إبرام عقد الامتياز الإداري بين الاعتبار الشخصي والدعوى للمنافسة

آكلي نعيمة: طالبة دكتوراه

كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو

ملخص:

تعبر عقود الامتياز الإدارية عن علاقة ثلاثية الأبعاد، تبدأ بالعلاقة القائمة بين الجماعة العامة المانحة للامتياز والمجتمع، من خلال دخول أولي في علاقة مباشرة مع شخص آخر (الملتزم) عهدت إليه مهمة تسيير المرفق العام، تنتهي في علاقة مع هذا الأخير من جهة والمنتفع من جهة أخرى، وترتبط بتنظيم الدولة وإعادة هيكلة مرافقها، ونظرا لأهمية الملتزم كأحد أهم عناصرها في النهوض بعبء التسيير، فإنه، تمنح كقاعدة عامة على أساس الاعتبار الشخصي، وإن كان القانون يفرض خلاف ذلك في بعض الحالات من خلال احترام إجراءات الدعوى للمنافسة.

الكلمات الدالة: عقد الامتياز الإداري، العقود الإدارية، تسيير المرافق العامة.

Abstract :

the administrative concession contracts reflect a three-dimesional relationship that begins with the relationship between the public donor community and the community through an initial entry into a direct relationship with another person (the obligor) entrusted with the task of rinning the public facility,ending with a relationship with the beneficiary on the one hand which is linked to the organization of tha state and the restructuring if its facilities. In view of the importance of the obligor as one of its most important elements in raising the burden of governance, it is granted as a general rule on the basis of personal consideration.

Key words :
administrative concessioncontract, administrative contract, managementof public utilities……..

مقدمة:

يعبر عقد الامتياز الإداري عن علاقة عقدية، تتعهد بمقتضاها الدولة –ممثلة بأحد هيآتها حسب طبيعة المرفق العام محل العقد–، بمهمة تسيير وإدارة مرفق عام تابع لها، لشخص آخر غالبا ما يكون من الخواص، والذي يتحمل على نفقته ومسؤوليته مستلزمات تشغيل المرفق العام وإدارته، مقابل ما يتحصل عليه من رسوم من جمهور المنتفعين، نظير تلقيهم الخدمات العامة، وذلك لمدة محددة، غالبا ما تتسم بالطول –نسبيا– تمكيناً للملتزم من استعادة ما ينفقه في سبيل إعداد وتسيير المرفق العام، فضلا عن تحقيق جانب من الربح باعتباره من الخواص –غالبا– الذي هو هدفه أساسا.

القاعدة العامة، أن مانح الامتياز له الاختيار الحر لصاحب الامتياز، بذلك يتمتع بسلطة واسعة في ذلك على أساس الاعتبار الشخصي(**NUMA (G):** 2009, p 107)[1]، نظرا لأهميته كعنصر من عناصر العقد، ويُفترض بداهةً اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط من الناحيتين المالية والتقنية (الكفاءة والقدرة المالية)، كما هو معمول به مثلا في منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز، رغم أنها قاعدة عامة ما لم يُفرض على الإدارة في بعض المرافق إتباع إجراءات المنافسة، حيث يلاحظ من خلال التعليمة الوزارية رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها[2]، أن هناك تحول نحو اعتماد إجراءات المزايدات، التي تضمن المنافسة والمساواة بين المرشحين، وعليه، ونظرا للدور الفعال للملتزم في عقود الامتياز الإدارية، **نتساءل عن مكانة مبدأ الاعتبار الشخصي باعتباره قاعدة عامة يعتمد عليها لاختياره، أم هناك استثناءات يفرضها المشرع الجزائري؟**، للتوصل لمدى إطلاقه، أو قيده بالتالي تذبذبه، من خلال تدخل المشرع في حالات لفرض مراعاة واحترام إجراءات معينة.

وهو ما نتوصل إليه من خلال معالجة الموضوع في النقاط التالية:

المبحث الأول: الاعتبار الشخصي كمبدأ عام لإبرام عقود الامتياز الإدارية

تنص الفقرة الثانية من المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247، المتضمن تنظيم الصفات العمومية وتفويضات المرفق العام[3]، فإن "**الامتياز: تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.**

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

ما يلاحظ على هذا التعريف، أن المشرع الجزائري لم يميز بين الملتزم باعتباره طرفا في عقد الامتياز، وبين المفوض له باعتباره طرفا في عقد التفويض، حيث ثمة فرق بين المصطلحين (الامتياز والتفويض)، إذ اعتبارا لنفس القانون يعتبر الامتياز طريقة من طرق التفويض، وعليه حبذا لو يعدل المشرع الجزائري من مصطلح المفوض له ويستبدله بصاحب الامتياز، باعتباره يفي الغرض بدقة، على أساس أن جميع القوانين على غرار المبادرات الفقهية التي تناولت موضوع الامتياز[4]، أطلقت على الطرف الثاني في العقد إلى جانب الطرف المعنوي العام، تسمية صاحب الامتياز أو الملتزم.

