

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

مبدأ عدم المساس بالأموال العامة وأثره في القانون الجزائري

**The principle of non-compliance with public funds
and its impact on Algerian law**

بوزكري سليمان *

جامعة غرداية، (الجزائر)، bouzekri.slimane@univ-ghardaia.dz ، مخبر القانون والمجتمع في

الفضاء الرقمي

تاريخ النشر: 2023/09/01

تاريخ القبول: 2023/08/01

تاريخ ارسال المقال: 2023/06/01

* المؤلف المرسل

الملخص:

أثر مبدأ عدم المساس المال العام وتأثر بالمال العام وتأسس من خلال ذلك نظام قانوني خاص بهذا المال ساهم في تكوينه إلى جانب المشرع كل من القضاء الإداري والفقهاء في فرنسا، ولئن حصرت بدء وظيفة المال العام في موضوع تخصيصه وتجمدت بصرامة المبدأ عند ذلك، فتراكم العديد من الأسباب دفع إلى التوجه نحو إعادة توظيف هذا المال في جوانب تنموية متعددة، مع الحفاظ على حماية تخصيصه، وهذا ما استقر عنده التشريع الفرنسي وتأثر به النظام القانوني للأموال العمومية في الجزائر. الكلمات المفتاحية: مبدأ عدم المساس بالمال العام؛ المال العام؛ الأملاك العمومية؛ الحق العيني المنشأ.

Abstract :

The effect of the principle of non-violence on public money was influenced by public money, and through that a legal system was established for this money. Both the administrative judiciary and jurisprudence in France contributed to its formation, along with the legislator. If the beginning of the function of public money was limited to the issue of its allocation and the principle was strictly frozen at that, then many accumulated The reasons prompted the trend towards re-employing this money in various development aspects, while preserving the protection of its allocation, and this is what the French legislation settled on and was affected by the legal system of public property in.

Keywords: The principle of not prejudicing public money؛ Public money؛ Public property؛ In-kind right of origin.

مقدمة:

منذ البد، سعت بعض الدول وعلى رأسها فرنسا إلى تأسيس قانون وقضاء خاص لما يتعلق بالإدارة العامة يتميز عما يتعلق بالأفراد، ومن بين ما تأسست عليه أحكام هذا القانون، جزء هام من الأموال يسمى بالأموال العامة، والتي لم تتميز من كونها أموال الأشخاص العامة فحسب، بل كان هناك أهداف ومبادئ أخرى جعلتها كذلك، ومن أهمها على الإطلاق مبدأ عدم المساس بها، والذي وجد له أساسا تاريخيا في فرنسا، وبسط صرامته على الأموال العامة وكان ملازما لها ومساهما في توسعها وفي حمايتها بشكل كبير، لكنه بالمقابل قلص إن لم نقل قضى على مساهمتها في مجالات التنمية وأفقدتها طبيعتها المالية والإقتصادية.

إن موضوع مبدأ عدم المساس بالمال العام، في تحوله من الجمود إلى المرونة، وأثره في تبرير منطق الأموال العامة وتميزها، وانتقال كل ذلك إلى أحكام القانون الجزائري، يدفعنا أن نعرض هذا المبدأ وما يتعلق به تأصيلا وإقتداء للتعرف عليه، وذلك من إخلال إشكالية مفادها:

ما هو مبدأ عدم المساس بالمال العام وما أثر ذلك في القانون الجزائري؟

ولأن هذه الإشكالية تستدعي في الجواب عنها التجميع والتعريف والتتبع والتحليل، فإنه سيكون المنهج المناسب هنا هو المنهج الوصفي التحليلي، ونعرض هذا الموضوع استنادا إلى جملة من الفرضيات التي نتحقق منها في خاتمة هذا المقال وهي:

- مبدأ عدم المساس بالمال العام ليس له أساسا قانونيا واضحا.
- تخفيف صرامة المبدأ على المال العام سعيا إلى تفعيل وظائف هذا المال المعطلة تمهيدا لإدماجه في التنمية.
- إدراج أحكام مبدأ عدم المساس بالمال العام في النظام القانوني الجزائري بمراحل تطوره.
- نهدف من خلال هذا الموضوع إلى عرض موضوع المال العام وهدفه، استنادا إلى أهم مبدأ كرس حمايته ووسع نطاقه وساهم بشكل كبير في وضع أحكامه ومن خلاله التوجه نحو إدماج المال العام في التنمية لتحقيق فكرة التوازن ما بين الحماية والتنمية، وتوضيح أثر ذلك في النظام القانوني الجزائري سعيا للاستفادة منه.
- وعليه يكون الجواب عن إشكالية هذا الموضوع من خلال النقاط التالية:

أولا- التعرف على مبدأ عدم المساس بالمال العام:

لكي نلم بكل ما يتعلق بمبدأ عدم المساس بالمال العام، سنعود إلى منشئه ومسار تطوره في فرنسا، وخصائصه وطبيعته وقيمه القانونية، وكلما يتعلق به من مبادئ قانونية أخرى، وذلك من خلال النقاط التالية:

1- التعريف بالمبدأ وتطوره (التأصيل والتطور): نميز التعريف بمبدأ عدم المساس بالمال العام وتطوره، فيما يلي:

أ- **التعريف بمبدأ عدم المساس بالمال العام:** يقصد تأصيلا بمبدأ عدم المساس بالأموال العامة حضر ومنع التصرف في المال العام بأي شكل كان، ويحول ما بين إنشاء أو ترتيب أي حقوق عينية على المال العام سواء كانت أصلية لشاغلي هذا المال أو بالتبعية كتأمينات عينية أو ضمانات خاصة للدائنين، يهدف من خلاله لحماية المال العام، غير أنه انتقل التعريف بهذا المبدأ من خلال ما حصل له من تطور من أثره المطلق في الحماية إلى أنه يعرف بأنه

يقتضي عدم المساس بتخصيص المال العام، وبذلك فإن لهذا المبدأ كيان قانوني خاص به، يتمثل في طبيعته وقيمه القانونية، ونطاقه وحتى حكمه أو أثره القانوني، فضلا عن جملة من المبادئ التي تمكن تفعيله. وفي ظهور وتطور هذا المبدأ نميز مرحلتين، نعرض لمحة عنهما فيما يلي¹:

ب- المرحلة الأولى بسط المبدأ وتشديد صرامته: لقد ظهر هذا مبدأ عدم المساس بالمال العام في فرنسا تحديداً، وبدأت معالمه تاريخياً في أوائل القرن الرابع عشر، وتحلى فيما بعد بموجب الأمر المسمى أمر مولان (Moulins) الصادر بتاريخ 1566/02/15 المتعلق بعدم المساس بأموال الملك، وكان يبسط حكمه على أملاك التاج الفرنسي تحديداً بمنع المساس بها من طرف الملك على امتداد سلطته داخليا وخارجيا على كامل الإقليم الفرنسي حتى أنه لا يجوز له التنازل عن أي جزء من هذا الإقليم حتى عند الهزيمة العسكرية، وقد كانت غاية هذا المبدأ الحفاظ على أملاك التاج من أي تبذير أو إسراف، واكتفاء الملك بها ومنعه من اللجوء إلى فرض الضرائب وتحصيلها إلا في حالة الأوضاع غير العادية، ومن هنا ظهر هذا المبدأ وكرس بذلك جملة من النتائج، منها ترسيخه واكتساب قدسيته المقترنة بقدسية التاج، ومنها أن الملك لا يتمتع في مواجهة أموال التاج إلا بحق التمتع دون حق التصرف، ومنها جمعه للأموال العقارية والمنقولة في بسط حكمه، وهذا ما جعل من هذا المبدأ يتسرب ويجد له مكانة ضمن النظام القانوني الفرنسي، وترسخت هذه المكانة بعد الثورة الفرنسية، لكن لم يعد هذا المبدأ مرتبطاً بحماية أموال الملك، بل مرتبطاً بحماية أموال الأمة، وأقرت القواعد المكرسة لمبادئ هذه الثورة أنه لا يمكن المساس بالحقوق المتعلقة بهذه الأملاك إلا بإرادة ورضا الأمة، ومنذ هذا العهد، بدأت الأحكام القانونية تتولى لتنص على هذا المبدأ وما يقتضيه ويراعيه والمال العام المتعلق به وتفعيل حكمه عليه، كما سنرى من الفقرة الموالية².

