

تثمين الأملاك العمومية العقارية في إطار عقود الإمتياز

*The Valuation of Public Real Estate Properties
Under Concession Contracts*

أ/ سليم سيهوب، أستاذ مساعد أ، جامعة ابن خلدون تيارت - الجزائر
seihoubsalim@yahoo.fr

تاريخ القبول: 2019/01/04

تاريخ الإرسال: 2018/12/15

الملخص:

إن عقود إمتياز الأملاك العمومية تعتبر آلية في غاية الأهمية من أجل تثمين الأملاك العامة العقارية. ذلك أنها تكفل المحافظة على تخصيص هذه الأملاك لتحقيق المصلحة العامة لكونها لا تخرج عن خصائص الشغل الخاص للملكية العمومية. وهي تمثل فرصة هامة للإدارة لتمويل مشاريع البنية التحتية بالإعتماد على تمويل خاص بدل إنهاك التمويل العمومي. وهي أيضا تمنح ضمانات للمستثمرين من أجل الدخول في شراكة مع القطاع العام، وعلى رأس هذه الضمانات الاعتراف بحقوق عينية على المنشآت والتجهيزات التي يقوم صاحب الإمتياز بإنجازها.

الكلمات المفتاحية:

عقد الامتياز، الاملاك العمومية العقارية، الشغل الخاص للأملاك العمومية، الاستثمار.

Résumé :

Les contrats de concession relatifs au domaine public présentent un intérêt indéniable pour la valorisation domaine public foncier. Ils permettent le respect de l'affectation de ces biens à l'intérêt public, puisqu'ils obéissent aux règles de l'occupation privative du domaine public . En outre, le recours à ces contrats constitue une alternative au financement public des infrastructures. Ces contrats présentent en effet des garanties pour l'investissement privé, afin de construire un partenariat public privé .A la tête de ces garanties, il y a la reconnaissance au profit du concessionnaire d'un droit réel sur les ouvrages qu'il réalise sur le domaine public .

Mots-clés :

Contrat de concession, domaine public foncier, l'occupation privative du domaine public, l'investissement.

Abstract:

Concession contracts relating to the public domain are of undeniable interest for the valuation of public real estate. They allow the respect of the assignment of these goods to the public interest, since they obey the rules of private occupation of the public domain. In addition, the use of these contracts is an alternative to public financing of infrastructure. These contracts offer guarantees for private investment, in order to build a public-private partnership. At the head of these guarantees, there is the recognition for the benefit of the concessionaire of a real right over the works he carries out on the public domain.

Keywords:

Concession contracts, public real estate, private occupation of the public domain, investment.

مقدمة :

إن الأملاك العقارية تشكل ثروة اقتصادية هامة بيد الإدارة ،وبالتالي فإنه يستوجب على هذه الأخيرة المحافظة عليها وإدارتها بشكل جيد بما يحقق المصلحة العامة و المردودية الاقتصادية . وفي سبيل هذه الغاية فإن المشرع أمّد الجماعات العمومية بآلية هامة تسمح لها بجلب الإستثمار وتثمين أملاكها العمومية .إن هذه الآلية تتمثل في عقود الإمتياز المنصوص عليها في قانون الأملاك الوطنية 90-30 المعدل والمتمم.

إن استخدام هذا النوع من العقود في التشريع الجزائري جاء كمحاولة للتوفيق بين مبدئين متعارضين ،وهما المحافظة على تسخير الأملاك العمومية العقارية للانتفاع الجمهور مع ضرورة استغلالها اقتصاديا .

حتى نبين كيف أن هذه العقود تمكن الإدارة من هذا التوفيق فإننا سنتطرق تباعا الى مبررات إنفتاح الملكية العمومية أمام لاستثمار الخاص (المبحث الاول) ثم نتطرق الى أهمية عقود الإمتياز كآلية لتثمين الملكية العامة العقارية (المبحث الثاني) وفي الأخير نتطرق الى مسألة الإعتراف بالحقوق عينية لصاحب الإمتياز (المبحث الثالث) .

المبحث الأول: مبررات انفتاح الملكية العمومية امام الاستثمار الخاص

لقد أدى تبني مبدأ تثمين الأملاك العمومية الى ضرورة إشراك الخواص في إستغلال الملكية العامة العقارية (المطلب الاول)، وبالإضافة إلى ذلك فإن تحرير المرافق العامة الشبكية من هيمنة الإحتكار والقبول بمساهمة الخواص في تسييرها أدى الى إتساع رقعة الإستغلال الخاص للأملاك العامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبدأ تثمين الاملاك العمومية

يقصد بالتثمين هنا إظهار مزايا الأملاك العمومية والإستفادة منها، وهو مبدأ أدرج حديثا في مجال الملكية العمومية، كون هذه الأخيرة هيمنت عليها فكرة المحافظة والحماية ضد تملك الأفراد، و عليه كان ينظر الى الاموال العامة ككيان ميت وعبء على الأشخاص العامة التي تمارس سلطة الضبط عليها، وتقوم بصيانتها من أجل تلبية حاجات الافراد، ولذلك فإنه لم يكن من الطبيعي أن يتم استغلالها اقتصاديا، وهذا على خلاف الأملاك الخاصة¹.

في ظل التحول الذي شهدته الملكية العمومية نتيجة التطورات التشريعية والقضائية فغن السلطات العمومية اصبحت تلتزم بتسيير أموالها العامة العقارية بما يتفق مع تخصيصها المصلحة العامة، ولكن أيضا بما يحقق التسيير الاقتصادي الأمثل .

إن مبدأ التثمين يتفق مع إجتهد قضائي إداري فرنسي يضيفي صفة المصلحة العامة على الأهداف المالية للإدارة . وهو ما يفهم من موقف مجلس الدولة القاضي بشرعية إستناد الإدارة على أهداف ذات طابع مالي او جمالي في إتخاذ قرارها² .