رغم تدخل المشرع الجزائري لتنظيم عقد الامتياز الإداري، بموجب جملة من القوانين القطاعية، إلا أنه لم يتعرض لمختلف المبادئ التي تحكمه، خاصة إذا ما تعلق الأمر بطريقة إبرامه، حيث عادة ما تترك الحرية في ذلك للإدارة العامة المتعاقدة لاختيار الطريقة التي تراها مناسبة.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ الاعتبار الشخصي

مبدأ الاعتبار الشخصي مبدأ معمول به في إطار العقود الإدارية، التي ينص القانون على إبرامها وفقا له، أو التي لم يتدخل المشرع لتنظيم كيفية منحها، وانعقادها نظرا لأهميتها أو أهمية محلها لما ينطوي عليه من مصلحة عامة، أو مخاطر لا يتحملها إلا من كان كفء لها، وهو ما يتجسد في عقود الامتياز، باعتبارها أهم وأفضل وسيلة لتسيير للمرافق العامة، بعد تزايد الحاجات العامة وتعقدها.

الفرع الأول: مضمون مبدأ الاعتبار الشخصي

ينتمي عقد الامتياز إلى طائفة العقود الإدارية، يقوم على إدارة واستغلال مرفق عام تابع للدولة، لمدة محددة، مقابل إتاوات يدفعها المنتفعون بخدمات المرفق العام محله، ونظرا لما ينطوي عليه من أهمية، من خلال توفير وعرض الخدمات العامة للجمهور بالكيفية المطلوبة، فضلا عن السرعة والنوعية المفروضتين، لم يتدخل المشرع كأصل عام لتنظيمه خاصة ما تعلق بكيفية منحه، إلا ما صدر من تشريعات متفرقة خاصة ببعض القطاعات، لذا خولت الإدارة المانحة للامتياز سلطة واسعة في اختيار الملتزم على أساس الاعتبار الشخصي(DEDEUILLEY (C), 1996, p 90.)[5]، والذي يفهم منه منح العقد لمتعاقد على أساس اعتبارات فنية وشخصية تتوفر فيه دون غيره، باعتباره يتولى تسيير مرفق عام مهيأ ومخصص أصلا لتلبية وإشباع حاجات عامة، وما ينطوي على ذلك من مسؤولية.

تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من الاتفاقية النموذجية المطبقة في منح الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية[6]، على أنه: "**يمنح هذا الامتياز بصفة**

شخصية محضة، ويلتزم صاحب الامتياز في جميع التصرفات القانونية التي يقوم بها في إطار هذه الاتفاقية مهما تكن طبيعتها باحترام أحكام دفتر الشروط المرفق".

تضيف المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 11-341، يحدد كيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقل المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية[7]، "**إن الامتياز إقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية اسمي، غير قابل للتنازل ولا يمكن أن يكون محل تأجير للغير من الباطن تحت طائلة سقوط الحق**".

في حين تقضي المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 11-220، يحدد كيفيات امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة[8]، أن: "**امتياز إقامة هياكل لتحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة غير قابل للتنازل عنه ولا يمكن أن يكون محل كراء من الباطن للغير تحت طائلة البطلان**".

اعتبارا لهذه المواد، يمنح عقد الامتياز الإداري اعتبارا لصفات تتوفر في شخص الملتزم دون غيره، وذلك بصفة مقصودة، دون أن تلتزم الإدارة العامة باستدراج العروض، حيث يحق لها اختيار الملتزم الذي تقدر –مبدئيا– قدرته على النهوض بعبء التسيير، نظرا لكفاءاته المالية والتقنية، فضلا عن خبراته، ناهيك عن حسن سمعته المعروف بها. بالنتيجة، تفرض شخصيته نفسها كأهم عناصر العقد، الذي ينطوي على تحقيق مصلحة عامة لجمهور المنتفعين، وكل مساس بها يؤدي إلى المساس بالعقد، تحت طائلة البطلان.

نظرا لأهمية بعض المرافق العامة، لحيويتها وأهميتها الاقتصادية قد يتدخل المشرع الجزائري لتحديد الملتزم بصفة شخصية مطلقة، يمنع معها منحه لأشخاص أخرى، كما حُدد في امتياز نقل المحروقات بواسطة الأنابيب، حيث تنص المادة 1/5 من القانون رقم 05-07، المتعلق بالمحروقات[9]، على أن: "**صاحب الامتياز: المؤسسة الوطنية سوناطراك –شركة ذات أسهم، أو أحد فروعها الذي يستفيد من امتياز النقل بواسطة الأنابيب متحملة في ذلك الأخطار والتكاليف والخسائر المترتبة على ذلك**".

وعليه، يتضح جليا، من خلال هذه المواد مبدأ الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه عقود الامتياز الإدارية، وأهمية صاحب الامتياز باعتباره يحل محل الإدارة لتسيير المرفق العام تحقيقا وتلبية للحاجات العامة، التي ما أقيم المرفق العام محل العقد لو لا قيامها.

قد يرجع سبب حصر المشرع الجزائري للملتزم، على غرار منح الإدارة العامة الحرية الكاملة في اختياره، لاعتبارات عملية تتعلق بالحفاظ على مبدأ سيادة الدولة، خاصة مع احتمال كون الملتزم إحدى الشركات الكبرى، أو المتعددة الجنسيات، التي تملك نفوذا وأموالاً طائلة، يتعذر معها تجسيد الفعالية المرتقبة من سلطة الرقابة والإشراف، فضلا عن التوجيه اعتباراً للضغط الذي يمكن أن تمارسه عليها.

