

الضوابط العامة لعقد الامتياز الإداري دراسة مقارنة بين مصر والجزائر

د. هشام عبد السيد الصافي محمد

المحامى المحاضر بكلية الحقوق جامعة حلوان – مصر

الملخص:

انتشر منذ زمن بعيد نظام عقد الامتياز الإداري كوسيلة تستخدمها الدولة بأشخاصها القانونية المختلفة في إدارة مرافقها بشكل غير مباشر، وذلك لما يحققه هذا النظام من وافرات مالية لميزانية الدولة، مما يكون له مردود إيجابي علي اقتصاديات الدولة، وماله من مميزات إدارية تتمثل في إدخال فكر القطاع الخاص علي مرافقها، مع احتفاظ الدولة عند استخدامها لهذا النظام بكافة سلطاتها التي تبدأ بالرقابة والتوجيه وتنتهي بتوقيع الجزاءات المختلفة علي المتعاقد معها، دون حاجة اللجوء للقضاء والتي تصل لإنهاء العقد نهاية مبسرة قبل نهاية مدته، ومع احتفاظ المرفق العام بخصائصه وأهداف وجوده وهو خدمة المواطنين.

Abstract :

Spread in start since immemorial held administrative franchise system time as a means used by the state and different legal persons in facilities management, indirectly, so to achieve a system of financial and thriftiness to the state budget, which have a positive impact on the state economics, and his wealth of management features It is to introduce the thought of the private sector to its facilities, while retaining the state when used for this system to all powers starting oversight and guidance and end with the signing of various sanctions against the contractor, without the need to resort to spend, which amount to terminate the contract prematurely end before the end of its duration, yet retain public utility characteristics and objectives his presence, a service of citizens.

مقدمة:

تحتل المرافق العامة في أي دولة من دول العالم أهمية خاصة، لأنها الموكول بها أداء الخدمات العامة لمواطنيها، ولذلك كل دولة تعتمد على إدارة مرافقها وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، وهي في سبيلها لذلك تبرم العديد من العقود الإدارية آخذة في الاعتبار الإمكانيات المادية والإدارية والفنية ذات التأثير المباشر علي أداء مرافقها العامة في ضوء ظروفها الاقتصادية، والسياسية، والاجتماعية والتي تختلف من حقبة تاريخية لأخرى داخل ذات الدولة فعلي سبيل المثال في فترة الستينات والسبعينات من القرن المنصرم كانت الاشتراكية هي الفكر المسيطر علي أغلب دول العالم ومنها الدول العربية مما جعل إدارة المرافق العامة تخضع خضوع تام للدولة سواء أكان إداريا أو مالياً أو فنياً، أي أن الدولة تنشأ المرافق العامة وتديرها إدارة تامة، فيما يطلق عليه أسلوب الإدارة المباشرة للمرافق العامة؛ إلا أنه مع اندثار الفكر الاشتراكي في العالم لفشله في حل المشاكل الاقتصادية للدول، كما أن تطبيقه رتب مشاكل اقتصادية خطيرة لها تمثلت في وجود عجز في ميزانيات الدول التي طبقت وتراكم في ديونها الأمر الذي أدى إلي عجز الدول عن مواجهة مشاكلها المالية، وضعف ميزانياتها الموجهة لإنشاء وإدارة المرافق العامة، خصوصا تلك المرافق التي تقدم الخدمات الأساسية للمواطنين من مرفق الكهرباء، ومرفق المياه، ومرفق السكك الحديدية، ومرفق الغاز، ومرفق الاتصالات السلكية واللاسلكية، ومرفق النقل والتي تعد جميعها مرافق تقع تحت مسمى مرافق البنية الأساسية، والتي تتكلف بالطبع لإنشائها وإدارتها وصيانتها تكاليف باهظة تعجز أغلب حكومات الدول النامية عن توفيرها، لذلك اتجهت هذه الدول لتشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية والخصخصة بمعناها الواسعة، وذلك من خلال زيادة مشاركة القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة، من خلال إبرام عدد من العقود الإدارية لها صور مختلفة من حيث المسميات والفكرة الحاكمة لها إلا أنها تصب في النهاية في فكرة مشاركة القطاع الخاص الدولة في إنشاء وإدارة وصيانة المرافق العامة، من خلال أن تعهد الدولة للأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة أو الأشخاص الطبيعية (الأفراد) بذلك، متبعة في ذلك عدة طرق منها ما يكون فيه تدخل الدولة محدود كما في طريقة عقد الامتياز أو طريقة عقد الإيجار، ومنها ما يكون فيها تدخل الدولة وسطا بين طريقة الاستغلال المباشر وغير المباشر التي تتمثل في شكلين مشاطرة الاستغلال – والاقتصاد المختلط، وسوف نحاول في هذا البحث إلقاء الضوء علي نوع معين من عقود الاستغلال غير المباشر للمرفق العام وهو عقد الامتياز لأهميته الإستراتيجية والتاريخية كعقد إداري تم تنظيمه من الناحية القانونية، واستخدامه في دولتي مصر والجزائر منذ ربح من الزمن، وأتى بثماره بالفعل في العديد من مشاريع مرافق البنية الأساسية في كلا الدولتين، فمن الناحية القانونية نجد أن مصر أسبق من الجزائر في تقنين ذلك النوع من العقود الإدارية بموجب القانون 129 لسنة 1947 الخاص بمنح عقود الامتياز بصفة عامة، ثم صدور قوانين متتابعة في حقبة التسعينات من القرن الماضي تنظم عقد الامتياز في مرافق بعينها كمرافق الكهرباء والطرق

السريعة والمطارات وأراضي النزول والموانئ البحرية نهاية بالقانون رقم 67 الصادر سنة 2010 بشأن مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة؛ أما دولة الجزائر فبدأ التوجه فيها لتقنين وتبني عقد الامتياز كأحد العقود الإدارية مع تبني الدولة للفكر الليبرالي في نهاية ثمانينات القرن المنصرم من خلال تبني منح الامتياز لمرافق بعينها مثل منح امتياز مياه الشرب في البداية للهيئات والمؤسسات العمومية والمجموعات المحلية بالقانون رقم 83-17، والذي عدل بإضافة الأشخاص الخاصة إلى جوار الأشخاص العامة بالقانون 96-13، ومنح امتياز الطرق السريعة بالمرسوم رقم 96-308، واستغلال الأراضي الزراعية التابعة للدولة من خلال عقد الامتياز من خلال القانون رقم 105-03، والتعليمات الوزارية رقم 842-3094 المنفذة له، ومنح عقد الامتياز في مجال المحروقات والذي جاء القانون رقم 05-07، وامتياز منح خدمات النقل الجوي للأشخاص الطبيعية والاعتبارية الجزائرية دون الأجنبية بالقانون رقم 02-40، وامتياز إنشاء وتشغيل وصيانة محطات الكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات والذي جاء بالقانون رقم 02-01، ثم جاء المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الصادر في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015 والخاص بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة لينظم بشكل عام نظام الامتياز كأحد طرق تفويض المرافق العامة، وسنحاول في هذا البحث التعرف على خصوصية عقد الامتياز من حيث المفهوم والخصائص والطبيعة القانونية له والعقود المشابهة له، ثم نستعرض الضوابط العامة لعقد الامتياز من حيث السلطة المنوط بها منح عقد الامتياز، والمبادئ التي تحكم هذه السلطة عند منح ذلك العقد، الجانب الشكلي لهذا العقد، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: خصوصية عقد الامتياز الإداري.

المبحث الثاني: الجوانب الشكلية لعقد الامتياز الإداري.

المبحث الثالث: الجوانب الموضوعية لعقد الامتياز الإداري.

المبحث الأول

خصوصية عقد الامتياز الإداري

يعد عقد امتياز المرفق أو عقد التزام المرفق العام كما يسميه البعض من أهم العقود الإدارية المسماة، وبصفة خاصة في ظل التطور الحديث للنظام الاقتصادي العالمي بحيث أصبح يشكل بدوره أهم هذه العقود الموجودة لارتباطه بالمرافق التجارية والصناعية، والتي تعد العمود الفقري لاقتصاد أي دولة، ومما زاد من أهمية هذا العقد التوسع في استخدامه في إدارة المرافق التي تشكل حاجات أساسية للمواطنين مثل إنشاء المطارات والموانئ والطرق والكباري وإنتاج الكهرباء وغير ذلك من مشروعات البنية الأساسية، مما يجعل لهذا العقد خصوصية معينة وسنحاول توضيح تلك الخصوصية في الآتي:

أولاً: تعريف عقد الامتياز الإداري: نظراً للأهمية العملية لعقد الامتياز، والتي فرضته علي الساحة القانونية مما جعل القانون يفرد له نصوصاً معرّفاً إياه، والفقهاء يحاولون الوصول لتعريف جامع له، والقضاء يحاول وضع مفهوم له، وسندستعرض التعريفات المختلفة لعقد الامتياز الإداري فيما يلي:

أ- تعريف الفقه لعقد الامتياز الإداري: يعرف جانب من الفقه عقد الامتياز بأنه «عقد إداري يتولى الملتزم فرداً كان أو شركة بمقتضاه أو علي مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي، أو استغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز»⁽¹⁾، كما عرفه جانب بأنه «عقد إداري يتم بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام أو أحد أشخاص القانون الخاص (فرد أو شركة) يتعهد بمقتضاه الملتزم (الفرد أو الشركة) بالقيام علي نفقته وتحت مسؤوليته بأداء خدمة عامة للجمهور طبقاً للشروط الموضوعية له مقابل التصريح له باستغلال المرفق لمدة محددة من الزمن واستيلائه علي الأرباح، ويكون الاستغلال في صورة التصريح للملتزم بتحصيل أجر أو رسم من المنتفعين»⁽²⁾، كما عرف بأنه «عقد تعهد الإدارة بمقتضاه إلي فرد أو شركة خاصة بإدارة واستغلال مرفق عام اقتصادي لمدة محددة من الزمن، وتحت إشراف ورقابة الإدارة، ويقوم الملتزم بإدارة المرفق العام علي مسؤوليته، وعلي نفقته، وبعماله، مقابل مزايا مادية وعينية أهمها الرسوم التي يتقاضاها من الملتزم ومن المنتفعين بالمرافق»⁽³⁾، وعرفه البعض بأنه «أسلوب من أساليب إدارة المرفق، وبمقتضاه تعهد الإدارة العامة إلى أحد أشخاص القانون الخاص، بإدارة المرفق على حسابه وعلى مسؤوليته لمدة محددة، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للأحكام العامة الحاكمة لسير المرافق العامة»⁽⁴⁾، وعرفه البعض بأنه «ذلك العقد الذي يفوض بموجبه شخص تابع للقانون العام (المفوض) شخص آخر (المفوض له) مهمة تسيير مرفق عام بكل مسؤولياته، وبكل ما يحمله التسيير من أرباح وخسائر، ويتحمل بذلك عبء كل المنشآت والتجهيزات الضرورية التي تسمح بالاستغلال الجيد والسير العادي للمرفق ويتلقى مقابلته المالي المرتبط أساساً بنتائج الاستغلال»⁽⁵⁾، وعرفه

جانب آخر من منظور جديد وهو الفارق بينه وبين عقد الخصخصة بأنه «عقد إداري لأن أحد أطرافه شخص من القانون العام وهو الدولة إذا كان امتيازاً وطنياً أو الولاية أو البلدية إذا كان محلياً، ويتميز هذا العقد بطبيعة قانونية خاصة فهو يتضمن جانباً تعاقدياً يعبر عن إرادة الأطراف، وجانب تنظيمي يخص كيفية استغلال وتسيير المرفق العام في إطار هذا العقد، يتم هذا العقد لمدة محددة من الزمن وهذا ما يميزه عن الخصخصة والتسيير عن طريق مؤسسة عامة»⁽⁶⁾.

ب- تعريف القانون لعقد الامتياز الإداري:

عرف القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 في المادة 668 عقد الامتياز (الالتزام) بأنه «التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام 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»⁽⁷⁾.

وعرفه القانون الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1326 هـ الموافق 16 سبتمبر عام 2015 والمنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية بالعدد 50، والذي يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 210 منه بأنه «.....الامتياز: تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلي مسئوليته تحت مراقبة السلطة المفوضة ويتقاضي عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام. يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه»⁽⁸⁾، والقانون 483/97 والخاص منح امتياز قطع أرضية من الأملاك الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية عرفه بأنه «تصرف تمنح الدولة بموجبه ولمدة معينة حق الانتفاع بأراضي متوفرة تابعة لأماكها الوطنية الخاصة لكل شخص طبيعي أو معنوي في إطار الاستصلاح في المناطق الصحراوية والجبيلية والسهبية».

ج- تعريف القضاء الإداري لعقد الامتياز الإداري:

عرفت محكمة القضاء الإداري المصري عقد امتياز المرفق العام بقولها « إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقدا إداري أي تعهد أحد الأفراد والشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي توضع له ، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح ، ثم استطرده الحكم فجمع عناصر عقد الالتزام الرئيسية فقال « فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة ، وموضوعه إدارة مرفق عام ، ولا يكون إلا لمدة محددة ، ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية ، ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين»⁽⁹⁾، كما عرفه مجلس الدولة الجزائري بأنه «عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستعمل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأماك الوطنية بشكل استثنائي بهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت وقابل الرجوع فيه»⁽¹⁰⁾.

ثانياً: خصائص عقد امتياز المرافق العامة: من التعريفات القانونية المختلفة السابقة يمكن أن نستخلص الخصائص الرئيسية لعقد امتياز المرافق العامة وهي تتمثل في الآتي⁽¹¹⁾:

- 1- عقد امتياز المرافق العامة عقد إداري، إذ تتوافر فيه كافة شروط العقد الإداري وهو وجود الإدارة دائماً طرفاً في العقد، ولاتصاله المباشر بسير المرفق العام. وتضمنه شروط غير مألوفة⁽¹²⁾.
- 2- موضوع عقد امتياز المرافق العام إدارة واستغلال مرفق عام، ويلاحظ أن المرافق العامة التي تستعمل جهة الإدارة بشأنها أسلوب الالتزام معظمها من المرافق ذات الطابع الاقتصادي، وهي التي تكون خدماتها نظير رسم أو أجر الأمر الذي يشجع الأفراد والشركات الخاصة على الالتزام بإدارتها واستغلالها. أما المرافق الإدارية فإنها عادة تقدم خدماتها بصورة مجانية ومن ثم لا يتصور فيها نظام الالتزام.
- 3- تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في اختيار الملتزم، ولا تتقيد في ذلك بإتباع أسلوب المناقصة أو الممارسة، ذلك أنه يجب أن يكون لجهة الإدارة حرية كاملة في اختيار الفرد أو الشركة التي تملك قدرات مالية وفنية تتيح لها إدارة واستغلال المرفق، ولا يحد هذه السلطة التقديرية لجهة الإدارة سوى القيد العام المتعلق بعدم الانحراف بالسلطة⁽¹³⁾.
- 4- المقابل الذي يتقاضاه الملتزم ليس أجراً أو ثمناً وإنما هو رسوم يحصلها من المنتفعين بخدمات المرفق، وهذه الرسوم تحدد في جداول التعريفات التي يتضمنها عقد الامتياز، وتحتفظ الإدارة لنفسها بالحق في التدخل لتعديل التعريفات زيادة أو نقصاً طبقاً لما تقضي به المصلحة العامة⁽¹⁴⁾.

- 5- يتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية، غير أن حرص جهة الإدارة علي سير المرفق العام بانتظام وباضطراد يحملها علي مساعدة الملتزم عند الاقتضاء وفي أحوال معينة من أجل إعادة التوازن المالي للعقد إذا ما أختل هذا التوازن⁽¹⁵⁾.
- 6- عقد امتياز المرافق عقد محدد المدة، فلا يجوز أن يمنح الالتزام للأبد.

ثالثاً: أنواع الامتياز الإداري:

هناك نوعان من عقود الامتياز الإداري، الأول: عقد الامتياز البسيط: وهو الذي يتولي بموجبه صاحب الامتياز تنظيم وإدارة مرفق من المرافق العامة التي تمارس نشاطاً مماثلاً لنشاط الأفراد، وجنباً إلي جنب ذلك، الثاني: الامتياز المقترن باحتكار: وهذا الاحتكار قد يكون احتكار قانوني، وقد يكون احتكار اتفاقي، والاحتكار القانوني يكون عندما ينص القانون بتحريم منافسة الأفراد أو الشركات للملتزم، كما يلزم القانون الإدارة بعدم منح امتياز لنشاط مماثل لشخص آخر في ذات الزمان والمكان الذي منح فيه الامتياز الأول، أما الاحتكار الاتفاقي ويكون بأن تتعهد الإدارة في العقد بعدم منح امتياز مماثل لجهة أخرى، كما قد يكون الامتياز مصحوباً باحتكار فعلي إذا كانت الظروف التي منح في ظلها الامتياز تسمح بذلك⁽¹⁶⁾.

رابعاً: الطبيعة القانونية لعقد الامتياز الإداري:

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لعقد الامتياز فقد كان الفكر السائد في الفقه حتى نهاية القرن التاسع عشر أن عقد الامتياز هو عقد مثله مثل العقود الواردة في القانون الخاص وبالتالي لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين (الطبيعة العقدية المحضة)، ثم بدأ الفقه يتراجع عن هذا الفكر ليأخذ بفكرة أنه عقد ذو طبيعة خاصة (عقد إداري بطبيعته)، إلا أن الفقه الألماني لم يرض عن ذلك الرأي فكان يرى أن الامتياز الإداري يتم منحه من جانب جهة الإدارة وحدها وأن حقوق الملتزم لا تستمد من العقد وإنما تستمد من ذلك العمل القانوني الصادر من الإدارة وحدها، ودور الملتزم ينحصر في قبول الالتزامات التي تتضمنها وثيقة الامتياز، فالامتياز عمل قانوني له نفس طبيعة القرار الإداري الصادر بتعيين موظف، غير أن هذه النظرية لم تلق قبولاً أيضاً من الفقه الفرنسي فظهرت نظرية الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز وهي تعني أن له مظهرين مظهر تعاقد يجسد العلاقة بين الملتزم والإدارة المانحة للامتياز، ومظهر تنظيمي يحكم العلاقة بين الملتزم والمنتفعين بخدمات المرفق محل العقد، وهذه النظرية لم تلق قبولاً فجاءت نظرية الطبيعة المركبة لعقد الامتياز فالعقد يحتوى علي شروط تعاقدية لا يجوز المساس بها وتظهر فيها إرادة الملتزم، وشروط لائحية تنفرد بوضعها جهة الإدارة، أي أن عقد الامتياز عقد به علاقة مركبة من عقد إداري وعقد مدني⁽¹⁷⁾.

خامساً: التطور التاريخي والموضوعي لعقد الامتياز الإداري:

بدأ عقد الامتياز في المدن اليونانية القديمة حيث كان يعهد إلي بعض الأفراد بتسيير واستغلال بعض المنشآت والأراضي والبحيرات المملوكة للدولة، مع منح بعض الامتيازات لهم المتمثلة في تقاضي بدلات من المواطنين لقاء استخدام ما تحت تسييرهم من منشآت وأراضي وبحيرات، وعرف هذا الأسلوب في روما تحت اسم PROLORUIM، ثم انتقل هذا الأسلوب من اليونان إلي فرنسا الملكية التي كان النشاط الاقتصادي بيد الملك وتحت رقابته، وكان عقد الامتياز يقتصر علي تسيير الأملاك العامة واستغلالها، ثم تطور الأمر إلي تكليف الأفراد بالقيام بإشغال عامة بغية إدارتها وصيانتها فانتقل الامتياز من مرحلة الإدارة والاستغلال إلي مرحلة التمويل وبناء المنشآت والمرافق، وازدهرت عقود الامتياز بهذه الصورة علي مستوى العالم وبصفة خاصة في القرن التاسع عشر، ومع حدوث الأزمة المالية والاقتصادية في بدايات القرن العشرين وقيام الحربين العالميتين الأولى والثانية وظهور فكرة التأميم، وانتقال الدولة من الدولة الحارسة إلي الدولة المتدخلة في كل الأنشطة، ثم مع عجز الدولة مالياً عن الوفاء بذلك، وظهور العيوب المصاحبة لإدارة المرافق العامة التجارية والصناعية بمعرفة الدولة ظهر أسلوب الامتياز مرة أخرى كوسيلة لحل مشاكل الدول المتعلقة بإنشاء وإدارة المرافق العامة أخذاً في ذلك صور مختلفة⁽¹⁸⁾.