¹ M. THEWEST T TCHEVRIER, La gestion du domaine public ,p6 document téléchargé du site <http://www.droit.lu/wp-content/uploads/Domaine-public.pdf>
تاريخ الإطلاع 2018/11/05 على الساعة 2100

² L'arrêt Société d'Affichage Giraudy du 2 mai 1969 AJDA 1970, p. 110, note André de Laubadère .

ويلاحظ بأن المشرع الجزائري قد تبنى مبدأ تثمين الأملاك العمومية بموجب القانون 90-30 المعدل والمتمم المتعلق بالأملاك الوطنية³، وعبر عنه في المادة 05 منه بقوله « تسير الأملاك الوطنية وتستغل وتستصلح » وعليه فإن الإستصلاح يراد به التثمين. وإذا رجعنا الى النسخة الفرنسية للمادة فإن المفهوم يتضح أكثر حيث عبر عنه بعبارة . « mise en valeur »

ويلاحظ ايضا بأن المادة لم تضع هذه المهمة على عاتق الإدارة وحدها، بل فتحت المجال لتحملها « بموجب رخصة او عقد من قبل أشخاص معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص أو أشخاص طبيعيين » . وعليه يتضح بأن الإقرار بمبدأ تثمين الأملاك العمومية ترافقه إمكانية الإستناد على الشراكة مع الخواص من أجل استغلال هذه الأملاك . وهو ما يؤكد ظهور عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في القانون المقارن، والتي تهدف إلى تطوير البنية التحتية للهياكل العمومية . حيث ظهر هذا النوع من العقود في بريطانيا تحت تسمية المبادرة التمويلية الخاصة « **Private Finance Initiative** » ، وفي القانون الفرنسي من خلال عقود الشراكة.⁴

المطلب الثاني: تحرير المرافق العامة الشبكية

يقصد بالمرافق العامة الشبكية تلك المرافق التي تستند في نشاطها على شبكات مثل المياه والكهرباء والغاز والنقل بالسكك الحديدية و التي تنتمي الى الاملاك الوطنية العمومية . إن ميزة هذه المرافق هو وجود الإحتكار الطبيعي الذي يمنع تعدد الشبكات ، نظرا لعدم إمكانية اقامة الشبكات بتكلفة إقتصادية معقولة، وبالتالي فإن الحل قد يكمن في بعض الحالات في السماح

³ القانون 14-08 المؤرخ في 20 يوليو 2008 ، الجريدة الرسمية عدد44 المؤرخة في 03 غشت 2008 .
⁴ يرجى الرجوع حول الشراكة في القانون المقارن الى :

P.COSSALTER et B. BERTRAND DU MARAIS , « La private Fiance Initiative », Institut de la gestion déléguée , publication Mars 2001 . et l'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Disponible sur le site de <https://www.legifrance.gouv.fr> .
تاريخ الاطلاع 2018/11/15 على الساعة 1700 .

للمتعاملين الاقتصاديين بإستخدامها من أجل الوصول الى الأسواق التنافسية، كما هو الحال بالنسبة للقطاع الكهربائي والغاز وقطاع المواصلات السلكية واللاسلكية .

وفي حالات اخرى، فإن القانون يسمح للمتعاملين الاقتصاديين المتعاقدين مع الادارة إستغلال الهياكل العمومية في إطار عقود تفويض المرفق العام .وبذلك فإن تحرير المرافق العامة تدريجيا في التشريع الجزائري أدى الى انفتاح الملكية العمومية على النشاطات الخاصة ويتجلى ذلك في القطاعات التالية :

-تم فتح قطاع المياه والتطهير على المبادرة الخاصة في سنة 1996 من خلال تعديل قانون رقم 83-17 المتضمن قانون المياه⁵ . وعليه أصبح يمكن إبرام عقد إمتياز المتعلق بأداء خدمة ذات منفعة عمومية مع أشخاص إعتياريين خواص .وبعد صدور قانون 05-12 فإن دور القطاع الخاص في تسيير خدمة المياه والتطهير أصبح يتم في إطار تفويض الخدمة العمومية⁶ . إن عقد التفويض يقتضي بالضرورة إستخدام الأملاك العمومية الاصطناعية للمياه كما حددت في المادة 16 من نفس القانون .

-تم تحرير قطاع البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية بمقتضى القانون 2000-03 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية ، علما أن أحكامه جاءت متميزة عن أحكام قانون الأملاك الوطنية⁷ رغم كون شبكات البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية تعتبر من الأملاك العامة⁸ .ونصت المادة 23 منه على انه « يجوز إنشاء و/أو إستغلال شبكات

⁵ الأمر 96-13 المؤرخ في 15 يونيو 1996 الذي يعدل ويتم القانون رقم 83-17 المؤرخ في 16 يوليو 1983 المتضمن قانون المياه .الجريدة الرسمية العدد37 المؤرخة في 16 يونيو 1996 . " المادة 04"
⁶ المادة 104 من القانون 05-12 المؤرخ في 04 غشت 2005 المتعلق بالمياه ، الجريدة الرسمية العدد 64 المؤرخة في 04 سبتمبر 2005 .

⁷ القانون 2000-03 المؤرخ في 05 غشت 2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية ، الجريدة الرسمية عدد 48 سنة 2000. نصت المادة 03 من هذا القانون على أنه لا تخضع نشاطات البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية للنظام القانوني المطبق على الاملاك العمومية .
⁸ المادة 18 من الدستور الجزائري القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

المواصلات السلوكية واللاسلكية مهما كانت الخدمات المقدمة « ولقد استنتجت المادة من عملية الإستغلال منشآت الدولة المعدة لتلبية حاجات الدفاع الوطني والأمن العمومي .

