

تكريس الحقوق العينية كآلية لتثمين الأملاك الوطنية العمومية "دراسة مقارنة"
*The consecration of real rights as a means of valuing the public domain
"comparative study"*



سيهوب سليم^{*1}،

¹ جامعة ابن خلدون - تيارت، الجزائر.

SeihoubSalim@yahoo.fr

تاريخ الإرسال: 2023/09/01 تاريخ القبول: 2023/11/20 تاريخ النشر: 2024/01/18

ملخص:

يأتي الاعتراف بالحقوق العينية على الأملاك العمومية كتعبير عن توجه تشريعي يهدف إلى تثمين الملكية العامة من خلال تدعيم المركز القانوني لشاغلي الأملاك العامة لتشجيعهم على الاستثمار في مجال البنية التحتية المتعلقة بالمشاريع ذات النفع العام، ولكن دون المساس بقاعدة عدم جواز التصرف وهو الأمر الذي جعل مهمة المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي عسيرة فهي تحتاج إلى تحقيق توازن بين مبدئين متناقضين وهما صون الأملاك العمومية من التملك الخاص مع فتحها أمام الاستغلال والاستثمار.

الكلمات المفتاحية:

الأملاك الوطنية العمومية ، الحقوق العينية الإدارية ، الشغل الخاص للأملاك العامة – قاعدة عدم جواز التصرف – تثمين الأملاك العمومية .

Abstract:

The recognition of real rights on public property comes as an expression of a legislative approach aimed at valuing public property by strengthening the legal status of occupants of public property to encourage them to invest in the field of infrastructure related to projects of public benefit, but without prejudice to the rule of inadmissibility of disposal, which made the task of the Algerian legislator Similar to his French counterpart, it is a difficult task, as it needs to achieve a balance between two contradictory principles, namely the preservation of public property from private ownership while opening it to private exploitation.

Key words:

National public good , private occupation of the public domain , the rule of inadmissibility of alienation , the expertise of the public domain .

مقدمة:

ظلت الأملاك الوطنية العمومية بمنأى عن المنطق الاقتصادي والمالي بحيث سيطرت عليها فكرة التخصيص للمنفعة العامة، وذلك على خلاف الأملاك الوطنية الخاصة¹. وهو ما برر حمايتها من جميع أشكال التملك الخاص، ولقد اصطلح على ذلك في القانون الإداري الفرنسي بمبدأ « l'inaliénabilité » وترجم إلى اللغة العربية بعدم القابلية للتصرف، في حين أن الترجمة القانونية الأصح هي عدم القابلية للتنازل لكون المبدأ يخص فقط التصرفات الناقلة للملكية، أما التصرفات الإدارية الأخرى فجائزة².

تبين بأن لهذه الحماية المشددة أثر سلبي على إمكانية تثمين الأملاك العمومية بحيث أنها تحرم الأشخاص العمومية من فرصة الاستغلال الاقتصادي الأمثل لأملكها العامة من خلال استدعاء المستثمرين الخواص، وتحفيزهم بضمانات هامة، وعلى رأسها التمتع بوضعية قانونية مستقرة لكون ذلك يتنافى مع القاعدة المعمول بها في القانون الإداري ألا وهي إضفاء الطابع المؤقت والقابل للإلغاء على الشغل الخاص للأملاك العمومية. أصبح إذن الاستمرار في التمسك بمبدأ عدم القابلية للتملك الخاص على إطلاقه يشكل عائقا أمام فرص التنمية والاستثمار، لكونه يقوض إمكانية الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وخصوصا في مجال الاستثمار في البنية التحتية وتحديث المرافق العامة. وبذلك يظهر القانون الإداري للأموال كما تكرر في فرنسا بمظهر المتأخر عن الديناميكية الاقتصادية مقارنة مع القانون الإنجلوساكسوني الذي طور من عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص PFI في مجال إنشاء وإدارة المشاريع العامة متخطيا بذلك العقبات المتعلقة بالملكية³.

لقد كان تأثير القانون الإنجلوساكسوني مهما بالإضافة إلى الضرورات الاقتصادية للدفع نحو تغيير هذه الوضعية في القانون الفرنسي في أواخر الثمانينات من خلال مراجعة تشريعية عميقة لقانون الأملاك العامة، وهو نفس النهج الذي انتهجه القانون الجزائري ابتداء من سنة 2008.

سنتناول في هذه الدراسة المقارنة التحديات القانونية التي يطرحها تكريس الحقوق العينية من حيث كونه يمثل معادلة توفيقية تبناها المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي للتوفيق بين تثمين الأملاك

¹ تبني المشرع الجزائري نظرية ازدواجية الأملاك الوطنية المقتبسة من القانون الفرنسي: يرجى النظر الى المواد 02، 03، 04 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية عدد 52، المؤرخة في 1990، المعدل والمتمم بموجب القانون 08-14 المؤرخ في 20 ماي 2008، الجريدة الرسمية عدد 69 المؤرخة في 2008.

² إبراهيم عبد العزيز شيجا، الأموال العامة، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 2006، ص 556.

³ حول هذه العقود يرجى النظر الى

العمومية و ضرورة الحفاظ عليها واستبقائها في دائرة التملك العام . وعليه فإننا نتساءل حول مدى استجابة النظام القانوني للملكية العمومية لضرورة التوفيق بين هذين الهدفين المتعارضين ؟ وبغرض التصدي لهذه الإشكالية فإننا اعتمدنا على المنهجين التحليلي والمقارن بغية الكشف عن التوجهات سواء التشريعية أو القضائية في القانونين الفرنسي والجزائري من أجل جعل تكريس الحقوق العينية متوافقا مع نظرية الملكية العامة ، و أيضا ما قدمه الفقه فيما يخص حل الإشكالات التي تعترض هذا التكريس .

سنتناول الإجابة على ذلك من خلال ثلاثة مباحث وهي :

المبحث الأول يخص الصعوبة المتعلقة بالاعتراف بالحقوق العينية في حد ذاته ثم نتناول تكييف الحقوق العينية الواردة على الأملاك العمومية «المبحث الثاني» وفي الأخير نتناول أساليب التمويل المكرسة في ظل تكريس الحقوق العينية «المبحث الثالث» .

المبحث الأول

صعوبة الاعتراف بالحقوق العينية اتجاه الأملاك العمومية

لقد كان لعميد مدرسة السلطة العامة موريس هوريو Maurice Hauriou فضل السبق في الدعوة إلى تكريس حقوق عينية إدارية ، وذلك في ملاحظاته التي قدمها بخصوص قرار مجلس الدولة الفرنسي Mure لسنة 1913 ، بحيث لاحظ " الفرضيات المختلفة التي تكشف عنها التجربة والتي تدل على أهمية الاعتراف للمؤسسات صاحبة الامتياز بحق عيني خاص ينصب على موضوع العقد" ¹ . ولكن الاعتراف بمثل هذا الحق ظل محل معارضة وجدل في القانون الفرنسي إلى أن تم تكريسه تشريعا «المطلب الأول» . سنتعرف أيضا على مسار هذا الاعتراف في القانون الجزائري «المطلب الثاني» .

المطلب الأول: مسار الاعتراف بالحقوق العينية في القانون الفرنسي

لقد احتدم بخصوص مسألة الاعتراف بحقوق العينية الإدارية نقاش فقهي أسال الكثير من الحبر ، ولذلك فإنه من الأهمية بمكان أن نتعرض له لكونه مهد للإصلاحات التشريعية اللاحقة .

الفرع الأول: موقف الفقه من مسألة الحقوق العينية الإدارية

اختلف الفقه حول هذه المسألة واحتدم الصراع بين الاتجاه الرافض لوجود هذه الحقوق والاتجاه المؤيد لها وهو خلاف انتهى لصالح التيار الثاني.

أولا: الموقف الفقهي الرافض للمسألة الحقوق العينية الإدارية

¹ note sous CE 25 mai 1906 Min. Comm. c/ Chemins de fer d'Orléans et note sous CE 7 février 1913 Mure

انطلق أمثال فقيه القانون الخاص PROUDHON برودون من رفضهم أن تكون الأملاك العامة موضوع ملكية إدارية من كونها تضم جميع الأملاك التي لا مالك لها، والتي خصصت لخدمة المجتمع . ذلك أن الملكية بطبيعتها ذات طابع استثنائي في حين أن الأملاك العمومية تستخدم من قبل الجميع ، وأن الإدارة لا تستخدم هذه الأملاك إلا وفقا للمصلحة العامة ، وحتى دعاوى الحيازة التي تمارسها الجماعة العمومية تهدف فقط إلى ضمان انتفاع الجمهور وليس بدافع الحق في الملكية الذي يخول لصاحبه صلاحيات احتكارية¹ . ولقد نحا الفقيه BERTHÉLEMY برتلي نفس المنحى بحيث رأى بأن الدولة لا تتمتع حيال الدومين العام بالحق في الإستعمال usus الذي يرجع الى الجمهور ولا الحق في الثمار fructus الذي لا وجود له، ولا أيضا الحق في التصرف abus. ونجد نفس الفكرة لدى أحد أعمدة مدرسة المرفق العام وهو الفقيه دوقي الذي رفض الخلط بين مفهوم الدومين العام وبين الملكية ، لان هذه الأخيرة قد وضعت من أجل المصلحة الخاصة . وتبعاً لذلك فإن دوقي Duguit يرى بأنه من قبيل التناقض أن نرفض فكرة الملكية الخاصة حيال الأملاك العامة ، وأن نقبل الحقوق العينية حتى ولو كانت ذات طابع إداري² . وبذلك فإنه يتبين بأن أصحاب هذا التوجه يرفضون الاعتراف بالحقوق العينية اتجاه الأملاك العامة نظراً لعدم قابلية هذه الأخيرة للتملك أصلاً . وهو موقف اجتهد أصحاب الرأي المؤيد لمسالة الحقوق العينية الإدارية لنقده وتفنيده.