وقد كان للفقهاء مساره في الإسهام الكبير في البحث حول هذا المبدأ، إذ كان يرى البعض من الفقهاء أن هذا المبدأ لا يتجزأ من المال العام ولا يمكن فصله عليه، والبعض الآخر من الفقهاء ضبط حدود هذا المبدأ وأثره على المال العام وتمييزه عنه وحتى هناك من أنكره وهناك من ذهب إلى وجوب التخلي عن هذا المبدأ لأنه يعطل استثمار المال العام، غير أن أهم من كانت لهم آراء حاسمة في الموضوع، قلة من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه فيكتور برودو Victor Proudhon، الذي ركز على تحديد المال العام، وبذلك فهو فصل مبدئياً ما بين المال العام ومبدأ عدم المساس به، ووضع معياراً في تحديد هذا المال متأثراً في ذلك بالفكر الروماني، حيث يرى أن كل مال قابل للتجارة فهو قابل للملكية وبالتالي ليس مالا عاماً، وبخلاف كل مال غير قابل للتجارة، فهو غير قابل للملك وبالتالي فهو مال عام، وما يستتقى من هذا الرأي، أن المال العام غير قابل للاستثمار والتجارة بل هو لغاية أخرى، كما أن الشخص العام لا يملك المال العام بل يكفي فقط بحمايته ورقابته وحراسته، وأن المال العام بهذه الصفة هو فقط الخاضع لمبدأ عدم المساس به، ومبدأ عدم اكتسابه بالتقادم، ومن هذا الرأي بدأ التمييز ما بين الأموال العامة والأموال الخاصة التابعة للأشخاص العامة، وعلى الرغم من المآخذ والنقائص وحتى العيوب التي تكتنف هذا الرأي بحسب ما ظهر فيما بعد، إلا أنه يعتبر من الآراء الحاسمة التي مهدت لتمييز المال العام وتمييز مبدأ عدم المساس به، ولنظرية ازدواجية أموال الأشخاص العامة وإنشاء نظام القانوني مميز للأموال العامة، وفي هذا السياق أيضاً لقد كان لفقيه موريس

هريو Maurice Hauriou رأي حاسما يتعلق بالإعتراف بملكية الشخص العام للمال العام، عبر ما يعرف بالحقوق العينية الإدارية التي حسبته هي حقوق تختلف على ما تقرره الحقوق العينية المدنية لصاحبها، وهذا تماشيا مع مقتضيات مبدأ عدم المساس المال العام، وهذا الرأي وجد أثره في الوقت الحالي على ما يعرف بالحقوق العينية المنشأة على المال العام التي سنراها أدناه، ولقد كان كذلك للفقهاء دوجي Duguít، رأيه في الموضوع، فحتى وإن كان هذا الفقيه ينكر ملكية المال العام من طرف الشخص العام لإنكاره فكرة الشخص المعنوي تماما وبالأخص الدولة واكتفائه أن النظام القانوني يستند فقط على التخصيص للجمهور والتخصيص للمرافق العامة، ومن خلال هذه المرافق فيضع حدود لمبدأ عدم المساس بالمال العام عن طريق تحديد قيمة وأهمية هذا المال إلى المرفق العام وتدرج هذه الأموال هرميا حسب هذه القيمة، ومن ثمة تكون لأعلى القيم منها وجوب تطبيق أحكام القانون العام بما فيها مبدأ عدم المساس، بينما تبقى أدنى القيم منها لا تخضع للقانون العام، بما فيها مبدأ عدم المساس.³

وأيا كانت السجلات الفقهية، فقد كان محورها، حدود مبدأ عدم المساس، وعلاقته بالمال العام، والتي استقرت عند فكرة أن مبدأ المساس انتقل من حماية أموال التاج، إلى حماية تخصيص المال العام لضمان استعماله العام من طرف الجمهور، وتخصيصه للمرافق العامة لضمان استمرارها وديمومتها، وهو بذلك لا يحمي المال العام ككل، كما أنه ليس جزء من هذا المال، أو خاصية يتميز بها.

وقد أثير إشكال امتداد حكم مبدأ عدم المساس ما بين الفقه هل يكون فقط في مواجهة الأفراد، أو أشخاص القانون الخاص تحديدا، أم يمتد ليلسط في مواجهة أشخاص القانون العام فيما بينها، وتم ترجيح أنه يكون في مواجهة أشخاص القانون الخاص، على الرغم من أن الرأي الآخر يستند إلى فكرة إنكار حق ملكية الأموال العامة، وبالتالي: "ما لا يملك لا يستساغ التصرف فيه".

ولقد كان للقضاء الإداري مسار مغاير لمسار الفقه، فالقضاء وبالأخص قضاء مجلس الدولة الفرنسي رغم أنه اعترف منذ البداية بملكية الشخص العام للمال العام، إلا أنه ذهب منذ البدء إلى التطبيق الصارم لمبدأ عدم المساس بالمال العام، تجلت آثار ذلك في عدة نتائج تمثلت في حضر إثقال المال العام بأي حق عيني أصليا كان ينشأ لصاحب شغل المال العام أو ينتقل منه، أو حق عيني تبعي لمن له حق الدائنية على هذا الشاغل، وهذا ما كان يرى فيه بعض الفقه أنه سلب لأهلية الشخص العام لأي تصرف في المال العام، ومن النتائج أيضا التي رسخها المجلس هو التوسع في فكرة المال العام، وهذا استنادا إلى عدة وسائل قررها في ذلك، والتي هي كل من فكرة التكييف الخاص، وفكرة المال العام الافتراضي، فكرة المال العام الشمولي، وفكرة الإلتصاق بالمال العام، وكلها وسائل زادت من حجم المال العام، فضلا على تكريس خاصية الوقتية لشغل المال العام وإظهار امتيازات السلطة العامة في تطبيقها وهذا استنادا إلى الضبط الإداري المكرس لمبدأ عدم المساس بالمال العام.

ولقد كان للتشريع الفرنسي نصيبا في تطور مبدأ عدم المساس بالمال العام، فقد ظهر النص على هذا المبدأ ضمن المادة 7 من أمر مجلس الشيوخ المؤرخ في 12-12-1852، ثم المادة 541 من القانون المدني الفرنسي، ثم المادة 81 من تقنين الدومين العام للدولة لسنة 1957، ثم المادة ل. 52 من تقنين الدومين العام للدولة لسنة 1962، وبالنسبة

للأموال العامة للجماعات المحلية ضمن المادة 1311-1 من تقنين الجماعات المحلية، وأخيرا استقر المبدأ نهائيا ضمن التقنين العام للملكية الاشخاص العامة رقم 2006-460 بتاريخ 21-04-2006.

وعموما، فإنه نشير أنه لم يتم التعريف بمبدأ عدم المساس بالمال العام، لا من طرف المشرع الفرنسي رغم أنه كان المبادر بإقراره ضمن القانون المدني الفرنسي، ولا من طرف القضاء الفرنسي وبالأخص مجلس الدولة، وهذا ما جعل الغموض يكتنف هذا المبدأ، في الخلط بينه وبين المال العام وبينه بين تخصيص المال العام.⁴

ج- نحو تخفيف صرامة المبدأ والإلتجاء نحو مرونته: أمام السعي من طرف المتدخلين في شأن المال العام لإبراز الجانب الإيجابي له والمتعلق بوظيفته المالية والإقتصادية والتنموية، وخاصة الفقه والبيئة القانونية الأوروبية، تم التوجه نحو تحلل من جمود مبدأ عدم المساس بالمال العام، ونتج ذلك عن جملة من الأسباب نميزها وما نتج عنها من نتائج، وذلك فيما يلي:

***- الأسباب العائدة للفقه وتطور موقف القضاء:** رأينا أن الفقه الفرنسي منذ البداية لم يكن متحمسا إلى تعزيز مكانة مبدأ عدم المساس بالمال العام، فهناك من كان يطالب بإلغائه تماما وجعل المال العام جزء من عجلة التنمية والاستثمار، وهناك من رأى أن المبدأ لا يخالف إنشاء حقوق عينية على المال العام، تعزز من مركز الشاغلين للمال العام وتحقق لهم الطمأنينة على أموالهم، لأنه طالما تمسك الفقه بإخراج جزء كبير من المال العام من نطاق هذا المبدأ وترك ضمن هذا النطاق فقط الأموال محل تخصيص للجمهور أو لسير المرفق العام، وحتى هذه لا خوف عليها طالما يكون إنشاء الحقوق وتداولها وإثقالها بالرهون لا يمس بمبدأ تخصص المال العامة للمنفعة العمومية، وأنه تفضل الإدارة العامة مسلحة بامتيازات السلطة العامة التي تسمح لها من ضبط الأوضاع في كل آن، كما تفضل خاصية وقتية الشغل الخاص للمال العام ووقتية الحقوق العينية المتعلقة بالمنشآت المقامة على المال العام والرهون المثقلة بها، ونذكر هنا بأن الفقيه هوريو قد ناد بما يعرف بإنشاء حقوق عينية إدارية كما قلنا أعلاه، وبالتالي فجعل الفقه الكلاسيكي كان يرى أن اتساع المال العام بإتساع قاعدة عدم المساس به يجعل المال العام تحت وطأة الضبط والحماية، ويخرجه عن دائرة التعامل إطلاقا، كما يجعل من شاغليه في مراكز حساسة، لأنه كلما اتسع حكم ونطاق المبدأ وصرامته كلما كان ذلك مناقض لمقتضيات الأمن القانوني.⁵

