

الطبيعة القانونية للحق العيني المترتب على سندات شغل واستغلال الأملاك الوطنية في التشريع الجزائري

جلول محده باحث في الدكتوراه جامعة يحيى فارس المدية ، الجزائر
جمال بوشنافة أستاذ محاضر "أ" جامعة يحيى فارس المدية، الجزائر

ملخص

تعتبر الأملاك الوطنية العمومية والخاصة مجالاً خصبا لتفعيل الاستثمارات المختلفة وتجسيدها على الأوعية العقارية التابعة لها بما يعطي دفعا نوعيا للاقتصاد الوطني، ويتم منح استغلال هذه الأملاك عن طريق الترخيص أو عن طريق الامتياز، وقد تضمن تعديل قانون الأملاك الوطنية بموجب الأمر (08/14) تكريس فكرة الحق العيني الناشئ عن سندات الشغل والاستغلال، باعتباره حقا عينيا أصليا متفرعا عن حق الملكية يخول لصاحبه جميع سلطات المالك لحق الانتفاع، لكن التصرف الناقل لملكية الحق متوقف على موافقة السلطة المانحة، كما يخول لصاحبه أيضا إنشاء رهنا عقاريا ضمانا للحقوق المرتبطة بإنجاز المشروع الاستثماري، وقد يكون محلا لحقوق الامتياز العامة والخاصة المرتبطة أساسا بالمشروع وبنفس شروط الرهن العقاري.

ويعتبر هذا الإجراء النقطة المفصلية التي تزيح الغموض والتخوف في الإقدام على الاستثمار في الأملاك الوطنية سواء من طرف المستثمرين الوطنيين الخواص أو الأجانب.

الكلمات المفتاحية: الأملاك الوطنية العمومية والخاصة، الترخيص، الامتياز، الحق العيني، تفعيل الاستثمار

RÉSUMÉ

Les Bines publics nationaux et privés constituent un terrain fertile pour les différents investissements, leurs utilisations, est accordée par l'octroi de l'autorisation ou de la concession.

La modification de la loi de la propriété publique (ordonnance 08-14) a impliqué l'idée du droit en nature, ce droit confère à son titulaire tous les pouvoirs du propriétaire, mais le transfert de propriété de ce droit est subordonné à l'autorité, Il permet également à son propriétaire de créer un gage immobilier pour garantir les droits liés aux projets d'investissement, Il peut être aussi le l'objet des droits du privilèges générales et privés, qui est principalement associé au projet et aux mêmes conditions que le gage immobilier.

C'est une étape cruciale qui détourne une partie de la peur d'investir dans la propriété publique, que ce soit

par des investisseurs nationaux privés ou étrangers.

MOTS-CLÉS: Biens publics nationaux et privés, l'autorisation, la concession ,droit réel, activation de l'investissement

مقدمة

يتم منح شغل الأملاك الوطنية العمومية واستغلالها عن طريق الترخيص الإداري المتمثل في العقد الوحيد الطرف أو عقد الامتياز حسب طبيعة الملك العمومي، كما أن المشرع كرس فكرة استغلال الأملاك الوطنية الخاصة عن طريق عقد الامتياز الغير قابل للتحويل إلى تنازل كقاعدة عامة ترد عليها بعض الاستثناءات.

وتشجيعا للاستثمار في الأملاك الوطنية العمومية والخاصة جاء المشرع أيضا بفكرة الحق العيني العقاري الذي يترتب بموجب سند الشغل ليمنح لصاحبه حقوقا عينية تكون قابلة للانتقال بمجرد التعاقد غير أنها تبقى خاضعة لبعض الشروط الاستثنائية غير المألوفة في قواعد القانون الخاص ومنها الموافقة المسبقة للسلطة المانحة على إتمام المعاملة العقارية المتضمنة التصرف القانوني في الحق العيني.

ويعرف الحق العيني بأنه سلطة يقرها القانون ويحميها ترتبط بشيء معين وذو قيمة مالية، ويصنف الحق العيني ضمن الحقوق المالية التي تضم الحقوق العينية والشخصية والفكرية، وعليه فإن الحق العيني هو « استئثار شخص ما بشيء معين استئثارا يقره القانون ويحميه »، وتنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

فالحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وما يتفرع عنه كحق الانتفاع وحق الارتفاق، ويخول حق الملكية لصاحبه سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، فإذا ما اجتمعت هذه السلطات في يد واحدة كانت الملكية تامة، فإذا ما تنازل المالك عن سلطتي الاستعمال والاستغلال إلى شخص آخر ويُبقي لنفسه سلطة التصرف ففي هذه الحالة يكون المالك محتفضا بحق الرقبة فقط في حين تنتقل سلطتي الاستعمال والاستغلال إلى المتصرف إليه، ويكون بذلك مالكا لحق الانتفاع والذي هو حق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية.

في حين تترتب الحقوق العينية التبعية على الحق العيني الأصلي سواء كان الملكية التامة أو ملكية حق الانتفاع، بحيث يكون ضمانا للحقوق الشخصية التي تنشأ فيما بين المتعاقدين ويُقدّم فيها الملكية أو الانتفاع ضمانا لحق الدائنة، وذلك بغض النظر عن طبيعة الحق العيني التبعي.

وترد الحقوق العينية الأصلية أو التبعية على الأملاك الوطنية بموجب سند الشغل، ولكنه يثور التساؤل حول مفهوم سندات شغل واستغلال الأملاك الوطنية وكذا طبيعة الحق العيني الوارد عليها، لذلك ارتأينا دراسة هذا الموضوع من خلال طرح الإشكالية التالية:

ما هي الطبيعة القانونية للحق العيني الناشئ عن سندات شغل واستغلال الأملاك الوطنية ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل قسمنا هذه الورقة البحثية إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول مفهوم الترخيص الإداري بشغل واستغلال الأملاك العمومية وكذا عقد الامتياز، ثم نتطرق في المبحث الآخر التعريف بالحق العيني وطبيعته ومدى قابلية نشوئه

بموجب سندات الشغل المذكورة، ثم ننهي إلى النتائج والتوصيات المتوصل إليها.

المبحث الأول: سند شغل واستغلال الأملاك الوطنية العمومية

يتم شغل واستغلال الأملاك الوطنية عن طريق رخصة مسبقة تسمى رخصة الطريق أو رخصة الوقوف أو رخصة الاستغلال بالنسبة للثروات الباطنية، كما تستغل عن طريق عقود الامتياز سواء الذي يرد منها على الأملاك العمومية أو الخاصة التابعة للجماعة الإقليمية، ولذلك سنحاول أن نضبط مفهوم سندي الشغل فيما يتقدم كما يلي:

المطلب الأول: رخصة شغل واستغلال الأملاك الوطنية:

للقوف على مفهوم الترخيص الإداري المتضمن رخصة شغل واستغلال الأملاك الوطنية العمومية يجب أن نتطرق إلى تحديد تعريفها من الناحية الفقهية والتشريعية ثم نستنتج خصائصها بصفتها سندا لاستغلال الأملاك العمومية، وتناول ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: التعريف برخصة شغل واستغلال الأملاك الوطنية: لتحديد التعريف بدقة سنتطرق إلى التعريف الفقهي والتشريعي لرخصة شغل واستغلال الأملاك الوطنية وذلك كما يلي:

أولاً: التعريف الفقهي: الترخيص لغة هو « السماح بالشيء بعد ما كان ممنوعاً »، ويقصد بالرخصة التسهيل والترخيص في الأمر الذي يؤخذ فيه بالرخصة، وتطلق كلمة الرخصة في اللغة على عدة معان منها ما جاء في لسان العرب بأنها « الإذن في الأمر بعد ما كان منهي عنه » ويقال رُحِّصَ لفلان أي أُذن له بعد ما كان منهيًا عنه¹، وقد ورد عدة تعاريف فقهية للترخيص الإداري منها:

يُعرف الأستاذ محمد جمال جبريل الترخيص الإداري بأنه « إذن بالتصرف يمنح حق ممارسة النشاط المرخص به، وهذا قرار يصدر عن سلطة مُعينة يحمل في طياته ضماناً للمرخص له وللغير بقانونية العمل المرخص به »².

وعليه يفهم من هذا التعريف أن الترخيص الإداري ما هو إلا عمل إداري يأخذ شكل العقد الإداري من طرف واحد، ويتوقف على تسليمه للمرخص له ممارسة نشاط ما، والقرار الإداري المتضمن الترخيص باستعمال واستغلال الأملاك الوطنية يظهر في عدة صور وأهمها رخصتي الطريق والوقوف ورخصة الاستغلال المنجمي وغيرها.

وقد عرفت رخصة الطريق بأنها « الرخصة التي تقتضي نوعاً من الاستقرار على الملك العمومي، التي تؤدي في الغالب إلى إحداث تغيرات في وعاء الطريق أو شكل الطريق، كالترخيص بإنشاء محطات البنزين أو الأكشاك على الطريق العام وغيرها، ويمنح هذا الاستعمال برخص في شكل قرار إداري من السلطة الإدارية المكلفة بتسيير الملك العمومي، وذلك مقابل دفع أتاوى عن هذا الاستعمال³، أما الأستاذ أحمد رحمانى فقد عرفها على أساس أنها عقد إداري من جانب واحد كما يلي:

« a distinction permission de voirie – permis de stationnement repose sur un élément la distinction permission de voirie – permis de stationnement repose sur un élément matériel, la permission de voirie est une occupation temporaire du domaine public affecté à l'usage de tous entraînant une modification de l'assiette de la voie publique ou avec une emprise sur celle-ci (article 64 al.2 de la loi domaniale), C'est le cas des installations de

distributeurs d'essence, des kiosques à journaux ou des canalisation»⁴

ويتخذ الترخيص باستعمال مشتملات الأملاك الوطنية العمومية صورتين تتحدد حسب طبيعة الشغل المؤقت فإما أن يكون شغلا سطحيا أو شغلا مستقرا، فالشغل السطحي هو الاختصاص بجزء من الملك العام يمارس عليه المنتفع استعمالا يحرم الآخرين من الانتفاع بهذا الجزء ، ولكنه غير ثابت ويتصف بالعرضية وعدم الاستقرار⁵، أما الشغل المستقر فهو الاستئثار بجزء من الملك العمومي يحبس فيه عن استعمال الآخرين بصورة مستمرة بحيث تقام عليه منشآت ثابتة تعطيه صفة الدوام والاستقرار رغم أنه شغل مؤقت⁶.

وقد عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية تراخيص شغل المال العام بأنها « تصرف إداري يتم بالقرار الصادر بمنحه وهو تصرف مؤقت بحكم كونه لا يرتب حقا ثابتا نهائيا كحق الملكية بل يخول المرخص له مجرد مزية وقتية يرتبط حقه فيها والتمتع بها وجودا وعندما بأوضاع وظروف وشروط وقيود يترتب على تغييرها أو انقضائها أو الإخلال بها أو مخالفتها جواز تعديل أوصاف هذه المزية أو سقوط الحق فيها بتخلف شرط الصلاحية للاستمرار في الانتفاع بها أو زوال سبب منحها أو انقضاء الأجل المحدد لها أو بطلب المصلحة العامة إنهاؤها...»⁷.