كما كان عقد الامتياز الإداري يقتصر علي الموضوعات المتعلقة بإدارة مرافق حيوية لا غنى للناس عنها، ويعد أقدمها عقود الامتياز الخاصة بتوزيع الكهرباء والغاز، وعقود الامتياز الخاصة بالبنية الأساسية للطرق، والعقود الخاصة بتوزيع مياه الشرب والتدفئة، وتطور الأمر ليشمل المجال الصحي بمنح عقود للامتياز تخص إدارة الحمامات العامة، والسلاخانات، وجمع القمامة، حتى وصل الأمر لمنح عقد الامتياز الإداري في مجالات الترفيه مثل امتياز إدارة المسارح والكازينوهات والسينما ومناطق الاستشفاء والفنادق السياحية والمناطق المائية الساحلية والحدائق العامة واستغلال البحيرات والعيون المائية الطبيعية، والمطاعم والشواطئ المملوكة للدولة، وفي النهاية الآن يوجد عقد امتياز في مجال استخدام القنوات الفضائية والأقمار الصناعية تتعاقد فيها الدولة مع الملتزم لبيث برامج معينة للمشاركين من مواطنيها⁽¹⁹⁾.

سادساً: عقد الامتياز الإداري والترخيص باستغلال مرفق عام:

هناك فارق بين عقد الامتياز الإداري والترخيص باستغلال مرفق عام⁽²⁰⁾، فالأخير تستخدمه جهة الإدارة عندما يتعذر الاستغلال عن طريق الالتزام، فتقوم بمنح تراخيص لاستغلال بعض المرافق العامة لمدة قصيرة وغير قابلة للتجديد، ويكون هذا الترخيص بقرار من الوزير المختص، فالترخيص باستغلال مرفق عام غالباً ما يكون منحه بقرار إداري، وليس بعقد إداري، وذلك بحكم نظامها القانوني، فالترخيص لا يمنح المرخص له حقوق تعاقدية يعتد بها، فهذه التراخيص باستغلال بعض المرافق مؤقتة بطبيعتها، وتمنحها الإدارة بسلطات تقديرية واسعة، ولأجل قصيرة، وغير قابلة للتجديد، ويحق لجهة الإدارة إلغاؤها في كل وقت بناء على مقتضيات الصالح العام دون أن تلزم بتعويض المنتفع، وذلك لكون الترخيص قرار إداري وليس عقداً كالامتياز وبالتالي مركز المرخص له مركز عارض وليس كمركز الملزم المستند للعقد⁽²¹⁾؛ إلا أن هناك جانب من الفقهاء يرون ضرورة التفرقة بين الترخيص بقرار إداري من جانب واحد، والترخيص الذي يتضمن استقراراً مستمراً على المال العام فيعتبرونه من قبيل العقود الإدارية، وذلك رغبة في إضفاء نوع من الثبات والاستقرار على مركز المنتفع بالأموال العامة الذي قد يتحمل نفقات كبيرة في إقامة منشآت عليه. كما يعتبر من قبيل العقود الإدارية الترخيص الذي يتضمن الانتفاع بالأموال العامة المخصصة لخدمة مرفق عام، كالترخيص باستغلال مقصف في مبنى حكومي. لأن المرخص له يستمد مركزه القانوني في هذه الحالة من إرادة الإدارة المالكة أو المخصص لها المال والعقد الذي تبرمه مع المرخص له، لا من نص القانون مباشرة، وهو عقد يخضع للتفاوض والاتفاق بينهما، ونظير أجرة أو مقابل يتحدد بطريق الاتفاق ويختلف من حالة إلى أخرى⁽²²⁾.

المبحث الثاني

الجوانب الشكلية لعقد الامتياز الإداري

هناك عدد من الجوانب الشكلية التي يتميز بها عقد الامتياز الإداري والتي يمكن من خلالها التفرقة بينه وبين باقي طرق الإدارة في إدارة واستغلال مرافقها، ومن هذه الجوانب الجهة المختصة بمنح عقد الامتياز، والملزم الممنوح له الالتزام، مدي وجوب كتابة عقد الامتياز، ولغة ذلك العقد، ومدة عقد الامتياز، وسنحاول إلقاء الضوء على تلك الجوانب في الآتي:

أولاً: الجهة المختصة بمنح عقد الامتياز الإداري: سنحاول إلقاء الضوء عن الجهة المختصة بمنح عقد امتياز المرافق العامة في مصر والجزائر فيما يلي:

أ- الجهة المختصة بمنح عقد الامتياز الإداري في مصر: نظراً للأهمية التي تحظى بها التزامات المرافق العامة، فقد ورد النص على طريقة منحها في الدساتير المصرية المتعاقبة، ولم يترك الأمر للقانون العادي. فبداية من دستور 1923 الذي نص في المادة الأولى منه على أن «كل التزام موضوع استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور الهامة، وكل احتكار، لا يجوز منحه إلا بقانون...»، وقد اختلف الرأي آنذاك حول المقصود بكلمة «بقانون» فذهب الرأي الراجح إلى أن المقصود هو صدور قانون في كل حالة يراد فيها منح الامتياز؛ لأن عبارة الدستور جاءت واضحة، إذ قالت «بقانون» لم تقل «بناء على قانون» أو «بمقتضى القانون» أو «وفقاً لأحكام القانون» والعبارات الثلاثة الأخيرة وما يشابهها هي فقط التي تجيز للسلطة التشريعية ضمناً تفويض السلطة التنفيذية في القيام بعمل ما، وهو ما لم يرد النص عليه في الدستور وبالتالي يكون التفسير السليم هو أن يصدر قانون في كل حالة على حدة⁽²³⁾، ويرجع ذلك إلى الأهمية البالغة لعقد الامتياز نظراً إلى أن هذا العقد يحل صاحب الامتياز محل الدولة في عمل من صميم اختصاصها، وهو إدارة وتشغيل مرفق عام، ومسئولية الدولة بالتالي عن ضمان سير المرفق، حتى في حالة إدارته عن طريق عقد الالتزام، بانتظام وإطراد وعن حسن أداء الخدمة للجمهور وحماية مصالحهم، كما يرجع إلى طول مدة الامتياز نسبياً، وإلى أن بعض شركات الامتياز القوية، لا سيما إذا ما تغلغل فيها العنصر الأجنبي، يمثل خطراً حقيقياً على مصالح الدولة، بل وعلى سيادتها، علاوة على ذلك قد يترتب على منح الامتياز تمتع صاحبه باحتكار قانوني أو فعلي⁽²⁴⁾. ثم جاء دستور 1956 فلم يسير على نهج سابقه ففرق بين الالتزامات المتعلقة باستغلال الثروة الطبيعية والمرافق العامة وبين الالتزامات التي تتضمن احتكاراً، وحدد لكل نوع إجراءات خاصة في منحه، بل وأفرد لكل نوع مادة مستقلة، فورد بالمادة 98 منه النص على أن «ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة...»، وجاء نص المادة 99 منه على أن «لا يجوز منح احتكار إلا بقانون وإلى زمن محدد». ومفاد هذه التفرقة أنه بالنسبة للالتزامات باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة فإن منحها يكون بقرار إداري استناداً إلى القانون الذي ينظم قواعد وإجراءات منح الالتزام المذكورة. أما بالنسبة للالتزامات التي تتضمن

احتكاراً فقد ظل الوضع علي ما كان عليه، وهو ضرورة صدور قانون بمنحها في كل حالة علي حدة⁽²⁵⁾. ثم جاء دستور 1958، 1964، 1971 بترك أمر منح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة في موادهم بالتوالي 30، 74، 122 للقانون الذي ينظم القواعد والإجراءات الخاصة بذلك، وهي تخضع بالتالي لما ورد بالقانون 61 لسنة 1958 في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمارات موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز فجاء نص المادة الأولى منه علي أن «يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمارات موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة. وكذلك أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاوات بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة» مجلس الشعب حالياً. ويكون تعديل ما عدا ذلك من الشروط بقرار من الوزير المختص، علي أنه بالنسبة إلي موارد الثروة المائية، ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية، يكون منح الامتيازات باستثمارها وتعديل شروطها بقرار من وزير الحربية إذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سنوات».

ثم صدر عدد من القوانين تنظم منح عقود الامتياز في مجالات مختلفة تعطى الحق في منح عقد الامتياز إلي قرار يصدر من مجلس الوزراء بناء علي اقتراح من الوزير المختص⁽²⁶⁾، كما أن هناك قوانين تعطى الحق في ذلك للوزير المختص مباشرة⁽²⁷⁾، وعلي الرغم مما يمكن أن يقال في أن هذه القوانين تنص علي وجوب اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية، فإن ذلك لن يتحقق من وجهة نظرنا إلا من خلال إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998⁽²⁸⁾.

ثم جاء دستور 2012 بالسير علي درب الدساتير السابقة له بالنص في المادة 18 منه علي أن «الثروات الطبيعية للدولة ملك للشعب، وعواندها حق له، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وحسن استغلالها، ومراعاة حقوق الأجيال فيها. ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة، أو منح امتياز باستغلال أو التزام مرفق عام، إلا بناء علي قانون». حتى جاء دستور 2014 الدستور الحالي ليعود بنا لدستور 1923 ليكون منح الامتياز بقانون ووفقاً لما ورد بالقانون 129 لسنة 1947 والخاص بتنظيم التزامات المرافق العامة، وبصفة خاصة في مدة منح الامتياز فجاء نص المادة 32 منه بأن «موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وحسن استغلالها، وعدم استنزافها، ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها. كما تلتزم الدولة بالعمل علي الاستغلال الأمثل لمصادر الطاقة المتجددة، وتحفيز الاستثمار فيها، وتشجيع البحث العلمي المتعلق بها. وتعمل الدولة على تشجيع تصنيع المواد الأولية، وزيادة قيمتها المضافة وفقاً للجدوى الاقتصادية. ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاماً. ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاماً بناء علي قانون. ويحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة، والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك». أي وجوب صدور قانون من مجلس الشعب بناء علي اقتراح السلطة التنفيذية في كل حالة يراد فيها منح الامتياز، كما أنه بوجود هذا النص فإن كل القوانين التي تنظم منح الامتياز تحت مسميات مختلفة يمكن أن يتم الطعن في عدم دستورية نصوصها وبصفة خاصة النصوص التي تمنح الامتياز بناء علي قرار مجلس الوزراء بناء علي اقتراح الوزير المختص أو تلك التي تمنح الامتياز بناء علي قرار الوزير المختص، وتلك التي تسمح بمجاوزة مدة منح الامتياز عن المدد الواردة بالنص الدستوري، مما يوجب علي المشرع المصري أن يقوم بتعديل قوانينه المختلفة المنظمة لمنح امتياز المرافق بما يتوافق مع النص الدستوري الحالي، وذلك للحفاظ علي العقود التي سترم بعد إقرار دستور 2014 من الطعن عليها بالبطان مما سيضر بانتظام سير المرافق العامة، بل سيجعل الملتزمون يفرون من التعاقد مع الدولة في ظل قوانين مهددة بإعدامها بالحكم بعدم دستورية موادها المخالفة للدستور⁽²⁹⁾.

ومن جماع ما سبق يتضح أن عقد الامتياز في مصر بدأ منحه بقانون يصدر من مجلس الأمة «مجلس الشعب» بمنحه ثم مروراً بقوانين مختلفة تنظم عقود الامتياز بصفة عامة، وصدور قوانين مختلفة خاصة تنظم منح عقود امتياز في مجالات مختلفة، ثم من وجهة نظرنا أعاد دستور 2014 منح عقد الامتياز بقانون يصدر من مجلس الشعب مرة أخرى⁽³⁰⁾.

ب- الجهة المانحة لعقد امتياز المرافق العامة في الجزائر:

علي الرغم من تبني الجزائر لنظام الامتياز بعد الاستقلال؛ إلا أن دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المنشور بالجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخ في 8 ديسمبر 1996، والمعدل بالقانون رقم 03-02 المؤرخ في 10 أبريل 2002 الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002، والمعدل بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، والمعدل بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016، لم يرد به أي إشارة من قريب أو بعيد عن عقود الامتياز فكل ما ورد به في المادة 18 منه الحديث عن تعريف للملكية العامة فجري نصها علي أن: الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية. وتشمل باطن الأرض، والمناجم، والمقالع، والموارد الطبيعية للطاقة، والثروات المعدنية الطبيعية والحية، في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية، والمياه، والغابات. كما تشمل النقل بالسكك الحديدية، والنقل البحري والجوي، والبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وأملاكاً أخرى محددة في القانون. كما جاء نص المادة 19 منه تتكلم عن إدارة تلك الملكية دون تحديد للطرق التي يمكن بها إدارة تلك الملكية فجري نصها علي أن: تضمن الدولة الاستعمال الرشيد للموارد الطبيعية والحفاظ عليها لصالح الأجيال القادمة. تحمي الدولة

الأراضي الفلاحية . كما تحمي الدولة الأملاك المائية العمومية. يحدد القانون كفاءات تطبيق هذه المادة.

وبالتالي أحال الدستور الجزائري للقانون كيفية تنظيم إدارة ممتلكات الدولة، وبالفعل قد أصدر المشرع الجزائري العديد من القوانين التي تنظم الامتياز في قطاعات مختلفة، ومن هذه القوانين القانون رقم 83-17 لسنة 1983 قانون المياه والذي عرف عقد الامتياز في المادة 21 منه بأنه " عقد من عقود القانون العام تكلف بموجبه الإدارة شخصا اعتباريا قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام"، يتبين من هذا التعريف أنه لا يمكن منح الامتياز إلا لأشخاص اعتبارية، وبعد ذلك تم تعديل هذا المادة من خلال الأمر رقم 96-13 ليمنح الفرصة لأشخاص من القانون الخاص للمشاركة في تسيير الخدمات العمومية، ثم جاء القانون رقم 05-12 في 4 أغسطس 2005 منشور بالجريدة الرسمية في العدد رقم 60 المؤرخة في 4 سبتمبر 2005 والمتعلق بالمياه والذي نص في المادة 71 منه على أنه " لا يمكن القيام بأي استعمال للموارد المائية بما في ذلك المياه الموجهة للاستعمال الفلاحي والمياه غير العادية من طرف أشخاص طبيعيين ومعنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص عن طريق منشآت وهياكل استخراج الماء أو من أجل تربية المائيات إلا بموجب رخصة أو امتياز يسلم من قبل الإدارة المختصة"، وهو ذاته ما جاء به المرسوم رقم 96-308 والخاص بمنح امتياز الطرق السريعة ، والقانون رقم 105-03 الخاص باستغلال الأراضي الزراعية التابعة للدولة من خلال عقد الامتياز، والتعليمات الوزارية رقم 842-3.94 المنفذة له⁽³¹⁾، وما جاء به القانون رقم 05-07 الخاص بمنح عقد الامتياز في مجال المحروقات، والقانون رقم 02-40 الخاص بامتياز منح خدمات النقل الجوي للأشخاص الطبيعية والاعتبارية الجزائرية دون الأجنبية، والقانون رقم 02-01 الخاص بامتياز إنشاء وتشغيل وصيانة محطات الكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات . فجميعها أحالت للسلطة المختصة منح الامتياز، وبالرجوع إلي المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الصادر في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015 والخاص بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة والذي ورد بالتنظيم القانوني لعقد الامتياز به لمعرفة السلطة المختصة بمنح الامتياز جاء نص المادة الرابعة من هذا القانون ليوضح هذه السلطة فجري نصها على الآتي: لا تصلح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه حسب الحالة:

- مسئول الهيئة العمومية.
- الوزير.
- الوالي.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي.
- المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية.

ويمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلي المسؤولين المكلفين بأي حال بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها⁽³²⁾.

فكل هؤلاء من حقهم منح عقد الامتياز الخاص بمناطق نفوذهم، الداخلة في اختصاصهم الوظيفي، كما أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 209 من القانون السابق قد ضمن الشفافية والمنافسة بالنص على وجوب الالتزام بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 5 من القانون وهي المتبعة في التعاقدات الإدارية العادية وهو ما يحسب له من وجهة نظرنا.

وفي النهاية علي الرغم مما قد يسوقه البعض حول الأسباب التي دفعت كلا المشرعين في مصر والجزائر من تبني قوانين مختلفة تنظم منح الامتياز في موضوعات مغايرة من أنه من الصعب علي المشرع وضع تنظيم واحد يساير كل المراحل الزمنية ويخدم كافة مرافق الدولة التي تختلف احتياجاتها والظروف الخاصة بها من مرفق لأخر؛ وأن هذا يعطى مرونة وسهولة أكثر للمختصين في منح عقد الامتياز مما يحقق الصالح العام؛ أننا نري أنه من الأفضل للدولة وضع تشريع واحد ينظم منح عقود الامتياز في مختلف موضوعات المرافق العامة، علي أن يراعي طبيعة كل مرفق، كما أنه بتطبيقه يمكن إدخال التعديلات اللازمة عليه من أن لأخر، وهو أفضل للمنوح له الامتياز أيضا حتى لا يفرق في كم من المواد والقوانين فلا يعرف الوضع القانوني الذي سيلتزم به، كما أن ذلك سيسهل مهمة القضاء في حالة وجود منازعات ناشئة عن تنفيذ هذه العقود، ويمنع من صدور أحكام متعارضة مستندة لنصوص واردة في قوانين مختلفة كل منها ينظم موضوع من موضوعات الالتزام، فوجود قانون واحد ينظم مسألة منح الامتياز يحقق مبدأ المساواة والشفافية اللذين من المبادئ الأساسية لمنح العقود الإدارية.

ثانياً: الشخص الممنوح له عقد الامتياز (الملتزم):

كانت تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في اختيار الملتزم، دون التقييد بإتباع طريقة معينة من طرق التعاقد المنصوص عليها

في قانون المناقصات والمزايدات، ولذلك تتحرر من إجراءات منح الصفقات العمومية وبالتالي تكون في منح الامتياز أكثر مرونة، وبالتالي تكون الإدارة حرة في اختيار الملتزم علي أساس الاعتبار الشخصي⁽³³⁾، ولذلك علي جهة الإدارة أن تراعي في من تعاقد معه أن يتمتع بالكفاءة في التنفيذ والقدرة المالية وحسن السمعة، وهو ما يولد التزام علي الملتزم من أنه ينبغي عليه أن يقوم بتنفيذ العقد بنفسه وبصفة شخصية، وبالتالي لا يجوز له أن يعهد إلي غيره بالقيام بتنفيذ العقد، ولو كان مكافئاً له، وهذا الالتزام يعد من المسلمات في تعاقدات الإدارة باعتباره مستوحى من الطبيعة الخاصة للعقد الإداري ولولم ينص عليه في العقد صراحة⁽³⁴⁾؛ إلا أنه يجوز للملتزم أن يتنازل عن تنفيذ العقد لشخص آخر، بشرط أن توافق جهة الإدارة علي هذا التنازل كتابة وأن يكون المتنازل قد أوفى بكافة التزاماته عن العقد حتى تاريخ طلب التنازل وأن تقدم الشركة المتنازل إليها الدليل المعقول لجهة الإدارة علي قدرتها المالية والفنية وأن تشمل وثيقة التنازل علي نصوص تقرر صراحة وعلي وجه الدقة أن المتنازل إليه يلتزم بكافة الأحكام والشروط الواردة في العقد⁽³⁵⁾، ويترتب علي موافقة الإدارة علي التنازل عن العقد، حلول المتعاقد الجديد محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ التزاماته في مواجهة الإدارة، وتعتبر موافقة الإدارة علي التنازل عن العقد بمثابة عقد جديد يحل محل العقد الأصلي، وتنشأ علاقة عقدية مباشرة بين الإدارة والمتنازل إليه، ويصبح الأخير هو المسئول الوحيد أمام جهة الإدارة ما لم ينص ليغير ذلك⁽³⁶⁾.

