

الفصل الأول :

ماهية عقد الامتياز

تلجأ الإدارة عادة في الاضطلاع بالأعباء العامة بإنتهاج أسلوبين : القرار الإداري والعقد الإداري ، وهذا الأخير يعتبر تصرفا قانونيا أخضعه المشرع للقواعد العامة لإبرام العقود الواردة بموجب القانون ، لكن ولكون أن الأمر مرتبط بالمصلحة العامة فقد خول المشرع للإدارة خلال إبرامها لعقود إدارية تضمينها بشروط إستثنائية تتلاءم وخصوصية هذه العقود ، ويعتبر عقد الامتياز من أهم العقود الإدارية الوثيقة بتسيير المرفق العمومي والذي يعتبر الصورة الأكثر شيوعا في تفويض المرفق العام في الجزائر ونظر لعدم تدخل المشرع لتنظيمه بنص خاص تظهر أهمية هذا الفصل من خلال التطرق إلى :

المبحث الأول : مفهوم عقد الامتياز .

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الامتياز وتمييزه عن بعض العقود المشابهة .

المبحث الأول : مفهوم عقد الامتياز

تبنت الجزائر نظام الامتياز بعد الإستقلال ، لتتراجع في السبعينات وتعود في قانون المياه 17-83 وتتسع النصوص القانونية المنظمة له في عدة مجالات منذ سنة 1989 ، ويعتبر هذا النوع من العقود الطريقة الجديدة القديمة هدفها الزيادة في المردودية ونوعية الخدمة العمومية المقدمة ، حيث أن إعتماده مؤخرا تم على وجه مغاير لما كان عليه ، إذ بعد ما كان أسلوبا إستثنائيا للتسيير أضحى من أساليب التسيير الليبرالي للمرفق العام وتماشيا مع سياسة الإصلاح الإقتصادي التي إنتهجتها الدولة منذ مطلع الثمانينات والإصلاح الإداري على ضرورة تغيير النظرة حول الدور التقليدي للدولة من متدخلة إلى حارسة مواكبة للتحول¹ ، وعليه سنتناول من خلال هذا المبحث تعريف عقد الامتياز في المطلب الأول ثم خصائص وأركان عقد الامتياز في مطلب ثاني .

المطلب الأول : تعريف عقد الامتياز

نتعرض من خلال هذا المطلب إلى التعريف الفقهي لعقد الامتياز ثم من خلال بعض النصوص القانونية والتنظيمية المنظمة لعقد الامتياز .

الفرع الأول : التعريف الفقهي لعقد الامتياز

هناك عدة تعاريف فقهية تناولت عقد الامتياز فعرفه الدكتور سليمان الطماوي :

¹ - نادية ضريفي ، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة ، دار بلقيس ، الدار البيضاء ، الجزائر ، ص 161 .

" هو عقد إداري يتولى الملتزم فردا أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق إقتصادي وإستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين ، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرفق العام " ¹.

و تطرق أيضا لتعريف هذا العقد الدكتور عمار بوضياف : بأنه اتفاق يجمع بين الإدارة المعنية والملتزم يتعهد بمقتضاه هذا الأخير فردا كان أو شركة بإدارة مرفق إقتصادي وإستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين ².

من خلال هذين التعريفين نجد أنهما حصرا عقد الامتياز على المرافق الإقتصادية فقط دون المرافق الإدارية كما أنهما لم يشيرا إلى مدة الامتياز التي تعتبر من العناصر المهمة في عقد الامتياز ، كذلك الامتياز حسب هذين التعريفين يمنح للأشخاص الخاصة من الأفراد والشركات دون الأشخاص العامة.

ويعرف الأستاذ أحمد محيو الامتياز " هو أسلوب تسير ، يتولى من خلاله شخص (شخص خاص بصورة عامة) يسمى صاحب الامتياز ، أعباء مرفق خلال فترة من الزمن ، فيتحمل النفقات ، ويتسلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق " ³ .

هذا التعريف يهمل الطابع التعاقدي للامتياز ، ولا يركز على طبيعة مهام مسير المرفق (الاستغلال ، البناء ، التجهيز) ⁴.

¹ - سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى سنة 1999 ، مصر ، ص 108 .

² - عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، جسور للنشر والتوزيع الطبعة الرابعة ، المحمدية - الجزائر ، ص 101 ، 102 .

³ - أحمد محيو ، (ترجمة محمد صاصيلا) ، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1985 ، ص 440 .

⁴ - نادية ضريفي ، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة ، المرجع السابق ، ص 162 .

أما الدكتور ناصر لباد فقد عرفه : عقد أو اتفاق ، تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا (فرد) أو شخصا معنويا من القانون العمومي (بلدية مثلا) أو من القانون الخاص يسمى صاحب الامتياز بتسيير و استغلال مرفق عمومي لمدة محددة ، ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله و متحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك وفي مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مبلغ مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق.¹

أما من خلال هذا التعريف فنجد أنه قد تضمن كافة عناصر عقد الامتياز التي يمكن توفرها فيه .

أما في فرنسا فقد تناول الأستاذ جوال كرباجو عقد الامتياز وعرفه بأنه " ذلك الاتفاق الذي يقوم بموجبه شخص عام يسمى مانح الامتياز ، بتفويض شخص طبيعي أو معنوي خاص أو في بعض الحالات شخص عام يدعى صاحب الامتياز ، ضمان تسيير مرفق عام بكل مخاطره وتحت رقابة السلطة مانحة الامتياز ، ويتلقى أجره المتمثل أساسا في الإتاوة المقدمة من المرتفعين ، مقابل الخدمة التي استفادوا منها ، ويتكفل صاحب الامتياز كذلك بانجاز المنشآت الضرورية لتوظيف وعمل المرفق " ².

¹ - ناصر لباد ، الوجيز في القانون الإداري ، دار المجد للنشر والتوزيع ، الطبعة الرابعة ، سنة 2010 ، الجزائر ، ص 220 .
² - joel carbajo , droit des services publics , 3 eme édition , dalloz , paris , 1997 , p82 .

إن هذا التعريف يحمل أهم عناصر تعريف الامتياز بالإضافة أنه تناول فكرة مهمة وهي إنجاز المنشآت الضرورية أي مجموع الاستثمارات التي تكلف صاحب الامتياز بها في إطار هذا العقد.

الفرع الثاني : التعريف القانوني لعقد الإمتياز

تناول المشرع الجزائري عقد الامتياز في عدة نصوص قانونية وتنظيمية نذكر منها :

في قانون المياه لسنة 1983 عرفته المادة 21 منه : يقصد بالامتياز في مفهوم هذا القانون هو عقد من عقود القانون العام تكلف بموجبه الإدارة شخصا إعتباريا قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام ، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يمنح الامتياز إلى لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية¹.

