الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعلم العالي و البحث العلمي
جامعة الدكتور الطاهر مولاي - سعيدة -
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

عقد الإمتياز

دراسة مقارنة

مذكـــرة لنيـــل شهـــادة الماستـــر
تخصص : إدارة جماعات محلية

من إعـــداد الطالب(ة) :
- يوسف مليكة

تحت إشـــراف
الأستـاذ(ة) :
- تبون عبد الكريم

لجنة المناقشة :

الأستاذ : قميدي محمد فوزي .....رئيسا
الأستاذ : تبون عبد الكريم .....مشرفا و مقررا
الأستاذ : وقاص ناصر.....عضوا مناقشا

الموسم الجامعي : 2015 / 2016

شكر وعرفان

قال تعالى:"لئن شكرتكم لأزيدنكم"

ويقول الحبيب صلى الله عليه وسلم: "من لم يشكر الناس لم يشكر الله"

اللهم أحمدك حمدا كثيرا مباركا فيه، وأشكرك شكرا يليق بعظمتك ويناسب جلالك أن وفقتني في دراستي، وأفضت علي بنعمة الصحة والعلم، ولك كل صلواتي وتضرعاتي، أن تبارك في علي، وأصلي وأسلم على نبيك والمختار وعلى آله وأصحابه الجديرين بالتعظيم والإكبار أفضل الصلاة والسلام.

أسمى عبارات الاعتراف والشكر إلى كل أساتذتي عبر مختلف الأطوار، وأخص بالذكر أستاذي "تبون عبد الكريم" المؤطر لهذه المذكرة، وأتقدم بجزيل الشكر وخالص الإمتنان لما تفضل به من إشراف وحرصه كل الحرص على التوجيه وتصويب الأخطاء، جزاه الله كل خير.

كما أشكر كل من سعى إلى مساعدتي من قريب أو من بعيد ولو بالدعاء والكلمة الطيبة، سائلة المولى عز وجل أن يجعل هذه الأعمال في ميزان حسناتهم وأن يرفعهم بالعلم درجات.

الإهــداء

أهدي هذا العمل:

إلى روح والدي الطاهرة تغمدها الله برحمته الواسعة وطيب ثراه

إلى أمي الحبيبة أطال الله في عمرها وأدام عزها

إلى إخوتي وأخواتي حفظهم الله

إخلاصا، تقديرا، إحسانا، وفاءا، برا...

الفهرس

المقدمة 1

الفصل الأول: ماهية عقد الإمتياز وإنشاءه 7

المبحث الأول: ماهية عقد الإمتياز 8

المطلب الأول: مفهوم عقد الإمتياز ، ومفهومه التقليدي، والتطورات الحديثة لمفهومه.... 8

الفرع الأول: تعريف عقد الإمتياز 8

أولا: التعريف الفقهي لعقد الإمتياز 9

ثانيا: التعريف القضائي لعقد الإمتياز 11

ثالث: التعريف التشريعي لعقد الإمتياز (القانوني) 12

الفرع الثاني: المفهوم التقليدي لعقد الإمتياز 17

الفرع الثالث: التطورات الحديثة لمفهوم عقد الإمتياز 18

المطلب الثاني: خصائص عقد الإمتياز ، والفرق بينه وبين الصفقة العمومية، والفرق بينه وبين طرق تسيير المرافق العمومية الأخرى 18

الفرع الأول: خصائص عقد الإمتياز 18

الفرع الثاني: الفرق بين عقد الإمتياز وبين الصفقة العمومية 22

الفرع الثالث: الفرق بين عقد الإمتياز بين طرق المرافق العمومية الأخرى 23

أولا: تمييز عقد الإمتياز عن أسلوب الاستغلال المباشر (الإدارة المباشرة) 23

ثانيا: تمييز عقد الإمتياز عن أسلوب المؤسسة العمومية 24

ثالثا: تمييز عقد الإمتياز عن امتياز الأشغال العامة (البوت BOT) 24

رابعا: تمييز عقود الالتزام عن عقود الإدارة 25

المبحث الثاني: إنشاء عقد الامتياز 26

المطلب الأول: أركان عقد الإمتياز وشروطه 26

الفرع الأول: أركان عقد الإمتياز 26

أولا: الأطراف أو ما يطلق عليه بالجانب العضوي) 26

ثانيا: المحل 26

ثالثا: الشكل 27

الفرع الثاني: شروط عقد الإمتياز 28
أولا: الشروط اللائحية (التنظيمية) 29
ثانيا: الشروط التعاقدية 29
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإمتياز وكيفية منحه 31
الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقد الإمتياز (التكييف القانوني) 31
أولا: الإمتياز قرار انفرادي إداري 31
ثانيا: الإمتياز عقد عادي 32
ثالثا: الإمتياز عمل قانوني مركب 33
الفرع الثاني: كيفية منح عقد الإمتياز (كيفية تقريره) 34
الفصل الثاني: آثار عقد الإمتياز ونهايته 39
المبحث الأول: آثار عقد الإمتياز 40
المطلب الأول: آثار عقد الإمتياز بالنسبة للإدارة مانحة الامتياز 40
الفرع الأول: حق الرقابة، وحق التعديل 40
أولا: حق الرقابة 40
ثانيا: حق التعديل 41
الفرع الثاني: حق استرداد المرفق العام قبل نهاية مدته، وحق توقيع الجزاءات..... 42
أولا: حق استرداد المرفق العام قبل نهاية مدته 42
ثانيا: حق توقيع الجزاءات 43
المطلب الثاني: آثار عقد الإمتياز بالنسبة لصاحب الامتياز (الملتزم) 44
الفرع الأول: من حيث الالتزامات 44
أولا: التزامات مصدرها عقد الإمتياز 44
ثانيا: التزامات مصدرها المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة 45
ثالثا: التزامات مصدرها القوانين والأنظمة المرعية 45
الفرع الثاني: من حيث الحقوق 45
أولا: الحق في الحصول على المساعدات 45
ثانيا: الحق في اقتضاء المقابل المالي 46

ثالثا: الحق في التوازن المالي 47
رابعا: الحق في التعويض 48
المطلب الثالث: آثار عقد الإمتياز بالنسبة للمنتفعين بالمرفق موضوع الامتياز..... 49
الفرع الأول: بالنسبة لعلاقة المنتفع بالإدارة 49
الفرع الثاني: بالنسبة لعلاقة المنتفع بالملتزم 49
المبحث الثاني: نهاية عقد الامتياز 50
المطلب الأول: النهاية الطبيعية لعقد الامتياز 50
الفرع الأول: نهاية عقد الإمتياز بتحقق موضوعه 50
الفرع الثاني: نهاية عقد الإمتياز بانتهاء المدة المحددة له 50
المطلب الثاني: النهاية الغير طبيعية لعقد الإمتياز 51
الفرع الأول: استرداد الإمتياز قبل نهاية مدته 51
الفرع الثاني: الإسقاط 52
الفرع الثالث: الفسخ 53
أولا: الفسخ باتفاق الطرفين (الإتفاقي أو الإرادي) 53
ثانيا: الفسخ بقوة القانون (التلقائي) 53
ثالثا: الفسخ عن طريق الإدارة (الإداري) 54
رابعا: الفسخ عن طريق القضاء (القضائي) 55
الخاتمة 57
قائمة المراجع 62
الفهرس

قائمة المختصرات:

ب س ن: بدون سنة النشر.

ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ج: جزء.

ط: الطبعة.

ط ب ر: طبعة بدون رقم.

ص: صفحة.

ص ص: من صفحة إلى صفحة.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

م ر: مرسوم رئاسي.

مقدمة

تحتل نظرية العقود الإدارية اليوم أهمية بالغة في تسيير المرافق العامة في الدولة سواء في العلاقة الناشئة عن عقود الإدارة مع الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة أو في العلاقة التعاقدية بين الهيئات العامة فيما بينها. [1]

يعد العقد الإداري كالعقد المدني عن كونه توافق إرادتين عن إنشاء التزامات[2]، وأن أركان العقد الإداري كذلك هي نفس أركان العقد المدني[3].

إلا أن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أن تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين شخص أو شركاء أو جماعة وفي أنها تستهدف مصلحة عامة ليسر العمل في مرفق عام.[4]

مر تمييز العقد الإداري عن عقود الإدارة الأخرى بمراحل متعاقبة بدأت بمحاولة المشرع تمييز عقود الإدارة بإدارته، وفق ما يسمى في نظرية العقد الإداري بمرحلة العقود الإدارية بتحديد القانون ثم أعقبت ذلك مرحلة أخرى وضع فيها القضاء الإداري عدة معايير للتمييز سميت بمرحلة التمييز القضائي للعقود الإدارية.[5]

وليس أدل على المرحلة الأولى من أن المشرع المصري قد نص في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في "المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر".

فإذا كان المشرع في مصر وفرنسا لم يحدد العقود الإدارية على سبيل الحصر لذا وجب البحث عن معيار[6]، حيث تكفل القضاء بالبحث في الطبيعة القانونية للعقد وفق معايير محددة من قبل، فالمعايير التي اعتمدها القضاء والفقه الإداريان في تمييز العقود الإدارية تتمثل في:[7]

---

[1]- عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ب ر، 2003، ص5.

[2]- المادة 54 من الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر عدد 78، الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10/05، المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر عدد 44، الصادر بتاريخ 26 جوان 2005.

[3]- خالد خليل الظاهر، القانون الإداري (دراسة مقارنة - المرفق العام، الضبط الإداري، القرار الإداري، العقود الإدارية، الأموال العامة)، الكتاب الثقافي، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، ط1، 1997، ص223.

[4] - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص279.

[5]- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص7.

[6]- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، عين شمس، ط5، 1991، ص60.

[7]- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص10.

أولا أن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنويا عاما، حيث أن وجود شخص معنوي عام طرفا في العقد شرطا أساسي ومنطقي لا بد من توافره لكل عقد إداري، فأشخاص القانون العام، في الجزائر حسب المادة 800 من ق.إ.م.إ. الجديد هي: [1] الدولة، الولاية، البلدية، والمؤسسات العمومية الإدارية، وفي مصر، فتتمثل في كل من الدولة، الوزارات والمؤسسات الإدارية التابعة لها فضلا عن الأشخاص العامة المحلية من محافظات ومدن وأحياء يضفي عليها القانون الشخصية المعنوية[2]، أما في الأردن فتشمل الدولة والوزارات والمصالح والإدارات التابعة لها وكذلك الأشخاص العامة القومية المحلية والنقابات المهنية والمجالس والهيئات المحلية المركزية واللامركزية.[3]

وثانيا، اختيار المتعاقدين لوسائل القانون العام وفكرة تضمين العقد شروطا استثنائية، أي أن يتضمن العقد شروطا غير مألوفة في العقود الخاصة ويبرز دون العقد في خدمة المصلحة العامة التي أبرم لتحقيقها[4]، حيث يعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسي، في النزاع الشهير الخاص بشركة جرانيت الفوج الرخامية حجر الزاوية بالنسبة لفكرة الشروط الإستثنائية.[5]

أما ثالثا، اتصال العقد بنشاط مرفق عام، فلا يكفي لإعتبار العقد إداريا أن تكون الإدارة أحد أطرافه إنما يجب البحث فيما إذا كان العقد متعلق بمرفق عام على وجه من الوجوه.

فقد تراوح تعريف المرفق العام بين المعنى العضوي والمعنى الموضوعي، فبعد أن كان القضاء في فرنسا ومصر يتبنى المعنى العضوي للمرفق، تطورت أحكامه للجمع بين المعنيين، ثم استقر فيما بعد على المعنى الموضوعي، فعرف المرفق العام بأنه النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى مباشرة أو تعهد به إلى آخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهاتها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقا للصالح العام.[6]

فإن اتصال العقد مرفق عام هي ركن أساسي متى انقطعت هذه الصلة أصبح العقد عقدا من عقود القانون الخاص، ولو كان أحد طرفيه شخصا معنويا عاما[7]، إذن يعد اتصال العقد الذي

---

[1]- القانون رقم 09/08، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 يتضمن ق.إ.م.إ.
[2]- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص10.
[3]- سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص22.
[4]- سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ب ر، 2004، ص251.
[5]- حكم مجلس الدولة الفرنسي، المؤرخ في 31 جويلية 1912.
[6]- الدكتور/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص12.
[7]- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص234.

الذي تبرمه الإدارة بأحد المرافق العامة من مقومات اعتبار العقد عقدا إداريا يخضع للأحكام والمبادئ العامة للعقد الإداري.[1]

مما سبق تبين لنا أن هناك معايير معينة لتمييز العقد الإداري عن غيره من صور العقود المدنية، لكن مع ذلك فإن نفس العقود المعروفة في القانون المدني كعقود البيع، والشراء، والإيجار، والنقل، والتوريد، والمقاولة ... إلخ، وهي عقود مدنية، يمكن أن تكون عقودا إدارية إذا تضمنت نفس شروط العقد الإداري.

ومن هنا يمكن تقسيم العقود الإدارية على نفس النمط المعروف في العقود المدنية من حيث الإلتزامات المترتبة على العقد:

فمنها ما يرتب التزامات على طرف الطرفين المتعاقدين، ومنها ما يرتب التزامات على طرف واحد، وكذلك يمكن تقسيمها إلى، عقود مسماة بمعنى أن لها نظاما قانونيا خاصا معروفا مسبقا، وعقود غير مسماة أي العقود التي تبرم على خلاف المألوف وحسب طبيعة وظروف كل عقد، غير أن هناك عقود إدارية لا نجد لها نظيرا في العقود المدنية، ومن أمثلة ذلك: "عقد الامتياز" أو "الإلتزام".[2]

إن المرافق العمومية أنواع متعددة، إلا أننا سنكرر خاصة على المرافق العمومية من حيث موضوعة نشاطها، حيث تنقسم إلى مرافق إدارية، ومرافق عامة اقتصادية.[3]

فالمرافق العامة الإدارية Les services publics administratifs (SPA)، هي أقدم أنواع المرافق العامة[4]، وهي المرافق التي تأسست عليها نظرية المرفق العمومي كأساس للقانون الإداري، وينصب نشاط هذه المرافق على وظائف الدولة المتعلقة بحماية الأمن الخارجي، والأمن الداخلي، وتأمين القضاء، وبصفة نسبية تأمين التعليم والصحة[5].

---

[1]- عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري (نشاط الإدارة ووسائلها)، منشأة المعارف جلال حزى وشركاه، الإسكندرية، ط2، 2004، ص106.

[2]- عبد الحكيم أحمد محمد عثمان، المناقصات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط ب ر، 2006، ص44.

[3]- ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2011، ص208.

[4]- محمد أمين بوسماح، ترجمة رحال بن اعمر، رحال مولاي دريس، المرفق العام في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط ب ر، 1995، ص228.

[5]- ناصر لباد، المرجه السابق، ص152 – 153.

أما المرافق العامة الاقتصادية، فهي ذاتها المرافق العامة الصناعية والتجارية (SPIC) les services publics industriéls et commerciaux[1]، وهي مجموعة المرافق العامة التي تمارس وتزاول نشاطا اقتصاديا بهدف تحقيق أهداف اقتصادية لإشباع حاجات عامة اقتصادية صناعية أو تجارية أو مالية أو زراعية وتعاونية[2]، حيث ظهرت هذه المرافق العامة نتيجة ازدياد تدخل الدولة في الحياة العامة خاصة الميادين الصناعية والتجارية، والتي هي أصلا من شؤون القطاع الخاص واهتمامات الأفراد[3]، وهي تمثل كذلك طابع الدول الحديثة القائمة على المبادئ الإشتراكية (مثل الجزائر بعد الاستقلال) والإقتصاد الموجه لا سيما عقب تحرر هذه الدول من الإستعمار.[4]

ومن أمثلة المرافق العامة الاقتصادية، مرافق النقل البري والبحري والجوي، ومرفق النقل بواسطة السكك الحديدية، ومرافق توريد المياه والكهرباء والغاز، ومرافق الصناعات الكيميائية ومرافق الصناعات الحربية، وصناعة السيارات والطائرات ومرافق الحمامات والمسارح العامة، ومرافق الأدوية والصيدلية، والمحلات التجارية العامة الكبرى (أسواق الفلاح الجزائرية) مثلا.[5]

فإذا كان من المسلم به أن السلطة الإدارية تتمتع بسلطة تقديرية كبيرة بشأن إدارة المرافق العامة المختلفة، فإنه يجب عليها أن تستخدم أكثر الطرق توافقا مع طبيعة النشاط الذي يؤديه المرفق العام، نظرا لمسؤوليتها عن كفالة سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

ولهذا فإن طرق إدارة المرافق العامة modes de gestion de services publics تتنوع بحسب طبيعة الأنواع المختلفة التي تعرضنا لدراستها آنفا[6]، حيث تضع الدولة نصب عينيها اعتبارات متعددة، سياسية، اجتماعية، واقتصادية...إلخ، وذلك عند اختيار طريقة إدارة أي مرفق عام[7]، غير أن تنوع وظيفة الدولة وتدخلها في الميدان الإقتصادي والإجتماعي والثقافي وسع من نطاق الخدمة وفرض التفكير في طرق جديدة لإدارة المرافق العامة، ولعب الجانب

---

[1]- خالد خليل الظاهر، المرجع السابق، ص229.
[2]- عمار عوابدي، القانون الإداري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط ب ر، 2002- ص63.
[3]- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط ب ر، 2005، ص210.
[4]- ناصر لباد، المرجع السابق، ص153.
[5]- عمار عوابدي، المرجع السابق، ص131- 132.
[6]- عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري (القرارات الإدارية، الضبط الإداري، العقود الإدارية) دار الفكر العربي، القاهرة، ط ب ر، 2008، ص421.
[7]- خالد خليل الظاهر، المرجع السابق، ص53.