ثانيا- التعريف التشريعي لرخصة شغل واستغلال الأملاك الوطنية: للوقوف على التعريف التشريعي لرخصة شغل واستغلال الأملاك الوطنية العمومية وجب تحديد مفهومها ضمن النصوص المختلفة حسب كل قطاع نورد بعضها:

1- تعريف الشغل الخاص في ظل قانون الأملاك الوطنية (90/30): جاء في نص المادة (62) من القانون (90/30) المتعلق بالأملاك الوطنية أن الاستعمال الخاص للأملاك الوطنية العمومية الذي يمارسه المستعملون يخضع لرخصة إدارية مسبقة وعلى المستعمل دفع الأتاوى حسب الشروط التي يحددها القانون، وقد حددت الفقرة الثانية من المادة (63) من نفس القانون آلية الشغل الخاص الذي يكتسي شكل الرخصة الواحدية الطرف أو الطابع التعاقدية، وقد ضبطت المادة (64) الاستعمالات الخاصة المرخص بها بموجب عقد أحادي الطرف التي تكون إما عن طريق رخصة الطريق أو رخصة الوقوف اللتين تخضعان للسلطة التقديرية للإدارة ويكونان مؤقتتين.

ونلاحظ أن المشرع يخلط بين الرخصة و العقد فتارة يسميها رخصة واحدية الطرف وفي نفس الوقت يسميها العقد الواحد الطرف الذي يقصد به رخصتي الطريق والوقوف، وفي هذا السياق نجد أن المشرع تطرق إلى تعريف رخصة الطريق على أنها وجه من أوجه الاستعمال الخاص الذي يترتب عليه تغيير أساس الطريق العمومي أو الاستيلاء عليه وتكون هذه الرخصة في شكل قرار إداري من السلطة المكلفة بالمحافظة على الأملاك الوطنية العمومية.

وفي التعديل الأخير لقانون الأملاك الوطنية بموجب الأمر (08/14) تخلى المشرع عن تسمية الرخصة بالعقد الواحد الطرف طبقا للمادة (63) التي تنص على أن الشغل الخاص يكتسي إما شكل رخصة وإما الطابع التعاقدية، غير أن المادة (70) من المرسوم التنفيذي (12/427) تنص على أن رخصتنا استعمال الأملاك العمومية استعمالا خاصا يكون بناء على العقد الإداري الوحيد الطرف وهما رخصة الوقوف ورخصة الطريق ، كما نصت الفقرة الأخيرة من المادة (72) من هذا المرسوم على تأسيس الحق العيني العقاري على المشتملات التي ينجزها صاحب الرخصة.

2- تعريف رخصة الاستغلال في قانون المناجم: ميز المشرع ضمن القانون (01/10) المتعلق بالنشاط المنجمي (الملغى) بين السندات المنجمية والترخيص المنجمي الذي يعتبر قرارا إداريا يمنح من طرف الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية، ويكون ذلك لشخص معنوي لمدة أقصاها 10 سنوات مع إمكانية تجديده عدة مرات، وقد حددت لصاحب الترخيص المنجمي نفس الحقوق لصاحب الامتياز المنجمي وهي: حيازة الأرض والحقوق الملحقة بها، الارتفاقات القانونية بالدخول والمرور والقنوات، كما تنص الفقرة الثانية من المادة (08) من نفس القانون على تأسيس حقوقا عقارية محددة المدة ومنفصلة عن ملكية الأرض وقابلة للرهن العقاري وتطبق عليها حقوق الامتياز على العقار.

غير أن القانون الجديد (14/05) قد تراجع عن السندات المنجمية وسماها بالتراخيص المنجمية، وقد تراجع أيضا عن فكرة الرهن والإيجار من الباطن، وذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (13) من هذا القانون الذي تراجع عن أهم الحقوق التي كان يتمتع بها صاحب الترخيص المنجمي في ظل القانون القديم وهي حق ترتيب حقوق عينية تبعية عن المنشآت والتجهيزات والبنائيات ذات الطابع العقاري التي ينجزها بموجب السند المنجمي، وذلك ما يضعف هذا الحق العيني حتى وإن ترك له حرية التصرف فيه بالتنازل والتحويل المشروط بالموافقة المسبقة من الوكالة الوطنية للنشاطات المنجمية.

الفرع الثاني: خصائص رخصة شغل واستغلال الأملاك الوطنية

تتميز رخصة الشغل الخاص للأملاك الوطنية العمومية بعدة خصائص تميزها عن غيرها من التراخيص الإدارية الأخرى، وذلك لاعتبارها عقدا إداريا وحيد الطرف يرد على الأملاك الوطنية العمومية الطبيعية منها والاصطناعية، ومن أهم خصائصها ما يلي:

أولا- أنها عقد إداري: لقد استقر القضاء الفرنسي على انه يلزم ليكون العقد إداريا توافر شرطين وهما: الشروط الاستثنائية والصلة بالمرفق العام، غير أنه يكفي بتوفر أحد الشرطين ليوصف العقد بالإداري، وذلك ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قضية (POUR BERTIRN) في نيسان سنة 1985⁸، وأن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنويا عاما، ومن خلال إسقاط هذا التعريف والشروط على رخصة شغل الأملاك العمومية نلاحظ ما يلي:

1/ أن رخصة الطريق أو رخصة الوقوف أو رخصة الاستغلال تصدر عن شخص معنوي عام يتمثل في الإدارة المختصة بمنح هذه التراخيص.

2 أنها ذات صلة بتسيير المرفق العام وحسن أداء مهامه وخدماته للجمهور المستعمل ويتضح ذلك جليا في رخصة الطريق التي تستوجب إقامة منشآت حيوية وضرورية للمستعملين، وكذلك الحال بالنسبة لرخص الاستغلال الأخرى.

3 حتى يكون العقد إداريا يجب أن تتوافر فيه شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وذلك ما أكدت عليه المادة (64) من قانون الأملاك الوطنية حين تركت السلطة التقديرية للإدارة بأن تفرض ما تراه مناسبا من شروط استثنائية.

4/ إن تطابق الإرادتين في رخصتي الوقوف والطريق لا يكاد يظهر له أثرا نظرا لحرية الإدارة المطلقة في منح الترخيص أو رفضه، وإن كان من بين ما يدل على وجود نوع من الإرادة للمرخص له التي تتمثل في تقديم طلب الحصول على الشغل الخاص، وهذه الإرادة نابعة من الطالب وهو يعلم مسبقا بالشروط التي لا يمكنه التفاوض حولها.

وبالتالي فإن فكرة وصف رخصة شغل الأملاك العمومية بالعقد فيه نوع من التجاوز لتطابق الإرادتين المفترضة في كل العقود بأنواعها التي يكون مصدرها القانون الخاص أو القانون العام .

ومنه فإن الوصف السليم هو أنها قرار إداري صادر عن الشخص المعنوي العام الذي يسير الملك الوطني العمومي والقرار الإداري هو العمل القانوني الانفرادي الصادر عن مرفق عام والذي يحدث أثرا قانونيا تحقيقا للمصلحة العامة⁹.

ثانيا- أنها محددة المدة: أكد المشرع على تأقيت رخص استغلال الأملاك الوطنية ، وذلك في نص المادة (64) من قانون الأملاك الوطنية رقم (90/30) المعدل والمتمم والتي تنص على ما يلي « تتمثل الاستعمالات الخاصة لجزء من الأملاك الوطنية العمومية المخصصة لاستعمال الجميع والمرخص بها بعقد واحد الطرف في رخصة الطريق ورخصة الوقوف، وتمثل هذه الاستعمالات شغلا مؤقتا وتخضع للسلطة التقديرية للإدارة...»

ولم نجد تحديدا لمدة استعمال الملك الوطني العمومي عن طريق رخصة الطريق وإنما تركها المشرع خاضعة لطبيعة النشاط وكذا طبيعة المنشآت التي ينوي صاحب الرخصة إقامتها على أن لا تتجاوز هذه الأخيرة مدة خمس وستين (65) سنة كحد أقصى، أما فيما يتعلق برخصة الوقوف فلم يحدد لها المشرع مدة محددة ضمن هذه النصوص القانونية والتنظيمية غير أنه من الطبيعي أن تكون المدة قصيرة بالنظر لطبيعتها التي لا تقتضي إنجاز منشآت.

ثالثا- أنها أحادية الطرف: رخصة استعمال الأملاك الوطنية هي تصرف قانوني يصدر عن الإدارة المكلفة بتسيير ملحق الملك العمومي وللإدارة السلطة التقديرية الواسعة في دراسة مدى إمكانية منح الترخيص من عدمه مراعية طبيعة الملك العمومي ومدى ضمان عدم تعارضه مع حرية استعمال الجمهور ودون أن يحدث انحراف عن الغرض المخصص له. وتكمن أحادية الطرف في أن الإدارة حرة في اتخاذ قرار الترخيص أو رفضه وكذلك إملاء ما تريده من شروط تلازم الاستعمال الخاص، لذلك سعى المشرع رخصتي الطريق والوقوف بالعقد وحيد الطرف¹⁰.

رابعا- أنها لا تغير من طبيعة الملك العمومية : إن منح الترخيص باستعمال الأملاك العمومية لا يغير من طبيعته العمومية، فالترخيص هو تصرف غير ناقل للملكية وإنما مجرد استعمال فقط الهدف منه تسهيل الاستعمال الجماعي أو استغلال الملك العمومي محل الترخيص، وذلك ما أكدت عليه المادة (70) من المرسوم التنفيذي (12/427) التي تنص على أن الاستعمال الخاص للأملاك الوطنية العمومية هو استعمال مؤقت وقابل للإلغاء بدافع المنفعة العمومية أو حفظ النظام، وتتولى ذلك السلطة الإدارية والمسئول المؤهل قانونا الذي سلم الرخصة.

وهذا فإن الترخيص بالاستعمال الخاص لا يؤدي إلى خروج الملك الوطني محل الترخيص من دائرة الأملاك العمومية ولا ينزل به إلى طائفة الأملاك الوطنية الخاصة ذات الوظيفة الامتلاكية المالية، وهذا ما يترتب عليه دوام تمتع ملحق الملك الوطني العمومي المرخص باستعماله بالحماية القانونية المقررة له، لا سيما الحماية المدنية والجنائية والإدارية¹¹.

سادسا- منشئة لحق عيني عقاري : تعود فكرة تكريس الحق العيني على الملك الوطني العمومي الممنوح استعماله استعمالا خاصا سواء عن طريق الرخصة (العقد الإداري وحيد الطرف) أو عن طريق التعاقد (عقد الامتياز) إلى خروج الأملاك الوطنية العمومية إلى دائرة الاستغلال الاقتصادي والربحي الذي لا يتأتى إلا من خلال تشجيع الاستثمار في الأملاك العمومية بموجب

رخصة الطريق، هذه الأخيرة التي أصبحت تنشئ حقا عينيا على المنشآت المنجزة فوق الوعاء العقاري محل الترخيص، وذلك بموجب التعديل الأخير لقانون الأملاك الوطنية الصادر بالأمر (08/14)، حيث تم إدراج قسم ثان مكرر بالفصل الأول بعنوان « الشغل الخاص للأملاك الوطنية العمومية المنشئ لحقوق عينية » ومن خلال استقراء النصوص القانونية والتنظيمية لاسيما المواد من (69) مكرر وما بعدها فإنه حتى يترتب الحق العيني على العقار محل الترخيص بالشغل الخاص يشترط ما يلي:

1/ أن تكون المنشآت والبنائات والتجهيزات ذات الطابع العقاري كما هي محددة في الرخصة، وأن تكون هذه الأخيرة ذات منفعة عمومية وضرورية لاستمرار الخدمة العمومية التي خصص من أجلها الملك العمومي.