وفي سنة 2001 صدر قانون 01-13 المتضمن توجيه النقل البري الذي فتح نشاط استغلال وإنجاز السكك الحديدية عن طريق الإمتياز لجميع مؤسسات النقل بالسكك الحديدية الخاضعة للقانون الجزائري، بما فيها الخاصة، وبذلك يكون الإحتكار العمومي قد انتهى رسميا وإن كان من الناحية العملية لم يشهد القطاع دخول أي مؤسسة خاصة .

إن عقد الإمتياز المنصوص عليه في هذا القانون يشمل بحسب نص المادة 22 منه : -
تسيير المنشآت القاعدية للسكك الحديدية- والإستغلال التقني والتجاري لخدمات النقل بالسكك الحديدية للبضائع و/أو المسافرين .وكلا النشاطين يتعلقان بالملكية العمومية .

وبمقتضى القانون 01-2002 فإن النشاطات المتعلقة بإنتاج الكهرباء ونقلها وتوزيعها وتسويقها ونقل الغاز وتوزيعه وتسويقه عن طريق الأنابيب فتحت أمام الأشخاص الطبيعيين، والأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الخاص⁹ . وهنا يجب التمييز بين نشاط توزيع الكهرباء والغاز الذي يتم بمقتضى عقد الإمتياز، وبين النشاطات التي تتم من خلال رخص مثل إنتاج الكهرباء . ففي الحالة الاولى فإن إستغلال المنشآت العمومية يتم بشكل حصري¹⁰ .بينما في الحالة الثانية فإن المنتجين لا يتمتعون سوى بالحق في الوصول إلى شبكات الكهرباء والغاز¹¹ .

⁹ القانون 01-02 المؤرخ في 05 فبراير 2002 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة الأنابيب ن الجريدة الرسمية عدد 08 المؤرخة في 06 فبراير 2002 .

¹⁰ يرجى الرجوع الى المادة 03 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي 08-114 المؤرخ في 09 أبريل 2008 . يحدد كفاءات منح إمتيازات توزيع الكهرباء و الغاز و سحبها، الجريدة الرسمية عدد 20 المؤرخة في 13 أبريل 2008 .

¹¹ نصت المادة 61 من القانون 01-02 مبدأ استخدام الغير لشبكات نقل الكهرباء والغاز وشبكات التوزيع .

المبحث الثاني: مفهوم عقود الامتياز كآلية لتثمين الأملاك العمومية العقارية

إن عقد الإمتياز في إستغلال الأملاك العمومية العقارية يعتبر شغلا تعاقديا للأملاك العامة وعليه فإنه علينا الرجوع الى المبادئ التي تحكم هذا الشغل الخاص (المطلب الاول) وبعده ننتقل إلى تحديد مفهومه طبقا للمادة 64 وعلى ضوء المرسوم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبادئ الشغل الخاص للأملاك العمومية

يعرف الشغل الخاص للأملاك العمومية بأنه الحق المعترف به لشخص معين بأن ينفرد بإستغلال جزء من الأملاك العمومية . إن هذا الإستغلال الحصري يمس بالمبادئ الكبرى للملكية العمومية ،ولذلك فإنه يعتبر إستثنائي، مما يوجب خضوعه الى شروط معينة .وهي استتاده على سند قانوني (الفرع الاول) وأن يكون موافقا لغرض تخصيص الأموال (الفرع الثاني) و يكون مؤقت وقابلا للرجوع فيه (الفرع الثالث) ويتم بمقابل مالي (الفرع الرابع).

الفرع الأول : اشتراط الحصول على سند قانوني

يشترط من أجل الاستفادة من الشغل الخاص للأملاك العمومية حصول الشخص على موافقة صريحة من قبل السلطة المختصة . ذلك أن هذا الأستخدام يؤدي الى إخراج جزء من الأموال العمومية من الإستخدام الجماعي . ولقد أكدت المادة 62 من قانون الأملاك الوطنية على هذا الشرط بقولها "يخضع الإستهعمال الخاص للأملاك العمومية الوطنية (...) للرخصة إدارية مسبقة " وأضافف المادة 63 من نفس القانون على "أنه يكتسي الشغل الخاص إما طابع الرخصة أو الطابع التعاقدية" . إن من شأن هذا الترخيص إخضاع الشاغل إلى التزامات معينة من أجل الحفاظ على الملك العمومي ومراقبته أثناء مدة الاستغلال . وعليه فإن المستغلين الخواص للملكية

العمومية في إطار عقود إمتياز يخضعون للقواعد المنصوص عليها في دفتر الشروط ولرقابة السلطة المانحة ، وبذلك تتمكن هذه الأخيرة من ضمان تحقيق المصلحة العامة.

الفرع الثاني: إنه موافق لغرض تخصيص الاملاك العمومية

حتى ولو تعلق الأمر بإستعمال الأملاك العمومية إستعمالا خاصا، أي أنه ذو طابع إستثنائي فإنه لا ينبغي أن يتناقض مع تخصيص الأملاك . وهو ما عبر عنه قانون الأملاك العمومية 90-30 المعدل والمتمم بقوله " يبقى الشغل الخاص للأملاك الوطنية العمومية المخصصة لإستعمال الجمهور موافقا لغرض تخصيصها حتى إن كان غير مطابق لغرض تخصيص هذه الاموال" . وبناءا على هذا الشرط فإنه يمكن تقسيم الشغل الخاص للأملاك العمومية إلى نوعين . النوع الاول تتوافر فيه صفة المطابقة مع غرض تخصيص الأملاك العمومية المعنية ،وهو ما يضيف عليه الطابع العادي . ولقد تم توضيح مفهوم هذا النوع بموجب المادة 77 من المرسوم التنفيذي 12-427 التي نصت على بعض صوره وهي شغل أماكن الطرق الحضرية - أماكن الاسواق-إمتيازات الأضرحة.

اما النوع الثاني فإنه يكتفي حياله بشرط الموافقة وهو شرط أخف من المطابقة . ولاشك في أن عقود إمتياز الأملاك العمومية يندرج في هذا الإستخدام غير العادي.