الفرع الثاني: أساس مبدأ الاعتبار الشخصي

يتحدد الأساس القانوني لمبدأ الاعتبار الشخصي في اختيار الملتزم في تكريس طابع المرافق العامة عند إبرام العقد، ذلك أن تنازل الدولة مؤقتا عن إدارة وتسيير المرفق العام للملتزم يعد من قبيل تنظيم المرفق العام محل العقد، والإمكانية التي تتمتع بها الإدارة في اختيار الملتزم في عقد الامتياز، تقابلها التزامات بضرورة إشباع الحاجات العامة عن طريق تأمين أفضل إدارة وسير للمرفق العام[10]، كما يجد مبدأ الاعتبار الشخصي أيضا أساسه في جملة الالتزامات التي تقع على الملتزم حيث تفرض عليه السهر شخصيا على تسيير المرفق العام، وفقا للطريقة المحددة في العقد، والكيفية التي تسمح بتقديم الخدمات العامة للجمهور وإشباعها بطريقة مرضية للمنتفعين (أبو بكر أحمد عثمان، 2005)[11].

كما يجد مبدأ الاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه اختيار الملتزم، أساسه القانوني أيضا، في طبيعة عقد الامتياز ذاتها التي تقوم على فكرة التعاون ما بين القطاعين العام والخاص لتأمين المصلحة العامة، ذلك أن الإدارة وإن كانت تفوض تسيير المرفق العام، إلا أنها تظل مسؤولة تجاه المنتفعين على تلبية حاجاتهم، فالاستعانة بالخواص فرضته ضرورة الاستفادة من إمكانياتهم المالية والتقنية في التكفل بأعباء الاستغلال (بلسبط سمية، 30-06-2013)[12].

المطلب الثاني: مبدأ الاعتبار الشخصي بين القيد والإطلاق

تدخل المشرع الجزائري لتنظيم عقد الامتياز الإداري بموجب بعض القوانين القطاعية، بصفة عامة، مع ترك التفاصيل لدفاتر الشروط، واتفاقية الامتياز التي تبرم بين الملتزم والإدارة العامة مالكة المرفق العام.

فتدخل المشرع بجملة من الأحكام –حسب القطاع المنظم–، ليقر بالاعتبار الشخصي لشخصية الملتزم، حيث جعله اسميا وشخصيا، وحتى أحيانا يمنح بصفة مطلقة لشخص معين، أو ووضع بعض الشروط كالتمتع بالجنسية الجزائرية، إلا أنه من جهة أخرى تساهل بعض الشيء، حيث جعل من نفس

العقد الذي يمنح على أساس الاعتبار الشخصي قابلا للتنازل، مع إمكانية انتقال للورثة في حالة وفاة الملتزم.

الفرع الأول: مدى قابلية عقد الامتياز للتنازل

يقصد بالتنازل عن عقد الامتياز، اتفاق الملتزم مع الإدارة المانحة للعقد على أن يحل محله في تنفيذ العقد الذي أبرمه معها (الإدارة) من خلال تحمله لكافة الالتزامات التي يمليها عليه، واكتساب الحقوق التي خولها إياه (عادل عبد الرحمن خليل، 1995)[13].

فحسب المادة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 29 جوان سنة 2016، الذي يحدد شروط وكيفيات التكفل بالامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري، الممنوح قبل نشر المرسوم التنفيذي رقم15-281[14]، فإنه: "**يخضع منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري، المذكورة في المادة الأولى أعلاه، لصيغة منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل طبقا للشروط والكيفيات المحددة بموجب المرسوم التنفيذي رقم15-281 المؤرخ في 12 محرم عام1437، الموافق 26 أكتوبر سنة 2015 والمذكور أعلاه، وكذا دفتر الشروط الملحق به**".

تضيف المادة 13 من القانون رقم 10-03، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة[15]، "**يكون حق الامتياز قابلا للتنازل والتوريث والحجز طبقا لأحكام هذا القانون**".

وهو نفس المبدأ الذي تبنته المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 15-281، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز القابل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري[16]، التي تقضي أنه: "**كل شخص طبيعي أو معنوي يخضع للقانون العام أو الخاص له صفة المرقي العقاري، في مفهوم التشريع والتنظيم المعمول بهما، يطلب الاستفادة من منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل على قطعة أرضية تابعة للأملاك الخاصة للدولة، يجب أن يعد ملفا ويرسله إلى أمانة اللجنة التقنية...**".

وعليه إذن، اعتبارا لهذه النصوص وفي ظل غياب نص خاص يحدد إجراءات منح الامتياز وإجراءاته، يبقى لمبدأ الاعتبار الشخصي الأثر البالغ لاعتناقه واعتماده لاختيار الملتزم، ما يجعل من شخصيته محل اعتبار، يفترض معها عدم التنازل -بصفة قطعية- عن العقد، حيث أنه لم يكن ليختار

من قبل الجهة الإدارية العامة ليتولى مهمة إدارة وتسيير المرفق العام، لو لا صفاته الشخصية وقدراته التي تؤهله لذلك، والتي يتوفر عليها شخصيا دون غيره، وهو ما قد يتعارض مع هدف العقد والمرفق العام المهيأ لتسخير وتحقيق حاجات عامة للجمهور، والذي تعين أن يستجيب لقواعد الاستمرارية والتكييف فضلا عن التكييف مسايرة للظروف المستجدة التي يفرضها التطور العلمي والتكنولوجي[17].

الفرع الثاني: مدى قابلية عقد الامتياز للانتقال إلى الورثة

تنص المادة 2/11 من المرسوم التنفيذي رقم 08-57، يحدد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته[18]، على أنه: "***غير أنه، في حالة وفاة صاحب الامتياز يمكن ذوي حقوقه أن يواصلوا استغلال خدمات النقل البحري إلى غاية نهاية مدة الامتياز، شريطة أن يبلغوا بذلك السلطة المانحة للامتياز في أجل لا تتجاوز مدته شهرين (2) ويمتثلوا لأحكام دفتر الشروط***".

في حين تقضي المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 07-69، يحدد شروط كيفيات منح امتياز استعمال واستغلال المياه الحموية، "**في حالة وفاة صاحب الامتياز، يستطيع ذوو حقوقه الاستمرار في استغلال الامتياز بشرط أن يعلموا الوزير المكلف بالمياه الحموية بذلك عن طريق الوالي المختص إقليميا في أجل لا يتعدى شهرين (2) وأن يمتثلوا لأحكام هذا المرسوم في أجل لا يتعدى (6) أشهر ابتداء من تاريخ الوفاة**". رغم أن المادة 24 من ذات المرسوم تقضي أنه: "**الامتياز غير قابل للتنازل عنه وغير قابل للتحويل.**

يمكن أن يرخص منبع المياه الحموية كله أو جزء منه.

لا يمكن أن يكون موضوع تأجير من الباطن من طرف صاحب الامتياز من الغير".

اعتبارا لنصي هتين المادتين، فإنه يمكن لعقد الامتياز الإداري أن ينتقل إلى الورثة في حالة وفاة مورثهم، والذي أبرمم عقد الامتياز مع الإدارة العامة، وذلك بطريقة آلية على أن يعلموا هذه الأخيرة برغبتهم في مواصلة تنفيذ العقد، مع ضرورة تقيدهم بما ورد فيه ومبدأ حسن النية المفترض، دون أن يمنح المشرع أي إمكانية للإدارة برفض ذلك، إذا ما تبين لها عدم كفاءتهم، حيث لم تخول أية فرصة – ولو مبدئيا– لدراسة قدراتهم التقنية فضلا عن المالية، للتوصل لمدى قدرتهم على النهوض بعبء الاستغلال والإدارة.

وإذا كان هذا العقد غير قابلا للتنازل عنه، كما يمنع أن يكون محل للإيجار من الباطن، كيف له أن يتنقل إلى الورثة؟، أفعلا هذا الأخير (الورثة) من شأنه أن يتسم بنفس الصفات ويتحلى بنفس روح

المسؤولية التي كان مورثهم عليها، ومنه، يتضح تعارض موقف المشرع الجزائري في مختلف الأحكام المنظمة لعقد الامتياز الإداري، خاصة إذا ما تعلق الأمر بمبدأ الاعتبار الشخصي، الذي من المفروض يمنع معه أي تنازل، أو إيجار، أو تعاقد من الباطن وحتى الانتقال إلى الورثة، وهو ما تساهل معه المشرع الجزائري بعض الشيء.

وهو نفس الأمر الذي اعتنقه بموجب المادة 25 من مرسوم تنفيذي رقم 11-341، يحدد كيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقل المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية: التي تقضي أنه: "**في حالة الوفاة يمنح الورثة أجل سنة ابتداء من تاريخ وفاة مورثهم من أجل:**

-اختيار واحد منهم ليمثلهم ويتكفل بحقوق وأعباء مورثهم في المستثمرة، مع مراعاة أحاكم قانون الأسرة في حالة وجود قصر،

-التنازل بمقابل أو مجانا لأحدهم.

-التنازل عن حقوقهم حسب الشروط المحددة في هذا القانون.

عند انقضاء هذا الأجل، وعند عدم اختيار الورثة لإحدى الحالات المبينة في هذه المادة، يخطر الديوان الوطني للأراضي الفلاحية الجهة القضائية المختصة بذلك".

المبحث الثاني: الدعوى للمنافسة كإجراء استثنائي لإبرام عقود الامتياز

خروجا عن القاعدة العامة تقضي بمنح عقد الامتياز الإداري للملتزم الذي تختاره الإدارة العامة بمحض إرادتها، استنادا إلى شروط يتطلبها موضوع العقد، تتوافر فيه شخصيا، قد يتدخل القانون ليحدد طريقة معينة يتم على أساسها اختيار الملتزم، تجسيدا لمبدأ المساواة بين المرشحين، وتحقيقا لهدف العقد من خلال التوصل إلى اختيار أكفأ المتقدمين عن طريق ضرورة احترام إجراءات الدعوى العامة للمنافسة.

المطلب الأول: الدعوة للمنافسة في عقود الامتياز

رغم أن تدخل المشرع الجزائري في مجال تنظيم عقود الامتياز قاصرا مقارنة بأهميتها، ورغم عدم تنظيمه لمرحلة اختيار الملتزم تنظيما يساير ويخدم كل عقد، تاركا ذلك للسلطة التقديرية للإدارة المتعاقدة، إلا أنه تدخل بموجب بعض القوانين القطاعية، ليجعل من منحه معلقا على الدعوى للمنافسة، بالتالي اختيار أكفأ المتقدمين من الناحيتين التقنية والمالية، حيث تنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 08-

114، يحدد كيفيات منح امتياز توزيع الكهرباء والغاز وسحبها، ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته[19]، على أنه: "**وفقا لأحكام المادتين 72 و73 من القانون رقم 02-01 المؤرخ في 5 فبراير سنة 2002 والمذكور أعلاه، يمنح امتياز توزيع الكهرباء و/أو الغاز من طرف الدولة ممثلة في الوزير المكلف بالطاقة، ويكون منح هذا الامتياز محل طلب عروض تصدره لجنة ضبط الكهرباء والغاز**".

ليأتي المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ليعرف طلب العروض بموجب الفقرة الأولى من المادة 40 منه، على أنه: "**طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء**".

كما تنص المادة 2 من القرار الذي يحدد كيفيات إعلان الترشح ومعايير اختيار المرشحين لامتياز الأراضي الفلاحية والأملاك السطحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، المتوفرة[20]، على أنه: "**يمكن أن تمنح الأراضي الفلاحية والأملاك السطحية المتوفرة بعد إعلان ترشح أشخاص طبيعيين ذوي جنسية جزائرية حسب الأولوية التي منحتها أحكام المادة 17 من القانون رقم 10-03، المؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010 والمذكور أعلاه**"[21].

يلاحظ، أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ الدعوة للمنافسة –استثناء– على مبدأ الاعتبار الشخصي، رغم أن ذلك لا يؤثر على حسن اختيار الملتزم، حيث تسمح الفرصة بتلقي العديد من العروض، ما يمكن معه الإدارة العامة من انتقاء أحسنها وأكفئها، خاصة في ظل سلطة الرقابة التي تتمتع بها أثناء تنفيذ العقد، وهو ما يجسد فعلية الاختيار، من خلال مراقبة الملتزم بصفة مستمرة وتوجيهه إن كان لذلك محل.

في حين فصل الأمر رقم 08-04، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية[22]، بين حالات منح الامتياز بناء على طلب العروض، الذي هو الأصل العام اعتمادا على هذا القانون، وحالات اللجوء إلى التراضي، فعملا بأحكام المادة 3 منه، فإنه: "**يمنح الامتياز على أساس دفتر أعباء عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المقيد أو بالتراضي على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات والهيآت العمومية والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية وبشرط احترام قواعد التعمير المعمول بها...**".

لتأتي المادة 7 منه تحدد على سبيل الحصر الحالات التي يمكن فيها منح الامتياز على أساس الاعتبار الشخصي (التراضي)، حيث تنص: "**تكون قابلة لمنح الامتياز بالتراضي، مشاريع الاستثمار التي:**

-يكون لها طابع الأولوية والأهمية الوطنية،

-تشارك في تلبية الطلب الوطني على السكن،

-محدثة بقوة لمناصب الشغل أو القيمة المضافة،

-تساهم في تنمية المناطق المحرومة أو المعزولة،

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

تضيف أيضا المادة 3 من دفتر الشروط الذي يحدد الشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة لأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 09-152، أنه: "**يتم منح الامتياز عن طريق المزاد العلني، إما عن طريق المزايدات الشفوية وإما بالتعهدات المختومة، ويعلن قبل ثلاثين (30) يوما على الأقل عن طريق ملصقات وإعلانات تنشر في يوميتين وطنيتين مرتين على الأقل، وعند الاقتضاء، بأية وسيلة إشهارية أخرى تتضمن على الخصوص ما يأتي:...**".

وعليه إذن، يتبين موقف المشرع الجزائري من الأخذ بأسلوب العطاءات بصريح العبارة، رغم أنه استثناء من القاعدة العامة التي هي مبدأ الاعتبار الشخصي، نظرا لمحل العقد وهو تسيير وإدارة رفق عام تابع للدولة، مهيأ ومخصص أساس لتحقيق حاجات عامة للجمهور.

المطلب الثاني: موقف المشرع من الدعوة للمنافسة كأساس لاختيار الملتزم

تعدّد القوانين القطاعية التي تعرضت لعقد الامتياز الإداري، جعلت من طريقة إبرامه تتباين من قانون لآخر، وأحيانا تتباين في نفس المرفق العام من تعديل لآخر، ما يفرض البحث في موقف المشرع في مدى اعتناقه لمبدأ ثابت يعتمد عليه لاختيار الملتزم من عدمه، وتأثير ذلك على مناخ الاستثمار.

الفرع الأول: تذبذب موقف المشرع الجزائري

تتمتع الإدارة بسلطات واسعة في اختيار الملتزم وفق الطريقة الأنسب لتحقيق هدف وغرض العقد، رغم أن موقف المشرع الجزائري متذبذبا في هذا المجال، فتارة يعتمد على مبدأ الاعتبار الشخصي من

خلال تدعيم مبدأ التراضي في اختيار الملتزم، رغم أنه يفرض عليها مراعاة بعض الاعتبارات مثل القدرات المالية والتقنية، وإمكانيته لاستعمال التكنولوجيات الحديثة وعصرنة التسيير، وتارة أخرى، يعتمد مبدأ طلب العروض، من خلال فتح المجال للمنافسة، رغم أنه –في غالب الأحيان– لا ينظم كيفية استدرج العروض، ومعايير وأسس اعتماد الملتزم، فكانت إجراءات منح الامتياز تعتمد على طريقة المزاد العلني والتراضي في الأمر رقم 11/06، وحددت مجالات استخدام كلّ منهما، حيث يُعتمد أسلوب المزاد العلني اعتبارا لمكان تواجد المشروع أو القطعة الأرضية، عملا بأحكام نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 121/07، يحدد شروط ومنح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثماري[23]، فيمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني إذ كانت القطعة الأرضية محل العقد تتواجد في بلديات الولايات التالية: الجزائر، عنابة، قسنطينة، وهران، بلديات مقر الولاية ومقر الدائرة في الولايات الأخرى لشمال البلاد، بلديات مقر الولاية في الهضاب العليا، أما خارج هذه البلديات فكان يعمل أسلوب التراضي بالإضافة إلى بلديات ولايات الجنوب حسب المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 121/07.

فكان الامتياز يُمنح على أساس دفتر الشروط النموذجي عن طريق المزاد العلني الذي كان القاعدة العامة حسب الأمر رقم 04/08، إذ يرخص الوزراء كل حسب اختصاصه بمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني(المادة 05 من نفس الأمر)، ومنه فأسلوب التراضي استثناءا على القاعدة العامة (المزاد العلني)، يتم اللجوء إليه في حالات محددة على سبيل الحصر حسب المادة 07 من نفس الأمر، بعد ترخيص مجلس الوزراء بناءا على اقتراح من المجلس الوطني للاستثمار تطبيقا للمادة 06 من نفس الأمر.

بعد صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2011، رقم 11/11 أدخل المشرع تعديلات على كيفية منح عقد الامتياز، حيث اعتمد طريقة التراضي التي كانت في القانون رقم 04/08 استثناءا لتصبح الأصل في إبرام عقود امتياز العقار الصناعي، وعليه يكون المشرع قد منح الوالي سلطة منح الامتياز، بالتالي تركيز سلطة المنح في يدّ سلطة واحدة مع الإبقاء على وصاية وزير السياحة، عملا بأحكام المادة 15 من القانون رقم 11/11، والتي استغنى عنها (موافقة وزير السياحة) بموجب قانون المالية لسنة 2013، واستبدلها بموافقة الوزير المكلف بتهيئة الإقليم.

أما قانون المالية التكميلي لسنة 2015، عدل المادة 05 من الأمر رقم 04/08، كما يلي: "**يرخص الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي بناءا على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالاستثمار الذي يتصرف كلما تتطلب الأمر ذلك بالتنسيق مع المديرين الولائيين للقطاعات المعنية على الأراضي**

التابعة للأملاك الخاصة للدولة والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المنحلة والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية الاقتصادية وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات.

-بناءا على اقتراح الهيئة الكلفة بتسيير المدينة الجديدة على الأراضي الواقعة داخل محيط المدينة الجديدة بعد موافقة الوزير المكلف بالمدينة،

-بناءا على موافقة الوكالة الوطنية لتطوير السياحة على الأراضي التابعة لمنطقة التوسع السياحي بعد موافقة الوزير المكلف بالسياحة".

وعليه، يلاحظ تذبذب موقف المشرع الجزائري في اعتناق فلسفة واحدة فيما يتعلق بطرق وإجراءات اختيار الملتزم، ناهيك عن تعدد الجهات والهيآت الموكل لها اقتراح أو قبول منح العقد، وهو ما يؤثر سلبا على هذا الأخير من خلال طول وتعقيد الإجراءات الإدارية، ما قد يضر بمصلحة المرفق العام والمرتفقين فضلا عن الملتزم.

الفرع الثاني: تأثير التعديلات المتكررة على تشجيع الاستثمار

كما سبق وأن تعرضنا لإجراءات أو مبادئ اعتماد الملتزم، تبين لنا تذبذب المشرع الجزائري في اعتناق مبدأ واحد، نظرا لتعدد المرافق العمومية التي يمكن تسييرها عن طريق عقد الامتياز، وإن لاحظنا تذبذب موقف المشرع حول طريق اختيار الملتزم حتى لو تعلق الأمر بمرفق واحد، وهو ما يعرض القوانين للتعديل والتتميم، بعد فترات ليست بالمتباعدة، وهو ما يؤثر سلبا على مناخ الاستثمار، خاصة إذا بالنسبة لعقود الامتياز التي يمكن أن يكون فيها الملتزم شخصا أجنبيا، لتخوفهم على مصالحهم، نظرا لمبدأ عدم الاستقرار التشريعي السائد في الجزائر، خاصة وأن عقد الامتياز يستلزم أموالا طائلة من قبل الملتزم باعتباره قد يتضمن إنشاء الهياكل الأساسية، ناهيك عن ضرورة إجراء التأمينات الإجبارية اللازمة، فضلا عن ضرورة مراعاته لمبدأ سير المرفق العام بانتظام واستمرار ما يفرض عليه بعضا من المجازفة، دون الأخذ بعين الاعتبار طول المدة التي يبرم لها مقارنة بالعقود الإدارية عامة.

فضلا عن عدم الاستقرار التشريعي الذي تتميز به القوانين الجزائرية، يمكن رصد نقطة أخرى في مجال عقود الامتياز يمكن أن تؤثر سلبا على السير الحسن لعملية إبرام العقد، ومنه تنفيذه في ظروف عمل تسمح بتلبية الحاجات العامة، فضلا عن تحقيق جانب من الربح من جانب الملتزم، باعتباره في غالب الأحيان من الخواص، وما التزم إلا رغبة منه في الحصول على جانب من الربح، وهو تعدد

الجهات القائمة التي تحددها القوانين للمصادقة على العقد، فضلا عن التعديل فيها، وهو ما يؤثر سلبا على تشجيع الاستثمار بسبب المساس بمبدأ الاستقرار التشريعي، بالتالي عدم الاستقرار القانوني وتهديد مصالح المستثمرين.

خاتمة:

يعتبر عقد الامتياز من أبرز العقود الإدارية في الآونة الأخيرة، خاصة بعد الإصلاحات التي تبنتها الجزائر بعد سنة 1989، وصدور تعليمة وزير الداخلية والجماعات المحلية رقم 842/3.98، المتعلقة بامتياز لمرافق العمومية المحلية وتأجيرها، التي اعتبرت منه الطريقة المثل لتسيير المرافق العمومية المحلية على الأقل.

ورغم أهمية العقد الامتياز الإداري إلا المشرع الجزائري لم يوفه بالتنظيم الكافي الذي يتطلبه، باعتباره ينصب على إدارة مرفق عام تابع للجهة الإدارية، تبقى ضامنة لتسييره، من خلال ممارسة رقابة عليه.

تعتبر مرحلة اختيار الملتزم المرحلة الحاسمة في عقد الامتياز، ذلك أن التسيير الفعال يبدأ بالاختيار العقلاني للملتزم، وعموما تتمتع الإدارة بسلطات واسعة في اختياره على أساس الاعتبار الشخصي، رغم أن هناك بعض التدخلات من المشرع لتنظيم هذه المرحلة من استلزام اتباع إجراءات استدراج العروض، وإن كان متذبذبا في رأيه حيث تتعرض القوانين للتعديلات المتكررة، والتي تمس خاصة طريقة اختيار الملتزم، ناهيك عن تدخل المشرع لإقرار هذه التعديلات بموجب قوانين المالية، وإن كان ذلك يؤثر سلبا على الامتياز كأسلوب للتسيير من خلال إمكانية ضياع حقوق الملتزم.

ما يمكن التوصل إليه:

-أن عقد الامتياز من أهم العقود الإدارية التي لم تحظ بالاهتمام الكافي من قبل المشرع الجزائري.

-كثرة القوانين القطاعية التي تعرضت لعقد الامتياز، ما نتج عنه نوع من التعارض في مختلف الأحكام التي تنظمه، تبعا لأهمية كل مرفق نوعية الخدمة التي يوفها.

-تذبذب موقف المشرع الجزائري فيما يتعلق بإجراءات وطرق إبرامه، وأحيانا عدم تنظيمه لهذه المرحلة أصلا.

-كثرة التعديلات التي لحقت بالقوانين التي تنظم عقد الامتياز خاصة بموجب قوانين المالية.

لذا نتوصل إلى جملة من التوصيات علها تخدم غرض التعزيز من مكانة عقد الامتياز بين العقود الإدارية من خلال:

- تعتبر مرحلة شاقة البحث في قوانين المالية للتأكد من أن قانون ما تعدل أو لا، لذا نطالب أولا بمبدأ الاستقرار التشريعي لجلب المستثمر خاصة الأجنبي، ناهيك عن الابتعاد عن التشريع بموجب قوانين المالية.
- منح الإدارة العامة المانحة لعقد الامتياز الإدارة سلطة تقديرية في تقدير مدى إمكانية انتقال العقد إلى الورثة دون أن يلحق ذلك ضرر بالمرفق العام محله، بالتالي تخويلها إمكانية رفض ذلك.

منح سلطة وصلاحية إبرام العقد لهيأة واحدة تقوم على السهر على حسن اختيار الملتزم، تماشيا ونوع المرفق العام وطبيعته، بالتالي تفادي الإجراءات المطولة، من خلال تقليص عدد الوحدات التي يتعين استشارتها، وطلب موافقتها

---

[1] **NUMA (G):** Théorie de l'agence et de la concession de chemins de fer français au 19 ème siècle, in Revue d'économie industrielle, N° 125, 1er trimestre 2009, Paris, p 107.

[2] التعليمة الوزارية رقم 842/3.94، متعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، صادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والبيئة الإصلاح الإداري، المديرية العامة للحريات العامة والشؤون القانونية، مديرية التقنين العام والمنازعات، المديرية الفرعية للمنازعات، موجهة إلى السادة الولاة، بالاتصال مع السادة رؤساء الدوائر، رؤساء المجالس الشعبية، رؤساء المندوبيات التنفيذية.

[3] مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، صادر بتاريخ 20 سبتمبر سنة 2015.

[4] عرف الأستاذ "كوراد" عقد الامتياز الإداري كما يلي:

« La concession de service public est une convention par laquelle une personne publique charge une autre personne d'un service public dont elle doit à la foi réaliser les investissement et assurer l'exploitation moyennant La une rémunération qui est normalement constituée par les redevance perçues sur les usagers». **KOURAD (M):** notion de délégation et son originalité dans la législation sportive Algérienne, mémoire de Magister, Faculté du D, p 131. A droit, Université d'Alger, S

[5] **DEDEUILLEY (C):** Le service public au défi de l'efficacité économique, les contrats de délégations dans la gestion des déchets ménagers, Thèse pour le doctorat de sciences économiques, Université Denis Diderot, Paris, 1996, p 90.

[6] الاتفاقية النموذجية المطبقة في منح الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، المرفقة بالمرسوم التنفيذي رقم 15-305، مؤرخ في 5 ديسمبر سنة 2015، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط والاتفاقية النموذجيين المطبقين على منح حق الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجهة لمهام الخدمة العمومية، ج ر عدد 66 صادر بتاريخ 9 ديسمبر سنة 2015.

[7] المرسوم التنفيذي رقم 11-341، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2011، يحدد كيفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقا المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية، ج ر عدد 54، صادر بتاريخ 2 أكتوبر سنة 2011.

[8] المرسوم التنفيذي رقم 11-220، مؤرخ في 12 جوان سنة 2011، يحدد كيفيات امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة، ج ر عد 34، صادر بتاريخ 19 جوان 2011

[9] المادة 5 من القانون رقم 05-07، المؤرخ في 28 أفريل سنة 2005، المتعلق بالمحروقات، المعدلة بالمادة 2 من القانون رقم 13-01، مؤرخ في 20 فيفري سنة 2013، ج عدد 11 صادر بتاريخ 24 فيفري سنة 2013،

[10] قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في أفريل سنة 1952، قضية رقم 7037، سنة 8 ق، أنه: "***ومن حيث أن الأصل في كيفية إبرام العقود الإدارية والتي يستند فيها العقد على حرية الإدارة عند تعاقدها، يرجع إلى أن المشرع يسعى إلى إدراك هدفين كبيرين: الأول: تحقيق أكبر وفر مالي للخزانة العامة، وهذا يستلزم بداهة التزام جهة الإدارة اختيار الملتزم الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية، والثاني: مراعاة المصلحة العامة، وذلك يتطلب تمكين الإدارة أن تختار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص هي على تحقيقها***"، (نقلا عن: **إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي**، عقد امتياز المرفق العام، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص 95).

[11] ابو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دراسة تحليلية مقارنة، در الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.

[12] بلسبط سمية، عقد امتياز خدمات النقل البحري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013.

[13]عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في أثار العقد الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

[14] القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 29 جوان 2016، يحدد شروط وكيفيات التكفل بالامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري الممنوح قبل نشر المرسوم التنفيذي رقم 15-281، المؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2005، ج ر عدد 62 الصادر بتاريخ 23 أكتوبر سنة 2016.

[15] القانون رقم 10-03، المؤرخ في 15 أوت سنة 2010، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 46، صادر بتاريخ 18 أوت سنة 2010،

[16] المرسوم التنفيذي رقم 15-281، مؤرخ في 26 اكتوبر سنة 2015، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز القابل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري، ج ر عدد 58، الصادر بتاريخ 4 نوفمبر سنة 2015،

[17] لمزيد من التفاصيل حول مبادئ سير المراق العامة، يمكن مراجعة: محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، تنظيم الإدارة، نشاط الإدارة، وسائل الإدارة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د س ن، ص 335 وما يليها. انظر أيضا:

LEBRUN (J): Accords de concession, conférence IMA, MAIZARS, 13 Février 2007, p 10.

[18] مرسوم تنفيذي رقم 08-57، مؤرخ في 13 فيفري سنة 2008، يحدد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، ج ر عدد 9، صادر بتاريخ 24 فيفري سنة 2008،

[19] المرسوم التنفيذي رقم 08-114، مؤرخ في 9 أفريل سنة 2008، يحدد كيفيات منح امتياز توزيع الكهرباء والغاز وسحبها، ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، ج ر عدد 20 صادر بتاريخ 13 أفريل سنة 2008.

[20] القرار المؤرخ في 11 نوفمبر سنة 2012، يحدد كيفيات إعلان الترشح ومعايير اختيار المرشحين لامتياز الأراضي الفلاحية والأملاك السطحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، المتوفرة، ج ر عدد 44 صادر بتاريخ 15 سبتمبر سنة 2013.

[21] يتم الإعلان وفق الطريقة المحددة في المادة 3 من نفس القرار، حيث يقوم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بإعلان الترشح عن طريق إعلانات تدرج مرة على الأقل في يوميتين وطنيتين (باللغة الوطنية واللغة الفرنسية) وعن طريق إعلان يلصق على مستوى مقر ولاية ودوائر وبلديات مكان تواجد الأراضي المعنية، وفي كل الهياكل التابعة للقطاع الفلاحي الكائنة بالولاية. لمزيد من التفاصيل يمكن

مراجعة: **أكلي نعيمة، حرير أحمد**، نحو إستراتيجية بديلة للريع النفطي تحقيقا للتنمية المستدامة: امتياز العقار الفلاحي نموذجا"، الملتقى الوطني حول: مستجدات الاستثمار في الجزائر في ظل القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، يوم 8 ماي 2017، ص 8، ص ص 1-15.

[22] الأمر رقم 08-04، مؤرخ في 1 سبتمبر سنة 2008، يحد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 49، صادر بتاريخ 3 سبتمبر سنة 2008، معدل ومتمم.

[23] المرسوم التنفيذي رقم 07-121 مؤرخ في 23 أفريل 2007، يتضمن تطبيق أحكام الأمر رقم 06-11 الذي يحدّد شروط كيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27، الصادر في 25 أفريل 2007، (ملغى).