2/ أن يتضمن قرار الترخيص حصرا للمنشآت المرخص إقامتها على الملك العمومي، وذلك حتى تكون مُنشئة للحق العيني، ولم توضح النصوص القانونية والتنظيمية المذكورة ضرورة النص في متن الرخصة على أنها منشأة لحق عيني أم لا.

وحسب الفقرة الثالثة من المادة (69) مكرر فإن مدة سند الشغل تحدد حسب طبيعة النشاط والمنشآت المرخصة بها وأهميتها، وبالتالي فإنه يفهم من عموم النص أن المعيار الفاصل في نشوء الحق العيني من عدمه هو المنشآت التي يلتزم المرخص له بانجازها على ملحق الملك العمومي، ونرى بأنه إذا كانت الرخصة من هذا القبيل فإنها تكون منشئة للحق العيني دون لزوم النص عليه في متن الرخصة.

3/ لا يكون للحق العيني التبعية أثرا على الملك الوطني العمومي المرخص باستعماله استعمالا خاصا إلا إذا كان في حدود تمويل المنشآت والبنائات والتجهيزات المنصوص على انجازها بموجب سند الرخصة كما أنه لا يكون ضمانا إلا للقروض التمويلية لهذا المشروع فقط، وذلك استنادا لنص المادة (69) مكرر³².

4- أن يكون ملحق الملك الوطني العمومي المرخص باستعماله من الأملاك العمومية الطبيعية غير البحرية والمائية والغابية أو ينتمي للأملاك الاصطناعية كالطرق والسكك الحديدية، وذلك لاعتبارين، الأول أن رخصة الطريق ترتبط أساسا بالطرق أما الاعتبار الثاني فهو ما نصت عليه المادة (69) مكرر 5 التي تستثني تطبيق أحكام القسم الثاني مكرر على الأملاك العمومية الطبيعية البحرية والمائية والغابية³¹.

سابعاً- أنها ترد على الأملاك الوطنية العمومية: إن استعمال الأملاك الوطنية العمومية استعمالا خاصا يكون حصرا عن طريق رخصتي الطريق ورخصة الوقوف، فمن خلال تسمية الرخصة الأولى يتضح أنها تتعلق بالملك الوطني العمومي متمثل في الطرق العمومية والتي تتطلب إنشاء مشتملات على القطعة المرخص باستعمالها، والتي تؤدي في الغالب إلى إحداث تغييرات أساسية عليه كالترخيص بإنشاء محطات الوقود على جانبي الطرق العمومية.

أما بالنسبة لرخص الاستغلال الأخرى كاستغلال المناجم أو الغابات وغيرها فإنها ترد على أصل الملك الوطني العمومي الطبيعي المتمثل في الثروات الطبيعية سواء كانت باطنية كالمناجم والمقالع أو سطحية كالغابات.

المطلب الثاني: مفهوم عقد الامتياز

يعتبر عقد الامتياز الآلية القانونية التي اعتمدها المشرع لإدارة المرفق العام بعد تزايد حاجيات الجمهور والتحول نحو اقتصاد السوق الذي فرض على الدولة التخلي عن أغلب الخدمات المرفقية لا سيما في المجال الاقتصادي والتجاري وكذلك الحال

بالنسبة للأموال الوطنية الخاصة وكيفية منحها في إطار الاستثمار لأهميتها للاقتصادية الكبيرة ، ويمكننا دراسة مفهوم عقد الامتياز كآلية لاستغلال الأملاك الوطنية من خلال تعريفه وتحديد خصائصه وفقا لما يأتي:

الفرع الأول: التعريف بعقد الامتياز

لتحديد تعريفه يجب أن نتطرق إلى تعريفه الفقهي والتشريعي والقضائي، وذلك من خلال ثلاث نقاط على التوالي.

أولا- التعريف الفقهي لعقد الامتياز: أجمع أغلب فقهاء القانون الإداري على أن عقد الامتياز هو من أشهر العقود الإدارية المسماة وأهمها على الإطلاق خاصة في الدول الليبرالية ونستعرض أبرز التعاريف التي وردت كما يلي:

• عرفه الفقيه (جيدل GIDEL) بأنه «عقد يقوم بمقتضاه فرد أو أفراد بتنفيذ عمل ما على أساس مكافأتهم لقاء مجهودهم ومصروفاتهم لا بمبلغ من النقود يدفع لهم من قبل الحكومة بعد إتمام العمل بل يستلم عائد يفرض لمدى أجل طويل إلى حد ما على الأفراد»، ونلاحظ أن هذا التعريف يركز على المقابل المالي والمدة التي أوردناها كملاحظة على التعريفين السابقين وكذلك يشير إلى أن صاحب حق الامتياز يكون طرفا مقابلا للسلطة مانحة الامتياز ومنه فان هذا التعريف قد استوفى عناصر عقد الامتياز¹⁴.

• وقد عرف الأستاذ سليمان محمد الطماوي عقد الامتياز بأنه «عقد إداري يتولى فيه الملتزم فردا كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي، واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة لعقد الامتياز»¹⁵، ومن خلال هذا التعريف نلاحظ أن الأستاذ الطماوي قد حصر محل عقد الامتياز الإداري في المرافق العامة الاقتصادية فقط دون المرافق العامة الإدارية، كما أنه حدد منحه لأشخاص القانون الخاص (أفراد أو شركات) دون الأشخاص المعنوية العامة.

ويعرف الأستاذ (أحمد محيو) عقد الامتياز بأنه اتفاق تكلف الإدارة بمقتضاه شخصا طبيعيا أو اعتباريا بتأمين تشغيل مرفق عام، ورغم أنه عبارة عن صك تعاقدية فإن دراسته ترتبط أيضا بالنظرية العامة للمرفق العام لأن هدفه هو تسيير مرفق عام، ... وباعتباره أسلوبا للتسيير أين يتولى شخص يسمى صاحب الامتياز أعباء مرفق خلال فترة من الزمن فيتحمّل النفقات ويتسلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق¹⁶.

ثانيا- التعريف التشريعي لعقد الامتياز: لم يُنظم عقد الامتياز نصا قانونيا واحدا بل جاء تعريفه في نصوص متفرقة حسب طبيعة الملك الوطني الوارد عليه، وبالتالي فإن تعريف الامتياز تطور حسب تطور النظام القانوني السائد في كل مرحلة، وسنحاول أن نقف عند تعريف الامتياز في بعض النصوص القانونية:

1- تعريف عقد الامتياز الوارد على الأملاك الوطنية العمومية الطبيعية: تعتبر المياه والمناجم وغيرها من بين مكونات الأملاك الوطنية العمومية الطبيعية لذا سنتطرق إلى تعريف الامتياز في النصوص القانونية التي تنظم كيفية تسيير المياه كأنموذجاً عن هذا الصنف من الأملاك الوطنية:

عرفت المادة الثانية من دفتر الشروط النموذجي لمنح امتياز استغلال الخدمات العمومية للتزويد بماء الشروب الملحق بالقانون (83/17) المتعلق بالمياه¹⁷ (الملغى) عقد الامتياز بأنه «العقد الذي من خلاله تكلف الدولة أو البلدية المسماة في صلب

النص (مانح الامتياز) الشركة / المؤسسة المسماة في صلب النص (صاحب الامتياز) بتسيير خدمة عمومية لتوفير ونقل وتوزيع ماء الشرب واستغلالها والمحافظة عليها تحت مسؤوليتها لمدة محدودة مقابل أجر يدفعه المستعملون.»

ونلاحظ أن هذا التعريف جاء مستوفيا لأغلب عناصر عقد الامتياز حيث وصفه بأنه عقد وحده محله وهو تسيير الخدمة العمومية للمياه خلال مدة محددة ومقابل رسم يدفعه المنتفعون بالخدمة، وليس أجرا كما ذكرته المادة لوجود فرق بين الرسم والأجر وهذا الأخير يعبر عن عائد عمل مبدول من طرف شخص ما.

وقد صدر بعد ذلك القانون الجديد للمياه (05/12) المؤرخ في 04/08/2005 الذي عرف الامتياز ضمن المادتين (76) و (78) منه بأن استعمال الموارد المائية التابعة للأمالك العمومية الطبيعية المائية، الذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام، لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص يقدم طلبا بذلك طبقا للشروط المحددة في هذا القانون والكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم، ونلاحظ أن هذا التعريف جاء قاصرا لأنه لم يذكر المدة والالتزامات التعاقدية الناتجة عن عقد الامتياز.

2- تعريف الامتياز الوارد على الأملاك الوطنية العمومية الاصطناعية : نصت المادتين الأولى والثانية من المرسوم التنفيذي (96/308)¹⁸ المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، على أن الامتياز هو الأسلوب الذي يخضع له إنجاز الطرق السريعة وملحقاتها وتسييرها، ويمنح لكل شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص وفقا للنصوص القانونية والشروط المتضمنة في دفتر الشروط.

ويكون منح الامتياز عن طريق اتفاقية تبرم بين مانح الامتياز وهو مجلس الوزراء بموجب مرسوم، بعد إعداد التقرير الوزاري المشترك بين وزير الداخلية ووزير المالية والوزير المكلف بالأشغال العمومية، وقد تضمنت الفقرة الثالثة من المادة الثانية من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم الالتزامات التعاقدية بين طرفي العقد.

وبصدور هذا المرسوم تكون عقود الامتياز متاحة للأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة الخاضعة للقانون العام أو القانون الخاص سواء كانوا وطنيين أو أجنب، وهو ما يعطي دفعا جديدا للاستثمار في هذا المجال، وهذا المرسوم لم يعرف عقد الامتياز تعريفا دقيقا وشاملا.

ومن خلال ما تقدم من تعاريف لعقد الامتياز الوارد على الأملاك العمومية الطبيعية أو الاصطناعية، يمكننا أن نورد تعريفنا له كما يلي « عقد الامتياز الوارد على الأملاك الوطنية العمومية هو عقد إداري يكون طرفيه الدولة أو إحدى جماعاتها الإقليمية أو من يمثلها وتسمى (مانح الامتياز) والشخص المعنوي الخاضع للقانون العام أو القانون الخاص والذي يلتزم بمقتضاه هذا الأخير باستغلال أو إنجاز واستغلال وتسيير الملك الوطني المصنف أو الذي سيصنف لاحقا ضمن الأملاك الوطنية العمومية، مقابل دفع أتاوى الاستغلال لمانح الامتياز أو تحصيل الأتاوى من المنتفعين حسب طبيعة الاتفاق ويكون ذلك لمدة زمنية محددة تكون كافية مقارنة بحجم الاستثمارات ووفقا لدفتر الشروط المرفق بالعقد.»

