

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة مولود معمري - تيزي وزو
كلية الحقوق و العلوم السياسية

عقد التسيير في القانون المقارن

أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم
تخصص قانون

إشراف الأستاذ الدكتور
إقلولي محمد

إعداد الطالب
ربحي أحمد

لجنة المناقشة

- د/ تاجر محمد ، أستاذ، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، رئيسا
د/ إقلولي محمد ، أستاذ، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، مشرفا ومقررا
د/ فتاك علي ، أستاذ، جامعة ابن خلدون- تيارت، ممتحنا
د/ صبايحي ربيعة، أستاذة، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، ممتحنة
د/ شامي أحمد، أستاذ محاضر "أ"، جامعة ابن خلدون- تيارت، ممتحنا
د/ علاق عبد القادر، أستاذ محاضر "أ"، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي- تيسمسيلت، ممتحنا

تاريخ المناقشة: 29 جوان 2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال رسول الله ﷺ: " لَا يَزَالُ الْمَرْءُ عَالِمًا مَا طَلَبَ الْعِلْمَ، فَإِذَا ظَنَّ أَنَّهُ
قَدْ عِلِمَ، فَقَدْ جَهِلَ."

* عن مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ الدِّينَوْرِيِّ، عن نُعَيْمِ بْنِ حَمَّادٍ، قَالَ : قَالَ ابْنُ الْمُبَارَكِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال رسول الله ﷺ: " لَا يَزَالُ الْمَرْءُ عَالِمًا مَا طَلَبَ الْعِلْمَ، فَإِذَا ظَنَّ أَنَّهُ
قَدْ عِلِمَ، فَقَدْ جَهِلَ."

* عن مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ الدِّينَوْرِيِّ، عن نُعَيْمِ بْنِ حَمَّادٍ، قَالَ : قَالَ ابْنُ الْمُبَارَكِ

قال رسول الله ﷺ: " لَا يَشْكُرُ اللَّهُ مَنْ لَا يَشْكُرُ النَّاسَ "

أولاً، الحمد لله على الإعانة والتوفيق.

وبعد أتوجه بجزيل الشكر والامتنان والعرفان إلى السيد المشرف الأستاذ الدكتور إقلولي محمد على قبوله الإشراف على هذا العمل بداية، وعلى البصمة البارزة التي مهر بها هذا البحث، بحيث كان الدليل المرشد لإخراجه بهذه الصورة.

الشكر موصول إلى أخي الأستاذ الدكتور دردار بشير رئيس الميدان، بمعهد الآداب بالمركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي على قبوله تصحيح ما شاب هذا العمل من أخطاء، رغم انشغالاته العديدة ووقته الضيق.

لا أنسى أخي الأستاذ الدكتور محمد بلحسين على وقفته، ومساندته، ومؤازرته لي خلال الفترة التي قضيتها مع البحث العلمي من الماجستير إلى حد الساعة. إلى كل هؤلاء الذين ساعدوني - ولو بالكلمة الطيبة- أقول شكرا جزيلا.

قائمة أهم المختصرات

الصفحة	ص
من الصفحة إلى الصفحة	ص. ص
تقنين العقوبات الجزائري	ت.ع.ج
التقنين المدني الجزائري	ت.م.ج
الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية	ج.ر
ديوان المطبوعات الجامعية	د.م.ج
دون طبعة	د.ط
الجزء	ج
الطبعة	ط

LISTE DES ABREVIATIONS

al.	Alinéa
A.J.D.I	L'actualité juridique droit immobilier
Art.	Article
B.I.B.F	Bachelor of International Business and Finance
Bull. civ.	Bulletin civil
C.A	Cour d'appel
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. trav.	Code du travail
Cass. civ. 1 ^{ère}	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2 ^e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 3 ^e	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation

Cons. const.	Conseil constitutionnel
C.E	Conseil d'Etat
Cf.	Se reporter à, voir aussi
C.Enrg	Code d'enregistrement
C.P.C	Code des procédures civiles
D.I.P	Droit International Privé
D.P.C.I	Droit et Pratique du Commerce International
éd.	Edition
Ibid. Ibidem,	au même endroit
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP G	Semaine juridique édition générale
J.O.R.F	Journal officiel de la république française
L.D.I.P	Loi sur le Droit International Privé
L.G.D.J	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Ord.	Ordonnance
op. cit.	Ouvrage cité
préc.	Précité
R.D.A.I	Revue de Droit des Affaires Internationales
R.I.D.C	Revue Internationale de Droit Comparé
R.Q.D.I	Revue Québécoise de Droit International

مقدمة:

لقد أوجد المشرع الجزائري آلية قانونية تدعى عقد التسيير¹ والذي تعهد فيه مؤسسة عمومية اقتصادية فقط، كل أموالها أو جزء منها إلى مسير، الذي لا يمكن أن يكون إلا طرفا أجنبيا قصد الارتقاء بأدائها الاستثماري. ولقد أدرجت في القانون المدني الكتاب الثاني، الباب التاسع ضمن الفصل الأول مكرر، تحت عنوان، العقود الواردة على العمل، فقد وجد نفسه مجبرا على إيجادها في عجلة بعد فشل المفاوضات التي استمرت لمدة سنتين (1986-1988) مع القائمين على قطاع السياحة في فرنسا، لتركها بعد ذلك حبيسة القانون المدني لأكثر من سبعة وعشرين سنة ومن هنا تبرز الحاجة الماسة إلى تعديلها و تتميمها لا سيما و أنه قد مضى على صدورها هذه المدة الزمنية الطويلة؛ رغم أنها آلية فريدة تستعمل في التسيير لتمكين الاقتصاد من التألق، إلا أن المشرع خنقها من خلال جعلها لا تصح إلا للمؤسسات العمومية الاقتصادية، فقانون الشركات مختلطة الاقتصاد قد تم إلغاؤه بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 1993/10/05²، كما أن المسير هو شخص قانوني ينتمي لنظام قانوني مغاير لنظام قانون المؤسسة العمومية الاقتصادية كون عقد التسيير عقدا دوليا بطبيعته؛ لذلك يبدو لي أنه حان الأوان أن يعاد النظر في هذه الآلية حتى يتمكن كل شخص قانوني مؤهل قانونا أن يستفيد من المزايا التي تقدمها هذه الآلية، دون حصرها في المؤسسة العمومية الاقتصادية فقط وأن توسع دائرة المسير إلى الطاقات الوطنية في التسيير إن توفرت لتستغل وتوفر الوقت والجهد في مفاوضات قد تستغرق سنوات، لا سيما ما يخص جاليتنا المقيمة بالخارج والتي أثبتت جدارتها في مجال التسيير. لذلك اتجه تفكيري في هذا البحث إلى إبراز ما يمكن أن

¹ القانون رقم 89-01 المؤرخ في 1989/02/07 المتضمن عقد التسيير، ج.ر، العدد 06 الصادر في 1989/02/08.

² المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 1993/10/05، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر، العدد 64 الصادر في 1993/10/10 (ملغى).

تتيحه مراجعة نصوص عقد التسيير من فرص لتطوير الاستثمار، بعد إثراءه بما يتحه كل من نظام ترست وفيدوسية.

من أجل القيام بكل هذا العمل يستحسن الرجوع إلى أصل كل من ترست (Trust) الانجليزي وفيدوسية (Fiducie) الفرنسية، حيث تهدف هذه الدراسة إلى مقارنة آلية عقد التسيير بالآليتين المذكورتين كل في نظامه القانوني، ومدى إمكانية جعل عقد التسيير يستفيد مما تتيحانه دون المساس بجوهره. هذه الآليات تنتمي إلى ثلاثة أنظمة قانونية لثلاثة دول مختلفة الثقافة والانتماء؛ هي في الأصل آلية واحدة اختلفت تسميتهم لها باختلاف بلدانهم رغم إجماعهم على استعمالاتها، وعلى رأسها تسيير أملاك الغير.

فترست (Trust) آلية في القانون الانجليزي، تعد عصارة تراكمات التجربة الانجليزية في حقل الفقه والقانون، إلا أنني لم أتمكن من الحصول على نموذج لترست (Trust) لأضمه لملاحق الدراسة، ويعود ذلك للسرية المفرطة التي تحيط بهذه الآلية؛ أما فيدوسية (Fiducie) فأصلها يعود إلى الإمبراطورية الرومانية مئة سنة قبل الميلاد، إلا أن تبني فرنسا لها لم يتم إلا سنة 2007¹، ورغم ذلك عدلت و تمت ثلاثة مرات².

يعد عقد التسيير آلية قانونية أوجدتها حاجة المجتمع، يتم فيها إسناد أموال يقوم به المالك لشخص ذي ثقة يتولى تسييرها لصالح المالك أو عائلته طيلة مدة غيابه، هذا في بادئ الأمر حيث كان سبب غياب صاحب الأموال واستحالة إدارة شؤونه بنفسه

¹ Loi n° 2007-211 du 19/02/2007 Instituant la fiducie, J.O.R.F n° 44 du 21/02/2007.

² Textes disponibles sur : www.legifrance.gouv.fr

- Loi N°2008-776 du 04/08/2008 de modernisation de l'économie, J.O.R.F n° 181 du 05/08/2008.

- Ord n°2009-104 du 30/01/2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme, J.O.R.F n° 26 du 31/01/2009.

- Ordonnance N°2009-112 du 30/01/2009 Portant diverses mesures relatives à la fiducie, J.O.R.F n° 26 du 31/01/2009.

هو ما يفرض اللجوء إلى هذه الوسيلة، لكن الأمور تغيرت بمرور الزمن إلى أن أصبح التسيير في أيامنا هذه، مهنة تمتلئ مقابل مستحقات يؤديها صاحب الملك أو الأملاك المسيرة لصالح المهني المحترف والذي يدعى "مسيراً"، والسبب هذه المرة ليس غياب المالك وإنما لأسباب متعددة قد يكون بكل بساطة عن عجز أو جهل، قصد استغلال أمواله على أحسن وجه ممكن، بمعنى آخر بغية جعلها تدر أكبر قدر ممكن من الأرباح.

دخل عقد التسيير حياة المجتمع من بابه الواسع، بحيث يكاد لا يخلو بيتٌ بطريقة أو بأخرى من هذا العقد، إذ يعد من المستعملات اليومية؛ أما بالنسبة للمؤسسات الاقتصادية، فذاك شأن آخر، إذ يستدعي الأمر تدخل الدول لضبطه من خلال نصوص قانونية توطر استعمالاته من أجل أن تحفظ لكل ذي حق حقه.

أما المشرع الجزائري، فعلى عكس كل المشرعين الآخرين، يخصص هذه الآلية للمؤسسات العمومية الاقتصادية فقط، ويرجع ذلك للفترة الزمنية التي صدر فيها النص الذي ينظمها، بحيث تعد 1989 سنة تاريخية بالنسبة للجزائر، إذ فيها تم التخلي عن النهج الاشتراكي لصالح نهج السوق الحر من خلال الدستور الجديد الذي صدر في نفس السنة¹، تبعه صدور مجموعة من النصوص القانونية والتنظيمية تصب في نفس مسار هذه التحولات التي تتدرج في سياق الإصلاحات الاقتصادية.

إلا أن كل هذه التحولات لم تكن بالقدر الكافي الذي يمكّن المشرع الجزائري من التخلص من ذهنية الحماية التي ورثها لعقود خلت. واليوم، بعد عقود من صدور القانون المتضمن عقد التسيير، يبدو أنه قد آن الأوان ليعاد النظر في كثير من النصوص القانونية والتي أصبح الظرف يحتم تعديلها، وعلى رأسها عقد التسيير حتى يستجيب للمعطيات الاقتصادية الجديدة.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 1989/02/28، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور، ج.ر، العدد 09 الصادر في 1989/03/01.

وقصد إتمام هذا التكييف، وجب جعل من الدراسات الأكاديمية التي أفرزتها المؤسسات الجامعية ومراكز البحوث، دعامة لكل تعديل تشريعي حتى تستجيب لمتطلبات الظروف المحيطة بها. بالنسبة للدراسات السابقة حول عقد التسيير، فهي تكاد تنعدم حتى لا أبالغ، بحيث أن المراجع محصورة في كتاب واحد¹، و أطروحة دكتوراه واحدة² و مذكرة ماجستير واحدة³، مما يجعل من عقد التسيير موضوعا هادفا وغير مستهلك، وبحاجة إلى دراسات تمس جوانب وزوايا غير التي تم البحث فيها. ولأن ظروف صدور قانون عقد التسيير كانت استثنائية كما سبقت الإشارة إليه، إلا أنني أتصور أن هذه الظروف قد تغيرت وخير دليل على ذلك التحولات الاقتصادية العالمية والتداعيات الجيوستراتيجية والحوكمة والعولمة التي تستدعي كلها من الدولة أن يكون لها اقتصاد متين يساعدها على الصمود في وجه التقلبات التي كانت سببا في تراجع اقتصاديات الدول التي تعد من قبيل الدول الرائدة عالميا، لا سيما ما تم ملاحظته في الأزمة المالية العالمية لسنة 2008. وقصد تدارك هذا الوضع في بلادنا، وجب تحديث كل الآليات القانونية التي تمس بالاقتصاد ومن بين هذه الآليات، قانون عقد التسيير. فتناول عقد التسيير في القانون المقارن يعد استباقا بالنسبة للدراسات الأكاديمية في الجزائر، والذي ستجدون له نموذجا في الملاحق، وتجدر الإشارة أن الدراسة تنصب على التشريعات الثلاث، وهي القانون الجزائري والانجليزي والفرنسي.

ولكل موضوع بحث صعوبات؛ وصعوبات الموضوع محل الدراسة تكمن في:

اختلاف النظام القانوني للكمون لoo (Common law) عن الأنظمة

الرومانوجرمانية.

¹ أيت منصور كمال، عقد التسيير، دار بلقيس، الجزائر، 2010.

² أيت منصور كمال، عقد التسيير آلية لخصوصية المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2009.

³ ربحي أحمد، عقد التسيير بين النص و التطبيق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب-البليدة، 2009.

انعدام الاجتهادات القضائية في النظام القانوني الجزائري ذات الصلة بالموضوع.

صعوبة ترجمة الاجتهادات القضائية في النظام الكمون لوو، وصعوبة ترجمة المراجع الانجليزية بصفة عامة.

اختلاف مفهوم النظام العام لدى كل نظام بالنسبة للآليات الثلاث.

لا تهدف هذه الدراسة إلى تفسير عقد التسيير في ذاته، لأن مواده بسيطة لا تحتاج إلى تفسير إذا ما أردنا التعريف به بعيدا عن سياق المقارنة الذب نحن بصصده؛ ولا إلى تقريب الأنظمة القانونية المقارنة، لأن ذلك غير ممكن كون النظام الانجليزي كما سبقت الإشارة إليه تطور في بيئة مغايرة تماما عن تلك التي تطور فيها نظامنا القانوني، من جهة، و كون بنية و مفهوم النظام العام لدى المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي يختلفان جذريا، وإن كانا يشتركان في نظام القانون المدني من جهة أخرى.

كما أن هذه الدراسة لن تتطرق للقانون الدولي الخاص، كون اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على ترست والاعتراف بها¹ لا تدرس ترست وإنما تدرس القانون الذي يجب أن يطبق عليه والاعتراف بالاتفاقية.

وعليه، تتمثل الإشكالية في: كيف يمكن تفعيل عقد التسيير على ضوء أحكام ترست وفيديوسية حتى يقوم بدوره، ويكون أكثر فعالية واستجابة لمتطلبات الواقع الاقتصادي؟

وسعيا لمعالجة هذه الإشكالية؛ اشتملت خطة الدراسة على تقسيم الموضوع إلى بابين، تم تخصيص الباب الأول منهما لدراسة محدودية نطاق تطبيق عقد التسيير؛ حيث احتوى هذا الباب على فصلين نتناول في الفصل الأول عقد التسيير، ترست

¹ Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

وفيدوسية آليات فريدة للتسيير؛ وفي الفصل الثاني قصور عقد التسيير ومقارنته بترست وفيدوسية.

أما الباب الثاني من هذه الرسالة فقد تم تخصيصه لدراسة ضرورة تعديل عقد التسيير عن طريق ترست وفيدوسية، حيث احتوى هذا الباب كذلك على فصلين؛ نتناول في الفصل الأول، تعديل عقد التسيير من حيث التزامات أطراف ترست وفيدوسية، وفي الفصل الثاني إلى تعديل عقد التسيير من حيث انقضاء وتسوية منازعات ترست وفيدوسية.

في هذه الدراسة، نبحث في أصل آليتي ترست وفيدوسية، بحيث تنتمي الأولى إلى نظام قانوني مغاير تماما لنظام القانون المدني، وهو نظام الكومن لoo (Common law) وتنتمي الثانية إلى النظام القانوني الفرنسي (القانون المدني)؛ كما يرجى من استعمال المنهج الوصفي التحليلي تبسيط و تدقيق المعلومات لكل آلية على حدة، قصد التعرف على تفاصيل ومفاصل كل واحدة، لذلك لن أطيل التفصيل فيه في هذا المقام وأترك ذلك ليلتمسه القارئ من خلال البحث.

رغم كل هذا، أفضل أن يكون اللجوء إلى القانون المقارن طريقة تفسيرية وتبريرية، تمكن من تدعيم النظام القانوني الوطني من خلال الحلول والبدائل المقترحة، بحيث لا يتم قبول مبررات القانون المقارن إلا إذا كانت تتسجم مع النظام القانوني الوطني، زيادة على أنه يلجأ إلى القانون المقارن حين تعالج مسائل معينة حظيت بتفكير عميق في أنظمة قانونية مغايرة كانت قد صادفتها.

ونبرر إخضاع البحث إلى المنهج الوصفي التحليلي تارة، وإلى المنهج المقارن تارة أخرى، نظرا لطبيعة البحث، والأهداف التي يرمي إليها؛ بحيث كما سبقت الإشارة إليه أعلاه، فإن قانون عقد التسيير عبارة عن عشرة مواد بقيت طي النسيان منذ سنة 1989، وما يزيد المشكلة تعقيدا قلة الاجتهادات القضائية عندنا، لا تتوفر أي قرارات لها علاقة بالموضوع على مستوى الموقع الرسمي للمحكمة العليا رغم أن جل الفنادق التابعة للقطاع العام مسيرة بموجب هذا العقد، ومطار هواري بومدين

كذلك، فالدراسة ستكون أرضية تساهم في تعديله وتتمته وتنظيمه؛ لذلك جاء العنوان بهذه الصفة: "عقد التسيير في القانون المقارن".

الباب الأول

تقييم وظيفة عقد التسيير بالاستئناس
إلى نظام ترست وفيدوسية

إن العقود الثلاثة؛ عقد التسيير، ترست وفيديوسية موضوع الدراسة، ينتمي كل واحد منها إلى نظام قانوني يختلف باختلاف البلد الذي ينتمي إليه العقد، فعقد التسيير وفيديوسية ينتميان إلى بلدين يعتمدان نظام القانون المدني، إلا أن القانون المدني الجزائري غير القانون المدني الفرنسي رغم تقاطعهما في الكثير من القواعد القانونية؛ أما ترست فينتمي إلى بلد يعتمد نظاما قانونيا مغايرا تماما للقانون المدني، إذ يعد استثناءً قياسا لباقي الأنظمة القانونية الأخرى، بحيث لا يوجد هذا النظام القانوني إلا في إنجلترا وفي القليل من البلدان التي كانت أو لا تزال تُكوّن ما يطلق عليه بريطانيا العظمى.

لذلك، تهدف الدراسة في هذا الباب إلى تبيان كل ما له علاقة ببناء الآليات الثلاث، حتى نتمكن على ضوء ذلك من تحليلها على الوجه الصحيح، قصد تبيان محدودية عقد التسيير وقصوره بالنسبة للآليتين محل المقارنة، ترست وفيديوسية.

وإن كان كل من عقد التسيير وفيديوسية ينتميان إلى نظام القانون المدني، إلا أن ذلك لا يجعل منهما آليتين متطابقتين، ولا من ترست الذي ينتمي إلى نظام الكومن لوف (Common law) آلية لا تصلح لما تصلح له الآليتان الأخريان؛ إذ كلها تريد على تسيير أموال الغير.

وعليه، يتم التطرق بالبحث للفراة التي يتميز بها كل من عقد التسيير وترست وفيديوسية (الفصل الأول) وقصور عقد التسيير مقارنة بترست وفيديوسية، ومقاربتة بهما (الفصل الثاني).

الفصل الأول

موقع عقد التسيير من نظام ترست وفيديوسية

بناءً على الفريدة التي تميّز كلاً من عقد التسيير، ترست وفيديوسية، فإنه يستوجب منا تحديد الطبيعة القانونية لهذه الأدوات القانونية، فعموماً لا يثار الإشكال بالنسبة لعقد التسيير وفيديوسية، بما أن كلا العقدين أوجدهما المشرع، سواء تعلق الأمر بالنسبة للمشرع الجزائري من خلال القانون رقم 01-89 المؤرخ في 06/02/1989، المتضمن عقد التسيير، أو المشرع الفرنسي من خلال القانون رقم 2007-211 المؤرخ في 19/02/2007¹ أما بالنسبة لترست، فيستوجب الرجوع إلى قواعد كومن لوو (Common law)² التي أوجدته، ولنتمكن من الولوج إلى أعماق عالم هذه الأدوات القانونية، والتي أحدثت ثورة في مجال الأعمال، يستوجب منا الأمر استكشاف القنوات التي أدت إلى وجودها والتي تتجلى في مفهوم هذه الأدوات القانونية، وتحديد الأطراف التي تكونها، لنصل بعد ذلك إلى هوية هذه الأدوات القانونية.

يتناول هذا الفصل بالدراسة في مباحث، مفهوم الآليات الفريدة للتسيير (المبحث الأول)، وتصنيفاتها (المبحث الثاني).

¹ Loi n° 2007-211 du 19/02/2007 Instituant la fiducie

² إن الدراسة موضوع البحث تخص نظامين قانونيين مختلفان، نظام كومن لوو (Common Law) الذي تنتمي إليه إنجلترا، بل هي من أسس له، ونظام التقنين المدني الذي تنتمي إليه كل من الجزائر وفرنسا. تجدر الإشارة في هذا المقام أن المصطلح المركب (Common Law) كان محل دراسة، حيث خلصت هذه الدراسة أن المصطلح غير قابل للترجمة والأسلم أن يأخذ كما هو، وعليه سوف يتم استعمال مصطلح كومن لوو كمقابل للمصطلح (Common Law)، راجع في ذلك:

KERBY Jean, Sous la direction de Jean-Claude GEMAR, Langage du droit et traduction, Les publications du Québec, 1982, p. 10.

المبحث الأول

تحديد مفهوم الآليات الفريدة في التسيير

ترد الآليات الثلاث، عقد التسيير وترست وفيديوسية كلها على تسيير أملاك الغير، بحيث يعهد فيها المؤسس بذمة معينة من أمواله إلى مسير قصد تسييرها له، إلا أن أطراف العقد تختلف من آلية إلى أخرى.

أما بالنسبة للمؤسس؛ ففي عقد التسيير لا يصح إلا لمؤسسة عمومية اقتصادية فقط، على عكس ترست وفيديوسية، أين يمكن لكل شخص، ويستوي في ذلك أن يكون طبيعيا، معنويا، عاما أو خاصا ليكون مؤسسا شريطة أن يكون مؤهلا لذلك.

ما هو عقد التسيير، ما هو ترست وما هي فيديوسية؟ أسئلة، تجد إجابةً عليها، من خلال تعريف من هو المسير، وما هي الخصائص والأوصاف التي يجب أن تتوفر فيه حتى يحظى بهذا الاسم، ومن هو الطرف المقابل للمسير، أيمن أن يكون أي شخص من الأشخاص القانونية؛ سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، هذا ما سنعرفه فيما يلي:

المطلب الأول

تعريف عقد التسيير وترست وفيديوسية

تتبع صعوبة إيجاد تعريف خاص أو منفرد لكل مصطلح من اختيار كلمات واضحة ومفهومة لاستخدامها في التعريف، أو بمعنى آخر كلمات يكون الحصول على تعريفها هي نفسها ليس بالأمر الشاق؛ وكما أن للكثير من المصطلحات عدة تعاريف، فإن للتعريف ذاته عدة صيغ تبعا لمكان استخدامه، فقد يكون التعريف وصفا للمعنى أو للاستخدام العام، أو نصيا لإيصال المعنى عن طريق استخدام الكلمات أو الصيغ أو الرموز.

وعليه؛ أعتقد أن التعاريف الخاصة بالآليات الثلاث، وإن اختلفت من ناحية طبيعتها القانونية، فهي متشابهة من ناحية الاستعمالات، وبالتالي تتقاطع في الكثير من النقاط.

الفرع الأول

تعريف عقد التسيير

ورد في المادة الأولى للقانون 89-01 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني: " تنتم أحكام هذا القانون المتعلقة بعقد التسيير أحكام الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، وتدمج هذه الأحكام في الكتاب الثاني الباب التاسع: " العقود التي تتضمن تقديم الخدمات." وهذا مفاده أن عقد التسيير ينصب على خدمات فقط، إلا أنه خلال مناقشة مشروع القانون قيل أن هذا القانون يمكن أن ينصب على أي نوع من النشاطات¹، سواءً تعلق الأمر بمجال الخدمات أو الصناعات.

كما عرفت المادة الأولى للفصل الأول مكرر، القسم الأول لعقد التسيير كما يلي : " عقد التسيير هو العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها، يسمى مسير، إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية بتسيير كل أملاكها أو بعضها، باسمها ولحسابها مقابل أجر، فيضيف عليها علامته حسب مقاييسه ومعاييرها. ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع".²

يستخلص مما سبق أنه عقد يتم بمقتضاه تقديم خدمات، وأدرج ضمن مواد القانون المدني، كما هو مبين في ديباجة القانون، فهو إذا عقد مسمى³.

ومن مزايا هذا التعريف أنه جامع لثلاثة أمور :

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 22/01/1989، مرجع سابق، ص 2.

² القانون 89-01 المؤرخ في 07/02/1989 المتضمن عقد التسيير، مرجع سابق، ص 153.

³ محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، مرجع سابق، ص 3.

أولاً: أن التسيير لا يقتصر فقط على بعض أملاك المؤسسة، بل يمكن أن يقع على كل أملاكها مقابل أجر.

ثانياً: أن التسيير لا يكون كما تمليه عليه المؤسسة، بل يضيف عليه علامته حسب مقاييسه ومعايير.

ثالثاً: أن التسيير يرغم المسير، على جعل المؤسسة تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع.

عقد التسيير هو العقد الذي يوكل فيه التسيير إلى هيئة تتلقي وكالة لإدارة استغلال تجهيزات أو شركة، باسم ولحساب الموكل.

عقد التسيير هو العقد الذي بمقتضاه يعهد المالك (المسير) بكل أو بعض أملاكه لشخص (المسير) قصد استغلالها لحساب المالك. نشأ عقد التسيير مؤخراً عن الممارسات التجارية ويشمل مختلف الأملاك والقيم المنقولة وحقوق المؤلف، المباني والقواعد التجارية والسفن والمؤسسات¹.

عقد التسيير يحقق الفصل بطريقة فريدة بين الملكية والاستغلال، بما أن الاستغلال مضمون من طرف المسير ولحساب المسير. إن موضوع هذه الدراسة هو البحث عن التقنية القانونية التي تمكن من تنفيذ التسيير العقدي لأمالك الغير، لهذا الغرض وجب تحديد مجال تعريف للتسيير؛ إن فحص مختلف التقنيات القانونية يُبين أن عقد التسيير لا يمكن إنشاؤه لا على الائتمان، ولا على عقد مسمى في القانون الفرنسي².

التسيير يمنع أي انتقال للأملاك المسيرة، وكذا أي تمثيل يقوم به المسير باسمه. تحليلياً يظهر عقد التسيير كعقد فريد تبين دراسته أنه يخضع لقانون العقود من جهة،

¹Centre d'études et de recherches internationales, Pratiques des contrats internationaux, coordination édition : M. Saillant et Me. A.G.TAITHÉ, EDITION et GESTION, p. TI-LI-12. Cf. MERLE Philippe, Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme. DALLOZ, 1975, p. 245.

² CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 347.

وإلى قانون الأعمال من جهة أخرى، حيث يمكن تحديد الالتزامات التي ينشئها، وتحديد الآثار المتعلقة بالفصل بين الملكية والتسيير¹.

وتجدر الإشارة في هذا المقام أن عقد التسيير هو عقد خدمة خاصة، ويمكن تعريفه بأنه العقد الذي من خلاله يعهد شخص يدعى "مسير" بكل أو بعض أملاكه لشخص آخر يدعى "مسير"، ويخول له العقد أي تصرف قانوني ومادي من شأنه رفع شأن هذه الأملاك لحساب المالك².

إن العقود المسماة بالتداول "عقود التسيير" تمس أموالا عديدة: قواعد تجارية، قيم مالية، سفن، حقوق المؤلف، وما إلى ذلك.

وبناء على ما سبق يمكن القول أن كل التيسيرات لا تدخل ضمن الوكالة، بعض عقود التسيير تظهر كعقود فريدة مرتبطة بعقد المقاولة، وخلافا للوكالة فإن عقد التسيير يتيح استقرارا في التسيير، ولمدة أطول دون اللجوء إلى تحويل الملكية إلى المسير. لذلك يجب تعريف هذا العقد الفريد وضبط معالمه الأساسية وطبيعته³.

كما أن شركة التسيير هي مسير يمارس وظيفة التسيير داخل شركة أو شركات أخرى، وهي بذلك لا تتقاضي مرتبا، وإنما تحرر فواتير للخدمات التي تقدمها والتي تسدها الشركة أو الشركات⁴.

يمكن كذلك تعريف شركة التسيير على أنها الشركة التي تكون الغاية من وجودها، المشاركة في النشاط والتسيير داخل مؤسسة أو شركة أخرى، بحيث تكون اليد العاملة المنتمية لشركة التسيير جد مؤهلة، وذلك ما يجعل المؤسسات والشركات

¹ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 345.

² Ibid., p. 344.

³ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 227.

⁴ Site www.SDI.com/société de management.htm, SDI 2001/12.

تلجأ لخدماتها؛ لا تستعمل شركة التسيير إلا لممارسة وظيفة قيادية أو استشارية (استشارة قانونية أو جبائية أو تقنية أو علمية)¹.

إن عقد التسيير والذي يطلق عليه كذلك عقد تسيير المقولة، هو عقد أوجده المعاملات، يتمثل في طريقة معاكسة تماما لعقد التمثيل (Franchise)، بمقتضى هذا العقد: يعهد صاحب محل تجاري لشخص يتسم بتقنيات التسيير سواء كانت تجارية، تقنية أو مهارات خاصة بمهمة تسيير المؤسسة، مصطلح (تسيير) غامض يجب ضبط معانيه في بنود العقد²، تتم عملية التسيير عبر انتقال مسؤولية تسيير المقولة تكون في بعض الأحيان مقرونة باتفاقية مساعدة بضم المؤسسة المسيرة إلى المؤسسة المسيرة.

يقول الأستاذ جونتون (Jeantin)³ في هذا المقام: "يتم عقد التسيير غالبا بين شخصين اعتباريين، شركتين في معظم الأحيان، شركة مالكة تبني أو تشتري مجمعا اقتصاديا مجهزا وقابل للاستغلال فورا وشركة مسيرة مختصة في بعض النشاطات الاقتصادية التي تمتلك فيها مهارات خاصة، تقوم هذه الأخيرة بضمان استغلالها لمدة تتراوح ما بين عشرة (10) وعشرين (20) سنة.

تتمحور البنود الرئيسية لمثل هذا العقد حول الوصف الدقيق للوحدة الاقتصادية موضوع الاتفاقية. إذا كانت الوحدة قيد الانجاز كما هو الحال في معظم الأحيان وقت إمضاء العقد، يتم تعيين تاريخ انتهاء الأشغال بدقة.

¹ MORMONT Hugo, La société de management, BIBF, Edition N° 52 du 15/04/1999, pp. 1 à 4.

² TORBEY Karim, Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit des sociétés, Thèse de doctorat, Paris II, 2001. Cf. D. Mainguy, les alternatives au contrat de Franchise-Expertise, agobiz.com, p. 4.

³ JEANTIN M., Contrat de gestion d'entreprise, J.-Cl. Contr. Distr. Fasc. 450

يتكفل المالك بصيانة الأملاك، وتتكفل شركة التسيير بضمان الخدمات بإضفاء المهارات التي يمتلكه عليها.¹

الفرع الثاني

تعريف ترست

ترست آلية في القانون الانجليزي، تعد عصارة تراكمات التجربة الانجليزية في حقل الفقه والقانون²، إلا أني لم أتمكن من الحصول على نموذج لترست لأضمه لملاحق الدراسة.

كما هو مألوف، لتعريف ترست نتطرق إلى التعريف اللغوي، ثم التعريف الاصطلاحي.

¹ « Le contrat de gestion est en général conclu entre deux personnes morales-le plus souvent des sociétés. Une société propriétaire construit ou achète un ensemble économique entièrement équipé et susceptible d'être mis en exploitation. La société gestionnaire, qui est spécialisée dans certaines activités économiques dans lesquelles elle possède un savoir-faire important, va assurer l'exploitation de cette entreprise pendant une durée qui est généralement fixée entre 10 et 20 ans.

Les clauses principales d'un tel contrat portent sur la description précise de l'unité économique objet de la convention. Si, comme il est fréquent, elle est en cours de construction lors de la signature du contrat, on prévoira de manière précise la date d'achèvement des travaux.

L'entretien et l'aménagement des biens est assuré par le propriétaire, la société gestionnaire devant assurer certaines prestations correspondant au savoir-faire détenu.», voir JEANTIN M., op. cit

² MAITLAND Frederic William, Equity, Cambridge : at the university press, 1910, p. 2: " si on nous demandait quelle est la plus grande et la plus distinctive réalisation accomplie par les anglais dans le domaine de la doctrine, je ne pense pas que nous devrions avoir de meilleure réponse à donner que celle-là, à savoir le développement au fil des siècles de l'idée de trust."(Traduit de l'anglais.)

أولاً: التعريف اللغوي

مصطلح ترست، معناه اللغوي: وقف، ثقة، صندوق استثماري، مال أمانة، دمج شركتين متماثلتي النشاط بقصد الاحتكار¹.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي

يصعب إعطاء تعريف دقيق لترست²، السبب الأول يعود لكونه نظاماً قانونياً ينتمي لكون من لوو (Common law) ويأبى العرف الذي ينتمي إليه هذا النظام إعطاء تعريفات لآلياته³، "مخافة إفقادها شيئاً من مرونتها"⁴، السبب الثاني كون مفهوم ترست الذي

تعرفه اتفاقية لاهاي مفهوم مستقل وأوسع من المفهوم الكلاسيكي للنظام الانجلوأمريكي⁵.

وعليه، فمثل ما فعلت اتفاقية لاهاي التي تكتفي بتبيان "الخطوط العريضة لترست"⁶ سأحاول إعطاء تعريف لترست من خلال خصوصياته الرئيسية.

¹ تحسين فاروق التاجي، قاموس مصطلحات المصارف والمال، نشر الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، بيروت، 1997، ص 623.

² UNDERHILL Arthur, Op. Cit, p5. Cf. Laurent Bibaut, Op. Cit, p. 2, Cf.

كذلك، حسني المصري، فكرة الترس وعقد الاستثمار المشترك في القيم المنقولة، ط1، مطبعة حسان، القاهرة، 1985.

³ HAUSSEZ-ZILLA Danièle, La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, Conférence à la Chambre des notaires Neuchâtelois du 08/11/2007, p. 2.

⁴ PERRIN Julien, Le Trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg, Librairie Droz, Genève 2006, p. 47.

⁵ DAVID R. et JAUFFRET-SPINOSI C., Les grands systèmes de droit contemporains, 10^e éd. Dalloz 1992, p. 255. Cf. CUIF Pierre-François, Le contrat de gestion, Op. Cit, p. 46 : « Il faut préférer l'expression de trust anglo-américain à celle de trust anglo-saxon. Cette dernière expression est historiquement inexacte, même si elle rend compte de la présence du trust dans des pays dont les systèmes juridiques ont subi l'influence de la Common law. »

⁶ PERRIN Julien, Op. Cit, p. 47.

يعريف ترست من خلال خطوطه العريضة كما يلي: "ينشأ ترست، عندما (ينقل المالك)المؤسس ملكية الأموال التي يريد وضعها في ترست لمسير، ليحوزها هذا الأخير لفائدة شخص آخر(المستفيد) بالتوافق مع إرادة المؤسس".¹

إن المحاولات العديدة لتعريف ترست تعطينا فكرة عن طبيعة هذه الآلية، عكس ما هو موجود في العقد، ففي ترست لا يوجد تعريف رسمي له بسبب نعت التعاريف المتوفرة بأنها غير كاملة وغير دقيقة. إن رجل القانون الانجليزي السيد آرثر أندرهيل (Sir Arthur Underhill) يقترح تصورًا لترست مفاده أنه: "التزام عادل يربط شخصا يسمى ترستي (المسير) الذي يسير أملاك ويمارس سلطته عليها، والتي تكون أملاك ترست، لفائدة أشخاص يدعون المستفيدين (Cestuis que trust)".²

أما محاولة التعريف الكلاسيكي لترست الموجود في Halsbury's laws of England³ فنصه: "عندما يكون لشخص في ذمته حقوق يملكها أو يكون ملزمًا بتسييرها لصالح شخص أو أشخاص آخرين، أو لتحقيق هدف أو أهداف معينة، يفترض أنه حصل على هذه الحقوق في إطار ترست لفائدة مستفيد أو مستفيدين، أو لتحقيق الهدف أو الأهداف المرجوة منه. والمتحصل على هذه الحقوق يسمى ترستي الذي يتمتع بسلطة ذات ثقة، وعلى أساس هذه الأخيرة تقوم علاقته بالمستفيد".

نلاحظ أنه في كلا التعريفين يختفي مصطلح المؤسس نهائيا من نظام ترست بسبب عدم خضوع ترست للمؤسس بعد التأسيس.⁴

يعرف الأستاذ كيتون (Keeton) في كتابه The law of trusts، ترست: "بأنها علاقة تنشأ كلما كان شخص يسمى ترستي ملزما بالإنصاف (Equity) بتسيير أملاك

¹ HAUSSER-ZILLA Danièle, La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, Op. Cit, p. 2

² UNDERHILL Arthur, The Law Relating to trusts and trustees, 7th Ed., Law Publishers, 1912, p. 1.

³ موسوعة خاصة بالقانون الانجليزي، ذكرها السيد آرثر أندرهيل في المرجع السابق، ص2.

⁴ UNDERHILL Arthur, Op. Cit, p. 3.

أو حقوق عينية أو شخصية من خلال سند قانوني أو ائتماني لصالح أشخاص يمكن أن يكون أحدهم (ترستي)، والذين يعينون بصفة مستفيدين أو من أجل هدف غير محظور، بحيث يستفيد من عائدات ترست المستفيدون المعينون أو لتحقيق الهدف الذي أنشئ من أجله ترست.¹

يعرف الأستاذ ميتلاند (Maitland) ترست بقوله: "عندما يكون لشخص سلطة يمارسها لحساب شخص آخر قصد إنجاز أهداف، أو على حقوق، يوصف هذا الأخير أنه يحوز هذه الحقوق بالثقة أي بالترست لحساب هذا الشخص أو من أجل غاية ما، يسمى هذا الشخص مسير (Trustee).²

بالرغم من أن آلية ترست ليست عربية، إلا أن هناك محاولات لإعطاء تعريف لها، لا سيما ما تقدم بعض الكتاب:

أ - التعريف الأول³: "أما الترس في المصطلح الغربي فهو التزام من مالك أصل بنقل ذلك الأصل تحت إدارة شخص معين يسمى الأمين أو الوصي (Trustee)، والعائد الناشئ من استغلال الأصل وتنميته واستثماره يكون لصالح المستفيدين (beneficiaries) فإن لم يوجد مستفيدون بأعينهم كانت الغلة والمنفعة لأغراض يحددها القانون."

ب - التعريف الثاني⁴: "أن مصطلح ترست وإن كان يركز على العلاقة القانونية بين مالك المال والأمين، فإن له معاني أخرى. منها صناديق الاستثمار، كما تنتقل أو تثبت الملكية القانونية للمال محل الترس للأمين وتثبت الملكية الإنصافية للمستفيد. وأكثر ما يطلق مصطلح الترس في الغرب على عملية إدارة الممتلكات بواسطة الأمين لصالح الورثة، فهو يشبه الوقف الذري في الفقه الإسلامي."

¹ Définition cité par UNDERHILL Arthur, Op. Cit, p. 3.

² WORTHLEY B. A., Le *trust* et ses applications modernes en droit Anglais, R.I.D.C, vol 14 N°4, Oct.-Déc. 1962, p699.

³ العياشي الصادق فداد، دورة : دور الوقف في مكافحة الفقر: مسائل في فقه الوقف، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، نواكشوط 16-21/03/2008، ص 12.

⁴ محمد عبد الحليم عمر، مرجع سابق، ص 6.

إن اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون المطبق على ترست والاعتراف به، المؤرخة في 1985/07/01 لا تعرف ترست وإنما تضبط الخصوصيات الرئيسية التي يجب أن تتوفر في النظام لينعت بترست.

جاء في الفقرة الأولى من المادة 2 من الاتفاقية سالفه الذكر: "يقصد بترست بمقتضى العلاقات القانونية المنشأة من طرف شخص يسمى المؤسس من خلال عقد بين أحياء، أو من خلال وصية عندما توضع أموال تحت تسيير ترستي لفائدة مستفيد أو لتحقيق هدف معين".

تجدر الإشارة إلى أن التطورات السياسية والتشريعية للدول التي تعرف نظام ترست مكنت من ترتيب أصناف عديدة من ترستات حسب الهدف المرجو من كل صنف، مثال: ترست الإرث، ترست المقاول، وما إلى ذلك¹.

الفرع الثالث

تعريف فيدوسية

ظهر في اللغة الفرنسية اسم فيدوسية خلال القرن السادس عشر مشتقا من اسم فيدوسية اللاتينية²، و نتناول فيدوسية من خلال تعريفها اللغوي (أولا)، وتعريفها الاصطلاحي (ثانيا).

أولا: التعريف اللغوي

تعني كلمة Fiducie ائتمان، ثقة، وديعة³، أمانة⁴، حساب استئماني، مبدأ الوقف العام¹.

¹ HAUSSEZ-ZILLA Danièle, Conférence de la Chambre des Notaires : La Convention de La Haye relative à la loi applicable au Trust et à sa reconnaissance, Neuchâtel le 08/11/2007, p. 5.

² GREIMAS Algirdas Julien et KEANE Teresa Mary, Dictionnaire du moyen français : la renaissance, Trésors du Français, Paris Larousse, 1992, p. 290.

³ Site : www.traduction.sensagent.com

⁴ كاسل سامية، المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة-دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة ملود معمري-تيزي وزو، 2011، ص 99.

كما أن الاسم الفرنسي حل تدريجيا محل المعنى العام **الثقة**²، مما أدى فيما بعد إلى ظهور الصفة **الائتمانية** سنة 1517 وكذلك الاسم وصفة **المؤتمن** سنة 1596³، حيث يمثل المؤتمن أو الوريث المؤتمن الموصى له، والذي يكون مكلفا بإعادة أموال فيديوسية.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

إن صفة الائتمان تُكَيَّف للدلالة على كل نقود إئتمن عليها على أساس الثقة التي تصدر عن صاحبها أو بصفة عامة كل ما له علاقة **بالثقة**⁴. أما فيديوسية فأصلها يعود إلى الإمبراطورية الرومانية مئة سنة قبل الميلاد⁵، إلا أن تبني فرنسا لها لم يتم إلا سنة 2007⁶.

غير أن ذلك لم يكن عائقا بالنسبة للمشرع الفرنسي من أن يلجأ إلى تعديلها⁷ وتتمتها⁸ ثلاثة مرات مما أعطى النموذج المنقح والنهائي للعقد⁹. فيديوسية شبيهة ترست، أداة قانونية قليلة الاستعمال في فرنسا¹ أنشئت هذه الآلية الآلية بمقتضى القانون المؤرخ في 2007/02/19، المتمم والمعدل بالقانون المؤرخ

¹ Site :www.fr.glosbe.com

² Ibid.

³ DUBOIS Jean, MITTERAND Henri et DAUZAT Albert, Grand dictionnaire étymologique et histoire du français, Paris, Larousse, 2005, p. 386.

⁴ CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, 8^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 410.

⁵ GAFFIOT, Félix et Pierre FLOBERT, Le Grand Gaffiot : dictionnaire latin-français, Paris, Hachette-Livre, 2000, pp. 389 et 672, Cf., GLARE, P.G.W., Oxford Latin Dictionary, Toronto, Clarendon Press, Oxford University Press, 1982, p. 699.

⁶ Loi n° 2007-211 du 19/02/2007 Instituant la fiducie.

⁷ Loi n° 2008-776 du 04/08/2008 de modernisation de l'économie.

⁸ Ordonnance n° 2009-79 du 22/01/2009 créant l'autorité des normes comptables, J.O.R.F n° 19 du 23/01/2009.

⁹ ينظر نموذج لعقد فيديوسية ضمن الملاحق في آخر هذه الدراسة.

في 2008/08/04² والأمر المؤرخ في 2009/01/30³ والقانون المؤرخ في 2009/05/12⁴.

قانون فيدوسية أنشأ نوعاً جديداً من العقود الخاصة ولم ينشئ حقاً عينياً جديداً⁵. عرفت المادة 2011 من القانون المدني⁶ فيدوسية بأنها: " العملية التي من خلالها يحول مؤسس أو عدة مؤسسين، أموالاً، حقوقاً أو تأمينات أو مجموعة أموال أو حقوقاً أو تأمينات حاضرة أو مستقبلية، لمسير أو عدة مسيرين يستبقونها منفصلة عن أموالهم الخاصة، من أجل تحقيق هدف معين لصالح مستفيد أو عدة مستفيدين. " يسمح هذا العقد بإتمام عدة عمليات، منها تسيير ذمة مالية، سواء كانت أسهماً أو عقارات وإنشاء تأمينات⁷.

عرف الأستاذ ويتز (Witz) فيدوسية بما يلي: " عقد قانوني يقوم من خلاله شخص اسمه المؤسس (Le Fiduciaire) يمتلك أموالاً تنقلص حقوقه عليها بسبب مجموعة

¹ PDGB Société d'Avocats- G. Bachasson, X. Hugon et F. Dereux, La fiducie : un instrument prometteur, Juillet-Août 2009, p. 1.

² Loi n°2008-776 du 04/08/2008 de modernisation de l'économie.

³ Ord n°2009-104 du 30/01/2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme.

⁴ Ordonnance N°2009-112 du 30/01/2009 Portant diverses mesures relatives à la fiducie.

⁵ BERDAH Alain & Anaïs Palleri, La Fiducie, Édition Gilleta-Nice matin, 2010, p14.

⁶ La loi n° 2007-211 du 19/02/2007 Instituant la fiducie.

C. Civ., Article 2011 : « L'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfert des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. »

⁷ MALAURIE Ph., AYNES L. et GAUTIER P.Y., Les Contrats Spéciaux, 6° édition, DEFRENOIS, 2012, p. 283.

من الالتزامات من بينها، أن يحولها لمدة معينة للمسير (Le Fiduciant) أو لشخص آخر يدعى المستفيد.¹

بعبارة أخرى تتضمن فيدوسية تحويل ملكية الأموال لصالح المسير لهدف محدد، حيث يمارس المسير كل الصلاحيات المنوطة بالمالك، بمعنى تسيير وتحصيل عائدات هذه الأملاك وحتى التنازل عليها لحساب المستفيد؛ الخاصة الجوهرية لفيدوسية هو تحويل الملكية لصالح المسير، ولكن مثقلة بالالتزامات من شأنها الحد من ذلك الحق. فعكس ترست، فيدوسية لا تضمن أي تجزئة للملكية وبالتالي لا وجود لأي تنافر بينه وبين المادة 544 من القانون المدني الفرنسي التي تعرف الملكية كما يلي:

"الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بصفة مطلقة، بشرط أن لا تستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة".²

وعليه فالعائق الذي يرد على الحقوق العينية والمتمثل في العدد المحدود « Numerus clausus »³ غير متوفر في فيدوسية عكس ترست حيث تجزئ الملكية

¹ WITZ Claude, La fiducie en droit privé français, Paris, Economica, 1981, pp. 3-5.

² C.Civ., Art. 544 : «La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

تجدر الإشارة في هذا المقام أن المادة 674 من القانون المدني الجزائري تفيد نفس التعريف باختلاف اصطلاحي طفيف والتي وردت كما يلي:

المادة 674: "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط أن لا تستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة." أما في النص الفرنسي فوردت كالتالي:

«La propriété est le droit de jouir et disposer des choses, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

بمقارنة نص المادة للقانون الجزائري بنص المادة للقانون الفرنسي يتضح جليا أن الفرق الوحيد هو مصطلح "بصفة مطلقة" « de la manière la plus absolue » والذي لا يفيد أي شيء في سياق المادة بما أنها موقوفة على شرط ألا وهو عدم استعمالها استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة.

³ Dictionnaire encyclopédique Larousse, librairie LAROUSSE, édition 1986, p. 632.

L'expression *numerus clausus* provient du latin où elle signifie littéralement « nombre arrêté ». Elle caractérise la limitation décidée par une autorité publique ou professionnelle, du nombre de personnes admises à concourir, à exercer une fonction ou un métier, à recevoir un grade, etc. Cette limitation, exprimée par la fixation d'un effectif limite est censée permettre le déploiement de moyens nécessaire et suffisant pour répondre aux besoins.

الملكية إلى شطرين¹، وذلك بسبب الإمكانية التي تتيحها سندات الحقوق العينية في مواجهة الغير، بحيث يستحيل تجزئة حق الملكية، خلافا لما جاء في القانون المدني لا سيما حق الانتفاع، حق الاستعمال والإيجار طويل الأمد. تتميز فيديوسية بنقل حق الملكية الذي لا يحتمل أي تجزئة غير مسماة لهذا الأخير، وتخص شخصين اثنين في الحالة التي يكون المؤسس هو المستفيد أو ثلاثة أشخاص حين يكون المستفيد شخصا آخر².

تعرف شركة PDGB للمحاماة³: "فيديوسية اتفاقية يقوم مؤسس أو عدة مؤسسين أشخاص اعتبارية كانوا أو طبيعية، بنقل أموال، حقوق أو تأمينات حاضرة أو مستقبلية لمسير أو عدة مسيرين يبقون عليها منفصلة عن ذممهم الخاصة حيث يكونون مكلفين بتسييرها."

عرف موقع القاموس القانوني⁴ فيديوسية كما يلي: "يتيح عقد فيديوسية لصاحب أو أصحاب الحق، سواء كان هذا الأخير أموالا أو أصولا، يدعون المؤسسون من تحويل ملكية كل أو جزء من هذه الحقوق إلى شخص أو أشخاص يدعون المسير أو المسيرين لصالح مستفيد أو مستفيدين قصد تحقيق هدف محدد."⁵

¹ MARIELLE Moris, La fiducie en droit Belge : Quelques applications, IDEFISC Actualité des idées fiscales, p. 4.

² MARIELLE Moris, Op. Cit, p4

³ PDGB Société d'Avocats, Op. Cit, p1.

⁴ www.dictionnaire-juridique.com

⁵ « Le contrat de fiducie permet au ou, aux titulaires d'un droit, d'un bien ou d'un patrimoine, dits " les constituants", de transférer à une ou d'autres personnes dits le ou les "fiduciaires", la propriété de tout ou partie de ses droits du ou des constituants à un ou plusieurs "bénéficiaires", pour réaliser un objet conventionnellement défini. »

بعد كل هذه التعاريف، ساعمد إلى استعمال المصطلحات ترست¹ وفيديوسية² في باقي الدراسة، كون المصطلحين يؤديان المعنى نفسه في اللغة العربية الذي هو الثقة والأمانة، من جهة، وكون كل ترجمات مصطلح ترست تفيد الصناديق الإستثمارية³، وفيديوسية تفيد الحساب الاستثماني أو الأمانة الأمر الذي يؤدي المعنى نفسه؛ من جهة أخرى كذلك.

المطلب الثاني

تحديد أطراف عقد التسيير، ترست وفيديوسية

مهم جدا أن نتعرف على الأطراف المكونة لكل عقد من العقود المشمولة بالدراسة، لأنه سيؤسس لباقي عناصر موضوع البحث، بحيث عند معرفة الأطراف المسموح لها بإبرام مثل هذه العقود بمفهوم المخالفة، يتاح معرفة الأشخاص الذين لا يسمح لهم بذلك. وعليه؛ سنتطرق لأطراف كل عقد على حدة، تحديد أطراف عقد التسيير (الفرع الأول)، تحديد أطراف ترست (الفرع الثاني) وأخيرا تحديد أطراف فيديوسية (الفرع الثالث).

¹ www.larousse.fr/dictionnaires/anglais/francais/Trust :[trast]

noun[confidence, faith] confiance f, foi f

to be tray somebody's trust : trahir la confiance de quelqu'un

to place one's trust in somebody/something : avoir confiance en

quelqu'un/quelque chose, se fier à quelqu'un/quelque chose

to take something on trust prendre OR accepter quelque chose en toute confiance OR les yeux fermés.

You can't take everything he says on trust : on ne peut pas croire sur parole tout ce qu'il dit.

² Le Petit Larousse illustré 1906 : " Au XVI^e siècle, emprunté du latin fiducia, **confiance**. Acte juridique par lequel une personne transfère à une autre la propriété d'un bien, sous l'obligation de le rétrocéder au constituant ou à un tiers bénéficiaire, dans des conditions déterminées."

³ مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط و شمال أفريقيا (FATF) ، التوصية 25 و الوقف، نوفمبر 2012، منشورة على الموقع الإلكتروني: www.menafatf.org/MER/WAQF_STUDY_AR.pdf، راجع كذلك محمد عبد الحليم عمر، نظام الوقف الإسلامي و النظم المشابهة في العالم الغربي، دراسة مقارنة، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للأوقاف: "الصيغ التنموية و الرؤى المستقبلية"، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ص 4.

الفرع الأول

تحديد أطراف عقد التسيير

وكل العقود الأخرى فان لعقد التسيير أطرافاً، وعددهم اثنان، متعامل اسمه مسير والطرف الآخر اسمه مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد¹. كما أن المشرع لم يخص أطراف العقد بتعريف منفرد في مادة أو مواد مستقلة، بل اكتفى بذكر السمات الواجب توافرها في المسير، وهذا بالنسبة للطرف الأول، أما بالنسبة للطرف الثاني، فالنص القانوني محل الدراسة لم يشر إليه إلا بالتسمية، وعليه لا يمكننا سوى الرجوع إلى النصوص القانونية المعرفة أو المنشئة له. لذا نتطرق بالدراسة لتحديد كل طرف على حدة حسب ما يلي.

أولاً: المسير

بالرجوع إلى المادة الأولى التي تعرف عقد التسيير² يمكننا ضبط ما يلي: "متعامل يتمتع بشهرة معترف بها، يسمى مسيراً،... فيضفي عليها علامته حسب مقاييسه ومعاييرها ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع". واستناداً إلى منطق التماثل نجد تماثلين اثنين، التماثل الأول بين المتعامل والمسير، والتماثل الثاني بين الشهرة المعترف بها والعلامة وشبكة الترويج والبيع.

وعليه؛ نخص بالدراسة المتعامل والمسير من جهة، والشهرة المعترف بها والعلامة وشبكة الترويج والبيع من جهة أخرى.

¹ إن القانون 82-13 المؤرخ في 28/08/1982 المتضمن تأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها، المعدل والمتمم تم إلغائه بموجب المرسوم التشريعي 93-12 المؤرخ في 05/10/1993 المتضمن ترقية الاستثمار، وعليه سوف أكتفي فيما هو أت بذكر المؤسسة العمومية الاقتصادية فقط.

² القانون 89-01 المؤرخ في 07/02/1989 المتضمن عقد التسيير، مرجع سابق، ص 153.

أ. المتعامل – المسير

1) المسير هو متعامل، وبالرجوع إلى تعريف كلمة متعامل نتحصل على أن المتعامل هو الشخص أو الهيئة أو الجماعة أو الكيان الذي يشاركه أو يتحالف معه، لإبرام صفقة أو إنشاء مؤسسة أو للتفاوض أو انجاز مشروع مشترك¹. المتعامل يملك عدة مجالات وتخصصات ومساهماته يمكنها أن تتخذ عدة أشكال:

- إسهامات عينية: بضائع، تجهيزات، تقديم خدمات، وضع تحت التصرف للوسائل المادية و/ أو البشرية و/ أو التقنية.

- إسهامات تكنولوجية: الشراكة التكنولوجية تكمن في تعبئة المهارات لفائدة الشريك.

- إسهامات مالية: اشتراكات، تمويل أو مساهمات نقدية.

- إسهامات إرشادية: إرشادات إستراتيجية في تسيير المؤسسات، أو التقنيات المحاسبية كما جاء في تعريف آخر² وهي العلاقات القائمة بين مجموعة أو جماعة أو بلد مع مجموعة أو جماعة أو بلد ما.

2) المسير: بالرجوع إلى تعريف كلمة مسير نتحصل على أنه محترف يضمن تسيير شيء ما³، فشرط الاحترافية واجب في المسير حتى يتمكن من ضبط التسيير للشيء، وخص تسيير الأشياء دون غيرها، أما في تعريف آخر⁴، فيرى أصحابه أن المسير هو الشخص أو الهيئة أو الجماعة أو الكيان المكلف بممارسة السلطات المخولة له في مجالات تسيير الموارد البشرية والمالية لتحقيق أهداف

¹ Dictionnaire encyclopédique Larousse, librairie LAROUSSE, édition 1986, p. 672.

² موسوعة Encarta 2005 قرص مضغوط.

³ المرجع نفسه.

⁴ الموقع الإلكتروني: www.wikipedia.org

مرجوة، زيادة على ذلك فإن المسير يقدر ويكافئ الإنجازات ويدير المردودية والتغيرات، كما يبجل التقييم والأخلاق وثقافة النظام.

ب. الشهرة – العلامة وشبكة الترويج والبيع

لقد وجدنا فيما ذكر آنفا أن هناك تماثلاً بين الشهرة المعترف بها والعلامة وشبكة الترويج والبيع، لذا سننتقل إلى كل واحد على حدة.

(1) الشهرة المعترف بها

بالعودة إلى التعريف اللغوي لكلمة الشهرة، نجد أنه ظهور الشيء في شئعة¹، الشهير والمشهور وهو المعروف المكان وهو كذلك وضوح الأمر وجلأوه²، زيادة على ذلك يجب على هذه الشهرة أن تكون معترف بها، والاعتراف لا يكون صحيح الصدور إلا من ذوي الشأن والاختصاص، وسيوضح ذلك عند التطرق إلى العلامة وشبكة الترويج والبيع.

(2) العلامة وشبكة الترويج والبيع

– العلامة:

نبدأ بالتعريف اللغوي للكلمة، بحيث أن العلامة هي السمة، كالألوية ورسم الثوب ورقمه، والراية، وما يعقد على الرمح³.
أما عند أهل التجارة فهي إشارة سواء كانت رسماً أو وسماً أو طابعا أو دمة وضعت من قبل نقابة محترفة قصد ضمان مصدر جودة منتج ما⁴.

¹ قرص مضغوط، القاموس المحيط، الفيروز آبادي الشيرازي، مادة شنع.

² ابن منظور، لسان العرب، مادة شهر، ج8، دار صادر، ط1، بيروت، 2003، ص 154.

³ قرص مضغوط، القاموس المحيط، الفيروز آبادي الشيرازي، مادة علم. كذلك ابن منظور، لسان العرب، مادة علم، مرجع سابق، ج10، ص 264.

⁴ موسوعة Encarta 2005 قرص مضغوط.

أما اصطلاحاً، فلقد أتت المادة الثانية من الأمر 06-03 المؤرخ في 2003/07/19 والمتعلق بالعلامات على ذكر ما يلي: " يقصد في مفهوم هذا الأمر ما يلي:

العلامات : كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لا سيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام، والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيحيها، والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره.

العلامة الجماعية: كل علامة تستعمل لإثبات المصدر والمكونات والإنتاج أو كل ميزة مشتركة لسلع أو خدمات مؤسسات مختلفة، عندما تستعمل هذه المؤسسات العلامة تحت رقابة مالكيها.

العلامة هي كل إشارة أو دلالة يتخذها التاجر أو الصانع أو المشروع فرداً كان أو شركة، خاصة كانت أو عامة شعاراً لبضائعه أو خدماته التي يؤديها، أو منتجاته الصناعية أو الزراعية أو الطبيعية تمييزاً لها عن مثيلاتها، فلا تلتبس بها في السوق.

أصل وجود العلامات أو العلامات المميزة هو مكافأة المنتجين الذين يحترمون مقاييس الإنتاج، أو لتمييز منتج كما يمكن أن يضمن الجودة أو أصالة منتج، مدعماً من طرف هيئة المستهلكين أو الخبراء¹، كما يمكن للعلامة أن تشهر للجودة أو المطابقة أو الأصالة.

ففي فرنسا يوجد عدة علامات على سبيل المثال: في مجال التغذية فالعلامات الأكثر شيوعاً هي (A.B) الزراعة البيولوجية و(AOC) التسمية الأصلية المراقبة، كما يوجد علامات خاصة كذوق السنة (La saveur de l'année)، كما يمكن للعلامة أن تكون وطنية مثل (A.B) أو جهوية مثل علامة صفوا (Savoie)، ودفتر الشروط يتعلق بجودة المواد الأولية وكيفية التحضير وأجهزة التصنيع والجوانب الصحية

¹ الموقع الإلكتروني www.wikipedia.org

للمنتوج ومواصفاته، كما تمكن العلامة من تثبيت جودة أو مطابقة أو أصالة، كما هو الحال بالنسبة لـ: "Label rouge" يثبت الجودة أما "Montagne" فتثبت الأصالة أو "AOC" التي تثبت الأصالة والجودة معا. زيادة على ذلك فإن إضفاء هذه العلامة يكون حسب مقاييس ومعايير المسير.

- تعريف المقياس:

فالمقياس لغة، قست الشيء بغيره وعلى غيره أقيس قياسا وقياسا فانقاس إذا قدرته على مثاله، والمقدار مقياس.

وهو يفتاس الشيء بغيره أي يقيسه به، ويقتاس بأبيه إقتياسا أي يسلك سبيله ويقتدي به¹.

قاسه بغيره والمقدار مقياس وتقيس أي تشبه بهم².

تقنية محددة بطريقة ما، خاصة بتصنيع منتج أو إنجاز عملية ما تكون معدة من أجل إثبات الجودة و/أو الأمن و/أو التوحيد³.

هو القاعدة التي تحدد نموذج شيء مصنع والشروط التقنية لإنتاجه⁴.

ومن بين الهيئات التي تحدد نموذج شيء مصنع والشروط التقنية لإنتاجه المنظمة الدولية للتقييس (ISO) International organization for standardisation

¹ ابن منظور، لسان العرب، مادة قيس، مرجع سابق، ج12، ص 234.

² قرص مضغوط، القاموس المحيط، الفيروز آبادي الشيرازي، مادة قيس.

³ موسوعة Encarta 2005 قرص مضغوط.

⁴ Dictionnaire encyclopédique Larousse, librairie LAROUSSE, édition 1986, p628.

- تعريف ISO للمقياس:¹

المقياس هو وثيقة مصادق عليها بالإجماع من طرف هيئة معترف بها، وتمنحها لترسيخ أعراف وعادات مشتركة، لإرساء قواعد، لتحديد مخططات توجيهية لأنشطة تكون نتائجها ذات مستوى عالٍ من الجودة.

المقياس وثيقة مرجعية لموضوع ما، تحدد فيها مستوى العلم والتكنولوجيا والمهارات المستعملة وقت التحرير، وحتى تعتبر الوثيقة مقياسا يجب أن تستجيب لشروطين اثنين.

أولاً: يجب على الوسائل والطرق الموصوفة في الوثيقة أن تكون أكيدة التحقيق وقت تجسيدها باحترام المراحل المشار إليها.

ثانياً: يجب على الوثيقة أن تتحصل على اعتراف الجميع.

كما أن المقياس مرجعية مشتركة موثوق منها تعطي حلولاً تقنية وتجارية تستعمل لتبسيط العلاقات العقدية، وهو نتيجة تحقق طريقة معدة سلفاً، بحيث تكون هذه الطريقة هي المقياسية (Normalisation).

- تعريف المعيار:

فالمعيار لغة، المعيار من المكايل، ما عير، قال الليث: العيار ما عايرت به المكايل، فالعيار صحيح تام واف، تقول: عايرت به أي سويته، وهو العيار والمعيار، يقال: عايروا ما بين مكايلكم وموازينكم، وهو فاعلوا من العيار².

التعريف التقني: مجموعة المقاييس التقنية المحددة، إما في مجالات الصناعة فهو مقاييس الإنتاج³، وهو القاعدة المعمول بها داخل مؤسسة ما لتحديد مميزات منتج أو طريقة عمل¹.

¹ الموقع الإلكتروني www.wikipedia.org

² ابن منظور، لسان العرب، مادة عير، مرجع سابق، ج10، ص 350.

³ موسوعة Encarta 2005 قرص مضغوط.

- شبكة الترويج والبيع

(1) تعريف كلمة شبكة:

الشبكة هي الآبار المتقاربة، قريبة الماء يفضي بعضها إلى بعض وهي كذلك جحر الجرد بحيث تكون الفتحات المؤدية إلى الجحر متعددة وفي كل الاتجاهات تضمن له ولصغاره السلامة عند حذق الخطر²، ترتيب خاص يضمن حركة المواد و/أو القيم و/أو الأشخاص و/أو المعلومات³.

(2) تعريف كلمة ترويج

العمل المخصص من أجل تعريف وتحيز ودعم شيء أو منتج ما والتحريض على اقتنائه واستهلاكه على نطاق أوسع؛ في مجال التجارة كذلك هو مجموعة الأفعال المخصصة من أجل التعريف بمنتج ومضاعفة بيعه وهذا ما يعرف بفن التسويق الذي هو تقدير حاجيات ومآرب المستهلك، من أجل إعداد إستراتيجية لتسويقه⁴.
وبدمج التعاريف الخاصة لكل كلمة يمكن الحصول على التعريف التالي لشبكة الترويج والبيع، هي مراكز منتشرة عبر مناطق عديدة وطنية و/أو دولية، لكل مركز اختصاص إقليمي معين قصد تعريف وتقريب المنتوجات من المستهلك وحثه على اقتنائها، وتوفير التسهيلات الممكنة له.

ثانيا: المؤسسة العمومية الاقتصادية

استنادا للمادة الأولى من قانون عقد التسيير⁵ يتجلى أن المؤسسات العمومية الاقتصادية هي الطرف المقابل للمسير، كما أن محضر الجلسة العلنية السادسة

¹ Dictionnaire encyclopédique Larousse, librairie LAROUSSE, édition 1986, p. 875.

² ابن منظور، لسان العرب، مادة شبك، ج8، مرجع سابق، ص 15 و16.

³ موسوعة Encarta 2005 قرص مضغوط

⁴ الموقع الإلكتروني www.wikipedia.org

⁵ القانون 01-89 المؤرخ في 1989/02/07 المتضمن عقد التسيير.

والعشرين المنعقدة يوم الأحد 1989/01/22¹ جاء فيها ما يلي : "...، وأن المؤسسات العمومية الاقتصادية والشركات المختلطة الاقتصاد هي وحدها المؤهلة لإبرام هذا النوع من العقود"

إلا أن القانون المنشئ والمنظم للشركات المختلطة الاقتصاد، سيما القانون 82-13 المؤرخ في 1982/08/31 المعدل والمتمم، يعتبر ملغى بموجب المرسوم التشريعي 93-12 المؤرخ في 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمار كما سبق الإشارة إليه؛ وعليه، اكتفى بتعريف المؤسسات العمومية الاقتصادية فقط.

جاء تعريف المؤسسة العمومية الاقتصادية في المادة الثانية²: "المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام، أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة وهي تخضع للقانون العام."

كما جاء في المادة الخامسة³: "يخضع إنشاء المؤسسات الاقتصادية العمومية وتنظيمها وسيرها للأشكال التي تخضع لها شركات رؤوس الأموال المنصوص عليها في القانون التجاري، غير أنه يجب أن يشتمل مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة، حسب الحالة، على مقعدين لصالح العمال الأجراء حسب الأحكام المنصوص عليها في القانون المتعلق بعلاقات العمل."

يستخلص من المادتين السالفتي الذكر أن المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية، وتخضع في تأسيسها وتنظيمها وسيرها للأشكال التي تخضع لها شركات رؤوس الأموال المنصوص عليها في القانون التجاري، ألا وهي الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة؛ وعليه، سنعطي لمحة مختصرة عن هذه الشركات.

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/22، مرجع سابق، ص 2.

² الامر 04-01 المؤرخ في 2001/08/20، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصوصتها، ج.ر عدد 47 الصادر في 2001/08/22 المعدل و المتمم.

³ المرجع نفسه.

1) الشركات ذات المسؤولية المحدودة S.A.R.L

هي شركات يتكون رأسمالها من حصص الشركاء الذين لا يكونون مسؤولين إلا في حدود حصصهم¹، ويجب أن يكون للشركة عنواناً يمكن أن يشتمل على اسم واحد من الشركاء أو أكثر تكون مسبقة أو متبوعة بكلمات "شركة ذات مسؤولية محدودة" أو الأحرف الأولى منها أي ش.ذ.م.م.²، وبيان رأسمال الشركة الذي لا يمكن أن يكون أقل من 100.000 د.ج

إذن لا يجوز أن يقل رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن 100.000 د.ج ويجب أن يبقى قائماً خلال حياة الشركة، فإذا قل ونقص عن ذلك، وجب على الشركاء زيادته خلال سنة إلى الحد الأدنى القانوني³.

هذا فيما يخص الحد الأدنى، أما فيما يتعلق بالحد الأقصى، فلم يدرجه المشرع، رغم أنه ضروري، بما أن هذا النوع من الشركات خاص بالمشروعات الصغيرة والمتوسطة، إلا أن الفقه يرى أن الحد الأقصى لرأسمال شركة ذات المسؤولية المحدودة يتمثل في الحد الأدنى لرأسمال شركة المساهمة⁴ التي لا تطرح أسهمها للاكتتاب.

هذا وينقسم رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلى حصص متساوية القيمة ويمكن أن تكون هذه الحصص إما نقدية أو عينية، ولا يمكن أن تكون عملاً كما هي الحال في شركات الأشخاص، لأن رأسمال الشركة يجب أن يكون من أموال قابلة

¹ المادة 564 الفقرة الأولى من القانون التجاري الجزائري.

² المادة 564 الفقرة الثالثة من القانون التجاري الجزائري.

³ نادية فوضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 151.

⁴ مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار المطبوعات، الإسكندرية، 2000، ص 621.

للتقييم بالنقود يمكن الحجز عليه لأنه الضمان الوحيد لدائني الشركة¹ ويجب أن تكون حصص الشركاء اسمية، ولا يمكن أن تكون ممثلة في سندات قابلة للتداول².

ذهب المشرع الجزائري إلى النص على ما يلي: "تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة"³.

وهناك بيانات يشترط القانون ضرورة إدراجها في العقد الأساسي للشركة وهي⁴:

- عنوان الشركة واسمها التجاري المسبوق أو المتبوع بعبارة ش.ذ.م.م.
- غرض الشركة ومقرها الرئيسي.
- مقدار رأسمال الشركة والحصص العينية والنقدية التي قدمها كل شريك.
- وصف دقيق للحصص العينية التي قدمها الشركاء وقيمتها المقدرة من طرف خبير معتمد.
- أسماء الأشخاص المكلفين بإدارة الشركة ومحل إقامتهم.
- حياة الشركة أي مدتها.
- الشكل الذي يجب مراعاته في تبليغات الشركة الموجهة للشركاء.

2) شركات المساهمة SPA

تقوم شركة المساهمة على الاعتبار المالي، بل هي النموذج الأمثل لشركات الأموال، وبالتالي ينصب اهتمامها على حصة الشريك أكثر مما ينصب اهتمامها على شخص الشريك.

¹ أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، ج 2، الشركات التجارية- الأحكام العامة، مطابع سجل العرب، 1979، ص 157.

² المادة 589 من القانون التجاري الجزائري.

³ المادة 545 من القانون التجاري الجزائري.

⁴ نادية فوضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 44 و 45.

هي الشركات التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا في حدود حصصهم، وتسمى شركة المساهمة بالشركة وتكون مسبقة أو متبوعة على سبيل الوجوب بذكر شكل الشركة ومبلغ رأسمالها حيث يقدر هذا الأخير حسب الحالة، فهو خمسة ملايين دينار جزائري على الأقل في حالة علنية الادخار ومليون دينار على الأقل في الحالة المخالفة.

إن عملية إنشاء شركة المساهمة تتطلب الكثير من الإجراءات الطويلة والمعقدة، فهي عكس الشركات الأخرى التي تنشأ فوراً وبمجرد إنشاء العقد، ويعود هذا إلى ضخامة هذه الشركة، وما تقوم به من مشروعات، اقتصادية كبيرة يتطلب منها تجميع رؤوس أموال طائلة حتى تحقق أهدافها، وهي أقدر الشركات في اجتذاب رؤوس الأموال من كبار المساهمين أو المدخرين الصغار الذين يرغبون في استثمار أموالهم عن طريق مساهمتهم بسندات مالية تحدد مسؤوليتهم، ولا تكلفهم مشاق المسؤولية المطلقة عن ديون الشركة¹.

يبين القانون الأساسي الذي تدير الشركة بمقتضاه البيانات التالية²:

-الأشخاص الاعتبارية العامة المؤسسة للشركة

-بيان غرض الشركة

-مدة بقاء الشركة

مقدار رأس مالها المتمثل في الأسهم، ومن القروض المتمثلة في السندات، ويبين قيمة السهم وعدد الأسهم وأنواعها إذا كانت اسمية أو لحاملها وشروط تغييرها من أسهم اسمية إلى أسهم لحاملها، وحقوق و واجبات المساهمين، وإصدار السندات وشروطها.

-إدارة الشركة، ورقابته، وسلطة المديرين، وعدد الأسهم التي يمتلكها عضو الإدارة وصلاحياته وحدودها.

¹ نادية فوضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 151.

² محمد صالح بك، شركات المساهمة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، الطبعة 1، ص 48 و 49.

-القواعد الخاصة بالجمعية العامة، وحقوق المساهمين في التصويت وكيفية المداولة.

-جرد أموال الشركة والحساب الختامي، والمال الاحتياطي، وكيفية توزيع الأرباح والخسائر، والقواعد التي تحكم انقضاء الشركة.

-إجراءات حل الشركة وتصفياتها، وقسمة أموالها.

كما يعتبر القانون الأساسي بمثابة دستور الشركة، ومشروع القانون الأساسي الذي يكتتب الجمهور على أساسه، يبقى مشروعاً إلى أن تصادق عليه الجمعية العامة التي تنعقد قبل التأسيس النهائي¹.

تتميز شركة المساهمة نظراً لأهميتها وخطورتها في الوقت نفسه على الحياة الاقتصادية ومشاريع الدولة، وما تقتضيه القواعد العامة، هو أن يشارك المساهمون في تسيير إدارة الشركة، مما أدى بالمشروع إلى تنظيم إدارة هذه الشركة بسبب الهيئات العديدة الموجودة فيها، كالجمعية العامة التي تتداول أمور نشاطها، وكمجلس الإدارة الذي يتولى أمور التسيير وتنفيذ القرارات وتهيئة المراقبين التي تختص بفحص دفاتر الشركة وحساباتها والمحافظة على أموالها².

¹ أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص 289.

² المرجع نفسه، ص 291.

يمكنني إعطاء أمثلة عن عقود التسيير المبرمة من طرف مؤسسات جزائرية مع متعاملين أجنب في مجال تقديم الخدمات منها فنادق سياحية ومؤسسة سيال (S.E.A.L) تم ذكرها في يومية الوطن.

BENELKADI, Kamel (2007) ENTRE CONTRAT DE MANAGEMENT ET MISE A NIVEAU, El Watan, 25 mars, p. 4.

فسوفيتال الجزائر "SOFITEL" فتح أبوابه سنة 1992 متبوعاً بالفندق الكبير مركير

"Le Grand Hôtel Mercure" سنة 2000 و كليهما مستغل عن طريق عقود التسيير، وكذلك مطار هواري بومدين الدولي مسير من قبل الشركة الفرنسية المسماة شركة تسيير المصالح والمنشآت الجوية. كما أن شركة المياه والتطهير لمدينة الجزائر S.E.A.L يربطها بسيواز للبيئة SUEZ environnement عقد تسيير.

للعلم أن شركة المياه والتطهير لمدينة الجزائر سيال هي شركة مساهمة، ومالكا الأسهم فيها بالتساوي هما المؤسسة العمومية الاقتصادية المسماة الجزائرية للمياه A.D.E والمؤسسة العمومية الاقتصادية المسماة الديوان الوطني للتطهير O.N.A. أما الطرف المقابل فهي الشركة الفرنسية سيواز للبيئة، وهي شركة رائدة في مجال التنقيب والتوزيع والتسيير والتطهير للموارد المائية عبر العالم بحيث بلغت أرقامها الإحصائية لسنة 2004 ما يلي:

- رقم أعمال بلغ 11.4 مليار أورو.

وقد قام المشرع بتنظيم كل هيئة وما يتعلق بها من حيث التشكيل وكيفية الاجتماعات وسلطاتها واجباتها.¹

هذا ما نراه في شأن المؤسسة العمومية الاقتصادية بالنسبة للطرف المقابل للمسير.²

=

- عدد مستخدميها 72780 مابين خبير ومسير وإطار.
 - تزويد 80 مليون ساكن بالمياه الشروب و44 مليون بشبكات التطهير.
 - إنجاز أكثر من 10000 مصنع لمعالجة المياه في 70 بلد.
 - استثمار 46.9 مليون أورو في مجالات البحث والتنمية.
- في نهاية المطاف أبرم عقد التسيير هذا، بعد مفاوضات دامت أكثر من ثلاثة (03) سنوات، بحيث انطلقت المحادثات في أكتوبر 2002 والتي أسفرت عن إمضاء بروتوكول اتفاق في فبراير 2003 والذي صادق عليه مجلس الوزراء، والذي أفسح المجال لخبراء وإطارات سيال بتشخيص الأوضاع وإعداد برنامج نشاطات يهدف إلى عصرنه أنظمة توزيع المياه وإعادة تأهيلها، لمرحلة أولى تمتد على مدى خمسة (05) سنوات، والذي حضي بمصادقة مجلس الوزراء الذي خصص للمشروع ميزانية وعين الهيئة العاقدة مع سيواز للبيئة، ألا وهي سيال.
- أدت نتائج المفاوضات إلى إمضاء بروتوكول اتفاق بين سيواز للبيئة والسلطات الجزائرية من قبل السيد عبد المالك سلال وزير الموارد المائية عن الطرف الجزائري والسيد جيرار مسترالت (Gérard Mestrallet) رئيس مدير عام سيواز للبيئة عن الطرف الفرنسي بحضور السيد تيري بروتان (Thierry Breton) وزير الاقتصاد والمالية الذي كان في زيارة رسمية للجزائر يوم 2005/11/12.
- أما إمضاء العقد فكان يوم 2005/11/28 من طرف السيد جون لوي شوصاد (Jean Louis Chaussade) المدير العام لسيواز للبيئة عن الطرف الفرنسي والسلطات الجزائرية، ليكون بمثابة دخول العقد حيز التنفيذ.
- وهكذا ثلاثة (03) سنوات كانت لازمة للتوصل إلى الاتفاق النهائي، والوصول وبصورة ملحوظة إلى حلول مواتية للتحسين من جودة المياه الموزعة وشبكة التطهير لمدينة الجزائر، وذلك عن طريق إعادة بعث حالة مرضية للخدمات عن طريق تصرف تعاقدى مكيف، والتزامات متبادلة تركز على:
- التعبئة ونقل معارف سيواز للبيئة عن طريق انتداب 27 مابين مسير وخبير، وإعداد دورات تكوينية للمسيرين والإطارات الجزائرية.
 - الاستثمار في برنامج الاستثمار لعصرنه وسائل التسيير، وتجديد وتوسيع الشبكات عن طريق ضخ مائتي(200) مليون أورو سنويا.
 - الالتزام المشترك بالنسبة للأهداف وتحسين مستوى الخدمات للوصول إلى تأمين التموين بالمياه على مدى 24 ساعة على 24 ساعة بعد ثلاثة سنوات ونصف (07 سداسيات) وذلك ما وصلت إليه خلال سنة 2009.
 - عقد تطوري لمدة خمسة (05) سنوات يمكن أن يتحول إلى شراكة.
- أما فيما يخص التكوين، فسيواز للبيئة ملزمة بإحداث برنامج للوصول إلى إكساب المعارف ونقل المؤهلات لمستخدمي شركة المياه والتطهير لمدينة الجزائر والتي تعد ثلاثة(3000) آلاف مستخدم وتحسينهم للانضمام إلى ضمان وتحسين الخدمات المقدمة.
- من بين الأهداف التي أبرمت السلطات الجزائرية من أجلها هذا العقد، هو نقل المعارف وإكسابها لمستخدمي شركة المياه والتطهير لمدينة الجزائر (Know how).
- الأهداف المرجوة من العقد:

الفرع الثاني

تحديد أطراف ترست

في إطار ما تم دراسته سلفاً، فيما يخص تعريف العقود، فإن الأطراف المحتملة من تكوين ترست هم اثنان: المؤسس، المسير لصالح المستفيد؛ وفي بعض الأحيان المراقب الذي يكلفه المؤسس بمراقبة المسير ومدى جديته في تنفيذ التزاماته. وعليه؛ سوف نتناول بالدراسة كل طرف على حدة:

أولاً: المؤسس

يطلق على المؤسس¹ بالفرنسية (Le Constituant, le conférant)² أما عند أصحابه الأصليين الانجليز فيطلق عليه³ (The Settlor)، وهو من يقوم بالتخلي مؤقتاً⁴ أو نهائياً⁵ عن بعض أو كل أمواله لمسير، لصالح مستفيد أو غاية معينة، كما يمكن للمؤسس أن يكون هو المستفيد أو أحدهم، أو حتى المسير نفسه⁶. ولقد تم التطرق لهذا الشأن من خلال التعاريف المقدمة سلفاً.

-
- عصرة أنظمة توزيع المياه والتطهير.
 - جرد وتقييم الذمة المالية للشركة.
 - إصلاح وإعادة تأهيل الشبكات.
 - إحداث وسائل عصرية للتسيير التقني.
 - تحسين المردودية على كل المستويات.
 - دراسة الموارد المائية (أكثر من 98% من المياه المستعملة تطرح في البحر دون معالجة).
- ويظهر أن المنافسة شديدة بين الفرنسيين الذين يراهنون على مهارتهم ومعارفهم، والأمريكان الذين يشددون على المعايير والمقاييس.

¹ حسن حسب الله، مرجع سابق، ص 10. جاء في هذه الدراسة مصطلح "المنشئ" كنظير لمصطلح Settlor.

² CUIF Pierre-François, Le contrat de gestion, Op. Cit, p. 48.

³ UNDERHILL Arthur, Op. Cit, p. 7.

⁴ Ibid., p. 36.

⁵ UNDERHILL Arthur, Op. Cit, p. 43.

⁶ Ibid., p. 3.

ثانياً: المسير

يطلق على المسير بالفرنسية (Le gestionnaire)¹ أما في ترست فيسمي ترستي² (Trustee)، وهو من يتلقى الأموال من المؤسس لتكون له بذلك الملكية القانونية عليها مع إبقائها مستقلة عن أمواله³، لينميها له وإن كان هو المستفيد أو أحد المستفيدين

المعينين في العقد، أو من أجل غاية معينة⁴.

كما يمكن أن يكون المسير أي شخص ذي ثقة⁵ وهذا مفاده أنه يستوي في ذلك أن يكون ترستي شخصاً عادياً أو مهنيًا محترفاً:

1- المسير شخص عادي

لا يشترط الكومن لoo في المسير أن يكون شخصاً معيناً بذاته⁶، بل الأصل أن الاختيار يكون للمؤسس، إذ يوكل هذه المهمة لمن يثق فيه، سواء لأمانته أو لخبرته ولا يقوم المسير بهذه المهمة بالضرورة مقابل أجر، لأن المؤسس عند ظهور هذه الآلية كما رأينا سلفاً كان يوكل هذه المهمة لفارس مثله⁷، لا يكون بحاجة لأجر.

¹ CUIF Pierre-François, Le contrat de gestion, Op. Cit, p. 48.

² العياشي الصادق فداد، مرجع سابق، ص 12. كذلك حسن حسب الله، مرجع سابق، ص 10. كلاهما متفق على تسميته الأمين كنظير لمصطلح Trustee، أنظر كذلك كاسل سامية، المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة ملود معمري-تيزي وزو، 2011، ص 90 إلى 92.

³ UNDERHILL Arthur, Op. Cit, p. 8.

⁴ UNDERHILL Arthur, Op. Cit, p. 5.

⁵ تحسين فاروق التاجي، قاموس مصطلحات المصارف والمال، مرجع سابق، ص 623. و

GAMA-SA Jeanine, Op. Cit, pp. 97-148. Cf. AYNES Laurent, Op. Cit, p. 2. et Laurent Bibaut, Le trust est-il un contrat ?, Le petit juriste.com.

⁶ UNDERHILL Arthur, Op. Cit, p. 3.

⁷ MALAURIE Ph. et AYNES L., Op. Cit, p. 254, Cf. CUIF Pierre-François, Le contrat de gestion, Op. Cit, p. 55 : " La commission de réforme du droit relative au trust classe les trustees en trois groupes : le trustee non professionnel qui agit à titre gratuit (l'ami de la famille), le trustee salarié, qui est le plus souvent un professionnel (avocat, comptable ...), le trustee professionnel ou institutionnel qui se qualifie lui-même de trustee (certaines banques par exemple)."

2-المسير مهني محترف

حين يقع اختيار المؤسس على مهني محترف ليوكل له مهمة التسيير فالأمر يختلف، إذ المتعارف عليه أن المهني لا يقدم خدماته إلا مقابل أجر، غالبا ما يكون معلوما لديه¹.

ثالثا: المستفيد

يطلق على المستفيد² بالفرنسية (Le bénéficiaire)³ وتسميته الانجليزية ليست ببعيدة، إذ يكمن الاختلاف في النبرة الصوتية فقط (The beneficiary)، وهو من تؤول إليه ملكية الإنصاف للأموال التي أودعها المؤسس لدي المسير⁴، وبالتالي يكون له حق الرجوع على ترستي الذي هو المسير فيما يخص التسيير، أو حق تتبع الأموال في يد من آلت إليه واسترجاعها إن كان سيء النية مع بقاء إمكانية حلول هذا الأخير، أي الذي نقلت إليه الأموال، إلى مسير (ترستي) جديد إن كان حسن النية⁵.

الفرع الثالث

تحديد أطراف فيديوسية

ليس لعقد فيديوسية سوى طرفين، المؤسس والمسير. المستفيد ليس طرفا في العقد كما سوف يتم تبينه لاحقا، غير أن المادة 2011 من قانون فيديوسية تلزم المسير أن يعمل لتحقيق هدف معين "لصالح مستفيد أو مستفيدين" من أجل ذلك، يستلزم تعيين هذا الطرف عند إنشاء العقد.

وعليه، نتناول بالدراسة كل طرف على حدة:

والمراجع: حسن حسب الله، مرجع سابق، ص 10 وكذلك العياشي الصادق فداد، مرجع سابق، ص 12.

¹ HANBURY H.G. & MARTIN J.E., Op. Cit, p. 472.

² العياشي الصادق فداد، المرجع السابق، ص 12، كذلك حسن حسب الله، المرجع السابق، ص 10، كلاهما متفق على تسميته المنفعة كنظير لمصطلح Beneficiaries.

³ CUIF Pierre-François, Le contrat de gestion, Op. Cit, p. 48.

⁴ UNDERHILL Arthur, Op. Cit, p. 5.

⁵ Ibid., Op. Cit, pp. 28 et 34.

أولاً: المؤسس

يطلق على المؤسس بالفرنسية (Le constituant, le conférant)¹ أما الاصطلاح المستعمل في القانون المنشئ لهذه الآلية فهو (Le fiduciant)، وهو من يقوم بوضع بعض أو كل أمواله في سجل جرد خاص يطلق عليه السجل الوطني لفيدوسية (Le registre national des fiducies)²، يتولاها مسير لصالح مستفيد أو غاية معينة، ليعاد استرجاعها من قبل المؤسس عند انتهاء العقد³؛ علماً أن القانون لا يشترط مواصفات خاصة في المؤسس سوى أهلية التصرف⁴.

في النص الأصلي لم يكن يسمح إلا للأشخاص الاعتبارية التي تخضع للضريبة على الشركات بهذه الصفة⁵ أما في التعديل من خلال المادة 18 من قانون 2008/08/04 سمح لكل من الأشخاص الاعتبارية والطبيعية من الاتصاف بهذه الصفة؛ إلا أن هؤلاء الأشخاص يخضعون لشروط وقيود مع نوع من الحظر.

1- شروط المؤسس

منذ صدور القانون التديلي لفيدوسية سنة 2008، لم يعد شرط الشخصية الاعتبارية الخاضعة للضريبة على الشركات بقوة القانون أو حسب الحالة شرطاً في المؤسس، الشيء الذي سمح للقانون الفرنسي أن يحذو حذو القوانين الأجنبية أين يمكن للمؤسس أن يكون شخصاً طبيعياً.

¹ C.Civ., Article 2011, Cf., CUIF Pierre-François, Le contrat de gestion, Op. Cit, p. 97.

² C.Civ., Article 2020 : " Un registre national des fiducies est constitué selon des modalités précisées par décret en conseil d'Etat." Cf., BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. Cit, p. 69.

³ BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. Cit, 2010, p. 56.

⁴ Ibid., p. 15.

⁵ C.Civ., Article 2014 : " Seules peuvent être constituants les personnes morales soumises de plein droit à l'impôt sur les sociétés. Les droits du constituant au titre de la fiducie ne sont ni transmissibles à titre gratuit, ni à titre onéreux à des personnes autres que des personnes morales soumises à l'impôt sur des sociétés."

منذ ذلك التاريخ إلى يومنا هذا، كل شخص طبيعي لديه أهلية التصرف وكل شخص اعتباري يمكن له أن يكون مؤسسا في حدود ما جاءت به المادة 2011 من قانون فيديوسية، كما يطلق مصطلح مؤسس على كل شخص قانوني يقوم بنقل أملاك إلى ذمة فيديوسية التي تدعى ذمة التخصيص، دون إعطاء أي توضيحات أو تحديد لشروط.

إذن، يشترط القانون المدني (قانون فيديوسية) في المؤسس أهلية التصرف.

2- القيود الواردة على المؤسس

أ- المحجور عليه: إن القانون ألتعديلي لفيديوسية قد عدل من المواد المتعلقة بالأهلية في القانون المدني¹ لتوضيح أن المحجور عليه لا يمكنه إتمام مثل هذا العقد إلا من خلال القيم عليه.

ب- عند الأزواج: بما أن في القانون الفرنسي ليس هناك استقلالية في الذمم المالية بين الأزواج، فإنه تم تعديل المواد ذات الصلة في القانون المدني² بموجب المادة 1-18 الفقرة 14 من القانون ألتعديلي لفيديوسية لسنة 2008 حيث تلزم الأزواج أنه لا يمكن لأحدهم أن ينقل مالا من الذمة الزوجية دون موافقة الآخر إلى ذمة فيديوسية، يجد هذا القيد مبرراته في كون أن المؤسس ينقل الأموال إلى المسير، وبما أن المال مشترك مهما كان نوعه لا يمكن نقله إلى ذمة فيديوسية دون توافق إرادتي الزوجين معا لإتمام ذلك.