ثانياً: التيار الفقهي القائل بالحقوق العينية الإدارية

قبل أن يتم تطوير النظرية وإثرائها من قبل العميد هوريو³ فإنها ظهرت في فقه القانون الخاص وبالتحديد عند Marcel Planiol مارسيل بلانيول في مطوله الشهير للقانون المدني الصادر سنة 1900 بحيث أكد بشكل واضح على أنه " يوجد مجموعة كاملة من الحقوق الخاصة الممنوحة للأفراد من قبل السلطة الإدارية حيال الأملاك العامة ونسميها امتيازات . هذه الأخيرة تقترب كثيراً من الحقوق العينية"⁴ . ولقد سبق بلانيول الفقيه Demolombe في الدعوة إلى وجوب الاعتراف بإمكانية أن يكون الدومين العام موضوع حق إداري خاص مادام هذا الحق لا يصطدم بالوجهة الأساسية للأملاك العامة⁵.

وكما قلنا فإن النزوع الحقيقي للنظرية كان على يد الفقيه هوريو ، وإن كان هذا الأخير لم يتبناها منذ البداية بل كان موالياً للنظرية الكلاسيكية التي كان يؤيدها الفقيه بارتيلمي، والتي ترى بأن الاعتراف بالحقوق العينية يتناقض مع وجود الأملاك العامة . ولكن في سنة 1908 عرض هوريو نظريته بشكل مفصل في

¹ Jean-Baptiste-Victor PROUDHON - Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public, t. 1, Victor Lagier, 1833, p. 268,.

² Léon DUGUIT - Traité de droit constitutionnel, De Boccard, 2e éd., 1923, p.336, t.3.

³ HAURIOU (M) - Précis de droit administratif, Larose, 8e éd., 1913.

⁴ Cité par Laurent RICHER , LES CENT ANS DE LA THÉORIE DES DROIT RÉELS Colloque Contrats et propriété publics-Montpellier- 28-29 avril 2011 p01

⁵ Cité par Jean-François Dénoyer L'Exploitation du domaine public, LGDJ, 1969, p. 104

مختصره ، وهو ما دفع لويس غيقو Louis Rigaud إلى الاعتراف بفضل الرجل في إرساء النظرية من خلال إهداء أطروحته له¹.

الفرع الثاني: موقف التشريع الفرنسي من مسألة الحقوق العينية الإدارية

تغير موقف المشرع الفرنسي تدريجيا بحيث انتقل من المنع باسم قاعدة عدم جواز التصرف إلى التكريس الجزئي لهذه الحقوق، وانتهى في الأخير إلى تكريسها بشكل كامل.

أولا: موقف المشرع الفرنسي قبل الإصلاح التشريعي لسنة 1988 (مرحلة المنع)

لقد اصطدمت فكرة الحقوق العينية الإدارية بقاعدة عدم جواز التصرف ، وذلك حتى بعد أن تم الاعتراف بالملكية الإدارية في الفقه الفرنسي لكون هذه القاعدة فسرت قضائيا بأنها تمنع مثل هذا النوع من الحقوق. وحتى تتضح المسألة أكثر فإننا سنتعرض إلى النتائج التي رتبها عدم جواز التصرف .

(أ) منع التنازلات

إنه لمن البدهية الإشارة إلى أن قاعدة عدم جواز التصرف تحول دون القيام بالتصرفات الناقلة للملكية وليس فقط الإرادية منها ، بل أيضا غير الإرادية مثل نزع الملكية². إن مثل هذه التنازلات تعتبر باطلة ولقد اعتبر هذا البطلان نسبيا في البداية³، وهو ما تم انتقاده نظرا لكون عدم جواز التصرف لا يخدم فقط الجماعة العمومية المالكة بل يخدم المصلحة العامة بالدرجة الأولى. وهذا ما دفع محكمة النقض الى تبني البطلان المطلق وأتاحت للغير التمسك بقاعدة عدم جواز التصرف بحيث يتمسكون بعدم الاحتجاج بالتصرف الذي يقع بخلافها⁴. أما القضاء الإداري فقد أكد أيضا هذه الطبيعة المطلقة، وأتاح لكل صاحب مصلحة الحق في رفع دعوى تجاوز السلطة ضد القرارات القابلة للفصل المتعلقة بالموافقة على التنازل⁵. بالإضافة إلى منع النقل الكامل للملكية فإنه يمنع أيضا تجزئة الحق في الملكية وهو ما عبر عنه رونييه شابيرو R. CHAPUS بقوله "إن قبول حقوق عينية لصالح الغير مثل حقوق الانتفاع usufruit و الإيجار الحكري emphytéose أو الارتفاقات سيؤدي إلى تفكيك للحق في الملكية العامة وهو ما يؤدي إلى التنازل الجزئي عنها⁶.

(ب) منع دعاوى الحيازة

يترتب عن أعمال قاعدة عدم جواز التصرف عدم إمكانية رفع دعاوى الحيازة اتجاه الأملاك العامة ، وهو ما ذكرت به محكمة التنازع في قرارها بتاريخ 24 فبراير 1992 بقولها " نظرا لعدم قابلية الدومين العام أن يكون موضوعا للتملك بالتقادم ولا للتصرف فإنه لا يمكن الاحتجاج بأي حيازة ضد حرية التسيير الذي

¹ Cité par Laurent RICHER ,article précité , p01

² André de Laubadère Yves Gaudemet, Traité du droit administratif ,T2 ,LGDJ ,1998, p128

³ Cass req 25 mars 1942 ,S 1942 1,115

⁴ Cass civ 1^{er} ,3 mai 1988 ,Concorts Renault C/EDF ,AJDA .1988 ,p 679,

⁵ CE ,26 janv.1985,Ville de Grasse JCP.1985.II 20515,note M.Chevenoy

⁶ René CHAPUS - Droit administratif général, Montchrestien, 3e éd., 1988, p.303, t.2.

تتمتع به السلطة المسئولة عن الأملاك العامة"¹. غير أنه في حالة التعدي المادي من قبل الإدارة دون إذن من القاضي ولا الاستناد على حالة الاستعجال فإن القاضي العادي يمكنه تمكين الشخص من الحياة الهادئة ريثما يتم فصل النزاع المتعلق بالملكية².

(ج) منع الملكية المشتركة والإيجار التجاري

لا يمكن بموجب قاعدة عدم التصرف أن تكون الأملاك العامة موضوع ملكية مشتركة، وكذلك الأمر في حالة الملكية المشتركة السابقة عن التخصيص، ومثاله مكاتب الأرشفة المملوكة للدولة الموجودة في عمارة موضوعة تحت نظام الملكية المشتركة، فحينها اعتبر مجلس الدولة بأن "القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة كما هي محددة بموجب القانون 10 جويلية 1965 تتناقض مع نظام الملكية العامة ومع خصائص الأشغال العامة وأن المحلات المخصصة من قبل الدولة للمرفق العام في مبنى خاضع للملكية المشتركة لا تنتمي إلى الدومين العام"³. ويمنع أيضا بموجب هذه القاعدة الإيجار التجاري، وتجديده نظرا لوجود قاعدة الطابع المؤقت للشغل الخاص للأملاك العمومية⁴.

ثانيا: مرحلة إقرار الحقوق العينية

لقد تم تكريس الحقوق العينية الإدارية في القانون الفرنسي على مرحلتين، وهما المرحلة الأولى مع صدور قانون 05 جانفي 1988 بحيث تم إقرار الحقوق العينية بصدد نوع معين من العقود وهي الإيجارات الاحتكارية الإدارية bail emphytéotique، أما المرحلة الثانية فبدأت مع قانون 25 جويلية 1994 الذي وضع أساسا عاما لهذه الحقوق.

(أ) المرحلة الأولى مع قانون 1988/02/05 (الإقرار الجزئي)

لقد تسبب هذا القانون في أول تصدّع في قاعدة عدم جواز التصرف في الأملاك العمومية بحيث جاء كتعديل تشريعي يهدف إلى استبعاد اجتهاد مجلس الدولة لسنة 1985 Eurolat المعارض لإنشاء الحقوق العينية⁵. ولقد كان الغرض من هذا الإصلاح التشريعي تسهيل تمويل الاستثمار المحلي بمنح شاغلي الأملاك العامة المزيد من الأمن القانوني من خلال منحهم الحقوق العينية في إطار العقد الاحتكاري الإداري administratif emphytéotique. بمقتضى هذه الصيغة تقوم الجماعة الإقليمية صاحبة الملك العقاري سواء كان هذا الملك ينتهي للأملاك الخاصة أو العامة بإبرام عقد إيجار وفقا للصيغة المحددة بموجب المادة

¹ T.C ,24 fév 1992,Couach ,AJDA ,1992 ,p 365

² T.C 24 fév 1992 ,Couach décision précitée .

³ CE 11 fév 1994 .,Cie d'assurances La préservatrice foncière ,cah .jur .élec .gaz .1994 ,p 197 .

⁴ André de Laubadère Yves Gaudemet, Traité du droit administratif ,op cit ,p 130 .

⁵ CE, 6 mai 1985, Association Eurolat-Crédit Foncier de France, préc. Sur l'amendement, v. R. CHAPUS, Droit administratif général, t. II, 15e éd., op. cit., 2001, p. 428-429 ; Y. GAUDEMET, Droit administratif des biens, 14e éd, 2011, p. 295.