إلا أن التحرر من الإجراءات المتبعة في تعاقدات الإدارة عند اختيار المتعاقد مع الإدارة في عقود الامتياز أدي لظهور انحراف في منح هذه العقود، مع وجود تجاوزات في مدد منح الامتياز، مع ضعف الرقابة، وقد أدى ذلك إلي وجود إلي ظهور خلل في العلاقات المالية لصالح صاحب الامتياز، ليس علي حساب الجهة الإدارية مانحة الامتياز فقط بل علي حساب المنتفعين من المرفق العام، مع وجود فساد وإهدار للمال العام، مما دفع الدول لتعديل الفكر القديم الخاص بحرية جهة الإدارة في منح عقد الامتياز إلي منحه من خلال الإجراءات المنصوص عليها في قوانين تعاقد الإدارة مثله مثل أي عقد إداري⁽³⁷⁾.

ثالثاً: الكتابة في عقد امتياز المرافق العامة: سنوضح قدر الإمكان مدي وجوب وجود عقد مكتوب في عقد الامتياز، أم لا توجد أهمية لذلك، وما هي اللغة التي سيحرر بها العقد؟ في كل من مصر والجزائر في الآتي:

أ- القيمة القانونية للكتابة في عقد الامتياز في مصر والجزائر: العقد غير المكتوب وسيلة غير مألوفة في المجال الإداري بسبب جنوح الإداري عادة إلي إثبات روابطها العقدية بالكتابة إلا أنه لا يزال يؤدي دوراً مكماً لبعض أنواع العقود الإدارية - للإدارة التحلل من الشكل الكتابي للعقود إلا أنه في معظم الحالات تتضمن خطوات التعاقد وثائق مكتوبة حتى ولو لم يفرغ العقد في النهاية في وثيقة مكتوبة - يستند القضاء أحياناً إلي هذه الوثائق المتبادلة بين الإدارة والأفراد للقيام بالروابط التعاقدية حتى ولو كانت طبيعة العقد تستلزم الصورة الكتابية⁽³⁸⁾؛ إلا أن الفقه انتهى إلي أن الكتابة تكون شرط لازم في العقود الإدارية في حالتين الحالة الأولى: أن ينص القانون علي ذلك، والحالة الثانية: العقود الكبيرة ذات الأهمية الخاصة⁽³⁹⁾، ويترتب علي تخلف الكتابة في هاتين الحالتين البطلان لأنه من الشكليات اللازمة لإثبات العلاقة التعاقدية، وبالتالي تعد الضمان المباشر لضمان سير المرفق العام بانتظام وباضطراد، وحائلاً دون طيش التصرفات غير المتبصرة⁽⁴⁰⁾، كما أن طبيعة العقد المكتوب تفهم ضمناً من نصوص الدستور والقوانين المختلفة التي نظمت منح التزام المرفق العام في موضوعات شتى فلو كان منح الامتياز بقانون فلا بد من توافر الشكل الكتابي، وكذا لو منح بمعرفة مجلس الوزراء أو بمعرفة وزير فهو يمنح بموجب قرار وهذا القرار يكون مكتوب، وبالتالي يستطيعه أن يكون هناك عقد مكتوب، كما أن متطلبات العلانية والشفافية تتطلب وجود عقد مكتوب يستطيع أي أحد من المواطنين الإطلاع عليه.

وبمراجعة نصوص القانون المصري والجزائري نجد أنه لم يرد في القانون المصري نص صريح بضرورة أن يكون العقد مكتوباً في القانون المصري، إلا في نص المادة 32 من اللائحة التنفيذية للقانون 89 لسنة 1998 والتي نصت علي أن «يجب أن يحرر عقد متى بلغ مجموع قيمة ما رسا توريده أو تنفيذه خمسين ألف جنيه أما فيما يقل عن ذلك فيجب أخذ أقرار مكتوب من المتعاقد مع الجهة الإدارية شاملة كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد..»، وهو القانون الذي نري تطبيق نصوصه عند إبرام عقد الامتياز وهو ما رددته أحكام القضاء الإداري المصري، وفتاوى جمعياته لقسمي الفتوى والتشريع⁽⁴¹⁾، بينما في الجزائر نجد أنه قد ورد النص صراحة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الخاص بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة (2) والذي جاء نصها أن «الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به. تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوامز والخدمات والدراسات»، وما أكدته المادة 26 من المرسوم والتي جاء نصها كالآتي «توضح دفاتر الشروط المحينة دورياً الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية وهي تشمل علي الخصوص ما يأتي:

- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة علي الصفقات العمومية للإشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.
- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة علي كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات الموافق عليها من الوزير المعنى.
- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية⁽⁴²⁾.

وبالتالي يكون المشرع الجزائري أكثر وضوحاً وحسماً من المشرع المصري بنصه الصريح علي أن العقد الإداري أياً كان موضوعه عقدا مكتوباً.

ب- اللغة المعتمدة قانوناً عند تحرير عقد امتياز المرافق العامة في مصر والجزائر: عقود امتياز المرافق فهي عقود تكون مبرمة بين الدولة وشخص وطني، كما قد تكون مبرمة بين الدولة وشخص أجنبي، مما قد يثير التساؤل حول اللغة التي سيحرر بها عقد الامتياز وأي لغة سيأخذ بها القضاء خصوصاً عند حدوث خلاف حول تفسير بند أو أكثر من بنود العقد، وبمراجعة نصوص القانون المصري لسنة 1998 ولائحته التنفيذية نراها قد خلت من أي نص يشير إلي لغة العقد إلا نص المادة (7) من اللائحة التي أشارت من بعيد عن ما يعتنقه المشرع من تحرير العقد فجاء نصها كالآتي: «... تترجم كراسة الشروط والقوائم والمواصفات في حالة الطرح في الخارج مع ذكر أن النص العربي هو المعول عليه في حالة الخلاف والالتباس في مضمونها...»، وبالتالي يجب علي المشرع المصري التدخل للنص صراحة علي أن تكون اللغة العربية هي لغة العقد الإداري وفي حالة وجود ترجمة للعقد تكون النسخة العربية هي المعول عليها في حالة حدوث الخلاف⁽⁴³⁾، وبمراجعة المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الجزائري الخاص بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجده قد خلي تماماً من أي نص يتحدث عن لغة العقد، إلا أنه بالبحث في الدستور ونصوص القوانين الجزائرية الأخرى نجد أن المشرع الجزائري قد قرر ضمناً كتابة العقد الإداري باللغة العربية فسار علي درب المشرع المصري في ذلك، بل نلمس من تلك النصوص أنه أكثر تشدداً من المشرع المصري، ولعل ذلك يرجع كرد فعل من المشرع علي طول فترة الاحتلال الفرنسي للجزائر وتأثير اللغة الفرنسية علي الشعب الجزائري⁽⁴⁴⁾.

رابعاً: مدة عقد الامتياز الإداري في مصر والجزائر: نظراً لطبيعة عقد الامتياز الإداري من أنه عقد يتم فيه إسناد مهمة إدارة مرفق عام للملتزم، فلا يجوز تأييده وإلا عد ذلك تنازلاً من جانب جهة الإدارة عن وظيفتها الأساسية وهي تنظيم وإدارة المرافق العامة، لذلك فهو عقد محدد بأجل ينتهي بحلوله، كما أن إنفاق الملتزم نفقات كبيرة لإنشاء المشروع وإدارته، يستدعي أن يراعي عند تحديد المدة أن تكون كافية لتغطية نفقات المشروع والسماح للملتزم بقدر معقول من الربح، ولذلك وغالباً ما تتسم تلك المدة بالطول نسبياً⁽⁴⁵⁾.

وبالرجوع للقوانين المصرية للتعرف علي مدد عقود امتياز المرافق وجدنا أن المادة الأولى من القانون 129 لسنة 1947 والخاص بتنظيم التزامات المرافق العامة تنص علي أن «لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد علي ثلاثين سنة». هذه المدة تشمل المدة الأصلية لعقد الامتياز مضافاً إليها أي تجديد، وتشمل عقود الامتياز المبرمة بعد صدور القانون وأيضا عقود الامتياز التي كانت قائمة بالفعل قبل صدور القانون، وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أنه لم يعد مقبولاً إزاء ما نشهده من التطور السريع في المسائل الاقتصادية والاجتماعية أن تمنح الالتزام لما يقرب من قرن» كما كان امتياز قناة السويس 99 عام؛ إلا أنه يلاحظ أن أغلب التشريعات الحديثة الخاصة بمنح عقود الامتياز في بعض المجالات الاقتصادية كمشروعات المياه والصرف الصحي والطرق السريعة وغيرها من المشروعات، قد نصت علي أن مدة عقد الامتياز لا تزيد عن 99 عام أي أعادتها لما كانت عليه في الماضي السحيق، مثل القانون رقم 1 لسنة 1996 في شأن الموانئ المتخصصة والذي نص في المادة الأولى علي أن تسري أحكام هذا القانون على موانئ الصيد والتعدين والبتترول والسياحة وغيرها من الموانئ ذات الطبيعة التخصصية الواقعة على السواحل المصرية، ونص في المادة الرابعة مكرر فقرة ب علي أن: «إلا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة»⁽⁴⁶⁾. وهو ما نراه يتعارض مع نص المادة 32 من الدستور المصري الحالي الصادر عام 2014 والذي حدد مدة عقد الامتياز في عقود بما لا يجاوز 30 عاماً وفي عقود أخرى بما لا يجاوز 15 عام بالنص علي أن «... ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاماً. ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاماً بناء على قانون. ويحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة، والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك».

أما بالنسبة لمدة عقد الامتياز في الجزائر أن القوانين الجزائرية المختلفة اختلفت في مدد منح التزامات المرافق فمنها المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 08/54 المؤرخ في 09 فبراير 2008 المتضمن المصادقة علي دفتر الشروط النموذجي لتسيير بالامتياز للخدمة العمومية لمياه الشرب ونظام الخدمة المتعلقة به مدة منح الامتياز 30 سنة، ومنها المادة 13، 14 المرسوم التنفيذي رقم

10/ 320 الذي يحدد كفاءات تطبيق حق امتياز استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأماكن الخاصة للدولة بحد أقصاه 40 سنة قابلة للتجديد، والمادة 71 من القانون 07/05 المتعلق بالمحروقات قام بتجديد مدة عقد الامتياز وجعلها خمسين عاماً كحد أقصى، كما أن المادة 04 من الأمر 11/06 يحدد شروط وكفاءات منح الامتياز والتنازل من الأراضي التابعة للأماكن الخاصة بالدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية بعشرين سنة كحد أدنى، بينما التعليمات الوزارية رقم 3.94/ 842 المتعلقة بامتياز المرافق العامة المحلية وتأجيرها جعلت لها حدين التنازل حد أدنى ثلاثين سنة وحد أقصى خمسين سنة، وبالتالي تتراوح مدة منح امتياز المرافق في الجزائر ما بين ثلاثين سنة، وخمسين سنة⁽⁴⁷⁾.

المبحث الثالث

الجوانب الموضوعية لعقد الامتياز الإداري

ينشئ عقد الامتياز ثلاث أنواع من العلاقات القانونية: علاقة بين السلطة مانحة الامتياز (الالتزام)، والممنوح له الامتياز (الملتزم)، وعلاقة بين والممنوح له الامتياز (الملتزم)، وعلاقة ثالثة بين المنتفعين بالمرفق العام، والممنوح له الامتياز (الملتزم)⁽⁴⁸⁾، وهو ما يتضح من أن عقد الامتياز يحتوى علي نوعين من النصوص نصوص لائحية، ونصوص تعاقدية، وتمثل النصوص اللائحية: في كيفية تنظيم وإدارة المرفق العام موضوع الامتياز وتشغيله، والأحكام المتعلقة بالعاملين بالمرفق، وتأمين سير المرفق بانتظام واضطراد، والمساواة بين المنتفعين، وعلاقة والممنوح له الامتياز بالمنتفعين، والرسوم التي يجب تحصيلها من الأفراد مقابل الانتفاع بخدمات المرفق، فهذه الشروط لا يقتصر أثرها علي جهة الإدارة والمتعاقد معها، وإنما تمتد لتشمل الغير وهم المنتفعين بخدمات المرفق الذين يمكن أن يحتجوا علي الإدارة أو المتعاقد معها، وهذه الشروط تملك الإدارة تعديلها في كل وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يتوقف ذلك علي قبول الممنوح له الامتياز (الملتزم)، ونصوص تعاقدية: وتشمل كل ما يتصل بمدّة عقد الامتياز وكيفية استرداد المرفق، والمزايا المالية المنصوص عليها لصالح الممنوح له الامتياز (الملتزم)، وهذه الشروط لا تملك الإدارة تعديلها إلا بناء علي موافقة الملتزم⁽⁴⁹⁾، وسنحاول توضيح حقوق كل طرف من أطراف عقد الامتياز الإداري في مصر والجزائر في الآتي:

أولاً: حقوق السلطة مانحة الامتياز الإداري في مصر والجزائر: هناك ثلاثة حقوق أوردتهم القوانين المختلفة الخاصة بمنح عقود امتياز المرافق في كل من مصر والجزائر، والتي لا تختلف كثيراً عن حقوق جهة الإدارة في العقود الإدارية العادية، وهذه الحقوق تتمثل في الآتي:

أ_ حق الرقابة علي إنشاء وإدارة المرفق العام موضوع الالتزام: الحق في الرقابة له معنيين معنى ضيق وهو المرادف لمعنى الإشراف Surveillance، والذي ينحصر في التحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقاً لشروطه، وهذا الحق موجود في عقود القانون الخاص، والمعنى الثاني هو المعنى الواسع وهو الذي يعنى أن من حق الجهة الإدارة المتعاقدة التدخل بدرجة تزيد علي حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به وذلك عن طريق استخدام حق الرقابة للتدخل في أوضاع تنفيذ العقد وتغيير بعض تلك الأوضاع Le choix des modalités d'exécution، ومن ذلك مثلاً تدخل الإدارة وطلب استعمال طريقة التنفيذ غير تلك التي يلجأ إليها المتعاقد، وذلك علي نحو تصبح معه الرقابة بمثابة توجيه للمتعاقد، وتعد سلطة الرقابة بكل من المفهومين السابقين صورة متميزة من صور تدخل الإدارة في مجال التنفيذ⁽⁵⁰⁾، وهذا الحق حق أصيل لها تستمد من طبيعة المرفق العام، وعلي ذلك لا يجوز حرمانها من هذا الحق، بل لها أن تستعمل هذا الحق ولو لم ينص عليه وثيقة عقد الامتياز، أو القوانين واللوائح، ذلك أن للإدارة أن تراقب التنفيذ لأن الرقابة تستمد أساسها من فكرة المرفق العام وحسن سيره⁽⁵¹⁾، وبالتالي هذه السلطة لا تخلق نوعاً من الحقوق في جانب الإدارة، وإنما تشكل واجب عليها، وبالتالي يمكن أن تثور مسئوليتها العقدية عنها في حالة عدم استخدامها أو التراخي في استخدامها، وفي جميع الأحوال تتقيد سلطة الإدارة في رقابة تنفيذ عقد الامتياز بما تتقيد به سلطاتها في رقابة تنفيذ العقود⁽⁵²⁾.

ومن هنا يمكن حصر صور الرقابة علي الملتزم في عقود الامتياز في صورتين رئيسيتين هما الرقابة الفنية: وهي الرقابة التي تمارسها الإدارة علي الملتزم في مجال الاستغلال⁽⁵³⁾، والرقابة المالية: وهي تعنى حق الإدارة في التفتيش علي حسابات المتعاقد معها في عقود الامتياز، فالملتزم ملزم بإمسالك دفاتر حسابات منتظمة وفقاً للقواعد المحاسبية المتعارف عليها، والمعمول بها⁽⁵⁴⁾، وفي جميع الأحوال يجب علي الجهة مانحة الالتزام عند ممارستها للرقابة الموازنة بين اعتبارين جوهريين هما: 1- كفالة حرية الملتزم في إدارة المرفق العام محل عقد الامتياز. 2- ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد وذلك من خلال أعمال سلطاتها في الرقابة التي تقف في الحقيقة عند حد الإشراف علي عمليات الاستغلال⁽⁵⁵⁾.

ب- الحق في تعديل النصوص اللائحية بالإرادة المنفردة لمناخ الالتزام⁽⁵⁶⁾:

يختلف بلا شك الحق عن الحق في الرقابة السابق الإشارة إليه، فحق الإدارة في التعديل المنفرد للعقد - Pouvoir de modification unilatérale، والذي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد تلك السلطة التي تعد أخطر من سلطة الرقابة في أقصى صورها فالإدارة في هذا الصدد لا تتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد⁽⁵⁷⁾، بل تقوم الإدارة بتعديل بعض النصوص اللائحية لعقد الامتياز من جانب واحد، وغالبا ما تكون تلك النصوص المتعلقة بتنظيم المرفق العام وتشغيله والتي يمتد أثرها إلى المنتفعين⁽⁵⁸⁾، وتجد هذه السلطة أساسها في فكرة استمرار المرفق العامة وقابليته للتغيير والتي تفرض دائما حدوث تغيير في ظروف العقد وملاساته وطرق تنفيذه، دون أن يحتج علي ذلك بقاعدة «الحق المكتسب» أو «العقد شريعة المتعاقدين»، وهذا الحق يمكن فهمه من نية الملتزم التي انصرفت عند التعاقد مع جهة الإدارة إلى الوفاء بحاجات المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة⁽⁵⁹⁾، ولذلك فإن الإدارة في ممارستها لهذا الحق لا ترتكب خطأ وإنما تستعمل حقا ثابت لها بغير حاجة إلى النص عليه في وثيقة الالتزام أو في القانون لأن موضوع العقد هو تسيير المرافق العامة وللإدارة الاختصاص الأول والأصيل في تسييرها، ومن ثم فإن نص القانون علي حق التعديل هو ترديد لحكم عام⁽⁶⁰⁾؛ وعلي الرغم من ذلك إلا أن التعديل غير الاتفاقي علي عقد الامتياز من جانب جهة الإدارة قد يؤدي إلى توقف المرفق عن العمل أو اضطراب سيره مما يصيب المرفق بخلل كبير ويؤثر بالسلب علي حقوق المنتفعين به⁽⁶¹⁾، فينبغي علي جهة الإدارة المتعاقدة أن تستعمل سلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة في حالة الضرورة «الملجئة» أو القصوى، هذه الضرورة التي تخضع في تقديرها لرقابة القضاء الإداري⁽⁶²⁾.

ج- الحق في توقيع الجزاءات⁽⁶³⁾: عقد الامتياز كما سبق أن أشرنا هو عقد إداري، ومن خصائص العقود الإدارية تتمتع جهة الإدارة بسلطة واسعة في توقيع جزاءات أو عقوبات علي المتعاقد معها لقاء إخلاله بأي من التزاماته العقدية، في الوقت الذي يتقيد فيه هذا الأخير باللجوء إلي القاضي في حالة إخلال الأول بالتزاماته، أو لتعسفه، وهذا الحق مؤسس - بحسب الأصل - علي ضرورة الحفاظ علي السير المنتظم والمطرد للمرفق العام⁽⁶⁴⁾. ومن هذه الجزاءات عدد من الجزاءات تعد مهمة جدا لاستمرار المرفق العام في السير بانتظام واضطراب⁽⁶⁵⁾.