من خلال هذا التعريف لا يمكن منح الامتياز إلا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية وهذا يعكس تصورا إديولوجيا معيناً (الإشتراكية) وتقديس القطاع العام وهيمنته على المرافق العمومية².

وقد تم تعديل هذا القانون بعد التحولات التي عرفت الجزائر من خلال الأمر رقم 96 - 13 وذلك بإشراك أطراف أخرى للمشاركة في تسيير الخدمات العمومية بعد الصعوبات التي عرفها القطاع العام وعجزه في تسيير وذلك من خلال المادة 04 المعدلة للمادة 21 السالفة الذكر : عقد من

¹ - القانون 17/83 ، المرجع السابق ، ص 98 .

² - نادية ضريفي ، تسيير المرفق العام والتحولات الجديدة ، المرجع السابق ، ص 164 .

عقود القانون العام ، تكلف الإدارة بموجبه شخصا إعتباريا عاما أو خاصا قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية¹ .

وشهد تعريف الامتياز المتعلق بالمياه تطورا ملحوظا خاصة بعد صدور القانون 12/05 المتعلق بالمياه ، ليكرس الامتياز بحيز أكبر وتخصيص أكثر وحتى بمواد أكثر ، حيث تنص المادة 71 على أن الإمتياز هو طريقة لإستعمال الموارد المائية ويعرف الامتياز ويجعله وسيلة لإستعمال الموارد المائية التابعة لأملاك العمومية الطبيعية للمياه ، وهو عقد من عقود القانون العام مع شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو خاص هدفه تسيير الموارد المائية وإستغلالها طبقا لدفتر الشروط².

أما القانون 10 - 03 الذي يحدد شروط وكيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة بالدولة فقد عقد الامتياز : هو عقد الذي تمنح الدولة بموجبه شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص المستثمر صاحب الامتياز حق إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة كذا الأموال السطحية المتصلة بها ، بناءا على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها (40) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية ، تضبط كيفيات تحديدها وتحصيلها بموجب قانون المالية³.

¹ - الأمر رقم 13/96 ، المؤرخ في 15/06/1996 ، يتضمن المياه ، جريدة رسمية عدد 37 ، الصادرة بتاريخ 15/06/1996 ، ص 04 .

¹ - القانون 12/05 ، المؤرخ في 04 أوت 2005 ، يتضمن قانون المياه ، الجريدة الرسمية عدد 60 ، الصادرة في 04 سبتمبر 2005 ، ص 12 .

³ - القانون رقم 03/10 ، مؤرخ في 15 أوت 2010 ، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة ، جريدة رسمية عدد 46 ، الصادرة بتاريخ 28 أوت 2010 ، ص 14 .

وكذلك عرف المرسوم التنفيذي رقم 96 - 308 المتعلق بمنح إمتيازات الطرق السريعة من خلال المواد 1 ، 2 ، 3 ، 4 : يخضع إنجاز الطرق السريعة وملحقاتها وتسييرها وصيانتها وأشغال تهيئتها أو توسيعها لمنح الإمتياز يمكن منح إمتياز الطريق السريع لكل شخص معنوي خاضع للقانون العام والخاص الذي يقدم طلبا بذلك ، وفق شروط وتعليمات دفتر الشروط النموذجي ويكون منح هذا الإمتياز موضوع إتفاقية بين الوزير المكلف بالطرق السريعة الذي يتصرف لحساب الدولة والملتزم يصادق على إتفاقية منح الإمتياز الخاص بالطرق السريعة بمرسوم يتخذ من مجلس الحكومة ونشر لإتفاقية منح الامتياز ودفتر الأعباء المتعلق بها في الجريدة الرسمية¹.

هذا المرسوم أعطى للامتياز بعده الحقيقي ، انجاز ، استثمارات وتسيير مرفق عام².
أما التعليم رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها فقد تناولت موضوع الإمتياز بمفهوم أدق : .. وهو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام وإستغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز "الملتزم" على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته ، وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق³.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 308/96 ، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 ، يتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة ، جريدة رسمية عدد 55 ، الصادرة في 25 سبتمبر 1996 ، ص 08 .

² - نادية ضريفي ، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة ، المرجع السابق ، ص 167 .

³ - التعليم 842/03.94 ، المرجع السابق ، ص 03 .

وتعتبر هذه التعليمات هي الأولى من نوعها التي وضعت نظام قانوني لامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها ولم يسبق في ذلك أي نص قانوني آخر ، والملاحظ أن صاحب الامتياز بالنسبة للتعريف الذي وضعته هذه التعليمات يقتصر على الخواص وبذلك يختلف عن القوانين والمراسيم السابقة ، أما بالنسبة لمدة الامتياز فقد حددتها التعليمات من بين 30 إلى 50 سنة ونفس الملاحظة بالنسبة لمدة الإيجار حيث جعلت مدته 12 سنة كحد أقصى¹ .

المطلب الثاني : خصائص وأركان عقد الامتياز

لعقد الامتياز نظام خاص يميزه عن غير من العقود الإدارية وطرق إدارة المرافق العامة كما أنه يقوم على أركان موضوعية تشترك مع سائر العقود ، غير أن هذه الأركان تتميز ببعض الخصوصية تتناسب وطبيعة العقد .

الفرع الثالث : التعريف القضائي لعقد الإمتياز

جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري² الصادر في 9 مارس 2004 قضية رقم 11950 فهرس رقم 11952 ما يلي : " أن عقد الامتياز التابع لأمالك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل ، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأمالك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه " .

¹ - بن مبارك راضية ، التعليق على التعليمات 842/03.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية وتأجيرها ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، بن عكنون 2002/2001 ، ص 44 .

² - قرار رقم 11950 فهرس رقم 11952 ، الصادر عن الغرفة الثالثة ، مجلة مجلس الدولة ، (قضية بين شركة نقل المسافرين ريع جنوب ورئيس بلدية وهران) .

من هذا التعريف يتضح لنا أن مجلس الدولة اعترف صراحة بالطابع الإداري والطابع العام لعقد الامتياز بما يخوله من سلطات استثنائية لجهة الإدارة تمارسها تجاه الطرف المتعهد .

الفرع الأول : خصائص عقد الامتياز

يتميز عقد الامتياز بجملة من الخصائص والمميزات التي نوجزها فيما يلي :

أولاً : عقد الامتياز عقد إداري :

يعتبر عقد الامتياز عمل إداري ينتج عنه إلتزامات متبادلة بالنسبة للشخص العام مانح الامتياز من ناحية وبالنسبة لصاحب الامتياز من ناحية أخرى ، فهذا الأخير ملزم ببناء وإستغلال وتسيير المرفق العام طوال مدة الامتياز والسلطة المانحة ملزمة بتمكينه من تشغيل هذا المرفق العام ومن الحصول على مقابل مالي يتحصل عليه من المنتفعين ، وهذا يعني أن امتياز المرفق العام هو عقد ملزم للطرفين ، يتضمن إلتزامات متبادلة ، ولا ينفي صفة العقد عن الامتياز تمتع السلطة المانحة بحق تعديل البنود التنظيمية ، لأن وجود إرادتين و إلتزامات متبادلة بين الطرفين يعني حتما وجود الصفة التعاقدية ، وما حق السلطة الإدارية في تعديل بعض بنود العقد من طرف واحد إلا أحد الامتيازات التي تملكها ، والتي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة¹ ، وذلك ضمن الضوابط والقيود التي تفرض المحافظة على التوازن المالي للعقد .