الفرع الثالث: الطابع المؤقت وقابل للإلغاء لشغل الخاص

يقتضي هذا الشرط أثرين هامين وهما :

أولاً) إن الشغل الخاص للأملاك العمومية لا يمكن إلا أن يكون مؤقتا ،وهو ما يقتضي تحديد المدة في السند كشرط لمشروعيته . يفرض هذا الشرط نفسه على جميع صور الإستغلال الخاص .فبالنسبة للشغل الخاص غير تعاقدى المتمثل في رخصتي الطريق والوقوف فإن المادة 64 من قانون الأملاك الوطنية نصت على أنهما يمثلان شغلا مؤقتا .وحتى بخصوص الشغل الخاص

العادي فإن المرسوم التنفيذي 12- 427 في المادة 77 منه أكد على الطابع الوقتي ماعدا حالة إمتيازات الأضرحة.

ويسري الطابع المؤقت أيضا على عقود الإمتياز المتعلقة بالأملك العمومية نظرا لوجوب تحديد مدتها كما نص على ذلك قانون الأملك الوطنية في المادة 64 مكرر منه، وأكدته المادة 75 من المرسوم التنفيذي 12-427 حينما حددت المدة ب 65 سنة.

ثانيا : القابلية للإلغاء

بحسب هذه الخاصية فإن الشغل الخاص لا يمكن ان يمثل عائقا أمام حرية الادارة في ادارة أملاكها . بل وان تحديد مدة هذا الشغل في السند القانوني ليس من شأنه حرمان السلطة الادارية من حقها في الانهاء المسبق لهذا السند . وإن كل شرط يهدف الى إستبعاد هذه السلطة يعتبر باطلا¹² .

يستند الإنهاء المسبق على ثلاثة مبررات وهي :

1- على أساس المنفعة العامة ،والذي يعتبر مبررا عاما يمنح السلطة التقديرية للإدارة لإنهاء السندات قبل حلول أجل انتهائها . ولقد نص عليه المشرع بالنسبة للشغل عن طريق العقد الإداري الوحيد الطرف بموجب المادة 70 من المرسوم 12-427 و المادة 76 بخصوص الإستعمال الخاص التعاقدية أي من خلال عقد الإمتياز .

2- من أجل حماية الاملاك العمومية ،إذا ما ظهر للسلطة الادارية تناقض بين الشغل الخاص وغرض الأموال العمومية، ذلك أنه كما سبق الإشارة اليه لابد أن يكون توافق بينهما.

¹² voir Conseil d'Etat , 4 février 1983, Ville de Charleville-Mézières, rec., p. 45 ; CE, 6 mai 1985, Association Eurolat et Crédit Foncier, rec.,p. 141, AJDA 1985, p. 621

3- بسبب إخلال صاحب الشغل الخاص بالتزاماته المنصوص عليها في دفتر الشروط ، وهو سبب قد ذكرته المادة 76 من المرسوم 12-427¹³ بحيث وضحت بأن الأمر يتعلق بإنهاء عن طريق الفسخ ، وهو ما يؤدي إلى حرمان المتعاقد من الحق في التعويض . أما بالنسبة للشغل الغير تعاقدى فإن المادة 74 من نفس المرسوم منحت للسلطة الادارية الحق في إنهاء السند او سحبه لسبب مشروع . إنه من المؤكد بان إخلال الشخص بالتزاماته الواردة في السند يعتبر سببا مشروعاً.

يجب الاشارة إلى أن سلطة الإنهاء المسبق للسند الشغل الخاص ينتج عنها الحق في التعويض في حالات معينة يتعين ذكرها :

بخصوص الشغل الخاص غير التعاقدى ، فإن المرسوم 12-427 أجاز في المادة 74 منه التعويض نتيجة سحب الرخصة شريطة أن يتم السحب لسبب آخر غير القيام بالأشغال العمومية لمنفعة الملك العمومي المشغول او لغرض تجميل الطرق أو تعديل محور الطريق العمومي الموجود أو لكون نفقات الأنابيب الماء والكهرباء والغاز والخطوط الهاتفية تستهلك خلال فترة طويلة نظرا للمدة الرخصة الأصلية.

وأیضا بخصوص الشغل الخاص التعاقدى للأمالك العمومية فإن المرسوم السالف الذكر أجاز في المادة 76 من نفس المرسوم للمتعاقد الحصول على تعويض في حالة الإلغاء قبل حلول الأجل ماعدى حالة عدم احترامه للشروط التعاقدية.

الفرع الرابع: المقابل المالي

إن الإستعمال الجماعي للأمالك العمومية يخضع لمبدأ حرية الإستخدام المنصوص عليها في قانون الأملاك الوطنية ، والذي يقضي بعدم جواز وجود إشتراطات مسبقة ومنها دفع اتاوة،

¹³ المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012 المحدد للشروط وكيفيات غدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة .

وهو بذلك مجاني كما نص على ذلك صراحة قانون الاملاك الوطنية في المادة 62 ، ماعدا بعض الرخص الاستثنائية. على خلافه فغن الشغل الخاص لا يمكن ان يكون مجاني لكونه ذو طابع استثنائي .

جاء النص على هذا الإلتزام بالنسبة لجميع صور الشغل الخاص بما فيها عقد إمتياز الأملاك العمومية .فلقد نص قانون الأملاك الوطنية عليه في المادة 62 بقوله "ويستوجب هذا الإستعمال من المستعمل دفع الاتاوى حسب الشروط التي يحددها القانون."