المالي أيضا دورا في هذا المجال، فعادة ما تفرض الحالة المالية للدولة التفكير في نقل بعض النشاطات للأفراد لإدارتها بأموالهم وتكتفي الدولة بمراقبة هذا النشاط.[1]

كما يعتبر عقد الإمتياز الإداري أحد الطرق الثلاثة الكلاسيكية لتسيير المرافق العامة، بعد التسيير المباشر، والتسيير عن طريق المؤسسة العامة، حيث تتجه الإدارة من خلاله إلى تخفيف قبضتها على المرفق إلى حد كبير ومن ثم تكتفي بالرقابة على إدارة المرفق الذي يتولى تسييره فرد أو هيئة.

حيث تظهر أهمية عقد الإمتياز من خلال، تحريره للمرفق العام من قيود القانون العام، كما يؤدي إلى تخفيف الأعباء المالية والإدارية عن الدولة، بالإضافة إلى إبعاده للمرفق العام عن النزاعات السياسية والحربية، وكذلك يؤدي إلى رجوع محتويات المشروع إلى الدولة عند إنتهاء الإمتياز[2]، فعقد الإمتياز يعد كمحور ووجه لتفويض المرفق العام تحقيقا للخدمة العامة وتحسين أدائها في ظل تزايد الوعي المدني ودو الدولة.

وبما أن الدور الفعال الذي يلعبه عقد الإمتياز الإداري في ترسيخ التعاون بين القطاع العام والخاص وإشباع الحاجات العامة للجمهور، فضلا عن أهمية المرافق العامة المسيرة عن طريقه وخاصة وأنه عقد غير مسمى لو يوله المشرع الجزائري إهتمامه، وذلك لإعتباره طريقة استثنائية للتسيير واستعماله في بعض الحالات، واتسامه بالتقهقر من خلال قوانين الإدارة المحلية السابقة والحالية.

- فما المدى الذي ساهم به عقد الإمتياز في تطوير علاقة الشراكة بين الإدارة والقطاع الخاص؟

- وما هي الحلول التي قد تمكن من جعل أسلوب الإمتياز أسلوبا هاما في إدارة وتسيير المرافق العامة؟.

ومن هنا فإن هذا العمل سيتناول بالدراسة والتحليل من خلال التطرق إلى مختلف القوانين التي تناول عقد الإمتياز الإداري:

- ماهية عقد الإمتياز وإنشاءه موضوع الفصل الأول.

- أما الفصل الثاني فسنخصصه لآثار عقد الإمتياز ونهايته.

---

[1]- عمار عوابدي، المرجع السابق، ص456- 457.

[2]- عدنان عمرو، المرجع السابق، ص107.

الفصل الأول

الفصل الأول: ماهية عقد الإمتياز وإنشاءه.

تتعدد العقود الإدارية وتأخذ صوار مختلفة بتعدد مواضيعها، فلم يعد الأمر قاصرا على صور محددة حصرا لها، والعقود الإدارية التي تبرمها الأشخاص العامة هي تلك التي ترتبط بتنظيم مرفق عام أو تسييره باستخدام وسائل القانون العام.

وبروز دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة مع تطبيق واسع للقانون الخاص كمظهر من مظاهر تعدد وتنوع وسائل إدارة المرافق العامة، حيث تتعدد هذه الأخيرة بين الأساليب التقليدية المتمثلة في الإستغلال المباشر والتسيير عن طريق المؤسسة العمومية، والأساليب الحديثة مثل الإمتياز، ولتحديد ملامحه يجب التطرق إلى ماهيته (المبحث الأول)، وإنشائه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية عقد الإمتياز:

قبل التعرض لمفهوم الإمتياز لا بد من التطرق إلى تعريفه في اللّغة ثم في الإصلاح على النحو التالي:

الإمتياز في اللغة، من امتاز، وامتاز القوم أي تميّز بعضهم عن بعض، وامتاز الشيء أي تميز بفضل أو نوع عن غيره.

فالإمتياز حق يحصل عليه الشخص من الحكومة لبيع سلعة أو القيام بعمل لا ينافسه فيه أحد.[1]

يقول المولى عزّ وجل في 'سورة يس' بعد بسم الله الرحمن الرحيم:

" ﴿ ﴾ [2]

بمعنى أن الله عزّ وجل يقول مخبرا عمّا يؤول إليه حال الكفار يوم القيامة من أمره لهم أن يمتازوا بمعنى يميّزون عن المؤمنين في موقفهم.

المطلب الأول: تعريف عقد الإمتياز، ومفهومه التقليدي، والتطورات الحديثة لمفهومه.

سنتطرق فيما يلي إلى كل من تعريف عقد الإمتياز (الفرع الأول)، والمفهوم التقليدي لعقد الإمتياز (الفرع الثاني)، والتطورات الحديثة لمفهوم عقد الإمتياز (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف عقد الإمتياز:

إن مفهوم الإمتياز لم يعرف ثباتا واستقرارا في المعنى، بل اختلف وتطور تعريفه وذلك باختلاف النظر إلى المرفق العام، تماشيا مع التطور الذي عرفته الدولة في مختلف مجالات الحياة، وعليه حتى نستطيع تحديد التعريف الإصلاحي للإمتياز لا بد من تعريفه في كل من الفقه، والقضاء، والتشريع.[3]

---

[1]- راتب هزاز أحمد، الدكتور/ جميل أبو نصري، الدكتورة/ رمزية نعمة حسن، زاد الطلاب، دار الراتب الجامعية، بيروت، ط ب ر، ب س ن، ص87- 88.

[2]- سورة يس، الآية: 58- 59.

[3]- بوحموم خديجة، الطبيعة القانونية للإمتياز في إطار استغلال العقار الصناعي، مذكرة للحصول على شهادة الماستر، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الدكتور يحي فارس، المدية، سنة 2012/ 2013، ص7- 8.

أولا: التعريف الفقهي لعقد الإمتياز.

اهتم الفقه بتحديد مفهوم وتعريف عقد الامتياز الإداري نظرا لدوره الفعال في توفير الخدمات العامة للجمهور، خاصة وأنه عقد غير مسمى في الجزائر، وإن لم يكن كذلك في غيرها من الدول.

يعتبر عقد الامتياز من أهم العقود المسماة في بعض الدول كفرنسا ومصر، وهو أحد العقود الواردة على العمل، وعادة ما يصطلح عليه بالتزام المرافق العامة.[1]

فعرفه جانب من الباحثين في الجزائر أمثال الدكتور "ناصر لباد" أن: "الإمتياز أو ما يسمى كذلك التزام المرفق العمومي la concession du service public ، هو عقد أو اتفاق c'est une contrat ou une convention، تكلف الإدارة المانحة l'administration concédante سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا (فرد) أو شخصا معنويا من القانون العمومي (بلدية مثلا) أو من القانون الخاص (شركة مثلا) يسمى صاحب الإمتياز le concessionnaire بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة، ويقوم صاحب الإمتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك، وفي مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي، يتقاضى صاحب الإمتياز مقابل مالي une rémunération يحدد في العقد يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق".[2]

أما في جمهورية مصر، فعرفه الدكتور "سليمان محمد الطماوي"على أنه:" عقد، الغرض منه إدارة مرفق ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن".[3]

كما عرفه الأستاذ الدكتور "مصلح ممدوح الصرايرة" والذي يمثل واحد من الباحثين الفقهاء في الأردن، على أنه: "أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة تلجأ من خلاله الإدارة إلى الأفراد أو الشركات الخاصة تتولى إنشاء وإدارة هذه المرافق عن طريق عقد إداري يسمى عقد امتياز، أو التزام المرافق العامة، وهذا العقد عبارة عن اتفاق يعهد بموجبه شخص من

---

[1]- أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2013، ص13.

[2]- ناصر لباد، المرجع السابق، ص164- 165.

[3]- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، عين شمس، ط1، 1999، ص108.

أشخاص القانون العام إلى أحد الأشخاص في القانون الخاص يدعى (الملتزم) مهمة إنشاء وإدارة مرفق عام تحت إشرافه ورقابته مقابل رسم يتقاضاه الملتزم من المنتفعين من المرفق".[1]

والبروفيسور الفرنسي "جورج قوديل" اتجه إلى إيضاح مفردات اللغة وتعريف امتياز المرفق العام كالآتي:

* تعبير "امتياز" هو الأكثر غموضا في القانون الإداري، ويستعمل للتدليل على عمليات ليس لها شيء هام مشترك بينها سوى أن هناك في الأساس إذنا، إجازة من الإدارة.

وهكذا سيجري الكلام على الإمتيازات في المقابر، وامتيازات الأراضي في أقاليم ما وراء البحار، وامتيازات السدود لمنع تسرب المياه أو امتيازات اتساع الأراضي alluvion مستقبليا وهي مجرد بيع معدات.

* وتعبير "امتياز المرفق العام" الذي يختصر أحيانا بتعبير "امتياز" له على العكس، معنى أكثر دقة، إنه أسلوب ينيط بموجبه بشخص عام يسمى مانح الإمتياز بشخص، طبيعي أو معنوي، يسمى صاحب الإمتياز، إقامة مرفق عام وإدارته تحت رقابة مانح الإمتياز، مقابل مكافأة ترتكز في أغلب الأحيان، على عائدات يستوفيها صاحب الإمتياز من مستعملي المرفق العام.[2]

وإن تباين هذه التعاريف حسب وجهة نظر كل فقيه، وحسب قدرتهم الصياغية، إلا أنها لا تخرج عن مفهوم الفكرة التي مفادها، أن عقد الإمتياز الإداري، أن تعهد الإدارة إلى أحد الأفراد أو أشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق اقتصادي واستغلاله لمدة محدودة وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته، وفي مقابل ذلك يتقاضى رسوما يدفعها كل من انتفع بخدمات المرفق.[3]

ثانيا: التعريف القضائي لعقد الإمتياز.

---

[1]- مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، (مبادئ القانون الإداري، التنظيم الإداري، الضبط الإداري، المرفق العام)، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،ط1 ، 2012، ص349.

[2]- جورج قوديل، بيار دلفولفيه، ترجمة منصور القاضي، القانون الإداري، ج2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 2001، ص571.

[3]- ذيب أمينة، النظام القانوني لعقد الإمتياز، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2012، ص8 وما بعدها.

1- الإمتياز في ظل القضاء الجزائري:

إن الإمتياز كأسلوب إدارة المرافق العمومية لم يعنى بأحكام واجتهادات كثيرة في الجزائر بل تكاد تنعدم عكس ما نجده في دول أخرى كمصر وفرنسا[1]، وعليه يوجد قرار قضائي وحيد صدر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2004/03/09 في قضية بين شركة نقل المسافرين "سريع جنوب" ضد رئيس بلدية وهران، الملف رقم 11950، بعد استئناف قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران حيث جاء فيه "... وحيث أن عقد الإمتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الإمتياز للمستغل، بالإستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة، لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه..."[2]

حيث اعترف مجلس الدولة في قراره هذا، باختصاصه بالنظر في الدعاوى الناتجة عن عقد الإمتياز.

وهذا قضاء صائب وسليم من جانبه، كما اعترف مجلس الدولة في ذات القرار للإدارة بحق استرداد المرفق إن رغبت في ذلك ولا يجوز لصاحب الإمتياز التمسك بحق شخصي دائم اتجاه الإدارة، وقد تعلق النزاع باستغلال محطة نقل المسافرين.[3]

فقلد اعتبر القضاء الإداري عقد الإمتياز بأنه عقد إداري من نوع خاص موضوعه إدارة مرفق عام يتعهد بمقتضاه الملتزم وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وبتكليف من الدولة أو أحد هيئاتها بالقيام بنشاط معين وخدمة محددة والحصول على مقابل من المنتفعين.[4]

2- الإمتياز في ظل القضاء المصري:

نجد القضاء المصري قد عرف الإمتياز في الفتوى رقم 369 الصادر في 16 ديسمبر 1949 عن قسم الرأي بمجلس الدولة على أنه: "عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يقوم على حسابه وعلى مسؤوليته بإدارة مرفق عام متحملا مخاطرة وما تتطلبه إدارة هذا المرفق من

---

[1]- بوحموم خديجة، المرجع السابق، ص9.

[2]- مجلة مجلس قضاء الدولة الجزائري، العدد5، سنة 2004، 112 وما بعدها.

[3]- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2007، ص365.

[4]- عمار بوضياف، دور عقد الامتياز في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص، الفكر البرلماني، العدد 25، تبسة، 2010، ص150.

أشغال عمومية إذا لزم الأمر، ويمنح في سبيل ذلك مؤقت بعض السلطة العامة وذلك مقابل جعل يؤديه إلى جهة الإدارة مما يحصله من الأجور من الجمهور نظير استعمالهم للمرفق العام".[1]

كما عرفت المحكمة الإدارية المصرية الإمتياز على أنه:

"ليس إلاّ عقدا إداريا يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه القيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية طبقا للشروط التي توضع لأداء خدمة عامة للجمهور مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح".[2]

3- الإمتياز في ظل القضاء الأردني:

كذلك اعتبر القضاء الإداري الأردني عقد الإمتياز بأنه عقد إداري من نوع خاص موضوعه إدارة مرفق عام يتعهد بمقتضاه الملتزم وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وبتكليف من الدولة أو إحدى هيئاتها بالقيام بنشاط معين وخدمة محددة والحصول على مقابل من المنتفعين.[3]

ثالثا: التعريف التشريعي (القانوني) لعقد الإمتياز.

1- تعريف عقد الإمتياز في التشريع الجزائري.

رغم نص القوانين المتعلقة بالبلدية والولاية[4] صراحة على أسلوب الإمتياز كطريقة استثنائية للتسيير إلا أنها أغفلت تقديم تعريف له، والذي تطور بتطور المرافق التي اعتمدته في تسييرها والمراحل التي مرت بها الدولة الجزائرية، فليس هناك أي تعريف جامع مانع له، مما يتطلب استدراج بعض القوانين القطاعية التي اعتمدت كطريقة للتسيير.[5]

حيث عرف المشرع الجزائري الإمتياز في عدة نصوص قانونية وتنظيمية نذكر أهمها:

أ- تعريف عقد الإمتياز طبقا لقانون المياه:

---

[1]- بوحموم خديجة، المرجع السابق، ص9- 10.

[2]- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي القاهرة، ط ب ر، 2005، ص106.

[3]- غسان مدحت خير الدين الخيري، مدخل في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2013، ص167.

[4]- تنص المادة 155 من القانون البلدي على ما يأتي: "يمكن المصالح العمومية البلدية المذكورة في المادة 149 أعلاه، أن تكون مدخل امتياز طبقا للتنظيم الساري المفعول".

"يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم"

- وتنص المادة 149 من قانون الولاية على ما يأتي:

"إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة، فإنه يمكن المجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به.

يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم ويصادق عليه حسب القواعد والإجراءات المعمول بها.

ويصادق على العقود المبرمة في هذا الشأن طبقا لأحكام المادة 54 من هذا القانون"

[5]- أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص15 وما يليها.

لقد عرف المشرع الجزائري عقد الإمتياز من خلال القانون رقم 83- 17 الملغى والمتضمن قانون المياه[1] في نص مادته 21 على أن الإمتياز: "عقد من عقود القانون العام، تكلف بموجبه الإدارة شخصا قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام وعى هذا الأساس لا يمكن أن يمنح الإمتياز إلا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية وكذا المجموعات المحلية"

ثم أضاف المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة على أن الإمتياز: "عقد إداري يبرم بين الإدارة وشخص اعتباري أو طبيعي خاضعا للقانون العام قصد استعمال الملكية العامة للمياه".

كما عرف الأمر رقم 96- 13 المتضمن قانون المياه[2] المعدل والمتمم للقانون رقم 83/ 17 المتعلق بالمياه، وتحديدا المادة 04 منه عقد الإمتياز بأنه:" عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما أو خاصا قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية".

في حين نجد أن قانون المياه لسنة 2005[3] المعدل والمتمم للقانون رقم 17/83، في مادته76، قد عرف الإمتياز كالآتي: "يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه والذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام، لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يقدم طلب بذلك طبقا للشروط المحددة في هذا القانون والكيفيات التي عن طريق التنظيم".

---

[1]- القانون رقم 83/ 17، المؤرخ في 16 جويلية 1983، المتضمن قانون المياه، ج ر عدد 30، الصادر بتاريخ 16 جويلية 1983، ملغى)

[2]- الأمر رقم 13/96، المؤرخ في 15 جوان 1996، المتضمن قانون المياه، ج ر عدد 37، الصادر بتاريخ 16 جوان 1996، (ملغى).

[3]- القانون رقم 12/05، المؤرخ في 04 أوت 2005، يتضمن قانون المياه، ج ر عدد 60، الصادر بتاريخ 04 ديسمبر 2005، معدل ومتمم بالقانون رقم 03/08، المؤرخ في 23 جانفي 2008، ج ر عدد 40، الصادر بتاريخ 27 جانفي 2008، والقانون رقم 02/09، المؤرخ في 22 جويلية 2009، ج ر عدد 26، الصادر بتاريخ 26 جويلية 2009.

ب- تعريف عقد الامتياز طبقا للقانون رقم 03/10 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة:

تناولت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القانون رقم 03/10، الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة[1]، الواردة تحت عنوان "شروط وكيفيات منح الإمتياز"، تعريف عقد الإمتياز الإداري كما يلي:

"الإمتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص 'المستثمر صاحب الامتياز'، حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة كذا الأموال السطحية المتصلة بها بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها (40) سنة، قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية، تضبط كيفيات تحديدها وتحصيلها بموجب قانون المالية".