L 451 من التقنين الفلاحي، وذلك من أجل التكفل بمهمة مرفق عام أو من أجل تنفيذ مهمة منفعة عامة . ويستفيد المستأجر من الحقوق العينية على هذه الأملاك ويصبح مالكا للمنشآت التي يقوم بإنشائها¹ . لقد أطر المشرع الفرنسي هذا النوع من العقود² وما يترتب عنها من حقوق عينية بجملة من القيود وهي كالتالي :

- تبرم هذا العقود فقط مع الأشخاص الخواص .
- حدد مجال الأملاك العمومية المعنية بحيث يشمل عقارات خارج مجال الطرق العمومية والأملاك العمومية الطبيعية³ .
- يتمثل الهدف من إبرام مثل هذه العقود في تحقيق المصلحة العامة كما اشرنا إلى ذلك في التعريف. وهو ما يعني أننا أمام تقنية تعاقدية وضعت من أجل تمويل تجهيزات تابعة للجماعات الإقليمية .
- إن الحقوق العينية التي يرتبها هذا النوع من العقود لا يمكن رهنها إلا من أجل ضمان الديون المتعلقة بتمويل المنشآت المقامة على العقار المؤجر ، مع اشتراط موافقة الجماعة الإقليمية المؤجرة .
- بالإضافة إلى هذه القيود فإن هناك قيودا مهما يترتب على كون الأمر يتعلق بشغل خاص للدومين العام وهو الطابع المؤقت للشغل والقابل للإلغاء بحيث يمكن للجماعة العمومية إنهاء الإيجار بسبب المصلحة العامة .
- إن مثل هذا القيد أكد عليه المجلس الدستوري في قراره المؤرخ في 21 جويلية 1994 الذي نص على أن مبدأ استمرارية المرافق العامة يبرر فسخ العقد إذا ما اقتضى التخصيص ذلك⁴ .
- حددت مدة طويلة لهذه العقود تتراوح ما بين 18 و 99 سنة وهوما يأخذ بعين الاعتبار مدة اهتلاك أطول للاستثمارات⁵ .

رغم أهمية هذا الإصلاح في إعادة النظر في قاعدة عدم جواز التصرف بشكل يراعي مصلحة الجماعات المحلية في استغلال أملاكها العمومية إلا أنه لم ينجح في تشجيع الاستثمار الخاص .وهو ما استدعى المضي قدما نحو المزيد من الإصلاح⁶ .

(ب) مرحلة الإقرار الكامل للحقوق العينية (بعد صدور قانون 25 جويلية 1994)

بعد قانون 1988 فإن المشرع الفرنسي أصدر قانونا أكثر استجابة للمتطلبات الاستثمارية وتأمين الأملاك العمومية وهو قانون 25 جويلية 1994 الذي هو نتاج مجموعة عمل يقودها مجلس الدولة وكان الهدف هو

¹ création Décret n°83-212 du 16 mars 1983 - art. 1 (V) JORF 22 mars 1983 en vigueur le 1er décembre 1982 .

² Loi du 5 janvier 1988 relative à l'amélioration de la décentralisation, n°88-13, JO du 6 janvier 1988, p. 208

³ CE .Avis 16 juin 1994 .EDCE 1994 ,p 367

⁴ CC, 21 juillet 1994, AJ, 1994, p. 786.

⁵ inG. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, PUF, édition n° 9, 2011

⁶ Helene Saugez, L'affectation des biens à l'utilité publique : Contribution à la théorie générale du domaine public , Thèse de doctorat en droit public soutenue le 1^{er} juin 2012 , université d'Orléan, P 311

إصلاح نظام الملكية العامة بشكل عام وشامل¹. يمكن لنا أن نكمل المستجدات القانونية التي أتى بها هذا القانون بالمقارنة مع قانون 1988 فيما يلي :

- خففت الشروط المتعلقة بالحصول على الحق العيني وذلك بعدم اشتراط القيام بمهمة مرفق عام أو مهمة منفعة عامة². وقد يفسر هذا التخفيف لكون الهدف المتعلق بأمالك الدولة لا يخص فقط تشجيع الاستثمارات الخاصة للتجهيزات العمومية ، بل أيضا تسهيل تطوير النشاطات ذات الطابع الخاص بشكل دقيق³.

- أصبح سند الشغل الخاص للأمالك العامة الاصطناعية التابعة للدولة أو المؤسسات العامة الوطنية يمنح بشكل تلقائي *ipso facto* حقا عينيا للشاغل، اللهم إذا رفضت السلطة الإدارية المختصة منح هذا الحق فعليا في هذه الحالة أن تنص بشكل صريح على ذلك. واستثنيت من تطبيق هذا النظام الأمالك العمومية المحلية (ماعدى المناطق المينائية التابعة للمحافظات) ، وكذلك الأمالك العامة التابعة للدولة والموضوعة تحت تصرف الجماعات الإقليمية والأمالك العمومية الطبيعية⁴.

بعد قانون 15 جويلية 1994 فإنه أضيفت فرضية أخرى للشغل الخاص المرتب للحقوق عينية وهي المتعلقة بعقود الشراكة . لقد سار واضعوا النصوص التشريعية المتعلقة بهذه العقود على هدى القانون السابق بحيث " أن المتعاقد يستفيد ماعدا شرط مخالف من حقوق عينية على البنايات والتجهيزات التي يقوم بإنشائها ، وتمنح له حقوق والتزامات المالك وفقا لما هو محدود في عقد الشراكة من أجل المحافظة على وحدة الأمالك العمومية⁵.

انتقدت هذه الازدواجية في التعامل مع الشغل الخاص للأمالك العامة بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بالدولة أو بالجماعات المحلية، وهو ما استدعى التدخل لإصلاح تشريعي أكثر شمولية ، خصوصا بعد تبني فرضيات جديدة للشغل الخاص المرتب لحقوق العينية في ظل عقود الشراكة كما رأينا . تجسد إصلاح نظام الملكية العامة من خلال وضع تقنين للنصوص المتفرقة " codification à droit constatant وهو ما كان يمثل أسلوبا لإيضاح آليات إنشاء الحقوق العينية على الأمالك العمومية التابعة للدولة. ولذلك أصدر المشرع

¹ Sur ce point, Ph. YOLKA, La propriété publique, op. cit., p. 368 ; J. DUFAU, Le domaine public, 5e éd., op.cit., 2001, p.501.

² M. UBAUD-BERGERON, « Les contradictions du régime du financement privé des ouvrages publics sur le domaine public de l'état », AJDA, 2003, p. 1361

³ F. MELLERAY, « L'exploitation du domaine public », RJEP/CJEG, 2006, p. 423

⁴ La loi du 25 juil. 1994 a été complétée par l'article 56 de la loi n° 97-1051 du 18 nov. 1997 (codifié à l'art. 34-8-1 du Code du domaine de l'état

⁵ Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure ; Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice ; Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements et de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation

الفرنسي تقنيا عاما للأملاك العمومية إعترف بموجبه لصاحب الشغل الخاص المؤقت بالحقوق العينية وحقوق والتزامات المالك ماعدا في حالة البنايات والمنشآت أو التجهيزات الضرورية لاستمرارية المرفق العام فإن الأمر يتطلب موافقة الدولة ¹ . وأضاف تقنين الأملاك العامة لصالح حاملي سندات الشغل الخاص المنشأ للحقوق العينية على البنايات المراد إنشاؤها الحق في إبرام عقود خاصة من أجل حاجات قطاعات العدالة ، الشرطة والدرك وكذلك تكوين الموارد البشرية التي تساهم في مهام الدفاع والحماية المدنية ووزارة الدفاع ² وتلحق بهذه العقود الإيجارات الحكرية في مجال المستشفيات baux emphytéotiques hospitaliers المصاغة وفقا لنموذج bail emphytéotique administratif الإيجار الحكري الإداري .

أما بالنسبة للأملاك العامة التابعة للجماعات المحلية فإنه وعكس ما كان متوقعا لم يتم تبني حيالها نظام قانوني مماثلا للأملاك العامة للدولة ، ولكن من محاسن تقنين الأملاك العمومية أنه أتاح للجماعات المحلية منح تراخيص شغل الخاص للأملاك العمومية ولكنها لا تنشئ بشكل تلقائي حقوقا عينية كما أنها متوقفة على هدف مرفقي أو هدف مصلحة عامة³..

اعتبر الفقه بأن العمل التقني الذي ثم القيام به من خلال قانون الأملاك العمومية للسنة 2006 لم يجسد رؤية شمولية لآليات إنشاء الحقوق العينية على الأملاك العمومية، بل فقط كان مجرد تنظيم للنصوص مع بعض المستجدات التشريعية. وعليه فإن فرضيات إنشاء هذه الحقوق ظلت تختلف باختلاف الشخص المعنوي العام والمشروع المراد القيام به . ومما زاد النظام القانوني للشغل الخاص للأملاك العامة تشرذما التوسع في اللجوء إلى عقود الشراكة ⁴ . وأضيفت أيضا عقود أخرى وهي BEA الخاصة بالسكن الاجتماعي والتجهيزات الرياضية و BEA الخاص بالتثمين المنشأ بقانون 29 جويلية 2010 والذي أدرج في المادة L. 2341-1 للتقنين العام للأملاك الأشخاص العامة ⁵ .

المطلب الثاني: الاعتراف التشريعي بالحقوق العينية في القانون الجزائري

مر مسار الاعتراف التشريعي بمسألة الحقوق العينية على الأملاك العمومية بمرحلتين وهما مرحلة الحظر "الفرع الأول" ثم تلتها مرحلة الاعتراف وتحديد شروط إعمال هذه الحقوق "الفرع الثاني" .

¹ Art. L. 2122-10 CGPPP. Le CGPPP reprend la formulation de l'article L. 34-4 du Code du domaine de l'Etat.

² Art. L. 2122-15 CGPPP

³ Helene Saugez, L'affectation des biens à l'utilité publique : Contribution à la théorie générale du domaine public, thèse précitée ,319 et 320 .

⁴ Art. 19 de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008.

⁵ Modification de l'art. L. 1311-2 CGCT par la loi du 17 fév. 2009. Les collectivités territoriales peuvent conclure un BEA « en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes à leur implantation ».

الفرع الأول: مرحلة الحظر

تبنى القانون الجزائري نظام وحدة الأملاك العمومية أثناء الفترة الاشتراكية وهو ما أغلق الباب أمام أية محاولة للاستغلال الاقتصادي " وحتى بعد التراجع عن هذا النظام بعد سنة 1989 وتخلي عن مبدأ وحدة الأملاك الوطنية فإن منع إنشاء الحقوق العينية ظل قائما .