لقد زاد الفقه الحديث من ضغطه فضلا عن الفعاليات الاقتصادية المرتبطة بموانئ النقل الكبرى في فرنسا، إذ كان منهم من يرى أن كل إخراج للمال من دائرة التنمية والاستثمار يعني عدم وجوده قانونا، ويستدل هؤلاء بالمال العام الهوائي، الذي لولا البحث عن تراخيص ترددات الراديوية في مجال الإتصالات والاستثمار فيها كمجال اقتصادي تقني لما تم إدراج هذا المال العام ضمن النظام القانوني للأموال العامة، عموما، فإن هذا الفقه ركز كثيرا على إخراج المال العام من دائرة الحماية الصارمة المنبثقة عن مبدأ عدم المساس، إلى إبراز القيمة الإقتصادية للمال العام، وهذا ما جعل القضاء الإداري يتجه نحو البحث وإظهار هذه القيمة بشكل تدريجي، بدء من إدخال مجلس الدولة الفرنسي لفكرة المصلحة العامة في المال العام، إذ بعد أن كان يتصدى بإلغاء كل قرارات الإدارة المخالفة لنطاق الضبط ضمن المال العام حتى وإن كان هدفها المصلحة العامة بداعي أن هذه القرارات مخالفة للقانون للتعسف في السلطة، أقر

أخيرا بوجود المصلحة العامة في المال العام، هذه المصلحة التي تعددت صورها عن الطريق القضاء الإداري في كل من البحث عن المردودية المالية للمال العام، مشروعية الدفاع المالي وحماية المالية العامة، ثم الغلة المالية الأفضل للمال العام، وانتهى المطاف إلى قبول البحث عن القيمة الاقتصادية للمال العام.⁶

***- الأسباب العائدة لتدخل المجلس الدستوري الفرنسي:** لطالما لم يظهر قرار المجلس الدستوري في قضية مبدأ عدم المساس بالمال العام، لكنه ظهر وبشكل حاسم في قضية إخطار النواب الإشتراكيين المجلس الدستوري بمشروع القانون المودع بمكتب الجمعية الوطنية بتاريخ 13/04/1994، بعد المصادقة عليه طعنا في دستوريته، بعدما جاء ضمن مادته الأولى إقرار إنشاء حقوق عينية لأصحاب الشغل الخاص للمال العام على المنشآت ذات الطابع العقاري المشيدة عليه، وطالب النواب الطاعنون من كون مبدأ عدم المساس بالمال العام من المبادئ الدستورية ويجب الإعلان عنه، وأن الحكم القانوني السابق الذكر فيه مخالفة له ويتعين إقرار عدم دستوريته، وأيا كانت أسانيد الطاعنين، فالمجلس تجنب الخوض في طبيعة المبدأ، واكتفى بالقول أن الحكم القانوني محل الطعن لا يوجد فيه أية مخالفة للدستور، وأعلن عن جملة من المبادئ الأخرى ذات القيمة الدستورية متعلقة بالمال العام والتي يجب أن يتم التزامها تماما خاصة في أعمال الحكم محل الطعن، وبذلك كان لرأي المجلس هذا أثر كبير في الخروج من صلاية وصرامة مبدأ عدم المساس بالمال العام، وموافقة المشرع في إقرار حقوق عينية متفرعة عن المال العام، وربما كان المجلس بالفعل هو أيضا قد تأثر بالحيط القانوني الأوروبي الذي كما سنرى له آثاره على المبدأ.⁷

***- الأسباب المتعلقة بالمناخ القانوني الأوروبي:** أثبتت أمام محكمة العدل الأوروبية، مشكلة السلطات العامة للأشخاص العامة المالكة للمال العام الممارسة من طرفهم على إشغال البنى الكبرى التي تمثل جزء من المال العام لغالبية الدول أعضاء الاتحاد، كما تمثل جزءا جوهريا من السوق الأوروبية، ويحاط بهذه المشكلة بيئة أوروبية تمتاز بمناخ قانوني يتعامل معاملة مغايرة تماما مع أحكام المال العام في فرنسا، فكان هذا المناخ ملهما للحلول التي جاء بها الفقه الفرنسي، فمثلا في إنجلترا وألمانيا، يسمح ببيع وشراء المال العام مع شرط المحافظة على تخصيصه، وبالتالي كان هذا المناخ فضلا على اجتهاد المحكمة اتحاد الأوروبي من الأسباب الضاغطة لتغيير موقف المشرع الفرنسي في مواجهة جمود مبدأ عدم المساس، حيث قضت محكمة العدل الأوروبية بعدم جواز مخالفة النظام القانوني لإشغال المال العام لمعاهدة الاتحاد الأوروبي، وأن حرية تداول الخدمات بمركزها كمبدأ أساسي للمعاهدة لا يجوز تقييدها إلا بمبررات المنفعة القهرية، وتطبق على أي عضو أو مؤسسة يمارس نشاطا على إقليم دولة عضوا.⁸

وبالنتيجة، للأسباب السابق ذكرها عمد المشرع الفرنسي إلى تقرير حقوق عينية على المنشآت العقارية على المال العام محل الشغل الخاص، وصفت بأنها ثورة على قداسة مبدأ عدم المساس بالمال العام، وعلى النظام القانوني للمال العام ككل، وتمثلت هذه التطورات في كل من القانون رقم 88-13، المؤرخ في 05/01/1988، المعروف بتحسين اللامركزية الذي قرر الإجازة الحكرية للمال العام التابع للجماعات المحلية وإنشاء حقوق عينية عليه، ثم القانون 94-631، المؤرخ في 25/07/1994، المتعلق بأمالك الدولة والمؤسسات العمومية، ثم التقنين العام للملكية الأشخاص العامة، رقم 06-406، المؤرخ في 21/04/2006.⁹

2- خصائص المبدأ طبيعته وقيمه القانونية: نميز خصائص وطبيعة وقيمة المبدأ، فيما يلي:

أ- خصائص مبدأ عدم المساس بالمال العام: مما سبق ولعلاقة المبدأ بالمال العام، ولحصر هذا الأخير كهدف للتخصيص، فإنه تظهر لنا العديد من الخصائص لهذا المبدأ، بدء من أنه مبدأ وظيفي أي أن وظيفته تتعلق بحماية تخصيص المال العام من أي مساس به، وهي أهم خاصية يتميز بها، وهي لا تتحقق إلا عن طريق جملة من قواعد الضبط الإداري الخاص التي منها لوائح الحضر والمنع وغيرها...، كما يستخلص لهذا المبدأ خاصية الاستقلالية عن المال العام، أي أن هذا المبدأ مستقل عن المال العام وليس كما ذهب بعض الفقه الفرنسي للقول بأنه جزء لا يتجزأ من المال العام، كما أنه ليس معيارا من معايير تمييز المال العام عن الأموال الخاصة للأشخاص العامة كما ذهبت بعض التشريعات في البدء للقول بذلك على سبيل ما نجده ضمن المادة 538 من القانون المدني التي جاء فيها أن المال العام ليس قابلا للتملك الخاص، وما ذهب إليه المشرع الجزائري أيضا ضمن المادة 2 من قانون الأملاك الوطنية، لكن جل التشريعات الحديثة صححت الموقف واستقرت أن المال العام إنما يتميز ويحد بمسألة التخصيص كما سبق قوله¹⁰، ولأن مبدأ عدم المساس ذو أثر حمائي لا غير، ومن خصائصه أيضا أنه ذو طابع وقائي فهو من أجل غل يد الإدارة والأفراد في آن واحد على إخراج المال العام عن مجال تخصيصه تحت أي ذريعة كانت حتى وإن تسللت المرونة إلى قبضته فمازال حكمه الصارم بحماية المال العام المخصص قائما بشدة، كما تظهر أيضا من جملة الخصائص المستنتجة خاصية السلبية التي يضيفها على المال العام ويخرجه بها من جميع وظائفه كمال من الأموال، فكما قال برودو من قبل أن المال العام ليس للتجارة، رغم أن التشريعات الحديثة والقضاء الإداري في فرنسا اتجه مؤخرا حتى وطأة العديد من الأسباب السابق ذكرها لإحياء هذه الوظائف من قبيل الربحية والمردودية، والجوانب الاقتصادية والتنموية للمال العام وغيرها.