1- الوضع تحت الحراسة: إذا لم يوف الممنوح له الامتياز بالتزاماته مع الجهة مانحة الامتياز فلها أن تلجأ إلي وسائل أخرى تحصل بها علي تنفيذ الالتزام، منها أن تحل جهة الإدارة محل الملتزم في تنفيذ التزاماته أو أن تعهد بتنفيذ الالتزام إلي شخص آخر، وتأخذ هذه الوسيلة في عقد الامتياز صورة وضع المشروع تحت الحراسة، وهي تفرض في حالة وقوع خطأ جسيم من جانب الملتزم من شأنه أن يعرض استمرار المرفق أو انتظام تشغيله مما يقتضي رفع يده مؤقتاً عن إدارة المرفق، وقيام الحكومة بإدارته بنفسها أو بمن تعينه لذلك، والإجراء الذي تتبعه الحكومة في هذه الحالة هو أن تضع بقرار منها المرفق تحت الحراسة، فيدار المرفق في هذه الحالة بغير الملتزم وعلي الرغم من ذلك تحت مسؤوليته، مع تحمله كافة المصروفات التي يقتضيها سير المرفق⁽⁶⁶⁾.

2- إسقاط الامتياز: وإسقاط الامتياز هو فسخ للعقد كجزاء علي إخلال الملتزم بالتزاماته، ولما كان الفسخ هو أخطر الجزاءات لما يترتب عليه من إنهاء الرابطة العقدية، لذلك فإن القضاء الإداري في مصر وفرنسا لا يعترف بحق الفسخ إلا إذا كان الإخلال بالالتزام العقدي إخلالاً خطيراً، مثل التوقف عن العمل دون مبرر أو تخلف عن تنفيذ التزامات جوهرية أو دأب علي الإخلال بالتزاماته، أو تنازل عن العقد دون موافقة مانح الامتياز أو إذا تبين أنه لم يعد في وسع المتعاقد الوفاء بالتزاماته، فتقوم الإدارة بإعذاره بتنفيذ التزاماته، فإذا لم يستحب خلال المدة التي تحددها كان لها الحق في إسقاط الالتزام، ونظراً لخطورة هذا الجزاء فإن مجلس الدولة الفرنسي قد ترك توقيعه بيد القضاء دون الإدارة، ويرجع ذلك إلي ضخامة الأموال التي يتحملها الملتزم، ومدى الاضطراب الذي يمكن أن يحدث في المرفق العام نتيجة إسقاط الامتياز؛ بينما مجلس الدولة المصري يعترف لجهة الإدارة بتوقيعه دون اللجوء إليه⁽⁶⁷⁾، ويترب علي إسقاط الامتياز نهاية العقد وعودة المرفق إلي الدولة لتديره بالطريقة التي تراها سواء الإدارة المباشرة أو عن طريق هيئة عامة، أو غير ذلك بمنح استغلال المرفق لملتزم جديد⁽⁶⁸⁾.

3- الحق في استرداد المرفق قبل نهاية مدة عقد الامتياز الإداري: يجوز للجهة الإدارية مانحة الامتياز أن تسترد المرفق محل الامتياز حتى ولو لم ينص علي ذلك الحق في عقد الامتياز، ويرجع ذلك الحق إلي أن الأصل أن تقوم الحكومة بإدارة المرافق العامة بنفسها، إلا إذا ارتأت المصلحة العامة تقتضي إدارته عن طريق الامتياز⁽⁶⁹⁾، فإذا اقتضت المصلحة العامة مرة أخرى أن تقوم الدولة بإدارته مرة أخرى بنفسها فللسلطة مانحة الامتياز الحق في استرداده، مع تعويض الملتزم عن الأضرار التي أصابته، إن كان لذلك محل⁽⁷⁰⁾، والأصل أن المرفق العام المسترد يعود خالياً من الالتزامات حيث يكون الملتزم وحده هو المسئول عن كافة التزاماته قبل الغير في الفترة التي كان يقوم فيها بإدارة المرفق العام، وبالتالي لا تكون الدولة خلفاً عاماً أو خاصاً لهذا الملتزم، فيما يتعلق بديونه أو حقوق العمال قبله⁽⁷¹⁾.

ثانياً: حقوق الممنوح له عقد الامتياز الإداري (الملتزم) قبل الإدارة: وقبل الخوض في حقوق الملتزم قبل جهة الإدارة يجب أن نوضح أن تنفيذ العقود الإدارية أيا كان نوعها «يجب أن يقوم على أساس من حسن النية بين أطرافه - إذا كان ذلك أمراً مقرراً بين أطراف العقد

فإنه يكون أوجب حينما تكون جهة الإدارة طرفاً في التعاقد إذ يجب عليه أن تكون مثلاً في احترام التزاماتها التعاقدية لأنها مطالبة أصلاً باحترام القواعد والإجراءات القانونية التي تحكم نشاطها مما يحقق العدالة والمساواة بين المتعاملين معها ويؤكد مصداقيتها ونزولها على متطلبات الأحكام القانونية المنظمة لتعاملاتها مع الغير⁽⁷²⁾؛ كما أنه ليس للمتعاقد مع الإدارة التوقف عن تنفيذ التزاماته كما لا يجوز له الدفع بعدم التنفيذ بحسبان أن هذا الدفع غير جائز كأصل عام في العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص ولا اتصالها بالمرافق العامة التي يجب أن تسير بانتظام واضطراد ومن ثم لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يوقف سير المرفق العام لأي سبب من الأسباب حتى ولو كان لخطأ الإدارة وإلا كان ذلك إخلالاً منه بالتزامه التعاقدى⁽⁷³⁾، وتتمثل أهم هذه الحقوق فيما يلي:

أ- حق اقتضاء الرسم المالي⁽⁷⁴⁾: للملتزم حق اقتضاء مقابل من المنتفعين بخدمات المرفق، وهذا الحق هو الذي يعول عليه الملتزم في تعويض النفقات وجني الأرباح، وبالتالي لولا هذا الحق لما أقبل الملتزم على التعاقد، وتعتبر الشروط المتعلقة بتحديد الرسم في عقود الالتزام شروط لائحية، بحيث تستطيع الإدارة أن تعدلها بإرادتها المنفردة، ويرجع ذلك إلى أن تحديد أسعار الخدمة هو جزء من تنظيم المرفق العام⁽⁷⁵⁾، ونظراً لأهمية هذا الحق للملتزم فقد أخذ المشرع المصري موقفاً وسطاً، بأن جعل للملتزم حق تحديد المقابل، فإن غالي في تحديده، أو حدده بوجه لا يتفق والمصلحة العامة، جاز لمنح الالتزام أن يتدخل بما يحقق المصلحة العامة، فحق الملتزم في تحديد المقابل ليس حقاً مطلقاً ويتربط على ذلك أنه يجب على الملتزم إذا رغب في رفع مقابل الانتفاع، أن يخطر جهة الإدارة بهذه الزيادة ومقدارها سلفاً⁽⁷⁶⁾، وأي تعديل يجريه الملتزم في الرسم بدون موافقة جهة الإدارة مانحة الامتياز، يترتب مسئوليته التعاقدية، ويعرضه لتوقيع جزاء عليه⁽⁷⁷⁾، ونظراً لما قد يحققه الملتزم من أرباح طائلة - بحسبان أنه يحتكر المرفق وبالتالي لا يوجد منافسون له - فقد قرر المشرع له حد أقصى من الأرباح لا يجوز أن يتعداه⁽⁷⁸⁾.

ب- حق الحصول على المزايا التي يقرها مانح الامتياز: قد تلتزم الجهة مانحة الالتزام بتقديم بعض المزايا للملتزم حتى يتمكن من القيام بمهمته. وتتضمن وثيقة الالتزام هذه الالتزامات التي تقع على عاتق مانح الالتزام، ومن المسلم به أن هذه الشروط شروط تعاقدية لا يجوز لمنح الالتزام بإرادته المنفردة إلغاؤها أو تعديلها أو عدم الوفاء بها وإلا ترتب على ذلك مسئولية وإن كانت المزايا كلها أو بعضها جوهرية بحيث يستحيل أو يصعب تشغيل المرفق بدونها⁽⁷⁹⁾.

ج- التوازن المالي لعقد الامتياز الإداري: إن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري هي مجرد توجيه عام تستهدف الإبقاء على طبيعة العقد كما روعي عند التعاقد، ومعاملته كظاهرة طبيعية. فالحيوان والنبات يتمدد وينكمش ولكنه يحتفظ بخواصه ومظاهره. وكذلك العقد الإداري فقد تزيد الإدارة من الالتزامات المترتبة عليه أو تنقص منها ولكن عليها أن تحتفظ بتوازن العقد الاقتصادي إبقاء على خواصه الأصلية⁽⁸⁰⁾، فإذا ترتب على تدخل مانح الالتزام وممارسة حقه في تعديل أركان تنظيم المرفق موضوع الالتزام أو في تعديل قواعد استغلاله ضرر مالي للملتزم فإن على مانح الالتزام أن يعرضه عن الأضرار التي حاقت به بما يعيد التوازن المالي للعقد إلى سيرته الأولى ذلك أنه إذا سلمنا بحق الإدارة دائماً في التدخل لتحقيق المصلحة العامة فإن ذلك لا يعنى إهدار مصالح الملتزم المالية⁽⁸¹⁾.

د- الاستفادة من الأموال العامة وحقوق السلطة لتسيير المرفق: فقد يقتضي أداء خدمات المرفق العام كمرفق توريد المياه، والغاز، والكهرباء، والنقل العام، شغل المال العام بمد أنابيب أو أسلاك أو إقامة منشآت أو مواقف أو مراسي.. إلخ، فيتضمن عقد الالتزام حينئذ الترخيص للملتزم بشغل المال العام، أو يتقرر له ذلك بحكم الواقع. وإذا كانت هذه التراخيص لازمة لعمل الملتزم فإن رفض منحها أو إلغاؤها دون مبرر من اعتبارات النظام العام يعتبر إخلالاً من الإدارة بالتزاماتها وبواجب حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، كما قد يحتاج تسيير المرفق الذي يدار بطريق الامتياز إلى نزع ملكية بعض العقارات المملوكة لغير الملتزم لإقامة بعض المنشآت عليها فيتم نزع الملكية لحساب الجهة الإدارية طالبة نزع الملكية ولصالح الملتزم، وبالتالي تعود العقارات التي كانت موضوعاً لنزع الملكية إلى الإدارة عند انتهاء الالتزام⁽⁸²⁾.

ثالثاً: حقوق المنتفعين من عقد الامتياز الإداري: إذا كانت القاعدة العامة هي نسبية أثر العقود بحيث تقتصر أثارها على أطرافها ولا تتعداهم؛ إلا أن عقد الامتياز من العقود الإدارية التي ترتب للغير حقوقاً وهم المنتفعين بخدمات المرفق العام، هذه الحقوق تكون تارة قبل الإدارة مانحة الامتياز، وتارة قبل الملتزم الممنوح له الامتياز.

أ- حقوق المنتفعين قبل جهة الإدارة مانحة الامتياز: لا تعتبر طريقة الامتياز في إدارة المرفق العام تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام بل تظل ضامنة له ومسئولة عن إدارته واستغلاله، لذلك فإن كافة الحقوق الممنوحة لجهة الإدارة قبل الممنوح له الامتياز السابق الإشارة إليها لم تتقرر للإدارة إلا للمصلحة المنتفعين بالمرفق العام، فإذا قصرت الإدارة في استعمال الحقوق المقررة لها تجاه الملتزم، والتدخل لإجبار الملتزم على احترام حقوق المنتفعين كان لهؤلاء الحق في أن يطلبوا منها - كتابة - التدخل باستخدام سلطتها الضابطة وإجبار الملتزم على احترام شروط العقد، وقد يحدث ألا تستجيب الإدارة لطلب المنتفعين فعندئذ كان لهؤلاء حق مقاضاة الإدارة أمام القضاء الإداري⁽⁸³⁾.

ب- حقوق المنتفعين قبل الملتزم الممنوح له عقد الامتياز: يرتبط المنتفعون مع الملتزم بعقود - مكتوبة أو شفوية - يحصلون بمقتضاها على الخدمة مقابل أداء الرسم المقرر، وفي جميع الأحوال سواء كان العقد مكتوب أو شفوي فيجب أن يأتي مطابقاً لشروط عقد الامتياز، وملحقاته، وللقوانين واللوائح المتصلة به، فإذا امتنع الملتزم عن أداء الخدمة لأحد المنتفعين الذي استوفى شروط الانتفاع، كان لهذا الأخير أن يطالب الملتزم قضاء بحقه في الانتفاع طبقاً لشروط عقد الامتياز، ويكون ذلك أمام القضاء العادي، وقد ذهب الفقه في البداية لتبرير حق المنتفع بمقاضاة الملتزم إلى إرجاع ذلك لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير الواردة بالقانون المدني، بمعنى أن السلطة مانحة الالتزام عندما تتعاقد مع الملتزم إنما تشترط لمصلحة المنتفعين، وقد تم نقد هذا الرأي الفقهي لانتفاء شروط نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في هذه الحالة فلا يمكن تحديد المنتفعين بخدمات المرفق مقدماً من ناحية، ومن ناحية أخرى يظل للسلطة مانحة الالتزام الحق في تعديل أركان تنظيم المرفق بما فيها رسوم الخدمة، فضلاً عن حق المنتفعين أن يطالبوا الإدارة بالتدخل لإجبار الملتزم المقصر بتنفيذ التزامه واحترام شروط العقد⁽⁸⁴⁾، وهو ما دفع الفقه لتعديل أساس حق المنتفعين في مقاضاة الملتزم إلى تكيفه على أساس الطبيعة الإدارية لعقد الامتياز ما يحويه من شروط لائحية تتعلق بأركان المرفق وطريقة إدارته واستغلاله، وبالتالي يمتد أثرها للمنتفعين⁽⁸⁵⁾.

الخاتمة والتوصيات

تطرقنا في هذا البحث للضوابط العامة لعقد الامتياز الإداري في كل من مصر والجزائر بشكل يجعل من هذه الدراسة المقارنة أمراً مفيداً لكل من باحثي كلا البلدين كما أنه كان أمراً مفيداً جداً لي، وحاولت في تلك الدراسة الخوض في أغوار قوانين كلا البلدين والاستعانة بالأراء الفقهية هنا وهناك لتأكيد الأفكار الواردة ببحثي هذا، إلا أنني اضطررت إلى الاستعانة بأحكام القضاء الإداري المصري دون الجزائري وذلك لسبب رئيسي الأول: أن القضاء الإداري الجزائري لازال حديث عهد بالحياة فهو منشأ بموجب القانون رقم 01/98 الصادر في 30 مايو 1998 مما لا يتيح حصيلة من الأحكام تؤسس لمبادئ يمكن أن يهتدي بها الباحثين، إضافة إلى أنني وجدت أن أغلب الباحثين الجزائريين أن لم يكن جميعهم يعود للقضاء الإداري المصري في تأكيد أفكاره وهذا يعود لتقديم نشأت القضاء الإداري المصري المنشأ منذ أربعينات القرن الماضي وقد قسمت دراستينا لثلاثة مباحث .

تناولنا في المبحث الأول خصوصية عقد الامتياز الإداري في كل من مصر والجزائر من حيث المفهوم والخصائص والطبيعة القانونية، والأنواع، والتطور التاريخي والموضوعي لعقد الامتياز نهاية بالفارق بينه وبين عقد التسيير، ووجدت أن هناك شبه تماثل بين مصر والجزائر في ذلك، 2- استعرضنا في المبحث الثاني الجوانب الشكلية لعقد الامتياز الإداري بداية من السلطة المختصة بمنح الامتياز التي نص عليها أول دستور مصري صادر عام 1923 بالنص أن عقد الامتياز يمنح بقانون يصدر من مجلس الأمة (الشعب)، ثم اختلفت الدساتير فتم تعديل ذلك النص فجعل تنظيم المنح بموجب قانون ثم عدنا في الدستور الحالي الصادر 2014 ليقرر ما قرره دستور 1923، وصدرت قوانين عديدة بداية من القانون 129 لسنة 1947 مرور بقوانين مختلفة نظمت عقد امتياز المرافق في موضوعات مختلفة جعل بعضها سلطة المنح لمجلس الوزراء، وبعضها الآخر للوزير المختص مما قد يوصم هذه القوانين بعدم الدستورية في ظل الدستور الحالي، كما يعرض العقود المبرمة بعد إقراره للبلدان: بينما خلا الدستور الجزائري من نص يشير إلى عقود الامتياز الإداري ونظمها المشرع الجزائري بقوانين مختلفة التي وضحت السلطة المختصة بمنح الامتياز الإداري وبعضها أشار إلى سلطة أعلى تلي مرحلة الإبرام وهي مرحلة التصديق، وقد أشار المرسوم الرئاسي الجزائري رقم 15-247 الصادر في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015 والخاص بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة للسلطات المختصة بمنح عقد الامتياز. ونحن من جانبنا نرى أن منح عقد الامتياز الإداري في العقود المرتبطة باستغلال الثروات الطبيعية للدولة والتي تستغرق فترة زمنية طويلة يجب أن يكون بمعرفة مجلس الشعب المنتخب من قبل الشعب حرصاً على حقوق الأجيال القادمة، بينما عقود الامتياز التي تتعلق بمرافق غير حيوية ويتم منحها لمدة زمنية قصيرة يتم منحها بمعرفة الوزير المختص، بعد موافقة مجلس الوزراء.

ثم تطرقنا إلى الشخص الممنوح له عقد الامتياز فشخصية عقد الامتياز الإداري محل اعتبار ولذلك لا يجوز له التنازل للغير عن العقد، والمشرع المصري حرر اختيار الإدارة من القيود المفروضة عليها عند اختيار المتعاقد معها في عقود الالتزام من إتباع إجراءات المناقصات والمزايدات وكل ما طلبه تحقيق الشفافية والمنافسة، وقد انتهى مجلس الدولة المصري أن الشفافية والمنافسة لا يمكن تحققها إلا من خلال إتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون 89 لسنة 1998، بينما المرسوم الرئاسي الجزائري رقم 15-247 الصادر في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015 والخاص بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة قد نص صراحة على إتباع إجراءات ذلك القانون في اختيار الملتزم في عقد الامتياز وهو ما يحسب للقانون الجزائري، إلا أن هناك بعض القوانين الخاصة بمنح عقد الامتياز في الجزائر منها الخاص بالنقل الجوي والبحري تفرض على مانح الامتياز أن لا يمنح عقد الامتياز إلا لجزائري الجنسية، وقد يكون المبرر لذلك الأهمية الإستراتيجية لهاتين المرفقين والمرتبطين بأمن البلاد فمن خلال التحكم فيهما يمكن شل الدولة؛ إلا أنه يأخذ عليهما حرمان الدولة من الاستثمارات الأجنبية في هذين المرفقين ونقل الخبرات العالمية للدولة فيهما مما يطور هذين المرفقين، ومن الممكن قبول أن يتولى تنفيذ عقد الالتزام فيما يخص اعتباري مشترك في رأس ماله بين الرأس مال الجزائري الوطني، والأجنبي بحيث يكون رأس المال الجزائري يمثل 51% من إجمالي رأس مال المستثمر في الشخص الاعتباري المسند إليه عقد الامتياز، مما يعني أن تكون الإدارة للجزائري وحده، ومما يحقق

للدولة الجزائرية الاستفادة من الاستثمارات المالية الأجنبية في هذين المرفقين الحيويين، إضافة إلى نقل الخبرات الأجنبية للدولة فيهما مع الحفاظ على الأمن الوطني الجزائري.

ثم تطرقنا لموضوع الكتابة في عقد الالتزام والذي ظهر لنا جليا أن الكتابة أمر واجب ومفترض في عقود الامتياز وذلك من خلال مراجعة القوانين المصرية المختلفة التي أشارت لوجود عقود ودفاتر شروط؛ بينما المرسوم الرئاسي الجزائري رقم 15-247 الصادر في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015 والخاص بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة قد نص صراحة على وجوب الكتابة في عقد الامتياز باعتباره عقد إداري.

