم تدخل الإدارة على الرغم من أنها لم ترتكب أي خطأ، فيكون أساس مسؤوليتها اعتبارات العدالة وما يستوجبه عقد الامتياز الإداري من توافر حسن النية فضلا عن مقتضيات

[2] – بن محياوي سارة، مرجع سابق، ص 38 – 39 .

[2] – مولود ديدان، مرجع سابق، ص 185.

المصلحة العامة التي تستلزم معاونة المتعاقد مع الإدارة لضمان استمراره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية، ما يؤدي إلى ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام في أداء خدماته[1].

أمام هذا الحرص من الإدارة على حسن سير المرفق العام يحق للملتزم المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد من خلال تعويضات من الإدارة حتى لا يتحمل وحده ما ينتج من أعباء جديدة، وهذا طبعا حماية له [2]،وكذا نوع من أنواع التحفيز على التعاقد مع الإدارة .

وفكرة التوازن المالي للعقد تجد لها أساسا في النظريات التي أرساها القضاء الإداري وهي النظريات التي يمكن للمتعاقد بموجبها وفي الأحوال التي تتوفر فيها شروط تطبيقا لاستحقاق التعويض[3]، وتتمثل هذه النظريـــات في :

1) نظرية فعل الأمير:

وهي من أحد أقدم النظريات المعمول بها في القضاء الفرنسي وتقوم على فكرة تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي لحقت به جراء ما تتخذه الإدارة المتعاقدة من إجراءات مشروعة تنصب على العقد أو على ظروف تنفيذه وتؤدي إلى إرهاقه والزيادة في أعباءه المالية ومثالها حظراستيراد أحد المواد اللازمة أو فرض ضرائب أو رسوم جمركية [4].

وقد أقر المشرع الجزائري هذه النظرية وتبنى العمل بها حيث جاء في نص المادة 115 من قانون الصفقات العمومية حيث تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين .
- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة .

[1] –آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 118.

[2] –بن محياوي سارة، مرجع سابق، ص 39.

[3] – بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 110.

[4] –المرجع نفسه، ص 110.

- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة .

وفي حال اتفاق الطرفين يكون هذا الاتفاق موضوع مقرر يصدره الوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب طبيعة النفقات المطلوب الالتزام بها في الصفقة ويصبح هذا المقرر نافذا بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية[1].

وقد وفق المشرع عندما رخص للطرفين المتعاقدين إعادة النظر في الأحكام المالية ومراجعتها بما يعيد الاعتبار المالي للمتعاقد ويدفعه لمواصلة التنفيذ.[2]

ولهذه النظرية شروط من الواجب توافرها وتتمثل في:

- أن يكون الفعل الذي أحدث الخلل في العقد صادر عن الإدارة المتعاقدة..
- أن ينصب هذا الفعل أو الإجراء على عنصر أساسي في العقد.
- أن يكون الفعل الذي أدى إلى حدوث الخلل غير متوقع من الطرفين.
- ألا يكون ذلك الفعل المؤدي إلى الخلل غير مشروع.
- أن يؤدي هذا الإجراء أو الفعل إلى أضرار مالية فيخل بالتوازن المالي للعقد[3].

لنظرية الأمير آثار فمتى توافرت شروطها يتولد للملتزم حقا في الحصول على تعويض كامل يعيد التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه قبل صدور تصرف الإدارة المانحة للامتياز الذي أضربه، والذي يقوم على عنصرين:

ما لحق الملتزم من خسارة ويشمل التكاليف الفعلية التي تكبدها الملتزم، **وما فاته من كسب** على اعتبار أنه من حقه أن يعوض على ربحه الحلال الذي له أن يحققه[4].

---

[1] –بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 110– 111.

[2] – عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 168 .

[3] – مولود ديدان، مرجع سابق، ص 186 – 187.

[4] – آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص121.

2) حالة الظروف الطارئة

برزت هذه النظرية في النظام القانوني البرجوازي على إثر الأزمات التي حلت بالاقتصاد الرأسمالي بعد الحرب العالمية الأولى، وتعود جذورها التاريخية إلى نظرية فوات غرض العقد التي استند عليها القضاء الإنجليزي والتمس منها الحلول لإعادة النظر في الالتزامات المتقابلة عند تغير الظروف بهدف تقليل الأضرار التي أصابت المتعاقدين الرأسماليين جراء ارتفاع أسعار المواد الأولية أثناء فترة الحرب[1].

ونستخلص من هذه النظرية أنه في حال حدوث ظروف استثنائية خارجية لم يكن بالإمكان توقعها في الحساب توقعها وقت إبرام العقد ترتب عنها حدوث اختلال كبير في التوازن المالي للعقد لدرجة أصبح تنفيذه من طرف صاحب الامتياز أشد إرهاقا وأكثر تكليفا مما توقعه الأطراف المتعاقدة وقت إبرام العقد، ما يعطي للأطراف المتعاقدة مع الإدارة حق مطالبة هذه الأخيرة المساهمة في تحمل جزء من التكاليف والأعباء المستجدة نتيجة لظروف استثنائية كالحرب[2].

ولسريان هذه النظرية لابد من توافر شروط لتطبيقها يمكن حصرها في:

- أن تكون الظروف أو الأحداث مستقلة عن إرادة المتعاقدين وعن العقد.
- أن يكون الظرف غير متوقع من الطرفين أثناء التعاقد.
- أن تحدث أضرار بالغة تؤثر في التوازن العقدي بحيث يؤدي ذلك إلى انقلاب في العقد من الربح إلى الخسارة[3].

يفرض توفر الشروط السابقة في الظرف الطارئ الذي واجه المتعاقد حين تنفيذه لالتزاماته التعاقدية على هذا الأخير الاستمرار في تنفيذ ما يمليه عليه العقد من التزامات

[1] – بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 112.

[2] – عمار عوابدي، القانون الإداري والنشاط الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 226 – 227.

[3] – مولود ديدان، مرجع سابق، ص 187.

تطبيقا لفكرة استمرارية المرافق العامة وسيرها بانتظام واطراد، مع تمتعه بحق الحصول على تعويض من خلال تدخل الجهة الإدارية المانحة للامتياز لإعادة التوازن المالي للعقد وهو ما يرتب التزامات متبادلة في ذمة طرفي العقد[1].

وبهذا فإن الإدارة ملزمة بدفع ذلك التعويض التضامني ولا تملك أن تضع فيه بندا أو نصا عاما يعفيها من الالتزام لما في ذلك من خرق ومساس لمبادئ القانون الإداري كما لا تملك الإدارة أن تضع شرطا يحول بين المتعاقد وبين التمسك بالتعويض عن الظرف الطارئ.[2]

ثالثا : حقوق المنتفعين

توفر الإدارة للمنتفعين جملة من الحقوق على اعتبار أن الهدف من إنشاء المرفق العام وتسييره هو تقديم خدمات للمنتفعين وإشباع حاجاتهم، وبالرجوع للتعليمة الوزارية رقم 394/ 842 المتعلقة بامتياز المرافق المحلية وتأجيرها نجد أن المنتفعين في حالة امتياز المرافق العامة يتلقون خدمات من مرفق عام وليس من مشروع خاص غير أن هذا المرفق يديره شخص خاص ولهذا نشأت علاقات بين المنتفعين والإدارة مانحة الامتياز وبين الملتزم والمنتفعين من جهة أخرى.[3]

ويستخلص من هذه التعليمة وجود نوعين من الحقوق للمنتفعين . حقوق مرتبطة بالإدارة المانحة للامتياز وحقوق مرتبطة بصاحب الامتياز.

1/ حقوق المنتفعين في مواجهة الإدارة المانحة للامتياز:

لما كان ما تتمتع به الإدارة من حقوق إزاء الملتزم يهدف إلى تحقيق مصلحة المنتفعين بالمرفق لذلك فإن لهم أن يطلبوا من الإدارة التدخل لإجبار الملتزم على تنفيذ

[1] – آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 126.

[2] – بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 144 .

[3] – التعليمة الوزارية رقم 394 / 342، سابقة الذكر .

التزاماته ومراعاة شروط عقد الالتزام.[1] فإذا ما تغافلت الإدارة عن ذلك يمكن للمنتفعين اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقهم.

2/ حقوق المنتفعين في مواجهة الملتزم

يعتبر صاحب الامتياز نائبا عن السلطة العامة في تسيير واستغلال المرفق العام، بالتالي توفير الخدمة التي خصص لها، ويقع عليه واجب أداء هذه الخدمة بالشكل والنوعية المطلوبة، وضرورة توفيرها بصورة مستمرة و دائمة، بطريقة متساوية بين جمهور المستفيدين بالتالي الانتفاع بها وهو ما يترجم حقوق المنتفعين في مواجهته مقابل دفعهم جانبا من الرسوم يحدد في دفتر الشروط [2]، بعبارة أخرى على الملتزم أن يطبق ما اتفق عليه مع الإدارة المانحة للالتزام في دفتر شروط العقد، كما يجب على المنتفعين أن يدفعوا مقابل مالي (رسم) أو تسعيرة عند استفادتهم من خدمات المرفق العام .