نخلص في نهاية هذا المطلب إلى أن عقد الإمتياز يخضع للمبادئ التي تحكم الشغل الخاص للأملاك العمومية ، وهو بذلك يمثل أداة آمنة للسلطات العامة من أجل إستغلال الأملاك العمومية العقارية . وبقي لنا أن نتعرف على الميزات التي يوفرها هذا العقد في مجال بناء الهياكل العمومية وإستغلالها وهو ما سنستعرضه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: مميزات عقد امتياز الاملاك العمومية

إن تحديد هذه المميزات يستلزم منا تحديد مفهوم عقد الإمتياز ليس فقط على ضوء قانون الأملاك الوطنية ، بل ايضا في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 . ذلك أن هذا الأخير أسهم بشكل هام في رسم الإطار القانوني لهذا العقد . وعليه سنتطرق إلى مفهوم عقد إمتياز كما جاء في قانون الأملاك الوطنية (الفرع الاول) ثم إلى مفهومه في ظل المرسوم الرئاسي السالف الذكر (الفرع الثاني).

الفرع الاول: مفهوم عقد الإمتياز طبقا للقانون الأملاك الوطنية

كما سبق الاشارة اليه فإن الشغل الخاص للأملاك العمومية يتم إما بموجب رخصة وإما بموجب عقد ، ففي هذه الحالة الأخيرة فإننا نكون أمام عقد امتياز الأملاك العمومية . وإذا رجعنا إلى

المرسوم التنفيذي 12-427 فنجد أنه أكد على الطابع التعاقدى لهذا الأخير¹⁴ ، وهو ما يتفق مع التعريف الفقهي لعقد إمتياز إستغلال الأملاك العمومية في القانون الفرنسي : « إن عقد الإمتياز المتعلق بالأملاك العمومية هو عقد إداري تمنح من خلاله السلطة المانحة رخصة إستخدام الخاص للدومين العام. »¹⁵

إن الطابع التعاقدى لعقد الإمتياز يضيف عليه أهمية كبيرة ،ذلك أنه يترتب عنه تطبيق جزئي لأحكام القانون الخاص ،بالإضافة إلى أحكام القانون الإداري . وعلى هذا الأساس فإن صاحب الإمتياز يتمتع على خلاف صاحب الرخصة بحق عيني ذو طبيعة مدنية في مواجهة السلطة المانحة ، فإذا ما مست به هذه الأخيرة فإنه يترتب عليها الإلتزام بالتعويض¹⁶ . وهو ما نجده في ظل المرسوم 12-427 حينما اقر بحق المتعاقد في التعويض في حالة تغيير الإدارة لعقد الشغل او الغته قبل إنقضاء الأجل ، ماعدا حالة الإخلال بالإلتزامات التعاقدية . وبهذا يتضح بأن عقد الإمتياز يمنح إستقرارا نسبيا للمستغل الخاص بالمقارنة مع الرخصة، وهو مما من شأنه أن يسهم في تشجيع الإستثمار وتطوير شروط الشراكة مع القطاع الخاص لتثمين الأملاك العمومية . وهنا لابد من الإشارة الى أهمية وجود إجراءات تنافسية لإختيار أفضل العروض من أجل منح العقد .

أما عن مضمون عقد الإمتياز فإن المادة 64 مكرر فلقد حددته بما يلي : "حق إستغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي . -أو تمويل أو بناء و/أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة

¹⁴ المادة 75 من المرسوم 12-427 السالف الذكر .

¹⁵ D. Déom, P.-Y. Erneux, D. Lagasse, M. Pâques, *Domaine public, domaine privé, bien des pouvoirs publics – Droit public et Administratif* , Rép. Not.T. XIV, L. VII, éd. 2008, p. 204

¹⁶ Alexandre Ponchaut , *Le point sur les occupations privatives du domaine public* , document téléchargé du site

<http://www.uvcw.be/impressions/toPdf.cfm?urlToPdf=/articles/0,0,0,0,3341.htm>

تاريخ الاطلاع على الموقع 2018/11/12 على الساعة 1100

عمومية لمدة معينة" ، وبإستقراء نص هذه المادة المدرجة بعد تعديل قانون الأملاك الوطنية في 2008 فإننا نخلص الى أن عقد الإمتياز يمكن أن يتخذ عدة صور وهي:

أ/ إستغلال الملك العمومي الطبيعي وهنا تقتصر مهمة صاحب الإمتياز على عملية الإستغلال وحدها بما ان الأمر يتعلق بأملك عمومية طبيعية .

ب/ القيام بتمويل أو بناء منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية مع إستغلالها.

ج/ أما الإقتصار على إستغلال منشأة عمومية لنفس الغرض .

يبدو واضحا من هذه الصور بأن عقد الامتياز يوفر للجماعات العمومية آلية هامة لإقامة منشآت عمومية وتمويلها، وكذلك إستغلالها باللجوء الى الإستثمار الخاص ودون الحاجة إلى تسخير موارد مالية كبيرة. وهذا على عكس اللجوء إلى أسلوب الصفقات العمومية.

ولقد نصت المادة 64 مكرر على أن تغطية تكاليف الإستثمار والتسيير وكسب الأجرة يتم من خلال اتاوة يدفعها مستعملو المنشأة والخدمة.

رغم أهمية الأحكام التي جاء بها تعديل قانون الأملاك الوطنية فإنه لا ينبغي قراءتها بمعزل عن أحكام المرسوم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

الفرع الثاني: عقد الإمتياز في ظل احكام المرسوم 15-247

ظلت عقود تفويض المرفق العام تخضع لنصوص متفرقة حتى صدور المرسوم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹⁷، حيث وضع هذا الأخير الأسس العامة التي تحكم جميع العقود الإدارية المندرجة في إطار تفويض المرفق العام.

¹⁷ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، الجريدة الرسمية عدد 50 المؤرخة في 20 سبتمبر سنة 2015 .