3- تعريف الامتياز في قانون الأملاك الوطنية: لقد تبنى المشرع في ظل القانون (90/30) نظام الامتياز غير أنه لم يبين أحكامه حيث نصت المادة (61) منه على أنه « يمكن أن يستعمل الجمهور الأملاك العمومية استعمالا مباشرا أو عن طريق مصلحة

عمومية في شكل تسيير بالوكالات أو استغلال بالامتياز على أن تكون هذه المصلحة العمومية قد اختصت بتلك الأملاك»، وبعد تعديله بالأمر (08/14) تبنى المشرع الامتياز كآلية لاستعمال الأملاك الوطنية العمومية استعمالا خاصا وقد عرفته المادة (64) مكرر بأنه «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 أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل منح الامتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز».

في حين حددت المادة (64) مكرر 1 الحقوق المالية الناتجة عن عقد الامتياز وهي الأتاوى السنوية على أساس القيمة الإيجابية أو نتائج الاستغلال أو مقابل قيمة الاستغلال الممنوح بموجب العقد، وقد نصت المادة (69) مكرر على أن مدة الامتياز تخضع لطبيعة النشاط والمنشآت المرخصة بالنظر لأهميتها على أن لا تتجاوز خمسا وستين (65) سنة.

ويلاحظ أن عقد الامتياز قد تم تعريفه بجميع عناصره ضمن التعديل الأخير بما يستجيب لتشجيع الاستثمار في الأملاك الوطنية بموجب هذا الأسلوب وندلل على ذلك بما يلي:

- الترخيص للخواص للمشاركة في تسيير واستغلال الأملاك الوطنية حسب نص المادة (05) من القانون¹⁹.
- تعميم منح الامتياز على الأملاك الوطنية العمومية ليشمل استغلال المرفق (منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية)
- استفادة صاحب الامتياز من الحق العيني العقاري الناشئ عن سند الشغل والذي يرد على المنشآت والتجهيزات موضوع الاستثمار المزمع إقامته حسب طبيعة الملك العمومي والنشاط المفترض أن يقام عليه.
- إعطاء مدة تبدو حسب رأينا كافية جدا لاستقطاب الاستثمارات من جهة ولطمأنة صاحب الامتياز ومنحه وقتا طويلا لاسترجاع قيمة الاستثمارات والأرباح المترتبة عليها.

4- تعريف الامتياز الوارد على الأملاك الوطنية الخاصة: يفرق المشرع بين الامتياز الممنوح في إطار الاستثمار الوارد على العقار الصناعي والسياحي الذي يحكمه الأمر (08/04) وبين الامتياز الوارد على العقار الفلاحي الذي تحكمه عدة نصوص قانونية منها القانون (10/03) المتعلق بتحويل حق الانتفاع الدائم إلى امتياز، وكذلك بين الامتياز في إطار الترقية العقارية، وسنحاول التعريف بالعقد بناء على هذا التفصيل.

أ- التعريف بعقد الامتياز في إطار الأمر (08/04): بعد صدور المرسوم التشريعي (93/12) المؤرخ في 05/10/1993 المتعلق بترقية الاستثمار (الملغى)²⁰ والذي يعتبر المدخل الأساسي الذي سمح بالانفتاح على عالم الاستثمار وتحرير الاقتصاد الوطني من الاحتكار العمومي، وبشكل الامتياز الأسلوب الذي تبناه المشرع في منح الوعاء العقاري التابع للأملاك الخاصة للدولة لانجاز مشاريع استثمارية لا سيما في الميدان الصناعي والسياحي، وورد تعريف عقد الامتياز في دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح حق امتياز على أراضي أملاك الدولة لانجاز الاستثمارات في المناطق الخاصة، والذي جاء تطبيقا للمادة (05) من المرسوم التنفيذي (94/322)²¹ المؤرخ في 17/10/1994 (الملغى) والذي عرفه كما يلي «الامتياز هو العقد الذي تخول بموجبه الدولة مدة معينة حق انتفاع بقطعة أرضية متوفرة تابعة لأملكها الخاصة شخصا طبيعيا أو معنويا يخضع للقانون الخاص مقيما أو غير

مقيم أو مؤسسة عمومية اقتصادية تستغل تلك الأرض أساسا لإقامة مشروع استثمار في منطقة خاصة.»
 وتم تحديد الالتزامات المالية التي تدفع سنويا لإدارة أملاك الدولة والتي تساوي 5% من قيمة العقار، وقد حددت مدته من 20 إلى 40 سنة قابلة للتجديد، ويجوز لصاحب الامتياز طلب تحويل الامتياز إلى تنازل بعد إنجاز المشروع.
 وصدر بعد ذلك الأمر (08/04) الذي حدد أطراف عقد الامتياز وهي الدولة مانحة الامتياز وصاحب الامتياز وهو الشخص الطبيعي أو المعنوي الخاضع للقانون الخاص، كما حدد مدته الدنيا 33 سنة قابلة للتجديد مرتين²² ويمنح الامتياز مقابل دفع أتاوى سنوية تساوي 5% من قيمة العقار محل الامتياز، والتي تم تعديلها بموجب المادة (62) من قانون المالية لسنة 2015²³ لتصبح 1/33 من قيمة العقار²⁴ محل الامتياز أي بنسبة 3.33% .

ويكون المنح عن طريق المزاد العلني الذي يعتبر هو الأصل وذلك ما نصت عليه المادة الثالثة من الأمر (08/04)، غير أن المشرع تراجع عليه بموجب التعديل الذي جاءت به المادة (12) من قانون المالية لسنة 2012²⁵ ليبقى منح الامتياز بالتراضي بناء على قرار الوالي أو الوزير بالنسبة للمشاريع في إطار المناطق الخاصة، ولم تتضمن النصوص القانونية المذكورة تعريفا لعقد الامتياز إلا ما ورد في ملاحقها، حيث نجد دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم (09/152) الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة التابعة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية قد عرف الامتياز بأنه « الاتفاق الذي تحول الدولة لمدة معينة الانتفاع من أرض متوفرة لأملكها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص قصد إنجاز مشروع استثماري.»

والملاحظ أن هذا التعريف قد استوفى بعض الأحكام القانونية الهامة المتعلقة بالامتياز وذلك من حيث أنه عقد (الاتفاق) وتحديد أطرافه وهي الدولة مانحة الامتياز والشخص الطبيعي أو المعنوي الخاضع للقانون الخاص بصفته صاحب الامتياز والذي لا يهم إن كان وطنيا أو أجنبيا، كما ذكر التعريف محل العقد وهو الوعاء العقاري المتوفر ضمن الأملاك الخاصة التابعة للدولة، وقد اعتبر المشرع العقد مؤقتا بنص المادة الرابعة (04) من الأمر (08/04) كما نص على الالتزامات المالية ضمن المادة التاسعة (09) منه.

التعريف بعقد الامتياز في ظل القانون (10/03)²⁶: هذا القانون يتعلق بتحديد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية -ب- التابعة للأمالك الخاصة للدولة نجد أن المادة الرابعة (04) منه عرفت الامتياز بأنه العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص (المستثمر صاحب الامتياز) حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها، بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها أربعون (40) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع أتاوى سنوية .

ويتبين من خلال هذا التعريف أن المشرع قد تعرض لعقد الامتياز من جميع جوانبه وهي تحديد الأطراف والمحل والمدة والالتزامات المالية، وما يلاحظ هو أن المشرع اقتصر في صاحب الامتياز على الشخص الطبيعي الوطني دون الأجنبي ربما لخصوصية العقار الفلاحي في مجال المستثمرات الفلاحية التي كانت خاضعة للتسيير الذاتي والقانون (87/19)²⁷ المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.

ثالثا- التعريف القضائي لعقد الامتياز : بما أن الامتياز كأسلوب في الجزائر جاء متأخرا بالنظر للتشريعات المقارنة جعل الاجتهاد القضائي الذي تناولته قليلة جدا، حيث نكاد لا نجد لإقرارا واحدا صدر عن مجلس الدولة تحت رقم (11950) بتاريخ 09/03/2004 في القضية المعروضة أمامه بين شركة نقل المسافرين (سريع الجنوب) بصفتها مدعية ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية وهران حيث جاء في مضمون القرار أنه «..حيث أن عقد الامتياز التابع لأمالك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستعمل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأمالك الوطنية بشكل استثنائي بهدف محدد متواصل مقابل دفع أتاوى، لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه»²⁸.

ويتضح من خلال هذا التعريف أن مجلس الدولة اعتبر الامتياز عقدا إداريا تمنحه السلطة وتسمى منح الامتياز ويقع على الأملاك الوطنية كمحل له، وأنه محدد المدة، ويكون مقابل دفع أتاوى وقابل للرجوع فيه، مما يدل على وضوح امتيازات السلطة العامة في مثل هذه العقود، ومنه يتضح أن التعريف جاء مستوفيا لكل العناصر الجوهرية لعقد الامتياز .

ومن خلال هذا التعريف يتضح أن القضاء سلك مسلك الفقه والتشريع في التعريف بعقد الامتياز الوارد على الأملاك الوطنية العمومية حيث اعتبره عقدا إداريا يكون الطرف مانح الامتياز فيه الدولة أو الولاية أو البلدية والطرف الآخر صاحب الامتياز شخصا طبيعيا أو معنويا، ويكون محله تسيير واستغلال المرفق العام لمدة محدودة مقابل رسوم يتقاضاها هذا الأخير من المنتفعين.

الفرع الثاني: خصائص عقد الامتياز

من خلال تعريف عقد الامتياز الوارد على الأملاك العمومية المرفقية أو في إطار الشغل الخاص أو الوارد منه على الأملاك الوطنية الخاصة، نستخلص خصائصه التي يتميز بها عن العقود الأخرى ونفصل ذلك فيما يلي:

أولا - أنه عقد إداري : لقد اعتبر الفقه والتشريع والقضاء أن عقد الامتياز ينتمي إلى طائفة العقود الإدارية لأن أحد طرفي العقد على الأقل جهة إدارية²⁹ تتمتع بامتيازات السلطة العامة كالدولة أو الولاية أو البلدية، وهذا ما يتوفر في عقد امتياز الشغل الخاص للأملاك الوطنية العمومية أو في إطار تفويض المرفق العام أو منح الامتياز في إطار الاستثمار الصناعي أو السياحي أو الفلاحي الواردة على الأملاك الوطنية الخاصة.

بالإضافة إلى ذلك فإن عقد الامتياز شروطا غير مألوفة في العقود المدنية، وهي شروط استثنائية تفرضها السلطة مانحة الامتياز متمتعة في ذلك بامتيازات السلطة العامة³⁰، وسواء كانت هذه الشروط تتضمن حقوقا استثنائية لمنح الامتياز أو امتيازات تقرر لمصلحة الإدارة.