¹ C. Civ., Article 468 al. 2 : " La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur conclure un contrat de fiducie ni faire emploi de ses capitaux."

² C. Civ., Article 1424 al. 2 : " De même, ils ne peuvent, l'un sans l'autre, transférer un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire."

3- الحظر

أ- السفيه: لا يمكن للسفيه أن يعقد فيديوسية ولوعن طريق وليه، لا يمكنه أن يتخذ هذه الصفة حيث يمنع القانون المدني¹ ولي السفيه من إتمام العقد ولو برخصة من المجلس العائلي أو القاضي، من نقل أموال السفيه إلى ذمة فيديوسية.

ب- القاصر: لا يمكن للقاصر أن يكون مؤسساً، بما أنه لا يمكنه إتمام العقود بصفة عامة؛ ومع ذلك فقانون فيديوسية التعديلي لسنة 2008 أوجد المادة 408-1 والتي تنص: "لا يمكن نقل أموال وحقوق القاصر إلى ذمة فيديوسية".

يستخلص مما سلف أن القاعدة العامة هي أن المؤسس حر في إتمام عقد فيديوسية، إلا أن الاستثناء يمس الشخص الذي يمكن أن يكون مسيراً في الوقت نفسه.

ثانياً: المسير

يطلق على المسير بالفرنسية (Le gestionnaire)² أما في فيديوسية فالمصطلح المتداول هو (Le fiduciaire)³، هو من يتلقى الأملاك من المؤسس ليتولى بذلك تسييرها حسب الاتفاق المذكور في العقد، كما يكون ملزماً بالإبقاء عليها منفصلة عن أمواله وذمته، لينميها للمؤسس إن كان هو المستفيد، أو لأحد المستفيدين المعينين في

¹ C. Civ., Article 509 : " **Le tuteur ne peut, même avec une autorisation :**

1° Accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée sauf ce qui est dit à propos des donations, tels que la remise de dette, la renonciation gratuite à un droit acquis, la renonciation anticipée à l'action en réduction visée aux articles 929 à 930-5, la mainlevée d'hypothèque ou de sûreté sans paiement ou la constitution gratuite d'une servitude ou d'une sûreté pour garantir la dette d'un tiers ;

2° Acquérir d'un tiers un droit ou une créance que ce dernier détient contre la personne protégée ;

3° Exercer le commerce ou une profession libérale au nom de la personne protégée ;

4° Acheter les biens de la personne protégée ainsi que les prendre à bail ou à ferme, sous réserve des dispositions de l'article 508 ;

5° Transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé. "

² CUIF Pierre-François, Le contrat de gestion, Op. Cit, p. 516.

³ C.Civ., Article 2011, V aussi CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 97.

كاسل سامية، مرجع سابق، ص 97.

العقد، أو من أجل غاية معينة. وعكس ما رأيناه في ترست، لا يمكن لأي شخص أن يتقلد هذه الصفة، لأن القانون¹ جاء بهم على سبيل الحصر²، وهم: شخص اعتباري عام والمحامون.

1 -المسير شخص اعتباري عام

الأشخاص الاعتبارية العامة هم الأشخاص الذين جاءت بهم المادة 2015 من القانون المدني وهم:

أ -الأشخاص الاعتبارية المرخص لها

نظرا لاعتبارات احترازية³ لم يسمح المشرع الفرنسي إلا لبعض الأشخاص الاعتبارية في المادة 2015 من قانون فيثوسية بتقلد هذه الصفة؛ لم يأت تعيين هذه المؤسسات اعتباريا، وإنما كونهم كلهم تحت وصاية الوزارة المنتدبة لدى التجارة الخارجية، ومراقبتها تمر عبر إخضاعها للاعتماد أو الاكتتاب حسب الحالة عند الإنشاء لدى السلطة المكلفة بالأسواق المالية، أو مجلس البنوك، أو السلطة المكلفة بمراقبة شركات التأمين، أو التعاضديات ويتعلق الأمر بـ :

- المؤسسات المالية المذكورة في المادة L.511-1 من قانون الصرف والمالية، حيث جاء النص بهذه الصيغة: " المؤسسات هي أشخاص اعتبارية تمتن العمليات البنكية على سبيل الاعتياد حسب المادة L.311-1 كما يمكنها القيام بالعمليات التي لها علاقة

¹ La loi n° 2007-211 du 19/02/2007 Instituant la fiducie.

² C.Civ., Article 2015 : " Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances.

Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire.", Cf. PDGB Société d'Avocats- G. Bachasson, X. Hugon et F. Dereux, Op. Cit, p. 1.

³ BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. Cit, p. 18.

بأنشطتها حسب المادة 2-L.311.

- المؤسسات والمصالح المذكورة في المادة 1-518 L من قانون الصرف والمالية، لا سيما الخزينة العمومية، بنك فرنسا والبريد حسب الشروط المحددة في المادة 25-518 L وإدارات البنك المركزي لأقاليم ما وراء البحار وإدارات البنك المركزي الخارجي وصندوق الودائع.

- مؤسسات الاستثمار المذكورة في المادة 4-531 L من القانون نفسه، أي الأشخاص الاعتبارية، غير مؤسسات القرض التي تقدم خدمات استثمارية بعنوان مهنته الاعتيادية.

- شركات التأمين حسب المادة 1-310 L من قانون التأمينات لا سيما :

1- شركات التأمين على الحياة التي تلتزم بدفع رأسمال في حالة الزواج، أو ازدياد الأطفال، أو الإعلان عن الادخار.

2- شركات التأمين المختصة في التأمين على الأضرار الجسمانية المتعلقة بالحوادث والأمراض.

3- شركات التأمين التي تغطي الأخطار الأخرى بما فيها النشاطات المتعلقة بالمساعدة.

4- الشركات المعتمدة حتى تاريخ 1993/01/01 والتي يمكن أن تدعى للادخار العام دون الاكتتاب بشروط خاصة.

تكون فرنسا بهذا قد نهجت نهج عديد من الدول¹ ذات التقنين المدني التي اعتمدت فيديوسية كآلية قانونية.

¹ ألمانيا، سويسرا، اللكسمبورج، الكيبك بالكنده، كولومبيا وما إلى ذلك.

ب -المسير محام

1- ملاحظة: في النظام الداخلي لنقابة المحامين بباريس بموجب مادته 3.26 لسنة 1992 كان يسمح للمحامي أن يكون مسيرا سواء في عقد فيدوسية (Fiduciaire) أو في ترست (Trustee) بمقتضى القوانين الأجنبية دون القانون الفرنسي، رغم أن مهنة المحاماة تتناقض مع مهنة التسيير، لما في ذلك من حالة تنافي، لاسيما ما تعلق منها بالسر المهني لمهنة المحاماة.

2- المحامي مسير¹: لم يكن ذلك ممكنا إلا بموجب التعديل الذي أدخل على قانون فيدوسية سنة 2008، حيث أوكلت مهمة التسيير للمحامي² من خلال المقاربة في توحيد التزامات المحامين من تلك التي تخص المسيرين.

3- السر المهني: أتت نصوص القانون³ بالتوضيحات فيما يخص السر المهني برفع حالة التنافي التي كانت سائدة بين مهنة المحامي ومهنة المسير، لا سيما ما تعلق منها بالتصريح حيث أصبح بإمكان المحامي القيام بالتصريحات المتعلقة بعقد فيدوسية لدى مصالح الضرائب.

ثالثا: المستفيد

يطلق على المستفيد⁴ بالفرنسية (Le bénéficiaire)⁵ المستفيد ليس طرفا في العقد، وفي هذا الشأن يرجع إلى القواعد العامة ويسري عليه ما يسري في الاشتراط لمصلحة الغير⁶.

¹ Loi N°2008-776 du 04/08/2008 de modernisation de l'économie.

² Art.2015 al 2 du code de la fiducie.

³ Ordonnance N°2009-112 du 30/01/2009 Portant diverses mesures relatives à la fiducie.

⁴ العياشي الصادق فداد، المرجع السابق، ص 12. كذلك حسن حسب الله، المرجع السابق، ص 10، كلاهما متفق على تسميته المنتفع كنظير لمصطلح Beneficiaries، إلا أنني أفضل مصطلح المستفيد وسأستعمله في باقي الدراسة، يراجع كذلك كاسل سامية، مرجع سابق، ص 99.

⁵ CUIF Pierre-François, Le contrat de gestion, Op. Cit, p. 48.

⁶ BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. Cit, p. 14.

المستفيد ليس طرفا في العقد رغم الأهمية التي يشكلها هذا الأخير، لأن أصل وجود العقد ليستفيد هو منه؛ على خلاف المؤسس، يمكن أن يكون المستفيد شخصا طبيعيا أو اعتباريا، ويستوي في ذلك أن يكون موطن المستفيد فرنسا أو بلدا آخر.

تسمح المادة 2016 من قانون فيدوسية أن يكون المؤسس أو المسير هما المستفيدان أو أحدهما، بما أن المستفيد ليس طرفا في العقد، عكس المؤسس أو المسير الذي يجب أن يكون طرفا فيه تحت طائلة البطلان¹؛ يتم عقد فيدوسية من أجل هدف معين، يحدد موضوع العقد، حيث يجب على المسير أن يعمل لمصلحة المستفيد، من أجل ذلك وجب أن يكون قابلا للتعين.

تنص المادة 2018 من قانون فيدوسية على أن العقد تحت طائلة البطلان يجب أن يعين:

(....)

3- هوية المؤسس أو المؤسسين.

4- هوية المسير أو المسيرين.

5- هوية المستفيد أو المستفيدين أو إذا اقتضى الأمر الطريقة التي تسمح بتعيينهم.

(....)

وعليه، فإن كانت هوية المؤسس والمسير، تحت طائلة البطلان، واجبة التعيين عند إتمام العقد، فإن تلك المتعلقة بالمستفيد تركت للاختيار؛ أن يعين في العقد إن كان ذلك ممكنا أو تعين طريقة تعيينه.

¹ BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. Cit, p. 24.

المبحث الثاني

تحديد أصل وتاريخ الآليات الفريدة للتسيير

منذ فجر تاريخ البشرية، الأصل أن يسهر المالك على تسيير ممتلكاته بنفسه؛ إلا أن هذا الزمان قد ولى، بحيث لم يعد ذلك ضروريا. إذ أصبح بإمكان المالك أن يعهد بأمواله كلها أو بعضها لشخص آخر ليسيرها له، خاصة إذا لم يكن المالك من أهل الاختصاص في التسيير. إلا أن ذلك لم يكن واضحا بالصورة التي هو عليها اليوم، الأمر الذي أخذ مدة زمنية لا يستهان بها ليتطور.

ومما لا شك فيه لآلية التسيير جذور، والتعرف على هوية وانتماء الآليات الثلاث سيرفع اللبس والإبهامات التي تحيط بهذه الأخيرة، بحيث ينتمي عقد التسيير إلى القانون المدني الجزائري ولكن، هل هذا العقد أصيل في المجتمع الجزائري؟ وماهي الحاجة التي أدت إلى إيجاده؟ لأن الحاجة أم الاختراع كما يقال؛ وعليه، يتناول المبحث أصل العقود الثلاثة بالدراسة وجذورها وتاريخ ظهورها، فمعرفة المنبع أساسية لمعرفة أسباب وجودها، ولتيسر لنا من الإجابة على هذه التساؤلات. لا بد أن هناك حاجة ملحة أجبرت أهل الاختصاص على إيجاد هذا النوع من العقود، وللحاجة تاريخ، وهذا التاريخ يبقى ذا أهمية لتحديد الزمان، لأن في تحديد الزمان إمكانية تحديد الظروف التي دفعت إلى حاجة استعمال مثل هذا النوع من العقود.

نتناول في هذا المبحث، أصل العقود (الطلب الأول) وتاريخ كل عقد (المطلب

الثاني) على النحو التالي:

المطلب الأول

اشتراك الآليات الفريدة للتسيير من حيث الأصل

إن معرفة أصل هذه الأدوات القانونية لذو أهمية بالغة، بإمكانها أن تعطينا فكرة عن مكان إيجادهما، بحيث تُمكن معرفة المكان من تحديد الأسباب السياسية،

الاقتصادية والاجتماعية التي أدت إلى ظهورها، لأنه لا يتصور أن هذه الآليات جاءت اعتباطا، بل من المؤكد أن الحاجة هي التي كانت وراء ظهورها.

وعليه، نتطرق بالدراسة، لكل من عقد التسيير (الفرع الأول) وترست (الفرع الثاني) وأخيرا فيدوسية (الفرع الثالث)، كما يلي:

الفرع الأول

أصل عقد التسيير

قرر أهل الاختصاص من القانونيين، السياسيين والاقتصاديين أن الجزائر بادرت بتصحيح مسارها الاقتصادي في أواخر الثمانينات (80) لا سيما بعد ظهور جملة من القوانين (القانون 01-88 و 02-88 و 03-88 و 04-88 و 05-88 و 88-06 والمؤرخة في 12/01/1988)¹ هذه القوانين التي كانت لها آثار عميقة في التحولات السياسية والاقتصادية للبلاد.

ولعل من أهم هذه القوانين ذلك القانون الذي هو عقد مسمى يدعى عقد التسيير، والذي يرجع سبب وجوده إلى فشل المفاوضات التي شاركت فيها السلطات الجزائرية مع أرباب العمل (Patronat) القائمين على السياحة الفرنسية من أجل تطوير قطاع السياحة؛ ولا سيما فيما يخص التسيير الفندقي، نظرا لتوفر الجزائر على سلسلة من الفنادق بقيت مستغلة دون المستوى المطلوب ودون الوسائل المتوفرة، سواء منها

¹ القانون 01-88 المؤرخ في 12/01/1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر عدد 02 الصادر في 13/01/1988، المعدل والمتمم.
القانون 02-88 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بالتخطيط، ج.ر عدد 02 الصادر في 13/01/1988 المعدل والمتمم (ملغى).
القانون 03-88 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بصناديق المساهمة، ج.ر عدد 02 الصادر في 13/01/1988 (ملغى).
القانون 04-88 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بتحديد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر عدد 02 الصادر في 13/01/1988 (ملغى).
القانون 05-88 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بقوانين المالية، ج.ر عدد 02 الصادر في 13/01/1988 المعدل والمتمم.
القانون 06-88 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بنظام البنك والقرض، ج.ر عدد 02 الصادر في 13/01/1988 (ملغى).

البشرية أو المادية، لمدة دامت أكثر من سنتين (1986-1988)¹ والتي لم تمكن البلاد من تحقيق مخططاتها التنموية في القطاع السياحي، بحيث أنه خلال تلك الحقبة لم يتمكن المشرفون على قطاع السياحة من تحقيق أهدافها. أصل المشكلة هنا يعود لعدم احتواء التشريع والقوانين الجزائرية على عقد مسمى يدعى عقد التسيير². هذا ما جاء في المنتدى الذي نظمته مجموعة "Juris-Group" الدولية تحت إشراف الغرفة الوطنية للتجارة والصناعة.

دفاعا عن مشروع القانون في جلسات مناقشاته لدى المجلس الشعبي الوطني، قُدم العقد على أنه أنجلوساكسوني الأصل، يعرف حاليا تطبيقات واسعة في العديد من بلدان العالم وفي ميادين عديدة، منها مجال الفنادق والسياحة والشركات الاقتصادية الأخرى.

إن هذا العقد الانجلوساكسوني الأصل الذي يعرف تطبيقات واسعة عبر أغلب دول العالم في مجال الفنادق والسياحة، الهدف منه هو السعي إلى تحسين الخدمات وتحقيق المردودية الاقتصادية وتحسين الموارد من العملة الصعبة، عن طريق إيجار كفاءات وخدمات لصالح المؤسسات العمومية الاقتصادية؛ هذا ما جاء في محضر الجلسة العلنية الرابعة والعشرين المنعقدة يوم الأربعاء 1989/01/18 مساء على لسان السيد وزير العدل خلال دراسة مشروع القانون المتضمن عقد التسيير، وكذلك السيد مقرر اللجنة القانونية والإدارية الذي يفيد أن أصل العقد أنجلوساكسوني³. كما أن الأستاذ كويف (CUIF) أورد في تلخيص لأحد كتبه⁴ الذي جاء فيه: "هذا القانون الانجلوساكسوني عُرف بترست (Trust)، وهو أداة فريدة للتسيير ورفع شأن

¹ B. Abderrahmane, Actes de séminaire : " L'Entreprise Algérienne et la négociation des contrats internationaux", Juris-Group en parrainage avec la Chambre Nationale du Commerce-1990, pp. 10 et 11.

² Ibid., Op. Cit, p. 11.

³ محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/18، الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، العدد 66، ص 2 و3.

⁴ CUIF Pierre-François, Le contrat de gestion, Ed. ECONOMICA- Recherches Juridiques, 2004.

أملاك الغير، وبالرغم من تأقلم ترست في القانون الفرنسي إلا أنه كثيراً ما يثير الصعوبات بسبب الضبابية التي يثيرها الائتمان على الملكية.

وعليه لا ريب أن أصل عقد التسيير لا يمكن أن يكون سوى ترست، لأنه الآلية الوحيدة والفريدة التي تميز القانون الانجليزي¹ والتي لم تفقد لا بريقها ولا استعمالاتها عبر الزمن، بل العكس هو الواقع، حيث أن استعمالاتها في تزايد ومجالاتها في توسع مستمرين كما ستبينه الدراسة.

الفرع الثاني

أصل ترست

نشأ ترست في فرنسا في منطقة نورمندي (La Normandie) خلال العصور الوسطى في فترة الحروب الصليبية² ليعبر بعد ذلك المانش (La manche) مع غيوم الفاتح (Guillaume le conquérant) أين أستقر في المعاملات والقوانين الانجلوساكسونية³، وتطور بفضل حماية قانونية خاصة في إنجلترا في ظروف تاريخية خاصة؛ فخلال الحروب الصليبية تم استعمال هذا النظام (ترست) من قبل الفارس الصليبي الذي يضع بين يدي صديق أمواله، ليقوم هذا الأخير بتسيير هذه الذمة المالية لفائدة عائلة الفارس خلال فترة غيابه⁴، كما أن هذا النظام تم استيراده من العالم الإسلامي، كما سبقت الإشارة إليه، من قبل الفرسان الصليبيين الذين رجعوا من حملات صليبية من أراضي إسلامية، حيث كان مطبقا هو نظام الوقف الإسلامي⁵،

¹ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 46. Cf. PAPANDREOU M.F., thèse : Fondement du droit anglais des biens, Strasbourg, France, 1996, p. 496.

² AYNES Laurent, Les journées de l'ingénierie patrimoniale, Trusts : comment comprendre, appliquer et maitriser la nouvelle donne fiscale, le 2 et 3/02/2010, p2.

³ AYNES Laurent, Les journées de l'ingénierie patrimoniale, Op. Cit, p2.

⁴ Ibid., p. 2. Cf. Laurent Bibaut, Le trust est-il un contrat ?, Le petit juriste.com

⁵ محمد عبد الحليم عمر، نظام الوقف الإسلامي والنظم المشابهة في العالم الغربي-دراسة مقارنة، المؤتمر الثاني للأوقاف-الصيغ التنموية والرؤى المستقبلية، 09-11/12/2006، ص8.

الذي اقتبس بدوره عن القانون الروماني (fideicommissum)¹ بحكم أن الإمبراطورية الرومانية كانت مترامية الأطراف وقريبة من الدول الإسلامية التي توالى عبر التاريخ .

نظام ترست هو مفهوم أساسي في القانون الانجليزي² أي كومن لoo (Common law) ومن خلال إنشاء ترست، يقوم شخص بنقل ملكية أموال لشخص آخر يدعي المسير، ليسيرها لصالح مستفيد³. إن مثل هذا النظام وباقي نظم القانون الانجليزي لا يمكن فهمها إلا من خلال دراسة تطورها التاريخي بما أن مميزاته الحالية تم اكتسابها بمرور الزمن خلال عملية تكوين كومن لoo (Common law) الأمر الذي سوف نتطرق إليه فيما هو آت.

الفرع الثالث

أصل فيدوسية

نشأت فيدوسية في ظل القانون الروماني⁴ (fideicommissum) وتشبه إلى حد ما النظام الجرمانى (Salmann)، والذي تأثر به النظام القانوني الإسلامي والمسمى بالوقف، والذي أعيد إدخاله إلى أوروبا مرة أخرى عن طريق الصليبيين، لا سيما مع قيوم الفاتح (Guillaume le conquérant)⁵ ليتطور ويصبح فيما بعد ترست الذي نعرفه اليوم، وكانت فيدوسية غير غريبة عن الإمبراطورية الفرنسية قبل سنة 1789⁶ إلا أن قانون نابليون المدني الصادر سنة 1804 تجاهلها⁷، وبذلك وضعت

¹ MARIELLE Moris, La fiducie en droit Belge : Quelques applications, IDEFISC, Actualité des idées fiscales, pp. 1 et 2

² محمد عبد الحليم عمر، مرجع سابق، ص8.

³ المرجع نفسه، ص5.

⁴ MALAURIE Ph. et AYNES L., Les biens, 5° éd. DEFRENOIS, lextenso éditions 2013, p. 254, Cf. MARIELLE Moris, Op. Cit, p. 1.

⁵ AYNES Laurent, Les journées de l'ingénierie patrimoniale, Op. Cit, p2.

⁶ MALAURIE Ph. et AYNES L., Op. Cit, p. 255.

⁷ Ibid., p. 93.

وضعت طي النسيان واستبدلت استعمالاتها خلال كل هذه الفترة بنظام ترست الأجنبي، إلى أن صدر قانون فيدوسية سنة 2007¹، غير أن هذا لم يمنع من تطورها في بعض الدول الرومانوجرمانية مع تبنيها لبعض مبادئ ترست².

المطلب الثاني

تاريخ عقد التسيير وترست وفيدوسية

إن معرفة تواريخ إيجاد عقد التسيير، ترست وفيدوسية، هذه الآليات الفريدة، والتي يبدو أنها مستوحاة من بعضها البعض ل ذو أهمية بالغة، لأن تاريخ وجود فيدوسية الرومانية كان أسبق من تاريخ وجود ترست، وأن عقد التسيير بالنسبة لهما كان الأخير في الظهور، كما أن هذا التاريخ سيحدد الزمان والمكان اللذين احتضنا ظهور كل واحدة منهما، لأنه يعبر عن حاجة المجتمع.

أما بالنسبة للتسلسل التاريخي لظهورها في تشريعات البلدان المعتمدة في المقارنة موضوع الدراسة فكان مختلفا تماما؛ بحيث يعود ظهور ترست في إنجلترا إلى عام 1066 مع استيلاء غيوم الفاتح عليها (الفرع الثاني)، ويعود تاريخ ظهور عقد التسيير في الجزائر إلى سنة 1989 (الفرع الأول)، أما فيدوسية فيعود تاريخ ظهورها إلى سنة 2007 (الفرع الثالث) ومع ذلك عدلت وتممت عدة مرات.

يعود السبب، لإمكانية نقل ملكية العقار دون تجزئته لعدة أجيال والتي كانت تعد من النظام العام بحيث لا يمكن التنازل عنها وهذا الذي كان يفيد المفهوم الإقطاعي للملكية الشيء الذي يتنافى ومبادئ الثورة الفرنسية.

¹ Loi n° 2007-211 du 19/02/2007 Instituant la fiducie, (Disponible sur le site: www.legifrance.gouv.fr.)

² MARIELLE Moris, Op. Cit, p. 2.

الفرع الأول

تاريخ عقد التسيير

نظمت مجموعة "Juris-Group" الدولية والمختصة في الشؤون القانونية تحت رعاية وإشراف الغرفة الوطنية للتجارة منتدى لمدة ثلاثة (03) أيام خلال الثلاثي الرابع من سنة 1990 تحت عنوان¹:

" L'Entreprise Algérienne et la négociation des contrats internationaux "

غير أنه لم يكن بالإمكان تحديد التاريخ بدقة².

إلا أنه، وبالرجوع إلى المداخلات المختلفة التي تقدم بها الأساتذة المشاركون، يمكن استنباط أن عدم جدوى المفاوضات خلال الفترة 1986-1988 مع الفرنسيين فيما يخص قطاع السياحة، كان بسبب عدم توفر التشريع الجزائري على عقد التسيير، مما يفسر تزامن صدور قانون عقد التسيير مباشرة في بداية السنة الموالية أي 1989/02/07.

الفرع الثاني

تاريخ ترست

ظهر النعت ترست (Trust) لأول مرة في اللغة الانجليزية قبل سنة 1200 في أكرين ريول (Ancrène Riwe)، وظهر على أشكال بديلة أخرى³ (truste, trost,)

¹ B. Abderrahmane, Actes de séminaire: " L'Entreprise Algérienne et la négociation des contrats internationaux", Op. Cit, p. 33.

² ويعود ذلك لعدم ذكره في مدونة المنتدى ولعدم توفر الأرشيف الخاص بالغرفة الوطنية للتجارة على الوثائق التي تدل على ذلك حسب المعلومات المستقاة من السيد مدير العلاقات الدولية للغرفة الوطنية للتجارة يوم 27 مارس 2007 على الساعة 10 و15 دقيقة.

³ BARNHART Robert et STEINMETZ Sol, The Barnhart Dictionary of Etymology, New York, H. W. Wilson Co., 1988, p. 1173.

(trüste, trist, traist , trest)، ويقصد بها **الثقة** اتجاه شيء أو شخص¹، وظهر في الفترة نفسها في هالي ميدنهايد (Hali Meidenhad) حيث كان يفيد الاعتقاد الديني والإيمان والإخلاص².

إن فكرة ترست تجد جذورها في القانون الانجليزي للعصور الوسطي³، حيث تم إنشاؤه في بداية الأمر تحت مظلة نظام يدعى المنافع (uses)، للتخفيف الضرائب الإقطاعية عن ملاك الأراضي، وكذلك لضمان انتقال العقارات من جيل إلى جيل دون تقسيمها بالمحافظة عليها والحيلولة دون تفتيتها، وبما أن انجلترا انتقلت من مجتمع مصدر ثروته الفلاحة إلى النشاطات التجارية والصناعية والمالية التي أصبحت تهيمن، تطورت المنافع (uses) خلال العصور الوسطي إلى الفكرة العصرية التي هي ترست⁴.

أولاً: المنافع الإقطاعية

السلف الإقطاعي لترست كان معروف بمصطلح المنافع "uses" والمنحدر من العبارة اللاتينية "ad opus"⁵، حيث ساهم عنصران اثنان في التطور المعتبر لهذا النظام؛ إمكانية تجزئة الملكية العقارية بمقتضى الفقه (Estates)⁶ ومساهمة النظام القانوني الانجليزي الذي رسخ فعليته.

¹ ONION Charles Talbut, Oxford Dictionary of English Etymology, Oxford Clarendon Press, 1966, p. 946.

² KUHN Sherman et Hans KURATH, Middle English Dictionary, University of Michigan Press, 1952, Vol. 10, pp. 1137-1140.

³ BARRIERE François, La réception du Trust au travers de la Fiducie, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2004, p. 57, Cf., WORTHLEY B.A., Le trust et ses applications modernes en droit anglais, R.I.D.C Vol 14 N°4, oct.-déc. 1962, p. 704.

⁴ WORTHLEY B.A., Op. Cit., p. 704.

⁵ GAMA-SA Jeanine, Le trust : De la protection patrimoniale au moyen âge à la protection internationale de l'environnement au XXI° siècle, R.Q.D.I N°21.1, 2008, p. 100.

⁶ Ibid.

أ- مبدأ (Estates)

ظهرت المنافع¹ (uses) خلال القرن الثامن عشر (18) كنظام لامتلاك الأراضي تركز على المفاهيم الإقطاعية. إن لهذا المفهوم أسلافا في نظم قانونية أخرى كالقانون الروماني (fideicommissum) أو النظام الجرمانى (Salmann) والذي يعتبر بمثابة منفذ للوصية والمعروف لدى المحاكم الكنسية وكومن لوو (Common law)؛ كما تأثرت المنافع "uses" بالنظام القانوني الإسلامي والمسمى بالوقف الذي أدخل لأوربا من قبل الصليبيين².

بدأت المنافع "uses" بالتطور منذ فتح النورمانيين لانجلترا سنة 1066³، عندما استولى غيوم الأول⁴ على أراضي النبلاء الانجليز ليزعها على الطريقة الإقطاعية (Tenures)، أي عقود امتياز (Estates) يمنحها الملك لبعض الإقطاعيين، ليقوم هؤلاء بدورهم بالتنازل عن جزء من الامتياز لصالح رعاياهم بموجب عقد إيجار خاص؛ على عكس الإقطاعي الحائز على الأراضي في الإقطاع قبل الفتح، الذي كان له حق التملك للأراضي والمساندة والحماية من قبل سيده. وبالمقابل كان على المستفيد إبداء الولاء والاحترام وتنفيذ بعض الالتزامات ودفع الضرائب⁵ وعليه نشأت سلسلة من العلاقات الثنائية (Tenures) مع الملك، والذي كان يعتبر المالك الحقيقي للأرض.

¹ BARRIERE François, Op. Cit., p. 103.

² MARIELLE Moris, La fiducie en droit Belge : Quelques applications, IDEFISC, Actualité des idées fiscales, p1. Cf. GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

³ حسن حسب الله، مبادئ القانون الإنجليزي المنقولة من الشريعة الإسلامية، مركز أبحاث المعاملات الإسلامية، ص10.

Cf., BARRIERE François, Op. Cit., p. 58.

⁴ AYNES Laurent, Les journées de l'ingénierie patrimoniale, Op. Cit, p2.

⁵ GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

كان النظام مبنيًا على مبدأ (Estates)¹ الذي كان يعتبر أنه ليس لأحد الملكية المطلقة للأرض، ليس للحائز إلا جزءًا من حق الملكية، كان كومن لوو يسمح (Common law) بثلاثة أصناف من (Estates) مسماة Estates القانونية: صنف يمنح للحائز الحق مدى الحياة (The estate for life)، وصنف يمنح للحائز الحق حتى لخلفه الخاص (The estate in fee tail) وصنف أخير يمنح الحق لورثة الحائز ما داموا موجودين (The estate in fee simple).

إلا أن حق الملكية لحائزي الأرض تعرض لقيود كثيرة، غالبًا ما كانت تحول الأرض دون انتقال حق الملكية، زيادة على نسبة الضرائب المفروضة على الورثة لحصولهم على هذا الحق²؛ فيما يخص الورثة يجب الأخذ في الحسبان أن النساء والقصر كانوا يخضعون لقيود مفروضة على حقوق انتقال الملكية وعليه، فكان على الحائز الراغب في تمكين زوجته وأولاده القصر من الانتفاع واستغلال أملاكه بعد موته من أن يعهد بهذه الأخيرة إلى شخص أهل ثقة مؤهل قانونًا؛ ينقل له ملكية أمواله ليسيرها لصالح عائلته³. وبالإضافة إلى ذلك مكنت المنافع (uses) الحائز من التملص من القيود التي يفرضها نظام الإقطاع من خلال نقل الأرض إلى شخص أو أكثر (Féofee to uses) مكلف بإدارتها حسب إرادة الحائز وتحويل محصول التسيير إلى المستفيد (Cestui que uses)⁴.

كمثال عن استعمال المنافع (uses) من طرف حائز إقطاعي (Tenant of land): كان ينقل ملكية الأرض إلى مسيرين⁵ ليكون هو المستفيد ولأغراض يحددها هو، كأن يعين الحائز ابنه الأكبر كمستفيد لمعظم أراضيه بعد موته ويقتسم الباقي، بناته وأبنائه القصر أو الكنيسة أو دائنوه، كما كان بإمكانه أن يلزم المسير من تسديد

¹ WORTHLEY B.A., Le trust et ses applications modernes en droit anglais, R.I.D.C Vol 14 N°4, oct.-déc. 1962, p. 704. Cf., GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

² GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

³ BARRIERE François, Op. Cit., p. 102.

⁴ Ibid.

⁵ WORTHLEY B.A., Op. Cit, p. 705. Cf., GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

مستحقات نقل التركة المتضمنة في وصيته بالمداخل التي يديرها استغلال الأراضي¹. وعليه فإن المنافع (uses) تمكن من رفع الحرج، ومعها رفع الخيارات المتاحة بصفة ملحوظة للتصرف في الأرض من قبل الحائزين، والذين اكتسبوا حق التصرف في الأراضي لمن شاءوا، كما أتاحت المنافع (uses) للمستفيدين الوسيلة للتهرب الجبائي بما أن هؤلاء كان لهم علاقة بحق الملكية (Seisin) الموجود في كومن لوو (Common law). وعليه، فأين وجدت تراثيب المنافع (uses) فحق الملكية يعود إلى المسير (Trustee) وإن كان من حق الورثة الحصول على كل أو جزء من الأراضي الحائز (Tenant) بعد موته، لم يكن هذا النقل للحقوق على أساس انتقال حقوق التركة، وإنما يتم عبر المسير (Trustee) حتى يتم تفادي الرسوم والضرائب التي تترتب على انتقال التركة².

ب - النظام القضائي الانجليزي

إن المراحل التاريخية التي مر بها القانون الإقطاعي الانجليزي جعل من الممكن ظهور نظام قضائي ذي قانون مشترك (Sui generis) والمدعو كومن لوو (Common law) لكل المملكة، أساسه السوابق القضائية والذي حل محل المنافع المحلية³.

إلا أن خلال الفترة الممتدة ما بين القرن الرابع عشر (14) والخامس عشر (15) لم تكن محاكم كومن لوو مجهزة بآليات قانونية كافية تتيح لها الفصل في قضايا معقدة تقتضيها معطيات اجتماعية جديدة؛ وفي هذا السياق، وأمام الإحساس الجماعي بالظلم اتجه محاكم كومن لوو من خلال الأحكام الصادرة عنها، ما كان على المتقاضين سوى اللجوء إلى الملك للحصول على حق في الطعن. كان الملك ومجلسه

¹ BARRIERE François, Op. Cit., p. 92.

² BARRIERE François, Op. Cit., p. 275.

³ GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

يحولون تلك الطعون إلى المستشار¹ ليبت فيها بمقتضى سلطة خوله إياها الملك، أساسها تعويضات خاصة². وكان المستشارون الأولون هم رجال الكنيسة، الشيء الذي يبرر بروز مصطلحات جديدة تصدر القرارات الصادرة عن قضاء المستشار، سيما منها "حسن النية" و"الضمير" بحيث كانت تلك القرارات موجهة مباشرة لضمائر الأشخاص لإرغامهم على فعل ما كان يعتبر عدلا، من أجل ذلك عرفت محكمة المستشار على أنها الجهة القضائية المنصفة (Equity)³.

وعليه، فإن مصدر الالتزامات في اختصاص قضاء كومن لوو هو العقد، بحيث وضع المال تحت سلطة شخص ذي ثقة ليديرها (يسيرها) خلال مدة معينة كما هو الحال في حالة المنافع (uses)، لا ينشئ التزاما برد تلك الأموال إلى صاحبها ولا بتحويل عائداتها الاقتصادية إلى المستفيدين، بل هو مجرد واجب يمليه الضمير. وبالمقابل في الاختصاص القضائي الإنصافي (Equity)، فإن الواجب الذي يمليه الضمير يعتبر ملزما قانونا؛ بحيث يعتبر الحائز مالكا للحقوق على أساس الإنصاف (Equitable rights) ويمكنه بالتالي اللجوء إلى محكمة المستشار لإجبار المسير (Trustee) على تنفيذ التزامه كما يتحمل أن يصدر أمر (Sub poena) يقضي بالحجز على الأموال وحبس المسير (Trustee) في حالة استحواذه على الأموال المعهودة إليه⁴، هذا معناه أن الاختصاصيين في هذا المجال كانوا ينظرون إلى المسير (Trustee) بطريقة مختلفة، فيما كانت ملكية الأموال تعود للمسير بالنسبة للاختصاص القضائي للقانون المشترك، فإن الملكية ذاتها كانت مقسمة، بحيث كان للمسير الحق القانوني (Legal right) وللمستفيدين حق الإنصاف (Equitable

¹ WORTHLEY B.A., Op. Cit, p. 705.

² GAMA-SA Jeanine, Op. Cit. Cf. WORTHLEY B.A., Op. Cit, p. 705.

³ MALAURIE Ph. et AYNES L., Les biens, 5° éd. DEFRENOIS, lextenso éditions 2013, p. 254 & WORTHLEY B.A., Op. Cit, p. 705. Cf. CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 47 et GOLDSMITH M.E.A., Le trust : ses emplois bancaires et financiers, Colloque du 29/11/1990.

⁴ GAMA-SA Jeanine, Op. Cit:

(right)؛ وفي حالة تنازع الاختصاصين، فكان الحق يعود لمحكمة المستشار (Equity)، فحقوق المستفيدين كانت مضمونة بموجب حق الإنصاف (Equitable right)¹.

يجب التأكيد على أن الاجتهادات القضائية للمحاكم الخاصة بالمستشار لم تكن معاكسة للأحكام الصادرة عن محاكم كومن لوو، ولكن مكملتها للاجتهادات القضائية باعترافها أن العقارات الفلاحية من اختصاص كومن لوو مع إجبار المالك، والذي هو المسير في هذه الحالة، على استعمال هذه الملكية لصالح المستفيدين الذين يفترض أن يكون انتفاعهم بالأراضي حصراً؛ كان بإمكان المستفيدين الحصول على حق الإنصاف على الأراضي بالتوافق مع كومن لوو².

إلا أنه ورغم كمال هذا النظام واعتراف القضاء الانجليزي به، فإن المنافع كانت ضحية لنجاحها الزائد فتم إلغاؤها بسبب استعمالها في التهرب الضريبي، اعتمد مجلس اللوردات تحت عرش هنري الثامن، القانون الأساسي للمنافع (Statute of uses) في سنة 1535، والذي كان يهدف إلى إعادة تعزيز الضريبة الإقطاعية ونسف قواعد المنافع (uses) بدلاً من فرض حصار على استعمالها³، لم يكن الهدف منه منح المستفيدين حق مقاضاة المسير اعتباراً للحق الذي كانت محكمة المستشار تحميه، وإنما منحهم حق التملك (Seisin) بمعنى السند القانوني (الوثيقة) على الأرض (Estate) مع إقصاء المسير، إذ تحولت حقوق المستفيدين من حقوق إنصاف إلى سند قانوني سمي بتحسين المنافع (Execution of uses)⁴ والغريب في الأمر أن

¹ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 50. Cf. PAPANDREOU M.F., thèse : Fondement du droit anglais des biens, Strasbourg 1996, et HANBURY H.G. & MARTIN J.E., Modern Equity, éd. 15, London 1997, p. 614.

² CUIF Pierre-François, Op. Cit, pp. 62 et 63.

³ محمد عبد الحليم عمر، مرجع سابق، ص8.

⁴ BARRIERE François, Op. Cit., p. 274, Cf., GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

الأصناف غير المحسنة من المنافع (Non parfaite)¹ هي التي كانت بمثابة نقطة الانطلاق لتطوير الترسر المعاصر².

ثانيا: ترسر المعاصر

اسرعملر كلمة ترسر لأول مرة خلال القرن السادس عشر (16) لرسمية الأعراف غير المحسنة، حسب اصطلاح القانون الأساسي (Statute of uses)، إن المشهد الاقصرادي لانجلترا الذي وصلت إليه خلال الرورة الصناعية شجع على رطور هذه الآليات (ترسر) وبالتالي أدى إلى ظهور قانون ترسر الذي لا يزال ررطور إلى يومنا هذا³.

أ- القانون الأساسي للمنافع (Statute of uses)

في بداية القرن السادس عشر (16) ولمواجهة النقص الفادح في مداخل الرزينة الملكية ورصاعد القوة الكنسية، وقصد الرلولة دون السماح بإتمام عمليات احتيالية، تم إلغاء المنافع من خلال ربري نظام القانون الأساسي (Statute of uses) حيث تضمن هذا القانون الأساسي مسألرر هامرر⁴:

1 - المسألة الأولى

إن القانون الأساسي (Statute of uses) مع قانون الإرادة (Statute of wills) أءخلا على القانون العقاري الانجليزي درجة من المرونة لم رعرف سابقا إلا من خلال المنافع، الرر الذي كان بمثابة بداية رربة لررير هذا القانون مقارنة بسابقه من القوانين الإقطاعية باعرامه نظاما لاحقا للنظام الإقطاعي، حيث يقضي أن ملكية

¹ GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

² Ibid., p. 105.

³ BARRIERE François, Op. Cit., p. 277, Cf., GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

⁴ BARRIERE François, Op. Cit., p. 279.

العقار الفلاحي تخول صاحبها سلطة التصرف شبه مطلقة، مستقلة عن سلطة الإقطاعي¹.

2 - المسألة الثانية

صنفت المنافع غير المحسنة في مفهوم القانون الأساسي (Statute of uses) على أنها الممهد لظهور المفهوم العصري لترست.

في الحقيقة هناك ثغرات ثلاث خطيرة أتاحت المد في عمر المنافع تحت غطاء آخر اسمه ترست، تتعلق تلك الثغرات بالمنافع المنشأة على أساس سند ملكية لحقوق غير عقارية، ومنافع الأصول أي الأعمال المتعلقة بالتسيير، مثل دفع ديون من العائدات العقارية أو تسيير العقار خلال فترة غياب المالك الأصلي، وأخيرا المنافع على المنافع أو المنافع من الباطن².

لا اعتبارات اقتصادية، اجتماعية وقانونية، أصبحت هذه الميكانزمات بوصفها بديلا عن المنافع الأصلية بناء على مفهوم القانون الانجليزي³، هي السائدة. إن محرك هذا التطور، والملاحظ خلال الفترة الممتدة من القرن السابع (17) إلى التاسع (19) وبالخصوص ابتداء من النصف الثاني للقرن الثامن عشر (18) مع الثورة الصناعية كان بمثابة التغير الأساسي في شكل تملك الثروة، والتي انتقلت من تملك الأرض إلى الإنتاج الصناعي والنشاطات التجارية والمالية.

وعليه أصبحت هذه المنافع في متناول العائلات الغنية المشاركة في هذه الأشكال الجديدة من المؤسسات، من خلال استثمار الأموال عبر الأسهم والسندات والرهون وآليات أخرى خاصة بأسواق المال⁴.

¹ BARRIERE François, Op. Cit., pp. 277-278.

² GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

³ BARRIERE François, Op. Cit., p. 277, Cf., GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

⁴ GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

في السياق نفسه، إن استعمال ترست (Trust) ينحدر من حالتين للاستثناءات الثلاثة للقانون الأساسي السالف الذكر؛ بداية، هذا القانون لا يخص إلا حقوق الملكية الواردة عن الأرض، لم يكن مطبقاً على حالات التصرف في الحقوق الشخصية التي كانت تكون أغلب أصناف الاستثمارات زيادة على هذا لم يكن القانون (statute) مطبقاً على المنافع بما أن المنافع المحسنة في مفهوم القانون الأساسي الذي اعتمد إقصاء المسير بسبب تناقضه مع الوظائف المفروضة على المنافع، إلا أن امتلاك رؤوس الأموال تفيد بالضرورة توظيفها، وبالتالي تستدعي أفعال الإدارة أي التسيير بما أنها كانت تستوجب اختيار الاستثمار ومراقبته واختيار الوقت المناسب لبيعها، لذلك هي من بين أصناف المنافع ذات الأصول¹ (Actifs).

وبذلك، ومع سيطرة ترست أي المنافع غير المحسنة، والتي هي خارج سيطرة القانون الأساسي بحيث تقوم محكمة الإنصاف (Equity) بالسهر على وجودها، أُجبر المسيرون على تحمل أعباء المسؤولية المتزايدة، الشيء الذي أدى إلى تطور مجموعة جديدة من القواعد والمبادئ القانونية².

ب- قانون ترست

إن ظهور ترست الخاص برؤوس الأموال الاستثمارية أثر على الاجتهادات القضائية الخاصة بمحكمة المستشار³، مع اعتماد مجلس اللوردات لقوانين أساسية جديدة أدت إلى وجود قانون ترست الذي لا يزال يتطور إلى يومنا هذا.

على سبيل المثال، المسؤولية التي تنشأ عن الاستثمار أدت بمحكمة المستشار إلى تطوير شروط الاستثمار قصد تأطير التزامات المسير، زيادة على اعتماد قواعد تخص التفويض الذي يعطيه المسير للسماسة وأعوان مهنيين آخرين، وفي وقت

¹ GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

² BARRIERE François, Op. Cit., p. 66.

³ GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

لاحق قواعد أساسية تخص وظيفة المسير المحترف¹، كما أخذت المحاكم بعين الاعتبار أن المسير من خلال ممارسة المهام المنوطة به، قد يرتكب أخطاء تسبب أضراراً جسيمة، إما نتيجة تهاون أو عجز².

وعليه، طورت محكمة المستشار فقها مفاده إجبار المسيرين على تعويض كل الأضرار التي قد تصيب ترست بطلب من المستفيد في حالة إخفاقه في التسيير، حسب ما تقتضيه الجدية والتخصص المطلوبين من رجل الأعمال العادي في تسييره لشؤونه الخاصة³ كما أسست لمبدأ افتراض حسن النية للالتزامات التي يلتزم بها المسير في تنفيذه إياها⁴.

إن الإضافات سالفه الذكر التي أثرت على قانون ترست تعتبر بمثابة تطور للاجتهاد القضائي، غير أن هذا لا يعني أن مجلس اللوردات لم يكن له بصمة في هذا، حيث كان قانون المسير (Trustee Act)⁵ بمثابة النص الأول الصادر في سنة 1850 المتضمن تقنيات تحويل الملكية للمسير، ليتم بعد ذلك بقوانين أخرى في 1860، 1859، 1888 و 1889 التي اشترطت على المسيرين مقاييس⁶ على الاستثمارات التي يرتبونها. فخلال عام 1881 حدد قانون الأرض والأفعال والتصرفات الناقلة للملكية، الشروط المتعلقة بتعيين وإنهاء مهام المسيرين، وحتى

¹ GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

² CUIF Pierre-François, Le contrat de gestion, Op. Cit, pp. 54 et 217.

هذا يفيد أن المسير ملزم بتحقيق نتيجة، لأن الأمر يتعلق برجل الأعمال بمعنى أوضح مهني محترف، فإن لم يحقق رجل الأعمال النتائج فمن يحققها؟!

³ GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

⁴ Ibid., p. 107.

⁵ GAMA-SA Jeanine, Op. Cit, Cf., HANBURY H.G. & MARTIN J.E., Op. Cit, p. 471.

⁶ GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

ملاحظة: نقطة تقاطع مع عقد التسيير، مما يؤكد اقتباس عقد التسيير من ترست وفي الحقيقة جاء ذلك بعد قرن من الزمن، عندما المشرع الجزائري ألزم المسير بإضفاء مقاييسه ومعاييرته على التسيير الذي يقوم به من خلال المادة الأولى لعقد التسيير.

طبيعة السلطة المخولة لهم¹. كما حددت القوانين المحدثه سنتي 1888 و 1896 كيفية حماية المستفيدين من تصرفات المسيرين أو من بعضهم البعض²، كما أحدثت وظيفة المسير العام (Public trustee) من خلال قانون المسير العام (Public trustee act)³ لسنة 1906.

بمجرد اعتماد تعديل سنة 1925 لقانون المسير الذي حل محل قانون 1893 أصبحت القوانين الأساسية لترست أكثر وضوحاً⁴.

إن التطور المستمر لقانون ترست يسمح لنا بملاحظة أنه حتى بعد إلغاء القوانين الإقطاعية الخاصة بانتقال الملكية، أن نظام ترست حافظ على استعمالاته في المنظومة القانونية، وأصبح أنجع أداة لتسيير الأموال والأموال وخاصة الأصول المالية، لكن المفهوم الأصلي الذي يركز عليه ترست، ومن ضمنه مدى الثقة في من ينتقل إليه المال⁵؛ لا يرجع نجاحه إلى شقه المعنوي فقط، وإنما لخصوصياته كذلك، والفضل يرجع لهذه الخصوصيات، كون ترست أصبح ميكانيكياً يستعمل من قبل رجال الأعمال لأهداف عدة، لا سيما ما تعلق منها بالتصرفات التي ترد على الملكية⁶.

¹ HANBURY H.G. & MARTIN J.E., Op. Cit, p. 580, Cf., CUIF Pierre-François, Le contrat de gestion, Op. Cit, p. 54.

ملاحظة: يمكن أن يكون هذا القانون قاعدة لوضع نصوص تنظيمية تؤسس للشروط المتعلقة بتعيين وإنهاء مهام المسيرين وطبيعة السلطة المخولة لهم.

² SOUBEYRAND Nicolas et ROBERT-MARQUOIS Marion, *L'étendue des droits du bénéficiaire du trust en droit anglais*, Institut de droit comparé Edouard Lambert, Université Jean Moulin - Lyon III, 1999, pp. 51-83.

³ GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

⁴ BARRIERE François, Op. Cit., p. 87, Cf., GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

⁵ GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

⁶ BARRIERE François, Op. Cit., p. 88, Cf., GAMA-SA Jeanine, Op. Cit.

الفرع الثالث

تاريخ فيدوسية

تعتبر فيدوسية أقدم العقود العينية لدى الإمبراطورية الرومانية، وهي اليوم نظام قائم بذاته لدى العديد من الدول، لا سيما منها ألمانيا، سويسرا، لكسمبورغ؛ وتم إدخالها تدريجيا عبر مراحل في القانون الفرنسي¹. لعديد من السنوات اتخذت فرنسا موقفا معاديا لترست، إلى أن موقفها هذا تطور مؤخرا بسبب توقيعها على معاهدة لاهاي الخاصة بالقانون المطبق على ترست والاعتراف به، الأمر الذي جعلها تفكر في آلية مماثلة في قانونها الخاص.

أ. مرحلة التأسيس

تضمن قانون 2007/02/19 صراحة وبمصطلحات عامة عقد فيدوسية. تدخل فيدوسية القانون المدني في باب يتكون من المواد 2011 إلى 2031، إلا أن هذا القانون خذل الكثير من مؤيدي فيدوسية، والذين وجدوها أكثر من خجولة² ويعود ذلك لقلة مرونتها وحصرها لأشخاص قانونية معينة.

ب. مرحلة النضج

القانون المؤرخ في 2008/08/04 والأمر المؤرخ في 2009/01/30 يعينان بداية مرحلة نضج النظام الجديد، إذ أن مجال فيدوسية في ما يخص الأشخاص امتد إلى:

-المؤسس يمكن أن يكون أي شخص طبيعي أو معنوي، كما أضيف المحامي إلى قائمة المسيرين.

¹ MALAURIE Ph., AYNES L. et GAUTIER P. Y., Les Contrats Spéciaux, 6^e édition, DEFRENOIS, 2012, p. 283.

² GRIMALDI Michel, L'introduction de la fiducie en droit français, Revue de droit HENRI CAPITANT, N°2, 30 Juin 2011, pp. 54-59.

-صيغت الشروط بشكل مرن بحيث أصبحت المدة القصوى لفيدوسية 99 سنة بدلا من 33 سنة.

أدخلت بعض التوضيحات فيما يخص نظام فيدوسية، ليصبح مجموعتين تنظيميتين على التوالي:

فيدوسية التأمينات المنقولة (المواد من 2371 إلى 2372-8)

فيدوسية التأمينات العقارية (المواد من 2488-1 إلى 2488-8)

مع تبين الحلول في حالة تقاعس المدين (المواد من 2373-3 إلى 2372-4 ومن 2488-3 إلى 2488-4) مع الاعتماد الضمني لفيدوسية التأمين دون تجريد، والتي تسمح للمدين بنقل ملكية شيء ما، مع استبقائه في حيازته باعتباره شيئا حيويا بالنسبة إليه، مثل المسكن أو الآلات التي يعمل بها (المادة 2018-1)؛

الباب الثاني

ضرورة تعديل عقد التسيير عن طريق

ترست وفيديو سية

الفصل الثاني

قصور عقد التسيير ومقاربتة بترست وفيديوية

يتم تحديد وتعيين قصور عقد التسيير كونه لا يصح إلا لشخص واحد؛ ألا وهو مؤسسة عمومية اقتصادية فقط، وأن المسير كذلك لا يمكن أن يكون إلا شخصا واحدا يتمثل في شخص قانوني ينتمي إلى نظام قانوني أجنبي، في مجال تقديم الخدمات بما أن النص القانوني المنظم لعقد التسيير قد تم إدراجه في باب العقود الواردة على العمل.

على عكس الآليتين ترست وفيديوية اللتين يمكن أن يكون فيهما المؤسس أي شخص شريطة أن يكون مؤهلا قانونا، إلا أن فيما يخص المسير فالأمر يختلف فيهما، بحيث لا حدود ولا قيود على اكتساب صفة المسير في ترست، قد يكون أي شخص دون استثناء شريطة أن يكون مؤهلا، إلا أن المتعارف عليه أن المؤسس غالبا ما يلجأ إلى المسير لسمعته ومهنيته المتداولة في سوق الأعمال، لأن الهدف المرجو من اللجوء إلى المسير هو تحقيق نتيجة ألا وهي تنمية الأصول والتقليل من الديون على المدى القصير والمتوسط و القضاء عليها على المدى الطويل.

أما بالنسبة لفيديوية، فالمشرع الفرنسي حدد شخص المسير في عدد معين من الأشخاص الاعتبارية في مجال المال والتأمين والمحامين على سبيل الحصر، خشية منه لانتقاص الوعاء الضريبي أساسا، ولتنبيض الأموال وتمويل الإرهاب ثانيا.

أما فيما يخص الاستعمالات فهناك اختلاف بين الآليتين، بحيث لا حصر لاستعمالات ترست، شريطة ألا يكون العمل محظورا، كما يقول الفرنسيون: "الغش ليس ممنوعا، الممنوع أن تضبط و أنت تغش".¹، فالممنوع في ترست أن يضبط في احد الحالات التي لا تتوافق والقواعد القانونية المكونة للكمون لوو، فما عد ذلك كله يسمح به.

¹ Il n'est pas interdit de tricher. Il est interdit de se faire prendre.

بالنسبة لفيدوسية، فإنها لا تصح إلا قصد التسيير أو التأمين، فما عدا ذلك فهي باطلة كما هي الحال في الهبة أو الوصية.

يتناول هذا الفصل بالدراسة في مباحث، مميزات عقد التسيير وترست وفيدوسية (المبحث الأول)، والمبادئ الأساسية لعقد التسيير وترست وفيدوسية ومجالات تطبيقها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مميزات عقد التسيير وترست وفيدوسية

على عكس ترست وفيدوسية، لا يستدعي عقد التسيير نقل الأموال المراد تسييرها إلى المسير، بل إن وضعها تحت تصرفه كاف ليتم التسيير؛ إذ يستدعي ترست من نقل الأموال أصولاً فقط من ذمة المؤسس إلى ذمة المسير ليستبقها منفصلة عن ذمته، وينفذ ترست حسب إرادة المؤسس الواردة في العقد التأسيسي، أما في فيدوسية فالأمر مختلف تماماً حيث تنتقل الأموال أصولاً كانت أو ديوناً إلى ذمة، تدعى بذمة التخصيص حسب طبيعة العقد إن كان قصد التسيير أو التأمين، لكن مؤقتاً أي لمدة معينة وتعود هذه الذمة عند حلول الأجل لتذوب في ذمة المؤسس من جديد.

يهدف عقد التسيير إلى ترقية إنتاج المؤسسات العمومية الاقتصادية على الصعيدين، الوطني والدولي واكتساب المعارف والخبرات التي يتمتع بها المسير، أما ترست فهدفه أعم وأوسع، حيث يصبو إلى تسيير أموال الغير دون تمييز مع الإبقاء على الذمة المسيرة وحدة لا تتجزأ؛ غير أن فيدوسية لا تتم إلا قصد التسيير أو التأمين، ويعود سبب وجودها إلى شعور المشرع الفرنسي بالخطر المحدق الذي مثله ترست على نظامها، من خلال لجوء الأشخاص الطبيعية والاعتبارية على حد سواء إلى هذه الآلية.

تعد المؤسسات العمومية الاقتصادية الشخص الوحيد المؤهل لإتمام عقد التسيير، زيادة على أنه عقد دولي بطبيعته؛ على خلاف ترست وفيدوسية أين يمكن للمؤسس

أن يكون أي شخص طبيعي كان أو اعتباريا، عاما أو خاصا، شريطة أن يكون متمتعا بكامل أهليته، يستوي في ذلك أن يكون العقد وطنيا أو دوليا؛ زيادة على ذلك المسير في عقد التسيير يمثل المؤسس غير أنه لا يمثله في فيديوسية ولكن يعمل لحسابهما، أما في ترست فالمؤسس مستتر تماما إذ يتم المسير التسيير باسمه، ولحساب المؤسس أو المستفيد.

وعليه سنخص كل عقد من عقود السالفة بنوع من التوضيح والتعمق من خلال تحليل أهداف كل آلية على حدة من هذه الآليات الفريدة للتسيير (المطلب الأول)، وخصائصها (المطلب الثاني)، كالتالي:

المطالب الأول

أهداف عقد التسيير وترست وفيديوسية

من المؤكد أن من أوجد هذه الآليات القانونية كان يهدف إلى تلبية حاجيات المجتمع الاقتصادية بما أنها تتعلق بالتسيير، ولا ريب أننا فهمنا هذه الأسباب من خلال الولوج إلى عالم كل آلية في التحاليل السالفة، ما تعلق منها بالأصل والفترة التاريخية التي ظهرت فيها، أو بمختلف التعريفات التي جاء بها الفقه أو التشريع على السواء.

وعليه، نتطرق إلى ما يهدف إليه عقد التسيير (الفرع الأول) وترست (الفرع الثاني) وأخيرا فيديوسية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

أهداف عقد التسيير

من أهداف عقد التسيير، إدراج أحكام جديدة في القانون المدني تتعلق بنوع جديد من العقود الوارد على الخدمات، حيث من شأنه تحسين الخدمات، والمردودية المالية، والاقتصادية، وجلب العملة الصعبة، وترقية مبيعات المنتجات الوطنية على

المستوى الوطني والدولي. وهذا بإضفاء المهارات والعلامات التجارية الدولية عليها¹ كما جاء كذلك في تدخل السيد وزير العدل في الرد على تدخلات السادة نواب المجلس الشعبي الوطني ما يلي: "...، أذكر بأن الهدف الوحيد من مشروع هذا القانون هو استعمال عقد التسيير في إطار التعامل بين المؤسسة العمومية والطرف الأجنبي لا غير، ...²"

كما جاء في محضر الجلسة العلنية السادسة والعشرين المنعقدة يوم الأحد 1989/01/22³ في تدخل السيد مقرر اللجنة القانونية والإدارية ما يلي: "وتستهدف مختلف هذه النصوص وضع أسلوب جديد لتسيير النشاط الاقتصادي، غايته الأساسية ترقية الإنتاج الوطني على الصعيدين الوطني والدولي على حد سواء. ويفضل المتعاملون الاقتصاديون اللجوء إلى عقد التسيير لكونه يسمح بتحكم فعلى في وسائل الإنتاج وبمردودية جيدة واكتساب المعارف والخبرات."

والقول بأن عقد التسيير هو عقد يمكن من التحكم في وسائل الإنتاج واكتساب المعارف والخبرات فهذا يفيد أن عقد التسيير له علاقة بعقود أخرى، ألا وهي عقد نقل المعارف الفنية والتقنية (Know-how) وعقد الفرنشيز (Franchise) من جهة، وكونهما العقدين الوحيدين اللذين يمكنان من اكتساب المعارف والخبرات من جهة أخرى.

وعليه؛ نتعرض لهذين العقدين، كل واحد على حدة، عقد نقل المعارف الفنية والتقنية (أولا) وعقد الفرنشيز (ثانيا).

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/18، مرجع سابق، ص 2 و 4 و 5.

² محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/18، مرجع سابق، ص 5.

³ محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/22، الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، العدد 68، ص 9.

أولاً: عقد نقل المعارف الفنية والتقنية¹

أ- تعريف المعارف الفنية والتقنية (Know-how)

يعرف الفقه الفرنسي² مصطلح Know-how بأنه: "يعد المصطلح الانجلوساكسوني Know-how شائع الاستعمال حتى في العقود المحررة باللغة الفرنسية، كما أنه كان محل عدة تراجم منها براءة، فن الصناعة، وصفة تقنية ولكن ولا ترجمة وفيت بالمضمون الحقيقي للمصطلح.

الترجمة الفرنسية الرسمية لهذا المصطلح هي مهارة وتعد الأقرب معنى، وإن لم تجسد المعنى الحقيقي لـ Know-how".

هناك عدة تعاريف لمصطلح Know-how ، نعتمد منها:

-المعرفة التقنية القابلة للنقل ليست في متناول الجمهور وغير مسجلة³.

طريقة تصنيع تتيح فائدة عملية تجارية أوجدها مهني وأبقاها في سرية عن منافسيه⁴.

يعد Know-how تراكمات المعارف والخبرات المكتسبة، ليس فقط من أجل تطبيق تقنية، ولكن كذلك قصد الاستغلال الصناعي أو التجاري، الإداري أو المالي لمؤسسة ما⁵.

¹ أفضل استعمال للمصطلح المركب: المعارف الفنية والتقنية كمقابل لـ Know-how، كونه أكثر تجسيدا من حيث المعنى عن باقي المصطلحات الأخرى المستعملة.

² Centre d'études et de recherches internationales, Pratiques des contrats internationaux, Op. cit., p. TI-LI-23.

³ MOUSSERON Jean-Marc, Cahiers de droit de l'entreprise, n° 17, Avril 1972, p. 17.

⁴ ROUBIER Paul, Le droit de la propriété industrielle, Tome I, Paris 1954, p. 315.

⁵ MATHELY Paul, Le droit français des brevets d'inventions, Journal des notaires, 1974, p. 380.

ب - خصائص المعارف الفنية والتقنية Know-how

حتى يكون هناك Know-how يجب أن يكون هناك قابلية لنقل المعرفة، كما يجب ألا ترتبط التقنية المبتكرة والمعرفة بشخص مبتكرها فقط، وإنما تكون قابلة للنقل من خلال التعاقد¹.

حتى يكون هناك Know-how يجب ألا تكون المعارف المتعلقة به في متناول الجمهور مباشرة، المبدأ الذي أيدته محكمة النقض الفرنسية² في قضية شركة ألماس (Société ALMES) ضد شركة بوتونيفيسيو فوسانس (Société BOTTONIFICIO FOSSANESE).

عموماً، يقرن نقل المعارف الفنية والتقنية Know-how بخدمات إضافية، كالتكوين أو المساعدة التقنية قصد إتاحة نقل المعرفة التقنية والمهارات³.

عادة ما تتم عقود نقل المعرفة الفنية والتقنية في إطار عقود أوسع كعقود إنجاز مجمعات صناعية، من خلال مهارات المنجز التي اكتسبها، والتي تعد من قبيل المساعدة التقنية ولو لم تكن مسجلة، بحيث تمكن من دخول المجمع حيز الاستغلال في أحسن الظروف⁴.

¹ Le know how, 5ème Rencontre de propriété industrielle, Librairies Techniques, Montpellier 1975, p. 101.

² Cass. Com. Fr. 13 juillet 1966 : JCP.Cl 1967, 81684 : "La cour d'appel, à bon droit, qu'en révélant à un établissement industriel des procédés ou des tours de main encore ignorés de celui-ci et que ce dernier n'aurait pu découvrir lui-même qu'au prix de longues recherches ou de tâtonnement coûteux, le concédant fournit à son cocontractant un avantage appréciable dont il est ainsi subordonner l'octroi au versement de redevances..."

³ Centre d'études et de recherches internationales, Pratiques des contrats internationaux, Op. cit., p. TI-LI-23.

⁴ محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، دط، الجزائر، 2006، ص 106.

غالباً ما تكون عقود نقل المعرفة الفنية والتقنية مقرونة بعقود الرخصة أو عقود التنازل عن براءة الاختراع أو العلامة، وفي بعض الأحيان تكون مكملة لها¹.

ج -النظام القانوني لعقد المعرفة الفنية والمساعدة التقنية

على المستوى الدولي، لا توجد حماية قانونية كتلك المنظمة لبراءة الاختراع بالنسبة للمعرفة الفنية والمساعدة التقنية Know-how ، على الرغم من التوصيات الصادرة عن هيئات دولية مختلفة لا سيما التوصيات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية².

وعليه، لا يمكن لحاملي هذه المعرفة المحافظة على حقوقهم من خلال إطار قانوني خاص بـ Know-how ولكن عليهم اللجوء لإجراءات القواعد العامة قصد ذلك، لاسيما دعوى المنافسة غير المشروعة، دعوى التعويض عن الضرر الناتج عن خرق بنود السرية، أو متابعة مستخدم بدعوى الرشوة جنائياً³.

ثانياً: عقد الفرنشايز (Franchise)

أ -تاريخ ظهور عقد الفرنشايز

تاريخياً، تعد عقود الفرنشايز ذات علاقة بصناعة السيارات بالولايات المتحدة الأمريكية، بحيث كانت قانون حظر-ترست (Anti-trust) يمنع على مصنعي السيارات من بيع منتجاتهم مباشرة إلى المستهلكين، إذ أجبر هؤلاء الصناع من تفويض وكالات تقوم بعملية البيع في مناطق معينة⁴.

¹ Centre d'études et de recherches internationales, Pratiques des contrats internationaux, Op. cit., p. TI-LI-23.

² Centre d'études et de recherches internationales, Pratiques des contrats internationaux, Op. cit., p. TI-LI-23.

³ Ibid.

⁴ Centre d'études et de recherches internationales, Pratiques des contrats internationaux, Op. cit., p. TI-LI-24.

بحيث يكون لكل وكالة إقليم خاص لا يسمح لها تجاوزه، وهو ما يطلق عليه اصطلاحاً منطقة الاستثناء (Zone d'exclusivité) بحيث لا يسمح لأشخاص آخر ولا لوكالة أخرى من النشاط في جزء من أو كل هذه المنطقة، كما لا يسمح بالمقابل لمن منحت له منطقة الاستثناء من بيع منتجات أخرى مع منتجاتها¹.

أصبح الصانع يتحصل على مساعدة من قبل بائع متخصص من خلال هذا النوع من العقود التي كانت من إبداع القانونيين²، بحيث يبين المانح والمتمثل في الصانع إستراتيجية تسويق العلامة ويقوم بالترويج والإشهار لها على المستوى الوطني، كما يقوم بالتكوين التقني والتجاري لهؤلاء الباعة، والذين يسمون الممنوحين على أن يقوموا بمراقبة جودة الخدمات التي يقدمونها³.

كانت مهمة الممنوح تكمن في تنفيذ سياسة المانح على المستوى المحلي (الإقليم الممنوح)، إلا أن هذه السياسة كان الممنوح ينفذها على حسابه الخاص كمقاول مستقل، كان يتعلق الأمر بنظام جد فريد يجمع بين شريكين قصد توزيع منتج معروف على المستوى الوطني⁴.

عرفت الولايات المتحدة الأمريكية انتشار وتوسع لا نظير لهما على مستوى التوزيع بالنسبة لتقنية الفرنشيز، بحيث تم تطبيقها في مجالات مختلفة مثل المطاعم، المغاسل، تأجير السيارات، وكالات الأسفار، توزيع الأغذية وتعدى ذلك حتى إلى النصائح والخدمات المختلفة⁵. تشير بعض الإحصائيات لسنة 1970 أن رقم الأعمال بالنسبة للنشاط المتعلق بالفرنشيز في الولايات المتحدة الأمريكية مثل 120 مليار

¹ Centre d'études et de recherches internationales, Pratiques des contrats internationaux, Op. cit., p. TI-LI-24.

² Centre d'études et de recherches internationales, Pratiques des contrats internationaux, Op. cit., p. TI-LI-24.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Centre d'études et de recherches internationales, Pratiques des contrats internationaux, Op. cit., p. TI-LI-24.

دولار، أي حوالي 30 بالمائة من رقم أعمال تجارة التجزئة، و10 بالمائة من الناتج الوطني الخام، بشبكة تتكون من 900 ممنوح تتبعه 600.000 نقطة بيع¹.

في أوروبا، لم تستعمل هذه العقود إلا بعد الحرب العالمية الثانية، وبالأحرى في الفترة الممتدة بين 1960 و1965، استعملت في بادئ الأمر في محلات الألبسة الجاهزة².

ب تعريف عقد الفرنشيز

هو ذلك العقد الذي يقوم من خلاله طرف يسمى المانح، ويدعى في بعض الأحيان مانح الامتياز بالعهد إلى الممنوح حصرياً توزيع وبيع منقولات أو خدمات في منطقة معينة، مع الحق في استعمال علامة المانح كشعار³.

الامتياز (La franchise) هي ملكية تاجر واحد، يقوم هذا الأخير باستغلالها من خلال انتمائه لمجموعة وطنية، جهوية أو محلية. يعطي عقد الفرنشيز للممنوح الحق في البيع لحساب المؤسسة المانحة في حدود منطقة جغرافية معينة، في مقابل حصول الممنوح على حصرية توزيع منتج أو تقديم خدمة يلتزم بدفع مقابل معين، نسبة من رقم الأعمال، اقتناء تجهيزات أو لوازم من عند المانح⁴.

يحلل الفرنشيز من خلال طبيعة العلاقة التي تنشأ بين الجهة المانحة والممنوح، بأنه شبكة من العلاقات الدائمة، بحيث يقوم المانح بتوريد الممنوح برخصة استغلال علامته، ويقدم له المساعدة في مجال التنظيم والتكوين وتقنية التسيير والتسويق⁵.

¹ Ibid.

² Centre d'études et de recherches internationales, Pratiques des contrats internationaux, Op. cit., p. TI-LI-24.

³ KURSH Harry, Franchise Boom, Prentice Hall, 1969, p. 13.

⁴ Centre d'études et de recherches internationales, Pratiques des contrats internationaux, Op. cit., p. TI-LI-24.

⁵ Ibid.

وعليه؛ يمكن تعريف عقد الفرنشيز بأنه شبكة من العلاقات يقوم من خلالها تاجر حر، باستغلال نظام تسويق يخضع لمقاييس، يظهر للجمهور من خلال شعار أو علامة مشتركة والتي تضمن أفضل مردودية للجميع¹، تكمن الفريدة التي يتميز بها الفرنشيز في النقل الذي يقوم به المانح لخبرته ومعرفته للممنوح من خلال ما يطلق عليه بحزمة الفرنشيز (Package) والتي تمثل محل العقد².

يتم نقل حزمة الفرنشيز من خلال التربصات المهنية والتكوين والمحاضرات التي يتلقاها الممنوح والتي يكتسب فيها التقنية المستعملة، ويخضع بعدها لفحوص يتم من خلالها تقدير مدى تحكمه في هذه التقنية، كما تتم عملية النقل عبر وسائل الاتصال للإجراءات والإرشادات وكذلك من خلال دليل الاستخدام والمناشير التي تشير إلى الطريقة واجبة الإلتباع والأخطاء الواجب تجنبها والمراقبة اللازمة³.

تحتوي حزمة الفرنشيز (Package) على العناصر التالية⁴:

-القواعد الواجبة الإلتباع من أجل تحديد اختيار الموقع، نوع الموقع، الموقع بالنسبة للمنافسين، منطقة تموقع الزبائن، استشراف مناطق التوسع، دراسة النمو الديمغرافي للمنطقة وتطورها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي، إمكانية تحويل الشبكة المرورية.

-مخططات التهيئة والمرافق المبرمجة، جدول الموزعين المعتمدين، قائمة الشروط الخاصة، المخططات الإطار المعتمدة من قبل السلطات المختصة.

¹ BOURSICAN Jérôme, La franchise commerciale et les possibilités qu'elle offre à la petite et moyenne entreprise, thèse de doctorat, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1972, p. 21.

² عروسي ساسية، الطبيعة القانونية لعقد الفرائشيز، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سطيف²، 2015، ص30.

³ Centre d'études et de recherches internationales, Pratiques des contrats internationaux, Op. cit., p. TI-LI-24.

⁴ Ibid., p. TI-LI-25.

قائمة الوسائل المادية اللازمة ومقاييس توصيلها وموقعها، الرسم البياني لوضع الرفوف، دليل كيفية التشغيل، دليل التبضع، طرق التصنيع والبيع، طرق ترقية المبيعات، رزنامة الإجراءات الواجب اتخاذها وطرق فعل ذلك وتكاليفها، دليل عرض المنتجات وكيفية إشهارها محليا، طرق قيد المعلومات من خلال إنشاء بطاقة لتسيير المخزن، كيفية قيد المحاسبة، كيفية مراقبة التنفيذ الجيد للأشغال، كيفية استشراف تسيير المواد المخزنة من خلال إقبال الجمهور أو عزوفهم عليها، قائمة الإجراءات الواجبة المراقبة وكيفية إتمام ذلك والمواعيد المتعلقة بها كالتصريح الضريبي والمعلومات التي يجب تحويلها للمانح.

عموما تكون العلاقة التي تربط المانح بالممنوح هو عقد توريد، بحيث يقوم من خلاله المانح بإمداد الممنوح بخدمات بعنوان المحاسبة والتسيير، بالمعدات والتجهيزات المتعلقة بالمتجر و/أو السلع المتعلقة بالبيع، كما تكون هذه الأخيرة مقرونة بشروط الحصرية (Exclusivité) جزئيا أو كليا وعادة ما تكون متبادلة¹.

يعهد المانح بحق استعمال علامته وشعاره في حدود إقليم معين للمانح، بحيث يتنازل له عن معرفته التجارية (Know-how commercial)؛ بالمقابل يكون الممنوح ملزما بعدة التزامات.

تشتراط كل عقود الفرنشيز على الممنوح على إلزامية تزوده حصريا لدى المانح لمنتجات معينة فقط أو لكل المنتجات التي يقدمها لزيائنه، وحين يكون المانح ليس هو من يصنع هذه المنتجات يكون في هذه الحالة مركزا لتوريد الممنوح، ويكون بذلك مانحا من الباطن².

¹ Centre d'études et de recherches internationales, Pratiques des contrats internationaux, Op. cit., p. TI-LI-25.

² Ibid.

ج -محل عقد الفرنشيز

كما هو مألوف في سائر العقود، لا سيما حين يكون العقد ملزماً للجانبين - كما هي الحال في عقد الفرنشيز - فإن المحل مزدوج، فالمحل بالنسبة للمانح يختلف عن المحل عند الممنوح.

بالنسبة للممنوح، رأينا فيما سبق ذكره أن المحل نسبة من رقم الأعمال أو مقابل نقدي أو شروط معينة يذعن بها المانح الممنوح؛ ومع ذلك ليس هذا هو المهم، إذ ما يهمنا في هذا المقام المحل بالنسبة للمانح، حيث يعد المحور الرئيسي في عقد الفرنشيز.

يتكون محل عقد الفرنشيز من ثلاث عناصر جوهرية هي: المعرفة الفنية، المساعدة الفنية، عناصر ملكية المانح الفكرية ونماذجها الصناعية، وقد اصطلح على تسمية هذه العناصر مجتمعة بحزمة الفرنشيز (Le Package) إضافة إلى مجموعة من المنتجات و/أو الخدمات، يوردها المانح إلى الممنوح.

وهو ما جعل تحديد الطبيعة القانونية لعقد الفرنشيز بالنظر لمحله، يتنوع لدى الفقه، بين عقد مساعدة فنية ومعرفة فنية وعقد ترخيص العلامة التجارية، وعقد توريد.

فمن الفقهاء من اعتبر أن المعرفة الفنية أهم عنصر مكون لمحل عقد الفرنشيز و وصف عقد الفرنشيز بأنه عقد معرفة فنية، ومنهم من اعتبر عناصر الملكية الفكرية الأهم، و وصف العقد بأنه عقد ترخيص به.

وعليه؛ نتعرض إلى كل اتجاه من الاتجاهات الفقهية في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الفرنشيز بالنظر لمحله كما يلي:

-عقد الفرنشيز عقد معرفة فنية ومساعدة تقنية.

-الفرنشيز عقد ترخيص العلامة التجارية.

-عقد الفرنشيز عقد توريد.

1. عقد الفرنشيز عقد معرفة فنية ومساعدة تقنية

1.1- المعرفة الفنية

تعتبر المعرفة الفنية أهم عنصر من عناصر عقد الفرنشيز، فجميع عمليات الفرنشيز تعتمد بالضرورة على المعرفة الفنية التي كانت سببا في نجاح المانح بفضل خبرته السابقة، فلا يوجد عقد الفرنشيز بدون معرفة فنية. وقد عَرَفَ الاجتهاد القضائي الفرنسي المعرفة الفنية بأنها إبداع فكري محض، يتعلق بمجموعة المعارف والتجارب ذات طبيعة تقنية، تجارية وإدارية أو أخرى، المعمول بها في الممارسة العملية لإدارة التجارة أو المهنة¹.

بينما يعرف عقد المعرفة الفنية بأنه: "اتفاق يمنح بمقتضاه المانح إذنا باستغلال حق أو أكثر من حقوق الملكية الصناعية أو حقوق المعرفة الفنية، والخدمات المتصلة بذلك والمساعدات اللازمة لتطبيقها واستخدامها استخداما سليما وذلك خلال مدة معينة، ووفقا لشروط وقيود محددة، بهدف تصنيع منتجات محددة أو خطوط إنتاج محددة بالكيفية والجودة التي كان سيكون الأمر عليها لو كان مانح الترخيص هو نفسه القائم بالنشاط".²

2.1- المساعدة التقنية

بينما يتمثل دور المساعدة التقنية في عقد الفرنشيز في تقديم الخدمات اللازمة لوضع المعرفة الفنية المنقولة موضع التنفيذ، أو كما عبر عنها الاتجاه الفقهي الذي

¹ Cass .com. 4 juin 1996, arrêt n° 1052, pourvoi n° 94-21.027, revue de jurisprudence de droit des affaires (RJDA), 1996, n° 1016, p. 803.

² BURST Jean Jacques, l'assistance technique dans les contrats de transfert technologique, revue internationale de droit comparé, numéro 3, 1979, pp. 577-580.

يصف عقد الفرنشيز بأنه عقد معرفة فنية، وعقد مساعدة فنية بالصورة المتحركة للمعرفة الفنية¹.

ويعرف عقد المساعدة الفنية أو التقنية بأنه: "الاتفاق الذي يلتزم المانح بمقتضاه بتدريب العاملين لدى الممنوح على تشغيل الأجهزة والآلات المستخدمة في عملية الإنتاج وإصلاحها وصيانتها، وتدريبهم على إدارة المشروع بالأساليب الفنية، ويتم ذلك بانتداب عدد من العاملين التابعين للممنوح لدى المانح، أو بانتداب عدد من المختصين التابعين للمانح لفترة من الوقت لدى الممنوح، وخاصة أثناء تطبيق الطريقة الفنية المنقولة وبداية التصنيع وقد تتم المساعدة في عقد مستقل، أو كشرط ضمن عقود نقل المعرفة الفنية أو عقود نقل التكنولوجيا²".

يشوب التعريفين لبسٌ فيما بين المعرفة الفنية والمساعدة التقنية، وبذلك يمكن القول بالنسبة للمعرفة الفنية أنها تتجاوز المساعدة التقنية، بحيث تعتمد بالإضافة إلى الأساليب والوسائل أو الطرق المعتمدة، على الخبرة الشخصية التي يتمتع بها الشخص الحائز لهذه المعرفة، لذا يذهب اتجاه من الفقه إلى التمييز بين المعرفة الفنية والمساعدة التقنية من خلال العقد، فيعد العقد بمثابة مساعدة تقنية في الحالات التالية³:

- إذا كان عقد المعرفة الفنية يتناول تقديم معلومات معروفة.
- إذا كان عقد المعرفة الفنية يشمل القيام بعمل.
- إذا نص العقد بأنه في نهاية المدة، أو في حال انتهاء العقد، فإن المساعدة تبقى حقا مكتسبا للمؤسسة التي جرى تقديم المساعدة لها.

خلافا لذلك، يعتبر العقد عقد معرفة فنية وليس عقد مساعدة تقنية، ويكون ذلك في الحالات التالية:

¹ FABRE Rémi, le know-how : sa réservation en droit commun, éditions Lexis nexis, Paris, 1976, p. 123, Cf. BASCHET Dominique, le savoir-faire du franchiseur doit être évolutif, éditions Economica, Paris 1994, p. 30.

² محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 16.

³ HOUTCIEFF Dimitri, droit commercial - actes de commerce, éditions Dalloz, Paris, 2006, p. 423.

-إذا كان موضوع العقد يتضمن الاتفاق على أساليب ووسائل ذات طبيعة غير معروفة، في نطاق النشاط المحدد، وبالتالي يتوجب على الممنوح أن يحفظ سريتها.

-إذا نص العقد على منع الممنوح من استعمال المعرفة الفنية في حال انقضاء العقد.

لكن بالعودة لعقد الفرنشيز، فإنه لا سبيل لانتقال المعرفة الفنية من المانح إلى الممنوح دون مساعدة المانح، فبتنفيذ المعرفة الفنية يتمكن الممنوح من تكرار نجاح المانح التجاري بفضل القواعد التي تضمنها معرفته الفنية، نصائحه، أساليبه المتميزة، كما يلتزم الممنوح باحترام صورة وسمعة علامة المانح التجارية وتكرار نجاحها.

لذا كيف الفقه عقد الفرنشيز بأنه عقد تكرر (Un contrat de réitération)، لأن تكرار النجاح أحد الأهداف المتوخاة من عقد الفرنشيز، ولأن الممنوح يختار الانضمام لشبكة الفرنشيز للاستفادة من تكرار نموذج نشاط المانح، ومن ثم تكرار نجاحه¹.

وبالتالي فإن المعرفة الفنية مع المساعدة التقنية شرطان متلازمان في عقد الفرنشيز، ويمكن بذلك وصف هذا العقد بأنه عقد معرفة فنية ومساعدة تقنية.

غير أن المعرفة الفنية تعبر عن عنصر معنوي لا يمكن إدراكه أي غير محسوس، لذا فإنه ينعكس على عناصر ملموسة تعبر إما عن مضمونها، وإما عن النجاح المتحقق باستغلالها، وأهم هذه العناصر العلامة التجارية، وهو ما دفع اتجاهها فقها إلى وصف عقد الفرنشيز بعقد ترخيص العلامات التجارية كذلك.

¹ FERRIER Didier, franchise, répertoire de droit commercial, tome IV, éditions Dalloz, Paris, 2006, p. 3.

2. عقد الفرنشيز عقد ترخيص علامة تجارية

رخص المشرع الجزائري باستعمال العلامة التجارية وهذا ما يفهم من نص المادة 16 من الأمر 06-03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالعلامات¹، والتي جاء فيها: "يمكن أن تكون الحقوق مرتبطة بالعلامة موضوع رخصة استغلال واحدة، أو استثنائية أو غير استثنائية، لكل أو جزء من السلع والخدمات التي تم إيداع أو تسجيل العلامة بشأنها".

ويقصد برخصة استغلال العلامة، العقد الذي يمنح بواسطته صاحب العلامة للغير الحق في استغلال علامته كلياً أو جزئياً بصورة استثنائية أو لا، وذلك بمقابل، ولا يترتب على هذا العقد حق عيني، بل حق شخصي يخول للمرخص له حق استغلالها على الوجه المتفق عليه في العقد، كما لا يحول هذا الترخيص دون استعمال المالك لعلامته على منتجاته²

ويأخذ الترخيص باستعمال العلامة التجارية أحد الصور التالية³:

- الترخيص غير الاستثنائي، بموجبه يحتفظ المرخص لنفسه بحق استعمال العلامة التجارية إلى جانب استعمالها من قبل المرخص له.

- الترخيص الوحيد، ويقصد به الترخيص الذي يستأثر بموجبه المرخص له بحق استعمال العلامة التجارية، دون أن يكون للمرخص الحق في منح أي شخص آخر ترخيصاً باستعمال تلك العلامة.

- الترخيص الاستثنائي، وبموجبه يستأثر المُرْخَصُّ له بحق استعمال العلامة التجارية دون أن يكون للمرخص الحق في استعمال العلامة التجارية، لا بنفسه

¹ الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 2003/07/19 يتعلق بالعلامات، ج.ر العدد 44 الصادر في 2003/07/23.

² SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna & JEAN-LUC pierre, Droit de la propriété industrielle, 4 édition, LexisNexis, Paris, 2007, p. 201.

³ عروسي ساسية، مرجع سابق، ص31.

ولا بواسطة الغير، بل يقتصر استعمال العلامة التجارية على المرخص له وحده¹.

و وصف عقد الفرنشيز كعقد ترخيص علامة المانح التجارية، لأن المانح وجهة نجاحه الأصلية، طلب الشهرة، لذا فإنه يبادر إلى جعل الممنوحين يستفيدون من إشارات حشد الزبائن، التي ترتبط بها شهرته².

فشبكة الفرنشيز، عند أول انطلاقة لم تكن تتمتع بأي شهرة مرتبطة بهذه الإشارات، إلا بانضمام الممنوحين إليها، فيكون هنالك تبادل مستمر لمجموع مقدمات التطور، ويتم تحريك إشارات المانح الفارقة، لاسيما علامته التجارية بالوعود التي تكون حادثة، وهو سبب اعتبار العلامة التجارية كإشارة على الحشد³.

فمن المهم لدى المستهلك، أن يجد نفس المعالم ونفس الوعود في نقطة بيع الغير، غير أنه بمقارنة عقد الترخيص باستعمال العلامة مع عقد الفرنشيز، يلاحظ أن هذا الأخير يعد نظاما أكثر تعقيدا من عقد ترخيص العلامة بجميع ما يشتمله، فعقد الفرنشيز يتضمن زيادة عن الترخيص باستعمال الاسم والعلامة، الحق في استغلال باقي حقوق الملكية الصناعية ونقل المعرفة الفنية، وكذلك الحق في الحصول على المساعدة التقنية والتي تشمل الأساليب التي تثبت تجارب المانح ونجاحها لدى الممنوح، ليستدل بها في اختيار الأنسب للوسائل التي تحقق له النجاح تحت إشراف المانح.

وبعد عقد فرنشيز البيان التجاري أقرب الأنواع لعقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية، إذ يهدف عقد فرنشيز البيان التجاري إلى العمل على شهرة العلامة التجارية، وتعريف العملاء بها، إذ يعتاد الجمهور على طلب الخدمات أو السلع التي

¹ SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna & JEAN-LUC pierre, Op. cit., p. 202.

² DE CORDT Yves, Manuel de droit commercial, 2° éd., éditions anthémis, Belgique, 2011, p. 365.

³ DEMOLIN Pierre & DEMOLIN Véronique, Le contrat de franchise, 1° éd., éditions Larcier, Bruxelles, 2011, p. 57.

تحمل العلامة، لذلك يلجأ المانح في الغالب إلى إبرام عقود الفرنشيز مع عدد كبير من المشروعات التي يختارها، والتي قد يصل عددها في بعض الحالات إلى عدة آلاف كما هي الحال في الولايات المتحدة الأمريكية بالنسبة لمطاعم الوجبات الخفيفة.

ويبدو كل مشروع ممنوح كحلقة في سلسلة من مشروعات، تستخدم جميعها اسم المانح وعلامته التجارية، ويقدم كل مشروع خدمات أو سلعا متماثلة من حيث الأشكال والنوعيات والمواصفات؛ لأن تقديمها أو إنتاجها يخضع لرقابة واحدة من المانح، الذي يحدد لجميع المشروعات الممنوحة نماذج قياسية ومواصفات موحدة.

ورغم استقلال كل مشروع ممنوح استقلالاً كاملاً من الناحية القانونية، إلا أن جميع المشروعات تبدو كشبكة واحدة أمام الجمهور؛ لأنها تستخدم اسم المانح وعلامته التجارية¹.

وإزاء هذا النوع من التعقيد في عقد الفرنشيز والعلاقات ضمن شبكة الفرنشيز والذي يؤثر في تحديد شروط العقد بين المانح وكل واحد من أعضاء الشبكة يضيف مزيداً من التعقيد إلى عملية وضع وصف محدد لهذه العلاقة، ولذلك فإن وصف عقد الفرنشيز بالنظر لمحله كعقد ترخيص يعد تقريماً لعقد الفرنشيز ووصفاً غير دقيق له.

3. عقد الفرنشيز عقد توريد

يورد المانح الممنوح بمجموعة من المنتجات و/أو الخدمات، الأمر الذي دفع القضاء الفرنسي في البداية إلى تكييف عقد الفرنشيز بأنه عقد بيع، لأن الممنوح يقوم بشراء المنتجات من المانح، وقد صدرت أحكام عديدة بإبطال عقود الفرنشيز التي لم يتم تحديد ثمن المنتجات فيها²، وذلك استناداً إلى المادة 1591 من القانون المدني

¹ ARNOLD Tom, DURKEE Bill and VAN SLYKE Paul, Trademark and unfair competition considerations in franchise business operations, new developments in franchising, practicing law institute, New York, 2010, p. 46.

² PISSORT William, Initiation au droit commercial international, édition De Boeck université, Paris, 2004, p. 336.

الفرنسي التي تنص على وجوب تحديد الطرفين لثمن البيع وتعيينه، وبدونه لن يتم عقد البيع.

وهو تعريف عقد البيع في المادة 351 من القانون المدني الجزائري، التي جاء فيها: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

وقد تعرض هذا الاتجاه من القضاء الفرنسي لانتقادات شديدة، نظرا للاختلاف الواضح لعقد الفرنشيز عن عقد البيع، ورغم هذا الانتقاد إلا أن القضاء الفرنسي ذهب إلى إبطال عقد الفرنشيز في حالة عدم تحديد سعر المنتجات في العقد، لأن موضوعه ينصب على عمليات بيع متتالية، ولأن كل عقد بيع يجب أن يكون محله محددًا أو قابلاً للتحديد بموجب نص المادة 1129 من القانون المدني الفرنسي والتي تقابلها المادة 94 من القانون المدني الجزائري وهذا ما لم يكن موجودا، فجاء في أسباب القرار: "يكون باطلا لعدم تحديد الشيء أو ثمن عقد الفرنشيز الذي يلتزم بمقتضاه الممنوح بالحصول على ما يعادل 90% من نشاطه على منتجات، والتي تم تحديد كميتها ومواصفاتها بناء على الإرادة المنفردة للمانح، كما أن أسعار هذه المنتجات غير محددة أو قابلة للتحديد".¹

وتعرض هذا الاتجاه لانتقاد شديد، لأن عقد الفرنشيز هو عقد ينظم عملية التوزيع ككل، فهو عقد يتضمن نقل معرفة فنية، تقديم مساعدات فنية من طرف المانح بالإضافة إلى التزام الممنوح بتوزيع منتجات المانح، وبأن يؤدي مهمته بالعناية الممكنة، وأن محكمة النقض بقرارها لم تميز بين عقد البيع وعقد التوزيع²، هذا الأخير الذي يقضي أن تكون عملية التوريد محكومة بعقد إطار، وهو ما يقود إلى النظرية القائلة أن عقد الفرنشيز عقد مركب.

¹ BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 10e édition, LGDJ, Paris, 2013, p. 430.

² BEHAR-TOUCHAIS Martine & J.VIRASSAMY Georges, Les contrats de la distribution, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1999, p. 578.

ويعرف عقد التوريد بأنه: "قيام شخص بإمداد شخص آخر، ببعض الأموال المنقولة على دفعات متتالية خلال فترة معينة، لقاء ثمن أو أجره متفق عليها، بحسب ما إذا كان تجهيز المواد على سبيل البيع أو على سبيل الإيجار".¹

ويأخذ التوريد بالمنتجات في عقد الفرنشيز عموماً أحد الشكلين:

1.3- التوريد من مركز الشراء

يعرف مركز الشراء بأنه هيكل أو بنية تدبر مشتريات زبائنها من تجار التجزئة أو تجار الجملة²، ويشمل ذلك دراسة نوعية المنتجات، البحث عن الموردين، التفاوض حول المشتريات، وفي بعض الحالات أنشطة التوزيع والتنظيم والتوثيق. وهذه الخدمات محجوزة للاستخدام الحصري لأعضاء المركز والمرتبطين به لمدة معينة.