وبعد أن انتهينا للزوم كتابة عقد الامتياز الإداري استعرضنا فكرة اللغة التي من المفترض أن يحرر بها عقد الامتياز الإداري في حالة أن يكون الطرف الثاني في العقد (الملتزم شخص أجنبي)، والتي ستصبح حاکمة في حالة حدوث نزاع حول تنفيذ أو تفسير بند من بنود فلاحظنا أن القانون المصري والجزائري المنظمان لعقود الامتياز المختلفة قد خليا من أي نص يتحدث عن لغة العقد المعتبرة في حالة وجود طرف أجنبي وبالرجوع للقوانين المنظمة للمناقصات والمزايدات في كلا البلدين وجدنا أن القانون المصري 89 لسنة 1998 تحدث عن ترجمة كراسات الشروط في حالة المناقصة العامة والنص المعتبر في حالة وجود خلاف من الطرف الأجنبي وهو النص العربي، إلا أنه أغفل الحديث عن ذلك في المادة الخاصة بتحرير العقد، أما القانون الجزائري فلم يرد به أي نص يتحدث عن ذلك، وبالرجوع للقوانين التي اهتمت باللغة العربية في كلا الدولتين وذلك تطبيق لنصوص دساتيرهما بل نجد أن الجزائر صدر به عدد كبير من القوانين لحماية اللغة العربية والتأكيد على أن أي محرر رسمي يجب أن يكون باللغة العربية، وقد انتهى قسسي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري أن اللغة العربية هي المعتمدة في العقود المبرمة مع الطرف الأجنبي.

ثم تطرقنا لمدة عقد الامتياز الإداري فبين لنا أن الدستور المصري الصادر 2014 حدد المدة بحدين أدنى وأقصى من 15 سنة حتى 30 سنة، وقد كان القانون 129 لسنة 1947 ينص أن أقصى مدة عقد امتياز إداري هي 30 سنة، إلا أن القوانين المتعاقبة التي تنظم موضوعات مختلفة لعقد الامتياز فتحت مدة عقد الامتياز لمدة 99 سنة، وهو ما يتعارض مع فكرة عقد الامتياز وحقوق الأجيال القادمة وهذه القوانين في ظل الدستور الحالي يمكن أن يطعن علي مددها بعدم الدستورية كما يمكن بطلان عقود الامتياز الإداري المبرمة بعد تاريخ إقرار هذا الدستور؛ أما المشرع الجزائري فنجد وضع في مختلف موضوعات عقود الامتياز مدد تتراوح ما بين 20 عاما إلى 40 عاما يمكن تجديدها، وهي مدد نراها ملائمة وفي مصلحة الدولة مانحة عقد الامتياز، الملتزم الممنوح له عقد الامتياز فالأولي تستطيع أن تقوم بإسناد المشروعات التي تعجز عن إنشائها وإدارتها للملتزم دون الخوف من الإضرار بحقوق المنتفعين والأجيال القادمة، كما أن الملتزم يستطيع أن يستعيد ما سبق وأن أنفقه في المرفق.

وانتقلنا في المبحث الثالث والأخير لتناول حقوق أطراف عقد الامتياز الإداري الثلاثة، الجهة الإدارية مانحة الامتياز، الملتزم الممنوح له عقد الامتياز، والمنتفعين بالمرفق العام وبمراجعة موقف القوانين المصرية والجزائرية وموقف الفقه في كلا البلدين نجد وجود تطابق بل تماثل في موقفهما. وفي النهاية لا نستطيع أن أنكر أن المشرع الجزائري كان أكثر توفيقا وتنظيما من المشرع المصري خصوصا في المرسوم الرئاسي الجزائري رقم 15-247 الصادر في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015 والخاص بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة، عن القانون المصري رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات، فقد تناول كافة أنواع العقود الإدارية بالتنظيم كقانون شامل ينظم تعاقدات الجهات الإدارية علي مختلف مستوياتها، لكن يؤخذ عليه عيب الصياغة اللغوية.

الهوامش :

- 1 - د. سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، 1991، ص 108.
- 2 - راجع:
.G.Liet – Veaux, " Identification de la concession de service public", Rev.Adm.1968, p.715
.M.Ch.Bettinger, "La concession de service public et de travaux publics", préf, G.Vedel, 1978, p.24 et s
، من الفقه العربي: د. محمود عاطف البنا: العقود الإدارية، دار الفكر العربي، 2005، ص 67، د. علي محمد عبد المولي: القانون الإداري، 2007-2008، دون ناشر، ص 129. أ. أمير فرج يوسف: الموسوعة الشاملة في: العقود الإدارية، الجزء الثاني، الشرق الأوسط للإصدارات القانونية، طبعة 2016، ص 66، 67.
- 3 - د. جهاد زهير ديب الحرازين: عقود الامتياز دراسة تطبيقية علي مرفقي الاتصالات والكهرباء، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013، ص 24. أ. أكثم وجيه عبد الرحمن سليمان: تنظيم المرفق العام «دراسة مقارنة»، رسالة ماجستير، كلية الدراسات، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ص 93، 2014، ص 93.
- 4 - د. محمد الشافعي أبوراس: العقود الإدارية، دون ناشر، دون سنة، ص 40.
- 5 فعقد الامتياز الإداري ينتمي إلي عقود إدارة المرافق العامة التي أطلق عليها المشرع الفرنسي في أواخر القرن العشرين تسمية موحدة وهي عقد تفويض مرفق عام، أ. نعيمة أكلي: النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص 5.
- 6 - فعقد الامتياز بهذا المفهوم من قبيل خصخصة التسيير حيث يبقى المرفق العام خاضعا لذات المبادئ الحاكمة للمرافق العام من حيث الأهداف التي أنشئ من أجلها أو النظام القانوني الذي يخضع له، راجع أ. سمية بسليط : عقد امتياز خدمات النقل البحري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2012-2013، ص 52.
- 7 - وهو قريب مما ورد في القانون المدني الجزائري الصادر في الفصل الأول المكرر المضاف للقانون المدني الجزائري بالقانون رقم 89-01 المؤرخ في 7 فبراير 1989 بتنظيم عقد التسيير والذي نص في المادة الأولى منه علي أن: عقد التسيير هو العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها يسي مسيرا، إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد، بتسيير كل أملاكها أو بعضها، باسمها ولحسابها مقابل أجر فيضفي عليها علامة حسب مقاييسه ومعاييرها ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع.
- وعقد التسيير ذكر كطريقة من طرق تفويض المرفق العام عرضتها المادة 210 من القانون 15-247 الخاص بتنظيم الصفقات العمومية مثله مثل عقد الامتياز وعرفته بأنه : تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو تسيير وصيانة المرفق العام ويستغل المفوض له المرفق العام وتحتفظ بإدارته ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية رقم الأعمال، وتضاف إليه منحة إنتاجية.
ونحن من جانبنا نري أن عقد التسيير هو عقد امتياز تتوافر فيه جميع شروطه وحالاته فما هو الا صورة من صور عقد الامتياز .
- 8 - وتفهم هذه المادة من خلال نص المادة 207 المادة وتفويضات المرفق العام تنص علي أن : يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسئول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلي مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف ويتم التكفل بأجر المفوض له. بصفة أساسية من استغلال المرفق العام. وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية وبهذه الصفة يمكن للسلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام تحدد كليات تطبيق أحكام هذا الباب بموجب مرسوم تنفيذي.
- 9 - راجع الحكم الصادر في 25 مارس سنة 1956، مجموعة المجلس، السنة العاشرة، ص 259.
- 10 - راجع القرار رقم 11950، فهرس رقم 11952 الصادر من الغرفة الثانية، مجلة مجلس الدولة، 2004 " قضية بين شركة نقل المسافرين " رجع جنوب"، " ورئيس بلدية وهران"، مشار إليه لدى أ. نعيمة أكلي، مرجع سابق، ص 24.
- 11 - راجع في خصائص عقد الامتياز كل من د. علي محمد عبد المولي، مرجع سابق، ص 129، وما بعدها، د. عادل السعيد أبو الخير: القانون الإداري، 2010، دون ناشر، ص 705، وما بعدها، د. جهاد زهير ديب الحرازين، مرجع سابق، ص 29، وما بعدها.
- 12 - وهو ما نري أنه يتوافق مع ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية في تعريفها للعقد الإداري من أن «العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه – لا يعدو أن يكون توافق إرادتي إيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية، بيد أنه يتميز بأن الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أنه يفترق عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامه أو تنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله إما بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء كانت هذه العقود واردة في ذات العقد أو مقررة بمقتضى القوانين واللوائح، أو يمنح المتعاقد مع الإدارة حقوقا لا مقابل لها في روابط القانون الخاص بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية بل يعاون السلطة الإدارية ويشارك معها في إدارة

المرفق العام أو تسييره أو استغلاله تحقيقاً للنفع عام، وتكون مصالح المتعاقدين غير متكافئة تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الأخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولها حق توقيع الجزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإمتهائه بإجراء إداري دون رضا هذا المتعاقد ودون تدخل القضاء - ممارسة الجهة الإدارية لاختصاصاتها المقررة قانوناً أو بموجب العقود الإدارية التي تبرمها هي مقررة لمصلحة المرفق العام فيترتب على تراخي موظفيها في ممارسة اختصاصاتهم تعرضهم للمسئولية الإدارية وتوقيع الجزاءات عليهم» راجع الطعن رقم 4151 لسنة 38 ق.ع جلسة 2004/09/04 .

13 - وهو ما نراه يتعارض مع المرسوم الرئاسي الجزائري رقم 15-247 الذي يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والذي يطبق في إسناد عقود الالتزام القواعد والإجراءات التي تلتزم بها جهة الإدارة في تعاقداتها العادية فنص في المادة 209 علي أن: تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها إلي المبادئ المنصوص عليها في المادة (5) من هذا المرسوم . وزيادة علي ذلك يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويض علي الخصوص إلي مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف.

وقد ورد بالماد 5 من المرسوم أنه: لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم.

وهو ما يحسب من وجهة نظرنا للقانون الجزائري علي الرغم من ركافة صياغة هذه المواد من الناحية اللغوية فإرجاع إسناد عقود الامتياز لتلك الإجراءات والمبادئ وما من شك أن ذلك في صالح المرفق العام والدولة، فإطلاق يد جهة الإدارة في منح الامتياز لمن تري دون التزام بإجراءات معينة قد يفتح باب كبير للفساد، ونحن نري أنه من الممكن التوفيق بين المطالبين مطلب اختيار الفرد أو الشركة التي تملك قدرات مالية وفنية تتيح لها إدارة واستغلال المرفق، ومطلب تواجد إجراءات خاصة تحكم إسناد هذه النوعية من العقود وذلك بإتباع أسلوب المناقصة المحدودة الذي نص عليه القانون المصري رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات في المادة 3 منه بالنص علي أن: يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة علي موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء في مصر أو في الخارج، علي أن تتوافر في شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة.

14 - راجع :

.edition administrations et collectivités,RSJ,N°16-18,16Avril,2007,p.29 , Dalfarra Theirry: Nécessaire adaptation du modélé de la concessiom

15 - إلا أن هذا المفهوم التقليدي لمسئولية الممنوح له عقد الامتياز (الملتزم) قد شهد تطورا ملحوظا في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، والذي اتجه إلي التسليم بأنه في بعض عقود الامتياز، يقتصر دور الممنوح له عقد الامتياز (الملتزم) علي دور محدود فلا يتدخل في الأعمال محل عقد الامتياز وكأنه وسيط عن الإدارة مانحة الالتزام، والتي تلعب دوراً مباشراً وتتحمل بالمسئولية عن المرفق فالملتزم هنا يبدو وكأنه وكيل يتصرف لحساب الإدارة، كما أن القضاء الفرنسي أقر صراحة الشروط التي ترد بعقد الامتياز والتي تفيد حلول الشخص العام محل الشخص الممنوح له الامتياز في كل دعاوى المسئولية عن الأعمال محل عقد الامتياز، راجع:

A.De Laubadère, F.Moderne,P.Delvolvé.T.C.A.2^e éd,1983,t1.p289

16 - أ. أكثم وجيه عبد الرحمن سليمان، مرجع سابق، ص 97.

17 - د. سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 52، وما بعدها، د. ثروت بدوي: القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2006، ص 551، وما بعدها، أ. نعيمة أكلي، مرجع سابق، ص 71، وما بعدها، أ. أكثم وجيه عبد الرحمن سليمان، مرجع سابق، ص 97، وما بعدها.

18 - راجع:

.François Jean: Délégation de service public, Dalloz, 1997, p.9.est

19 - د. سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 78، وما بعدها.

ويوضح أحد أحكام المحكمة الإدارية العليا الموضوعات الجديدة لعقود الامتياز حيث قضى بأن « بناء على القانون رقم 565 لسنة 1954 بتحويل وزير الشؤون البلدية والقروية سلطة التعاقد مع الشركة المصرية للأراضي والمباني باستغلال منطقة قصر المنتزه ، وبيع أرض بمنطقة المعمورة ، واستصلاح منطقة المقطم، تم التعاقد مع تلك الشركة عام 1954 . ومدة هذا العقد ثلاثون عاماً ، وقد تضمن العقد في البنود من (33 حتى 42) عدة التزامات على الشركة بتزويد المنطقة بمياه الشرب والمياه اللازمة لري الحدائق والقوى الكهربائية ووصف الطرق بهذه المنطقة، وإقامة عدة منشآت على حسابها وتستغلها لصالحها مثل إقامة مطعم ونادٍ ليلي وفندق ودار سينما ومسرح وكازينو وبحيرات صناعية في المنخفضات ونادٍ رياضي وسوق للخضر والفاكهة وتلغراف وغرس أشجار بالهضبة، راجع الطعن رقم 2583 لسنة 52 ق.ع بجلسة 2006/6/6.

20 - وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن «المشروع قد فرق بين عقد التزام المرافق العامة وبين الترخيص المؤقت في الشروط والأحكام المنطبقة علي كل منهم. وأن التراخيص المؤقتة تخضع للشروط التي يحددها الوزير المختص. ولا تسري عليها أحكام قانون الالتزام بالمرافق العامة(القانون رقم 129 لسنة 1947)»، راجع الطعن رقم 440 لسنة 11 ق.ع بجلسة 1970/1/17.

21 - د. محمود عاطف البنا: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 73، 74.

وهو ما قرره المحكمة الإدارية العليا المصرية من أن « صدور قرار وزير السياحة بوصفه سلطة عامة بقصد إحداث أثر قانوني معين هو تعديل بعض شروط تراخيص شغل كباثن الاستحمام بمنطقة قصر المنتزه وعقود الأماكن المؤجرة بها وإنهاء التراخيص والعقود التي لا تتعدل أوضاعها بما يتفق وأحكامه بغض النظر عن الشروط التي تضمنتها التراخيص القائمة والعقود السارية وقت صدور هذا القرار وأياً كانت الجهة مصدرة التراخيص أو التي وافقت على إبرام العقد - بذلك يبدو وجه السلطة العامة واضحاً في إصدار القرار المطعون فيه وفيما يترتب عليه من آثار لا تتوقف على إدارة المرخص له أو شخص المتعاقد - بهذه المثابة يعدو قراراً إدارياً بالمعنى القانوني مما يختص القضاء الإداري بنظر الطعن فيه بالإلغاء طبقاً لقانون مجلس الدولة»، راجع الطعن رقم 2644 و 1194 لسنة 30 ق.ع المحكوم فيهما بجلسة 18/2/1989

22 - د. محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 530، وما بعدها.

وقد تحدثت المحكمة الإدارية العليا في حكم آخر حديث عن الترخيص بالاستغلال باعتباره يأخذ شكل العقد الإداري فقضت بأن « فإن الترخيص بالانتفاع بالمال العام يتم من الجهة الإدارية المنوط بها الإشراف على المال العام ويصطبغ الترخيص في هذه الحالة بصيغة العقد الإداري وتحكمه الشروط الواردة فيه والقواعد القانونية التي تنظم هذا النوع من الانتفاع وهي ترتب للمنتفع على المال العام حقوقاً تختلف في مداها وقوتها بحسب طبيعة الانتفاع وطبيعة المال المقررة عليه هذه الحقوق ولا يسوغ للجهة الإدارية إلغاء الترخيص كلياً أو جزئياً مادام المنتفع قائماً بتنفيذ التزاماته وذلك ما لم تقم اعتبارات متعلقة بالمصلحة العامة تقتضي إنهاء تخصيص المال لهذا النوع من الانتفاع، وعلى ما تقدم فإنه يكون لجهة الإدارة تعديل مقابل الانتفاع بالمال مادام قرارها قد خلا من التعسف أو إساءة استعمال السلطة»، راجع الطعن رقم 3165 لسنة 44 ق.ع جلسة 19/2/2005.

وأكدت علي أن طبيعة الترخيص تأخذ شكل العقد الإداري بأن قضت بأن « المقرر في قضاء المحكمة الإدارية العليا أن الترخيص بالانتفاع بجزء من المال العام بما يتفق مع الغرض الأصلي الذي خصص من أجله المال والذي يصدر من الجهة الإدارية المنوط بها الإشراف على هذا المال يصطبغ في هذه الحالة بصيغة العقد الإداري وتحكمه الشروط الواردة به والقواعد القانونية التي تنظم هذا النوع من الانتفاع وهي ترتب للمنتفع على المال العام حقوقاً تختلف في مداها وقوتها بحسب طبيعة الانتفاع وطبيعة المال المقرر عليه وتتسم بطابع الاستقرار في نطاق المدة المحددة بالترخيص بشرط أن يقوم المنتفع بالالتزامات الملقاة على عاتقه وتلتزم الإدارة باحترام حقوق المرخص له في الانتفاع فلا يسوغ لها إلغاء الترخيص طالما كان المنتفع قائماً بتنفيذ التزاماته ما لم تقم اعتبارات متعلقة بالمصلحة العامة تقتضي إنهاء تخصيص المال لهذا النوع من الانتفاع»، راجع الطعن رقم 5649 لسنة 51 ق.ع جلسة 29/4/2008.

23 - د. سعاد الشرفاوي: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1998-1999، ص 56.

24 - د. محمود عاطف البنا: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 68، 69.

25 - د. سعاد الشرفاوي، مرجع سابق، ص 57.

26 - ومن هذه القوانين علي سبيل المثال القانون رقم 100 لسنة 1996 (بتعديل بعض أحكام القانون رقم 12 لسنة 1976 بإنشاء هيئة كهرباء مصر)، والذي ورد به في المادة 7 منه أن «..... ويجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد كهرباء دون التقيد بأحكام القانون 129 لسنة 1947 بالتزام المرافق والقانون 61 لسنة 1958 في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمارات موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز..... ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه، في حدود القواعد والإجراءات السابقة، قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة».

والقانون رقم 3 لسنة 1997 (في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول)، والذي جاء نص المادة 5 منه علي أن « يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه - أو تعديلها - وحصة الحكومة في حدود القواعد والإجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص ولا يجوز للملتزم أن ينزل علي الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء».

27 - مثل القانون 1 لسنة 1996 (الموانئ المتخصصة) والذي جاء نص المادة الثالثة بأن «تعتبر الموانئ التخصيصية القائمة حالياً والتي تنشأ مستقبلاً على السواحل المصرية موانئ خاضعة لإشراف وزارة النقل والمواصلات، وذلك لضمان استمرار صلاحيتها للعمل من ناحتي السلامة البحرية والحفاظ على البيئة البحرية. ولوزارة النقل والمواصلات أن ترخص للجهات المعنية في إدارة الموانئ التخصيصية وتشغيلها وصيانتها للغرض الذي خصصت من أجله».

28 - بالنص في المادة الثانية من القانون 89 لسنة 1998 علي أن « تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة....».