الفرع الثاني: انتهاء عقدي الامتياز والتأجير

ينتهي عقدا الامتياز والتأجير بعدة طرق يمكن تصنيفها إلى طرق عادية أو طبيعية وطرق غير طبيعية.

أولا: الطرق العادية لانتهاء عقد الامتياز

من سمات عقد امتياز المرافق العامة انه عقد محدد المدة، وانتهاء هذا العقد بانتهاء مدته نهاية طبيعية رتبتها طبيعة العقد التي تقرر انه عقد محدد المدة، وبنهاية المدة المتفق عليها بين الملتزم ومانح الامتياز تتوقف وتنتهي جميع التزامات وحقوق الطرفين، فلا يمكن لهما تمديد مدة الامتياز التي اتفق عليها لكن يمكن لهما تجديد العقد. [3]

[1] – ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 203 .

[2] – آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 138.

[3] – بن محياوي سارة، مرجع سابق، ص 44 .

وفي حال عدم تجديد العقد يمكن للإدارة اللجوء إلى طريقة أخرى وهي التأجير إذا أرادت أن يبقى المرفق مسيرا من قبل الخواص وذلك لان المنشآت اللازمة لتأجير المرفق موجودة وهذا ما أكدته التعليمة 394 / 842 . [1]

ثانيا: الطرق غير العادية لانتهاء الامتياز

قد يحدث ما يضع للعقد نهاية قبل انتهاء مدته، وترجع هذه النهاية المسبقة لأسباب عديدة ومختلفة منها ما يعود لإرادة الإدارة المنفردة كحالة استرداد المرفق العام، ومنها ما يعود لإرادة الملزم أو لأسباب أخرى متعددة يترتب عنها فسخ الامتياز.

1/ انتهاء العقد بقوة القانون

قد ينتهي عقد الامتياز بقوة القانون وهذا مكرس في حالتين:

أ- **القوة القاهرة:** من الطبيعي أن القوة القاهرة تعفي من المسؤولية متى اتصفت بكونها خارجة عن إرادة الملتزم وأنه ما كان في وسعه توقعها وأصبح أمام حالة استحالة مطلقة تحول دون إمكانية قيامه بتنفيذ التزامه وعلى ذلك فإن القوة القاهرة تؤدي إلى فسخ العقد من دون أن يكون للمتعاقد الآخر المطالبة بالتعويض[2]،إلا أنه يتوجب على الإدارة مانحة الامتياز نتيجة الفسخ، دفع تعويض مستحق بعنوان القيمة المضافة التي أتى بها الملتزم على المرفق محل الامتياز[3].

ب- **وفاة الملتزم:** تكتسي شخصية الملتزم أهمية كبيرة في عقد الامتياز إذ أنه ذو طابع شخصي وتطبيقا للقاعدة العامة فإن وفاة الملتزم تؤدي إلى انقضاء عقد الامتياز هذا من جهة، ومن جهة أخرى وانطلاقا من عقد الامتياز في حد ذاته والذي يلتزم الملتزم بموجبه على التنفيذ شخصيا، فإن وفاة الملتزم ستحول حتما وتنفيذ هذا الالتزام وبالتالي يؤدي ذلك إلى نهاية الامتياز .

---

[1] – التعليمة رقم 394 / 842، سابقة الذكر.

[2] –محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 257.

[3] –بن محياوي سارة، مرجع سابق، ص 48.

إلا في حالة ما إذا وجد نص يؤكد خلاف ذلك ضمن دفتر الشروط بالنص على إمكانية مواصلة الورثة باستغلال المرفق العام وهذا ما أشارت إليه صراحة المادة 10 من القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 13 سبتمبر 1997،المحدد لإجراءات الحصول على امتياز استغلال مياه الحمامات المعدنية لأغراض علاجية، بنصها على أنه "لا يمكن للورثة مواصلة استغلال الامتياز في حالة وفاة صاحب الامتياز " [1].

2/ الفسخ الاتفاقي:

لما كان إبرام العقد مبنيا على توافق إرادتي الطرفين فأنهما يستطيعان أيضا أن يتفقا على إنهائه قبل تمام تنفيذه أو انتهاء مدته، [2] ولم تحدد حالات اللجوء لهذا النوع من الفسخ.

3/ الفسخ القضائي:

أ- **الفسخ بطلب من الملتزم** : في حالات معينة مثل:

- إخلال الإدارة مانحة الامتياز بالتزاماتها العقدية اتجاه المتعاقد معها.
- حالة حدوث أضرار للملتزم بسبب استعمال الإدارة مانحة الامتياز لحقها في التعديل وقد نصت عليه التعليمة 394 / 845 .[3]

وإذا تحققت إحدى الحالتين يمكن لصاحب الامتياز طلب فسخ عقد الامتياز من القاضي الذي يقدر حجم الأضرار اللاحقة بصاحب الامتياز، وانطلاقا من ذلك يقرر فسخ العقد من عدمه [4].

ب- **فسخ الامتياز من طرف السلطة مانحة الامتياز:**

حيث يترتب على كل تقصير من الملتزم بالالتزامات التي تضمنها دفتر الشروط فسخ عقد الامتياز، بمبادرة من الإدارة، وذلك بعد أن تستوفي كل الإجراءات القانونية المتمثلة أساسا في توجيه الإعذار لصاحب الامتياز، وإخطاره بالمخالفات الصادرة منه

[1] – بن محياوي سارة، مرجع سابق، ص 48– 49 .

[2] – محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 104 .

[3] – التعليمة الوزارية رقم 394 / 842، سابقة الذكر .

[4] – ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، مرجع سابق، ص 199.

وبضرورة تصحيحها وإلا أدى ذلك إلى فسخ الامتياز[1]، وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار الموجه إليه يمكن للإدارة المتعاقدة أن تفسخ العقد من جانب واحد [2].

هذا النوع من الفسخ القضائي لا يرتب أي تعويضات للملتزم عن الخسائر التي نتجت عن الفسخ.

4/ استرداد المرفق العام من الإدارة المانحة للامتياز

هو إجراء لإعادة تنظيم المرفق العام تقوم به الإدارة، يختلف عن الفسخ كعقوبة، لأنه طريقة لإعادة تنظيم المرفق العام، وتدفع الإدارة مقابلا ماليا كتعويض لصاحب الامتياز عما لحقه من خسارة، وقد يكون الاسترداد إما: **تعاقديا** :إذا تم النص عليه في دفتر الشروط أو غير **تعاقدي**: إذا لم ينص عليه دفتر الشروط حيث يكون للإدارة حق الفسخ بإرادتها المنفردة وليس كعقوبة، إذا تطلبت مصلحة المرفق ذلك، وهنا تلزم الإدارة بالتعويض [3].

و بصيغة أخرى الاسترداد هو إنهاء الإدارة للعقد قبل الوقت المحدد المتفق عليه في دفتر الشروط. فلا يشترط الخطأ فيه من صاحب الامتياز، بل يكون الاسترداد إذا لم يعد الامتياز يتوافق مع حسن سير المرفق العام.

إن لجوء الإدارة لاسترداد المرفق العام من صاحب الامتياز يلزمها بتعويض الملتزم معها تعويضا كاملا لأن حقوقه وأهدافه المالية مرتبطة بالإطار القانوني والزمني المنصوص عليه في دفتر الشروط، [4] حيث يستحق المتعاقد في مقابل سلطة الاسترداد حقه، تعويضا يقدره القاضي حسب ما يكون قد أصابه المتعاقد من أضرار وما فاته من كسب.[5]

---

[1] – بن محياوي سارة، مرجع سابق، ص 50.

[2] – محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 103.

[3] – ضريفي نادية، مرجع سابق، ص 200.

[4] – آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 152 .

[5] – محمد خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 268 .

نستخلص من هذا الفصل أن عقدي الامتياز والتأجير أسلوبان حديثان، لجأت الجزائر إلى استخدامهما بصفة كبيرة منذ توجهها لاقتصاد السوق أي منذ 1989 واعتناقها للنظام الليبرالي.

وسنحاول من خلال الفصل الثاني توضيح مدى أهمية وفعالية هذين الأسلوبين في تسيير المرافق العامة.

الفصل الثانـي

واقع تسيير المرافق العامة من خلال عقدي الامتياز والتأجير

المبحث الأول: أهمية عقدي الامتياز والتأجير في سير المرفق العام

المطلب الأول: مجالات لجوء المرفق العام لعقدي الامتياز والتأجير

المطلب الثاني: مساهمة كل من عقدي الامتياز والتأجير في سير المرفق العام

المبحث الثاني: المنازعات الناشئة عن عقدي الامتياز والتأجير وكيفية تسويتها

المطلب الأول : المنازعات الخاضعة للقضاء الاداري

المطلب الثاني: المنازعات الخاضعة للقضاء العادي

في إطار التحولات السياسية والاقتصادية التي عاشتها الجزائر منذ 1989 والتي انعكست على الدولة ومؤسساتها وعلاقاتها بالمواطن وفي ظل تزايد الحاجات العامة وضرورة تلبيتها بفعالية ونوعية، أضحى من أهم نتائج التحولات السعي وراء الحد من العجز الذي تعرفه المرافق العامة بالموازنة مع ضمان المستوى المطلوب من الخدمة العمومية، والذي يتحقق من خلال انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، وتحرير النشاطات العمومية وإزالة الاحتكارات، وظهور التعاون ما بين القطاعين العام والخاص ومحالة تفعيل دور الخواص من خلال اللجوء إلى تسيير المرافق العامة و طريق عقد الامتياز الإداري من قبل الأعوان الخواص وبالتالي الانتقال من القرارات التنظيمية ذات العلاقة المزدوجة (مواطن – إدارة) إلى طريقة أكثر تعقيدا وهي طريقة ثلاثية الأبعاد (إدارة – خواص – مواطن).