ب- طبيعة مبدأ عدم المساس بالمال العام وقيمه القانونية: مما سبق وخصائص مبدأ عدم المساس بالمال العام، فيبدو واضحا أنه مبدأ شكلي، وهو كما استقر عليه القضاء الإداري الفرنسي من النظام العام إذ يثيره القاضي من تلقاء نفسه، ولا يجوز مخالفة حكمه، أو الاتفاق على مخالفته أو تجاوزه، وكل الإتفاقات والعقود والتصرفات التي تخالفه جزاءها البطلان المطلق أو الإلغاء إذا كانت تصرفات صادرة عن الإدارة العمومية، لكن يثار الإشكال حول القيمة القانونية لهذا المبدأ هل هو مبدأ دستوري أم لا¹¹؟

رأينا سابقا أن القانون الفرنسي قد تضمن بشكل واضح النص على مبدأ عدم المساس وحكمه، وأن نواب المعارضة من الحزب الاشتراكي حينما مارسوا الإخطار بعدم دستورية المادة الأولى من القانون 94-631، قبل إصداره تمسكوا بوصف قالوا بأنه يجعل من هذا المبدأ ذو قيمة دستورية غير معلنة وهو أن المبدأ يمثل بشكل واضح التقليد القانوني الفرنسي وبالأخص التقليد الجمهوري، ودعوا المجلس الدستوري للتمسك بالفرصة التي لا نظير لها لإعلان أن هذا المبدأ هو مبدأ دستوري، ويبدو أن أساس طعنهم غير واضح تكييفه من الناحية القانونية، فما هو بأحد مكونات الكتلة الدستورية التي يستند إليها المجلس الدستوري الفرنسي كمرجع للدستورية، وما هو من العرف الدستوري التي درجت عليه المؤسسات الدستورية، ولا هو من المبادئ الدستورية التي يتقاطع مضمونها مع أحكام الدستور، كما

أنه حتى وإن قيل أن هذا المبدأ يعد من مبادئ القانون العام الفرنسي المعترف بها بقوانين الجمهورية، فإن المجلس الدستوري الفرنسي قرر أن مخالفة التشريع لأي تقليد جمهوري ليس أساسا للقول بمخالفة الدستور، ورغم ذلك، فقد تجنب المجلس الدستوري الفرنسي القول إن كان هذا المبدأ دستوريا أم لا، لأنه ليس بصدد تقرير ذلك، وعليه، فإن مبدأ عدم المساس بالمال العام وارتباطه بمبادئ دستورية أخرى من قبيل حماية المال العام الذي يبدو أنه هو الأنسب لتحقيقها حاليا، ومن قبيل مبدأ الوقتية لشغل المال العام كما أقره ضمينا المجلس الدستوري الفرنسي بصدد عدم دستورية تحديد عقود الشغل الخاص للمال العام¹²، وغيرها، من خلال كل هذه الأسباب، يبدو أن المبدأ ذو قيمة دستورية غير معلن عنها.

3- مقتضيات مبدأ عدم المساس بالمال العام: يقتضي مبدأ عدم المساس بالمال العام جملة من المبادئ الأخرى منها ما هو ذو قيمة دستورية وأخرى قانونية، ومنها ما قرره قضاء مجلس الدولة، ومنها ما جاء به القانون الفرنسي، ونذكر أهم هذه المبادئ، هو مبدأ إقرار ملكية الأشخاص العامة للمال العام، وهو المبدأ الذي أثّر حوله العديد من الجدل بين الفقه ما بين منكر وما بين مؤيد¹³، إلا أن التشريع كان واضحا لإقرار هذا المبدأ، وكذلك مجلس الدولة قد أقر بملكية الأشخاص العامة للمال العام من الوهلة الأولى، أيضا المجلس الدستوري الفرنسي بمناسبة النظر في عدم دستورية المادة الأولى من القانون 94-631، كما أعلن المجلس الدستوري جملة من المبادئ الأخرى التي يقتضيها مبدأ عدم المساس بالمال العام، منها مبدأ تخصيص المال العام للجمهور ولسير المرافق العمومية، مبدأ حماية المال العام المخصص، مبدأ وقتية الشغل الخاص للمال العام، وغيرها، وهذه المبادئ كلها تؤثر ويتأثر بها مبدأ عدم المساس بالمال العام¹⁴.

4- حكم مبدأ عدم المساس ونطاقه: نميز حكم ونطاق مبدأ عدم المساس بالمال العام فيما يلي:

أ- حكم مبدأ عدم المساس بالمال العام: يتمثل حكم مبدأ عدم المساس بالمال العام بجملة من أحكام الحضر والمنع جاءت ضمن قوانين الدول التي تأخذ به ومنها فرنسا والجزائر مصر، لبنان، وهي كل من حكم عدم التصرف في المال العام، الذي يعني حضر أي تصرف مهما كان في المال العام ومن أي جهة كانت، وكما قلنا سابقا أن هذا الحضر يسري فقط في مواجهة الأشخاص الخاصة، بينما هناك من أجاز ما بين أشخاص القانون العامة فيما بينها، ويدعم هذا الحكم، الحكم بأن المال العام غير قابل للتملك الخاص بطبيعته وبغرضه، كما يحضر أن يتم اكتساب المال العام بالتقادم، وهذا الحضر إنما هو مكمل لحضر التصرف في تحويل ملكية المال العام للأفراد، إذ أنه كما هو معلوم يتم عبر الواقعة المادية الحياة ثم الواقعة القانونية التقادم المكسب للملكية فهي أحد طرق اكتسابها كما هو مقرر في القانون المدني، ويحضر أيضا الحجز على المال العام لضمان الديون، وهذا الحضر هو كذلك مكمل لفكرة تحويل ملكية المال العام بسبب الدائنية عن طريق وسائل التنفيذ الجبري على أموال المدين، وبذلك يكتمل الحكم العام لمبدأ عدم المساس بالمال العام¹⁵.

ب- نطاق مبدأ عدم المساس بالمال العام: ثار كما سبق إشكال فقهي وقع فيه بصمت القضاء الإداري، وهو ما نطاق مبدأ عدم المساس بالمال العام، هل هو المال العام نفسه، ثم ما هو المال العام، أم هو تخصيص المال العام،

وهل هذا التخصيص محدد؟، وأي كانت السجلات التي سبق وأن عرضنا جزء منها في معرض تناولنا لجوانب الموضوع، إلا أنه يستقر عند فكرة أن المال العام يحدد بالتخصيص، وأن موضوع التخصيص كما استقرت عليه معظم التشريعات الحديثة إنما هو للمنفعة العمومية¹⁶، وبالتالي فحماية موضوع التخصيص بالضرورة هو حماية المال العام، وحماية المال العام هي أيضا بالضرورة حماية موضوع تخصيصه، وبالتالي يمكننا القول أن نطاق مبدأ عدم المساس في هذه الحالة هو المال العام، والذي لم يتم تعريفه بشكل جامع ومانع، ففي البدء جاءت المادة 538 من القانون المدني الفرنسي وذكرت جملة من الأملاك سميت بالأموال العامة، وتضمنت هذه المادة أن الأموال العامة غير قابلة للتملك الخاص، وبقي التشريع على هذا المنوال إلى أن بدأ البحث عن معايير تمييز الأموال العامة للأشخاص العامة عن الأموال الخاصة لهذه الأشخاص ثم تطور الحال بهذا الاتجاه إلى أن تم الإستقرار عند تعريف المال العام بجملة من الشروط، بدءاً أن يكون هذا المال ملكاً من أملاك الأشخاص العامة، وحتى يتحقق ذلك، فإن هذه الأشخاص القانونية كغيرها تكتسب بوسائل قانونية إرادية كما تكتسب بوسائل جبرية، وتكتسب أيضاً بفعل الطبيعة، وهو الحال بالنسبة للأملاك العمومية الطبيعية، ثم يجب أن يخصص المال للمنفعة العمومية، وقد كان سائداً إلى حين أن موضوع التخصيص إنما يتجسد في الإستعمال العام للجمهور لهذا المال بشكل مباشر واستناداً إلى جملة من المبادئ تتعين في كل من مبدأ حرية، المجانية، المساواة، وكذلك نجد التخصيص يكون للمرافق العمومية بحكم طبيعة المال أو لموضوعه بشرط أن يهيأ ويتكيف في هذه الحالة مع هدف المرفق العمومي، لكن وسعت بعض التشريعات حديثاً من مواضيع التخصيص هذه لتستقر أن التخصيص يكون للمنفعة العمومية وهي أوسع نطاقاً له وأصعب ضبطاً، لكن هل يكفي التخصيص وحده لكسب المال لصفة المال العام، وهنا نميز أنه بالنسبة للمال العام الإصطناعي يتحقق الوصف بموجب قرار التصنيف والإدراج ضمن نطاق الأموال العامة وهذا القرار هو قرار إداري وهو منشئ لهذه الصفة وبدونه لا يتحقق الإدماج، أما بالنسبة للأموال العامة الطبيعية، فهي كما سبق القول تتحقق بالظواهر الطبيعية ولا يلزم في هذه الحالة إلا تحديدها كما الحال بالنسبة للأملاك المائية البحرية والداخلية، وفي عموم طبيعة قرار التحديد فهو قرار كاشف أي لا ينشئ صفة المال العام، لكن في بعض الأحيان يتحول في جزء من حكمه إلى قرار منشئ حينما يؤدي التحديد إلى المساس بالملكيات المجاورة التي قد تكون للخواص¹⁷.