وبهذا الشكل يكون المانح، في عقد الفرنشيز هو مركز الشراء فيقتني المنتجات، ثم يبيعها لممنوحيه أعضاء شبكة الفرنشيز التابعة له، ومثل هذه العملية تشكل بوضوح فارقاً له، لأنه سيكون الممون الحصري³.

2.3- التوريد من مركز مرجعي

عكس مركز الشراء، المركز المرجعي ليست مهمته شراء المنتجات مباشرة لصالح أعضائه، فهو يختار فقط المنتجات والموردين، التي يمكن لأعضائه التوريد منها بأسعار معينة⁴ وعلى نفس المنوال، يختار المانح موردين يعتمدهم، ثم يلزم الممنوحين بواسطة عقد الفرنشيز بالتزود عن طريقهم، وهنا يستفيد المانح من عمولة على المبيعات.

¹ عروسي ساسية، مرجع سابق، ص35.

² HOUSIFI El Houssine, l'expert-comptable et la franchise, mémoire d'expert-comptable, Institut supérieur de commerce et d'administration des entreprises, Maroc, 2003, p. 31.

³ عروسي ساسية، مرجع سابق، ص35.

⁴ HOUSIFI El Houssine, Op. cit., p. 31.

وبذلك يصعب التمييز بين عقد الفرنشيز وعقد التوزيع، لاسيما بين الممنوح عضو شبكة الفرنشيز والمشارك عضو شبكة التوزيع.

غير أنه عادة ما يسمح المانح بأن يتزود الممنوح من مكان آخر، فيما يخص بعض السلع غير الخاصة بنشاط المانح، وهو مبدأ أيدته محكمة النقض الفرنسية، طالما أن هذا التزود ضروري في نظر المانح أو الممنوح¹.

كما أن المحل في عقد التوريد هو السلع أو الخدمات التي يراد توريدها، بينما تشكل هذه السلع أو الخدمات جزءاً من محل عقد الفرنشيز، بالإضافة إلى أمور أخرى جوهرية في محل هذا العقد، كنقل المعرفة الفنية، تقديم المساعدة التقنية والحق في استخدام عناصر الملكية الفكرية كالعلامة التجارية والاسم التجاري؛ الأمر الذي يحول دون تكييف عقد الفرنشيز كعقد توريد².

الفرع الثاني

أهداف ترست

لا يعتمد ترست أساساً على العقد بالمعنى الاقتصادي، متى نشأ كاتفاق قانوني بين الأشخاص المؤهلين لذلك من جهة، ومن جهة أخرى لا يهدف أساساً إلى نقل الأموال³.

الهدف الأول من وجود ترست هو التسيير لحساب الغير، حين يكون هذا الأخير غير مؤهل قانوناً، وبالتالي فالأمر الذي أوجد ترست هو حماية المستفيد من نفسه، والهدف الثاني هو اعتماد تسيير يحد من التصرف في الأصول، إذ يتنافى هذا المبدأ والفرضية الأنثروبولوجية التي تعتمد نموذج البورصة، بحيث يعتبر المستفيد من الترس تحت الوصاية بدلاً من أن تكون له حرية التصرف الممنوحة للأعوان الاقتصاديين، الأمر الذي يتنافى وروح مبدأ سلطان الإرادة الذي يضمن حرية التعامل

¹ Cass. com 18.12.2007, n° 88-16.421, Bull.civ, IV, n° 403, 2008.

² عروسي ساسية، مرجع سابق، ص36.

³ MONTAGNE Sabine, Op. Cit, p. 4.

في الحقل المالي، مما يؤكد تنافي القواعد القانونية لترست مع تلك التي تنظم أصول رؤوس الأموال¹.

الفرع الثالث

أهداف فيدوسية

رغم توقيع فرنسا على اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على ترست والاعتراف بها² بتاريخ 26 نوفمبر 1991، إلا أنها لم تصادق عليها إلى غاية اليوم³. بالمقابل رخص المشرع الفرنسي إمكانية استعمال فيدوسية لأهداف التسيير (فيدوسية التسيير - Fiducie gestion)، وهذا الذي يهمننا من خلال البحث موضوع الدراسة والذي سنخصه بنوع من التعمق عبر النقاط المدرجة في المبادئ الأساسية ومجالات التطبيق، أو لأهداف التأمين (فيدوسية التأمين - Fiducie sûreté)، وبالمقابل استبعد المشرع الفرنسي استعمال هذه الآلية قصد إتمام عملية الهبة كما سيتم التطرق له لاحقا.

فرنسا لم تصادق كما سبق وأن أشرت إليه على الاتفاقية سالفة الذكر لا لشيء، إلا قصد إيجاد آلية منافسة لترست في القانون الفرنسي⁴ ألا وهي عقد فيدوسية.

¹ MONTAGNE Sabine, Op. Cit, p. 4.

² Site : www.hcch.net, site officielle de la conférence de La Haye de droit International privé.

جاء في هذا الموقع اسم الاتفاقية كما يلي: "الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب تطبيقه على الاستثمارات وعلى الاعتراف بها." في الحقيقة هذه الترجمة لا تؤدي المعنى لـ: "Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance" بل يجب أن تكون الترجمة كما يلي: "الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على ترست والاعتراف بها."

³ Site : www.senat.fr, site officielle du sénat Français.

⁴ VAN LOON Hans, L'actualité de la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, DEFRENOIS, Paris, 2007, p. 324.

المطالب الثاني

خصائص عقد التسيير وترست وفيدوسية

يتناول هذا المطلب بالبحث خصوصيات عقد التسيير، ترست وفيدوسية في أدق جوانبها للتمكن من معرفتها، وبالتالي تحديد مجال للتعريف خاص بهذه الآليات الفريدة للتسيير.

وعليه، نتناول خصائص عقد التسيير (الفرع الأول) وخصائص ترست (الفرع الثاني) وخصائص فيدوسية (الفرع الثالث) كما يلي:

الفرع الأول

خصائص عقد التسيير

من خلال الإطلاع على ما جاء في محضر الجلسة العلنية الرابعة والعشرين المنعقدة يوم الأربعاء 1989/01/18 مساء¹، ولا سيما تدخلات السيد وزير العدل والتي جاء في أحد تدخلاته ما يلي: " وللوصول إلى هذه الأهداف، فالمشروع المقترح ينظم علاقات الطرف الجزائري والطرف الأجنبي بتحديد حقوقهما وواجباتهما"، وكذلك التدخل: " إن عقد التسيير الذي هو ذو طابع اقتصادي، عقد مرن يمكن المتعامل الجزائري من اختيار الإطار القانوني الملائم لتحقيق الأهداف المرجوة على المستوى الوطني والدولي." وكذلك التدخل: "... ، والواقع أن مثل هذه المعاملات تتم في شكل تفاوض تنتهي عادة بإبرام هذا النوع من العقود التي هي بطبيعتها عقود تجارية، وتخضع أساسا إلى الأعراف الدولية التي يجب احترامها لمسايرة ما هو معمول به في المعاملات الدولية."

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/18، مرجع سابق، ص 2، 4 و 5

وطبقا لتعريف المادة الأولى من عقد التسيير، نجد أن لعقد التسيير خصائص أخرى وهي أنه عقد ملزم للجانبين¹، فهو يلزم المسير بعدة من الالتزامات السالفة الذكر زيادة عن التأمينات الواجبة الاكتتاب، كما تلتزم المؤسسة بدورها بدفع مقابل نقدي، ويستخلص من التعريف أيضا أن عقد التسيير عقد من عقود المعاوضة فكل من المتعاقدين يأخذ مقابلا لما يقدم، وعقد التسيير عقد رضائي² ومن خصائصه أيضا أنه من العقود المحددة المدة، كما هو كذلك من عقود الإدارة لا من عقود التصرف³، بحيث المسير يتصرف باسم ولحساب المؤسسة العمومية الاقتصادية.

وخلاصة القول أن عقد التسيير هو عقد مرن، ذو طابع اقتصادي تجاري دولي، يتوافر على جملة من الخصائص سالفة الذكر، والتي نتطرق إليها بالتفصيل من خلال البحث في كيفية إبرام العقد الدولي.

1. كيفية إبرام العقد الدولي

يتضمن هذا البحث في خطته، ماهية العقد الدولي أي تعريف العقد عموما، لغة واصطلاحا، والعقد الدولي خصوصا والتطرق إلى خصائصه، وطرق إبرامه، فإنه يخضع في ذلك إلى طرق خاصة وأعراف دولية مكرسة في هذا المجال لا يمكن في أي حال من الأحوال الاستغناء عنها، ولا حتى عن البعض منها، كما يتم التحضير لذلك من خلال الإطلاع ومعرفة جملة من العوامل تكون بمثابة الحافز الذي يساعد على إبرام العقد الذي سخرت من أجله جملة من الوسائل البشرية والمادية ومدة زمنية لا يستهان بها، ويفرغ ذلك كله في وثيقة تخضع لموضوعية وشكلية معينة.

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/18، مرجع سابق، ص 4.

² المرجع نفسه، ص 4.

³ المرجع نفسه، ص 5.

1.1- ماهية العقد الدولي

ما هو العقد الدولي ؟ سؤال نجيب عليه، من خلال التطرق إلى تعريف العقد عامة، ولاسيما من خلال التعريف اللغوي والاصطلاحي للمصطلح، وتعريف العقد الدولي

والتطرق إلى خصائصه من خلال جملة من الأعمال نتناولها كما يلي.

1.1.1- تعريف العقد لغة واصطلاحاً

1.1.1.1- التعريف اللغوي للعقد

أصل العقد في اللغة هو الربط والوصل، ويأتي هذا المعنى من "عقد الشيء بغيره وهو وصله به كما تعقد وتربط الحبل بالحبل، أي إذا وصل به شدا"¹ ومنه يقال : عقد فلان بينه وبين فلان عقداً، وفي هذا المعنى يأتي قول الشاعر العربي الحطيئة :

"أولئك قوم إذا بنو أحسنوا ألبنوا وإن عاهدوا أوفوا وإن عاقدوا شدوا "

وقال أيضاً:

"قوم إذا عقدوا عقداً بجارهم شدوا العناج وشدوا فوقه الكربا ".

عند العرب إحكام الشيء تقويته والجمع بين أطرافه بالربط المحكم، العقد أي الربط ضد الحل² والربط نوعان حسي ومعنوي³:

أ. الربط الحسي: وهو الجمع بين أطراف الشيء والربط بينهما، يقال : عقدت الحبل عقداً، بمعنى شددته وقويته، وربطت بين طرفيه فقويت للإيصال بينهما، أو بالربط عليها، والعقدة هي الموصل الذي يمسكها ويوثقها ومن هنا يكون معنى العقد هو : إحكام الشيء وتقويته والجمع بين أطرافه بالربط.

¹ محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، 2006، ص 19.

² قرص مضغوط، القاموس المحيط، الفيروز آبادي الشيرازي ، مادة عقد.

³ قرص مضغوط، القاموس المحيط، الفيروز آبادي الشيرازي ، مادة عقد.

ب. **الربط المعنوي:** لقد استعمال العرب لفظ الربط على الربط المعنوي، سواء أكان توثيقاً أو تأكيداً لعهد ووعد، كأن يقال: "عقدت العزم والنية على كذا"، أم كان ربطاً بين كلامين لشخصين مختلفين، مثلما هي الحال في العقود الجاري بها التعامل بين الناس، فكان لا بد للعقد في حقيقة من طرفين أو عاقلين ويأتي العقد بمعنى العهد، والعقد عهد جمع عهود وهي أوكد العهود والمعاقدة، والعقد هو الحليف، قال أبو خراش الهذلي:

"كم من عقيد وجار حل عندهم ومن مجار بعهد الله قد قتلوا"

ويأتي العقد بمعنى العهد لقوله سبحانه وتعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"¹. حيث قال ابن جرير الطبري في تفسيره: "العقود هنا العهود"، وقيل هي الفرائض التي ألزمها.

كما خاطب الله المؤمنين بالوفاء بالعقود التي عقدها الله عليهم والعقود التي يعقدها بعضهم ببعض على ما يوجبه الدين.

وعقد العهد واليمين، يعقدها عقداً وعقدهما أكدهما في قوله تعالى: "والذين عقدت إيمانكم"² وقد قرئ بالتشديد معناه التوكيد والتغليظ كقوله تعالى: "ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها"³.

المعاقدة: المعاهدة والميثاق، إن لفظة عقد استعملت حديثاً لتعويض لفظة عهد "Pacte" وهذه الأخيرة نقلت من القوانين الرومانية من التعاملات الدينية ويستدل على ذلك أنه إلى وقت قريب كان الانتماء في هذه القوانين قائماً على العهد، أو ما يطلق عليه كلمة الرجال: "Parole d'hommes"⁴.

¹ سورة المائدة، الآية 1، السورة رقم 5.

² سورة النساء، الآية 33، السورة رقم 4.

³ سورة النحل، الآية 91، السورة رقم 16.

⁴ محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، مرجع سابق، ص 19.

نخلص إلى القول أن العقد عند اللغويين هو ما يفيد الالتزام بشيء، عملا كان أو تركا من جانب واحد أو من جانبيين، لما في ذلك من معنى الربط والتوثيق¹.

2.1.1.1- تعريف العقد اصطلاحا

في الفقه الإسلامي ارتباط القبول بالإيجاب على وجه يثبت أثرا شرعيا في المحل المعقود عليه، ففي البيع يرتبط القبول بالإيجاب على وجه يثبت للمشتري الملك في المبيع، فيصير مالكا، أي تثبت ملكية المبيع للمشتري والثمن للبائع. كما يفيد العقد معنى التصرف القانوني للقائم على توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء التزام أو تعديله أو إنهائه، إذ ينص القانون المدني²: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما.". يتضح أن نص القانون المدني الفرنسي فيما يخص العقد هو نفسه في القانون المدني الجزائري³، مما يفيد أن النص الجزائري للمادة 54 هو نسخة من النص الفرنسي للمادة 1101، فالعقد إذن بمقتضى هذا تعريف هو اتفاق ينشئ التزاما وهو نوع (espèce) والاتفاق جنس (genre) له⁴. ويلاحظ أن التعريف الذي اعتمده كلا المشرعين الجزائري والفرنسي يجمع بين تعريف العقد وتعريف الالتزام. أما في الشرائع الانجلوساكسونية فإن العقد اتفاق تتولد عنه الالتزامات ذات القوة التنفيذية أو المعترف بها قانونا⁵.

¹ محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 16.

² المادة 54 من القانون المدني الجزائري.

³ Code civil français, Art 1101 : " Le contrat et une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner ou à ne pas faire quelque chose."

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 1، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998، ص 149.

⁵ GUENTER H. Treitel & PEEL Edwin, The law of contract, 4th edition, p. 1: " A contract is an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognized by law."

2.1.1- تعريف العقد الدولي وخصائصه

يعد المصطلح الحديث للعقد الدولي نتاجا لتطور تاريخي طويل، بالرغم من أنه يبدو سهل التعريف، لأن العقد لا يعدو أن يكون مجرد توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر يرتبه القانون، إلا أن تاريخ هذه الفكرة يؤكد تأثرها بالعديد من الإيديولوجيات السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في كل عصر¹.

أولا: تعريف العقد الدولي

والتعريف الأول يقوم على المعيار الاقتصادي، بحيث يعتبر العقد الدولي هو

ذلك

العقد الذي تنشئ آثاره مد من السلع وجزر من القيم، من وراء حدود. إذن وبناءً على هذه النزعة فإن العقد حتى يكون دوليا، وجب وجود حدود أولا، ومد من السلع وجزر من القيم ثانيا، أي دفع ثمن هذه السلع بمختلف الوسائل والطرق (التحويل). وهناك تعريف يقوم على معيار آخر غير التحويل، ما دامت السلع تعتبر كذلك قيم، بحيث لا يكون التحويل هو المهم ولكن المهم في الأمر هو الحدود وتواجد نظامين قانونيين، فتفاعل هذين النظامين هو الذي يولد العقد الدولي وليس تحويل القيم.

إلا أن خلاصة القول في ذلك بالإمكان دمج التعريفين في تعريف موحد والقول إن العقد الدولي هو عقد تحويل قيم أو مد من القيم عابر للحدود، وعملية تفاعل أطراف متواجدة في نظامين قانونيين مختلفين، ومن خلال هذا التعريف يمكن فهم الطبيعة الدولية للعقد².

¹ فارس عرب سلامة ، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، ط1، دار الكتاب الحديث، جامعة المنوفية الكويت 1999، ص18.

² B. Abderrahmane, Actes de séminaire : " L'Entreprise Algérienne et la négociation des contrats internationaux", op.cité, pp. 15et 16.

كما يعرف العقد الدولي كذلك بأنه: "العقد الذي بحكم طبيعته يتخلى إطار النظام القانوني الوطني المختص أصلاً بحكم علاقة القانون الداخلي".¹

كما يعرف العقد الدولي كذلك بأنه اتفاقية تولد التزاماً أو عدة التزامات أو تحويل لحقوق عينية.

ثانياً: خصائص العقد الدولي

إن العقد الدولي يتجاوز بطبيعته حدود الحيز السياسي لوحدة جغرافية معينة أو عدة وحدات جغرافية، ويتطلب في تحديده الاعتماد على ضوابط إسناد تستنبط من أعمال القضاء والفقه والاتفاقيات الدولية وأعمال التحكيم الدولي.²

أ. أعمال القضاء والفقه

يعتد القضاء والفقه في تحديدهما لخصائص العقد الدولي على معايير، قد تكون اقتصادية، وقد تكون قانونية.

1 - أعمال القضاء: قد جاء في حكم صادر في 1967/05/17 عن محكمة النقض الفرنسية أن إضفاء الصفة الدولية يقوم على العلاقات والتصرفات التجارية التي تم من خلالها تدفق وفيض من السلع عبر الحدود، وهذا بمناسبة قضية شهيرة دار محورها حول بحث مدى صحة شرط الإثبات التعاقدية المتعلق بوسائل الدفع النقدي في العقود الدولية.³

2 - أعمال الفقه: إن اعتماد القضاء الفرنسي للمعيار الاقتصادي في تحديد صفة الدولية للعقد الدولي لم يمنع الفقه من اعتماد معيار مخالف، ألا وهو المعيار القانوني

¹ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دط، منشآت المعارف، القاهرة 2000، ص 38.

² محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 41.

³ فارس عرب سلامة، مرجع سابق، ص 25.

ومفاده أن الصفة الدولية للعقد تتوفر متى اتصل هذا الأخير أو كانت له علاقة، عن طريق أحد عناصره الرئيسية مع أكثر من نظام قانوني¹.

ب. الاتفاقيات الدولية

العقود التي تبرم وفق أحكام الاتفاقيات الدولية الآتي ذكرها هي عقود دولية بطبيعتها².

1 - عقود النقل الدولي المبرمة طبقاً لأحكام المادة الأولى من معاهدة وارسو المتعلقة بالنقل الجوي الدولي.

2 - عقود نقل البضائع بالسكك الحديدية بين الدول، المبرمة طبقاً لأحكام الفقرة الرابعة من المعاهدة المبرمة بتاريخ 1951/02/07 بران Rennes والمتعلقة بنقل البضائع.

3 - عقود النقل البحري التي تدخل في إطار معاهدة بروكسل المعدلة سنة 1959.

4 - الاتفاقية المتضمنة القانون الموحد حول المبيعات الدولية للمنقولات المبرمة في لاهاي في 1964.

5 - اتفاقية الأمم المتحدة حول عقود المبيعات الدولية الخاصة بالبضائع المبرمة في فيينا في 11 أبريل 1980.

6 - الاتفاقية حول القانون المطبق على عقود التمثيل والوساطة المبرمة في لاهاي في 1975/06/17.

7 - الاتفاقية حول القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية بين دول السوق الأوروبية المشتركة المبرمة في روما في 19 جوان 1980.

يأتي سرد هذه الاتفاقيات على سبيل المثال لا الحصر.

¹ محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 41.

² المرجع نفسه.

ج. أعمال التحكيم الدولي

إن القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم، والتي فصلت في منازعات دولية وأضفت الصبغة الدولية على العقود، متعددة وكثيرة لا حصر لها. وسنأتي بمثالين على ذلك¹.

في قرار بتاريخ 1979/10/19 قضت لجنة التحكيم لغرفة التجارة الخارجية لروسيا أن العقد محل النزاع بين المؤسسة المجرية وهيئة بولونية مختصة في التجارة الخارجية والمتعلق بتوريد مصنع وتركيبه، عقد دولي تحكمه قواعد وأحكام معاهدة الكوميكون لسنة 1968 المتعلقة بتوريد البضائع.

في قضية TEXACO et CLASSIATIC ضد الجماهيرية الليبية، رأى المحكم الوحيد لغرفة التجارة الدولية، أن العقد المبرم بين الطرفين عقد دولي سواء بالمفهوم الاقتصادي، لأنه يثير مصالح التجارة الدولية، أو بالمعنى القانوني لأنه يتضمن عناصر إسناد لدول مختلفة.

2.1- مراحل إبرام العقد الدولي

تهيمن على هذه المراحل المسائل المتعلقة بتحديد موضوع التعاقد والتعريف المبدئي لأهدافه، وكذلك الخاصة بدراسة المحيط وما تقتضيه من مراعاة لأخلاقيات التعاقد، كما أن كلاً من هذه المسائل تنطوي على انعكاسات وآثار قانونية قد تؤثر إيجاباً أو سلباً على عقد الاتفاق النهائي². إلا أنه في الغالب وفي مرحلة ما بالذات، لا تكون نوايا الأطراف التعاقد نهائياً، وإنما وضع الإطار العام للمحادثات³، إلا أنه وبعد المرور إلى المرحلة الموالية تكون في معظم الأحيان، قد توفرت شروط الالتزام ولا

¹ محمود يوسف علوان، القانون الدولي للعقود، مجلة الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، العدد2، 1980، ص115.

² محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 76.

³ Ali MABROUKINE sous la direction de Herve CASSAN " Contrats internationaux et pays en développement " Economica 1989 p. 7.

يمكن التراجع إلا في بعض الحالات الاستثنائية التي تكون قائمة على شرط واقف أو شرط فاسخ.

ككل العقود الهامة التي تخرج عن نطاق التصرفات العادية كالبيع والشراء مثلا ، فإن العقد الدولي يخضع في إبرامه إلى العديد من المراحل.

1.2.1- مرحلة التفاوض

تسبق مرحلة التفاوض بشأن التعاقدات الدولية، الإعلان عن العملية العقدية أو المشروع، وإجراء الاتصالات مع المتعاملين، ويتأثر التفاوض بعدة عوامل، كما يستدعي في سيرته مراعاة أخلاقيات قد يترتب عنها نتائج قانونية لها انعكاسات على العقد الدولي¹. ويتم الإعلان عن العملية أو المشروع عبر طريقتين هما طلب العروض التي تعتبر القاعدة العامة للدعوة إلى المنافسة والتراضي²، وسنتناول بالدراسة لكل واحدة منهما.

أولا: الدعوة إلى المنافسة

إن أسلوب الدعوة إلى المنافسة يمثل منهاجا خاصا في إبرام العقود، لما يحمله من قواعد ومبادئ تميزها عن غيرها من طرق وأساليب في عقد الاتفاقات بين الأطراف وفي مختلف الميادين، سواء كانت تجارة أو صناعة³.

تعد الدعوة إلى المنافسة إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض⁴، ولا يمكن أن يشكل طلب العروض في أي حال من الأحوال دعوة للتعاقد بما أن الأجرة لم

¹ محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دط، القاهرة، 1992، ص 89.

² المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر العدد 50 الصادر في 20/09/2015، المادة 39.

³ محمد على جواد، العقود الدولية مفاوضاتها-إبرامها-تنفيذها، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، دط، دبت، ص72.

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 ، مرجع سابق، المادة 40

تحدد بعد، إلا أن الهدف منها هو المنافسة بين المؤسسات الأجنبية المختلفة التي يهملها الأمر، وفي هذه الحالة فطلب العروض بمثابة الدعوة للتفاوض ليس إلا¹.

يمكن أن يكون طلب العروض وطنية و/أو دولية، ويمكن أن تتم حسب الأشكال الآتية²:

- طلب العروض المفتوح L'appel d'offres ouvert
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا
L'appel d'offres ouvert avec exigence de capacités minimales
- طلب العروض المحدود L'appel d'offres restreint
- المسابقة Le concours

أ. طلب العروض المفتوح

هو إجراء يمكن من خلاله لأي مترشح أن يقدم تعهداً³، وهو مبادرة مجردة وعامة لغرض تنفيذ مشروع معين أو تقديم خدمات محددة، تاركاً إلى أصحاب التعهدات قدراً من الحرية في تحديدها وتعيين الأبعاد الحقيقية لخدماتهم وأسعارهم، وكذلك الشروط التي سيتم بموجبها إبرام العقد⁴.

هذا الأسلوب في التعاقد قد يكون مفضلاً لدى منظم طلب العروض تجاه متعاقدين سبق وأن نفذوا عقوداً بموجب شروط كانت مرضية له، وتصبح سبباً لإبرام عقود أخرى⁵.

¹ Ali MABROUKINE, op.cit p. 11.

² المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2015/09/16، مرجع سابق، المادة 42

³ المرجع نفسه، المادة 43

⁴ LEGUILLONS H., L'accord International sur les marchés publics, D.P.C.I 1980, p. 545.

⁵ محمد على جواد، العقود الدولية مفاوضاتها-إبرامها-تنفيذها، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع د.ب، د.ت، ص72.

ب. طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء، تقديم تعهد. ولا يتم انتقاء قبلي للمترشحين من طرف المصلحة المتعاقدة¹.

تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة. وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع².

ج. طلب العروض المحدود

هو إجراء يكون المترشحون المرخص لهم بتقديم العرض، هم المدعون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي للمترشحين الذين يوضعون في تنافس على عمليات معقدة أو ذات أهمية خاصة، ولإنجاز عمليات الهندسة المركبة و/أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري، يمكن القيام باستشارة مباشرة لدى المؤسسات أو الهيئات المؤهلة والمسجلة في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس انتقاء أولي³. يفترض أن المرشحين يقدمون شروطا تقنية ومالية أكثر ملاءمة⁴.

د. المسابقة

هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية واقتصادية وجمالية أو فنية خاصة⁵.

وخلاصة القول إن الدعوة إلى طلب العروض بشقيها المفتوحة والمحدودة تشكل المنطلق للمفاوضات المعمقة، بحيث يأمل كل طرف في الطرف الآخر تحسين

¹ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16/09/2015، مرجع سابق، المادة 44 الفقرة الأولى

² المرجع نفسه، المادة 44 الفقرة الثانية

³ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16/09/2015، مرجع سابق، المواد 45 و 46.

⁴ Ali MABROUKINE, op.cit., p. 12.

⁵ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16/09/2015، مرجع سابق، المواد 47 و 48.

الشروط الخاصة بتنفيذ الصفقة. هذا ما يجعل الدعوة إلى طلب العروض الطريقة المفضلة لإبرام العقود الدولية، وهذا بالنظر لما تتيحه من منافسة واسعة، وذلك عن طريق الإشهار الذي هو بمثابة العمود الفقري لها¹.

ثانياً: التراضي

هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، كما يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أي شكليات أخرى، كما أن التراضي البسيط يعتبر قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلى في الحالات التي يحددها القانون²، وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات التي يحددها القانون³ كذلك.

إن الدعوة إلى التراضي لا تختلف جوهرياً عن الدعوة إلى طلب العروض حين تكون نية الداعي هي فتح المفاوضات، حيث تتوقف النتيجة على الشروط المحددة وقابلية تغييرها تبعاً لطلبات المتعامل، في معظم الأحيان يدخل تغييرات على العروض الأولى خلال المفاوضات بين الأطراف⁴.

ثالثاً: التعهد La soumission

التعهد يعتبر الإجابة على طلب العروض الذي تتقدم بها المصلحة العاقدة، ويمكن أن تقوم مقام القبول الصريح للمتعامل بالنسبة للشروط التي يتقدم بها العارض في طلب العروض، أو تكون قبولا بتحفظ على بعض الشروط التي تحتويها الدعوة

¹ FLAMME André, Les marchés de l'administration, Bruxelles, Bruyant 1995, p. 40.

² المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2015/09/16، مرجع سابق، المواد 49 و 50.

³ المرجع نفسه، المواد 51 و 52.

⁴ Ali MABROUKINE, op.cit, p. 13.

إلى طلب العروض، وفي هذه الحالة يعبر المتعامل عن عدم رضاه للشروط الموضوعية ويرغب في تغييرها¹.

يمكن أن تعتمد المصلحة العاقدة في إنقاص بعض المعطيات نظرا لطبيعة المشروع التي تتطلب ذلك حتى ترغم المتعهد بطريقة غير مباشرة على تقديم اقتراحات معينة، والتي يمكنها إدارتها خلال المفاوضات بعد الانتقاء النهائي للمتعهدين، إلا أن القاعدة العامة. هي أن المصلحة العاقدة تقدم إلى المتعهدين المحتملين الوثائق التي تحتوي على المعلومات الكاملة، وما ينتظره من المتعهد بالضبط حتى تمكنه من التعهد عن دراية. هذا ويكون المتعهد ملزما بتحديد دقيق للعروض الخاصة بالخدمات المطلوبة من طرف المصلحة العاقدة كالخصوصيات التقنية، المخططات والرسوم والنماذج، وكل ما يتعلق بما هو مفروض أن يقدمه للمصلحة العاقدة، زيادة على الضمانات المالية، وطرق الدفع، ومدة صلاحية العرض، وآخر أجل لإيداع التعهدات التي يجب أن تحدد، حتى يتمكن المتعهدين من الرد عن الدعوة إلى طلب العروض وتتوج بالمفاوضات.

من المفروض أن المتعهد ملزم بالاستجابة إلى ما تطلبه المصلحة العاقدة، وعليه يفترض كذلك أن المتعهد ملزم بالاستجابة لكل الشروط التي تفرضها المصلحة العاقدة فيما يخص موضوع المشروع، والمتعهد ملزم بتقديم البديل في حالة احتجابه على بعض الشروط، والتي تكون محل مفاوضات².

2.2.1- المفاوضات

تعتبر الدعوة إلى المنافسة بمثابة الدعوة إلى التعاقد، تعبيراً عن إرادة من يتقدم بها وتشكل وعدا للتعاقد يقابله رد بمثابة تعهد، إلا أن الواقع يشهد أن التعهدات لا تتضمن موافقة دون قيد أو شرط، بل على العكس من ذلك فكثيراً ما تفتح هذه التعهدات إجراء بعض التعديلات، مما يؤدي إلى فتح المفاوضات التي قد تكون طويلة

¹ Ali MABROUKINE, op.cit, pp. 15et16.

² Ali MABROUKINE, op.cit pp. 17 à 19.

وعسيرة بين الطرفين للوصول إلى اتفاق نهائي، فيلتقي أطراف العقد الدولي لبحث أوجه الاختلاف بينهما وتذليل الصعاب وتقريب وجهات النظر.

ويراد بالمفاوضات على وجه العموم الالتقاء والمناقشة وتبادل وجهات النظر بين أطراف العقد الدولي، أو من يمثلهم، أو رجال الأعمال الذين يتم تفويضهم للقيام بذلك إلى حين الوصول إلى توفيق بينهما وإبرام العقد.

ومن هذا المنظور تأخذ المفاوضات بشأن العقود الدولية مكانة بارزة لإبرامها، نظرا لاتساع وتعقد بعض العمليات التي تحيط بهذا المجال الحيوي، خاصة إذا ما تعلق الأمر بنقل التكنولوجيا والمعارف والمواد الإستراتيجية. وتحتاج المفاوضات في إدارتها وسيرها إلى وضع منهج منظم، فهي عامل تشكله قوى عامة عديدة، وتتأثر بعوامل متفرقة ومختلفة، وتفرض على القائم بها أخلاقيات معينة، وتفضي إلى نتائج تدون في محركات¹.

أولا: العوامل التي تتأثر بها المفاوضات

تتأثر المفاوضات بالبيئة التي يتم فيها التفاوض في حد ذاتها، وبالثقافة والإيديولوجية والبيروقراطية والتنظيم المعمول بهم في بلد الطرف المحتمل التعاقد معه².

أ. البيئة: وتشمل مكان وزمان والمحيط والأحداث والأشخاص، وتكون هذه الأخيرة بالضرورة أجنبية على أحد الأطراف أو عليهما معا في حالة اختيار مكان للتفاوض غير موطن أحدهم. وغالبا ما يتفق أطراف العقد على تبادل الجولات وإجراء المفاوضات بالتناوب في بلديهما، كما تعتبر اللغة أداة فعالة في إبرام العقود الدولية وتؤثر على سير المباحثات. وهذا ما هو واقع في عالم الأعمال، فالاتفاق على

¹ جمال فاخر النكاس، العقود و الاتفاقيات الممهدة للتعاقد و أهمية التفرقة بين العقد و الانعقاد في المرحلة السابقة على العقد، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات و البحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، 1996، ص.ص 163-189

² BLANCO Dominique, Négocier et rédiger un contrat international, DUNOD, Paris, 1993, p. 5.

استخدام لغة معينة يفترض التمكن من كل آلياتها والطلاقة والحدس في فهم معانيها ومدلولاتها¹.

ب. الثقافة والإيديولوجية : وتتأثر المباحثات بشأن العقود الدولية بالثقافة الأجنبية، فالانتقال عبر الحدود يعني التعامل مع طرق تفكير وتصرفات مغايرة، من حيث مدلول الأقوال والأفعال. وبوجه عام فإن المعتقدات وأنماط السلوك والقيم والمعايير الاجتماعية السائدة تلعب دوراً في تكوين الأفراد، ومن ثم فإن فهم الخلفيات الثقافية للمفاوض من شأنه تذليل العقبات والصعوبات التي يمكن أن تعترض السير الحسن لعملية التفاوض بشأن إبرام العقد الدولي. ويمكن الإطلاع على كل ذلك من خلال الدراسات والتقارير المتوفرة لدى السفارات والبعثات الدبلوماسية المقيمة في البلد المرغوب التعامل معه².

ج. البيروقراطية والتنظيمات الأجنبية: في معظم الأحيان تصطدم المفاوضات بشأن العقود الدولية بالتنظيمات والعقبات البيروقراطية، إذ غالباً ما نجد الأشخاص المفاوضين لا يملكون سلطة القرار، خاصة في إصدار بعض الرخص، مما يفرض ضرورة التعرف على كل الإجراءات الإدارية للبلد المزمع التعاقد معه، لحل المشاكل التي قد تعترضهم لإبرام العقد أو تعطل العملية. والأفضل هو العمل على الحصول على ضمانات أكيدة لدى الطرف الآخر لتخطي العقبات البيروقراطية³.

ثانياً: أخلاقيات التفاوض

يفرض واجب التعامل في ميدان التعاقدات الدولية احترام أخلاقيات تعد بمثابة قواعد أخلاقية مكتوبة وغير مكتوبة قد ترسخت واستقرت لدى المتعاملين وهي عندهم في عرف التعامل الدولي ما يعرف بأخلاق المهنة وسلوك المهنيين

¹ محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 94 .

² محمودي مسعود، المرجع السابق، ص 96.

³ محمودي مسعود، المرجع السابق، ص 97.

« Règles de déontologie et comportement des professionnels » هدفها استقرار المعاملات والائتمان. وقد رتب القضاء والتحكيم الدولي جزاءات لضمان عدم الإخلال بها، وتتمثل هذه القواعد في ما يلي :

-التصرف بصدق وحسن نية حسب ما تمليه مقتضيات التعامل.

-اجتناب التعسف في استعمال الحق في قطع المباحثات.

-اجتناب سحب التعهد قبل الآجال المحددة له.

-تجنب الإضرار بمصالح الأطراف الأخرى والإخلال بواجب الصدق وحسن التعامل.

-العمل على تمكين الأطراف الأخرى من كل المعلومات التي تحتاجها لأغراض العملية.

-اجتناب تقديم الوعود الكاذبة والتعهدات الغير جدية.

-العمل على عدم عرقلة السير الحسن للمفاوضات بالتغيب عن الجلسات المقررة، وعدم الامتناع عن استصدار الرخص المطلوبة لإتمام إبرام العقد في آجاله المحددة¹.

ثالثاً: نتائج المفاوضات

يقوم الأطراف أثناء مرحلة التفاوض وقبل عقد وإمضاء الاتفاق النهائي بتحرير واعتماد بعض المحررات لتجسيد أوجه الاتفاق والاختلاف وتبادل وجهات النظر بينهم، ذلك أن العمليات التعاقدية الدولية الهامة قد تحتاج إلى تدقيق وتمحيص بعض المعطيات، وكذا الرجوع لاستشارة وأخذ موافقة صاحب القرار النهائي في بعض المسائل التي لم يتمكن المفاوض من الفصل فيها، أو هو غير مؤهل لمستوى الصلاحيات المطلوبة أو يكون قد أبدى بشأنها تحفظات.

¹ محمودي مسعود، مرجع سابق، ص100.

وتصاغ تلك المحررات تحت عناوين مختلفة نذكر منها:

protocole d'accord	بروتوكول اتفاق
Gentlemen's agreement	تعهد شرفي
Accord préliminaire	اتفاق أولي
Accord de principe	اتفاق مبدئي
Accord du cadre général	اتفاق حول الإطار العام
Lettre d'intention	خطاب نوايا
Promesse de contracter	تعهد بالتعاقد
Précontrat	عقد تمهيدي

يمكن القول أنه مهما كانت التسمية التي تحملها هذه المحررات فإن العبرة بمضمونها، فهي من حيث طبيعتها القانونية ليست بعقد إلا أنه يمكن أن تكون كذلك، فذلك يتوقف على ما تحتويه من التزامات محتملة¹.

3.1- عقد الاتفاق النهائي

بعد مرور مرحلة التفاوض ومرحلة المفاوضات المثمرة، أي بعد مرور مرحلة الإعداد لإبرام العقد الدولي، يكون الأطراف قد وصلوا إلى مرحلة عقد الاتفاق النهائي.

إن أهم النتائج التي تهدف إليها المفاوضات المتعلقة بالعقود الدولية، بل أن الغاية منها عقد الاتفاق النهائي. ويكون هذا العمل تنويجا لها. ولا يتم عقد الاتفاق النهائي إلا إذا استوفى كل الإجراءات الموضوعية والشكلية².

وكل العقود الملزمة للجانبين في مختلف التشريعات، فالإجراءات الموضوعية تكمن في الرضا المتكون من الإيجاب والقبول من جهة، والمحل والسبب من جهة

¹ محمودي مسعود، مرجع سابق، ص101.

² محمودي مسعود، المرجع السابق، ص103.

أخرى. والإجراءات الشكلية تكمن في إفراغ إرادة الطرفين في محرر، وعليه نتناول بالبحث كلاً من الإجراءات الموضوعية والإجراءات الشكلية علي النحو التالي:

1.3.1- الإجراءات الموضوعية

هي نفسها في كل العقود المدنية الأخرى، وهي الرضا والمحل والسبب¹.

أولاً: الرضا

الرضا هو الركن الأساسي في العقد، ويقوم على تلاقي إيجاب وقبول الأطراف العاقدة. ولا يكفي وحده لإبرام العقد الدولي، بل يشترط صدوره من شخص مؤهلاً قانوناً، خالٍ غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة، كما هي محددة في التشريعات والقوانين المدنية؛ وهي الغلط، التدليس والإكراه².

أ. الإيجاب: يعتبر الإيجاب مرحلة مهمة جداً، لأنه يكون عند نهاية المفاوضات وقبل إبرام العقد مباشرة، والذي يثير قبولاً من الطرف الآخر. كل التنظيمات القانونية تلزم بأن يكون الإيجاب صريحاً ومباشراً، إلا أن المفهوم يختلف من تنظيم قانوني إلى آخر.

هذا ما يلزم الأطراف بتحديد التنظيم القانوني مسبقاً، والذي يرجع إليه في حالة الاختلاف وذلك لتجنب التشعب القانوني وبالتالي تجنب تشعب المفاهيم.

¹ القانون المدني الجزائري، الرضا: المواد من 59 إلى 91

المحل: المواد من 92 إلى 95

السبب: المواد 97 و 98

² La formation des contrats internationaux, Rev. Fiscalité Européenne et Droit International des affaires, N°125, Année 2001.

إلا أن كل التنظيمات القانونية تُجمَع على مفهوم مؤداه أنه حتى يحظى ويرقى الاقتراح إلى مرتبة الإيجاب، يجب أن يكون مضبوطا وواضحا ليكون القبول كافيا لتوليد العقد¹.

ب. القبول:

إذا كان الإيجاب ملزما أن تتوفر فيه بعض الخصوصيات حتى يلزم صاحبه في علاقة عقدية بمجرد قبوله من الطرف الآخر، فإن القبول كذلك يجب أن يتوفر على بعض الخصوصيات؛ أن يكون بينا وبسيطا وجهريا.

القبول البين يصدر من طرف يكون مطلعاً على كل الشروط المتضمنة في العقد. وبالتالي على كل معاني الإيجاب، كما هو بالنسبة للإيجاب الذي يجب أن يكون مضبوطا وواضحا، فالقبول كذلك يجب أن يكون بسيطا، وحتى يكون صحيحا يجب أن يخرج إلى العالم الخارجي، أي أن يكون جهريا².

ثانيا: المحل والسبب

أ. المحل

محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين به، فهو موضوع الالتزام، وهو إما أن يكون نقلا لحق عيني أو عملا أو الامتناع عن عمل. ومحل العقد هو إنشاء التزامات معينة، وكل التزام بإنشاء العقد يجب أن يكون له محل وسبب.

محل العقد يعني البحث عن عناصره المختلفة أي العناصر الأساسية والخاصة التي تعبر عن العملية القانونية والاقتصادية التي يهدف الأطراف إلى تحقيقها. إنه الأداء الذي يتفق الأطراف بشأنه، والذي تدور حوله العملية التعاقدية. وهذا العنصر الذي لولاه لما فكر الأطراف في تكوين العقد. والذي ترتبط به الالتزامات الأخرى التي يمكن أن يولدها العقد الدولي، وتظهر أهمية المحل على مستوى الالتزامات

¹ La formation des contrats internationaux, Rev. Fiscalité Européenne et Droit International des affaires, N°125, Année 2001.

² Ibid.

المتبادلة التي يضمنها العقد الدولي، وعليه فإننا نجد في عقد التسيير محلان؛ محل التزام المسير، ويتمثل في التسيير بشروطه، والالتزام المؤسسة العمومية الاقتصادية، ويتمثل في دفع الأجر¹.

وللمحل شروط ثلاثة :

- أن يكون ممكنا وموجودا في الحاضر أو المستقبل.
- أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، تعيينا نافيا للجهالة.
- أن يكون قابلا للتعامل فيه، أي مشروعا غير مخالف للنظام والآداب العامة.

ب. السبب

إن السبب غير المحل، وإن وجود تشابه بينهما من ناحية المضمون. وللتفريق بينهما يطرح السؤال التالي بالنسبة للمحل: بماذا التزام المدين؟ أما السبب، فهو جواب السؤال، لماذا التزام المدين؟ فالرابطة التعاقدية لا تقوم إلا إذا كانت مبنية على سبب، وكان للعقد غرض وباعث من وراء العملية التعاقدية، وكان صحيحا وجائزا قانونا، أي كان حقيقيا ومشروعا. والسبب مقترن اقترانا وثيقا بإرادة الأطراف.

ويشترط في السبب أن يكون موجودا وصحيحا ومشروعا. إن مشروعية السبب في العقود الدولية تتبين من الأهداف التي دفعت الأطراف إلى إبرام العقد، وكذا من الأهداف المحددة له في نفس الوقت. فإذا كانت الأهداف غير مشروعة، كان السبب كذلك.

فالسبب في العقود الدولية مفهوم واسع وأداة مراقبة أكثر شمولاً من المحل، وباقترانه بالنظام العام والآداب العامة يصبح ذا محتوى سياسي يخضع في تقديراته للأسس التي تقوم عليها الدولة وتوجهاتها العامة.

¹ محمودي مسعود، مرجع سابق، ص118.

ويخضع السبب في أحكامه لقانون العقد وقد ذهب معظم الفقهاء إلى هذا الرأي. وهم إنما يقولون ذلك ليربطوا بين السبب والمحل، بصفتها ركنين مطلوبين لقيام العقد، وهذا الارتباط يستلزم إخضاعهما لقانون واحد، وهو قانون العقد. ويترتب عن عدم وجود السبب أو سببا كاذبا أو صوريا وكذا عدم مشروعيته أو مخالفته للنظام والآداب العامة بطلان العقد¹.

2.3.1- الإجراءات الشكلية

الشكل هو المظهر الذي تخرج به الإرادة إلى العالم الخارجي، وكذلك المظهر الخارجي الذي تبين به الإرادة وتظهر، بحيث تصبح ملموسة للبصر. وتتمثل الإجراءات الشكلية في الكتابة والإمضاء، وهما ذوا أهمية قصوى في عملية إبرام العقود الدولية، ويعول عليهما كثيرا في إثبات وجودها، وكذا مضمون ما اتفق عليه الأطراف وما التزم به كل طرف².

أولا: الكتابة

إن واقع التطبيق الدولي في مجال التعاقدات الدولية وما جرت عليه أعمال المنظمات الدولية المهمة بهذا الميدان فرض ضرورة التجسيد الكتابي لما انصرفت إليه إرادة الأطراف العاقدة، كما أنه خلال مرحلة المفاوضات كما سبق وأن رأينا تقتضى أن تدون كل المراحل في شكل محررات يختلف اسمها من بلد إلى آخر ومن تنظيم قانوني إلى آخر.

والكتابة واقع ضروري وحتمي ملزم لتجسيد الاتفاق النهائي، كما أن المحاكم وهيئات التحكيم الدولي قد عملت على استخلاص بعض الأعراف والمبادئ المترتبة عن الالتزامات التي تقع على عاتق الأطراف العاقدة، ومنها واجب التعاون على إقامة دلائل الإثبات.

¹ محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، المرجع السابق ص 126 إلى 128، كذلك القانون المدني الجزائري، المادة 97.

² زواوي محمد، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري-دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1987، ص 10.

فهذا النوع من الواجبات دخل عرف التعامل في مجال التعاقدات الدولية بل أصبح في النماذج والصيغ العقدية الدولية من الاشتراطات الأساسية. فالمهم بالنسبة لأطراف العقد الدولي ليس فقط أن يكون على علم ودراية بالالتزامات التي يتضمنها العقد الدولي الذي أبرمته، بل يجب أن يكون كذلك على استعداد لتحمل نتائج وتبعات هذه الالتزامات ولا أفضل من الكتابة لتثبيت ذلك، حيث يمكن للأطراف الرجوع إلى العقد وتفسيره والاستشهاد به.

كما أن الضرورة القانونية تفرض الكتابة في العقود الدولية التي تهدف إلى تحديد وإرساء شكل واضح يبين التزامات الأطراف ومركزها القانوني في العملية التعاقدية، للتمكين من تحديد وضعها القانوني وإخضاعها للنظام الملئم.

وفي هذا السياق نجد أن اللجنة الاقتصادية الأوروبية المنبثقة عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، قد أوكلت إلى مجموعة من الخبراء مهمة إعداد دليل عملي لتحرير العقود الدولية في مجال التعاون الصناعي. وقد تم تقديمه أمام الدورة التي عقدتها اللجنة بتاريخ 21 ماي 1976¹.

ثانيا: الإمضاء

الإمضاء هو الاسم أو العلامة المميزة التي يضعها الشخص في آخر المحرر للتأكيد والإشهاد على صحة ما تضمنه هذا الأخير من التزامات.

كما يعرف أيضا بأنه كل علامة مميزة وشخصية مكتوبة بخط اليد تسمح بالتعرف على من قام بها دون أي شك محتمل، وتعبر عن إرادته القطعية بالموافقة على التصرف الموقع عليه². ويختلف الإمضاء عن بعض الإجراءات المماثلة له

¹ محمودي مسعود، مرجع سابق، ص من 104 إلى 106.

² محمودي مسعود، المرجع السابق ص109.

كالتأشير "paraphe"، والذي يعرف كذلك بأنه علامة مميزة وشخصية توضع في أسفل كل صفحة إن تعددت لنفس المحرر¹.

يرتبط الإمضاء ارتباطا وثيقا بمسألة الاختصاص، ولا يكون صحيحا إلا إذا صدر من الشخص المختص قانونا لإبرام العقد ويعود تحديد الاختصاص بالتوقيع على العقود الدولية كقاعدة عامة، إلى النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية التي يبرم التصرف باسمها، وبذلك تعود صلاحيات ذلك إلى الرؤساء. وبما أننا بصدد شركات الأموال، فإن اختصاص التوقيع يكون من طرف الشخص، أو المسؤول المعين في نظام الشركة، أو المعين بقرار خاص من الوزارة الوصية. وهذا ما يجعل الإمضاء من الإجراءات الشكلية الأساسية في إبرام العقود الدولية، إذ تكمن أهميته في المعاني التي يكسبها والآثار القانونية التي يربتها عليها ونذكر منها :

-إضفاء الطابع والصبغة الرسميين على العقد الدولي.

-يعبر تعبيراً صريحاً عن موافقة ورضاء الأطراف العاقدة بالالتزام بما جاء في العقد الدولي.

-يحدد ويبين مكان وتاريخ إبرام العقد الدولي.

-يحدد ويبين مكان وتاريخ دخول العقد حيز التنفيذ².

الفرع الثاني

خصائص ترست

يتكون ترست من مجموعة قواعد قانونية قديمة لا تزال تصنع القواعد القانونية المعاصرة¹.

¹ BLANCO Dominique, Op. cit., p. 94.

² محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 110 و 111.

يظهر ترست الخصائص التالية²:

أولاً: تشكل أموال الترسـت ذمة مستقلة عن ذمة المـسير.

ثانياً: تحرر سندات الأموال الخاصة بذمة ترست باسم المـسير أو باسم شخص آخر لحساب المـسير.

ثالثاً: يتمتع المـسير بسلطة تقابلها التزامات، يقدم عنها معلومات للمؤسس بمناسبة إدارته وتسييره أو تصرفه في الأموال، وذلك حسب ما تم الاتفاق عليه في عقد ترست والقواعد الخاصة التي يلزم القانون بها المـسير.

يقوم المؤسس بنقل بعض أو كل أمواله من خلال عقد، أو بإرادة منفردة في إطار ترست، كما يمكننا التمييز بين نوعين: ترست بين الأحياء، وترست الوصية. غالباً ما يكون شخص المؤسس يختلفاً عن شخص المـسير الذي يتسلم تسيير هذه الأموال لصالح مستفيد أو هدف معين.

العناصر القانونية التي تميز ترست هي

- يحصل المـسير على حق عيني على أموال المؤسس، ويكون ملزماً بتسييرها حسب الاتفاق موضوع عقد ترست التأسيسي.

تمحور ترست حول تراكم نوعين من الملكية

- سلطة المـسير على ذمة الترسـت (Legal ownership)³، وهي ما يطلق عليه بالملكية القانونية لهذه الذمة.

- حصول المستفيد على حق الاستعمال وحق الانتفاع من هذه الأموال

¹ MONTAGNE Sabine, Le trust, fondement juridique du capitalisme patrimonial, Colloque : Où en est la théorie de la régulation ?, 29-30/06/2004, Université La Sorbonne, Paris, p. 4.

² AYNES Laurent, Les journées de l'ingénierie patrimoniale, Op. Cit, p. 2.

³ UNDERHILL Arthur, Op. Cit, p. 5.

(Beneficial or equitable ownership)¹، وهو ما يطلق عليه بالملكية الإنصافية لهذه الذمة. إن هذا التقسيم بالذات للملكية هو الذي يُصَعَّبُ التكيف القانوني لترست في الأنظمة القانونية التي تعتمد على مبادئ عناصر الملكية² التالية³:

- مبدأ وحدة حق الملكية الذي يرفض كل تراكم (Superposition) على هذا الحق لنفس الشيء.

- مبدأ وحدة الذمة المالية.

الفرع الثالث

خصائص فيديوسية

إن عقد فيديوسية من العقود الملزمة لجانبين، يتيح ويستدعي نقلا للملكية، الشيء الذي يسمح بتأسيس أصول لفيدوسية، كما أن هذا النقل للملكية يتم في بداية العملية وهو نقل مؤقت.

بالمقابل فالمسير ملزم ببلوغ هدف معين في نهاية العملية أي العقد، وعندها يكون ملزما مرة أخرى إما بإعادة هذه الأصول إلى المؤسس، أو بنقلها من جديد إلى شخص محدد في العقد، وحتى يحين ذلك، فله جميع صلاحية المالك ولكن بقيود.

أولاً: ذمة التخصيص (Patrimoine d'affectation)

هي كل العناصر من أصول و/أو خصوم التي تنقل من خلال عقد فيديوسية إلى

¹ UNDERHILL Arthur, Op. Cit, p. 437.

² GRIMALDI Michel, Réflexions sur la fiducie et sur l'avant projet qui la consacre, DEFERNOIS, 1991, p. 919.

³ Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 7^{éd.}, par Esmein, Paris, 1961, p. 229.

إلا أن هذا الأمر لم يحترم، حيث جاء قانون فيديوسية بمفهوم ذمة التخصيص التي تحد من وحدة الذمة التي جاء بها هؤلاء الفقهاء، إذ لا يمكن للمؤسس من التصرف في هذه الذمة طيلة قيام العقد، الأمر الذي يتنافي وعناصر الملكية الثلاث التي جاءوا بها (حق الاستعمال، حق الاستغلال، وحق التصرف)، أنظر كذلك كاسل سامية، المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة ملود معمري- تيزي وزو، 2011، ص 90.

المسير والتي تشكل ذمة للتخصيص تسمى ذمة فيدوسية¹، بحيث كل دين نشأ من تسيير أو إدارة فيدوسية لا يعطي حقا للدائنين إلا في حدود هذه الذمة، وعليه سوف أستعمل مصطلح ذمة التسيير في باقي الدراسة للإشارة لذمة التخصيص، أو ذمة فيدوسية بما أنه لا يهمننا في دراستنا في هذا المقام إلا ما يتعلق بالتسيير دون غيره.

ثانيا: النقل المؤقت للملكية

عمليا تؤسس أصول فيدوسية في بداية العملية، وقصد تحقيق ذلك يتم خلال إتمام عقد فيدوسية نقل هذه الأموال، وقبل إتمام هذا النقل يستلزم علينا دراسة الإطار القانوني له.

أ- تنظيم نقل الأموال

كما سبق وأن رأينا، وإن كان في كل أحوال عقد فيدوسية أن أطرافها ثلاثة(03)،

ففي جل الأوقات لا يخص العقد إلا اثنين(02) منها، المؤسس والمسير؛ ويرجع السبب في ذلك إلى استحالة تعاقد الشخص مع نفسه، لاستبعاد الحالة التي يكون المؤسس فيها مسيرا²، المستفيد ليس طرفا في العقد وهو في وضعية تشبه الاشتراط لمصلحة الغير³،

إلا أنه يرد استثناء على هذه القاعدة، بحيث حين يصدر المستفيد قبوله لهذا النوع الغريب من الاشتراط لمصلحته، لا يمكن للمؤسس تعديل العقد، ولا حتى إنهاءه إلا بموافقة المستفيد أو بحكم قضائي⁴.

¹ BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. Cit, p. 53.

² DE GUILLENCHMIDT Jacqueline, La fiducie - Pour quoi faire ? Revue de jurisprudence commerciale, 1991, pp. 73-88.

³ Ibid.

⁴ C.Civ., Article 2028 al. 2 : "Après acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice."

1- العقد

العقد أساس فيدوسية إلا في حالة الهبة، إذ تحتوي فيدوسية الوصية على القوة الإلزامية الموجودة في العقود¹، كما أنه لا يمكن أن تنشأ فيدوسية عن حكم قضائي، كما هو الحال في ترست الانجلوأمريكي.

يعتبر العقد ناقلاً للحق، إذ يحقق و/أو ينظم نقل الملكية، إن عملية نقل الملكية لصالح المسير "تعتبر خاصة غير موجودة في باقي العقود بما أنها غير منظمة في القانون المدني إلا في فيدوسية".²

2- الإطار القانوني

أنشأت فيدوسية في فرنسا بموجب القانون 2007-211 المؤرخ في 2007/02/19 في الكتاب الثالث، الباب الرابع عشر من القانون المدني تحت عنوان "فيدوسية"، يتعلق الأمر بآلية للتسيير والتأمين³.

ثالثاً: مصير ذمة التسيير في نهاية العملية

إذا كان المسير يتصرف في الأموال الموضوعة في فيدوسية (ذمة التخصيص)، فهو ملزم بموجب هذا العقد بإعادتها أو نقلها للغير، وهذا من الخصوصية الرئيسية لفيدوسية.

إذا كان العقد ينقل الملكية للمسير، فليس معنى ذلك أن هذا النقل أبدي، وإنما هو نقل مؤقت كما سبق وأن رأينا، وبسبب هذه الخاصية (ad tempus) يشكك الكثير في حقيقة هذا النقل⁴.

¹ GRIMALDI Michel, La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, Defrénois 1991, art. 35094, p. 964.

² DE GUILLENCHMIDT Jacqueline, Op. Cit.

³ GRIMALDI Michel, Op. Cit, pp. 961 et 962.

⁴ BUREAU Antoine, Le contrat de fiducie : étude de droit comparé Allemagne, France, Luxembourg,

المبحث الثاني

المبادئ الأساسية لعقد التسيير وترست وفيديوسية ومجالات تطبيقها

لكل مجتمع مبادئه، وعلى هذا الأساس يضع كل مجتمع مبادئ لما أوجده من قوانين وبما أن كل عقد يخص بلدا معينا، فلا بد أن لكل آلية مبادئها التي تميزها عن باقي الآليات ومجالات استعمالها؛ بحيث أن المشرع الجزائري حين أوجد عقد التسيير، كان يصبو إلى تحقيق نتيجة معينة، الأمر الذي يحدد مجالات الاستعمال. وإن لم يكن للمشرع الانجليزي يد مباشرة في وجود ترست إلا أن حاجيات المجتمع المختلفة كانت لها الكلمة العليا كما رأينا سلفا في إرغامه على إيجاد حلول مبتكرة من خلال الاجتهادات القضائية بين محكمة الملك ومحكمة المستشار. أما فيديوسية فكانت بمثابة ردة فعل للمشرع الفرنسي على اكتساح ترست لمجتمعه عبر الاستعمالات المختلفة التي أتاحتها ترست لأفراد المجتمع الفرنسي.

وعليه، نلج إلى عالم هذه المبادئ و مجالات استعمال هذه الآليات من خلال التطرق إلى المبادئ الأساسية للآليات الفريدة للتسيير (المطلب الأول)، مجالات تطبيق الآليات الفريدة للتسيير (المطلب الثاني) و قواسم الآليات الفريدة للتسيير (المطلب الثالث) كما يلي:

المطلب الأول

المبادئ الأساسية لعقد التسيير وترست وفيديوسية

إن لكل نص قانوني أو آلية قانونية أوجدها مشرع، مبادئ أساسية بحيث تعبر هذه الأخيرة عن شخصية النص - إن صح التعبير - بالنسبة لباقي النصوص في النظام الواحد، ومن أجل الوصول إلى ذلك نتطرق لكل آلية على حدة بالتحليل قصد استخراجها في الحالة التي تكون ظاهرة المعالم واستنباطها في الحالات الأخرى. وعليه، نتناول المبادئ الأساسية لعقد التسيير (الفرع الأول) والمبادئ الأساسية لترست (الفرع الثاني)، والمبادئ الأساسية لفيديوسية (الفرع الثالث) كما يلي:

الفرع الأول

المبادئ الأساسية لعقد التسيير

نتناول بالبحث المبادئ الأساسية لعقد التسيير وكيفية استنباطها من روح قانون عقد التسيير، إذ أن محاضر مداولات مناقشة مشروع قانون عقد التسيير هي بمثابة روح هذا القانون، بحيث لم تترك نقطة من النقاط الهامة إلا وتعرضت لها بالشرح والبيان، كما أنها لم تتوان في تحديد مجالات تطبيقه، لما فيها من معلومات.

جاء في محضر الجلسة العلنية السادسة والعشرين المنعقدة يوم الأحد 1989/01/22 في تدخل السيد مقرر اللجنة القانونية والإدارية ما يلي¹ : " وبهذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أن نص مشروع القانون يفرز ثلاثة مبادئ أساسية يمكن بمقتضاها تطبيق عقد التسيير على كافة قطاعات النشاط، وأن المؤسسات العمومية الاقتصادية والشركات المختلطة الاقتصاد هي وحدها المؤهلة لإبرام هذا النوع من العقود من جهة، وأن المسير يتصرف باسم صاحب الملك من جهة أخرى."

وعليه، يمكن استخراج هذه المبادئ الأساسية الثلاث لعقد التسيير كما يلي:

- يمس كافة قطاعات النشاط.
- أن المؤسسات العمومية الاقتصادية هي وحدها المؤهلة لإبرام هذا العقد.
- المسير يتصرف باسم ولحساب صاحب الملك.

الفرع الثاني

المبادئ الأساسية لترست

بعدما تطرقنا إلى تاريخ وشيء من فلسفة هذه الآلية الفريدة من نوعها، ندرس بشيء من التعمق ما يخص المبادئ الأساسية لهذه الأداة في بلادها الأصلية إنجلترا.

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/22، المرجع السابق، ص2.

من مبادئ ترست الأساسية ظاهرة الحلول (Subrogation réelle) بحيث يوفر كومن لولو لأصول ترست الحلول العيني، بمعنى أنه إذا تصرف المسير في أصول ترست، فيمتد ترست للأصول المقتناة من قبل المسير عن طريق الحلول العيني، حيث تحل الأصول المقتناة محل الأصول المتنازل عنها، ويستوي في ذلك أن يكون التنازل قد تم عن طريق الغش أم لا، أو يكون المسير أراد اقتناء الأشياء لنفسه أو لصالح المستفيدين من ترست¹، وأن يحل المسير المقتني محل المسير المتنازل في حالة التنازل الكلي عن الأصول².

إن ترست الانجلوأمريكي من جهة وتنفيذ الوصية من جهة أخرى يختلفان جوهرياً من حيث البنية القانونية، حيث أنه في تنفيذ الوصية يكفي الوكيل بإتمام ما تم الاتفاق عليه بين الوصي و الوكيل في العقد، من نقل للأموال الموصي بها إلى الموصي لهم. أما فيما يخص ترست، فيقوم المسير بتسيير هذه الأموال لصالح شخص أو أشخاص معينين يسمون مستفيدين ليتم نقلها عند حلول أجل لصالح شخص أو أشخاص ليسوا بالضرورة المستفيدين، إذ أن كومن لولو طور مفهوم تقسيم عناصر الملكية للأصول المؤسسة لترست بالتمييز بين الملكية القانونية (Legal ownership) التي تعود إلى المسير والملكية الإنصافية (Equitable ownership)³ التي تعود لمستفيد أو مستفيدين معينين في العقد التأسيسي أو على الأقل يعين طريقة تعيينهم.

الفرع الثالث

المبادئ الأساسية لفيدوسية

ذمة التخصيص أو ذمة فيديوسية أو ذمة التسيير كما سبق وأن أشرت إليه ذمة

¹ ZWEIGERT Konrad, Des solutions Identiques par des voies différentes, R.I.D.C, Vol 18 N°1, Janv.-Mars 1966, p. 9.

² UNDERHILL Arthur, Op. Cit, p. 410.

³ ZWEIGERT Konrad, Op. Cit, pp. 9 et 10.

أنظر كذلك، كاسل سامية، مرجع سابق، ص 84.

مستقلة، لكونها خرجت من ذمة المؤسس لكن مؤقتاً، وهي في الوقت نفسه منفصلة ومستقلة عن ذمة المسير، حيث يتسلم المسير أصول وخصوم المؤسسة التي هو مسؤول بموجب العقد على تسييرها.

كما أن فتح الإجراءات الجماعية¹ ضد المسير، لا تمس ذمة التسيير بما أنها مستقلة عن ذمته، إلا أن المسير يبقى مسؤولاً على حساب ذمته الخاصة على الأخطاء التي يرتكبها هو بمناسبة تأديته لمهامه، لا على حساب الذمة التي استلمها عند إبرام العقد. هذا ما تؤكدته المادة 2026² من قانون عقد فيديوسية والتي تنص على: " تكون أموال المسير ضامنة للأخطاء التي يرتكبها بمناسبة تأديته لمهامه. "

المطلب الثاني

مجالات تطبيق عقد التسيير وترست وفيديوسية

إن كان جوهر الدراسة يتمحور حول مقارنة آليات قانونية للتسيير، إلا أن مجالات تطبيقها تختلف باختلاف الآلية في قانونها الذي أوجدها، بحيث تختلف مجالات استعمال عقد التسيير عن تلك المتاحة في ترست، والأخرى التي يسمح بها المشرع الفرنسي في فيديوسية.

وعليه، نتناول مجالات تطبيق عقد التسيير (الفرع الأول)، ومجالات تطبيق ترست (الفرع الثاني)، وأخيراً مجالات تطبيق فيديوسية (الفرع الثالث).

¹ الإجراءات الجماعية (Procédure collective):

في القانون الفرنسي يفيد مصطلح الإجراءات الجماعية، أن مؤسسة معسرة قد وضعت تحت الرقابة القضائية، بحيث يُجمع كل دائني هذه المؤسسة لإعلامهم بإعسارها وعن عدم جدوى مطالبتها بالدين إلى غاية خروجها من مرحلة الإعسار وذلك حفاظاً على بقاء المؤسسة وبالتالي المحافظة على مناصب الشغل وتسديد الديون. كما أن هذا الإجراء يفيد التصفية القضائية والتي تهدف إلى وضع حد لنشاط المؤسسة قصد تسديد الديون من الأموال المتبقية. كما يوجد ثلاثة إجراءات جماعية في القانون الفرنسي:

- إجراء الحماية (Procédure de sauvegarde)
- إجراء التقويم القضائي (Redressement judiciaire)
- التصفية القضائية (Liquidation judiciaire)

² C.Civ., Article 2026 : " Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission. "

الفرع الأول

مجالات تطبيق عقد التسيير

جاء في محضر الجلسة العلنية الرابعة والعشرين المنعقدة يوم الأربعاء 1989/01/18 مساءً، في تدخل السيد وزير العدل ما يلي¹ : "... ، أعتقد أنه من الممكن استعمال هذا العقد في غير مجالي السياحة والفندقة، وهو ما أدى إلى إدراج هذا النص في القانون المدني بدل قانون آخر."

"... عما إذا كان هذا العقد سيقصر على الفندقة والسياحة، أم أنه سيشمل مجالات أخرى، أعتقد أنه يمكن تطبيق هذا العقد في مجالات أخرى إن اقتضت المصلحة ذلك".²

" أما مجال عمله فهو متنوع إذ يمس كافة قطاعات النشاط ابتداء من تأدية الخدمات إلى الصناعات".³

كما جاء في محضر الجلسة العلنية السادسة والعشرين المنعقدة يوم الأحد 1989 /01/22⁴ ، في تدخل السيد مقرر اللجنة القانونية والإدارية ما يلي : "... ، تطبيق عقد التسيير على كافة قطاعات النشاط، ...".

جاء في محضر الجلسة العلنية الرابعة والعشرين المنعقدة يوم الأربعاء 1989/01/18 مساءً، ما يلي: "...، بصفة عامة فأذكر بأن هذا العقد معمول به دولياً، و

أنه يسمح باستعمال هذه الإمكانيات بهدف تقدم السياحة والسيطرة عليها".⁵

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/18، مرجع سابق، ص 5.

² المرجع نفسه، ص 6.

³ محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/22، مرجع سابق، ص 2.

⁴ المرجع نفسه.

⁵ محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/18، مرجع سابق، ص 5 و6.

بناء على ما ورد سالفاً فإن مجالات تطبيق عقد التسيير لا حصر لها إذ تمس كافة مجالات وقطاعات النشاط دون استثناء وإن كان أصل مناسبة وجود النص تطوير مجالي الفندقة والسياحة.

الفرع الثاني

مجالات تطبيق ترست

إن فكرة ترست الفريدة تم استغلالها بطريقة عبقرية من طرف رجال القانون الأنجلوأمريكان في مجالات مختلفة ومتعددة للقانون الخاص، من التركات إلى شركات الأموال¹.

إذا تركنا جانبا ترستات التي أنشئت صراحة بين الأحياء أو عبر وصية كتلك المؤسسات العائلية قصد إبقاؤها في مجال عائلي محض، وإذا تركنا كذلك جانبا ترستات التي أنشئت ضمناً أو بأحكام قضائية، يمكننا التمييز بين ستة أمثلة لاستعمالات عصرية لترست².

أولاً: الحد من عدد الملاك على الشيع للعقارات

قصد تبسيط نقل وبيع الأراضي فإن المادة 34 من قانون الأراضي³ لسنة 1925 يحدد العدد الأقصى للمشاركين في الملكية المشتركة بأربعة أشخاص، غير أنه بالمقابل يكون عدد المستفيدين غير محدود.

وعليه، حتى وإن يتم نقل الملكية لأكثر من أربع أشخاص، فإن القانون لا يعطي سند الملكية إلا للأربع الأوائل المعينين، والذين يتم تعيينهم مسيرين بهذه الصفة، لأنفسهم ولباقي الملاك الذين حُرِّموا أن تذكر أسماءهم في العقد. هؤلاء المسيريون يكون لهم حق التصرف في تلك الأصول، لا سيما قصد تقسيم ثمنها بينهم دون أن

¹ ZWEIGERT Konrad, Op. Cit, p. 9.

² WORTHLEY B. A., Op. Cit, pp. 705-709.

³ Law of property act

يتدخل المشتري في كيفية التقسيم. المهم أنه يدفع المقابل للمسيرين الأربع بحضور اثنين منهم على الأقل.

تنطبق هذه القاعدة أيضا على الموصي في تعيينه لأكثر من أربعة مسيرين، فإذا ماتوا يمكن للمحكمة أن تستبدلهم، إذ أن الأموال الشخصية للمسيرين التي اكتسبوها من خلال ثروتهم الشخصية، منفصلة عن أموال الترس، والتي لا يمكن أن تكون محل تسديد ديونهم أيضا.

ثانيا: إدارة وبيع أموال المفلس قصد تسديد الديون

إن تعيين مسير للمفلس يعتبر بمثابة بيع، حيث يتم نقل ممتلكات المدين¹ إلى المسير، يتسلم المسير² هذه الأموال مثقلة³، ولا يمكنه أن يستفيد بأي صورة من الصور من هذه الأموال لأنه مأجور حسب سلم خاص من قبل المحكمة، كما يكون مسؤولا أمام وزارة التجارة⁴ التي هو ملزم بتقديم المعلومات عن الأعمال التي يقوم بها، لا سيما عملية التسيير. يمثل المسير في القوانين الأخرى القيم أو المصفي؛ إنه رجل الثقة بالنسبة للدائنين الذين يتقاسمون بالتساوي بينهم أموال المدين المفلس⁵. وكمسير يمكنه بيع، تحرير الوصلات وإنشاء الديون والاعتراف بها.

ثالثا: ترست الاستثمار

إن إنشاء ترست الاستثمار كان نتاجا لإرادة الحصول على حافطة للاستثمارات المختلفة قصد الحد من الخسائر، وبخاصة الاستثمارات ذات رؤوس الأموال البسيطة والتي أصاب في وصفها الأستاذ بنتفوليو⁶ من خلال تقرير مفصل للمعهد الدولي

¹ Bankruptcy act 1914, art. 53.

² MARMOL Del, La faillite en droit anglo-saxon, Thèse, Lyon 1936, p. 29.

³ Subject to equities

⁴ Board of Trade.

⁵ WORTHLEY B. A., Op. Cit, p. 706.

⁶ BENTIVOGLIO L. M., Etude de droit comparé sur les sociétés d'investissement dans les états membres de la communauté économique européenne, I.I.U.D.P, Rome 1962.

لتوحيد القانون الخاص بروما والذي جاء فيه: "... حتى تمنح الجمهور قيما ويستوي في ذلك أن تكون منقولا أو عقارا، مستقلة قدر المستطاع عن التذبذبات المتعلقة بالبورصة، سواء تعلق الأمر بتلك التي لها علاقة بالعوامل التقنية الظرفية أو الظواهر الأخرى، هو الجمع تحت غطاء نظام فعال يسمى ترست عددا كبيرا من الاستثمارات للقيم المنقولة (أسهم، سندات) وحتى استثمارات عقارية، حيث توزع المخاطر التي تحدد بالاستثمارات على نطاق واسع، على جميع المؤسسات التي تنتمي للقطاعات الاقتصادية المختلفة. يمكن لهذه الآلية التي تدير هذه الاستثمارات أن تستند للضمانات التي تتيحها المؤسسات المالية، حيث يصدر ترست شهادات للاكتتاب يعرضها للبيع على الجمهور، والتي تكون لها كل يوم قيمة رسمية، تحتسب على أساس القيمة المتوسطة لجميع القيم التي يملكها."

إن هذا النظام الفريد الذي أوجدته إنجلترا حظي باستعمالات واسعة في بلده الأصلي والولايات المتحدة الأمريكية. أما فيما يخص القارة الأوروبية فقد أدخل هذا النظام في سويسرا خلال عام 1930، أشكالا مشابهة لمثل هذه الشركات الاستثمارية نجدها في فرنسا وبلجيكا ومؤخرا في إيطاليا¹.

كما أن الأستاذ هورنسي² في تقريره حول إمكانية استعمال بعض مبادئ آلية ترست من قبل بلدان ذات التقنين المدني يقول: "إذا لم يكن من الممكن تنويع الاستثمارات، أو لا يمكن فعله إلا في ظروف استثنائية، ففي هذه الحالة يسمى ترست بترست معين، أما إذا كان بإمكان مسيري ترست بصفتهم مؤهلين، تعديل طبيعة وحجم الاستثمارات الأصلية، ففي هذه الحالة يسمى ترست بترست التسيير³". وهذا ما يشبه عقد التسيير في القانون الجزائري.

¹ BENTIVOGLIO L. M., Les " Investment Trusts ", Unidroit, Rome 1958, p. 104.

² HORNSEY Geoffrey, Doyen de la faculté de droit de l'Université de Leeds, U.K.

³ HORNSEY Geoffrey, Rapport sur les possibilités d'utiliser certains principes du trust dans les pays dits de droit civil, L'unification du droit, Annuaire 1957, Rome, p. 44.

رابعاً: مسير لسندات الدين (trustees for debenture holders)

ترست طريقة فعالة لحماية دائني شركات الأموال، الذين يتحدون قصد قرض هذه الشركات لتمكينها من متابعة أنشطتها؛ الدائنون يعينون مسيرين (trustees for debenture holders) الذين يسهرون على مصالح الدائنين.

يعين المسير بصفة دائن مرتتهن على أساس عقد تأسيسي ترست من بين الشروط التي يحتويها، اشتراط السندات لأمر. يحافظ المسير على المصالح طبقاً للرهن الوارد على ترست لصالح مستفيدين يملكون هذه السندات، والذين ليسوا بالضرورة الأشخاص أنفسهم الذين أسسوا ترست، حيث يكون المسير ملزماً بحماية مصالحهم كل ما اقتضى الأمر ذلك. وفي هذه الحالة يمكن للعقد التأسيسي لترست أن يجبر الشركة على تقديم جميع المعلومات الضرورية وغير الضرورية على وضعية أعمالها. وبهذه الصفة يكون من صلاحية المسير استدعاء اجتماعات للحصول على المعلومات اللازمة وإمدادهم بالتوجيهات المواتية. إن مدى السلطة التقديرية التي يتمتع بها المسير في مثل هذه الحالات تتوقف في كل حالة على الشروط المتضمنة في العقد التأسيسي لترست¹.

إن محتوى العقود في كل من إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية يخضع إلى تنظيم تفرضه القوانين، حيث تجعل العقود التأسيسية لترست في إنجلترا، والتي يعفي فيها المسير من المسؤولية في حالة إبطال دعوى خيانة الأمانة التي قد يرفعها المستفيد أو المستفيدين ضده. أما في الولايات المتحدة الأمريكية فالإجراءات أكثر صرامة بحيث يجبر تضامن العقود التأسيسية لترست التي تؤسس على شكل تجمعات على شروط خاصة من شأنها إيجاد الوسائل الكفيلة لتأمين وحماية حقوق حاملي السندات التي أصدرت وفقاً لترست².

¹ WORTHLEY B. A., Op. Cit, p. 708.

² HORNSEY Geoffrey, Op. Cit, pp. 56-57.

خامسا: لحماية السفهاء

لا وجود تنظيم للسفيه في القانون الانجليزي، ولكن يمكن اللجوء لترست قصد تأمين دخل لشخص غير مؤهل لتسيير أعماله تسيير الرجل العادي، وذلك بتمكينه من دخل إلى غاية إفلاسه، إن هذه الطريقة مشروعة وتحد من إرادة الدائنين بنية إفلاسه من خلال حصوله على هذا الدخل، بل العكس هو الصحيح حيث يحرس الدائن على عدم إفلاس هذا الأخير¹.

في كثير من حالات ترست، المؤسس حين يكون في حالة الواهب، لا تكون له نية أن المستفيد يكون في حالة السفه، حيث يقوم بتبديد أصول ترست التي تضمن له الدخل، وإنما تمكن دائني المستفيد بوضع اليد على أصول ترست لتسديد ديونه².

يكون من المستحيل في إنجلترا توفير حماية مطلقة لمصلحة المستفيد، إلا أن المرونة التي تتمتع بها هذه الآلية تمكن من الوصول إلى نتائج قريبة بطرق غير مباشرة، بحيث يمكن أن تكون مصلحة المستفيد واقفة على شرط فاسخ. وبالفعل فإذا توفر الشرط الفاسخ فإنه يؤدي إلى فسخ ترست في حالة التنازل عن الأصول أو الإفلاس، وإلا كان الشرط باطلا ويبقى الإبطال يوفر الحماية إلى أن تتوفر أسباب الفسخ أو الإفلاس الحقيقية³.

كما يمكننا اللجوء إلى ترست تقديري (Discretionary Trust)، ففي هذه الحالة لا يكون للمستفيد أي حق في جزء من مداخل ترست، إلا ما يوفره له المسير بالقدر الذي يراه مناسباً، حسب التقدير الذي يتماشى ومصلحة ترست⁴.

¹ WORTHLEY B. A., Op. Cit, p. 708.

² HORNSEY Geoffrey, Op. Cit, p. 57.

³ ZWEIGERT Konrad, Op. Cit, p. 9. Cf. Keeton, The Law of Trusts, 8^e éd. 1963, p. 330. Cf. Scott, The law of Trusts, 2^e éd. 1956. n° 288.

⁴ HORNSEY Geoffrey, Op. Cit, pp. 52-54.

سادسا: ترست يتيح تقليص نسبة الضرائب على المداخل والتركات

تصل نسبة الضرائب على التركات إلى حد الثمانين (80) بالمائة من قيمة التركة عند الوفاة، ولكن المؤسسة العائلية وترست الخيري (Charitable trust) يُمكن المورث من التصرف في أمواله قيد حياته¹، بطريقة تقلص من نسبة الضرائب، حيث تقوم المؤسسات (Fondations) في إنجلترا والولايات المتحدة باستعمال هذه الطريقة.

كما يمكن التقليل من نسبة الضرائب على المداخل من خلال إنشاء ترست، بهذه الطريقة يتمكن الثري من توجيه استثمار ثروته والأهداف التي يرغب فيها، بدلا من أن تستنزف الضرائب معظم رأسماله، تثير هذه الإشكالية كثيرا من الاهتمام في إنجلترا والولايات المتحدة².

الفرع الثالث

مجالات تطبيق فيدوسية

يمكن لفيدوسية أن تؤدي وظيفتين منفصلتين³: أداة تسيير اقتصادي لأموال المؤسسة، و وظيفة تأمين.

أولا: فيدوسية أداة تسيير فعالة

تكمن فيدوسية التسيير في نقل أصل أو عدة أصول إلى ذمة فيدوسية قصد تسييرها، والتي تعفي المؤسس من تسيير أملاكه حقوقا كانت أو تأمينات، وإسنادها إلى شخص

¹ ZWEIGERT Konrad, Op. Cit, p. 9.

² OPPENHEIM L., Why a revision of the Louisiana Trust estates Act is Necessary, Louisiana Law review, Vol. XVIII, 1958, p. 599.

³ PDGB Société d'Avocats, Op. Cit, p. 1.

ذي ثقة " المسير " قصد تنميتها وتسييرها بإخلاص لصالح المؤسس وحده أو مستفيد ما¹، والذي تنقل إليه الأملاك من خلال هذه العملية.

يمكن استعمال هذه الآلية على وجه الخصوص قصد²:

1- إنشاء ضمان خاص بمخاطر مؤسسة فردية، يهدف إلى حماية أموال المؤسس الخاصة، إلا أن هذه الحماية نسبية بما أن المادة 2025 الفقرة 2 من القانون المدني تجعل من أموال المؤسس ضمانا لدائنيه، إلا في حالة اشتراط مخالف في عقد فيديوسية، ينص على جعل كل أو جزء من الخصوم على عاتق المسير.

2- يضمن للمستفيد وعدا بالتنازل عن أصول من خلال تنفيذ صحيح للعقد، بحيث أنه في حالة غياب فيديوسية، إذا لم يف الواعد بوعده وباع هذه الأصول لشخص آخر، فلا يكون للمستفيد إلا المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من خلال عدم التزامه بالوعد، إلا إذا أثبت حالة التواطؤ بالغش، بمعنى أن الغير كان يعلم بوجود الوعد بالتنازل، ويعلم أن المستفيد كان ينوي الحصول عليها. عبر فيديوسية تعزل الأملاك في ذمة التسيير على عاتق المستفيد وانتظار الوقت المناسب لأمر المسير بتحويلها له.

3- تنظيم تسيير الأموال يكون موضوع هبة أو وصية (بتحفظ على الإجراءات الخاصة والمتعلقة بحقوق التركة لا سيما احتياط الميراث)، وقصد تحقيق ذلك فالواهب أو الموصي يمكنه إما تحويل ملكية الشيء إلى الموهوب له، أو إلى وارثه ليقوم هذا الأخير بتحويله لمسير، أو تحويل ملكية الشيء مباشرة لذمة التخصيص لفائدة الموهوب له أو إلى الموصى له.

¹ JEGHERS J. L., Quelques mode de transmission volontaire des PME familiales sous forme sociétaire. De l'utilisation de la fiducie, A. D., 1995, pp. 215-253.

² JEGHERS J. L., Op. Cit, p. 240.

ثانيا: فيدوسية التأمين

فيدوسية تأمين فعال لمواجهة الإجراءات الجماعية؛ فيدوسية التأمين هي العملية التي من خلالها يقوم شخص، المؤسس بنقل عقار، سندات، ودائع، محل تجاري وحتى أموال حاضرة و/أو مستقبلة إلى ذمة التخصيص، قصد تأمين دين لدائن، تخصم هذه الأموال من ذمة المؤسس لتدخل في ذمة المسير المخصصة لتأمين دين أو عدة ديون¹.

عمليا تمكن هذه الآلية المؤسس المدين من تقديم ضمان لدائني المستفيد لتسديد دينه من خلال نقل أموال أو حقوق ذات قيمة من شأنها الوفاء بالدين إلى ذمة التخصيص، حيث تسيير من قبل مسير. هذه الأموال أو الحقوق مخصصة لضمان أموال المستفيد الذي يكون من حقه تنفيذ هذا الضمان بمجرد تخلف المؤسس المدين عن الدفع، بمعنى أنه لم يعد قادرا على تسديد مبلغ الدين في الآجال المحددة، وهو ما يطلق عليه اصطلاحا بالتوقف عن الدفع².

رغم نقل الملكية المرتبطة بعملية فيدوسية إلا أن بإمكان المؤسس المدين المحافظة على التمتع، أو استعمال الأموال الموجودة في ذمة التخصيص من خلال إتمام اتفاقية وضع تحت تصرف المسير. تجد هذه الاتفاقية أهميتها عندما يتعلق الأمر بمهنة المؤسس وتكون ذمة التخصيص ضرورية للمؤسس لمتابعة نشاطه المهني³.

¹ T'KINT François, La fiducie sûreté in Le trust et la fiducie, implications pratiques, colloque du 09/02/1996, KUL/UCL.

² C. Com., Article L631-1 al. 1 : " Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements."

³ حتى يُمكن المؤسس في هذه الحالة المدين من تسديد ما عليه.

في إطار الإجراءات الجماعية، تعتبر فيدوسية التأمين بمثابة أداة وقائية لحقوق الدائنين وتأمين حسن تنفيذ مخطط الحفاظ أو التقويم¹.

1- تأمين فعال للدائنين المستفيدين

خلال الإجراء الجماعي تتغير فعالية فيدوسية التأمين حسب حالة تقدم الإجراء.

أ- خلال فترة الملاحظة وعند تنفيذ مخطط الحفاظ أو التقويم

تعتبر فيدوسية ضماننا فعالاً، لا يخضع الدائن إلى مبدأ توقيف المتابعة وبالتالي يمكنه تنفيذ الضمان، زيادة على ذلك إذا طالب المدين المؤسس الموضوع تحت إجراء الحفاظ بإرجاع الأصول إلى ذمته إن سمح القانون له بذلك، فإن المستفيد الدائن يحصل على دينه مباشرة حاضياً بذلك بضمان فعال (المادة II 622-7 L. من القانون التجاري الفرنسي). إلا أنه حين تنقل أموال فيدوسية التأمين إلى ذمة التخصيص، وتكون هذه الأخيرة محل اتفاق لوضعها تحت تصرف المؤسس، تنعدم فعالية فيدوسية. بالفعل ففي هذه الحالة لا يمكن "الدائن المستفيد" تحقيق هذا الضمان، مع ذلك يجد هذا الحق من جديد إذا تعلق الأمر بحادث لاحق مثل فسخ الاتفاقية المتعلقة بالوضع تحت التصرف، أو عدم دفع دين لاحق².

¹ PDGB Société d'Avocats, Op. Cit, p. 1.

² C. Com., Article L 622-23-1 : " Lorsque des biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêté du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cette interdiction est prévue à peine de nullité de la cession ou du transfert."

ب- في حالة إخفاق مخطط الحفاظ أو التقويم

يجد "الدائن المستفيد" ككل الدائنين العاديين، إمكانية استرجاع حقه من خلال حق التتبع المنصوص عليه في القانون التجاري¹.

ج- في حالة إجراء التصفية القضائية

يمكن للدائن المستفيد من فيثوسية تحقيق هذا الضمان مباشرة جاعلا من التأمين ضمانا أكثر فعالية من الرهن².

د- في حالة مخطط التنازل

بما أن المال قد خرج من ذمة "المؤسس المدين"، فلا يمكنه أن يدمج في مخطط للتنازل، وبالتالي يمكن "للمستفيد الدائن" تحقيق ضمانه باستيفائه لحقه بصفة حصرية من ثمن البيع، كما يكون ملزما بإرجاع الفارق إذا كان ثمن البيع يفوق قيمة الدين المضمون؛ في هذه الحالة أيضا يظهر أن فيثوسية هي تأمين أكثر فعالية³ من

¹ C. Com., Article L 643-11 al. III: " III.-Les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle dans les cas suivants :

1° La faillite personnelle du débiteur a été prononcée ;

2° Le débiteur a été reconnu coupable de banqueroute ;

3° Le débiteur, au titre de l'un quelconque de ses patrimoines, ou une personne morale dont il a été le dirigeant a été soumis à une procédure de liquidation judiciaire antérieure clôturée pour insuffisance d'actif moins de cinq ans avant l'ouverture de celle à laquelle il est soumis ainsi que le débiteur qui, au cours des cinq années précédant cette date, a bénéficié des dispositions de l'article L. 645-11 ;

4° La procédure a été ouverte en tant que procédure territoriale au sens du paragraphe 2 de l'article 3 du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité."

² C. Com., Article L 622-23-1, Op. Cit.

³ C. Com., Article L642-7 al. 6 : "La convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire ne peut être cédée au cessionnaire, sauf accord des bénéficiaires du contrat de fiducie."

الرهن، حيث أن الدائن المرتهن يمكن أن يفقد ضمانه في حالة وجود مخطط للتنازل، إذا كان العقار قد بيع لمشتري بثمن رمزي.

2- أداة تأمين لتنفيذ المخطط

يمكن لمسير شركة خاضعة لإجراء جماعي أن يضمن حسن التنفيذ لمخطط الحفاظ أو التقويم من أمواله الخاصة، وذلك من خلال تأسيس فيديوسية تأمين لصالح الدائنين، فينص العقد بأنه في حالة إخفاق المخطط، يستفيد الدائنون من فيديوسية، أما في حالة التنفيذ الكامل للمخطط فالمسير هو المستفيد منها¹.

¹ Jean-Pierre Rémy, Les résolutions de plans dans le droit des entreprises en difficulté, JCP G, n° 45, 2 novembre 2009, pp. 36-42.

خلاصة الباب الأول:

بعد ما تم تبيان أن أصل الآليات الثلاث: عقد التسيير، وترست، وفيديوسية واحد، بحيث أن بعضها مستوحاة من بعض، وأن جميعها يصلح للتسيير، وهو الأساس كون عقد التسيير لا يصلح إلا للتسيير، زيادة على الاستعمالات الأخرى التي تتيحها آليتها ترست وفيديوسية.

من خلال ما تم التوصل إليه عبر التحاليل المختلفة التي تضمنتها الدراسة، يتبين أن عقد التسيير أثبت محدوديته بالنسبة للتطبيقات التي تتيحها الآليتان محل المقارنة، بحيث أن المؤسس في عقد التسيير، مختزل في مؤسسة عمومية اقتصادية فقط، بينما لا حدود له في ترست وفيديوسية، إلا اشتراط أن يكون كامل الأهلية فقط.

أما المسير في عقد التسيير، فيجب أن يجمع بين جملة من الخصوصيات على سبيل الحصر، دون تمييز ما إذا كان الشخص القانوني المراد طبيعياً، أم اعتبارياً، كما أن المسير في ترست لا يرد على شخص معين فقط، بل يصح أن يكون شخصاً عادياً أو مهنياً محترفاً، غير أن العرف يقتضي أن يكون مهنياً محترفاً. أما في فيديوسية فقيد في عدد معين من الأشخاص الاعتبارية المالية والمحامين.

زيادة على المحدودية، أثبت عقد التسيير قصوره كون المسير طرفاً أجنبياً بالضرورة، حيث لا يصح أن يكون المسير منتبياً إلى القانون الوطني، على عكس الآليتين ترست وفيديوسية، حيث يستوي في ذلك أن يكون المسير طرفاً، وطنياً، أو أجنبياً.

ربما لم تكن الظروف التي صدر فيها النص التشريعي المنظم لعقد التسيير، تسمح آنذاك بأن يتسع العقد لباقي الأشخاص القانونية، لعدم انسجام النصوص القانونية الأخرى ذات الصلة، لا سيما ما ينظم القطاع الخاص منها. وكون جل المؤسسات العمومية الاقتصادية تم التنازل عنها، إما لصالح الخواص أو لصالح الأجراء من جهة، وكون أن جل النصوص القانونية ذات الصلة، والتي تمس بالاقتصاد تم تحيينها بما تقتضيه الأمور من انسجام بينها من جهة أخرى، فلم يعد هناك داعٍ لا لمحدوديته ولا لقصوره، مما يستوجب تعديله وتتمته.