ج- تعريف عقد الإمتياز طبقا لقانون المحروقات:

تنص المادة 02 من قانون المحروقات[2] على أن الإمتياز هو: "وثيقة يرخص بموجبها الوزير المكلف بالمحروقات لصاحب الإمتياز انجاز واستغلال منشآت النقل بواسطة الأنابيب لمدة محدودة مع مراعاة الإلتزامات المكلف بها بموجب هذه الوثيقة"

- كما عرف عقد الإمتياز في **تعليمة صادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية تحت رقم 3.94/ 842 تتعلق بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها**[3]: حيث جاء فيها: "أن أسلوب الامتياز يعتبر الطريقة الأكثر شيوعا في استغلال المرافق العامة وهو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمّال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز وهو الملتزم على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدمات وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق".

وقد تضمنت هذه التعليمة أحكاما تفصيلية بخصوص امتياز المرافق العمومية المحلية وتعد إطارا مرجعيا في هذا المجال.

---

[1]- القانون رقم 03/10، مؤرخ في 15 أوت 2010، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 46، الصادر بتاريخ 28 أوت 2010.

[2]- القانون رقم 07/05، المؤرخ في 28 أفريل 2005، يتعلق بالمحروقات، ج ر عدد 50، الصادر بتاريخ 19 جويلية 2005، معدل ومتمم بالقانون رقم 10/06، المؤرخ في 29 جوان 2006، ج ر عدد 48، الصادر بتاريخ 30 جوان 2006، والقانون رقم 01/13، المؤرخ في 20 فيفري 2013.

[3]- التعليمة رقم 842/3.94، صادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري موجهة إلى السادة الولاة بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر، رؤساء المجالس الشعبية ورؤساء المندوبية التنفيذية، صادرة بتاريخ 07 ديسمبر 1994، حسب النص باللغة الفرنسية، إذ أن النص باللغة الفرنسية، إذ أن النص باللغة الوطنية لم تناول تاريخ صدورها.

- ولأول مرة في التشريع الجزائري، وبصدور **المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**[1]، أعطي تعريف جامع مانع لعقد الإمتياز بينما كان مقتصرا على الفقه والقضاء فقط، وذلك من خلال مادته 210 حيث نصت على أن: "الإمتياز: تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام.

يمول المفوض له: إنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه".

2- تعريف عقد الإمتياز في التشريع المصري:

يعد عقد الإمتياز من أهم العقود الإدارية، من حيث موضوعها، باعتبار أنه يعهد إلى شخص خاص بإدارة مرفق عام، وقد ظل في مصر بدون تنظيم تشريعي خاص حتى صدور قانون التزامات المرافق العامة رقم 129 في 21 يوليو 1947، وقد عدلت بعض أحكام هذا القانون فيما بعد بالقانون رقم 497 لسنة 1954، والقانون رقم 538 لسنة 1955، والقانون رقم 185 لسنة 1958.[2]

والقانون الذي يحكم الإلتزام حاليا في مصر، هو القانون رقم 61 لسنة 1958 المعدل بالقانون رقم 152 لسنة 1962.[3]

النصوص التشريعية المنظمة لإلتزام المرافق العامة:

يقضي الدستور الحالي في المادة 123 بأن:

"يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الإلتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثورة الطبيعية والمرافق العامة"

وقد نظم القانون المدني التزام المرافق العامة في بعض مواده، إذ خصص له المواد من 668 إلى 673.

---

[1]- مرسوم رئاسي رقم 247/15، مؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[2]- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، ج3، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط ب ر، 2000، ص451.

[3]- سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري(تنظيم السلطة الإدارية والإدارة المحلية، التنظيم القانوني للوظيفة العامة، نظرية العمل الإداري)، ج2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط ب ر، 1996، ص605.

وهناك التشريع الأصلي في المرافق العامة الذي صدر بالقانون رقم 129 لسنة 1947، والذي عدل بعد ذلك عدة مرات.

وهناك أيضا القانون رقم 61 لسنة 1958 المعدل والمتمم الخاص بمنح الإمتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الإمتياز.[1]

كما عرف المشرع المصري، عقد إلتزام المرافق العامة في المادة 668 من القانون المدني بأنه:" عقد الغرض منه إدارة المرفق العام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها استغلال المرفق فترة معينة من الزمن".[2]

3- تعريف عقد الإمتياز في التشريع الأردني:

قد نص الدستور الأردني على عقد الإمتياز بموجب المادة 117 بأن: "كل امتياز يعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون".[3]

وعملا بصريح نص المادة السابقة من الدستور لا بد من صدور قانون خاص لكل امتياز على حدة، بأن يمنح كل التزام بموجب قانون يقره ويوافق عليه مجلس الأمة، هذا مع ملاحظة أن يكون الإلتزام لمدة محدودة،[4] وتطبيقا لذلك:

فمن أهم الإتفاقيات التي تم التصديق عليها بقانون، إتفاقية امتياز مصفاة البترول، حيث صودق عليها بالقانون رقم 19 لسنة 1958، واتفاقية الإمتياز المنعقدة بين حكومة المملكة الأردنية الهاشمية وشركتي الكهرباء الأردنية المساهمة في عمان، وشركة الكهرباء المركزية المساهمة في الزرقاء المصادق عليها بالقانون رقم 50 لسنة 1950 المعدل بالقانون رقم 49

---

[1]- مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري (تنظيم الإدارة العامة)، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص325.

[2]- اعبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري(دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر-التعريف بالقانون الإداري، المركزية الإدارية، اللامركزية الإدارية، التركيز وعدم التركيز الإداري، عمال السلطة الإدارية، الضبط الإداري، المرافق العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، أموال السلطة الإدارية، امتيازات السلطة الإدارية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ب ر 1991، 436.

[3]- خالد خليل الظاهر، القانون الإداري المرجع السابق، ص58.

[4]- هاني علي الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، ج1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 1995، ص 325.

لسنة 1985، واتفاقية الامتياز المنعقدة بين المملكة الأردنية الهاشمية وشركة البترول الوطنية المساهمة المحدودة والمصادق عليها بالقانون رقم 19 لسنة 1996.[1]

4- تعريف عقد الإمتياز في التشريع العراقي:

نظمت المادة 891 فقرة 11 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 بالنص على أن:" التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي منفعة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون"، وقد تم عقد امتياز شركات النفط الأجنبية العراقية التي انتهت بالتأميم عام 1972.[2]

ولكننا نجد أن المشرع العراقي في الوقت الحاضر قد نص في الدستور المؤقت عام 1970 بالمادة 13 بأن: "الثروات الطبيعية ووسائل الإنتاج تسيرها السلطة المركزية استنادا مباشرا لمقتضيات التخطيط العام الاقتصادي".[3]

الفرع الثاني: المفهوم التقليدي لعقد الإمتياز.

مبدئيا إن الإمتياز عند ظهوره تاريخيا هو أسلوب يقوم بنقل تسيير نشاط عمومي إلى هيئات خاصة، بحيث كانت الإدارة في هذه المرحلة أي أثناء مرحلة الدولة الحارسة أو الدولة الليبرالية في القرن التاسع عشر، لا تتدخل في النشاطات ذات الطابع الصناعي والتجاري، وإذا كانت هناك ضرورة للقيام بهذا النوع من النشاط، فإن الإدارة تقوم به ولكن بصفة غير مباشرة، بحيث يمنح تسيير واستغلال هذه المرافق إلى أشخاص خاصة عن طريق إبرام عقد أو اتفاق معها، ويسمى هذا العقد: الإمتياز أو الإلتزام.[4]

---

[1]- عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص436.
[2]- خالد خليل الظاهر، المرجع السابق، ص58.
[3]- هاني علي الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، الإصدار الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2009، ص286.
[4]- مصلح ممدوح الصرايرة، المرجع السابق، ص350.

الفرع الثالث: التطورات الحديثة لمفهوم عقد الإمتياز.

في الجزائر، وفي الآونة الأخيرة في دول أخرى وحتى في فرنسا، فإن استعمال الإمتياز، زيادة على استعماله في إطار المفهوم التقليدي، قد عرف تطور بحيث، إن هذه القاعدة أي منح استغلال المرافق العمومية إلى أشخاص خاصة فقط، قد عرفت بعض الحدود.

بعد الإستقلال، خاصة بعد عمليات التأميم، فإن استعمال أسلوب الإمتياز، قد تم في بعض الأحيان لإقامة علاقات قانونية بين الدولة من جهة والمؤسسات والمقاولات العمومية التي أحدثت لتسيير النشاطات أو القطاعات المؤممة من جهة أخرى.[1]

المطلب الثاني: خصائص عقد الإمتياز، والفرق بينه وبين الصفقة العمومية، والفرق بينه وبين طرق تسيير المرافق العمومية الأخرى.

مما سبق ذكره يتضح أن عقد الإمتياز ينفرد بمجموعة من السمات التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى المدنية أو الإدارية، والتي تجعل منه عقدا قائما مستقلا (الفرع الأول)، ومن هنا يمكننا التمييز بين عقد الإمتياز والصفقة العمومية (الفرع الثاني)، وإيجاد الفروقات بينه وبين طرق تسيير المرافق العمومية الأخرى (الفرع الثالث).

الفرع الأول: خصائص عقد الإمتياز.

نستنتج من التعريف التشريعي والتعريفات الفقهية والقضائية السابقة الذكر، أن عقد الامتياز يتمتع بالخصائص التالية:

أولا: عقد الإمتياز عقد إداري يتم إبرامه بين طرفين، أحدهما: الإدارة مانحة الإمتياز التي قد تكون إدارة مركزية كالوزارات أو إدارة لا مركزية كالمؤسسات العامة والبلديات... وثانيهما: الشخص الطبيعي أو المعنوي الخاص الذي يتم اختياره على أساس اعتبار شخصي قائم على توافر مجموعة محددة وخاصة من الصفات والخصائص فيه يسمى حامل الإمتياز،[2] وليس هناك ما يمنع أن يربط عقد الإمتياز بين شخص إداري وشركة من القطاع العام.[3]

ثانيا: غالبا ما ينصب عقد الإمتياز على المرافق الإقتصادية التي يدفع المنتفع بها مقابلا لانتفاعه، فهو لا يتلاءم مع المرافق الإدارية.[4]

---

[1]- خالد خليل الظاهر، المرجع السابق، ص58.

[2]- خالد خليل الطاهر، المرجع نفسه، ص59.

[3]- ناصر لباد، المرجع السابق، ص165.

[4]- نواف كنعان، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، الكتاب الأول، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2006، ص355.

ثالثا: يلزم المتعاقد مع الإدارة أن يتولى تسيير مرفق عام يحدده العقد، ويتقيد بكل الضوابط بما فيها المالية، وكذلك تجسيد المساواة بين فئة المنتفعين.[1]

رابعا: الإدارة لا تتولى بنفسها إدارة المرفق العام، ولا تقدم الأموال اللازمة لإدارته كما في طريقة الإستغلال المباشر والمؤسسات العامة، ولكن تعهد الإدارة إلى أحد الأفراد أو إلى شركة خاصة بإدارة المرفق، ويتولى الملتزم أعمال الإدارة مستخدما عماله وأمواله متحملا وحدة المسؤولية[2]، حيث يتحمل الملتزم في عقد الإمتياز، النفقات الناتجة عن تسيير المشروع ويضمن له سيرا منتظما ومطردا، مقابل تقاضيه أجرا في الأغلب مما يدفعه المستعملون.[3]

وبالمقابل تلتزم جهة الإدارة في حالة اختلال توازنه المالي بأن تعيد له هذا التوازن وهذا ما أقره القضاء المقارن.

خامسا: إن الإدارة في هذا العقد بالذات تتمتع بسلطات استثنائية تفرضها صفتها كشخص من أشخاص القانون العام، وهذا بغرض حماية فئة من المنتفعين.[4]فالإدارة مانحة الإمتياز تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في إبرام العقد الإداري مع الشركة أو الشخص المعنوي طالب الامتياز.[5]

سادسا: إن اللجوء إلى هذا الأسلوب من أساليب التسيير هو أمر إختياري، بمعنى أن للسلطة التي يتبعها المرفق مطلق الحرية في أن تأخذ به أو تتركه لصالح الأنماط العادية للتسيير، فإذا لجأت إلى مثل هذا الأسلوب في التسيير، استوجب عليها القيام بذلك في حدود الإجراءات التي تنظم اللجوء إلى هذا الأسلوب من مواصلة ممارسة واجبات الإشراف والرقابة.

سابعا: إن إسناد تسيير المرفق العمومي عن طريق الإمتياز لا يعد تنازلا عن المرفق بل إجراءا مؤقتا، وإن طالت المدة يبقى محدودا في الزمن.[6]

ثامنا: الإمتياز يمنح لمدة معينة، تكون هذه المدة طويلة عادة لغرض السماح للملتزم بتغطية النفقات التي بذلها في إنشاء المشروع وإدارته ولتحقيق قدر من الأرباح له أيضا.[7]

---

[1]- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2011، ص100.

[2]- محمد جمال مطلق الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري(ماهية القانون الإداري-التنظيم الإداري، النشاط الإداري، القرار الإداري، العقود الإدارية، الوظيفة العامة، الأموال العامة)، الإصدار الأول، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2003، ص161.

[3]- عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 100.

[4]- حسام مرسي، أصول القانون الإداري(التنظيم الإداري، الضبط الإداري، العقود الإدارية) دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2012، ص273.

[5]- نواف كعنان، المرجع نفسه، ص100.

[6]- خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط ب ر، 2011، ص139.

[7]- محمد جمال مطلق الذنيبات، المرجع السابق، ص273.

ففي الجزائر وإن لم يقم قانون الولاية ولا قانون البلدية بتحديد مدة عقد الإمتياز، إلا أن هناك من القوانين الخاصة بالمرافق القطاعية من حددتها أو حصرتها.

فتم تحديد المدة القصوى لإمتياز تسيير مرفق التزويد بمياه الشرب بـ 30 سنة، يبدأ سريانها من تاريخ نشر قرار منح الإمتياز في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية حسب المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 54/08 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالإمتياز للخدمة العمومية لمياه الشرب ونظام الخدمة المتعلق به. [1]

وحسب المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 11/ 346، المحدد لكيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل على مستوى الحواجز المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحي[2]، يمكن تجديد الإمتياز بناء على طلب يقدم ثلاثة أشهر على الأقل قبل نهاية مدته.

بينما حددت المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 341/11، الذي يحدد كيفيات منح إمتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية، أجل تقديم طلب التجديد بسنة (01) قبل نهاية مدة عقد الإمتياز الإداري الأصلي.

كما حددتها المادة 13 من المرسم التنفيذي رقم 326/10، الذي يحدد كيفيات تطبيق حق امتياز استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة[3]، بحد أقصاه 40 سنة قابلة للتجديد، عملا بالمادة 14 منه.

من جهته القانون رقم 07/05، المتعلق بالمحروقات[4]، قام بتحديد مدة عقد الامتياز وجعلها 50 عاما كحد أقصى تطبيقا للمادة 71 منه.

---

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 54/08، المؤرخ في 09 فيفري 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالإمتياز للخدمة العمومية لمياه الشرب ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر عدد 08، الصادر بتاريخ 13 فيفري 2008.
نفس المدة نص عليها المرسوم التنفيذي رقم 53/08، المؤرخ في 09 فيفري 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي بالإمتياز للخدمة العمومية للتطهير ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر عدد 08، الصادر بتاريخ 13 فيفري 2008.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم 346/11، يحدد كيفيات منح امتياز استعمال الموارد المالية إقامة هياكل على مستوى الحواجز المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحي، ج ر عدد 54، الصادر بتاريخ 02 أكتوبر 2011.

[3]- المرسوم التنفيذي رقم 326/10، المؤرخ في 23 ديسمبر 2010، يحدد كيفيات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 79، الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 2010.

[4]- القانون رقم 07/05، يتعلق بالمحروقات، المرجع السابق.

في حين حددتها المادة الرابعة من الأمر رقم 11/06، المحدد لشروط وكيفيات منح الإمتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية[1]، بعشرين (20) سنة كحد أدنى، على خلاف القوانين الأخرى.

بينما حصرتها التعليمة الوزارية رقم 3.94/ 842 المتعلقة بامتياز المرافق العامة المحلية وتأجيرها[2]، وجعلت لها حدين حد أدنى لا يجوز التنازل عنه، تمكينا للملتزم من استعادة ما أنفقه في سبيل إعداد المشروع وتسخير الحاجات العامة للجمهور، وحد أقصى لا يجوز تجاوزه، إذ هي محصورة بين الثلاثين (30) والخمسين (50) عاما.

أما في مصر، فبعد أن كانت الإلتزامات تمنح قبل القانون رقم 129 سنة 1947 لمدة تسعة وتسعون (99) عاما، إلا أن الوضع تغير بعد ذلك، لذلك نصت المادة الأولى من القانون ذاته على أنه: "لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد عن ثلاثين سنة".[3]

فقد صدرت بعد سنة 1947 الكثير من عقود امتياز البحث عن البترول، وصدر كل منها بقانون، والمدة الواردة فيه أزيد من ثلاثين (30) عاما ولكنها لا تصل إلى تسع وتسعين (99) عاما القديمة[4].

بينما في الأردن، فعقد الإمتياز عقد طويل الأمد يحتاج تنفيذه لفترة طويلة قد يزيد عن خمسين (50) عاما.[5]

أما في لبنان، فنجد المادة 89 من الدستور اللبناني قد نصت على أن يكون الإمتياز لمدة معينة، على أن تتراوح هذه المدة ما بين عشرين (20) وأربعين (40) سنة.[6]

الفرع الثاني: الفرق بين عقد الإمتياز والصفقة العمومية.