ورغم التعريف السابق، فنشير أن جل التشريعات التي تأخذ بفكرة تمييز النظام القانوني للمال العام مازالت تلجأ إلى تعداد مكونات الأموال العامة¹⁸.

ثانياً- أثر مبدأ عدم المساس بالأموال العامة في الجزائر

لنتعرف على أثر مبدأ عدم المساس بالمال العام في القانون الجزائري، سنعرض كل من أثر مكانة المبدأ وقيمه القانونية في البدء، ثم نطاقه وحكمه، وذلك فيما يلي:

1- في القيمة القانونية لمبدأ عدم المساس بالمال العام: ولأن أحكام القانون المتعلقة بأملاك الدولة في الجزائر قد مر بمرحلتين، مرحلة ما قبل دستور 89، ومرحلة ما بعده، فإننا سنميز عرض ما تعلق بمبدأ عدم المساس بالمال العام تبعاً لهاتين المرحلتين، وذلك فيما يلي:

أ- مرحلة ما قبل دستور 89: لقد تعرفت الجزائر على نظرية ازدواجية الأملاك التابعة للدولة بتطبيق القانون الفرنسي عليها أثناء فترة الإستعمار، وتحديدًا بموجب القانون المؤرخ في 16 جوان 1851، المتعلق بالملكية العقارية في الجزائر، والذي جاء في في مادته الأولى:

« le domaine national comprend le domaine public et le domaine de l'Etat » كما حددته مادته الرابعة جملة من هذه الأملاك المتواجدة في الجزائر وقررت أنها ملك للدولة الفرنسية¹⁹، ومن ثمة أصبحت الأملاك العمومية في الجزائر تخضع للأحكام الخاصة بالأموال العامة في فرنسا وكل اجتهادات القضاء الإداري الفرنسي في ذلك وعلى الخصوص مبادئ تسيير الأملاك العمومية التي جاء بها الأمر المؤرخ في 13 أبريل 1943، والنصوص التطبيقية له، وبذلك تكون الجزائر قد تعرفت على مبدأ عدم المساس بالمال العام الذي جاءت به النصوص السابقة، لكن بعد الإستقلال لم يظهر أي قانون يتعلق بأملاك الدولة إلا سنة 1984، وهذا حتى وإن قرر المشرع الجزائري امتداد العمل بالقوانين الفرنسية ما لم يتعارض مع السيادة الوطنية²⁰، ومن بينها الأحكام المتعلقة بالأملاك العمومية، لا سيما الأمر المؤرخ في 13 أبريل 1943 السابق الذكر، وعلى الرغم أنه كانت هناك العديد من الأحكام القانونية والتنظيمية المتفرقة المتعلقة بهذه الأملاك، لكن أهم ما طغى عليها هو موضوع التأميم والتسيير الخاص²¹.

وإكمالاً لتوحيد النظام القانوني الجزائري وإضفاء النظرة السيادية عليه، صدر القانون رقم 84-16، المؤرخ في 30 جوان 1984، يتعلق بالأملاك الوطنية²²، والذي قيل عنه أنه قد جاء متأخراً عن إلغاء العمل بالقوانين الفرنسية بدء من جويلية 1975، كما أنه جاء بنظرة مؤسسة وموحدة وعامة عن الأملاك الوطنية، ويعبر بمثابة قطيعة مع القوانين الفرنسية، أي أنه بذلك تخلص المشرع على نظرية ازدواجية الأملاك الوطنية²³، ورغم ذلك بقي من بين مكونات الأملاك الوطنية²⁴، الأملاك العمومية التي عرفت المادة 12 بأنها تلك الأملاك العقارية والمنقولة التي تستعمل من طرف الجميع والموضوعة تحت تصرف العامة المستعملة لها إما مباشرة وإما بواسطة مرفق من المرافق العمومية شريطة أن تكون في هذه الحالة إما بحكم طبيعتها أو تهيئتها الخاصة ملائمة حصرياً أو أساساً مع هدف المرفق العام، وأنه بذلك لا يمكن أن تكون الأملاك العمومية محل حيازة خاصة، أو محل حقوق الذمة، وقد جاءت المادة 14 من هذا القانون، بالقول أن الأملاك العمومية هي الأملاك العمومية الطبيعية، والأملاك العمومية الصناعية، كما جاء ضمن المادتين 15، 16 تعداد مكونات هذه الأملاك على التوالي، ولقد جاء ضمن المادة 8 من هذا القانون أن الأملاك الوطنية عموماً غير قابلة للتصرف فيها وغير قابلة للتقادم أو الحجر عليها، ما عدا التصرف في بعضها استناداً للقانون لفائدة المجموعة الوطنية، وبذلك نرى أن هذا القانون قد ضمن من بين مكونات الأملاك الوطنية الأملاك العمومية، وهي تلك المعرفة بتخصيصها كما في الأموال العامة التي سبق لنا التعرف عليها، كما أن مبدأ عدم المساس بها غير منصوص عليه بشكل صريح أو ضمني في هذا القانون، ولا في دستور 76، رغم أنه جاء في المادة 14 منه على تعداد الأملاك الوطنية، لكن أحكامه (عدم القابلية للتصرف، عدم القابلية للإكتساب بالتقادم، عدم القابلية للحجز) منصوص عليها قانوناً لإضفاء الحماية على هذه الأملاك لكن ليست المكون الوحيد المخصص بهذه الحماية بل كل مكونات الأملاك الوطنية، وقد قررها القانون 84-16، كما رأينا، كما قررتها المادة 689 من القانون المدني لكن لم تقررها فقط للأملاك العمومية بل كل الأملاك الوطنية²⁵.

ب- مرحلة ما بعد دستور 89: عرفت هذه المرحلة بدء من صدور دستور فبراير 1989، والذي عرف بأنه بداية توجه جديد للجزائر، على جميع الأصعدة السياسية، الإقتصادية، وعلى موضوع الحريات والحقوق وتنظيم سلطات الحكم وغيرها من المواضيع الدستورية، وكان للأملاك الوطنية نصيبها، إذ جاء هذا الدستور ضمن المادتين 17، 18 منه بما يتعلق بموضوعها²⁶، حيث جاء ضمن المادة 17 على أنه: "الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية، وتشمل باطن الأرض، والمناجم، والمقالع، والموارد الطبيعية للطاقة، والثروات المعدنية، الطبيعية، والحية، في مختلف مناطق الاملاك الوطنية البحرية، والمياه، والغابات. كما تشمل النقل بالسكك الحديدية، النقل الجوي والبحري، البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وأملاكا أخرى يحددها القانون."، وما يلاحظ هنا أن المؤسس الدستوري في الجزائر، قد أعاد النص على الأملاك العمومية بشكل مستقل بعدما نص عليها ضمن بعض مكونات الأملاك الوطنية كما سبق القول عن المادة 14 من دستور 76، وهنا ميز ما بين الأملاك العمومية الطبيعية، وما بين الأملاك العمومية الاصطناعية، لكنه قال بأن الأملاك العمومية قد تتكون من أملاك أخرى يحددها القانون، وبالتالي جاء ذكر هذه الأملاك على سبيل المثال لا الحصر، وهذا يوافق كما سبق القول نص المادة 538 من القانون المدني الفرنسي، كما جاء في المادة 18 من دستور 89 على أنه: "الأملاك الوطنية يحددها القانون، وتتكون من الأملاك العمومية والخاصة التي تملكها كل من الدولة والولاية، والبلدية. يتم تسيير الأملاك الوطنية طبقا للقانون."، وبموجب هذه المادة يكون المشرع قد عاد إلى نظرية ازدواجية ملكية الأشخاص العامة التي كانت سائدة أثناء فترة الإستعمار، كما رأينا من خلال نص المادة الأولى من القانون المؤرخ في 16 جوان 1851، وتخلّى تماما عن فكرة وحدة الأملاك الوطنية، ولا نجد في الدستور الجزائري إطلاقا أي حكم يتعلق بحماية الملكية العامة، رغم أن الدستور حاليا قد كرس حكما دستوريا لحماية الأراضي الفلاحية كما جاء بالمادة 21 منه، وأن الأراضي الفلاحية ليست من مكونات الأملاك العمومية.