ثانيا - محله دائما عقار تابع للأملاك الوطنية : يتميز عقد الامتياز الذي تمنحه الدولة أو الولاية أو البلدية في إطار تسيير الأملاك الوطنية بأن محله دائما يكون جزء من مشتملات الأملاك الوطنية العمومية أو الخاصة، كما أن منح الامتياز بهذا الشكل لا يغير من طبيعة الملك الوطني العمومي أو الخاص فلا يخرج من نطاقه ويبقى يتمتع بالحماية القانونية اللازمة إلا في الحالات الخاصة التي تقتضي تحويل الامتياز إلى تنازل وذلك طبقا لنص المادة (75) من المرسوم التنفيذي (12/427) .

ثالثا - محدد المدة : عقد الامتياز هو من العقود المؤقتة وبالتالي فإنه يحدد بمدة معينة تكون كافية ومتوافقة مع حجم الاستثمارات

المرتتبة عن الامتياز، وهذه الخاصية من أهم ما يميزه، فالمدة عادة ما تكون طويلة للسماح لصاحب الامتياز باستغلال المشروع واسترجاع استثماراته وحتى الأرباح المتوقعة.

ومن هذا المنطلق فإنه لا يمكن أن يكون عقد الامتياز غير محدد المدة أو أن يكون أبدياً³¹ مما يجعله يتحول إلى تنازل، لذلك تؤكد التشريعات على ضرورة وجود بند في العقد يتضمن تحديد مدة الاستغلال وتحديد بدايتها ونهايتها وإمكانية التجديد من عدمه، وقد سبق وأن أشرنا إلى أن قانون الأملاك الوطنية (90/30) المعدل والمتمم قد نص في المادة (69) مكرر منه على أن مدة رخصة استغلال الأملاك الوطنية العمومية تحدد في العقد حسب طبيعة النشاط على أن لا تزيد عن خمس وستين (65) سنة، وقد حددت بعض النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بامتياز الأملاك الوطنية العمومية المرفقية أو امتياز الأملاك الوطنية الخاصة مدداً مختلفة منها ثلاثة وثلاثين (33) سنة قابلة للتجديد مرتين في إطار الأمر (08/04) وأربعون (40) سنة قابلة للتجديد في إطار القانون (10/03).

رابعا - ينتج عنه التزامات مالية متبادلة: يولد عقد الامتياز الوارد على الأملاك الوطنية العمومية التزاما مباشرا على صاحب الامتياز وهو انفاق أمواله على إقامة المرفق بما يتوافق والشروط اللائحة والتعاقدية التي التزم بها، وعند دخول المرفق حيز الخدمة يقوم بتسييره واستغلاله بناء على شروط عقد الامتياز وهذا بالنسبة للأملاك العمومية المرفقية.

وبما أن عقد الامتياز ملزم لجانبين فإنه لا بد أن يكون هناك مقابل مالي يتحصل عليه صاحب الامتياز يوازي ما أنفق على إقامة المشروع، ويتمثل المقابل في استغلال المرفق ووضع حيز الخدمة وتحصيل الأتاوى من المنتفعين به، إلى أن تنتهي المدة فيكون بذلك قد استوفى ما أنفق وحتى الأرباح التي توقعها³²، ويعود بعدها المرفق إلى السلطة المانحة، أما الامتياز الذي يكون محله الشغل الخاص للملك الوطني العمومي أو في إطار منح الامتياز على الأملاك الخاصة التابعة للدولة فإن الالتزام المالي يترتب على صاحب الامتياز وهو دفع أتاوى سنوية لفائدة مانح الامتياز طيلة مدة العقد ووفقا لما يمليه دفتر الشروط الملحق بعقد الامتياز.

خامسا- يرتب حقا عينيا: انطلاقا من نقد النظرية القائلة بأن دور الدولة على الأملاك العمومية ما هو إلا حق إدارة وإشراف ورقابة فقط فإنه أصبح ينظر إلى أن الدولة يمكنها استثمار الأملاك العمومية وأن تنشئ عليها حقوقا عينية وهو المفهوم الذي يكاد يتقارب وحق ملكية الدولة لهذه الأموال³³.

وقد اعترف للدولة بحق استثمار أملاكها العمومية لتحقيق أكبر مداخيل ممكنة على أن لا يتعارض ذلك مع طبيعة تخصيص الملك العمومي، على أن يقتصر المنح على سلطتي الاستعمال والاستغلال فقط وتبقى الصفة العمومية تلازم الأملاك محل الاستثمار.

وعلى هذا النحو قرر المشرع إنشاء حق عيني عقاري على المنشآت والبنائيات التي يتم إنجازها على ملحق الملك الوطني العمومي أو الخاص بمناسبة منح الترخيص الإداري أو الامتياز المتضمن استغلاله، وذلك ما ورد في التعديل الأخير لقانون الأملاك الوطنية أو ما تتضمنه النصوص الخاصة، وهذا ما سنتناوله في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: طبيعة الحق العيني الناشئ بموجب سند شغل واستغلال الأملاك الوطنية

يؤسس على الشغل الخاص للأمالك الوطنية حقا عينيا سواء كان الشغل بموجب رخصة أو عن طريق الامتياز ولتحديد طبيعة هذا الحق بين طائفتي الحقوق العينية الأصلية والتبعية، وتطبيقاها على ما يخوله سند الشغل لصاحبه، وصلاحيته لاستعماله كضمان للحقوق الشخصية، وذلك ما نتطرق إليه فيما يلي:

المطلب الأول: الحق العيني الأصلي الناشئ بموجب سند الشغل الخاص

لمعرفة طبيعة الحق العيني الوارد على الأملاك الوطنية باعتباره حقا عينيا أصليا، يثور التساؤل حول مدى إمكانية اعتباره حق ملكية أم حق انتفاع لما لسند الشغل الخاص من خصوصية تميزه عن غيره وذلك لأنه محدد المدة من جهة وأن محل الحق محكوم بقاعدة عدم جواز التصرف التي تلازم الأملاك العمومية، لذلك سنحاول إسقاط خصوصية هذا الحق على حقي الملكية والانتفاع لنصل إلى تحديد طبيعة هذا الحق وذلك من خلال ما يلي:

الفرع الأول: مدى تطابق الحق العيني الوارد على الأملاك الوطنية مع حق الملكية

يُعرف حق الملكية بأنه " حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة "، ويتمز حق الملكية بأنه حق دائم وجامع ومانع، فإلى أي مدى يمكن أن تنطبق هذه الخصائص على الحق العيني الوارد على الأملاك الوطنية؟ وهذا ما سنجيب عليه فيما يلي:

أولا- الملكية حق جامع: يخول حق الملكية السلطات الثلاث وهي سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، ونقصد بالتصرف التصرفات القانونية بأنواعها سواء الناقلة للملكية أو غير الناقلة، وهذه السلطة هي التي تميز حق الملكية عن بقية الحقوق العينية الأصلية كحق الانتفاع والارتفاق، وبهذه الميزة تنتقل العين المملوكة من مالك إلى آخر.

وينشأ الحق العيني عن الشغل الخاص للملك الوطني العمومي سواء كان الشغل برخصة الطريق أو رخصة الاستغلال أو بعقد الامتياز يكون محله المنشآت والبنائيات والتجهيزات التي يقيمها صاحب السند وهذا الأخير لا يُغَيَّر من الصفة العمومية للملك الوطني العمومي، وبالتالي فإن صاحب السند لا يمكنه التصرف في رقبة الملك العمومي محل الترخيص بالشغل الخاص، ومنه فإن خاصية حق الملكية بأنها حق جامع لا تنطبق على الحق العيني الوارد على الأملاك الوطنية، حتى وإن كان يخول لصاحبه سلطي الاستعمال والاستغلال التي يكفلها القانون لصاحب سند الشغل، غير أنه لا يمكنه التصرف في الرقبة لأن الأملاك الوطنية لا سيما العمومية منها غير قابلة للتصرف.

ثانيا: الملكية حق مانع: يخول للمالك منع الغير من استعمال أو استغلال ملكيته، ولكنه يجوز له التنازل عن سلطي الاستعمال والاستغلال للغير ويُبقي الرقبة في يده، والحق العيني موضوع الدراسة يخول هاتين السلطتين ولا يخول حق الرقبة لأنه يملك حق الانتفاع الذي ينتقل إليه بموجب العقد، في حين يمكنه أن يستأثر بهما لنفسه ويمنع غيره دونهما وذلك ما أكدت عليه المادة (65) من قانون الأملاك الوطنية (90/30) المعدل والمتمم³⁴.

ومنه فإن هذه خاصية منع الغير تنطبق نسبيا على الحق العيني الوارد على الأملاك الوطنية لأنه يمكنه أن يمنع الغير في حدود ملكية حق الانتفاع، وإن كان معرض دائما للسلطة التقديرية للإدارة التي يمكنها أن تسحب الترخيص في أي وقت تشاء.

ثالثا- الملكية حق دائم: الملكية حق دائم مادامت العين موجودة ولا يسقط هذا الحق بعدم الاستعمال فحق الملكية هو حق دائم

بغض النظر عن الملاك الذين يتداولون ملكية العين، وبما أن الحق العيني الوارد على الأملاك الوطنية هو حق محدد المدة فإنه لا يمكن أن يكون حق ملكية تامة بالنظر لعنصر الديمومة، وبما أن الحق العيني الوارد على الأملاك الوطنية لا هو جامع ولا مانع وليس دائم فهو ليس بحق ملكية تامة، فهل يمكن أن يكون حق انتفاع؟.

الفرع الثاني: مدى تطابق الحق العيني الوارد على الأملاك الوطنية مع حق الانتفاع

نظم المشرع حق الانتفاع ضمن المواد من (844) إلى (854) من القانون المدني ولم يتناول تعريفه وإنما تعرض إلى كيفية اكتسابه والالتزامات والحقوق المترتبة عنه وانتهائه على اعتبار أنه حق محدد المدة، ويعرف الأستاذ زهدي يكن حق الانتفاع بأنه " حق مقرر على ملك الغير الذي يخول استعماله واستغلاله لمدة معينة بحيث ينتهي بوفاة المنتفع على أن يحافظ على جوهر الشيء ومادته، وينشأ حق الانتفاع بإرادة الإنسان، كما يمكن إنشائه لأجل أو بشرط تعليقي أو إلغائي، فحق الانتفاع يأخذ من حق الملكية عنصريين هما حق الاستعمال والاستغلال ويبقى للمالك حق التصرف"³⁵، ويعرفه الأستاذ عبد الرزاق أحمد السهنوري بأنه " حق المنتفع في استعمال ملك غيره واستغلاله"³⁶، كما يعرفه الأستاذ عبد المنعم فرج صده بأنه " حق عيني يخول للمنتفع سلطة استعمال شيء مملوك للغير واستغلاله مع وجوب المحافظة على ذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية الانتفاع الذي ينتهي بموت المنتفع"³⁷.