ومن هنا نطرح التساؤل التالي هل يعتبر عقد إمتياز الأملاك العمومية صورة من صور تفويض المرفق العام ؟ ام أن أحكام هذا الأخير لا تشملها؟

للإجابة على هذا التساؤل فإنه يتحتم علينا إعطاء تعريف لعقود تفويض المرفق العام بحسب المادة 082 من المرسوم السالف الذكر: هي عبارة عن إتفاقية يقوم بموجبها شخص معنوي عمومي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العمومي، ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة اساسية من إستغلال المرفق العام . ويمكن أن يعهد إلى المفوض له إنجاز منشآت أو إقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام.

وأضافت المادة 208 من نفس المرسوم بأنه « تصبح كل إستثمارات وممتلكات المرفق العام ملكا للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المعني »

يلاحظ من هذا التعريف بأن عقد التفويض يمكن أن يتعلق بأملك عمومية مسخرة لسير المرفق العام ، وبذلك يلتقي مع مفهوم عقد الإمتياز الوارد في نص المادة 64 مكرر من قانون الأملاك الوطنية . وهما يلتقيان أيضا في كون المقابل المالي الذي يتلقاه المتعاقد يتعلق بالنشاط الذي يقوم به المتعاقد .

إن العلاقة بين تفويض المرفق العام وعقد إمتياز الأملاك العمومية تتضح اكثر إذا ما رجعنا إلى الصور التي يتخذها التفويض بحسب نص المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247:

أ - إمتياز المرفق العام : الذي يلتزم بمقتضاه المفوض له إما بانجاز وإقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام وإستغلاله ، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.

من الواضح بأن الصورة الأولى من الإمتياز تمثل عقد إمتياز أملاك عمومية بمفهوم المادة 64 مكرر من قانون الأملاك الوطنية ،كون تسيير المرفق العام يتم بالإستناد على الملكية

العمومية . إن المفوض اليه يتكفل هنا بالإنجاز واقتناء الممتلكات وإستغلال المرفق بنفسه . ويتلقى المقابل المالي من خلال اتاوى من مستخدمي المرفق .

أما الصورة الثانية للإمتياز المسماة بالإمتياز الخالص فإنها لا ترتبط بالملكية العمومية، وبالتالي فإنها لا تشكل عقد إمتياز أملاك عمومية.

ب/ الإيجار : تتمثل هذه الصورة في تكليف المفوض إليه بمهمة تسيير المرفق وصيانته ،مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها . وعلى خلاف عقد الإمتياز فإن السلطة المفوضة هي التي تتكلف بإقامة المرفق العام ،ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل أتاوى من مستعملي المرفق العام . إن هذه الصورة من التفويض تتفق مع الحالة التي يكون فيها عقد إمتياز الاملاك العمومية مقتصرا على عملية إستغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية .

ج/تتمثل الصورة الثالثة في الوكالة المحفزة وهي تتفق مع الإيجار في كون السلطة المفوضة هي التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وإن المفوض اليه يقوم بعملية التسيير أو التسيير والصيانة، وتختلف معه في كون السلطة المفوضة تحتفظ بعملية الإدارة وأيضا في كون المقابل المالي لا يتلقاه من قبل المستخدمين بل من السلطة المفوضة . ولذلك يمكن القول بأن هذه الصورة من التفويض لا تتفق مع عقد امتياز الاملاك العمومية ، لغياب العلاقة المباشرة مع المستخدمين وإن السلطة المفوضة تظل محتفظة بسلطة الإدارة.

د/ تتمثل الصورة الرابعة في عقد التسيير وهو لا يختلف عن الوكالة المحفزة إلا من حيث التمويل الذي يقتصر على نسبة مئوية من رقم الأعمال و منحة إنتاجية دون حصة من الارباح . نخلص في الأخير بأن عقد إمتياز الأملاك العمومية حينما يتعلق بخدمة عمومية فإنه يشكل تفويضا للمرفق العام ، ويتخذ صورتين أساسيتين وهما عقد إمتياز المرفق العام وعقد الإيجار .

المبحث الثالث : الاعتراف بالحقوق العينية لصاحب الامتياز

لقد تم الاعتراف للصاحب الإمتياز بحقوق عينية على المنشآت العقارية التي ينشئها على الأملاك الوطنية العمومية، وهو ما يعتبر مخالفا للقواعد العامة التي تقوم عليها الملكية العمومية. سنتطرق الى العوائق التي تواجه هذا الاعتراف (المطلب الاول) ثم الى تنظيم هذا الاعتراف من حيث الشروط والآثار التي اقراها المشرع في ظل قانون الأملاك الوطنية من أجل الموازنة بين ضرورة تامين الأملاك العمومية وبين الحفاظ على إستمرارية تسخيرها من أجل المصلحة العامة . (المطلب الثاني) .

المطلب الاول : عوائق الاعتراف

تميزت الوضعية القانونية السابقة للأملاك العامة بوضع نظام قانوني صارم لحمايتها من التملك الخاص ،ولقد تجسدت هذه الحماية من خلال قانون 90-30 المتضمن الأملاك العامة الوطنية بحماية مستمدة من نظرية الدومين العام التي ابتكرها القضاء الإداري الفرنسي و التي تتلخص في خصائص ثلاثة نصت عليها المادة 04 من هذا القانون وهي : عدم القابلية للتصرف - غير قابلة للحجز ولا للتقادم .

إن أول خاصية تتمثل في عدم جواز التصرف في جميع الأموال العامة سواء منقولة او عقارية ، فلو أن الإدارة تصرفت فيها فإن تصرفها يعتبر باطلا وغير نافذ و يعتبر من قبيل التصرفات المحظورة ترتيب حقوق عينية على الأموال العامة ،فكما يرى الفقيه روني شابيو فإن منح الأفراد حقوق عينية على الدومين العام مثل حقوق usufruit او إرتفاقات يعتبر بمثابة تنازل جزئي عن الملك العمومي ، وهو نفس الموقف الذي اتجه اليه القضاء الإداري الفرنسي بحيث قرر في قضية « ass eurost credit foncier de France » بتاريخ 1985/05/06

بطلان الاتفاقية المتضمنة لشرط مانح لحق عيني على بناء تابع للشخص عام ومتعلق بمرفق عام¹⁸.