تعرف المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[7]، كالتالي: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق

---

[1]- الأمر رقم 11/06، المؤرخ في 30 أوت 2006، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة إنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 54، الصادر بتاريخ 30 أوت 2006.

[2]- التعليمة الوزارية رقم 3.94/ 842، المتعلقة بإمتياز المرافق العامة المحلية وتأجيرها، المرجع السابق.

[3]- محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص905.

[4]- مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص331.

[5]- محمد جمال مطلق الذنيبات، المرجع السابق، ص258.

[6]- فوزت فرحات/ قدم له د/ خالد الرقباني، القانون الإداري العام (التنظيم الإداري، والنشاط الإداري)، الكتاب الأول، المؤسسة المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ط1، 2004، ص232 وما بعدها.

[7]- المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر رقم 58، ص3.
- وتجب الإشارة أن م ر رقم 236/10 قد عدل وتمم بموجب م ر رقم 98/11، المؤرخ في 01 مارس 2011، ج ر رقم 14، ص14، و م ر رقم 23/12، المؤرخ في 18 جانفي 2012، ج ر رقم 4، سنة 2012، ص4.

وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة".

وبمعرفتنا لمفهوم الصفقة العمومية، نستطيع التمييز بينها وبين عقد الإمتياز من خلال مجموعة من الفروقات نعرضها كالآتي:

أولا: إن اللجوء إلى عقد الإمتياز كأسلوب من أساليب التسيير هو أمر اختياري، بمعنى أن للسلطة التي يتبعها المرفق مطلق الحرية في أن تأخذ به أو تتركه لصالح الأنماط العادية للتسيير، فإذا لجأت إلى مثل هذا الأسلوب، استوجب عليها القيام بذلك في حدود الإجراءات التي تنظم اللجوء إلى هذا الأسلوب من مواصلة ممارسة واجبات الإشراف والرقابة.

وعلى العكس من ذلك بصدد الصفقة العمومية، فإنه يتعين على السلطة الإدارية العمومية التقيد بإجراءات الصفقات إلزاما.

ثانيا: إن إسناد تسيير المرفق العام عن طريق الإمتياز، يتم في شكل اتفاقية تحوي جوانب من العقد وجوانب الإجراء التنظيمي.

وهذا التزاوج لا نجده في الصفقات العمومية.

ثالثا: إن تشغيل المرفق العام يكلف به صاحب الإمتياز، وعلى حسابه، متحملا مخاطر التسيير، وبمقابل ذلك يتقاضى أجرا في الأغلب مما يدفعه المستعملون، فإن اقتضى الأمر أن تدفع السلطة العمومية مبلغا إضافيا، فلا يعد وأن يكون ذلك دعما من جانبها، لا يدفع في أغلب الأحيان إلا لإعادة التوازن المالي لتسيير المرفق.

في حين أن المبالغ التي يأخذها المتعامل[1] المتعاقد بصدد صفقة عمومية تكون صادرة مباشرة من السلطة الإدارية العمومية نتيجة أداء خدمات مقابلة.

رابعا: ومن حيث المدة فإن المعروف والمتعامل به هو أن عقد الإمتياز أطول أجلا، من الصفقة العمومية.

خامسا: وإذا كانت الصفقة مبدئيا هي الأسلوب الذي يلجأ إليه عادة في التعاقد لدى المصالح العمومية.

فإن المشرع يلجأ إلى أسلوب الإمتياز بكثير من التخوف، ويظهر ذلك من خلال العبارات التي استعملها كل من قانون الإدارة المحلية الجزائرية (البلدية والولاية)، فقد جعله

[1]- خرشي النوى، المرجع السابق، ص139.

أسلوبا استثنائيا من خلال إدراجه تحت عنوان "أنواع أخرى من التسيير" وهو ما يفيد اعتبار المشرع هذا الأسلوب خارجا عن الأنواع العادية المألوفة، والتي ذكرت قبل في قسم أول تحت عنوان 'الاستغلال البلدي المباشر"[1]

الفرع الثالث: الفرق بين عقد الإمتياز وبين طرق تسيير المرافق العمومية الأخرى.

سيتم في هذا الفرع التفرقة بين امتياز إدارة المرافق العامة وبعض المفاهيم التي يمكن أن يختلط معها في المعنى نظرا للتشابه الكبير بينهما كالآتي:

أولا: تمييز عقد الإمتياز عن أسلوب الاستغلال المباشر (الإدارة المباشرة).

*** من حيث أداء الدولة للنشاط:**

إن أسلوب الإستغلال المباشر طريق من طرق إدارة المرافق العامة، يمكن أن تتبين ماهيته من إسمه، فهو طريق الإدارة المباشرة، فهو يعني أن تتولى الدولة مباشرة بنفسها إدارة المرفق، تتحمل مسؤوليته ومخاطره المالية دون أن يتوسط بينها – في ذلك- وبين المرفق هيئة مستقلة، فهي تتولى إدارة المرفق بأموالها وموظفيها.[2]

إلا أن في أسلوب الإمتياز لا تتولى السلطة العامة إدارة المرفق بنفسها وإنما تعهد بإدارته واستغلاله إلى شخص آخر يتولاه بمصاريف من طرفه وبأدوات ومهمات يقدمها على نفقته.[3]

*** من حيث التمويل:**

يتكفل الملتزم بالتغطية المالية للمشروع وما يحتاجه من عقارات ومنقولات على اختلاف أنواعها بحسب ما يقتضيه نشاط المرفق.

بينما تتكفل الدولة ماليا في حالة الإستغلال المباشر.[4]

*** من حيث إضفاء صفة الموظف:**

لا يتمتع الأجراء العاملون لحساب الملتزم بصفة الموظفين العموميين، بل عمالا يحكمهم تشريع العمل لا تشريع الوظيفة العامة.

خلافا للعاملين في مشروع الإستغلال المباشر.[5]

---

[1]- خرشي النوى، المرجع نفسه، ص140.
[2]- مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص307.
[3]- هاني علي الطهراوي، المرجع لسابق، ص285.
[4]- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري ، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2013، ص467.
[5]- عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص467.

ثانيا: تمييز عقد الإمتياز عن أسلوب المؤسسة العمومية.

المؤسسة العمومية هي شخص معنوي، الهدف من إنشائها هو التسيير المستقل لمرافق عمومية تابعة للدولة أو المجموعات المحلية، فإلى الدولة والمجموعات المحلية أي المجموعات الإقليمية، فإن تسيير المرافق العمومية قد يعهد إلى أشخاص عمومية أخرى والتي يطلق عليها اسم المؤسسة العمومية l'établissement public.[1]

فالمؤسسات العمومية تختلف عن شركات الإمتياز، في أن الأولى أشخاص إدارية تتمتع بحقوق وامتيازات السلطة الإدارية، بينما الثانية[2] من أشخاص القانون الخاص وليس شخصا عاما.[3]

ثالثا: تمييز امتياز المرفق العام عن امتياز الأشغال العامة الـ BOT.

إن إمتياز الأشغال العامة هو بشكل عام امتياز مرفق عام يتعهد بموجبه صاحب الإمتياز بإنشاء بعض الأشغال الضرورية لتسيير المرفق العام.[4]

فعقد الأشغال العامة أو ما يسميه المشرع الأردني في المادة الرابعة من نظام الأشغال الحكومية رقم 71 لسنة 1986 "بعقد المقاولة" هو عقد إداري يبرم بين شخص معنوي عام وأحد أشخاص القانون الخاص (والذي يسمى المقاول أو المتعهد)[5] بحيث يقوم هذا الأخير ببناء أو صيانة أو ترميم عقار لحساب الشخص المعنوي العام وتحقيق للمصلحة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد.[6]

والـ BOT هي التسمية الأنكلوسكسونية لعقد الإمتياز، لذا فقد يختلط هذا النظام بنظام الإمتياز المعتمد في إدارة المرافق العامة، فكلاهما يكونان بمقابل (رسوم)، وكلاهما محدد المدة التي عادة ما تكون طويلة نسبيا.

لكن الفرق بينهما يكمن في أن امتياز المرفق العام يكون المرفق موجودا منذ البداية أما في امتياز الأشغال العامة يجب على صاحب الإمتياز إيجاد المرفق بنفسه.[7]

---

[1]- ناصر لباد، المرجع، المرجع السابق، ص160.
[2]- هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص285.
[3]- عبد الغني بسويتي عبد الله، المرجع السابق، ص437.
[4]- هيام مروة، القانون الإداري الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2003، ص103.
[5]- محمد علي الخلايلة، المرجع السابق، ص279.
[6]- محمد علي الخلايلة، المرجع نفسه، ص280.
[7]- نواف كنعان، الوجيز في القانون الإداري الأردني، الوظيفة العامة القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة)، الكتاب الثاني، الإصدار السادس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2009، ص324.

كما اعتبر كذلك في فرنسا أن معظم إمتيازات المرافق العامة الكبرى هي امتيازات أشغال عامة، فامتيازات توزيع المياه والكهرباء والحافلات الكهربائية وسكك الحديد هي أشغال عامة، ولا يتناقض ذلك مع صفتها كامتيازات مرافق عامة، لأن مرفق الشغل العام هو مجرد امتياز مرفق عام يتعهد صاحب الإمتياز فيه بتشييد بعض المباني الضرورية لعمل المرفق العام، على أن هناك امتيازات أشغال عامة بدون مرفق عام، مثلا: إمتيازات مساقط المياه في قانون 16 تشرين الأول 1919، وإمتيازات الطرق السيارة (م.د.14 شباط 1975) وامتيازات مواقف السيارات (م.د.10 نيسان 1970)، هي امتيازات أشغال عامة ومرافق عامة.[1]

رابعا: تمييز عقود الإلتزام عن عقود الإدارة.

يشكل هذين العقدين طريقتين من طرق إدارة المرفق العام.

وعليه فإنه في عقود الإدارة تبقى الجهة الإدارية متحملة المسؤولية المالية والإدارية للمرفق، ويظهر فيها الشخص المكلف بالإدارة كوكيل عمل يعمل بإسم ولحساب الإدارة ويكون أجره محدد بصورة ثابتة وجزافية في حين أن يعمل بإسمه ولحسابه ويتقاضى أتعابه من المنتفعين بالمرفق العام.

أما بالنسبة لعقود الإلتزام فتختلف عن الإمتياز في أن الرسوم التي يتقاضاها تنقسم إلى قسمين: قسم يعود له شخصيا والقسم الآخر يقدمه للإدارة، كما أنه يبرم عادة لمدة قصيرة عكس الامتياز الذي يكون لمدة طويلة نسبيا.[2]

المبحث الثاني: إنشاء عقد الإمتياز.

سنتعرض فيما يلي إلى كل من أركان عقد الإمتياز وشروطه (المطلب الأول)، والطبيعة القانونية لعقد الامتياز وكيفية منحه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أركان عقد الإمتياز وشروطه.

الفرع الأول: أركان عقد الإمتياز:

يتميز عقد الامتياز بأركان خاصة تميزه عن غيره من العقود الأخرى هي كالآتي:

أولا: الأطراف أو ما يطلق عليه بالجانب العضوي.

---

[1]- جورج ڤوديل، بيارد لڤولڤية، ترجمة منصور القاضي، المرجع السابق، ص573.

[2]- جبوري أحمد، استغلال الأملاك الوطنية الخاصة عن طريق الإمتياز، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، سنة 2010/ 2011، ص27.

يتمثل أطراف عقد الإمتياز أو الإلتزام في الإدارة من جهة، وأحد الأفراد أو الشركات من جهة أخرى:[1]

حيث يمكن أن تلجأ الإدارة العامة مركزية كانت أو لا مركزية (تسمى هنا: مانحة الإمتياز concédant) إلى إسناد ومنح عملية تسيير وإدارة مرافقها العامة إلى شخص آخر عادة ما يكون من أشخاص القانون الخاص، (يسمى الملتزم concessionnaire)[2]

ثانيا: المحل.

ينصب عقد الإمتياز على إدارة مرفق عام[3]، يراعي فيه أن يكون قابلا للتفويض حيث لا يجوز مثلا تفويض المرافق التي تثير امتيازات السلطة العامة نفسها، كما هو الحال بالنسبة لمرفق البوليس، وأن يقتصر محل العقد على إدارة واستغلال المرفق لا نقل ملكيته وعليه فإن عملية تفويض التسيير في عقد الإمتياز الإداري لا تؤدي إلى خصخصة المرفق حيث تحتفظ الإدارة بسيادتها عليه، وما للملتزم إلا حق استغلاله لمدة محددة.[4]

وعادة ما يكون محل عقد الإمتياز الإداري مرفق اقتصاديا، فلا يتصور أن تعهد الإدارة لأحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق إداري لما في ذلك من خطورة تمتد آثارها لفئة المنتفعين، ثم أن المرافق الإدارية عادة لا تستدرج في نشاطها القطاع الخاص بحكم عدم استهدافها لمعيار الرّبح، وهو المعيار المحرّك لهذا القطاع.

ثالثا: الشكل.

إن نقل إدارة المرفق لأحد الأفراد أو الشركات يتم بموجب وثيقة رسمية تتضمن جميع الأحكام المتعلقة بالمرفق والتي وضعتها الإدارة بإرادتها المنفردة ويجب على الملتزم التقيد بها إذا رضي التعاقد مع الدولة أو الولاية أو البلدية.[5]

وعليه فلا إلزام إلا بموجب دفتر للشروط تحدد فيه الإدارة سلفا سائر الأحكام المتعلقة بإدارة المرفق بما في ذلك الأحكام التي آثارها لفئة المنتفعين.[6]

---

[1]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص468.

[2]- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ط ب ر، 2013، ص277.

[3]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص99.

[4]- أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص44- 45.

[5]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 99.

[6]- عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 94.

والجدير بالإشارة أن عقد الإمتياز وإن تجسد في رابطة قانونية تجمع بين الإدارة والمتعاقد معها، إلا أن هذا العقد يبنى أساسا على دفتر شروط الدولة أو الولاية أو البلدية بإعداده، ومثال ذلك دفتر الشروط المتعلق بالإمتياز الممنوح من الدولة إلى البلديات لاستغلال المحلات التجارية للعرض السينمائي.[1]

وكذا دفتر الشروط النموذجي، الذي يشكل مثالا يقتدي به ويرجع إليه عند الضرورة[2]

فحسنا فعل المشرع الجزائري في القانون رقم 07/12، حين أحال بموجب المادة 149 للتنظيم بخصوص دفتر شروط نموذجي يحكم سائر الولايات من باب التوحيد في مجال قانون العمل وتفاديا لاختلافات قد تحدث بين الولايات، وهذا أمر نثني عليه بفوائده الكثيرة، وهو ذات ما أشارت إليه المادة 155 من قانون البلدية الحالي لسنة 2011[3].

تنص المادة الثامنة من القانون رقم 03/10، الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة[4]، على أنه: "تعفى إجراءات الإعداد والتسجيل والإشهار العقاري لعقد الإمتياز من جميع المصاريف"

من خلال نص المادة نستنتج ضمنيا أن عقد الإمتياز من العقود المكتوبة، كونه يخضع لإجراءات الإشهار والتسجيل.

فالشكل الكتابي لا يعد شرطا لإضفاء الصفة الإدارية على عقد الإمتياز الإداري إنما لصحته وقيامه.[5]

وحسب القضاء الفرنسي، يترتب على الشكل الكتابي للعقود الإدارية منها عقد الامتياز نتائج ذات أهمية بالغة، أهمها:

1- أن العقد المكتوب يعتبر ثابت التاريخ.

2- لا يمكن إنكار ما تشمل عليه هذه العقود إلا عن طريق الطعن بالتزوير.[6]

الفرع الثاني: شروط عقد الإمتياز.

بالرجوع إلى قانون الإدارة المحلية الجزائري (البلدية والولاية)، حيث:

---

[1]- المنشئ بموجب القرار الوزاري المسترك، المؤرخ في 17 مارس 1967، ج ر رقم 26.

[2]- فوزت فرحات، قدم له د/ خالد الرقباني، المرجع السابق، ص230.

[3]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص469.

[4]- القانون رقم 03/10، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، المرجع السابق.

[5]- وليد جبر جابر، طرق إدارة المرافق العامة (المؤسسة العامة والخصخصة) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2009، ص19. وما يليها.

[6]- الدكتور ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري، ج2، دار المجدد للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2004، ص436.

- تنص المادة 155 من القانون البلدي[1] على ما يأتي:

"يمكن المصالح العمومية البلدية المذكورة في المادة 149 أعلاه، أن تكون محل امتياز طبق للتنظيم الساري المفعول.

يخضع الإمتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم".

- وتنص المادة 149 من قانون الولاية[2] على ما يأتي:

"إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة، فإنه يمكن المجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الإمتياز طبقا للتنظيم المعمول به.

يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم ويصادق عليه حسب القواعد والإجراءات المعمول بها.

ويصادق على العقود المبرمة في هذا الشأن طبقا لأحكام المادة 54 من هذا القانون".

* نجده يشترط على الإدارة العامة عند اللجوء إلى هذه الطريقة في إدارة وتسيير المرافق العامة ما يلي:

أولا: تعذر إدارة وتسيير المرفق العام بإحدى الطرق العامة (الإستغلال المباشر، والمؤسسة العامة).

ثانيا: ضرورة إجراء مداولة من طرف المجلس الشعبي البلدي أو الولائي، حسب الحالة.[3]

ثالثا: إبرام اتفاق (عقد الإمتياز)[4] بين الطرفين، شريطة أن يكون مطابقا لدفتر الشروط النموذجي[5]، الذي يحدد القواعد القانونية السارية على المرافق العامة المدار بهذه الطريقة، والذي تضعه وتعده الإدارة مسبقا وبإرادتها المنفردة.