أولا: مرحلة المنع في ظل نظام وحدة الأملاك الوطنية

نحا المشرع الجزائري في ظل الاشتراكية منحى النظم الاشتراكية التي كانت تعتبر أن الملكية العامة لها أصالتها وذاتيتها التي لا تتفق مع التقسيم الفرنسي الثنائي للأملاك القومية . وبناء على ذلك فإن المادة 22 من التقنين المدني السوفييتي كانت تنص على أن " الأموال المعتمدة ملكا للدولة (...) ولا يمكن نقلها إلى مجال الملكية الخاصة للأشخاص الطبيعية والمعنوية ولا إلى هيئة أخرى لا تدخل في المنظمات التعاونية، ولا يمكن أن تكون محل لوصية أو أي تعامل أو أداء للالتزامات " ¹ . وبذلك ثم تمديد قاعدة عدم جواز التصرف إلى جميع أملاك الدولة وهو ما قام به المشرع الجزائري منذ الاستقلال من خلال إصدار المرسوم رقم 62-03 المؤرخ في 23 أكتوبر 1962 ² . نص هذا الأخير على منع جميع المعاملات والبيع للأملاك الشاغرة العقارية منها والمنقولة باستثناء تلك التي ثم إنجازها لصالح الجماعات المحلية . وثم تمديد منع التصرف بعده إلى المنشآت الفلاحية بحيث نصت المادة 05 من الأمر 68-653 المتعلق بالتسيير الذاتي على " أنه لا يجوز التصرف في الأراضي ومباني الاستغلال الفلاحيه المسيرة ذاتيا ، أو امتلاكها بالتقادم أو إيجارها كما لا يجوز استغلالها إلا بصفة جماعية " ³ . واستمر العمل بنفس القاعدة في ظل الأمر المتعلق بالثورة الزراعية لسنة 1971 بموجب المادة 22 منه ⁴ . وفي سنة 1984 أصدر المشرع الجزائري قانون 84-16 الذي حافظ من خلاله على نظام وحدة الأملاك الوطنية ، بل ونص عليه بشكل صريح بمقتضى مادته 07 ⁵ . ونصت المادة 08 بدون تمييز على أنه تكون الأملاك الوطنية غير قابلة للتصرف فيها وغير قابلة للتقادم أو الحجر عليها . استمر العمل بنظام الوحدة وما يقتضيه من أعمال مبالغ فيه لمبدأ عدم التصرف الى غاية سنة 1990 وهي سنة تبني قانون أملاك وطنية جديد يعكس مبادئ السوق الحر التي أعلن عنها دستور 1989 .

¹ ابراهيم عبد العزيز شيحا الأموال العامة ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، 2006 ، ص 243

² Décret n 62-03 du 23 octobre 1962 portant réglementation des transactions ,ventes locations ,affermages amodiations de biens mobiliers et immobiliers, JORA 1962,p14 .

³ الأمر رقم 68-653 المؤرخ في 30 ديسمبر 1968 المتعلق بالتسيير الذاتي في الفلاحة ، جريدة الرسمية رقم 15 ، لسنة 1969 .

⁴ الأمر 71-73 المتعلق بالثورة الزراعية المؤرخ في 14 نوفمبر 1971 الجريدة الرسمية ، 1971 ص 1281 .

⁵ القانون رقم 84-16 المؤرخ في 30 يونيو 1984 يتعلق بالأملاك الوطنية ، الجريدة الرسمية عدد 27 المؤرخة في 03 يوليو 1984 .

ثانيا : المنع في ظل القانون 90-30 المتعلق قانون الأملاك الوطنية قبل تعديله

كان من المتوقع أن إصدار قانون جديد يتبنى ازدواجية الأملاك الوطنية المستلهمة من القانون الفرنسي سيفتح الباب أمام استغلال أمثل للأملاك العمومية من خلال النص على إمكانية إنشاء الحقوق العينية عليها بما يجذب الاستثمار الخاص ، وذلك على غرار التطور التشريعي الفرنسي رأيناه سابقا . لقد كان موقف المشرع الجزائري مغايرا لهذا التوقع بحيث وضع مبدأ عام دون أن يقيدته بأية استثناءات، وهو أن الأملاك الوطنية العمومية لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة وأنها غير قابلة للتصرف ولا للتقادم ولا للحجز . ولكي يوصد الباب أمام أية محاولة لتقرير الحقوق العينية ، فإن المشرع نص على أنه لا يمكن أن تكون الأملاك الوطنية العمومية موضوع تملك خاص أو حقوق تمليلية . وهو ما يعني أن حق الانتفاع و المساطحة العقارين غير جائزين وليس فقط الحق العيني الكامل وهو حق الملكية "المادة 02" .

نخلص مما تقدم بأن القانون الجزائري بعد سنة 1990 كان في وضعية مماثلة لقانون الفرنسي قبل سنة 1988 ، وهي حرمان المستفيدين من الشغل الخاص من الحقوق العينية وهو ما تسبب في ضعف مركزهم القانوني و عزوفهم عن الإقبال على الاستثمار. إن مثل هذه الوضعية لم تعد مقبولة أمام ضرورة تفعيل الاستغلال الاقتصادي الأمثل للأملاك العامة خدمة للتنمية في بعدها الوطني والمحلي .

الفرع الثاني : مرحلة الإقرار- (بعد تعديل قانون الأملاك الوطنية 90-30)

كما سبق و أن بينا فإن إقرار الحقوق العينية على الأملاك العمومية يصبو إلى هدف واحد وهو تخليص هذه الأخيرة من القيود التي كبلت بها باسم قاعدة عدم جواز التصرف . سنتعرض في مرحلة أولى إلى الأساس القانوني لهذا الإقرار ثم إلى شروطه .

أولا :الأساس القانوني للتكريس الحقوق العينية

نظرا للطابع غير الدستوري لقاعدة عدم التصرف أي أنها ذات طابع تشريعي¹ فإن أي استثناء عليها بما فيه إنشاء الحقوق العينية يجب أن يتم من خلال نص تشريعي وهو ما عمد إليه المشرع الجزائري في سنة 2008 ثم وضع لتطبيقه نص تنظيمي وهو 12-427.

عدلت المادة 12 من القانون 90-30 بحذف الفقرة الأخيرة التي كانت تنص على أن أنه " لا يمكن أن تكون الأملاك الوطنية العمومية موضوع تملك خاص أو موضوع حقوق تمليلية " وهو ماله دلالة واضحة على توجه نية المشرع نحو تقرير حقوق تمليلية ذات طابع عيني بالتحديد لصالح شاغلين الأملاك العامة.

¹ CC, 21 juillet 1994, Loi complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, n° 94-346 DC, RFDC, n°20, 1994, p. 814

² المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012 يحدد شروط وكيفية تسيير الاملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 19 ديسمبر 2012 .

عدلت المادة 66 بتقرير استثناءين على المبادئ الثلاثة للحماية للأموال الوطنية العامة وهما تأسيس الحقوق العينية والارتفاقات المتوافقة مع تخصيص الملك المعني . وبذلك يكون المشرع الجزائري قد كشف عن المدلول الجديد لقاعدة عدم جواز التصرف الذي هو مدلول نسبي وكذلك بالنسبة للقاعدة عدم جواز الحجز ، أما قاعدة عدم القابلية للتقادم فلا يمسها الاستثناءين .

و أضيف قسم ثاني مكرر معنون بالشغل الخاص للأموال الوطنية العمومية المنشئ للحقوق العينية نظم فيه المشرع بشكل كافي هذا الموضوع بموجب المواد 69 مكرر الى 69 مكرر 05 على المنوال التالي :

- حددت الشروط وحدود إنشاء الحقوق العينية على الأملاك الوطنية العمومية .

- والآثار القانونية المترتبة على هذا الإنشاء سواء فيما يتعلق بصاحب السند أو بالغير .

ثانيا : الشروط التشريعية والتنظيمية لإنشاء الحقوق العينية

اقتبس المشرع الجزائري حين تعديله لنظام الملكية العامة شروط إنشاء الحقوق العينية من التشريع الفرنسي، ولكن وضع لها إطار قانونيا مرجعيا موحدًا ، وهذا على خلاف نظيره الفرنسي الذي كرس عدة فرضيات كما رأينا. يمكن اعتبار هذه الشروط ضوابط للتحقيق التوازن بين حماية الأملاك العامة واستغلالها .

أ/ الحصول على سند للشغل الخاص للأموال الوطنية العمومية

ولقد ورد هذا الشرط طبقا 62 فقرة 03 من قانون الأملاك الوطنية بخصوص جميع أنواع الشغل الخاص لكونه شرط ضروري للحيلولة دون شغل الملكية العامة بدون الموافقة الرسمية للسلطة الإدارية المختصة . سنتحدث عن شروط هذا السند كما يلي :

1/ أن يكون السند مكتوبا ورسميا : بمعنى استبعاد الموافقة الضمنية وهو ما أكدته القضاء الإداري في فرنسا¹ . ولقد أوجبت المادة 60 قانون الأملاك الوطنية الحصول على الإذن من قبل السلطة المختصة بالنسبة لجميع الأشخاص بما فيها الأشخاص المعنوية العامة ، ويسري هذا الشرط أيضا على تجديد الرخصة بحيث يكون كتابيا وبشكل رسمي وهو ما نصت المادة الفقرة الثانية من المادة 74 من المرسوم 12-427 بخصوص الرخصة.

2/ الطابع المؤقت للسند : حرص المشرع على النص على هذه الطبيعة بمقتضى المادة 64 من قانون الأملاك الوطنية ، ولقد بين المرسوم 12-427 في مادته 72 فقرة 05 بأن تحديد مدة الرخصة يتم بحسب طبيعة النشاط والمنشآت المرخص بها وأهمية الاستثمارات ومدة إهلاكها . وكذلك بالنسبة لعقد الامتياز التي أكدت حياله المادة 76 من نفس المرسوم هذه الطبيعة وبينت المادة 75 فقرة 03 من نفس المرسوم له مدة 65 سنة.

¹ CE, 21 mars 2003, *SIPPEREC*, n°189191

3/ أن يخول السند بناء منشآت: وهو ما يصدق على رخصة الطريق وعقد الامتياز. فبالنسبة للرخصة فلقد وضع المرسوم التنفيذي 12-427 بأنه " عندما تنص رخصة الشغل الخاص على إنجاز المنشآت والبنائات والتجهيزات (...) فلصاحب هذه الرخصة ، مالم ينص السند على خلاف ذلك حق عيني على العقارات التي تم إنجازها" أما رخصة الوقوف فلا تنطبق عليها خاصية الشغل المستقر والملتحم بالأملاك العمومية¹ وبالتالي لا يمكن أن تنشئ أي حقوق عينية .