¹ - مروان محي الدين القطب ، طرق خصخصة المرافق العامة ، الامتياز الشركات المختلطة . BOT . تفويض المرفق العام ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، سنة 2009 ، لبنان ، ص 81 .

ولقد إعتبر المشرع الجزائري عقد الامتياز عقد إداري وهذا مانصت عليه المادة 17 من المرسوم التنفيذي 152-09 : يكرس الامتياز الممنوح ... بعقد إداري تعهده إدارة أملاك الدولة مرفقا بدفتر الشروط معد طبقا للنماذج الملحقة بهذا المرسوم و تحدد بدقة برنامج الإستثمار وكذا بنود وشروط منح الامتياز يجب أن يتضمن عقد الامتياز تحت طائلة البطلان منع التنازل أو الإيجار من الباطن للامتياز قبل إتمام المشروع¹.

ثانيا : موضوع عقد الامتياز

كان الامتياز في السابق يقتصر على المرافق العامة الصناعية والتجارية إلا أن تطور المرافق العامة الإدارية التي تدار من قبل الأفراد ، أظهر إمكانية وجود إمتياز مرفق عام إداري وصدر في فرنسا في عام 1970 ، قانون يتعلق بإدارة المرافق العامة الإستشفائية وفقا لعقود الامتياز ولهذه المرافق الطابع الإداري².

لكن هناك الكثير من الفقهاء من يرى أن عقد الامتياز لا ينصب إلا على مرفق عام صناعي أو تجاري و يرجعون ذلك بكون أن :

- القطاع الخاص يهدف إلى تحقيق الربح وهذا ما لا يتوفر في المرافق العامة الإدارية وبالتالي لا تسهويه الإستثمار في مثل هذه المرافق³ .

- الإدارة ليست مهياة بطبيعتها لممارسة الأنشطة التجارية و الصناعية فالوسائل الفنية تنقصها و ذلك بعكس المشروعات التي تستطيع أن تمارسها بكل اقتدار، و عقد الامتياز كفيل بأن

¹ - المرسوم التنفيذي 152-09 ، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية ، الجريدة الرسمية العدد 27 ، ص 6 .

² - مروان محي الدين القطب ، المرجع السابق ، ص 81.

³ - عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 104 .

يحفظ للنشاط صفته كمرفق عام و في نفس الوقت يمكن للإدارة من أن تعهد إلى متعاقدين خواص بممارسته¹ .

أمام القوانين الجزائرية لم تحدد نوعية المرافق العمومية القابلة لأن تكون محل إمتياز وبقيت عامة ، قابلة لأن تكون محل إمتياز كل من المرافق الإدارية والصناعية والتجارية كما هو الحال في فرنسا² .

و يعهد عقد الامتياز إلى شخص طبيعي أو معنوي بتسيير مرفق عام وإستغلاله وبناء المنشآت الضرورية لتسيير المرفق وكذا التجهيزات اللازمة لإستغلاله فصاحب الامتياز لا يقتصر دوره على التسيير بل يتعداه إلى إنشاء المرفق في حد ذاته ثم إدارته وإستغلاله لتحصيل ما أنفقه في البناء³ .

وإدارة صاحب الامتياز للمرفق العام لا تعني إمتلاكه للمرفق أو السيطرة عليه وإنما تعني تشغيله وإستثماره ، كما أن شروط وطبيعة عقد الامتياز تؤكد ذلك ، فهو عقد مؤقت خاضع لرقابة السلطة الإدارية ، ويخضع صاحب الامتياز عند تسيير وإستغلاله للمرفق العام للمبادئ العامة المتعلقة بتشغيل وإدارة المرافق العامة ومن أهم هذه المبادئ : تأمين إستمرارية المرفق العام ، وتأمين المساواة بين المنتفعين من خدمات المرفق العام ، وكذا صلاحية الإدارة

¹ - حسين عثمان محمد ، أصول القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، سنة 2004 ، ص 469 .

² - نادية ضريفي ، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة ، المرجع السابق ، ص 168

³ - نادية ضريفي ، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة ، المرجع السابق ، ص 168 .

المانحة للامتياز حق تعديل أنظمة المرفق العامة من أجل تأمين المصلحة العامة وهذا المبدأ يتعلق بنود العقد التي تكون لها الطابع التنظيمي وعلى صاحب الامتياز الخضوع لها ¹.

ثالثا : حصول صاحب الامتياز على إيتاوات أو رسوم من المنتفعين

يشكل حصول صاحب الامتياز على إيتاوات أو رسوم من المنتفعين أحد المعايير التي تميز عقد الامتياز عن غيره من العقود ، فيهدف هذا الأمر إلى تغطية أعباء تسيير وإستغلال المرفق وحصول صاحب الامتياز على مقدار من الربح المعقول .

واعتبر مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه المتعلق بعقد مبرم بين إحدى النقابات وشركة تتولى إستثمار محطة تكرير حيث لم يتضمن وجود إتاوات أو رسوم تحصل عليها الشركة من المستفيدين ، وإنما يوجد ثمن يدفع من قبل النقابة لذلك اعتبر مجلس الدولة أن العقد ليس عقد امتياز ².

رابعا : عقد الامتياز عقد زمني طويل المدة

يتميز عقد الامتياز بطول المدة الزمنية المحددة لتنفيذ العقد ويراعى في ذلك أن تكون مدة الامتياز كافية لتغطية نفقات المشروع وذلك للسماح للملتزم صاحب الإمتياز بقدر معقول من الربح ³ .

¹ - مروان محي الدين القطب ، المرجع السابق ، ص 81.

² - أنظر ، مروان محي الدين القطب ، المرجع السابق ، ص 82 .

³ - ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، 2000 ، 38 .

فقد نصت التعليمات 842/03.94 ، المتعلقة بامتياز وتأجير المرافق العمومية المحلية على

أن مدة الامتياز بين ثلاثون سنة إلى خمسون سنة¹.

فتحديد المدة الزمنية بالنسبة للامتياز دليل على أنه ليس مؤبد وأن المرفق العام يرجع للإدارة وهذا ما يجعله ورغم طول مدة إستغلاله من طرف الخواص يحتفظ المرفق العام ، لأنه الهدف من الامتياز ليس التنازل عن طريق المرفق العام فهو مجرد طريقة للتسيير المرفق يمكن للإدارة أن تتراجع عنها².