الباب الأول

تقييم وظيفة عقد التسيير بالاستئناس
إلى نظام ترست وفيديو سية

لقد اتضح لنا من خلال ما تم تبياناه في الباب الأول أنه لا مناص إلا بتعديل وتنمئة النص القانوني المنظم لعقد التسيير، بعد ما بينا سلفاً أن الآليات الثلاث الفريدة في التسيير هي في الأصل واحدة، حيث أنها مستوحاة بعضها من بعض، مما يتيح لنا فسحة لجعل آليتي ترست وفيدوسية مطية لإتمام ذلك.

من أجل ذلك يجب تذليل العقبات التي قد تعرقل من اقتباس العناصر الأساسية لإتمام هذه العملية، ولن يتأتى ذلك إلا من خلال دراسة وتحليل الآثار القانونية التي ترتبها الآليات الثلاث في التشريعات الثلاث موضوع المقارنة، أي عقد التسيير وترست وفيدوسية، بحيث ندرس إمكانية التعديل عبر تحليل التزامات الأطراف التي تم تحديدها في الفصل الأول من الباب الأول، أي التزامات المؤسس والتزامات المسير في الآليات الثلاث هذا من جهة، وكيفية انقضائها، وكيفية مراقبتها، والأدوات المستعملة في مجال تسوية المنازعات التي كانت محل الاجتهادات القضائية.

فيما يخص الالتزامات بالنسبة للآليات الثلاث فهي تضم شقين اثنين، التزامات المؤسس والتزامات المسير. فالالتزامات المؤسس وإن تشابهت كلها في وضع الوسائل اللازمة تحت تصرف المسير، إلا أنها تختلف جذريا عن بعضها البعض، بحيث يكفي الوضع تحت التصرف في عقد التسيير، إلا أنه يكون غير كافٍ في ترست وفيدوسية، كون ترست يتطلب النقل التام للذمة المؤسسة لترست، وتتطلب فيدوسية نقلا مؤقتا لها مع وجوب جردها في سجل وطني خاص؛ وتنتهي التزامات المؤسس بالنسبة لترست مع نقله لذمة ترست، أما بالنسبة لفيدوسية فتنتهي التزامات المؤسس مع إتمام بعض التصريحات المحددة قانونا، غير أنها تكاد لا تنتهي في عقد التسيير. أما بالنسبة للمسير، فالالتزامات تختلف من آلية إلى أخرى، الأمر الذي يتطلب التدقيق والتحليل.

وفيما يخص انقضاء هذه الآليات الفريدة للتسيير فهي وإن تشابهت في انقضائها بانقضاء المدة إلا أن ترست وفيدوسية لها طرق أخرى للانقضاء نتناولها بالتحليل والتبسيط.

كما أن لترست وفيدوسية من الاجتهادات القضائية في مسألة تسوية المنازعات، رصيد مهم يمكن أن يؤخذ به على سبيل الاستئناس، ليتم تعديل أو تنمة بعض مواد عقد التسيير.

وعليه، تتم الدراسة من خلال فصلين، يتم التطرق في الفصل الأول إلى كيفية تعديل عقد التسيير، من حيث التزامات أطراف ترست وفيدوسية؛ ويخصص الفصل الثاني لكيفية تعديل عقد التسيير من حيث انقضاء وتسوية منازعات ترست وفيدوسية.

الفصل الأول

تعديل التزامات عقد التسيير بالاحتكام إلى التزامات ترست وفيدوسية

إن كان المسير المحور الرئيسي في العقود الثلاثة، فالطرف المقابل له سواء كان مؤسسة عمومية اقتصادية بالنسبة لعقد التسيير، أو مؤسس بالنسبة لترست وفيدوسية، لا يقل أهمية عنه كونه الطرف الذي يسعى من أجله المسير للوصول إلى الهدف المرجو، وما كان للمسير أن يكون لولا وجود المؤسس. وعليه، سأكتفي بذكر المؤسس سواء تعلق الأمر بالمؤسسة العمومية الاقتصادية بالنسبة لعقد التسيير، أو المؤسس بالنسبة لترست وفيدوسية.

وكون العقود كلها ملزمة للجانبين، فهذا مفاده أن العقد يرتب في ذمة المؤسس كذلك التزامات، وتختلف التزاماتهم باختلاف الآلية القانونية التي تنتمي إليها. كما يرتب العقد بمجرد انعقاده، التزامات متبادلة في ذمة كل من المسير والمؤسس، إلا أن التزامات كل طرف تختلف عن التزامات الطرف الآخر، بل الأمر يختلف حتى بالنسبة للطرف الواحد من نظام قانوني إلى نظام آخر. سيتم تحليل كل ذلك من أجل تمكين تعديل وتنمة كل من التزامات المؤسس والمسير في عقد التسيير. وعليه، نتناول بالتفصيل في المبحث الأول التزامات المؤسس في الآليات الثلاث، والتزامات المسير في المبحث الثاني، كلاً في نظامه القانوني.

المبحث الأول

التزامات المؤسس في عقد التسيير وترست وفيدوسية

تختلف التزامات كل مؤسس باختلاف نظامه القانوني، فبالنسبة لنظام الكمون لوو هناك تبايناً في هذا النظام القانوني مع النظام القانوني للآليتين اللتين تنتميان للقانون المدني (Pays civiliste)؛ فنظام الكمون لوو يسمح بتجزئة الملكية إلى ملكية قانونية تعود للمسير، وملكية إنصافية تعود إما للمؤسس نفسه وإما لمستفيد يعينه. أما بالنسبة لعقد التسيير وفيدوسية وإن كان الفرق قليلاً، فهو جوهري نوعاً، فهناك اختلاف بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، إذ يسمح الأول أن يتم التسيير دون نقل للذمة المسيرة مع استبقائها في ذمة صاحبها، مرتكزاً في ذلك على الوكالة كما تم تبيانها سلفاً، أما الثاني فالأمر معقد نوعاً ما، حيث تقتص مؤقتاً أصولاً و/أو ديوناً من ذمة المؤسس، لتنتقل إلى ذمة للتخصيص، مع استبقاء هذه الأخيرة مستقلة عن ذمة المسير الشخصية.

وعليه، نتناول بالتفصيل التزامات المؤسس في عقد التسيير (المطلب الأول)، والتزامات المؤسس في ترست (المطلب الثاني)، والتزامات المؤسس في فيدوسية (المطلب الثالث).

المطلب الأول

التزامات المؤسس في عقد التسيير

حتى وإن كان المؤسس في عقد التسيير هو مؤسسة عمومية اقتصادية ساكنة لا تتحرك، فهي تلتزم بأشياء تقابل التزامات المسير، من شأن هذه الأخيرة أن تسهل المهام التي جاء من أجلها هذا المسير. وعليه تلتزم المؤسسة العمومية الاقتصادية بأربع التزامات هي¹:

¹ القانون 89-01 المؤرخ في 1989/02/07، المواد 2 و3.

- الالتزام بالمحافظة على الملك المسير في حالة جيدة، وهذا ما يعني الالتزام بالصيانة.
 - الالتزام بإبقاء الملك حراً من أي التزام؛ وهو الالتزام بعدم التصرف في الأملاك المخصصة للتسيير.
 - الالتزام بوضع الوسائل اللازمة تحت تصرف المسير لأداء مهمته.
 - الالتزام بعقد جميع التأمينات التي تحفظ وتضمن الملك المسير.
- ونبحث في هذا المطلب الالتزام بوضع الوسائل اللازمة تحت تصرف المسير (الفرع الأول)، الالتزام بعدم التصرف (الفرع الثاني)، الالتزام بالصيانة ودفع الأجرة (الفرع الثالث) وعقد جميع التأمينات (الفرع الرابع) فيما يلي:

الفرع الأول

وضع الوسائل اللازمة تحت تصرف المسير

إن وضع الوسائل اللازمة تحت تصرف المسير لأداء مهامه، هو وضع كل الوسائل التي من المعتاد والمألوف أن تستعملها المؤسسة العمومية الاقتصادية لإنجاز أشغالها وإتمامها، سواء كانت وسائل مادية أو بشرية، مراعين في ذلك أن المسير هنا ملزم بتحقيق نتيجة¹، وذلك حسب طبيعة النشاط.

وعليه نتناول بالدراسة في فروع الوسائل المادية والبشرية:

أولاً: الوسائل المادية

تدخل في دائرة الوسائل المادية التي من المفروض أن تملكها المؤسسة العمومية الاقتصادية، والتي تضعها تحت تصرف المسير متمثلة في العقارات والمنقولات.

1- العقار: وهي كل المباني الرئيسية كالمصنع أو الفندق مثلاً والملاحق التابعة لها كالمرائب والمخزن والمستودع والمسبح والمطعم والمقهى وما إلى ذلك،

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، مرجع سابق، ص 7.

والعقارات غير المبنية والمهياة كالحديقة أو المنزه مثلا، التي يشملها التسيير والمنصوص عليها في العقد. والعقار نوعان: العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص

أ -**العقار بطبيعته:** هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه، لا يمكن نقله من دون تلف. وإذا كان العقار بطبيعته هو الأصل، فالعقار بطبيعته هو الأرض سواء كانت أرضا زراعية أو أرضا جذباء، وسواء كانت في المدينة أوفي الريف¹. والمباني والمنشآت، هي أيضا عقارات بطبيعتها لاندماجها في الأرض، فالأرض هي مصدر هذه الصفة العقارية للمباني والمنشآت.

ويشمل ذلك المساكن والمكاتب والمتاجر والمصانع والمخازن والمرائب والمستودعات، والمساح، والمطاعم، والمقاهي، وساحات الترفيه، والملاعب، والحدائق وما إلى ذلك، وبصفة عامة المنشآت هي مجموعة مواد البناء التي شيدت على سبيل القرار فانددمجت في الأرض، سواء أقيمت فوق سطح الأرض أو أقيمت في باطنها كالأنفاق والمحاجر والمقالع ... الخ.

ب -**العقار بالتخصيص:** وهو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدًا على خدمة هذا العقار أو استغلاله، فهو منقول بطبيعته رصده مالكه لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته وهو أيضا مملوك له²، وكما لو وضع صاحب الفندق الأثاث اللازم لتهيئة الفندق للاستغلال. ففي هذه الأحوال وأمثالها يأتي صاحب العقار بمنقولات يملكها ويضعها في العقار رصدًا على خدمته أو استغلاله، فترتبط المنقولات بالعقار ارتباطًا لا انفكاك منه، حتى يصبح العقار والمنقولات جميعًا وحدة اقتصادية لا تتجزأ، ومن ثم يضافي العقار وهو الأصل على المنقولات وهي التبع، صفة العقار، بحكم هذا التخصيص، فيعتبر القانون هذه المنقولات بطبيعتها عقارا بالتخصيص، ومثال ذلك الآلات الزراعية والصناعية ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمقاعد المخصصة لاستغلال المحلات التجارية، ولا يشترط أن يكون

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 8، مرجع سابق، ص ص 19-28.

² المرجع نفسه، ص ص 29 - 31.

المنقول ضروريا لخدمة العقار أو استغلاله، بل يكفي أن يكون مرتبطا به على سبيل الدوام، وتخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال، ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضي ذلك.

2- المنقول : وهو كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف¹، سواء انتقل الشيء بذاته كالحوانات والهيكل ذات محرك، أو لأنها لا تستطيع أن تغير مكانها إلا بتأثير قوة أجنبية كالأشياء غير الحية، كالمأكولات والمشروبات وأثاث المنازل والبضائع والكتب والورق وما إلى ذلك.

وهناك منقولات تخضع للقيد مثل الهيكل ذات محرك (السيارات، الشاحنات، القطارات، الطائرات، السفن، وما إلى ذلك).

ولا يمنع صفة المنقول أن يكون الشيء قد وضع في مكان معين لا ينتقل منه، مادام يمكن نقله إلى مكان آخر دون تلف إذا أريد ذلك، فالعبرة ليست إذن بانتقال الشيء فعلا من مكان إلى آخر، بل بإمكانية انتقاله حتى لو كان ثابتا في مكان واحد.

ثانيا: الوسائل البشرية

إن المؤسسة العمومية الاقتصادية تتوفر على وسائل بشرية، والتي من المفروض أنها هي التي تسهر على تسيير واستمرار المؤسسة أو الشركة. وحين يستلم المسير المؤسسة أو الشركة. فإن الوسائل البشرية التابعة لها توضع تحت تصرف هذا الأخير²، الذي يستغلها ويوظفها أحسن توظيف لتحقيق الغاية المرجوة من التسيير؛ وهو رفع مستوى الخدمات المقدمة من قبل المؤسسة أو الشركة، وتحسين المردودية المالية والاقتصادية³ كما سبق أن رأينا.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ص 64 - 70.

² القانون 01-89 المؤرخ في 1989/02/07، المادة 3.

³ المرجع نفسه، المادة 04.

إلا أن مكونات هذه الوسائل البشرية متعددة ومختلفة بتعدد واختلاف المهام الموكلة لكل فئة¹.

فالفئات المكونة للوسائل البشرية مصنفة على أساس المستوي التأهيلي لممارسة نشاطات هي الأخرى مصنفة على النحو التالي²:

- نشاطات التصميم والبحث.
- نشاطات التطبيق.
- نشاطات التحكم.
- نشاطات التنفيذ.

وتشكل كل فئة من هذه النشاطات صنفاً، ويشار إلى كل صنف برمز من أ إلى د³.

الصنف أ : يضم مجموعة الموظفين الحائزين على مستوى التأهيل المطلوب لممارسة نشاطات التصميم والبحث.

الصنف ب: يضم مجموعة الموظفين الحائزين على مستوى التأهيل المطلوب لممارسة نشاطات التطبيق.

الصنف ج: يضم مجموعة الموظفين الحائزين على مستوى التأهيل المطلوب لممارسة نشاطات التحكم.

الصنف د: يضم مجموعة الموظفين الحائزين على مستوى التأهيل المطلوب لممارسة نشاطات التنفيذ.

وعليه سنتناول كل صنف بالدراسة.

¹ الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 2006/07/15، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، ج.ر عدد 46 الصادر في 2006/07/16، المادة 2.

² الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 2006/07/15، المادة 8.

³ المرجع نفسه.

1- الصنف أ: مستوى التصميم والبحث

مستوى التصميم والبحث هم الإطارات، بحيث يتبين من خلال التعريف التالي أن الموظفين الحائزين على مستوى التأهيل المطلوب لممارسة التصميم والبحث، لا يمكن أن يكونوا إلا إطارات.

تعريف المكتب الدولي للعمل للإطار¹ :

"هو كل شخص أنهى تعليماً أو تكويناً مهنياً ذا مستوى عالٍ، أو تحصل على أقدمية معادلة في المجال العلمي أو التقني أو الإداري، ويشغل بصفة عامل وظائف ذات خصوصيات فكرية، تتطلب تطبيق درجة عالية من إصدار الحكم وروح المبادرة، وبالتالي درجة عالية من المسؤولية.

وهذا المفهوم يشمل أيضاً كل شخص يتوفر على الخصائص السالفة الذكر مخول له من طرف الهيئة المستخدمة وتحت سلطتها، المسؤولية للتحري وتسيير ومراقبة وتنسيق الأنشطة لجزء من مؤسسة أو هيئة مع سلطة القيادة. وهو مستخدم لديه مسؤوليات ضخمة، تعود إلى وظائف التأطير، كالمهندسين ومسيري الإدارة على سبيل المثال لا الحصر."

الكوادر والوظائف العليا² : "وهم الأساتذة والوظائف العلمية الذين يستعملون مباشرة المعارف المعمقة في مجالات العلوم الدقيقة والعلوم الإنسانية للنشاطات ذات المنفعة العامة.

الإطارات الإدارية والتجارية للمؤسسات والمستخدمون ذوي مسؤوليات ضخمة في تسيير المؤسسات، المهندسون والإطارات الفنية للمؤسسات المستخدمون في وظائف ذات مسؤولية والتي تحتاج إلى معارف علمية معمقة."

إذن الصنف أ، يضم الإطارات المكلفة بالابتكار أو الإدارة أو التأطير.

¹ Site www.Vie-publique.fr

² Site www.Vie-publique.fr

2- الصنف ب: مستوى التطبيق

هم أعوان يعملون تحت سلطة مسؤول؛ وهو الإطار، بحيث يكونون مسؤولين كل

حسب منصبه عن إدارة الأنشطة خلال مدة عملهم، طبقا للتوجيهات والتعليمات التي يحصلون عليها من طرف المسؤول¹.

ويضم مستوى التطبيق، الأسلاك المختلفة التي تطابق هذا التصنيف، بحيث يضم سلك التقنيين، التقنيين والتقنيين السامين لكل التخصصات. أما الأسلاك الأخرى فتضم المساعدين، والمساعدين الرئيسيين².

إن الصنف ب يضم الأعوان المكلفين بالتطبيق.

3- الصنف ج: مستوى التحكم

يضم هذا المستوى الأعوان المكلفين بتنفيذ المهام العادية ذات الصلة بالأنشطة الاعتيادية³ زيادة على تولى معالجة الملفات في إطار السير العادي والمنتظم للمصالح⁴.

إن الصنف ج يضم الأعوان المكلفين بالتحكم.

4- الصنف د: مستوى التنفيذ

هم أعوان مؤهلون لإنجاز أعمال مختلفة في المجال الإداري أو التقني أو الفني أو العادي، وذلك بإتباع التوجيهات السلمية⁵، وينتمي إلى هذا الصنف رتب معاونين

¹ Site www.Juritravail.com

² المرسوم التنفيذي 04-08 المؤرخ في 2008/01/19، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك المشتركة في المؤسسات و الإدارات العمومية، ج.ر عدد 36 الصادر في 2008/01/20.

³ المرجع نفسه، المادة 36.

⁴ المرجع نفسه، المادة 37.

⁵ Site www.Juritravail.com

ورتب الأعوان في مختلف التخصصات، زيادة على رتب العمال المهنيين، وسائقي السيارات والحجاب¹ والحراس وأعوان الأمن وأعوان التنظيف.

إذن الصنف د يضم الأعوان المكلفين بالتنفيذ.

الفرع الثاني

الالتزام بعدم التصرف

إن المشرع قد ألزم باكتتاب جميع التأمينات التي تضمن من التبعات المالية - كما رأينا آنفا - بالنسبة للمسير، وعقد جميع التأمينات التي تحفظ وتصور الملك المسير بالنسبة للمؤسسة العمومية الاقتصادية - كما سنرى لاحقاً.

كما جاء في الشرط الثاني من المادة الثانية² و التي تنص: "تلتزم المؤسسة العمومية الاقتصادية أو الشركة المختلطة بالاقتصاد بالمحافظة على الملك المسير في حالة جيدة طوال الاستعمال، و بقاء هذا الملك حراً من أي التزام ما عدا الالتزامات التي لا تضر بحسن سيره."، فلذلك تلتزم المؤسسة العمومية الاقتصادية على إبقاء الملك حراً، إلا ما يعود بالنفع على حسن سيره.

وعليه نتناول بالدراسة الالتزامات التي استثنائها المشرع، واستثناء الاستثناء، أي ما عدا الالتزامات التي لا تضر بحسن سيره.

أولاً: التصرفات المحظورة

مما لا ريب فيه أن نية المشرع اتجهت إلى إقامة التزامات شخصية دون الالتزامات العينية³ لكل من المسير والمؤسسة العمومية الاقتصادية قصد:

¹ المرسوم التنفيذي 05-08 المؤرخ في 2008/01/19، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال المهنيين وسائقي السيارات والحجاب، ج.ر عدد 36 الصادر في 2008/01/20.

² القانون 01-89 المؤرخ في 1989/02/07 المتضمن عقد التسيير.

³ محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/18، مرجع سابق، ص 5.

- تحفيز المستثمر الأجنبي للدخول إلى بلادنا، والاستفادة من خبرته وأخذ المعارف والخبرات عنه¹.

- المحافظة على الأملاك العمومية من الهلاك والحيلولة دون تبديدها.

إذن، بمفهوم المخالفة ألزم المشرع الأطراف العاقدة على إقامة التزامات شخصية، وحظر الالتزامات العينية التي هي التأمينات العينية، ولعل الالتزامات التي استثنائها المشرع الجزائي على إبقاء الملك حرا بعدم التصرف فيه بالبيع أو إيقاله بالرهون على أنواعها وهي:²

- الرهن الرسمي.

- حق التخصيص.

- الرهن الحيازي.

- حقوق الامتياز.

ثانيا: التصرفات المصرحة أو المباحة

تدخل في دائرة الالتزامات التي لا تضر بحسن سير أملاك المؤسسة العمومية الاقتصادية، أشغال التوسعة، كالملاحق³ بأنواعها (مرآب، مخازن، مستودعات، بهو الاستقبال، وما إلى ذلك)، وكذا إدخال التحسينات التي من شأنها رفع مستوى الخدمات المقدمة أو نوعية الإنتاج حسب الحالة (مغاسل صناعية للأفرشة، مصاعد للأشخاص وآخر للأشياء والبضائع والأمتعة، تجهيز المطاعم والمقاهي بأحدث الوسائل لتحقيق

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/22، مرجع سابق، ص 2.

² القانون المدني الجزائري:

- الرهن الرسمي، المواد من 882 إلى 936.

- حق التخصيص، المواد من 937 إلى 947.

- الرهن الحيازي، المواد من 948 إلى 981.

- حقوق الامتياز، المواد من 982 إلى 1003.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 71.

الرفاهية والراحة للزبون)، كالمكيفات المركزية وقاعات السينما والمساح، وما إلى ذلك.

الفرع الثالث

الالتزام بالصيانة ودفع الأجرة

من التزامات المؤسسة العمومية الاقتصادية، الالتزام بالمحافظة على الملك المسير في حالة جيدة طوال مدة الاستعمال، وهذا ما يعني الالتزام بالصيانة للأمالك المسيرة.

أما فيما يخص تحديد الأجرة، وحتى إن أدرجها المشرع في القسم الخاص بالالتزامات المسير لحكمة ليست موضوع بحثنا، تبقى من الالتزامات الأساسية للمؤسسة العمومية الاقتصادية، الذي يقبل من أجلها المسير تسيير بعض أوكل أملاك هذه الأخيرة.

وعليه أتناول بالبحث في ما يلي:

أولاً: الالتزام بالصيانة

كما هو الحال في الالتزامات المدنية والتجارية في الالتزام بالصيانة، على المؤسسة العمومية الاقتصادية أن تقوم بجميع الترميمات الضرورية التي تحافظ على الملك المسير في حالة جيدة، وهذا طوال مدة الاستعمال. ليست هناك نصوص قانونية خاصة تنظم هذا الشأن، وعليه لا يسعنا إلا الرجوع إلى القواعد العامة¹ في ذلك، ليحل المسير محل المستأجر والمؤسسة العمومية الاقتصادية محل المؤجر، إلا أنه شتان بين التسيير والإيجار. ومع ذلك يمكن القيام بهذا الإسقاط لتحديد الحقوق والواجبات فقط.

فأوجه الشبه هي أن كلا من المؤجر والمؤسسة العمومية الاقتصادية ملزم بالصيانة، وهذا بإجراء الأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص وتبييض، وأن يقوم

¹ المواد 479 و480 من القانون المدني الجزائري

بتنظيف الآبار إن وجدت، وتصريف المياه، ويتحمل الضرائب والتكاليف الأخرى التي تترتب على العقار¹.

وبصفة عامة فإن الإصلاحات التي تقع على عاتق المؤسسة العمومية الاقتصادية، هي تلك التي تتعلق بهيكل البناية، من جدران، وأسطح، وصيانة البلاط²، والمصاعد الكهربائية والشبكة الكهربائية، وكل ما يدخل ضمن دائرة صيانة المباني. يفهم من خلال ما سلف ذكره، أنه حتى وإن عهدت المؤسسة العمومية الاقتصادية بكل أملاكها أو بعضها للمسير قصد تسييرها، وجب عليها السهر على متابعة ومراقبة مبانيها للمحافظة عليها في حالة جيدة، وذلك طول مدة التسيير المنصوص عليها في العقد.

ثانيا: الالتزام بدفع الأجرة

ينص المشرع فيما يخص الأجرة على ما يلي: "يحدد أجر المسير في العقد، ويجب أن يكون مطابقا للأعراف المكرسة في هذا المجال".³

كما أن الأعراف المكرسة في تحديد الأجر في العقود الدولية، تخضع لعدة معايير وهي تحديد الأجر ومراجعته وطرق دفعه.

وعليه سنتناول كل نقطة بالدراسة.

أ- تحديد الأجر

إن الأجر التعاقدي يمكن أن يكون معيناً بدقة، أو أن يكون قابلاً للتعيين⁴، أي متغيراً وقت إبرام العقد، وهذا يعتمد على طبيعة العقد، كما يمكن أن يشترط في العقد

¹ جنادي جلال، الإيجارات التجارية في القانون التجاري الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للإشغال التربوية، 2001، الجزائر، ص 34.

² ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للإشغال التربوية 2001، الجزائر، ص 47.

³ القانون 89-01 المؤرخ في 1989/02/07، المادة 04.

⁴ القانون المدني الجزائري، المواد 356 و 357. القانون المدني الفرنسي، المادة 1591

C.Civ., Art 1591 : " Le prix de vente doit être déterminé et désigné par les parties."

في جانب آخر أجر مستقل لكل فقرة من الفقرات المنصوص عليها في الشروط العقدية "Dépeçage financier du contrat"¹، إضافة إلى شرط مراجعة الأجر الذي يعمل به في كثير من العقود، إذن الأجر نوعان : أجر ثابت وأجر متغير².

1. الأجر الثابت

هذا الأسلوب في تحديد الأجر لا يحمل معه مخلفات وإشكالات قانونية، بحيث يتم تعيينه حين إبرام العقد، عدا الحالة التي ينص فيها العقد على مراجعته، تبعا للمتغيرات الاقتصادية التي تظهر لاحقا على توقيع العقد³.

في الجانب العملي هذا الشكل للأجر هو أكثر ملاءمة للمؤسسة الاقتصادية العمومية، طالما أنها تعرف مقدما المبلغ الذي ستسددده.

إلا أن الأجر الثابت يحمل للمسير بعض المخاطر الناجمة عن نتائج المنافسة الشديدة بين أصحاب العروض في تقديم أسعار تنافسية، قد لا تكون كافية لمواجهة التقلبات الاقتصادية للعقد، مع تحقيق أرباح منصفة⁴، الأمر الذي سيؤدي حتما إلى عدم تنفيذ العقد في كثير من الأوقات.

2. الأجر المتغير

في حالة اشتراط العقد أجرا متغيرا، فإن ذلك يعني عدم تعيين مقداره، بل الاقتصار على تبيان أشكال تحديده لاحقا، وبصورة تدريجية مع مراحل تنفيذه، وتبعا لمتغيرات الظروف الاقتصادية. إن هذه الحالة تختلف تماما عن مراجعة الأجر الذي

¹ محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 2006، ص154.

² محمد على جواد، العقود الدولية مفاوضاتها-إبرامها-تنفيذها، مكتبة دار الثقافة، د.ط، عمان، 1998، ص153.

³ المرجع نفسه، ص 154.

⁴ DOUMERO Jaques, Les marchés Industriels des départements de la défense Nationale. Marches LGDJ 1963, p. 535-547.

يكون نتيجة للتضخم الاقتصادي، وعليه فإن المراجعة يمكن العمل بها في جميع العقود سواء كان الأجر جزافيا أو متغيرا¹.

في القانون الجزائري تقتضي مشروعية الأجر أن يحدد من قبل الأطراف، أو على الأقل يكون قابلا للتحديد لاحقا².

إن اشتراط أجر متغير يعني إمكانية تغييره تبعا للأجر الحقيقي أو الفصلي للأعمال

التي سيجري تنفيذها، وفي هذه الحالة فإن أجر الفقرات سيكون معادلا للكلفة الحقيقية، مضافا إليها نسبة مئوية للأرباح يجري تحديدها في العقد³.

إن الأجر الثابت في العقود الدولية يمثل الأجر الحقيقي "Prix de revient"، مضافا إليه نسبة مئوية جزافية للأرباح التي تمثل عموما نسبة مئوية من الثمن الحقيقي؛ وهو ما يعرف بـ "Prix sur bordereau". في هذه الحالة يلجأ الأطراف إلى قائمة الأثمان التي تكون جزافية وحسب الوحدات، فالأجور ستغطي كلفة كل عمل مقرر، في الوقت نفسه تكفل هامشا من الربح، ويكفي للمؤسسة العمومية الاقتصادية التأكد من عدد الأعمال أو الفقرات التي تم تنفيذها، وهذا سيكون أكثر بساطة من مراقبة الأجر الحقيقي⁴.

كما أن الأجر المتغير مرتبط أحيانا بالنتائج العقدية، يعني إضافة نقاط امتياز "Bonification" إلى الأجر المتفق عليه، كتتفيذ العقد قبل انتهاء المدة المقررة له، أو أن النتائج المتحصل عليها أفضل من التي اشترط عليها في العقد، وفي هذا الصدد فإن الأجر التعاقدى سيرفع إذا تجاوز المتعاقد ما كان قد تقرر في العقد، إن مثل هذه

¹ محمد على جواد، مرجع سابق، ص 154.

² القانون المدني الجزائري، المواد 356 و 357.

³ JOSSE P. L., Marché de travaux publics Répertoire de droit public 1959, p. 338.

⁴ MERCADEL B., La détermination du prix dans les contrats, D.P.C.I, 1979, p. 499.

الشروط هي المقابل للغرامات التأخيرية، أو الجزاءات الفنية القابلة للتطبيق بموجب العقد بسبب عدم احترام المتعاقد لالتزاماته¹.

ب- مراجعة الأجر

إن أجر كلفة العناصر المكونة للفقرات العقدية يتغير في أغلب الأحيان إلى الارتفاع، خلال مراحل التنفيذ في معظم العقود غير الفورية التنفيذ، حيث تنص الشروط العقدية على ربط متغيرات أجر العنصر بتغيرات الأجر الأساسي، الذي سيكون معيارا لتحديد الأجر لمتغيرات الكلفة لعدد من العناصر الضرورية في التجهيز. رغم ذلك يجب التأكد من عدم مخالفة شرط مراجعة الأجر للقانون الوضعي أو قواعد النظام العام الدولي، وعليه تستعمل الصيغة التالية لتحديد الأجر المراجع.

الأجر: الأجر المقرر في العقد (جداول الأعمال المقررة في تاريخ متفق عليه + جداول الأعمال وقت إبرام العقد + جداول الأجور لتاريخ متفق عليه)².

1. مراجعة الأجر تبعا لمتغيرات سعر الصرف

على عكس الأجور التي تميل عموما إلى الارتفاع، فإن سعر الصرف متذبذب، يمكن أن يرتفع أو ينخفض تبعا لمتغيرات حركة النقد الذي له آثار على الأجر الواجب الدفع، فإذا اشترط المسير الدفع بموجب عملته، فإن على المؤسسة العمومية الاقتصادية الحصول على العملات الصعبة، أما إذا كان الاشتراط بالعملة المحلية فإن الأمر سيتعلق بالمسير عند تحويل العملة المحلية إلى عملته³.

في العقود الدولية يهتم موضوع تغير سعر الصرف الطرفين المتعاقدين، طالما أنه يشترط بالعملة المحلية والأجنبية. إضافة إلى ذلك، فإن مصلحة الأطراف تقتضي حمايتها ضد مخاطر تغير سعر الصرف في إطار الأعمال المهمة التي يجري تمويلها بالعملات الأجنبية. لهذا الغرض فإن على الأطراف تعيين سعر الصرف الذي سيؤخذ

¹ محمد على جواد، مرجع سابق، ص 156.

² محمد على جواد، المرجع السابق، ص 158.

³ المرجع نفسه.

بعين الاعتبار في عقودهم لغرض التحويل إلى عملة أخرى، والمألوف أن يتفق الأطراف على أن سعر الصرف الواجب التطبيق هو السعر عند إبرام العقد¹. كما يمكن الاتفاق على السعر النافذ عند تاريخ الاستحقاق للدفع المنصوص عليه في العقد، وهذا هو الأكثر إنصافاً إذا لم يتأخر الدفع بسبب المؤسسة العمومية الاقتصادية. كما يمكن أن ينص العقد على أن نسبة سعر الصرف تكون وفق اليوم الذي يسدد فيه فعلاً، لكن في مثل هذه الحالة لا تحقق مصلحة المسير، كذلك عند تأخر المؤسسة العمومية الاقتصادية عن التسديد إلى تاريخ يكون فيه سعر الصرف قد انخفض مقارنة بالسعر الذي كان نافذاً في تاريخ الدفع التعاقد².

لقد أكدت اتفاقية جنيف لسنة 1931 فيما يخص السند التجاري، على أن سعر الصرف يجب أن يعتمد في تاريخ الاستحقاق، عدا إذا كان هناك تأخير في الدفع يعود سببه إلى رب العمل. عندها، يملك الدائن الخيار بين السعر المقرر عند تاريخ الاستحقاق وبين الذي يكون نافذاً عند تاريخ الدفع الحقيقي، وسيكون الخيار بطبيعة الحال على السعر الذي يحقق له أكبر فائدة.

في إطار العقود الدولية، يرد الحل الأمثل في اشتراط سعر الصرف الذي يكون نافذاً عند تاريخ إبرام العقد مع اشتراط الأخذ بعين الاعتبار حالة الارتفاع، أو الانخفاض للسعر الذي سيسدد الأجر بموجبه، كما أن هناك اتجاهها يذهب إلى أنه في حالة التأخير بسبب رب العمل، يعني المؤسسة العمومية الاقتصادية في حالتنا هذه، فإنه يكون من الأفضل الأخذ بمبادئ اتفاقية جنيف³.

كما أنه يمكن للأطراف إتباع وسيلة مغايرة للاحتماء بواسطتها تجاه المخاطر الناتجة عن تغير سعر الصرف، وذلك عن طريق تحديد أجر العقد بعملة من العملات

¹ LORENS F.L., Contrat d'entreprise et marché de travaux publics -contribution à la comparaison entre droit privé et contrat administratif, Paris, LGDJ, 1981, p. 568.

² محمد على جواد، مرجع سابق، ص 159.

³ المرجع نفسه.

الصعبة الأكثر ثباتا قياسا بباقي العملات خلال مرحلة المفاوضات، كالاتفاق على عملة الدولار الأمريكي أو الأورو، فالمبلغ الذي سيسدد إلى المسير سيعتمد على متغيرات السعر وبتاريخ الدفع التعاقدى أو الحقيقي لهذه العملة قياسا إلى النقد المتفق عليه من قبل الأطراف¹.

2. غياب مراجعة الأجر

في هذه الحالة سيكون وضع أطراف العقد، ولا سيما المسير صعبا جدا لأنه سيتحمل جميع النتائج الاقتصادية التي لا تأخذ بعين الاعتبار وجود شرط "Hard ship"، مع ذلك يمكن للمسير تحديد نطاق المخاطر من خلال الاشتراط بأن الأجر التعاقدى سيطبق على الأعمال المنفذة وضمن المدد المقررة، بحيث أن أي تعديل لا يكون بسبب المسير، وله آثار على شروط التنفيذ، يقتضي عندئذ تحديد ثمن إضافي للأعمال

المختلفة أو التعويض، إذا كان تعديل المدد يضر بمصلحة المسير².

ج- طرق دفع الأجر

بعد أو أثناء الاتفاق على تقييم مقدار العملية، يتفق الأطراف على تحديد الأجر وطرق تسديده، والهيئة المالية التي تتولى وتضمن إتمام هذه العملية. إن أهمية تحديد الأجر هو السماح بتسديد قيمة الخدمات التي يتم تأديتها، وتعتبر مقابل الوفاء للخدمات التي استفادت منها المؤسسة العمومية الاقتصادية، وتعد التزاما رئيسيا بالنسبة لأطراف العقد. إنه لا يمكن بالفعل أن ننسى أن دفع الأجر شرط لتنفيذ العقود وفي نفس الوقت شرط يضمن دوام واستمرار المعاملات التجارية³.

كما أن دفع الأجر يتحقق إما بعملة المؤسسة العمومية الاقتصادية، أو عملة المسير، أو أي عملة أخرى، وأحيانا بعدد من العملات، وهي الحالة الشائعة في العقود

¹ محمد على جواد، مرجع سابق، ص 159.

² المرجع نفسه، ص 160.

³ محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 157.

الدولية الكبيرة، التي يكون التسديد عن جزء منها بأحد أو عدد من العملات الأجنبية وعن جزء آخر بالعملة المحلية.

إن المشروعات الكبيرة التي يتطلب تنفيذها مبالغ مهمة، تنص غالبا على عدد من التمويلات تتم من قبل مصارف ذات جنسيات مختلفة. وفي هذه الحالة فإن تنفيذ الشروط العقدية سيتم من قبل جهات متعددة، بحيث أن جنسية كل من هذه الجهات هي من إحدى البلدان الممولة لهذا المشروع. وفي جميع الحالات، عندما يجري التنفيذ بعملات أجنبية، فإن على الجهة المتعاقدة مع المؤسسة العمومية الاقتصادية الحصول من قبل الجهات المسؤولة عن الصرف وقبل إبرام العقد، ضمان إعادة تصدير هذه العملات وتحويلها إلى عملتها الخاصة، ويتعلق ذلك عموما في الجزء الذي يتم الدفع به بالعملة الأجنبية، أما الباقي فيتم تسديده بالعملة المحلية التي تستخدم في مكان التنفيذ من قبل الجهة المتعاقدة لأغراض النفقات المحلية¹.

إن طرق الدفع يجري تحديدها في العقد، وعادة يكون ذلك مختلفا باختلاف الزبائن المستفيدين من اعتماد معين، إن كان الأمر يتعلق مثلا باعتماد المشتري (crédit acheteur) أو اعتماد مالي (crédit financier) فإن الدفع سيكون مستحقا بواسطة المصرف المانح للاعتماد، بموجب الأشكال المحددة لعقد الاعتماد. أما إذا تعلق الأمر باعتماد مورد (crédit fournisseur)، فإن صاحب المشروع سيسدد جزءا من الأجر لحساب الجهة المنفذة، والباقي ينظم على شكل سندات لأمر تقدم إلى مصرف الجهة المنفذة.

وفي جميع الأحوال إن من مصلحة الجهة المنفذة، أن يتم الدفع بواسطة اعتماد وثائقي (crédit documentaire) لأنه يحمل كل الضمانات².

في الواقع إن عملية فتح اعتماد ما يعني تحمل المصرف بدلا من الزبون التزاما تجاه الجهة المتعاقدة، وغالبا بواسطة دفع في بلد هذا الأخير.

¹ محمد على جواد، مرجع سابق، ص 161.

² محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 162.

إن الغرفة الدولية للتجارة قد وضعت قواعد موحدة تتعلق بالإعتمادات الموثقة، ويجري تطبيقها بشكل شمولي وبرضاء كافة الأطراف المعنية، بغض النظر عن صفتهم¹.

الفرع الرابع

عقد جميع التأمينات

نص المشرع الجزائري إلى التأمينات في القانون المتضمن عقد التسيير في موضعين اثنين، جاء النص الأول في الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون رقم 89-01 المؤرخ في 89/09/26 المتضمن عقد التسيير أن على المؤسسة العمومية الاقتصادية أن تعقد جميع التأمينات التي تحفظ وتكون الملك المسير، أما النص الثاني فجاء في المادة السادسة بالنسبة للتأمينات الخاصة بالمسؤولية المدنية المهنية. ومن ذلك نرى أن الخطر المؤمن منه، إذا تعلق بالمال وما قد يلحقه من ضرر، فالتأمين يدخل في نطاق التأمين عن الأضرار²، وذلك كالتأمين عن الحريق والتأمين عن الكوارث الطبيعية.

وجاءت عبارة عقد جميع التأمينات هنا مقصودة، لأنه يوجد أكثر من تأمين.

إذن فالتأمينات التي من المفروض أن تعقدها المؤسسة العمومية الاقتصادية هي جميع التأمينات عن الأضرار.

فالتأمين على الأشياء يهدف إلى تأمين المؤسسة عن ضرر يصيب مالها بطريق مباشر، كأن يحترق مصنع أو فندق أو مخزن، وما إلى ذلك.

¹ محمد على جواد، مرجع سابق، ص 164.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1519.

وأياً كان التأمين من الأضرار، تأميناً على الأشياء أو على المسؤولية، فهناك مبدآن جوهريان هما المصلحة في التأمين، فهي عنصر من عناصر التأمين عن الأضرار والحق في التعويض¹.

وعليه نتناول بالدراسة:

- المصلحة في التأمين والحق في التعويض.

- التأمين من خطر الحريق.

- التأمين من الكوارث الطبيعية.

أولاً: المصلحة في التأمين والحق في التعويض

تنص المادة 29 : " يمكن لكل شخص له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في حفظ مال أوفي عدم وقوع خطر، أن يؤمنه"².

وتنص المادة 30: "يحول تأمين الأموال للمؤمن له، في حالة وقوع حادث منصوص عليه في العقد، الحق في التعويض حسب شروط عقد التأمين، ولا يمكن أن يزيد هذا التعويض على مقدار استبدال المال المؤمن عليه وقت وقوع الحادث"³.

أ- المصلحة في التأمين

ويستخلص من نص المادة 29 السالفة الذكر أنه لا بد من وجود مصلحة، ولا يهم أن تكون هذه المصلحة مباشرة، أو غير مباشرة في حفظ مال، أوفي عدم وقوع خطر، أن يؤمنه وهذا هو المقصود بالمصلحة، أي أن تكون للمؤسسة العمومية الاقتصادية مصلحة في عدم وقوع الخطر⁴. ويجب أن تكون المصلحة مالية، أوفي عدم وقوع خطر المؤمن عليه في التأمين عن الأضرار، لأن في كلتا الحالتين هو

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1522.

² الامر 95-07 المؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالتأمين، ج.ر عدد 13 الصادر في 1995/03/11 المعدل والمتمم.

³ الامر 95-07 المؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالتأمين، المعدل و المتمم.

⁴ تنص المادة 32 من قانون التأمين الفرنسي المؤرخ في 1930/07/13 على ماليي: "كل شخص له مصلحة في المحافظة على شيء يجوز له أن يؤمن عليه، وكل مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في عدم تحقق خطر ما يجوز أن تكون محلاً للتأمين." يظهر تطابق بين النص الجزائري والنص الفرنسي.

المال، فالمصلحة إذن، في التأمين عن الأضرار هو المال، وعليه فالمصلحة في التأمين عن الأضرار، هي القيمة المالية للشيء المؤمن عليه، وهي القيمة المعرضة للضياع إذا ما تحقق الخطر المؤمن منه. ومن أجل هذا تحرص المؤسسة العمومية الاقتصادية على أن تؤمن نفسها من هذا الخطر، حتى لا تضيع هذه القيمة عليها إذا تحقق الخطر. فمالك الشيء له مصلحة في عدم ضياعه، ومن ثم يؤمن عليه من الحريق أو من الكوارث الطبيعية.

وتقاس المصلحة في التأمين عن الأضرار بالقيمة المالية التي تكون الشيء المؤمن عليه.

فالمؤسسة حين تؤمن على مصنع و/أو فندق و/أو مخزن، تكون قد أمنت على مصلحة قيمتها المادية، التي هي القيمة المالية للأشياء السالفة الذكر عند الاحتراق إذا احترقت، أو عند حدوث كارثة طبيعية، إذا تلفت.

ب- الحق في التعويض

ويستخلص من نص المادة 30 السالفة الذكر أن التأمين يخول للمؤسسة العمومية الاقتصادية الحق في التعويض، أي أنه عقد ذو صفة تعويضية يخضع لمبدأ التعويض حيث يعطي التأمين عن الأضرار الحق في التعويض، فهو عقد يهدف إلى تعويض المؤسسة العمومية الاقتصادية عن الضرر الذي يلحقها، دون أن يزيد هذا التعويض على مقدار استبدال المال المؤمن عليه وقت وقوع الحادث، أي دون أن يكون مصدر لإثرائها¹، فلا يجوز أن تكون المؤسسة بفضل عقد التأمين، في مركز أفضل بعد تحقق الخطر أو تلف المال مما كانت قبل تحققه، ولا يمكن أن يتقاضى من المؤمن، إذا تحقق الخطر أو تلف المال، تعويضا أكبر.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1529.

ثانياً: التأمين عن خطر الحريق

يضمن هذا النوع من التأمين، المؤمن من الحريق وجميع الأضرار التي تتسبب فيها النيران لأمالك المؤسسة العمومية الاقتصادية، إلا أن الأضرار التي يتسبب فيها تأثير الحرارة كالتلف الجزئي أو التشويه، ويقصد بالتشويه عدم قابلية استغلال الملك دون إدخال تحسينات لإعادة تأهيله، يمكن أن تكون محل اكتتاب تكميلي¹. ولم يذكر المشرع الجزائري أي الأشياء يضمنها، بل اكتفى بذكر جميع الأضرار فترك المجال مفتوحاً، فأى ضرر يكون له اتصال مباشر بالحريق، يمكن أن يكون محل اكتتاب. أما الأضرار غير المباشرة فيمكن أن تكون محل اكتتاب إضافي، إذ أن هناك تأمينات رئيسية وتأمينات إضافية.

أ- التأمينات الرئيسية

ويدخل ضمن دائرة التأمينات الرئيسية، التأمينات عن الأضرار المادية الناجمة مباشرة عن الحريق أو الانفجار أو الصاعقة أو الكهرباء²، كما تدخل ضمن نفس الدائرة، أي في حكم الأضرار الناجمة عن الحريق، الأضرار المادية المباشرة اللاحقة بالأشياء المؤمن عليها من جراء الإسعافات وتدابير الإنقاذ³.

ب- التأمينات الإضافية

يمكن كذلك تأمين الأضرار ذات الطابع الكهربائي التي تتعرض لها الآلات الكهربائية والمحولات والأجهزة الكهربائية والإلكترونية، كيفما كان نوعها والقنوات الكهربائية⁴.

إذن، فالتأمينات الإضافية لا تشمل سوى الأضرار التي يكون سببها عنصر الكهرباء، أما الأضرار المذكورة فجاءت على سبيل الحصر. فالمشرع الجزائري لم

¹ الأمر 07-95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمين، المعدل والمتمم، المادة 44.

² الأمر 07-95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمين، المعدل والمتمم، المادة 45 الفقرة الأولى.

³ المرجع نفسه، المادة 45.

⁴ الأمر 07-95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمين، المعدل والمتمم، المادة 45 الفقرة الثانية، النقطة الثالثة.

يترك مجالاً للتأويل أو الشك، فالحالات التي يمكن التأمين عن أضرارها، هي تلك الأضرار الناجمة عن تيار الكهرباء، والتي قد تصيب أحد الأشياء أو بعضها أو كلها، وهي :

- الآلات الكهربائية.
- المحولات الكهربائية.
- الأجهزة الكهربائية.
- الأجهزة الإلكترونية مهما كان نوعها.
- الشبكات الكهربائية.

إلى غاية تاريخ 09 ديسمبر 1995 كانت التأمينات السالفة الذكر اختيارية، فإن وجدت، فذلك أفضل، وإن لم توجد فلا جزم، إلا أنه بعد هذا التاريخ صارت إلزامية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 95-415 المؤرخ في 09/12/1995، بحيث يحدد هذا الأخير ويعين الهيئات العمومية التي تمارس نشاطاً صناعياً و/أو تجارياً و/أو حرفياً¹ التابعة للقطاعات الاقتصادية الخاضعة لإلزامية التأمين من أخطار الحريق².

أما في باب العقوبات، فإذا تخلف التأمين بعد صدور المرسوم التنفيذي السالف الذكر، لم يشر هذا الأخير إلى العقوبات التي قد تتعرض لها المؤسسة العمومية الاقتصادية، إلا أنه يمكن الرجوع إلى تلك العقوبات التي تضمنها الأمر 95-07 المؤرخ في 25/01/95 المتعلق بالتأمين ولا سيما المواد 184 و185 منه³، بحيث يعاقب على عدم الامتثال لإلزامية التأمين بغرامة مالية يتراوح مبلغها ما بين 5000 و100000 د.ج، دون الإخلال بالعقوبات الأخرى التي يمكن أن تطبق في شأن المؤسسة العمومية الاقتصادية وفق التشريع الساري المفعول.

¹ المرسوم التنفيذي 95-415 المؤرخ في 09/12/1995، يتعلق بإلزامية التأمين من خطر الحريق، ج.ر. عدد 76 الصادر في 10/12/1995، المادة 02.

² المرجع نفسه، المادة الأولى.

³ الأمر 95-07 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمين المعدل والمتمم.

ثالثاً: التأمين على الكوارث الطبيعية

في بادئ الأمر لم يكن التأمين على الكوارث الطبيعية إلزامياً بل اختيارياً¹، حيث كان يمكن التأمين كلياً أو جزئياً على الخسائر والأضرار الناجمة عن حادث من الحوادث الخاصة بالكوارث الطبيعية، مثل الهزات الأرضية، الفيضانات، هيجان البحر، أو أية كارثة أخرى في إطار عقود تأمين الأضرار، مقابل قسط إضافي، إلى أن صدر الأمر 12-03 المؤرخ في 2003/08/26 بعد الأحداث والكوارث الطبيعية التي أصابت البلاد من فيضانات باب الوادي إلى زلزال بومرداس، فصار بمقتضى الأمر السالف الذكر التأمين على الكوارث الطبيعية أمراً إلزامياً، حيث جاء في الفقرة الثانية من مادته الأولى ما يلي: "يتعين على كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطاً صناعياً و/أو تجارياً أن يكتتب عقد تأمين على الأضرار يضمن المنشآت الصناعية و/أو التجارية ومحتواها من آثار الكوارث الطبيعية"، ويقصد بآثار الكوارث الطبيعية الأضرار المباشرة التي تلحق بالأموال جراء وقوع حادث طبيعي ذي شدة غير عادية، مثل الزلزال أو الفيضانات أو العواصف أو أي كارثة أخرى²، كما أن النص القانوني جعل جزاء لتخلف التأمين على الكوارث الطبيعية، عقاب كل متخلف بغرامة تساوي مبلغ القسط أو الاشتراك الواجب الدفع مع زيادة قدرها 20 % دون الإخلال باكتتاب التأمين الإلزامي³.

المطلب الثاني

التزامات المؤسس في ترست

تتمحور التزامات المؤسس في ترست في التزامه بنقل الأصول التي ستكون ذمة ترست، بحيث تخرج نهائياً من ذمته وتقسم هذه الذمة نفسها إلى شطرين اثنين، الشطر

¹ جمال بوشنافة، إلزامية التأمين على الممتلكات من أخطار الكوارث الطبيعية، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحي فارس المدية، العدد 5، جويلية 2011، ص ص 113-158.

² الأمر 12-03 المؤرخ في 2003/08/26 يتعلق بالإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية و تعويض الضحايا ، ج.ر عدد 52 الصادر في 2003/08/27.

³ المرجع نفسه، المادة 14.

الأول يُكون الملكية القانونية ويكون من نصيب المسير، والشرط الثاني يُكون الملكية الإنصافية، وهو من نصيب المؤسس إن كان هو المستفيد، كما هي الحال في ترست، التسيير أو من نصيب مستفيد معين في باقي الحالات، وتسديد الأجرة المتفق عليها مقابل أتعاب المسير كون المسير مهني محترف، يحترف التسيير مقابل عمولة تحدد سلفا تسمى أجرة صافية من كل المصاريف التي يصرفها المسير، والمتعلقة بعملية التسيير، والتي تسدد على أفراد.

نتناول في هذا المطلب، التزام المؤسس بتحويل الأصول(الفرع الأول)، التزام المؤسس بدفع الأجرة(الفرع الثاني)، والالتزام المؤسس بتسديد مستحقات التسيير(الفرع الثالث) كما يلي:

الفرع الأول

التزام المؤسس بتحويل الأصول

يشترط لقيام ترست وجود محله، أي المال المثقل بترست الذي يمثل عنصرا إيجابيا في ذمة المؤسس¹.

والمؤسس إما أن يعين نفسه مسيرا على هذا المال لمصلحة المستفيد، الأمر الذي لا يستدعي نقل هذا المال إلى شخص آخر، أو يعين شخصا آخر مسيرا، وفي هذه الحالة يقتضي تنفيذ ترست قيام المؤسس بعملية نقل مال أو أصول أو ذمة ترست إلى المسير²، لكن يشترط في الحالتين، اتجاه إرادة المؤسس إلى إخراج هذا المال من ذمته الشخصية لأنه شرط لازم لنقل الملكية القانونية لهذا المال للمسير³، وثبوت الملكية الإنصافية للمستفيد، فإذا لم تتوفر هذه الإرادة فلا وجود لترست، وبالتالي إذا اقتصر الأمر على قيام شخص ما بعمل معين يتعلق بمال مملوك لشخص آخر، لم تتجه إرادة

¹ BARRIERE François, Op. Cit, p. 417.

² حسني المصري، مرجع سابق، ص 56.

³ BARRIERE François, Op. Cit, p. 418.

هذا الأخير إلى إخراج من ذمته، فإننا لا نكون أمام عقد ترست، ولكن أمام عقد من نوع آخر، كالوديعة أو الوكالة أو عقد إدارة الأعمال¹.

على العموم، يمكن لكل شخص يملك مالا، ويتمتع بأهلية التصرف أن يتقله بترست ليكون مؤسسا له، غير أنه متى نشأ ترست فإن المؤسس يفقد أهميته بالنسبة لترست في القانون الانجليزي، إذ ينتهي دوره بمجرد إخراج هذا المال من ذمته، إذ لا يكون للمؤسس أية سلطة على المسير الذي لا يأخذ أوامره إلا من العقد التأسيسي لترست، الذي يعتبر الشريعة التي على المسير إتباعها في تسييره لهذه الذمة، فإذا لم ينص العقد على الطريقة التي على المسير إتباعها في التسيير، فللقضاء الانجليزي واسع النظر في تحديد ذلك².

تتلخص التزامات المؤسس في ترست إذن في التزام وحيد، يكمن هذا الالتزام في تحويل الأصول التي تدعى ذمة التخصيص³ - كما رأينا سلفا- والتي سنكون ترست، إلى المسير ليستثمرها وفق الالتزامات التي سنتعرض لها لاحقا.

يختفي المؤسس من ترست في القانون الانجلوساكسوني بمجرد تأسيسه، باعتباره تخطى عن ملكية الأموال التي أسست ترست⁴ للمسير لصالح المستفيد، فلا يكون له عليها إلا حقا شخصيا اتجاه المسير، إلا إذا كان هو نفسه المستفيد.

في حالة ترست الاختياري، تكون سلطة المسير أوسع، حيث حتى وإن أدخل المؤسس تغيرات سطحية أو جوهرية في رسالة رغباته للالتزامات المنصوص عليها في العقد التأسيسي، إلا أن ذلك لا يغير في الأمر شيئا⁵، إذ يتقيد المسير بالعقد التأسيسي، ولا يمكن للمؤسس إلا أن يحصل على مراقبة للتسيير من خلال تعيين

¹ حسني المصري، مرجع سابق، ص 56.

² حسني المصري، مرجع سابق، ص 57.

³ BARRIERE François, Op. Cit, p. 279, Cf., CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 48 et Julien J.V.PERRIN, Le trust à l'épreuve du droit successoral, thèse de Doctorat, Université de Lausanne, 2006, p. 27.

⁴ BARRIERE François, Op. Cit, p. 418.

⁵ Ibid., p. 420.

مراقب¹، ولكن حين يتعلق الأمر- كما رأينا- بترست التسيير، فالإشكال لا يطرح من أساسه، إذ المؤسس في هذه الحالة هو المستفيد، وللمستفيد الملكية الإنصافية على ترست.

الفرع الثاني

التزام المؤسس بدفع الأجرة

عند إيجاد آلية ترست كان المسير يدعي الأمين ولا يتقاضى أجرة على ذلك²،
كون

المؤسس فارسا يعهد بأمواله لفارس آخر، ليسيرها له طيلة غيابه كما رأينا، إذ كان على المسير ألا يستغل موقعه للحصول على مزايا عن تسييره³.

غير أنه في أيامنا تغيرت الأمور، إذ أصبحت مؤسسات قائمة بذاتها تحترف التسيير، مما جعله أمرا متعارفا عليه دوليا في عالم الأعمال والمال⁴، حيث أضحت تنظم الأجرة في العقد التأسيسي⁵.

إذا لم يحدد العقد التأسيسي لترست أجرة المسير، فيمكن للقاضي أن يحددها⁶ مع مع تبرير حكمه، اعتبارا للظروف الاستثنائية، مع الأخذ بعين الاعتبار الخدمة المقدمة

¹ DE POVER Marie-France, Trust, Fiducie, administratiekantoor, éd. ARCIER, Belgique, 2000, p. 70.

² Recueil des cours, collected courses 1930, Vol. 34 de l'académie de droit internationale de La Haye : les honoraires du trustee, p. 117.

³ PAPANDREOU Marie-France, Op. Cit, p. 629.

⁴ Recueil des cours, collected courses 1930, Vol. 34, Op. Cit, p. 117.

⁵ HANBURY H.G. & MARTIN J.E., Op. Cit, p. 469 : " Les trustees professionnels n'acceptent en pratique la charge d'un trust qu'à la condition d'être rémunérés. Lorsqu'il est non professionnel le trustee confie la plupart du temps les tâches les plus techniques de la gestion à un professionnel rémunéré." (Passage traduit de l'anglais.).

⁶ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 55.

ومهارات المسير¹، أما إذا كانت متفقا عليها في العقد التأسيسي فيمكنه تعديلها².
كما يدخل معيار بذل العناية المطلوب من المسير والذي يلتزم به، عنصرا في
تحديد أجرته³.

الفرع الثالث

التزام المؤسس بتسديد مستحقات التسيير

يلتزم المؤسس بتسديد التكاليف والنفقات التي صرفها المسير بمناسبة عملية
التسيير، شريطة أن تكون معقولة وليست نتيجة لإهماله⁴، كما يحتفظ المسير بحق
الامتياز على ذمة ترست تمكنه من أن يكون له امتياز، ليس فقط على الغير ولكن
على المستفيد من ترست الذي له الملكية الإنصافية كذلك⁵، بحيث أن للمسير دائما
الحق في تسديد مستحقاته، وبإمكانه اقتطاعها من الذمة المودعة لديه بهذه الصفة⁶.

المطلب الثالث

التزامات المؤسس في فيدوسية

بالرجوع إلى النص التشريعي الفرنسي الذي أوجد آلية فيدوسية، نجد أن
التزامات المؤسس في أغلبها محصورة في واجبات أكثر منها التزامات، بحيث يجب
على المؤسس تحويل أموال حسب ما يقتضيه قانون فيدوسية لا سيما المادة 2011،
حقوق أو تأمينات مع تحديدها وفقا للمادة 2018 الفقرة الأولى، كما يجب عليه

¹ BARRIERE François, Op. Cit, p. 420.

² Ibid.

³ HANBURY H.G. & MARTIN J.E., Op. Cit, p. 469 : " La commission de réforme du droit relative au trust classe les trustees en trois groupes : le trustee non professionnel qui agit à titre gratuit (l'ami de la famille), le trustee salarié, qui est le plus souvent un professionnel qui se qualifie lui-même de trustee (certaines banques)." (Passage traduit de l'anglais.).

⁴ EDWARDS Richard & STOCKWELL Nigel, Op. Cit, p. 210.

⁵ HANBURY H.G. & MARTIN J.E., Op. Cit, p. 597.

⁶ Recueil des cours, collected courses 1930, Vol. 34, Op. Cit, p. 117.

الإفصاح عن هويته حسب ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة السالفة، وهوية المستفيد أو المستفيدين تحت طائلة البطالان بموجب ما تقتضيه الفقرة الخامسة من المادة نفسها، كما تبقى ذمة المؤسس الشخصية ضامنة للديون بموجب المادة 2025 من القانون المنشأ لفيدوسية، كما يجب على المؤسس استرجاع أمواله عند انتهاء عقد فيدوسية، وأخيرا يلتزم بدفع أجرة المسير حسب ما تقتضيه المادة 2030 من القانون نفسه.

نتناول في هذا المطلب، التزام المؤسس بتحويل وتحديد الأصول (الفرع الأول)، التزام المؤسس بالإفصاح عن الهوية (الفرع الثاني)، التزام المؤسس بضمان الديون واستلام الأموال (الفرع الثالث)، والالتزام المؤسس بدفع الأجرة (الفرع الرابع) كما يلي:

الفرع الأول

الالتزام المؤسس بتحويل وتحديد الأصول

لا يتصور إتمام عقد فيدوسية دون توقيف أصول تنشئها، إذ ترصد هذه الأصول لصالح مستفيد أو أكثر، فعلى المؤسس أن يحولها¹ - كما رأينا - إلى ذمة التخصيص²، والتي تعد ذمة مستقلة عن ذمة المسير، وفي مأمن من دائنيه، الأمر الذي يستدعي تحديدها، وإلا كان عقد فيدوسية باطلا. والتحديد في هذا المقام جاء بهدف جبائي صرف³، إذ تخرج هذه الأصول من ذمة المؤسس مؤقتا، وبالتالي يصبح هذا الأخير غير ملزم بتأدية الرسوم والضرائب المتعلقة بها، إلا أن هذا لا يعفي الأصول التي تم تحويلها وتحديدها، لا من الرسوم ولا من الضرائب. ولذلك أوجب المشرع الفرنسي المسير بالتصريحات الجبائية الخاصة بهذه الذمة⁴.

¹ DE ROUX Xavier, Op. Cit, p. 32.

² BARRIERE François, Op. Cit, p. 265, Cf., CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 98.

³ Ibid., p. 43.

⁴ Ibid., p. 71.

يرد في الفقه الفرنسي أن التزامات المؤسس تضمحل بمجرد تحويل وتحديد الأصول إلى المسير¹، إلا أن التشريع الفرنسي يرى غير ذلك كون المؤسس في فيدوسية عليه التزامات عدة كما هو مبين في الالتزامات الباقية.

الفرع الثاني

التزام المؤسس بالإفصاح عن الهوية

من بين البيانات التي أوجبت المادة 2018 إثباتها في العقد المؤسس لفيدوسية تحت طائلة البطلان، هوية المؤسس وهوية المستفيد أو المستفيدين.

أولاً: هوية المؤسس

بموجب الفقرة الثالثة من المادة 2018، وعلى سبيل الوجوب يتم تحديد هوية المؤسس أو المؤسسين إذا تعددوا تحت طائلة البطلان²، إذ يعد من النظام العام - كما تم تبيانه في الفصل السابق، وكما سبقت الإشارة- فإن الهدف منه هو جبائي محض، حيث تخصم الأصول المنشئة لفيدوسية من ذمة المؤسس المعينة هويته في العقد التأسيسي، وهدفه ذو حدين، فأما الأول فيخص تحديد الوعاء الجبائي في حدود ما تبقى في ذمة المؤسس الشخصية، وأما الثاني فهو عدم إفلات الأصول المنشئة لفيدوسية من الجباية، وبالمختصر المفيد، هو تفادي الازدواج الضريبي من جهة، وعدم إفلات ذمة التخصيص من الجباية من جهة أخرى³.

ثانياً: هوية المستفيد

بموجب الفقرة الخامسة من المادة 2018، وعلى سبيل الوجوب كذلك، يتم تحديد هوية المستفيد أو المستفيدين إذا تعددوا تحت طائلة البطلان، إذ يعد تعيينهم في العقد من النظام العام كذلك، فلا يتصور إفلات شخص له مداخيل أو عائدات من

¹ BARRIERE François, Op. Cit, p. 418.

² BARRIERE François, Op. Cit, p. 42.

³ DE ROUX Xavier, Op. Cit, p. 71, Cf. Article 223 VA du code général des impôts.

الجباية، بما أن المستفيد كما يدل اسمه عليه، يستفيد مما تدره فيدوسية من العائدات التي تنتجها ذمة التخصيص التي تم رصدها لفيدوسية. وعليه جاء على سبيل الوجوب أن تحدد هويته في العقد التأسيسي، وإلا كان باطلا، لأن من بين الالتزامات المختلفة التي على عاتق المسير - كما سنري لاحقا - أن يقوم بإعداد الحسابات السنوية وكيفية تقسيمها حسب الملاحق¹، من خلال تحديد حصة كل مستفيد إن تعددوا²، وهذا كله من أجل إخضاعهم للجباية.

الفرع الثالث

التزام المؤسس بضمان الديون واستلام الأموال

من بين الالتزامات التي على عاتق المؤسس، ضمان الديون في حالة عدم كفاية أصول فيدوسية وعائداتها لتغطيتها، واستلام أمواله في نهاية العقد.

أولاً: التزام المؤسس بضمان ديون فيدوسية

من بين الأهداف التي يرمي إليها إيجاد ذمة التخصيص، هو حصر دفع الديون التي تترتب على المحافظة وتسيير فيدوسية في الأصول التي تنشئها³، إلا أن المشرع الفرنسي لم يكتف بذلك، وتوقع حالة أخرى جاءت في الفقرة الثانية من المادة 2025⁴ على النحو التالي: "إذا كانت ذمة فيدوسية غير كافية لسداد الديون المترتبة على التسيير، فذمة المؤسس ضمان مشترك لدائنيه، إلا إذا تم الاتفاق في العقد على جعل كل الخصوم أو جزء منها على عاتق المسير".

بمفهوم المخالفة، إذا لم يتم الاتفاق في عقد فيدوسية بين المؤسس والمسير على أن

¹ Annexes.

² DE ROUX Xavier, Op. Cit, p. 71.

³ BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. Cit, p. 77.

⁴ Loi N° 2007-211 du 19/02/2007 instituant la fiducie, Op. Cit, Article 2025 alinéa 2 : " En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire."

يتحمل المسير جزءا من الديون فيدوسية أو كلها¹، فالذي يتحملها بالضرورة هو المؤسس على حساب ذمته الشخصية على سبيل الوجوب²، وهذا بموجب المبدأ الذي جاء به أوبري (Aubry) و روو (Rau) الذي مؤداه أن ذمة الشخص كفيلة بسداد كل ديونه الحاضرة والمستقبلية، ويعود السبب في ذلك أنه عند انقضاء عقد فيدوسية، تعود الأصول المكونة لفيدوسية إلى ذمة المؤسس لتُكون وحدة واحدة ومتكاملة كما سنري لاحقا، وعليه فهي كفيلة بأن تكون ضامنة لكل ديون المؤسس³.

ثانيا: التزام المؤسس باستلام أمواله في نهاية العقد

جاء في المادة 2030⁴: "في حالة انقضاء عقد فيدوسية دون أن يحدد فيه مآل أصوله، فالحقوق، الأموال أو التأمينات الموجودة في ذمة فيدوسية، تعود بقوة القانون إلى المؤسس".

لا ريب أنه في فيدوسية التسيير تعود أصوله عند انقضاء العقد، إلى ذمة المؤسس بقوة القانون كما تنص المادة سالفة الذكر، وعليه يلتزم المؤسس باستعادة أمواله، لا لسبب إلا قصد عدم إبقاء هذه الأصول دون تصريح ضريبي⁵، حتى لا تبقى هذه الأموال غير خاضعة للضريبة، وبالتالي تكون سببا في خسارة خزينة الدولة لتحصيلها. لذلك لا يمكن للمؤسس أن يتنكر لذلك، بعدم استلامه الأصول التي كانت

¹ من المستبعد أن يقبل شخص تحمل دفع ديون شخص آخر، إلا في الحالة التي يكون المؤسس هو نفسه المسير، الأمر الذي يحظره القانون لاستحالة تعاقد الشخص مع نفسه.

² DE ROUX Xavier, Op. Cit, p. 19.

³ DE ROUX Xavier, Op. Cit, p. 50.

⁴ Loi N° 2007-211 du 19/02/2007 instituant la fiducie, Op. Cit, Article 2025 alinéa 2 : " Lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant."

المستفيد المقصود في هذه المادة غير المستفيد المشار إليه في المواد الأخرى، إذ أن المستفيد المقصود في المادة 2030 هو الشخص الذي تؤول إليه الأصول المكونة لفيدوسية عند انقضاء العقد، أما المستفيد الذي نصت عليه المادة 2018 الفقرة الخامسة، فهو الشخص الذي ترصد له عائدات التسيير، والفرق شاسع بينهما لأنه ليس بالضرورة أن يكونا الشخص نفسه.

⁵ DE ROUX Xavier, Op. Cit, p. 55.

تكون ذمة التخصيص. وعليه يكون ملزماً باستلامها¹.

الفرع الرابع

التزام المؤسس بدفع الأجرة

يبقى دفع الأجرة من التزامات المؤسس، وإن لم ينص عليها المشرع الفرنسي

في

قانون فيدوسية²، رغم تخصيص مادة تنظم الأجرة في مشروع القانون، واعتبار إغفال النص لها في العقد بمثابة أنها بالمجان³، كما أن مشروع القانون كان يرمي إلى إلزام الأطراف للاتفاق عليه في العقد باعتباره عنصراً جوهرياً، وتمكين القاضي من الفصل في المنازعات المحتملة التي قد تثور في هذا الشأن، عند نشوبها؛ إلا أنها حذفت خلال المناقشة. والحكمة التي أرادها المشرع من عدم النص عليها، هو ترك هذا الأمر للأطراف للاتفاق عليه حسب كل حالة، لأنه لا يمكن أن تكون مجانية إلا استثناءً، وفي

حالات نادرة جداً⁴، خاصة أن العقد يرد على محل موضوعه تقديم خدمات، الذي هو التسيير⁵.

المبحث الثاني

التزامات المسير في عقد التسيير وترست وفيدوسية

يعتبر المسير المحور الرئيسي للآليات الثلاث الفريدة للتسيير، سواء تعلق الأمر بعقد التسيير، ترست أو فيدوسية، إذ هو محط الأنظار، بحيث يختفي الطرف المقابل

¹ DE ROUX Xavier, Op. Cit, p. 56.

² DE ROUX Xavier, Op. Cit, p.44, Cf. BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. Cit, p. 82.

³ DE ROUX Xavier, Op. Cit, p. 44.

⁴ Ibid.

⁵ BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. Cit, p. 82.

للمسير عن الأنظار بمجرد أن يضع الوسائل تحت تصرف المسير، لبدء هذا الأخير بتنفيذ التزاماته سواء المنصوص عليها قانوناً، أو تلك المتفق عليها في العقد.

وإن كانت الآليات الثلاث تشترك في الموضوع الذي هو التسيير، فإن لكل آلية نصوصها القانونية التي تحدد التزامات هذا الشخص القانوني الذي يؤدي الدور الرئيسي فيها، وعلى هذا الأساس نبين كيف يمكن تعديل وتنمة عقد التسيير من خلال التزامات المسير في آليتي ترست وفيدوسية.

وعليه، نتطرق إلى التزامات المسير في عقد التسيير في القانون رقم 89-01 (المطلب الأول)، والتزامات المسير في ترست في القانون الانجليزي (المطلب الثاني)، والتزامات المسير في فيدوسية في القانون الفرنسي (المطلب الثالث) كما يلي:

المطلب الأول

التزامات المسير في عقد التسيير

إن المحور الرئيسي في عقد التسيير هي الالتزامات التي يقوم بها المسير، لأن الطرف المقابل للمسير، أي المؤسسة العمومية الاقتصادية، هو طرف ساكن لا يمكنه تحويل منشأته القاعدية، التي من المفروض أن يسهر المسير على تسييرها، عكس المسير الذي هو طرف متحرك، قد يختفي بانتهاء مدة العقد أو بسبب أشياء أخرى ليست موضوع بحثنا، إن المسير ملزم بتحقيق نتيجة خلال مدة العقد¹. التزامات المسير تتمثل في تسيير كل أو بعض أملاك المؤسسة العمومية الاقتصادية، ويكون التسيير باسمها ولحسابها، ويلتزم كذلك بتحسين مردوديتها الاقتصادية، والمالية، وتقديم المعلومات حسب الحالة، إلى صاحب الملك، وعقد جميع التأمينات التي تؤمنه من التبعات المالية الناجمة عن مسؤوليته المدنية المهنية.

وعليه يلتزم المسير بمقتضى عقد التسيير، بأربع التزامات هي²:

¹ الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، العدد رقم 66، مرجع سابق، ص 7.

² القانون 89-01 المؤرخ في 1989/02/07 المتضمن عقد التسيير.

- الالتزام بتسيير كل أو بعض أملاكها باسمها ولحسابها.
- الالتزام بتحسين المردودية.
- الالتزام بتقديم المعلومات.
- الالتزام بعقد التأمينات.

ونبحث فيما يلي هذه الالتزامات:

الفرع الأول

الالتزام بالتسيير

تنص المادة الأولى من قانون 01-89 المؤرخ في 1989/02/07¹ المتضمن عقد التسيير : " ... يلتزم بموجبه ...، بتسيير كل أملاكها أو بعضها، باسمها ولحسابها..."، والمقصود بالتسيير طبقا لهذه المادة قيام المسير بالأعمال الضرورية اللازمة لتسيير كل أو بعض أملاك المؤسسة العمومية الاقتصادية حسب الحالة، أي حسب ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين، والأصل أن يتم التسيير في هذا العقد بمجرد انعقاده بناءً على الالتزامات المتقابلة بالنسبة للطرف الآخر، وهو وضع الوسائل اللازمة تحت تصرف المسير، وعقد التأمينات كلها، كما هو مبين في المادة الثالثة من نفس القانون، وأن المسير لا يتصرف إلا باسم، ولحساب المؤسسة المعنية.

أولاً: تسيير كل أو بعض الأملاك

ترك المشرع المجال مفتوحاً فيما يخص التسيير؛ فقد يكون التسيير شاملاً لكل أملاك المؤسسة العمومية الاقتصادية، كما قد يكون لبعض أملاكها فقط²، وذلك لتمكين المؤسسة من تكييف التسيير حسب حاجتها، فالحرية المتاحة للمؤسسة في تقدير الشكل المناسب للتسيير جاء لحماية الأجزاء القائمة بذاتها للمؤسسة، بحيث إن أخضعت للتسيير اعتبرت إهداراً للطاقات وتبذيراً للأموال؛ ولا يقوم التسيير إلا على شرط

¹ القانون 01-89 المؤرخ في 1989/02/07 المتضمن عقد التسيير.

² القانون 01-89 المؤرخ في 1989/02/07 المتضمن عقد التسيير، المادة الأولى.

واقف، ألا وهو وضع تحت تصرف المسير، الوسائل اللازمة لأداء مهمته من قبل المؤسسة، وإن تخلف شرط وضع هذه الوسائل تحت التصرف، تعذر على المسير القيام بمهامه¹.

ثانيا: التسيير باسم ولحساب المالك

إن نص المادة جاء جازما، لم يترك مجالا للشك بحيث يكون التسيير باسم ولحساب صاحب الملك، بعبارة أخرى يقع التسيير في مجال أعمال الإدارة لا التصرف² ودون تمثيل، أي أن المسير في معاملاته مع الغير يكون باسم المؤسسة العمومية الاقتصادية لا باسمه، مما يفيد أن المسير في مثل هذه الحالات لا يكون حتى وكلاء، إذ لا يمكن للمسير أن يتصرف باسمه الخاص³. وعليه فكل ما يقوم به المسير من تصرفات يكون باسم صاحب الملك ولحسابه⁴، بحيث لا يجوز للمسير أن يدخل ما تحصل عليه من خلال تسييره لأموال المؤسسة العمومية الاقتصادية لحسابه الخاص⁵، ولا في حساب آخر غير حساب المؤسسة العمومية الاقتصادية كما هي الحال في القوانين المقارنة⁶، إلا أنه يمكن أن يصبه في حساب المؤسسة. إذن كل ما يتحصل عليه المسير يجب أن يدخل في ذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية بهذه الصفة.

الفرع الثاني

الالتزام بتحسين المردودية

جاء في متن المادة الرابعة من قانون عقد التسيير، أن من بين التزامات المسير

¹ القانون 89-01 المؤرخ في 07/02/1989 المتضمن عقد التسيير، المادة 03.

² محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، مرجع سابق، ص 5.

³ المادة 571 من القانون المدني الجزائري.

⁴ المادة 74 من القانون المدني الجزائري.

⁵ المادة 578 من القانون المدني الجزائري.

⁶ يمكن، في القوانين المقارنة، للمسير فتح حساب خاص بالتسيير بحيث يكون مستقلا عن ذمته، راجع في ذلك CUIF Pierre-François, Op. Cit, pp. 330 et s.

أنه ملزم بتحسين المردودية الاقتصادية والمالية للملك، واقتحام الأسواق الخارجية، لا سيما عن طريق رفع شأن المنتجات والخدمات المقدمة، إلا أنه لتحسين المردودية واقتحام الأسواق الخارجية، وجب توافر معطيات معينة، وعليه سنخص بالدراسة هنا ما يلي:

قبل التحسين، علينا معرفة ما يقصد بالمردودية الاقتصادية والمالية. لذلك سنقوم بتعريف كل واحدة على حدة.

أولاً: المردودية الاقتصادية : وهي القيمة المنتجة بالنسبة لوسائل الإنتاج المستعملة¹.

ويقصد بالقيمة المنتجة، قيمة السلع المنتجة خلال سنة أو الخدمات المقدمة، وللحصول على المردودية الاقتصادية، نقوم بتقسيم القيمة المنتجة على قيمة الوسائل الإنتاجية المستعملة، وللعلم أن المردودية هي نسبة لا وحدة لها.

وقصد رفع وتحسين المردودية الاقتصادية، يجب رفع القيمة المنتجة و/أو تقليل قيمة الوسائل المستعملة، بحيث يمكن ذلك من رفع المردودية، وبالتالي تحسينها، إما بالمحافظة على القيمة المنتجة والتقليل من قيمة الوسائل المستعملة، وإما بزيادة القيمة المنتجة وتقليل قيمة الوسائل المستعملة.

ويتضح جلياً أنه في كلتا الحالتين، حتى تتحسن المردودية الاقتصادية، يجب التقليل من قيمة الوسائل المستعملة.

وللتقليل من قيمة الوسائل المستعملة، وجب معرفة ما يدخل في دائرتها.

المقصود بالوسائل، الوسائل المادية والوسائل البشرية. والتقليل من الوسائل المستعملة يعني بالضرورة التقليل من الوسائل المادية والبشرية المستعملة.

والتقليل من الوسائل المادية لا يعني التقليل منها إلى حد السقوط في مأزق النقصان، بل الاكتفاء بالقدر الذي لا يزيد على الحاجة، واستغلاله إلى أقصى حد.

¹ Encyclopédie Encarta 2005, Cd-rom.

أما التقليل من الوسائل البشرية، فيعني كذلك الاكتفاء بالعدد المناسب من المستخدمين، أي العدد الذي لا يزيد ولا ينقص عن الحاجة، إلا أنه من الضروري إكسابهم المعارف والخبرات اللازمة¹، وذلك برفع المستوى التكويني للمستخدمين عن طريق الدورات والملتقيات التكوينية، وذلك ما يعرف بـ know how عند أهل الاختصاص.

ثانيا: المردودية المالية

المردودية المالية هي سعة رأس المال المستثمر و/أو الموظف على تحقيق ربح²، وهي فائض المداخل على المصاريف خلال سنة³.

من خلال التعريف، يتضح أن هناك فائضا في المداخل، بمعنى آخر أنه حتى تكون هناك مردودية مالية، يجب أن تكون المداخل في كل الأحوال تفوق المصاريف خلال سنة من العمل

استنادا لما سبق تبيانه يمكن أن نخلص إلى القول أنه حتى تتحسن المردودية المالية، لا يجوز للمسير أن يستثمر و/أو يوظف رأس المال إلا بالقدر الذي لا يزيد عن الحاجة، وتقريب المنتوجات وتقديم الخدمات إلى حد الجوارية بالنسبة للمستهلك، لأنه كلما زاد القرب في جوارية المنتوجات وتقديم الخدمات، كلما زادت المداخل، فهي تتطارد نسبيا عكس تزايد المصاريف، فكلما زادت المصاريف، قلت المردودية المالية، وبالتالي فهي تتطارد عكسيا.

يدور مفهوم المردودية المالية حول الاستخدام الكفء أو الفعال لعوامل الإنتاج في عملية الإنتاج، قصد تحقيق قدر معين من السلع والخدمات بأقل قدر ممكن من هذه العوامل أو الموارد⁴، كما هي كمية الإنتاج التي تنتجها وحدة واحدة من أحد عوامل

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/22، مرجع سابق، ص 2.

² Encyclopédie Encarta2005, Cdrom.

³ VIZZAVONA Patrice, Op. Cit, p. 415.

⁴ زبار سليمة، دراسة نظرية وقياسية لدوال الإنتاج لوحدة تجهيزات السيارات الصناعية UNVI"، مذكرة ماجستير فرع الاقتصاد القياسي، جامعة الجزائر 93-94، ص 9 و10.

الإنتاج سواء العمل، أو الموارد الطبيعية، أو رأس المال خلال مدة معينة، وكلما زادت درجة كفاءة وفعالية استخدام عوامل الإنتاج في عملية الإنتاج، كلما ارتفعت المردودية المالية لهذه العوامل.

ومن هنا يمكن القول إن المردودية المالية هي مقياس الكفاءة وفعالية الإنتاج.

الفرع الثالث

الالتزام بتقديم المعلومات

جاء في مجال إلزامية تقديم المعلومات ما يلي: "يجب على المسير أن يقدم للمالك جميع المعلومات الخاصة بتنفيذ العقد وأن يقدم له تقريراً دورياً عن تسييره".¹

كما جاء في أحد المواد ما يلي: "على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حساباً عنها".²، فإذا قمنا بعملية إسقاط المسير على الوكيل والمؤسسة العمومية الاقتصادية على الموكل، فإننا نجد تطابقاً أو توافقاً شبه تام بين المدتين، وهذا كذلك من أوجه الشبه بين الوكالة وعقد التسيير.

أولاً: تقديم المعلومات

لما كان تنفيذ عقد التسيير قد يستغرق وقتاً غير قصير، فإنه يجب على المسير ألا يقطع صلته بالمالك الذي هو مؤسسة عمومية اقتصادية، أثناء تنفيذ التسيير، وأن يطلع من تلقاء نفسه و/أو إذا طلب منه المالك ذلك، على الخطوات الهامة التي يتخذها في التسيير.³ هذا زيادة على التقارير الدورية التي قد تكون ثلاثية أو سداسية حسب نوعية النشاط، وحسب اجتماع الجمعيات العامة الخاصة بصناديق المساهمة، أو الشركات القابضة، أو شركات المساهمة التي من شأنها المراقبة.

¹ القانون 01-89 المؤرخ في 1989/02/07 المتضمن عقد التسيير، المادة السابعة.

² المادة 577 من القانون المدني الجزائري.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، مرجع سابق، الجزء 7، المجلد الأول، ص 494.

زيادة على الوثائق المحاسبية، فإن المسير ملزم بتقديم حساب تسيير كل سداسي على الأقل، يتضمن تبيان السياسة المتبعة خلال هذه الفترة، والتغييرات الإستراتيجية التي قام بها في مجال التسيير، والنتائج المحرزة إن توفرت¹.

ثانيا: كيفية تقديم المعلومات

يجب أن تكون المعلومات مفصلة، شاملة لجميع أعمال التسيير ومدعمة بالمستندات، حيث يتمكن صاحب الملك من أن يتأكد من سلامة تصرفات المسير، والحساب الذي يقدمه المسير يدرج فيه ما للمالك وما عليه؛ كأن يكون للمالك مبالغ قبضها المسير ثمن ما باعه، أو أجره ما أجره، أو وفاء لحق المالك في ذمة الغير، ومبالغ هي فوائد للمبالغ التي استغلها المسير لحساب المالك، وأوراقا مالية اشتراها المسير لحساب المالك، وأن يكون على المالك المصروفات التي أنفقها المسير في السفر الذي اقتضاه التسيير، وأجرة نقل الأشياء والتأمين عليها، والضرائب والرسوم التي دفعها، والتمن الذي اشترى به الأوراق المالية، أو غيرها من الأشياء لحساب المالك، والأجر الذي اتفق عليه مع المالك، فيدرج المسير كل هذا في حساب واحد لا يتجزأ، مكون من أصول وخصوم، وما يجب الوفاء به للمالك هو الرصيد الناتج عن طرح الخصوم من الأصول².

الفرع الرابع

الالتزام بعقد التأمينات

إن التأمين الذي يقع على عاتق المسير غير التأمين الذي يكون المؤسس مسؤولا عنه، إذ أن تأمين الثاني يقع على الأشياء³، أما التأمين الأول فيقع على المسؤولية بنص المادة السادسة⁴: "يجب على المسير أن يكتتب جميع التأمينات التي تضمنه من

¹ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 416.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 496.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، الجزء 7، المجلد الثاني، ص 1158.

⁴ القانون رقم 89-01 المؤرخ في 1989/02/07 المتضمن عقد التسيير، المادة 6.

التبعات المالية الناجمة عن المسؤولية المدنية المهنية التي قد يتحملها بسبب الأضرار البدنية والمادية والمعنوية التي قد تصيب الزبون ومقدمي الخدمات أو الغير من جراء استغلال الملك المسير.¹، فيؤمن المسير نفسه من الضرر الذي يصيبه في ماله، فيما إذا تحققت مسؤوليته من قبل المضرور ورجع عليه بالتعويض، فشركة التأمين لا تعوض المتضرر نفسه، والذي يعوضه المسير، لتقوم شركة التأمين بعد ذلك بتعويضه عما غرمه لتعويض المتضرر¹، وهذا المقصود من المسؤولية المدنية المهنية.

من أجل ذلك سنتناول بالبحث فيما يخص التأمين عن المسؤولية المدنية المهنية.

أولاً: المسؤولية المدنية المهنية

في إطار النشاط المهني، فإن التأمين عن المسؤولية المدنية المهنية هو ضمان ضد عواقب الأخطاء التي تسبب ضرراً للغير، بحيث تكون الأخطاء عبارة عن خطأ، أو غلط، أو نسيان، أو إهمال يرتكبه المهني أو مستخدموه خلال قيامهم بالأعمال المنوطة بهم، كما تقوم مسؤولية المهني بالنسبة للأضرار البدنية و/أو المادية و/أو المعنوية².

إن المسير مسؤول عن أخطائه التي تكون سبباً في الضرر للغير³.

ثانياً: التأمين عن المسؤولية المدنية المهنية

التأمين عن المسؤولية عقد يؤمن بموجبه المؤمن له من الأضرار التي تلحق به من جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية، ونلاحظ من خلال هذا التعريف أن التأمين عن المسؤولية لا يغطي الأضرار التي تلحق المؤمن له من جراء تحقق مسؤوليته نحو الغير فحسب، بل هو يغطي الأضرار التي تلحقه من مطالبة الغير له بالمسؤولية أيضاً، ولو كانت هذه المطالبة خالية من أي أساس، فيرجع المؤمن له على المؤمن في

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، الجزء 7، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص 1159.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 1520.

³ الموقع الإلكتروني: تعريف المسؤولية العقدية المهنية على الواب. www.agimmobilier.com.

هذه الحالة بما تكبده الأول من مصروفات، وتكاليف في دفع المسؤولية عنه، إذا كان مدعي المسؤولية معسرا لا يستطيع تأديتها¹.

والتأمين عن المسؤولية، كما تم تبيانها هو قسم من أقسام التأمين، لا يختلف في طبيعته عن سائر عقود التأمين، فهو تأمين عن الأضرار، كما أن التأمين عن الأضرار يخضع لمبادئ التعويض، وأن الضمانات التي يقدمها التأمين عن المسؤولية تقع على الغير، بمعنى آخر هو تأمين المؤمن له لنفسه من ضرر يقع على ماله من جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية ومن ثم كان هذا التأمين تأميناً على المال، أي تأميناً من الأضرار. ولا يقتصر التأمين عن المسؤولية على المؤمن له فقط، بل يمتد إلى الشخص المضروب، فيوجد علاقات متميزة ما بين المؤمن له والمؤمن من جهة، وما بين المؤمن والمتضرر من جهة أخرى².

كما جاء في بعض التعاريف للتأمين عن المسؤولية المدنية المهنية على المواقع الإلكترونية، ما يلي:

- تزداد خطورة الدور الذي تلعبه المهن عموماً في المجتمع ومدى تأثيره على علاقات أفرادها مع مرور الزمن، وبقدر ما أن هذه الخطورة تتسع تعظم أهمية التأمين وحماية المتعاملين مع أربابها؛ فعلى عكس النظرة التقليدية ينبغي توفر أكبر قدر ممكن من الطمأنينة لهؤلاء الذين تضطربهم الظروف إلى التعامل مع صاحب مهنة، ويكون ذلك من خلال البحث عن وسائل وأساليب تؤمنهم ضد الأخطار التي يمكن أن تنتج عن أخطاء المهنة، أو على الأقل تضمن لهم تعويض أكبر جزء من الأضرار التي تلحق بهم³.

- يغطي التأمين عن المسؤولية المدنية المهنية، المهنيين وغيرهم ممن يمارسون أنشطة مهنية، وبموجبه تقوم الشركة بالتأمين ضد المطالبات التي تنشأ عن الإصابات

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1641.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1642.

³ الموقع الإلكتروني: التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية. www.shura.gov.bh

الجسدية، أو الوفاة، أو تلف الممتلكات التي يتعرض لها الغير بسبب الأخطاء المهنية سواء من قبل المؤمن له أو أحد مساعديه¹.

- خلال القيام بالنشاطات يعرض المهنيون أنفسهم للمسؤولية، والعواقب المالية لهذه الأخيرة يمكن تغطيتها في إطار عقد تأمين عن المسؤولية المدنية المهنية. والهدف من هذا التأمين هو ضمان الأضرار التي قد تصيب الغير جراء هفوة، أو خطأ، أو إهمال بمناسبة قيام صاحب المهنة بأعماله؛ يتعلق الأمر بالتبعات المالية لمسؤوليته المدنية من جراء الأضرار البدنية، والمادية، والمعنوية التي تصيب الزبون.

رغم المجال الواسع للضمانات المتاحة، والتي يمكن تكييفها حسب كل مهنة، إلا أنه لا يمكن لهذه الأخيرة أن تغطي الأعمال المحظورة، كما لا تغطي كذلك عدم احترام الالتزام بتحقيق نتيجة؛ كما أنه إذا كان النشاط يدخل ضمن دائرة الأنشطة المنظمة، فإن القانون يلزم باكتتاب تأمين من هذا النوع².

- تأمين المسؤولية المدنية المهنية يضمن التبعات المالية للأضرار الناجمة بالنسبة للغير (زبون، ممون، متعامل)، ويشمل التأمين على الأضرار البدنية والمادية والمعنوية بالنسبة للغير، والتي تنجم عن النشاطات المصرح بها، والتي يتسبب فيها مستخدمو المؤسسة بمناسبة تأديتهم لأعمال المنوطة بهم، ويأخذ التأمين شكلين اثنين هما :

أ- تأمين المسؤولية المدنية المهنية في إطار الترتيبات العقدية.

ب- تأمين المسؤولية المدنية المهنية بعد تسليم أو تنفيذ الخدمات.

زيادة على التأمينات التكميلية، والتي يجب أن تدخل ضمن عقد التأمين، وهي تأمين الأضرار وضمان الأشياء الملتصقة بالمحلات³.

¹ الموقع الإلكتروني: التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية. www.shura.gov.bh

² Site www.aviva-assurances.com Responsabilité civile professionnelle.

³ Site : www.rcpro.biz, Responsabilité civile professionnelle.

- RCPRO مختصة في التأمين من الأضرار المعنوية والمادية التي يمكن أن يتسبب فيها مهني بمناسبة تقديم خدمة؛ يمكن القول أن هذا التأمين المادي والمعنوي يكون تأميناً للخطأ، وهذا النوع من التأمين جد مطلوب في بعض النشاطات، ولتلبية رغبات هذه الفئات السوسيو مهنية، وجد هذا الموقع الإلكتروني من أجل إيجاد النمط المناسب للتأمين عن المسؤولية المدنية المهنية، مرفوقاً بمؤمن ذي خبرة وجودة، فعلى المهنيين أن لا يتركوا مؤسستهم لخطر محقق خلال قيامهم بإحدى نشاطاتهم غير المضمونة التي تقدمها إلى زبائنهم.