4/ أن يصدر الترخيص من قبل السلطات المختصة وهي كما حددها المرسوم السالف الذكر كما يلي :
تسلم السلطة المكلفة بتسيير الأملاك العمومية رئيس المجلس الشعبي البلدي –الوالي بقرار إذا كانت تسيير مرفق الأملاك العمومية المعني لا تتولاه سلطة إدارية أخرى .

وتسلم من قبل الوزير المكلف بتسيير مرفق الملك العام المعني بناء على تقرير من الوالي المختص إقليميا عندما يكون سند الشغل الخاص بالأملاك العمومية التابعة لها منشئا للحقوق عينية. وكذلك الأمر عندما تكون الاشغال المراد إنجازها و/أو النشاط المرخص به يشمل إقليم عدة ولايات .

ب/ تحديد وظيفة الحقوق العينية

لم تحدد المادة 69 مكرر وجهة معينة للأملاك العامة العقارية التي يستفيد من إنجازها من الحقوق العينية، فاشتطت فقط أن تكون الممتلكات العقارية المنجزة تتعلق بممارسة النشاط المرخص بموجب السند . ولكن بالرجوع الى المرسوم التنفيذي 12—427 فإننا نجده قد حدد طبيعة الاستثمارات كما يلي :

1/ بخصوص الرخصة أو كما يسميه المرسوم بالعقد الإداري الأحادي الطرف فإن المادة 72 فقرة 03 من المرسوم السالف الذكر استلزمت لاستفادة من الحق العيني أن يكون أنجاز المنشآت والبنائات (...) على مرفقات الأملاك وطنية الموجهة للجمهور المستعمل " ويبدو هذا الشرط أكثر وضوحا في النسخة الفرنسية للمرسوم 12-427² وبذلك يكون المرسوم قد حدد وظيفة معينة للشغل الخاص المنشأ للحقوق العينية بموجب أسلوب الرخصة وهي إنشاء ممتلكات يستخدمها الجمهور أو أنها تساهم في المنفعة العامة .

2/ وكذلك الأمر بالنسبة للعقد الامتياز فإن المادة 75 المرسوم 12-427 (فقرتين 04 و05) قد حددت وظيفته وهي استغلال المرفق أو تحقيق المنفعة العامة .

¹ النوعي محمد ، النظام القانوني للأملاك الوطنية العمومية في التشريع الجزائري ، أطروحة دكتوراة علوم في الحقوق ، جامعة محمد خيضر ، 2017-2018 ، ص 236 .

² Lorsque cette autorisation d'occupation privative prévoit la réalisation sur la dépendance domaniale d'ouvrages (...) destinés au public usagers ou à une mission d'intérêt général »
يمكن ترجمة النص أعلاه بأنه عندما ينص ترخيص الشغل الخاص على إنشاء بنائات (...) مخصصة لاستخدام الجمهور أو الى ال منفعة العامة. وبذلك يتضح هدف الأملاك العقارية التي يستفيد صاحبها من الحقوق العينية

وبناء على ما تقدم فإنه يمكن القول بأن تكريس الحقوق العينية يوجه الاستثمارات الخاصة إلى تحقيق المنفعة العامة وتأمين الملكية العمومية من خلال إنجاز بنية تحتية ينتفع بها الجمهور أو تخصص للمرافق العامة .

(ت) أن لا ينص السند على خلاف ذلك

وهذا يعني أن شغل الأملاك العمومية يؤدي بشكل تلقائي إلى إنشاء حقوق عينية مبدئيا، وأن المنع هو الاستثناء وهذا حتى ولو لم يتم النص الصراحة على هذا الإنشاء.

(ث) أن لا ترد الحقوق العينية على بعض الأملاك العمومية الطبيعية

ويتعلق الأمر بالأملاك المنصوص عليها بمقتضى المادة 69 مكرر 5 وهي الأملاك العمومية الطبيعية البحرية - الأملاك العمومية الطبيعية المائية - الأملاك الطبيعية الغابية . والهدف هو حماية هذه الأنواع الثلاثة لاتصالها بحماية البيئة .

المبحث الثاني

التكييف القانوني للحقوق العينية على الأملاك العمومية

إن تكريس المشرع الجزائري لمسألة الحقوق العينية على الأملاك العمومية يثير جدلا حول طبيعتها وموضوعها، وهو ما شهدته القانون الفرنسي. قبل التطرق إلى طبيعة الحقوق العينية فإننا نتساءل أولا على موضوع هذه الحقوق فهل تنصرف فقط إلى المنشآت والبنائات والتجهيزات ذات الطابع العقاري أم تمتد إلى السطح أو المساحة العقارية التي تستند إليها هذا الأخيرة " المطلب الأول" ثم نبحث عن طبيعة هذه الحقوق العينية "المطلب الثاني".

المطلب الأول: نطاق الحقوق العينية على الأملاك العمومية

اختلف الفقه حول نطاق الحقوق العينية وذلك بسبب عدم دقة النصوص القانونية وانقسموا بشأن ذلك إلى فريقين.

الفرع الأول: الموقف المضيق لنطاق الحقوق العينية

يستند بعض الفقهاء المنكرين لورود الحق العيني على الأملاك العامة على قابلية الفصل بين الممتلكات العقارية والأرضية المقامة عليها ، فالأولى تؤول ملكيتها الى صاحب الشغل الخاص بصريح مضمون المادة 1-34 من قانون أملاك الدولة والتي نصت على أن الحائز لترخيص الشغل الخاص يملك حقا عينيا على المنشآت والبنائات والتجهيزات العقارية ولكن دون الإشارة إلى الوعاء العقاري الذي تقع عليه . يرى الأستاذ LAVIALLE لافيال أن الأمر لا يعدو أن يكون توضيحا للوضعية القانونية للمنشآت المشيدة على الأملاك العامة . وأن الحق العيني الذي يرد على هذه المنشآت ليس بحق الملكية بل فقط يمنح سلطات وامتيازات

المالك وأنه لا ينتمي إلى الحقوق الواردة في القانون المدني بل إلى الفئة الإدارية¹ ، أضف إلى ذلك بأن الطابع المؤبد للملكية لا يمكن أن يتفق مع مثل هذه الحقوق العينية الإدارية المؤقتة .

انتقد هذا الموقف بكونه يجعل من الإصلاح التشريعي مجرد ضجيج بدون فائدة بحيث أنه لم يكن من الضروري إصدار قانون من أجل وضع استثناء على قاعدة عدم جواز التصرف كما فهمت كلاسيكيا ، لأن القضاء قد سبق وأن اقر بملكية المنشآت التي يقيمها صاحب الامتياز خلال مدة شغلها للأملاك العامة². أما الأستاذ غودمي فيرى بأن الحق العيني الوارد على الأملاك المشيدة يتضمن الحق في السطح³ وهو رأي أيضا لا يسلم من النقد لأن العكس هو الصحيح لكون الحق العيني الوارد على الأملاك العامة هو أساس ملكية ما شيد فوق هذه الأخيرة ، وأنه بدونها لا يمكن تفسير التزامات وصلاحيات المالك المنصوص عليها في حق الشاغل ولا حتى الحق العيني الإداري الذي يملكه اتجاه ما يقوم بإنجازه⁴ .

الفرع الثاني : الموقف الموسع لنطاق الحقوق العينية

لقد أكد هذا الفريق ورأسه الأستاذ DELVOLVE ديفولفيه على أنه لا يمكن أن نتصور حق على المنشآت لا يستند على وعاء هو نفسه موضوع حق عيني إداري⁵. ونفس الموقف نجده عند الأستاذ FOULQUIER فولكي بخصوص الإيجار الاحتكاري الإداري الذي يخول للمحتكر بالإضافة إلى الحق العيني على المنشآت التي ينجزها الحق العيني على العين المؤجرة حتى ولو كانت مخصصة للمرفق عام⁶. أما عن موقف القضاء الإداري فإن مجلس الدولة انحاز إلى هذا الموقف الأخير بشكل صريح متبنيا بذلك قراءة واسعة للمادة L 2122-6 في قراره بتاريخ 11 ماي 2016 . نص هذا القرار على أن " الحق العيني الذي يستفيد منه صاحب الشغل الخاص للأملاك الدولة بموجب المادة L 2122-6 من مدونة العامة للأملاك الأشخاص العامة لا يستهدف فقط المنشآت والبنائيات والتجهيزات التي يشيدها بل الوعاء التي تقوم عليه هذه الأخيرة"⁷. ومما يؤكد هذه القراءة بخصوص القانون الجزائري هو نص قانون الأملاك الوطنية في المادة 69 مكرر 02 على أنه يمكن التنازل على الحقوق والمنشآت (...) ذات الطابع العقاري وهو ما يدل على أن الأمر يتعلق بمجموعة من الحقوق العينية العقارية بعضها ينصب على الممتلكات والبعض يتعلق بالملكية العامة ذاتها . ويتعزز هذا

¹ Ch. LAVIALLE, Droit administratif des biens, 1er éd., 1996, op.cit., p. 149

² CE, 8 janv. 1930, Compagnie générale des Eaux, Rec.1930, p.16. V- CE, 1 juillet 1960, ETS Soulat ; danscette affaire, le Conseil d'État a reconnu « l'appropriation privative des installations superficielles d'unembranchement particulier ».

³ Y. GAUDEMET, « Les droits réels sur le domaine public », AJDA, 2006, p. 1094.

⁴ Aurélien CAMUS LE POUVOIR DE GESTION DU DOMAINE PUBLIC, Thèse précitée , p563

⁵ P. DELVOLVE, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques :l'incohérence », préc.

⁶ N. FOULQUIER, Droit administratif des biens, 1er éd., op. cit., 2011, p. 340.

⁷ CE, 11 mai 2016, Association de défense et de protection du littoral du golfe de Fos-sur-Mer et a, n°390118

التفسير بنص المادة 69 مكرر 03 التي أكدت على أن الرهن لا ينصب فقط على الممتلكات العقارية المشيدة بل أيضا على الحقوق ذات الطابع العقاري.