ويتمثل الشرط الثاني في عدم جواز تملك الأملاك العامة بالتقادم وهو يأتي في الحقيقة كنتيجة للقاعدة السابقة، وهي عدم جواز التصرف بالمال ذلك أنه من غير المنطقي أن المال الذي لا يقبل التصرفات الناقلة للملكية بإرادة الإدارة يسمح باكتسابها عن طريق التقادم. إن مثل هذه الخاصية تعتبر من أهم الوسائل القانونية لحماية الأموال العامة ضد الطامعين الذين يريدون تملكها وفقا لقواعد الحيازة وبعد مرور مدة التقادم.

أما الشرط الثالث فهو عدم قابلية الأموال للحجز عليها مادام المال عاما وهو ما يعتبر جد منطقي، ذلك أنه من باب أولى إذا كان المال غير قابل للتصرف فيه أو بيعه اختياريا أن لا يتم تملكه من خلال التنفيذ الجبري، ويترتب عن ذلك عدم جواز ترتيب حقوق عينية تبعية عليه كحق الرهن لما يترتب عن ذلك من حق الدائنين في إستيفاء ديونهم من المال المرهون.

بناء على هذه الحماية المفرطة التي توفرها هذه القواعد للملكية العمومية، فإنه يصعب تصور إقرار فكرة الحقوق العينية التي يمكن أن تؤدي إلى تجزئة الاموال العامة وتغيير وجهتها . ورغم ذلك فإن إصلاح النظام القانوني للأملاك الوطنية الذي جاء به المشرع في سنة 2008 قد اعترف بشكل صريح بهذه الحقوق .

المطلب الثاني تنظيم مسألة الاعتراف بالحقوق العينية

إعترف المشرع في المادة 69 مكرر من القانون 90-30 المعدل والمتمم بشكل واضح بحق « صاحب رخصة الشغل الخاص للأملاك العمومية بموجب عقد أو إتفاقية من أي نوع ،ما

¹⁸ Martin Lombard , La constitution de droits réels sur le domaine public, expression d'un compromis ambigu entre protection et valorisation des propriétés publiques, Recueil Dalloz, année 1994 , p183

لم ينص القانون على خلاف ذلك حق عيني على المنشآت والبنائيات والتجهيزات ذات الطابع العقاري التي ينجزها من أجل ممارسة نشاط مرخص له بموجب هذا السند «وعليه فان صاحب الإمتياز يتمتع بهذا الحق ولكن من الضروري أن نبين التأطير القانوني الذي وضعه المشرع لهذه المسألة من حيث شروط إنشاء هذا الحق (الفرع الاول) والآثار المترتبة عنه (الفرع الثاني) .

الفرع الاول: شروط الإعتراف بالحقوق العينية

باستقراء المواد 69 مكرر إلى 69 مكرر 05 فإنه يمكن إستخلاص الشروط المتعلقة بإنشاء هذه الحقوق .

(اولا) عدم نص عقد الإمتياز على حرمان صاحب الإمتياز من هذه الحقوق ، وعليه فإن السلطة الإدارية لها صلاحية التقدير في إدراج بند يتضمن هذا الحرمان .

(ثانيا) في حالة كون التجهيزات والمنشآت ذات الطبع العقاري ضرورية لأجل إستمرار الخدمة العمومية التي خصص لأجلها الملك العمومي المعني، فإن إنشاء الحقوق العينية مرهون بقرار يصدر حسب الجماعة العمومية التي يتبع لها ملحق الملك العمومي إما الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي .

(ثالثا) إن مدة الإستفادة من الحقوق العينية لا يبغى أن تتجاوز 65 سنة .

(رابعا) تستثنى من تطبيق الأحكام المتعلقة بالحقوق العينية: الأملاك العمومية الطبيعية البحرية - الأملاك العمومية الطبيعية المائية - الأملاك الطبيعية الغابية .

الفرع الثاني : آثار الاعتراف بالحقوق العينية

يخول الإعتراف بالحقوق العينية لصاحب الإمتياز بعض الحقوق ويرتب عليه بعض الإلتزامات .

اولا: الحقوق المترتبة عن الحقوق العينية

يترتب عن هذه الحقوق حقين أساسيين نص قانون الأملاك الوطنية عليهما في الماديتين 69 مكرر 02 و 69 مكرر 03 وهما :

1- **الحق في التنازل:** وبمقتضاه فإن صاحب الإمتياز بإمكانه التنازل عن الحقوق والمنشآت والبنائيات والتجهيزات ذات الطابع العقاري أو تحويلها في إطار نقل الملكية . وهنا تميز المادة 69 مكرر 02 بين حالتين :

الحالة الاولى التي تتعلق بنقل الملكية بين الأحياء ، أي أن المستفيد من السند يقوم بالتنازل عنه سواء بعوض أو دون مقابل .

الحالة الثانية تخص إنتقال إندماج او إدماج او إنفصال الشركات ، وهنا ينتقل الحق العيني إلى الشخص المعنوي الجديد .

وفي كلتا الحالتين فإن المشرع يشترط إحترام تخصيص الملك العمومي المشغول .

الحالة الثالثة الإنتقال الذي يتم في حالة وفاة الشخص ، وهنا يستفيد الورثة من الحقوق العينية ولكن إشتطرت عليهم المادة 69 مكرر 02 فقرة 02 تقديم المستفيد بناء على اتفاق بينهم الى موافقة السلطة المختصة من اجل 06 اشهر من تاريخ الوفاة .