في إطار النشاطات المهنية، يمكن للمهنيين أن يكونوا سبباً في إصابة الغير بأضرار، ويمكن لهذه الأضرار أن تمس مسؤوليتهم، سواء كانوا هم السبب، أو أحد مستخدميهم، أو محلاتهم، أو أجهزتهم¹.

أ. تأمين المسؤولية المدنية المهنية عن النشاطات المهنية

1 تأمين المسؤولية المدنية للاستغلال المهني : تضمن الأضرار غير العمدية التي قد تصيب الغير، بما في ذلك الزبون بمناسبة استغلال المؤسسة، وتختص بالتكفل بالأضرار البدنية والمادية والمعنوية، والتي يتسبب فيها الأشخاص والآلات التي تدخل في الاستغلال، للغير بمناسبة استغلال المؤسسة، وهي تغطي كذلك مسؤولية المستخدم حين تكون مسؤوليته معنية، خاصة في حوادث العمل والأمراض المهنية².

2 تأمين المسؤولية المهنية : بالنسبة للأضرار التي يكون سببها غلط، أو إغفال، أو خطأ غير عمدي أثناء تقديم الخدمة³.

¹ Site : www.rcpro.biz, Responsabilité civile professionnelle.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1521.

³ المرجع نفسه.

ب. تأمين المسؤولية المدنية عن شغل الأماكن

في حالة الضرر الذي تسبب فيه حريق أو انفجار أو فيضانات، وكان المؤمن له أو أي شخص من مستخدميهِ مسؤولاً عن ذلك، فالضمان يكون بمجرد اكتتاب التأمين ضد الحريق أو الفيضانات ويحمل شقين:

1 يغطي المسؤولية الناجمة عن الأضرار التي تتسبب فيها الحرائق والفيضانات للجيران وللغير¹.

2 يضمن نفس الأضرار، ولكن للمالك في حالة ما إذا كان المؤمن له مستأجر².

ثالثاً: أنواع التأمين عن المسؤولية

يتنوع التأمين عن المسؤولية بتنوع ميادين النشاط، وما تنطوي عليه من مسؤوليات مختلفة، وقد انتشر هذا التأمين بتقدم الآلات الميكانيكية والمخترعات الحديثة، وأول ما ظهر من أنواعه كان التأمين عن مسؤولية الحريق في صورته المختلفة، تأمين المستأجر من مسؤوليته عن حريق العين المؤجرة، وتأمين المستأجر من مسؤوليته عن امتداد الحريق إلى الأجزاء المجاورين للعين، وتأمين الجار من المسؤولية عن امتداد الحريق إلى جيرانه؛ ثم تلا ذلك التأمين عن المسؤولية عن حوادث العمل، وانتشر هذا النوع من التأمين انتشاراً كبيراً مع تقدم الصناعات وازدهارها، ولكنه ما لبث أن انتقل من نطاق التأمين الخاص إلى نطاق التأمينات الجماعية.

ثم جاء التأمين عن النشاط المهني، كالتأمين عن مسؤولية عن نشاط الأطباء والمهندسين، وعن نشاط أصحاب الفنادق، وعن نشاط أصحاب معاهد التعليم، وعن نشاط معاهد الألعاب الرياضية، وانتهى الأمر إلى التأمين عن النشاط بوجه عام،

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1521.

² المرجع نفسه.

كتأمين أصحاب العمارات عن مسؤوليتهم عن حوادث المصاعد، وعن أعمال البوابين¹.

إن التأمين عن المسؤولية يتميز بخاصية أنه لا يقتصر على وضع المؤمن تجاه المؤمن له، بل يضع إلى جانبهما شخصا ثالثا هو المتضرر، ومن ثم وجب لهذا التأمين بحث علاقة المؤمن بالمؤمن له، ثم بحث علاقة المؤمن بالمتضرر؛ ذلك أن التأمين عن المسؤولية يكون بإحدى الطريقتين، فإما أن يرجع المتضرر على المؤمن له، فيستوجب ذلك أن يرجع المؤمن له على المؤمن، وإما أن يرجع المتضرر مباشرة على المؤمن بطريق الدعوى المباشرة².

أما القانون الجزائري فقد حذا حذو قوانين البلدان الأخرى، وسأيرها بحيث ينص على ما يلي: "يجب على الشركات والمؤسسات التابعة للقطاعات الاقتصادية المدنية التأمين على مسؤوليتها المدنية تجاه الغير"³

" يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي، يستغل محلا أو قاعة أو مكانا مخصصا لاستقبال الجمهور و/أو يكون هذا الاستغلال خاصا بالنشاطات التجارية أو الثقافية أو الرياضية أن يكتتب تأمينا لتغطية مسؤوليته المدنية تجاه المستعملين والغير."⁴

يتضح من روح المادة أن المشرع لم يستثن أحدا من الأشخاص القانونية، سواء كان عموميا أو خاصا، إلا وأوجب عليه اكتتاب التأمين لتغطية مسؤوليته المدنية تجاه المستعملين الذين قد يكونون الزبائن الذين يقصدون اقتناء خدمة أو المستخدمين الذين هم قائمون على تقديمها، والغير الذي قد يتضرر بسبب الزبائن، أو الأشخاص القائمين

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1644 و 1645.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1647.

³ الأمر 95-07 المؤرخ في 1995/01/25 يتعلق بالتأمين المعدل والمتمم، المادة 163.

⁴ المرجع نفسه، المادة 164 الفقرة الأولى.

على الخدمة، أو المحلات نفسها كما جاء في مواد المرسوم التنفيذي¹ الذي ينظم المادة الأخيرة من الأمر 95-07 المؤرخ في 1995/01/25 كما يلي:

" عملا بالمادة 164 من الأمر 95-07 المؤرخ في 1995/01/25، يحدد هذا المرسوم شروط تطبيق إلزامية تأمين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين من مسؤوليتهم المدنية في استغلال المنشآت والقاعات أو الأماكن التي تستقبل الجمهور بعنوان الأنشطة التجارية والثقافية والرياضية."

" يتعين على مستغلي المنشآت والقاعات أو الأماكن التي تستقبل الجمهور أن يكتتبوا التأمين المذكور أعلاه، عندما يتجاوز عدد الأشخاص الممكن استقبالهم في وقت واحد خمسين (50) شخصا أو عندما يشمل الاستغلال مساحة تتجاوز مائة وخمسين مترا مربعا (150 م²)."²

" دون المساس بالأحكام الخاصة المنصوص عليها في التنظيم المعمول به، يجب أن تضمن تغطية التأمين الآثار المالية الخاصة بما يلي:

- المسؤولية المدنية المنصوص عليها في المواد من 124 إلى 134 ومن 136 إلى 138، من القانون المدني. فيما يخص الأضرار الجسمانية والمادية والمعنوية التي تلحق الغير.
- المسؤولية التعاقدية تجاه المستعملين."³

بمقتضى المواد السالفة الذكر يكون التأمين إلزاما ضامنا لمسؤولية الأشخاص الطبيعيين والمعنويين المدنية في استغلال كل ما من شأنه استقبال الجمهور، سواء كانت منشآت أو قاعات، بمناسبة تأديتهم لأنشطتهم، سواء كانت تجارية، أو ثقافية، أو

¹ المرسوم التنفيذي 95-411 المؤرخ في 1995/12/09، يتضمن إلزامية تأمين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين من مسؤوليتهم المدنية في استغلال المنشآت التي تستقبل الجمهور، ج.ر عدد 76 الصادر في 1995/12/10، المادة الأولى.

² المرسوم التنفيذي 95-411 المؤرخ في 1995/12/09، يتضمن إلزامية تأمين الأشخاص الطبيعيين و المعنويين من مسؤوليتهم المدنية في استغلال المنشآت التي تستقبل الجمهور، المادة 02.

³ المرجع نفسه، المادة 03.

رياضية باستيفاء أحد الشرطين، إذا فاق خمسين (50) شخصا أو تجاوزت المساحة المستغلة مائة وخمسين (150) م² ويغطي هذا الاكتتاب المسؤولية المدنية عن الأعمال الشخصية وعن عمل الغير وعن الأشياء، للأضرار الجسمانية والمادية والمعنوية التي تلحق الغير، بعبارة أدق المسؤولية المدنية التقصيرية.

وكذلك المسؤولية العقدية تجاه الزبائن المترددين على اقتناء الخدمة والمستخدمين القائمين عليها.

كما تنص إحدى المواد على ما يلي:

" يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بصنع أو ابتكار أو تحويل أو تعديل أو تعبئة مواد معدة للاستهلاك أو للاستعمال، أن يكتتب تأميناً لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية تجاه المستهلكين والمستعملين وتجاه الغير.¹

كما تنص المواد على اكتتاب تأمين للأشخاص القائمين على تقديم الخدمات، وتتضمن ما يلي: " التأمين على الأشخاص، اتفاقية احتياط بين المؤمن له والمؤمن، يلتزم المؤمن بموجبها بأن يدفع للمكتتب أو المستفيد المعني مبلغاً محدداً رأسملاً كان أو رباعاً، في حالة تحقق الحادث أو عند حلول الأجل المنصوص عليه في العقد. "

" يمكن أن يتخذ التأمين على الأشخاص شكلاً فردياً أو جماعياً.

عقد التأمين الجماعي، المسمى تأمين الجماعات، هو تأمين مجموعة أشخاص تتوفر فيهم صفات مشتركة ويخضعون لنفس الشروط التقنية في تغطية خطر أو عدة أخطار منصوص عليها في التأمين على الأشخاص.²

وهذا ما خلصت إليه المادة 6 من قانون عقد التسيير، حيث جاء فيها أنه على المسير اكتتاب التأمينات التي تضمنه من التبعات المالية الناجمة عن المسؤولية المدنية المهنية التي قد يتحملها بسبب الأضرار البدنية، والمادية، والمعنوية التي قد تصيب

¹ الأمر 95-07 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمين المعدل والمتمم، المادة 168.

² المرجع نفسه، المواد 60 و62.

الزبون ومقدمي الخدمات، أو الغير من جراء استغلال الملك المسير؛ حيث يحل المؤمن محل المسير والذي يضمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المسير المدنية بسبب الأضرار الناجمة¹.

المطلب الثاني

التزامات المسير في ترست

يبدو المسير في ترست كمدير فريد لأموال الغير²، بحيث لا يعد مالكا حقيقيا، لأنه لا يمكنه التصرف في أموال المؤسس إلا في حدود الاحتفاظ بقيمتها قصد الحصول على أموال أخرى تقابلها³.

زيادة على ذلك لا يكون لتنازل المسير عن أموال المؤسس لصالح الغير أثر إلا إذا كان هذا الأخير حسن النية⁴، إذ يتبين مما سلف أنه لا يعتد بصفة المتنازل فقط، كما أن قدرة المسير عن التنازل لا تثبت صحة تصرفه بصفته المالك القانوني للمال، وإن كان يسمح له القيام بذلك باسمه على أشياء الغير⁵.

كما أن حق المسير في المطالبة بالاستحقاق، مع الغير، على الشيء يمكن أن يمارسه بطريق غير إثبات ملكيته عليه بسند ملكية، إذ أن الاجتهادات القضائية في قانون كومن لوو تعترف بملكية المسير للأموال المؤسسة لترست، وإن كان ذلك بصفة مؤقتة، وهذا ما يثبت فرادة هذا القانون مقارنة بالقوانين الأخرى⁶، حيث أن هذا النوع من الملكية في ترست لا يقابله أي نوع من الملكية في القانون المدني، إلا الحيازة المؤقتة، غير أن هذه الأخيرة لا تتيح التصرف في الشيء كما يتيح ترست،

¹ الأمر 95-07 المؤرخ في 25/01/1995، المادة 56.

² RUDDEN Bernard, Things as Things and Things as wealth, Oxford Journal of legal studies, Vol. 14, N° 1, p. 81.

³ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 60.

⁴ RUDDEN Bernard, Op. Cit, p. 90.

⁵ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 60.

⁶ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 60.

إذ أن الحيازة المؤقتة تفيد إرجاع المال إلى صاحبه¹. وفي حالة ترست، إما أن يتم إرجاعه إلى المؤسس إذا تعلق الأمر بترست مؤقت كما رأينا سلفاً، أو إلى المستفيد.

كما أنه يجدر بنا في هذا المقام، أن نبين أن حق المطالبة بالاستحقاق ليس دائماً مقروناً بصفة المالك التي يمارسها المسير على أموال ترست، بل يمكن لكل من أوكلت له مهمة إدارة أموال الغير أن يطالب من قبيل الاستحقاق. بالأموال التي أوكلت له في حالة النزاع مع الغير².

ما هو إذن الهدف المرجو من هذا النقل للأموال؟

ما جدوى أن تنتقل أموال ترست إلى المسير، إذا كان يُسَمَحُ بعد ذلك بالطعن في ملكيته عليها لصالح المستفيد، ارتكازاً على الحقوق التي تمنحها محكمة الإنصاف لصالح المستفيدين؟ يبدو أن هذا النقل مع إجراء الشهر الذي يرافقه يجعل لسلطة المسير حجية على الغير، والتي هي نتيجة لصفته مالكا، وبالتالي فالقصد من النقل لهذه الأموال، هو إشهار سلطة المسير عليها³.

غالباً ما لا يحل ترست على أساس النظام القانوني على التوالي لحقوق المسير والمستفيد على هذه الأموال، وإنما على أساس الآثار التي يربتها لصالح المستفيد من الأموال محل تأسيس ترست. وهذا هو السبب الذي يجعل هذا التقسيم تقسيماً فريداً للملكية، إذ أن لكل من المسير والمستفيد حقوقاً يحتج بها على الغير تضاهي الحقوق العينية، فيما يخص الأموال المكونة لترست⁴.

غير أن تحليلاً فريداً لترست يتعلق بمقارنة كل من حق المسير والمستفيد على ملكية ترست، حيث يعتبر المستفيد المالك الوحيد، بينما يعتبر المسير مسيراً لها فقط، ناهيك عن ثنائية النظام القانوني لكمون لوو والإنصاف التي لم يعد لها مبرر بعد

¹ SAINT-ALARY Roger, La détention: Notion et portée, Thèse-Doctorat, Toulouse, 1941, p. 363.

² CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 61.

³ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 61.

⁴ RUDDEN Bernard, Op. Cit, p. 81.

انصهار النظامين معا¹، كما أنه غالبا ما يظهر ترست على شكل عقد، وهو كذلك حين يعهد شخص بأمواله لشخص آخر قصد تسييرها². وهو الأمر الذي يهتما في دراستنا هاته.

أساسا، ليس من مهام المسير فقط الاحتفاظ بمال ترست، وإنما استثماره كذلك لصالح المستفيد دون غيره، الأمر الذي يفيد أنه يجب على المسير أن يعمل بإخلاص وعناية.

اعتبارا للواجبات المختلفة التي على عاتق المسير، تبدو مهمته عبئا، بحيث أن استعمال مصطلح واجب هو لصيق بالطبيعة القانونية لترست، إذ من الضروري العلم أنه يجب على المسير القيام بواجبات معلومة يفرضها عليه القانون، زيادة على الأوامر المحتواة في العقد التأسيسي لترست.

وعليه، تظهر الالتزامات المختلفة الخاصة بالمسير واجبات يفرضها القانون والاجتهادات القضائية عبر الزمن أكثر منها التزامات، والتي هي روح القواعد القانونية التي يخضع لها ترست اليوم.

الفرع الأول

التزام المسير بالمحافظة ومسؤوليته على الاستثمار

واجب المسير المحافظة على ذمة ترست، والالتزام باستثمارها، كما يعتبر هذا التزاما بديها لتنفيذ هذا الواجب، إذ يعتبر الالتزام بالاستثمار الالتزام الجوهرى للمسير³.

في أغلب الأحيان تكون أصول ترست عناصر مختلفة، من متقلبة إلى قابلة للمبادلة¹ تُكون كتلة أو وَحْدَة (Trust fund)، بحيث كل مال جديد يأخذ مكان المال

¹ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 59.

² CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 59.

³ HANBURY H.G. & MARTIN J.E., Op. Cit, p. 502.

الذي بيع بموجب مبدأ الحلول العيني، إذ لا يتعلق الأمر بالمحافظة على أصول ترست فقط، وإنما إنمائها كذلك من خلال رفع عائداتها².

لا يكون المسير حراً يستثمر كما يحلو له، بحيث يجب عليه أن يتقيد بما جاء في العقد³ وفي القواعد القانونية⁴، إضافة إلى التزام المسير الاحتفاظ بذمته الشخصية مستقلة عن ذمة ترست⁵ لتمكين المستفيدين من استرجاع أموالهم عند انقضاء العقد، إذ أن تنفيذ هذا الالتزام يعد نوعاً من الإشهار لترست⁶ لتحديد المسؤولية وعدم تضارب مصالح المسير بمصالح المؤسس أو المستفيدين حسب كل حالة.

أولاً: مسؤولية المسير الشخصية

يعتبر المسير مسؤولاً عن أصول ترست في علاقته مع الغير⁷. بحيث لا يمكن لمن تعاقد مع المسير إلا الرجوع عليه شخصياً دون المطالبة باستحقاق ديونهم من ذمة ترست.

¹ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 52.

² PAPANDREOU Marie-France, Fondement du droit anglais des biens, Thèse Doctorat, Université de STRASBOURG, 1996, p. 643.

³ EDWARDS Richard & STOCKWELL Nigel, Trust and Equity, Pearson, 2011, p. 272.

⁴ H. G. HANBURY & J. E. MARTIN, Modern Equity, 15th ed., London, 1997, p. 503. Cf. CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 52 : " La réglementation en vigueur en la matière (Trustee Investments Act 1961) est assez précise. Elle fixe le cadre des investissements à taux fixe (narrower investments), des investissements à taux variable (wider-range investments). Les premiers (fixed interest investment) correspondent aux obligations et valeurs assimilées ; les seconds (equities) correspondent aux actions et valeurs assimilées."

⁵ ELLAND-GOLDSMITH Michael, Trust and its use in commercial and financial transactions, 1985, Int'l Bus. L. J. 945, p. 711. Cf. LEPAULLE Pierre, Traité théorique et pratique des trusts, Rousseau et Cie, Paris, 1932, p. 275, Cf. CUIF Pierre-François, Op. Cit, pp. 52 et 53 : " Le trustee doit dans tous les cas inscrire et désigner les biens en trust sous le nom même du trust. Il s'agit par exemple de qualifier un compte en banque de **compte en trust**. Cette mesure a pour effet accessoire de porter le trust à la connaissance des tiers. La loi interdit cependant cette publicité dans certains cas."

⁶ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 53.

⁷ LEPAULLE Pierre, Op. Cit, p. 677.

تعتبر المسؤولية الشخصية للمسير عنصرا أساسيا في مفهوم آلية ترست¹.

ثانيا: مسؤولية المسير على ذمة التسيير

حين يكون بإمكان المسير تعويض الخسائر التي لحقته، فبإمكان دائنيه أن يحلوا محله²، وفي هذه الحالة يكون بإمكانهم الرجوع على المسير شخصا لاستحقاق ديونهم دون اشتراط استحقاقها على حساب ذمة ترست، حيث أن مسؤولية المسير الشخصية في ترست تعد عنصرا أساسيا في مفهوم هذه الآلية الفريدة³.

الفرع الثاني

واجب الإخلاص وبذل العناية

على المسير أن يلتزم أسمى معايير النزاهة، ومعيارا مقبولا⁴ في الفعالية التجارية في إدارة أعمال ترست⁵.

أولا: واجب الإخلاص

على المسير أن يتصرف بإخلاص في تنفيذه للتسيير، وهذا مفاده أن المسير يعد مصدر كل كسب يحققه في تنفيذه لمهامه. وعليه أن يتجنب كل ما من شأنه أن يضعه في حالة تضارب المصالح بين واجباته كمسير ومصالحة الشخصية⁶. يطبق القانون الانجليزي هذه الالتزامات بصرامة شديدة، مادام بإمكان المسير الحصول على

¹ LEPAULLE Pierre, Op. Cit, p. 677 : " ... le comité de réforme du droit refuse que la responsabilité personnelle du trustee soit supprimée au profit de la règle selon laquelle les contrats lieraient directement les biens en trust."

² LEPAULLE Pierre, Op. Cit, p. 677.

³ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 53.

⁴ ليس هناك عناصر يمكنها تحديد درجة القبول، إلا أنه يمكن القول بما أن، من الشروط التي يجب توافرها في المسير أن يكون مهني محترف والمهني المحترف ملزم بتحقيق نتيجة.

⁵ H. G. HANBURY & J. E. MARTIN, Op. Cit, p. 469.

⁶ BERAUDO Jean-Paul, Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil, Verlag academy & finance, Genève, 2006, p. 9.

معلومات حساسة بمناسبة قيامه بالمهام المنوطة به كمسير¹، والتي قد يستغلها لمصلحه الشخصية، زيادة على ذلك يعتبر مسؤولا عن الكسب الذي يحققه بمناسبة التسيير، وهو الشيء الذي يعني أنه مسير لهذا الكسب، وملزم بتسليمه للمستفيد الذي له على هذا الكسب ملكية الإنصاف² (Equitable interest).

بمقتضى التقنية القانونية لترست، والتي مفادها أنه من أثرى بدون سبب شرعي، يقتضي أن يكون مسيرا للأموال التي بحوزته³.

على المسير أن يتجنب دخوله في حالة تضارب للمصالح، كوجوب امتناعه عن شراء أصل من أصول ترست، عرضها هو كمسير للبيع⁴.

ثانيا: واجب بذل العناية

كما على المسير أن يبذل العناية التي على رجل الأعمال أن يبذلها⁵، ومعيار بذل العناية لدى المسير المحترف عال⁶. يوجد مجموعة من القواعد تتعلق بمسؤولية المسير في القانون الانجليزي بصفته مستثمرا⁷، زيادة على مقاييس أخلاقيات المهنة التي يفرضها القانون الانجليزي على المسير المحترف الذي يمتن التسيير لحساب الغير⁸.

¹ EDWARDS Richard & STOCKWELL Nigel, Op. Cit, p. 210.

² H. G. HANBURY & J. E. MARTIN, Op. Cit, pp. 597 et s.

³ EDWARDS Richard & STOCKWELL Nigel, Op. Cit, p. 206.

⁴ H. G. HANBURY & J. E. MARTIN, Op. Cit, p. 580.

⁵ Ibid., p. 471.

⁶ Ibid., p. 472.

⁷ H. G. HANBURY & J. E. MARTIN, Op. Cit, p. 511.

⁸ ECHARD Antoine, Conflits d'intérêts et déontologie en droit boursier en France et en Grande-Bretagne, thèse Doctorat, Paris II, p. 175.

الفرع الثالث

الالتزام بتقديم المعلومات

على المسير تزويد المستفيد بكل الحسابات والمعلومات المتعلقة بتسييره¹، حيث أنه من واجبه وضع حسابات دقيقة ومُحَيَّنة، تحت تصرف المستفيد، كما يمكنه الحصول عليها بناء على طلبه، إذ بإمكانه معرفة مكونات ذمة ترست، في أي وقت أراد².

يسجل المسير القرارات التي اتخذها في سجل جرد خاص³.

المطلب الثالث

التزامات المسير في فيدوسية

إن المسير في عقد فيدوسية، مثله مثل باقي المسيرين في العقدين السابقين، تكون على عاتقه مجموعة من الالتزامات يحددها القانون الفرنسي، فهي متعددة نحصرها في التزام المسير بالمحافظة والتسيير وبتنفيذ العقد شخصيا ، وهي نوعان، النوع الأول يلتزم به المسير خلال تنفيذه للعقد، والنوع الثاني يلتزم به مع انقضاء العقد.

نتناول في هذا المطلب التزامات المسير خلال تنفيذ العقد (الفرع الأول)، والتزامات المسير مع انقضاء العقد (الفرع الثاني)، كما يلي:

¹ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 55.

² CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 55.

³ Ibid.

الفرع الأول

التزامات المسير خلال تنفيذ العقد

ونعدد هذه الالتزامات بناءً على ما جاء في قانون فيدوسية¹ ومشروعها المقدم لدى المجلس الشعبي الفرنسي²؛ المسير ملزم بالمحافظة والتسيير وتنفيذ العقد شخصياً، زيادة على واجبه في تقديم المعلومات وإعلام الغير بصفته، وانتهاءً بواجبه في القيام بالتصريحات الضريبية وإعداد الحسابات السنوية.

أولاً: التزام المسير بالمحافظة والتسيير وتنفيذ العقد شخصياً

نظراً لما للمال من أهمية عند الفرد والمجتمع، فالمسير زيادة على إلزامه بالمحافظة والتسيير لهذه الذمة، فهو ملزم بتنفيذ العقد شخصياً.

أ- التزام المسير بالمحافظة والتسيير

إن المبدأ الذي جاءت به المادة 2025، والذي يفيد أنه لا يمكن للدائنين أن يحجزوا على ذمة فيدوسية، إلا إذا كانت هذه الأخيرة قد نشأت بمناسبة المحافظة، أو تسيير هذه الذمة³. إن هاتين الحالتين تعطيان للدائنين حق الحجز على ذمة فيدوسية، الأمر الذي يعطي قطعاً بعداً اقتصادياً قوياً لهذا الأمر.

الشيء الذي يتعلق بالمفهوم اللامادي للتسيير، والذي من شأنه تنمية الأموال أو الحقوق المعنية، وينطبق أيضاً على المفهوم المادي للمحافظة الذي لا يجب أن يختزل في الإبقاء على الذمة فقط⁴ بمفهوم الوديعة، الفكرة ليست وليدة الأمس، لأن محكمة

¹ Loi N° 2007-211 du 19/02/2007 instituant la fiducie.

² DE RICHEMONT Henri, RAPPORT N° 11 du 11/11/2006, Sénat, p. 40.

³ DE ROUX Xavier, Op. Cit, p. 50.

⁴ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 402.

النقض الفرنسية¹ قررت أن يشمل الحفظ التدخلات التي بدونها يفقد الشيء تحقيق مقصده².

أشار مقرر مشروع القانون لدى مجلس الشيوخ، أنه يجب عدم التقيد بالمعاني الضيقة للمصطلحين وإعطاء أوسع المعاني لهما. ويذهب الفقه إلى أبعد من ذلك، إذ يربط التزام المحافظة والتسيير بالالتزام بالإعادة في نهاية العقد، والذي يعتبره التزاما بتحقيق نتيجة³، الأمر الذي يفيد أنه لا يمكن فصل المحافظة عن التسيير⁴.

إذا كان يصعب تحديد شدة الالتزام لتنمية ذمة فيدوسية، فالأمر يختلف بالنسبة لبعض الأعمال التي يتطلبها التسيير، إذ لا يكون المسير ملزما إلا ببذل العناية حين يتعلق الالتزام بالأمر العادية غير التقنية⁵، أما إذا تعلق الأمر بالالتزام التقني، فيكون المسير ملزما بتحقيق نتيجة⁶.

يتمتع المسير باستقلالية كبيرة وسلطة واسعة في تأدية نشاطه، وعليه تعتبر الاجتهادات القضائية أن مسؤولية المسير يجب أن تقوم على أساس الاعتبارين معا⁷،

¹ DE ROUX Xavier, Op. Cit, p. 50.

² PONS-BRUNETTI Clotilde, L'obligation de conservation en droit civil français, Thèse de Doctorat, Paris II, 1992, p. 24 et p. 338.

³ PONS-BRUNETTI Clotilde, Op. Cit, p. 338 : " L'obligation de restitution, qui est de résultat, détient quelque peu sur le régime de l'obligation de conservation. N'étant au départ qu'une obligation de moyens, cette dernière obligation devient une obligation de résultat."

⁴ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 403.

⁵ Civ.1, 22 mars 1977, D. 1977, I.R, p. 410, note P. Julien, Bull. civ. I, n° 145, p. 112.

⁶ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 403.

⁷ Civ.1, 22 mars 1977, Op. Cit : " il appartenait aux juges du fond d'apprécier l'ensemble des opérations traitées par la banque sans s'attacher uniquement à l'une d'entre elles... Mais attendu que l'intervention de la banque, spontanément ou non, l'obligeait à apporter dans l'exécution des opérations qu'elle a effectuées le soin que l'on peut attendre normalement d'un professionnel avisé ; que si pour tous les actes comportant un aléa sa gestion devait être appréciée d'après son résultat global, il fallait faire exception pour les opérations dont le dénouement relevait de la pure technique et qui, en cas d'erreur, engageaient la responsabilité de l'intermédiaire sans qu'il y ait lieu de prendre en considération les autres opérations qu'il avait traitées..."

يجب الاكتفاء بالبحث عما إذا حقق المسير النتيجة المحددة فقط. ولكن البحث عما إذا لم يرتكب خطأ في التسيير، أي أن يبذل من العناية ما يغنيه عن تحقق الخطأ. والعبرة بالنتيجة النهائية لا الجزئية التي يبلغها المسير خلال مشواره في التسيير¹، إذ يتضمن المبدأ حين يتعلق التسيير بعملية واحدة لا يمكن عزل جزئيتها عن بعضها البعض، إذ يعتبر من الطبيعي أن الجزئية التي حققت ربها تغطي عن تلك التي سببت خسارة، بما أن الجزئيتين تم تنفيذهما في عملية واحدة².

لما كان مجرد ارتكاب المسير للخطأ يؤدي إلى ثبوت مسؤوليته، أو مجرد غياب الخطأ يعني براءته من المسؤولية، فإنه من اللازم تحديد مرجعية المعيار الذي يسمح بتقييم تصرف المسير بدقة، فالتقييم النهائي "in abstracto" يعتبر هو القاعدة في العلاقة العقدية³، إذ أن مرجعية المعيار هي الرجل الحريص⁴.

1- معيار المسير الحسن بوجه عام

إن طبيعة نشاط المسير احتمالية، لذلك يستحب إلزامه ببذل العناية، أوفي أحوال أخرى ببذل العناية المشددة، غير أنه إذا كان عنصر الاحتمالية أساسيا في تحديد شدة الالتزام، إلا أنه ليس الوحيد، إذ يجب الأخذ بعين الاعتبار الدور السلبي للمدين في

¹ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 404.

² Paris (3° ch. A.), 11 janvier 1994, J.C.P. éd. E. pan. n° 463 : " Les clients de la société de gestionnaire de portefeuille ne sont pas fondés à être indemnisés de la perte subie dans une opération boursière en l'isolant des autres opérations bénéficiaires concernant la gestion de leur portefeuille et à obtenir une sécurité de leurs placements qui ne correspond pas au mode de gestion convenu. L'opération boursière convenue portait sur un warrant japonais dont l'une des composantes, le bon de souscription, comportait un risque et une chance de plus- value élevée et l'autre composante, l'obligation, ne comportait aucun risque. Il a été refusé au client l'indemnisation résultant des seules pertes entraînées par la gestion des bons de souscription."

³ DEJEAN DE LA BÂTIE Noël, Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français, L.G.D.J, 1965, p. 64.

⁴ DEJEAN DE LA BÂTIE Noël, Op. Cit, p. 67.

الالتزام وصفة الاحترافية للدائن¹. إذا أسقطنا هذا على عقد فيديوسية، فالدقة تكتسي أهمية خاصة، إذ يكون المسير في أغلب الأوقات مهنيًا محترفًا، يلعب الدائن في عملية التسيير دورًا سلبيًا، مهما كانت صفة المهني المحترف، وعلى العموم معرفته أو تخصصه لا يتدخل في عملية التسيير بما أنه سلبي. وعليه فمسؤولية المسير مقدرة بدقة زيادة على ذلك، على المسير في إتمام مهامه، القيام بمجموعة من التصرفات من شأنها تنمية الأموال المعهودة إليه، وعلى المسير السهر على فعالية وانتظام أفعال الاستغلال التي أتمها مع الغير، لا سيما أن يتوخى جميع شروط الفعالية المتوافرة في التصرف الذي من شأنه أن يدر أرباحًا. وكما تم التطرق إليه آنفاً، فإن تحليل عنصر الفعالية للتصرف لصالح الغير، هو أقرب إلى الالتزام بتحقيق نتيجة، كما يجب الإشارة إلى تشدد الاجتهادات القضائية التي تثبت مسؤولية مسير للعقارات الذي لا يتأكد من يسر المستأجر الذي يتعاقد معه².

1.1- معيار المسير الحسن في قانون البورصة

لا يعد التسيير على مستوى أسواق البورصة أمراً احتمالياً، بل بالعكس، يكون الهدف منه هو تحديد الآثار الاحتمالية وعليه فمعيار المسير الحسن في قانون البورصة هو المهني المحترف.

1.1.1- التسيير الذي من شأنه الحد من آثار الاحتمالية

1.1.1.1- تسيير الاحتمالية: السؤال الذي يطرح هو: هل من شأن

تأرجح السوق المالي بما أنه احتمالي، منع المسير من أي تحكم في قيمة الأصول المعهودة إليه؟

بناءً على هذا التساؤل هناك ثابتان، يمكن الرجوع إليهما في كل مرة قصد استخراج النتيجة، الأول مفاده أن المسير لا يمكنه السيطرة تماماً على احتمالية القيم

¹ PETEL Philippe, Le contrat de mandat, Thèse de doctorat, MONTPELLIER, 1987, p. 109.

² PETEL Philippe, Op. Cit, p. 101.

المنقولة. لأجل ذلك لا يمكن أن يُلزم بتحقيق نتيجة، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بقرارها المتضمن أن مسير حافظة القيم المنقولة لم يكن ملزماً بتحقيق نتيجة في بحثه عن قيمة مضافة لموكله¹، والثاني أن القانون أوجب على شركات التسيير أن تمارس نشاطاتها بوفاء وإخلاص ومهنية². لذلك تهدف الفائدة من تسيير العناصر المالية إلى الحد من آثار تأرجح البورصة من خلال بيع القيم التي مؤشرها تنازلي وشراء القيم التي مؤشراتها تصاعدية، وعليه يكون نشاط المسير غير احتمالي، بل يتوقف على التحكم في آثار الاحتمالية.

2.1.1.1- التحكم في الاحتمالية: يمكن التحكم في احتمالية البورصة

بطريقة معينة، هناك بالفعل طرق للتحكم في المخاطر؛ وهي طرق مبتكرة تدرس بناءً على التطور الذي وصل إليه الفكر المالي العلمي منذ خمسين عاماً³ لتسيير الشؤون المالية من خلال وسائل مسموح بها، إذ توجد نماذج إحصائية تمكن من الحصول على فكرة موضوعية عن تسييرها⁴. تقوم هذه الوسيلة بمقارنة ومقاربة الأصول التي حققت أداء مماثلاً، وأخذت بعين الاعتبار مخاطر التسيير للوصول إلى النتيجة الكمية نفسها، فعنصر التمييز إذن هي الخاطرة التي أخذها المسير، والذي كان قد استخلصه من خلال الطرق وتقنيات التسيير التي تكررت عبر الزمن، والتي يمكن تقييمها إحصائياً. وفي الأخير، فإن طريقة التقييم هذه تختلف من مسير إلى آخر، لأنهم لا يأخذون المخاطر نفسها للوصول إلى النتائج نفسها. لذلك فإن التحكم في المخاطر من قبل المسيرين على مستوى أسواق البورصة اليوم، يخضع لطرق محددة لذلك يعد

¹ Civ.1, 22 mars 1977, Op. Cit, et Paris (3° ch. A.), 23 septembre 1997, B. Joly bourse et prod. Fin., 1998, p. 15.

² Article L533-1 du code monétaire et financier : " Les prestataires de services d'investissement agissent d'une manière honnête, loyale et professionnelle, qui favorise l'intégrité du marché."

³ HIRIGOYEN Gérard, Brève histoire de la pensée financière scientifique. Collection Histoire, Gestion, Organisations, Histoire, Gestion et Management, 1992, p. 15.

⁴ PONCET Patrice, La théorie moderne du portefeuille, Que sais-je, P.U.F, 1998, p. 29.

منطقيا أن يعتبر الاجتهاد القضائي معيار المسير، هو الاحترافية المبنية على المنطق¹.

على المسير أن يبرر اختياراته في التسيير، لأن اختيار طريقة التسيير هي التي تحدد حجم الخطر المتخذ. وقد أصبحت طريقة التحكم في المخاطر أكثر موضوعية حيث تقارن النتائج المتحصل عليها من قبل المسير، بتلك المتحصل عليها من قبل مسيرين آخرين في نفس النشاط، إذ قررت محكمة الاستئناف بباريس أن فعالية الأداء للمسير الحريص تحتسب بناءً على معدل فعاليات الأداء التي توصل إليها أغلبية المسيرين المماثلين دون أن يشترط في فعالية المسير المعني أن تكون نفسها بالنسبة لباقي المسيرين²، إذ يُمكن معدل النتائج المسجلة من قبل مختلف المسيرين من تكوين قاعدة بيانية ومعلوماتية من شأنها تقييم النتائج التي كان يجب أن يصل إليها المسير، لذلك لم يعد التقييم يبنى على الخطأ وإنما على النتائج، وعليه فوصول المسير إلى نتائج أقل من المعدل الذي قورن به ليس إلا مؤشرا من شأنه تقييم سلوك المسير الحريص، كما يمكن لهذا المؤشر أن يحدد مدى التسيير المطلوب في المحافظة على قيمة الأموال المعهودة والحصول على قيمة مضافة محسوبة، وفي حالة العكس، فما على المسير إلا أن يثبت أن الانخفاض في القيمة ليس نتيجة خطئه³.

2.1.1- معيار المهني المحترف

المعيار الذي يسمح بتقييم مدى بذل عناية المسير بالنسبة للقيم المنقولة لا يجب

¹ Paris (15° ch. B), 12 Avril 1996, J.C.P 1996 II 22705 : " la faute du gestionnaire a consisté en un manque de logique dans la gestion... "

² GERMAIN M. et FRISON-ROCHE M.-A., Revue de droit bancaire et de la bourse, Juillet-Août 1998, pp 146-148 : " n'est pas responsable des pertes subies par le gestionnaire, même si la performance a été sensiblement inférieure à ce que a été réalisé par la plupart des professionnels, dès l'instant que le rendement a été équivalent au rendement moyen des capitaux placés et comptes à terme ou bons de caisse. "

³ Paris, 15° ch. Sect. A, 16 mars 1999, Bull. Joly bourse et prod. 1999, p. 362.

أن يكون معيار الرجل الحريص، وإنما المستثمر الحذر أي المهني المحترف¹. إذن الطريقة معلومة وتبررها الفكرة التي مفادها أن بذل العناية المطلوب من المسير لا تقوم على أساس تجريدي، إذ أن مرجعية الاختيار يجب أن تأخذ بعين الاعتبار بعض الظروف الواقعية². فإذا تعلق الأمر بمهني، فنوعية أدائه هي العنصر الذي يحدد مدى مسؤوليته. تفسر الطريقة كذلك بسبب آخر، حيث أن معيار تقييم بذل عناية المسير يحدد بمستوى استثماره لا بمستوى حذر رجل الأعمال العادي، إذ عليه أن ينوع استثماراته تجاوبا مع متطلبات العولمة التصاعدية للاقتصاد وأسواق المال³. إن التنوع الاستثماري المطلوب يتعلق بأسواق المال والعقارات على حد سواء في مناطق جغرافية مختلفة، حيث تعتبر طريقة تنويع الاستثمارات القاعدة لبعض أنواع التسيير، كتلك التي تتعلق بهيئات الاستثمار المشتركة للقيم المنقولة التي تخضع للقواعد الاحترازية على الأصول⁴. وعلى العموم تعتبر الطريقة الرئيسية التي يجب على المسير اعتمادها للتحكم في احتمالية البورصة⁵.

يمكن الاستخلاص من معيار المستثمر الحذر، أن حذر المستثمر غير كاف، بل يجب أن ينوع استثماراته، زيادة على أن الحذر يؤدي إلى اللجوء للوسائل التقنية

¹ Civ.1, 22 mars 1977, Op. Cit, B.I. N° 143 : " Mais attendu que l'intervention de la banque...l'obligeait à apporter dans l'exécution des opérations qu'elle a effectuées le soin que l'on peut attendre normalement d'un professionnel avisé..."

² DEJEAN DE LA BÂTIE Noël, Op. Cit, p. 60.

³ WATERS D. W. M., The Institution of the trust in civil and common law, Académie de droit international, Recueil des cours, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 410: " La diversification est l'essence même de la protection et de la maîtrise des risques des fonds d'investissement."

⁴ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 409 : " Pour l'épargnant qui désire investir en actions ou en obligations, l'intérêt des sociétés d'investissement en valeurs mobilières est de lui permettre d'avoir, au lieu de quelques titres, une fraction d'un portefeuille diversifié, organisé et suivi par des spécialistes. Il bénéficie d'une répartition des risques mais aussi d'une gestion active sur le respect des règles prudentielles."

⁵ Ibid., p. 409.

المتطورة واعتماد الاستمرارية في تنفيذ المهام على مدار الأربعة وعشرين ساعة، دون انقطاع¹.

وفي النهاية، يتميز المسير عن مدير الشركة ليس بكونه لا يخطر، بل يجب عليه أن يحد من المخاطر ويتنبأ بها. ولهذا السبب ميز القضاء الانجليزي بين مدير الشركة والمسير اللذين كانا في الأصل شخصا واحدا لأسباب تقنية قانونية²

ب- التزام المسير بتنفيذ العقد شخصيا

المسير ملزم في فيدوسية بتنفيذ العقد شخصيا مع بذله العناية اللازمة في ذلك، متوخيا أسباب الإخلاص، وإلا كان مسؤولا عن كل غش و/أو خطأ يكون قد ارتكبه.

1- تنفيذ العقد شخصيا

جاء في اقتراح مشروع قانون فيدوسية أن المسير ملزم بتنفيذ العقد شخصيا³، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يلجأ المسير في بعض الأمور التقنية إلى من هو أكثر كفاءة منه، بشرط أن يتم ذلك كتابيا⁴، ويجب أن يبقى الأشخاص الذين حلوا محل المسير تحت مراقبته وتحت مسؤوليته، بحيث يكون بإمكان المؤسس أو المستفيد الرجوع مباشرة على الشخص الذي تعاقد معه المسير، دون أن يكون ذلك مانعا في الرجوع على المسير كذلك⁵.

¹ WATERS D. W. M., Op. Cit, p. 410.

² TUNC André, Le droit anglais des sociétés anonymes, 4° éd., Economica, 1997, p. 164.

³ BARRIERE François, Op. Cit, p. 453, Cf., DE RICHEMONT Henri, Op. Cit, pp. 23 et 40.

⁴ BARRIERE François, Op. Cit, 441, Cf., DE RICHEMONT Henri, Op. Cit, p. 40.

⁵ DE RICHEMONT Henri, Op. Cit, p. 40.

2- التزام المسير ببذل العناية والإخلاص

يجب على المسير على غرار الوكيل، قبول أو رفض المهام الموكلة إليه دون أن يكون له سلطة حقيقية في مناقشة طبيعة ومحتوى العقد، إلا ما تعلق منها بأساليب تدخله وأجرته¹.

لكن بعد إتمام العقد يلتزم المسير بممارسة صلاحيته باذلا العناية اللازمة وبإخلاص².

1.2- التزام المسير ببذل العناية

إن المهام الموكلة للمسير بمقتضى العقد، لا تفرض عليه تنفيذ التزاماته فقط، وإنما تفرض عليه أن يفعل ذلك ببذل العناية اللازمة، زيادة على ذلك يلتزم المسير باتخاذ التصرف اللائق من خلال تكييفه حسب الظروف³، إذ يستوجب على المسير تنفيذ التزاماته بالسرعة المطلوبة التي تتطلبها طبيعة العمل، خصوصا حين يتسبب التأخر في إنجازهم بضرر للمؤسس و/أو للمستفيد، كما يفترض في التزام المسير ببذل العناية أن يكون مفعما بالحيوية والنشاط والمثابرة في مواجهته لموانع من شأنها إعاقة تنفيذ مهامه، إضافة إلى اقتضاء هذا الالتزام أن يكون المسير حذرا في تنفيذ التزاماته.

2.2- التزام المسير بالإخلاص

مبدئيا يجب على المسير تفادي كل ما من شأنه الدخول في تضارب للمصالح، وفي المقابل يمكن اعتماد شرط صريح في فيديو سية يسمح للمسير في حالات مذكورة، يمكنه فيها القيام بمهامه كأب أسرة⁴ رغم تضارب المصالح، إلا أن هذا الاستثناء لا

¹ BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. Cit, p. 65.

² DE RICHEMONT Henri, Op. Cit, pp. 24 et 40.

³ Aubry et Rau, Op. Cit : "Celui qui l'accepte et qui l'exécute doit s'en tenir exactement à ce qui est prescrit."

⁴ DE RICHEMONT Henri, Op. Cit, p. 24.

يمكن أن يرد على المادة 1596 من القانون المدني¹، الأمر الذي يفيد أنه لا يسمح لولي المؤسس، ولا للوكيل المكلف ببيع أصل من أصول فيدوسية، أن يكون مسيراً².

3- مسؤولية المسير

إن نظام مسؤولية المسير تجاه المؤسس مفادها أن المسير مسؤول عن الغش الذي يمكن أن يرتكبه، وعن كل الأخطاء التي يرتكبها خلال تنفيذه لعقد فيدوسية³.

إلا أن هذه المسؤولية يستفيد فيها المسير من الظروف المخففة، حين يقوم بهذه المهام مجاناً، مع العلم أن هذه التدابير مأخوذة من المادة 1992⁴ للقانون المدني والمتعلقة بمسؤولية الموكل⁵.

في حالة ما إذا أخل المسير بالتزاماته، أو جعل الأموال التي بحوزته في خطر، أو كان في إحدى حالات الإكراه المنصوص عليها في المادة 2067⁶ من القانون المدني، فعلى المؤسس أو المستفيد رفع دعوى قضائية ضده⁷.

¹ C.Civ., Article 1596 : "Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées :

- Les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ;
- Les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ;
- Les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins ;
- Les officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère ;
- Les fiduciaires, des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire."

² DE RICHEMONT Henri, Op. Cit, p. 40.

³ Ibid., p. 41.

⁴ C.Civ., Article 1992 : "Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire."

⁵ DE RICHEMONT Henri, Op. Cit, p. 41.

⁶ C.Civ., Article 2067 : "La contrainte par le corps, dans le cas même où elle est autorisée par la loi, ne peut être appliquée qu'en vertu d'un jugement." (Article abrogé le 01/09/2011.)

⁷ DE RICHEMONT Henri, Op. Cit, p. 41.

لم يشر المشرع الفرنسي إلى مسؤولية المسير تجاه الغير، كما أننا نعلم جليا أن المسير لا يمثل، لا المؤسس ولا المستفيد في عقد فيدوسية، إذ لا يمثل إلا شخصه، وعليه فمسؤولية المسير في هذا المقام مسؤولية مدنية تنظمها نصوص القواعد العامة.

ثانيا: التزام المسير بتقديم المعلومات

ينص قانون فيدوسية¹ على أن العقد يحدد الشروط التي يقدم فيها المسير المعلومات للمؤسس عن مهامه، كما تنظم هذه المادة كيفيات إعلام الأطراف المختلفة لعقد فيدوسية. بما أن المسير يوجد في وضعية الالتزام بفعل تجاه المؤسس والمستفيد، فمن المهم جدا أن يحصل هؤلاء على كل المعلومات الممكنة فيما يخص كيفية تنفيذ العقد².

تختلف كيفيات إعلام المستفيد والمراقب عن تلك الخاصة بالمؤسس، إذ يحدد العقد ذلك بالنسبة للمؤسس، سواء تعلق الأمر بكيفيات الإعلام، أو بالفترات التي يجب تقديمها فيه، أما فيما يخص المراقب والمستفيد فيمكنهما كذلك الحصول على المعلومات من المسير بنفس الطريقة مع اختلاف طفيف، بناءً على طلبهما، ترك تحديد المعلومات الخاصة بتنفيذ العقد والفترات التي يجب تقديمها فيه للأطراف على غرار ما هو محدد في النصوص الخاصة بالوكالة سيما المادة 1993³، وهذا يفيد أن تقديم المعلومات في هذا المقام يراد به أن تكون وثيقة للمراقبة القبلية لا اللاحقة⁴.

إن المادة 2022 من قانون فيدوسية تنص على: "يحدد عقد فيدوسية الشروط التي على أساسها يقوم المسير بإعلام المؤسس عن مهامه. يعلم المسير كلا من المستفيد والغير المعين طبقا للمادة 2017، بناءً على طلب، حسب الفترات المحددة في العقد."

¹ C.Civ., Article 2022.

² DE ROUX Xavier, Op. Cit, p. 47.

³ DE RICHEMONT Henri, Op. Cit, p. 41.

⁴ BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. Cit, p. 71.

وبالرجوع إلى المادة 2027 من قانون فيديوسية التي تنص على: "إذا أخل المسير بواجباته أو عرض المصالح المعهودة إليه للهلاك، يمكن للمؤسس، المستفيد أو الغير المعين طبقاً للمادة 2017 أن يطلب من العدالة تعيين مسير مؤقت أو تغيير المسير. يعد القرار القضائي الذي يصدر تبعاً للطلب، إنهاءً لمهام المسير بقوة القانون".

تبعاً للمادتين السالفتين، ليس واضحاً ما إذا كان تقديم المعلومات واجباً أو التزاماً، وما إذا كان هناك فرق في هذا المقام بين الواجب والالتزام. من أجل ذلك يجب الرجوع إلى الاجتهادات القضائية، إذ أن محكمة النقض الفرنسية تستعمل المصطلحين، واجب أو التزام دون تمييز، إذ تذكر في قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى لدى محكمة النقض بتاريخ 1985/10/30: "أن الوكيل ملزم بتقديم المعلومات وتقديم النصح اتجاه موكله".¹

في تاريخ 1989/04/18 تقوم نفس الغرفة بملاحظة: "إخلال الوكيل بواجب تقديم النصح".²

في الواقع يختلط الواجب بالالتزام، حتى أن التعاريف الاصطلاحية تقترب من بعضها البعض، إلا أن الواجب هو مرادف للالتزام بالمعنى الغامض الذي يعين كل ما على الشخص فعله أو عدم فعله، أما الالتزام فهو نتيجة لواجب مصدره القانون؛ وعليه، الفارق الوحيد بين المفهومين هو الطبيعة الخاصة لكل مفهوم.³

¹ Civ. 1, 30 octobre 1985 - Bull. civ., 1985, I, n° 277. Cf. Civ. 3, 28 septembre 2011 - Pourvoi n° 10-10.162 : " Qu'en statuant ainsi, après avoir relevé que Mme X... avait conféré à son mandataire, professionnel, un mandat général de gestion, faisant obligation au mandataire de renseigner le mandant sur les règles d'ordre public de fixation du fermage et de l'informer quant aux conditions de mise en conformité du bail ".

² Civ. 1, 18 avril 1989 - Bull. civ., 1989, I, n° 150. Cf. Civ. 2, 7 juillet 2011 - Pourvoi n° 10-21.719 : " Qu'en statuant ainsi, alors que, d'une part, M. Z..., mandataire d'une société de courtage, exerçait une activité d'intermédiaire en assurance, et était, à ce titre, personnellement tenu envers ses clients d'un devoir d'information et de conseil (...) ".

³ GILSON-MAES Anne, Mandat et responsabilité civile, Thèse de Doctorat,

لكن الفقه يفرق صراحة بين الالتزام والواجب، لذلك سنتطرق لمحتوى كل مفهوم؛ في كتابه النظرية العامة للمقاييس، جعل الفقيه كلسن (KELSEN) من المقياس الأخلاقي والمقياس القانوني أضداداً، إذ أنه لا يعد المقياس قانونياً إلا إذا حكم سلوك الآخرين من خلال تسليط عقوبة إجبارية، أما المقياس الأخلاقي فهو أعم، ولا يكون مرفقاً بعقاب، بصفة آلية.

وقد عرف فقيه¹ آخر الالتزام بناءً على هذه التفرقة، بأنه وظيفة معيارية أساسية (Fonction normative essentielle)، أي الوظيفة التي يمكن من خلالها فرض سلوك معين على شخص معين، على عكس الواجب الذي يفرض بصفة عامة على سلوك الغير. ومن هذا المنطلق يتبين أن الواجب يطبق بشكل ثابت على الجميع دون تشخيص، أما الالتزام فيحلل بحسب الأشخاص التي تكونه، لذلك تعتبر موضوعية الواجب تتعكس وذاتية الالتزام؛ بمعنى آخر، يعتبر الالتزام واجباً مظلوماً²، بطريقة أخرى يمكن القول أن احتمالية الواجب عكس موضوعية الالتزام، كما يبقى تحول الواجب إلى التزام أمراً احتمالياً، إذ يجب أن تجتمع الظروف المنشئة له؛ وهي الفكرة التي تبلورها المادة 1382³، والتي مفادها لا تكن سببا في ضرر الغير، والتي هي واجب؛ والتعويض عن الضرر لن يكون التزاماً إلا إذا اجتمعت كل ظروف الضرر، وعليه يمكن تعريف الواجب بأنه: "تلك القواعد المستمدة من القانون، وعناصرها دائمة"⁴، والالتزام، بأنه: "الجانب السلبي للرابط القانوني بين شخص أو عدة أشخاص"⁵.

Université de REIMS, 2013, p. 180.

¹ AGLO John, Normes et symbole : Les fondements philosophiques de l'obligation, L'Harmattan, coll. La philosophie en commun, 1998, pp. 144 et s.

² GILSON-MAES Anne, Op. Cit, p. 181.

³ C.Civ., article 1382 : " Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. "

⁴ Vocabulaire juridique - Association Henri CAPITANT, sous la direction G. CORNU, avant-propos de Philippe MALINVAUD, P.U.F., coll. Quadriga, 2011.

⁵ Ibid.

وعليه، إذا كان واجب الإعلام يطبق على كل متعاقد، فالمسير ملزم بتقديم المعلومات بحيث يكون محتوى الالتزام أو طبيعته القانونية محافظا على توازن علاقة الأطراف. من هذا المنطلق، تكون قواعد تقديم المعلومات بمثابة وسيلة لتحديد مدى احترافية فيدوسية، وما ينتج عن الطبيعة القانونية للعقد، مما يبرر تشدد القضاء بالنسبة لهؤلاء المسيرين الذين تتوافر لديهم مهارات ومعارف خاصة. بمعنى آخر: إن محتوى المعلومات المقدمة يكون بنفس مستوى المسير أي احترافيته من عدمها، متمخضا عن تنفيذ عقد فيدوسية عدة التزامات بتقديم المعلومات على عاتق المسير، والالتزام المشترك لكل طرف مقابل للمسير، والتي تفرض عليه تقديم كل معلومة من شأنها أن تفيد المؤسس على غرار ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 1993¹ من القانون المدني في شأن الوكالة حيث تنص على: "كل وكيل ملزم بتقديم المعلومات عن تسييره".

أ- التباين في مستوى المعلومات المقدمة

جاء في النظرية العامة للإعلام² أن مصطلح الإعلام مصطلح عام، إذ تستعمل الاجتهادات القضائية مصطلحات عدة نذكر منها على وجه الخصوص: الالتزام بالتنبيه، الالتزام بالتحذير، حيث أنها تشترك كلها في أن على من يحصل على معلومة أن ينقلها إلى علم الطرف الآخر. استعملت محكمة النقض الفرنسية مصطلح معلومات "Renseignement" والنصح "Conseil"³ مما لا شك فيه أن المصطلحين ليسا مترادفين لأنهما لا يؤديان المعنى نفسه حتى في المضمون العام، فبينما تصف المعلومة الأمر الذي يتم نقله إلى الشخص، فالنصح هو الفكرة المقدمة للشخص على

¹ C.Civ., article 1993 : " Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant. "

² GILSON-MAES Anne, Op. Cit, p. 182.

³ Ibid.

ما يجب فعله بمدلول أدق؛ فالأولى، أي المعلومة تكون موضوعية، خاما وموحدة؛ وأما الثانية، تكون ذاتية فريدة وموجهة.

إن الالتزام بتقديم النصح أشد من الالتزام بتقديم المعلومات، إذ زيادة على حجم المعلومات التقنية المقدمة في الالتزام بتقديم المعلومات، هناك تقييم نوعي لعناصر المعلومات، بمعنى تنوير المعني بها حول الخيارات المتاحة، وعواقب كل قرار يتخذ في هذا الشأن¹، بمعنى اصطلاحي صرف: ينتظر الدائن في الالتزام بالنصح من المدين أن يوجهه إلى الطريق؛ إذ لا يكتفي المدين بسرد الأحداث، بل يجب عليه أن يظهر للدائن عواقب تصرفاته ولو جزئيا². إنها المعلومة الأوفر عناصر التي يصبو إليها؛ بحيث تتعدى إطار التعليمات التي تلقاها المدين.

مثال: يجب على المحامي، مهما كانت التعليمات التي تلقاها، أن ينصح موكله فيما يخص مدى وسائل الدفاع التي بحوزته ويشير عليه بما يجب فعله³. عمليا، واجب النصح لا يجب على المسير المحترف فقط، وإنما يجب على كل مهني محترف مهما كان مجال نشاطه، كما هو الحال في عقد المقاول⁴، وبصفة عامة في كل علاقة عقدية قد يصيبها خلل بسبب عدم تقديم النصح⁵.

وعليه، يختلف واجب النصح عن واجب الإعلام في المحتوى فقط، أي درجة المعلومة المقدمة⁶، حيث تعد الأولى الحث على⁷، والجمع بين المعلومة الخام والهدف

¹ FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information dans les contrats: Essai d'une théorie, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 385.

² GHESTIN Jacques, Traité de droit des obligations – Les obligations : le contrat, formation, Tome 2, L.G.D.J, 1988, p. 374.

³ Civ. 1, 9 mai 1996 - Bull. civ., 1996, I, n° 191.

⁴ Civ. 1, 25 novembre 2003 - Bull. civ., 2003, I, n° 235.

⁵ GILSON-MAES Anne, Op. Cit, p. 183.

⁶ FABRE-MAGNAN Muriel, Op. Cit, p. 385.

⁷ SAVATIER René, Les contrats de conseil professionnel en droit privé, D., 1972, chrono. pp. 137 et s.

والهدف المسطر من قبل الدائن للالتزام بتقديم المعلومات¹. أما الثانية فليست إلا حدثا خاما²، موضوعيا³.

إن الاجتهاد القضائي أكثر تشددا، إذ على المسير- حسب - حتى لا تثبت مسؤوليته أن يلتزم بالنصح إذا كان مهنيا محترفا، ويلتزم بتقديم المعلومات إذا كان مبتدئا⁴.

على الخصوص، نص المشرع الفرنسي في بعض العقود الخاصة على الصفات الواجب توافرها في المهني المحترف، لا سيما العقد الذي يربط المحامي بموكله، بما أن للمحامي صفة المسير في فيدوسية أيضا⁵، فإن المادة 412⁶ من قانون الإجراءات الإجرائات المدنية تنص على: "إن مهمة المساعدة القضائية تحتوى على عنصري السلطة وواجب النصح للموكل وتمثيله في الدفاع دون إلزامه"، الأمر الذي يفيد أن النصح عنصر أساسي⁷ في مهمة المحامي، على الرغم من ذلك، فإن الاجتهادات القضائية هي التي كرست الالتزام بالنصح بالنسبة للمهنيين المحترفين⁸، مثل الموثق حيث ثبت في حقه منذ نهاية القرن التاسع عشر واجب النصح⁹. في قرار صادر عن

¹ FABRE-MAGNAN Muriel, Op. Cit, p. 389.

² Ibid., p. 389.

³ SAVATIER René, Op. Cit, p. 137.

⁴ FABRE-MAGNAN Muriel, Op. Cit, pp. 385 et 386.

⁵ ADER H., DAMIEN A., Règles de la profession d'avocat, avec la collaboration de S. BIGOT DE LA TOUANNE, Dalloz, coll. Dalloz action, 3ème éd., 2011-2012, pp. 753 et s.

⁶ C.P.C., article 412 : " La mission d'assistance en justice emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger. "

⁷ GILSON-MAES Anne, Op. Cit, p. 184.

⁸ GILSON-MAES Anne, Op. Cit, p. 184 : " Plus généralement, il faut souligner que cette obligation de conseil a été étendue à la plupart des cocontractants professionnels, mandataire, intermédiaire, gérant pour autrui ou autre."

⁹ DE POULPIQUET Jeanne, La responsabilité civile et disciplinaire des notaires notaires : de l'influence de la profession sur les mécanismes de la responsabilité, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 136, 1974, Cf. DE POULPIQUET Jeanne, La responsabilité des notaires : civile, disciplinaire, pénale, Dalloz, coll. Dalloz référence, 2ème édition, 2009.

الغرفة المدنية لمحكمة النقض بتاريخ 1872/10/04 أثبتت مسؤولية الموثق الذي كان على علم بحالة البائع، ولم يقدم للمشتري الفلاح الأمي إلا معلومات سطحية لا تمكنه من معرفة حالة البائع¹. لم يتغير الأمر منذ ذلك التاريخ بدليل أنه في قرار صادر عن غرفة الالتماس بتاريخ 1890/01/22، يثبت مسؤوليته: " للموثق المعهود إليه [...] من مهامه أيضا تنوير زبائنه عن عواقب التزاماتهم وأن يبادر بتقديم البدائل لهم بسبب نقص تجربتهم."².

هناك حالة أخرى يعبر عنها قرار صادر عن الغرفة الأولى لمحكمة النقض التي تعاقب فيه محكمة الاستئناف بسبب إعفاء موثق من مسؤوليته: "دون تقديم العناصر التي بموجبها يكون الموثق قد أتم التزامه بالنصح من خلال تنوير المشتري بالمخاطر التي تترصده بإمضائه للعقد نظرا لتعقد الحالة القانونية."³، ونختم بقرار صادر عن المجلس سنة 2007 والذي جاء فيه: "نظرا لاحترافية الموثق، الذي كان عليه إعلام وتنوير الأطراف عن الآثار الجبائية للعقود التي حررها، لا يمكن إعفاؤه من واجبه بالنصح للزبون بسبب احترافيته."⁴، موازاة لذلك، فُرضَ على المهنيين المحترفين الآخرين الالتزام بالنصح لتجنيبهم المسؤولية سيما الوكيل العقاري⁵، الذي: "كان ملزما بتقديم المعلومات والنصح اتجاه موكله وكان عليه إعلامه بإخلاص عن قيمة العقار المباع، إلا أنه تبين من الوقائع على أنه قُيِّم بأقل من سعره دون سبب

¹ Civ. 4 avril 1872 : D.P., 1872, 1, p. 363.

² Requête (ancienne Chambre de la Cour de Cassation), 22 janvier 1890 : D.P., 1872, 1, p. 194.

³ Civ. 1, 12 mai 1976 - Bull. civ., 1976, I, n° 168.

⁴ Civ. 1, 3 avril 2007 - Bull. civ., 2007, I, n° 142.

⁵ MAUPAS Ludovic, Le devoir d'information de l'agent immobilier , L.P.A., N° 29 du 18 octobre 2007, p. 4 ; PILLET P., L'obligation d'information et de conseil de l'agent immobilier à l'égard de l'acquéreur , A.J.D.I., 2008, 1ère partie, A la recherche de la nature de l'obligation , p. 263 et 2ème partie, A la recherche du contenu de l'obligation, p. 366.

معقول¹. "ما قيل عن الوكيل العقاري، يُقال عن وكيل الأعمال حيث جاء في شأنه:"
بصفته مهنيًا محترفًا؛ يتقاضى عليها أجرًا، فإنه ملزم بالنصح²، وبالنسبة لمسار
التأمين جاء:" تاجر حر ومهني محترف في التأمينات، والذي عليه اتجاه زبونه التزاما
بالنصح وتقديم المعلومة الدقيقة³."

ظهر مؤخرا في الاجتهاد القضائي التزام جديد، هو الالتزام بالتحذير. يعرف هذا
الالتزام بأنه الالتزام الذي يقوم من خلاله المدين بالمعلومة بتحذير الدائن من الأخطار
التي تحملها العملية، وهو أكثر مرونة من الالتزام بالنصح، وأقوى التزاما من الالتزام
بتقديم المعلومات، بحيث يفترض في هذا الالتزام أنه زيادة على الالتزام بتقديم
المعلومات يقوم المدين بالالتزام بإظهار الصعوبات الموضوعية للعقد المزمع إتمامه.
ظهر الالتزام بالتحذير إلى الوجود في أواسط 1990 من خلال قرار صادر عن
الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض بتاريخ 1995/06/27 بالنسبة لمسؤولية
البنك⁴؛ حيث الوقائع كالاتي: قصد تمويل بناء مسكن، تحصل زوج على قرض بنكي،
تبين فيما بعد أن الزوج لا يقدر على تسديد القرض. رفع الزوج دعوى ضد المؤسسة
يدعى فيها إخلال المهني المحترف بالتزامه بتقديم المعلومات. ردًا على ادعاءات
الزوج قام البنك بإظهار التزامه بجميع الالتزامات التي هي مفروضة على المؤسسات
البنكية، إلا أن محكمة النقض قررت مسؤولية المؤسسة البنكية بإثبات العكس حيث
أن:" الذي يحصل على قرض تفوق فيه التكاليف قدرات المقترض الضعيفة دون

¹ Civ. 1, 30 octobre 1985 - Bull. Civ., 1985, I, n° 277, et Civ. 1, 18 avril 1989 - Bull. Civ., 1989, I, n° 150 : " Manque à son devoir de conseil l'agent immobilier qui omet d'informer l'acheteur de l'immeuble vendu par son entremise de l'existence des désordres apparents qui affectent celui-ci et qu'en sa qualité de professionnel de l'immobilier il ne peut ignorer ".

² Com., 10 février 1970 - Bull. Civ., 1970, IV, n° 47.

³ Civ. 1, 6 novembre 1984 - Bull. Civ., 1984, I, n° 291.

⁴ Civ. 1, 27 juin 1995 - Bull. Civ., 1995, I, n° 287 : D., 1995, p. 621, note S. PIEDELIEVRE ; R.T.D. Com., 1996, p. 100, note M. CABRILLAC ; R.T.D. Civ., 1996, p. 384, note J. MESTRE ; JCP E. 1996, II, p. 722, note D. LEGEAS ; Defrénois 1995, p. 1416, note D. MAZEAUD ; Revue de Droit bancaire, 1995, p. 185, note F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; E. SCHOLASTRIQUE « Les devoirs du banquier dispensateur de crédit. », Defrénois, 1996, p. 689.

تحذيره من ضخامة الديون التي ستنتج عن القرض."، بموجب هذا القرار يكون الاجتهاد القضائي قد وضع حجر الأساس لهذا الالتزام¹ إلا أن الأمر تطلب أكثر من عشر سنوات من الصراع القضائي لترسيخ هذا الالتزام². كانت البداية بالنسبة للمؤسسات البنكية، ليوسع الالتزام بالتحذير بعد ذلك لنشاطات أخرى، لا سيما منها تقديم الخدمات الاستثمارية، ومؤسسات تأمين

¹ Civ. 1, 8 juin 1994 - Bull. Civ., I, n° 206 ; R.T.D. Com., 1995, p. 170, note M. CABRILLAC ; JCP E., 1995, II, p. 652, note D. LEGEAIS ; Revue de Droit bancaire, 1994, p. 173, note F.-J. CREDOT et Y. GERARD.

² GILSON-MAES Anne, Op. Cit, p. 186 : " A partir de 1995, l'on assiste en effet à une opposition entre la première Chambre civile particulièrement protectrice des intérêts de l'emprunteur (par ex. Civ. 1, 8 juin 2004 - Bull. Civ., 2004, I, n° 166 : D., 2004, A.J., p. 1897 ; R.T.D. Com., 2004, p. 581, note D. LEGEAIS ; JCP E., 2004, p. 1442, note D. LEGEAIS ; JCP G., 2004, II, 10142, note Y. DAGORNE-LABBE ; Revue Banque et Droit, nov.- déc. 2004, p. 5, note T. BONNEAU ; G.P., 27-31 mars 2005, note F. BOUCARD ; Revue de droit bancaire, juillet-août 2004, n° 158, note F.-J. CREDOT et Y. GERARD) et la Chambre commerciale profondément attachée aux intérêts du banquier. (Par ex. Com., 11 mai 1999 - Bull. Civ., IV, n° 95 : D., 1999, I.R., p. 155 ; R.T.D. Com., 1995, p. 733, note M. CABRILLAC ; JCP E., 1995, II, p. 1730, note D. LEGEAIS. Voir également : Com., 26 mars 2002 - Bull. Civ., 2002, IV, n° 57 : D., 2002, A.J., p. 1341, note A. LIENHARD ; R.T.D. Com., 2002, p. 523, note M. CABRILLAC ; R.T.D. Civ., 2002, p. 507, note J. MESTRE et B. FAGES ; R.D.I., 2003, p. 57, note H. HEUGAS - DARRASPEN ; JCP G., 2002, IV, 1828 ; JCP E., 2002, II, p. 652, note A. GOURIO. Com., 24 septembre 2003 - Bull. Civ., 2003, IV, n° 137 : D., 2003, A.J., p. 2568 ; R.T.D. Com., 2004, p. 142, note D. LEGEAIS ; R.D.I., 2004, p. 181, note H. HEUGAS - DARRASPEN ; JCP G., 2003, IV, 2778 ; Revue Banque et Droit, janvier-février 2004, p. 57, note T. BONNEAU.).

A cette époque, la divergence entre les deux chambres était telle qu'un alignement s'avérait nécessaire. Par trois arrêts en date du 12 juillet 2005, la première chambre civile introduit une distinction entre l'emprunteur averti et l'emprunteur profane, opérant ainsi un infléchissement en faveur de la position commercialiste. (Civ. I, 12 juillet 2005 - Bull. Civ., 2005, I, n° 324, n°325, n° 326, n°327 ; D., 2005, A.J., p. 2276, note X. DELPECH et Jur. p. 3094, note B. PARANCE ; R.T.D. Com., 2005, p. 820, note D. LEGEAIS; JCP E., 2005, p. 1359, note D. LEGEAIS ; JCP G., 2005, II, 10140, note A. GOURIO ; Revue Banque et Droit, nov.- déc. 2005, p. 80, note T. BONNEAU ; R.D.I., 2006, p. 123, note H. HEUGAS - DARRASPEN.) Par trois arrêts du 3 mai 2006 la chambre commerciale instaure un devoir de mise en garde au profit des emprunteurs *profanes, professionnels ou pas*, (Com., 3 mai 2006 - Bull. civ., 2006, IV, n° 101, 102, 103), mettant ainsi un terme à la divergence jurisprudentielle."

القروض¹. وهذا ما يهمننا في بحثنا، إذ أن عقد فيدوسية التسيير يقع على تقديم الخدمات.

إن الهدف الرئيسي من هذا الالتزام هو إنشاء التزام بتقديم المعلومات متوازن. إذ بتفحص النظام القانوني، فالالتزام بالتحذير يفيد أن القضاء يولي أهمية بالغة لقدرات الأطراف، وبالأخص لخصائص قدرات المدين بالالتزام بتقديم المعلومات من خلال العنصر الخاص بالقدرة الفكرية على فهم أو عدم فهم الأخطار المحدقة المأخوذة بعين الاعتبار، يبدو هذا الشرط بديهيا في القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية حيث أكدت وجوب وجود الالتزام ورفض، رد المدعى عليه بأن: "المقترض كان من المفروض أن يعرف المخاطر المحدقة وتداعيات القرض".² يبدو أن الاجتهاد القضائي تمكن من التفريق على أساس مُحَذَر - غير مُحَذَر والذي هو أقرب إلى الواقع، من التفرقة على أساس مهني محترف - مهني غير محترف، إذ أن التفرقة الأولى تأخذ بعين الاعتبار تقييم شخصية الأطراف اعتمادًا على عنصر ذاتي، بينما تركز التفرقة الثانية على عناصر موضوعية، والتي مفادها المجال المهني. من أجل ذلك يجب توسيع اشتراط هذا الالتزام في مجالات أخرى، غير تلك المتعلقة بالمجال البنكي، إذ أن عددا كبيرا من المؤسسين أصبحوا يدركون المخاطر التي تحدث بمجال الأعمال³.

على العموم، بتفحص محتوى واجب الإعلام يتبين أن نتائجه مرضية وأن محكمة النقض ركزت على عدم التوازن الموجود بين الأطراف، كما أن النظام قابل للتحسين والتطوير. والأهم أنها أخذت بعين الاعتبار التطورات الحاصلة في مجال العقود.

¹ GILSON-MAES Anne, Op. Cit, p. 186.

² Com., 12 décembre 2006 – Bull. Civ., 2006, IV, n° 243.

³ GILSON-MAES Anne, Op. Cit, p. 187.

ب- النظام القانوني للالتزام بتقديم المعلومات

إثبات الالتزام يكون على المؤسس أم على المسير؟

للإجابة على هذا السؤال يجب الرجوع إلى المادة 1315¹ من القانون المدني التي تنص على: "من يدعى التزاماً في ذمة الغير، عليه أن يثبته. ومن يدعى أنه تحرر من الالتزام عليه إثبات دفعه، أو الواقعة التي أدت إلى انقضائه."

وعليه، يتبدى لنا طرح سؤالين، الأول خاص بوجود الالتزام والثاني بتنفيذه.

فيما يخص وجود الالتزام، المادة 1315 سألقة الذكر واضحة ولا تحتاج إلى تفسير، إذ على الدائن في الالتزام إثبات وجوده، والشئ نفسه بالنسبة للمهني المحترف والمؤسس. وعليه، بالنسبة لمسؤولية الموثق، فإن محكمة النقض قررت أن: "واجب النصح الذي يلتزم به الموثقون، ليس لديه عنصر مطلق ويتوقف على ظروف السبب."²

أما بالنسبة لإثبات تنفيذ الالتزام بالنصح فالأمر ليس واضحاً، إذ أن بعض القرارات تفيد أن النظام القانوني لعدم تنفيذ الالتزام بتقديم المعلومات، هو نفس النظام القانوني للالتزام بتحقيق نتيجة³؛ أي أن المسير المفترضة مسؤوليته لا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت عدم خطئه. وكمثال على ذلك بالنسبة للالتزام بالنصح لشركة البورصة، القرار الصادر عن الغرفة التجارية الأولى لدى محكمة النقض بتاريخ 2011/03/22 والذي جاء فيه: "على الذي عليه التزام خاص بالنصح أن

¹ C.Civ., article 1315 : "Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. "

² Civ. 1, 7 février 1990 - Bull. civ., 1990, I, n° 37.

³ GILSON-MAES Anne, Op. Cit, p. 188.

يثبت تنفيذ هذا الالتزام¹، وجاء القرار في السياق نفسه، في نزاع دار بين صاحب مشروع ومقاول، حيث ثبتت مسؤولية المقاول لعدم إثباته تنفيذ التزامه بتقديم المعلومات². يمكن ذكر القرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لدى محكمة النقض بتاريخ 1997/12/09 والذي جاء فيه: "إن الطبيب ملزم بتقديم معلومات خاصة لمريضه، وعليه أن يثبت أنه نفذ هذا الالتزام³".

وهذا على عكس قرارات أخرى صدرت عن محكمة النقض الفرنسية نفسها، والتي تقترح فيها أن عدم تنفيذ الالتزام بتقديم المعلومات يخضع للقواعد المطبقة على الالتزام ببذل العناية، إذ أن في قرار الغرفة المدنية الأولى لدى محكمة النقض تأييد لقرار محكمة الاستئناف لفرساي (Versailles)، والتي قضت بـ: "على من يدعى أن الموثق قد أدخل بالتزامه بالنصح أن يثبت ذلك⁴".

مؤخراً، قامت الغرفة التجارية لدى محكمة النقض بتأييد محكمة الاستئناف في قرارها الذي جاء فيه: "على الشركة أن تثبت أن الشركة العامة كمؤسسة بنكية، أخلت بالتزامها لا سيما أنها تأخرت في إعلامها عن انعدام الرصيد للشيك⁵".

ظاهرياً، تبدو قرارات محكمة النقض متناقضة، إلا أن النظر بتمعن والتمييز بين إرسال المعلومة وفهمها أو فائدة محتوياتها من قبل متلقيها، هو ما يعطي تفسيراً منطقياً لذلك. بالرجوع إلى القرارات المذكورة سلفاً، يتبين فعلاً أن إثبات غياب الخطأ يقع على المدين بالالتزام كل مرة لا يقوم فيها بإعلام الطرف الآخر، مثل الطبيب

¹ Com., 22 mars 2011 – Pourvoi n° 10-13.727.

² Com., 28 avril 2011 – Pourvoi n° 10-14.516 et 10-14.517.

³ Civ. 1, 25 février 1997 - Bull. civ., 1997, I, n° 75 : JCP G., 1997, IV, 881, note G. VINEY ; R.C.A., 1997, chron. 8, CH. LAPOYADE-DESCHAMPS ; R.T.D. Civ., 1997, p. 434, note. P. JOURDAIN; G.P., 1997, I, 274.

⁴ Civ. 1, 28 février 1989 - Bull. civ., 1989, I, n° 99.

⁵ Com., 20 mars 2007 – Pourvoi n° 05-21.046.

يقصد بالشركة العامة في هذا المقام La banque dénommée société Générale

الذي لا يعلم مريضه بالمخاطر الممكنة لعملية جراحية¹، أو شركة البورصة التي لا تقدم واجب النصح لموكلها بالنسبة للاستثمارات الممكنة². أما إثبات عدم تنفيذ الالتزام، فيقع على الدائن للالتزام حين يتعلق النزاع حول فائدة³، وفهم⁴، أو عدم صحة المعلومات المقدمة⁵.

تقييما للالتزام بالنصح يجب الأخذ بعين الاعتبار العنصرين المكونين للالتزام.

أحد العناصر مشتركة لكل التفريعات للواجب العام بتقديم المعلومات (معلومات، تحذير، نصح)، يتعلق الأمر بانتقال المعلومة الخام، والآخر يتطلب أن يكون محتوى المعلومة مناسبة ومفيدا ومفهوما من قبل المرسل إليه، ويفترض أن يكون فيه تفسير إضافي، كون النصح يتم تعريفه على أنه معلومة كاملة⁶، أي أن الالتزام المادي بنقل المعلومة، هو التزام بتحقيق نتيجة، أما الالتزام الذاتي للنصح، والذي يفيد أن يفهم الدائن للالتزام المعلومة، فهو التزام ببذل العناية؛ فالخصوصية الأساسية للنصح تظهر على هذا الوجه⁷. كما أن هذا التنوع في الالتزام بتقديم المعلومات يخضع للاحتتمالية التي تكمن في الخصوصيات الفكرية للمتلقي، ولهذا السبب بعينه لا يمكن إثبات مسؤولية المسير بسبب إخلاله بالالتزام بتقديم المعلومات تجاه هذه الشريحة، بقوة القانون.

هل يجب على الدائن بالالتزام حسن استعمال النصح؟

للإجابة على هذا السؤال هناك فرضية ما إذا كان على المدين بالالتزام بالنصح التحقق من أن الدائن بالنصح قد أخذ القرار الصائب، كون النصح عبارة عن معلومة

¹ Civ. 1, 25 février 1997 - Bull. civ., 1997, n° 75, Arrêt précité.

² Com., 22 mars 2011 – Pourvoi n° 10-13.727. Arrêt précité.

³ Civ. 2, 2 décembre 2003 - Pourvoi n° 01-17.760.

⁴ Civ. 2, 30 juin 2004 - Pourvoi n° 03-14.614.

⁵ Com., 20 mars 2007 – Pourvoi n° 05-21.046. Arrêt précité.

⁶ GILSON-MAES Anne, Op. Cit, p. 189.

⁷ Ibid.

موجهة؛ يمكن الإجابة بنعم، ولكن في هذه الحالة يصبح التوجيه في تناقض تام مع روح عقد فيدوسية التسيير، حيث يصبح المؤسس، أي الدائن في الالتزام هو مصدر الأوامر، ويستوي في ذلك أن يكون قليل الخبرة أو جاهلا تماما بتلك القواعد أو مهنيا محترفا، بحيث يحتفظ بقيادة المهام؛ وعليه، لا يكون المدين في هذه الحالة ملزما بالتأكد أن الدائن يحسن استعمال المعلومات المقدمة.

إن تفحص نظام المسؤولية المدنية التي تعرض المسير للعقاب في حالة إخلاله بالالتزام العقدي خلال تنفيذ العقد، هو تفحص غني بالدروس كما رأينا، والتي تفيد أن هناك كثيرا من التشدد تجاه المسير، بالنظر إلى الخصوصية الرئيسية للعلاقة الداخلية، وهي ثقة المؤسس¹ المفترضة في المسير، إلا أن لهذا التشدد ما يبرره، لما للمال من أهمية في حياة الأفراد والمجتمعات.

ثالثا: الالتزام بالتصريح وإعداد الحسابات

زيادة على الواجبات والالتزامات التي يحددها القانون المدني بالنسبة للمسير، هناك واجبات والتزامات أخرى، يضيفها القانون العام للضرائب الفرنسي، إذ أن هناك التزامات جاءت في الفصل الثالث، تحت عنوان: "أحكام جبائية" القسم 2 تحت عنوان: "ضرائب مباشرة" تتعلق بالزامية التصريح، وأخرى في الفصل الرابع تحت عنوان: "أحكام محاسبية" تتعلق بالالتزامات المحاسبية.

أ- التزام المسير بالتصريح الضريبي

جاء في قسم فرعي تحت عنوان: "الالتزامات التصريحية الواجبة على المسير بهذه الصفة"²، حيث ينص القانون العام للضرائب³ في هذا الشأن، على إجبارية التصريح عن كل أصل يكون ذمة فيدوسية، حيث لهذه المادة علاقة وطيدة بالمادتين

¹ GILSON-MAES Anne, Op. Cit, p. 118.

² Sous-section 4 : "Obligations déclaratives incombant au fiduciaire ès qualités."

³ Article 223 VG: "Déclaration d'existence pour chaque patrimoine géré."

2019 و 2020 اللتين أنشأتا إلزامية التصريح لدى مصالح الضرائب، وإنشاء سجل وطني لفيدوسية.

تُصَبُّ هذه البعثة التشريعية في قانونين مختلفين على موضوع واحد¹، حيث قدر مجلس الشيوخ أنه من الأهمية بمكان التذكير في القانون العام للضرائب بوجوب التصريح بأصول فيدوسية، على الرغم من النص عليه في القانون المدني من خلال التسجيل المركزي على المستوى الوطني لعقود فيدوسية المبرمة، والملاحق² المتعلقة بها³.

ليس لهذا التكرار أي أثر مادي إذا طبقت النصوص بانسجام، إذ أن المادة 2019 من القانون المدني تبين آجال التصريح، الذي هو شهر واحد (01) بالنسبة للأشياء الواجب التصريح بها في المادة 223 VG⁴.

ب- التزام المسير بإعداد الحسابات

نص المشرع الفرنسي في الفصل الرابع تحت عنوان: "أحكام محاسبية"⁵ في مادته 12 الخاصة بقانون فيدوسية أنه يجب على المسيرين ذوي الشخصية المعنوية إتمام الحسابات السنوية، طبقا للمواد من L.123-12 إلى L.123-15 من القانون التجاري الفرنسي، حيث ينبثق عنها⁶:

¹ DE ROUX Xavier, Op. Cit, p. 77.

² DE ROUX Xavier, Op. Cit, p. 77.

يراد في هذا المقام بالملاحق Les annexes , non Les avenants

³ Ibid.

⁴ DE ROUX Xavier, Op. Cit, p. 77.

يتعذر إدراج هذه المادة في التهميش نظرا لطولها (أكثر من صفحة) ما على المهتم إلا الرجوع إلى الموقع الرسمي www.legifrance.gouv.fr

⁵ DE ROUX Xavier, Op. Cit, p. 91.

⁶ BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. Cit, pp. 103 & 107, Cf., DE ROUX Xavier, Op. Cit, p. 92.

- إلزامية تسجيل التدفقات المالية التي ترد على أصول فيدوسية، مرفوقا بجرّد سنوي يُمكن من مراقبة الأصول والخصوم في نهاية كل سنة، بالنسبة للحصيلة السنوية وحساب الناتج والملحق¹.
- وجوب انتظام وصحة الحسابات التي يجب أن تعكس صورة حقيقية للأصول والحالة المالية ونتائج فيدوسية.
- وجوب احترام الشروط الشكلية للحصيلة التي تعطي بُعدا وصفيا للأصول والخصوم، أما حساب الناتج فيجب أن يكون حالة تلخيصية للمنتوجات والأعباء، حيث تكتمل وتفصل كل هذه المعلومات في الملحق.

الفرع الثاني

التزامات المسير مع انقضاء العقد

إذا كان المسير يملك ذمة فيدوسية (ذمة التخصيص)، تحتم عليه أثار العقد أن يعيدها إلى المؤسس، أو ينقلها إلى الغير المعين في العقد، حين تنقضي مهمته، وتعد هذه الميزة من الميزات الرئيسية لعقد فيدوسية، بحيث إذا كان العقد ينظم نقل الملكية إلى المسير، فإن هذا النقل ليس أبديا، بل مؤقتا. وبسبب هذا العنصر الوقتي تم التشكيك في واقعية هذا النقل، وتم تداول مصطلح النقل الزائف للملكية². تتم عملية الإرجاع عبر الالتزام بإعادة الملكية التي يلتزم به المسير إزاء الأشخاص المذكورين آنفا، ويقابلها ضمانات للمسير.

أولا: التزام المسير بإعادة ذمة فيدوسية

ينبع هذا الالتزام من روح فيدوسية، إذ يجب أن يحتوي كل عقد على هذا الالتزام وإن كانت فيدوسية التأمين³، وفي حالة إغفاله في العقد، قررت الاجتهادات

¹ Annexe.

² BUREAU Antoine, Le contrat de fiducie : étude de droit comparé Allemagne, France, Luxembourg ; Thèse de Doctorat, JURIPOLE DE LORRAINE Serveur d'Information Juridique Réalisé par Alexis BAUMANN.

³ BUREAU Antoine, Op. Cit.

القضائية اعتباره التزاما ضمنيا¹. وعليه تعتبر عملية إعادة ذمة فيدوسية تامة بموجب التزام في ذمة المسير، ومنصوصا عليه في العقد التأسيسي لفيدوسية².

تتم عملية النقل مباشرة بناءً على إرادة الأطراف، بحيث تنقل ذمة فيدوسية آنيا عند بلوغ الأجل المحدد في العقد، كما يمكن أن يكون الوقت محددًا، أو قابلا للتحديد، حيث يتم النقل إما لصالح المؤسس، أو إلى شخص آخر يحدد كذلك في العقد ويسمى المستفيد³.

للإشارة، فإن الالتزام بالإعادة غير وارد في النص الذي يعرف فيدوسية، وإنما في نص مستقل ينظم انقضاء عقد فيدوسية⁴، والذي مفاده أنه في حالة عدم تعيين مستفيد، تعود ذمة فيدوسية بقوة القانون إلى المؤسس، الأمر الذي يبين أنه واجب أكثر منه التزام⁵.

ثانيا: ضمانات المسير

مكن الاجتهاد القضائي المسير من حقه في حبس ما تم صرفه بمناسبة تنفيذ العقد، إذا رفض من تؤول إليه ذمة التسيير تسديدها، إلا أنه يمكن للأطراف المتعاقدة من تنظيم هذا الأمر في العقد لتفادي كل نزاع محتمل الوقوع⁶.

¹ BUREAU Antoine, Op. Cit.

² DELEBECQUE Ph. et GERMAIN M., Traité de droit commercial, Tome 2, 14^e éd., L.G.D.J., 2004, p. 490.

³ BUREAU Antoine, Op. Cit.

⁴ C. Civ., Article 2030 : " Lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant.

Lorsqu'il prend fin par le décès du constituant, le patrimoine fiduciaire fait de plein retour à la succession."

⁵ Revue internationale de droit comparé. Vol. 53 N°3, Juillet-septembre 2001. pp. 751-754.

⁶ BUREAU Antoine, Op. Cit., Cf., BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. Cit, p. 83.

وعليه؛ يثبت في النظام القانوني لفيدوسية الخصوصيات الرئيسية، وهو نقل مؤقت لأموال في إطار نشاط خدماتي¹.

¹ BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. Cit, p. 83.

الفصل الثاني

تعديل عقد التسيير من حيث انقضاء وتسوية منازعات ترست وفيدوسية

سواء تعلق الأمر بعقد التسيير، بترست أو بفيدوسية، ستعترضها إشكالات في التنفيذ، أو أنها بكل بساطة تنقضي للأسباب التي سنتناولها من خلال البحث.

نظم المشرع الجزائري انقضاء عقد التسيير إما بانقضاء المدة التي أبرم من أجلها أو بالفسخ. أما آليتا ترست وفيدوسية فقد تنقضي لأسباب أخرى نتناولها بالتفصيل، ونظرا لما تثيره مصلحة المالك من حساسيات اتجاه المسير بالنسبة للأموال المعهود بها إليه، قصد تسييرها، اضطر المشرع إلى أن يسمح للمالك بمراقبة أمواله، وهي في يد المسير حتى يطمئن على أنها مسيرة وفق رغبته، أو على الأقل أن يتمكن من تداركها إن لم تكن كذلك قبل فوات الأوان. تسمح التشريعات في الآليتين ترست وفيدوسية بتعيين مراقب كذلك، إلا أن الأمر مختلف بالنسبة للصفات التي يجب توافرها في المراقب وكيفية تعيينه.

يتيح المشرع الجزائري للمؤسس اللجوء إلى القضاء الحكومي، أو القضاء الخاص الذي هو التحكيم عموما وبموجب نص، قصد تسوية المنازعات التي قد تثور بمناسبة تنفيذ العقد، غير أنه ورد في عقد التسيير المدرج في الملاحق، لا سيما البند الخاص بتسوية المنازعات، أن تسوية المنازعات يكون إما وديا أو عن طريق التحكيم. ويرد الأمر نفسه في تشريعات الآليتين ترست وفيدوسية، حيث يخضع كلاهما كذلك إما للقضاء أو التحكيم، إلا أن الفرق يكمن في الثروة الكامنة في الاجتهادات القضائية المتعلقة بالالتزامات التي هي على عاتق المسير.

وعليه، سنتناول في المبحث الأول انقضاء عقد التسيير وترست وفيدوسية والرقابة عليها، وإلى تسوية المنازعات المحتمل نشوبها في المبحث الثاني لكل آلية على حدة.

المبحث الأول

انقضاء عقد التسيير وترست وفيدوسية ومراقباتهم

القاعدة العامة أن ينقضي العقد إما بحلول الأجل، وهذا يفيد أنه إذا انقضت المدة المحددة في العقد ينقضي هذا الأخير، وإن لم تحقق أهدافه ولم يجدد في الوقت المناسب، أو كان غير قابل للتجديد، أو بلغ الأهداف التي أبرم من أجلها. وهذا يفيد أنه إذا تحققت الأهداف التي من أجلها أبرم العقد ينقضي هذا الأخير، وإن لم تنقضي المدة، أو لاستحالة تنفيذه إذا كانت الاستحالة بسبب ظروف خارجية عن العقد، كالقوة القاهرة، أو الحدث المفاجئ، أو بسبب عدم جدواه إن تغيرت الظروف الاقتصادية، ولن يتأت ذلك إلا من خلال المراقبة. هل يتوفر عقد التسيير على كل هذه الطرق؟ هذا ما يتم الوصول إليه من خلال البحث.

ولما كان لا بد من نهاية للعقد فلا بد من محاسبة في نهاية العلاقة، مما لا شك فيه أن الرقابة هي أحسن وسيلة للقيام بذلك، وإن كانت ترافق العلاقة العقدية طوال مدة العقد كلها، وليس عند انتهائها فقط.

وعليه، ندرس في مطالب انقضاء كل آلية والرقابة عليها.

المطلب الأول

انقضاء عقد التسيير ومراقبته

أسباب انقضاء عقد التسيير متعددة كما سبق الإشارة إليه؛ فمنها ما يعود لسبب الإخلال بالالتزامات المتبادلة، ومنها ما يعود لأسباب معفية من الالتزام، ومنها ما يقرره القانون.

إلا أن الانقضاء لا يعفي من المراقبة. والمراقبة تكون خلال التنفيذ كونها تحدد مسؤولية كل طرف في هذه الفترة، كما أنها تقدر ما لكل طرف وما عليه عند انتهائها.

وعليه، ندرس في فروع انقضاء عقد التسيير ومراقبته.

الفرع الأول

انقضاء عقد التسيير

ينقضي عقد التسيير بانقضاء المدة التي أبرم من أجلها¹. فالأمر واضح لا يحتاج إلى شرح، إذ لا بد من أن ينتهي إذا انقضت مدته، هذا يعني أن عقد التسيير يبرم لمدة محددة، مما يفيد أن عقد التسيير من العقود المحددة المدة.

إن إبرام عقد التسيير لمدة محددة يعني أن كل من المؤسسة العمومية الاقتصادية والمسير متفقان على جعل حد لعلاقتهما بمجرد وصول أجلها، وبدون حاجة إلى إجراء معين² فلا يمكن أن يستمر عقد التسيير بعد انتهاء المدة، وعليه ينتهي العقد المبرم بينهما³. فهذه هي القاعدة العامة في الحالة العادية، أما فيما يخص الاستثناء، فيمكن أن ينتهي العقد دون أن تنتهي المدة وذلك عن طريق الفسخ⁴، إلا أن هذا الفسخ يجب أن يكون مسببا، فقد يكون بسبب إخلال أحد الأطراف بالتزاماته، أو بسبب ظروف معفية لأحدهم.

وعليه، نتناول بالبحث الأسباب التي يفسخ العقد من أجلها.

أولا: جزاء الإخلال بالالتزامات

ستتم الدراسة فيما يلي على سبيل الافتراض أن قانون العقد هو القانون الجزائري، وعليه فعلى الطرف المتضرر، بعد إضرار الطرف الآخر، المطالبة إما بتنفيذ العقد؛ وإما بفسخه. أما فيما يخص التعويض فيرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي.

¹ القانون 01-89 المؤرخ في 1989/02/07 المتضمن عقد التسيير، المادة 09.

² ذيب عبد السلام، مرجع سابق، ص 73.

³ جنادي جلال، مرجع سابق، ص 42.

⁴ القانون 01-89 المؤرخ في 1989/02/07 المتضمن عقد التسيير، المادة 09.

تنص المادة 119 من القانون المدني على ما يلي¹: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. "

أ- تعويض الضرر

إن أي إخلال تجاه التزام تعاقدى قد يترتب عليه عقوبة تتمثل بالتعويض نتيجة الضرر الناتج عنه، فإن لم يكن هناك تحديد مسبق لمبلغ التعويض من قبل الأطراف، فإن ذلك سيقدر من قبل المحكمة المختصة، التي عادة ما تمنحه بشكل يتناسب مع أهمية الضرر الحاصل فعلا تجاه الطرف الآخر، الذي عليه في هذه الحالة حمل الإثبات بوجود خطأ تعاقدى، رغم ذلك فإن منح التعويض لا يكون مبررا للمتعاقد تجاه التزاماته في جميع الأحوال، حيث يمكن أن يصاحب التعويض عقوبة أخرى أكثر خطورة، تتمثل في فسخ العقد².

كما أن من مصلحة المتعاقد الاشتراط في العقد بأن كل حالة تأخير عن تسديد الأجر وفقا للتواريخ التعاقدية يترتب عليها التزام بدفع غرامة تأخيرية بعد توجيه إعدار، وهذا يقتضي التحديد المسبق لنسبتها المئوية، إلا أنه من الملاحظ، بأن تسديد مثل هذه الغرامات التأخيرية لا يمكن تحقيقه من الناحية العملية، إذا كان التسديد يتم بواسطة الاعتماد الوثائقي غير القابل للإبطال، إلا أن سكوت العقد يتمتع عادة صاحب الحق الذي هو المسير في الحالة المطروحة أمانا، باللجوء إلى القاضي لطلب التعويض عن التقصير تجاه هذه الالتزامات³.

¹ القانون المدني الجزائري، المادة 119.

² محمد على جواد، مرجع سابق، ص 173.

³ المرجع نفسه، ص 177.

ب - تعليق التنفيذ أو الفسخ

1- تعليق التنفيذ

إن الاتفاقات القائمة على إيجاد التزامات متبادلة بين الأطراف والتي تستند على احترام أحد الطرفين للالتزاماته، يكون سببا لقيام الطرف الآخر بتنفيذ ما عليه من التزامات. وبناء على ذلك إن امتنع أحد الأطراف عن تنفيذ التزاماته أو أخل بها، يسمح للطرف الآخر بتعليق تنفيذ ما يقع عليه من التزامات. هذه النتائج لا يجري عادة إيرادها في الشروط العقدية، ولكن تحكمها النصوص القانونية الخاضعة لها¹.

كذلك، إن حالة تعليق التنفيذ يمكن أن تتقرر من قبل المؤسسة العمومية قصرا، من أجل حمل المسير على احترام التزاماته، بعدم دفع الأجر دون أن تكون مخطئة، لأنه لا يبقى للمؤسسة العمومية الاقتصادية إلا الامتناع عن الدفع.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث نص على ما يلي : " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات متقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به."²

2- الفسخ

وفي إطار احترام المدد العقدية، فإن المؤسسة العمومية الاقتصادية قد تلجأ إلى فسخ العقد بعد مرور وقت معين، إذا لم تختف الظروف التي بررت تعليق التنفيذ، ولكن في جميع الأحوال سيكون للطرف الآخر حق التنازع أمام المحكمة المختصة سواء كان التعليق أو الفسخ³.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث نص على ما يلي: " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه

¹ محمد على جواد، مرجع سابق، ص 174.

² القانون المدني الجزائري، المادة 123

³ محمد على جواد، مرجع سابق، ص 175.

بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعني من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين.¹

إن الفسخ يعتبر بالتأكيد عقوبة خطيرة جدا، طالما أنه يؤدي إلى قطع العلاقات التعاقدية، إلا أن هذه العقوبة تمثل سلاحا ذا حدين يقع بين يدي المؤسسة العمومية الاقتصادية، حيث يكون من مصلحتها إدراجها في الشروط العقدية، لاستعمالها في حالة إخلال المسير بالتزاماته التعاقدية بشكل خطير.²

إلا أن ذلك قد يدفع المسير إلى اللجوء إلى محكمة مختصة من أجل النظر في إدعاء المؤسسة العمومية الاقتصادية حول أهمية الإخلال لتقرير عقوبة الفسخ، وللمحكمة رفض فسخ العقد عند ثبوت المساهمة في الإخلال بالتزامات التعاقدية من قبل الطرفين، أو تقرير الفسخ نتيجة الخطأ المشترك، أما إذا تقرر الفسخ نتيجة لخطأ المسير فإنه سيكون مصحوبا بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر³، والذي هو في حالتنا هذه، المؤسسة العمومية الاقتصادية.

ثانيا: أسباب الإعفاء من تنفيذ الالتزام

إن توافق الإرادات يقوم عادة على وجود رضا الطرفين المتعاقدين من أجل تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ولا يمكن الطعن فيه لاحقا إلا أن هذا المبدأ قد تواجهه ظروف تجعل احترام الأطراف لالتزاماتهم مستحيلا، حيث تحمل معها أسباب الإعفاء من تنفيذ الشروط التعاقدية. وبجانب هذا السبب المشروع للإعفاء، نلاحظ في أغلب العقود الدولية، أن بعض النصوص التشريعية والأعراف التعاقدية قد منحت الأطراف

¹ القانون المدني الجزائري، المادة 120. تنص المادة 178 من القانون المدني العراقي: "يجوز الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه."

² تنص المادة 49 من معاهدة فينا: "للمشتري حق فسخ العقد، إذا كان عدم تنفيذ البائع لأحد التزاماته يشكل مخالفة جسيمة للعقد أو حالة تخلف التسليم خلال المدة الإضافية الممنوحة من قبل المشتري."

³ محمد على جواد، مرجع سابق، ص 175

الحق في الإعفاء من التزاماتهم التعاقدية في حالة التغير في اقتصاديات العقد عما كان عليه وقت إبرامه¹، وعليه نتناول بالدراسة كلتا الحالتين.

أ- القوة القاهرة

إن استحالة التنفيذ في البلدان الأوربية، هي حالة القوة القاهرة التي بموجبها يتحلل المدين من الالتزام بتنفيذ التزاماته، دون ارتكابه لخطأ. وتعفيه استحالة التنفيذ من المسؤولية العقدية². كما يقصد باستحالة التنفيذ، جميع الحالات التي تسمح للمدين بالالتزام بعدم التنفيذ. لذلك يجب تحديد هذه الحالات بكل وضوح في شروط العقد، ويمكن للأطراف اختيار التعابير المناسبة، حيث يمكنهم التقرير بأنها تمثل حالة قوة القاهرة، جميع الظروف التي تحمل خصائص معينة أو التي ترد ضمن قائمة معدة مسبقاً، أو يتم تبني تعريف يجمع بين الخيارين.

تكون هناك حالة القوة القاهرة، بوجود ظرف يحمل خصائص جوهرية من شأنه أن يكون عائقاً تجاه تنفيذ الالتزامات، كما يجب أن يكون الظرف غير متوقع وقت إبرام العقد، وأن تكون طبيعة الظرف غير ممكن مقاومته، أي عدم قدرة التغلب عليه بأي شكل من الأشكال. حتى ولو كان مكلفاً من أجل الاستمرار في العقد عند توفر الشروط الثلاثة السالفة الذكر، فإننا سنكون أمام حالة القوة القاهرة التي تعفي المدين من الالتزام بالتنفيذ، إلا أن الإعفاء سيكون نهائياً أو مؤقتاً وفقاً لمدة الظرف، ولا يمكن عند حصولها. التقرير مسبقاً عن مدة بقائها³.

إن من المفيد ذكره هو أنه عند حصول ظرف قاهر لا يحمل معه حالة الاستحالة النهائية للتنفيذ، فإن الأطراف سيعودون إلى النص في العقد على الاستمرار في التنفيذ بعد انتهاء حالة القوة القاهرة، التي يجري خلالها تعليق تنفيذ الشروط التعاقدية، كما يتم النص على الإجراءات ذات الطبيعة الوقائية للأعمال خلال فترة تعليق التنفيذ، من

¹ محمد علي جواد، مرجع سابق، ص 179.

² Conseil de l'Etat, Revue de droit Public, Affaire Compagnie des selleries Africaines, 1928, p. 328.

³ Conseil de l'Etat, Affaire Maler, Revue de droit public, 1974, p.313.

أجل ضمان العودة إلى تنفيذ العقد في أفضل الظروف عندما يكون ذلك ممكناً. إن تحقق الحالة التي تتطلب تعليق التنفيذ لا يمكن أن تكون إلا وقتية، حيث يكون للأطراف سلطة التقرير من خلال الشروط التعاقدية، بأن يكون لأي منهم الحق في فسخ العقد، بعد مرور مدة معينة يجري تحديدها عادة في العقد، والتي تكون على العموم ستة أشهر، سواء تعلق ذلك بالجزء الذي توقف تنفيذه بسبب القوة القاهرة أو العقد كله¹.

ب - الحدث المفاجئ

إن إمكانية تأثر العقد بظرف معين خلال فترة تنفيذه نتيجة لتبدل الأحوال، لا سيما الاقتصادية منها، تعتمد أساساً على الفكرة التي تمثل نطاق الالتزامات التعاقدية. ومن أجل توضيح ذلك، يجب التذكير بأن مبدأ رضا أطراف العقد، يحمل الإلزامية لهم طيلة مدة تنفيذه، عدا حالة اتفاقهم على غير ذلك، حيث أن الصفة الإلزامية للشروط التعاقدية لا تتأثر مهما كانت طبيعة الظروف المتحققة لاحقاً على إبرامه. وهذا يعني التزام الاستمرار في التنفيذ بالرغم من تحقق مثل هذه الحالات التي من شأنها جعل التنفيذ مكلفاً جداً، طالما أنها لا تمنع من تنفيذه، ولن يكون للأطراف سوى الاتفاق مسبقاً تجاه هذا الاحتمال في إمكانية وضع نهاية لعلاقاتهم التعاقدية، في حالة غياب اتفاقهم حول التغيرات الضرورية².

وبالعكس يمكن اعتبار أن مبدأ القوة الإلزامية للعقود، يجب أن تكون منسجمة مع تفسير الاتفاقات وتنفيذها بحسن نية، وفق هذا التصور. إن العقد يجب أن يعتبر بمثابة التعبير عن الإرادة المتبادلة للأطراف وقت إبرامه. وبالتالي، إذا تحققت ظروف جديدة غير متوقعة وقت إبرامه، وكان من شأنها تعديل التوازن الاقتصادي له، فإن مبدأ الإنصاف والعدالة وحسن النية، يجب أخذه بعين الاعتبار لإعادة التوازن الاقتصادي المتأثر بواسطة حصول هذا الظرف.

¹ محمد على جواد، مرجع سابق، ص 184.

² المرجع نفسه، ص 187.

وهذا تطبيقاً لشرط (Rebus sie stantibus) الذي عرف في القرون الوسطى، والذي عملت به تشريعات عدة، لا سيما القانون الإداري الفرنسي الذي يقوم على أن العقود الخاضعة إلى مبادئ هذا القانون، تختلف عما هو عليه في قواعد القانون الخاص. وهذا ما عمل به مجلس الدولة الفرنسي، انطلاقاً من مبدأ استمرارية المرفق العام أو الأشغال العامة المساهمة في تنفيذ المرفق العام، حيث أن على المتعاقد مع الإدارة تنفيذ العقد عدا حالة القوة القاهرة، وحتى ولو كانت الكلفة تمثل مبالغ عالية¹ مقابل حقه في التوازن الاقتصادي للعقد، وهذا تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة التي جاء بها القضاء الإداري الفرنسي. وبموجبها أنه في حالة حصول ظروف غير متوقعة وقت إبرام العقد، تكون هذه الظروف ذات طبيعة مؤدية لانقلاب في التوازن الاقتصادي للعقد (Dislocation économique du contrat)، فإن المتعاقد مع الإدارة له الحق في التعويض، حيث على هذه الأخيرة تعويضه عن الجزء الأكبر من الخسارة، وليس جميع النفقات المترتبة عليه².

ولهذا فلكي يكون التغير في الظروف سبباً لتطبيق شرط تغير التوازن الاقتصادي للعقد، يجب أن يحمل ثلاثة خصائص رئيسية، يجري عادة تعيينها في هذا الشرط، وهي أن تكون الحالة استثنائية، وأن تكون غير متوقعة وقت إبرام العقد، وأن تحمل آثاراً خطيرة جداً تجاه اقتصاد العقد، والمصطلح المستخدم من قبل مجلس الدولة الفرنسي هو الانقلاب في اقتصاديات العقد (Bouleversement économique du contrat) وقت إبرامه من أجل تبرير التعويض بحجة الظروف الطارئة³.

¹ BOUZELY J. C., La répartition des compétences, Revue administrative, 1983, pp. 38-53.

² Conseil de l'Etat, Compagnie Générale d'éclairage de Bordeaux, Revue de droit public, 30 mars 1916, p. 126.

³ محمد على جواد، مرجع سابق، ص 189.

كما قد تثور منازعات بفعل هذه الظروف بين الأطراف المتعاقدة حول ما إذا كانت هذه الخصائص قد استجمعت فعلا، فللأطراف إمكانية إدراج، في متن العقد، الشرط الذي بواسطته يمكن حسم هذه المنازعات بسرعة، سواء بالاتفاق على الخضوع إلى قاضي العقد، إلا أن هذا الإجراء قد يستغرق وقتا طويلا جدا مقارنة بمدة العقد كما سنرى لاحقا، أو اللجوء إلى مركز الخبرة الفنية للغرفة الدولية للتجارة من خلال تعيين خبير من قبل هذه المؤسسة¹.

وفي حالة عدم التوصل إلى حل يرضي الأطراف المتعاقدة، فإن للطرف المتضرر حق فسخ العقد الذي لا يحمل صفة العقوبة².

الفرع الثاني

مراقبة التسيير

أوجد المشرع الجزائري آلية لمراقبة المسير طيلة مدة التسيير، إلا أن هذه الأخيرة عرفت تغيرات عبر الزمن، وإن كان الهدف واحد وهو المراقبة.

أولاً: المراحل التي مرت بها آلية المراقبة

إن توجه النظام العالمي الجديد فرض نفسه على الساحة الاقتصادية، وبالتالي كان لزاما على الدول أن تغير سياساتها، لا سيما في المجال الاقتصادي، ومن بينها الجزائر التي رأت نفسها ملزمة بمسايرة الركب، فباتت مرغمة على تغيير مسارها من اقتصاد موجه إلى اقتصاد السوق، ومن ثم التخلي شيئا فشيئا عن المؤسسات الوطنية، وخصوصا رؤوس أموالها التي أسندت لصناديق المساهمة المنشأة كأعوان انتمانية للدولة³.

¹ محمد على جواد، مرجع سابق، ص 189.

² المرجع نفسه، ص 191.

³ B. Abderrahmane, op.cité, p. 10.

فخير ما نستهل به دراستنا، هذه العبارة التي قالها السيد وزير العدل حافظ الأختام في كلمة ألقاها أمام نواب المجلس الشعبي الوطني بمناسبة مناقشة مشروع قانون عقد التسيير¹: "... وعن انشغاله حول كيفية مراقبة التجاوزات التي قد يرتكبها الطرف الأجنبي، أشير إلى أن المؤسسة هي التي تقوم بالمراقبة وذلك بواسطة ممثلين عن الجمعيات العامة لصناديق المساهمة."

إذن المراقبة من شأن المؤسسة العمومية الاقتصادية، وذلك بواسطة الممثلين عن الجمعيات العامة لصناديق المساهمة التي امتدت إلى فترة، ثم استبدلت بالشركات القابضة التي حُلَّتْ بدورها، لتستبدل بمجلس مساهمات الدولة، ولما كانت المراقبة من الأشياء الأساسية لقيام أي مؤسسة، سواء كانت عمومية أو خاصة، اقتصادية أو غير ذلك، كان من الضروري حفظ أموال المؤسسة وصونها من التلف والتبديد.

وعليه، نتناول بالدراسة المراحل التي مرت بها هذه الآلية،

أ- صناديق المساهمة

في إطار عملية التنمية الاقتصادية، اختارت الدولة إنشاء شركات لتسيير القيم المنقولة، مؤسسات عمومية اقتصادية، تسمى صناديق المساهمة وتخضع للقانون التجاري الجزائري وللقانون 88-03². يعمل صندوق المساهمة عونا لانتعاش الدولة تسند إليه رؤوس أموال عامة يتولى تسييرها، وبهذا الصدد، يتولى القيام باستثمارات اقتصادية لحساب الدولة، ولا سيما عن طريق المساهمة في رأسمال المؤسسات العمومية الاقتصادية بهدف تحقيق الأرباح.

وبهذا تشكل حافظة للقيم المنقولة التي يتولى تسييرها، فالصندوق يدرس وينفذ كل تدبير من شأنه تشجيع التوسع الاقتصادي والمالي للمؤسسات العمومية الاقتصادية

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، مرجع سابق، ص 5.

² القانون 88-03 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بصناديق المساهمة، ج.ر عدد 02 الصادر في 13/01/1988. (ملغى بموجب الأمر 95-25 المؤرخ في 25/09/1995 المتعلق بتسيير القيم المنقولة للدولة).

التي يحوز أسهمها أو حصصا في رأسمالها. وعلاوة على ذلك يتعين على الصندوق تحقيق أرباح ضمن الشروط التي يحددها مخطط متوسط الأمد.

يتولى إدارة الصندوق مجلس إدارة يتراوح عدد أعضائه من خمسة إلى تسعة أعضاء، تعينهم الحكومة لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد، وينتخب أعضاء مجلس إدارة الصندوق رئيسهم ويكلف بمهامه بموجب مرسوم.

يعين مجلس إدارة الصندوق الأشخاص الذين يختارهم لتمثيله في الجمعيات العامة العادية والاستثنائية، وكذا في أجهزة إدارة المؤسسات التي يحوز الصندوق أسهمها أو حصصا في رأسمالها¹، وهو جهاز يمارس الصلاحيات المنوطة به بموجب المرسوم الذي يحدد تشكيلته الاسمية، وينتخب الجهاز رئيسا من بين أعضائه ليرأس جلسات الجمعيات العامة العادية والاستثنائية، كما يتولى جهاز تسيير أسهم كل صندوق مساهمة دون أن تقل حصة الأسهم التي يحوزها كل صندوق مساهمة في مؤسسة عمومية اقتصادية أنشئت في شكل شركة ذات أسهم (SPA) عن 20%، ولا يزيد عن 40% من عدد الأسهم التي تملكها المؤسسة العمومية الاقتصادية المذكورة².

بلغ عدد صناديق المساهمة ثمانية صناديق هي كالاتي³:

1. صندوق الصناعات الغذائية والفلاحة والصيد البحري
2. صندوق المناجم والمحروقات والموارد المائية
3. صندوق الهياكل والتجهيزات
4. صندوق البناء
5. صندوق الكيمياء والبيتروكيمياء والصيدلة
6. صندوق الإلكترونيك والاتصالات والإعلام والمعلوماتية

¹ لفكير مختار، إصلاح المؤسسة العمومية الجزائرية بين النظرية والتطبيق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1996، ص 28.

² القانون 88-03 المؤرخ في 12/01/1988، المتعلق بصناديق المساهمة.

³ لفكير مختار، مرجع سابق، ص 32.

7. صندوق النسيج والجلود والأحذية

8. صندوق الخدمات

ب- الشركات القابضة العمومية Holding

بعد أن تم حل صناديق المساهمة، استبدلت بالمجموعة الاقتصادية أو المجمعات للشركات القابضة العمومية، هذه الصناديق التي عجزت عن حل عَقْد الاقتصاد الوطني الذي ميز مطلع التسعينيات.

فالشركة القابضة هي الشركة العمومية التي تقوم بالسيطرة المالية والإدارية على شركة أو أكثر من الشركات الأخرى، بحيث تصبح الشركة أو الشركات الأخرى تابعة لها، وذلك من خلال تملك الشركة القابضة العمومية للأكثرية المطلقة على الأقل من أسهم أو حصص تلك الشركة أو الشركات الأخرى¹.

ويسير مجلس مديرين الشركة القابضة العمومية، يوضع تحت رقابة مجلس المراقبة. تعيّن الجمعية العامة مجلس المديرين وأعضاء مجلس المراقبة لمدة سنت سنوات قابلة للتجديد، ويتم اختيارهم من بين المهنيين الذين تتوفر فيهم الصفات والكفاءة والتجربة المطلوبة في مجالات النشاطات المعنية.

يتولى مهام الجمعية العامة للشركات القابضة العمومية، ممثلون يفوضهم المجلس الوطني لمساهمات الدولة قانوناً، ويمارسون مهامهم ضمن الشروط وحسب الكيفيات التي ينص عليها القانون التجاري بالنسبة لشركات رؤوس الأموال.

يتكون مجلس المراقبة من سبعة أعضاء، ينتخبون رئيساً من بينهم، ويجتمع كل ثلاثة أشهر في دورة عادية، وفي دورة استثنائية كلما دعت الحاجة إلى ذلك، كما يمارس الرقابة المستمرة على تسيير الشركة القابضة العمومية، ويمكنه كذلك أن

¹ كمال أبو صقر، العولمة التجارية والإدارية والقانونية- رؤية إسلامية جديدة، الجزء الأول: النماذج، الطبعة الثانية، 2001، دار ومكتبة الهلال للطباعة والنشر، بيروت، ص288.

يقوم طوال السنة بعمليات الرقابة التي يراها ملائمة، ويمكنه أيضا أن يطلب الاطلاع على كل الوثائق التي يعتبرها ضرورية للقيام بمهامه¹.

بلغ عدد الشركات القابضة العمومية أحد عشر شركة هي كالاتي²:

1. الشركة القابضة للمعادن
2. الشركة القابضة للميكانيكا
3. الشركة القابضة للحديد والصلب
4. الشركة القابضة للكهرباء والإلكترونيك
5. الشركة القابضة للزراعات الغذائية
6. الشركة القابضة للكيمياء والأسمدة والصيدلة
7. الشركة القابضة للصناعات الغذائية المختلفة
8. الشركة القابضة لمواد البناء والعمران
9. الشركة القابضة لإنجاز المشاريع الكبرى
10. الشركة القابضة للصناعات الخفيفة المختلفة
11. الشركة القابضة للخدمات

حوّلت إلى الشركات القابضة العمومية، الأسهم والمساهمات والسندات والقيم المنقولة الأخرى التي كانت تحوزها صناديق المساهمة لحساب الدولة، والحقوق المرتبطة بذلك وكذا أصولها، وأعاد المجلس الوطني لمساهمات الدولة التوزيع حسب مقاييس النجاعة الاقتصادية والتجارية.

وقد حُلّت الشركات القابضة العمومية محل صناديق المساهمة في الحقوق والواجبات¹.

¹ الامر 95-25 المؤرخ في 25/09/1995، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر. عدد 55 المؤرخ في 27/09/1995. (ملغى بموجب الامر 01-04 المؤرخ في 20/08/2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خوصصتها، ج.ر. عدد 47 الصادر في 22/08/2001 المعدل و المتمم.).

² لفكير مختار، مرجع سابق، ص 32.

كما أن علاقة الشركات القابضة العمومية مع الدولة أصبحت ذات طبيعة تعاقدية أو اتفاقية، وهذا ما يميزها عن صناديق المساهمة والتي كانت تعد أعوانا ائتمانية للدولة.

ج- المفتشية العامة للمالية

حددت صلاحيات المفتشية العامة للمالية، وكذا تنظيم الهيئات المركزية والجهوية لهذه الهيئة الرقابية في ثلاثة مراسيم تنفيذية نشرت في الجريدة الرسمية رقم 50 المؤرخة في 7 سبتمبر 2008². وتمت الإشارة في المرسوم التنفيذي المحدد لصلاحيات المفتشية العامة للمالية، إلى أن هذه الهيئة الرقابية الدائمة تمارس مهمتها الرقابية على التسيير المالي والمحاسبي لمصالح الدولة والجماعات الإقليمية، وكذا الهيئات والأجهزة والمؤسسات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية.

كما أضاف المرسوم التنفيذي³ أن المفتشية العامة للمالية تمارس الرقابة أيضا على المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري و هيئات الضمان الاجتماعي التابعة للقانون العام، وكذا كل الهيئات ذات الطابع الاجتماعي والثقافي التي تستفيد من مساعدة الدولة أو الهيئات العمومية، بالإضافة إلى كل مؤسسة عمومية أخرى مهما كان نظامها القانوني، لا سيما المؤسسات العمومية الاقتصادية.

وتمارس المفتشية العامة للمالية، الرقابة أيضا على كل شخص معنوي آخر تستفيد ميزانيته من اعتمادات مالية من الدولة أو جماعة محلية أو هيئة عمومية (بأي صفة تساهمية كانت، على شكل إعانات أو قروض أو ديون).

¹ الأمر 95-25 المؤرخ في 25/09/1995، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، المادة 27.

² - المرسوم التنفيذي رقم 08-272 المؤرخ في 06/09/2008، يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، ج.ر. عدد 50 الصادر في 07/09/2008.

- المرسوم التنفيذي رقم 08-273 المؤرخ في 06/09/2008، يتضمن تنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج.ر. عدد 50 الصادر في 07/09/2008.

- المرسوم التنفيذي رقم 08-274 المؤرخ في 06/09/2008، يحدد تنظيم المفتشيات الجهوية للمفتشية العامة للمالية وصلاحياتها، ج.ر. عدد 50 الصادر في 07/09/2008.

³ المرسوم التنفيذي رقم 08-272 المؤرخ في 06/09/2008، يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، ج.ر. عدد 50 الصادر في 07/09/2008.

وبخصوص تدخلات المفتشية العامة للمالية، أكد النص أنها متعلقة بتقييم أداء أنظمة الميزانية والتقييم الاقتصادي والمالي لنشاط شامل أو قطاعي أو فرعي أو لكيان اقتصادي، والتدقيق وتقييم شروط تسيير واستغلال المصالح العمومية من طرف المؤسسات المختلفة.

ويمكن للمفتشية العامة للمالية أن تقوم أيضا بتقييم شروط تنفيذ السياسات العمومية، وكذا النتائج المتعلقة بها. ومن أجل تنفيذ جميع أعمال الرقابة، فإن المفتشية العامة للمالية تتدخل من خلال مهام الرقابة والتحقيق أو الخبرة حسب الحالة، التي تقوم على إمكانية مراقبة إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها ودقة الحسابات وصدقها وانتظامها. كما تخضع للرقابة شروط منح واستعمال الاعتمادات التي تقدمها الدولة والمؤسسات العمومية وتطابق النفقات المسددة مع الأهداف المسطرة. وتحرر عمليات الرقابة التي تقوم بها المفتشية العامة للمالية في برنامج سنوي، يعد ويعرض على وزير المالية خلال الشهرين الأولين من كل سنة مالية، ويتم إعداد هذا البرنامج حسب الأهداف المحددة وتبعا لطلبات أعضاء الحكومة والهيئات والمؤسسات المؤهلة.

غير أنه يمكن القيام بعمليات الرقابة خارج البرنامج المسطر بطلب من السلطات، حسب النص¹.

كما تعد المفتشية العامة للمالية تقريرا سنويا يتضمن حصيلة نشاطاتها وملخص معايناتها والأجوبة المتعلقة وتسلمه إلى الوزير المكلف بالمالية خلال الثلاثي الأول من السنة المالية الموالية للسنة التي أعد بخصوصها.

وفضلا عن توسيع صلاحياتها، فقد زودت المفتشية العامة للمالية بتنظيم جديد في هيكلها المركزية المحددة بالمرسوم التنفيذي² ويذكر أن المفتشية العامة للمالية التي

¹ المرسوم التنفيذي رقم 272-08 المؤرخ في 2008/09/06، يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، ج.ر. عدد 50 الصادر في 2008/09/07.

² المرسوم التنفيذي رقم 273-08 المؤرخ في 2008/09/06، يتضمن تنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج.ر. عدد 50 الصادر في 2008/09/07.

يساعد رئيسها مديران للدراسات، تضم ثلاثة أصناف من الهياكل: هياكل عملية للرقابة و التدقيق (مراقبون عامون للمالية)، ووحدات عملية وهياكل للدراسات والتسيير.

وإضافة إلى هياكلها المركزية، تم تزويد المفتشية العامة للمالية بمصالح خارجية التي حدد التنظيم الخاص بها وصلاحياتها¹ وللإشارة، فإن هذه المصالح الخارجية مهيكلة في شكل مفتشيات جهوية تقع مقراتها بـ 10 ولايات هي وهران وسطيف وقسنطينة وعنابة وتيزي وزو ومستغانم وتلمسان وسيدي بلعباس والأغواط و ورقلة.

ثانيا: مراقبة التسيير

بعد ما تعرفنا على مختلف المراحل التي مرت بها آلية المراقبة، يجدر بنا الآن أن نتطرق إلى طبيعة هذه الآلية وعلاقتها بالمسير، سيما التزام هذا الأخير بتقديمه للمعلومات عن عملية التسيير الموكلة إليه بموجب عقد التسيير، وأخيرا الأهداف المتوخاة من هذه العملية الحساسة جدا، فالأمر يتعلق بالمال العام، وكل أمر تعلق بالمال العام يجب أن يحاط بعناية خاصة وبشفافية واسعة النطاق، لا تدع مجالا لا للاشتباه ولا للتأويل.

أ- الطبيعة القانونية لجهاز المراقبة

سواء تعلق الأمر بصناديق المساهمة²، أو بالشركات العمومية القابضة³، نجد في كل مرة مصطلح المؤسسة العمومية الاقتصادية يتكرر، وبإلحاح لوصف هذه

¹ المرسوم التنفيذي رقم 274-08 المؤرخ في 2008/09/06، يحدد تنظيم المفتشيات الجهوية للمفتشية العامة للمالية وصلاحياتها، ج.ر عدد 50 الصادر في 2008/09/07.

² القانون 03-88 المؤرخ في 1988/01/12، المتعلق بصناديق المساهمة، المادة الأولى.

³ الأمر 25-95 المؤرخ في 1995/09/25، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، المادة 4.

الآلية، بحيث تكون هذه الأخيرة مسؤولة عن توظيف¹ وتوزيع أصول المؤسسات العمومية الاقتصادية، وإمكانية التنازل عن الأصول بالنسبة للشركات القابضة فقط².

أما مجلس مساهمات الدولة وحسب التركيبة العضوية له، فهو عبارة عن الجهاز التنفيذي المكون من رئيس الحكومة رئيسا، والوزراء أعضاء³. وتكمن صلاحياته في توظيف أصول المؤسسات العمومية الاقتصادية وتوزيعها والتنازل عنها⁴، أما المفتشية العامة للمالية فهي عبارة عن هيئة إدارية تخضع سلميا لوزارة المالية.

مع العلم أن جهاز المراقبة، هم الممثلون المعينون عن الجمعية العامة⁵، سواء تعلق الأمر بصناديق المساهمة⁶ أو الشركات العمومية القابضة⁷، أو مجلس مساهمة الدولة⁸، إلا أن هؤلاء الأعضاء تعينهم الحكومة بالنسبة لصناديق المساهمة ومجلس مساهمة الدولة. أما بالنسبة لأعضاء الشركات القابضة العمومية، فيتم تعيينهم وفقا لما جاءت به المادة 11 الفقرة 3 إذ تنص⁹: "يختار أعضاء مجلس المديرين وأعضاء مجلس المراقبة من ضمن المهنيين الذين تتوفر فيهم الصفات والكفاءة والتجربة المطلوبة في مجالات النشاط المعنية". فالملاحظ أن التعيينات التي تقوم بها الحكومة، لم ينص المشرع على المعايير الواجب توافرها في هؤلاء الأعضاء، بينما كان النص

¹ القانون 03-88 المؤرخ في 12/01/1988، المتعلق بصناديق المساهمة، المادة 2 الفقرة 1 والمادة 4؛ والأمر 25-95 المؤرخ في 25/09/1995، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، المادة 4.

² القانون 03-88 المؤرخ في 12/01/1988، المتعلق بصناديق المساهمة، المادة 10؛ والأمر 25-95 المؤرخ في 25/09/1995، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، المادة 7.

³ يتعلق بتشكيلة مجلس مساهمات الدولة و سيره المعدل و المتمم، المادة 2.

⁴ الأمر 04-01 المؤرخ في 20/08/2001، المتعلق بتنظيم وتسيير وخصوصية المؤسسات العمومية الاقتصادية، المعدل والمتمم، المادة 4.

⁵ نادية فوضيل، مرجع سابق، ص 70.

⁶ القانون 03-88 المؤرخ في 12/01/1988، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، المادة 19.

⁷ الأمر 25-95 المؤرخ في 25/09/1995، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، المادة 11.

⁸ الأمر 04-01 المؤرخ في 20/08/2001، المتعلق بتنظيم وتسيير وخصوصية المؤسسات العمومية الاقتصادية، المعدل والمتمم، المادة 12.

⁹ الأمر 25-95 المؤرخ في 25/09/1995، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة.

صريحا بالنسبة للشروط الموضوعية الواجب توافرها في الأعضاء المختارين فيما يخص الشركات العمومية القابضة.

المطلب الثاني

انقضاء ترست التسيير ومراقبته

بداية من نشأة ترست إلى غاية انقضائه، فإن عملية تسيير ذمة ترست يفترض أن تتم تبعا لإرادة المؤسس التي تنظم العلاقة بين الأطراف وتحدد صلاحيات وسلطات المسير، إلا أنه يتم تعديل محتوى العقد التأسيسي استثناءً في بعض الحالات، ويفيد هذا التعديل في بعض الأحيان بوجود نية المؤسس لإنهاء ترست. وعليه يتضح أنه من الضروري دراسة الحالة التي يؤدي فيها التعديل إلى تعديل محتوى العقد فقط، والحالة التي يراد من ورائها إنهاء ترست¹.

أما المراقبة فمقاصدها جمة ومتعددة، بحيث يكون المراقب وكيلا يقوم مقام المؤسس تارة، ويلعب دور المحكم والموفق بين المسير والمستفيد تارة أخرى.

الفرع الأول

انقضاء ترست التسيير

إن تعديل العقد التأسيسي يمكن أن يأخذ أوجها مختلفة، بحيث يمكن لهذه العملية أن تعدل أهداف ترست أو طرق تحقيقها، وفي حالات أخرى يفيد التصفية المبكرة لترست. إن هاتين الطريقتين لوضع حد لترست تختلفان جذريا بحيث أن الحالة الأولى لانتهاء ترست تكون تبعا لتحقيق أهداف ترست قبل حلول آجاله، أما الثانية فهي الحالة التي يكون فيها الفسخ².

¹ STEPKOWSKI Aleksender, L'institution du trust, éd. LIBER, 2005, p. 136.

² STEPKOWSKI Aleksender, L'institution du trust, éd. LIBER, 2005, p. 136.

بما أننا قد رأينا أن التأبيد في آلية ترست يعد من النظام العام في بحث سابق، فإنه يكون لازماً محدد المدة. من أجل ذلك، فمهما طال مدتة فإنه لا بد له أن ينقض، وإن اختلفت طرق و وسائل انقضائه.

أولاً: تعديل العقد التأسيسي لترست

بمجرد أن يدخل ترست حيز التنفيذ، فإن الأهداف التي سطرها المؤسس لخدمة التسيير والطرق التي يجب على المسير أن يتبعها لتحقيقها، لا يمكن تعديلها إلا استثناءً، عن طريق القضاء شريطة إجماع المستفيدين على ذلك، بالإضافة إلى أن يكون جميعهم قد بلغوا سن الرشد، أي ثمانية عشر سنة كاملة، بحيث يصبح المسير مجبراً على تغيير أهداف ذمة ترست عن تلك التي أنشأها المؤسس من أجلها.

عملياً، من الصعب جداً تحديد كل المستفيدين إن تعددوا، زيادة على وجوب تمتعهم بالأهلية المطلوبة، وكذا إجماعهم على التعديل¹ مما يحد من اللجوء إلى مثل هذه الطريقة².

إن شدة التعقيدات المطلوبة في التعديل، غالباً ما تؤدي إلى تغير جذري لترست³، فللقاضي السلطة التقديرية للحكم على مدى ملاءمة التعديلات المطلوبة، كما

¹ STEPKOWSKI Aleksender, Op. cit., p. 136.

² NORRIE K.McK. – SCOBIE E.M. – DALGLEISH A.M.C., *Trusts*, Edinburgh 1991, p.160, Cf. WILSON W.A. – DUNCAN A.G. – W.A. ELLIOTT, *Trust Trustees and Executors with Chapter on Judicial Variation of Trusts*, éd. 2, Edinburgh 1995, pp. 178-179.

³ STEPKOWSKI Aleksender, Op. cit., p.136 : "On a essayé dans les années 30 de modifier la loi par le biais des précédents. En abusant de certaines solutions procédurales, la Chancery Division a de facto élargi sa compétence sur les questions liées à la modification des objectifs du trust. On a utilisé ici le principe selon lequel le juge doit valider un règlement amiable entre les parties dans une affaire concernant un litige portant sur les compétences résultant du trust. Un règlement amiable ainsi validé liait tous les bénéficiaires.

Ainsi, en voulant modifier les objectifs du trust, on engageait des procédures fictives lors desquelles on aboutissait à un règlement amiable dont le contenu comprenait aussi des dispositions modifiant de facto les objectifs du trust. Avec le temps, on a cessé d'engager ces actions fictives et on demandait seulement de valider le règlement amiable (sanctioning of compromise).

أن طلب إدخال تعديل على ترست لا يعني بالضرورة إنشاء ترست جديد¹. من المحتمل جدا أن يستعمل القاضي صلاحياته إن كانت تعديلات المستفيدين الطارئة، قد تشدد من شروط ترست إلى حد الإرهاق، كما يمكن للمستفيدين أن يطلبوا التعديل إن كانت تبريراتهم مقبولة، بحيث يكون بمقدورهم أن يبرهنوا على أنه بموجب التعديل المقترح يمكنهم أن يصلوا إلى الهدف المسطر عند التأسيس بأحسن الطرق، علما أن المسائل الجبائية تكون في هذا المقام أفضل تبرير².

إن وجوب التزام المسير بمحتوى العقد التأسيسي لترست، يمنعه من إحداث أي تعديل على المهام المسندة إليه. وتعتبر هذه هي القاعدة العامة، أما الاستثناء في أن المستفيدين هم الوحيدون الذين يمكنهم القيام بذلك مقيدون بشروط، كما أن للجهات القضائية إدخال التعديل، إن اقتضى الأمر ذلك، إن اجتمعت بعض الظروف التي تتعلق بأهليتهم، حين يكونون متمتعين بكامل أهليتهم، ولهم الحق المطلق على أصول ترست، يمكنهم المطالبة بتحويلها لصالحهم، كما يكون هذا الحق نهائيا وكاملا³.

مبدئيا ترست غير قابل للتعديل كما رأينا سلفا وهذه هي القاعدة العامة، إلا أن لكل قاعدة استثناء، وهو أن المحاكم انتهت بالرضوخ للضغوطات الصادرة أساسا عن خوفها فقدان المرونة التي هي ميزتها الفريدة⁴، خاصة أن الأمر يخدم النظام الجبائي

Toutefois, la Chambre des Lords a contesté cette pratique dans l'affaire Chapman v. Chapman [1954] A.C. 429."

¹ NORRIE K.McK. – SCOBIE E.M. – DALGLEISH A.M.C., Op. cit., pp. 164-168.

² Colville, Petitioner, 1962 S.C. 185; 1962 S.L.T. 45, Lord Clyde à la p. 51: "The main if not the only reason for the adoption of this method is related to the heavy taxation otherwise exigible on the petitioner's death. But this seems to us none the less a perfectly legitimate reason for the adoption of this method of making the variation in preference to one which would render the estate liable to a much heavier rate of duty".

³ L'arrêt Saunders v. Vautier, [1841] 4 Beav. 115 ; Cr. et Ph. 240 ; 10 L.J. Ch. 354.

⁴ Variation of trusts act, 1958.

عند ظهورها لأصحابها من جديد¹. وقصد إيجاد حل لهذا الإشكال وإضفاء نوع من الانسجام على القرارات التي تصدرها فإن مجمل الجهات القضائية اعتمدت قانون ترست المعدل " *Variation of trusts Act* " دون الخوض في خصوصيات كل هذه القوانين، يبدو أن هذه الأخيرة ترمي إلى حماية مصالح الأشخاص والذين هم في أغلب الأحيان المستفيدين؛ غير أن المحاكم لا تلجأ لمثل هذا التعديل إلا إذا اقتنعت بالمبرر الذي يرمي إليه " *Justifiable character of the entire plan* ".

ثانياً: طرق انقضاء ترست

لإنقضاء ترست طرق عادية وأخرى غير عادية، حيث تكمن الطرق العادية في انقضاء المدة أو تحقيق الهدف؛ والطرق غير العادية في الفسخ واستحالة تحقيق الهدف وتنازل المستفيدين عنه.

أ- الطرق العادية لإنقضاء ترست

يعد انقضاء المدة التي أبرم ترست من أجلها، وكذا تحقيق الأهداف قبل حلول أجل ترست، من الأسباب التي تؤدي إلى انتهائه.

1- انقضاء المدة

إن قواعد المدة في ترست التي تجمل بين قواعد التعمير (Longévité) وقواعد التراكمات، تم تحيينها سنة 2009 من خلال القانون Perpetuities and accumulations Act الذي دخل حيز التنفيذ في 06 أبريل 2010؛ قبل هذا التاريخ² حدد مدة ترست بواحد وعشرين (21) سنة بعد وفاة الأشخاص الذين أسسوه، وهي المدة نفسها التي اعتمدها تعديل سنة 1964³، مع تغيير طفيف، بحيث يبدأ في احتساب مدة واحد وعشرون (21) سنة من تاريخ وفاة شخص معين بالذات كان على قيد الحياة يوم تأسيس ترست، وهو معني بالأمر أي بترست. زيادة على هذا الخيار

¹ قلنا في وقت سابق أن من مميزات ترست، السرية؛ وحين تدخل أصول ترست في ذمة المستفيدين منه تصبح الملكية علنية تخضع للتحصيل الجبائي.

² Cadell v. Palmer 1833.

³ Perpetuities and accumulations Act, 1964.

هناك مدة أخرى محددة بثمانين (80) سنة إذا أغفل تحديدها، إلا أن هذا التعديل يرجح الحالة الأولى من خلال البدء في احتساب مدة واحد وعشرون (21) سنة من تاريخ وفاة أول مستفيد معين في ترست.

غير أن تعديل سنة 2009¹ بسط القواعد المتعلقة بمدة ترست، من خلال مادته الخامسة الفقرة الأولى² حيث حددها بمدة واحدة تقدر بمائة وخمسة وعشرين (125) سنة غير قابلة للتجديد، ويبدأ في احتسابها من تاريخ دخول ترست حيز التنفيذ³.

كما هو الشأن بالنسبة لكل العقود، ففناذ المدة يؤدي بالضرورة إلى انقضاء ترست، سواء تحققت الأهداف التي أنشئ من أجلها أم لم تتحقق، إلا أنه بالنظر إلى المدة المعتبرة التي ينفذ فيها ترست والتي تصل إلى مائة وخمسة وعشرون (125) سنة، فنادرًا ما لا تتحقق أهدافه.

2 - تحقيق الهدف

حسب التعريف الكلاسيكي لترست الموجود في Halsbury's laws of england المذكور سلفاً، والذي جاء فيه: "...بتسييرها لصالح شخص أو أشخاص آخرين أو

¹ Perpetuities and accumulations Act, 2009.

² 5 Perpetuity period: " (1) The perpetuity period is 125 years (and no other period).

(2) Subsection (1) applies whether or not the instrument referred to in section 1(2) to (6) specifies a perpetuity period; and a specification of a perpetuity period in that instrument is ineffective."

³ 6 Start of perpetuity period: " (1) The perpetuity period starts when the instrument referred to in section 1(2) to (6) takes effect; but this is subject to subsections (2) and (3).

(2) If section 1(2), (3) or (4) applies and the instrument is made in the exercise of a special power of appointment the perpetuity period starts when the instrument creating the power takes effect; but this is subject to subsection (3).

(3) If section 1(2), (3) or (4) applies and—

(a) the instrument nominates benefits under a relevant pension scheme, or
(b) the instrument is made in the exercise of a power of advancement arising under a relevant pension scheme,
the perpetuity period starts when the member concerned became a member of the scheme.

(4) The member concerned is the member in respect of whose interest in the scheme the instrument is made."

لتحقيق هدف أو أهداف معينة،.... " فعدم تحقق الهدف أو الأهداف التي أنشئ من أجلها ترست، يصبح ترست عديم الجدوى وإن لم تنقض مدته، من أجل ذلك يضع حدا لترست لأنه يكون قد حقق الأهداف التي أسس من أجلها، ولا جدوى في استمراره¹.

ب - الطرق غير العادية لانقضاء ترست

يقصد بالطرق غير العادية في انقضاء ترست، تلك الحالات التي يحل فيها ترست دون أن يصل إلى تحقيق الأهداف التي أسس من أجلها، لأسباب متعددة.

1- فسخ ترست

بالنسبة للفسخ، فبإمكان المؤسس أن يحتفظ بهذه الصلاحية من خلال النص عليه في العقد التأسيسي، بحيث لا بد للمؤسس من تعيين كيفية اللجوء إليه، كما لا يفوتنا الإشارة في هذا المقام إلى أن استبقاء المؤسس على حقه في الفسخ، يجبر هذا الأخير على إدراج أصول ترست في تصريحاته الجبائية لأن الأصول المؤسسة لترست لا تعد خارجة من ذمته، أي أنها ليست عملية تنازل نهائي² " *Vested indefeasibly* ". يعد الفسخ طريقة خاصة للتدخل في محتوى إرادة المؤسس؛ إذ أن بموجب هذا الفسخ يُجَرَّد المستفيدون من حقوقهم فيما يخص العائدات التي تدرها الأصول الموضوعية في ترست، الأمر الذي يتنافى وإرادة المؤسس، لأنه من المفروض أن تحقيق الأهداف ينبع من إرادته، وبالتالي من المفترض أن يكون هو من يضع حدا لترست، وليس شخصا آخر³.

كما سبق وأن رأينا، فإن المؤسس يختفي بمجرد إنشاء ترست، لذلك لا يمكنه التدخل من أجل تعديله أو فسخه، إذا كان ترست نهائياً، أي غير رجعي، إلا أن الحالة التي هي موضوع بحثنا هي ترست التسيير بمعنى أوضح ترست رجعي، وعليه وإن

¹ Halsbury's laws of england.

² Halsbury's laws of england.

³ Halsbury's laws of england.

اختفى المؤسس فله وللمراقب إن وجد، وللمستفيد كما سنرى لاحقاً، الحق في التدخل من أجل حماية مصالحه¹.

وعليه، فإن إشكالية عنصر الرجعية، أو أن ترست نهائي بالنسبة للعقد التأسيسي لترست، تعد مسألة تتوقف على المحتوى الفعلي للإرادة والطبيعة القانونية للعقد التي تؤسسه. لذلك، فإمكانية تحديد رجعية العقد المؤسس لترست من عدمه، يتيح إمكانية أخرى وهو السماح لعلاقة قانونية محددة من معرفة العناصر المكونة للإرادة المنشئة لها².

وقصد التمكن من إثبات إرادة المؤسس، وما إذا كانت ترمي إلى تأسيس ترست نهائي، فعلى من ادعى ذلك أن يثبت أن المؤسس تخلى نهائياً عن كتلة معينة من ذمته لصالح مستفيدين يحصلون حصراً على الحقوق التي يدرها ترست³.

إذا لم تحترم هذه الشروط عند تأسيس ترست، فإنه يظل للمؤسس حق الاحتفاظ بالذمة. ولذلك يكون بإمكانه العدول عن تأسيسه⁴، وعليه يمكن لترست الذي كان يمكن الرجوع عنه عند التأسيس، أن يصبح نهائياً مع مرور الوقت، كترستات التي تنشأ لصالح أطفال لم يولدوا بعد والعكس كذلك صحيح، إذ أن الترست الذي كان نهائياً في بادئ الأمر، يصبح رجعياً مع مرور الوقت، كما هو الحال عند موت المستفيد⁵.

¹ Halsbury's laws of england.

² Ibid.

³ Halsbury's laws of england.

⁴ Ibid.

⁵ Halsbury's laws of england.

2 - استحالة تحقيق هدف ترست

إذا أصبح تحقيق الأهداف التي أسس من أجلها ترست مستحيلا، فيوضع كذلك حدا لوجوده، بسبب عدم جدوى استمراره، لاستحالة تحقيق الأهداف المرجوة منه¹.

3 - تنازل المستفيدين

يمكن أن ينقض ترست بالتنازل عنه من قبل جميع المستفيدين، بسبب عدم جدواه بالنسبة لهم، بالرغم من أن المدة المحددة له لم تنته، وأن تحقيق أهدافه يبقى ممكنا، إلا أنهم لم يعودوا يرون سببا مقنعا لاستمراره²، شريطة أن يكون كل المستفيدين راشدين كما رأينا سلفا.

الفرع الثاني

مراقبة ترست التسيير

المراقب هو الشخص القانوني الذي يسهر على مدى تنفيذ المسير لترست حسب ما يقتضيه العقد التأسيسي، بمعنى أن المؤسس عند ترتيبه لتأسيس ترست يختار شخصا طبيعيا أو معنويا، إلا أنه غالبا ما يكون شخصا طبيعيا من من يثق فيهم، ليقوم مقام المؤسس في مراقبة المسير، ومدى احترامه لإرادة المؤسس من خلال تنفيذه لترست.

وعليه، نتعرف على المراقب والدور المنوط به في ترست، وكذا السلطات التي يتمتع بها في هذا الإطار.

أولا: تعريف المراقب

المراقب هو كما سبق وأن قلنا، أنه يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا يقوم بمراقبة المسير في مدى احترامه لإرادة المؤسس من خلال تنفيذه لترست، وغالبا ما

¹ Halsbury's laws of england.

² Ibid.

يكون شخصا قريبا من المؤسس¹، في غالب الأوقات ما يكون إما محاسبا، محام أو مستشار عائلي.

ثانيا: دور المراقب

إن العقد التأسيسي لترست، هو من يحدد دور المراقب، بحيث يعتبر بمثابة عنصر إضافي يزيد من حماية مصالح المؤسس كونه الشخص الأكثر دراية بمقاصد المؤسس الاستثمارية، على المدى البعيد². كما أنه الشخص الأكثر قدرة على إضفاء التوازن بين المسير والمؤسس والمستفيدين بحكم تخصصه³.

ثالثا: سلطات المراقب

يمكن أن تأخذ سلطات المراقب أبعد الحدود التي يراها المؤسس مناسبة في هذا المجال⁴، وعلى العموم تكون السلطات المخولة للمراقب كما يلي:

1 - إمكانية خلع أو استبدال المسير، ويرى جل الفقه أنها السلطة الوحيدة التي يمكن أن يتمتع بها المراقب، بحيث عند امتناع المسير عن تنفيذ ترست طبقا لإرادة المؤسس لصالح المستفيدين، أو غير من إستراتيجية التسيير دون مبرر مقنع، أنه يمكن للمراقب أن يستبدله دون أن يقدم له أي تبرير⁵.

2 - إمكانية تحويل مكان تنفيذ ترست حسب المستجدات، وما يعود من فائدة على ترست، كالحالة التي يتم فيها تغيير القانون، بحيث تخفض الضرائب في بعض المناطق وترفع في المناطق الأخرى، فيلجأ المراقب إلى إعادة توطين ترست في المنطقة التي استفادت من التخفيض، مراعاة لمصلحة المستفيدين.

¹ المسير هو كذلك شخص كان في بادئ الأمر قريب من المؤسس بدليل أن كلمة ترست الانجليزية معناها الثقة، إلا أن في أيامنا هذه، معيار اختيار المسير يقوم على المهنية والاحترافية كما رأينا في وقت سابق.

² UNDERHILL Arthur, Op. cit., p. 25.

³ Ibid.

⁴ HUDSON Alastair, Advanced Equity and trusts, departement of law, Queen Mary, University of Landon, 2006, p. 53.

⁵ HUDSON Alastair, Op. Cit., p. 53.

3- حل سوء التفاهم بين المسيرين، إذا تعددوا وتسويتها بين المسير والمستفيدين في حالة حدوثها.

4- مراقبة المصاريف التي تتجاوز مبلغا معيناً، الأمر الذي يحد من لجوء المسير إلى مثل هذه التجاوزات باعتماد طريقة الإمضاء المزدوج، بحيث يمضي كل من المسير والمراقب على كل وثيقة مالية، تتعدى مبلغاً محدداً مسبقاً في العقد التأسيسي.

5- إمكانية النظر في مدى ملاءمة تقسيم الأرباح على المستفيدين، بحيث يكون له حق الاعتراض على حصول كل أو بعض أو أحد المستفيدين على حقه إذا كان ناقص الأهلية، كما يمكن أن يكون هذا الاعتراض مؤقتاً، أو يرى أن يستثمر نصيبه فيما يعود عليه بالفائدة.

6- إمكانية الاعتراض على قرارات المسير الاستثمارية، وهذا يرجع إلى مدى خبرة المراقب وتخصصه، في حدود المخاطر دون الخروج عن إطار العقد التأسيسي لترست.

7- قدرة المراقب على تتبع أصول ترست، واسترجاعها من أيادي أي كان، قد يستحوذ عليها دون وجهة حق.

8- يمكن أن يضع حداً لترست، إذا رأى أن أصوله لم تعد مجدية للاستثمار، أو إذا أصبحت مستحقات التسيير تفوق عائداته، فللمراقب فسخ ترست وتصفيته بين المستفيدين.

المطلب الثالث

انقضاء فيدوسية التسيير ومراقبتها

لا تعدو أن تختلف هذه الآلية عن سابقتها. بحيث تنقضي فيدوسية عموماً لأسباب معينة، ذكرت على سبيل الحصر في النصوص القانونية التي تنظم فيدوسية، واستثناءً لأسباب أخرى كذلك معينة عن طريق القضاء. من أجل ذلك يعين لها مراقب لتأدية مهام المراقبة طيلة مدة العقد بسلطات معينة تحدد في العقد.

نتناول في هذا المطلب انقضاء فيديوسية التسيير (الفرع الأول)، ومراقبة فيديوسية التسيير (الفرع الثاني) كما يلي:

الفرع الأول

انقضاء فيديوسية التسيير

من المهم جدا أن تحدد بدقة أسباب انقضاء فيديوسية، فالمادة 2029¹ تحصرها في حالتين، إما بقوة القانون أو تبعا لصدور حكم قضائي. وعليه تنقضي فيديوسية بإحدى الطريقتين، تتعلق الطريقة الأولى بالانقضاء بقوة القانون أما الثانية تكون نتيجة لحكم قضائي.

أولا: انقضاء فيديوسية بقوة القانون

تتعلق الطريقة الأولى بالانقضاء بقوة القانون، والتي تكون بانتهاء المدة المحددة لها في العقد، أو ببلوغ الأهداف المسطرة لها، أو عندما يتنازل جميع المستفيدين عن فيديوسية².

وعليه، ينتهي عقد فيديوسية بقوة القانون في حالتين: إما ببلوغ الآجال المحددة في العقد، أو بلوغ الهدف الذي أنشئت من أجله، ولو قبل حلول آجالها.

¹ C.Civ., **Article 2029** : "Le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique, par la survenance du terme ou par la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme.

Lorsque la totalité des bénéficiaires renonce à la fiducie, il prend également fin de plein droit, sauf stipulations du contrat prévoyant les conditions dans lesquelles il se poursuit. Sous la même réserve, il prend fin lorsque le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution ou disparaît par suite d'une cession ou d'une absorption et, s'il est avocat, en cas d'interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau."

² C.Civ., Art. 2029, Cf. BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. cit, p. 99 et DE ROUX Xavier, Op. cit., p. 55.

ثانيا: انقضاء فيديوسية قضائيا

أما الثانية فتكون نتيجة لحكم قضائي بسبب تنازل جميع المستفيدين، أو بموت أحد

المسيرين إن تعددوا، كما يكون بسبب تصفية الشخص الاعتباري، أو انحلاله بصفته مسيرا¹.

أما بالنسبة للحالة التي يكون فيها الانقضاء بسبب صدور حكم قضائي، فنعد أربعة حالات كالآتي:

1- تنازل جميع المستفيدين عن فيديوسية، لانعدام أسباب استمرارها، وبالتالي تعود ذمة فيديوسية لتذوب في ذمة المؤسس.

2- التصفية القضائية للمسير.

3- الانحلال.

4- اختفاؤها تبعا لانصهارها أو التنازل عنها لصالح شركة أخرى.

أضاف مجلس الأمة حالة أخرى لانقضاء فيديوسية، حيث ترك الأمر لاتفاق الأطراف المتعاقدة.

للحالات التي ينقضي فيه العقد، أو انقضائها بقوة القانون عند تنازل جميع المستفيدين عنها، أو بسبب تصفية المسير قضائيا، أو انحلاله، أو اختفائه².

إلا أنه يمكن أن يتوقع في العقد بعض الحلول لبعض الحالات، مثل أن تنتقل أصول وخصوم فيديوسية إلى المؤسس أو إلى مورثه في حالة التركة³.

¹ BZOWSKI Guillaume, L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, Paris, 2011, p. 261.

² DE ROUX Xavier, Op. cit., p. 55.

³ DE ROUX Xavier, Op. cit., p. 29, Cf. BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. cit., p. 99.

الأمر الذي تبناه مجلس الشيوخ قصد المحافظة بشكل أوسع على حرية الأطراف المتعاقدة؛ وهو مبدأ معقد التركيب من شأنه أن يؤدي إلى صعوبات عند تطبيقه، بحيث كان من المستحسن عدم توقع أي بديل تعاقدى بين الحالتين التي تنقضي بها فيدوسية، أو توقع سوء تدبير أعم، يتعلق بالانقضاء القضائي، في حالة إغفال العقد الحالات المذكورة سلفاً¹.

يبقى مصير ذمة التسيير (ذمة فيدوسية) غامضاً في حالة انقضاء فيدوسية لغياب المستفيدين الفرضية التي تنظمها المادة 2030، وتتعلق بمصير ذمة التسيير في حالة غياب المستفيدين أو موت المؤسس، والنص الذي تبناه مجلس الأمة كان أشمل وأوضح، بحيث جاء بصيغة "غياب جميع المستفيدين".

لا يشترط في عقد فيدوسية تعيين المستفيدين من الذمة المنقولة (المؤسسة لفيدوسية) عند إبرام العقد، يمكن أن يكون هذا التعيين خلال العقد، والعقبة الوحيدة التي تعترض ذلك هي أن القانون يفرض أن يتم ذلك قبل نفاذ المدة المحددة من قبل الأطراف أو على الأقل قبل حلول الآجال القانونية له، لأنه من النظام العام، إلا أنه من المستبعد أن لا يتم بسبب الضمانات التي توفرها المادة 2018، كما أن المادة 2030 تضمن من جهة أخرى الحالات التي ينعقد فيها المسير، سواء عند إنهاء مهامه من قبل المؤسس، أو عقب حكم قضائي، للأسباب المذكورة آنفاً والتي حددتها المادة 2029².

¹ DE ROUX Xavier, Op. cit., p. 55.

² DE ROUX Xavier, Op. cit., p. 56.

الفرع الثاني

مراقبة فيدوسية التسيير

على غرار الآليتين السابقتين، لعقد فيدوسية كذلك الحق في تعيين مراقب يقوم مقام المؤسس في مراقبة المسير في مدى احترامه لبنود العقد¹. وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى المراقب من خلال الفائدة المرجوة من تعيينه، والصفات التي يجب أن تتوفر فيه والسلطات المخولة له بهذه الصفة.

أولاً: الفائدة من تعيين المراقب

تتيح المادة 2017² من قانون فيدوسية للمؤسس، تعيين مراقب، وفي أي مرحلة من تنفيذ العقد قصد مراقبة مدى جدية المسير في تنفيذه، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك عند إبرام العقد، حيث تنص هذه الأخيرة على ما يلي: "يحق للمؤسس وفي أي وقت، تعيين طرف يقوم بضمان مصالحه في إطار تنفيذ العقد، ويتمتع بنفس السلطات التي يخولها القانون للمؤسس، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك في عقد فيدوسية."، كما أن ليس هناك ما يمنع أن يتم تحديد صلاحيات وسلطة المراقب في العقد بين المؤسس والمسير³.

إذن يمكن للمؤسس، في أي وقت شاء، في إطار تنفيذ العقد، تعيين مراقب يقوم مقامه للتأكد من مصالحه والسهر على حمايتها⁴.

¹ DE LOZADA Louis Sanchez, Op. cit., p. 229, Cf. IBARRA GARZA Rafael, Op. cit., p. 112.

² Article 2017 : " Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant. Lorsque le constituant est une personne physique, il ne peut renoncer à cette faculté."

³ DE ROUX Xavier, Op. cit., p. 42.

⁴ BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. cit., p. 70.

غير أنه، عندما يكون المؤسس شخصا طبيعيا، فالأمر المؤرخ في 2009/01/30¹ يوضح أن تعيين المراقب أمر إلزامي، لا يمكن للمسير التنازل عنه.

ثانيا: صفة المراقب

لا يشترط القانون المدني أية شروط يجب توافرها في المراقب. وعليه يمكن أن يكون أي شخص يراه المؤسس كفيلا بأن يقوم بهذه المهمة، إلا أنه مراعاة لمصلحة المؤسس، فالمتعارف عليه يفيد أن ذوي المهن القانونية المختصين في قانون الأعمال أو المختصين في الاقتصاد والمال، هم المؤهلون لتقلد هذه المهمة²، وفي الصف الأول المحامون، الموثقون والمحاسبون الخبراء، وفي الصف الثاني المتصرفون القضائيون حيث يمكن للمؤسس أن يقوم بتعيين أحدهم كمراقب حتى يدافع عن مصالحه³، ويوفر أفضل حماية لمصالح المؤسس والمستفيد على حد سواء⁴.

تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن توسيع اختصاص المسيرين إلى المحامين، يعزز من هذا التحليل، إذ أن المؤسس لفيدوسية التسيير سيجد ضالته لا ريب في تعيين مثل هذا المراقب، حيث سيكون العين التي لا تنام في السهر على مراقبة المسير في تنفيذ مهامه، في حدود الصلاحيات المخولة له لبلوغ الأهداف المرجوة⁵.

يمكن للمؤسس، إذا كان شخصا اعتباريا، أن يتنازل عن هذا الحق، أي أن يتفق مع المسير في العقد على أنه لن يعين مراقبا لاحقا، على عكس ما إذا كان المؤسس

¹ Ordonnance N° 2009-112 du 30/01/2009, portant diverses mesures relatives à la fiducie, www.legifrance.gouv.fr

² BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. cit., p70.

³ ESQUIVA-HESSE Sandra, Fiducie-gestion : impacts des réformes et perspectives potentielles en matière de restructuration, JOURNAL DES SOCIETES, N° 66 Juin 2009, pp. 49-50, Cf. BOUTELLER Patrice, JCP E&A n°13, 29/03/2007, 1404.

⁴ BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. cit., p. 70, Cf. DE LOZADA Louis Sanchez, Op. cit., p. 229.

⁵ BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. cit., p50.

شخصاً طبيعياً، فحتى لو اتفقا في العقد على عدم تعيين مراقب، فإنه يمكنه العدول عن ذلك في أي وقت¹.

ثالثاً: السلطات المخولة للمراقب

حين يغفل العقد عن تحديد السلطات المخولة للمراقب، فإن هذا يفيد أن المراقب يتمتع بنفس السلطات التي خولها المشرع الفرنسي للمؤسس، إلا أنه من الأفضل أن يتم تحديد طرق تقديم المعلومات إلى المراقب، والسلطات المخولة له، وحدودها².

¹ LEROND Sylvie, Actes de conférence "Gestion des biens pour le compte d'autrui : La fiducie-gestion, Tokyo, du 15/10/2011 au 14/11/2011, p3. Cf. BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. cit., p. 70.

² BERDAH Alain & Anaïs Palleri, Op. cit., p. 70.

المبحث الثاني

تسوية المنازعات في عقد التسيير وترست وفيديوسية

تتيح جميع تشريعات الدول، لا سيما المتعلقة منها بالمواد التجارية، آليات وأدوات لمعالجة المنازعات التي قد تثور بمناسبة تنفيذ العقود، يستوي في ذلك ما إذا كانت المنازعة وطنية أو دولية؛ بحيث أنه إذا كانت المنازعة وطنية، فالإشكال لا يثار من أصله، كون أن المنازعات في غالب الأوقات تعرض على القضاء الحكومي، وقليل منها يعرض على القضاء الخاص، أي التحكيم في المواد التي لا يمنع القانون ذلك¹؛ أما في المنازعات الدولية فالتحكيم هو سيد الموقف.

تعد تسوية المنازعات من أخطر المراحل التي لا تلقي لها الأطراف المتعاقدة بالاً في مرحلة تحضير العقود، رغم أن جل القوانين، حتى لا أقول كلها تنظم هذا المجال في باب خاص تحت عنوان: "باب تسوية المنازعات"، ورغم أن جمهور فقهاء القانون يجمعون على أن العقود الجيدة، هي تلك العقود التي يضبط فيها شأن تسوية المنازعات ضبطاً محكماً، بحيث يؤدي إلى اقتصاد الجهد والوقت².

وعليه، سندرس في المطالب التالية الأدوات التي تتيحها الآليات القانونية الثلاث في هذا المجال.

¹ القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر عدد 21 الصادر في 2008/04/23؛ المادة 1006: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية. "

² GUILLAUMOND Robert, Actes de séminaire: "L'Entreprise Algérienne et la négociation des contrats internationaux", Op. Cit, p. 110.

المطلب الأول

تسوية المنازعات في عقد التسيير

أستهل البحث بالكلمة التي ألقاها السيد وزير العدل حافظ الأختام في الجلسة العلنية ليوم 1989/01/18، على الساعة الثالثة والدقيقة الثلاثين مساءً، بمقر المجلس الشعبي الوطني خلال دراسة ومناقشة مشروع القانون 01-89 المؤرخ في 89/02/07 المتضمن عقد التسيير، والتي جاء فيها ما يلي: "... وفي هذا الصدد أرى أن، التزامات المؤسسة الجزائرية تقابلها التزامات الطرف المسير، فهو المسؤول عن كل الأخطاء التي يرتكبها، كما أنه بإمكان الطرف الجزائري فسخ العقد، وحتى المطالبة بالتعويض إذا كان هناك ضرر، وذلك عن طريق القضاء أو التحكيم الدولي".¹

إن طريقة تسوية المنازعات واضحة، لم يترك فيها مجال للتأويل، بحيث إما أن يكون القضاء هو المختص وإما التحكيم، والعقود الدولية الكاملة والمتينة هي تلك العقود التي تحتوي على اشتراط تسوية المنازعات²، بحيث يجب إعطاء العناية الكاملة لتحرير اشتراط كامل، يأخذ بعين الاعتبار كل الجوانب العقدية، وذلك خلال مرحلة المفاوضات حيث يجب إيجاد ثلاثة أجوبة لثلاثة أسئلة أساسية؛ وهي:

- ما نوع النزاع المتصور والمتوقع النشوب؟
- ما هي الخيارات للطرق والوسائل المحددة التي تمكن من الخروج من النزاع؟
- ما هي كيفية التصرف حتى تكون هذه الطرق والوسائل ناجعة عند ظهور النزاع؟

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/18، مرجع سابق، ص 6.

² GUILLAUMOND Robert , Op. Cit, pp. 110 à 117.

وعليه؛ يمكننا القول إنه يجب ترك صيغة الاشتراط إلى أهل الاختصاص، بدلا من إسنادها إلى المهندسين، أو المفاوضين غير القانونيين¹.

إذن هناك طريقتان لتسوية المنازعات المحتملة يمكن اللجوء إليهما، فهما إما محكمة قضائية، وإما محكمة تحكيم؛ غير أن نموذج عقد التسيير الملحق في آخر هذه الدراسة²، لا سيما البند السابع عشر منه، والذي يفيد أن تتم تسوية كل النزاعات التي قد تنشأ بمناسبة تنفيذ عقد التسيير وديا بداية، فإن لم تفض هذه الأخيرة إلى نتيجة، فيسوى النزاع عن طريق التحكيم.

وعليه، نتناول المطلب من خلال القضاء أو التحكيم (الفرع الأول)، التحكيم وأنواعه (الفرع الثاني)، والقانون الواجب التطبيق على النزاع (الفرع الثالث) كما يلي :

الفرع الأول

القضاء أو التحكيم

إن خيارى اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، يجري تبعا لعدد من العناصر التي ترد على العقد وظروفه، كذلك المحكمة التي سيتم اختيارها. وإذا فصلنا العقد عن الظروف المحيطة به، فإن الخيار بين اللجوء إلى القضاء أو التحكيم يعتمد على الإجابة على عدد من الأسئلة، التي من خلالها يتم إجراء موازنة بين المحاسن والمساوى لكل نوع من أنواع التسوية، بحيث أن اللجوء إلى المحاكم القضائية يحمل ضمانات كبيرة، على الأقل تأمين عدم المحاباة³، إضافة إلى تحقيق اقتصاد أكبر في النفقات القضائية، إلا أنه يستغرق وقتا أطول، وذلك إلى غاية استنفاد كل إجراءات

¹ BENCHENEB Ali, Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie, Thèse Paris II, 13 juin 1979, Office des publications universitaires, 1984, p. 353.

² الملحق الأول: عقد التسيير.

³ محمد على جواد، مرجع سابق، ص195.

الاستئناف، وطرق الطعن العادية وغير العادية، وقد يستغرق ذلك وقتاً أطول مقارنة بمدة العقد، وهذا ما يعتبر خسارة بالنسبة للعقد، لأن الوقت كذلك أموال، كما قد تؤدي مدة التقاضي إلى الاختلال في توازن العقد عند استئناف تنفيذه؛ وبالمقابل يتميز التحكيم بسرعة أكبر، وهو متلائم أكثر مع الكثير من العقود التي لم يألّفها القضاء، كما لا يفوتنا الإشارة إلى أن التحكيم يمنح أطراف العقد ضمانات أكثر تجاه سرية الخلافات¹.

إن الخيار بين هذين النوعين من الحلول تجاه تسوية المنازعات، يعتمد على طبيعة العقد، بحيث يكون مفيداً اللجوء إلى القضاء في المنازعات الناتجة عن تنفيذ العقود التجارية المألوفة. أما في إطار العقود الدولية، كما هو أمر الحالة التي نحن بصدد دراستها، والتي لا يجري إبرامها ضمن العلاقات التجارية العادية، فإن اللجوء إلى التحكيم يحمل منافع جمة².

أولاً: تعريف التحكيم التجاري الدولي وأهميته

اختلف الفقه في تعريف التحكيم، بحيث عرّفه كل منهم من خلال زاوية معينة، وحسب مذهبه، إذ اعتمد بعضهم في تعريفه على أطراف النزاع، والبعض على شخص المحكم والبعض على الوظيفة التي يقوم بها المحكم، في حين اعتمد البعض الآخر على نظام التحكيم في ذاته.

أ. تعريف التحكيم

التحكيم تقنية تهدف إلى إعطاء حلول لمسألة تهم العلاقة بين شخصين أو أكثر، من طرف شخص أو أشخاص آخرين: وهم المحكم أو المحكمون الذين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويتأسسون على هذا الاتفاق دون أن يكونوا مكلفين بهذه

¹ PREVET François, L'arbitrage et les milieux économiques, Revue d'arbitrage-Paris, 1955, p. 3.

² محمد على جواد، مرجع سابق، ص 196.

المهمة من طرف الدولة. وهو كذلك إرساء لعدالة خاصة، بفضلها تحال المنازعات من قضاء القانون العام ليفصل فيها من قبل الأفراد¹.

يعد التحكيم أحد طرق حل المنازعات، يلقي أساسه في الاتفاقيات الخاصة، وينتهي إلى حكم حائز لحجية الشيء المقضي فيه.

هو نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب، مهمته تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية، أو غير التعاقدية ذات الطابع الدولي، والتي يجوز تسويتها بطرق التحكيم، بإزالة حكم القانون عليها وإصدار قرار قضائي ملزم لهم².

يعرف الفقه التحكيم³ بأنه: "نظام تعاقدي بموجبه يتفق الخصوم على حل الخلاف الذي ينشأ بينهما على محكمين ليفصلوا فيه بعيدا عن إجراءات القضاء العادي"، كما يعرف بأنه: "عبارة عن القضاء المختار"، وعرفه بعضهم بأنه: "احتكام الخصوم إلى شخص أو أكثر لفصل النزاع بينهم"، كما يعرف بأنه: "نظام للقضاء الخاص تقضى فيه الخصومة، ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها، أو بعبارة أخرى يقصد بالتحكيم إنشاء عدالة خاصة، يتم عن طريقها سحب المنازعات من يد القضاء لتحل عن طريق محكمين مخولين بمهمة الحكم"، أو "حكم بخصومة بواسطة شخص، المحكم، يختاره الأطراف باتفاق يطلق عليه اتفاق التحكيم"، أو بأنه: "نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء"، كما يعرف بأنه:

¹ محمودي مسعود، مرجع سابق، ص49، كذلك نادية والي، الآليات القانونية المكرسة لنظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة معارف، جامعة البويرة، العدد 09، 2010، ص.ص 109-121.

² معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار النشر الجامعي، القاهرة 1997، ص 14.

³ عثمان سلمان غيلان العبودي، التحكيم التجاري الدولي وطموحات الأخذ به في النظام القانوني العراقي، مجلة التشريع والقضاء، السنة الثانية العدد الثاني صدر سنة 2010، منشور في الموقع الإلكتروني:

http://tqmag.net/body.asp?field=news_arabic&id=553، تاريخ الدخول إلى الموقع 01 أكتوبر 2015، على الساعة 19.00.

اتفاق بين طرفين، أو أكثر على إخراج نزاع، أو عدد من النزاعات من اختصاص القضاء العادي، وأن يعهد به إلى هيئة تتكون من محكم أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم"، كما عرفه البعض بـ: "النظر في نزاع بمعرفة شخص، أو هيئة يلجأ إليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع".

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فلم تتضمن أغلبها النص على تعريف محدد وموحد للتحكيم التجاري الدولي، ولا التشريعات المقارنة.

غير أنه يمكن تعريف التحكيم الدولي بصفة توفيقية من طرف معظم الكتاب المهتمين بهذا الفرع من القانون، بأنه يشكل عدالة خاصة موضوعة من قبل أطراف النزاع خارج الإطار الإلزامي لقضاء الدولة الوطني. وفي السياق نفسه يعرفه كاسيس أنطوان (KASSIS Antoine) بأنه: "حلّ للنزاع من طرف شخص أو عدة أشخاص اختارهم بمحض إرادتهم للرجوع إليهم لحل نزاع قد يثور من جراء إبرام و/أو تنفيذ عقود تجارية دولية".¹

ب. أهمية التحكيم

تتمثل أهمية التحكيم بصفة عامة في أن طبيعة هذه المعاملات تتسم بالبساطة والسهولة، والتخلص من الشكليات، وتستوجب السرعة والثقة واليسر في الإجراءات بل والسرية التي تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار. فهو يأتي موافقا لرغبة المستثمرين بالابتعاد عن اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المستثمرة، الأمر الذي يساعد على الحفاظ على أسرار المستثمرين، وتجنب المساس بمركزهم وسمعتهم ومصالحهم في المجال التجاري.

وعليه؛ فإن ما يميز التحكيم هو مرونته التي تسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو الذي يرغبون فيه، كما أن المحكم يتمتع بقدر كبير من المرونة وفسحة من

¹ KASSIS Antoine, Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, L'arbitrage juridictionnel et l'arbitrage contractuel. Paris, L.G.D.J, 1987, p. 13.

الحرية في الوصول للحكم العادل، دون التقيد بنظام رسمي شكلي، أو أي نظام قانوني قد يقيد.

ومن ناحية أخرى تعد السرعة من أهم المميزات التي تطبع التحكيم، فلا بأس أن نذكر أن القضاء الحكومي يعاني من عيب يلزمه دائما، وهو البطء في الفصل في النزاعات التي تطرح أمامه، الأمر الذي ينتج عنه تراكم للقضايا المعروضة على القاضي حيث يصبح من غير الممكن أن يفصل القضاء في وقت ملائم، في كل الدعاوى المقدمة أمامه، مما يؤدي إلى بطء الفصل في النزاع عن طريق اللجوء إلى القضاء الحكومي الذي لا يفصل فيه إلا من خلال جدول المداولات، وبعد أن تستنفذ كل الإجراءات بما يتفق مع مصلحة الأطراف، وبعد مرور مدة غالبا ما تفقد العقد توازنه، وحتى لو حقق القضاء العدالة، فهي عدالة بطيئة لا يصل إليها صاحب الحق إلا بعد مدة طويلة، والعدل البطيء من الناحية الاقتصادية هو نوع من مضيعة الوقت التي تفقد العقود توازنها كما أسلفنا، والوقت يعد مالا. لذلك، فإن السرعة التي يتميز بها التحكيم تعتبر من أهم إيجابياته، والباعث الذي يدفع المتعاقدين إلى اللجوء إليه، فقوانين التحكيم ولوائحه وموثيقه عادة ما تحدد مدة يجب ألا يتجاوزها المحكم قصد إصدار قراره. وفي كل الأحوال مهما طاللت مدة التحكيم فإنها لن تبلغ أبدا مدة التقاضي أمام القضاء الحكومي.

ثانيا: الإطار القانوني للتحكيم التجاري الدولي

لقد تبنت الجزائر التحكيم التجاري الدولي¹ بصور المرسوم التشريعي رقم 09-93 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 الملغي²، الذي أدرج بآبا خاصا بالتحكيم الدولي ليساير التحولات الاقتصادية التي تكلمنا عنها سلفا، لتدخل

¹ لقد عارضت الجزائر بشدة فكرة التحكيم الدولي قبل صدور المرسوم التشريعي 09-93 وتجسدت مظاهر هذه المعارضة بغياب نصوص خاصة بالتحكيم الدولي، أنظر في ذلك: والي نادية، " التحكيم كضمان للاستثمار في إطار الاتفاقيات العربية الثنائية والمتعددة الأطراف"، مذكرة ماجستير فرع قانون الأعمال، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2006، ص 13.

² مرسوم تشريعي رقم 09-93 المؤرخ في 04/1993/25، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر العدد 27 الصادر في 1993/04/27.

بذلك التحكيم الدولي بهدف تكييف اقتصادها مع المتغيرات الاقتصادية والتجارية والدولية والسماح للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام، بأن تطلب التحكيم في علاقاتها التجارية الدولية¹.

وعليه؛ وفي ظل المرسوم التشريعي رقم 93-09، تم النص على التحكيم من خلال المواد 458 مكرر إلى 458 مكرر 28 دون إلغاء النصوص السابقة التي أصبحت مقتصرة على التحكيم الداخلي، واعتبر هذا المرسوم بمثابة شهادة ميلاد لنظام التحكيم التجاري في الجزائر، حيث نصت المادة 458 مكرر بأنه: "يعتبر دولياً، بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه موطن أحد الأطراف على الأقل في الخارج."

وعند صدور المرسوم التشريعي رقم 93-12، أصبحت بعض الاستثمارات تخضع لأحكام المادة 41 التي كرست التحكيم التجاري، والتي نصت بأنه: "يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية إما بفعل المستثمر، وإما نتيجة لإجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده على المحاكم المختصة إلا إذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالصلح أو التحكيم أو باتفاق خاص ينص على شرط التحكيم أو يسمح للأطراف بالاتفاق على إجراء الصلح بالجوء إلى تحكيم خاص."

ولم يقتصر تكريس التحكيم الدولي على المرسوم التشريعي رقم 93-09، فقد صدر القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية²، الذي جاء بأحكام جديدة عالج فيها التحكيم بنوعيه الداخلي والدولي، في الباب الثاني، بعنوان "في التحكيم" من الكتاب الخامس المعنون بـ "الطرق البديلة لحل النزاع" في المواد من 1006 إلى غاية 1061 أي في 55 مادة، حيث تناول التحكيم الداخلي في خمس

¹ عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 25.

² قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر العدد 21 الصادر في 2008/04/23.

فصول من المواد 1006 إلى غاية 1038، كما تناول الفصل السادس التحكيم التجاري الدولي تحت عنوان: "في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي" من المادة 1039 إلى المادة 1061، ليس هذا فقط بل تعداه إلى الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، وهذا حتى يؤكد المشرع الجزائري توجهه نحو توفير المناخ الملائم لجلب الاستثمار، وقد تضمنت المادة 17 من الأمر أعلاه، نفس أحكام المرسوم التشريعي، ولم يشملها الأمر 06-08 بأي تعديل¹.

وبهذا، فإن المبدأ في تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، هو اختصاص الجهات القضائية الجزائرية، وهذا تطبيقاً لمبدأ سيادة الدولة على الأشخاص والأموال الموجودة في إقليمها، ثم اللجوء إلى التحكيم الدولي إذا أبرمت الجزائر اتفاقيات ثنائية أو اتفاقيات متعددة الأطراف تتعلق بالصلح أو التحكيم، أو أن يكون اتفاق خاص في غياب هذه الاتفاقيات ينص على شرط التحكيم، أو اتفاق خاص يسمح للأطراف بالاتفاق على إجراء الصلح باللجوء إلى التحكيم الخاص.

هذا على مستوى القانون الداخلي، أما على مستوى الاتفاقيات الدولية، فقد أبرمت الجزائر العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف².

فبالنسبة للاتفاقيات الثنائية، فقد أبرمت الجزائر العديد من الاتفاقيات قصد تشجيع وحماية الاستثمار، هذه الاتفاقيات أدرجت كلها شرط التحكيم الدولي في بنودها لحل النزاعات الدولية المتعلقة بالاستثمار، الأمر الذي نلمسه من خلال البند السابع عشر من قد التسيير الوارد في الملحق الأول، ومن أمثلة هذه الاتفاقيات، الاتفاقية الثنائية

¹ أمر رقم 06-08 المؤرخ في 2006/07/15، يعدل و يتم الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 2003/08/20 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر، العدد 47 الصادر في 2006/07/19.

² ALLOUI Farida, Op Cit, p. 46.

بين الجزائر والأردن حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات¹، والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية².

أما عن الاتفاقيات المتعددة، فقد صادقت الجزائر³ سنة 1988 على اتفاقية نيويورك لسنة 1958، التي تعد من أهم الاتفاقيات الدولية التي عنيت بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية سواء من ناحية عدد الدول التي انضمت إليها، أو من ناحية نطاق تطبيق قواعدها والتي تستهدف تحقيق الطابع العالمي لها وإرساء مجموعة من الحلول التي تتفق والغاية من التحكيم، وحاجة العالم المعاصر لمثل هذه الأدوات⁴.

كما صادقت الجزائر على اتفاقية واشنطن عام 1995⁵، والاتفاقية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي⁶، قصد تحقيق تكامل اقتصادي مغربي، الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار⁷، الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية⁸، والتي رسمت سياسة إستراتيجية لها تكمن في تشجيع الاستثمار بين الدول، واستغلال الأموال العربية داخل

¹ مرسوم رئاسي رقم 97-103 المؤرخ في 05/04/1997، يتضمن المصادقة على اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة لاستثمارات الموقعة في عمان بتاريخ 01/08/1996، ج.ر، العدد 20 الصادر في 06/04/1997.

² مرسوم رئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 07/10/1995، يضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، ج.ر، العدد 59 الصادر في 11/10/1995.

³ مرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05/11/1988، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج.ر، العدد 48 الصادر في 23/11/1988.

⁴ بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود ذات الطابع الدولي، التحكيم نموذجاً، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010، ص 149.

⁵ مرسوم رئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30/10/1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر، العدد 66 الصادر في 05/11/1995.

⁶ مرسوم رئاسي رقم 90-420 المؤرخ في 22/12/1990، يتضمن المصادقة على الاتفاقية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 جويلية 1990، ج.ر، العدد 6 الصادر في 06/02/1991.

⁷ مرسوم رئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30/10/1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر، العدد 66 الصادر في 05/11/1995.

⁸ مرسوم رئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 07/10/1995، يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، ج.ر، العدد 59 الصادر في 11/10/1995.

المنطقة العربية، ترسيخا للتعاون بين الدول العربية. وبالإضافة إلى ذلك فقد انضمت الجزائر إلى الشركة العربية للاستثمار¹.

الفرع الثاني

التحكيم وأنواعه

في حالة اتفاق المسير والمؤسسة العمومية الاقتصادية على إيراد اشتراط التحكيم في العقد، يبقى تقرير نوع التحكيم الذي سيتم اللجوء إليه.

هناك أربعة أنواع من التحكيم²: التحكيم الوطني، التحكيم الدولي، التحكيم الخاص والتحكيم المؤسساتي.

وسأخص بالدراسة التحكيم المؤسساتي، وأخذ كمثال غرفة التجارة الدولية (C.C.I)، والتي تعد الجزائر ممثلة فيها عن طريق المجلس الوطني للغرفة الدولية للتجارة³.

يري معظم الاختصاصيين، عدا بعض الاستثناءات، أن التحكيم المؤسساتي هو الأفضل، شرط الاختيار الجيد للمؤسسة التحكيمية⁴، لأن في ذلك تحقيقا للأمان تجاه اختيار المحكمين. ومن ثم، فإن التحكيم المؤسساتي يسمح بالتحقيق في حالة العجز الاحتمالي للدفع كما يكفل استمرارية التحكيم⁵.

¹ مرسوم رئاسي رقم 98-334 المؤرخ في 1998/10/26، يتضمن المصادقة على انضمام الجزائر إلى الشركة العربية للاستثمار، ج.ر، العدد 80 الصادر في 1998/10/28.

² محمد على جواد، مرجع سابق، ص 197.

³ المجلس الوطني للغرفة الدولية للتجارة، الكائن مقرها داخل مقر الغرفة الوطنية للتجارة والصناعة ب 6 شارع أمكار كبرال بالمنطقة الحضرية الثالثة للجزائر العاصمة.

⁴ محمد على جواد، مرجع سابق، ص 198.

⁵ فوزي محمد سامي، القانون الواجب التطبيق في التحكيم الدولي التجاري، مجلة القانون المقارن، بغداد، 1988، ص.ص 5-21.

كما أن هذا النوع من التحكيم يحمل في نظامه بعض القواعد التي تسهل للطرفين الإجراءات، وإعلان القرار ثم تنفيذه، وهكذا نجد أن نظام (C.C.I) يقضي بقيام أمين محكمة التحكيم بتبليغ القرار للأطراف.

أولاً: اشتراط التحكيم

يُعرّف شرط التحكيم بأنه : " توافق إرادتي أطراف العقد الدولي على إخضاع المنازعات التي قد تثور في المستقبل أو نشأت بسبب العقد، للتحكيم."¹

ومعنى هذا أن الاتفاق الذي بموجبه يلجأ إلى التحكيم، يكون قبل وقوع النزاع المحتمل والمنصوص عليه في العقد الذي يتضمن تعهد الأطراف بعرض تلك المنازعات على التحكيم.²

إن صياغة وكتابة الاشتراط هي التي تجعل من تنفيذ العقد، إما أمراً سهلاً، وإما أمراً عسيراً، وتطبيقاً مرضياً، أو غير مرضي بالنسبة للأهداف المرجوة من العقد، ومعرفة المنازعات التي يمكن أن تنشأ هي منازعات التفسير و/أو التنفيذ.

إن فصيحة وكتابة الاشتراط هي التي تحدد خطر نشوب النزاع والإزعاجات والمصاريف التي تسببها، وعليه فإنه أنسب وقت لإجراء المعاينات التالية:

- استشارة قانونية للعقد قبل إمضائه، وهو ما يسمى ببطاقة تقنية تعريفية للتعاقد "Audit contractuel"، وتكاليفه زهيدة مقارنة بالمصاريف القضائية ومصاريف التحكيم.

- الوقت المخصص للفحص القبلي للعقد هو جد قليل، مقارنة بالوقت الذي يستغرقه تسوية النزاع، كما أن الفحص القبلي للعقد، يقصد به الفحص الذي يقوم

¹ احمد عبد الكريم سلامة، " نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية- دراسة تأصيلية انتقادية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 215.

² احمد انعم ناجي الصلاحي، النظام للتحكيم الدولي "دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات والبحوث اليمني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، صنعاء 1994، ص 13.

به أهل الاختصاص القانوني، لأن انشغالات السلطات الإدارية تختلف عن انشغالات القانونيين¹.

ثانيا: التحكيم المؤسسي

التحكيم المؤسسي هو قضاء- كما تمت الإشارة إليه سلفا- غير أنه يكون أمام مؤسسة تحكيمية، والمؤسسات التحكيمية متعددة ومتنوعة؛ نذكر من أهمها على سبيل المثال لا الحصر²:

- غرفة التجارة الدولية: CCI الأكثر شيوعا والأكثر أهمية، تأسست سنة 1923 والتي مقرها الرئيسي بباريس – فرنسا
- المحكمة اللندنية للتحكيم : LCA : تأسست سنة 1883 إذن هي أقدم مؤسسة تحكيمية، ويلجأ إلى خدماتها خاصة في إطار العقود المبرمة بين المؤسسات التي تتواجد مقراتها في أحد بلدان الكومنولث.
- الجمعية الأمريكية للتحكيم AAA: وهي معروفة، خاصة في المجال البحري، والأشكال العديدة للتحكيم التي تقترحها.
- الغرفة التجارية لستوكهولم : بحكم موقعها الجغرافي ولأسباب سياسية، تخصصت هذه الهيئة في المنازعات القائمة بين المؤسسات الغربية والمؤسسات التابعة لأوروبا الشرقية.

¹ BENCHNEB Ali, Actes de séminaire :” L’Entreprise Algérienne et la négociation des contrats internationaux”, Op. Cit, p. 16.

² MEDJAD Karim, Droit international des affaires – Le contrat International, Editions Nathan, Paris, 1998, p. 114.

الفرع الثالث

القانون الواجب التطبيق على النزاع

يمر التحكيم بمراحل ثلاث، تبدأ بالاتفاق على التحكيم، ثم تليها مرحلة القواعد القانونية المناسبة للفصل في النزاع حول عقد التحكيم ذاته، وتحديد الإجراءات الواجب إتباعها لممارسة التحكيم، وأخيرا تسوية النزاع وتنفيذ قرار التحكيم بعد صدوره¹.

واختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، قد يأتي صريحا عندما يشار إليه في متن العقد، ويشار إلى إخضاع النزاع له، كما قد يكون ضمنيا، يستخلصه القاضي من الظروف المحيطة بالعقد، ومن تفسير عبارته الدالة على هذا الاختيار الضمني، كالإشارة إلى تعيين محكم من دولة ما، يمكن أن يستخلص منه انصراف الأطراف لإخضاع العقد لقانون دولة المحكم².

أما في حالة غياب النصوص الواضحة تجاه القانون الواجب التطبيق، بالنسبة إلى نظام غرفة التجارة الدولية CCI، يقضي بأن سكوت العقد وغياب القرائن المساعدة على ذلك، يمكن للمحكم الاستعانة بالقانون الداخلي للغرفة المتعلق بالإجراءات الواجبة التطبيق على التحكيم³.

إن محكمة التحكيم لا تخضع لأي سيادة وطنية، وهي أكثر حرية حيث تبحث عن أنجع وسيلة لحسم الخلاف⁴.

¹ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي ودراسة قانون التجارة الدولية، دون طبعة، دار النهضة، القاهرة، دون تاريخ، ص191.

² تومي هجيرة، مذكرة ماجستير- عقد المبيعات الدولية، كلية الحقوق، جامعة البليدة، جوان 2006، ص83 و84.

³ محمد علي جواد، مرجع سابق، ص203.

⁴ KAHN Ph., Actes de séminaire : " L'Entreprise Algérienne et la négociation des contrats internationaux", Op. Cit, p 55.

أما فيما يخص إخضاع العقد إلى أكثر من قانون، فالكثير من الكتاب المتخصصين في المجال القانوني، يعتبرون أن المشرع الجزائري من خلال ما أورده في القانون المدني، لم يترك مجالا للشك، بحيث أن عبارة "ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر"¹ تعني أنه لا يمكن إخضاع العقد إلى أكثر من قانون². لا شك أن الأسباب التي دفعت المشرع الجزائري إلى اتخاذ مثل هذا الموقف، هو تفادي تداخل القوانين، لاسيما ما تعلق منها بالنظام العام، فما هو مسموح به في نظام قانوني ما، ليس بالضرورة مسموحا به في نظام مغاير.

المطلب الثاني

تسوية المنازعات في ترست

على عكس النظم القانونية التي تتبنى القانون المدني، كما هو الحال خاصة في موضوع دراستنا، القانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي، فإن القانون الانجليزي يأبى التصنيف على هذا الأساس، كون أن آلية ترست تخضع لكل من كومن لوو (Common law)، والقانون الإنصافي (Equity) - كما سبق وأن رأينا -.

وعليه، لا مجال للمقارنة بين هذه الأنظمة؛ كون التزامات المسير تستمد أصولها من القانون الانجليزي لترست، بحيث تتم تسوية المنازعات الناشئة عنها منذ العصور الوسطى، من قبل نظام قانوني منفصل عن القضاء الملكي، المتمثل في كومن لوو (Common law)، والمسمى بالقضاء الإنصافي³ (Equity). هذا بالنسبة لترست انجليزي تكون أطرافه انجليز، غير أنه حين يتعلق الأمر بطرف أجنبي في العقود الدولية فغالبا ما يلجأ على الخصوص، إلى التحكيم.

¹ المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

² MABROUKINE Ali, Actes de séminaire : " L'Entreprise Algérienne et la négociation des contrats internationaux", Op. Cit, p. 86.

³ LEVILLAIN Kevin, Les entreprises à mission, Thèse de doctorat, Ecole Doctorale n° 396 : Economie, organisations et société, Paris, 2015, p. 75.

الفرع الأول

قضاء الإنصاف

إن مصطلح القضاء الإنصافي¹، يعكس مدى أهمية هذا النظام الذي أُوجِدَ قصد أن يكون أكثر مرونة، ويكون أكثر إنصافاً من التطبيقات الجامدة التي كان يفرضها القضاء الملكي، والتي لم تكن على العموم ملائمة للمواد التجارية².

إن المحاكم التي كانت تتبنى هذا النظام، والتي هي منفصلة عن كومن لoo (Common law) لا تزال تدعى بمحكمة المستشار³ (Courts of Chancery)، رغم مرور الزمن، وإدخال تعديلات عديدة في الهيكلة والتسمية معاً، حيث تسمى رسمياً بالمحكمة العليا (High Court or Supreme Court).

خلال القرن التاسع عشر، تطور التشريع لصالح المتضررين لتمكينهم من متابعة المسيرين الذين يخالفون التزاماتهم قضائياً، كما أنه تم في هذه الفترة، لاسيما في سنة 1873 اعتماد قانون للإجراءات جديد⁴، تنصهر فيه المحاكم الملكية أو محاكم كومن لoo، بمحاكم الإنصاف⁵، لتعطي إعادة هيكلة⁶ للمحكمة العليا⁷. وفي حالة تنازع قواعد كومن لoo بتلك الخاصة بقواعد القانون الإنصافي، فإن قواعد قانون الإنصاف هي التي تطبق⁸، كما تُعَمَّدُ مجموعة من القوانين للنظر في القضايا المعروضة أمامها قصد الفصل فيها.

¹ لقد سبق وأن تعرضنا بالتفصيل إلى أنواع القضاء والتطور التاريخي الذي نشأ فيه.

² LEVILLAIN Kevin, Op. Cit, p. 75.

³ Ibid..

⁴ Judicature Act 1873.

⁵ CUIF Pierre-François, Op. Cit, p. 62.

⁶ www.parliament.uk

⁷ A l'origine Judicature Act 1873 était supreme court of Judicature Act 1873.

⁸ Judicature Act 1873, s. 25(11).

إن القواعد القانونية التي تعتمد عليها المحكمة العليا في إصدار قراراتها متعددة، وتختلف باختلاف مواضيعها ذات الصلة، إذ منها ما يتعلق بالإجراءات، ومنها ما يتعلق بترست نفسه. وما تبقى، فهي قوانين أخرى تنظم حياة الأفراد والمجتمع، لذلك سنتطرق لهذه المجموعة حسب التصنيف التالي¹:

أولاً: قوانين الإجراءات

تتعلق بالتنظيم والاختصاص القضائيين، والإجراءات المدنية ووسائل الإثبات².

1. التنظيم القضائي على مستوى المحكمة العليا Supreme Court of Judicature
act 1873.

2. الاختصاص القضائي المدني وقانون الأحكام Civil Jurisdiction and
1982 Judgements Act.

3. قانون الإجراءات المدنية Civil Liability Act 1978.

4. قانون الإثبات Civil Evidence Act 1968.

ثانياً: قوانين ترست

تتعلق بالقوانين التي تنظم الملكية والسلطة التي للمسير عليها، وكيفية إدخال التعديلات على ترست³.

1. قانون المسير Trustee Act 1925.

2. قانون تعديل ترست Variation of Trust Act.

3. قانون الملكية Law property Act 1925.

4. قانون المسؤولية التقصيرية Torts Act 1977.

5. قانون نزاعات الملكية Settled Land Act.

6. قانون الإفلاس Insolvency Act 1986.

¹ www.legislation.gov.uk

² Ibid.

³ www.legislation.gov.uk

ثالثا: قوانين أخرى

تتعلق بالقوانين التي يمكن أن تكون لها علاقة بالأشخاص في ترست؛ سواء كان المؤسس، المسير أو المستفيد¹.

1. قانون علاقات العمل Trade Union Labour Relations Act 1992.

2. قانون السرقة والجرائم ذات الصلة Theft Act 1968.

3. قانون الصحة العقلية والنفسية Mental Health Act.

4. قانون الأسرة Matrimonial Causes Act.

الفرع الثاني

التحكيم

يعتبر تطور التحكيم ظاهرة في عصرنا هذا، إذ تميل الحركة باتجاه التحكيم في كل المجالات؛ القانون المدني والتجاري، قانون العمل، القانون الدولي العام. ويتعلق الأمر فيما يبدو بظاهرة دولية لا تعرف لا حدودا للدول، ولا حتى تلك المتعلقة بالأنظمة القانونية. ويزدهر التحكيم خاصة في إنجلترا².

إن قانون التحكيم الانجليزي مقنن بموجب قانون 1996³، ويحتوي على 110 مادة يمكن الاطلاع على النص الكامل في الموقع الرسمي الخاص بالقانون الانجليزي⁴.

كما أن البنية القانونية لقانون التحكيم الانجليزي مستوحاة من القانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي⁵، إلا أن هذا لم يكن مانعا من أن يكون

¹ www.legislation.gov.uk.

² RENE David, Arbitrage et droit comparé, Revue Internationale de droit comparé, Vol. 11 N°1, Janv.-mars, 1959, p. 5.

³ Arbitration act 1996.

⁴ www.legislation.gov.uk

⁵ www.uncitral.org

للانجليز لمستهم الخاصة التي سبق تبيانها، عبر نظم الكومن لوو، لا سيما من خلال أسلوبهم، أو الحلول التي يقترحونها.

لا يهمننا في هذا المقام إتمام دراسة هذا القانون ولا عرض ملخص له، لسبب بسيط تمت الإشارة إليه في أكثر من موضع؛ ألا وهو اختلاف النظام القانوني الانجليزي اختلافا جذريا عن النظام القانوني الجزائري والفرنسي.

وعليه، أعرض بعض الخصوصيات التي هي مهمة في هذا القانون:

-التعريف الاصطلاحي للتحكيم، الذي يصلح أن يكون شعارا لكل محكم:"
يهدف موضوع التحكيم إلى الحصول على حلٍ عادل للنزاعات، ويصدر عن محكمة نزيهة دون مضیعة للوقت ولا نفقات غير ضرورية."¹

-لا يطلب من المحكم أن يكون مستقلا، يكفي أن يكون نزيها فقط، وفقا لنص الفقرة السابقة.

-القانون الانجليزي للتحكيم، لا يحدد مدة معينة للفصل في القضايا المعروضة على المحاكم.

-إمكانية الحصول على دعم من قبل المحاكم الانجليزية لتسهيل عملية التحكيم، كإجبار شاهد موجود بانجلترا على المثول أمام محكمة تحكيمية مقرها بانجلترا².

¹ Arbitration act 1996: " 1. General principles.

The provisions of this Part are founded on the following principles, and shall be construed accordingly

(a) the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense;

(b) the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest;

(c) in matters governed by this Part the court should not intervene except as provided by this Part."

² Arrêt n° 1021 du 29 juin 2007 - Cour de cassation - Première chambre civile, 05-18.053.

-علاقة جد رفيعة بين المحاكم الانجليزية والمحاكم التحكيمية، حين تقدم شكوى أمام محكمة انجليزية ضد قرار تحكيمي، يمكنها تغيير الحكم، إلغاؤه كلياً أو جزئياً، أو أن تأمر بتغيير، أو تكملة الحكم¹.

يبقى من حق محكمة التحكيم حبس قرار التحكيم، ما لم تستوف مستحققاتها.

يضاف إلى ذلك أن مكان التحكيم عند الانجليز، اكتسب مفهوما قانونيا أصبح بمقتضاه خاضعا لإرادة أطراف اتفاق التحكيم، وليس للمكان الفعلي الذي يجري فيه التحكيم جغرافيا. بمعنى آخر، يختار الأطراف مكان التحكيم، ويفترض أن حكم التحكيم صدر فيه بغض النظر عن مكان توقيعه الفعلي². أخذت بهذا المفهوم صراحة المادة الثالثة من قانون التحكيم الانجليزي النافذ لسنة 1996.

كما أن من أبرز المميزات للتحكيم الانجليزي، أن الاجتهاد القضائي لهذا البلد يبني استقلال شرط التحكيم على الرضا. وهذا ما نتناوله في هذا البحث.

¹ Arrêt n° 1021 du 29 juin 2007 - Cour de cassation - Première chambre civile, 05-18.053 : « Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 31 mars 2005), que la société indonésienne PT Putrabali Adyamulia a vendu à la société française Est Epices (devenue Rena Holding) du poivre blanc, marchandise qui a été perdue lors d'un naufrage au cours du transport ; que, conformément à la clause d'arbitrage stipulée dans le contrat, se référant au règlement d'arbitrage de l'International general produce association (IGPA), la société Putrabali a saisi cet organisme ; que l'IGPA a mis en place à Londres un arbitrage qui a donné lieu à une sentence, rendue au deuxième degré le 10 avril 2001, par laquelle le collège d'arbitres, statuant au second degré, a jugé que la société Rena était fondée à refuser de payer le prix ; que, sur le recours exercé "sur un point de droit" par la société Putrabali devant la **High Court de Londres en vertu de l'Arbitration Act de 1996, le juge a partiellement annulé la sentence**, et jugé que le défaut de paiement du prix constituait une violation du contrat ; que, sur renvoi à l'arbitrage, une nouvelle sentence est intervenue le 21 août 2003, portant condamnation de la société Rena Holding à payer à la société Putrabali la somme de 163 086,04 euros ; ... ».

² Mustill and Boyd, *Commercial Arbitration* (companion volume to the 2nd edition) Butterworths, London 2001, p. 129.

أولاً: الاعتراف بمبدأ استقلال شرط التحكيم في القانون الانجليزي

لم تتضمن تشريعات التحكيم الانجليزية المتعاقبة مصطلح استقلال شرط التحكيم، وكان الأمر مفتوحاً لاجتهاد القضاء حسب نظام السابقة القضائية، ولم يستخدم القضاء الانجليزي مصطلح استقلال شرط التحكيم بشكل صريح إلا عام 1994، عندما تأكد بشكل واضح اعتراف القضاء به في قضية (هاربر لتأمين وشركائه)¹. فقد جاء في حكم محكمة استئناف لندن في تلك القضية، أن شرط التحكيم يبقى صحيحاً ما لم يكن في ذاته غير مشروع، وأيدت المحكمة وجهة نظر قاضي الدرجة الأولى، بأنه لا بد من توسيع نطاق استقلال شرط التحكيم ليشمل العقود غير المشروعة، احتراماً لسلطان إرادة الأطراف، ولدعم وضع لندن كمركز رئيس للتحكيم التجاري الدولي²، على افتراض أن توسيع نطاق المبدأ المذكور يبسر التحكيم، ويجذب المحكّمين إلى لندن.

بعد ذلك تدخل المشرع الانجليزي لتكريس مبدأ استقلال شرط التحكيم في المادة السابعة من قانون التحكيم الانجليزي لسنة 1996، والتي تنص³ على أن: "اتفاق التحكيم الذي يشكل جزءاً، أو كان يفترض أن يشكل جزءاً من اتفاق آخر، سواء كان مكتوباً أم لا، لا يعد باطلاً، وغير موجود، ولا فاقداً لفاعليته بسبب كون ذلك الاتفاق الآخر باطلاً، أو أنه لم يوجد، أو أصبح فاقداً لفاعليته، ويجب أن يعامل اتفاق التحكيم لهذه الغاية كاتفاق متميز، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

¹ Harbour Assurance Co (UK) Ltd v Kansa General International Assurance Co Ltd [1992] 1 Lloyd's Reports p 81.

² Ibid.

³ 7. Separability of arbitration agreement: "Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement."

ففي قضية (هايمان)¹ قضت هيئة قضاة مجلس اللوردات (وهي أعلى محكمة في إنجلترا) بأن فسخ عقد البيع المتضمن شرط تحكيم، لا يؤدي بالضرورة إلى إنهاء شرط التحكيم بالفسخ، وبنت المحكمة رأيها على أساس أن صياغة شرط التحكيم كانت واسعة بما فيه الكفاية لتشمل النزاع الناشئ حول فسخ عقد البيع².

وفي قضية (بريمر فولكان)³ تطرقت هيئة قضاة مجلس اللوردات صراحة إلى إمكان إنهاء اتفاق التحكيم بسبب عدم تعاون أحد الأطراف، دون أن يؤثر ذلك على استمرار العقد الأصلي، لأن اتفاق التحكيم يشكل اتفاقاً ثانوياً مستقلاً عن العقد الأصلي.

يمكن القول إذن، إن القضاء الانجليزي عرف وطبق مبدأ استقلال شرط التحكيم منذ وقت طويل. لكن هذا المبدأ لم يلفت نظر الباحثين في القانون الانجليزي، لأن القضاء لم يعبر عنه كنظرية عامة، وإنما طبقه حسب وقائع كل قضية على حدة. لذلك، لم يكن من الواضح فيما إذا كان حكم مجلس اللوردات في قضية (هايمان) المتعلقة بفسخ العقد قابلاً للتطبيق في حالة بطلان العقد مثلاً. ويرجع هذا الغموض في مدى الاعتراف بمبدأ استقلال شرط التحكيم إلى طبيعة نظام السابقة القضائية، إذ لا يعد الحكم ملزماً إلا في حدود الوقائع المماثلة لوقائع القضية التي صدر فيها.

ونتيجة لذلك أخذ نطاق تطبيق مبدأ استقلال شرط التحكيم يتضح من قضية لأخرى. فتم الاعتراف بصحة شرط التحكيم ونفاذه (ولو من دون استعمال مصطلح استقلال شرط التحكيم) في حالات فسخ العقد⁴، وانفساخه⁵، وقابليته للإبطال في

¹ Heyman v Darwins Ltd [1942] AC 356.

² حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية 1996، ص.ص 160-170.

³ Bremer Vulkan v South India Shipping Corporation Ltd [1981] AC 909.

⁴ Woolf v Collis Removal Service [1948] 1 QB 11.

⁵ Dalmia Dairy Industries Ltd v National Bank of Pakistan [1978] 2 Lloyd's Reports p 223.

القانون الانجليزي¹، ثم في حالات عدم مشروعية العقد²، وهكذا أصبح مبدأ استقلال شرط التحكيم قاعدة عامة تطبق بشأن العيوب المختلفة التي يمكن أن تصيب العقد الأصلي.

تجدر الإشارة إلى أن القضاء الانجليزي اعترف بآثار استقلال شرط التحكيم، من حيث عدم تأثر صحته بعيوب العقد الأصلي، وأيضا من حيث السماح بالفصل بين شرط التحكيم والعقد الأصلي من حيث القانون الواجب التطبيق، إذ يقبل القضاء الانجليزي إمكان خضوع كل منهما لقانون وطني مختلف³.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ استقلال شرط التحكيم في القانون الانجليزي وآثاره

لإتمام هذه الدراسة، أتناول الأساس القانوني لاستقلال شرط التحكيم في القانون الانجليزي (أولا) وآثار الأساس الاتفاقي لاستقلال شرط التحكيم في القانون الانجليزي (ثانيا)

أولا: الأساس القانوني لاستقلال شرط التحكيم في القانون الانجليزي

إن تسبب الأحكام القضائية الانجليزية التي طبقت، ولو بشكل ضمني، مبدأ استقلال شرط التحكيم، واعترفت بآثاره، يعتمد على تفسير شرط التحكيم للوقوف على نطاقه الذي اتفق عليه الأطراف؛ فإذا تعلق النزاع مثلا بفسخ العقد الأصلي، يبحث القضاء الانجليزي في صياغة شرط التحكيم، وفيما إذا كانت تشمل هذا النزاع، فيكون شرط التحكيم مستقلا ويطبق بشأن النزاع المذكور على أساس أن الأطراف أرادوا ذلك، من خلال صياغة شرط التحكيم بشكل معين⁴.

¹ Mackender v Feldia [1967] 2 QB 590.

² Harbour Assurance Co (UK) Ltd v Kansa General International Insurance Co Ltd [1992] 1 Lloyd's Reports p 81.

³ Hamlyn & Co v Talsker Distillery [1894] AC 202.

⁴ WETTER J. G., The Importance of having a connection, Arbitration International 1987, p. 329.

ولقد بلغ الأمر بالقضاء الانجليزي إلى أن يضع تفسيراً للعبارات الشائعة في صياغة شروط التحكيم والتمييز بينها، فاعتبر أن عبارة "جميع النزاعات المتعلقة بالعقد" أوسع من عبارة "جميع النزاعات الناشئة بموجب العقد"، على أساس أن الثانية تفترض وجود عقد فلا تشمل بطلان العقد أو قابليته للإبطال، بينما الأولى تشمل النزاعات المتعلقة بإبرام العقد والعيوب التي قد تشوبه¹.

من الواضح أن الرجوع إلى صياغة وتفسير شرط التحكيم لتحديد مدى فاعليته رغم عيوب العقد الأصلي، يعني أن القضاء الانجليزي لم يأخذ تلقائياً بمنطق أنه إذا بطل العقد أو انتهى، انتهى أثر ذلك في شرط التحكيم مباشرة.

بالمقابل، لم يطبق القضاء الانجليزي مبدأ استقلال شرط التحكيم تلقائياً، بل بحث في نية الأطراف من خلال تفسير شرط التحكيم المعني، حيث يتضح أن القضاء الانجليزي وفّق بين مبدأ استقلال شرط التحكيم، وسلطان إرادة الأطراف من خلال تأسيس المبدأ على تفسير شرط التحكيم في القضية محل النظر.

ويثور التساؤل فيما إذا كان تقنين مبدأ استقلال شرط التحكيم في قانون التحكيم الانجليزي لسنة 1996، غير في الأساس الإتفاقي لاستقلال شرط التحكيم. يبدو أن القانون المذكور لم يغير شيئاً في أساس استقلال شرط التحكيم، ذلك أن المادة السابعة تنص على اعتبار شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الذي يتضمنه "...، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك." وعليه فإن القضاء يمكنه أن يستمر في تطبيق الأساس الإتفاقي القائم على تفسير شرط التحكيم، نظراً لكون التفسير يقود إلى التعرف على إرادة الأطراف بهذا الشأن.

ومما يدعم وجهة النظر هذه، أن المادة 85 من القانون المذكور تقضي باستمرار حجية السوابق القضائية إلى المدى الذي لا تتعارض فيه مع نصوصه؛ وإن

¹ Robert Merkin, Arbitration Law, LLP, London, 1991, p. 4.37.

السوابق القضائية المتعلقة باستقلال شرط التحكيم، لا تتعارض مع تقييد المادة السابعة لاستقلال شرط التحكيم بما يتفق عليه الأطراف.

ثانيا: آثار الأساس الإتفاقي لاستقلال شرط التحكيم في القانون الانجليزي

إن تأسيس استقلال شرط التحكيم على إرادة الأطراف التي غالبا ما تكون ضمنية تستنتج من خلال تفسير شرط التحكيم، يؤدي إلى نتائج مهمة حول مصدر هذا المبدأ ونطاق تطبيقه.

فمن حيث مصدر مبدأ استقلال شرط التحكيم، نجده يستمد من القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ويفترض أنه القانون الوطني ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، ولا بد من ملاحظة أن القضاء الانجليزي، لم يحصر تطبيق مبدأ استقلال شرط التحكيم في قضايا التحكيم التجاري الدولي، بل طبقه أيضا بشأن التحكيم الداخلي¹.

أما من حيث نطاق تطبيق مبدأ استقلال شرط التحكيم، فإنه يتعلق بشرط التحكيم الوارد في عقد معين، ولا وظيفة له بشأن اتفاق التحكيم المبرم بشكل منفصل عن ذلك العقد.

غير أن الأساس الإتفاقي لاستقلال شرط التحكيم، يعني أنه لا يمكن تطبيقه إذا كان النزاع يتعلق بتلاقي الإيجاب والقبول لإبرام العقد الأصلي. ذلك أنه لا يمكن إعطاء صيغة شرط التحكيم أثرا، مهما كانت فضفاضة للاعتراف بصحته في هذه الحالة. أما الحالات الأخرى كالغلط والفسخ، فإنها لا تتعارض مع الاعتراف بالاتفاق على صيغة شرط التحكيم وتحديد نطاقه وفقا لها².

¹ في الواقع، لا يميز القضاء الانجليزي بين التحكيم الوطني والدولي، كما أن قوانين التحكيم المتعاقبة تضمنت قواعد موحدة دون تمييز بين تحكيم داخلي ودولي، مع مراعاة التفرقة بين التحكيم الداخلي و "غير الداخلي" قصد تطبيق اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

² تجدر الإشارة إلى أنه في حالة الغلط مثلا الذي يشوب رضا أحد المتعاقدين، مع الأخذ بإمكانية أن ينظر المحكم في هذه المسألة بموجب مبدأ اختصاص الاختصاص يعد الغلط منصرفا إلى الشروط الموضوعية في العقد وليس إلى شرط التحكيم، ما لم يثبت أن الغلط كان مؤثرا في الاتفاق على شرط التحكيم بشكل خاص.

ولقد أكد القضاء الانجليزي استثناء حالة بطلان العقد الأصلي، لعدم تلاقي أو عدم تطابق الإيجاب والقبول من نطاق مبدأ استقلال شرط التحكيم، حتى بعد إقرار هذا المبدأ صراحة في السوابق القضائية، وبعد صدور قانون التحكيم لسنة 1996. فقد قضت محكمة استئناف لندن¹، أنه لا يمكن افتراض استقلال شرط التحكيم والقول بصحته، عندما يثور النزاع حول ما إذا كانت الرسائل المتبادلة بين الأطراف والمتضمنة شرط تحكيم تمخضت عن إبرام عقد، أو أنها تمت على سبيل التفاوض². ويؤيد بعض الفقه التفارقة بين انعدام العقد المتعلق بحالات عدم إبرامه أصلا، وبطلانه المتعلق بحالات التراضي الفعلي الذي يشوبه عيب، يجعل من العقد باطلا أو قابلا للإبطال³.

المطلب الثالث

تسوية المنازعات في فيديوسية

لم يشر المشرع الفرنسي صراحة إلى الجهة التي يستوجب على الأطراف اللجوء إليها، القضاء أم التحكيم، في حالة نشوب نزاع بين المؤسس أو المراقب من جهة والمسير من جهة أخرى، اللهم إلا في التقرير⁴ الذي ألقاه السيد قزافيه دروه (Xavier DE ROUX) نائب لدى مجلس الشيوخ الفرنسي، فيما يخص الاتفاق على أجرة المسير، والذي جاء فيه: "... بطريقة تلزم الأطراف على الاتفاق على هذه

¹ Galliard Homes Ltd v J Jarvis & Sons Plc (1999) 71 Construction Law Reports, p. 219.

² تجدر الإشارة إلى أن القضاء الأمريكي (وهو يمثل أيضا نظام السابقة القضائية) أكد استثناء حالة بطلان العقد الأصلي لعدم تلاقي الإيجاب والقبول من نطاق استقلال شرط التحكيم (Three Valleys Municipality v Water Dist v E F Hutton & Co 925 F 2d 1136, 1991)، علما أن قرار المحكم في هذه الحالة يعد متعلقا باختصاصه ويخضع بالتالي مراجعة قضائية كاملة، بعكس قرار المحكم حول العقد الأصلي في الأحوال التي يطبق فيها مبدأ استقلال شرط التحكيم، إذ يعد القرار عندئذ متعلقا بموضوع النزاع وليس باختصاص المحكم بموجب القرار Teledyne Inc v Kone Corp 892 F2d 1404, 1989

³ حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة، ص 44-45.

⁴ DE ROUX Xavier, Op. Cit, p. 44.

النقطة وفي حالة نشوب أي نزاع تمكن القاضي من معرفة اتجاه إرادة الأطراف لحل النزاعات المحتملة."

أما محكمة النقض الفرنسية في قرار¹ لها، موضوعه عقد فيديو سية فقد أيدت الطعن ضد أمر يعطي الصيغة التنفيذية لقرار التحكيم الدولي، معللة تأييدها بعدم دخول النزاع المفصول فيه ضمن مجال شرط التحكيم، الأمر الذي يفيد، بمفهوم المخالفة، أنه لو كان النزاع المفصول فيه يدخل ضمن مجال شرط التحكيم، لأيدت محكمة النقض الفرنسية الصيغة التنفيذية لقرار التحكيم.

مما يجعلنا نعتقد أنه يستوي في ذلك اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، بحيث يمكن للطرف المتضرر أن يحتكم لأحدهما.

الفرع الأول

القضاء

لا يتم اللجوء للقضاء إلا من خلال رفع الدعوى أمامه، حيث تنص المادة الأولى من قانون الإجراءات الفرنسي على: "للأطراف وحدها الحق في رفع الدعوى، إلا في الحالات التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك، ويمكنهم وضع حد لها قبل أن ينطق بالحكم أو بموجب القانون."²

إن تنوع مهام القاضي الحكومي تتركز حول مهمته الرئيسية، والتي تتمثل في الفصل في القضايا المطروحة أمامه، بحيث يعتبر رفضه التكفل بطلبات المتقاضين أمرا يعاقب القانون عليه³.

¹ Civ. 1re, 6 juill. 2011, F-P+B+I, n° 08-12.648

² C.P.C, Article 1 : " Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi."

³ Code des procédures civiles, Article 4 : " Le juge **doit** se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé."

الفرع الثاني

التحكيم في القانون الفرنسي

يعد التحكيم قضاءً خاصاً، كما هو إرادي واتفاقي، بحيث لا تعرض النزاعات على القضاء الحكومي، لتعرض على التحكيم قصد الفصل فيها. ولا يكون ذلك إلا إذا اتفق طرفا العقد على ذلك، إما في شرط التحكيم، أو في اتفاقية التحكيم، بحيث ينص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على¹: "تأخذ اتفاقية التحكيم شكل شرط التحكيم، أو اتفاقاً. شرط التحكيم هو الاتفاقية التي يلتزم من خلالها أطراف عقد أو عدة عقود على عرض المنازعات المتعلقة بهذا العقد، أو هذه العقود التي قد تثور على التحكيم. الاتفاق هو الاتفاقية التي يعرض من خلالها أطراف منازعة نشأت على التحكيم."

إن اللجوء إلى هذا النوع من الحلول للفصل في النزاعات في تزايد مستمر، لا سيما حين يتعلق الأمر بالمنازعات التجارية²، كما أن الأسباب التي تدفع إلى اختيار التحكيم واللجوء إليه عديدة³. تعتبر السرية أهم عنصر يدفع بالأطراف إلى اللجوء إلى هذا النوع من المحاكم بحيث لا تكون النقاشات ولا القرارات علنية، زيادة على ذلك يبقى النزاع بمعزل عن الإعلام عكس القضاء الحكومي، إلا أنه في هذا المقام يبقى الأمر مبهما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي، كون قانون الإجراءات المدنية لم يتعرض له، من أجل ذلك تكون الأطراف محمية في هذا المجال، وبالتالي عليهم

¹ C.Civ., Article 1442 : " La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage."

² DAVID René, L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica, 1982, p. 21.

³ SAMSON Claude et McBRIDE Jeremy, Solutions de rechange au règlement des conflits, Les presses de l'Université Laval, Sainte-Foy, 1993, p. 84.

التطرق إلى اشتراط السرية في اتفاقية التحكيم، كما تعد السرعة عنصرا محوريا لاختيار القضاء التحكيمي، يمكن أن يصدر قرار التحكيم خلال ستة (06) أشهر، ويمكن أن يمتد إلى أكثر من ذلك، عموما في التحكيم التجاري تتراوح المدة ما بين سنة واحدة وسنة ونصف، الأمر الذي يجعله في كل الأحوال أفضل من القضاء الحكومي، كما يعد اختيار الحَكَم سببا آخر ايجابيا يعد من محاسن التحكيم، بحيث يمكن للأطراف اختياره مسبقا لكفاءته التقنية التي تتوقف من جهة على نوع النزاع، ويتيح التوازن إذا كان النظام القانوني للأطراف مختلفا (Common law-Civil law)، بحيث يكون لكل حَكَم الفرصة لإعطاء التبريرات التي يتضمنها نظامه القانوني.

رغم أن التحكيم أمر اتفاقي، إلا أن هذا لا يجعل منه حلا وديا، كونه ينتهي بقرار تحكيمي تلتزم به الأطراف¹، كما لا ننسى أن القرار التحكيمي يحوز حجية الشيء المقضي فيه² بنفس درجة القرارات القضائية³، إلا أنه لا يتوفر مبدئيا على الصيغة التنفيذية؛ وعليه، إذا امتنع الطرف الصادر ضده القرار من التنفيذ، فما على الطرف الآخر إلا اللجوء للقضاء الحكومي، قصد الحصول على الصيغة التنفيذية⁴.

وللولوج إلى عالم التحكيم يستوجب علينا التعرض للتحكيم وطرق الطعن في قرار التحكيم.

¹ TRICOIT Jean-Philippe, Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits, Rev. arb. 2009 p. 207; Cf., B. GORCHS, Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable, Rev. arb. 2008 p. 33s).

² C.P.C, article 1484, alinéa 1 : " La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche."

³ ISSA Said, La reconnaissance et exécution des sentences arbitrales, www.legavox.fr/.../reconnaissance-execution-sentences-arbitrales, Article juridique publié le 27/01/2012, p. 2.

⁴ C.P.C, Article 1487, alinéa 1 : " La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel cette sentence a été rendue."

أولاً: التحكيم

إن لجوء الأطراف إلى التحكيم كبديل لحل المنازعات، يعد تعبيراً صريحاً عن إرادة الأطراف تجنب التشهير، أو المثل أمام القضاء الداخلي الذي غالباً ما لا يكون مستقلاً¹.

أ. أصناف التحكيم

إن مصطلح التحكيم مصطلح فضفاض، يحتمل عدة تفسيرات، وذلك حسب كل وصف يتخذه، كما قد يختار الأطراف إرادياً اللجوء إلى التحكيم، وقد يجبرون عليه في بعض المسائل.

1. التحكيم الإرادي

يكون التحكيم إرادياً حين يلجأ إليه من قبل الأطراف باختيارهم، دون أن يكونوا مجبرين على إتباعه.

2. التحكيم الإجباري

يكون التحكيم إجبارياً حين يفرضه القانون على الأطراف، كما هو الحال في مواد قانون العمل²، حين يتعلق الأمر بتحديد منحة التسريح بالنسبة للأجراء.

¹ DUCOURTIEUX Cécile, Ces tribunaux privés qui font peur, Le monde.fr, 13/01/2015.

² Code du travail, Article L. 761-5 : " Si [*condition*] le congédiement provient du fait de l'employeur, une indemnité est due. Elle ne peut être inférieure [*calcul*] à la somme représentant un mois, par année ou fraction d'année de collaboration, des derniers appointements ; le maximum des mensualités est fixé à quinze.

Une commission arbitrale est obligatoirement saisie pour déterminer l'indemnité due lorsque la durée des services excède quinze années *limite*.

Cette commission est composée de deux arbitres désignés par les organisations professionnelles d'employeurs et de deux arbitres désignés par les organisations professionnelles de salariés. Elle est présidée par un haut fonctionnaire ou par un haut magistrat en activité ou retraité.

Si les parties ou l'une d'elles ne désignent pas d'arbitres ceux-ci sont nommés par le président du tribunal de grande instance, huit jours après une mise en

ب. أنواع التحكيم

1. التحكيم الدولي

يكون التحكيم دوليا حين يتعلق بمصالح التجارة الدولية، والمعيار الذي يستند عليه القانون الفرنسي لتدويل النزاع هو المعيار الاقتصادي، بحيث يكون التحكيم دوليا بالنسبة للعمليات المتعلقة بتحويل الأموال، الخدمات أو النقود عبر الحدود.

وعليه، يحل التحكيم التجاري الدولي المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية؛

وللتمكن من تمييزه عن التحكيم الوطني أو الداخلي، يجب النظر إلى العملية بكاملها وإلى الحلول المرتقبة لها، باعتبار أن أسبابها وآثارها متعلقة بعنصر أجنبي¹.

2. التحكيم الوطني أو الداخلي

على عكس التحكيم الدولي، يكون التحكيم وطنيا أو داخليا، إذا لم يتعلق بمصالح التجارة الدولية.

demeure par lettre recommandée adressée à la partie défaillante par l'autre organisation ou aux deux parties par l'intéressé lui-même.

Si les arbitres désignés par les parties ne s'entendent pas pour choisir le président de la commission arbitrale, celui-ci est désigné à la requête de la partie la plus diligente par le président du tribunal de grande instance [*compétence*].

En cas de faute grave ou de fautes répétées *sanction*, l'indemnité peut être réduite dans une proportion qui est arbitrée par la commission ou même supprimée.

La décision de la commission arbitrale ne peut être frappée d'appel."

¹ PLANTEY Alain, L'arbitrage commercial international. In: Annuaire français de droit international, volume 36, 1990. pp. 307-321.

ج. أجناس التحكيم

1. التحكيم الخاص

التحكيم الخاص هو ذلك التحكيم الذي يتم خارج المؤسسات التحكيمية، والذي تنظمه الأطراف بنفسها. ومن المزايا التي يتمتع بها هذا التحكيم، والتي لا توجد في غيره، تمكين الأطراف المتنازعة من اختيار الإجراءات التي تتناسب ونوع النزاع بدقة، مما يعطي مرونة أكبر للأطراف.

وبمعنى أدق، يتيح التحكيم الخاص للأطراف وضع الإطار القانوني الذي يحتكمون إليه بكل حرية، بحيث لا يكون خاضعا لأي إجراءات، كما هو الحال في التحكيم المؤسسي، فينظمون حسب إرادتهم طرق تدخل الحَكَم، الأمر الذي يشعرهم بالأمان¹. إلا أن هذا النوع من التحكيم سلاح ذو حدين، كون أكبر عيب ينسب إلى هذا النظام هي الانسدادات التي تترصده بسبب الخلافات التي قد تثور في المراحل الإجرائية، مثل مرحلة اختيار الحَكَم، خلافا للتحكيم المؤسسي، الذي يتوقع نظامه دائما حلا لمثل هذا الخلاف².

كغيره من الآليات، لا يخلو التحكيم الخاص من المساوئ، ولعل ما يعاب عليه، أخطار الانسداد، الذي غالبا ما يكون نتيجة خلافات بين الأطراف كتحيين الحكم الثالث.

2. التحكيم المؤسسي

يكون التحكيم مؤسسيا، حين يعهد الأطراف لمؤسسة تحكيمية دائمة تنظم التحكيم وفقا لنظام خاص بها. ويتميز التحكيم المؤسسي بكثير من المزايا، ولعل أكثر ما يميزه هو إجراءاته التي تمكنه من تفادي الانسدادات التي تعيب التحكيم

¹ LALIVE Pierre, Avantages et inconvénients de l'arbitrage « Ad-hoc », 1991, études offertes à Pierre BELLET, Paris, Litec, p. 301.

² L'arbitrage ad hoc, Actes du premier Colloque sur l'arbitrage commercial international, édité par N. ANTAKI et A. PRUJINER, Université Laval, Québec, 1986, p. 43.

الخاص، كما أن القرارات التي تتخذها، تعتبر ذات جودة وفعالية تعطي لها سلطة معينة، أما ما يؤخذ عليه في غالب الأحيان، فهو قلة الملاءمة إن لم نقل انعدامها، وقلة مرونة الإجراءات.

كما أن التحكيم المؤسسي يتم من قبل مؤسسة تحكيمية، تتكفل بتنظيم شامل لحل النزاع، بحيث تقوم على أساس قواعد نظامها الداخلي بتحديد سلطات وواجبات الحكام، تدعى المؤسسة التحكيمية بالغرفة التحكيمية، وهي متعددة ومتخصصة بحسب قطاع النشاط والطابع الوطني أو الدولي للنزاع¹. نذكر منها غرفة التجارة الدولية (CCI) غرفة التحكيم البحري لباريس، بحيث توحى الوسائل المادية والبشرية الظاهرة والمنظمة التي تتوفر عليها هذه المؤسسات التحكيمية إلى القضاء الحكومي²، إلا أن المصاريف التي تتطلبها بعض المؤسسات جد مكلفة، مثل غرفة التجارة الدولية (CCI)، إلا أن هناك مؤسسات تحكيمية أخرى لها نفس مستوى هذه الأخيرة، غير أن تكاليفها أقل، مثل الجمعية الفرنسية للتحكيم، لكن يعد إطارها المؤسسي من جهة أخرى، أكثر جموداً من التحكيم الخاص³.

كما يعد تحكيم الاستثمار آلية لحل الخلافات بين دولة ومستثمريها، كما هي الحال عند لجوء دولة إلى مستثمر أجنبي قصد إتمام استثمار معين، فحين ينشأ نزاع بمناسبة تنفيذ العقد، يكون اشتراط التحكيم في معظم الأحيان بندا في العقد يعين مؤسسة تحكيمية؛ والمؤسسة التحكيمية الأكثر نشاطاً في هذا المجال هي المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار⁴ (C.I.R.D.I).

¹ FADY Nammour, Droit et pratique de l'arbitrage interne et international, 3^e éd., L.G.D.J, Paris, 2009, p. 31.

² Ibid.

³ FADY Nammour, Op. Cit, p. 108.

⁴ KAUFMANN-KOHLER (G.), « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêts publics », Conférence prononcée le 24 juin 2004 au centre d'arbitrage libanais à Beyrouth, p. 4. Article disponible sur : <http://www.lk-k.com/data/document/arbitrage-investissement-entre-contrat-traite-entre-interets-privés-interet-public-i.e.pdf>.

د. اتفاقية التحكيم

سواء تعلق الأمر بالتحكيم الوطني أو الدولي، وسواء كان خاصاً أو مؤسساتياً، يفترض وجود اتفاقية تبين إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم.

اتفاقية التحكيم هي الاتفاقية التي يلجأ من خلالها الأطراف إلى التحكيم. وتسمى اشتراط التحكيم حين تدرج لحل منازعة محتملة الوقوع في المستقبل، وتسمى بالاتفاق حين يتعلق الأمر بمنازعة نشأت.

من الناحية الاصطلاحية اللجوء للتحكيم، يفيد إتمام اتفاقية تحكيمية تطلق على اشتراط التحكيم والاتفاق على حد سواء، وتخضع لقواعد مشتركة وأخرى خاصة بكل من شرط التحكيم، والاتفاق.

1. القواعد المشتركة لشرط التحكيم والاتفاق

إن اتفاقيات التحكيم تخضع لشروط عامة للصحة، وتنتج الآثار نفسها مهما كانت طبيعتها.

أ. الشروط العامة لصحة اتفاقية التحكيم

كون اتفاقية التحكيم عقداً، فإنها تخضع للشروط العامة للصحة. وعليه، لا يمكن أن تكون صادرة إلا عن شخص ذي أهلية لمنازعة تقبل التحكيم.

1. الأهلية

بعد أن نتطرق إلى أهلية الأشخاص الطبيعية، نتطرق لتلك المتعلقة بالدولة والأشخاص العامة.

أ. أهلية الأشخاص الطبيعية

يمكن لأي شخص لا يسلبه القانون أهليته أن يتم اتفاقية التحكيم.

ب. أهلية الدولة والأشخاص العامة

فيما يخص التحكيم الداخلي، فالأصل أن الأشخاص العامة غير مؤهلة لذلك، أما الاستثناء فهو ما ورد في القانون المدني الفرنسي¹، والمتعلق ببعض الأصناف من المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، التي يمكن أن يسمح لها بالتحكيم بموجب مرسوم.

أما فيما يخص التحكيم الدولي، ففي قرار صادر عن محكمة النقض² الفرنسية قدرت فيه أن الدولة بإمكانها أن تبرم اتفاقية التحكيم.

2. قابلية المنازعة للتحكيم

حتى تصح اتفاقية التحكيم، يجب أن تكون المنازعة قابلة للتحكيم، كون القانون المدني ينص على استحالة اللجوء للتحكيم بالنسبة لحالات معينة، وفي الأمور المتعلقة بالنظام العام، وحين تكون المنازعة من اختصاص جهة قضائية معينة بالذات.

أ. الحقوق التي يمكن أن تكون محل اتفاقية التحكيم

بموجب القانون المدني الفرنسي، لا يمكن إخضاع الحقوق التي ليست قابلة للتصرف، للتحكيم كما هو الحال في النفقة³.

ب. النظام العام

ينص القانون المدني الفرنسي صراحة على عدد معين من الأمور التي لا يمكن

¹ C.Civ., Article 2060 : " On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre."

² Arrêt Galakis, du 2 mai 1966 (Publié au J.C.P., 1966, II, 1498, note Ligneau).

³ C.Civ., Article 2059 : " Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition."

الاتفاق على مخالفتها، يتعلق الأمر بالدولة وأهلية الأشخاص بالنسبة للطلاق، والانفصال، والمنازعات المتعلقة بالسلطات العامة، والمؤسسات العامة، وكل ما له علاقة بالنظام العام.

ج. الاختصاص الحصري

لا يمكن إخضاع المنازعات التي هي حصرا من اختصاص جهة قضائية معينة، كما هو الحال بالنسبة للمنازعات الجنائية، وإجراءات الإفلاس، وصحة براءات الاختراع. كما يكون تخلف شروط الصحة في اتفاقية التحكيم سببا لبطلانها.

ب. آثار اتفاقية التحكيم

تصبح اتفاقية التحكيم ملزمة للأطراف التي أمضتها إذا كانت صحيحة، ودون أثر بالنسبة للغير، بحيث يصبح القضاء الحكومي غير مختص لصالح التحكيم.

1. عدم اختصاص القضاء الحكومي

يقضي قانون الإجراءات المدنية الفرنسي¹، أنه بمجرد وجود اتفاقية التحكيم، فعلى القضاء الحكومي أن يعلن عدم اختصاصه، إذا تم اللجوء إليه من قبل أحد الأطراف. يستوي في ذلك، أن يتم قبل، أو بعد² تأسيس المحكمة التحكيمية، إلا أنه في الحالة بطلان اتفاقية التحكيم يكون القضاء الحكومي هو المختص.

¹ C.P.C, Article 1448 al.1: " Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente.

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.

Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence."

² C.P.C, Article 1448 al. 2 et 3: " Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.

Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence."

2. اختصاص التحكيم

إن الآثار التي تترتب على صحة اتفاقية التحكيم، هي أن تصبح محكمة التحكيم هي المختصة، بحيث تكون محكمة لكل الأطراف، دون أن تكون وكيلا عن الأطراف التي عينتها؛ وعليه، تلتزم المحكمة بإنجاز المهام الموكلة إليها، والمتمثلة في التحكيم إلى غاية صدور قرار التحكيم¹.

3. آثار اتفاقية التحكيم بالنسبة للغير

المبدأ العام، هو أن اتفاقية التحكيم لا آثار لها بالنسبة للأشخاص الذين لا يكونون أطرافاً فيها، أما الاستثناء فهو أنه من الممكن في حالة التمثيل، أحياناً يتعلق الأمر بالمجموعات إذا توافرت شروط معينة.

2. القواعد الخاصة بشرط التحكيم

شرط التحكيم هو بند اتفاق يرد في العقد الأصلي، تتوافق فيه إرادة الأطراف المتعاقدة على عرض أي منازعة قد تثور بمناسبة تنفيذ العقد، على القضاء الخاص المتمثل في التحكيم².

شرط التحكيم يكون وقاية من أي نزاع محتمل الوقوع، يدرج في العقد الرئيسي بحيث يتوقع تسوية النزاعات التي قد تثور بمناسبة تنفيذ العقد عن طريق التحكيم، كما يجب أن يدرج هذا الشرط صراحة لا ضمناً، ويكون ذلك كتابة، وإلا كان التمسك به

¹ C.P.C, Article 1457: " Il appartient à l'arbitre de poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci à moins qu'il justifie d'un empêchement ou d'une cause légitime d'abstention ou de démission.

En cas de différend sur la réalité du motif invoqué, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui saisi dans le mois qui suit l'empêchement, l'abstention ou la démission."

² Com., 25 novembre 2008, pourvoi n°07-21888, Bull. 2008, Cf. www.arbitrage.org, Chambre Arbitrale International de Paris, Clause compromissoire.

باطلا، وعليه يفهم أن الأطراف تلتزم بالألا تلجأ إلى القضاء الحكومي¹.

تتعلق هذه القواعد بالمجال الذي يتيح إتمام شرط التحكيم وشكله ومحتواه.

أ. مجال شرط التحكيم

بموجب القانون الفرنسي² لا يسمح باللجوء لشرط التحكيم في المواد المدنية، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك. وعليه، فالحكم في هذا المقام هو البطلان، إلا أنه يبقى نسبيا.

فيما يخص الاستثناءات، يجب التوضيح أنها لا تخص سوى التحكيم الداخلي؛ غير أن القانون التجاري الفرنسي³ يسمح بشرط التحكيم في المواد التجارية، أما بالنسبة للعقود المختلطة، فالمبدأ هو البطلان النسبي.

ب. شكل شرط التحكيم

يقضي قانون الإجراءات المدنية⁴ بأن يكون شرط التحكيم مكتوبا، إما في العقد الرئيسي، أو أن يشير هذا الأخير إليه. يتعلق الأمر باستبعاد كل ما من شأنه إضفاء

¹ www.dictionnaire-juridique.com/definition/arbitrage.php

² C.Civ., Article 2061: " Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle."

³ C.Com., Article 631 : " Les tribunaux de commerce connaîtront :
1° des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers ;
2° des contestations entre associés, pour raison d'une société de commerce ;
3° de celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.
Toutefois, les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viendront à se produire."

⁴ C.P.C., - Article 1442 al.2 : " La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats. "

- Article 1443 : " A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale. "

الضبابية على وجود شرط التحكيم الذي يسمح باللجوء إلى التحكيم، وفي حالة تخلف الشكالية المطلوبة، يؤدي ذلك إلى بطلان شرط التحكيم.

ج. محتوى شرط التحكيم

ينص قانون الإجراءات المدنية¹ على أن يتم تعيين المحكم أو المحكمين، أو تعيين طريقة تعيينهم، بالإشارة إلى نظام تحكيم المؤسسة التي عهد إليها بالتحكيم، ويؤدي عدم احترام هذا الشرط إلى بطلان اشتراط التحكيم.

3. القواعد الخاصة بالاتفاق

يفترض إتمام الاتفاق، على عكس اشتراط التحكيم، نشوب منازعة. ويخضع هو الآخر إلى شروط شكلية وأخرى موضوعية.

أ. شكل الاتفاق

يقضي قانون الإجراءات المدنية في مادته 1443 سالف الذكر، بأن يكون الاتفاق مكتوباً، والكتابة في هذا المقام للإثبات لا للصحة، كما هو الشأن بالنسبة لشرط التحكيم. يوضح القانون أنه يمكن إثبات كتابة الاتفاق من خلال محضر ممضى من قبل الحكم والأطراف، كما يمكن أن يكون محرراً لدى موثق، أو بعقد عرفي، أو بمجرد تبادل الرسائل.

ب. موضوع الاتفاق

كما هو الشأن بالنسبة لشرط التحكيم، يجب أن يمكن الاتفاق من معرفة المحكمين أو طريقة تعيينهم، زيادة على ذلك ينص قانون الإجراءات المدنية² على

¹ C.P.C., Article 1444 : " La convention d'arbitrage désigne, le cas échéant par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de leur désignation. A défaut, il est procédé conformément aux dispositions des articles 1451 à 1454. "

² C.P.C., Article 1445 : "A peine de nullité, le compromis détermine l'objet du litige."

وجوب تعيين موضوع النزاع. يفسر هذا الوجوب قصد تحديد اختصاص المحكمين. وفي حالة المخالفة، يكون الاتفاق باطلا.

ثانيا: طرق الطعن

ينتهي التحكيم بقرار تحكيمي -كما سبق الإشارة إليه- يحوز حجية الشيء المقضي فيه. ويمكن أن يكون محل طعن بإحدى الطرق التي نميز فيها بين طرق الطعن العادية وطرق الطعن غير العادية¹.

أ. طرق الطعن العادية

يتعلق الأمر بالاستئناف ودعوى الإلغاء.

1. الاستئناف (L'appel)

يقضي قانون الإجراءات المدنية² بأن لا يمكن للأطراف اللجوء للاستئناف، إلا إذا تم الاتفاق عليه في اتفاقية التحكيم، زيادة على أن يكون الاستئناف قصد تعديل أو إلغاء قرار التحكيم³. والآجال المحددة للاستئناف هي شهر واحد، ابتداء من تاريخ تبليغ القرار مهورا بالصيغة التنفيذية⁴، إذا لم يكن القرار مخالفا للنظام العام الفرنسي⁵. وتطبق الإجراءات نفسها كما لو كان الاستئناف أمام المحاكم القضائية.

¹ RIBAHI Karim, La sentence arbitrale : Les voies de recours, 1 Janvier 2010, disponible sur : <URL> <http://fdv.univ-lyon3.fr>, consulté le 15/01/2016.

² C.P.C., Article 1489 : " La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties."

³ C.P.C., Article 1490 : " L'appel tend à la réformation ou à l'annulation de la sentence.

La cour statue en droit ou en amiable composition dans les limites de la mission du tribunal arbitral."

⁴ C.P.C., Article 1487 al.1 : " La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel cette sentence a été rendue."

⁵ C.P.C., Article 1488 al.1 : " L'exequatur ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public."

إن آثار الاستئناف توقف تنفيذ القرار¹. ولا تطبق هذه القواعد إلا على التحكيم الداخلي، كون قرارات التحكيم غير قابلة للاستئناف في مواد التحكيم الدولي، كما سنرى لاحقاً.

2. دعوى الإلغاء (Le recours en annulation)

يقضي قانون الإجراءات المدنية² بأنه لا يمكن أن ترفع دعوى الإلغاء ضد قرار التحكيم، إلا إذا تم اللجوء للاستئناف- كما تم تبيان سلفاً- ولا يمكن الاتفاق على خلاف ذلك³، كما أنه لا يلجأ لدعوى الإلغاء، إلا في الحالات الست حصرياً⁴، التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية. وتبقى الآجال في الاستئناف هي نفسها في رفع دعوى الإلغاء. وتكون محكمة الاستئناف المختصة هي التي أصدرت القرار، وتطبق القواعد الإجرائية الخاصة بالمنازعات⁵.

يفضي قبول دعوى الإلغاء، إلى إلغاء كل أو جزء من القرار التحكيمي. وفي هذه الحالة، ينظر المجلس في موضوع صلاحيات محكمة التحكيم، وتكون آثار دعوى

¹ C.P.C., Article 1496 : " Le délai pour exercer l'appel ou le recours en annulation ainsi que l'appel ou le recours exercé dans ce délai suspendent l'exécution de la sentence arbitrale à moins qu'elle soit assortie de l'exécution provisoire."

² C.P.C., Article 1491, al.1 : " La sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties."

³ C.P.C., Article 1491, al.2 : " Toute stipulation contraire est réputée non écrite."

⁴ C.P.C., Article 1492 : " Le recours en annulation n'est ouvert que si :
1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou
2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou
3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou
4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou
5° La sentence est contraire à l'ordre public ; ou
6° La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix."

⁵ C.P.C., Article 1495 : " L'appel et le recours en annulation sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure en matière contentieuse prévues aux articles 900 à 930-1."

الإلغاء على الصيغة التنفيذية لقرار التحكيم نفسها بالنسبة الاستئناف، ألا وهو توقيف التنفيذ.

وفي التحكيم الدولي، تكون قرارات التحكيم الصادرة في فرنسا قابلة للطعن في الحالات المنصوص عليها حصرياً¹ في قانون الإجراءات المدنية. ويبدو أنها الحالات الأربع نفسها المذكورة في المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية؛ أما بالنسبة للتحكيم الداخلي، فيضاف إليها حالات عدم احترام مبدأ تكوين محكمة التحكيم أو النظام العام الدولي.

ب. طرق الطعن غير العادية

طرق الطعن غير العادية اثنتان، لهما خصوصيات مشتركة يحددها القانون وليست لهما آثار توقيف تنفيذ قرار التحكيم، كما رأينا في طرق الطعن العادية، وتعطيان ضمانات خاصة للأطراف وللغير، وهي التماس إعادة النظر المعارضة من الغير. كما أن قرارات التحكيم، لا تكون محل معارضة، ولا يمكن الطعن فيها بالنقض².

1. التماس إعادة النظر (Le recours en révision)

يلجأ إلى التماس إعادة النظر حسب ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية في الحالات، وبنفس الشروط، بالنسبة لرفع الدعاوى القضائية أمام محكمة التحكيم³. وإذا

¹ C.P.C., Article 1520 : " Le recours en annulation n'est ouvert que si :

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou

3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou

5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international."

² C.P.C., Article 1503: " La sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition et de pourvoi en cassation."

³ C.P.C., Article 1502 al. 1 et 2 : " Le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas prévus pour les jugements à l'article 595 et sous les conditions prévues aux articles 594, 596, 597 et 601 à 603."

تعذر ذلك، ترفع أمام محكمة الاستئناف التي تكون مختصة، لو لم يلجأ للتحكيم¹.

2. المعارضة من الغير (La tierce opposition)

لا يمكن أن يلجأ إلى هذه الطريقة في الطعن، إلا من قبل شخص لحقه ضرر، أو خاف أن يلحقه ضرر، وليس طرفاً ولا هو ممثل في التحكيم².

ترفع دعوى المعارضة من الغير أمام الجهة القضائية التي تكون مختصة، لو لم يلجأ الأطراف للتحكيم³.

Le recours est porté devant le tribunal arbitral."

¹ C.P.C., Article 1502 al. 3 : " Toutefois, si le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, le recours est porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence."

² C.P.C., - Article 582: " La tierce opposition tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque.

Elle remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit."

- Article 583 al. 1: " Est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque."

³ C.P.C., Article 1502: " La sentence arbitrale peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 588."

خلاصة الباب الثاني:

تفضي الدراسة إلى مجموعة من الملاحظات تدفعنا إلى تصور أنه من الضروري إعادة النظر في نص قانون عقد التسيير، بتعديل ما يجب تعديله وتتممة ما يجب تتمته.

بحيث أن يتصرف المسير في تنفيذ التزاماته باسم المؤسس، هذا يفيد أنه يمثل، الأمر الذي يفرض علينا التفكير في الحالات التي يرتكب فيها المسير أخطاءً، بمناسبة تأديته لمهامه، سواء كانت عن حسن نية أو غيرها، لماذا تكون المؤسسة في هذه الحالة هي المسؤولة؟

-إن الالتزام المسير بتقديم المعلومات جاء في عقد التسيير عاما، على عكس آليتي ترست وفيديوسية حيث تفرق في هذا الالتزام بين تقديم المعلومة، والنصح، والتحذير، وأشياء أخرى دقيقة تستدعي الوقوف عندها.

-إن التزامات المؤسس في عقد التسيير جد مرهقة، بعد وضعه لكل الوسائل تحت تصرف المسير، مما يخلق جواً من التداخل في الصلاحيات، حيث يصبح المستخدمون يتلقون التعليمات من جهتين مختلفتين، لا سيما فيما يخص التزام المؤسسة بالصيانة.

-إن التزام المسير بإعادة الأملاك عند نهاية التسيير تسودها الضبابية، بحيث لم ينص المشرع على كيفية إتمام ذلك، ولا حتى على المدة الزمنية التي يجب أن تستغرقها.

-إن عدم تحديد المدة بنص، يضيف نوعاً من الغموض على عقد التسيير، كان من الممكن أن يتم الإحالة إلى القانون التجاري، المادة 546 منه، أو المادة الثالثة من

دفتر الشروط للمرسوم التنفيذي رقم 153-09 المؤرخ في 2009/05/02¹،
أو للمدة المتبقية من حياة المؤسسة.

-لم ينص المشرع الجزائري على الحالة التي يصبح فيها التسيير غير مجدٍ، على
عكس آليتي ترست وفيدوسية.

-لم ينص قانون عقد التسيير على الحالة التي تنتقضي فيها المؤسسة العمومية
الاقتصادية طبقا للمادة 546 من القانون التجاري قبل انقضاء عقد التسيير، ولا
استشراف الحالة التي يفلس فيها المسير.

-ضيق المشرع الجزائري الخناق على المؤسس في عقد التسيير، من خلال جعله
لا يصح إلا لمؤسسة عمومية اقتصادية، على عكس آليتي ترست وفيدوسية، أين
يمكن أن يكون المؤسس أي شخص من الأشخاص القانونية الأخرى، أي
الأشخاص الطبيعية والاعتبارية العامة منها والخاصة.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 153-09 المؤرخ في 2009/05/02 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على
الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات
العمومية الاقتصادية وتسييرها، دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد البنود والشروط التي تطبق على منح
الامتياز بالتراضي للأصول العقارية المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة
والأصول العقارية الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية، المادة 3: "يمنح الامتياز لمدة أدناها ثلاث
وثلاثون (33) سنة يمكن تجديدها مرتين (2) وأقصاها تسع وتسعون (99) سنة."

الخاتمة:

بعد التحاليل المختلفة للمحاور التي عالجها البحث، تخلص الدراسة إلى النتائج

التالية:

- أن الآلية القانونية التي ظهرت أول مرة للوجود هي فيدوسية الرومانية، التي أقتبس منها الوقف الإسلامي، الذي تأثر به الصليبيون خلال الحروب الصليبية، حيث نقلوه إلى فرنسا لمنطقة نورمانديه (Normandie) ليوطنه غيوم الفاتح (Guillaume le conquérant) في الأخير بانجلترا، حيث تطور وترعرع ليأخذ اسم ترست (Trust)، وليصبح بذلك الآلية الأكثر فائدة في العالم، الأمر الذي جعل منه محط تخوف وفضول الأنظمة القانونية الأخرى في آن واحد، حيث أخذ منه المشرع الجزائري عقد التسيير سنة 1989، والمشرع الفرنسي عقد فيدوسية سنة 2007.

ونخلص في الأخير إلى أن الآليات الثلاث، بعضها مستنبط ومستوحى من بعض، وإن اختلفت تواريخ وجودها.

- الآليات الثلاث كلها ترد على تسيير أملاك الغير، بحيث يعهد فيها مؤسس بذمة معينة من أمواله إلى مسير قصد تسييرها له، إلا أن أطراف العقد تختلف من آلية إلى أخرى، إذ أن المسير في عقد التسيير يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط جاءت على سبيل الحصر ومن بين هذه الشروط، شرط جوهرى، وهو أن المسير طرف أجنبي، دون أن يحدد المشرع الجزائري ما إذا كان المسير شخصا طبيعيا أو معنويا. أما في ترست فلا يشترط أي مواصفات معينة فيه، غير أن المشرع الفرنسي في فيدوسية حصرها في مجموعة من الأشخاص الاعتبارية فقط من المؤسسات المالية والمحامين.

- أما بالنسبة للمؤسس، ففي عقد التسيير لا يصح إلا لمؤسسة عمومية اقتصادية فقط، على عكس ترست وفيدوسية، أين يمكن لكل شخص، ويستوي في ذلك أن يكون طبيعيا، معنويا، عاما أو خاصا، ليكون مؤسسا شريطة أن يكون مؤهلا لذلك.

- لا يستدعي عقد التسيير نقل الأموال المراد تسييرها إلى المسير، بل إن وضعها تحت تصرفه كاف ليتم التسيير؛ إذ يستدعي ترست من نقل الأموال أصولاً فقط من ذمة المؤسس إلى ذمة المسير، ليستبقها منفصلة عن ذمته، وينفذ ترست حسب إرادة المؤسس. أما في فيدوسية فالأمر مختلف تماماً، حيث تنتقل الأموال أصولاً كانت أو ديوناً إلى ذمة تدعى بذمة التخصيص، حسب طبيعة العقد، إن كان قصد التسيير أو التأمين، لكن مؤقتاً أي لمدة معينة، وتعود هذه الذمة عند حلول الأجل لتذوب في ذمة المؤسس من جديد.

- يهدف عقد التسيير إلى ترقية إنتاج المؤسسات العمومية الاقتصادية على الصعيدين، الوطني والدولي واكتساب المعارف والخبرات التي يتمتع بها المسير. أما ترست فهدفه أعم وأوسع حيث يصبو إلى تسيير أموال الغير، دون تمييز، مع الإبقاء على الذمة المسيرة وحدة لا تتجزأ، غير أن فيدوسية لا تتم إلا قصد التسيير أو التأمين، ويعود سبب وجودها إلى شعور المشرع الفرنسي بالخطر المحدق الذي مثله ترست على نظامها، من خلال لجوء الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، على حد سواء إلى هذه الآلية.

- تعد المؤسسات العمومية الاقتصادية الشخص الوحيد المؤهل لإتمام عقد التسيير، زيادة على أنه عقد دولي بطبيعته، على خلاف ترست وفيدوسية أين يمكن للمؤسس أن يكون أي شخص طبيعي كان، أو اعتبارياً، عاماً أو خاصاً، شريطة أن يكون كامل الأهلية، يستوي في ذلك أن يكون العقد وطنياً أو دولياً، زيادة على ذلك يتصرف المسير في كل من عقد التسيير وفيدوسية باسم المؤسس ويعمل لحسابهما. أما في ترست فالمؤسس مستتر تماماً إذ يتم المسير التسيير باسمه، ولحساب المؤسس أو المستفيد.

- مهما اختلف النظام القانوني الذي تنتمي إليه آلية التسيير، وسواء تعلق الأمر بعقد التسيير أو بترست أو بفيدوسية، فإنها تبقى ترد على تسيير أموال الغير، ويختلف

الأمر بالنسبة للذمة المسيرة، حيث لا يشترط نقلها في عقد التسيير، ويشترط نقلها مؤقتاً في فيدوسية ويشترط نقلها في ترست.

- يعمل المسير باسم المؤسس في عقد التسيير وفيدوسية، بينما يعمل المسير باسمه الخاص في ترست، والمسير طرف أجنبي في عقد التسيير يجب أن يجمع بين شروط على سبيل الحصر، دون أن يحدد إن كان عاماً أو خاصاً. في ترست لا يهم نوع الشخص، بقدر ما يهم جدية الاستثمار، و قدرة المسير على ذلك. أما في فيدوسية ف جاء على سبيل الحصر في أشخاص عامة معينة، وفي المحامين فقط.

- المؤسس في عقد التسيير شخص قانوني واحد عام، يتمثل في المؤسسة العمومية الاقتصادية، بينما في فيدوسية وترست، لا يهم شخص المؤسس، شريطة أن يكون كامل الأهلية.

- لا تشترط في عقد التسيير شكلية معينة، ويكون نتيجة لمفاوضات، أما ترست فأمر الشكالية غير مهم، كون السرية هي ما يلزمه ويميزه؛ إلا أن الأمر مختلف تماماً بالنسبة لفيدوسية، إذ أن الشكالية ركن في العقد زيادة على التسجيل والإشهار اللازمين.

- تختلف الآليات الثلاث اختلافاً جذرياً من حيث النظام العام، إذ أنه يقع باطلاً كل عقد تسيير أتمه شخص لا يكون مؤسسة عمومية اقتصادية، أو أتمته لمدة غير محدودة، لأنه من النظام العام. بينما في ترست يكاد يكون هو النظام العام، حيث لا يخلو فعل ولا التزام إلا ومس به. أما بالنسبة لفيدوسية، لا تصح للهبة، ولا يصح التسيير إلا للأشخاص المنصوص عليهم حصراً، وأن يتصرف المسير بهذه الصفة، وأن يكون الباعث مشروعاً وخص السبب دون المحل رغم أن كلا الركنين لهما علاقة ببعضهما البعض، إلا أن مشروعية المحل أمر مفروغ منه، كون المسير مؤسسة مالية أو محامياً، بمعنى أنه يمكن تتبع أصل ذمة التخصيص، والتأكد من مشروعيتها، لا سيما في عملية تبيض الأموال لأمر ذو أهمية بالغة. لذلك ركز المشرع الفرنسي على مشروعية الباعث الذي أدّى للتعاقد فقط.

- إن عقد التسيير عقد دولي بطبيعته، إلا أنه لا يشهر رغم وروده على عقارات، ولمدة قد تصل إلى عشرين سنة. ونظرا للسرية التي تميز ترست، ولو كانت الأموال المسيرة عقارات فإنه لا يخضع لعملية الشهر. على عكس كل الآليات موضوع المقارنة، نجد أن المشرع الفرنسي جد حريص على تسجيل وإشهار كل ما له علاقة بالمال قصد التحصيل الجبائي.

- يتبين من خلال ما تم التطرق إليه سلفا، أن المشرع الجزائري لم يحدد سلطة المسير ولا مسؤوليته، كما هو الشأن بالنسبة لترست وفيدوسية. ترك الأمر لاتفاق الأطراف من خلال المفاوضات، ويرجع ذلك إلى طبيعة عقد التسيير، الذي هو عقد دولي بطبيعته.

- هناك غموض يخيم على مسألة الضمان، فالمشرع الجزائري لم يبين ما إذا كانت الأموال المسيرة ضامنة لديون المؤسسة التي ترتبها خارج التسيير، في الحالة التي لا يقوم فيها التسيير إلا على بعض أملاك المؤسسة؛ ولا على إمكانية وكيفية حجز الدائنين عليها.

- إن مصطلح الضرر الوارد في المادة العاشرة من قانون عقد التسيير، يضيف الضابطة على طبيعة مسؤولية المسير، وما إذا كانت عقدية أم تقصيرية. في حين أن المشرع الفرنسي حسم الأمر في فيدوسية، إذ أن ذمة المؤسس تكون ضامنة للديون المرتبة، حين لا يكون خطأ المسير سببا في وجودها، أما إذا كانت بسبب خطأ المسير، فذمة المسير كفيلة بها.

- مما لا شك فيه أن النظام العام أمر صعب التحكم من حيث التكوين، لأنه يخضع لعناصر ذاتية للمجتمع، إذ أن ما هو من النظام العام في نظام قانوني معين ليس بالضرورة هو نفسه من النظام العام في نظام قانوني مغاير، إلا أنه لا بأس بتحديد الأشخاص القانونية التي يمكنها اكتساب صفة المسير على سبيل الحصر، كما أرى أن الظروف قد أصبحت مواتية ليوسع نطاق المؤسس في عقد التسيير إلى

الأشخاص القانونية الأخرى، دون استثناء، بما أن جل المؤسسات العمومية الاقتصادية تم التنازل عنها، إما لصالح الخواص، وإما لصالح العمال.

- في عقد فيدوسية لم يلزم المشرع الفرنسي المسير باكتتاب التأمين، إلا أن القوانين ذات الصلة بالمهن، تلزم المهني على سبيل الوجوب باكتتابها.

- نلاحظ أن في كل من الآليتين القانونيتين؛ ترست بالنسبة للنظام القانوني كومن لوو، ولفيدوسية بالنسبة لنظام القانون المدني، أن الأموال المسيرة أي ذمة التخصيص، تخرج من ذمة المؤسس. نهائيا بالنسبة للأول، ومؤقتا بالنسبة للثاني. أما بالنسبة للمؤسس في عقد التسيير فتبقى في ذمته دون أن يكون له حق التصرف فيها، الأمر الذي يعد مساسا بأحد عناصر الملكية، ألا وهو التصرف.

- صعوبة التكفل بالصيانة وباكتتاب التأمينات في عقد التسيير، الأمر الذي يعد مرهقا بالنسبة للمؤسس في عقد التسيير كونه قد وضع جميع الوسائل، المادية منها والبشرية، تحت تصرف المسير. والتزامه بهذه الأمور قد يدخله حتما في تضارب للمصالح مع المسير، كونه يلزمه بالرجوع للأعوان الموضوعين تحت تصرف المسير، قصد تنفيذ هذين الالتزامين، مما قد يثير حفيظته. كما أن هذين الالتزامين لا يدخلان ضمن التزامات المؤسس، لا في ترست ولا في فيدوسية.

- يبدو أن لكل آلية أمور تعزى إليها، فيما يخص التزامات المسير، وبما أن هدف الدراسة هو إثراء النص الذي ينظم آلية عقد التسيير، فالواجب أخذ من كل آلية ما يتلاءم وضمه إلى الالتزامات الخاصة بالمسير في عقد التسيير في القانون الجزائري، وبالمقابل تطرح من هذا القانون كل الالتزامات التي تضر بمصالح المؤسسة العمومية الاقتصادية.

- إن التزام المسير بتقديم المعلومات في كلا الآليتين الأجنبيةتين، له من التجربة ما يغني عن البحث، والاستفادة من كل هذه التراكمات، لا سيما من خلال القوانين ذات الصلة (شريعة عامة، قوانين خاصة، اجتهادات قضائية)، وبخاصة القانون

الفرنسي الذي يعتبر قريبا من النظام القانوني الجزائري، كونهما ينتميان إلى القانون المدني.

- إن الالتزام المتعلق بالتصريح الضريبي، وإعداد الحسابات الشهرية والسنوية بالنسبة للمسير في عقد التسيير، غير واردة لا في نص القانون، ولا في محاضر مناقشة مشروع القانون، الأمر الذي قد يجعل منه عنصر منازعة وتضارب مصالح، أما بالنسبة للمحاسبة وإن لم ينص القانون على ذلك، فيكون ضمنيا ومنطقيا على عاتق المسير كونه من يقوم على التسيير، ولكن لن يكلف ذلك شيئا لو عُبر عنه من خلال نص صريح، لا يترك مجالا لا لتأويل ولا للشك.

- بالنسبة لمجالات الاستثمار، يتميز الاجتهاد القضائي بالنسبة للآليتين بغناه الكبير بالتجارب والاجتهادات التي يمكن أن يستفيد منها المشرع الجزائري، لإثراء النصوص القانونية ذات الصلة، حتى يحول دون تضيق الخناق على المسير في هذه المجالات.

- أما فيما يخص التزام المسير بإعادة الأملاك عند نهاية التسيير، مما لا شك فيه أنه أمر ضروري، لما له من أهمية في تصفية الحسابات بين طرفي العقد، وتبادل للوثائق المتعلقة بالممتلكات والمحاسبة.

- إن التزام المسير بالتصرف باسم المؤسسة العمومية الاقتصادية، أرى أنه يضر أكثر مما يعود على المؤسسة العمومية الاقتصادية بالفائدة، وبالأخص حين يتعلق الأمر بالأخطاء التي قد يرتكبها المسير، وتكون المؤسسة مسؤولة عنها بما يقتضيه القانون الجزائري، وإن كان المسير مؤمنا. لذلك من الأفضل ألا يتصرف إلا باسمه، حتى توطر مسؤولية المسير بعيدة عن مسؤولية المؤسسة.

- لقد أغفل المشرع الجزائري تحديد مدة عقد التسيير على عكس مشرعي الآليتان الأخريين، حيث حددت بثمانين (80) سنة في ترست، وتسعين (90) سنة في فيدوسية.

- لقد أغفل المشرع الجزائري كذلك الحالة التي يعود فيها التسيير غير مجد؛ فما هي حكمة استمراره إن لم يعد مجديا، فمن الباب أولى- في نظري- أن يوضع حد للعقد.

- لم ينص قانون عقد التسيير على الحالة التي تنقضي فيها المؤسسة العمومية الاقتصادية طبقا للمادة 546 من القانون التجاري الجزائري، قبل انقضاء عقد التسيير، ولا على الحالة التي يفلس فيها المسير.

- وعلى عكس العقدين محل المقارنة، فإن آلية المراقبة في عقد التسيير أفضل بكثير من قريناتها في العقود الأخرى.

- فيما يخص تسوية المنازعات، مما لا شك فيه أن الإجراءات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما في مواد التحكيم، تفي بالغرض، إلا أنه لا يفوتني في هذا المقام أن أنوه بما لاحظته الأستاذ الدكتور على بن شنب، فيما يخص اشتراط التحكيم واتفاقية التحكيم، أن تترك لأهل الاختصاص من قانونيين لإتمامهما، كون اعتبار العقود الدولية الجيدة، هي تلك التي يكون اشتراط أو اتفاق تحكيمها جيدا. وعلى هذا الأساس و بناءً على ما سلف، فالنتائج التي تمخضت عنها الدراسة تم التوصل إلى التوصيات المتمثلة فيما يلي:

-تعديل عقد التسيير، من خلال جعله آلية لا تصح للمؤسسة عامة فقط، وإنما لكل شخص قانوني طبيعي كان أو عاما.

-تعريف أو تعيين كيفية اكتساب صفة المؤسس في مادة مستقلة من القانون، أو بنص تنظيمي.

-إنشاء مادة مستقلة خاصة بالمسير لتعيين الأشخاص القانونية التي يسمح لها باكتساب هذه الصفة، على غرار ما هو في نص فيدوسية.

- أن تعدل المادة الأولى فيما يخص أمر التمثيل حيث تصبح: "...، باسمه وحساب المؤسس...". وكما هو الشأن في ترست، يكون المؤسس مستترا، بحيث لا تقوم إلا مسؤولية المسير.

- توسع ذمة التسيير إلى الديون أيضا، بدلا من الأموال فقط، حتى تستفيد المؤسسة العمومية الاقتصادية والأشخاص القانونية الأخرى من تطهير ديونها، على غرار ما هو عليه في فيدوسية.

- إخضاع عقد التسيير إلى التسجيل والإشهار.

لن يمس بشيء أن يلزم شهر عقد التسيير لما يرد على حقوق عينية، ويستوي في ذلك أن تكون أصيلة أو تبعية، كون الإشهار يوفر حماية أفضل للأطراف وللغير على حد سواء، وفقا للمادة 17 من الأمر 74-75¹.

- تنظيم الإطار القانوني لأساس قيام مسؤولية المسير من جهة، و تأطير حدود الضمان للأموال المسيرة، وكيفية الحجز عليها من جهة أخرى.

- أن ينظم الالتزام بتقديم المعلومات من خلال نص تنظيمي للاستفادة من تجربة الآليتين محل المقارنة. كما لاحظنا، قانون فيدوسية جد غني في هذا الشأن.

- أن ينظم الالتزام بالتصريح الضريبي وإعداد الحسابات من خلال نص تنظيمي، للاستفادة من تجربة آلية فيدوسية.

- أن ينظم التزام المسير بإعادة الأملاك عند نهاية التسيير، بإحداث مادة تنص على ذلك في القانون، على أن تنظم في نص تنفيذي مستقل لتتناول التفاصيل المتوصل إليها بدقة.

- أن يخرج الالتزام الخاص بال صيانة واكتتاب التأمينات، من التزامات المؤسسة العمومية الاقتصادية، لتضافا لالتزامات المسير.

¹ الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 1975/11/12 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر العدد 92 الصادر في 1975/11/18 المعدل والمتمم.

-أن تحدد المدة بنص تنظيمي، أو أن يتم الإحالة إلى القانون التجاري، للمادة 546 منه، أو المادة الثالثة من دفتر الشروط للمرسوم التنفيذي رقم 09-153 المؤرخ في 2009/05/02، أو للمدة المتبقية من حياة المؤسسة.

-أن تتمم المادة التاسعة من قانون عقد التسيير للنص على الحالة التي يصبح فيها التسيير غير مجدٍ.

-أن ينص قانون عقد التسيير على الحالة التي تنقضي فيها المؤسسة العمومية الاقتصادية طبقا للمادة 546 من القانون التجاري قبل انقضاء عقد التسيير، واستشراف الحالة التي يفلس فيها المسير.

إن النتائج المتوصل إليها في هذه الرسالة يمكن أن تكون مبادرة في مشروع قانون يعدل ويتمم القانون رقم 89-01 المؤرخ في 07 فبراير 1989، المتضمن عقد التسيير، في حالة ما إذا رأى المشرع الجزائري ضرورة ذلك، كون الآليتين القانونيتين والمتمثلتين في ترست الانجلوأمريكي، وفيدوسية الفرنسية، والاجتهادات القضائية المتعلقة بهما بمثابة قاعدة ودعامة أساسية لإتمام ذلك، عبر الدراسة التي اتخذت من المنهجية التحليلية الوصفية من جهة، والمقارنة من جهة أخرى أساسا لها، مما يعطي في اعتقادي انطبعا لا بأس به عن الصورة التي يمكن أن يكون عليها النص الجديد لهذا القانون، حتى تتمكن المؤسسات الوطنية دون تمييز العمومية منها، أو الخاصة للاستفادة من هذه الآلية الفريدة التي لا تمكن من تنويع الاستثمار فقط، وإنما تمكنها من التألق والرقي إلى مصاف المؤسسات الدولية.

الأمر الذي يبرر وَجَاهَةَ الفكر أن آخر اجتماع لمجلس الوزراء، والمنعقد يوم الثلاثاء 31 ماي 2016 حيث طلب السيد الرئيس من الحكومة مواصلة الحوار والتشاور مع شركائها الاجتماعيين والمؤسسات، ونوه في هذا الصدد باجتماع الثلاثية الوشيك داعيا المشاركين في هذا الجلسات إلى تجسيد تعهدهم الذي التزموا به في سنة 2014، من خلال المصادقة على العقد الوطني الاقتصادي، والاجتماعي المتمثل في الالتزام معا بتنفيذ النموذج الاقتصادي الجديد الهادف لبعث النمو والاستثمار خارج

المحروقات، هذا من جهة، وزيارة نائب المدير لقسم الشرق الأوسط وآسيا الوسطى لدى صندوق النقد الدولي ليوم الأربعاء 13 جويلية 2016، والذي يؤكد على ضرورة تنويع الاستثمار للتمكن من تعويض العجز الناتج عن تدهور أسعار البترول من جهة أخرى.

إن البحث المقدم بإمكانه أن يكون مطية لبحوث أخرى أراها جد مناسبة، حيث لا تزال حقا خصباً غير مستهلك، وبإمكانها أن تكون عملاً مكملًا لهذا البحث، لا سيما موضوع دراسة مقارنة للوقف في التشريع الجزائري، بالآيتين المعتمدتين في الدراسة، وكذلك اتفاقية لاهي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على ترست والاعتراف بها¹، والتي أرى أنه من الضروري البحث فيه حتى تتمكن بلادنا من المصادقة عليها.

لا أنكر أن هذا البحث أعطاني أكثر مما قدمته له، أولاً وقبل كل شيء مكنتني من ولوج عالم البحث من أبوابه الواسعة، حيث جعلني أتذوق طعم البحث الحقيقي، وثانياً علمني تذوق المصاعب متسلحاً بالصبر والإصرار.

¹ Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

الملاحق

الملحق الأول

ترجمة

اتفاقية تسيير فندق "جـ"

الفهرس

الوصف	رقم بند الاتفاقية
تمهيد	1
غرض الاتفاقية	2
التزامات ومسؤوليات المالك	3
خدمات ما قبل الافتتاح	4
مدة العقد	5
التزامات المدير	6
أجر الإدارة وإيرادات المالك	7
تحديد مجموع المرتب عن العمليات	8
الاستبدالات، والإضافات والتحسينات	9
الحسابات	10
رأس المال العامل	11
السيطرة من قبل المالك	12
التأمين	13
التدمير الكامل للفندق والضرر	14
نزاع الملكية	15
الإخلال بالتنفيذ	16
تسوية النزاعات	17
التوريث والتنازل	18
القوة القاهرة	19
الكوارث الطبيعية	20
الإعذارات	21
الاسم التجاري	22
الأحكام العامة	23

الملحق 1: ورقة البيانات الفنية - مجمع ج
الملحق 2: الميزانية التقديرية الاحتياطية لمدة 10 سنوات
الملحق 3: مخطط الهيكل التنظيمي

اتفاقية تسيير

أبرم هذا العقد بتاريخ..... من قبل وبين :

1. المؤسسة الاقتصادية العمومية "أ"، وعنوان مكتب أعمالها الرئيسي هو، ويشار إليها فيما يلي بعبارة "المالك"، ويمثلها في هذه الاتفاقية السيد، رئيس مجلس الإدارة والمدير العام.

2. إدارة فندق "ب"، ومقرها في دولة، وعنوانها البريدي.....، وعنوان مقر أعمالها الرئيسي في دولة.....، ويشار إليها فيما يلي بعبارة "المسير" ويمثلها في هذه الاتفاقية السيد.....، رئيس مجلس الإدارة.

تمهيد

حيث أنه قد تقرر إناطة تسيير فندق "ج"، الكائن، بعد أن تم تجديده بالكامل وفقا لمقاييس فنادق الدرجة الثالثة، والذي يتألف من 500 غرفة، 100 شقة، بالإضافة إلى جميع المعدات التجارية والرفاهية، والتركيبات والمرافق، بمستوى يضاهي تلك المستويات التي يوفرها أي فندق دولي من نفس الدرجة.

وحيث أن المالك يرغب في تسيير وإدارة الفندق الأنف الذكر بواسطة شركة تسيير فنادق مع مراعاة الشروط المبينة أدناه.

وحيث أن المدير يقترح إدارة وتسيير الفندق كما هو محدد لحساب المالك ومع مراعاة الشروط المبينة أدناه.

وحيث أن المالك والمدير، ويدعيان فيما يلي مجتمعين بـ "الطرفين"، اتفاقا على إبرام اتفاقية إدارة لغرض تسيير فندق «ج».

وعليه فقد اتفق طرفا هذه الاتفاقية كما يلي:

البند 1 - الغرض من الاتفاقية

يخول المالك بموجب هذا، شركة التسيير لتسيير وإدارة، لحسابه، فندق «ج» الكائن في، كمدير وحيد، وفقا للقوانين والأنظمة السارية المفعول في الجزائر، وعلى وجه الخصوص القانون رقم 89-01 المؤرخ في 07 فبراير 1989، ووفقا للممارسات الوطنية والدولية.

البند 2 - التزامات ومسئوليات المالك

- 1-2** يعلن المالك أن الفندق، بمحتوياته ومرافقه التي تشكل جزءا منه يطابق المتطلبات المفروضة من قبل السلطات والقوانين والقواعد المطبقة. يتعهد المالك بالتقيد بهذه الاتفاقية.
- 2-2** يقر المالك بالحق للمدير بإدارة وتسيير الفندق بدون أية عوائق من أي نوع على الإطلاق. يتعهد المالك بعدم التدخل بشكل مباشر أو غير مباشر في تسيير الفندق، ضمن الحدود المبينة في هذه الاتفاقية.
- 3-2** يتعهد المالك بدفع جميع الأجور وضرائب الممتلكات الثابتة والعقارية، وسوف يسلم المدير نسخة عن جميع الإيصالات التي تتعلق بهذه الأجور والضرائب.
- 4-2** بناء على هذه الاتفاقية، جميع الرسوم والتكاليف المترتبة من قبل المدير والمتعلقة بتسيير الفندق سوف تحمل على الفندق.

البند 3 - خدمات ما قبل الافتتاح

- 1-3** قبل الافتتاح، سوف يقدم المدير للمالك تقريراً مفصلاً يظهر جميع العيوب المكتشفة في هيكل الفندق، ومعداته، وتركيباته ومرافقه. جميع المصاريف المترتبة عن تصحيح وتصليح هذه العيوب المكتشفة في الهيكل والمعدات والتركيبات والمرافق لن يتحملها المسير، سوف يناقش هذا التقرير ويوافق عليه من قبل المالك.
- 2-3** سوف يقدم المسير ميزانية تقديرية لأعمال ما قبل الافتتاح. سوف تناقش هذه الميزانية التقديرية من قبل الطرفين وسوف تعتمد من قبل المالك.

3-3 سوف يضع المالك تحت تصرف المدير مبلغ كافة التكاليف والمصاريف الضرورية لخدمات ما قبل الافتتاح، ضمن حدود الميزانية المعتمدة، ما لم تعدل هذه الميزانية التقديرية من قبل الطرفين بموافقة متبادلة.

4-3 تم الاتفاق على أنه سيتم تصنيف مصاريف ما قبل التسيير كـ "مصاريف أولية" وسوف يتم استهلاكها على فترة مدتها خمس (5) سنوات.

البند 4 – تسليم الفندق مرحلة ما قبل الافتتاح

1-4 عند توقيع هذه الاتفاقية، سوف يختار المدير مديرا عاما للفندق تخضع تسميته لموافقة المالك وموافقة السلطات.

2-4 حدد طرفا هذه الاتفاقية تاريخ دخول حيز التنفيذ مرحلة ما قبل الافتتاح ب.....
وتاريخ دخول حيز التنفيذ الاتفاقية ب.....

3-4 سوف يقدم المالك للمدير جميع الوثائق والتراخيص الصادرة من قبل السلطات، وتشمل تراخيص بيع المشروبات، شهادات التقيد وجميع ما هو ضروري للتسيير الصحيح للفندق.
4-4 عند تسليم الفندق، سوف يعد المدير قائمة بجرد المعدات والمواد الخاصة بالتسيير.
سوف توقع هذه القائمة من قبل كلا الطرفين، وسوف تعتبر محضرا حاسما.

5-4 سوف يقدم المالك للمدير جميع نسخ مخططات الفندق وكذلك نسخ كاملة عن اكتتابات التسيير، والمواصفات والضمانات الخاصة بجميع التركيبات وقائمة بأسماء وعناوين مقاولي الصيانة.

6-4 خلال فترة الضمانة التي تتعلق بأعمال التجديد، سوف يبقي المدير المالك على علم بشكل منتظم بالعيوب الموجودة في الهيكل والتركيبات.

7-4 عند توقيع هذه الاتفاقية، سوف يمنح المالك المدير تخويلا لممارسة حقوقه ليكون المدير قادرا على اتخاذ إجراء قانوني ضد الأطراف الثالثة فيما يتعلق بحقوق الضمانة وعقود الصيانة التي تتعلق بالمعدات والمبنى، بشكل يسمح لـ "ب" أن يؤدي التزاماته الخاصة بصيانة المرافق والحفاظ عليها في حالة عمل جيدة، وأن يكون له حق الرجوع على هذه الأطراف الثالثة في حالة أي انتهاك للحقوق أنفة الذكر.

البند 5 - إبرام وفترة الاتفاقية

1-5 الإبرام:

يصبح هذا العقد ساري المفعول فوراً عند توقيعه.

2-5 مدة الاتفاقية

سوف تكون مدة هذه الاتفاقية 10 سنوات تقويمية. سوف تبدأ عند بدء التسيير وتنتهي مع انتهاء السنة العاشرة. يمكن تجديد الاتفاقية لمدة خمس سنوات ما لم يتم إنهاؤها من قبل أي من الطرفين بإعطاء الآخر إخطاراً كتابياً بالإلغاء، قبل سنة واحدة من انتهاء الاتفاقية.

البند 6 - التزامات المدير

1-6 يتعهد المدير بالسعي لتحسين الجدوى الاقتصادية والمالية للفندق وافتتاح الأسواق

الخارجية، بشكل رئيسي من خلال تسعير المنتجات والخدمات المقدمة.

2-6 يتعهد "ب" بإدارة وتسيير الفندق وفقاً للمعايير الدولية الخاصة بإدارة فنادق مشابهة.

فيما يتعلق بجميع الأنشطة ذات الصلة التي يتم ممارستها أو التي تعتبر اعتيادية فيما يتعلق بهذا التسيير. ويتعهد أيضاً، في سياق تسييره للفندق، بأن يحترم القيم التقليدية والعادات الخاصة بالبلد.

يجب عليه، على وجه الخصوص أن يحقق المهام التالية:

أ - اختيار وتعيين الموظفين

بعد دراسة السوق المحلي فيما يتعلق بمستوى مؤهلات الموظفين، وتشريع وقانون العمل، وإجراءات الهجرة الرسمية، والممارسات والعادات، سوف يتخذ المدير جميع الإجراءات الضرورية لتحديد ما يلي:

- برنامج التعيين.
- سياسات الرواتب.
- البرنامج التدريبي وطرق التنظيم ذات الصلة.