رابعا: تصديق على الإتفاق المتضمن "التزام المرفق العام"، من طرف الجهة الإدارية المخولة له طبقا للتشريع.[1]

---

[1]- قانون رقم 10/11، مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق لـ 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر 37 مؤرخة في 2011/07/03.

[2]- قانون رقم 07/12 مؤرخ في 2012/02/21، يتعلق بالولاية، ج ر مؤرخة في 2012/02/29.

[3]- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص278.

[4]- عقد الإمتياز المتعلق بمدة الامتياز وبتوازنه المالي.

[5]- دفتر الشروط النموذجي الذي يشكل مثالا يقتدي به ويرجع إليه عند الضرورة.

- دفتر الشروط عبارة عن نص مفصل ينظم شروط تسيير المرفق العام، تقوم بإعداده الجهة الإدارية مانحة الامتياز المؤهلة للغرض، أنظر: شايب باش كريمة، عقد الامتياز ودوره كآلية لاستغلال العقار الموجه للاستثمار الصناعي في الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 01، الجزائر، 2012، ص211.

ومن المسلم به في الوقت الحاضر أن عقد الإمتياز أو عقد امتياز المرافق العامة عقد إداري ذو طبيعة خاصة، إذ أنه يتضمن نوعين من الشروط، شروط لائحية clauses réglementaires وشروط تعاقدية [2] Clauses contractuelles، تتحد لتشكل دفتر الشروط.

أولا: الشروط اللائحية (التنظيمية).

وتتعلق الشروط اللائحية بكيفية تنظيم وإدارة المرفق العام موضوع عقد الإمتياز وعلاقته بالمنتفعين، والرسوم التي يجب تحصيلها من الأفراد مقابل الانتفاع بخدمات المرفق.[3]

فهي شروط لا يمكن الإستغناء عنها حتى لو قامت الإدارة بإدارة منفردة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، نظرا لكون الإدارة هي المسؤولة أساسا عن إدارة المرافق العامة، ولا تعفى من المسؤولية حتى بعد تكليف الملتزم بإدارة أو استغلال المرفق، لأن مركز الملتزم لا يتعدى كونه معاونا نائبا عن الإدارة في إدارة المرفق.[4]

ومن هنا فإن الشق اللائحي يشمل كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرفق مثل تحديد طريقة الإستغلال، وقوائم الأسعار ومركز العمال، وشروط الإنتفاع، والضمانات المقررة للمنتفعين بالمرفق.[5]

مثال ذلك: تحديد أجور النقل في السكك الحديدية، أو رسوم الوحدات الكهربائية، أو أجرة تزويد المياه للمنازل...

ثانيا: الشروط التعاقدية.

فهي عبارة عن القواعد المتعلقة بالمزايا المالية، فيما عدا ما يتصل بتحديد قوائم الأسعار، والإعانات المالية التي تتعهد الإدارة بمنحها للملتزم، وحق ضمان التوازن المالي للعقد، كما يشمل الشق التعاقدي أيضا تحديد مدة الإلتزام.[6]

---

[1]- محمد الصغير بعلي، المرجع نفسه، ص279.
[2]- عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص437.
[3]- أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقية القانون 79 لسنة 1997 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحية التنفيذية مع دراسة لعقود البوت، بدون رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ب ر، 2006، ص66.
[4]- مصلح ممدوح الصرايرة، المرجع السابق، ص350.
[5]- محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص900.
[6]- محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع نفسه، ص900.

وطبقا لكتابات العميد "دوجي" نجد فيصل التفرقة بين هذين النوعين من الشروط بإجراء مقارنة مع حالة الإستغلال المباشر أي الإدارة المباشرة، فالشروط التي نحتاج إلى وضعها حتى ولو كانت الإدارة عن طريق السلطة المركزية نفسها – هي شروط لائحية، أما الشروط التي تغدو في غنى عنها في حالة الإدارة المباشرة، فهي شروط تعاقدية.[1]

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإمتياز وكيفية منحه.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقد الإمتياز (التكييف القانوني).

إن الإزدواجية في الشروط عقدية ولائحية التي يمتاز بها عقد الإمتياز الإداري جعلت الفقه يتساءل عن طبيعته القانونية، وعن معرفة أي نوع من التصرفات القانونية التي ينتمي إليها، وأي فئة من الأعمال القانونية التي يمكن إدراجه فيها، فهل عقد الإمتياز وسيلة تنظيمية، أم يتسم بالطابع التعاقدي؟

فلقد اختلفت وتباينت آراء الفقهاء حول تكييف عقد الإمتياز بين معتبري عقد تنظيما وبين مناصري الطبيعة التعاقدية الخالصة له، بينما كيفه البعض الآخر على أنه عملا مختلطا على أساس مركب من عناصر تنظيمية وأخرى تعاقدية.

أولا: الإمتياز قرار إنفرادي إداري.

- مضمون النظرية:

نظرية سادت في الفقه الألماني وتأثيرها الفقه الإيطالي حتى أوائل القرن الحالي حيث ذهب الفقه الألماني والإيطالي إلى اعتبار امتياز المرفق العام قرارا إداريا يصدر عن السلطة المختصة بمنحه، ويخضع الملتزم له بقبول شروط الامتياز.

ومن شأن هذا الرأي أن يمكن الإدارة من تعديل قواعد وشروط الإمتياز دون حاجة لموافقة الملتزم، مما يؤدي إلى زعزعة مركزه بشكل لا يتناسب مع الدور الذي يقوم به والنفقات التي يبذلها في سبيل تشغيل المرفق العام موضوع الإمتياز.[2]

- نقد النظرية:

---

[1]- مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص327.

[2]- عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري والمرافق العامة- دراسة مقارنة)، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، ط2، 2004، ص143.

هذه النظرية بغير شك تستحق الإنتقاد، فهي تقوي مركز الإدارة، بينما تزهق مركز الملتزم إزهاقا كبيرا، إذ تخول للإدارة التدخل في كل وقت لتعديل شروط الإلتزام، وإلغائه، وفي الوقت ذاته تغفل إلى حد كبير عن نصيب الملتزم في إبرام العقد إغفالا لا يتناسب مع الدور الذي يقوم به والنفقات التي يبذلها في سبيل المرفق.[1]

ثانيا: الإمتياز عقد عادي.

- مضمون النظرية:

فكرة سادت في فرنسا حتى بداية القرن العشرين وفي مصر حق الربع الأول من هذا القرن[2]، حيث كان الإمتياز يعتبر كليا ذو طبيعة تعاقدية لأنه كان ينظر للإمتياز بصفته إتفاقية[3]، حيث قال به الفقه الفرنسي بأن الإتفاقات الثنائية لا يمكن أن تنشأ بغير الإتفاق، وأسسوا رأيهم على أن عقد الإمتياز يتضمن تفويض سلطة عامة للملتزم بإشغال الملك العام وتقاضي رسوم وأثمان من المنتفعين[4]، وذلك من قبيل تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.[5]

- نقد النظرية:

والذي لا شك فيه أن هذه النظرية هي أيضا تستحق النقد، وقد انتقدها كبار فقهاء القانون الإداري، كالعميد "هوريو" والعميد "دوجي" والعلامة "جيز"، وكان محل الإنتقاد الأول مركز المنتفعين لا يمكن أن يتحدد بواسطة الإشتراط لمصلحة الغير لأن الأمر يقتضي أن يكون الغير أشخاصا محدودين بذواتهم هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فإن توافق الإرادتين الذي قد نراه في عقد الإلتزام لا يمكن أن ينتج عنه عقدا عاديا، لسبب بسيط هو أن محل هذا التوافق في الإرادتين إنما هو تنظيم المرفق العام وتنظيم نشاطه، وهذا الأمر يخرج بطبيعته عن النطاق التعاقدي لأنه يدخل في اختصاص السلطة العامة دون سواها.

---

[1]- مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص327.
[2]- مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص325.
[3]- ناصر لباد، المرجع السابق، ص166.
[4]- عدنان عمرو، المرجع السابق، ص144.
[5]- العقد يتضمن اشتراطات لمصلحة المنتفعين بالمرفق تقررها السلطة العامة لصالحهم بما ينشئ لهم حقوق قبل الملتزم وقبل السلطة العامة.

ومن ناحية ثالثة، فإن الأخذ بالنظرية التعاقدية إنما يتجاهل مبدأ من أهم المبادئ الأساسية في سير المرافق العامة وهو مبدأ قابلية القواعد المنظمة لها للتغيير والتعديل في كل وقت، والنظرية التعاقدية سوف تقف حجر عثرة في سبيل ذلك، لأن أي تعديل يجب أن يوافق عليه الملتزم، وقد لا يوافق فيلحق المرفق من هذا ضرر ليس باليسير، ولذلك فقد عدل عن الفكرة التعاقدية إلى فكرة أخرى.[1]

ثالثا: الإمتياز عمل قانوني مركب: un acte mixte.

كان ينظر إلى امتياز المرفق العام في القرن التاسع عشر على أنه عقد إداري[2]، ولكن وتأثير من العلامة Duguit فإنه بدأ يتميز في وقتنا الحاضر بطبيعة العمل المختلط الذي يكزن تنظيميا وتعاقديا في آن واحد.[3]

وهذه الفكرة نادى بها العميد الفرنسي "دوجي"، وفحواها أن عقد الإمتياز إنما هو عقد ذو طبيعة مختلطة تعاقدية ولائحية معا، بمعنى أن شروط هذا العقد ذات طبيعية لائحية والبعض الآخر غير طبيعة تعاقدية، ومن الطبيعي أن يكون الأمر كذلك، لأنه من غير المعقول أيضا أن تكون النصوص كلها تعاقدية، فالإلتزام وإن كان محله فعلا أحد المرافق العامة، إلا أن القائم به هو فرد يسعى إلى تحقيق بعض الربح.

ولهذا فإذا نظرنا من زاوية الشروط اللائحية، فإن الإلتزام يصبح بالنسبة للملتزم عملا شرطيا act conditiom يقبل به السهر على إدارة المرفق في ظل القواعد المنظمة له والتي تستطيع الإدارة أن تغيرها في كل وقت مع مراعاة التوازن المالي للعقد بطبيعة الحال، وإذا نظرنا من زاوية الشروط التعاقدية، فإنها تضع الملتزم في مركز قانوني ذاتي أو شخصي لا يمكن المساس به من جانب الإدارة، لأنه يشمل المزايا المالية التي تحدد التوازن المالي للعقد.[4]

---

[1]- مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع نفسه، ص326.

[2]- نظرا لتوافر شروط العقود الإدارية في شأنه على النحو التالي:
- أحد أطرافه سلطة إدارية تمثل الدولة.
- أن موضوعه هو إدارة مرفق عام أي إدارة المرفق نفسه ومن جوهره.
- يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد الخاصة.

[3]- فورت فرحات، قدم له د/خالد الرقباني، المرجع السابق، ص230.

[4]- مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص326.

أما في مصر، كان القضاء المصري يميل في البداية إلى نظرية الطبيعة المدنية لعقد الالتزام[1]، حتى الربع الأول من القرن العشرين، وأول حكم أقر الإتجاه الجديد كان من محكمة الإسكندرية المختلطة في 29 ديسمبر سنة 1928.

ثم استقر القضاء بعد ذلك على السير في ذلك الإتجاه.

ثم صدر قانون التزامات المرافق العامة سنة 1947، وتلاه القانون المدني، الذي طبق ابتداءا من 15 أكتوبر 1949، ويمكن القول بعد ذلك، أن نظرية العمل القانوني المركب، هي التي تسود في تحديد طبيعة الإلتزام في القانون المصري، وهذه النظرية لم يعتنقها المشرع بنص صريح في القوانين السابقة، وإنما اعتنقها بشكل ضمني يتبدى بشكل واضح خلال النصوص المختلفة.[2]

وبالتالي نظرية العمل القانوني المركب هذه قد استقر عليها كل من الفقه والقضاء في فرنسا ومصر، وعلى نفس النهج سارت الجزائر والأردن...

حيث أن إمتياز المرافق العامة عمل وتصرف مركب يتضمن أحكاما وبنودا لائحية وتنظيمية، كما يتضمن أحكاما تعاقدية.

الفرع الثاني: كيفية منح عقد الإمتياز (كيفية تقريره).

أولا: كيفية منح عقد الإمتياز في الجزائر.

إن الإمتياز إحدى أساليب إدارة المرافق العامة، إلا أنه نظرا لاختلاف هذه الأخيرة وتنوعها فإن المشرع الجزائري لم يجعل للإمتياز بهذا المفهوم قانونا خاصا يبين الشروط التي يجب أن تتوفر حتى يمنح الإمتياز، كما أنه لم يخصص له أحكاما في قانون الصفقات العمومية كما فعل بالنسبة لباقي العقود الأخرى كما هو شأن عقد التوريد وعقد الأشغال العامة...

وإنما جعل ذلك في عدة نصوص قانونية وتنظيمية متناثرة بين مختلف النصوص التشريعية التي تحكم كل مرفق على حدا، كقانون البلدية، قانون الولاية، قانون الأملاك الوطنية وقانون المياه...

---

[1]- محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص901.

[2]- مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص327.

وعليه فإن الشروط التي تحكم أطراف الإمتياز في القواعد العامة لا نجدها منظمة في نص قانوني معين، وإنما نجدها في القانون الذي يحكم المرفق العام فيختلف ذلك ويتعدد باختلاف هذا المرفق.[1]

غير أنه يمكن القول مبدئيا أن اختيار صاحب الإمتياز يخضع للسلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة مانحة الإمتياز إلا أن سلطتها التقديرية في ذلك ليست مطلقة، وإنما تخضع لعدة معايير موضوعية تراعى فيها عدة اعتبارات أساسية، كاعتبارات المصلحة العامة المتمثلة في المحافظة على المال العام، واعتبارات المصلحة الفنية والتقنية لتسيير المرفق العام، واعتبارات العدالة القانونية التي تستلزم ضمان المنافسة المشروعة لكل الأشخاص الراغبين في التعاقد لتسيير المرفق العام خاصة حالة المزايدة.[2]

كما قد يمنح الإمتياز في التشريع الجزائري من جانب السلطة المركزي بإعتبارها ممثلة للدولة أو من جانب الإدارة المحلية (الولاية، البلدية).

1- إمتياز من جانب السلطة المركزية:

رجوعا للمرسوم التنفيذي 40/02 المؤرخ في 14 جانفي 2002 المتضمن المصادقة على إتفاقية إمتياز استغلال الخدمات النقل الجوي الممنوعة لشركة الطيران الخليفة للطيران، نجد المادة الأولى من هذا المرسوم قد ورد فيها صراحة عبارة تمنح الدولة بموجب هذه الإتفاقية شركة الخليفة للطيران التي تقبل إمتياز استغلال خدمات جوية للنقل العمومي، وذكرت المادة الثانية أن مدة الإمتياز حددت بـ 10 سنوات من المصادقة على الإتفاقية ويمكن تجديدها، أما المادة الرابعة فحملت صاحب الإمتياز مسؤولية إدارة الإستغلال وهذا طبقا للمرسوم التنفيذي 43/2000 المؤرخ في 26 فبراير 2000، وحملت المادة الثامنة صاحب الإمتياز أيضا مسؤولية تجاوز الأسعار المصادق عليها من قبل السلطة المكلفة بالطيران المدني، وأعطت 16 من دفتر الشروط الخاص للدولة الحق المطلق بالشراء مقابل تعويض عادل ومنصف وفي حالة الخلاف على المبلغ ترفع الدعوى أمام القضاء المختص، واعتبرت المادة 17 من الإتفاقية تحويل الإمتياز للغير باطل ولا أثر له بما يؤكد على طابعه الشخصي وحدد الملحق الخطوط الداخلية والخارجية.[3]

---

[1]- بوحموم خديجة، المرجع السابق، ص24- 25.
[2]- عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2007، ص202.
[3]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص472- 473.

وتضمن المرسوم التنفيذي رقم 41/02 المؤرخ في 14 جانفي 2002 المصادقة على إتفاقية إمتياز استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشرطة الطيران أنتينيا للطيران وقد أبرمت هي الأخرى باسم الدولة كما ورد في المادة الأولى من المرسوم التنفيذي أعلاه، وحددت مدتها بـ 10 سنوات (المادة الثانية) وضبط المرسوم مسؤولية صاحب الإمتياز (المادة الرابعة) وإلزامه خاصة باحترام الأسعار (المادة الثامنة) وحدد الملحق الخطوط الداخلية والخارجية.[1]

2-إمتياز من جانب الإدارة المحلية:

نصت المادة 149 من قانون الولاية الحالي[2] على أنه إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية بشكل استغلال مباشر أو مؤسسة يمكن للمجلس الشعبي الولائي أن يرخص باستعمالها عن طريق الإمتياز طبقا للتنظيم.

يصادق على العقود المبرمة في هذا الصدد بقرار من الوالي وينبغي أن تكون مطابقة لدفتر الشروط النموذجي المصادق عليه وفقا للقواعد والإجراءات المعمول بها، وطبقا للمادة 54 من قانون الولاية تصبح مداولات المجلس الشعبي الولائي نافذة بقوة القانون بعد 21 يوم من إيداعها لدى الولاية، وإذا تبين للوالي أن مداولة ما غير مطابقة للقوانين والتطبيقات فإنه يرفع دعوى أمام المحكمة الإدارية لإقرار بطلانها.[3]

ونصت المادة 155 من قانون البلدية الجاري العمل به[4] أنه يمكن للمصالح العمومية البلدية أن تكون محل إمتياز.

ومن المفيد الإشارة أن قانون الولاية لم يذكر بالتفصيل مجال أو ميدان الإمتياز مكتفيا بالإعتراف للمجلس الشعبي الولائي بالترخيص باستغلال المرفق عن طريق الإمتياز، وهذا خلافا لقانون البلدية.

حيث عددت المادة 149 منه النشاطات أو المصالح كما يلي:

- التزويد بالمياه الصالحة للشرب.
- صرف المياه المستعملة.
- النفايات المنزلية والفضلات الأخرى.

---

[1] - عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 473.
[2] - القانون رقم 07/12، المتعلق بالولاية، المرجع السابق.
[3] - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص473- 474.
[4] - القانون رقم 10/11، المتعلق بالبلدية، المرجع السابق.

- صيانة الطرقات.
- إشارات المرور.
- الإنارة العمومية.
- الأسواق المغطاة والأسواق والموازين العمومية.
- الحظائر ومساحات التوقف.
- المحاشر.
- النقل الجماعي.
- الخدمات الجنائزية.
- الفضاءات الثقافية التابعة للأملاك البلدية.
- فضاءات الرياضة والتسلية التابعة للأملاك البلدية.
- المساحات الخضراء.

ويعود السر في عدم ذكر مجالات الإمتياز في قانون الولاية وذكره في قانون البلدية أن اختصاصات البلدية أوسع من اختصاصات الولاية.[1]

ثانيا: كيفية منح عقد الإمتياز في مصر.

أما كيفية تقرير الإلتزام في القانون المصري، فلم يأت قانون التزامات المرافق العامة رقم 129 لسنة 1947 بنص يكشف عن الأداة القانونية التي يتم بها منح التزام المرافق العامة، وهل يلزم في هذا صدور قانون، أم يكتفي بما هو أقل منه؟[2]

وهكذا فإن القاعدة العامة في ظل دستور 1971، أن الإمتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثورة الطبيعية والمرافق العامة يجب أن تمنح بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب.

وموافقة مجلس الشعب هنا على قرار الرئيس تكفي بذاتها وبدون هذا القرار لكي تصنع قانونا، والقانون هو أعلى أداء تشريعية بعد الدستور، وتنفذ أحكامه دون أن يسبقها أو يكون معها قرار جمهوري.

---

[1]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص475.
[2]- مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص327- 328.

ومن هنا فقد جرى العمل منذ صدور دستور 1971 وحتى الآن على أن يكون منح الامتيازات الخاصة بالبحث عن البترول واستغلاله بقانون، ويأتي القانون في عنوانه فيرخص لوزير البترول بالتعاقد، ثم يتضمن القانون ذاته سائر شروط عقد الإمتياز.

وأحد هذه القوانين رقم 113 لسنة 1993، فقد كان عنوانه:[1]

"القانون رقم 113 لسنة 1993 بالترخيص لوزير البترول والثروة المعدنية في التعاقد مع الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة فينيكس ريسورسينز كومباني أوف قارون وشركة أباتشي أويل ايجيبت إنك في شأن البحث عن البترول واستغلاله في منطقة قارون بالصحراء الغربية".

وتأتي المادة الأولى من هذا القانون فترخص لوزير البترول في التعاقد وفقا للشروط المرفقة بالقانون والخريطة الملحقة بها التي تحدد مناطق البحث عن البترول.

وتأتي المادة الثانية بنص ذي أهمية خاصة – يقول بأن:

"تكون للقواعد والإجراءات الواردة في الشروط المرفقة قوة القانون وتنفذ بالإستثناء من أحكام أي تشريع مخالف لها".

وينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية فيستغرق نشره مائة وثمانين (180) صفحة وبعد مواد القانون التي جاءت في صدره- ثلاث مواد فقط- جاءت اتفاقية التزام البحث عن البترول واستغلاله في تفصيل كبير واستغرقت باقي الصفحات.

ومما يستدعي الإنتباه بشدة، نص المادة الثانية السالف الذكر، فقد جعل كل شروط عقد الإلتزام الواردة فيه في قوة القانون، ومن هنا فإن تعديلها لا يتم طبقا للقواعد العامة التي نوردها هنا- في عقد الالتزام – وإنما يتطلب دائما صدور نص تشريعي.[2]

ثالثا: كيفية منح عقد الإمتياز في الأردن.

وكذلك تنص الدساتير الأردنية على ضرورة موافقة ممثلي الشعب على منح الإمتياز بإصدار قانون لهذه الغاية، وذلك لتمكينهم من بسط رقابتهم على شروط هذا العقد.[3]

وقد نص الدستور الأردني على ذلك في المادة 117 منه:

"كل امتياز يعطى منح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة، يجب أن يصدق عليه بقانون"

---

[1]- مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع نفسه، ص329.

[2]- مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص330.

[3]- هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص275.

وعملا بصريح نص المادة السابقة من الدستور لا بد من صدور قانون خاص لكل امتياز على حدة، بأن يمنح كل التزام بموجب قانون يقره ويوافق عليه مجلس الأمة، هذا مع ملاحظة أن يكون الالتزام لمدة محدودة، وتطبيقا لذلك صادق المجلس على عقد امتياز شركة كهرباء عمان بموجب القانون رقم 50 لسنة 1950، كما وافق على عقد امتياز شركة مصفاة البترول الأردنية بالقانون رقم 19 لسنة 1985.[1]

رابعا: كيفية منح عقد الإمتياز في فرنسا.

تختص السلطة التنفيذية في فرنسا، ومعظم الدول المعاصرة بمنح الإمتياز بناءا على قانون يخولها ذلك.

خامسا: كيفية منح عقد الإمتياز في فلسطين.

وكذلك في فلسطين، حيث تنص المادة 85 من القانون الأساسي الفلسطيني على: "يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الإمتيازات أو الإلتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة".

مما يعني اختصاص السلطة التنفيذية بذلك.[2]

---

[1]- هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص277.

[2]- عدنان عمرو، المرجع السابق، ص143.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: آثار عقد الإمتياز ونهايته:

يرتب عقد الإمتياز كسائر العقود الأخرى حقوقا والتزامات بالنسبة لأطرافه، حيث تمتد آثار التزام أو امتياز المرافق العامة إلى كل من: الإدارة مانحة الإمتياز، والملتزم، كما تمتد آثاره إلى المنتفعين من خدمات المرفق والمستعملين له، وعليه يمكن القول أن لعقد الإمتياز آثار قانونية بالنسبة للملتزم وللسلطة مانحة الإمتياز ولجمهور المنتفعين.

كما ينتهي عقد الإمتياز بالطرق الطبيعية لانتهاء العقود الإدارية في ظل القانون الخاص إما بانقضاء مدته أو بتحقق موضوعه.

وقد ينتهي نهاية غير طبيعية أو مبسترة قبل أجله الطبيعي.

سنتناول في هذا الفصل آثار عقد الإمتياز ونهايته، وفي مبحثين، نخصص الأول للبحث في آثار عقد الإمتياز، ونبين في المبحث الثاني طرق نهاية عقد الإمتياز.

المبحث الأول: آثار عقد الإمتياز:

بما أن الإمتياز يرتب حقوقا والتزامات متبادلة بين أطرافه المتمثلة في الإدارة مانحة الإمتياز (المطلب الأول)، وصاحب الإمتياز من جهة أخرى (المطلب الثاني)، ولعله من المفيد التذكير بان هذه الآثار تمتد لفئة المنتفعين(المطلب الثالث)، فإنه سيتم التفصيل في ذلك فيما يلي:

المطلب الأول: آثار عقد الإمتياز بالنسبة للإدارة مانحة الإمتياز.

تتمتع الإدارة مانحة الإمتياز بمجموعة من الحقوق أو السلطات تستعملها لضمان حسن تنفيذ الإمتياز، تتمثل في: حق الرقابة وحق التعديل(الفرع الأول)، وحق استرداد المرفق العام قبل نهاية مدته وحق توقيع الجزاءات (الفرع الثاني) . وتتلخص فيما يلي:

الفرع الأول: حق الرقابة وحق التعديل.

أولا: حق الرقابة.

وهذا الحق ثابت سواء نص عليه عقد الإلتزام أو لم ينص، وبناء عليه تملك الإدارة إجباريا للملتزم فردا أو شركة على تنفيذ شروط العقد ويشمل حق مراقبة النواحي الفنية والإدارية والمالية.[1]

وتنصب الرقابة على النواحي الفنية للتأكد من مراعاة الملتزم للوسائل الفنية الحديثة في إدارته لهذا المرفق.

كما تنصب على الناحية الإدارية للتأكد من كفاءة هذا المرفق وفعاليته في تقديم الخدمات التي يستهدفها.

أما من الناحية المالية فإن هذه الرقابة تهدف إلى التحقق من أن الملتزم لا يتقاضى من المنتفعين رسوما تفوق الرسوم المتفق عليها.

وهذه الرقابة تتضمن أمرين:

* معرفة المعلومات الضرورية عن سير المرفق وحالته ونشاطه، وهذا الأمر يستدعي أن يقوم الملتزم بتسهيل مهمة الموظفين أو المندوبين المكلفين بتقصي المعلومات.

* توجيه التعليمات إلى الملتزم ولفت نظره إذا حاد على السبيل السوي.[1]

---

[1]- مثلا: في مصر نص قانون إلتزامات المرافق العامة صراحة على ذلك في المادة السابعة (المعدلة بالقانون 185 لسنة 1958) إذ قال أن: " لمانح الإلتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الإلتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية".

وللإدارة في سبيل ذلك أن تعين مندوبين عنها في مختلف الفروع والإدارات الذي ينشئها صاحب الإمتياز، وليس هناك ما يمنع أن تقوم أجهزة الرقابة المركزية بأعمال الرقابة،[2] ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الإلتزام.

وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة كل ما قد يطلبون من أوراق أو معلومات أو بيانات أو إحصاءات، كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الإلتزام في فحص الحسابات والتفتيش على إدارة المرفق في أي وقت[3].

ثانيا: حق التعديل.

وهذا الحق أيضا مستمد من طبيعة المرفق العام الذي يجب أن يساير الظروف دائما ليؤدي الخدمات على أحسن وجه لهذا أخذ به مجلس الدولة الفرنسي منذ مدة، كما أن هذا المبدأ معمول به أيضا في مصر[4].

فلما كان عقد الإلتزام عقدا إداريا جار للإدارة أن تمارس بمقتضاه حق تعديل بعض أحكام العقد إذا كانت موجبات المصلحة العامة تفرض ذلك.

وهذا أمر طبيعي طالما تمتعت الإدارة أصلا بوضع أحكام العقد أو شروط التعاقد بإرادتها المنفردة، وهذه ميزة لا نراها في العقود المدنية التي تفرض أن يحتل طرفا العقد مركزا واحدا ولا وجود للتعديل المنفرد.

ومثال حق التعديل أن تعهد الإدارة للملتزم بتوفير خدمات في مجال النقل وبموجب خطوط تم الاتفاق عليها، غير أنه وبعد مدة نتج عنها تطور العمران وزيادة السكان يجوز للإدارة إضافة خطوط جديدة يلزم المتعاقد معها بتوفيرها وأن تغير في مواقيت النقل.

ولا يجوز للمتعاقد أن يحتج على الإدارة بسبب ممارستها لهذا الحق.[5]

وقد استقر القضاء والفقه الإداري في فرنسا ومصر على حق الإدارة في تعديل العقد. لهذا فإننا كثيرا ما نقرأ في قوائم الشروط تأييدا لهذا الاتجاه تحت عنوان "التعديلات الواجب إدخالها في مصلحة المرفق العام"، بل لقد تأكد هذا الحق في قانون التزامات المرافق العامة نفسه إذ نصت المادة الخامسة على أن: "لمانح الإلتزام دائما، متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن

---

[1]- هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص 286،287.

[2]- محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، بدون رقم طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006، ط ب ر، 2006، ص 204، 205.

[3]- مصطفى أبوزيد فهمي، المرجع السابق، ص 332.

[4]- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، مدينة نصر، ط ب ر، 1996،ص 346.

[5]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 361.

يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الإلتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل".

وقد أضاف المشرع المصري على هذه المادة حكما جديدا بالقرار بالقانون رقم 288 لسنة 1956، فجعل لوزير الشؤون البلدية والقروية(وزير الإسكان والمرافق) وللمجالس البلدية (مجالس الحكم الإداري) كل في حدود اختصاصه تعديل شروط عقود إلتزام إستغلال المرافق العامة، عدا ما كان من تلك الشروط خاصا بتحديد شخص الملتزم ومدة الإلتزام ونطاقه والإتاوة، فإنه يتعين صدور قانون بالإذن في تعديلها.[1]

الفرع الثاني: حق استرداد المرفق العام قبل نهاية مدته، وحق توقيع الجزاءات.

أولا: حق استرداد المرفق العام قبل نهاية مدته(إنهاء العقد).

كقاعدة عامة، فإن من حق الإدارة إنهاء العقد إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وتتمتع الإدارة في ذلك بسلطة تقديرية، ولا يتوقف هذا الحق على وقوع خطأ، أو تقصير من المتعاقد، لأن الإدارة تبرم العقد من أجل تحقيق مصلحة عامة، وهي تأدية الخدمة للجمهور، فإذا انتفت هذه المصلحة في أي وقت أثناء التنفيذ، فإنها تستطيع أن تنهي العقد بإرادة منفردة لإنتفاء الغاية من إبرامه[2]، غير أنه ليس لصاحب الإمتياز في هذه الحالة أن يحتج تجاه الإدارة بفكرة الحق المكتسب و لا بقاعدة القوة الملزمة للعقد، بل كل ما له من حقوق ينحصر فقط في المطالبة بالتعويض[3]، أي في مقابل إنهاء العقد تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تلحقه وعن الكسب الذي يفوته.

والإنهاء هنا يختلف عن الفسخ الذي يشكل عقوبة بسبب ارتكاب المتعاقد خطأ جسيما، ولا تستطيع الإدارة أن تفسخ عقد التزام المرافق العامة، لأن مثل هذه العقود لا يجوز فسخها إلا بحكم قضائي، نظرا لما يترتب على ذلك من أضرار بالغة للمتعاقدين مع الإدارة، [4] وهذا ما أخذت به الأردن وفرنسا عكس ما أخذت به مصر، وهذا ما سنتطرق له في نقطة لاحقة.

ثانيا: حق توقيع الجزاءات.

تم التنصيص في العقد المنشئ للإمتياز على مجموعة من الجزاءات العقدية، وعليه فهي تخضع للاتفاق بين الإدارة والمتعاقد معها، كما يمكن أن ترد ضمن دفتر الشروط وفي هذه

---

[1]- مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص 335.

[2]- مصلح ممدوح الصرايرة، المرجع السابق، ص 352.

[3]- حمدي القبيلات، القانون الإداري، ج1، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2008، ص 326.

[4]- مصلح ممدوح الصرايرة، المرجع السابق، ص 352.

الحالة تقوم الإدارة بوضعها مسبقا وما على المتعاقد معها إلا الموافقة عليها والخضوع لها،[1] فللإدارة الطرف في العقد عندما لا ينفذ المتعاقد معها الإلتزامات المنصوص عليها في العقد، أن تتخذ بعض الإجراءات ضد المتعاقد العاجز،[2] كما يلي:

1) - الجزاءات المالية:

من أجل إلزام المتعاقد معها (الملتزم) على تنفيذ واجباته والتزاماته في حسن إدارة وتسيير المرفق، يمكن الإدارة أن توقع عليه جزاءات مالية (غرامات) حينما يخل بتلك الإلتزامات، وهذا طبقا لما ورد في المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المتعلق بالصفقات العمومية في الجزائر.[3]

2) - الفسخ الجزائي:

زيادة على الفسخ التعاقدي أو الاتفاقي برضا الطرفين المنصوص عليه بالمادة 100 من المرسوم رقم 250-02 المتعلق بالصفقات العمومية، يمكن للإدارة صاحبة الامتياز أن تلجأ إلى الفسخ الجزائي.[4]

المطلب الثاني: آثار عقد الإمتياز بالنسبة لصاحب الإمتياز (الملتزم).

مقابل الإلتزامات الواقعة على عاتق حامل الإمتياز من حيث تنفيذ بنود الصفقة شخصيا وبصورية مرضية (الفرع الأول)، فإنه يتمتع بمجموعة من الحقوق تدور حول الجانب المالي (الفرع الثاني)، والتي سيتم شرحها كالآتي:

الفرع الأول: من حيث الإلتزامات.

يخضع صاحب الإمتياز لمجموعات ثلاث من الإلتزامات:

---

[1]- سماعين نادية، عقد الإمتياز في المرافق العامة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2008، ص 7.

[2]- ناصر لباد، المرجع السابق، ص 213.

[3]- المرسوم الرئاسي رقم 250-02، المؤرخ في 24 جويلية 2002، والمتعلق بالصفقات العمومية.

- تنص المادة 08 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المتعلق بالصفقات العمومية على أنه: " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

- تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها للصفقات العمومية".

[4]- تنص المادة 99 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المتعلق بالصفقات العمومية، على ما يلي: " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

- وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الأعذار المنصوص عليه أعلاه، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد.

- لا يمكن الإعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان، والملاحقات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب سوء تصرف المتعاقد معها.

- يحدد الوزير المكلف بالمالية بقرار البيانات الواجب إدراجها في الأعذار، وكذلك آجال نشره في شكل إعلان قانوني".

أولا: إلتزامات مصدرها عقد الإمتياز:

وتشمل حامل الإمتياز بتنظيم وتشغيل المرفق العام محل الإمتياز طيلة مدة الإمتياز وفق للشروط الواردة فيه،[1] ومن أهمها: إلتزامه بالقيام بالأعمال التي تضمن تنفيذ عقد الإمتياز كإنشاء المباني والإنشاءات، وتوفير الوسائل المادية والفنية لتشغيله.... وهذا يتطلب أن توفر الإدارة مانحة الإمتياز كافة الوسائل المادية والقانونية لحامل الإمتياز لمساعدته على أداء دوره في تقديم الخدمة العامة حتى نهاية عقد الإمتياز.[2]

ويجب على الملتزم أن يدير المرفق بنفسه، فيمنع عليه النزول عن الإلتزام لفرد آخر أو لشركة أخرى دون موافقة الإدارة، ذلك أن إلتزامه هنا ذو طابع شخصي يعتمد الوفاء به على شخصية أو وضع حامل الإمتياز في المقام الأول والتي كانت محلا للإعتبار عند إبرام العقد وعند تنفيذه .[3]

حيث نصت المادة 13 من قانون عقد امتياز شركة مصفاة البترول الأردنية على أنه: " لا يجوز للشركة حامل الإمتياز أن تنقل أو تؤجر هذا الإمتياز أو أن تتصرف بأي حق أو سلطة مخولة لها بموجبه دون أن تحصل على موافقة مجلس الوزراء".

كما نصت المادة 23 من قانون عقد امتياز شركة الكهرباء لمدينة عمان على أنه: " لا يجوز للشركة أن تحول هذا الإمتياز أو أي قسم منه أو تؤجره أو تبيع أي حق فيه أو أية سلطة مخولة به إلا بعد الحصول على موافقة مجلس الوزراء".

ثانيا: التزامات مصدرها المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة.

فحامل الإمتياز ملزم بمبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق العام دون تمييز.[4]

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 19 من قانون امتياز شركة كهرباء عمان من أنه: " لا يجوز للشركة عند التعاقد مع مستهلكي الطاقة الكهربائية، أن تميز بين المستهلكين في الرسوم والأجور والأسعار، حيثما تكون شروط التوريد وكمية الاستهلاك متماثلة".

---

[1]- وقد أكد المشرع المصري هذا الواجب وهو يقول في المادة 669 من القانون المدني أن: "ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه وفقا للشروط المنصوص عليها في عقد الإلتزام وملحقاته، وللشروط التي تقتضيها طبيعة ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين".

[2]- نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2008، ص 357.

[3]- محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 461.

[4]- نواف كنعان، المرجع السابق، ص 357.

- كما أن الملتزم ملزم بان يقدم الخدمة للمنتفعين على سبيل الإستمرارية والتواصل وإن يوفر من الإمكانيات المادية والبشرية لضمان توافر مبدأ استمرارية سير المرفق العام،[1] وذلك حتى يستجيب المرفق العام لمقتضيات الحياة المتغيرة فيطور المرفق العام حتى يواجهها.

ثالثا: إلتزامات مصدرها القوانين والأنظمة المرعية.

وأهم هذه الإلتزامات، احترام القوانين والأنظمة النافذة والخاصة بالضرائب والرسوم، وغيرها من التشريعات المالية، وقانون العمل، والضمان الإجتماعي، والقوانين التجارية، وأنظمة الضبط الإداري، لأن في ذلك ضمان لأداء المرفق العام للخدمات الخاصة به بشكل منتظم في إطار هذه القوانين[2].

الفرع الثاني: من حيث الحقوق.

وفي مقابل هذه الإلتزامات يتمتع الملتزم بحقوق معينة تتلخص بصفة أساسية في:

أولا: الحق في الحصول على المساعدات.

لما كان نشاط الملتزم على علاقة مباشرة بجمهور المنتفعين تعين على جهة الإدارة أن تقدم بعض الوسائل لتمكينه من أداء هذا النشاط من ذلك بعض المساعدات المادية والقانونية،[3] ومثال ذلك إلتزام الإدارة بتقديم قرض لحامل الإمتياز أو منحه تسهيلات ائتمانية أو تخصيص بعض الأموال العامة لمشروعه، أو تمنحه احتكارا فقد يتمتع الملتزم في إدارته للمرفق العام باحتكار قانوني قرره له المشرع بنص صريح فمثل هذا الإحتكار لا يجوز منحه إلا بقانون إلى زمن محدود، وتلتزم بعدم الترخيص لغيره بممارسة نفس النشاط الذي يقوم به [4].

ثانيا: الحق في اقتضاء المقابل المالي.

يأخذ المقابل المالي شكل رسوم يتقاضاه الملتزم من المنتفعين بخدمات المرفق العام أو الثمن الذي تقدمه الإدارة مانحة الإمتياز في بعض الحالات، ويجب أن يشار إليه، إلى جانب بيانات أخرى في طلب الصفقة سواء من حيث: مبلغه أو شروط تسديده أو مراجعته.[5]

من حق الملتزم أن يتقاضى مقابلا من جمهور المنتفعين لقاء ما يقدمه لهم من خدمات، وهذا المقابل لا يعتبر ثمنا لهذه الخدمات تسري عليه القواعد المدنية، وإنما هو- باتفاق الفقه

---

[1]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 360.
[2]- نواف كنعان، المرجع نفسه، ص 358.
[3]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص360.
[4]- حمدي القبيلات ، المرجع السابق، ص 327.
[5]- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ط ب ر، 2004، ص 252، 253.

والقضاء سواء في فرنسا أو مصر أو الأردن- رسم يخضع للأحكام الخاصة المقررة في كل دولة.[1]

إن الملتزم يتحمل تكاليف إنشاء المرفق وإدارته بهدف تحقيق ربح في نهاية الأمر، ومن ثم كان طبيعيا أن يتمكن من الحصول على مقابل يعوضه عما أنفق ويحقق له قدرا معقولا من الربح، ولذلك فإنه عادة ما يمنح الإلتزام لمدة معينة يستطيع الملتزم خلالها تعويض نفقاته وتحقيق ربح معقول عن طريق رسوم يجتبيها.

وحتى لا يغالي الملتزم في الرسوم التي يتقاضاها فإن الدولة عادة ما تضع السقف الذي لا يجوز لأرباح صاحب الإمتياز أن تفوقه، ومن ذلك أن تلزم القوانين واللوائح أن لا تتجاوز حصة الملتزم السنوية من صافي أرباح استغلال المرفق العام من رأس مال الموظف والمرخص به بعد خصم مقابل استهلاك راس المال.

إضافة إلى أن الإدارة لها أن تتدخل دائما لزيادة أو نقص المقابل الذي يتقاضاه الملتزم، كما يجب على الإدارة أن تراقب الملتزم حتى لا تزيد أرباحه عن القدر المحدد قانونا للأفراد أن يراقبوا الإدارة إذا ما قصرت في إجراء تلك المراقبة عن طريق القضاء.[2]

ثالثا: الحق في التوازن المالي للمشروع.

إذا ترتب على الإجراءات التي تتخذها السلطة العامة وهي بصدد رقابتها على إدارة الملتزم للمرفق العام أي مساس بالأرباح العادية المتوقعة، فإن ذلك يعد إخلالا منها بالتوازن المالي لعقد الإمتياز، يفرض عليها تعويض الملتزم عنه.[3]

كما تلتزم هذه السلطة بالسماح للملتزم باحتكار استغلال المرفق العام محل الإمتياز دون أن ينافسه أحد، ويترتب على ذلك حقه في الإنتفاع بكافة المعدات والأموال المخصصة لأعمال هذا المرفق ، وكذلك تمكينه من ممارسة امتيازات السلطة العامة في مجال تشغيله كنزع الملكية

---

[1]- هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص 288.
[2]- محمد بكر حسين، المرجع السابق، ص 207.
[3]- مصطفى أبوزيد فهمي، المرجع السابق، ص 249.

للمنفعة العامة المتعلقة بخدمات المرفق، فقد تضمن قانون امتياز شركة مصفاة البترول الأردنية رقم 19 لسنة 1985 النص على هذا الحق.[1]

إن الملتزم عندما قبل إدارة المرفق العام كانت لديه فكرة عامة عن مدى حقوقه ومدى التزاماته، وكانت نسبة تلك الحقوق إلى تلك الإلتزامات تكون التوازن المالي للعقد، إذ أن ماله من حقوق تعادل أو ترجح- في نظره- ما عليه من التزامات، وعلى هذا فقد قبل المخاطر المالية للمشروع بما تحمله تلك المخاطر من احتمال الربح والخسارة.

إن التوازن المالي للعقد، ذلك التوازن بين الحقوق والإلتزامات يمكن أن يختل على أثر عوامل ثلاثة:

* إما بتعديلات تدخلها الإدارة على الشروط اللائحية- كأن تنقص الرسوم المقررة له مثلا- فتزيد من أعبائه.

* وإما بإجراءات عامة إدارية أو تشريعية تصدرها الدولة ولا تعني بها الملتزم بالذات، وإنما تعني بها الكافة ولكن يترتب عليها زيادة أعباء الملتزم.

* وإما بحوادث طارئة وغير متوقعة تأتي فتلحق به خسارة فادحة.

فأما التعديلات التي تدخلها الإدارة على الشروط اللائحية، فمن حق الملتزم أن يعوض عنها تعويضا كاملا، لا يشمل فقط ما يكون قد لحقه من خسارة، ولكن أيضا ما فاته من ربح عادي معقول فإذا لحقته خسارة ما أو نقصت أرباحه العادية، كان له أن يطالب بتعويض كامل عند ذلك، ووجب على الإدارة أن تلبيه إلى طلبه.[2]

وعليه، فقد استقر الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا ومصر على أن التوازن المالي للإلتزام يتطلب إيجاد توافق ومعادلة بين عاملين، هما:

* ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد (مبدأ الإستمرارية) من طرف الملتزم من جهة.

* وضرورة تدخل الإدارة لسد ومنع أي اختلال في التوازن المالي للعقد، من خلال تحمل الأعباء المالية نظير ما تتمتع به من حقوق وسلطات، استنادا إلى نظريتي: فعل الأمير والظروف الطارئة.[3]

---

[1]- هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص 289، 290.

[2]- مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص 344.

[3]- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 253، 254.

رابعا: الحق في التعويض.

يحق لصاحب الإمتياز الحصول على تعويض عن الأضرار التي ألحقت به جراء تصرفات الإدارة المتعاقدة بناء على:

1)- المسؤولية العقدية:

ويكون ذلك في حالة إخلال الإدارة مانحة الإمتياز وعدم وفائها بالتزاماتها التعاقدية تجاه صاحب الإمتياز كما تم الإتفاق عليه في دفتر الشروط، إذ يجوز لصاحب الإمتياز اللجوء للقضاء من أجل المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب هذا الإخلال من طرف الإدارة.

2)- المسؤولية التقصيرية:

ويكون ذلك في حالة ارتكاب أخطاء من طرف الإدارة المتعاقدة أو ما يسمى بالخطأ المرفقي فيجوز لصاحب الإمتياز المطالبة بالتعويض.[1]

المطلب الثالث: آثار عقد الإمتياز بالنسبة للمنتفعين بالمرفق موضوع الإمتياز.

يبدو أثر عقد الإلتزام بالنسبة للمنتفعين بالمرفق موضوع الإلتزام من ناحيتين: علاقة المنتفع بالإدارة مانحة الإمتياز(الفرع الأول) وعلاقة المنتفع بصاحب الإمتياز (الفرع الثاني).

الفرع الأول: بالنسبة لعلاقة المنتفع بالإدارة.

للمنتفع الحق في أن يطالب الإدارة بالتدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط العقد إذا قصر في تنفيذها أو أخل بقاعدة المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق، فكراسة الشروط الخاصة بعقد الإلتزام تعتبر كما سبق الذكر، ذات طبيعة لائحية بالنسبة لهم، ذلك أنه وإن كان القائم على إدارة المرفق واستغلاله شخص خاص، إلا أن موضوع العقد هو في النهاية مرفق عام ويجب أن يخضع في إدارته واستغلاله للمبادئ العامة التي تحكم تنظيم وتسيير المرافق العامة.

وليس للإدارة أن تتنازل عن سلطاتها المخولة لها في الرقابة على إدارة وتسيير المرفق، فإذا لم تقم الإدارة بواجبها هذا بما استتبع الإضرار بمصالح المنتفعين، كان لهؤلاء أن يقدموا

---

[1]- بوحموم خديجة، المرجع السابق، ص 47، 48.

إليها طلب بالتدخل، فإذا أجابت بالرفض وامتنعت عن التدخل كان ذلك بمثابة قرار إداري يمكن الطعن عليه بالإلغاء من أصحاب المصلحة شأنه شأن أي قرار إداري آخر.[1]

الفرع الثاني: بالنسبة لعلاقة المنتفع بالملتزم.

فكل من توافرت له شروط الإنتفاع بالخدمات التي يقدمها الملتزم أن يطالب هذا الأخير بها، وذلك على الوجه المنصوص عليه في عقد الإلتزام.

وقد رأينا أنه إذا أخل الملتزم بالتزاماته فإنه يمكن للمنتفع أن يطالب الإدارة بالتدخل لإجباره على تنفيذ التزاماته وأن يلجأ إلى القضاء إن هي قصرت في ذلك.[2]

فإذا كان هناك عقد يربط بين الملتزم والمنتفع فإن الطرفين يجب أن يلتزم به، ويكون لكل منهما اللجوء إلى القضاء لاقتضاء حقوقه، والإختصاص في نظر الدعاوى المتعلقة بمنازعات الملتزم مع المنتفعين منعقد للقضاء العادي.[3]

المبحث الثاني: نهاية عقد الإمتياز.

ينتهي عقد الإمتياز بالطرق الطبيعية لانتهاء العقود الإدارية في ظل القانون الخاص، إما بتحقق موضوعه، أو بانقضاء مدته (المطلب الأول).

كما قد ينتهي نهاية غير طبيعية قبل انقضاء المدة لسبب من الأسباب (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النهاية الطبيعية لعقد الإمتياز.

ينقضي عقد الإمتياز بتحقق موضوعه، (الفرع الأول)، أو بانتهاء المدة المحددة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نهاية عقد الإمتياز بتحقق موضوعه.

ينقضي عقد الإمتياز بتنفيذ الإلتزامات المترتبة على طرفيه تنفيذا كاملا، فينتهي ببلوغ الهدف المرجو من تسيير وتشغيل المرفق العام محل الإمتياز وتحقق الموضوع الذي عهدت الإدارة من أجله تسيير المرفق العام لشخص آخر من جهة ، ومن جهة أخرى استرجاع الأموال التي أنفقها صاحب الإمتياز من أجل تسيير المرفق، وهذا وفقا لما يتماشى مع النظام العام والمصلحة العامة.

---

[1]- محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 464، 465.

[2]- هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص 297.

[3]- محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع نفسه، ص 465.

الفرع الثاني: نهاية عقد الإمتياز بانتهاء المدة المحددة له.

إن إلتزام المرافق العامة بطبيعته مؤقت المدة، ولا يمكن أن يكون مؤبدا، فمحل العقد مرفق عام، والدولة لا تستطيع أن تتنازل مؤيدا عن هذا المرفق العام. فضلا عن أن الالتزام أصلا هو طريق استثنائي لإدارة المرافق العامة إلى جانب طريق الإدارة المباشرة الذي يعد أنه الأسلوب العادي الأصيل.[1]

ومن ناحية أخرى فإن تطورات الحياة الجماعية قد تقضي بإحداث ما يشبه الإنقلاب في تنظيم المرفق العام، وسلطة الإدارة في إجراء التعديلات لا تخولها الذهاب إلى هذا المدى البعيد، فوسيلتها الوحيدة إذن هي توقيت الالتزام لتستطيع أن تراجع نفسها في تنظيمه عقب كل مدة.[2]

فبصريح نص المادة الأولى من قانون إلتزامات المرافق العامة المصري فإن مدة عقد الإمتياز لا تزيد عن 30 سنة.

والمادة 89 من الدستور اللبناني نصت على أن يكون ما بين 20 و 40 سنة.

وفي الأردن فعقد الإمتياز عقد طويل الأمد، قد يزيد عن 50 سنة.

أما في الجزائر فحصرت مدة الإلتزام التعليمة الوزارية رقم 94. 3/ 842 بين 30 إلى 50 سنة.

فبطبيعة ينتهي عقد الإمتياز لنهاية المدة المحددة له.

غير أن ذلك لا يعني أن مدة الإمتياز غير قابلة للتجديد أو التمديد، بل يستطيع صاحب الإمتياز في أي وقت قبل انتهاء هذه المدة تمديد الإمتياز مرة أخرى باتفاق الطرفين. فنجد مثلا: أن إمتياز مصفاة البترول وشركة الكهرباء في عمان يكون لمدة خمسين (50) عاما، يجوز تمديد هذه المدة لفترة جديدة يحددها الإمتياز.

أما في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين على تجديده يحق للحكومة أن تشتري المشروع بكامله، وبعد انقضاء مدة الإمتياز يعود المرفق للإدارة المتعاقدة التي يحق لها اختيار طريقة أخرى لإدارته أو منح إمتياز جديد حسب ما نراه محققا للمصلحة العامة.[3]

---

[1]- علي خاطر الشنطاوي، الوجيز في القانون الإداري، داروائل للنشر، عمان، ط1، 2003، ص 306.

[2]- مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، ج1، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ط ب ر، 1997، ص 345.

[3]- علي خطار الشنطاوي، المرجع السابق، ص 306.

المطلب الثاني: النهاية غير الطبيعية لعقد الإمتياز.

بالإضافة إلى الإنقضاء العادي لعقد الإمتياز، من الجائز أن ينقضي العقد نهاية مبسترة قبل أوانه، إما باسترداد الإمتياز قبل نهاية مدته (الفرع الأول)، أو بالإسقاط (الفرع الثاني)، أو بالفسخ (الفرع الثالث).

الفرع الأول: استرداد الإمتياز قبل نهاية مدته.