وهو ما يؤيده الفتوى الصادرة عن قسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري من أن «.. إلا أن الأمر يختلف في شأن تلك الامتيازات التي خصها المشرع بتقدير مغاير ارتأى معه إمكان اضطلاع مجلس الوزراء وحده بمهمة منحها كما الحال بالنسبة لامتيازات الطرق الحرة والسريعة والرئيسية حيث أجاز لمجلس الوزراء القيام بهذا المنح بناء على اقتراح وزير النقل والمواصلات شريطة أن يتم التعاقد في إطار من المناقصة والعلانية. فإذا كانت المناقصة والعلانية هما الاعتبارين الأمتلين في تقدير المشرع لتحقيق أفضل فرص الحيدة والنزاهة ابتغاءاً للمصلحة العامة المرجوة وهما الشرطان اللذان سبق واستعاض عنهما المشرع بقيامه بالمراقبة المباشرة في صور الامتيازات العامة الأخرى. وكان المشرع قد حدد سلفاً السبل المجرىة لتحقيقها على ما إبانه من إجراءات تعاقد بقوانين المناقصات والمزايدات فمن ثم يغدو الشرط الذي قرره المشرع في أحوال منح امتيازات الطرق الحرة والسريعة والرئيسية غير قابل للتحقق إلا بإتباع أحكام قانون المناقصات والمزايدات تلك الأحكام التي توفر هذه الاعتبارات على خير ما قدره لها المشرع. فلا سبيل معه أمام مجلس الوزراء أن شاء منح امتياز الطرق الحرة والسريعة والرئيسية سوى إتباع أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998 باعتباره السبيل الوحيد الذي يوفر للمصلحة العامة

أفضل فرص التحقق على هدى اطر المنافسة والعلانية»، راجع الفتوى رقم 601 بتاريخ 17/ 8/ 2003 ملف رقم 100 / 2/ 14.

29 - وقد نظمت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأحكام متواترة مسألة تعاقب القوانين والتعاقد في ظل قانون سابق بأن قضت «الأصل العام هو بدء سريان القانون الجديد على كل ما يقع بعد نفاذه حتى ولو كان مترتباً على وقائع أو مراكز نشأت في ظل القانون السابق بما في شأنه أن يؤدي إلى وحدة القانون المطبق على المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة في الدولة وتفدياً لزدواج أو تعدد الأنظمة القانونية في حكم المراكز المتماثلة - يوجد استثناء من هذا الأصل خاص بالعقود، إذ تظل المراكز العقدية الجارية حتى بعد صدور قانون جديد محكومة بالقانون الذي تكونت في ظلّه دون أن تخضع للأثر المباشر لهذا القانون الجديد - يترتب على ذلك حلول مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم محل مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد في شأن المراكز العقدية الجارية باعتبار أن المراكز العقدية تخضع في نشأتها وتحديد آثارها لمبدأ سلطان الإرادة فيظل النظام القانوني الذي تعاقد الطرفان في ظلّه ووضع أحكامه في اعتبارهما عند إبرام العقد هو الواجب الإعمال احتراماً لإرادتهما المشتركة»، راجع الطعن رقم 1172 لسنة 37 ق.ع جلسة 12951 لسنة 2000/ 2/ 15، لسنة 2006/ 3/ 21 .

30 - وهو الأفضل للدولة من كافة الوجوه وهو ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصرية الدائرة الأولى في القضية الشهيرة المعروفة بوقف تصدير الغاز لإسرائيل والتي قضت فيه... «ومن حيث إنه لما كان ذلك وكان نص المادة (123) من الدستور يجري على أن «يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة...». والمستفاد من النص المتقدم أن الدستور قد حرص على حماية موارد الثروة الطبيعية للبلاد باعتبارها مورداً مهماً من موارد الدولة ليست ملكاً للأجيال الحالية فحسب بل يشترك في ملكيتها الأجيال المستقبلية فنص صراحة على أن يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح التزامات استغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة. ومن حيث إنه بموجب ذلك فإنه يتعين على السلطة التنفيذية اللجوء إلى مجلس الشعب للحصول على موافقته على منح الالتزامات المشار إليها ويعتبر ذلك إجراءً وحبوبياً يحتمه الدستور وشرطاً أساسياً لنفاذ العمل ونوعاً من الرقابة التي تمارسها السلطة التشريعية - بنص الدستور على بعض أعمال الإدارة. وتتمثل الفلسفة التي تبرر إعطاء هذه السلطة لمجلس الشعب في الصفة التمثيلية للجهاز التشريعي فهو بحسب الأصل يكون منتخباً من الشعب ويعبر عن إرادته وأغلبيته وبالتالي فهو أصلح الأجهزة القادرة على مراقبة عمل الإدارة فيما يخص منح التزامات استغلال موارد الثروة الطبيعية الموهوبة للشعب وكذلك المرافق العامة التي تنشأ لخدمة الشعب وتلبية حاجاته»، راجع الطعن رقم 33418 لسنة 62 ق جلسة يوم الثلاثاء الموافق 2008/ 11/ 18.

31 - وقد صدرت هذه التعليمات الوزارية عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري موجهة للسادة الولاة بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر، رؤساء المجالس الشعبية، ورؤساء المندوبية التنفيذية، والصادرة بتاريخ 7 ديسمبر 1994.

32 - وهناك عدد من النصوص القانونية بالجزائر تتحدث عن المصادقة على منح الامتياز باعتبار المصادقة مرحلة تالية لمرحلة إبرام عقد الامتياز ومن هذه النصوص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة التي جاء بها « أنه يصادق على اتفاقية منح الامتياز الخاص بالطرق السريعة بمرسوم يتخذ في مجلس الحكومة بناء على تقرير مشترك بين الوزراء المكلفين على التوالي بالداخلية والمالية والطرق السريعة»، وما نصت عليه المادة 138 من القانون رقم 08/90 المتعلق بالبلدية، والمادة 130 من القانون رقم 09/90 المتعلق بالولاية من أن « منح امتياز المرافق العامة المحلية يكون بموجب مداوله مصادق عليها من المجلس الشعبي البلدي أو الولائي ولا يتعدى إلا بعد مصادقة الوالي المختص إقليمياً على العقد المبرم بعد التحقق من سلامة الإجراءات المتخذة ومطابقتها لدفتر الشروط النموذجي».

33 - راجع:

Rahal Benammer: La concession de service public en droit algérien, Revue \square dava N°01, 1994, P22 et 23, Berthon Georffroy: Le régime de pasg .sation des concessions domaniales á lacroisé des chemins Dalloz, in RFDA, N°03, Mai-Jwn, 2009, p484

أ. سمية بسليط، مرجع سابق، ص 85، أ. نعيمة أكي، مرجع سابق، ص 60، 61.

وإمعاناً في إظهار كون شخصية المتعاقد في عقد الامتياز هي أساس العقد نجد إن هناك قوانين في الجزائر تطرقت لجندية المتعاقد فقصرت منح عقد الامتياز على الجزائريين منها القانون رقم 02- 40 الخاص بمنح امتياز خدمات النقل الجوي للأشخاص الطبيعية والاعتبارية الجزائرية دون الأجنبية. والمرسوم رقم 07/2008 المؤرخ في 13/ 2/ 2008 المحدد لشروط منح امتياز خدمات النقل البحري. وقد يكون المبرر لذلك الأهمية الإستراتيجية لهاتين المرفقين والمترتبين بأمن البلاد فمن خلال التحكم فيهما يمكن شل الدولة؛ إلا أنه يأخذ علمها حرمان الدولة من الاستثمارات الأجنبية في هذين المرفقين ونقل الخبرات العالمية للدولة فيهما مما يطور هذين المرفقين. ونحن نرى من جانبنا أنه من الممكن قبول أن يتولى تنفيذ عقد الالتزام فيهما شخص اعتباري مشترك في رأس ماله بين الرأس مال الجزائري الوطني، والأجنبي بحيث يكون رأس المال الجزائري يمثل 51% من إجمالي رأس مال المستثمر في الشخص الاعتباري المسند إليه عقد الامتياز، مما يعنى أن تكون الإدارة للجزائري وحده، ومما يحقق للدولة الجزائرية الاستفادة من الاستثمارات المالية الأجنبية في هذين المرفقين الحيويين، إضافة إلى نقل الخبرات الأجنبية للدولة فيهما مع الحفاظ على الأمن الوطني الجزائري.

34 - د. حسين أحمد مقداد: قانون العقد الإداري المصري، الجزء الأول، دون ناشر، 2015، ص 49.

وقد تحدث جانب من الفقه عن مساوئ ضعف التنظيم التشريعي لمنح عقد الامتياز بأنه أدى إلى ظهور ما يعرف بامتياز الواقع، وهي امتيازات باطلة من الناحية التشريعية، راجع أ. أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص 77.

35 - د. علاء محي الدين مصطفي أبو أحمد: التزامات المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ عقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد، المنعقد بكلية الحقوق جامعة الإمارات العربية المتحدة خلال المدة من 20- 21/ 5/ 2013، ص 785، وما بعدها.

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن «حيث تولت الشركة الطاعنة ذات المهمة التي كانت ملقاة على عاتق الشركة السابقة بعد أن انتهى عقد امتيازها ومن ثم فإن الشركة الطاعنة تكون قد حلت بالفعل محل الشركة السابقة في العمل الأصلي التي كان منوطاً بها مقابل ذلك الالتزام بدفع تلك النسبة من ثمن الأرض المبيعة ولا وجه لما أثارته الشركة الطاعنة من أن قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1143 لسنة 1984 لم يلزم محافظة القاهرة بأية التزامات تجاه الشركة حتى تلتزم بأداء الإتاوة المذكورة لها -لا وجه لذلك إذ إن الأرض الواقعة بمنطقة المقطم والتي أسندت إلى الشركة ترميمها واستغلالها هي أملاك دولة خاصة بالمحافظة. وأن دفع الإتاوة المذكورة هو التزام مقابل تضمنه قرار رئيس مجلس الوزراء، وعلى الشركة الوفاء به - فهذه الإتاوة ليست ضريبة وإنما هي أحد الالتزامات التي كانت قد تقررت بموجب عقد الامتياز الذي منح للشركة السابقة مقابل المزايا التي كانت تحققها الشركة. وقد آل هذا الالتزام إلى الشركة الطاعنة مقابل إسناد ترميم واستغلال منطقة المقطم لها ومقابل أنه تم تخصيص باقي الأراضي التي كانت محلاً للامتياز بتلك المنطقة وكذا كافة المرافق والمنشآت التي تتول إلى الدولة وفقاً لعقد الالتزام، إلى الشركة الطاعنة، بصريح نص المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء المشار إليه، ولما كان الثابت مما تقدم، أن الذي فرض الإتاوة ليس قرار رئيس مجلس الوزراء المشار إليه وإنما سندها في حقيقة الأمر هو القانون رقم 565 لسنة 1954 الذي أشير إليه في ديباجة قرار رئيس مجلس الوزراء، هذا بالإضافة إلى أن هذا القرار يعد في حقيقة التكليف القانوني له بمثابة عقد إداري منح الشركة الطاعنة بعض الحقوق مقابل التزامها بأداء الإتاوة..» راجع الطعن رقم 2583 لسنة 52 ق.ع بجلسة 2006/6/6

وهو ما نراه يؤيده نص المادة الأولى من القانون 61 لسنة 1958 المعدل للقانون 129 لسنة 1947 والذي قضى بأن «يكون أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز (أو مدته الامتياز أو نطاقه أو الإتاوة) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة (الشعب حالياً)».

وما ورد النص عليه في عدة مواضع في القوانين الجزائرية منها المادة 17 من دفتر شروط القانون 40/02 المتضمن المصادقة على اتفاقية استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران «الخليفة للطيران» والتي جاء نصها أن «لا يمكن لصاحب الامتياز نقل الامتياز كله أو جزء منه دون الموافقة المسبقة للسلطة المكلفة بالطيران المدني».

والمادة 78 من القانون 01/02 الجزائري المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات والتي جاء بها «.....ومنح الامتياز غير قابل للتنازل عنه وفي حالة استبدال صاحب الامتياز يتولى دفتر الشروط تحديد تعويض مناسب لتكاليف الاستثمارات التي أنجزها صاحب الامتياز الأسبق».

وما نصت عليه المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 346/11 المؤرخ في 2011/9/26 والخاص بمنح امتياز استعمال الموارد المائية من أن «..... منح الامتياز مؤقت وقابل للفسخ وشخصي ولا يمكن التنازل عنه أو كراء من الباطن للغير تحت طائلة البطلان...».

36 - راجع في ذلك:

A.ELKOSHERI, Panorama de jurisprudence égyptienne, Gazette du Palais. 2002, p. 967.

37 - أ. سمية بسليط، مرجع سابق، ص 86.

وهو ما يؤيده الفتوى الصادرة عن قسيمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري من أن «الأصل في منح تلك الامتيازات المتعلقة بالمرافق العامة إنما هو من اختصاص رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب حيث استقر الرأي قضاءً وفقهاً على أن دور مجلس الشعب (المشرع) في هذا الخصوص إنما هو دور المراقب والمشرّف على عملية التعاقد التي تتم لمنح امتيازات المرافق العامة باعتبار إن اضطراره بهذا الدور - وفق تقديره بحسبانه مشرعاً - يوفّر أقصى ضمانات الحيطة والنزاهة المطلوبة في مثل تلك التعاقدات. فلأهمية تلك الصور من التعاقدات ونظراً لحساسية مساسها بالصالح العام لتعلقها بثروات هي من الندرة بمكان فقد احتجز المشرع لنفسه مهمة المراقبة المباشرة التي تمكنه بذاته من ضمان فرص الحيطة والنزاهة تحقيقاً للصالح العام فراضاً بذلك سلطانه في تقدير تلك المصلحة العامة وتقدير سبل توفرها وتقدير كيفية تعيينها وهي أمور حدت بالقضاء مشايعاً بالفقه إلى القول بعدم لزوم خضوع تلك التعاقدات لقوانين المزايدات والمناقصات المعمول بها كون الأخيرة وإذ تهدف إلى تنظيم سبل التعاقد التي تكون الدولة طرفاً فيها في إجراءات قررها المشرع مقدراً أنها توفر أقصى حماية للصالح العام فقد احتجز لنفسه أحوال منح التزامات المرافق العامة كي يعمل رقابته المباشرة في شأنها حيث تداخل إرادته التقديرية إرادة قمة السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية على النحو الذي يوفّر أقصى ضمانات تتحقق بها اعتبارات الصالح العام المرعية لذلك يكون مجلس الشعب (المشرع) بالخيار بين إتباع سبل قانون المناقصات والمزايدات لإبرام هذه التعاقدات أو اللجوء إلى غيرها مما يراه أكثر ضماناً وتحقيقاً للحيطة والنزاهة وأكثر التصاقاً بالصالح العام. إلا أن الأمر يختلف في شأن تلك الامتيازات التي خصها المشرع بتقدير مغاير ارتأى معه إمكان اضطلاع مجلس الوزراء وحده بمهمة منحها كما الحال بالنسبة لامتيازات الطرق الحرة والسريعة والرئيسية حيث أجاز لمجلس الوزراء القيام بهذا المنح بناء على اقتراح وزير النقل والمواصلات شريطة أن يتم التعاقد في إطار من المنافسة والعلانية. فإذا كانت المنافسة والعلانية هما الاعتبارين الأمتلين في تقدير المشرع لتحقيق أفضل فرص الحيطة والنزاهة ابتغاءاً للمصلحة العامة المرجوة وهما الشرطان اللذان سبق واستعاض عنهما المشرع بقيامه بالمراقبة المباشرة في صور الامتيازات العامة الأخرى - وكان المشرع قد حدد سلفاً السبل المجردة لتحقيقها على ما إبانته من إجراءات تعاقد بقوانين المناقصات والمزايدات فمن ثم يغدو الشرط الذي قرره المشرع في أحوال منح امتيازات الطرق الحرة والسريعة والرئيسية غير قابل للتحقق إلا بإتباع أحكام قانون المناقصات والمزايدات تلك الأحكام التي توفر هذه الاعتبارات على خير ما قدره لها المشرع. فلا سبيل معه أمام مجلس الوزراء أن شاء منح امتياز الطرق الحرة والسريعة والرئيسية سوى إتباع أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998 باعتباره السبيل الوحيد الذي يوفّر للمصلحة العامة أفضل فرص التحقق على هدى اطر المنافسة والعلانية»، راجع الفتوى رقم 601 بتاريخ 17 / 8 / 2003 ملف رقم 100 / 2 / 14.

38 - راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 2289 لسنة 30 ق.ع بجلسة 1990/3/20.

39 - فعقد الامتياز الإداري ينصب أساساً على نقل إدارة مرفق عام من الدولة إلى الملتزم لفترة مؤقتة لذلك يجب أن يتم ذلك بموجب وثيقة رسمية تتضمن جميع الأحكام والشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام محل العقد، راجع:

.Thamoni Jean- Joseh: Droit prospectif, in RRJ, N°2, Pesses univesitaire d'Aix-Marseilie, 1999, p442

، أ. نعيمة أكلي، مرجع سابق، ص 46، 47.

40 - راجع في ذلك د. هشام عبد السيد الصافي محمد: النظام القانوني لتعاقد الإدارة الكترونيا دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2014، ص 236، 237.

41 - وهو ما نجده منصوص عليه بشكل غير مباشر في قوانين منح الامتياز الإداري في مجالات مختلفة منها المادة 2 من القانون 67 لسنة 2010 الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق المنشور بالجريدة الرسمية العدد (19) مكرر (أ) في 18/5/2010، والذي جاء نصها «... لا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات ولا تزيد عن ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير...»، مما يعني أن هناك عقد مكتوب.

والمادة 12 من ذات القانون والتي ورد بها أن «... للجهة الإدارية خلال مدة لا تتجاوز ستين يوم من تاريخ العرض حق الاعتراض علي إبرام هذه العقود...».

42 - وهو ما يؤكد ما ورد بالمادة 08 من القانون رقم 03/10 والخاص بشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة والتي تنص علي أن «تعي إجراءات الإعداد والتسجيل والإشهاد العقاري لعقد الامتياز من جميع المصاريف»، وما ورد بنص المادة 78 من القانون 12/05 المتعلق بالمياه والتي ورد بها أنه «يتوقف منح امتياز استعمال الموارد المائية علي توقيع السلطة مانحة الامتياز وصاحب الامتياز لدفع الشروط».

43 - وما يؤيد وجهة نظرنا نص المادة الثانية من الدستور المصري الحالي الصادر عام 2014 والذي جري علي أن «الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع»، وهو ما أخذت به الجمعية العمومية لقسامي الفتوى والتشريع عندما ذهبت في فتاها إلي أن «أما بالنسبة لملاحظة الجهاز من عدم استخدام هيئة الصرف الصحي للغة العربية فتبين من الإطلاع علي أحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 115 لسنة 1958 بوجوب استعمال اللغة العربية في المكاتبات واللافتات أن المادة 1 منه أوجبت تحرير المكاتبات والعطاءات وغيرها من المحررات والوثائق التي تلحق بها والتي تقدم إلي الحكومات والهيئات العامة باللغة العربية واستثنى من المادة 2 منه الهيئات الدبلوماسية الأجنبية والهيئات الدولية وكذلك الأفراد الذين لا يقيمون في مصر والهيئات والمنشآت التي لا يكون مركزها الرئيسي في مصر ولا يكون لها فروع أو توكيل وعلي ذلك فإن لم تكن اتفاقية المعونة الأمريكية الموقعة بتاريخ 16/8/1978 التي حددت الإطار العام للمنع المقدمة للحكومة المصرية وكذلك اتفاقية المنحة الأمريكية لتوسيع شبكة الصرف الصحي بالإسكندرية قد أعفت الجهات القائمة علي تنفيذها والمتعاقدين معها من شرط استخدام اللغة العربية صراحة فيتعين عندئذ الالتزام بتحرير المحررات والوثائق والعطاءات وغيرها من المستندات باللغة العربية ما لم تكن الجهة المتعاملة مع الهيئة تدخل ضمن الفئات المستثناة من استخدام اللغة العربية طبقاً لنص المادة 2 من القانون 115 لسنة 1958 وعلي ذلك فيما عدا ما ورد في الاتفاقيات من إعفاء من استخدام اللغة العربية في بعض الأمور والاتصالات بين الجانبين المصري والأمريكي وفيما خرج عن نطاق المادة المذكورة يتعين الالتزام بتحرير المكاتبات والعطاءات وغيرها من المستندات باللغة العربية بيد أن ذلك لا يحول دون وجود ترجمة بلغة أجنبية تيسيراً للتعامل مع الجهات القائمة والمرشفة علي تنفيذ الاتفاقية»، راجع فتوى الجمعية رقم 457 في 3/5/1986 جلسة 19/3/86 ملف رقم 4/86/1042 السنن 39، 40. راجع في ذلك بالتفصيل رسالتنا، مرجع سابق، ص 240، 241.