المطلب الثاني: طبيعة الحقوق العينية الواردة على الأملاك العمومية

ثار خلاف فقهي بخصوص تحديد طبيعة الحقوق العينية الواردة على الأملاك العمومية فهل تتعلق بتلك المنصوص عليها في القانون المدني أم هي عبارة عن حقوق عينية إدارية أي أنها ذات طبيعة خاصة. سنتطرق لهذه الطبيعة أولا بخصوص الملكية العامة الأصلية ثم على الأملاك العقارية المشيدة على هذه الأخيرة .

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للحقوق العينية المعترف بها على الملكية العمومية الأصلية

تبين لنا مما تقدم بأن الرأي الراجح في الفقه الفرنسي والمؤيد قضائيا هو اعتبار أن الحق العيني الذي ينصب على الأملاك العامة مستقل عن الحق العيني الوارد على المنشآت المشيدة على هذه الأملاك. بل هو أساس هذا الأخير، ولكن بقي السؤال حول تكييف كل منهما . ليس من السهل أن نكيف حقا عينا إداريا وفقا للحقوق العينية كما وردت في القانون المدني دون أن نضع نصب أعيننا بأن القانون العام حينما اقتبس هذه الحقوق قد طبعها بالسمة الإدارية .

أولا: الحق في الانتفاع كأساس لتكييف الحقوق العينية على الأملاك العمومية

يعرفه فقهاء القانون المدني بأنه الحق في استغلال أشياء يملكها شخص آخر كما يستغلها المالك نفسه ولكن بشرط المحافظة عليها¹ . يؤدي هذا الحق إلى تجزئة حق الملكية بحيث نكون أمام الطرف الأول وهو المالك أو ما كما يسميه الفقه مالك الرقبة ، والطرف الثاني وهو المنتفع . عند إسقاط هذا الحق على الملكية العامة فإن ملكية الإدارة تصبح مجزئة ومقيدة بما انتزع منها من حقي الاستعمال والاستغلال وهو ما يحرمها من كل مظهر مادي واقتصادي للحق في الملكية ولا يبقى لها إلا المظهر القانوني المعنوي ولكن مما يخفف حدة هذا التقييد هو كونه ذو طابع مؤقت وقابل للإلغاء وأنه متوافق مع غرض تخصيص الملك العام وبذلك نحصل على انتفاع إداري وليس انتفاع القانون الخاص . ولو أردنا أن نجد مثيلا لهذا النوع من الانتفاع فإننا نجده في عقود الامتياز المعمول بها في المجال الفلاحي فصاحب الامتياز العضو في المستثمرة يحصل على حق انتفاع دائم بمعنى حقا عينا عقاريا على الأرض وتظل الدولة مالكة للرقبة² . ورغم أن الأمر متعلق هنا بالأملاك عقارية الخاصة للدولة إلا أننا أمام حالة قريبة من الأملاك العامة بما أن الحق الإداري المتمثل في حق الانتفاع يمتزج فيه مفهوم القانون المدني بروح القانون الإداري .

¹ حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي للحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر، بغداد، 1954 ص 320

² القانون رقم 10 - 03 مؤرخ في 15/08/2010 د شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأ، يجد ملاك الخاصة للدولة، ج . ر عدد 46، صادرة بتاريخ 18/08/2010.

ثانيا : الحق في المساطحة كأساس للتكييف الحقوق العينية على الأملاك العمومية

إن الحق في الانتفاع العقاري لا يكفي وحده لتفسير العلاقة القانونية التي تربط بين صاحب الشغل الخاص والملكية العمومية التي يشغلها لكون الحق العيني الذي يتمتع به يمكن أن يتجاوز ما يقتضيه الانتفاع من استعمال واستغلال الى الحق في إقامة منشآت تؤول إليه ملكيتها بشكل تام وهو ما دفع الفقه الى اللجوء الى الحق في المساطحة . يعرف هذا الأخير بأنه الحق العيني العقاري الذي يخول صاحبه أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس على أراضي الغير بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الأرض ويحقق هذا الاتفاق التزامات و حقوق المساطح ¹ . يبدو إذن أن هذا الحق متميز عن الانتفاع لكون هذا الأخير يرد على منشآت قائمة قبل إبرام العقد بينما في المساطحة يقوم المساطح بإنشاء البناء وتملكه وهو عين ما يحدث في الشغل الخاص المنشئ للحق العيني . تنشأ لنا بموجب هذه المساطحة الإدارية علاقتين قانونيتين وهما العلاقة الأولى وهي التي تخص الحق في القرار وهو الذي يمكن صاحب الشغل الخاص (المساطح) الحق في البناء وإقامة المنشآت le droit de construire . أما العلاقة الثانية فهي العلاقة التي تنشأ بعد إقامة المنشآت وهي التي تجعل من المساطح مالكا droit de propriété ² . وعلى غرار ما قلناه بخصوص الحق في الانتفاع الإداري فإن المساطحة أيضا ذات طابع مؤقت وقابل للإلغاء . وبذلك يتوافر لنا النموذج القانوني المناسب الذي يمكننا من تكييف الحقوق العينية الإدارية . فهو ينم عن ذكاء قانوني يهدف إلى صون الملكية العامة ولكن مع تحديدها بشكل مؤقت حتى لا تمتد إلى المنشآت المشيدة على الأملاك العامة وبذلك يعطل قاعدة ارتقاء الملكية accession المعمول بها حتى يتسنا لصاحب الشغل الخاص أن يمارس حق الملكية على المنشآت التي ينشئها .

الفرع الثاني : طبيعة الحق الإداري العيني على الأملاك المشيدة فوق الملكية العامة

تجنب المشرع الفرنسي عند الاعتراف بالحقوق العينية على ما يشيده صاحب الشغل الخاص من أملاك إعطاء تكييف لها حتى يتفادى الحديث عن ملكية خاصة ، إذ أن الأهم هو كان هو البحث عن صيغة للتوفيق بين ضرورة استغلال الأملاك العامة وحمايتها . ولذلك فإن المسالة بقيت مفتوحة على تأويلين قانونيين أساسيين وهما :

¹ حسن علي الذنون، المرجع السابق ، ص 354 .

² يرى الأستاذ J.-P Bertrel بان الحق في المساطحة هو عبارة عن حق مركب يشتمل على هذين الجانبين يرجى الإطلاع على J.-B. BERTEL, « L'accession artificielle immobilière », RTD ,1994, pp 738- 739

أولاً : اعتباره حقا عينيا إداريا أو امتدادا لإدارية الشغل الخاص

وهو رأي العميد هوريو الذي عارض به¹ Otto Mayer أوتو مايير الذي كان يؤيد الملكية الخاصة للمنشآت المقامة على الملكية العامة . وسبب هذا الاعتراض هو طبيعة الملكية الدائمة التي لا تتفق مع الطابع المؤقت للشغل الخاص . وهو نفس الموقف الذي يمكن تبنيه حاليا في ظل التكريس التشريعي في القانون الجزائري للحقوق العينية ، خصوصا وأن المشرع لم ينص على أن لصاحب الشغل الخاص حق ملكية بل اكتفى بالقول بأن لهذا الأخير " صلاحيات وواجبات المالك " . وبذلك قد يكون الحق العيني المقصود من هذا التكريس هو حق عيني إداري مخول لبعض خصائص الملكية .

ثانيا : اعتبار الحق العيني حقا للملكية

مادام الحق في الملكية كما رسمت ملامحه التقليدية في القانون المدني من حيث أنه حق عيني مطلق ومؤبد لا يتناسب مع الأملاك العمومية، ولا يمكن بتاتا أن يفسر لنا طبيعة الحق العيني الوارد على الأملاك العقارية المشيدة على الملكية العامة ، فإنه لا مانع من تصور حق للملكية يتناسب مع الطبيعة المؤقتة للشغل الخاص ، خصوصا وأن بعض فقهاء القانون المدني لا يرون مانعا من إضفاء صفة الملكية الخاصة حتى ولم تكن هذه الأخيرة دائمة² . وهو ما ينطبق على الحق المساطحة في التشريعات التي تأخذ به بحيث يكون المساطح مالكا الأملاك العقارية المشيدة بصفة مؤقتة، أي بحلول الأجل المتفق عليه كما هو الحال في القانون الفرنسي ، أوفي حالة عدم الاستخدام لمدة 30 عاما . ويستطيع المالك رهن هذه الأملاك خلال هذه المدة ، كما يمكن في بعض التشريعات مثل التشريع العراقي³ أن يكون الملك المشيد موضوعا للبيع .

وبناء على ما تقدم فإنه يمكن القول بأن هناك حق للملكية مؤقتة ممنوح لصاحب المنشآت تبقى سارية إلى غاية انتهاءها بحلول الأجل المتفق عليه بمقتضى السند أو بالفسخ . وكذلك الأمر لو أمرت الإدارة بهدم هذه المنشآت وبذلك نكون قد تجاوزنا مشكل الطابع الوقي. أما عن استخدام عبارة صلاحيات وواجبات البعض فهي في نظر البعض مجرد خطأ في صياغة النص⁴ وليس المقصود منها إقصاء صفة المالك ، خصوصا وأن المشرع قد نص على أنه تصبح المنشآت والبنائات والتجهيزات ذات الطابع العقاري ملكا للجماعة العمومية . و معنى ذلك أن الملكية تنتقل من صاحب الشغل الخاص إلى الجماعة العمومية . هذا الموقف هو الذي أيده القضاء الإداري في فرنسا حينما اعتبر قسم المنازعات لدى مجلس الدولة بأن التملك الخاص للمنشآت

¹ Aurélien CAMUS LE POUVOIR DE GESTION DU DOMAINE PUBLIC, Thèse pour le doctorat en droit public, UNIVERSITE PARIS OUEST NANTERRE LA DEFENSE, 2013 , P 556

² Sur ce point, V. BONNET, « La durée de la propriété », *RRJ*, 2002, I, p. 273.