الفرع الثاني : أركان عقد الامتياز

يقوم عقد الامتياز على مجموعة من الأركان تثبت قيامه وتكوينه فباعتباره رابطة قانونية تنشأ عن طريق إتجاه إرادتين السلطة مانحة الامتياز والملتزم صاحب الامتياز وإتفاقهما نحو إحداث أثر قانوني من خلال تبادل الإيجاب والقبول والذي ينصب على تسيير وإدارة مرفق عام ويفترض في كل إلزام أن له سبب مشروعاً ويتم كل ذلك بموجب وثيقة رسمية تتضمن جميع الأحكام المتعلقة بتسيير المرفق وضمان أداء خدمة وسنعرض ذلك فيما يلي :

أولاً : الرضا

¹ - التعليمات 842/03.94 ، المرجع السابق ، ص 07 .

² - بن مبارك راضية ، المرجع السابق ، ص 45 .

تناوله المشرع الجزائري في القانون المدني في المواد 59 وما بعدها ، ويقصد به إتجاه إرادتين وإتفاقهما نحو إحداث أثر قانوني¹ ، بحيث لا يكون هناك عقد إلا إذا تلاقى إيجاب وقبول من الإدارة والمتعاقد معها ، فذلك جوهر الرابطة ، وبمرور الزمن لم ينحصر العقد في توافق الإرادتين بل هو إتفاق يلتزم به المتعاقدان وهذا مانصت عليه المادة 54 من القانون المدني الجزائري على أنه العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرون بمنح ، أو فعل ، أو عدم فعل شئ ما² .

ويشترط لسلامة الرضا ، أن يكون صادرا عن جهة إدارية مختصة بالتعاقد وضمن صلاحياتها المالية ، وإذا اشترط القانون شكلية معينة لصور تلك الإرادة فيجب أن تتوفر إبتداءا ، كأن يكون التعبير عن الإرادة صادرا عن لجنة مختصة بالتعاقد ، أو هناك إجراءات تمهيدية لإبرام العقد ، حتى ولو كانت تلك الإجراءات بسيطة فيجب أن تتبعها الإدارة لأنها في الحقيقة هي التي تبعث على إتخاذ الطمأنينة فيما بعد على سلامة التعبير عن رضاها.

وعلى غرار عقود القانون الخاص ، فإن سلامة الرضا في عقد الامتياز تستلزم ماتصح به عقود القانون الخاص خلوها من عيوب الرضا المعروفة ، و قد عالج المشرع الجزائري في القانون المدني موضوع سلامة الرضا في المواد من 81 إلى 91 .

ثانيا : المحل

¹ - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 19 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم ، المؤرخة في 26 سبتمبر سنة 1975 ، ص ، 12 .

² - الأمر رقم 75 - 58 ، نفس المرجع ، ص 11 .

يعرف المحل في الإلتزام بأنه الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به أو بعدم القيام به ويفهم من ذلك أن محل العقد هو موضوعه والذي في الحقيقة موضوع الإلتزام الناشئ عن العقد ، وفي عقد الامتياز ينصب المحل في إدارة مرفق عام ويراعى فيه أن يكون مرفقا قابلا للتفويض وأن يقتصر محل العقد على إدارة وإستغلال المرفق لا نقل ملكيته¹ ، ومثلما هو الحال في العقود المدنية ، فإن شروط الواجب توفرها في محل العقد هي :

1 - أن يكون ممكنا أو شيئا موجودا أو قابلا للوجود.

2 - أن يكون معيننا تعيينا نافيا للجهالة.

3 - أن يكون مشروعاً أو شيئاً مما يجوز التعامل به .

غير أنه إذا كان محل الإلتزام مخالفا للنظام العام ، أو الآداب العامة ، كان العقد باطلا.

ثالثا : السبب

وهو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إلتزامه².

وهو بذلك يتميز عن محل العقد حيث يقصد بالأخير الإجابة على التساؤل بماذا تعاقد ؟ ... أو بماذا التزم ؟ بينما السبب هو الإجابة عن لماذا تعاقد ... أو لماذا إلتزم ؟ ، وهذا معناه أن

¹ - أكلي نعيمة ، النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون فرع : قانون العقود ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، تاريخ المناقشة 2013/12/12 . ص 45 .

² - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء السابع ، المجلد الأول ، منشأة المعارف الإسكندرية سنة 2004 ، ص 413 .

السبب يعني الباعث أو الدافع إلى التعاقد بعد أن كان يقصد به أن التزام كل طرف هو سبب التزام الطرف الآخر¹.

وفي عقد الامتياز فغرض الإدارة مانحة الامتياز هو تحقيق المنفعة العامة وإشباع حاجات الجمهور ، في حين أن سبب التزام الملتزم هو تحقيق أقصى ربح ممكن .

رابعا : الشكل

إذا كانت القاعدة العامة في العقود أنها تقوم على مبدأ سلطان الإرادة ، بمعنى أن التراضي على شروط العقد وبنوده يعد كافيا لتقام الرابطة التعاقدية ، فإن هذا الأصل العام ترد عليه بعض القيود ، حيث أخضع المشرع بعض العقود لضرورة إفراغها في قالب رسمي نظرا لخطورتها على مصالح الطرفين ، ومن هذه العقود نجد عقد الامتياز ، حيث أن إدارة أحد المرافق للقطاع الخاص أوجب في المشرع أن يتم بموجب وثيقة رسمية تشمل على كافة الأحكام المتعلقة بتسيير المرافق ثم وضعها من قبل الإدارة وهو ما يسمى بالشروط اللائحية أو دفاتر الشروط مقابل إلتزام صاحب الامتياز بهذا الشرط دون حق تعديلها من قبل التعاقد مع الإدارة² ، مما يجعل هذا العقد أقرب إلى عقود الإذعان .

¹ - أحمد سلامة بدر ، العقود الإدارية و عقود البوت B-O-T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 2003 ، ص 56 .

¹ - عمار بوضياف ، عقد الامتياز ودوره في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص ، الأكاديمية المفتوحة لكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الدراسات العليا . ص 156 .

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الامتياز وتمييزه عن غيره من العقود

المشابه له .

إن التطرق إلى الطبيعة القانونية لعقد الامتياز ، يعني التفتيش ضمن أية فئة من الأعمال القانونية يمكن إدراجه ، فهل عقد الامتياز ذو طابع تنظيمي في يد الشخص العام يخضع لإرادته المنفردة أم أنه ذو طابع تعاقدى يعتمد على إتفاق إرادتين يكونان عقدا بالإرادة المشتركة بينهما.

خاصة و أن عقد الامتياز يؤطر علاقة ثلاثية ، الإدارة مانحة الامتياز وصاحب الامتياز و المرتفقين ، و يؤطر المصلحة العامة التي يهدف لها المرفق العام والربح الذي يبحث عنه المتعاقد مع الإدارة¹.

كما أن تعدد أشكال مساهمة القطاع الخاص في المشاريع العمومية ، وبالتالي تعدد طرق التسيير مما قد يؤدي إلى حدوث لبس بين عقد الامتياز والعقود المشابه له ، لذا لا بد من تمييز عقد الامتياز عن بعض العقود المشابه له وذلك بمحاولة إظهار مختلف الخصائص التي تنفرد بها تلك العقود .

¹ - نادية ضريفي ، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية حالة عقود الإمتياز ، أطروحة دكتوراه في القانون ، قسم القانون العام ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر 1 ، بن يوسف بن خدة ، سنة 2012 ص ، 177 .

المطلب الأول : الطبيعة القانونية لعقد الإمتياز

طرحَت الطبيعة القانونية لعقد الامتياز جدلاً فقهيًا حاول من خلالها العديد من الفقهاء تحديد وبدقة الطبيعة القانونية لعقد الامتياز كل حسب وجهة نظره وتمحورت حول عدت نظريات ارتبطت كل منها بمرحلة كان لها ظروفها الخاصة .

الفرع الأول : الطبيعة التنظيمية لعقد الامتياز

سادت هذه النظرية في الفقه الألماني و تأثر بها الفقه الإيطالي حتى أوائل القرن الحالي ويرى أنصار هذا الإتجاه أن عقد الامتياز عمل من أعمال الإرادة المنفردة للإدارة ، حيث تصدره الجهة مانحة الامتياز ، نظرا لما تتمتع به من امتيازات ، وذلك بإختيار الملتزم الذي رضخ لشروطها ، لذلك تتمتع الإدارة بسلطات واسعة تجاه هذا العقد بحق تغيير أو تعديل بنوده ، مما يجعله أقرب إلى عقود الإذعان ، ومن هنا فالامتياز ليس سوى عمل تنظيمي تستعمله الإدارة لتسيير مرافقها وهو يفتقد للطابع التعاقدي .

لكن هذه النظرية تعرضت للنقد لأنها تقوي مركز الإدارة بينما ترهق مركز الملتزم إرهاقا كبيرا، إذ تخول للإدارة التدخل في كل وقت لتعديل شروط الالتزام وإلغاؤه ، و في الوقت ذاته تغفل إلى حد كبير نصيب الملتزم في إبرام العقد إغفالا لا يتناسب مع الدور الذي يقوم به و النفقات التي يبذلها في سبيل المرفق¹ ، وقد يؤدي ذلك إلى تهرب الخواص من إبرام العقود لأنها غير نابعة عن إرادتهم ولا تخدم مصالح .

¹ - مصطفى أبو زيد ، القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، مصر ، سنة 1993 ، ص339 ، 341.

الفرع الثاني : الطبيعة العقدية لعقد الامتياز

طغت الطبيعة التعاقدية لعقد الامتياز منذ بداية القرن العشرين لأن الإتفاق الثنائي بين صاحب الامتياز والسلطة المانحة لا يمكن أن يكون إلا عقداً¹.

ويعتبر عقد الامتياز بمفهوم هذه النظرية عملية تعاقدية بحتة لأنه يحضى بموافقة ورضا الملتزم ، ما يجعله عقد إدارياً ملزماً لجانبيين يحدد الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الإدارة المانحة للإمتياز والملتزم².

كما أن فكرة الإشتراط لمصلحة الغير ذات المصدر المدني دورها الأساسي في إضفاء الطابع التعاقدى على الامتياز المرفقي ، بحيث تكون الجماعة العامة هي المشتري ، وصاحب الامتياز هو الفريق الذي يقع عليه موجب تنفيذ الشرط ، أما الغير فهو المنتفع .

هذه النظرية المستوحاة من فكرة الإشتراط لمصلحة الغير طبقها الإجتهد وأيدها جانب من الفقه ، فالعلامة Lafferrière اعتبر أن امتياز المرفق العام هو عمل من أعمال السلطة العامة له الطابع التعاقدى . كذلك العلامة Hauriou أن العملية هي بكاملها تعاقدية وهي تتألف من عقدين متلاصقين : عمل الامتياز الذي هو عقد بين الجماعة العامة والمتعاقد معها ، و الإتفاقية المالية الموقعة بين أطراف عمل الامتياز المرفقي³.

لكن هذه النظرية وجهت إليها إنتقادات من جانب الفقه ، كما أن الإجتهد عدل عنها لعدم مجاراتها لمقتضيات المصلحة العامة ، واعتبر جانب من الفقهاء أن فكرة الإشتراط

¹ - مروان محي الدين القطب ، المرجع السابق ، ص 91 .

² - أكلي نعيمة ، المرجع السابق . ص 73 .

³ - وليد حيدر جابر ، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، سنة 2009 ، بيروت ، لبنان ، 131 ، 132 .

لمصلحة الغير كأساس قانوني للطابع التعاقدي لعقد الامتياز هي غير مقنعة ، باعتبار أن هذا الشرط لا يحدد وقت إبرام العقد من هو المستفيد بصورة شخصية ومباشرة من آثارها . كما أن هذه النظرية لا تتلاءم مع حق المنتفعين والغير نت الطعن عن طريق الإبطال لتجاوز حد السلطة بالتدابير المتخذة خلافا للعقد وأحكام دفتر الشروط .

الإجتهاد أيضا وفي ميل منه لترك هذه النظرية لإفتقارها لأي أساس قانوني اعتبر أن الإشتراط لمصلحة الغير أو امتداد أثر العقد تجاه الغير هو في الواقع إحدى نتائج قانون المرافق العامة أي مبادئ التي تسود الأخيرة ، وبالتالي إن هذا الأثر أو الإمتداد للعقد هو ذات طبيعة تنظيمية .

ومن الحجج التي أثبتت في انتقاد الطابع التعاقدي للإمتياز أن الأخير بات يشكل شريعة للمتعاقدين وبالتالي إن أي تعديل في العقد يجب أن يتم بموافقة أطرافه ، هذا الأمر من شأنه أن يشل يد الجماعة العامة كسلطة تتمتع بامتيازات السلطة العامة ، في التدخل بأي وقت وفقا للمصلحة العامة في سير وتنظيم المرفق العام . لهذا الإعتبارات بدأ الحديث عن ظهور نظرية أخرى تمثلت بالعمل المزدوج¹ .

الفرع الثالث : الطبيعة المزدوجة لعقد الإمتياز

تركز نظرية الطبيعة المزدوجة لعقد الامتياز على أساس أن لهذا الأخير مظهرين : مظهر تعاقدي يجسد العلاقة بين الملتزم والإدارة المانحة للامتياز ، ومظهر تنظيمي يحكم العلاقة بين الملتزم والمنتفعين بخدمات المرفق محل العقد ، بالتالي يترجم الامتياز بعقد في

¹ - وليد حيدر جابر ، المرجع السابق ، ص 130 ، 131 .