44 - فلقد كرس الدستور الجزائري الحماية القانونية للغة العربية، فنص في المادة (3) منه بأن «اللغة العربية هي اللغة الوطنية الرسمية»، كما نص في المادة (178) منه أنه «لا يمكن لأي تعديل دستوري أن يمس باللغة العربية»، ثم جاءت نصوص الأوامر والقوانين الجزائرية تؤيد ما ورد بنصوص الدستور وترسخ له، منها الأمر رقم 68-92 المؤرخ في 26 أبريل 1968، الأمر رقم 71-02 المؤرخ في 20 يناير 1971 والمتضمن أحكام إجبارية تعميم استعمال اللغة العربية علي الموظفين ومن يماثلهم، ثم القانون رقم 91-05 المؤرخ في 16 جانفي 1991 والمتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، فجاء نص المادة الأولى منه علي أن «يحدد هذا القانون القواعد العامة لاستعمال اللغة العربية في مختلف ميادين الحياة الوطنية، وترقيتها وحمايتها» ثم جاء المرسوم الرئاسي رقم 92-303 المؤرخ في 04 جويلية 1992 المتضمن كيفية تطبيق القانون رقم 91-05 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية. فجاء نص المادة الأولى منه علي أن «تعميم استعمال اللغة العربية بوصفها لغة وطنية ورسمية في جميع الإدارات العمومية والهيئات والمؤسسات والجمعيات علي اختلاف أنواعها مبدأ راسخ لا يمكن التراجع عنه». وجاء نص المادة الرابعة منه أن «تسهر الهيئة الوطنية للتنفيذ المنصوص عليها في القانون رقم 91-05 علي متابعة وتقويم الإجراءات المتخذة في كل القطاعات والتأكد من أن كل الإمكانيات المتوفرة لديها مستعملة فعلا وبصفة عقلانية لتطبيق القانون المذكور أعلاه». ثم جاء الأمر الرئاسي رقم 96-30 المؤرخ في 21 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم للأمر رقم 91-05 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، والذي نص في المادة السادسة منه علي أن «يعاقب بغرامة مالية من 1000 دج إلي 5000 دج كل من وقع علي وثيقة محررة بغير اللغة العربية أثناء ممارسة مهامه الرسمية أو بمناسبتها». وأخيرا كرس المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مبدأ ضرورة احترام المتقاضين والقاضي للغة العربية حيث ألزمهما في المادة الثامنة من القانون بمباشرة الإجراءات والعقود القضائية باللغة العربية تحت طائلة عدم القبول تقديم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلي هذه اللغة تحت طائلة عدم القبول ومباشرة المناقشات والمرافعات باللغة العربية وأخيرا إصدار الأحكام القضائية باللغة العربية تحت طائلة البطلان.

45 - راجع في ذلك:

Marceau Long: Système concessive et droit communautaire dans le domaine de l'eau, in RA, N°318, November-December, 2000, p578, Soldini David: La délégation de service public: sa fonction, ses critères, in RFDA, N°06, Dalloz, Paris, November-Décember, 2010, p118

، أ. أكنم وجيه عبد الرحمن سليمان، مرجع سابق، ص 95.

46 - ويرى جانب من الفقه مدافعا عن ذلك بأن طبيعة عقود الامتياز الخاصة بهذه المشروعات والتي تقتضي استرداد تكلفتها وتشغيلها وتحقيق هامش ربح معقول أن تكون مدتها مدة أطول من مدة الثلاثين عام، إلا أن هذا الجانب يرى أن مدة 99 عاما مدة طويلة مبالغ فيها غير مبررة، راجع في ذلك د. محمود عاطف البنا: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 71، 72.

كما ورد النص في المادة 2 من القانون رقم 67 لسنة 2010 المصري والخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق من أن "... لا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات ولا تزيد عن ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير... ومع ذلك يجوز لمجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا الموافقة على إبرام عقد مشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية".

47 - راجع أ. نعيمة أكلي، مرجع سابق، ص 54، وما بعدها.

48 - وهو ما أوضحه حكم شهير للمحكمة الإدارية العليا المصرية حيث قضت بأن « عقد الالتزام الذي منح للشركة المصرية للتعمير والإنشاءات السياحية قد رتب لهذه الشركة حقوقاً وحملها بالتزامات في مواجهة الإدارة ؛ فدخلت الشركة حق توصيل المرافق إلى المواقع المراد تعميمها والتصرف في تلك الأراضي، على أن تلتزم في مواجهة الإدارة بدفع 25% من ثمن قطع الأرض التي تباع، وقد ظل هذا العقد قائماً حتى صدر بتاريخ 1984/11/4 قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1143 لسنة 1984 (بناء على التفويض الصادر له من رئيس الجمهورية) الذي تضمن حلول الشركة الطاعنة محل الشركة السابقة في حق الاستغلال والتعمير لمنطقة المقطم، كما منحها القرار الأراضي التي كانت محللاً للامتياز بتلك المنطقة وكذا كافة المرافق والمنشآت التي تنول إلى الدولة وفقاً لعقد الالتزام ، وبأن تحل محل الدولة في المطالبة بالتعويضات الخاصة بعقد الالتزام المذكور وتسوية الموقف المالي النهائي لمنطقتي المنتزه والمقطم، وقد كان منح الحقوق المذكورة للشركة الطاعنة في مقابل ما نصت عليه المادة السادسة من القرار المذكور أن تلتزم قبل محافظة القاهرة بذات الالتزامات التي كانت الشركة السابقة تلتزم بها بموجب عقد الالتزام والمتمثلة في دفع نسبة (25%) من قيمة سعر الأراضي التي تباع، وقد قبلت الشركة الطاعنة تحملها بهذا الالتزام...» راجع الطعن رقم 2583 لسنة 52 ق.ع بجلسة 2006/6/6.

49 - د. أنس جعفر: العقود الإدارية ، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2003، ص 66، د. عادل السعيد أبو الخير: القانون الإداري، دون ناشر، 2010، ص 707.

50 - د. محمد سعيد حسين أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، 2000، ص 190، 191.

51 - د. محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1992، ص 515، 516.

وراجع أيضاً:

.édition,Dalloz,paris,1995,p236°AubyGean-Matie:Bonpierre?Droitadministrative desbinscdomaine,expropriationpourcaused'utilitépublic,3

وهو ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا عندما قضت بأن « العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه – لا يعد وأن يكون توافق إرادتي إيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية، بيد أنه متميز بأن الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثله المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة- وتكون مصالح المتعاقدين غير متكافئة تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين». راجع الطعن رقم 4151 لسنة 38 ق.ع جلسة 2004/9/4.

ويعد ضعف الرقابة التي تمارسها الدولة على الملتزم الممنوح له عقد الامتياز مما يؤدي لسوء الخدمة المقدمة للمستفيدين، فضلاً عن أن الملتزم من الشركات متعددة الجنسيات قد تستخدم نفوذها وقوتها للتأثير على جهة الإدارة في سبيل الرقابة على المرفق، من أهم العيوب التي توجه لنظام التزام المرافق العامة، راجع أ. أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص 78.

52 - راجع في ذلك:

Richer Laurent: Les contrats administratifs,edition Dalloz,paris,1991,p677

53 وهذه الرقابة غالباً ما تحصر دفاتر الشروط الملحقة بعقود الامتياز على تنظيمها فمثلاً ففي مجال عقود امتياز القوى الهيدروليكية الفرنسية يكون لموظفي الإدارة الحق دائماً في الدخول إلى مناطق الاستغلال للاطلاع على مختلف الوثائق الفنية من رسوم وخرائط، كما يكون لهم إجراء الاختبارات اللازمة على منسوب القوى للتأكد من كفاءة معدلات الاستغلال، راجع نص المادة 47 من دفتر شروط عقود امتياز القوى الهيدروليكية:

.Art.27:de cahier des charges type des concession de force hydroliques

، وفي مصر نجد مثلاً نص المادة 14 من اتفاقية الامتياز البترولي المبرمة بين حكومة جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة ايجبتكو أويل أند جاز اكسبلوريشن، والاتفاقية منشورة بملحق مضبة مجلس الشعب بجلسته 48 والمنعقدة في 1978/3/29، ص 23 وما بعدها، تنص على أن:

أ- يعد ويحتفظ المفاوض و/ أو الشركة القائمة بالعمليات طوال مدة سريان هذه الاتفاقية بسجلات دقيقة تقيدها في جميع الأوقات العمليات الجارية في المنطقة بموجب هذه الاتفاقية، ورسد المفاوض و/ أو الشركة القائمة بالعمليات إلى الحكومة أو ممثلها، وفقاً للتعليمات السارية أو كلما طلبت

الحكومة أو ممثلها في الحدود المناسبة، المعلومات والبيانات الخاصة بعملياتها الجارية في هذه الاتفاقية.

- ب- يحتجز ويحتفظ المقاول و/ أو الشركة القائمة بالعمليات لمدة زمنية معقولة بجزء يمثل كل عينة من الطبقات الاسطوانية ومن عينات الحفر المستخرجة من حفر الآبار وذلك بقصد التصرف فيها بمعرفة الحكومة أو ممثلها أو تقديمها إليها بالطريقة التي تراها الحكومة . وجميع العينات التي يحتفظ بها المقاول و/ أو الشركة القائمة بالعمليات لأغراضها الخاصة تعتبر معدة للتفتيش عليها في أي وقت مناسب بمعرفة الحكومة أو ممثلها..ألخ.
- وفي الجزائر مثلاً نجد أن المادة 05 من دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية لمياه الشرب ونطاق الخدمة المتعلق بع المرسوم رقم 54-08 تنص علي أن: للسلطة المانحة أن تمارس الرقابة علي تسيير واستغلال مرفق المياه بصفة مباشرة أو بواسطة هيئات مراقبة يتم تعيينها، وعلي صاحب الامتياز تقديم المساعدة للأعوان المكلفين بممارسة الرقابة فضلاً عن تقديم وثائق المحاسبة التي يمكن أن تخضع للرقابة.
- 54) فمثلاً تنص اتفاقية امتياز البترول المبرمة بين حكومة جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة اجيبتكو أويل أند جاز اكسبلوريشن في المادة 13 علي أن:
- أ- تقوم كل من الهيئة والمقاول والشركة القائمة بالعمليات بإمسك دفاتر حسابات في مكاتب عملها في ج.م.ع وذلك وفقاً للنظام العام المحاسبي المبين في الملحق، وفقاً للأوضاع المحاسبية المقبولة والمعمول بها بصفة عامة في صناعة البترول.....
- ب- يجب أن تكون دفاتر الحسابات المذكورة آنفاً وغيرها من الدفاتر والسجلات المشار إليها بعالية معدة في جميع الأوقات المناسبة لفحصها بمعرفة المندوبين المفوضين من الحكومة.
- هـ- يقدم المقاول للهيئة بياناً بحساب الأرباح والخسائر للسنة التقويمية في موعد لا يتعدى يوم 15 مارس من السنة التالية يوضح فيه صافي ربحه أو خسارته عن تلك السنة والنتيجة من العمليات البترولية بموجب هذه الاتفاقية.
- ويقدم المقاول إلي الهيئة في الوقت ذاته ميزانية آخر العام لذات السنة التقويمية. هذه المادة منشورة بذات المضبطة سألقة الذكر ص 13.

وهو ما نراه منصوص عليه في المادة السابعة من القانون 129 لسنة 1947 وتعديلاته بأن: لمناخ الالتزام أن يراقب الجهة مانحة الالتزام سواء من النواحي الفنية والإدارية والمالية . وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق. ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي، وتقديم تقرير بذلك لمناخ الالتزام، ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية - بناء علي اقتراح الوزير ما نح الالتزام أو المشرف علي الجهة مانحة الالتزام - أن يعهد إلي ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلي أية هيئة عامة أو خاصة. كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولي أمر من أمور الرقابة علي التزامات المرفق العام. وفي هذه الحالة يتولي ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التي تحيط بها رقابتها، وتقديم تقرير بذلك إلي كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام . وعلي الملتزم أن يقدم إلي مندوبي الجهات التي تتولي الرقابة وفقاً للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو إحصاءات. كل ذلك دون الإخلال بحق مناخ الالتزام في فحص الحسابات أو التفتيش علي إدارة المرافق في أي وقت».

ويراجع في حق جهة الإدارة في الرقابة الفنية والمالية بالتفصيل كل من د. سعاد الشوقاوي، مرجع سابق، ص 64، 65، د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص 195، وما بعدها، أ. نعيمة أكلي، مرجع سابق، ص 96، وما بعدها

55 - د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص 203.

56 - ورد النص علي هذا الحق في المادة 5 من القانون 129 لسنة 1947 علي أن "مناخ الالتزام دائماً ومتى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل".

وقد ورد النص علي ذلك علي سبيل المثال في المادة 7 من القانون رقم 67 لسنة 2010 والخاص بمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق والمنشور بالجريدة الرسمية العدد (79) مكرر(أ) في 2010/5/18 فجاء نصها علي أن "للجهة الإدارية تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وغير ذلك من الأعمال أو مقابل الخدمات المتفق عليها في عقد المشاركة..... متى اقتضت المصلحة العامة ذلك الحق في تعديل قواعد تشغيله أو استغلاله بما فيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات وذلك كله في إطار الحدود المتفق عليها في العقد".

57 - د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص 109.

58 - مثل حجم ونوعية الخدمات المتفق عليها، شروط التنفيذ المتفق عليها، مدة التنفيذ المتفق عليها.

وهو ما ورد مثلاً النص عليه في تعليمية وزير الداخلية والجامعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري رقم 842-3.94 والمتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، والصادرة بتاريخ 1994/9/7.

59 - أ. سمية بسليط، مرجع سابق، ص 130، 131، أ. نعيمة أكلي، مرجع سابق، ص 102، 103.

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن « سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية بل هي من أبرز الخصائص التي تميز العقود الإدارية عن العقود المدنية ، وان من مقتضى هذه السلطة يحق لجهة الإدارة من جانبها وحدها وإبرادتها المنفردة وعلى خلاف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة سلفاً وقت أبرام العقد فتريد من أعباء الطرف الأخر أو تنقصها بشرط أن تقتضى حاجة المرفق العام أو المصلحة العامة هذا التعديل بحيث يتحقق من وراء ذلك حسن سير وانتظام المرفق العام » ، راجع الطعن رقم 3986 لسنة 35 ق.ع. والصادر بجلسة 15/11/1992 .

60 - د. محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري ، مرجع سابق، ص 516، د. محمود عاطف البنا: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 72، أ. نعيمة أكلي، مرجع سابق، ص 101.

61 - راجع في ذلك المعنى د. فدغوش شبيب العجمي: عقود B.O.T. النفطية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2011، ص 326، 327.

وقد نظمت المحكمة الإدارية العليا الحق في التعديل بقضائها بأن « سلطة التعديل ليست سلطة مطلقة بل ترد عليها قيود معينة تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية للمتعاقدين معها، ومن هذه القيود ما يتصل بمقدار أو نطاق التعديل . وما يترتب عليه من أعباء جديدة تقع على عاتق المتعاقد نتيجة لسلطة التعديل؛ إذ يتعين أن تكون هذه الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية أو أن يكون من شأنها أن تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب»، راجع الطعن رقم 6456 لسنة 46 ق.ع. جلسة 30/3/2004، 10834 لسنة 47 ق.ع. جلسة 30/5/2006.

62 - راجع في ذلك:

.Richer Laurent: Les contrats administratifs, edition Dalloz, paris, 1991, p675.

د. حسين أحمد مقداد: قانون العقد الإداري المصري، الجزء الثاني، دون ناشر، 2015، ص 107.

63 - وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في ذلك بأن «... المتعاقدين ولها حق توقيع الجزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري دون رضا هذا المتعاقد ودون تدخل القضاء - ممارسة الجهة الإدارية لاختصاصاتها المقررة قانوناً أو بموجب العقود الإدارية التي تبرمها هي مقررة لمصلحة المرفق العام فيترتب على تراخي موظفيها في ممارسة اختصاصاتهم تعرضهم للمسئولية الإدارية وتوقيع الجزاءات عليهم » ، راجع الطعن رقم 4151 لسنة 38 ق.ع. جلسة 4/9/2004.

64 - د. حسين أحمد مقداد: قانون العقد الإداري المصري الجزء الأول، دون ناشر، 2015، ص 75.

65 - وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية الخطأ العقدي بقضائها بأنه «الخطأ العقدي في العقود بصفة عامة هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أي كان سبب ذلك بحيث يستوي أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمد أو إهماله أو عن فعله دون عمد أو إهمال ، والثابت من الأوراق أن الجهة الإدارية الطاعنة هي التي أخلت بالتزاماتها التي يربتها العقد محل النزاع المائل في جانبها حيث لم تلتزم بأخص هذه الالتزامات وأهمها وهو تسليم المطعون ضده الموقع المحدد للتنفيذ»، راجع الطعن رقم 4395 لسنة 48 ق.ع. جلسة 18/4/2006 ، و 5959 لسنة 49 ق.ع. جلسة 24/6/2008.

66 - راجع د. محمد الشافعي أبوراس، مرجع سابق، ص 45، د. محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري ، مرجع سابق، ص 518.

وهو ما نصت عليه المادة 9 من القانون المصري رقم 67 لسنة 2010 والتي جاء نصها بأن « للجهة الإدارية أن تباشر بنفسها أو عن طريق من تختاره لذلك إدارة المشروع وتشغيله أو استغلاله إذا أخلت شركة المشروع إخلالاً جوهرياً بالتزاماتها في تشغيل المشروع أو في تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً أو في عقد المشاركة ولم تقم بإصلاح الخلل..... ولم تتدخل جهة التمويل لإصلاحه خلال المدة المنصوص عليها في عقد المشاركة من تاريخ أخطارها بذلك».

وقد ورد النص علي مثل هذا الجزء في المادة 30 من القانون رقم 308/96 الجزائري المتعلقة بامتياز الطرق السريعة فجاء نصها علي أن « في حالة عدم امتثال صاحب الامتياز للالتزامات التي يفرضها عليه دفتر الأعباء يقرر مانح الامتياز سقوط حقوقه بعد الإعدار غير المتبوع بالتنفيذ علي حسابه علي ألا يتحمل تبعه ذلك في حالة استحالة الوفاء بسبب ظروف القوة القاهرة المثبتة قانوناً»

وما ورد النص عليه في المادة 4 من المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 346/11 المؤرخ في 26/9/2011 والخاص بمنح امتياز استعمال الموارد المائية من أن «... يمكن فسخ الامتياز لاسيما بعد إعدار لم يتم الرد عليه في حالات عدم احترام أحكام قرار الامتياز أو أحكام دفتر الشروط الخاص».

وقد ورد بأحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية ما يفيد هذا المضمون فقضت بأن « المتعاقد مع الإدارة يلتزم بتنفيذ الأعمال المتعاقد عليها طبقاً للمواصفات والشروط التي تم التعاقد على أساسها- فإن أخل بأي من شروط العقد أو أخل بأي من التزاماته المقررة كان من حق الجهة الإدارية إما فسخ العقد أو سحب الأعمال وتنفيذها كلها أو ما تبقى منها على حسابه - فإن اختارت سحب الأعمال وتنفيذها على حسابه فليس من شأن ذلك القول بإنهاء الرابطة التعاقدية بينها إذ تظل قائمة حتى تمام تنفيذ أعمال العقد كلها أو بعضها وتكون الإدارة في هذا التنفيذ وكبيراً عن المتعاقد بما لا مجال معه لفسخ العقد في هذه الحالة، ومن المقرر أن تنفيذ العقد الإداري على حساب المتعاقد المقصر هو وسيلة الإدارة لتنفيذ الالتزام عيناً إعمالاً للامتيازات المقررة لها في هذا الشأن حيث يتم على حسابه وتحته مسئوليته المالية ويتحمل النتائج التي تترتب عليه فيكون لجهة الإدارة الرجوع عليه بما يترتب على هذا الإجراء من آثار مالية خاصة فروق الأسعار والغرامات المستحقة وما تتكبدته الإدارة من مبالغ زائدة على قيمة الأعمال المتعاقد عليها أو التزام بتنفيذها طبقاً للعقد المبرم بين الطرفين- ولا يعتبر التنفيذ على الحساب عقوبة عقدية توقعها الإدارة على المتعاقد المقصر في التنفيذ ولكنه إجراء تستهدف به الإدارة ضمان حسن سير المرافق العامة لاطراد سيرها ومنها من

تعطيلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق». راجع الطعن رقم 6836 لسنة 45 ق.ع جلسة 7 / 2006/3، و 3879 لسنة 46 ق.ع جلسة 9 / 2006/5 .