استعمل الامتياز والتأجير بعد الاستقلال مع التأميمات وذلك لربط العلاقة التعاقدية بين الدولة والمؤسسات العمومية من جهة وبين الدولة والجماعات الإقليمية من جهة أخرى تلجأ إليه الدولة لتفعيل مختلف النشاطات الاقتصادية، كما اتجهت لتطبيق عقدي الامتياز والتأجير الإداريين في مختلف النشاطات الاقتصادية خاصة في قطاع الخدمات مثل تطور الطرقات والتزويد بالمياه ...

لذلك خصصنا هذا الفصل لتبيان دور وأهمية عقدي الامتياز والتأجير في تسير المرافق العامة معتمدين في ذلك على مبحثين نتناول في المبحث الأول أهمية عقدي الامتياز والتأجير في سير المرفق العام وفي المبحث الثاني المنازعات التي تنشأ عن العقدين وكيفية تسويتها.

المبحث الأول: أهمية عقدي الامتياز والتأجير في سير المرفق العام

بعد دستور 1989 أصبح عقدا الامتياز والتأجير الطريقة المفضلة لتسيير المرافق العامة في الجزائر والمناسبة للاختيار الإيديولوجي الذي يتماشى مع النظام الجديد وازدهر واتسعت مجالاته في المنظومة القانونية الجزائرية ليشمل القطاع الخاص.

بهذا خصصنا المطلب الأول للحديث عن مجالات لجوء المرفق العام لعقدي الامتياز والتأجير كما سنتناول في المطلب الثاني مدى مساهمة كل من العقدين في سير المرفق العام من خلال تحليل بعض النصوص القانونية.

المطلب الأول: مجالات لجوء المرفق العام لعقدي الامتياز والتأجير

تحتفظ الدولة بالتسيير المباشر لمرافقها الوطنية وخاصة الإدارية منها (سواء كانت مركزية أو محلية)، وذلك نظرا لأهميتها وخصوصيتها حيث لا يمكنها التخلي عنها لأنها مرافق يمتد نشاطها إلى كامل إقليم الدولة وتستهدف قضاء حاجات مشتركة لجميع سكان هذا الإقليم، ما لا يمكنها منح تسيير هذه المرافق بأسلوب الامتياز لأن أشخاص القانون العام هم الأقدر على تسييرها بأكثر فعالية .

فالطبيعة الخاصة لهذه المرافق وضرورتها بالنسبة للأفراد جعلها تدخل في النظام العام الذي يجب أن تتحمله الدولة، لذلك وجب إبعادها عن الربح [1].

ومن ثم ينحصر تطبيق الامتياز على المرافق العمومية صناعية كانت أو تجارية، دون المرافق العمومية الإدارية، ولعل من أهم الدوافع لذلك هو عجز الإدارة عن تحمل الأعباء المالية الضخمة المستخدمة لتسيير المرافق الاقتصادية وعدم قدرتها على تولي الأنشطة الاقتصادية خاصة مع التوجه الليبرالي الجديد .

وحسب رأي الدكتور حسام مرسي فالتزام المرافق العامة ليس إلا عقدا إداريا يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو

[1] – ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، مرجع سابق، ص 15.

إحدى وحداتها الإدارية، وطبقا للشروط التي توضع لها، بأداء خدمة عامة للجمهور، وهذا الأسلوب لا يصلح إلا للمرافق الاقتصادية التي يدفع المنتفع بها مقابلا لانتفاعه، فهو لا يتلاءم مع المرافق الإدارية أو المرافق المجانية التي تقدم خدماتها للجمهور دون مقابل.[1]

وبالتالي فإن لجوء الإدارة في تسييرها للمرافق العمومية من طرف أشخاص القانون العام أو الخاص، يكون باعتمادها على الامتياز كطريقة فعالة، أما فيما يخص المرافق موضوع الامتياز فقد وردت في نصوص عديدة وذلك على المستويين المركزي والمحلي .[2]

وهذا ما سنقوم بتوضيحه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: على المستوى المحلي

في ظل فشل طريقة التسيير المباشر للمرافق العمومية واستغلالها وعدم تحقيقها للأهداف التي عهدت إليها، وجب على الإدارة إيجاد أساليب جديدة فعالة ومتناسبة مع التوجه الليبرالي الجديد لذا اعتمدت الإدارة على أسلوبين حديثين، كأسلوب الامتياز والتأجير، لتسيير بعض المرافق العمومية كخدمات المياه والنقل العمومي وغيرها من المرافق الأخرى وهذا ما جاء واضحا في التعليمة الوزارية المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية. [3]

ولقد جاءت عدة نصوص قانونية وكذا تنظيمية متضمنة تسيير واستغلال المرافق العمومية المحلية عن طريق الامتياز نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

1. المرسوم التنفيذي رقم 97 / 475 الذي ينص على تسيير المنشآت والهياكل الأساسية للري الفلاحي الصغير والمتوسط بموجب عقد الامتياز.[4]
2. المرسوم التنفيذي رقم 04 / 274 الذي يسمح بالاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسياحة بعقد .

---

[1] – حسام مرسي، أصول القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2012، ص 443.

[2] – محمد سعيدي، مرجع سابق، ص 30.

[3] – التعليمة الوزارية 394 / 842، سابقة الذكر.

[4] – المرسوم التنفيذي، رقم 97 / 475، المؤرخ في 08 ديسمبر 1997، المتعلق بالمنشآت والهياكل الأساسية للري الفلاحي الصغير والمتوسط ،الجريدة الرسمية عدد 62 .

3. القانون رقم 12 / 07 المتعلق بالولاية الذي ينص حسب المادة 146 منه على أن تنشأ مؤسسات عمومية ولائية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي قصد تسيير المصالح المذكورة في المادة 146 عن طريق الاستغلال المباشر، حيث يمكن للمجلس الشعبي الولائي الترخيص بالاستغلال عن طريق الامتياز.[1]

نستخلص من هذه النصوص أن المشرع الجزائري وضع نظام جديد لتسيير المرافق العمومية المحلية وتتمثل في عقدي الامتياز والتأجير، محددا بذلك جميع جوانبه سواء من حيث الإجراءات أو من حيث الوثائق، وهذا ما بينه في تعريفه للامتياز من خلال التعليمة الوزارية 394 / 842، سالفة الذكر إذ نستنتج منها أن عقد الامتياز هو عقد تكلف بموجبه الإدارة صاحب الامتياز باستغلاله وتسييره لمدة معينة لمرفق عام مقابل رسوم يدفعها المنتفعون لصاحب الامتياز لخدماته فعلى المستوى المحلي فان الجهة المانحة للالتزام هي الإدارة المحلية من جهة وصاحب الامتياز (شركة خاصة أو فرد) من جهة أخرى، وهذا لضمان السير الجيد للمرافق العامة من طرف الخواص مقارنة بالقطاع العام.

الفرع الثاني: على المستوى المركزي

يمكن أن تخضع المرافق العمومية الوطنية للتسيير والاستغلال عن طريق أسلوب الامتياز وهي المرافق الاقتصادية المهمة والاستراتيجية التابعة للدولة وتشمل النقل الجوي النقل البحري، النقل بالسكك الحديدية، نقل المحروقات والغاز، الطرق السريعة .....الخ.[2]

وسنذكر على سبيل المثال بعض النصوص القانونية التي تضمنت منح امتياز المرافق العمومية الوطنية.

[1] – قانون الولاية، رقم 12 / 07، المؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية عدد12، المؤرخة في 29 فيفري 2012، المواد 141، 146، 149 .

[2] – نص المادة 17 من دستور 1996 : << إن الملكية العامة هي ملك للمجموعة الوطنية ... أملاك أخرى >> .

1/ نصت المادة 02 – 02 من المرسوم التنفيذي رقم 96 /308 المتعلق بالطرق السريعة يكون موضوع اتفاقية بين الوزير المكلف بالطرق السريعة الذي يتصرف لحساب الدولة وبين صاحب الامتياز.[1]

من خلال نص هذه المادة نجد أن منح امتياز الطرق السريعة يكون بعقد مبرم بين الوزير المكلف بالطرق السريعة والملتزم الذي يقوم بذلك لحساب الدولة وبهذا تعد الطرق السريعة من المرافق العمومية الوطنية.

2/ جاء أيضا في نص المادة 101 – 02 من قانون المياه رقم 05 / 12 المؤرخ في 04 سبتمبر 2005 أنه يمكن للدولة أن تمنح امتيازات الخدمات العمومية للمياه لأشخاص القانون العام على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليها التنظيم. [2]

نستخلص من نص هاته المادة أن امتياز الخدمات العمومية للمياه تمنحه الدولة لأشخاص القانون العام وليس لأشخاص من القانون الخاص (شركة خاصة أو أفراد) وذلك بتحديد شروط الالتزام في دفتر شروط، وكذا نظام خدمة يصادق عليها التنظيم.

نستنتج من خلال نصوص هاته المواد أن الإدارة تلجأ إلى عقود الامتياز في تسيير المرافق العمومية الوطنية أيضا من أجل ضمان السير الحسن لهذه المرافق.

المطلب الثاني: مساهمة كل من عقدي الامتياز والتأجير في سير المرفق العام

سنتطرق في هذا المطلب إلى تسيير المرفق العام في ظل التوجه الاشتراكي الذي استعمل فيه الامتياز بصورة محتشمة مما أدى بطئ التنمية في هذه المرافق.

كما سنتناول في دراستنا مساهمة الامتياز في النهوض بالمرفق العام في ظل النظام الجديد للدولة وتغير المنظومة القانونية بعد 1989.

[1] – المرسوم التنفيذي رقم 96/ 308 المتعلق بالطرق السريعة، مرجع سابق .

[2] – قانون المياه، رقم 05 / 12 المؤرخ في 04 –09 –2005، الجريدة الرسمية عدد 60، لسنة 2005، ص 03 .

من خلال هذا المطلب سنتطرق في الفرع الأول إلى اعتماد الدولة للامتياز و التأجير كأساليب استثنائية وفي الفرع الثاني الامتياز والتأجير كأساليب فعالة في تسيير المرفق العام.

الفرع الأول: الامتياز والتأجير أساليب استثنائية لسير المرفق العام

اقتصر دور الامتياز والتأجير في الفترة الممتدة بين 1962 إلى 1989 التي ساد فيها النظام الاشتراكي في الجزائر على تسيير واستغلال المرافق بمنح الامتيازات لأشخاص القانون العام كجماعات محلية (الولاية والبلدية) والمؤسسات العمومية حيث تم تكريس الامتياز صرامة في قانون البلدية 1967 من خلال المادة 22 منه، التي تنص على: << إذا أمكن استغلال المصالح العمومية للبلدية استغلالا مباشر أو دون أن ينجم ضرر فيؤذن للبلديات منح هذا الامتياز >> . [1]

من خلال نص المادة نجد أن منح الامتيازات للجماعات المحلية أي البلدية جاء واضحا وصريحا .

وكذلك نجد المرسوم التنفيذي رقم 16/68 والذي أقر صراحة بمنح الدولة للبلديات عن طريق الامتياز حق بعض المنشآت الرياضية الواقعة في مناطقها.

وكذا في نص المادة 136 من قانون الولاية لسنة 1969 على ما نص عليه في قانون البلدية، كما تم منح امتياز استغلال البترول للشركات الأجنبية ومثال ذلك منح امتياز حقل الوقود لشركة (C R P S) وشركة بترول الجزائر (C P A) بموجب المرسوم التنفيذي 67 / 115. [2]

[1] – الأمر رقم 67 / 24، المؤرخ في 24جانفي 1967، المتضمن القانون البلدي، الجريدة الرسمية عدد08، الصادرة بتاريخ 18 جانفي 1967، الجريدة الرسمية عدد 8،ملغى.

[2] – المرسوم التنفيذي رقم 67 / 115، المؤرخ في07 جويلية 1967، المتضمن منح استغلال البترول للشركات الأجنبية، الجريدة الرسمية عدد 25، سنة 1967.

إلا أن الامتياز بدأ يتقهقر خاصة في بداية السبعينيات في ظل صدور دستور 1976 الذي نص في مادته الأولى على أن الدولة الجزائرية دولة اشتراكية.[1] وسبب سياسة تأميم الدولة للمؤسسات العمومية والشركات الأجنبية واستبدالها بالمؤسسات الاشتراكية التي هي ملك للدولة.

الفرع الثاني: الامتياز والتأجير أساليب فعالة لسير المرفق العام

اعتبر صدور دستور 1989 م وانتقال الجزائر من النظام الاشتراكي إلى النظام الليبرالي وتوجهها نحو نظام السوق، الانطلاقة الحقيقية نحو الاعتماد على الامتياز والتأجير كأساليب جديدة لتسيير واستغلال المرافق العامة حيث صدرت عدة قوانين ومراسيم تنظم هذا العقد، ابتداء بالتعليمة الوزارية رقم 394 / 842 التي حددت أساسا مفهوم كل من عقدي الامتياز والتأجير كوسيلتين مستحدثتين لتسيير المرافق العامة المحلية لمدة معينة، كما بينت التعليمة كافة الإجراءات المتعلقة بكيفية الحصول على المقابل المالي لصاحب الامتياز أو مستأجر المرفق العام.

كما جاء القانون 12/05 المتعلق بالمياه الذي أضاف للامتياز فعالية جديدة باحتوائه على مواد جديدة وتخصص أكثر لتسيير الموارد المائية عن طريق الامتياز كما حددت المادة 73 من المرسوم نفسه على دفع أتاوى يحددها قانون المالية.

وخلافا لفترة ما قبل 1989 التي حصرت صاحب الامتياز في المؤسسات العمومية، نجد المرسوم التنفيذي رقم 96 / 308 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة والمادة الثانية منه التي أوضحت أكثر صفة صاحب الامتياز (شخص عام أو خاص).[2]

[1] – الأمر، رقم 76 / 97، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الشعبية ،الجريدة الرسمية عدد94،الصادر بتاريخ 24 نوفمبر1976.

[2] – المرسوم التنفيذي 96 / 308، مرجع سابق .

المبحث الثاني: المنازعات الناشئة عن عقدي الامتياز و التأجير وكيفية تسويتها

يعد عقدا الامتياز والتأجير من العقود الإدارية هو ينطوي على علاقة عقدية بين الدولة وأحد أشخاص القانون العام أو الخاص. حيث يتعهد فيه الملتزم بالتسيير والاستغلال حسب ما يمليه عليه العقد وفقا لبنود الاتفاق الواردة في دفتر الشروط النموذجي، فضلا عن مقتضيات السير الحسن للمرفق العام المستمد من طبيعة هذا الأخير.

لذا فإن أي إخلال لأحد الالتزامات والواجبات على أحد الأطراف يملي على الطرف المتضرر رفع دعوى قضائية أمام الجهات المختصة.

إن الطبيعة المركبة التي يتميز بها عقد الامتياز الإداري واحتوائه على عناصر عقدية وأخرى تنظيمية جعلت من المنازعات التي يمكن أن تثور بشأنه نوعين من المنازعات منها ما يأخذ الوصف الإداري يرجع اختصاص الفصل فيها أساسا إلى القاضي الإداري ومنها ما يأخذ وصف المنازعات العادية ينعقد فيها الاختصاص للقضاء العادي.

المطلب الأول: المنازعات الخاضعة للقضاء الإداري

يعتمد تحديد الجهة القضائية المختصة في الجزائر على المعيار العضوي الذي كرس في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كأساس لتوزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي، إذ اعتبر من اختصاص المحاكم الإدارية جميع المنازعات التي تكون الدولة أو الولاية، أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها (المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)[1].

إن اعتبار أحد أطراف عقد الامتياز الإداري طرفا عموميا يخول بالضرورة الاختصاص للجهة القضائية الإدارية، في كل ما ينشأ من منازعات تكون طرفا فيها.

[1] – عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 74.

وهو ما اعترف به مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 09 مارس 2004 الغرفة الثالثة، الملف رقم 11950، باختصاص القضاء الإداري بالنظر في الدعاوى الناتجة عن عقد الامتياز[1] .

ومن النزاعات التي يمكن أن تثور في عقدي الامتياز والتأجير تلك الناتجة عن العلاقة بين الإدارة وصاحب الامتياز أو المستأجر، أو بين الإدارة والمنتفعين من المرفق العام.

الفرع الأول: المنازعات بين الإدارة مانحة الامتياز والملتزم

يخول الاختصاص للجهات القضائية الإدارية في كل ما ينشأ من منازعات بين أطراف عقد الامتياز على اعتبار أن هذا الأخير من العقود الإدارية، التي تتعاقد فيها أطراف عمومية[2]. وذلك أمام المحاكم الإدارية كدرجة أولى في التقاضي، ويكون الطعن فيها أمام مجلس الدولة.

إن اعتبار عقدي الامتياز والتأجير من العقود الإدارية، يجعلها من العقود التي تنتمي أساسا للقضاء الكامل؛ إلا أن القاعدة العامة غير ثابتة حيث يمكن أن يكون عقد الامتياز محل قضاء الإلغاء [3] .

أولا: القضاء الكامل واختصاصه بمنازعات عقد الامتياز

ينتمي قضاء العقود الإدارية إلى فئة القضاء الكامل فتختص المحكمة بنظر كافة ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من قرارات وإجراءات باعتبارها من العناصر المتفرعة عن المنازعة الاصلية في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلى منازعات العقود[4].

حيث تنص المادة 800 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية "،كما تندرج تحت ولاية القضاء الكامل القرارات التي تصدرها الإدارة مانحة الامتياز تنفيذا للعقد مثل

[1] – بن محياوي سارة، مرجع سابق، ص 42 .

[2] – آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 161 .

[3] – محمد سعيدي، مرجع سابق، ص 38 .

[4] – ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 229.

القرار الصادر بفسخ العقد أو سحبه، وذلك تطبيقا للمادة 801 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] والتي تنص على:

تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في :

– دعاوى إلغاء القرارات الإدارية و الدعاوى التفسيرية و دعاوى فحص المشروعية للقرارات الإدارية الصادرة عن :

*الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية .

*البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية .

*المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية .

– دعاوى القضاء الكامل .

– القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة .

يتمتع القاضي عند نظره في منازعة عقد الامتياز بسلطات واسعة تتفق مع طبيعة النزاع، حيث يقوم بتقدير المركز القانوني لرافع الدعوى [2]، وعليه لا يقتصر الأمر على مجرد إلغاء القرار المطعون فيه فحسب إذا خالف مبدأ المشروعية كما هو الشأن في دعوى الإلغاء حيث يجاوز ذلك إلى تعديله أو الحكم بتعويض مالي [3].

وحسب اعتقاد الأستاذ "**ماجد راغب الحلو**" فإن السبب في خروج منازعات العقود الإدارية بما فيها عقدا الامتياز والتأجير من نطاق اختصاص قاضي الإلغاء لتدخل في ولاية القضاء الكامل أن دعوى الإلغاء هي جزاء لمخالفة قواعد المشروعية، بينما الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية، وقرار فسخ العقد يقوم على إخلال

[1]– القانون09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سابق الذكر.

[2] – آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 163.

[3] – سعيد بوعلي، المنازعة الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر، 2015، ص 145.

المتعاقد بالتزاماته العقدية، ولا يعتبر من القرارات الإدارية المنفصلة التي يجوز مخاصمتها بدعوى الإلغاء[1].

تأخذ المنازعات الناشئة عن عقد الامتياز في مجال القضاء الكامل عدة صور ويرجع ذلك للهدف الأساسي من هاته الدعاوى وما تخلفه من آثار وكذا ما تفرضه من شروط حيث يرجع الاختصاص إلى ولاية القضاء الكامل، أينما تعلق الأمر بالمنازعات الناجمة عن العقود الإدارية لأن الاختصاص في الفصل يعود للمحاكم الإدارية أو مجلس الدولة حسب الجهة الإدارية مانحة الامتياز(حسب المواد 801، 901، 902) ، و لا يمكن رفع مثل هذه الدعاوى إلا من قبل أطراف العقد وتكون في شكل صورتين :

أولا: دعوى طلب بطلان عقد الامتياز

يكون لأحد أطراف عقد الامتياز الإداري الحق في رفع دعوى طلب بطلان العقد بطلانا مطلقا إذا لم تتوفر فيه أحد أركان العقد الإداري(الرضا، المحل، السبب).

كما يمكن رفع دعوى طلب بطلان العقد بطلانا نسبيا إذا شاب أركان العقد عيبا من عيوب الإرادة مثل عيب الرضا أو المحل أو السبب. [2]

أ- بطلان عقد الامتياز لعيب يتعلق بعنصر الرضا:

يتم عقد الامتياز بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية، والتراضي لا يكون صحيحا إلا إذا كان صادرا من ذي أهلية، ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب من عيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه و الاستغلال، وبهذا يتضح أن جوهر الرابطة التعاقدية هو تلاقي الإيجاب والقبول من أطراف العقد[3]. ويحق للمتعاقد الذي عيب رضاؤه التمسك بإبطال العقد.

[1] – ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 230.

[2] – محمد سعيدي ، مرجع سابق، ص 38 .

[3] – حسام مرسي، مرجع سابق، ص 432.

ب-بطلان عقد الامتياز لعيب في ركن المحل:

محل العقد هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء العقد ويشترط فيه أن يكون موجودا وقابلا للتعامل فيه.

يبطل عقد الامتياز الإداري متى ثبت أن محل الامتياز مستحيلا، حيث وإن جاز أن يتضمن العقد الإداري شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص إلا أن جميع العقود إدارية كانت أو مدنية يجب أن تتوفر فيها الشروط العامة المتعلقة بأركان العقد ومحله، فلابد أن يكون المحل مشروعا وغير مستحيل في ذاته وإذا ثبت أن أحد بنود العقد مستحيل التنفيذ على المدعي وعلى الأفراد كافة استحالة مطلقة فإن هذا يرتب بطلان هذا البند[1] .

ج-بطلان عقد الامتياز لتخلف ركن السبب:

سبب العقد هو الغرض الذي يقصده المتعاقدون من الاتفاق ويشترط أن يكون موجودا ومشروعا (غير مخالف للقانون أو النظام العام) وتخلف ركن السبب في عقد الامتياز يحول دون قيام العقد .

ثانيا :الدعاوي المتعلقة بتنفيذ العقد وانقضاؤه

تدخل في اختصاص القضاء الكامل، تتعلق بما يثيره أحد أطراف الامتياز حول تنفيذ العقد كالحصول على مبالغ مالية أو دعاوى فسخ العقد .

أ- دعوى الحصول على تعويض أو على مقابل مالي:

يعتبر تحقيق الربح هو الهدف الأساسي الذي يسعى إليه صاحب الامتياز من خلال تعاقده مع الإدارة على تشغيل المرفق وذلك بحصوله على رسوم من المنتفعين مقابل الخدمة التي يؤديها لهم.[2] ويحق للملتزم الحصول على تعويضات مالية جراء الأضرار الناتجة عن فرض شروط معينة في العقد بناء على رغبة الإدارة أو نتيجة تقلبات اقتصادية غير متوقعة

[1] – آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 165.

[2] – ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 200 .

أو نتيجة قرار عام تتخذه السلطة مانحة الامتياز أو سلطة عامة أخرى.[1] فكل دعوى يرفعها الملتزم ضد الإدارة مانحة الامتياز تكون موضوع مقابل مالي مستحق تخضع لولاية القضاء الكامل.[2]

ب- دعوى إبطال بعض التصرفات الإدارية :

تماشيا مع السير الحسن للمرفق العام ونظرا للسلطات الواسعة التي تتمتع بها الإدارة المانحة في هذا العقد فان الإخلال بالشروط التعاقدية من طرف الإدارة يتيح للملتزم رفع دعوى مفادها إبطال التصرفات المخالفة لما هو متفقا عليه في دفتر الشروط[3] حيث برجع الاختصاص فيها للقضاء الكامل.

ج- دعوى فسخ عقد الامتياز

يمكن للملتزم رفع دعوى فسخ عقد الامتياز وذلك بتوفر أحد حالات الفسخ القضائي التي سبق ذكرها.

ثالثا: منازعات القضايا المستعجلة

إن الهدف من هذه المنازعات هو الحصول على حكم مؤقت لرد خطر محدق يهدد وجود الحق ذاته وتكون هذه المنازعات في حالة مخالفة الإجراءات في كل العقود الإدارية والتي من بينها عقود الامتياز و التأجير.

أجاز قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال المادة 946 للملتزم أخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

[1] – حسام مرسي ، مرجع سابق، ص 452 .

[2] – محمد سعيدي، مرجع سابق، ص 39 .

[3] – محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 253.

كما أجاز القانون للقاضي الإداري التدخل في عمل الإدارة و تسليط غرامة مالية تهديدية عند الامتناع عن تنفيذ الحكم حسب ما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد 09/08 في المادتين 978- 979. [1]

رابعا: المنازعات المتعلقة بقضاء الإلغاء

يؤول الاختصاص للقضاء الكامل في مجال المنازعات المتعلقة بعقد الامتياز الإداري باعتبارها من المنازعات الحقوقية (تهدف للمطالبة بالاعتراف بوجود حقوق أو مراكز شخصية مكتسبة)، واستثناءا من هذا المبدأ ينعقد الاختصاص لقاضي الإلغاء في مجال العقد الإداري منها عقد الامتياز في حالة القرارات المنفصلة[2] عن هذا العقد، فضلا عن طعون المستفيدين من عقود الامتياز[3] .

الفرع الثاني: المنازعات الناشئة بين الإدارة مانحة الامتياز و المرتفقين

إن تقصير الإدارة في استعمال سلطتها ضد الملتزم في حالة إخلاله بالتزاماته يمنح الحق للمنتفعين باللجوء إلى القضاء لحثه على إجبار الملتزم على احترام شروط وقواعد تنظيم وسير المرفق العام موضوع الامتياز، وهذا حتى يضمنوا حقوقهم في الانتفاع من خدمات المرفق العام ويكون ذلك من اختصاص القضاء الإداري عن طريق تجاوز السلطة لخرق السلطة مانحة الامتياز أحكام دفتر الشروط[4] .

---

[1] – المادة 978 / 979 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08 / 09، سابق الذكر .

[2] – **القرار المنفصل** هو قرار يساهم في تكوين العقد ويستهدف إتمامه إلا أنه ينفصل عن العقد ويختلف عنه في طبيعته، ما يجعل الطعن فيه بالإلغاء جائزا فهو قرار يسبق إبرام العقد نظرا لأنه يمهد لهذا الإبرام فهو لا يدخل في نطاق الرابطة التعاقدية مما يجيز الطعن فيه بالإلغاء استقلالا عن العقد، لاحتفاظه بطبيعته كقرار إداري أصدرته الإدارة من جانب واحد استنادا إلى السلطة المخولة لها بمقتضى القانون قصد إحداث أثر قانوني، ولا يترتب عن إلغاء القرار المنفصل أية آثار حيث يبقى العقد صحيحا بالرغم من هذا الإلغاء. لمزيد من التفاصيل راجع : كلوفي عز الدين –نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيطلي، برج بوعريريج، 2012، ص 99 وما بعدها .

[3] –آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 170.

[4] – بن محياوي سارة، مرجع سابق، ص 44.

وعليه يحق للمرتفقين تأسيس دعوى إدارية ضد الإدارة مباشرة أمام المحاكم الإدارية التي يعقد الاختصاص لولايتها إزاء كل إخلال عن التزاماتها التي يمليها عليها العقد المبرم بينها وبين الملتزم أو أي خرق من جانبها لما تمليه القواعد العامة في تنفيذ العقود أو ما يفرضه السير الحسن للمرفق العام، [1] كما نصت على ذلك التعليمة الوزارية رقم 842/394 ((أما بالنسبة للمنازعات التي تنشأ بين المنتفعين والإدارة مانحة الامتياز بخصوص استعمال هذه الأخيرة شروط وقواعد تنظيم وسير المرفق العام موضوع الامتياز تكون من اختصاص الغرف الإدارية هي الأخرى)). [2]

المطلب الثاني: المنازعات الخاضعة للقضاء العادي

تختص الجهات القضائية العادية أساسا في المنازعات التي تفتقر للشخص المعنوي كطرف في العقد على خلاف القضاء الإداري الذي يشترطه (الشخص المعنوي) كطرف في العلاقة التعاقدية، ويقصد بهذه النزاعات تلك التي تنشأ بين الملتزم و المرتفقين من جهة وبين العمال أو الغير من جهة أخرى.

الفرع الأول: المنازعات الناشئة بين الملتزم و المرفقين

يعود الاختصاص في المنازعات الناشئة بين الملتزم و المرتفقين للقاضي العادي وذلك لانعدام المعيار العضوي [3] لأن كل من طرفي العقد من أشخاص القانون الخاص.

ويمكن للمرتفقين تأسيس طعن لتجاوز السلطة في حالة عدم مراعاة الملتزم لالتزاماته الواردة في دفتر الشروط ولهم مطالبة تدخل الإدارة على ذلك وفي حالة رفضها أو سكوتها لهم أيضا رفع طعن لتجاوز السلطة، كما يحق للمنتفعين الطعن بعدم مشروعية الإجراءات

[1] – آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 173 .

[2] – التعليمة الوزارية 394 / 842، سابقة الذكر .

[3] – اعتمد المشرع الجزائري المعيار العضوي لاعتبار تصرف ما إداريا، من القانون 08 / 09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سابق الذكر، المادة 800 منه .

والقرارات الصادرة عن الإدارة تنفيذ العقد، والتي تكون مخالفة للأحكام التنظيمية للالتزام، ويستند سبب ذلك إلى الطبيعة اللائحة لبعض شروط عقد الامتياز الإداري. [1]

الفرع الثاني: المنازعات التي تقوم بين الملتزم والعمال

يشغل العمال مركزا قانونيا تعاقديا ذلك لأن الملتزم يقوم باستغلال وتسيير وإدارة المرفق العام محل الامتياز باستخدام أفراد عاملين تحت إشرافه ورقابته، ويعتبرون عمالا خاضعين للقانون الخاص وتجمعهم علاقة عقدية مدنية.

وعليه يشغلون مركزا قانونيا تعاقديا، يختص القضاء العادي بالتحديد القسم الاجتماعي بالنظر في منازعتهم وفقا لأحكام قانون العمل بالإضافة إلى بعض التنظيمات المكملة لبعض علاقات العمل الخاصة ببعض القطاعات الحساسة ما لم تتعارض مع أحكام علاقات العمل المعمول بها. [2]

الفرع الثالث: المنازعات الناشئة بين الملتزم والغير

يقوم صاحب الامتياز في عقد الامتياز بإبرام عقود كثيرة مع الغير وذلك قصد الحصول على التجهيزات والمستلزمات الضرورية لتغطية متطلبات المرتفقين، إلا أن إبرام هذا النوع من العقود قد تترتب عليه منازعات بين صاحب الامتياز وبين الغير حيث يرجع الفصل فيها لاختصاص الجهات القضائية العادية لانعدام الشخص المعنوي في أحد أطراف العقد.

كما يمكن أن تضاف لمنازعات الملتزم مع الغير تلك الأضرار التي قد تقيد الغير أثناء تنفيذ العقد ومن أمثلة ذلك ما جاء في المادة 165 من القانون 98 / 06 المتعلق الطيران المدني: << في حالة اصطدام طائرتين في الجو، إذا ثبت أن خطأ مشتغل في إحدى هاتين الطائرتين أو أحد مندوبيه أثناء ممارسة وظائفها سبب ضررا لطائرة أخرى

[1] – آكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 174 .

[2] – المرجع نفسه، ص 174 .

ولأشخاص أو أملاك على متن هذه الطائرة يكون ذلك المشتغل مسؤولا عن جميع الأضرار المذكورة >>.[1]

[1] – محمد سعيدي، مرجع سابق، ص 42 .

خـــاتمة

خاتمة:

يعتبر إنشاء وتسيير المرافق العامة صلاحية كاملة للدولة ترتبط بها وجودا وعدما هذه الفكرة وإن كانت مقبولة كلاسيكيا بأن الدولة هي المسؤولة الوحيدة عن إدارة المرافق العامة وتقديم الخدمات إلا أنها لم تعد اليوم صالحة في إطار الاختيارات الأيديولوجية الجديدة للدولة في عالم أصبحت تحكمه مبادئ وقيم جديدة كالفعالية التي أصبحت حتى المرافق العمومية اليوم مدعوة لأن تواكبها.

لقد أوجب تطور دور الدولة في الحياة الاقتصادية إعادة النظر في الطرق التقليدية التي تسير بها مرافقها، للتخفيف من الأعباء الملقاة على عاتقها، وإدامة تسيير مرافقها بشكل يوفر الخدمات المطلوبة منها على أكمل وجه وبما يواكب تطورات العولمة والانفتاح على السوق الحر، بعد أن كانت حريصة على أن تكون إدارة تلك المرافق بواسطة هيئاتها العمومية نظرا لأهمية أنشطة تلك المرافق و ارتباطها بمصالح الجمهور في العديد من المجالات التي كان ينظر إليها على أنها مجال متروك للمبادرة الفردية فقط، على اعتبار أن أي ارتياد للدولة فيها يعتبر مساسا مباشرا أو تهديدا خطيرا لحرية التجارة والصناعة التي يقوم عليها النظام الرأسمالي، ناهيك عن التأثير المباشر الذي تحدثه في الحياة الاجتماعية .

لقد فرضت التحولات التي عرفتها الجزائر خاصة بعد دستور 1989 ضرورة استحداث طرق جديدة مكملة للطرق التقليدية تتلاءم ونوعية النظام الجديد و إشراك القطاع الخاص وإعطائه فرصة لتنفيذ خدمة عمومية راقية .

يعتبر عقدا الامتياز والتأجير من الطرق التي اتبعتها الجزائر في تسيير مرافقها العمومية حتى أصبحا الطريقة المفضلة والنموذج المثالي لتسيير هاته المرافق دون تخليها عن الطرق الكلاسيكية (التسيير المباشر، المؤسسة العمومية) وكرست هذه الطرق بموجب التعليمة الوزارية 842/394 لتعتبرهما من أكثر الطرق ملاءمة لتسيير المرافق العمومية .

رغم نجاح الدولة الجزائرية في اتباع هذه الطرق في مجالات وفشلها في مجالات أخرى سواء على المستوى الوطني أو المستوى المحلي، إلا أن الامتياز باعتباره محور

تفويض المرافق العامة بقي معالجا في نصوص متناثرة حسب كل قطاع، دون إصدار قانون ينظمه كعقد مسمى ويحدد معالمه ويبرز نظامه القانوني إلا فيما تعلق بالتعليمة الوزارية السابقة الذكر، ما جعل موضوع الامتيازات موضوعا هزيلا حيث أن الأحكام الواردة في النصوص القانونية جاءت متناولة للمبادئ العامة وبعض الشروط الشكلية فقط.

من خلال دراستنا لعقدي الامتياز والتأجير دراسة انصبت على عقد الامتياز بشكل كبير، توصلنا على مجموعة من الاستنتاجات والمفارقات :

– عقدا الامتياز والتأجير كأساليب جديدة لتسيير المرافق العامة، لم تحض بدراسات فقهية كافية بالجزائر، حيث أن الجزائر تسير مرافقها العمومية المحلية وفق تعليمة وزارية غير منشورة !!(التعليمة الوزارية 842/394 المؤرخة في 7 سبتمبر 1994 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها) ما يدفع للتساؤل عن القيمة القانونية لهذه التعليمة ومكانتها في الهرم القانوني .

– بالرغم من أن الامتياز من أهم العقود الإدارية وأخطرها، إلا أنه بقي خاضعا لنظام قانوني غير مكتمل المعالم لأنه لم ينل التأطير الكافي (باستثناء التعليمة الوزارية التي تطرح أكثر من إشكال).

– عدم كفاية المدة المحددة في عقود الامتياز لإنجاز المشروع واستغلاله ويرجع ذلك إلى عدم إجراء دراسات دقيقة على الموضوع محل الامتياز قبل الشروع في إنجازه .

– اختلاف كل من الامتياز الإداري والتأجير في استغلال المرافق العامة، حيث يكمن الاختلاف في كون الملتزم في الامتياز لا يتعهد بتسيير المرفق العام فحسب، بل يلتزم مسبقا بالقيام بنفسه بإنجاز المنشآت اللازمة لهذا التسيير مع تحمله لوحده مصاريف إقامة وإنجازه هذه المنشآت، في حين أن مستأجر المرفق العام لا يتحمل مصاريف إقامته وإنجازه، وذلك لكون هذه المصاريف قد تحملتها الجماعات المحلية المؤجرة ويظهر ذلك بوضوح من خلال المرافق العمومية المحلية :(المذابح والمسالخ البلدية والأسواق.....).

– من بين الاختلافات أيضا اختلاف المدة الزمنية للعقدين حسب ما نصت عليه التعليمة الوزارية 842/394 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها ، حيث حددت مدة امتياز المرافق ما بين 30 و50 سنة حسب موضوع عقد الامتياز وقد تصل إلى 99 سنة وذلك لتمكين الملتزم من استدراك ما تحمله من نفقات مالية في إقامة المشروع وتحقيق الربح الذي تعاقد من أجله مع الإدارة، بينما حددت ب12 سنة في عقود التأجير.

– كذللك من الفوارق التي لاحظناها، فيما يخص المقابل المالي للتسيير حيث يتقاضى الملتزم مقابل ما يعرضه من خدمات في شكل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق العام، في حين يتقاضى المستأجر المقابل المالي للتسيير من الإدارة نفسها دون وساطة من المنتفعين .

– أما من حيث الإجراءات وشروط إبرام العقدين فهي تقريبا متشابهة إلا فيما يخص قواعد الاشهار والمنافسة وأحكام دفتر الشروط التي يتوجب على الإدارة مراعاتها واحترامها.

من خلال أوجه التشابه والاختلاف بين العقدين نستطيع القول بأن التأجير هو شكل من الأشكال القانونية للامتياز، فعقد التأجير لا يمكن منحه إلا بموجب عقد الامتياز .

أمام كل هذه التداخلات بين عقدي الامتياز والتأجير والتي حاولنا توضيحها من خلال دراستنا لعقد الامتياز خلصنا إلى جملة من الاقتراحات:

– ضرورة وضع تقنين شامل يحدد بدقة النظام القانوني لعقدي الامتياز والتأجير بطريقة مفصلة وواضحة.

– إجراء دراسة معمقة حول موضوع الامتياز أو التأجير للتأكد من مدى مناسبتهما لإدارة وتسيير واستغلال المرفق حتى لا يكون إبرام العقد عشوائيا ودون دراسة ميدانية مسبقة في ظل التشابه الكبير بين العقدين .

– ضرورة تحديث تسيير المرفق العام ومحاولة إصلاحه من خلال تفعيل دور كل من الامتياز والتأجير لتحسين الخدمة العمومية وزيادة المردودية .

– تحرير الامتياز في القطاعات الضرورية الضخمة لحساب الشركات الأجنبية الكبيرة .

– إعطاء مفهوم دقيق لكل من الامتياز والتأجير وكذا إجراءات منح كل منهما بشكل يضمن الشفافية والمنافسة النزيهة من أجل الحصول على أحسن خدمات بوسائل أفضل لحماية المال العام .

– التخفيف من أوجه رقابة الجهة الإدارية المانحة للامتياز إلى الحد الأدنى الذي يضمن حسن سير المرفق العام وتوفير الخدمات ما يطمئن الخواص لإبرامه .

– تشجيع الخواص على إبرام عقد الامتياز من خلال تقديم الدولة للمعاونات والمساعدات وخفض قيمة الضرائب المفروضة، فضلا عن حصر وتحديد حالات ممارسة الإدارة للسلطات التي تتمتع بها خاصة سلطة توقيع الجزاءات.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا :المصادر:

1- الدساتير:

- دستور 1976.
- دستور 1889.
- دستور 1996.

2- **القوانين :**

- القانون 08/90 المؤرخ في 07 /04/ 1990، يتضمن قانون البلدية، الجريدة الرسمية عدد15،الصادر بتاريخ 04/11/ 1990،ملغى .
- القانون 08/90 المؤرخ في 07 /04/ 1990، يتضمن قانون الولاية، الجريدة الرسمية عدد15، الصادر بتاريخ 04/11/ 1990،ملغى .

- القانون رقم 02/03 المؤرخ في 17 /02/ 2003 المحدد للقواعد العامة للاستعمال و الاستغلال السياسي للشواطئ، الجريدة الرسمية، العدد 11 لسنة 2003.

- قانون المياه رقم 02/05 المؤرخ في 04 / 09 /2003، الجريدة الرسمية عدد 60، سنة 2005 .

- القانون 30/90 المؤرخ في 1 /12/ 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم بالقانون رقم 14/08 المؤرخ في 20 /07/ 2008، الجريدة الرسمية، عدد 11، سنة 2008 .

- القانون 09/08، المؤرخ في2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد21، الصادرة في 23 /04/ 2008.

- القانون 14/08 المؤرخ في 07/20/ 2008 المعدل والمتمم للقانون 30/90، المؤرخ في 01 ديسمبر1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية عدد11، سنة 2008.

- القانون رقم 10/11 المؤرخ في 2011/06/22، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية عدد37، الصادر بتاريخ 03 /06/ 2011.

- القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 /02/ 2012، المتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية عدد12، الصادر في 29 /02/ 2012.

3- الأوامر و المراسيم :

- الأمر 24/67 المؤرخ في 1967/01/24، يتعلق بالبلدية ،الجريدة الرسمية عدد 08،الصادر بتاريخ 01/18/ 1967، ملغى .

- الأمر رقم 97/76 المؤرخ في 1976/11/22، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية عدد 94، الصادر بتاريخ 24نوفمبر1976.

- المرسوم التنفيذي رقم 115/67 المؤرخ في 07 /1967/07، المتضمن منح استغلال البترول للشركات الأجنبية ، الجريدة الرسمية عدد25 ،سنة 1976.

- المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المؤرخ في 18 /1996/09، المتعلق بامتياز الطرق السريعة، الجريدة الرسمية عدد 55، سنة 1996.

- المرسوم التنفيذي رقم 475/97 المؤرخ في 08 /1997/12 ،المتعلق بالمنشآت والهياكل الأساسية للري الفلاحي الصغير والمتوسط، الجريدة الرسمية عدد 62، سنة 1997.

- المرسوم التنفيذي رقم 40/02 المؤرخ في 14 يناير 2002، المتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز خدمات النقل الجوي، الممنوحة لشركة الطيران "أنتينيا للطيران" وكذا دفتر الشروط المرافق لها، الجريدة الرسمية، العدد 04، سنة 2002.

- المرسوم التنفيذي رقم 41/02 المؤرخ في 14 يناير 2002، المتضمن المصادقة على اتفاقية امتياز خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران "الخليفة للطيران "و كذا دفتر الشروط المرافق لها، الجريدة الرسمية، العدد 04، سنة2002.

- المرسوم التنفيذي رقم 342/07 المؤرخ في 07 /11/ 2007، المحدد لإجراءات منح امتياز نقل المحروقات بواسطة الأنابيب وسحبه، الجريدة الرسمية رقم 71، سنة2007.

4-التعليمات :

- التعليمة 842/394 المؤرخة في 1994/09/07، الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية بعنوان: امتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها .

ثانيا : المراجع

1- الكتب باللغة العربية:

- الجبوري محمود خلف ، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى عمان، 2010.
- الحلو ماجد راغب ، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- الشهاوي إبراهيم ،عقد امتياز المرفق العام BOT،دراسة مقارنة ،الطبعة الأولى، مؤسسة طوبجي، القاهرة، مصر ،سنة 2003.
- الطماوي سليمان محمد ، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، مطبعة عين شمس، دار الفكر العربي، سنة 1991.
- بعلي محمد الصغير ، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.
- بوضياف عمار ، الوجيز في القانون الإدارية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2007.
- بوضياف عمار ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2011.

– بوعلي سعيد ، المنازعة الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر 2015.

– بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.

– ديدان مولود، القانون الإداري، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2014.

– ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، دارالبيضاء، الجزائر، 2010.

–عدو عبد القادر ، المنازعات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2012 .

–عوابدي عمار، القانون الإداري والنشاط الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية.

– كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيطلي، برج بوعريريج، الجزائر، 2012.

– كنعان نواف ،القانون الإداري((الكتاب الثاني))، الوظيفة العامة ، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة، الطبعة الأولى، الإصدار السادس، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2009.

– مرسي حسام ، أصول القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2012.

2– الرسائل والمذكرات

– آكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع قانون العقود، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013/2012.

– بن محياوي سارة، النظام القانوني لعقد الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة بسكرة، 2013/2012.

– زعيم إيمان، الطرق المستحدثة لإدارة وتسيير المرافق العامة (عقد البوت نموذجا)، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة بسكرة، 2014/2013.

– ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق (فرع :الدولة والمؤسسات العمومية)، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة الجزائر 1، 2008/2007.

– ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية (حالة عقود الامتياز)، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، 2012/2011.

– محمد سعيدي، عقد الامتياز وعقد التأجير كأداة لتسيير المرفق العام، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر أكاديمي في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015/2014.

3–المقالات:

_ بن شعلال الحميد، عقد الامتياز كآلية لخوصصة تسيير المرفق العام في الجزائر الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، القطب الجامعي تاسوست (جيجل) يومي 30 نوفمبر و 01 ديسمبر 2011.

4– الكتب باللغة الفرنسية

–Carole chenuaud .Frazier,la notion de délégation de service public Revue de droit public n° 01,1995 .

– G.Dupuis,MJ.Guedon.p.chretien, droit administratif 6ème éd A.COLIN ,paris,1998.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

شكر وعرفان .....

الإهداء.....

مقدمـة .....أ

الفصل الأول: النظام القانوني لعقدي الامتياز والتأجير

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعقدي الامتياز والتأجير..... 7

المطلب الأول: الطبيعة التعاقدية والتنظيمية لعقدي الامتياز والتأجير..... 7

الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية لعقدي الامتياز والتأجير 7

أولا: عقد الامتياز عقد إداري..... 9

ثانيا: عقد الامتياز عقد عادي..... 10

الفرع الثاني: الطبيعة التنظيمية لعقدي الامتياز والتأجير..... 10

المطلب الثاني: الطبيعة المزدوجة والمختلطة لعقدي الامتياز والتأجير..... 11

الفرع الأول: الطبيعة المزدوجة لعقدي الامتياز والتأجير 11

الفرع الثاني: الطبيعة المختلطة لعقدي الامتياز والتأجير..... 12

أولا: الشروط التنظيمية:..... 13

ثانيا: الشروط التعاقدية..... 15

المبحث الثاني: إبرام وانتهاء عقدي الامتياز والتأجير..... 17

المطلب الأول: مراحل إبرام عقد الامتياز 17

الفرع الأول : مرحلة اختيار صاحب الامتياز 17

الفرع الثاني: إعداد وثائق العقد 19

أولا: وثيقة العقد 19

ثانيا: دفتر الشروط..... 20
الفرع الثالث: إبرام عقد الامتياز 22
المطلب الثاني: تنفيذ وانتهاء عقدي الامتياز والتأجير 24
الفرع الأول: تنفيذ الالتزام 24
أولا: حقوق الإدارة مانحة الامتياز 24
ثانيا: حقوق صاحب الامتياز 28
ثالثا : حقوق المنتفعين..... 33
الفرع الثاني: انتهاء عقدي الامتياز والتأجير 34
أولا: الطرق العادية لانتهاء عقد الامتياز..... 34
ثانيا: الطرق غير العادية لانتهاء الامتياز 35

الفصل الثاني: واقع تسيير المرافق العامة من خلال عقدي الامتياز والتأجير

المبحث الأول: أهمية عقدي الامتياز والتأجير في سير المرفق العام..... 41
المطلب الأول: مجالات لجوء المرفق العام لعقدي الامتياز والتأجير 41
الفرع الأول: على المستوى المحلي..... 42
الفرع الثاني: على المستوى المركزي..... 43
المطلب الثاني: مساهمة كل من عقدي الامتياز والتأجير في سير المرفق العام..... 44
الفرع الأول: الامتياز والتأجير أساليب استثنائية لسير المرفق العام..... 45
الفرع الثاني: الامتياز والتأجير أساليب فعالة لسير المرفق العام..... 46
المبحث الثاني: المنازعات الناشئة عن عقدي الامتياز و التأجير وكيفية تسويتها 47
المطلب الأول: المنازعات الخاضعة للقضاء الإداري..... 47
الفرع الأول: المنازعات بين الإدارة مانحة الامتياز والملتزم 48
أولا: القضاء الكامل واختصاصه بمنازعات عقد الامتياز 48

أولا: دعوى طلب بطلان عقد الامتياز 50

ثانيا :الدعاوي المتعلقة بتنفيذ العقد وانقضاؤه..... 51

ثالثا: منازعات القضايا المستعجلة..... 52

رابعا: المنازعات المتعلقة بقضاء الإلغاء..... 53

الفرع الثاني: المنازعات الناشئة بين الإدارة مانحة الامتياز و المرتفقين..... 53

المطلب الثاني: المنازعات الخاضعة للقضاء العادي 54

الفرع الأول: المنازعات الناشئة بين الملتزم و المرفقين..... 54

الفرع الثاني: المنازعات التي تقوم بين الملتزم والعمال..... 55

الفرع الثالث: المنازعات الناشئة بين الملتزم والغير 55

خاتمة..... 58

قائمة المصادر والمراجع..... 63

فهرس المحتويات..... 69

ملخص :

ظهر عقدا الامتياز والتأجير كوسيلة ليبرالية بعد النهج الجديد الذي سارت عليه الدولة الجزائرية خلال مرحلة 1989 وكان نتيجة حتمية لظهور ما يعرف بالمرافق العامة الكبرى الصناعية والتجارية وتزايد الحاجات العامة للجمهور، ما حتم على الدولة إشراك القطاع الخاص في تسيير جزء من الاموال العامة المهيأة لتحقيق المنافع العامة لفترة زمنية محددة دون أن تتنازل عن ملكيتها لها رغم أن هذين الأسلوبين كانا قائمين بعد الاستقلال مباشرة ،إلا أن اعتمادهما مؤخرا تم على وجه مغاير لما كانا عليه بعد أن كانا أسلوبان استثنائيان للتسيير أضحيا وسيلة فعالة وبارزة في تسيير المرافق العامة، ورغم أن الجزائر كرست عقدي الامتياز والتأجير من خلال عدة نصوص قانونية، إلا أنها بذلك لم تول لهما أهمية كبيرة، حيث لم تضبط مفهوما دقيقا للعقدين ولم تميز بينهما إلا من خلال تعليمة وزارية خاصة (فتقريبا كل الامتيازات التي نص عليها المشرع الجزائري هي إيجارات، هذا بالنظر للمعايير التي وضعها الفقه والقضاء الفرنسي أي معيار إنشاء المرفق أي القيام بالبناء والتجهيز).

وفي ظل المعطيات الجزائرية الحالية المتمثلة في البحث عن السبل البديلة للتسيير الموجه و الإداري للاقتصاد الوطني، يمكن أن تشكل عقود الامتياز وعقود التأجير إحدى الوسائل للخصخصة الجزئية للاقتصاد الوطني ومن بين السبل للانتقال من مرحلة سيادة القطاع العام إلى مرحلة إشراك القطاع الخاص في تحقيق النمو .

Résumé:

L'importance de concessionnariat apparue depuis les réformes économiques que l'Algérie a entrepris en 1989,il se présente comme une nécessité absolue depuis l'ouverture du marché national qui a pour conséquences l'évolution et l'amélioration des services pour les besoins de la population dont les exigences ne peuvent être satisfaites par la gestion étatique qui ne peut être dans les normes requise, bien que l'Algérie a consacré le contrat de la concession et L'Affermage à travers plusieurs textes juridiques ,mais il ne leur pas donnés une grandes importance ?là où il n'a pas donné un concept précis au contrat de la concession et L'Affermage , seulement ce qui a stipulé dans une instruction ministérielle spéciale ,et il ne distinguait pas entre les deux actes (presque tous les contrats de concession stipulés par le législateur sont des Affermages) , ceci en vue aux normes mises par le "Fiqh" et la justice française selon la création des services public c'est-à-dire faire la construction et le traitement.

Et selon les données Algériennes actuelles ,et à la recherche d'autres solutions et moyens d'exploitation ;les contrats de concession peuvent se former l'un des méthodes de privatisation partielle de l'économie nationale, et l'un des moyens utilisés pour faire participer le secteur privé pour réaliser le développement.