ولقد توالى صدور التشريعات تبعا لدستور 89 لتجسيد التوجه الجديد، ومن بينها بخصوص الموضوع الإطار للأملاك الوطنية العمومية، القانون رقم 90-30، المؤرخ في 1990/12/01، يتضمن قانون الأملاك الوطنية²⁷، وقبله القانون رقم 90-25، المتعلق بقانون التوجيه العقاري²⁸، المعدل والمتمم، وجملة من التنظيمات، أهمها المرسوم التنفيذي رقم 12-427، يتضمن شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العامة والخاصة التابعة للدولة²⁹، فضلا على قانوني الولاية والبلدية، ومن خلال هذه الأحكام يظهر لنا أن المشرع الجزائري لم ينص على مبدأ عدم المساس بالمال العام ولا أي من المبادئ التي يقتضيها لا في الدستور ولا في القانون لكن نص على أحكام هذا المبدأ (عدم القابلية للتصرف، عدم القابلية للإكتساب بالتقادم، عدم القابلية للحجز) كما جاء بالمادتين 4، 66 من قانون الأملاك الوطنية، ونقول بذلك أن المشرع الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي وأخذ بنظرية الأموال العامة التي سماها بالأملاك الوطنية العمومية، مع الاختلاف في نطاق الأشخاص العامة التي تملكها ففي فرنسا وحتى في مصر ولبنان هو أكثر اتساعا مما في القانون الجزائري، وإن كان لم يختبر مدى صلابه أحكام مبدأ عدم المساس بالأملاك العمومية من طرف القضاء الإداري الجزائري الحديث النشأة، لكن يلاحظ من نص المادة 66 السابق ذكرها وهذا قبل تعديلها، أنه قد

جاءت عبارة "غير انه يمكن التنازل عن حق الاتفاقات التي تتماشى مع تخصيص احد الاملاك الوطنية العمومية"، وهذا يظهر وكأن المشرع قد تبني حكما يقضي بجواز إنشاء حقوق عينية على الأملاك الوطنية العمومية. ولقد تأثر المشرع الجزائري بما حدث من تطور في النظام القانوني للمال العام وقواعد حمايته لاسيما قاعدة عدم المساس بالمال العام كما رأينا في الفقرة السابقة، وكانت نتيجة هذا التأثير، هو ما جاء ضمن تعديل قانون الأملاك الوطنية، بموجب القانون رقم 14-08، المتضمن تعديل وإتمام القانون المتعلق بالأملاك الوطنية³⁰، والذي استحدث جملة من المواد على النظام القانوني للأملاك الوطنية العمومية الذي كان سائدا ضمن قانون الأملاك الوطنية قبل التعديل، وهي كل من المواد 69 مكرر إلى 69 مكرر 5، وجاء بالمادة 22 منه المحدثه لهذه المواد على إدراج هذه الأحكام في الفصل الأول من الباب الأول من الجزء الثاني من قانون 90-30 ضمن قسم ثان مكرر بعنوان "الشغل الخاص للأملاك الوطنية العمومية المنشئ لحقوق عينية"، ومن خلالها يكون المشرع قد اتجه هو الآخر إلى إقرار إنشاء حقوق عينية على الأملاك الوطنية العمومية على المنشآت العقارية المقامة على الملك الوطني العمومي لمن له سند الترخيص بالشغل الخاص للملك العام كما نصت على ذلك المادة 69 مكرر، وهذا الحق ينشأ بقوة القانون ما لم ينص سند الترخيص بالشغل على خلاف ذلك، وسند الشغل في هذه الحالة يكون برخصة تتجسد بموجب عقد أو اتفاقية من أي نوع³¹.

ويجب أن يتقيد الترخيص كما يتقيد الحق العيني المنشأ بمدة محددة، إذ نصت المادة 69 مكرر أن سند الشغل الخاص هو سند وقتي يمتد لمدة أقصاها 65 سنة، وهذه الخاصية كما قلنا سابقا تتلاءم وطبيعة تخصيص الملك العمومي، إلا أننا رأينا أن المشرع الفرنسي حددها بـ 70 سنة، ولا ندري سبب تحديد كل من المديتين ولا سبب اختلافهما في ذلك، والمشرع لم يشير بالمقارنة إلى مدة الشغل الخاص غير المنشئ لحق عيني من قبل تقرير إنشاء الحق العيني بمختلف صيغ هذا الشغل، ونشير هنا أن المشرع صحيح لم يقرر تمديد أو تجديد الرخصة المتوجة بالحق العيني ضمن أحكام المواد 69 مكرر وما يليها من قانون الأملاك الوطنية، وحسنا فعل التزاما بخاصية الوقتية المسند إليها في حماية تخصيص الملك العمومي للمرافق العامة وطبيعة هذا التخصيص المتجددة والمكيفة، ورأينا في ذلك أن المجلس الدستوري الفرنسي اعتبر أن الفقرة الثالثة من نص المادة 34-1 من القانون رقم 94-631 المخاطر به لبسط رقابة الدستور، والمتعلقة بموضوع تجديد رخصة شغل المال العام، غير دستورية، إلا أنه ورد حكم يعاكس ما ذهبت إليه أحكام المواد السابق ذكرها، وهو ما جاء بالمادة 74 من المرسوم رقم 12-427، السابق ذكره.

ومن خلال الأحكام المستحدثة نستخلص جملة أحكام الحق العيني المنشأ جاءت المواد 69 مكرر 2 وما يليها نوردها، فيما يلي:

* الحق العيني ينشأ على المنشآت والبنائات والتجهيزات ذات الطابع العقاري من لحظة انجازها، وذلك دون أن يمتد إلى الأرض المقام عليها لأنها في هذه الحالة جزء من الأملاك العمومية، ولا ينشأ هذا الحق على كل من الأملاك العمومية الطبيعية البحرية، والأملاك العمومية الطبيعية المائية، والأملاك العمومية الطبيعية الغابية.

* - الحق العيني المنشأ يجب أن يشهر في المحافظة العقارية اختصاص موقع العقار، لأنه قبل تقرير التصرفات المنشئة للحقوق العينية، كان لصاحب رخصة الشغل الخاص فقط حق شخصي والحقوق الشخصية عادة لا تشهر، بينما الحق العيني هنا يعتبر من الحقوق المتفرعة على الملكية وبالتالي فهو يشهر.

* - الحق العيني المنشأ يختلف عن جملة الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية كما هي مقررة في القانون المدني، فهذا الحق العيني وصفه الكثير من الفقه بأنه حق عيني إداري كما سبق قولنا أعلاه، فالسلطة التقديرية وامتيازات السلطة العامة المقررة للإدارة العمومية تقيد هذا الحق، لتشمل إلغائه وسحبه في أية لحظة، شريطة أن يمس بقواعد تخصيص المال العام.

* - هذا الحق يمكن أن يكون محل العديد من التصرفات، من قبيل نقل ملكيته بين الأحياء والدمج أو الاندماج أو الانفصال في حالة الشركات، وضرب رهون عليه وبالتالي إنشاء حق عيني تبقي عليه في حالة الضمانات الخاصة، شريطة أن تكون القروض محل الضمان ممولة فقط للمنشآت والبنائيات، والتجهيزات محل الحق العيني، وبالتالي لا يقبل الدائنين من غير أصحاب هذه القروض، وكل هذه التصرفات متوقفة على شرطين، هما وجوب موافقة السلطة المختصة وإن ترخص بذلك، وشرط أن يكون الاستعمال موافق تخصيص الملك العام المشغول.

كما أنه يقرر نقل ملكية هذا الحق ومعه رخصة الشغل الخاص إلى الخلف العام بسبب وفاة الشخص الطبيعي صاحب الرخصة والحق العيني، على أن يتفق هذا الخلف على وارث واحد معين منهم يتقدم خلال 06 أشهر من تاريخ الوفاة، من أجل طلب موافقة السلطة المختصة.