كما قضت بأن «التنفيذ على الحساب هو وسيلة الإدارة في تنفيذ الالتزام عيناً. وهو تنفيذ تقوم به الإدارة بنفسها وعلى حساب المتعاقد وتحت مسؤوليته المالية بحيث يتحمل المتعاقد المقتصر في التنفيذ بفروق الأسعار تطبيقاً لقاعدة تنفيذ الالتزام عيناً. لا يعتبر التنفيذ على الحساب عقوبة عقدية ولكنه إجراء تستهدف به الإدارة ضمان سير المرافق العامة باطراد» راجع الطعن رقم 3759 لسنة 43 ق.ع جلسة 31 / 2000/10 .

67 - وقد عرفت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إسقاط الامتياز بأنه «إسقاط الامتياز ما هو إلا إسقاط توقعه السلطة مانحة الالتزام على الملتزم نتيجة لأخطاء جسيمة اقترفتها في إدارته للمرفق بحيث من المتعذر الاطمئنان إلي استمراره في إدارة المرفق وتسييره، وفي هذه الحالة لا تقوم السلطة مانحة الالتزام بتعويض الملتزم نتيجة إسقاط التزامه -الإسقاط كجزاء واقع على الملتزم لا يعني حل الشركة التي تقوم بإدارة المرفق أو انقضاء شخصيتها المعنوية، وكل ما يعنيه هو إقصاؤها عن إدارة المرفق الذي كانت تديره لحسابها وتحت مسؤوليتها نظراً لما ثبت عن عجزها عن إدارته على وجه يحقق الصالح العام، وما دامت الذمة المالية للشركة قائمة لم تنقض بعد، فلا يستطيع دائنو الشركة أن يطالبوا بديونهم مباشرة غيرها أو يستوفوا حقوقهم من غير مالها لأن مخاطر إدارة المرفق تقع على عاتق الشركة التي منحت امتيازها وعلمها وحدها أن تتحمل النتائج المالية المترتبة على هذا الإسقاط»، راجع الفتوى رقم 59 - سنة الفتوى 12 - تاريخ الجلسة 1 / 2 / 1958 - تاريخ الفتوى 1 / 2 / 1958.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في ذلك «بأن لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد الإداري ومصادرة التأمين النهائي إذا أخطأ المتعاقد، وذلك بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء باعتباره امتياز لجهة الإدارة لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام مع حقها بالرجوع على المتعاقد بالتعويض. ويتبع هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية» راجع الطعن رقم 3759 لسنة 43 ق.ع جلسة 31 / 2000/10 .

68 - راجع د. محمد الشافعي أبوراس، مرجع سابق، ص 45، 46، د. محمود عاطف البننا: الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 519.

وهو ما أفتت به الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري من أن «للإدارة بما لها من رقابة وإشراف على سير المرفق إسقاط الالتزام كجزاء على إخلال الملتزم بما يفرضه عليه عقد الامتياز من التزامات. وإن لها قبل اتخاذها الإجراءات في حالة تعطيل المرفق أن تتخذ من الإجراءات الوقتية ما يكفل استمرار سيره وذلك لحساب الملتزم وتحت مسؤوليته. فإن إعادة تسيير المرفق كان لها وإلا حق للإدارة إسقاط الالتزام لإنهاء حق الملتزم في الاستغلال ثم عرض المرفق وإدارته في المزايدة تمهيداً لمنح حق الاستغلال إلى ملتزم جديد. والذي يبين مما استقرت عليه أحكام مجلس الدولة في فرنسا أن إسقاط الالتزام هو جزاء متعلق بالنظام العام يكون للإدارة الالتجاء إليه حتى لو لم يرد عليه نص في عقد الالتزام كلما وقعت من الملتزم أخطاء جسيمة في إدارة المرفق إذا تخلف الملتزم عن تنفيذ التزامات جوهرية أخرى كالوفاء بالتزاماته المالية قبل الحكومة. كذلك يرى قسم الرأي مجتمعاً أنه إذا رأت الحكومة إن المصلحة العامة تقتضي استمرار سير المرفق أثناء هذا الفترة فإن إدارته خلالها تقع على عاتق الإدارة التي تتولى سره لحسابها وتحت مسؤوليتها ما دامت علاقة الملتزم بالمرفق تنتهي بالإسقاط. وفي هذه الحالة يكون للإدارة استخدام كل منشآت المرفق ومعداته وإدارته، وتستمر هذه الإدارة إلي أن تنتهي إجراءات المزايدة»، راجع الفتوى رقم 31 تاريخ الجلسة 28 / 1 / 1953 - تاريخ الفتوى 28 / 1 / 1953.

وهو ما يتوافق مع ما ورد بالقانون المدني الجزائري في المادة 9 من الفصل الأول المكرر الخاص بعقد التسيير والمضافة بالقانون 89-01 المؤرخ في 7 فبراير 1989 علي أن: ينتهي عقد التسيير بإقضاء المدة التي أبرم من أجلها ويمكن فسخه لعدم احترام الالتزامات المتبادلة .

69 - أ. سمية بسليط، مرجع سابق، ص 142، 143.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا أن «..للجهة الإدارية حق إنهاء العقود الإدارية بإرادتها المنفردة إذا قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك.. وليس للطرف الآخر المتعاقد معها إلا الحق في التعويض إن كان له وجه..»، راجع الطعن رقم 2289 لسنة 30 ق.ع جلسة 20 / 3 / 1990.

70 - وذلك نظراً لأنه يقع تعارض بين مصلحة الإدارة ومصلحة الملتزم، إذ تتمثل مصلحة الإدارة في استرداد المرفق من الملتزم، لتديره هي بنفسها تحقيقاً للصالح العام، بينما يتضرر الملتزم من هذا الأمر، لأنه أنفق نفقات باهظة في إعداد المرفق وتجهيزه، على تقدير استمرار العقد إلى نهاية مدته مما يمكنه من استرداد ما أنفقه، وتحقيق عائد من ماله وتعويضاً عن جهده. وتحقيقاً للتوازن بين المصلحتين، قررت المادة الرابعة من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بتنظيم التزام المرافق العامة أنه: يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته، راجع د. محمد الشافعي أبوراس، مرجع سابق، ص 44.

وهو ما يتوافق مع التفرقة التي فرقها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بين إسقاط الامتياز واسترداده من «أن الفرق بين إسقاط الامتياز والاسترداد-الإسقاط لا يعني حل الشركة الملتزمة بل إقصاءها عن إدارة المرفق-أيلول المرفق إلى الدولة خالصاً من الالتزامات الشخصية والعينية- تحمل الشركة النتائج المترتبة على الإسقاط بالنسبة إلي موظفي المرفق أو الدائنين»، الفتوى رقم 59 - سنة الفتوى 12 - تاريخ الجلسة 1 / 2 / 1958 - تاريخ الفتوى 1 / 2 / 1958.

وفتواها أيضاً بأن «لا يتضمن القانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة، نصاً صريحاً يقتضي بأيلولة موجودات المرافق العامة التي تدار بطريق الالتزام إلي الدولة بدون مقابل عند انقضاء مدة الامتياز. وما نصت المادة الثانية من هذا القانون من أنه «لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانع الالتزام، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال...» لا يكفي وحده لتقرير حق الدولة في الاستيلاء دون مقابل على موجودات المرفق في نهاية مدة الالتزام، ذلك أن ما ذهب إليه المشرع من خصم مقابل استهلاك المال من الأرباح التي يبلغها المرفق ولا يعدو أن يكون تقريراً للقواعد العامة في الاستغلال التجاري أما تنظيم كيفية أيلولة موجودات المرافق العامة عند نهاية مدة الالتزام فأمر موضوعي محض، يتعين الاتفاق عليه سلفاً سبين السلطة مانحة الالتزام والملتزم، ومن ثم فلا وجه لانتقال الملكية للحكومة بالمجان، ما لم يقر على ذلك نص في عقد

الالتزام». راجع الفتوى رقم 2372 تاريخ الجلسة 4/6/1955 تاريخ الفتوى 4/6/1955.

فيوضع ما ورد بالفتويين إلى حوار بعضهما البعض يتبين أن المشرع فرق بين جزائي الإسقاط والاسترداد ثم قرر أن لا يترتب علي نهاية مدة الالتزام أبلولة المرفق موضوع الالتزام دون تعويض فما بالنأ بالإنهاء المبتسر للعقد عن طريق استرداده، كما أن التعويض يجب من وجهة نظرنا حتى ولو لم ترتكب الإدارة خطأ من جانبها، حتى لا تترتب الإدارة علي حساب المتعاقد دون سبب.

وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية من أن «للمتعاقدين مع الإدارة أن يطلب الحكم بالتعويض عما قد يلحق به من أضرار نتيجة الإجراء غير المشروع من جانب الإدارة- يمثل ذلك خطأ عقديا- التعويض يشمل الأضرار المادية والأدبية بشرط أن تكون ثابتة بثبوتها يقينا منعا للإثراء بلا سبب علي حساب الإدارة- التعويض يشمل كذلك ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب» راجع ال طعن رقم 4682 لسنة 35 ق.ع جلسة 26/4/1994.

71 - أنظر في ذلك تفصيلاً د. سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 66، وما بعدها.

72 - راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 13808 لسنة 51 ق.ع جلسة 6/1/2007.

73 - «..... إلا أن هذا الأصل لا يؤخذ به على إطلاقه ولا يسوغ إعماله إلا في الحالات التي يكون فيها المتعاقد مع الإدارة في موقف يسمح له بالاستمرار في تنفيذ العقد دون ضرر جسيم يصيبه كما في حالة توقف الجهة الإدارية عن سداد مستحقاته لمدة تتجاوز القدر المعقول مما يؤدي إلي اضطراب موقفه المالي بطريقة يحد من قدرته على الاستمرار في التنفيذ خلال الموعد المتفق عليه، ففي هذه الحالة لا وجه للقول بإلزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ لما في ذلك من مخالفة واضحة لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ومبادئ العدالة خاصة إذا كانت المبالغ التي توقفت الجهة الإدارية عن سدادها كبيرة ومن شأنها التأثير على الموقف المالي للمتعاقد وفي ظل افتراض ملاءة الجهة الإدارية والتزامها قانوناً بالإعداد المسبق فنياً ومالياً لاحتياجاتها وما تبرمه من عقود لإنجازها وهو ما يستتبع فرضها على توافر التمويل المالي أو على الأقل ضمان توفيره خلال مدة الإنجاز»، راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 13448 لسنة 50 ق.ع جلسة 24/11/2009.

74 - تتولي عقود الامتياز تحديد الرسوم التي يجوز للملتزم تقاضها من المنتفعين. كما تتضمن أيضا دفاتر الشروط الملحقة بعقود الامتياز وضع ضوابط وأسس تحديد الرسوم المقررة للملتزمي المرافق العامة، وقد جرت العادة أن تتولي الإدارة تحديد الرسم بنفسها بعد استشارة الملتزم، وإن كانت هذه الاستشارة لا تصبغ الطابع التعاقدية علي الشروط المتصلة بتحديد الرسم، وبالتالي يلتزم الملتزم بقوائم الأسعار المحددة في وثيقة الامتياز أو في دفاتر الشروط الملحقة بها، وليس له أن يعدل فيها بغير موافقة الجهة مانحة الامتياز؛ إلا أنه قد تتضمن الوثائق الملحقة بعقود الامتياز تخويل الملتزم بالحق في زيادة الرسوم المقررة وذلك بنسب معينة ووفقا لضوابط خاصة يتم الاتفاق عليها بموجب هذه الوثائق. وفي هذه الحالة يتمتع الملتزم بحرية تعديل الرسم في الحدود المنصوص عليها في تلك الوثائق؛ أما في حالة عدم وجود نص صريح يخول الملتزم الحق في تعديل الرسم علي النحو السابق، راجع في ذلك بالتفصيل د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص 378، وما بعدها.

75 - د. محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 511، د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص 249.

فقد جري نص المادة 2 من القانون رقم 129 لسنة 1947 علي أن "يكون لمنح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية علي الأسس التي تحدد في وثيقة الالتزام"، وقد جاء نص المادة 5 منه علي أن "لمنح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أوقواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل"، وما نصت عليه المادة 1/671 من القانون المدني المصري علي أن "يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلي العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا علي ما يخالفها".

وقد ورد في القانون المدني الجزائري في المادة 8 من الفصل الأول المكرر الخاص بعقد التسيير والمضافة بالقانون 89-01 المؤرخ في 7 فبراير 1989 علي أن: يحدد أجر التسيير في العقد، ويجب أن يكون مطابقا للأعراف المكرسة في هذا المجال.

ويعد من أهم الانتقادات التي وجهت لنظام امتياز المرفق العام هو ارتفاع ثمن الخدمة المؤداة إلى الجمهور، لأن صاحب الامتياز يرمي إلي تغطية الأعباء التي تكبدها، واستهلاك الأصول التي خصصها، وتحقيق الأرباح التي يهدف إليها، أ. أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص 77.

76 - د. سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 69، 70.

77 - د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص 386.

78 - كما نص في المادة 3 من القانون رقم 129 لسنة 1947 بأن "لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانع الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال. وما زاد علي ذلك من صافي الأرباح يستخدم أولاً في تكوين احتياطي خاص للسنوات التي تقل فيها الأرباح عن عشرة في المائة. وتقف زيادة هذا الاحتياطي متى بلغ ما يوازي عشرة في المائة من رأس المال. ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد في تحسين وتوزيع المرفق العام أو خفض الأسعار حسبما يري ما تح الالتزام".

وقد بررت المذكورة الإيضاحية للقانون وضع حد أقصى لأرباح الملتزم بقولها «يجب أن يكون هذا المبلغ الحد الطبيعي لجزء الملتزم إذ لا يجوز أن يطمع كما هو الحال في المشروعات الصناعية أو التجارية في أرباح غير محدودة، فإن استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التي تكون لمثل تلك المشروعات حيث يجب أن يقابل أخطارها الكبرى الأمل في أرباح لا تكون دون تلك الأخطار كبرا وقدرها والحق أن الملتزم يتمتع بمركز ممتاز فإن له غالباً احتكارا بحكم القانون أو الواقع يقيه المنافسة ومن جانب آخر فإن نظرية الظروف غير المتوقعة التي تقرها المادة الخامسة (من القانون) تجعل الملتزم بمنجاة من الأخطار الكبرى التي تنتج عن

حوادث لم يكن يستطيع توقعها والتي تجعل استغلال التزام المرفق العام يعود عليه بالخسارة. وأخير فقد استقر الرأي في السنوات الأخيرة علي وجه الخصوص في الفقه الفرنسي علي أن ما في التزام المرافق العامة من صفة المصلحة العامة وما له من وثيق الاتصال بها لا يسمح للملتزم أن يجنى من استغلالها أرباحا باهظة يقع ضررها علي الأخص علي المنتفعين بها»، راجع في ذلك د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص 380، 381.

79 - ومن أمثلة هذه المزايا أن تتعهد الإدارة بتقديم قرض للملتزم أو غير ذلك من التسهيلات المالية، أو تقدم قطعة أرض معينة يقيم عليها المرفق، أو تلتزم بعدم التعاقد مع الغير أو الترخيص له في ممارسة ذات النشاط الذي يقوم به المرفق، أو ضمان حد أدنى من الأرباح، وغير ذلك من الشروط التي لا يجوز للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة، راجع د. محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 512. د. سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 71.

وهو ما نراه يتوافق مع المادة 4 من القانون المدني الجزائري الفصل الأول المكرر الخاص بعقد التسيير والمضافة بالقانون 89-01 المؤرخ في 7 فبراير 1989 والتي تنص علي أن: تضع المؤسسة العمومية الاقتصادية أو الشركة المختلطة الاقتصادية تحت تصرف المسير الوسائل اللازمة لأداء مهمته وتعد جميع التأمينات التي تحفظ وتصون الملك المسير.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «التزام الحكومة بمقتضى عقد الامتياز بعدم الترخيص بكازينوهات مماثلة يرتب على الشركة صاحبة الامتياز التزاما بإقامة المنشآت المنصوص عليها في العقد بالمنطقة محل عقد الامتياز - حظر الترخيص بإقامة كازينوهات مماثلة بهدف إلى حماية نشاط الشركة صاحبة الامتياز من المنافسة - عدم قيام الشركة صاحبة الامتياز بتنفيذ التزامها بإقامة المنشآت المبينة بالعقد يرتب عليه انتفاء التزام الحكومة بالامتناع عن الترخيص بإقامة منشآت مماثلة في المناطق المحددة بعقد الامتياز» راجع الطعن رقم 636 لسنة 30 ق.ع جلسة 1986/2/1.

80 - د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص 401.

81 - راجع د. محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 513. د. سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 71، أ. نعيمة أكلي، مرجع سابق، ص 118، وما بعدها.

ومن الفقه الأجنبي:

.Rivero Jean, Waline Jean: Droit administratif, Dalloz, 2000, p398.

وهو ما أشار له المادة السادسة من القانون رقم 129 لسنة 1947.

وقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن «نظرية التوازن المالي للعقد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري للمصلحة العامة بإصلاح ما يحدث للعقد الذي هو طرف فيه»، راجع الطعن رقم 10242 لسنة 50 ق.ع جلسة 2008/3/16.

82 - د. محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 512، 513، أ. نعيمة أكلي، مرجع سابق، ص 117.

83 - راجع في ذلك:

.Braibant Guy: Le droit administratif Français, 3^e édition, PFN, Dalloz, Paris, 1992, p160.

، وراجع د. محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 525، 526. د. سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 72، 73، أ. نعيمة أكلي، مرجع سابق، ص 136، 137.

84 - إلا أننا نرى أن الفقه الذي رفض فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس لمطالبة المنتفعين بحقهم قبل الملتزم لم يقرأ جيدا نصوص القانون المدني والتي ردت علي كل النقد الذي وجهه هذا الفقه لهذه النظرية والتي لازالت من وجهة نظرنا تمثل الأساس القانوني القوي الذي يمكن أن يرتكز إليه المنتفعين بالمرفق العام عند مطالبة الملتزم بتنفيذ التزامه قضائيا، حيث جاء نص المادة 154 من القانون المدني المصري لينص علي أن: 1- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه علي التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

2- ويرتّب علي هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق علي خلاف ذلك. ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد.

3- ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك.

وما نصت عليه المادة 156 من القانون من أن: يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلية، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعين وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشاركة.

وهذان النصان وردا بالقانون المدني الجزائري بذات المباني والمعاني في المادتين 116، 118 منه.

85 - راجع د. محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 523، 524. د. سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 73، وما بعدها.

ويستند المنتفعين في ذلك إلي ما نصت عليه المادة 669 من القانون المدني المصري التي جري نصها علي الآتي: ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه

- مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل علي الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي تقبضه وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين.
- وما نصت عليه المادة 670 من ذات القانون والتي جري نصها علي أن: أ- إذا كان ملتزم المرفق محتكراً له احتكاراً قانونياً أو فعلياً وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات العامة أو في تقاضي الأجر.
- ب- ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي علي تخفيض الأجر أو الإعفاء منها، علي أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام. ولكن المساواة تحرم علي الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين.
- ج- وكل تمييز يمنح علي خلاف ما تقضي به الفقرة السابقة. يوجب علي الملتزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب علي هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة.