التعليق على بعض الأحكام المشتركة للقوانين القطاعية في مجال عقد الامتياز

نعيمة أكلي
كلية الحقوق - جامعة تيزي وزو
akli47@yahoo.fr

ملخص:

تعددت طرق إدارة المرافق العامة بتعددها وتنوعها، فالأسلوب الذي يصلح لإدارة وتسيير مرفق عام معين، قد يعجز عن تحقيق الفعالية المطلوبة لو أُعتمد لتسيير مرفقٍ آخر، ويتصدر عقد الامتياز أولوية العقود الإدارية التي تنهض بعبء التسيير عن الدولة، وإن كان عقود غير مسمىً، إلا أنّه نظم في عدة قوانين قطاعية، ما جعل من الأحكام المتعلقة به تتباين من قانون لأخر.

الكلمات المفتاحية: عقد الامتياز، العقد الإداري، المرفق العام.

Abstract:

The are many ways of managing the public services. A method that is suitable for the management and operation of a public service may not be able to achieve the required demands if it is adopted in the aperation of another public service. The concession contract is the priority of the administrative contract that carry the burden of management from the state, albeit an indefinite contract. Has been regulated in several sectoral laws, making the provisions related to it vary from law to law.

Key words: concession contarct; administratif contract; public service.

ISSN. 2352-975X

مقـدمة:

يمكن للشـخص المعنوي الخاضـع للقانون العام، والمسـؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسـييره إلى مفوض له، ما لم يوجد نص تشـريعي يخالف ذلك[1]، ويمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام حسـب مسـتوى التفويض والخطر الذي يتحمله المفوض له ورقابة السـلطة المفوضـة شـكل الامتياز[2]، وعليه يعتبر عقد الامتياز طريقة أو آلية من طرق وآليات تفويض المرافق العمومية التابعة للدولة.

يعتبر عقد الامتياز من العقود الإدارية التي اعتمدتها الدولة الجزائرية منذ الاستقلال إلا أنها تبنته باعتباره طريقة اسـتثنائية للتسـيير[3]. رغم أنها أعادت تنظيمه بطريقة مخالفة لما هو قائم عليه بعد سـنة 1989، أي بعد الإصـلاحات التي تبنتها الدولة الجزائرية من خلال الانتقال من النظام الرأسمالي إلى الليبرالي، حيث تم إصدار تعليمة وزارية رقم 842/3.94، متعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها[4]، أين اعتبر الطريقة الأمثل لتسيير المرافق العمومية المحلية على الأقل.

يتوسـط عقد الامتياز طائفة العقود الإدارية غير المسـماة التي لم يخصـها المشـرع بقانون خاص بها[5]، رغم أن هذا لم يمنع من صـدور العديد من القوانين القطاعية التي تنظم مرفقا محددا، ما أدى إلى كثرة القوانين وتشـعب الأحكام المتعلقة بهذا العقد من قانون لأخر، لذلك نتساءل عن ضرورة وسبب قيام هذا التباين؟، وهل يشكل ذلك تعارضا للنصوص المنظمة لعقد الامتياز بصفة عامة فيما بينها؟.

وهو ما نتوصل إليه من خلال الموضوع في النقطتين التاليتين:

أولا: التعليق على بعض الأحكام المتعلقة بعقد الامتياز من حيث المضمون

أ) الأحكام المتعلقة بالتعريف

ب) الأحكام المتعلقة بالجهة المانحة للعقد

ت) الأحكام المتعلقة بمدة العقد

ثانيا: التعليق على بعض الأحكام المتعلقة بإبرام عقد الامتياز

أ) الأحكام المتعلقة بطرق إبرام العقد

ب) الأحكام المتعلقة بإجراءات منح العقد

ISSN. 2352-975X

أولا: التعليق على بعض الأحكام المتعلقة بمضمون العقد

تعددت القوانين القطاعية المنظمة لعقد الامتياز الإداري بتعدد القطاعات المحلية التي تبنته كآلية لتسيير المرافق العامة، وعليه تتعدد القواعد الناظمة لهذا العقد من قانون لآخر، تبعا وأهمية القطاع، فضلا عن الخدمة التي يؤديها ومكانتها بالنسبة للجمهور.

يمكن تعريف عقد الامتياز الإداري بصفة عامة، على أنه: العقد الذي من خلاله يخول شخص من القانون العام (الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية)، تسيير واستغلال مرفق بكل مسؤولياته وما يحمله من أرباح وخسائر، يختلف عن الصفقة العمومية من حيث الاستغلال وطريقة تحصيل المقابل المالي، ويتحصل صاحب الامتياز على المقابل المالي للتسيير والاستغلال من إتاوات المرتفقين مقابل الخدمة، ويجب أن يكون هذا المقابل المالي مرتبطا باستغلال المرفق وناتجا عن تشغيله، ويكون هذا الاستغلال لمدة معينة، قد تشمل المرافق العامة الإدارية أو الصناعية والتجارية، ويتم منح الامتياز وفق إجراءات واضحة تضمن الشفافية والمنافسة لاختيار الأفضل، وبذلك ضمان خدمة عمومية أجود وأحسن تجاه المرتفقين، وفق عقد يحدد حقوق صاحب الامتياز والتزاماته وكل قيود المرفق من مساواة واستمرارية وضرورة تكيف مع المحيط الداخلي والخارجي[6]، ومن الناحية التشريعية تتعدد التعاريف المقدمة لهذا العقد، نظرا لاعتباره عقدا غير منظم بتقنين واحد، مثل الصفقات العمومية، ما يفسح المجال لمقارنة بعضها البعض بالتالي التعليق عليها، سواء من حيث التعاريف المقدمة له، على غرار الجهة المانحة له، ناهيك عن مدته، خاصة وأنها عنصر جوهري لاعتبار الملتزم من الخواص –عادة- يستهدف تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح.

أ) من حيث الأحكام المتعلقة بتعريف عقد الامتياز:

طبيعة عقد الامتياز باعتباره عقدا غير مسمى، لم تمنع المشرع الجزائري من التدخل لتنظيمه بمقتضى جملة من القوانين القطاعية، التي تناولت جانبا من أحكامه، تبعا للمرفق العام الذي تنظمه.

ISSN. 2352-975X

عُرف عقد الامتياز في التعليمة الوزارية رقم 842/3.94، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها[7]، على أنه: "عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله مدة معينة من الزمن بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز، على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته، وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق".

في حين عرفته الفقرة الأولى من المادة 64 مكرر من القانون رقم 90-30، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المستحدثة بموجب المادة 19 من القانون رقم 08-14، المعدل والمتمم له[8]، والتي تنص على أنه: "يشكل منح امتياز استعمال الأملاك الوطنية العمومية المنصوص عليه في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها، العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك، المسماة السلطة صاحبة حق الامتياز، بمنح شخص معنوي أو طبيعي، يسمى صاحب الامتياز، حق استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي أو تمويل أو بناء و/أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة، تعود عند نهايتها المنشأة أو لتجهيز، محل منح الامتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز".

وحسب المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 94-41، يتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها[9]، فإنه: "يعتبر امتياز الحمامات المعدنية عقدا إداريا، يمنح بمقتضاه الوزير المكلف بالحمامات المعدنية بصفته السلطة مانحة الامتياز لشخص طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص، صاحب الامتياز، حق استغلال هذه المياه المعدنية لمدة محددة مقابل أجر"..

من جهته القانون رقم 03/10، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الخاصة للدولة[10]، عرف عقد الامتياز الإداري في نص المادة الرابعة منه على أنه: "العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص المستثمر صاحب الامتياز، حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة وكذا الأموال السطحية المتصلة بها، بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها (40) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية".

ISSN. 2352-975X

أما المرسوم التنفيذي رقم 152/09، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية[11]، عرف عقد الامتياز الإداري، في دفتر الشروط الملحق به على أنه: "الاتفاق الذي تخول من خلاله الدولة لمدة معينة الانتفاع من أرضية متوفرة تابعة لأملاكها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص قصد إنجاز مشروع استثماري".

تعددت القوانين القطاعية المنظمة لعقد الامتياز، لذا لا يمكن التعرض لمجملها، وعموما تتمحور حول فكرة مفادها، أن عقد الامتياز عقد إداري، تتولى بموجبه الدولة (ممثلة بالوالي، أو رئيس البلدية أو أحد الوزراء حسب المرفق محل العقد وأهميته بالنسبة للدولة...)، منح صلاحية إدارة واستغلال أو حتى –في أحيان- إنشاء المرفق العام لأحد الأشخاص (عاما أو خاصا).

ما يمكن ملاحظته من خلال هذه التعاريف، أن المشرع الجزائري لم يتبن فلسفة واحدة فيما يتعلق بمفهوم عقد الامتياز الإداري، (وإن اتفقت جميع القوانين على اعتباره اتفاقا بين طرفين أحدهما الدولة لاعتباره عقد إداري)، ويتجلى ذلك من خلال الطرف المتعاقد مع الإدارة "صاحب الامتياز"، فأحيانا يحصره المشرع في الشخص الطبيعي الجزائري الجنسية (كما هو معمول به في إطار القانون رقم 03/10، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، والمرسوم التنفيذي رقم 04-373، يحدد شروط منح الامتياز من أجل إنشاء مؤسسة لتربية المائيات وكيفيات ذلك[12]، وهو ما يتعارض مع قاعدة حرية الاستثمار من خلال التمييز بين الجزائريين والأجانب، وإن كان من جانب آخر يعمل على تشجيع الاستثمار المحلي، وأحيانا يوسع قليلا من مجال إبرامه مع الشخص المعنوي أو الطبيعي مع تقييده بضرورة خضوعه للقانون الخاص، بالتالي استبعاد الأشخاص المعنوية العامة لأن تكون طرفا (ملتزما) في عقد الامتياز، (بمعنى لا يمكن إبرام عقد الامتياز بين شخصين معنويين[13]، وإن كان التحول في حد ذاته يفرض ذلك باعتبار عقد الامتياز من بين تقنيات مشاركة القطاع الخاص للعام، في النهوض بعبء التسيير والاستغلال، فضلا عن ذلك، فإنه، غالبا ما يتم اللجوء إليه كطريقة للتخفيف عن ميزانية الدولة، في

ISSN. 2352-975X

حين هناك من القوانين، منها المرسوم التنفيذي رقم 94-41، يتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، والتعليمة الوزارية رقم 842/394، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، التي أطلقت من مجال إبرام عقد الامتياز مع أي شخص طبيعيا كان أو معنويا، جزائريا أو أجنبيا، شرط خضوعه للقانون الخاص، بالتالي استبعاد الأشخاص المعنوية العامة، وعليه هذه التعليمة أطلقت من مجال إبرام عقد الامتياز مع أي شخص كان، دون قيود فيما تعلق بهويته، إلا أنها ألزمته بضرورة الخضوع للقانون الجزائري، وحسنا ما فعل المشرع الجزائري باعتبار محل العقد مرفقا عموميا، وبالضرورة يقع في التراب الوطني (الجزائري)، بالتالي إحاطته بالضمانات التشريعية التي تحافظ عليه، خاصة وأنه من بين عناصر السيادة. (ذلك أن المرفق العمومي محل عقد الامتياز يدخل ضمن إقليم الدولة ويشكل جزءا منه، بالتالي كل ما يعتريه بالضرورة يعتري السيادة الوطنية، لذلك حاول المشرع الجزائري حمايتها من أي اعتداء، من خلال فرض بعض الشروط على الملتزم، خاصة وأن عقد الامتياز غالبا ما يبرم لمدة طويلة نسبيا مقارنة بالعقود الإدارية الأخرى مثل الصفقات العمومية).

في حين، هناك من الحالات التي أطلق فيها المشرع الجزائري من مجال إبرام عقد الامتياز، أمام الأشخاص المعنوية العامة والخاصة، الخاضعة للقانون العام أو الخاص، الوطنية أو الأجنبية على حدّ السواء.

وقد يرجع تذبذب موقف المشرع الجزائري، وعدم اعتناقه لمبدأ واحد فيما يخص تحديد الملتزم (صاحب الامتياز) مع الدولة، خاصة إذا ما تعلق الأمر بالأشخاص الأجنبية، إلى تخوف الدولة من تحرير الامتياز في مجال القطاعات الضرورية لحساب الشركات الأجنبية الكبرى، والذي يرجعه البعض إلى أسباب السيادة، إذ تتخوف من عدم قدرتها على ممارسة الرقابة اللازمة على صاحب الامتياز، إذا ما قام برفع الأسعار أو تخفيض نوعية الخدمات أو كميتها مثلا، خاصة في الامتيازات ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، كاستغلال النفط والقنوات الملاحية إذا كان صاحب الامتياز إحدى الشركات الدولية الكبيرة، أو الشركات المتعددة الجنسيات التي تملك أموالا

ISSN. 2352-975X

ضخمة ونفوذا كبيرين، من شأنها الضغط على الدولة ما يهدد سيادتها[14]، كما حدث في امتياز قناة السويس الذي ابرم لمدة 99 سنة وكان سببا مباشرا وراء الاحتلال الإنجليزي لمصر.

ب) الأحكام المتعلقة بجهة منح الامتياز

تنص المادة 117 من القانون رقم 98-06، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني[15]، (المعدلة والمتممة بالمادة 5 من الأمر رقم 03-10)، على أنه: "تتم الموافقة على اتفاقية الامتياز ودفتر الشروط المرافق لها بموجب مرسوم يتخذ في مجلس الوزراء، وينشران في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية". وعملا بأحكام المادة 72 من القانون رقم 01/02، المتعلق بالكهرباء توزيع الغاز بواسطة القنوات[16]، فإن منح الامتياز في مجال الغاز الكهرباء يتم بموجب مرسوم تنفيذي بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالطاقة بعد أخذ رأي لجنة الضبط، في حين تنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 11-220، يحدد كيفيات امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة[17]، "يخضع طلب إقامة امتياز هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة إلى تعليمة مشتركة تصدرها مصالح الإدارة المكلفة بالموارد المائية ومصالح الإدارة المكلفة على التوالي بتسيير الأملاك العمومية البحرية والسياحية والبيئة والفلاحة".

وتنص الفقرة الثانية من المادة 68 من القانون رقم 05-07، يتعلق بالمحروقات[18]، على أنه: "يعرض طلب الحصول على امتياز النقل بواسطة الأنابيب على سلطة ضبط المحروقات التي تقدم توصية إلى الوزير المكلف بالمحروقات".

وعليه إذن، ما يمكن ملاحظته من خلال هذه النصوص القانونية، أن المشرع الجزائري، رغم أنه نص مبدئيا على أن عقد الامتياز الإداري هو ذلك الاتفاق المبرم بين الدولة والملتزم، إلا أنه حدد ممثلا لهذه الدولة، ليس باعتبار تبعية المرافق العامة محل العقد للبلية أو الولاية، أو الدول ككل، إنما حصر سلطة إبرام هذه العقود في الإدارة

ISSN. 2352-975X

التابعة للمرفق محل العقد، أو الوزارة ممثلة بالمدير أو الوزير، حسب الأحوال كما حددته القوانين.

وعليه إذن هذا الاختلاف والتباين في السلطة المانحة للامتياز، من شأنه أن يؤثر سلبا على الإجراءات المطولة والخطوات المعقدة الواجب إتباعها للتوصل لإبرام هذا العقد، تبعا وأهمية المرفق العام محل العقد، والسلطة القائمة عليه.

ج) من حيث مدة العقد

نظرا للتكاليف التي يتكبدها الملتزم في سبيل إعداد وتجهيز المرفق العام محل العقد، للتوصل لاستغلاله وإدارته تحقيقا للمنفعة العامة، من خلال توفير وعرض الخدمات للجمهور، فإنه عادة ما يمنح العقد لمدة طويلة نسبيا، مع إمكانية تجديدها مرة أو عدة مرات (حسب كل قطاع)، فحددتها المادة 4 من دفتر الشروط النموذجي المطبق في منح الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 15-305، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط والاتفاقية النموذجيتين المطبقتين في منح حق الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية[19]، ب 65 سنة، قابلة للتجديد لمدة أقصاها 65 سنة أخرى، في حين حددها القانون رقم 07/05، يتعلق بالمحرقات ب 30 سنة كحد أقصى[20]، أما المادة 04 من الأمر رقم 11/06، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية[21]، حددت مدة عقد الامتياز ب 20 سنة كحد أقصى، في حين حددت ب 10 سنوات حسب المادة 02 من الاتفاقية المتعلقة بامتياز استغلال الخدمات الجوية للنقل العمومي، بينما حصرتها التعليمة الوزارية رقم 842/394، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها بين الثلاثين والخمسين عاما، وهي مدة كافية بالنسبة لامتياز المرافق العمومية المحلية، حيث عادة ما لا يتكبد الملتزم نفقات باهضة مقارنة بالامتيازات التي تتعلق أو تخص المرافق التابعة للدولة ككل، مثل الطرق السريعة التي تربط بين عدة ولايات، أو امتياز السكك الحديدية، أو النفط أو امتياز نقل المحروقات بواسطة الأنابيب وغيرها.

ISSN. 2352-975X

عموما، يلاحظ أن هذه المدة طويلة نسبيا خاصة في حالة تجديدها، وهو ما قد يتسبب في أثار، إذا ما أخذ بعين الاعتبار إمكانية إبرام العقد مع الأجانب، في المقابل هناك من المرافق التي تعتبر فيها هذه المدة غير كافية لإنجاز المشروع واستغلاله للحصول على هامش ربح، خاصة إذا علمنا أن في معظم المرافق تكون الرسوم التي تدفع مقابل الانتفاع بخدمات المرفق العام بسيطة، رمزية، لا تسمح بالحصول على المردود المالي الذي يغطي النفقات المتكبدة، ويحقق هامش ربح مناسب، وقد يؤول سبب ذلك إلى عدم إجراء دراسات دقيقة على الموضوع محل العقد قبل الشروع في إنجازه، فمثلا المحاولة التي قامت بها ولاية باتنة، إثر صدور التعليمة الوزارية رقم 842/3.94، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، في إبرام عقد امتياز مع شركة خاصة لمرفق الإنارة العمومية، لكن العقد لم يستمر لأكثر من سنة، لأن تكاليف المرفق كانت مرتفعة جدا على ما كان متوقعا، ولم يستطع صاحب الامتياز تمويله لذا تم فسخ العقد واسترداد المرفق من قبل البلدية[22].

ثانيا: التعليق على بعض الأحكام المتعلقة بإبرام عقد الامتياز

نظرا لأهمية عقد الامتياز كطريقة لتسيير المرافق العامة أو الأراضي التابعة للدولة، فإن الملتزم يعتبر عنصرا جوهريا في العملية التعاقدية، لذلك تركت السلطة التقديرية في اختياره للإدارة المتعاقدة، سواء من خلال الاعتماد على شخصيته، أو عن طريق اعتماد أسلوب الدعوة للمنافسة، ما جعل نوعا من التذبذب في موقف المشرع في عملية منح وإبرام عقد الامتياز، سواء من خلال طريقة اختيار الملتزم، على غرار الإجراءات التكميلية لمنحه.

أ) التعليق على بعض الأحكام المتعلقة بإجراءات منح الامتياز

حسب المادة 3/69 من القانون رقم 07/05، يتعلق بالمحرقات، فإنه يتم منح امتياز النقل بواسطة الأنابيب بناء على شخصية الملتزم (الاعتبار الشخصي)، في حالة ما إذا كان الطلب صادرا عن المتعاقد بهدف نقل المنتوج من المحروقات، إلا أن هذه القاعدة (الاعتبار الشخصي) ليست مطلقة، وذلك في حالة الامتيازات الأخرى خارج النقل بواسطة الأنابيب، حيث تتولى سلطة ضبط المحروقات صياغة توصية توجه إلى الوزير

ISSN. 2352-975X

المكلف بالمحروقات سواء لمنح الامتياز للشخص الذي طلبه أو لطرحه على المنافسة، وهو ما تناولته المادة 3/69، 4، 5، من القانون رقم 07/05، يتعلق بالمحروقات، وذلك إذا ما تعلق الأمر بطلبات الامتياز خارج عمليتي النقل بواسطة الأنابيب، أو نقل المنتوج من المحروقات، بالإضافة إلى إمكانية اقتراح سلطة ضبط المحروقات على الوزير المكلف بالمحروقات اللجوء إلى مناقصة في حالة امتياز لم يكن موضوع طلب في إطار المخطط الوطني لتنمية هياكل النقل بواسطة الأنابيب. كما يتم اللجوء إلى الطلب على المنافسة لإنجاز الهياكل المعنية لكل امتياز ممنوح .

في حين تنص الفقرة الأولى من المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 04-417، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها[23]، على أنه: "يمنح الامتياز، موضوع هذا المرسوم، عن طريق المزايدة".

وعليه اعتمد المشرع الجزائري أسلوبا آخر لمنح عقد الامتياز من خلال احترام تجسيد إجراءات الدعوى الشكلية للمنافسة، عن طريق إجراء مزايدة، التي تضمن منافسة فعالة على أسس ومعايير موضوعية تعدها الإدارة مسبقا، بالتالي تحقيق مبادئ العقلانية والشفافية وتكافؤ الفرص التي تتجسد عن طريق الإشهار[24]. وإن كان اعتمد على أسلوب التراضي بموجب المادة 34 من القانون رقم 12/12، يتضمن قانون المالية لسنة 2013[25]، المعدلة لأحكام المادة 05 من القانون رقم 04/08، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، حيث تقضي أنه يرخص الامتياز بالتراضي، وهو ما لا يضمن مبدأ المساواة بين المتشحين (المقدمين للعروض)، وهو نفس الأسلوب (التراضي) الذي اعتمده لمنح حق امتياز استغلال الأراضي الفلاحة التابعة للأملاك الخاصة للدولة، وإن كان بطريقة أكثر مرونة وذلك من خلال تقديم طلب تحويل حق الانتفاع الدائم[26]، المعمول به في إطار القانون رقم 87-19، المتضمن ضبط كيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم[27]، إلى حق الامتياز، وإن كان ذلك كأصل عام[28]، ويلاحظ أن المشرع

ISSN. 2352-975X

الجزائري اعتمد على أسلوب التراضي في هذه المواد، كأصل لمنح عقد الامتياز، وهو تجسيد لمبدأ الاعتبار الشخصي، ذلك، أنه هناك من الحالات التي اعتمده (التراضي) كاستثناء على أسلوب الدعوة الرسمية للمنافسة عن طريق المزايدة، وذلك بعد فشل هذه الأخيرة، ومثال ذلك، ما تنص عليه المادة 23 من القانون رقم 03-02، يحدد القواعد العامة للاستعمال والاستغلال السياحيين للشواطئ، أنه: "يمكن أن يؤول الامتياز بالتراضي للمجالس الشعبية البلدية المعنية عندما تكون المزايدة غير مثمرة".

يلاحظ، من خلال هذه المواد، أن المشرع الجزائري اعتمد- بصفة عامة- على شخصية الملتزم لمنح عقد الامتياز الإداري، من خلال اعتماد مبدأ التراضي، واستثناءً يتم اللجوء إلى المناقصة، وقد يؤول مرد ذلك إلى أهمية شخصية الملتزم في مثل هذه العقود خاصة لطول مدتها نسبيا وقابليتها للتجديد، وهو مظهر من مظاهر الحفاظ على أمن وسلامة الدولة، حيث كان لمثل هذا العقد سببا للاحتلال الإنجليزي على مصر من خلال امتياز قناة السويس الذي ابرم لمدة 99 سنة.

كما يلاحظ أن المشرع لم يعتنق مبدأ عاما يمكن الاعتماد عليه لمنح عقد الامتياز، حيث ترك السلطة التقديرية للإدارة العامة، في اختيار الأسلوب الذي تراه مناسبا، وهو ما قد يؤثر سلبا من خلال تعسفها في استعمال سلطتها، من خلال منح العقد لأشخاص سبق لها التعامل معهم، أو تجديده بغض النظر عن كفء المسير من عدمه.

ب) التعليق على إجراءات الإبرام:

تستلزم التعليمة الوزارية رقم 842/3.94، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية وتأجيرها، صدور قرار لمنح الامتياز من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي أو المندوبية التنفيذية البلدية فيما يخص المرافق التابعة للبلدية، أو من الوالي أو المندوبية التنفيذية الولائية بالنسبة للمرافق التابعة للولاية، وتنص المادة 17 من القانون رقم 03/10، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، أنه تمنح إدارة الأملاك الوطنية بطلب من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، الامتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والأملاك السطحية المتوفرة بعد ترخيص من الوالي.

ISSN. 2352-975X

وبالعودة للمادة 05 من الأمر رقم 04/08، يحدد شـــروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضـــي التابعة للأملاك الوطنية والموجهة لإنجاز مشـــاريع اســـتثمارية، المعدلة بالمادة 34 من القانون رقم 12/12، يتضـــمن قانون المالية لســـنة 2013، فإنه يرخص الامتياز بالتراضـي، بقرار من الوالي، بناء على اقتراح لجنة مسـاعدة على تحديد موقع وترقية الاســـتثمارات وضـــبط العقار على الأراضـــي التابعة للأملاك الخاصـــة للدولة والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المحلية والأصول الفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية، وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات، أو بناء على اقتراح الهيئة المكلفة بتسـييير المدينة الجديدة على الأراضـــي الواقعة داخل حدود المدينة الجديدة بعد موافقة الوزير المكلف بتهيئة الإقليم، وبعد موافقة الوكالة الوطنية لتطوير السياحة حول الأراضي التابعة لمنطقة التوسع السياحي.

في حين تنص بعد تعديل هذه المادة، بموجب بقانون المالية لســـنة 2015، على أنه، يرخص الامتياز بالتراضـــــي بقرار من الوالي بناء على اقتراح المدير الولائي المكلف بالاعتماد، الذي يتصـــرف كلما تطلب الأمر ذلك، بالتنســـيق مع المديرين الولائيين للقطاعات المعنية على الأراضـــي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصـــة للدولة والأصـــول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المحلية، والأصول المتبقية للمؤسسات العمومية الاقتصـــادية، كذا الأراضـــي التابعة للمناطق الصـــناعية مناطق النشـــاطات بناء على اقتراح الهيئة المكلفة بتسـيير المدينة الجديدة على الأراضـي الواقعة داخل محيط المدينة الجديدة بعد موافقة الوزير المكلف بالمدينة، أو بناء على موافقة الوكالة الوطنية لتطوير الســـياحة على الأراضـــي التابعة لمنطقة التوســـع الســـياحي بعد موافقة الوزير المكلف بالسياحة.

وعملا بأحكام المادة 03 من المرســـوم التنفيذي رقم 308/96، يتعلق بمنح امتياز الطرق الســـريعة، فإنه يصـــادق على اتفاقية منح الامتياز بالخاص بالطرق الســـريعة بمرســـوم يتخذ في مجلس الحكومة بناء على تقرير مشـــترك بين الوزراء المكلفين بالداخلية والطرق السريعة.

ISSN. 2352-975X

ما يمكن ملاحظته من خلال هذه المواد المتعلقة بإبرام عقد الامتياز، فإنه بعد منح العقد (سواء بالتراضي أو المنافسة)، فإن العقد لا يبرم بشكل نهائي، إنما يستلزم موافقة سلطة مختصة (الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، الوزراء كل في حدود اختصاصاته...)، وعليه فهذه الإجراءات المعقدة والمطولة، وفكرة التوقيع أو المصادقة، تثير إشكالا ما إذا تعتبر عنصرا جوهريا في تكوين العقد بالتالي دونها لن يتم إبرامه، أو أن العقد أبرم صحيحا إنما تنفيذه معلق على هذا التوقيع أو التصديق.

وبما أن تنفيذ العقد معلقا على مصادقة الجهة المختصة، فلما القول بقيام العقد طالما لا يمكن تجسيد محتواه على أرض الواقع؟.

خاتمةّ:

من خلال ما تمت الإشارة إليه يمكن التوصل إلى أن عقد الامتياز الإداري، من أهم العقود التي يمكن للدولة أن تكون طرفا فيها من خلال تخفيف العبء على ميزانيتها من جهة، فضلا عن افتقارها للخبرة الكافية في شتى المجالات، ونظرا لتعدد القطاعات التي تسير بواسطته، فإنه تعددت القوانين القطاعية المنظمة له، ما أدى إلى قيام نوع من التباين في مختلف الأحكام المتعلقة به، وهو أمر تفرضه طبيعة المرافق العامة التي تسير عن طريقه، لكن ما يعاب على القوانين المنظمة لعقد الامتياز هو تعرضها للتعديلات المتكررة ما يؤثر سلبا على مصداقيته، وتخوف الخواص من إبرامه خاصة إذا تعلق بعقد مبرم مع الأجانب، ما يزعزع ثقة الدولة وعدم جديتها وتشويه صورتها بالنسبة للدول الأخرى، وهو ما يؤثر سلبا على السياسة الاستثمارية بها، لذلك نتوصل إلى بعض التوصيات علها تخدم مسألة تعزيز إبرام عقد الامتياز الإداري خاصة مع تزايد اللجوء إليه في الآونة الأخيرة، خاصة بعد اعتراف المشرع الجزائري صراحة بتقنية تفوض المرافق العامة، ولأول مرة يدمجه مع قانون الصفقات العمومية لسنة 2015 (المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المذكور سابق)، وذلك من خلال:

- ✓ ضرورة اعتماد مبدأ الاستقرار التشريعي،

ISSN. 2352-975X

✓ الابتعاد عن التشـــريع بموجب قوانين المالية، خاصـــة وأنه لا يمكن للباحث القانوني أو الطرف في عقد الامتياز الاطلاع على كل القوانين، خاصـــة قوانين المالية باعتبارها سنوية، ما يشكل عائقا أمام حرية الاستثمار واستقرارها.

✓ ضـــرورة إصـــدار نص قانوني موحد لجميع عقود الامتياز الإدارية، كما هو معمول به في مجال الصـــفقات العمومية (المرســـوم الرئاســـي رقم 247/15 المذكور ســـابقا)، أو على الأقل بالنســـبة لعقود امتياز المرافق العمومية المحلية، باعتبارها، من الناحية العملية والواقعية تصـــلح أكثر كمحل لعقد الامتياز مقارنة بالمرافق الوطنية، تســـهل العودة إليه، ومعرفة الأحكام التي تنظم هذا العقد دون البحث في النصـــوص القانونية القطاعية كما هو الحال بالنسبة لما هو قائم حاليا.

✓ ضـــرورة تهيئة مناخ اســـتثماري أكثر جاذبية واســـتقطابا، خاصـــة بالنســـبة للملتزمين الأجانب للاســـتفادة من التجارب الدولية الناجحة في الميدان، من خلال العمل على تحسين الظروف القائمة في البلاد خاصة القانونية منها.

✓ ضرورة اعتماد مبادئ الشفافية والمساواة في اختيار صاحب الامتياز، مع الأخذ بعين الاعتبار مصـــــلحة جمهور المنتفعين من خدمات المرفق العام محل عقد الامتياز الإداري، من خلال اختيار أكفأ المتقدمين من الناحية المالية والتقنية فضلا عن الجودة والنوعية المطلوبتين.

الهوامش:

(1)- المادة 207، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

(2)- المادة 220 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

(3)- الأمر رقم 24/67، مؤرخ في 18 جانفي 1967، يتضـــمن قانون البلدية، ج ر عدد 08، صـــادر بتاريخ 18 جانفي، معدل ومتمم بالقانون رقم 09/81، مؤرخ في 04 جويلية 1981، ج ر عدد 08، الصادر بتاريخ 07 جويلية 1981، ملغى.

ISSN. 2352-975X

(4)- تعليمة وزارية رقم 842/3.94، متعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، صادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري موجهة إلى السادة الولاة بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر، رؤساء المجالس الشعبية ورؤساء المندوبية التنفيذية، صادر بتاريخ 07 ديسمبر 1994.

(5)- عكس القوانين المقارنة مثل التشريع المصري والفرنسي، فعقد الامتياز فيها عقد مسمى ومن بين العقود الواردة على العمل.

(6)- ضريفي نادية، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية، حالة عقود الامتياز، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012، ص 129.

(7)- التعليمة الوزارية رقم 842/3.94، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، مرجع سابق.

(8)- قانون رقم 90-30، مؤرخ في 1 ديسمبر سنة 1990، والمتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر عدد 44، صادر بتاريخ 3 أوت سنة 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-14، مؤرخ في 20 جويلية سنة 2008.

(9)- مرسوم تنفيذي رقم 94-41، مؤرخ في 29 جانفي سنة 1994، يتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، ج ر عدد 7، صادر بتاريخ 6 فيفري سنة 1994.

(10)- القانون رقم 03/10، مؤرخ في 15 أوت 2010، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 46، الصاد بتاريخ 20 أوت 2010.

(11)- المرسم التنفيذي رقم 152/09، مؤرخ في 02 ماي 2009، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27، الصادر بتاريخ 06 ماي 2009.

(12)- مرسم تنفيذي رقم 04-373، مؤرخ في 21 نوفمبر سنة 2004، يحدد شروط منح الامتياز من أجل إنشاء مؤسسة لتربية المائيات وكيفيات ذلك، ج ر عدد 75، صادر بتاريخ 24 نوفمبر سنة 2004، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 07-408، مؤرخ في 25 ديسمبر سنة 2007، ج ر عدد 81، صادر بتاريخ 30 ديسمبر سنة 2007.

(13)- وهو ما لا يسمح به أيضا في مجال الصفقات العمومية، عملا بأحكام المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق، التي تنص: "لا تخضع لأحكام هذا الباب العقود الآتية:

-المبرمة من طرف الهيآت الإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها...".

(14)- أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 186.

ISSN. 2352-975X

(15)- المادة 117 من القانون رقم 98-06، المؤرخ في 27 جوان سنة 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، المعدلة والمتممة بالمادة 5 من الأمر رقم 03-10، مؤرخ في 13 أوت سنة 2003، ي ج ر عدد 48، صادر بتاريخ 13 أوت سنة 2003،

(16)- القانون رقم 01/02، مؤرخ في 03 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر عد 08، الصادر بتاريخ 06 فيفري 2002.

(17)- مرسوم تنفيذي رقم 11-220، مؤرخ ف 16 يونيو سنة 2011، يحدد كيفيات امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة، ج ر عد 34، صادر بتاريخ 19 جوان سنة 2011.

(18)- قانون رقم 05-07، مؤرخ في 28 أفريل سنة 2005، يتعلق بالمحروقات، ج ر عدد 50، معدل ومتمم بالقانون رقم 13-01 المؤرخ في 20 فيفري سنة 2013، ج ر عدد 11، صادر بتاريخ 224 فيفري سنة 2013.

(19)- المرسوم التنفيذي رقم 15-305، مؤرخ في 5 ديسمبر سنة 2015، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط والاتفاقية النموذجيتين المطبقتين في منح حق الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، ج ر عدد 66، صادر بتاريخ 09 ديسمبر سنة 2015.

(20)- المادة 71 من القانون رقم 07/05، يتعلق بالمحروقات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/13، مرجع سابق.

(21)- الأمر رقم 11/06، مؤرخ في 30 أوت 2006، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 53، الصادر بتاريخ 30 أوت 2006، ملغى.

(22)- أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 185.

(23)- مرسوم تنفيذي رقم 04-417، مؤرخ في 10 ديسمبر سنة 2004، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، ج ر عدد 82، صادر بتاريخ 22 ديسمبر سنة 2004.

(24)- أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 63.

(25)- القانون رقم 12/12، مؤرخ في 26 ديسمبر 2012، يتضمن قانون المالية لسنة 2013، ج ر عدد 72، الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2012.

(26)- المادة 9 من القانون رقم 10-03، يحدد كيفيات استغلال حق الأراضي الفلاحة التابعة للأملاك الخاصة للدولة، مرجع سابق.

ISSN. 2352-975X

[27]- القانون رقم 19/87، المتضمن ضبط كيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر عدد 87، الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1987، ملغى.

[28]- يتم منح امتياز الأرا ضي الفلاحية والأملاك المتوفرة عن طريق إعلان الترشح، طبقا للمادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 10-236، مؤرخ في 23 ديسمبر سنة 2010، يحدد كيفيات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 79، صادر بتاريخ 29 ديسمبر سنة 2010. أما في حالة ما إذا تعلق الأمر بعقار تحصل عليه الديوان الوطني عن طريق الشفعة، يتم إعمال أسلوب المزايد المزايدة، من خلال استدراج العروض، عملا بأحكام المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 10-236، يحدد كيفيات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، مرجع سابق.

ISSN. 2352-975X