2- **الحق في الرهن :**

بما أن صاحب الإلتزام يملك حقا عينيا على المنشآت والتجهيزات التي يقوم بإنشائها، فإن ذلك يمكنه من رهنها من أجل الحصول على التمويل الضروري . ولكن هذا الرهن بحسب المادة 69 مكرر 03 لا يمكن إجراءه إلا لضمان القروض التي يتحصل عليها صاحب الرخصة من أجل تمويل إنجاز او تعديل او توسيع الأملاك الواقعة على ملحق الملك العمومي المشغول . وعليه

تتضح الغاية التي دفعت المشرع للإقرار بالحقوق العينية، رغم مخالفتها لمبدأ عدم القابلية للتصرف إلا وهو تامين الأملاك العامة العقارية .

إن الحق في الرهن يرتب نفس الآثار القانونية التي يربتها رهن الاملاك الاخرى، وهي الحق في التقدم والتتبع و ممارسة الإجراءات التحفظية وتدابير التنفيذ الجبري ، ولكن مع الاخذ بعين الإعتبار لخصوصية الاملاك العمومية . ولذلك فانه بعد تحقق الضمان فإن الدائنين يمكنهم التنفيذ على الأملاك العقارية الوارد عليها الحق العيني، ولكن إشتطت المادة 69 مكرر 02 أن يتم إنتقال الحقوق العينية للشخص مرخص له من طرف السلطة المختصة، وأن يكون إستعمالها متوافقا مع غرض تخصيص الملك العمومي .

يجب الإشارة إلى أن ممارسة الرهن ضد الأملاك العقارية مرهون ببقاء السند ، أي أنه في حالة إنهاء عقد الإمتياز طبقا للطابع المؤقت للشغل الخاص فإن حقوق الدائنين تنتقل إلى التعويض الذي يستحقه المستفيد من السند ، وهو ما أشارت اليه المادة 69 مكرر 04 في فقرتها الرابعة .ولكن من أجل إستحقاق التعويض فإن إنهاء الإمتياز يجب أن يتم لسبب آخر غير الوفاء ببند العقد وينبغي أن يكون الضرر مباشر ومادي وأكد ، ويتم التعويض حسب القواعد الواردة في سند الشغل .

ومن أجل تفادي سحب الرخصة وفقدان الدائنين لضمانهم فإن المادة 69 مكرر 04 أشارت في فقرتها 05 على أنه يعلم الدائنون على الأقل شهرين قبل تبليغ سحب الرخصة نتيجة لعدم إحترام صاحب السند لشروط الترخيص بنوايا السلطة المختصة لكل غاية مفيدة، لاسيما من أجل إقتراح شخص آخر محل المقصر .

ثانيا: الإلتزامات الناشئة عن الإِعتِرافِ الحَقوقِ العينية

يلتزم صاحب الامتياز بإبقاء المنشآت والبنائيات والتجهيزات ذات الطابع العقاري الكائنة على ملحق الملك العمومي على حالها عند إنقضاء أجل سند الشغل إلا اذا نص السند على خلاف ذلك . وعلاوة على ذلك نصت المادة 69 مكرر 04 في فقرتها 02 على أنه تصبح المنشآت والبنائيات والتجهيزات ملكا للجماعة العمومية التي يتبع لها الملك العمومي المعني بقوة القانون وبدون مقابل وخالصة وحررة من كل الإمتيازات والرهنون .

خاتمة:

لقد تبين من خلال هذا العرض بأن عقد إمتياز الأملاك العمومية آلية هامة من أجل التثمين الإقتصادي للأملاك العمومية العقارية . وإن النظام القانوني الخاص به يوفق بين ضرورة المحافظة على تخصيص هذه الاموال للمصلحة العامة وضرورة إستغلالها إقتصاديا . وعليه فإنه يمكن اللجوء اليه من قبل السلطات العمومية من أجل إدارة أملاكها العمومية العقارية وتطوير الهياكل العمومية وذلك في إطار تشجيع الاستثمار الخاص بدل من الإِعتِماَد على الموارد العمومية .

قائمة المصادر والمراجع :

- الامر 96 -13 المؤرخ في 15 يونيو 1996 الذي يعدل ويتم القانون رقم 83-17 المؤرخ في 16 يوليو 1983 المتضمن قانون المياه .الجريدة الرسمية العدد 37 المؤرخة في 16 يونيو 1996.

- القانون 2000 - 03 المؤرخ في 05 غشت 2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية ، الجريدة الرسمية عدد 48 سنة 2000 .

- القانون 02-01 المؤرخ في 05 فبراير 2002 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة الاثابيب ن الجريدة الرسمية عدد 08 المؤرخة في 06 فبراير 2002 .

- القانون 05-12 المؤرخ في 04 غشت 2005 المتعلق بالمياه ، الجريدة الرسمية العدد 64 المؤرخة في 04 سبتمبر 2005 .

- لقانون 08-14 المؤرخ في 20 يوليو 2008 ، الجريدة الرسمية عدد 44 المؤرخة في 03 غشت 2008

- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016

- **M. THEWEST T TCHEVRIER**, La gestion du domaine public ,p6 document téléchargé du site <http://www.droit.lu/wp-content/uploads/Domaine-public.pdf> Date de consultation le 5/11/2018 .

L'arrêt Société d'Affichage Giraudy du 2 mai 1969 AJDA 1970, p. 110, note André de Laubadère .

- CE, 4 février 1983, Ville de Charleville-Mézières, rec., p. 45 ; CE, 6 mai 1985, Association Eurolat et Crédit Foncier, rec.,p. 141, AJDA 1985, p. 621.

- Martin Lombard , La constitution de droits réels sur le domaine public,

expression d'un compromis ambigu entre protection et valorisation des propriétés publiques, Recueil Dalloz, année 1994 , p183

- Alexandre Ponchaut , Le point sur les occupations privatives du domaine public , document téléchargé du site <http://www.uvcw.be/impressions/toPdf.cfm?urlToPdf=/articles/0,0,0,0,3341.htm>

- René Chapus , Droit administratif général, t. 2, 6e éd.,