ويتضح من هذه التعريفات أن حق الانتفاع هو حق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية يخول للمنتفع استعمال واستغلال العين من غير أن يتصرف فيها تصرفاً ناقلاً للملكية، وينشئ الانتفاع التزامات متقابلة بين المنتفع والمالك ويكون لمدة محددة، ويأتي هذا في سياق تجزئة حق الملكية الواردة في القانون المدني، وطبقاً لنص المادة (844) من القانون المدني فإن هذا الحق يكتسب بالعقد أو بالشفعة أو بالتقادم أو بمقتضى القانون، وبإسقاط هذه الأحكام على الحق العيني الناشئ بموجب رخصة الطريق أو رخصة الاستغلال أو عقد الامتياز فإننا نستنتج ما يلي:

أولاً- يتم اكتساب حق الانتفاع بالعقد أو بالشفعة أو بالتقادم أو بالقانون حسب نص المادة (844) من القانون المدني، وبالرجوع إلى ما تقدم فإن رخصة الطريق قد اعتبرها المشرع كذلك من قبيل العقد الوحيد الطرف وكذلك الامتياز الذي يكون بتطابق الإرادتين، وبالتالي فإن مصدر الحق العيني الناشئ عن رخصة الطريق أو عقد الامتياز يتوافق مع بعض مصادر حق الانتفاع في القانون المدني.

ثانياً- ينتهي حق الانتفاع الناشئ بموجب رخصة الطريق أو رخصة الاستغلال أو عقد الامتياز حسب القواعد العامة بانتهاء المدة أو بالإسقاط نتيجة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، غير أن انقضاءه بالوفاء وعدم انتقاله للورثة والتي نصت عليها المادة (852) من القانون المدني، فإن هذه القاعدة قيدها القاعدة الخاصة المنصوص عليها بالمادة (69) مكرر 2 من قانون الأملاك الوطنية، حيث قرر المشرع انتقال الحق العيني الناشئ بموجب الشغل الخاص للورثة بشرط أن يقدموا شخصاً عنهم يعينونه بناء على اتفاق بينهم في أجل ستة (06) أشهر من تاريخ الوفاة، على شرط أن توافق عليه السلطة المختصة مانحة السند، ويهدف المشرع من خلال ذلك ضمان حقوق صاحب الحق العيني واستقرار الاستثمارات الواقعة على الأملاك العمومية، وبالتالي فإن الحق العيني الناشئ بموجب الشغل الخاص يتوافق إلى حد ما مع القواعد العامة إلا أن خصوصيته بأنه حق عيني ذو طابع إداري

جعلته يتميز بنص خاص فيما يخص هذه النقطة.

المطلب الثاني: الحق العيني التبعية الناشئ بموجب سند الشغل الخاص

لقد سبق وأن تعرفنا على أن الحق العيني الناشئ عن رخصة الطريق أو رخصة الاستغلال أو عقد الامتياز هو حق عيني أصلي يتمثل في حق الانتفاع المتفرع عن حق الملكية، وقد يكون هذا الحق محلاً لحقوق عينية تبعية يرتبها صاحب السند على العين المنتفع بها ضماناً للالتزامات تعاقدية في ظل نطاق الحقوق الشخصية، والحق العيني الأصلي ينشأ مقصوراً في ذاته ولذاته لما يحققه من الحصول على منافع الشيء، لذلك سمي بالحق العيني الأصلي³⁸، أما الحق العيني التبعية فيكون تابعاً في وجوده لحق آخر وهو حق الدائنية فهي تابعة له وتأتي لضمان الوفاء به .

وقد جاء ذكر الحقوق العينية التبعية في الكتاب الرابع من القانون المدني بما يسمى التأمينات العينية، وهي حق الرهن الرسمي وحق التخصيص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز، ولذلك سنتطرق إلى تعريفها بإيجاز أولاً ثم إسقاط أحكامها على عقود الشغل الخاص:

الفرع الأول: الرهن العقاري

يمكن أن ندرس في هذا المجال الرهن الرسمي والرهن الحيازي

أولاً - الرهن الرسمي: تنص المادة (882) من القانون المدني على أن الرهن الرسمي هو « عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان »، ومن خلال هذا التعريف يمكننا أن نستنتج أن الرهن الرسمي ينعقد باتفاق الطرفين الدائن والمدين ويكون بتخصيص عقار أو أكثر من عقارات المدين ضماناً للوفاء بالدين لفائدة الدائن المرتهن، ويخول للدائن المرتهن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، في استيفاء حقه من ثمن العقار، كما يخول له تتبع العقار في أي يد كان ويوقع الحجز التنفيذي عليه وبيعه بالمزاد العلني ويستوفي حقه من ثمن البيع بعد سداد الديون الممتازة، ويتم رد الباقي إلى حائز العقار إذا بقي من الثمن شيء، وفي حالة ما إذا لم يستفي الدائن حقه كاملاً لعدم كفاية ثمن البيع يرجع بالباقي على المدين الراهن لكنه كدائن عادي في هذه الحالة³⁹، ويتميز الرهن الرسمي عن غيره من التأمينات العينية بعدة خصائص وهي أنه حق عيني، عقاري، تبعية، شكلي، لا يقبل التجزئة.

1- حق عيني: الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص على شيء معين تمنحه مزايا يعترف بها القانون، وهو ما تتميز به الحقوق العينية الأصلية والتبعية، والرهن الرسمي يُنشئ علاقة مباشرة بين الدائن المرتهن والمال المرهون دون وساطة من أحد ودون طلب تدخل المدين.

2- حق تبعية: لا يمكن وجود الرهن الرسمي دون وجود علاقة دائنية بين المدين أو الكفيل الراهن والدائن المرتهن، فهو يدور في فلك المديونية وجوداً وعدماً فإن انقضت انقضى الرهن⁴⁰ سواء بالوفاء أو بما يعادل الوفاء أو بالإبطال، وذلك طبقاً لنص المادة (893) من القانون المدني.

3- حق عقاري: يكون محلاً للرهن الرسمي العقارات فقط، والعقار هو كل شيء ثابت في حيزه لا يمكن نقله منه دون تلف،

واستنادا لنص المادة (886) من القانون المدني التي تنص في الفقرة الأولى منها على أنه « لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك »، ومنه فإنه لا يجوز إنشاء الرهن الرسمي على منقول، أما العقار بالتخصيص فإن الرهن يمتد إليه تبعا للعقار المخصص له ، وذلك ما نصت عليه المادة (887) من نفس القانون.

4- عقد شكلي : الرهن الرسمي من العقود التي يشترط فيها الرسمية والشكلية بإفراغه في محرر مكتوب لدى ضابط عمومي كالموثق أو الإدارة العمومية التي يخولها التشريع المعمول به كتابة العقود وكذا والمؤسسات المالية التي تؤسس الرهن الرسمي⁴¹، وبالرجوع للمادة (883) من القانون المدني نجد أنها تنص على أنه يمكن أن ينعقد الرهن الرسمي بمقتضى حكم قضائي أو بمقتضى القانون، غير أن تطبيق ذلك يكون عن طريق الضابط العمومي الذي يقوم بتسجيل الحكم لدى مفتشية التسجيل وإيداعه بالمحافظة العقارية لتتم بذلك الرسمية وإعلام الكافة به.

أما بالنسبة لنشأته بمقتضى القانون فنجد مثالا على ذلك في ظل إجراءات عملية التنازل عن أملاك الدولة ودواوين الترقية والتسيير العقاري، في حالة ما إذا اختار المترشح طريقة الدفع بالتقسيط لاكتساب محل ذو استعمال سكني أو مهني أو تجاري ويؤسس رهن رسمي لفائدة الدولة يذكر في عقد البيع الذي تحرره إدارة أملاك الدولة⁴².

وتكون نفقات إبرام عقد الرهن الرسمي وإجراءات تسجيله وشهره على نفقة المدين الراهن ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك استنادا لنص المادة (883) من القانون المدني المذكور سابقا.

5- لا يقبل التجزئة : بمعنى تجزئة الرهن تلك المتعلقة بالعقار المرهون أو بالدين المضمون، فالبنسبة للعقار المرهون فهو يضمن الوفاء بالدين، فالعقار وملحقاته تضمن كل الدين المضمون فإذا ما تم تقسيمه إلى جزئين وتصرف المدين فيه تصرفا ناقلا للملكية، فيبقى كل جزء من العقار ضامنا لكامل الدين، ويبقى للدائن حق الرجوع على أحد الجزئين أولا بأول إلى أن يستفي دينه⁴³، أما بالنسبة لتجزئة الدين فإنها لا تؤدي إلى تجزئة الرهن، فلو قام المدين الراهن بالوفاء بجزء من الدين فلا يؤدي ذلك إلى تحرير جزء من العقار بقدر ما تم الوفاء به، بل يظل العقار كله ضامنا للدين المتبقي إلا إذا وجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

ثانيا - الرهن الحيازي : الرهن الحيازي هو « حق عيني اتفاقي يترتب على منقول أو عقار يضعه الراهن في يد الدائن المرتهن أو في يد شخص آخر يتفق عليه المتعاقدان ضمانا لدين على الراهن أو على غيره ويحق للدائن بمقتضاه أن يحبس المرهون لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمنه في أي يد يكون »⁴⁴.

ويتطابق هذا التعريف مع ما جاءت به المادة (948) من القانون المدني حيث اعتبر المشرع الرهن الحيازي عقدا يبرم لضمان دين في ذمة المدين بصفته راهنا أو كفيلا عينيا ، ويتفق هذا التعريف أيضا مع ما ذهب إليه المشرع المصري ويتميز الرهن الحيازي بالخصائص التي يتميز بها الرهن الرسمي غير أنه يختلف عنه في أن الرهن الحيازي يرد على عقار أو على منقول ولا يكون للرهن الحيازي على العقار أثرا في مواجهة الغير إلا إذا تم قيده في السجل العقاري وقد نصت على ذلك المادة (966) من القانون المدني على أنه يشترط في نفاذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب تسليم الملك للدائن أن يقيد عقد الرهن العقاري وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بعقد الرهن الرسمي.

ومن خلال هذا النص نستنتج أنه حتى يسري الرهن الحيازي العقاري في مواجهة الغير يجب أن تنتقل الحيازة للدائن المرتهن

أول للشخص الآخر المتفق عليه، وقيد في السجل العقاري، وفي هذا الإطار يجدر القول بأن كلى الاجرائين لا يُغني عن الآخر فلا الحيابة تُغني عن القيد ولا القيد يغني على الحيابة.

وعن طبيعة الحق العيني التبعي الذي يمكن أن يترتب على الحق العيني الناشئ بموجب الشغل الخاص للملك الوطني العمومي فإن الفقرة الثانية من المادة (69) مكرر من قانون الأملاك الوطنية تنص على أنه لصاحب الحق العيني الناشئ بموجب رخصة الطريق أو عقد الامتياز صلاحيات وواجبات المالك الذي يملك حق الانتفاع ويعزز ذلك نص المادة (69) مكرر 2 التي تمنح لملك المنشآت والبنيات والتجهيزات ذات الطابع العقاري إمكانية التنازل عنها أو تحويلها في إطار نقل الملكية بين الأحياء أو في إطار اندماج أو إدماج أو انفصال شركات، وذلك في إطار مدة سند الشغل الخاص، وقد قرر المشرع في نفس النص انتقال ملكية حق الانتفاع إلى الورثة بعد وفاة صاحب السند، لكنه يشترط أن يتقدم الورثة باتفاق بينهم بتعيين المستفيد الجديد في مدة ستة (06) أشهر من تاريخ الوفاة.