استرداد الإلتزام قبل نهاية مدته هو عبارة عن عمل منفرد من جانب الإدارة- يدخل في سلطتها التقديرية- تستطيع أن تنهي به الإلتزام قبل نهاية مدته، ولا يكون سببه حدوث تقصير أخطاء من جانب الملتزم وإنما رغبة الإدارة في تحسين سير المرفق العام و إدارته بالطريق المباشر.

وقد نص قانون التزامات المرافق العامة المصري في مادته الرابعة على أنه، يجب أن تحدد وثيقة الإلتزام شروط و أوضاع استرداده قبل انتهاء مدته.

والمعروف أن مدة الإلتزام تندرج تحت الشروط التعاقدية التي لا تمس إلا بإتفاق الطرفين، ولنفرض أن وثيقة الإلتزام لا تخول للإدارة استرداد المرفق العام قبل نهاية المدة، فهل يعني هذا أن الإدارة لا تستطيع أن تزاول هذا الحق بإرادتها المنفردة؟

الواقع أن نظرية العقود الإدارية تخول للإدارة نوعا من السلطة في إلغاء العقد، واسترداد الإلتزام قبل نهاية المدة هو نوع من الإلغاء الذي يجوز للإدارة أن تقوم به بمفردها بغير حاجة إلى نص من العقد، فتطبيقا للنظرية العامة في العقود الإدارية يصح إذن استرداد المرفق قبل نهاية المدة، حتى ولو لم ينص العقد صراحة على حق الإدارة في ذلك.[1]

الفرع الثاني: الإسقاط.

الإسقاط هو المصطلح الذي أطلقه مجلس الدولة الفرنسي على فسخ عقد الإلتزام، والإسقاط طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري قبل انقضاء مدة انتهائه الطبيعية، وما هو إلا جزاء توقعه السلطة مانحة الإلتزام على الملتزم نتيجة لأخطاء جسيمة إقترفها في إدارته

[1]- مصطفى أبوزيد فهمي، المرجع السابق، ص 345، 346.

للمرفق، بحيث يصبح من المتعذر الإطمئنان إلى استمراره في إدارة المرفق وتسييره على نحو سليم، ولا يستحق الملتزم أية تعويضات نتيجة لإسقاط التزامه.[1]

وتملك الإدارة هذا الحق حتى لو لم ينص عليه في عقد الإمتياز، لكن المعتاد أن عقود الإمتياز تتضمن نصا خاصا ينظم هذه الحالة لأهمية هذه العقود التي تتعلق بتسيير مرافق عامة.

ومن الأخطاء الجسيمة التي استقر مجلس الدولة الفرنسي على اعتبارها من الأخطاء التي تبرر اتخاذ قرار الإسقاط، التنازل عن الالتزام دون موافقة الإدارة، والإخلال المستمر والمنتظم بالالتزامات التعاقدية، أو ترك المرفق دون استغلال أو عدم أداء المستحقات المالية للجهة مانحة الإلتزام أو إخلاله بإلتزام جوهري في العقد.

ويتوجب على الإدارة عند إصدار قرار الإسقاط أن تحذر الملتزم ولو لم ينص العقد أو الشروط على ذلك إلا إذا نص العقد على إعفاء الإدارة من هذا الإجراء أو أعلن الملتزم صراحة أنه لم يعد يستطيع إدارة المرفق، أو إذا كان الإسقاط بسبب الإفلاس أو التصفية القضائية بالنسبة للملتزم.

وينفرد عقد الإمتياز في فرنسا بوجوب أن يكون قرار الإسقاط صادرا عن قاضي العقد، فالإدارة لا تستطيع ممارسة هذا الحق ابتداءا ما لم ينص العقد على هذا الحق أو تتضمنه الشروط العامة أو الخاصة الملحقة بالعقد.

وفي هذه الحالة يتمتع مجلس الدولة الفرنسي بسلطة واسعة في الرقابة على قرار الإدارة بالإسقاط لتتجاوز المشروعية والملائمة إلى التعويض والإلغاء.

ولا يأخذ مجلس الدولة في مصر بهذا الرأي إذ تتمتع الإدارة بسلطة إسقاط الالتزام دون الحاجة إلى نص في العقد أو شرط في دفاتر الشروط، بناء على ما تملكه من سلطة التنفيذ المباشر.[2]

---

[1]- يختلف الإسقاط عن الاسترداد الذي تقرره السلطة مانحة الالتزام في أي وقت تشاء قبل انتهاء مدة الالتزام الممنوحة للملتزم حتى ولو لم يصدر أي خطأ من جانبه، مقابل تعويض يكون واجبا على الإدارة لقاء حرمان الملتزم من إدارة المرفق وما فاته من ربح وما حل به من خسارة حتى نهاية مدة الإمتياز.

- انظر: عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء(أساس الفسخ ومقارنته بالبطلان، التفرقة بين الفسخ، والإنفساخ والتفاسخ، تفسير العقد، أنواع العقد، آثار العقد، موانع العقد، التعويض عن الفسخ، تطبيقات عملية الفسخ بعض العقود مع أحداث أحكام النقض)، منشأة المعارف، القاهرة، ط ب ر، ب س ن، ص 43.

[2]- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 45.

الفرع الثاني: الفسخ.

والفسخ بالنسبة لعقد الإمتياز شأنه شأن بقية العقود الأخرى، قد يكون باتفاق الطرفين، أو يكون بقوة القانون، أو عن طريق الإدارة، أو عن طريق القضاء، وذلك كالآتي:

أولا: الفسخ باتفاق الطرفين (الفسخ الاتفاقي أو الإرادي).

وقد يتفق المتعاقد مع جهة الإدارة على إنهاء عقد الإمتياز قبل مدته، ويكون الإنهاء في هذه الحالة إتفاقيا يستند إلى رضا الطرفين، وتطبق على الفسخ هنا أحكام الإقالة في عقود القانون الخاص.

وقد يكون إنهاء العقد بهذه الطريقة مصحوبا بالتعويض عما فات المتعاقد من كسب نتيجة لإنهاء العقد قبل أوانه، إذا ما اتفق المتعاقدان على ذلك.[1]

ثانيا: الفسخ بقوة القانون (الفسخ التلقائي أو غير إرادي).

ينقضي عقد الامتياز بقوة القانون في حالات معينة تطبيقا للقواعد العامة وهي كالآتي:

1- الفسخ التلقائي الناتج عن زوال موضوع العقد:

ينقضي عقد الإمتياز بقوة القانون في حالة هلاك محله، إلا أنه يجب التمييز بين ما إذا كان الهلاك بسبب خارج عن إرادة الطرفين وبين ما إذا كان الهلاك بسبب راجع للإدارة.

ففي الحالة الأولى، ينقضي العقد دون أن يتحمل من الطرفين تعويضا بسبب الإنهاء.

أما في الحالة الثانية، فإن الإدارة تعوض المتعاقد عن هذا الإنهاء المبستر الذي فيه للعقد، إلا إذا كان هلاك محل المتعاقد تنفيذا لإجراء عام كهدم دور آيلة للسقوط كان المتعاقد ملتزما بصيانتها، إذا توفرت شروط نظرية الأمير.[2]

وحالة هلاك محل عقد الإمتياز هذه تنطبق على من هو وارد في المادة 27 من قانون المياه الجزائري رقم 83-17 التي تنص على أنه:" يغير الإمتياز أو يخفض أو يبطل في أي وقت بدون تعويض وذلك إما لصالح الصحة العمومية وإما لإتقاء الفيضانات أو إيقافها وإما بسبب عدم مراعاة البنود التي يتضمنها الإمتياز".[3]

---

[1]- تجدر الإشارة إلى أن ثمة اختلاف بين الفسخ الإتفاقي وإجراء الاسترداد ذلك أن استرداد المرفق كما سبق توضيحه هو حق ثابت للإدارة سواء نص عليه العقد أو لم ينص عكس الفسخ الاتفاقي الذي يتم بناء على التراضي التام بين الطرفين.
- أنظر: سماعين نادية، المرجع السابق، ص 40.

[2]- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 149.

[3]- المادة 27 من القانون رقم 83-17، يتعلق بالمياه، المرجع السابق.

2- الفسخ التلقائي المنصوص عليه في العقد:

إذا تحققت شروط معينة منصوص عليها في العقد ويتم الإتفاق على أن العقد يعد مفسوخا من تلقاء نفسه في حالة تحققها، فينقضي العقد إعتبارا من هذا التاريخ.

3- الفسخ التلقائي المنصوص عليه في القوانين واللوائح:

فعندئذ يتم إنفساخ العقد من تاريخ تحققها.

ثالثا: الفسخ عن طريق الإدارة (الإداري).

نظرا لما تتمتع به من إمتيازات السلطة العامة، يمكن الإدارة مانحة الإمتياز أن تلجأ إلى إنهاء الإلـتزام بإرادتها المنفردة، إما:

1- لأن الملتزم أخل إخلالا فادحا بإلتزاماته المنصوص عليها في اتفاقية الإمتياز أو في دفتر الشروط (الفسخ الجزائي)، على أنه يمكنه أن يطعن في ذلك أمام القضاء إذا رأى تعسفا من الإدارة.

2- أو لأن مقتضيات المصلحة العامة وظروف تسيير المرفق العام أصبحت تتطلب تغيير وتعديل طريقة الإدارة والتسيير، إعمالا لمبدأ التكيف، كأن تعدل البلدية في تسيير مرفق النقل العمومي- مثلا- عن طريق الإمتياز مستبدلة إياها بطريقة المؤسسة العامة، على أن تقوم الإدارة مانحة الإمتياز بتعويضه عما يصيبه من أضرار.

رابعا: الفسخ عن طريق القضاء (القضائي).

يمكن أحد الطرفين، خاصة الملتزم، أن يلجأ إلى القضاء الإداري المختص طالب إلغاء الإمتياز نظرا لإخلال الطرف الثاني بالتزاماته لدى تنفيذ الامتياز، وذلك طبقا للتشريع الساري المفعول خاصة حيال الصفقات العمومية.[1]

[1]- محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 284، 285.

خاتمة

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة وبعد تناول موضوع عقد الإمتياز – دراسة مقارنة- بالدراسة والتحليل تمكنا من التعرف على ماهية عقد الإمتياز وإنشائه بالإضافة إلى الآثار المترتبة عنه ونهاية.

حيث تبين لنا أنه قد أجمع الفقه، والتشريع، والقضاء في كل من الجزائر ومصر وفرنسا والأردن والعراق... على أن الإمتياز أو ما يسمى بإلتزام المرفق العمومي عقد إداري، فهو عقد أو اتفاق، تلجأ من خلاله الإدارة المانحة للامتياز بتكليف شخصا طبيعيا، أو شخصا معنويا من القانون العمومي أو من القانون الخاص، أو شخصا وطنيا أو أجنبياّ، يسمى صاحب الإمتياز، بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة، حيث يقوم صاحب الإمتياز بإدارة المرفق مستخدما عماله وأمواله ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك، وذلك تحت إشرافه ورقابته، مقابل تقاضيه رسم يحدد في العقد، يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق.

فكون واعتبار عقد الإمتياز عقد إداري، وما يميزه من خصائص عن غيره من العقود، لا يعفيه من ضرورة توافر الأركان المعهودة في العقود العادية، من رضاء ينصب على محل مشروع موجود ومستند على سبب مشروع، يفرغ في شكل معين تستلزمه الإجراءات والمراحل التي يتطلبها إعداده، وإن كانت شخصية الملتزم في مثل هذا العقد محل اعتبار لا تستلزم من إجراءات الإختبار مراحل يتعين مراعاتها تحت طائلة البطلان.

ومن المسلم به في الوقت الحاضر أن عقد الإمتياز عقد إداري ذو طبيعة خاصة، إذ أنه يتضمن نوعين من الشروط شروط لائحية تحكم تنظيم المرفق، وشروط تعاقدية عبارة عن قواعد متعلقة بمدة الإلتزام وبالمزايا المالية، تتحد لتشكل دفتر الشروط.

ويعد عقد الامتياز من أهم وأخطر العقود الإدارية التي يتم تنظيمها ولذلك يتعين أن تصدق بقانون، والعلة في ذلك أن عقد الإمتياز غالبا ما يتعلق باستغلال مرافق حيوية وضرورية للمجتمع علاوة عن أن عقد الإمتياز يتعلق باستغلال مرفق عام يتطلب إنشاؤه وتنظيمه تكاليف باهظة الثمن.

يرتب عقد الإمتياز كسائر العقود الأخرى حقوقا والتزامات بالنسبة لأطرافه المتمثلة في الإدارة مانحة الإمتياز من جهة، وصاحب الإمتياز من جهة أخرى، وتمتد هذه الآثار لفئة المنتفعين من خدمات المرفق والمستعملين له.

كما ينتهي عقد الإمتياز بالطرق الطبيعية لإنهاء العقود الإدارية في ظل القانون الخاص، إما بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه أي بتحقق موضوعه، أو بانقضاء مدته، وقد ينتهي نهاية غير طبيعية أو مبسترة قبل أجلها الطبيعي.

تظهر أهمية عقد الإمتياز الإداري في الحياة العملية والواقعية، إن تقييم وتقدير عقد الإمتياز الإداري يظهر من خلال إضفاء الفقه على هذا الأسلوب مجموعة من المحاسن أو المزايا، تتلخص في:

* إن الإمتياز يؤدي إلى تحرير المرفق العام من قيود القانون العام، فمن شأن هذه الطريقة إدارة المرافق العامة التحرر إلى حد كبير من الروتين الحكومي الذي تصطبغ به طريقة الإدارة المباشرة، وما يؤدي إليه الروتين من تعقيدات وبطئ في الإجراءات.

* وطبقا لطريقة الإلتزام، فإن فردا أو شركة هو الذي يقوم بإدارة المرفق العام، وأن من شأن هذا التخفيف عن عاتق الإدارة للتفرغ إدارة غير ذلك من المرافق العامة، كما يؤدي الإمتياز إلى تخفيف الأعباء المالية والإدارية والخزينة.

* يبعد الإمتياز المرفق العام عن النزاعات السياسية والحزبية.

* طبقا لهذه الطريقة يقوم الملتزم بإعداد المرفق وإدارته مستخدما في ذلك أمواله الخاصة، وكما كان الملتزم يستهدف الربح الوفير، فإنه عادة ما يستخدم في إعداد المرفق وإدارته، أفضل المعدات والأجهزة وأحدثها مع إدارته الحازمة لضمان نجاح المرفق وتحقيق الأرباح التي يرجوها، مما يؤدي في النهاية لضمان أداء المرفق لنشاطه على أفضل وجه، وسيره بانتظام واضطراد، كما تؤول محتويات المشروع للدولة عند انتهاء مدة الإمتياز.

فبالرغم من مزايا طريقة إلتزام المرافق العامة، إلا أن الدول أخذت في العدول عنها، نظرا لما تكشف لها من عيوب هذه الطريقة، ويمكن إيجاز عيوب طريقة التزام المرافق العامة في:

* أن الملتزم سواء كان فردا أو شركة، وهو يسعى تماما إلى الربح، وأنه لا بأس في ذلك سوى أننا بصدد مرفق عام يستهدف أساسا تأدية خدمة عامة وقد ثبت أن الملتزم لا يدخر وسيلة في سبيل زيادة أرباحه، سواء برفع الأسعار أو عدم تأديته للخدمة على الوجه السليم، وذلك بصرف النظر عن المصلحة العامة، فالإمتياز يؤدي إلى رفع الأسعار ونقص جودة الخدمة المؤداة للمنتفعين.

* كما أن شركات الإمتياز، هي عادة شركات ضخمة تملك المال والنفوذ وبالتالي لا تعد وسيلة للتأثر على الإدارة، لتحقيق مآربها التي قد تتفق تماما مع المصلحة العامة.

* كذلك من الصعب على الإدارة أن تباشر رقابة حقيقية على شركات الإمتياز التي تستخدم رؤوس أموال أجنبية مما ينقص من سيادة الدولة، ويشير التاريخ إلى أن محاولات بعض الدول فرض رقابة حقيقية على مثل هذه الشركات قد أدى إلى التدخل العسكري من قبل الدولة الأجنبية.

* وأيضا تؤدي طريقة الإلتزام إلى استفادة الملتزم من نظرية الظروف الطارئة إلى تعويضه عن الغرم ويعوده بالكامل.

* بالإضافة إلى أنه بعد الحرب العالمية الثانية، ومع نمو الوعي القومي، وما أدى إليه ذلك من استغلال كثير من الأقاليم المحتلة، أخذت الدول تنظر إلى شركات الإمتياز الأجنبية باعتبارها حكومات، نظرا لما تتمتع به من سلطات كبيرة بما يمس سيادة الدولة.

أمام جميع هذه العقبات نقترح جملة من الحلول، قد تمكن من جعل أسلوب الإمتياز أسلوبا هاما في إدارة وتسيير المرافق العامة، من بينها:

* عدم تقييد الملتزم بجنسية معينة، أو فرض بعض الشروط مثل اشتراط حد أدنى من رأس المال، أو ملكية نسبية معينة منه للوطنيين، ما يفسح من مجال إبرامه مع الوطنيين والأجانب على حد السواء، ويعزز فرص إبرامه.

* التخفيف من أوجه الرقابة التي تمارسها الجهة الإدارية المانحة للامتياز إلى الحد الأدنى الذي يضمن حسن سير المرفق العام وتوفير الخدمات، ما يطمئن الخواص لإبرامه.

* وتشجيع الخواص على إبرام عقد الإمتياز الإداري خلال تقديم الدولة المساعدات والمعاونات، وخفض قيمة الضرائب المفروضة، فضلا عن حصر وتحديد حملات ممارسة الإدارة للسلطات التي تتمتع بها، خاصة سلطة توقيع الجزاءات.