* - ينقضي الحق العيني والرهون عند انتهاء مدة الشغل الخاص أو عند سحب الرخصة، وفي الحالة الأولى تبقى المنشآت المقامة على الملك العام على حالها، وتؤول إلى مالك الملك العمومي، ما لم ينص سند الشغل على هدمها من طرف صاحب الرخصة أو على حسابه، وهنا لا يبدو الحال بهذه البساطة، فهناك العديد من الأملاك المحققة لحطة انقضاء الرخصة، منها ما يسمى بأملاك الإعادة أي التي تعود للشخص العام المالك للملك العمومي، ومنها أملاك الإستعادة وهي التي تكون ضرورية لسير المرفق لكن خيار ضمها إلى أملاك المرفق يعود للإدارة، ومنها الأملاك الخاصة التي هي ملك لصاحب الرخصة،

* - أما في حالة سحب الرخصة قبل نقضاء مدتها، فنكون أما حالتين فرعيتين، أولاها السحب جاء لسبب آخر غير إخلال صاحب الرخصة لبنودها، فهنا تلتزم الإدارة بالتعويض لصاحب الرخصة فير أنه يجب عليها أن تراعي قائمة الدائنين المسجلين لديها وتستوفي أموالهم من مبالغ التعويض، أما الحالة الفرعية الثانية فهي تتعلق بسحب الرخصة بسبب إخلال صاحبها لبنودها، وهنا لا يستحق هذا الأخير التعويض غير أن الإدارة تلزم بإبلاغ الدائنين من أجل اقتراح مستفيد جديد تتوفر فيه الشروط لإستكمال ما تبقى من مدة الرخصة خلال مدة شهرين من تاريخ التبليغ.

2- في نطاقه مبدأ(الأملاك الوطنية العمومية) وأحكامه:

كما سبق القول أن نطاق أحكام مبدأ عدم المساس بالمال العام هو المال العام نفسه، وبالتالي في الجزائر فإن نطاق هذا المبدأ هو الأملاك الوطنية العمومية، ومن خلال النصوص السابق ذكرها نستخلص منها التعريف بالأملاك الوطنية العمومية، بأنها: "الأملاك الوطنية العمومية جزء من الأملاك الوطنية وهي تابعة ملك لكل من الدولة والولاية والبلدية، وتتكون من الأملاك المنقولة والعقارية في شكل أملاك عمومية طبيعية أو أملاك عمومية اصطناعية، ولا يمكن أن تكون بحكم طبيعتها أو الغرض المسطر لها محل ملكية خاصة، وهي في الغالب يستعملها الجميع والموضوعة تحت تصرف الجمهور المستعمل إما مباشرة وإما بواسطة مرفق عام شريطة أن تكيف في هذه الحالة بحكم طبيعتها أو تهيئتها الخاصة، تكييفاً مطلقاً أو أساسياً مع الهدف الخاص لهذا المرفق، كما أنها أحياناً قد لا تستعمل أو تستعمل استعمالاً خاصاً، أو تستغل لأغراض اقتصادية كما هو الحال مع الثروات والموارد الطبيعية، وهذه الأملاك لا يمكن التصرف فيها، ولا اكتسابها بالتقادم، ولا الحجز عليها"، ومن هذا التعريف الجامع، نستخلص العناصر التالية:

- الأملاك العمومية هي الأموال العامة ونظمها المشرع الجزائري بأحكام قانونية وتنظيمية مميّزة وخاصة بها، وهي مختلفة عن أحكام الأملاك الوطنية الخاصة.
- الأملاك الوطنية العمومية، هي كل من العقارات والمنقولات والحقوق المترتبة عليهما على شكل إما أملاك عمومية طبيعية، أو أملاك عمومية اصطناعية تابعة لكل من الدولة، الولاية، البلدية، أي هي الأملاك التابعة لشخص من الأشخاص العامة للإقليمية،
- لا يمكن أن نصل إلى وصف الأملاك الوطنية العمومية إلا بعد أن يكتسب الشخص العام الإقليمي الملك، وتدججه في الأملاك الوطنية الخاصة، ثم تدرجه بإحدى الوسائل القانونية المقررة، والمشرع الجزائري هنا كغيره من التشريعات لا يقرر إتمام وصف الملك بأنه ملك عمومي وطني، ما لم تتحقق له شروط، بدءاً من إكتساب الملك من طرف الدولة، أو الولاية، أو البلدية حسب الحالة، وقد حددت المواد 26 وما يليها طرق اكتساب أملاك الدولة.
- الوسائل القانونية المقررة لدمج الأملاك الوطنية الخاصة في الأملاك الوطنية العمومية، هي كل من التحديد الذي يتعلق بالأملاك الطبيعية المائية (البحرية، والداخلية)، والتحديد هو عملية تقنية ذات أثر قانوني تتوج بقرار التحديد الذي في العموم ليس له أثر منشئ إلا في حالة ترتب عنه المساس بالملكيات المجاورة للملك العمومي محل التحديد، ونظم المشرع التحديد بالمواد 27 وما يليها من قانون الأملاك الوطنية، والمواد 8 إلى 24 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 السابق الذكر، أما الإصطفاف فهو كذلك عملية تقنية ذات أثر قانوني، وهو يتعلق بالأملاك العقارية الإصطناعية المخصصة للنقل، تتوج بقرار إداري متعدد صوره إما في شكل مخطط عام للإصطفاف، أو تصميم الطريق، أو أدوات التعمير حسب الحالة، وهو قرار منشئ، أي منشئ لصفة الملك العمومي على هذه العقارات وذلك بالطبع بعد تهيئتها وتكيفها، ونظم المشرع الإصطفاف بالمادة 30 من قانون الأملاك الوطنية، والمواد 29 وما يليها من المرسوم التنفيذي رقم 12-427، السابق الذكر، أما التصنيف فهو يتعلق بإدراج ضمن الأملاك الوطنية العمومية كل الأملاك الوطنية الخاصة المتوفر شروط الإدراج من غير الأملاك المقرر إدراجها بالوسائل السابق ذكرها،

وهو يتعلق بالعقارات والمنقولات وحتى القيم المنقولة، ونظم المشرع التصنيف بالمواد 31 وما يليها من قانون الأملاك الوطنية، والمادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427، السابق الذكر.

- الأملاك العمومية هي تلك الأملاك التي يستعملها الجميع والموضوعة تحت تصرف الجمهور المستعمل إما مباشرة وإما بواسطة مرفق عام شريطة أن تكيف في هذه الحالة بحكم طبيعتها أو تهيئتها الخاصة تكييفاً مطلقاً أو أساسياً مع الهدف الخاص لهذا المرفق، وهنا نرى أن المشرع الجزائري لم يساير التشريعات الحديثة، في موضوع التخصيص، هذه التشريعات التي استقرت عند موضوع المنفعة العمومية، بينما المشرع الجزائري توقف عند موضوع التخصيص الذي استندت عليه لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي في تعريفها للمال العام³²، كما أن نص المادة 12 من القانون 90-30 المعدل والمتمم عموماً هو نفسه نص المادة 12 من القانون 84-16 السابق ذكره أعلاه والمُلغى.

- الثروات والموارد الطبيعية التي حددها القانون جزء من الأملاك الوطنية العمومية.

- المشرع يحمي الأملاك الوطنية العمومية من كونها غير قابلة للتصرف، ولا اكتسابها بالتقادم، ولا الحجز عليها، كما جاء بالمواد 04، 66 من قانون الأملاك الوطنية، وكذلك المادة 689 من القانون المدني التي ما زالت سارية المفعول، ورغم أن هذه الحماية لم تقرر بالدساتير الجزائرية كلها بما فيها الدستور الحالي، إلا أن هذه الأحكام القانونية تعتبر آثار واضحة منبثقة من قاعدة عدم المساس بالملك العمومي في الجزائر، ومنه يكون القول أن المشرع يقرر إعمال أحكام مبدأ عدم المساس بالأملاك العمومية، لكن كما رأينا أن مجال تطبيق جزء من أحكامه يمتد أيضاً إلى الأملاك الوطنية الخاصة.

خاتمة:

من خلال ما سبق يمكننا عرض النتائج والتوصيات التالية:

النتائج

- مبدأ عدم المساس بالمال العام حتى وإن كان له تاريخ، إلا أن أساسه الفلسفي القانوني غير واضح، وهذا ما أدى بالسجلات الفقهية المختلفة التي مر عليها القضاء الإداري في فرنسا بصمت، وعدم تحديد حدود المبدأ وطبيعته وحتى قيمته القانونية، لكن يبقى للمبدأ أهميته في حماية المال العام واتساعه، وتحديد موضوعه، ووضع أحكام ذلك، خاصة في تطوره وتكيفه مع تحقيق الحماية وفي ذات الوقت السماح باستخدام المال العام في التنمية.

- لقد انتقلت أحكام المال العام إلى الجزائر، بما فيها مبدأ عدم المساس بالمال العام، وإن كنا نتفهم ذلك خلال الفترة الإستعمارية، لكن وحتى وإن حاول المشرع الحيد عن كل ما يتعلق بنظرية المال العام وما تقرر من أحكامها ومبادئها في بداية الإستقلال سعياً لإيجاد نظرة تتلائم والاتجاه المقرر للبلاد، إلا أنه ما لبث أن عاد المشرع إلى تبني نظرية المال العام في القانون الجزائري من جديد، وتأثر بمبدأ عدم المساس بالمال، لكن على مستوى أحكامه وتطورها مع بعض الاختلافات الجزئية، واستقر كما هو واضح عند إدراج التنمية إلى جنب الحماية للملك العمومي، وهذا نقلاً لما وصل إليه التشريع الفرنسي.

اقتراحات

- إدراج مبادئ تتعلق بالملك العمومي في الدستور الجزائري، بما فيها تلك المتعلقة بإظهار القيمة الاقتصادية والتنموية له.
- تمكين الجماعات المحلية في الجزائر من الاستفادة في إطار التنمية المحلية من أحكام تعزز إظهار والاستفادة من القيمة الاقتصادية للأموال العمومية التابعة لهذه الجماعات المحلية.
- التشديد على الحفاظ على تخصيص الملك العمومي ومنح السلطات الضرورية للإدارة في ذلك، وفي ذات الوقت وضع أحكام من شأنها إشراك المال العام في عجلة التنمية.
- تصحيح الأحكام القانونية وإخراجها من حالة الغموض، مع تحقيق انسجام فيما بينها من حيث المصلحات، ومن حيث الأحكام، مع إحداث حكم قانوني بشهر القرارات المتعلقة بتكوين الأملاك العمومية العقارية (التحديد، الإصطفاف، التصنيف) وذلك حتى يتم وضع شهر مسبق لسند الشغل الخاص المصحوب بإنشاء حق عيني على المنشآت العقارية المشيدة على الملك العمومي التي قررتها الأحكام المنظمة لهذا الحق، وشهر أيضا ما يؤسس عليه من رهون رسمية.

الهوامش:

- ¹ - أنظر في ذلك، مهند مختار نوح، التصرف في المال العام (المال العام من محل للحماية إلى وسيلة قانونية للتنمية)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2020، ص13.
- ² - أنظر في ذلك، مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص15.
- ³ - أنظر في ذلك، RENE Chapus, Droit administratif général, tome2, Delta, 8^e édition, 1996, p322-327.
- ⁴ - أنظر في ذلك، مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص19.
- ⁵ - أنظر في ذلك، نفس المرجع، ص42.
- ⁶ - أنظر في ذلك، مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص43-56.
- ⁷ - أنظر في ذلك، نفس المرجع، ص57-69.
- ⁸ - أنظر في ذلك، مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص69-72.
- ⁹ - أنظر في ذلك، نفس المرجع، ص73-74.
- ¹⁰ - أنظر في ذلك، عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري -دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في لبنان، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، بدون سنة نشر، ص273 وما يليها.
- ¹¹ - أنظر في ذلك، مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص14.
- ¹² - أنظر في ذلك، مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص61.
- ¹³ فرغم أنه كما سبق القول أن الفقيه برودو يرى بأن المال العام ليس له مالك، إذ ينكر ملكية الشخص العام للمال العام، كما أنكرها جزء من الفقه باختلاف مبرراتهم، فمنهم من ينكر الشخصية المعنوية للدولة على غرار أصحاب مدرسة المرفق العام وعلي رأسهم دوجي وبونار، ومنهم من يرى أن حق الملكية كما جاء في القانون المدني هي حق جامع، يضم كل من حق الاستعمال، حق الإستغلال، وحق التصرف، وأنه طالما ان استعمال المال العام هو للجمهور، وليس للدولة، وأن المال العام غير قابل للتصرف فيه استنادا إلى مبدأ عدم المساس بالمال العام، وبالتالي فحق الملكية غير مكتمل للدولة، ومنهم من يؤيد فكرة ملكية الشخص العام للمال العام، وهو الرأي الغالب، أنظر في ذلك، عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص280 وما يليها.
- ¹⁴ - أنظر في ذلك، مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص63.
- ¹⁵ - أنظر في ذلك، عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص287 وما يليها.

- 16- أنظر في ذلك، نفس المرجع، ص273، وما يليها.
- 17- أنظر في ذلك، RENE Chapus, Op-cit,p336-343.
- 18- كما فعل المشرع الفرنسي مع المادة 538 من القانون المدني، والمشرع الجزائري في المادتين 15، 16 من قانون الأملاك الوطنية، وغيرها.
- 19- أنظر في ذلك: -. p21, Ahmed RAHMANI, DROIT DES BIENS PUBLICS , ITCIS Editions, 2015.
- 20- أنظر في ذلك، Ahmed RAHMANI, Op-cit,p27.
- 21- ج ر عدد 27، صادرة بتاريخ 3 يوليو 1984.
- 22- انظر ما جاء فيه هذا تحليل مبادئ هذا القانون وأساسه: Ahmed RAHMANI, Op-cit,p27-30.
- 23- التي كما قلنا كانت سائدة أثناء فترة الإستعمار، وبقي أثرها بعد الإستقلال ولو بكثير من الغموض، طالما أن القانون رقم 62-157 الذي مدد العمل بالقوانين الفرنسية اشترط الآن التمس بالسيادة الوطنية، وأن استرجاع الأملاك الوطنية هو من مقتضى السيادة الوطنية، وطالما أن المشرع قد انتهج وقرر جملة من الأحكام القانونية والتنظيمية تخالف تماما قانون أملاك الدولة الساري المفعول إلى غاية بدء الإستقلال، وبالتالي يكون الأقرب إلى الصواب القول أن أحكام هذا القانون الأخير لم يتم تمديد العمل بها.
- 24- مكونات الأملاك الوطنية الواردة في هاتين المادتين هي نفسها مكونات الأملاك الوطنية بأحكام المادتين 15، 16 من قانون الأملاك الوطنية الساري المفعول حاليا.
- 25- وهذا استنادا إلى مبدأ وحدة هذه الأملاك المقرر بهذا القانون، إلا أن المادة 4 من قانون الأملاك الوطنية الساري المفعول قبل تعديلها والمادة 689 من القانون المدني، قد أثّر حول حكميهما إشكال، فالمادة الأولى منهما كان يبدو من نصها أنها لا تقرر الحماية الكاملة إلا للأملاك الوطنية العمومية كما هو في القانون الفرنسي، في حين المادة الثانية والتي هي منذ سنة 1975 (سريان أحكام القانون المدني)، وسأيرت التوجه القديم للدولة فتقرر الحماية على كامل الأملاك الوطنية، ولقد كان نتيجة هذا الإشكال أن صدرت بعض الأحكام على قتلها عن القضاء الإداري تجيز تملك الأملاك الوطنية الخاصة عن طريق التقادم، وهذا ما أدى المشرع بتعديل المادة 4.
- 26- لم يتم أي تعديل جوهري على هاتين المادتين في التعديلات الدستورية إلى يومنا هذا بدء من دستور 96، ما عدا تغيير أرقامهما فحاليا هما يتوافقان مع المادتين 20، 22 على التوالي.
- 27- ج ر عدد 52 صادرة بتاريخ 02-12-1990.
- 28- ج ر عدد 49 صادرة بتاريخ 18-11-1990.
- 29- ج ر عدد 69 صادرة بتاريخ 19-11-1990.
- 30- ج ر عدد 44، الصادرة بتاريخ 03 غشت 2008.
- 31- عبر المشرع على الترخيص بمصطلح الإذن كما جاء بالمادة 60 من قانون الأملاك الوطنية وحدد لهذا الإذن الجهة المصدرة له وضوابط وحدوده فضلا على جزاء عدم الإلتزام بذلك، لكن يثار إشكال حول الصورتين اللتين كانتا مقررتين لهذا الإذن قبل التعديل، وهما صور العقد ذو الطابع الأحادي، في صورته الجزئية، رخصة شغل الطريق، ورخصة التوقف، ولئن كانت الأولى قد تؤدي إلا إنشاء منشآت ذات طبيعة عقارية على قاعدة الملك العمومي، ويمكن أن نتقبل أن ينشأ لصاحبها حق عيني عليها حتى وإن لم تنص أحكام التعديل على ذلك، لكن الصورة الثانية، لا تؤدي ولا ينبغي لها أن تؤدي إلى إنشاء منشآت من هذا النوع، وبالتالي لا تطرح مشكلة، أما الصورة الثانية هي صورة الإذن بموجب العقد الإتفاقي التي هي ذات طابع تعاقدية وقد تجسد إما في منح امتياز، أو عقد الإستغلال في حالة الشغل الخاص ملحق من ملاحق الملك العمومي الطبيعي، أو عقد تمويل أو بناء و/أو إستغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية كما جاء ضمن المادة 64 مكرر من نفس القانون السابق الذكر.
- 32- هذا التعريف لم ير النور بعدما تم حذفه في المشروع النهائي، أنظر في ذلك: RENE Chapus, Op-cit,p327.