الدكتور حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الأصلية ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدد
³ ببغداد ، 1954 ص 354

⁴ Aurélien CAMUS, Pouvoir de gestion, le pouvoir de gestion du domaine public , thèse de doctorat UNIVERSITE PARIS OUEST NANTERRE LA DEFENSE 28/ 10/2013 p p 557

السطحية المنشأة من قبل صاحب الترخيص بالشغل الخاص المؤقت للأملاك العامة لا يتعارض مع قاعدة عدم جواز التصرف¹.

المبحث الثالث

آليات تمويل الاستثمار الخاص في ظل تكريس الحقوق العينية

لم يكن تكريس الحقوق العينية سواء في القانون الفرنسي أو الجزائري هدفا في حد ذاته بل اعتبر آلية لجلب الاستثمار الخاص من أجل تأمين الأملاك العمومية. سنتطرق على آفاق هذا التمويل من خلال التطرق إلى رهن الحقوق العينية العقارية كآلية أساسية للتمويل "المطلب الأول" ثم الاعتماد الإجاري "المطلب الثاني".

المطلب الأول : الرهن كآلية لتأمين الأملاك العامة العقارية

سنتعرض للشروط التي يستلزمها اللجوء إلى الرهن الرسمي من أجل حصول صاحب الشغل الخاص للأملاك العمومية المنشئ للحقوق العينية "الفرع الأول" والنظام التعويضي في حالة الإنهاء المسبق للسند الشغل الخاص "الفرع الثاني" نظرا لما يمثله من ضمان للمستثمرين ودائتهم .

الفرع الأول : ضوابط اللجوء إلى الرهن الرسمي

بالإضافة إلى الشروط التي تحدثنا عنها بخصوص قيام الحقوق العينية فإن هناك شروطا أخرى قررت من أجل رهن هذه الحقوق ومن ثم حصول صاحب السند الخاص على التمويل.

أولا : هدف الرهن : بحيث لا يلجا إليه إلا بخصوص ضمان القروض التي يتحصل عليها صاحب الرخصة من أجل تمويل انجاز أو تعديل أو توسيع الأملاك الواقعة على ملحق الملك العمومي المشغول وهو ما يحول دون انحراف عملية التمويل إلى نشاطات أخرى لا صلة لها بالأملاك العامة .

ثانيا : موضوع الرهن : ينصب الرهن على الحقوق والممتلكات العقارية التي أنجزها صاحب الشغل الخاص أما الممتلكات الأخرى فلا يمكن رهنها .

ثانيا : الطابع المؤقت للرهن : تنتهي صلاحية الرهن بانتهاء مدة سند الشغل وهي مدة 65 سنة المحددة بموجب المادة 69 مكرر أو بإنهاء من قبل الإدارة قبل حلول الأجل . وهي حالة يمكن أن نلحقها بحالة الهلاك الكلي للعقار المرهون ولكن هنا لا يتعلق الأمر بالهلاك المادي بل بهلاك قانوني وهي حالة مماثلة لحالة نزع الملكية وبذلك ينتقل حق الدائنين المرتهنين إلى التعويض² .

ثالثا : تقرير الحق في التعويض في حالة الإنهاء المسبق للشغل الخاص : وهو ما يعتبر ضمنا للدائنين المرتهنين في حالة سحب رخصة قبل الأجل المنصوص عليه في المادة 69 مكرر بسبب آخر غير عدم الوفاء

¹ CE, 21 avril 1997, *Ministre du budget c/ Sté Sagifa* : DA, 1997, comm. 316, Ch. Lavialle

² عليوان راضية ، حق الإنتفاع العيني العقاري في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 2000 ، 2001 ، ص 130 .

ببنود وشروط الرخصة . يتم التعويض عن الضرر المباشر المادي والأكيد الناشئ عن النزاع المسبق للحيازة . ويسري هذا التعويض بالنسبة للرخصة والامتياز

ففي هذه الحالة تنقل حقوق الدائنين المسجلين بصفة قانونية عند تاريخ السحب المسبق للرخصة على حساب هذا التعويض . ولكن في حالة الإنهاء لعدم احترام البنود والالتزامات فإن المشرع قد أعطى الدائنين المقيدين بصفة قانونية الحق بعد إعدائهم شهرين قبل التبليغ من اقتراح شخص آخر لاستبدال صاحب الحق المقصر

رغم أهمية الأحكام التي نص عليها القانون الجزائري لتدعيم حق الدائنين حيال الضمان الخاص وهو الحقوق العينية العقارية على الأملاك العمومية إلا أن هناك نقطة ضعف تعتبرها وهي الطابع المؤقت والقابل للإلغاء بحيث لا يبق في يد الدائنين المرتبطين سوى التعويض .

الفرع الثاني: النظام التعويضي في حالة الإلغاء أو الإنهاء المسبق

إن الشغل الخاص المنشئ للحقوق العينية يرتب الحق في التعويض كمبدأ أساسي وهو ما ينهي التمييز بين حالة الرخصة والعقد . لقد وضع المشرع بمقتضى المادة 69 مكرر 04 من القانون 90-30 إطارا موحدًا للتعويض أما التمييز الذي أتى به المرسوم التنفيذي رقم 12-427 فهو يخص الشغل الخاص الغير منشأ للحقوق العينية . سنتطرق الى شروط التعويض .

أولاً : تقرير التعويض كمبدأ عام

يلاحظ بأن المشرع قد تولى بموجب 69 مكرر 04 عن التمييز فيما يتعلق بالتعويض عن السحب المسبق للسند الشغل الخاص المنشأ للحقوق العينية بين الرخصة والعقد المعمول به في القضاء الإداري¹ . لقد وضعت هذه المادة مبدأ عاماً للتعويض عن سحب الرخصة بغض النظر عن طبيعتها ، وحتى ولو لم يتم النص عليها. نصت المادة 69 مكرر 04 على أنه في حالة السحب "قبل الأجل المنصوص عليه بسبب آخر غير عدم الوفاء ببنود وشروط الرخصة ، يتم تعويض صاحب الرخصة عن الضرر المادي والأكيد الناشئ عن النزاع المسبق للحيازة". وأضافت أنه يتم تحديد قواعد التعويض بموجب سند الشغل.

ثانياً : شروط التعويض

أ/ أن لا يتم السحب بسبب آخر غير عدم الوفاء ببنود وشروط الرخصة: ومعنى ذلك أن يقوم المعني بالوفاء بجميع التزاماته مثل دفع الإتاوة المستحقة وغيرها من الالتزامات التي يوجبها الشغل الخاص، وفي الحالة المعاكسة فإنه يفقد الحق في التعويض إذا ما تم سحب الرخصة . ويرجع الأمر إلى القاضي في حالة النزاع

¹ CE, 31 mars 2014, Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var, n°361079. V- CE, 14 novembre 1957, Boulay, AJDA, 1957, p.456.

لمعرفة ما إذا كان التقصير الصادر من صاحب الشغل الخاص يبرر قرار السحب أم أن قرار الإدارة تعسفي يستوجب الإلغاء¹.

ب/ يشترط أن يكون الضرر مباشرا أكيدا وماديا: لقد أوضح القضاء الإداري الفرنسي في قضية Société Jonathan Loisirs مدلول شروط الضرر المستوجب للتعويض بحيث تكون له الصفة الأكيدة والمباشرة مثل فقد الأرباح المتعلقة بالشغل الخاص بشكل متوافق مع مقتضيات السند ، والخسائر التي تكبدها صاحب الشغل الخاص والتي كان يمكن تغطيتها خلال فترة هذا الشغل .وبذلك فإن التعويض يغطي المصاريف التي ثم إنفاقها *damnum emergens* وفقد الأرباح معا² . أما عن الصفة المادية للضرر فهي تعني بكل بساطة عدم التعويض عن الضرر المعنوي .

المطلب الثاني : الإعتماد الإيجاري كآلية لتأمين الأملاك العامة

بالإضافة إلى تكريس الرهن الرسمي فإن المشرع الفرنسي كرس أيضا إمكانية الاعتماد الإيجاري لتمويل الأملاك العمومية العقارية المشيدة من قبل صلب الشغل الخاص . أما بخصوص موقف المشرع الجزائري حيال هذه الآلية فهو غير صريح .

الفرع الأول: التكريس الصريح للاعتماد الإيجاري في القانون الفرنسي

يرجع أصل هذه التقنية التعاقدية إلى انجلترا ومن ثم انتقلت إلى النظم القانونية الأخرى ومنها إلى القانونين الفرنسي والجزائري³ يتعلق الأمر باتفاق تقوم بموجبه شركة متخصصة بتأجير تجهيزات عقارية أو منقولة للمؤسسة أخرى ويكون الاتفاق مقترنا بوعده بالبيع . وعليه فإن شركة البيع بالإيجار هي التي تقوم بتمويل الشراء أما المؤسسة المستأجرة فتقوم بدفع الإيجار ، وتكون لها إمكانية التملك لاحقا . عندما نسقط هذا التعريف على مجال الأملاك العامة فإن صاحب الشغل الخاص يقوم بالتنازل عن حقه العيني وبذلك يتحول إلى المستأجر المقترض *crédit preneur* وبفضل القرض الذي يقدم له فإنه يستطيع بناء منشآت المحددة بموجب السند ، ولكن ملكيتها تكون من قبل المقرض ويتم الوفاء بالقرض من خلال أقساط الإيجار التي يقدمها صاحب السند مقابل استغلال المنشآت⁴ . وبذلك يمثل هذا العقد أسلوبا جديا متطورا لتمويل المنشآت المنجزة على الملكية العامة .

¹ CE, 4 mars 1991, Département de la Haute-Loire, n°81446.

² Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Economica, 1989, p306-303

³ الامر 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بالاعتماد الإيجاري لجريدة الرسمية، العدد 3 ، لسنة 1996.

⁴ FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens*, LexisNexis, 2011, p. 335.

لقد تبنى المشرع الفرنسي صراحة هذه التقنية بعد الاعتراف بالحقوق العينية بمقتضى قانون 25 جويلية 1994¹. وأصبح قانون أملاك الدولة ينص على إمكانية استخدام الاعتماد الإيجاري لتمويل منشآت صاحب سند الشغل الخاص، وكذلك بالنسبة للهيئات الخاصة التي تمارس عليها الدولة أو مسير الأملاك سلطة التقرير شريطة الحصول على ترخيص من قبل الدولة. و أعيد تكريس الإعتماد الإيجاري في ظل المدونة العامة للأملاك الأشخاص المعنوية العامة بالنسبة للدولة² ومن خلال المدونة العامة للجماعات الإقليمية بالنسبة لهذه الأخيرة³. ولقد اشترط المشرع الفرنسي بخصوص الاعتماد الإيجاري الواقع على التجهيزات المنشأة على أملاك العامة التابعة للدولة ثلاثة قيود وهي : - وضع بنود تضمن التزامات المتعلقة بالمرفق العام عندما يتعلق الأمر "بتمويل المنشآت و (...) الضرورية لاستمرارية المرفق العام" - موافقة الدولة بالنسبة للهيئات الخاصة التي تمارس عليها الدولة أو المؤسسات المسيرة للأملاك سلطة في القرار أو التسيير - أما القيد الأخير وهو إمكانية رفض الموافقة السالفة إذا كانت العملية قد تترجم بالزيادة في أعباء أو تقليص في موارد الدولة. أما بالنسبة للجماعات الإقليمية فقط وضع بنود تحافظ على متطلبات المرفق العام وذلك سواء تعلق الأمر بالإيجار الحكري أو بالشغل الخاص للأملاك العمومية.

ولقد أتيحت آلية الإعتماد الإيجاري حتى بالنسبة للمرافق السيادية بمقتضى قانون 29 أوت 2002⁴ الذي أجاز للدولة أن تمنح للأشخاص معنوية عامة أو خاصة سند شغل خاص وتبرم عقد إيجار معها تلتزم بمقتضاه أن تنشأ مباني ضرورية لمرفق العدالة أو البوليس أو وزارة الدفاع، ويكون العقد متضمنا بند للبيع المسبق لصالح الدولة.

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من آلية الاعتماد الإيجاري

لم يتم النص بشكل صريح على هذه الآلية في القانون الجزائري، ولكن هذا لا يعني أن اللجوء إليها غير مشروع مادام القانون 30-90 المعدل والمتمم ينص على إمكانية التنازل عن الحقوق والمنشآت والبنائات والتجهيزات ذات الطابع العقاري أو تحويلها في إطار نقل الملكية بين الأحياء أو اندماج أو إدماج أو انفصال شركات. ولم يشترط قانون الأملاك الوطنية سوى ثلاثة شروط لذلك وهي : - أن يتم التنازل والتحويل بالنسبة للمدة صلاحية السند المتبقية - أن يتم الترخيص من قبل السلطة المختصة - وأن يكون الاستعمال موافقا للتخصيص الملك العمومي المشغول. ففي ظل هذه إمكانية فإن صاحب الشغل الخاص يمكن أن يلجأ إلى بنك أو مؤسسة مالية من أجل الحصول على تمويل مقابل التنازل عن حقه العيني على الممتلكات

¹ Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public : JO, 26 juill. 1994

² L'article L. 2122-13 du CGPPP

³ L'article L. 1311-5 du CGCT

⁴ Loi du 29 août 2002, loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, n°2002-1094, JO 30 août 2002, p. 14398.

العقارية المراد إنشاؤها ، وهو عين البيع بالإيجار ويقوم بدفع مبالغ الإيجار مع وضع الشرط للتملك بعد نهاية الأجل . نجد إذن في هذه الوضعية القانونية ثلاثة أطراف وهي السلطة المالكة أو المسيرة للأملاك العمومية ، والطرف الثاني صاحب الشغل الخاص وهو المستأجر المقترض أما الطرف الثالث فهو المؤسسة المالية أو البنك.

خاتمة:

اتضح لنا بشكل جلي بأن الاعتراف بالحقوق العينية كأداة للتوفيق بين صون مبدأ عدم جواز التصرف في الأملاك العمومية وضرورة تثمينها قد تم وفق نظام قانوني مركب تمتاز فيه قواعد القانون العام بقواعد القانون الخاص . ولقد تصدى الفقه والقضاء لحل الإشكالات التي تثيرها الحقوق العينية سواء فيما يتعلق بموضوعها أو طبيعتها . ولكن رغم أهمية الجهد التشريعي الذي بذل في القانونين الفرنسي والجزائري إلا أنه مازال النظام القانوني للملكية العامة وخصوصا في القانون الجزائري تشوبه عدة نقائص تعيق التثمين الفعلي للأملاك العمومية وهي تتمثل فيما يلي :

عدم تقييد سلطة الإدارة في الإنهاء المسبق للسند بتحديد حالات هذا الإنهاء على سبيل الحصر وهو ما من شأنه إضعاف المركز القانوني لأصحاب الشغل الخاص المنشئ للحقوق العينية .

- عدم وضوح طبيعة الحق العيني الوارد على الأملاك العامة من حيث كونه حق مساطحة وليس مجرد حق انتفاع ، وهو ما لا يؤكد حق الشخص في تملك المنشآت التي يقيمها على هذه الأملاك .

- غياب التكريس الصريح للاعتماد الإيجاري على غرار القانون الفرنسي من أجل فرص أكبر لتمويل المشاريع العقارية على الأملاك العمومية .

- عدم تبني المشرع الجزائري إطارا قانونيا للشراكة بين القطاعين العام والخاص ، وهو ما لا يدعم تثمين الأملاك العامة العقارية بحيث لا تستطيع الإدارة أن تتصدى لمشاريع البنية التحتية دون أن ترهق ماليا الخزينة العمومية . وعدم إدراج المشرع الجزائري في التشريع الخاص بالجماعات المحلية أحكام قانونية تخص أعمال الحقوق العينية في إطار عقود شراكة بين القطاعين العام والخاص.

قائمة المصادر والمراجع :

أولا) النصوص القانونية

الأمر رقم 68 - 653 لمؤرخ في 30 ديسمبر 1968 المتعلق بالتسيير الذاتي في الفلاحة ، جريدة الرسمية رقم 15 ، لسنة 1969.

الأمر 71—73 المتعلق بالثورة الزراعية المؤرخ في 14 نوفمبر 1971 الجريدة الرسمية ، 1971
القانون رقم 84 -16 المؤرخ في 30 يونيو 1984 يتعلق بالأموال الوطنية ، الجريدة الرسمية عدد 27 المؤرخة في 03 يوليو 1984 .

القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 ، المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، الجريدة الرسمية عدد 52 المؤرخة في 1990 ، المعدل والمتمم بموجب القانون 08 -14 المؤرخ في 20 ماي 2008 ، الجريدة الرسمية عدد 69 المؤرخة في 2008.

القانون رقم 10 -03 مؤرخ في 15/08/2010 د شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج . ر عدد 46 ، صادرة بتاريخ 18/08/2010.

المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012 يحدد شروط وكيفيات تسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 19 ديسمبر 2012 .

Décret n 62-03 du 23 octobre 1962 portant réglementation des transactions, ventes locations ,affermages amodiations de biens mobiliers et immobiliers ,JORA 1962

Loi du 5 janvier 1988 relative à l'amélioration de la décentralisation, n°88-13, JO du 6 janvier 1988

Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative au droits réels sur le domaine public : JO, 26 juill. 1994

Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure

ثانيا) القرارات القضائية :

CE 25 mai 1906 Min. Comm. c/ Chemins de fer d'Orléans et note sous CE 7 février 1913 Mure

CE, 6 mai 1985, Association Eurolat-Crédit Foncier de France

Cass civ 1^{er} ,3 mai 1988 ,Concorts Renault C/EDF ,AJDA .1988 .

CE 11 fév 1994 .,Cie d'assurances La préservatrice foncière ,cah .jur .élec .gaz .1994

CE .Avis 16 juin 1994 .EDCE 1994

CE, 21 mars 2003, *SIPPEREC*, n°189191 .

ثالثا) الكتب :

إبراهيم عبد العزيز شيجا ، الأموال العامة . منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة 2006 ،

حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي الحقوق العينية الأصلية ، شركة الرابطة للطبع والنشر ، بغداد ، 1954 .

CHAPUS ,René - Droit administratif général, Montchrestien, 3e éd., 1988 .

DENOYER Jean-François L'Exploitation du domaine public, LGDJ, 1969

DUGUIT ,Léon - Traité de droit constitutionnel, De Boccard, 2e éd., 1923

FOULQUIER (N.), Droit administratif des biens, LexisNexis, 2011

GAUDEMET (Y.), *Droit administratif des biens*, t. II, 14e éd., LGDJ, 2011

HAURIOU (M) - Précis de droit administratif, Larose, 8e ed., 1913 .

LAUBADERE André Yves Gaudemet, Traité du droit administratif ,T2

,LGDJ ,1998

PROUDHON J - Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés .
domaine public, t. 1, Victor Lagier, 1833

رابعاً) المذكرات والأطروحات :

النوعي محمد ، النظام القانوني للأملاك الوطنية العمومية في التشريع الجزائري ، أطروحة دكتوراة علوم في الحقوق ،
جامعة محمد خيضر ، 2017-2018 .

عليوان راضية ، حق الإنتفاع العيني العقاري في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 2000 ، 2001 .

CAMUS Aurélien , le pouvoir de gestion du domaine public, Thèse pour le doctorat
en droit public, UNIVERSITE PARIS OUEST NANTERRE LA DEFENSE, 2013 .

SAUGEZ Helene, L'affectation des biens à l'utilité publique : Contribution à la théorie
générale du domaine public , Thèse de doctorat en droit public soutenue le 1^{er} juin
2012 , université d'Orléan

TAFOTIE YOUMSI Nimrod Roger, BUILD, OPERATE AND TRANSFERE , thèse
de doctorat en droit soutenue le 06/01/2012 .

خامساً) المقالات :

. UBAUD-BERGERON M, « Les contradictions du régime du financement privé des
ouvrages domaine public de l'Etat », AJDA, 2003 .

BERTHEL .J.-B, « L'accession artificielle immobilière », RTD , 1994

GAUDEMET . GAUDEMET.Y « Les droits réels sur le domaine public », AJDA,
2006

RICHER Laurent , les cent ans de la théorie des droit réels Colloque Contrats et
propriété publics-Montpellier- 28-29 avril 2011 .