ويمكننا أن ننظر إلى أن صاحب سند الشغل الخاص هو مالك لحق الانتفاع وبالتالي يخول له ترتيب حقوق عينية تبعية على ما يملك وفقا للقواعد العامة، وفي هذا الإطار يمكننا أن نتساءل حول مدى إمكانية صاحب الرخصة في إنشاء رهن رسمي أو رهن حيازي أولدائنيه في إنشاء حق تخصيص أو حق امتياز على حق الانتفاع الذي يملكه بموجب النصوص الخاصة المذكورة أعلاه. وللإجابة عن هذا التساؤل نجد أن المشرع من خلال نص المادة (69) مكرر 3 من قانون الأملاك الوطنية قد سمح لصاحب السند إنشاء وترتيب حق عيني تبعي لكن تحت طائلة الشروط التالية:

- 1- أن يكون الحق العيني التبعي يتمثل في حق الرهن وفي هذا الإطار لم يذكر المشرع نوع الرهن.
- 2- أن يكون الرهن ضمانا للقروض التي يتحصل عليها صاحب الحق العيني لتحويل أو إنجاز أو تعديل أو توسيع استثماره الواقع على ملحق الملك الوطني العمومي محل الترخيص بشغله شغلا خاصا.
- 3- إن حق الانتفاع ذو طابع خاص بالرغم من أنه ينتقل بين الأحياء وإلى الورثة كما ذكرنا غير أنه لا يكون ضمانا عاما لكل الدائنين بل يقتصر ضمانه على الدائنين الذين نشأ حقهم نتيجة تنفيذ أعمال التمويل أو الإنجاز أو تعديل أو توسيع المنشآت المقامة على ملحق الملك الوطني العمومي، وبالتالي فإنه لا يمكن للدائنين الآخرين مباشرة إجراءات تحفظية أو تدابير التنفيذ الجبري على الحق العيني هذا، وذلك ما أكدته المادة (69) مكرر 3 في فقرتها الثانية.
- 4- ينقضي الحق العيني التبعي (الرهن) بانقضاء مدة السند مهما كانت الظروف والأسباب، وذلك ما أكدت عليه الفقرة الثالثة من نفس المادة، وبالتالي فإن انقضاء مدة السند يعتبر سببا خاصا لانقضاء الرهن الرسمي أو الحيازي المترتب عن الحق العيني الناشئ بموجب سند الشغل الخاص للملك الوطني العمومي وهذا السبب يتفرد به عن أسباب الانقضاء الواردة ضمن القواعد العامة.

الفرع الثاني: حق التخصيص

يعرف حق التخصيص أو الاختصاص كما يسميه المشرع المصري بأنه اختصاص الدائن بعقارات مدينة، وهو حق عيني تبعي يمنحه رئيس المحكمة للدائن بناء على حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين، على عقار أو أكثر من عقاراته، ويستطيع

الدائن أن يستوفي حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان متقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة⁴⁵. وقد نصت المادة (937) من القانون المدني على أنه « يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى أن يلزم المدين بشئ معين ، وأن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف ، ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ تخصيص على عقار في التركة »، ونصت المادة (938) كذلك على أنه « لا يجوز الحصول على حق تخصيص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية أو على قرار صادر من مُحكِّمين إلا إذا أصبح القرار واجب التنفيذ ». ولا يجوز أن يوقع حق التخصيص على عقار في التركة ، حيث أنه في حالة ما إذا استصدر المدين الحكم القاضي بإنشاء حق التخصيص وقبل قيده في مصلحة الشهر العقاري توفي المدين وانتقلت أملاكه إلى الورثة عن طريق الشهادة التوثيقية، ففي هذه الحالة لا يمكن قيده⁴⁶.

وفي هذا الخصوص يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أنه يجوز شهر حق الاختصاص الذي كسبه الدائن قبل وفاة مدينه حتى ولو كان الشهر يحصل بعد وفاة المدين، وذلك لأن الغرض منه منع إنشاء سبب جديد للتقدم بعد وفاة الدين، أما هنا فقد صدر الأمر بالاختصاص قبل واقعة الوفاة وليس القيد إلا طريقة لشهره وجعله نافذا في حق الغير⁴⁷.

ولكنه منه من الناحية الإجرائية فإننا نرى سريان هذا الرأي إلا في الفترة التي تمتد من تاريخ الوفاة وقبل شهر الشهادة التوثيقية التي تفيد بانتقال أملاك المدين المتوفى إلى الورثة، لأنه في هذه الحالة لا يستطيع المحافظ العقاري أن يودع حق التخصيص على ملك الغير وهم الورثة، ومنه فإن الحكم بالتخصيص المودع لدى المحافظة العقارية قصد شهره يكون محالاً لرفض الإيداع. وعن مدى قابلية حق الانتفاع الناشئ عن الشغل الخاص لتحمل حق التخصيص، فإن المنشآت والتجهيزات المقامة بموجب سند شغل الأملاك الوطنية تعتبر من قبيل العقارات، كذلك النخيل المملوكة لمن لا يملك الأرض التي أُنشئت عليها تعتبر عقارا، وحسب القواعد العامة فإن مالك المباني والمنشآت يتمتع بملكيتها دون أن يملك حق الرقبة التي في هذه الحالة تكون ملكية وطنية عمومية منح عليها رخصة الطريق أو رخصة استغلال أو عقد امتياز، وبالتالي فإنه لا يمكن التصرف فيها، غير أن المشرع كما سبق وأن ذكرنا بأنه يسمح لصاحب الترخيص أو الامتياز أن يتصرف في حق الانتفاع وفقا للشروط المنصوص عليها. ومنه فإنه يصح أن تكون العقارات التي تشكل المباني والمنشآت المقامة على أجزاء الأملاك الوطنية محالاً لطلب توقيع حق التخصيص كأصل عام لأنها تشكل أموالا عقارية، غير أنه بالرجوع للنص الخاص الوارد ضمن المادة (69) مكرر 3 نجد أن ذلك غير ممكن على إطلاقه لأن المشرع ربط بين الحق العيني التبعية الناشئ عن هذين السندين وبين سبب نشوء الدين الذي يكون حتما قد وجه لإقامة المباني والمنشآت أو توسيعها أو تعديلها.

لذلك نرى بأنه لا يمكن أن ينشأ حق التخصيص على العقار محل الانتفاع المترتب عن الشغل الخاص لأجزاء الأملاك الوطنية إلا إذا تحققت العلاقة السببية بين الدين محل الضمان والمنشآت والمباني التي أنجزت أو عدلت أو وسعت بالتمويل الناتج عن الدين المضمون بحق التخصيص.

الفرع الثالث: حقوق الامتياز

لبعض الديون خصوصية خاصة لذلك يمنحها المشرع أولوية الاستيفاء، فالعبرة في هذه الحالة بصفة الدين لا بصفة الدائن،

فالدين له من الأهمية ما يبرر استيفاءه أولاً دون الانتظار خلف الدائنين المقيدين أو الدائنين العاديين، وليس الدائن من يقرر هذه الأولوية وإنما يقرها القانون، فالمصاريف القضائية وديون الخزينة العمومية⁴⁸ وديون العمال وحقوق متقاسم العقار وحق بائع العقار وغيرها من الحقوق خصها المشرع بنصوص خاصة تجعلها ممتازة عن كل الديون الأخرى حتى ولو كانت سابقة في القيد، فالامتياز إذن هو « أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته »، ومنه يمكننا أن نستنتج خصائص الحقوق الممتازة وهي :

- أنه حق عيني يرد على عقار أو منقول أو أموال المدين الأخرى كالحقوق والقيم المنقولة وغيرها.
- يقره المشرع من خلال نصوص قانونية في الشريعة العامة أو نصوص قانونية خاصة.
- الممتاز في حق الامتياز هو الدين في حد ذاته وليس الدائن كما هو الحال في الرهن الرسمي أو الحيازي أو حق التخصيص، فأى حق شخصي توافرت فيه صفة يرها القانون وينص على أنها ممتازة يكون الحق التابع لها حقاً ممتازاً بموجب هذه الصفة التي يرها القانون بغض النظر عن الشخص الدائن.

وتنقسم حقوق الامتياز إلى حقوق امتياز عامة ترد على جميع أموال المدين، وحقوق امتياز خاصة ترد على منقول معين وأخرى ترد على عقار معين، ونوضح ذلك من خلال ما يلي:

أولاً- حقوق الامتياز العامة: تترتب هذه الحقوق على كل أموال المدين العقارية منها والمنقولة والحقوق والقيم وغيرها ومثال ذلك ديون الخزينة العمومية، ديون النفقة، الديون المستحقة للأجراء وغيرها، وقد تم النص عليها في المواد من (990) إلى (996) من القانون المدني.

وهذه الحقوق لا تخضع للقيد في حالة وقوعها على عقار لأن القانون لا يوجب قيد حقوق الامتياز العامة⁹⁴ ويتقدم في المرتبة في حالة تزامن الحقوق الممتازة العامة المصروفات القضائية ثم حقوق الخزينة العامة ثم مصاريف الحفظ والترميم، أما بقية الحقوق الأخرى فتستوفي بالتساوي حسب نسبة كل دين.

ثانياً- حقوق الامتياز الخاصة : منها ما يرد على منقول كما تنص على ذلك المادة (922) من القانون المدني وهذه الحقوق تكون عرضة للانقضاء بسبب قاعدة الحيازة في المنقول سندا للملكيته، لذلك يجيز القانون للدائن طلب وضع المنقول تحت الحراسة القضائية إذا خشي تبيده وإتلافه ، أما حقوق الامتياز الخاصة فقد حددها المشرع في نص المواد (999) إلى (1001) من نفس القانون وهي امتياز بائع العقار، حقوق المقاولين والمهندسين، حقوق متقاسم العقار.

وعن مدى قابلية حق الانتفاع الناشئ عن الشغل الخاص لتحمل حقوق الامتياز فإنه يمكن أن يترتب امتياز بائع العقار أو امتياز حقوق المقاولين والمهندسين أو امتياز متقاسم العقار على حق الانتفاع الوارد على الأملاك الوطنية بموجب سند الشغل الخاص المتمثل في الرخصة أو عقد الامتياز، بشرط أن تكون هذه الحقوق ناشئة ومرتبطة ارتباطاً مباشراً بالمنشآت والبنائيات المقامة على الوعاء العقاري محل سند الشغل الخاص، وفي حدود مدة الشغل المنصوص عليها في سند الشغل، وتجد حقوق الامتياز العامة تطبيقها على هذه الحالة وفي كل الأحوال فهي تتقدم عن باقي الحقوق الأخرى المتعلقة بالعقار في حالة بيعه بالمزاد العلني.

خاتمة

من خلال ما تطرقنا إليه يتضح أن الأملاك الوطنية العمومية يتم استغلالها عن طريق سبدي الشغل وهما العقد الاداري وحيد الطرف المتمثل في رخصة الشغل الخاص كرخصة الطريق أو رخص الاستغلال الأخرى كالترخيص المنجمي، أو عن طريق عقد الامتياز ذو الطابع التعاقدية حتى وإن كان يتضمن شروطا غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، وقد سحب المشرع فكرة الامتياز أيضا على الأملاك الوطنية الخاصة كأسلوب لمنحها للإستغلال في إطار تجسيد المشاريع الاستثمارية المختلفة، وكقاعدة عامة فإن الامتياز غير قابل للتحويل إلى تنازل بناء على الأمر رقم (08/04) وكذلك في ظل القانون (10/03) وغيره من النصوص القانونية والتنظيمية مع وجود بعض الاستثناءات الخاصة على هذه القاعدة.

ويخول سند الشغل والاستغلال لصاحبه حقا عينيا أصليا على المنشآت والتجهيزات ذات الطابع العقاري المرتبطة أساسا بالمشروع الاستثماري سواء كان هذا النشاط ذو طابع صناعي أو سياحي أو فلاحي أو خدماتي وغيره، ويكون هذا الحق قابلا لكل التصرفات القانونية لا سيما منها الناقلة للملكية على شرط الموافقة المسبقة للسلطة المانحة على إتمام المعاملة العقارية، ويجد هذا القيد تبريره في استمرارية المرفق العام أو استمرارية مردود المشروع الاستثماري وعدم تأثره سلبا بالمستثمر الجديد الذي تنتقل إليه الملكية عن طريق التصرف المشروع.

كما يخول أيضا لصاحب السند إنشاء حقوقا عينية تبعية ضمانا للحقوق الشخصية (حقوق الدائنية) التي تترتب على صاحب السند بمناسبة إنجاز المشروع والتي لها علاقة أساسية بالمنشآت والتجهيزات التي يقيمها على ملحق الملك الوطني العمومي أو الخاص، وقد تكون أيضا محلا لحقوق الامتياز العامة على اعتبار أن حق الانتفاع الممنوح لصاحب السند يعتبر مالا عقاريا يدخل في أمواله العامة وبالتالي يكون من بين الضمان العام، وكذلك الحال بالنسبة لحقوق الامتياز الخاصة غير أنه يجب أن ترتبط أساسا بالمنشآت والتجهيزات ذات الطابع العقاري للمشروع محل سند الشغل، بمعنى أن يكون امتياز بائع العقار أو المتقاسم أو امتياز المقاولين والمهندسين ناشئا من أجل المشروع الاستثماري المذكور.

الهوامش:

¹ ابن منظور لسان العرب المحيط، المجلد الثاني، دار الجبل، بيروت، 1988، ص 1146

² محمد جمال عثمان جبريل، الترخيص الإداري، دراسة مقارنة، دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1992، ص 65.

³ سلطان عبد العظيم، تسيير وإدارة الأملاك الوطنية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ص 99.

4 Ahmed Rahmani, les biens publics en droit algérien, éditions internationales, 1996, page 162.

⁵ محمد فاروق عبد الحميد، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة في ظل قانون الأملاك الوطنية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 678

⁶ محمد فاروق عبد الحميد، نفس المرجع، ص 690.

⁷ محكمة القضاء الإداري القضية رقم (607) بتاريخ 21/03/1972، نقلا عن فاروق عبد الحميد، مرجع سابق، ص 678.

⁸ حاتم فرسان الطعان، تقييد حرية الإدارة على إبرام العقود الإدارية، مقال منشور بمجلة الجامعة الإسلامية، بغداد، عدد (26/2)، 2010..

⁹ محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر العربي، مصر، 2000، ص 07.

- 10- تنص المادة الفقرة الرابعة (70) من المرسوم التنفيذي رقم (12/427) على أن " رخصتنا استعمال الأملاك العمومية استعمالا خاصا، بناء على العقد الإداري الوحيد الطرف هما رخصة الطريق ورخصة الوقوف .»
- 11- حدة توام، قواعد حماية الأملاك الوطنية العمومية ، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص الإدارة والمالية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة بن يوسف بن خده، الجزائر، 2010/2011، ص 47.
- 12- تنص المادة (69) مكرر 3 على ما يلي « لا يمكن رهن الحقوق والمنشآت والبنائات والتجهيزات ذات الطابع العقاري إلا لضمان القروض التي يتحصل عليها صاحب الرخصة من أجل تمويل إنجاز أو تعديل أو توسيع الأملاك الواقعة على ملحق الملك العمومي المشغول.
- لا يمكن للدائنين العاديين غير أولئك الذين تنشأ حقوقهم نتيجة تنفيذ الأعمال المذكورة في الفقرة السابقة ممارسة إجراءات تحفظية أو تدابير التنفيذ الجبري على الحقوق والأملاك المذكورة في هذه المادة .»
- 13- تنص أحكام القسم الخاص المتعلق (بالشغل الخاص المنشئ لحقوق عينية) المستحدث بموجب تعديل قانون الأملاك الوطنية بالأمر رقم (14/08) لا تطبق على الأملاك العمومية البحرية والمائية والغابية نظرا للخصوصية الخاصة لهذه الأملاك، وبالتالي فإنها لا تتحمل حقوقا عينية ناتجة عن شغلها شغلا خاصا، وذلك ما نلمسه من أحكام المرسوم التنفيذي (01/87) الذي يحدد شروط وكيفيات الترخيص بالاستغلال الوارد على الأملاك الغابية، حيث أشارت المادة السابعة منه إلى أن الترخيص بالاستغلال لا يعد حقا عينيا.
- 14- أحمد عبد الرزاق خليفة سعيان، القانون والسيادة وامتيازات النفط، الطبعة الثانية، مركز الدراسات الوحدة العربية، لبنان، 1997، ص 28، نقلا عن ليلى قصير، النظام القانوني لعقد امتياز الأملاك الوطنية العمومية الاصطناعية عن طريق الامتياز، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2012، ص 48.
- 15- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر 2005، ص 28.
- 16- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 440.
- 17- القانون رقم (83/17) المؤرخ في 16/07/1983 المتضمن قانون المياه، ج رعدد (30) المؤرخة في 17/07/1983 (الملغي) بالقانون رقم (05/12) المؤرخ في 04/08/2005، مرجع سابق.
- 18- المرسوم التنفيذي رقم(96/308) المؤرخ في 18/09/1996 المتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة ج رعدد (55) المؤرخة في 25/09/1996.
- 19- تنص المادة (05) من القانون رقم (90/30) المعدل والمتمم على أنه " أن تسيير الأملاك الوطنية وتستغل وتستصلح بحكم طبيعتها وغرضها أو استعمالها لتحقيق الأهداف المسطرة لها إما مباشرة من قبل هيئات الدولة والجماعات العمومية الأخرى المالكة، وإما بموجب رخصة أو عقد من قبل أشخاص معنويين تابعين للقانون العام أو القانون الخاص أو أشخاص طبيعيين».
- 20- المرسوم التشريعي(93/12) المؤرخ في 05/10/1993 المتعلق بترقية الاستثمار، ج رعدد(67) المؤرخة في 10/10/1993، (الملغي).
- 21- دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي (94/322) المؤرخ في 17/10/1994، ج رعدد (67)، المؤرخة في 10/0/1993، (الملغي).
- 22- ينظر في ذلك للمادة الرابعة من الأمر (08/04)، نفس المرجع.
- 23- القانون (14/10) المؤرخ في 30/12/2014 المتضمن قانون المالية لسنة (2015)، ج رعدد (78) المؤرخة في 31/12/2014.

24- يراجع في ذلك المادة التاسعة من الأمر (08/04)، نفس المرجع .

25- القانون رقم (11/11) المؤرخ في 18/07/2011 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة (2011)، ج رعدد (40)، المؤرخة في 20/07/2011.

26- القانون رقم (10/03) المؤرخ في 15/08/2010 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، ج رعدد (46) المؤرخة في 18/08/2010.

27- القانون رقم (87/19) المؤرخ في 08/12/1987 الذي يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج رعدد (50) المؤرخة في 09/12/1987.

28- مجلة مجلس الدولة، العدد (05) لسنة 2004، ص 213.

29- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص 36.

30- أحمد محيو، مرجع سابق، ص 349.

31- أوكال حسين، المرفق العام للمياه في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2009/2010، ص 117.

32- مروان معي الدين القطب، مروان معي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة - تفويض المرفق العام - منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2009، ص 142.

33- ليلى قصير، مرجع سابق، ص 76.

34- تنص المادة (65) من قانون الأملاك الوطنية رقم 90/30 المعدل والمتمم على ما يلي « يستفيد مسير المرفق العمومي أو صاحب الامتياز، مع مراعاة أحكام المادة (64) مكرر أعلاه والمادة 69 مكرر أعلاه من حق استعمال الملك التابع للأملاك الوطنية المخصص لهذه المصلحة وفق غرض تخصيصه ولفائدة المصلحة العمومية ويحق الانتفاع به دون سواه والاستفادة من ناتجه وتحصيل الأتاوى من المستفيدين طبقاً للتشريع المعمول به ».

35- زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص 175.

36- عبد الرزاق أحمد السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية، الطبعة الثالثة الجديدة دار النهضة مصر، 2011، ص 1220.

37- عبد المنعم فرج صده، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، دون سنة نشر، ص 961.

38- رضا عبد الحلیم عبد المجید، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، جامعة بنها، كلية الحقوق، (PDF)، دون سنة نشر، دون دار نشر، ص 07.

39- شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 306.

40- محمد بن أحمد بونبات، الحقوق على العقارات، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2008، ص 155.

41- ينظر في ذلك نص المادة (96) من المرسوم التنفيذي رقم (06/132) المؤرخ في 03/04/2006 المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية، ج رعدد (21) الصادرة بتاريخ 05/04/2006.

42- يُنظر في ذلك نص المادة (14) من المرسوم التنفيذي رقم (03/269) المؤرخ في 07/08/2003 الذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن أملاك

- الدولة ودواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير 2004 ، ج رعدد (48) الصادرة بتاريخ 13/08/2003.
- 43- محمد بن أحمد بونيات، مرجع سابق، ص 148.
- 44- حسين عبد اللطيف حمدان ، التأمينات العينية ، دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2007 ، ص 61.
- 45- سعد سعيد عبد السلام، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مطابع الولاء الحديثة، مصر، 2006، ص 367.
- 46- همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 564.
- 47- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص 690.
- 48- تنص المادة (990) من القانون المدني على أن " المصاريف القضائية التي أنفقت لمصلحة الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها لها إمتياز على ثمن هذه الأموال ، وتستوفي هذه المصاريف قبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن..."، كما تنص المادة (991) من نفس القانون على أن " المبالغ المستحقة للخزينة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كان ، لها امتياز ضمن الشروط المقررة في القوانين والمراسيم الواردة في هذا الشأن ، وتستوفي هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أي يد كانت وقبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي ما عدا المصاريف القضائية "، وتلها ديون الخدم والعمال ، والتوريد ونفقة الأقارب التي تستوفي بعد المصاريف القضائية وحقوق الخزينة العمومية، حسب ما نصت عليه المادة (993) من نفس القانون.
- 49- رضا عبد الحلیم عبد المجید عبد الباری، مرجع سابق، ص 357، ويراجع كذلك المادة (986) من القانون المدني.