إطار العلاقات بين الإدارة المانحة للامتياز والملتزم ، وتنظم في إطار العلاقات بين الملتزم والمنتهين¹ .

وينتج عن ذلك من الناحية القانونية وضعية معقدة بين الأحكام التعاقدية والتنظيمية في العلاقات بين مختلف المصالح (مانح الامتياز و صاحب الإمتياز من جهة وبين المنتهين من جهة أخرى) .

هذه النظرية لم تكن مقنعة كفاية إذ كيف يمكن أن يكون العمل القانوني الواحد ، في نفس الوقت ذات طبيعة تنظيمية وتعاقدية ؟ فمن الصعب تصور عمل قانوني تختلف طبيعته باختلاف الأشخاص الذين يتوجه إليهم². كما أن اعتبار العلاقة بين الإدارة المانحة للإمتياز والملتزم علاقة عقدية بحتة يعرقل إمكانية الإدارة في التدخل لتعديل القواعد المتعلقة بتنظيم المرفق العام بإرادتها المنفردة ، ما يؤدي إلى تجميد حسن سير المرفق العام .

الفرع الرابع : الطبيعة المختلطة لعقد الامتياز

هذه النظرية معتمدة في الوقت الحاضر . وتقوم على أن عقد الامتياز هو عمل مختلط جانب منه تنظيمي ، والجانب الآخر تعاقدية ويجب التفريق في العقد الامتياز بين البنود التنظيمية من ناحية والبنود التعاقدية من ناحية أخرى . فالامتياز من جانب يعد عقدا ومن

¹ - أكلي نعيمة ، المرجع السابق ، ص 75 .

² - وليد حيدر جابر ، المرجع السابق ، ص 132 .

جانب آخر يعد نظاما ، وبالتالي فهو يتضمن نوعين من البنود الأول تنظيمي والثاني تعاقدية ولا يوجد طبيعة مزدوجة للبنود وإنما مجموعتين لكل منهما تصنيفها الخاص بها ¹ .

وعليه فعقد الامتياز يتضمن نوعين من البنود هي :

أولا - البنود التنظيمية : وهي متعلقة بتنظيم وتشغيل المرفق العام ، ويمكن تعديلها بقرار منفرد من قبل الشخص العام مانح الامتياز ، وهذه القرارات قابلة للطعن لتجاوز حد السلطة من قبل المستفيدين من خدمات المرفق العام بخلاف البنود التعاقدية التي لا يمكن الطعن بها لتجاوز حد السلطة .

ثانيا - البنود التعاقدية : وهي التي تتعلق بحقوق صاحب الامتياز وتقضي بحقه في التوازن المالي للعقد . كما تضمن لصاحب الامتياز إمكانية حمايته من الخسارة وتحقيق قدر معقول من الربح . ومن الأمثلة على هذه البنود حق صاحب الامتياز في تحصيل الإتاوات ، ومدة سريان العقد وحق صاحب الامتياز في الحصول على تعويض مالي في حال سبب له تعديل البنود التنظيمية ضررا ، وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز تعديل البنود التعاقدية من قبل السلطة الإدارية بإرادتها المنفردة ، وإنما بإتفاق إرادة طرفي العقد .

ومعيار التمييز بين البنود التنظيمية والتعاقدية لعقد امتياز هو مدى إتصال هذه البنود بتشغيل وتنظيم المرفق العام ، ففي حال كانت متصلة بالتنظيم والتشغيل كانت بنود تنظيمية وفي حال كانت مستقلة عنها كانت تعاقدية . وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي الذي

1 - وليد حيدر جابر ، المرجع السابق ، ص ، 132 .

اعتبر أن البنود المتعلقة ببذل إشغال الأملاك العامة مستقلة عن البنود التي يتضمنها ذات عقد الامتياز والتي لها علاقة بتنظيم وتشغيل المرفق ، وبالتالي لا يكون لها طابع تنظيمي¹ .

المطلب الثاني : تمييز عقد الامتياز عن غيره من العقود المشابه له

نظرا للتشابه الموجود بين عقد الامتياز وبعض أنواع العقود الأخرى التي تشترك مع عقد الامتياز في بعض شروطه وتختلف عنه في البعض الآخر ، فإن التمييز بينهما أمر ضروري لتبيان نقاط التطابق والفروق الموجودة بينهما وأهم هذه العقود هي عقد الإيجار وعقد البوت وعقد التسيير و عقد امتياز الأشغال العامة .

الفرع الأول : تمييز عقد الامتياز عن عقد الإيجار

يعرف عقد الإيجار بأنه عقد بمقتضاه تقوض هيئة عمومية لشخص آخر قد يكون عاما أو خاصا إستغلال مرفق عام ، مع استبعاد قيام المستأجر بإستثمارات ، ويتم دفع المقابل المالي عن طريق إيتاوات يدفعها المرتفقون ، متعلقة مباشرة بإستغلال المرفق² .

إن كل من الإمتياز والإيجار هما طريقتان من طرق تسيير المرفق العام ، فرغم تشابههما في نقاط إلا أنهما يختلفان في نقاط أخرى وذلك من خلال العناصر التالية :

من حيث الموضوع : إن موضوع العلاقة بين الإدارة والملتزم ومثله المستأجر هو تسيير المرفق العام من خلال تكليف الإدارة للملتزم أو المستأجر بإدارة مرفق عام وإستغلاله .

¹ - مروان محي الدين القطب ، المرجع السابق ، ص 94 .

² - نادية ضريفي ، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة ، المرجع السابق ، ص 155 ، 156 .

لكن في عقد الامتياز الحقيقة أن ما يتعهد به الملتزم لا يقتصر فقط على إدارة وإستغلال المرفق العام بل يتعدى ذلك إلى إنشائها . أما بالنسبة للإيجار فالمستأجر لا يقوم بإنشاء المرافق ولا يتحمل عملية البناء ، فمنشآت المرفق العام تكون موجودة قبل العقد وهذه النقطة الأولى التي تميز الامتياز عن الإيجار¹ .

من حيث المقابل المالي :

إن كل من الملتزم صاحب الامتياز أو المستأجر أثناء تسييره للمرفق العمومي يتلقى المقابل المالي مباشرة من المنتفعين في شكل رسوم مقابل خدمات المرفق العمومي محل الإستغلال ، إن الثمن الذي يقوم المنتفعين بأدائه سواء للملتزم أو المستأجر هو الرسم بالمعنى الفني الصحيح ، و الفرق بينه و بين الضريبة في أن الضريبة هي مبلغ من المال يؤديه الفرد دون أن يكون سببه خدمة خاصة قدمت له على عكس الرسم فهو يدفع في مقابل خدمة يتمتع بها الفرد و هذا الثمن إنما يعد رسماً و له طبيعة مالية و بالتالي فهو يخضع للنظام القانوني للضرائب المباشرة² .

من حيث المدة :

تكون مدة الإمتياز طويلة نسبياً عنها في الإيجار وهذا الفرق الثاني بين الإمتياز والتأجير فقد حددت التعليمات الوزارية رقم 842/3.94 مدة الامتياز المتعلقة بالمرافق العمومية المحلية وتأجيرها ما بين 30 - 50 سنة والهدف من هذه المدة هو أنها كافية ليسترد الملتزم

¹ - بن مبارك راضية ، المرجع السابق ، ص 44 .

² - سماعيل نادية ، عقد الامتياز في المرافق العمومية ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة عشر ، 2005 - 2008 ، ص 20 .

خلالها ما أنفقته في إنشاء المرفق العام بينما مدة الإيجار فقد حددتها بـ 12 سنة كحد أقصى وهي مدة قصيرة نسبياً .

الفرع الثاني : تمييز عقد الامتياز عن عقد البوت BOT

يعتبر نظام البوت أحد أساليب التنمية التي تسمح بمشاركة القطاع الخاص في المشاريع العمومية ، والتي تضمن للدولة السيطرة الإستراتيجية على مشاريعها ، وقد ارتبط ظهور عقود البوت كآلية إقتصادية بمشاريع البنية التحتية والتي تلعب دوراً مهماً في تحقيق التنمية الإقتصادية ، والتي يرتبط مفهومها بوجود الدولة ، لتكون بذلك وسيلة لحل مشاكلها وتحقيق الإدارة السليمة لمشاريعها ، وذلك خلال فترة زمنية تكون محسوبة بطريقة تسمح للمستثمر من القطاع الخاص بتغطية نفقاته وتحقيق هامش من الربح .

فالبوت BOT ليس اصطلاحاً قانونياً ، وليس له تعريفاً قانونياً محدداً¹ ، فحروف البوت تعني

على الترتيب إختصار لثلاث كلمات إنجليزية **Build ، Operate ، Transfer** : البناء

التشغيل ، نقل أو تحويل الملكية² ، وهي تشكل المراحل الثلاث لتنفيذ عقد البوت .

¹ - سلام أحمد رشاد محمود ، عقد الإنشاء والإدارة والتحويل (BOT) ، في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص31.

² - استعمال عبارة (نقل أو تحويل الملكية) لا يعني أن الملكية انتقلت أصلاً من مالكها الدولة ، وإنما الذي انتقل إلى الطرف الخاص هو الحيابة القانونية ، فالملكية تكون للدولة مانحة الإمتياز ، باعتبار أن المشروع يبنى لحسابها وإن كان التمويل من القطاع الخاص ، وما يتم نقله إليها عند انتهاء مدة العقد هو حيازة المشروع وليس ملكيته ، أنظر : حامد ماهر محمد ، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع ، دار النهضة العربية ، 2005 ، ص 31 .

وقد عرفه بعض الفقه بأنه : عقد بين طرفين أحدهما مالك لمشروع معين ، قد يكون الدولة أو أحمد وحداتها ، والثاني مستثمر من القطاع الخاص محلي أو أجنبي ، على أن يقوم المالك بتقديم الأرض اللازمة الكائنة ضمن مشروعه ، بينما يقوم المستثمر بإنشاء المشروع بتمويل من عنده ، ثم تشغيله وإدارته فترة من الزمن يتم الإتفاق عليها ، يستغل فيها المستثمر المشروع ليستعيد ما تكبده من نفقات ، ويحقق أرباحا مناسبة ، وفي نهاية المدة المتفق عليها ، يعيد المشروع إلى مالكة الأصلي¹.

ومن خلال التعريف يمكن إستخلاص عناصر نظام البوت التي يمكن إيجازها فيما يلي

:

- تصميم وإنشاء المشروع المتفق عليه ، بما يشمل من دراسات وتشبيد وتجهيز ، على نفقة الطرف الخاص الممول للمشروع.
- تشغيل المشروع من قبل المستثمر وإستغلاله طوال المدة المتفق عليها ، بما يمكنه من استرداد تكاليفه ، مع تحقيق معدل من الربح المناسب.
- نقل ملكية أصول المشروع الثابتة والمنقولة إلى الجهة الحكومية المتعاقدة المالكة له أصلا ، وذلك دون مقابل أو بمقابل متفق عليه ، عند نهاية الفترة التعاقدية .

¹ - حامد ماهر محمد ، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص 27.

تتوافق عقود الإمتياز مع عقود البوت في إسناد مسألة إدارة المرفق وتشغيله إلى القطاع الخاص ، ليتحمل بذلك الملتزم عبئ ومخاطر التشغيل طوال مدة العقد المحددة كما أن الملكية تظل للجهة الإدارية لكلا العقدين ، مع وجود وعد ملزم للمستثمر بنقل الملكية في عقود البوت عند نهاية المدة المتفق عليها .

كما تتفق الطائفتان من العقود في ارتباط المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد بنتائج الاستغلال ، لتأخذ فكرة المخاطر المرتبطة بالتشغيل بمعناها الواسع ، إذ يحصل المتعاقد على حقوقه المالية من المنتفعين بالخدمة ، مما يربط نتائج الإستغلال بمستخدمي المرفق نتيجة العلاقة المباشرة التي تربط المتعاقد بالجمهور ¹ .

ويختلف عقد الامتياز على عقد البوت فيما يتعلق بمحل كل من العقدين ، في حين ينحصر عقود البوت في المرافق العامة الإقتصادية يتعداه عقد الامتياز إلى المرافق العامة التجارية والإدارية .

كما أن مدة العقد غالبا ما تكون طويلة في نظام البوت أكثر منه في عقد الامتياز لأن نظام البوت يستلزم مدة لتشييد البنية التحتية ومدة للتسيير .

وكذلك يختلف عقد الامتياز عن عقد البوت من ملكية المرفق ، فملكية المرفق العام في عقد الامتياز تبقى في يد الدولة ولا تنتقل إلى الملتزم بل يكتفي هذا الأخير بمجرد الحيازة طيلة

¹ - حصايم سميرة ، عقود البوت B.O.T إطار لإستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون ، فرع قانون التعاون الدولي ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، ص 44 .

مدة العقد المحددة في دفتر الشروط ، على خلاف عقود البوت التي تنتقل فيها الملكية إلى المستثمر لمدة متفق عليها لتتحول في نهاية العقد إلى الدولة .

الفرع الثالث : تمييز عقد الامتياز عن عقد مشاطرة الإستغلال .

يعرف عقد مشاطرة الإستغلال بأنه " عقد بمقتضاه تعهد الإدارة إلى فرد أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام اقتصادي لحساب الإدارة مقابل مكافأة مالية يتقاضاها المستغل من الإدارة وتختلف من عقد لآخر ¹ .

كما يعرف بأنه " هو العقد الذي من خلاله توكل السلطات العمومية (التي أنشأت المرفق العام) تسيير وصيانة مرفق عام لشخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص يتولى التسيير لحساب الجماعة العمومية المفوضة ، ولا يتحصل على المقابل المالي من إتاوات المرتفقين ، بل بأجر محدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق من إستغلال المرفق ، بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية وجزء من الأرباح . "

وكذلك يعرف بأنه طريقة من طرق تسيير المرفق العمومي يضمن فيه المسير استغلال المرفق ، يكون له علاقة مباشرة بالمرتفقين ، ينفذ العمليات لحساب الهيئة المفوضة ويحصل لحسابها الإيرادات وينفذ النفقات ، ويتلقى المقابل المالي من الهيئة العمومية وهو أجر يدخل في أعباء الهيئة ، ويكون إذن مرتبطا باستغلال المرفق ² . "

¹ - حماده عبد الرزاق ، النظام القانوني لعقد الإمتياز المرفق العام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر 2012 ، ص 294 .

² - نادية ضريفي ، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة ، المرجع السابق ، ص 157 .

ومن خلال هذه التعاريف يمكن استخلاص أن عقد مشاطرة الاستغلال وإن كان يتفق مع عقد الامتياز في كون العقد يخول للمستغل تسيير و استغلال المرفق العمومي ، إلا أنه يختلف عنه من عدة جوانب :

- **من ناحية المقابل المالي :** فصاحب الامتياز يتحصل على المقابل المالي من إتاوات يقدمها المرتفقون أما بالنسبة للمستغل فالمقابل المالي محدد بالنسبة المئوية من رقم الأعمال المحقق في إستغلال المرفق ، بالإضافة إلى علاوة الإنتاجية وجزء من الأرباح .

- **من ناحية أشغال البناء والصيانة والتجهيز :** في عقد الامتياز الحقيقة أن ما يتعهد به الملتزم لا يقتصر فقط على إدارة وإستغلال المرفق العام بل يتعدى ذلك إلى إنشائها وصيانتها وتجهيزها . أما بالنسبة لمشاطرة الإستغلال فالمستغل لا يقوم بإنشاء المرافق ولا يتحمل عملية البناء والصيانة والتجهيز ، فالهيئة العمومية هي المكلفة بذلك .

- **من ناحية سلطات الإدارة :** فالسلطات التي تتمتع بها الإدارة قبل المستغل أكبر من السلطات التي تتمتع بها حيال الملتزم¹.

- **من ناحية تحمل المخاطر :** في عقد الإمتياز يتحمل الملتزم كل المخاطر مع مراعاة التوازن المالي للعقد ، في حين أن مخاطر الإستغلال غي عقد مشاطرة الإستغلال تتحملها الإدارة ، ويتحمل المستغل جزءا منها ، لأن أجره مرتبط بنتيجة الإستغلال ، ويمكن إضافة علاوات

¹ - حماده عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص 295 .

متعلقة بالتسيير الفعال ومرتبطة بالمردودية والإنتاجية ، ولكن غي كل الحالات لا يجب أن تتعدى هذه العلاوات نسبة محددة من رقم الأعمال السقف المحدد في العقد ¹ .

الفرع الرابع : تمييز أسلوب الامتياز عن غيره من أساليب التسيير الأخرى

تتعدد وتنوع طرق وكيفيات تسيير المرافق العامة بما ينسجم مع الظروف التي تحيط بمجال تدخل الدولة ، ولما كان أسلوب الامتياز هو إحدى تلك الطرق ، كان يتعين علينا تمييز هذه الطريقة عن غيرها من الطرق الأخرى .

أولا : تمييز أسلوب الامتياز عن أسلوب الإستغلال المباشر

وهو التسيير المضمون من طرف الجماعة العمومية (دولة ، جماعات محلية) بنفسها ، بوسائلها الخاصة ، لا يملك المرفق العام استقلالية مالية ، وليس له جهاز تسيير خاص به ، ولا يملك شخصية معنوية مستقلة ، وفي حالة نزاع مع الآخرين فان مسؤولية الجماعة العمومية هي التي تثار ² . وهذه الطريقة هي هي أبسط طرق الإدارة وأقدمها ، وتتبع في إدارة المرافق العامة الإدارية . وعليه يتضح الفرق بين طريقة الإستغلال المباشر وطريقة الامتياز من خلال :

من ناحية أداء الدولة : في طريقة الامتياز لا تتولى الدولة بنفسها إدارة المرفق بل تعهد به شخص آخر ، خلافا لطريقة الإستغلال المباشر حيث تتولى هي إدارة المرفق بأموالها وموظفيها .

¹ - نادية ضريفي ، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة ، المرجع السابق ، ص 158 .

² - نفس المرجع ، ص 15 .

- من ناحية إضفاء صفة الموظف : لا يتمتع الأجراء العاملون لحساب الملتزم بصفة الموظفين الطبيعيين بل عمالا يحكمهم قانون العمل ، خلافا للعاملين في المرفق المسير عن طريق الإستغلال المباشر فهم موظفون عموميين .

- من ناحية التمويل : يتكفل الملتزم بالتغطية المالية للمشروع ، بينما تتكفل الدولة ماليا في طريقة الإستغلال المباشر .

ثانيا : تمييز أسلوب الامتياز عن أسلوب المؤسسة العمومية

المؤسسة العمومية هي أسلوب لإدارة المرافق العامة ، ويمكن تعريفها بأنها " شخص من أشخاص القانون العام يتولى إدارة مرفق عام ضمن نظام قانوني خاص ينمها شيئا من الإستقلال المالي والإداري عن السلطة الإدارية بصورة تكفي لتحقيق الأهداف التي انشأ من أجلها المرفق " .¹

وتعرف أيضا بأنها " شخص عمومي يقوم بنشاط متخصص وتعتبر كأداة اللامركزية المرفقية .

" 2

ومن خلال ما سبق يتضح أن طريق المؤسسة العمومية تختلف عن طريقة الامتياز من خلال:

- التسيير بواسطة المؤسسة العمومية هو تسيير مباشر للمرفق العمومي ، في حين أن التسيير عن طريق الامتياز يعتبر تسيير غير مباشر .

¹ - مصلح ممدوح الصرايرة ، القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، سنة 2012 ، ص 348 .

² - ناصر لباد ، المرجع السابق ، ص 182 .

- والموظفين وفقا لطريق المؤسسة العمومية هم موظفون عموميين (بالنسبة للمؤسسات العامة الإدارية أم المؤسسات العامة التجارية والصناعية فيكونون غير خاضعين لقانون الوظيف العمومي) ، بينما لا يعدون موظفون بل عمال طبقا لطريقة الامتياز .