سوف يعطي المدير، في هذا التوظيف، الأولوية للموظفين الموجودين في الفندق، من خلال ممارسة الامتحانات. سوف يحصل الموظفين المحتفظ بهم على تدريب على روح العمل المشترك "طريقة السلسلة" وإعادة الدورات إذا كان ذلك ضروريا.

سوف يضمن المالك الحصول على جميع التحويلات الضرورية لتوظيف موظفين من الخارج من قبل الفندق، وعلى التحويلات لتحركهم الحر ولاستيراد أغراضهم الشخصية، بما في ذلك سياراتهم الخاصة.

سوف يكون المدير وحده صاحب القرار بشأن خبرة ومؤهلات موظفي الفندق، كل ذلك ضمن الأحكام و القوانين الجزائرية. سوف يزود المدير المالك بقائمة بالموظفين الذين سيتم تعيينهم، للعلم.

ب تدريب الموظفين

سوف تتدخل إدارة التدريب والتطوير التابعة لـ "ب":

- لتزويد الإدارة العامة للفندق بجميع المواد التعليمية الضرورية للتدريب والدورات باستخدام أحدث أساليب التعليم (السمعية – البصرية، دراسات الحالات العملية، والكتيبات، الخ..) لتدريب الموظفين.
- لتنظيم دورات تدريبية عملية بمختلف وحدات السلسلة للموظفين المعنيين محليا.
- لتنظيم دورات تدريبية نظرية وعملية في الميدان قبل الافتتاح، لتحقيق مستوى يتناسب مع صورة علامة الفندق.

ج - التنظيم العام للفندق

سوف يضع خبراء ما يلي:

1. الهيكل الإداري بالكامل الخاص بالفندق وجميع الأنشطة الوظيفية التالية :

المشروعات: سياسة الشراء، الدعوات لتقديم العروض، إعداد قوائم المنتجات، قوائم

الموردين.

البضائع: تنظيم المخزون، السحب الدوري من المخزون، دراسة التغييرات.

إصدار الفواتير: وضع نظام خاص بإصدار الفواتير ونظام مراقبة الإيرادات لكل نقطة بيع (الحانات، المطاعم، الهاتف، الخ ..)، وتصميم الوثائق ذات الصلة : الفواتير، سندات التحويل، نماذج دراسة المبيعات، الخ ...

وهذا يتضمن أيضا وضع نظام مركزي للاحتفاظ بحسابات العملاء، والذمم المالية، ومراقبة الأعمال والتحصيلات.

مراقبة المطاعم: وضع أنظمة الإعداد الفنية لتقديم الأطباق، وعملية مراقبة نسب المواد المستهلكة، سواء نظريا أو عمليا، ودراسة التغييرات ومراقبة البضائع الوسيطة.

مراقبة الفندق: وضع نظام متابعة لاستهلاك منتجات الاستقبال، والبيضات، الطاقة، الخ...

الصيانة والتصليح : وضع نظام للعمليات وكتيبان فنية وبطاقات عمل لمتابعة صيانة المواد والمعدات.

الحجوزات : وضع نظام لتخطيط الحجوزات، وإدارة الحجوزات عندما تكون أعلى من المعدل، والعلاقات مع العملاء، والوكالات، والشركات ومؤسسات النقل واستخدام سندات الحجوزات وغيرها من الوثائق.

الحسابات : وضع نظام محاسبة كامل للفندق وللمراقبة المالية والإجراءات المالية.

الكمبيوترات: وضع نظام معلومات لإدارة للفندق (المكتب الأمامي والمكتب الخلفي).

إدارة الموظفين: وضع نظام لإدارة الموظفين، ونماذج التوظيف، والدفاتر والوثائق الإدارية المطلوبة، ووضع نظام تقييم لأداء الموظفين المصمم لضمان التعيين الصحيح وتنفيذ برامج الترقيات والتدريب.

وضع نظام الأجر :

- تحديد وتنفيذ نظام دفع داخلي، ونظام حفظ آمن، وأسعار الدفع بالساعة. الخ..

- وضع مخطط للهيكل التنظيمي الكامل للموظفين بوصف مهام كل منهم.
- 2. سوف يضع خبراء "ب" جميع أنشطة التسيير كما يلي:

المطاعم:

- خدمة الفطور
- خدمة الوجبات
- تحديد البطاقات وقوائم الطعام.
- كيفية الوصفات الخاصة بإعداد كل طبق.
- نظام أخذ الطلبات ونظام لإصدار الفواتير.
- كيفية الإعداد والتخزين والتنظيف الصحي للأغذية.
- التحكم بواسطة الكمبيوتر في نقاط البيع.

الفندق :

- تنظيم المبالغ النقدية المستلمة في الاستقبال والمناطق الأخرى ذات الصلة.
- توصيل المعلومات للشخص المسؤول والإدارة.
- وضع نظام للعمل في الفترة الليلية.
- تنظيم العمليات في الطوابق.
- وضع وتنفيذ تلك الأنشطة مثل مواقف السيارات، واستئجار الأكشاك أو المحلات والصالات وقاعات الاجتماعات.

د - تحديد سياسة التسعير :

سيتم دراسة السوق وتكاليف التسيير بهدف تحديد أفضل سياسة مناسبة للتسعير :

- الأسعار الفردية.
- الأسعار الجماعية.
- أسعار وكلاء السفر.

- التغييرات حسب المناسبة خلال مواسم الذروة وموسم ركود العمل.
- الأسعار للمطاعم والأنشطة الأخرى.

هـ - تفاوضات العقود :

سوف يدرس "ب" ويتفاوض، بالاتفاق مع المالك، بشأن الاتفاقيات التجارية أو عقود الإيجار الخاصة بالفندق، سوف يبلغ «ب» المالك بالعقود التي تتوافق مع تسيير الفندق. وبالإضافة إلى ذلك، سوف يتفاوض «ب»، بالاتفاق مع المالك، بشأن عقود التأمين المحددة في البند 13-2 أدناه.

و - تحديد الحملة التسويقية وخطة العلاقات العامة

1 سياسة الشركة

- سوف يصنع المكتب الرئيس ل«ب» السياسة التجارية للفندق، وتشمل ما يلي :
- تحديد الهدف السنوي والهدف على المدى البعيد فيما يتعلق بأسعار التوظيف، والإيصالات بالدينار والعملات الأجنبية، والتركيبات الخاصة بالعملاء، الخ ...
 - وضع طرق وإجراءات البيع المتبناة لتلاءم مختلف فئات العملاء.
 - دراسة النتائج وممارسة المراقبة المستمرة.

2 الدعاية

تحديد سياسة الفندق فيما يتعلق بالدعاية والترويج :

- إعداد الوثائق والمنشورات التي تدعم الفنادق (مثل الفلايرز، الكراسات، التعريفات، التوجيهات، البطاقات، الخ..) على نفس النهج المتبنى فيما يتعلق وثائق «ب»، وتوزيع هذه الوثائق في جميع فنادق السلسلة وشبكة «ب» التجارية.
- تصميم الدعاية وحملات الترويج الخاصة بالفندق في الأسواق الخارجية والأسواق المحلية.
- تطوير محتوى وشكل العلاقات العامة التي سيتم توليها عند افتتاح الفندق.

ز - اللوحات الإعلامية

سوف يحدد «ب» والمالك، باتفاق متبادل، محتوى وأبعاد اللوحات الإعلانية الخارجية. يحتفظ «ب» بملكية هذه اللوحات الإعلانية، سوف يضع اللوحات الإعلانية تحت تصرف المالك طوال فترة هذه الاتفاقية.

سوف تحمل مصاريف التصميم والإنتاج والتركيب على مصاريف ما قبل الافتتاح بدون تحمل تكاليف الصيانة والتصليح على مصاريف التشغيل.

التجديد الجزئي أو الكلي لهذه اللوحات الإعلانية سوف تنفذ من قبل المدير وسوف تكون مغطاة في تكاليف أعمال التصليح الرئيسية.

3 سوف يتولى المدير تشغيل الفندق ويقدم للمالك المنفعة المترتبة عن جميع الخدمات المقدمة بشكل اعتيادي للفندق التي يديرها، وخاصة ما يتعلق بالنقاط التالية:

أ - الإدارة والإدارة العامة

- الإشراف على إدارة و تشغيل الفندق والتأكد بمعايير السلسلة.
- التأكد بالإجراءات الإدارية وإجراءات المراقبة.
- الإدارة المالية للفندق.
- إدارة مخزون الفندق.

وضع برامج للتجديدات والتصليلات.

سوف يضمن المدير أن منافع المالك من أعمال أبحاث المدير فيما يتعلق بجميع الأنظمة الأساليب ستزيد من الإنتاجية.

سوف ينفذ المدير فحصاً منتظماً لضمان الحفاظ على الأنظمة الفنية بشكل يطابق المعايير الخاصة بفندق من نفس الدرجة.

ب تطوير الموظفين

سوف يضع المدير تحت تصرف الفندق الخدمات التي يقدمها لتدريب وتطوير الموظفين بغية تحقيق ما يلي:

- ضمان التدريب المستمر للموظفين في المجالات التي يتم توظيفهم فيها.
 - ضمان التدريب والتطوير، محليا وخارجيا، بتنظيم دورات تدريبية مصممة للموظفين المحليين الذين سيتم توظيفهم في مختلف الدوائر، وفقا لجدول زمني سيتم الاتفاق عليه بين الطرفين.
 - سوف تعتبر رواتب ومصاريف موصلات وسكن المتدربين مصاريف التسيير للفندق.
 - توفير فريق المحاضرين التابعين له كلما كان ذلك ضروريا.
- سوف يحصل المالك على كافة التصاريح الإدارية المحلية ليتسنى تنفيذ جميع هذه الأنشطة.

ج - الأنشطة التجارية وأنشطة الدعاية

سوف يحدد المكتب الرئيسي ل"ب" سياسة الفندق فيما يتعلق باختبار العملاء، والمهنة والدعاية والترويج في كل السوق المحلي والأسواق الدولية.

د - الخدمات الخاصة التي سيتم تقديمها من قبل السلسلة

سوف ينتفع المالك من خدمات «ب» (خبراء الإدارة، المتخصصون في الشراء، الاستقبالات، الخ ...).

• الدعاية والترويج.

سوف يتم شمل الفندق في جميع الوثائق وأنشطة الدعم الدعائية الخاصة بالسلسلة. وسوف يشمل أيضا في جميع الحملات الدعائية والترويجية المنظمة لمستوى السلسلة. سوف تعتبر أجور الخبراء المفوضون، فيما يتعلق بالموصلات والسكن من مصاريف التسيير للفندق.

البند 7 – أجر الإدارة :

1-7 أجر الإدارة الأساسي:

سوف يستلم «ب» على أساس ربح سنوي أجرا يعادل 1,5 % للسنوات الثلاثة الأولى و 1 % في السنوات اللاحقة، على إجمالي الإيرادات صافية من الضرائب، وفقا للحكم 2-8، أدناه.

2-7 الحوافز

بالإضافة للأجر الأساسي المحدد في البند 1-7 أعلاه، سوف يستلم «ب» على أساس ربع سنوي 10 % وذلك بالنسبة للسنوات الخمسة الأولى و 7% اعتبارا من السنة السادسة، من إجمالي حصة التسيير وفقا لأحكام البند 3-8، أدناه.

3-7 بناء على الاجتماع المنعقد بتاريخ

العامة القابضة، «ب» مستعد لتخفيض أجره في حالة استلامه عقدا آخر في الجزائر.

من السنة الأولى إلى الثالثة: - 2% من العائدات المعفية من الضريبة

-5% من إجمالي حصة التسيير.

من السنة الرابعة: - 0.5% من العائدات المعفية من الضريبة.

-5% من إجمالي حصة التسيير.

4-7 دفع الأجر :

سوف يستلم «ب»، على ضوء فائض الإيرادات وحسابات التسيير، الأجر المحددة بموجب البند 1-7 و 2-7 من هذه الاتفاقية على أقساط واجبة الدفع بالشكل التالي:

1-4-7 سوف يكون القسط الأول واجب الدفع بتاريخ فيما يتعلق بفترة

الحسابات التي تنتهي في 31 ديسمبر من نفس السنة.

2-4-7 سوف يكون القسط الثاني واجب الدفع بتاريخ فيما يتعلق بفترة

الحسابات التي تنتهي في 31 ديسمبر من نفس السنة.

5-7 فيما بعد، بتاريخ من كل سنة، ميزانية عمومية وكشوف حسابات النتائج

معتمدة من قبل خبير معين لهذا الغرض (البند 10-5). سوف تعمل هذه الحسابات كأساس لتنظيم الأرصدة في آخر السنة للأجور المستلمة من قبل المدير.

6-7 يفهم أن الأجور المذكورة أعلاه شاملة لجميع الضرائب.

الضرائب محجوزة بالمصدر.

7-7 سنة التسيير:

سوف تكون السنوات التسيير لهذه الاتفاقية مماثلة للسنوات التقويمية باستثناء فترة التسيير الأولى التي ستبدأ بتاريخ افتتاح الفندق وتنتهي بتاريخ 31 ديسمبر من كل سنة تقويمية.

البند 8 – تحديد العائدات ومجموع إيرادات التسيير

1-8 دفاتر وسجلات الحسابات:

سوف يسجل «ب» في دفاتر وسجلات الحسابات نتائج تسيير الفندق. سوف يتم الاحتفاظ بهذه الدفاتر والسجلات بتقيد تام. ومع مراعاة البنود المحددة المبينة أدناه، وفق لأحكام النسخة الأخيرة من النظام الموحد لحسابات الفنادق، الصادر من قبل الجمعية الأمريكية للفنادق الكبيرة والصغيرة، ووفقا للأنظمة والقواعد المحاسبية الوطنية السارية في الجزائر.

2-8 العائدات:

يتكون العائد من الإيصالات الناشئة، بشكل مباشر أو غير مباشر، من خدمات الفندق، والمطاعم، استغلال مول التسوق والأنشطة المرتبطة بالفندق.

3-8 إجمالي إيرادات التسيير :

عبارة "إجمالي العائدات التسيير" كما هي مستخدمة في هذا العقد معرفة بالفرق بين

إجمالي العائدات وجميع تكاليف ومصاريف التسيير، باستثناء:

1 - استهلاك المباني، والمواد والأثاث والمعدات ومصاريف ما قبل الافتتاح.

2 - أحكام تجديد المواد التصليحات الرئيسية.

سوف يتم تخصيص مبلغ يعادل 5% من العائدات المعفية من الضريبة لتجديد الأثاث والتركيبات خلال السنوات الثلاثة الأولى. سوف تزيد هذه النسبة المئوية بنسبة 1 % في كل سنة مالية إلى أن تصل 10% سوف يدفع «ب» المبلغ المدين في حساب بفائدة. ويظل هذا المبلغ لاحقا بدون تغيير طوال فترة العقد.

3 - فائدة على الإقتراضات

4 - الرسوم المفروضة على الأرباح الممتلكات العقارية.

5 - الحوافز الخاصة بالمدير التي يملكها كأساس لإجمالي نتيجة التسيير.

سوف تشمل أجور ومصاريف الاستغلال على سبيل المثال لا الحصر ما يلي :

- تكلفة البضائع المستهلكة.
- الرواتب والأجور والضرائب والتأمينات المتعلقة بذلك فيما يتعلق بجميع موظفي الفندق.
- الرسوم البنكية ورسوم التغطية.
- الرواتب والمصاريف التي تتعلق بموظفين «ب» مدفعي الراتب أو الخاصة بأي شركة مرتبطة بهم منفصلة عن الفندق، والتي يجب أن تصدر بها فواتير للمالك كل شهر.
- تكلفة التصليحات وصيانة الفندق.
- أجور الخبير المحاسبي، مدقق الحسابات وجميع المستشارين الفنيين أو القانونيين الآخرين.
- أقساط التأمين.
- مصاريف الدعاية والترويج والعلاقات العامة، سواء المحلية والدولية، المترتبة لمنفعة الفندق. يجب أن لا تتجاوز هذه المصاريف 2% من العائدات المعفاة من الضريبة وفقا للميزانية التقديرية التي تناقش ويوافق عليها سنويا من قبل المالك.
- جميع الرسوم والضرائب، فيما عدا تلك التي تتعلق بالأرباح والممتلكات العقارية.
- مخصصات استبدال وإحلال وحيازة مواد التسيير الثانوية والذى الموحد لا يجوز أن

تتجاوز مصاريف هذه الاستبدالات، في أية حالة على الإطلاق، المبلغ المبين في الميزانية التقديرية (البند 9-1).

- مخصصات الديون المشكوك في تحصيلها.
- الأجور الأساسية للإدارة من قبل «ب».
- وعموما، جميع المصاريف العمومية التي تتعلق بتسيير الفندق.

البند 9 – الاستبدالات والإضافات والتحسينات:

1-9 تجديد مواد التسيير الصغيرة:

لمباشرة استبدال مواد التسيير الثانوية، سوف يضع «ب» ميزانية تقديرية سنوية سيتم تقديمها للمالك للموافقة.

على أساس هذه الميزانية التقديرية، سوف يتم عمل مخصص شهري. جميع المصاريف المترتبة لهذا الغرض من قبل «ب» سوف تسدد بالاقتطاع من هذا المخصص.

2-9 تجديد الأثاث والمواد والمعدات:

في كل سنة، قبل شهرين من انتهاء السنة المالية، سوف يضع المدير ميزانية لتجديد الأثاث والمواد والمعدات وسوف يقدمها للمالك للموافقة.

في غياب موافقة المالك خلال شهرين، سوف تعتبر بأنها مقبولة. سوف يتحمل المدير المصاريف من هذه الطبيعة وسوف تحتسب كاستثمارات. سوف يكون الفائض أو النقص ربحا أو خسارة للمالك وحده ولن يشكل جزاء من أسس احتساب الأجور:

3-9 أعمال التصليح والتعديلات:

سوف يصون «ب» الفندق وسوف يحافظ عليه في حالة تسيير جيدة. ولتحقيق ذلك، سوف ينفذ أو يرتب لتنفيذ الصيانة وأعمال التصليح التي تعتبر ناتجة عن

الاستخدام العادي. سوف تعتبر هذه المصاريف مغطاة في مصاريف تسيير الفندق.

4-9 أعمال التصليح الأساسية، والتعديلات والإضافات:

سوف ينفذ المالك، كلما كان ذلك ضروريا، ويتحمل تكاليف جميع أعمال التصليح غير تلك المتعلقة بشكل مباشر بالتسيير، والتعديلات الضرورية التحسينية للحفاظ على صورة الفندق في جميع الأوقات، وفقا للنواحي الخاصة به وبخصوص جودة وجدوى تسييره.

وبالإضافة إلى ذلك، لن ينفذ المالك تصليحات رئيسية، أو أعمال إعادة تأسيس أو تحسين لشكل الفندق بدون أن يطالب أولا موافقة «ب». لا يجوز إجراء أي تعديل أو إضافة أو تحسين يتضمن تعديل رئيسي أو يتسبب بتغيير فئة الفندق بدون موافقة مسبقة من كلا الطرفين.

5-9 التصليحات الإلزامية والتعديلات :

إذا، في أي وقت خلال تسيير الفندق من قبل المدير، أصبح من الضروري القيام بتصليحات أو تعديلات أو إضافات غير تلك المحددة أعلاه، وفاق للأحكام القانونية أو النظامية أو الإدارية، سوف تتم هذه التصليحات أو التعديلات أو التغييرات ويدفع لها من قبل المالك ضمن الفترة المحددة وبحد أدنى للتأثير على تسيير الفندق.

البند 10 – الحسابات

1-10 سوف يحافظ «ب» على حسابات دقيقة وفقا لمبادئ المحاسبة السارية في جميع فنادق السلسلة.

سوف يتم الاحتفاظ بدفتر الحسابات وفقا للقواعد المقبولة عموما فيما يتعلق بالفنادق وسوف تتوافق مع الالتزامات القضائية المحلية والمحاسبية والمالية.

2-10 في كل سنة، قبل اليوم الأول من شهر نوفمبر، سوف يقدم «ب» للمالك، للموافقة، ميزانية تسيير يجب أن تشمل ما يلي:

1. كشف بالنتائج المؤقتة

2. ميزانية تقديرية للصيانة والتجديد.

3. خطة أعمال التسويق.

4. ميزانية عمومية مؤقتة تظهر الإيصالات والمصاريف بالعملات الأجنبية.

5. خطة تدريبية.

يجب أن تحصل كل ميزانية تقديرية، خلال خمس وأربعين (45) يوما بعد تقديمها، على موافقة المالك، إذا رفض المالك أحد تفاصيل الميزانية التقديرية، سوف يحاول طرفا هذه الاتفاقية إيجاد حل ودي لاختلافهم في الرأي.

3-10 سوف يقوم «ب» :

قبل اليوم الحادي والعشرين من كل شهر، بدراسة لنسبة العائدات لكل نشاط والحصيلة المتراكمة من بداية السنة المالية الجارية في حينه.

4-10 على ضوء وضع السيولة النقدية الشهرية، سوف يدفع المدير للمالك الفائض المحدد باتفاق متبادل.

5-10 يوافق الطرفان على اختيار مكتب خبراء محاسبة له شهرة في الجزائر لإنشطة مراقبة واعتماد حسابات الأجور باتفاق متبادل.

6-10 سوف يتم اعتماد الميزانية العمومية وكشوف الحسابات التي تظهر النتائج من قبل مدقق حسابات خلال ستين يوما بعد أن يتم استلامها. بعد تاريخ الفترة المذكورة، سوف تعتبر صحيحة ونهائية لجميع الأغراض. سوف يجد طرفا هذه الاتفاقية حلا وديا لأي تحفظ يمكن أن ينشأ.

7-10 سوف يفتح المالك حسابين مصرفيين لدى بنك التنمية المحلي، وسوف يكون «ب» المفوض الوحيد بالتوقيع على هذه الحسابات.

• سوف يصمم أحد هذه الحسابات للمبلغ المنظورة بموجب الميزانية التقديرية قبل الافتتاح.

• سوف يستخدم الحساب الآخر لرأس المال العامل.

البند 11 – رأس المال العامل

بعد توقي هذه الاتفاقية، سوف يضع المالك تحت تصرف «ب» المبالغ المتعلقة برأس المال العام الضروري للتسيير الصحيح للفندق. سوف يكون هذا المبلغ بناء على توقعات

التدفقات النقدية المعدة من قبل «ب»، حسبما تمت مناقشته واعتماده من قبل الطرفين.

البند 12 – السيطرة من قبل المالك

1-12 سوف يسمي المالك ممثل مخول واحد للتعامل مع جميع المواضيع التي تتعلق بمصالح صاحب الفندق. سوف يكون هذا الممثل المسئول القانوني عن شركة المالك أو ممثله المخول حسب الأصول.

2-12 تم الاتفاق على أنه يجوز للمالك أن يغير ممثله في أي وقت خلال مدة هذا العقد بدون التأثير على حقوق «ب» لمتابعة إدارته للفندق ونشاطه التسييري كما هو مبين في هذه الاتفاقية. سوف يبلغ المالك المدير بأي تغيير كهذا.

البند 13 – التأمين

1-13 الإبقاء على التغطية التأمينية للمالك :

سوف يبقى المالك، على نفقته الخاصة وخلال فترة هذه الاتفاقية، على تغطية تأمينية لقيمة الأصول المنقولة وغير المنقولة الخاصة بالفندق ضد أخطار الخسارة والحريق والانفجار وجميع التأمينات الأخرى ضد مختلف الأخطار وفقا للقانون المنطبق في الجزائر. سوف يسلم المالك للمدير نسخة عن وثائق التأمين.

2-13 الإبقاء على التغطية التأمينية من قبل المدير لحساب الفندق :

سوف يبقى المدير، في جميع الأوقات خلال فترة هذه الاتفاقية، على تغطية تأمينية ضد ما يلي:

1-2-13 التأمين ضد المسؤولية المدنية، وتشمل التأمين ضد خطر تسمم الطعام، استخدام المصاعد، التأمين ضد السرقة أو الضرر الذي تتعرض له ممتلكات العملاء، بذلك المبلغ حسبما يعتبره المدير ضروريا.

2-2-13 التأمين ضد حوادث العمل، التأمين ضد المسؤولية المدنية للموظفين أو التأمينات المماثلة، وفقا للمتطلبات القانونية المنطبقة.

3-2-13 التأمين ضد توقفات العمل والتأمين من صاحب المبنى أو المستأجر له وجميع

أنواع التأمين التي قد تكون ضرورية لتغطية المطالبات، المسؤولية أو الخسائر التي قد تنشأ من تسيير الفندق، إذا كان من الممكن الحصول على مثل هذه التأمينات.

4-2-13 سوف يتم إصدار جميع وثائق التأمين من قبل شركات جزائرية وسوف تحمل تكلفتها على التسيير.

البند 14 – التدمير الكامل أو الجزئي للفندق والتعويض

في حالة التدمير الكامل أو الجزئي للفندق أو محتوياته بعد خطر مغطى بتأمين كما هو محدد في البند 1-13، سوف يصلح المالك الفندق أو يكون قد أصلحه، أو أعاد بناءه أو استبداله على نفقته الخاصة أو على نفقة مستثمر العقارات، بالنشاط اللازم بشكل تكون فيه الأصول المغطاة، بعد هذا التصليح، أو إعادة الإنشاء أو الاستبدال، بهذه الاتفاقية جوهريا بنفس الحالة التي كانت عليها قبل هذا التدمير.

في حالة تدمير أو تلف الفندق أو الأصول المغطاة فيه لأي سبب كان وأصبحت الأصول المذكورة غير مناسبة للاستخدام للأغراض التي صممت من أجلها، وعندما لا يصلح المالك أو يعيد إنشاء أو يستبدل الأصول المغطاة بهذه الاتفاقية، بنفس الحالة التي كانت عليها قبل هذا الضرر أو التدمير، سوف يعتبر هذا العقد منهيًا بشكل تلقائي. سوف تغطي وثيقة التأمين "خسارة التسيير" في حالة التوقف المؤقت أو الدائم لعمل الفندق، يحتسب دفع الأتعاب والمستحقات المستحقة لصالح «ب» كما هو منصوص عليه بموجب البند 7 من الاتفاقية، والتي تعادل تلك المصاريف المتكبدة لأثنى عشر شهرا التي سبقت توقف التسيير، على أساس نسبي بفترة تعويض حدها الأقصى اثني عشر شهرا.

البند 15 – نزاع ملكية الفندق

1-15 في حالت إن قررت سلطة حكومية، بقرار نهائي، نزاع ملكية الفندق لأغراض أو أسباب خاصة بالمنفعة العامة أو شبه العامة، أو إذا خضع أي جزء بالفندق لقرار مصادرة أو نزاع ملكية وإذا قرر «ب»، وفق تقديره وحده، بأن الجزء الذي لم يندرج تحت قرار المصادرة أو النزاع لا ينفع استخدامه لمؤسسة فندقية لها نفس خواص المؤسسة الفندقية التي كانت قائمة

قبل هذه المصادرة أو نزع الملكية، عندئذ وفي أي من الحالتين، سوف تنتهي هذه الاتفاقية اعتباراً من تاريخ نفاذ هذه المصادرة أو نزع الملكية، وسوف يعرض المالك «ب» بشكل منصف للفترة المتبقية من هذه الاتفاقية.

2-15 في حالة أن جزء واحد فقط خضع للنزع، ووجد المدير أو «ب» أنه من المناسب، وفق تقديره وحده، استغلال جزء الفندق غير المتأثر بالنزع، كمؤسسة فندقية لها نفس خواص المؤسسة الفندقية التي كانت قائمة قبل تاريخ هذه المصادرة، سوف تظل هذه الاتفاقية نافذة المفعول ومعمولا بها بالكامل. سوف يدفع المالك جزء التعويض الذي قد يكون ضرورياً لحيازة الفندق أو جزء منه لتنفيذ هذه التغييرات لضمان أنه أصبح وحدة كاملة ذات فئة موجودة مماثلة لتلك التي كانت لدى الفندق قبل النزع. سوف يعرض المالك «ب» عن أي ضرر وأية خسارة قد تكبدها «ب» بما في ذلك خسارة الربح المترتبة عن هذا النزع الجزئي.

البند 16 – الإخلال بالتنفيذ

في حالة الإخلال بالتنفيذ فيما يتعلق بأية التزامات بموجب هذه الاتفاقية من قبل «ب» أو من قبل المالك، فسوف يقوم الطرف المتضرر بإخطار الطرف الآخر كتابياً بواسطة كتاب مسجل مع الإقرار بعلم الوصول، محدداً طبيعة الإخلال بالتنفيذ. سوف يصحح الطرف الآخر هذا الإخلال بالتنفيذ خلال فترة مدتها شهر، وإلا سوف يكون للطرف المتضرر الحق بإعطاء إخطار، وفقاً لنفس الإجراء بقراره إنهاء العقد خلال هذه الفترة بحيث لا تقل مدته عن 180 يوماً من تاريخ إرسال هذه الإخطار الجديد.

يجوز للطرف الذي استلم إخطار الإنهاء أن يرجع للتحكيم. حيث هذا الأمر بأثر رجعي، سوف يظل هذا العقد ساري المفعول إلى أن يصدر قرار التحكيم الذي سيكون ملزماً عند صدوره خلال فترة لا تتجاوز ثلاثة أشهر.

البند 17 - تسوية النزاعات

1-17 الإجراء الودي:

يتعهد كلا الطرفين بتسوية جميع الخلافات التي قد تنشأ فيما يتعلق بتفسير أو تنفيذ الاتفاقية وديا بصرف النظر عن طبيعة هذه الخلافات.

إذا نشأت دعوى، سوف يبلغ الطرف الأكثر نشاطا الآخر بأي نزاع أو خلاف ذي طبيعة تجارية أو فنية، ويشرح له الغرض من هذا النزاع وآثاره بشكل واضح ويقدم عرضا للتسوية الودية.

سوف تكون فترة الرد المطلوب محددة في الإخطار المذكور وسوف تكون أقل من أسبوعين.

في حالة عدم التوصل إلى تسوية نهائية، سوف تبدأ إجراءات التحكيم. يجب أن لا تقدم الوثائق المتبادلة فيما يرتبط بمحافضة التوصل إلى تسوية سليمة للمحكمن.

2-17 التحكيم:

سوف يسوى أي اختلاف ناشئ من هذه الاتفاقية بشكل نهائي من قبل محكم أو أكثر.

سوف تتألف هيئة التحكيم من محكم واحد أو محكمن يتم اختيار كل منهما من قبل أحد الطرفين. في حالة إخفاق المحكمن بالاتفاق على حل، سوف يقومان باختيار محكم. سوف يعقد المحكمون جلساتهم في الجزائر وسوف يطبق القانون الجزائري.

3-17 لو يوقف دفع المبالغ المستحقة لصالح المالك أو المدير خلال فترة التحكيم فيما عدا

المبالغ الخاضعة للنزاع.

البند 18- الورثة والتنازل

1-18 يجوز للمدير أن يبيع بموافقة مسبقة من المالك ، أن يتنازل عن هذه الاتفاقية لشركة

تابعة أو شركة قابضة تملك 50% على الأقل من رأس ماله . ويجوز له أن يتنازل عن

حقوقه و امتيازاته المرتبطة بهذه الاتفاقية لأي طرف ثالث ، بموافقة كتابية مسبقة من المالك.

18-2 يجوز للمالك أن يبيع أن يحول ملكية الفندق لأي طرف ثالث وفقا للإجراءات القانونية سارية المفعول و في هذه الحالة سوف تؤول جميع الحقوق و جميع الالتزامات الناشئة عن هذه الاتفاقية للوريث أو المتنازل له من قبله

18-3 سوف تكون جميع البنود والشروط و المهام والترتيبات و الالتزامات المحددة في هذه الاتفاقية، التزامات للورثة و المتنازل لهم من قبله و سوف تؤول لمنفعة الورثة و المتنازل لهم من قبله بنفس الأثر في جميع الحالات حيثما يتم ذكر المتنازل له أو التنويه به.

البند 19- القوة القاهرة

سوف تكون القوة القاهرة أي تصرف أو حدث لا يمكن توقعه أو تجنبه ويكون خرج عن سيطرة الطرف الذي يسعى للاعتماد على هذا الحدث ، والذي يكون له أثر التأخير ، أو المنع أو الإيقاف مؤقتا أو بشكل دائم على تنفيذ الاتفاقية.

تحت هذه الظروف ، لن يعتبر الطرف الذي يثبت وجود القوة القاهرة بأنه قد أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية ، ولن يطالب بأية تعويضات عن الأضرار من الطرف الآخر.

البند 20-الكوارث الطبيعية

لن يكون المدير مسؤولا في حالة عدم تنفيذ أية التزامات بموجب هذه الاتفاقية إذا كان عدم التنفيذ هذا بسبب من الطبيعة أو بسبب يعتبر عن إرادة الطرفين.

البند 21- الإعذارات

سوف تعتبر الإعذارات المعطاة من قبل أحد الطرفين للآخر بموجب هذه الاتفاقية بأنها قد أعطيت إذا أرسلت على مكانيهما المبينين في هذه الاتفاقية و إذا أرسلت بواسطة البريد المسجل مع الإقرار بعلم الوصول

البند 22- الاسم التجاري

تقبل «ب» أنه، خلال فترة هذه الاتفاقية، سوف يدعى الفندق فندق "ج" «ب» سوف تعتبر أية علامات مشابهة و جميع التعديلات على الاسم المذكور، حسبما تكون عليه الحالة وكما هو متفق عليه مع المالك ممتلكات تجارية

في أية حالة ، تم الاتفاق على أن «ب» تحتفظ بالملكية الحصرية باسم " «ب» " سواء استخدم هذا الاسم بشكل منفصل أو مع أي اسم آخر . وتبعا لذلك ، يوافق المالك على أنه لن يكون للمالك أو ورثته أو أي شركة فرعية أو تابعة للمالك أو أي طرف مرتبط بالمالك أو ينوي منه الارتباط بالمالك ، الحق باستخدام الاسم " «ب»" بشكل منفصل أو مرتبط مع كلمة أو أكثر من كلمة أخرى في حالة انتهاك المالك لهذا الحكم ، سوف يحق ل«ب» بأن تطالب بتعويض منصف و أن تتخذ إجراء قانوني لنيل حكم من شأنه أن يضع حدا لهذا الانتهاك ، ويمكن أن ترفع دعوة للمطالبة بتعويض أو بأية وسيلة أخرى يسمح بها القانون. سوف يظل هذا الحكم ساري المفعول ومعمولا به بالكامل بعد انتهاء مدة هذه الاتفاقية

البند 23- أحكام عامة

سوف يكون أي تعديل على هذه الاتفاقية كتابيا ويوقع من قبل الطرفين المتعاقدين.

حررت هذه الاتفاقية من نسختين أصليتين واحدة بيد كل من الطرفين المتعاقدين للعمل بموجبها قام الطرفان بتوقيع هذه الاتفاقية بالتاريخ المبين في صدرها أعلاه.

الطرف المتعاقد الثاني

وقعت من قبل
رئيس مجلس الإدارة
(التوقيع)

الطرف المتعاقد الأول

وقعت من قبل
رئيس مجلس الإدارة والعضو المنتدب
(التوقيع)

الملحق 1

ورقة البيانات الفنية لمجمع «ج»

ورقة البيانات الفنية لمجمع «ج»

بني على مساحة 105203 متر مربع ، و أنشأ البناء على مسطح مجموع مساحته 75350 متر مربع ، يتكون مجمع «ج» من 40 مبنى مرتبطة بعضها البعض بأروقة ، و مجهزة 15 مصاعد ، كل منها منفصل عن الآخر بمساحات واسعة وحدائق.

تم بناء المشروع في شهر ديسمبر 1827 ، وتم تجديده بالكامل خلال فترة من شهر جانفي 1837 إلى سبتمبر 1840 وفقا للمعايير الدولية للفنادق ثلاث نجوم .

المرافق مكيفة بالكامل ومجهزة بنظام مكافحة الحرائق (أجهزة لاكتشاف الحريق و إطفائه). أنها تتكون من الأجزاء التالية:

بالنسبة لجانب التسيير:

الفندق:

-500 غرفة، ويشمل 75 جناحا

-30 شقة تتكون كل منها من ثلاث غرف نوم

-55 شقة تتكون كل منها من شقتين

المطاعم:

مطاعم (متخصصة)

x 200 شخص

y 99 شخص

z 120 شخص

قاعات متعددة الأغراض

حفلات الطعام وقاعات للرقص 200 شخص

الاجتماعات ، الخ 500 شخص

100 شخص	3- حانة /قاعة
70 شخص	شرفة
180 شخص	4- قاعة شاي

أخرى

- 6- بوتيك
- 3- مركز أعمال
- 12- محلات بيع الوجبات الخفيفة /مساح

الخدمات

- 100- مكتب، طابق، وخدمات
- 80- غرف للموظفين
- 3- مطعم للخدمة الذاتية للموظفين
- 3- غرفة تغيير ملابس للموظفين
- 2- استقبال و قاعات الانتظار

مكاتب إدارة

- مكتب لتحويل المكالمات الهاتفية
- مطبخ/ الفطائر
- تبييض الملابس
- مخزن وغرفة مبردة
- مخازن للمعدات والتجهيزات
- موقف للسيارات
- خزان مياه 4000 متر مكعب مع معدات ضغط
- محطة تحويل 50000 كيلو فولت أمبير/120000 فولت
- نظام إطفاء الحريق بسعة 750 متر مكعب

مجمع "ج": يقع في منطقة السباحة.....حيث انه يطل على

..... ، بتصميم معماري

..... ، أي :

مجمع سياحي : الذي يتكون من ، مركز تجاري و المطاعم

والحانات والبوتيكات، ونادي، وموقف سيارات فسيح، ومحطات بحرية وحدائق للأطفال

فندق: ويتكون من 313 غرفة، 15 جناح مطعمين ، حانة و شرفة ، مكتبة وقاعة مطالعة

ومسبح

إن موقعه الجغرافي يمنح هذا المكان الأمان والراحة والمتعة، خاصة وأنه قريب ومن السهل الوصول إليه.

تطل حدوده:

شمالا على البحر

جنوبا على غابة من أشجار الصنوبر

شرقا على أرضية غولف

غربا على مركب رياضي

-انه يبعد مسافة:

03 كيلومتر عن

15 كيلومتر عن المطار الدولي

15 كيلومتر عن.....

12 كيلومتر عن موقع أثري تحت حماية اليونسكو

55 كيلومتر عن.....

يمكن الوصول إليه بواسطة:

طريق السيارة:

الطريق الساحلي:

عن طريق الطائرات الخاصة أو الهليكوبتر بالمهابط:

(1)

(2)

(3)

الملاحق 3

التنظيم

وصف مجمع «ج»

1- الغرف

غرفة بسريرين

حمام/دوش

مكيفات هواء

بلكون/شرفة تطل على البحر أو الحديقة

تلفزيون ملون/LCD

تلفون (اتصال مباشر)

2- الأجنحة

1 غرفة جلوس

غرفة نوم بسريرين

2 حمام/دش

مكيف هواء

بلكون/شرفة تطل على البحر أو الحديقة

تلفزيون ملون/LCD

تلفون (اتصال مباشر)

حانة صغير

3- الشقق بثلاث غرف

1 غرفة جلوس

2 غرفة نوم بسريرين

1 حمام

مكيف هواء

بلكون/شرفة تطل على البحر أو الحديقة

تلفزيون ملون/LCD

تلفون (اتصال مباشر)

مطبخ مع ثلاجة وسخان.

4- الشقق بغرفتين

1 غرفة جلوس

1 غرفة نوم بسريرين

1 حمام/دش

مكيف هواء

بلكون/شرفة تطل على البحر أو الحديقة

تلفزيون ملون/LCD

تلفون (اتصال مباشر)

مطبخ مع ثلاجة وسخان.

إدارة فندق «ب»
فندق «ج»
الميزانية التقديرية للموظفين والهيكل التنظيمي

جدول الرواتب		الوظيفة		الدائرة/الوظيفة	
المتوسط	الأكصى	الأدنى	%55 %100	%35 %55	
					<u>المكتب الأمامي</u> 1 مسئول استقبال 2 موظف للمحجوزات 3 موظف استقبال 4 منظم 5 مسؤول الحمالين 6 حمال 7 أمين صندوق 8 مشغل لوحة مفاتيح المجموع
					<u>أعمال التدبير والترتيب</u> 1 مدير عام للفندق 2 مساعد مدير عام للفندق 3 مدير في الجناح 4 خادوم/مستخدم 5 خياط/أعمال البياضات المجموع
					<u>مصبغة الملابس</u> 1 عامل مصبغة أول 2 عامل مصبغة 3 عامل كي 4 محصل ملابس للكي المجموع
					<u>ب- مركز الاستجمام</u> 1 مسؤول المسبح 2 مدرب اللياقة 3 موظف الاستقبال 4 مشرف المسبح المجموع

إدارة فندق «ب»
فندق «ج»
الميزانية التقليدية للموظفين والهيكل التنظيمي

جدول الرواتب		الوظيفة		الدائرة/الوظيفة	
المتوسط	الأكصى	الأدنى	%55 %100	%35 %55	
					<u>الطعام والمشروبات</u>
					1 مدير مطعم
					2 مساعد مدير مطعم
					3 سكرتير
					4 مشرف مطعم
					5 أمين مخزن
					6 حمال
					المجموع
					<u>محلات خدمة الطعام</u>
					<u>والمشروبات</u>
					1 مدير مطعم
					2 مساعد مدير مطعم
					3 قائم على مطعم
					4 قائم لخدمة الغرف
					5 قائم
					6 مساعد مطعم
					المجموع
					<u>مطبخ الطعام</u>
					<u>والمشروبات</u>
					1 طبّاخ تنفيذي
					2 مساعد طبّاخ
					3 طبّاخ فطائر
					4 خباز
					5 رئيس مجموعة
					6 مساعد رئيس مجموعة
					7 مساعد طبّاخ أول
					8 مساعد طبّاخ ثاني
					9 مساعد طبّاخ ثالث
					10 جزار
					المجموع
					<u>الإشراف</u>
					1 رئيس غواصين
					2 مشرف غوص
					3 غواص
					المجموع

إدارة فندق «ب»
فندق «ج»
الميزانية التقليدية للموظفين والهيكل التنظيمي

جدول الرواتب		الوظيفة		الدائرة/الوظيفة	
المتوسط	الأقصى	الأدنى	55 % 100 %	35 % 55 %	
					<u>الإدارة والإدارة العامة</u>
					1 مدير عام
					2 مساعد مدير عام
					3 سكرتير
					المجموع
					<u>المبيعات</u>
					1 مدير مبيعات وتسويق
					2 بائع
					3 مدير علاقات عامة
					سكرتيرة
					المجموع
					<u>المحاسبة</u>
					1 مدير مالي
					2 رئيس محاسبين
					3 سكرتير
					4 مدققوا إيرادات
					5 أمين صندوق عام
					6 مدقق ليلي ومدقق
					مطاعم
					7 أمين مخزن عام
					8 أمين صندوق
					9 مستلم بضائع
					10 حمال
					المجموع
					<u>المشتريات</u>
					1 رئيس مسؤولي
					المشتريات
					2 مسؤول مشتريات
					سائق للمشتريات
					المجموع

إدارة فندق «ب»
فندق «ج»
الميزانية التقديرية للموظفين والهيكل التنظيمي

جدول الرواتب		الوظيفة		الدائرة/الوظيفة	
المتوسط	الأقصى	الأدنى	%55 %100	%35 %55	
					الموظفين والتدريب
					1 مدير شؤون موظفين
					2 مساعد
					3 مدير تدريب
					سكرتيرة
					مسؤول مطعم
					مساعد
					مدير أمين
					ضباط أمين
					موظف دوام
					المجموع
					الهندسية
					1 رئيس مهندسين
					2 مساعد
					3 سكرتيرة
					4 مشرف ميكانيكي
					5 كهربائي
					6 نجار/صباغ
					7 سباك
					8 فني تكييف
					9 منسق حدائق
					المجموع

جدول الرواتب	الإشغال/الموظفون		الإدارة/الوظيفة
	%100 %55	%55 %35	
			إجمالي العمالي والتكلفة الشهرية
			إجمالي الموظفين المؤقتين
			إجمالي الموظفين الدائمين
			إجمالي التوظيف

Contrat de fiducie**Description :**

En vertu de l'article 2011 du Code civil, la fiducie est un contrat dans lequel un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits appréciables en argent ou des sûretés à un fiduciaire qui se chargera de les gérer dans l'intérêt d'un bénéficiaire. Le bénéficiaire peut parfaitement être le constituant.

Après avoir vérifié si le fiduciaire sélectionné est totalement digne de confiance, il faut donc rédiger un contrat garantissant bien les intérêts du constituant et du bénéficiaire.

Notice :

Ce contrat doit toujours contenir les clauses suivantes :

- la désignation du constituant, du fiduciaire et du bénéficiaire s'il n'est pas le constituant,
- un rappel de la profession du fiduciaire et du fait qu'il est autorisé à exercer le rôle de fiduciaire en vertu de sa profession,
- la désignation d'un tiers chargé de contrôler l'exécution du contrat,
- une clause indiquant que la propriété intégrale de tous les biens confiés sera transférée de plein droit au bénéficiaire à l'échéance du contrat ou lors de sa résiliation,
- une clause indiquant les causes de résiliation du contrat,
- une clause interdisant au fiduciaire de procéder à la vente des biens confiés sans l'autorisation du constituant,
- une clause indiquant les conditions à respecter pour le placement des sommes confiées,
- un rappel des références du contrat d'assurance garantissant la responsabilité civile professionnelle du fiduciaire,
- la désignation des biens confiés dans le cadre du contrat de fiducie,
- la détermination de la rémunération du fiduciaire.

Contrat de fiducie

Entre les soussignés :

[Prénom, nom, adresse, date et lieu de naissance du constituant]

Ci-après désigné « le Constituant »

D'une part,

Et :

[Dénomination, numéro d'immatriculation au RCS et adresse, du fiduciaire]

Ci-après désigné « le Fiduciaire »

D'autre part,

Et :

[Prénom, nom, adresse, date et lieu de naissance du bénéficiaire]

Ci-après désigné « le Bénéficiaire »

De troisième part,

Il a été arrêté et convenu ce qui suit :

Article 1 : Objet du présent contrat :

Le Constituant accepte de conclure une opération en vertu de laquelle il transfère au Fiduciaire les biens désignés ci-dessous. Le Fiduciaire s'engage formellement à gérer ces biens dans le souci constant d'assurer le mieux possible la protection des intérêts du Bénéficiaire.

Il est rappelé que le Fiduciaire exerce la profession de [profession exercée par le fiduciaire], ce qui l'autorise à exercer le rôle de fiduciaire.

En outre, il est rappelé que le Fiduciaire a souscrit auprès de [raison sociale et adresse de l'assureur] un contrat portant le numéro [numéro de la police d'assurance] et garantissant la responsabilité civile professionnelle à laquelle l'engage sa fonction de fiduciaire. Le Fiduciaire remet ce jour au Constituant et au Bénéficiaire une attestation relative à ladite assurance, ce que le Constituant et le Bénéficiaire reconnaissent.

Article 2 : Désignation des biens confiés et mission du Fiduciaire

Dans le cadre du présent contrat, les biens confiés au Fiduciaire sont les suivants :

- un bien immobilier situé [adresse du bien et indication de sa situation dans l'immeuble s'il s'agit d'un appartement situé dans une copropriété] et appartenant au Constituant,
- un capital d'un montant de [x] €.

La mission du Fiduciaire consiste à offrir le bien immobilier à la location après avoir recherché un locataire solvable et fiable. Ensuite, il devra veiller au bon encaissement des loyers et éventuellement poursuivre le locataire en cas d'impayés.

D'autre part, le Fiduciaire est chargé de placer le capital désigné ci-dessus en respectant les consignes suivantes : [indiquer les critères que le fiduciaire devra respecter pour placer les fonds].

Il est formellement interdit au Fiduciaire de faire un quelconque acte de disposition de ces biens sans l'accord écrit du Constituant et du Bénéficiaire.

Article 3 : Contrôle de la gestion du Fiduciaire

Afin de garantir la protection des intérêts du Bénéficiaire, le Constituant donne mandat à [nom et adresse de la personne qui sera chargée du contrôle] pour contrôler périodiquement l'exercice de la mission du Fiduciaire.

En conséquence, [nom de la personne chargée du contrôle] pourra à tout moment exiger la présentation des documents relatifs aux opérations effectuées par le Fiduciaire. Celui-ci s'engage à communiquer ces documents dès la première demande.

Article 4 : Résiliation du présent contrat

Le présent contrat sera résilié de plein droit dans un des cas suivants :

- en cas de décès du Constituant ou du Bénéficiaire,
- en cas de renonciation à la fiducie par le Bénéficiaire,
- en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du Fiduciaire,
- en cas de dissolution ou d'absorption du Fiduciaire,
- en cas de fusion du Fiduciaire avec une autre personne morale,
- en cas d'interdiction d'exercer prononcée à l'encontre du Fiduciaire,
- en cas de manquement quelconque à l'une de ses obligations par le Fiduciaire,
- à la date du [date d'échéance du contrat].

Il est expressément convenu que la propriété de tous les biens désignés ci-dessus sera transférée de plein droit au Bénéficiaire en cas de résiliation anticipée du contrat pour l'une des causes indiquées ci-dessus ou à l'arrivée du terme du contrat.

Article 5 : Rémunération du Fiduciaire

Le Constituant s'engage à verser au Fiduciaire une rémunération mensuelle forfaitaire d'un montant de [x] € à l'exclusion de toute autre somme.

Article 6 : Élection de domicile

Pour l'exécution du présent contrat, les parties élisent domicile au siège social du Fiduciaire.

Fait à [ville] le [date] en trois exemplaires

Signature du constituant
précédée de la mention
manuscrite « lu et
approuvé, bon pour
accord »

Signature du fiduciaire
précédée de la mention
manuscrite « lu et
approuvé, bon pour
accord »

Signature du bénéficiaire
précédée de la mention
manuscrite « lu et
approuvé, bon pour
accord »

قائمة المراجع

أولا- باللغة العربية

أ- المصادر

1. القرآن الكريم.
2. ابن منظور، لسان العرب، ج8، ط1، دار صادر، بيروت، 2003.

ب - الكتب

1. إبراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.
2. احمد انعم بن ناجي الصلاحي، النظام التحكيم الدولي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات والبحوث اليمني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، صنعاء، 1994.
3. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية- دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
4. أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، ج 2، الشركات التجارية- الأحكام العامة، مطابع سجل العرب، القاهرة، 1979.
5. أمين حلمي كامل، دليل العاقد، ط1، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ليبيا، 1986.
6. آلان بنابنت، القانون المدني- العقود الخاصة المدنية والتجارية، ترجمة منصور القاضية، الجامعية للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع، بيروت، 2004.
7. أيت منصور كمال، عقد التسيير، دار بلقيس، د.ط، الجزائر، 2010.

8. تحسين فاروق التاجي، قاموس مصطلحات المصارف والمال والاستثمار، نشر الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، قطر، 1997.
9. جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
10. جنادي جلال، الإيجارات التجارية في القانون التجاري الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للإشغال التربوية، الجزائر، 2001.
11. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996.
12. حسني حسن المصري، فكرة الترسرر وعقد الاستثمار المشترك في القيم المنقولة، ط1، مطبعة حسان، القاهرة، 1985.
13. خليل أحمد حسن قدادة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
14. ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للإشغال التربوية، الجزائر، 2001.
15. عبد الحكيم فوده، إنهاء القوة الملزمة للعقد، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998.
17. على على سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين من حيث المكان والجنسية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.

18. على على سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
19. عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
20. فارس عرب سلامة، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، ط1، دار الكتاب الحديث، جامعة المنوفية الكويت، 1999.
21. كمال أبو صقر، العولمة التجارية والإدارية والقانونية-رؤية إسلامية جديدة، ج1، النماذج، ط2، دار ومكتبة الهلال للطباعة والنشر، بيروت، 2001.
22. محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، ط1، معهد الإدارة العامة للبحوث، الرياض، 1995.
23. محمد السيد عمر يحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والوكالة والتسوية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2002.
24. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
25. محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
26. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، د.ط، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1992.
27. محمد صالح بك، شركات المساهمة في القانون المصري والمقارن، ط1، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1949.

28. محمد علي جواد، العقود الدولية مفاوضاتها-إبرامها-تنفيذها، مكتبة دار الثقافة، د.ط، عمان، 1998.
29. محمود محمد علي صبري، ترجمة العقود التجارية، د.ط، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004.
30. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، د.ط، منشأة المعارف، القاهرة، 2000.
31. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي ودراسة قانون التجارة الدولية، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
32. معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار النشر الجامعي، القاهرة، 1997.
33. منطلشطا محمد، التحكيم التجاري في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.
34. محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 2006.
35. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار المطبوعات، الإسكندرية، 2000.
36. معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار النشر الجامعي، القاهرة 1997.
37. نادية فوزيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ط.4، دار هومة، الجزائر، 2005.
38. نادية فوزيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
39. ناصر لباد، القانون الإداري، ج2، النشاط الإداري، لباد للنشر، ط1، الجزائر، 2004.

40. هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2001.
41. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، د.ط، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2001.

ب- الرسائل والمذكرات الجامعية

• الرسائل

1. أيت منصور كمال، عقد التسيير آلية لخصوصية المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2009.
2. زروتي طيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، ج2، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1991.
3. كسال سامية، المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2011.

• المذكرات

1. بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود ذات الطابع الدولي، التحكيم نموذجا، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر-باتنة 2010
2. تومي هجيرة، عقد المبيعات الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، جوان 2006.
3. ربحي أمحمد، عقد التسيير بين النص والتطبيق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب- البليدة، 2009.

4. زبار سليمة، دراسة نظرية وقياسية لدوال الإنتاج لوحدة تجهيزات السيارات الصناعية UNVI"، مذكرة ماجستير فرع الاقتصاد القياسي، معهد العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1994.
5. زواوي محمد، الشكالية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري- دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987.
6. عروسي ساسية، الطبيعة القانونية لعقد الفرانشيز، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سطيف 2، 2015.
7. لفكير مختار، إصلاح المؤسسة العمومية الجزائرية بين النظرية والتطبيق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1996.

ج - المداخلات

1. العياشي الصادق فداد، مسائل في فقه الوقف، دورة دور الوقف في مكافحة الفقر، نواكشوط 16-21/03/2008، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.
2. محمد عبد الحليم عمر، نظام الوقف الإسلامي والنظم المشابهة في العالم الغربي، دراسة مقارنة، المؤتمر الثاني للأوقاف: "الصيغ التنموية والرؤى المستقبلية"، 06 جانفي 2010 - 20 محرم 1431 هـ، جامعة أم القرى، مكة المكرمة.

د- المقالات

1. إسكندر أحمد، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الدولية بالطرق السلمية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الحجم 37 رقم 4، الجزائر، 1999، ص.ص 159-177.

2. جمال بوشنافه، إلزامية التأمين على الممتلكات من أخطار الكوارث الطبيعية، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحي فارس المدية، العدد 5، 2011، ص.ص 113-158.
3. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والانعقاد في المرحلة السابقة على العقد، مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، 1996، ص.ص 163-189.
4. حسن حسب الله، مبادئ القانون الإنجليزي المنقولة من الشريعة الإسلامية، مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية، بحث موجود على موقع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية:
www.kantakji.com/studies
5. عثمان سلمان غيلان العبودي، التحكيم التجاري الدولي وطموحات الأخذ به في النظام القانوني العراقي، مجلة التشريع والقضاء الالكترونية.
6. على جمال الدين عوض، تحصيل الثمن في التجارة الدولية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الأول، 1978، ص.ص 9-51.
7. فوزي محمد سامي، القانون الواجب التطبيق في التحكيم الدولي التجاري، مجلة القانون المقارن، بغداد، 1988، ص.ص 5-21.
8. مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا (FATF)، التوصية 25 والوقف، نوفمبر 2012. منشورة على الموقع الالكتروني:
www.menafatf.org/MER/WAQF_STUDY_AR.pdf

9. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 2، 1998، ص.ص 53-80.
10. محمد يوسف علوان، القانون الدولي للعقود، مجلة الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، العدد 2، 1980، ص.ص 115-157.
11. نادية والي، الآليات القانونية المكرسة لنظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة معارف، جامعة البويرة، العدد 09، 2010، ص.ص 109-121.

هـ - النصوص القانونية

• الاتفاقيات

1. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا، 1980)
2. المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 1988/11/05، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج.ر، العدد 48 الصادر في 1988/11/23.
3. المرسوم الرئاسي رقم 90-420 المؤرخ في 1990/12/22، يتضمن المصادقة على الاتفاقية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 جويلية 1990، ج.ر، العدد 6 الصادر في 1991/02/06.
4. المرسوم الرئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 1995/10/07، يضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، ج.ر، العدد 59 الصادر في 1995/10/11.

5. المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 1995/10/30، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر، العدد 66 الصادر في 1995/11/05.
6. المرسوم الرئاسي رقم 97-103 المؤرخ في 1997/04/05، يتضمن المصادقة على اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة لاستثمارات الموقعة في عمان بتاريخ 1996/08/01، ج.ر، العدد 20 الصادر في 1997/04/06.
7. المرسوم الرئاسي رقم 98-334 المؤرخ في 1998/10/26، يتضمن المصادقة على انضمام الجزائر إلى الشركة العربية للاستثمار، ج.ر، العدد 80 الصادر في 1998/10/28.
- القوانين
1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، ج.ر العدد 78 الصادر في 1975/09/30 المعدل والمتمم .
2. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون التجاري، ج.ر العدد 101 الصادر في 1975/12/19 المعدل والمتمم.
3. الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري، ج.ر العدد 92 الصادر في 1975/11/18 المعدل والمتمم.
4. القانون رقم 82-13 المؤرخ في 1982/08/28 المتضمن تأسيس الشركات المختلطة للاقتصاد وسيرها، ج.ر العدد 35 الصادر في 1982/12/31 المعدل والمتمم بالقانون رقم 86-13 المؤرخ في 1986/08/19، ج.ر العدد 35 الصادر في 1986/12/27 (ملغى).

5. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر. العدد 24 الصادر في 12/06/1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27/02/2005، العدد 15 الصادر في 27/02/2005.
6. القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12/01/1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر. العدد 02 الصادر في 13/01/1988، المعدل والمتمم.
7. القانون رقم 88-02 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بالتخطيط، ج.ر. العدد 02 الصادر في 13/01/1988 المعدل والمتمم (ملغى).
8. القانون رقم 88-03 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بصناديق المساهمة، ج.ر. العدد 02 الصادر في 13/01/1988 (ملغى).
9. القانون رقم 88-04 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بتحديد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر. العدد 02 الصادر في 13/01/1988 (ملغى).
10. القانون رقم 88-05 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بقوانين المالية، ج.ر. العدد 02 الصادر في 13/01/1988 المعدل والمتمم.
11. القانون رقم 88-06 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بنظام البنك والقرض، ج.ر. العدد 02 الصادر في 13/01/1988 (ملغى).
12. القانون رقم 89-01 المؤرخ في 07/02/1989 المتضمن عقد التسيير، ج.ر. العدد 06 الصادر في 08/02/1989.
13. المرسوم الرئاسي رقم 89-241 المؤرخ في 26/12/1989، يتضمن تشكيل الجهاز المؤهل لممارسة صلاحيات الجمعية العامة لصناديق الأعوان الائتمانيين التابعين للدولة، ج.ر. العدد 55 الصادر في 27/12/1989 (ملغى).

14. الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالتأمين، ج.ر العدد 13 الصادر في 1995/03/11 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 2006/02/20، ج.ر العدد 15 الصادر في 2006/03/12.
15. الأمر رقم 95-25 المؤرخ في 1995/09/25، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر العدد 55 المؤرخ في 1995/09/27 (ملغى).
16. الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 2001/08/20، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر العدد 47 الصادر في 2001/08/22 المعدل والمتمم بالأمر رقم 06-08 المؤرخ في 2006/07/15، ج.ر العدد 47 الصادر في 2006/07/19 (ملغى).
17. الأمر رقم 01-04 المؤرخ في 2001/08/20، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج.ر العدد 47 الصادر في 2001/08/22 المعدل والمتمم بالأمر رقم 08-01 المؤرخ في 2008/02/28، ج.ر العدد 11 الصادر في 2008/03/02.
18. الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 2003/07/19 يتعلق بالعلامات، ج.ر العدد 44 الصادر في 2003/07/23.
19. الأمر رقم 03-12 المؤرخ في 2003/08/26 يتعلق بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وتعويض الضحايا ، ج.ر العدد 52 الصادر في 2003/08/27.
20. الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 2006/07/15، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، ج.ر العدد 46 الصادر في 2006/07/16.
21. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر العدد 21 الصادر في 2008/04/23.

22. الأمر رقم 04-08 المؤرخ في 2008/09/01، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر العدد 49 مؤرخة في 2008/ 09/03 المعدل والمتمم.

23. المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر العدد 50 الصادر في 2015/09/20.

24. القانون رقم 09-16 المؤرخ في 2016/08/03، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر العدد 46 الصادر في 2016/08/03.

• مراسيم

25. المرسوم رقم 88-101 المؤرخ في 1988/01/12، يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر العدد 20 الصادر في 1988/05/18 المعدل والمتمم.

26. المرسوم رقم 88-119 المؤرخ في 1988/06/21، يتعلق بصناديق المساهمة، الأعوان الانتمائيين التابعين للدولة، ج.ر العدد 25 الصادر في 1988/06/22 المعدل والمتمم (ملغى).

27. المرسوم رقم 88-136 المؤرخ في 1988/07/12، يتضمن تكليف رئيس مجلس إدارة صندوق المساهمة "للخدمات" بمهامه، ج.ر العدد 28 الصادر في 1988/07/13 (ملغى).

28. المرسوم رقم 88-137 المؤرخ في 1988/07/12، يتضمن تكليف رئيس مجلس إدارة صندوق المساهمة "للبناء" بمهامه، ج.ر العدد 28 الصادر في 1988/07/13 (ملغى).

29. المرسوم التنفيذي رقم 89-224 المؤرخ في 1989/12/05، يتضمن القانون الأساسي الخاص المطبق على العمال المنتمين إلى الأسلاك المشتركة في

المؤسسات والإدارات العمومية، ج.ر العدد 51 الصادر في 1989/12/06 المعدل والمتمم (ملغى).

30. المرسوم التنفيذي رقم 90-42 المؤرخ في 1990/01/30، يتضمن الإلغاء الصريح للقوانين الأساسية القديمة للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي المحولة إلى مؤسسات عمومية اقتصادية، ج.ر العدد 05 الصادر في 1990/01/31.

31. المرسوم التنفيذي رقم 90-104 المؤرخ في 1990/03/27، يتعلق بإجراء العمليات المالية على حساب التخصيص الخاص رقم 302-054 " صندوق تطبيق الاستقلالية" الموجهة إلى المساهمات الإضافية في شكل رأس مال المخصصة لفائدة المؤسسات العمومية الاقتصادية خلال عملية انتقالها إلى الاستقلالية، ج.ر العدد 14 الصادر في 1990/04/04.

32. المرسوم التنفيذي رقم 90-105 المؤرخ في 1990/03/27، يحدد شروط وأشكال سير الحساب الخاص بمساهمة الشركاء في إطار عملية تطبيق استقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر العدد 14 الصادر في 1990/04/04.

33. المرسوم التنفيذي رقم 90-391 المؤرخ في 1990/12/01، المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للشركة الوطنية لنقل بالسكك الحديدية وقانونها الأساسي، ج.ر العدد 54 الصادر في 1990/12/12.

34. المرسوم التنفيذي رقم 95-409 المؤرخ في 1990/12/09، يتعلق بالتنازل الإلزامي في مجال إعادة التأمين، ج.ر العدد 76 الصادر في 1995/12/10 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 98-312 المؤرخ في 1998/09/30، ج.ر العدد 74 الصادر في 1998/10/05 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 10-207 المؤرخ في 2010/09/09، ج.ر العدد 53 الصادر في 2010/10/15.

35. المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25/04/1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر. العدد 27 الصادر في 27/04/1993 (ملغى).
36. المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05/10/1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر. العدد 64 الصادر في 10/10/1993 (ملغى).
37. المرسوم التشريعي رقم 94-08 المؤرخ في 26/05/1994، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، ج.ر. العدد 33 الصادر في 28/05/1994.
38. المرسوم التنفيذي رقم 95-410 المؤرخ في 09/12/1995، يتعلق بمختلف تركيبات تأمينات الأشخاص، ج.ر. العدد 76 الصادر في 10/12/1995.
39. المرسوم التنفيذي رقم 95-411 المؤرخ في 09/12/1995، يتضمن إلزامية تأمين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين من مسؤوليتهم المدنية في استغلال المنشآت التي تستقبل الجمهور، ج.ر. العدد 76 الصادر في 10/12/1995.
40. المرسوم التنفيذي رقم 95-413 المؤرخ في 09/12/1995، يتعلق بإلزامية تأمين الشركات والمؤسسات التابعة للقطاعات الاقتصادية المدنية من مسؤوليتها المدنية، ج.ر. العدد 76 الصادر في 10/12/1995.
41. المرسوم التنفيذي رقم 95-414 المؤرخ في 09/12/1995، يتعلق بإلزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية المهنية، ج.ر. العدد 76 الصادر في 10/12/1995.
42. المرسوم التنفيذي رقم 95-415 المؤرخ في 09/12/1995، يتعلق بإلزامية التأمين من خطر الحريق، ج.ر. العدد 76 الصادر في 10/12/1995.
43. المرسوم التنفيذي رقم 01-253 المؤرخ في 10/09/2001، يتعلق بتشكيلة مجلس مساهمات الدولة وسيره، ج.ر. العدد 51 الصادر في 12/09/2001.

المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 184-06 المؤرخ في 2006/05/31،
ج.ر العدد 36 الصادر في 2006/05/31.

44. المرسوم التنفيذي رقم 283-01 المؤرخ في 2001/09/24، يتضمن الشكل
الخاص بأجهزة إدارة المؤسسات العمومية الاقتصادية وسيرها، ج.ر العدد 55
الصادر في 2001/09/26.

45. المرسوم التنفيذي رقم 352-01 المؤرخ في 2001/11/10، يحدد شروط
ممارسة حقوق السهم النوعي وكيفيات ذلك، ج.ر العدد 67 الصادر في
2001/11/11.

46. المرسوم التنفيذي رقم 353-01 المؤرخ في 2001/11/10، يحدد شروط
استعادة الأجراء مؤسستهم العمومية الاقتصادية وكيفيات ذلك، ج.ر العدد 67
الصادر في 2001/11/11.

47. المرسوم التنفيذي رقم 354-01 المؤرخ في 2001/11/10، يحدد تشكيلة
لجنة مراقبة عمليات الخصخصة وصلاحياتها وكيفيات تنظيمها وسيرها، ج.ر
العدد 67 الصادر في 2001/11/11 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم
187-06 المؤرخ في 2006/05/31، ج.ر العدد 36 الصادر في
2006/05/31.

48. المرسوم التنفيذي رقم 04-08 المؤرخ في 2008/01/19، المتضمن
القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك المشتركة في المؤسسات
والإدارات العمومية، ج.ر العدد 36 الصادر في 2008/01/20 المعدل والمتمم
بالمرسوم التنفيذي رقم 280-16 المؤرخ في 2016/11/02، ج.ر العدد 66
الصادر في 2016/11/09.

49. المرسوم التنفيذي رقم 05-08 المؤرخ في 2008/01/19، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال المهنيين وسائقي السيارات والحجاب، ج.ر. العدد 36 الصادر في 2008/01/20.

50. المرسوم التنفيذي رقم 153-09 المؤرخ في 2009/05/02 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها، ج.ر. العدد 27 الصادر في 2009/05/06.

• الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني

1. الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، العدد 66 الصادر في 1989/03/23.

2. الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، العدد 68 الصادر في 1989/04/06.

و - أقراص مضغوطة

1. موسوعة 2005 Encarta.

2. قرص مضغوط، القاموس المحيط، الفيروز آبادي الشيرازي.

ثانيا- باللغة الفرنسية

I- Ouvrages :

1. ADER H., DAMIEN A., Règles de la profession d'avocat, avec la collaboration de S. BIGOT DE LA TOUANNE, 3^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2012.

2. AGLO John, Normes et symbole : Les fondements philosophiques de l'obligation, éd., L'Harmattan, Paris, 1998.

3. **AUBRY et RAU**, Cours de droit civil français, 7° éd., Esmein, Paris, 1961.
4. **BEHAR-TOUCHAIS Martine & J.VIRASSAMY Georges**, Les contrats de la distribution, L.G.D.J, Paris, 1999.
5. **BASCHET Dominique**, le savoir-faire du franchiseur doit être évolutif, éditions Economica, Paris 1994.
6. **BENABENT Alain**, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 10e édition, LGDJ, Paris, 2013.
7. **BENCHNEB Ali**, Théorie générale du contrat, O.P.U, Alger, 1982.
8. **BENTIVOGLIO L. M.**, Les " Investment Trusts ", Unidroit, Rome 1958.
9. **BENTIVOGLIO L. M.**, Etude de droit comparé sur les sociétés d'investissement dans les états membres de la communauté économique européenne, I.I.U.D.P, Rome 1962.
10. **BERAUDO Jean-Paul**, Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil, Verlag academy & finance, Genève, 2006.
11. **BERDAH Alain & PALLERI Anaïs**, La Fiducie, Édition Gilleta-Nice matin, Nice, 2010.
12. **BLAZY Regis, LASSERRE Jérôme et STORK Michel**, Pratique des Affaires, Ed. Lamy, Paris, 2010.
13. **BLONCO Dominique**, Négocier et rédiger un contrat international, DUNOD, Paris, 1993.

14. **BOUTELLER Patrice**, La fiducie, Juris-classeur pro, Entreprise et Affaires, N° 13, hebdomadaire du 27/03/2007.
15. **C.C.I**, L'organisation mondiale des entreprises, Paris, 2004.
16. **Centre d'études et de recherches internationales**, Pratiques des contrats internationaux, EDITION et GESTION.
17. **CONSTANTINESCO L.-J.**, Traité de droit comparé, Tome II, LGDJ, Paris, 1972.
18. **CORNU Gérard**, Vocabulaire juridique, 8° éd., Presses universitaires de France, Paris, 2008.
19. **CORNU Gérard**, Vocabulaire juridique - Association Henri CAPITANT, avant-propos de MALINVAUD Philippe, P.U.F., Paris, 2011.
20. **CREDOT F.-J. ; GERARD Y. et SCHOLASTRIQUE E.**, Les devoirs du banquier dispensateur de crédit, Defrénois, 1996.
21. **CUIF Pierre-François**, Le contrat de gestion, Ed. ECONOMICA- Recherches Juridiques, 2004.
22. **DE SECONDAT Charles Louis de Montesquieu**, De l'esprit des Lois, éd. établie par Laurent Versini, Gallimard, Paris, 1995.
23. **DAVID René**, Traité élémentaire de droit civil comparé, L.G.D.J., Paris, 1950.
24. **DAVID René**, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1982.

25. **DAVID R. et JAUFFRET-SPINOSI C.**, Les grands systèmes de droit contemporains, 10^e éd. Dalloz, Paris, 1992.
26. **DE CORDT Yves**, Manuel de droit commercial, 2^e éd., éditions anthémis, Belgique, 2011.
27. **DEJEAN DE LA BÂTIE Noël**, Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français, L.G.D.J, Paris, 1965.
28. **DELEBECQUE Ph. et GERMAIN M.**, Traité de droit commercial, Tome 2, 14^e éd., L.G.D.J, Paris, 2004.
29. **DELACOLLETTE Jean**, Les contrats de commerce internationaux, 3^e édition, De Boeck, 1996.
30. **DE LAHAYE Michel**, Négociation d'affaires, DUNOD, Paris, 2002.
31. **DEMOLIN Pierre & DEMOLIN Véronique**, Le contrat de franchise, 1^e éd., éditions Larcier, Bruxelles, 2011.
32. **DE POULPIQUET Jeanne**, La responsabilité civile et disciplinaire des notaires : de l'influence de la profession sur les mécanismes de la responsabilité, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 1974.
33. **DE POULPIQUET Jeanne**, La responsabilité des notaires : civile, disciplinaire, pénale, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2009.

34. **DE POVER Marie-France**, Trust, Fiducie, administratiekantoor, éd. ARCIER, Belgique, 2000.
35. **DE SECONDAT Charles Louis de Montesquieu**, De l'esprit des lois, ENAG, Alger, 1990.
36. **Dictionnaire encyclopédique Larousse**, librairie LAROUSSE, édition 1986.
37. **DOUMERO Jaques**, Les marchés industriels des départements de la défense nationale, Marches LGDJ, Paris, 1963.
38. **DUBOIS Jean, MITTERAND Henri et DAUZAT Albert**, Grand dictionnaire étymologique et histoire du français, Paris, Larousse, 2005.
39. **EL-DAYE Achir Bassam**, La fiducie en droit privé Libanais, Centre du droit de l'entreprise, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2008.
40. **FABRE-MAGNAN Muriel**, De l'obligation d'information dans les contrats: Essai d'une théorie, L.G.D.J., Paris, 1992.
41. **FABRE Rémi**, le know-how : sa réservation en droit commun, éditions Lexis nexis, Paris, 1976.
42. **FADY Nammour**, Droit et pratique de l'arbitrage interne et international, 3^e éd., L.G.D.J, Paris, 2009.
43. **FERRIER Didier**, franchise, répertoire de droit commercial, tome IV, éditions Dalloz, Paris, 2006.
44. **FLAMME André**, Les marchés de l'administration, Bruxelles, Bruyant, 1995.

45. **FONTAINE Marcelle**, Négociation et formation des contrats internationaux, Economica, Paris, 1990.
46. **FRYDMAN B.**, Le sens des lois, Les transformations du droit moderne, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 1998.
47. **GAFFIOT Félix**, dictionnaire latin-français, Ed. Hachette, Paris, 2000.
48. **GASTI Jean**, Les contrats spéciaux, Ed. Armand Colin, Paris, 1998.
49. **GHESTIN Jacques**, Traité de droit des obligations – Les obligations : le contrat, formation, Tome 2, L.G.D.J, Paris, 1988.
50. **GREIMAS Algirdas Julien et KEANE Teresa Mary**, dictionnaire du moyen français : la renaissance, Trésors du Français, Ed. Larousse, Paris, 1992.
51. **GRIMALDI Michel**, Réflexions sur la fiducie et sur l'avant projet qui la consacre, Ed. DEFERNOIS, Paris, 1991.
52. **Guide Général du commerce international**, édition Mehdi, Alger, 2000.
53. **GUYON Yves**, Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et sociétés 12° éd., Economica, Paris, 2003.
54. **HIRIGOYEN Gérard**, Brève histoire de la pensée financière scientifique, éd., Economica, Paris, 1992.
55. **HOUTCIEFF Dimitri**, droit commercial - actes de commerce, éditions Dalloz, Paris, 2006.

56. **KAHN Philippe**, L'interprétation des contrats internationaux, Journal du droit international, Clunet, Ed., LexisNexis, Paris, 1981.
57. **KASSIS Antoine**, Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, L'arbitrage juridictionnel et l'arbitrage contractuel. Paris, L.G.D.J, 1987.
58. **KERBY Jean**, Sous la direction de Jean-Claude GEMAR, Langage du droit et traduction, Les publications du Québec, 1982.
59. **LARROUMET Christian**, La loi du 19 Février 2007 sur la fiducie-Propos critiques, Recueil Dalloz, Paris, 2007.
60. **LEGUILLONS H.**, L'Accord international sur les marches publics, DPCI, Paris, 1980.
61. **LEPAULLE Pierre**, Traité théorique et pratique des trusts, Rousseau et Cie, Paris, 1932.
62. **LORENS F.L.**, Contrat d'entreprise et marché de travaux publics -contribution à la comparaison entre droit privé et contrat administratif, LGDJ, Paris, 1981.
63. **LUPIAC Thierry**, Le contrat commercial, édition Gualino, Paris, 2000.
64. **MADARES H.P. et CLET Etienne**, Le Management d'un projet, mémentos-co, les éditions d'organisation, Paris, 1995.
65. **MALAURIE P., AYNES L. et GAUTIER P.Y.**, Les Contrats Spéciaux, 6° édition, DEFRENOIS, Paris, 2012.

66. **MALAUURIE Ph. et AYNES L.**, Les Sûretés- La Publicité Foncière, 6° éd. DEFRENOIS, Paris, 2012.
67. **MALAUURIE Ph. et AYNES L.**, Les biens, 5° éd. DEFRENOIS, Paris, 2013.
68. **MATHELY Paul**, Le droit français des brevets d'inventions, Journal des notaires et des avocats, Paris, 1974.
69. **MEDJAD Karim**, Droit international des affaires – Le contrat International, Editions Nathan, Paris 1998.
70. **MERCADEL B.**, La détermination du prix dans les contrats, DPCI, Paris, 1979.
71. **MERLE Philippe**, Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme. DALLOZ, Paris, 1975.
72. **OPPETIT B.**, Arbitrage et contrat d'Etats, Clunet, Ed., LexisNexis, Paris, 1984.
73. **OURABAH Mahmoud**, Les transformations économiques de L'Algérie au 20° anniversaire de l'indépendance, Publisud, Paris, 1982.
74. **OVERSTAKE J. F .**, Essai de Classification des contrats spéciaux, L.G.D.J, Paris, 1969.
75. **PERRIN Julien**, Le Trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg, Librairie Droz, Genève, 2006.
76. **PETIT LAROUSSE ILLUSTRÉ**, 5° éd., Librairie Larousse, Paris, 1906.
77. **PILLET P.**, L'obligation d'information et de conseil de l'agent immobilier à l'égard de l'acquéreur, 1^{ère} partie, A

- la recherche de la nature de l'obligation, A.J.D.I.,
Dalloz, Paris, 2008.
- 78. PILLET P.**, L'obligation d'information et de conseil de l'agent immobilier à l'égard de l'acquéreur, **2^{ème} partie**, A la recherche du contenu de l'obligation, A.J.D.I., Dalloz, Paris, 2008.
- 79. PISSORT William**, Initiation au droit commercial international, édition De Boeck université, Paris, 2004.
- 80. PONCET Patrice**, La théorie moderne du portefeuille, Que sais-je, P.U.F, Paris, 1998.
- 81. Recueil des cours**, collected courses 1930, Vol. 34 de l'académie de droit internationale de La Haye : les honoraires du trustee, éd. Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 1930.
- 82. Répertoire de droit civil**, Sous la direction de Jean-Luc Aubert et Éric Savaux, Patrick Chauvel, Dalloz, Paris, juin 1995, [prés. en ligne], « Consentement », SNDL.
- 83. RIPERT G., ROBLOT R. et GERMAIN M.**, Traité de droit commercial, Tome 2, 17^e édition, L.G.D.J., Paris, 2004.
- 84. ROBERT J.**, Arbitrage (droit interne, droit international privé), éditions Dalloz, Paris, 1983.
- 85. ROUBIER Paul**, Le droit de la propriété industrielle, Tome I, Recueil Sirey, Paris, 1952.
- 86. SALAH Mohamed**, les sociétés commerciales, T1 et T2, éditions Edik, Tlemcen, 2005.

87. **SAMSON Claude et McBRIDE Jeremy**, Solutions de rechange au règlement des conflits, Les presses de l'Université Laval, Sainte-Foy, 1993.
88. **SAVATIER René**, Les contrats de conseil professionnel en droit privé, Dalloz, Paris, 1972.
89. **SCHMIDT Joanna**, Négociation et conclusion des contrats, Dalloz, Paris, 1982.
90. **SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna & JEAN-LUC pierre**, Droit de la propriété industrielle, 4 éd., LexisNexis, Paris, 2007.
91. **SENN Jean-Patrice**, Les sociétés d'investissement en droit français et comparé, L.G.D.J, Paris, 1957.
92. **SOUBEYRAND Nicolas et ROBERT-MARQUOIS Marion**, L'étendue des droits du bénéficiaire du trust en droit anglais, Institut de droit comparé Edouard Lambert, Université Jean Moulin - Lyon III, P.U.F, Paris, 1999.
93. **STEPKOWSKI Aleksender**, L'institution du trust, éd. LIBER, Montréal, 2005.
94. **THIETART Raymond Alain**, le management, 7° édition, Editions Dahlab, Alger, 1995.
95. **TUNC André**, Le droit anglais des sociétés anonymes, 4° éd., Economica, Paris, 1997.
96. **VAN LOON Hans**, L'actualité de la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, DEFRENOIS, Paris, 2007.
97. **VIZZAVONA Patrice**, Gestion financière, BERTI éditions, Alger, 1993.

98. **WITZ Claude**, La fiducie en droit privé français, Paris, Economica, Paris, 1981.
99. **YAGOUBI M. T.**, Lexique des termes juridiques dans la législation Algérienne, 2° édition, Imprimerie Sarri, Alger, 2001.

II- Thèses:

1. **BARRIERE François**, La réception du Trust au travers de la Fiducie, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2004.
2. **BENCHENEB Ali**, Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie, Thèse de Doctorat, Paris II, 13 juin 1979, Office des publications universitaires, 1984.
3. **BOURSICAN Jérôme**, La franchise commerciale et les possibilités qu'elle offre à la petite et moyenne entreprise, thèse de doctorat, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1972.
4. **BUREAU Antoine**, Le contrat de fiducie : étude de droit comparé Allemagne, France, Luxembourg ; Thèse de Doctorat, JURIPOLE DE LORRAINE Serveur d'Information Juridique Réalisé par Alexis BAUMANN.
5. **BZOWSKI Guillaume**, L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, Paris, 2011.
6. **DE LOZADA Louis Sanchez**, Trusts exprès privés anglo-américains, fidéicommiss latino-américains et la

- fiducie française, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2012.
7. **ECHARD Antoine**, Conflits d'intérêts et déontologie en droit boursier en France et en Grande-Bretagne, thèse de Doctorat, Paris II. 1995.
 8. **GILSON-MAES Anne**, Mandat et responsabilité civile, Thèse de Doctorat, Université de REIMS, 2013.
 9. **HOUSSIFI El Houssine**, l'expert-comptable et la franchise, mémoire d'expert- comptable, Institut supérieur de commerce et d'administration des entreprises, Maroc, 2003
 10. **IBARRA GARZA Rafael**, La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund, Thèse-Doctorat, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2013.
 11. **JAFFERALI Rafaël**, La rétroactivité dans le contrat, thèse de doctorat, Université libre de Bruxelles, 2014.
 12. **LEVILLAIN Kevin**, Les entreprises à mission, Thèse de doctorat, Ecole Doctorale n° 396 : Economie, organisations et société, Paris, 2015.
 13. **MARMOL Del**, La faillite en droit anglo-saxon, Thèse de doctorat, Université de Lyon, 1936.
 14. **PAPANDREOU Marie-France**, Fondement du droit anglais des biens, Thèse de Doctorat, Université de STRASBOURG, 1996.
 15. **PERRIN Julien**, Le trust à l'épreuve du droit successoral, thèse de Doctorat, Université de Lausanne, 2006.

16. **PONS-BRUNETTI Clotilde**, L'obligation de conservation en droit civil français, Thèse de Doctorat, Paris II, 1992.
17. **PETEL Philippe**, Le contrat de mandat, Thèse de doctorat, MONTPELLIER, 1987.
18. **MONTAGNE Sabine**, Les métamorphoses du Trust : les fonds de pension américains entre protection et spéculation, Thèse de doctorat, Paris-X, 2003.
19. **SAINT-ALARY Roger**, La détention: Notion et portée, Thèse-Doctorat, Toulouse, 1941.
20. **TORBEY Karim**, Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit des sociétés, Thèse de doctorat, Paris II, 2001.

III- Articles :

1. **BENELKADI, Kamel** (2007) ENTRE CONTRAT DE MANAGEMENT ET MISE A NIVEAU, El Watan, 25 mars, p. 4.
2. **BOUZELY J. C.**, La répartition des compétences, Revue administrative, mai-juin 1983, pp 38-53.
3. **BURST Jean Jacques**, l'assistance technique dans les contrats de transfert technologique, revue internationale de droit comparé, numéro 3, 1979, pp. 577-580.
4. **CORBUSIER Isabelle**, La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandise, R.D.I.C, Octobre-décembre 1988, pp. 767-831.

5. **DAVID René**, Arbitrage et droit comparé, Revue Internationale de droit comparé, Vol. 11 N°1, Janv.-mars, 1959, pp. 5-18.
6. **DE GUILLENCHMIDT Jacqueline**, La fiducie - Pour quoi faire? Revue de jurisprudence commerciale, N° 2-1991, pp. 73-88.
7. **DENIS Philippe**, La formation des contrats internationaux, Revue de Fiscalité Européenne et Droit international des affaires, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 115-119.
8. **DE RICHEMONT Henri**, RAPPORT N° 11 du 11/11/2006, Sénat.
9. **DE ROUX Xavier**, RAPPORT N° 3655 du 01/02/2007, Assemblée nationale.
10. **DOUMERO Jaques**, Les marchés Industriels des départements de la défense Nationale. Marches LGDJ 1963, pp. 535-547.
11. **DUCOURTIEUX Cécile**, Ces tribunaux privés qui font peur, Le monde.fr, 13/01/2015.
12. **EMERICH Yaëll**, Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law : entre droit des contrats et droits des biens, R.I.D.C, 1-2009, pp. 49-71.
13. **ESQUIVA-HESSE Sandra**, Fiducie-gestion : impacts des réformes et perspectives potentielles en matière de restructuration, JOURNAL DES SOCIETES, N° 66 Juin 2009, pp. 49-50.

14. **FONTAINE Marcelle**, La pratique du "Préambule" dans les contrats internationaux, R.D.A.I, N°3-1986, pp. 920-923.
15. **FONTAINE Marcelle**, Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux, R.D.A.I, N°5-1991, pp. 1039-1040.
16. **GAMA-SA Jeanine**, Le trust : De la protection patrimoniale au moyen âge à la protection internationale de l'environnement au XXI^e siècle, R.Q.D.I N°21.1, 2008, pp. 97-148.
17. **GERMAIN M. et FRISON-ROCHE M.-A.**, Revue de droit bancaire et de la bourse, Juillet-Août 1998, pp. 146-148.
18. **GORCHS B.**, Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable, Revue d'arbitrage, N°1-2008, pp. 33-67.
19. **GRIMALDI Michel**, L'introduction de la fiducie en droit français, Revue de droit HENRI CAPITANT, N°2, 30 Juin 2011, pp. 54-59.
20. **IDARA**, Revue de l'E.N.A, Vol 9, N° 1, 1999.
21. **ISSA Said**, La reconnaissance et exécution des sentences arbitrales, www.legavox.fr/.../reconnaissance-execution-sentences-arbitrales, Article juridique publié le 27/01/2012, consulté le 11/12/2016 à 23h30.
22. **JEANTIN M.**, Contrat de gestion d'entreprise, Juris-classeur, Contrat/Distribution, Fascicule 450, 11, 1983.

23. **JOSSE P. L.**, Marché de travaux publics, Répertoire de droit public, Paris, 1959, pp. 61-76.
24. **LALIVE Pierre**, Avantages et inconvénients de l'arbitrage « Ad-hoc », études offertes à Pierre BELLET, Litec, 1991, Paris, pp. 301-321.
25. **LEGEAIS D.** ; La loi sur la sécurité financière, Revue de Droit bancaire, N°3 mai-2004, pp. 261-263.
26. **LEGUILLONS H.**, L'accord International sur les marchés publics, D.P.C.I, Paris, 1980, pp. 15-23.
27. **Le know how**, 5ème Rencontre de propriété industrielle, Librairies Techniques, Montpellier 1975.
28. **MAINGUY Daniel**, les alternatives au contrat de Franchise-Expertise, 2006, disponible sur : - www.lexcellis-avocats.fr/.../Les-alternatives-au-contrat-de-franchise 2494751.html (Consulté le 12/12/2015)
29. **MARIELLE Moris**, La fiducie en droit Belge : Quelques applications, IDEFISC, Actualité des idées fiscales, disponible sur : www.idefisc.be/themes/fiducie.html (Consulté le 05/11/2015, à 15h11).
30. **MAZEAUD Denis**, L'échange des consentements, Revue de droit bancaire et financier, 1995, pp. 73-76.
31. **MERCADEL B.**, La détermination du prix dans les contrats D.P.C.I, paris, 1979, pp. 469-506.
32. **MOLTUSKY Henri**, De l'impossibilité de constituer un trust anglo-saxon sous l'empire de la loi française, Rev. Crit. DIP 1948, pp.124-133.

33. **MORMONT Hugo**, La société de management, B.I.B.F, Edition N° 52 du 15/04/1999, pp. 167-169.
34. **MOUSSERON Jean-Marc**, Droit du commerce international, Cahiers de droit de l'entreprise, paris,1972, pp.23-29.
35. **MUIR WATT Horatia**, La fonction subversive du droit comparé, R.I.D.C., 3-2000, pp. 503-527.
36. **PDGB Société d'Avocats-** G. Bachasson, X. Hugon et F. Dereux, La fiducie : un instrument prometteur, Juillet-Août 2009, fichier PDF téléchargeable sur www.pdgb.com.
37. **PLANTEY Alain**, L'arbitrage commercial international. In: Annuaire français de droit international, volume 36, 1990, pp. 307-321.
38. **PONTHOREAU M.-C.**, Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique, R.I.D.C., 1-2005, pp. 7-27.
39. **PREVET François**, L'arbitrage et les milieux économiques, Revue d'arbitrage, Paris, 1955, pp. 125-138.
40. **REINHARD Dammann et PODEUR Gilles**, La conversion de créances en capital dans les entreprises en difficulté : Bull. N° 12, Joly Sociétés, 2009, pp.1116-1123.
41. **REMERY Jean-Pierre**, Les résolutions de plans dans le droit des entreprises en difficulté, JCP G, 2009, pp. 36-43.
42. **RIBAHY Karim**, La sentence arbitrale : Les voies de recours, 1 Janvier 2010, disponible sur : <URL>

<http://fdv.univ-lyon3.fr>, consulté le 15/01/2016 à 18h30.

43. **SAMSON Claude et McBRIDE Jeremy**, Solutions de rechange au règlement des conflits, Les presses de l'Université Laval, Sainte-Foy, 1993, pp. 1213-1217.
44. **TERKI Nourdinne**, La garantie dans les contrats internationaux de longue durée en droit Algérien, Revue Algérienne des sciences juridiques, économique, et politique, 1986, pp.1211-1125.
45. **TRICOIT Jean-Philippe**, Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits, Rev. arb. 2009, pp. 153-164.
46. **TRIPET François**, La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?, site :tripet-avocat.fr/publications/fiscalite-des-trusts consulté le 30/11/2015 à 00h20.
47. **WORTHLEY B.A.**, Le trust et ses applications modernes en droit anglais, R.I.D.C, Vol 14 N°4, oct.-déc. 1962, pp. 699-710.
48. **ZWEIGERT Konrad**, Des solutions Identiques par des voies différentes, R.I.D.C, Vol 18 N°1, Janv.-Mars 1966, pp. 5-18.

IV - Textes juridiques :

- **Convention internationale :**

(Disponible sur le site : www.hcch.net/fr/instruments/conventions)

Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

• **Textes législatifs français :**

(Disponible sur le site: www.legifrance.gouv.fr.)

1. Code civil des Français ou Code Napoléon, promulgué le 21 mars 1804, modifié et complété.
2. Code du travail
3. Code Général des Impôts.
4. Code monétaire et financier.
5. Code des Procédures Civiles.
6. Extrait du Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts.
7. Loi n° 2007-211 du 19/02/2007 Instituant la fiducie, J.O.R.F n° 44 du 21/02/2007.
8. Loi n° 2008-776 du 04/08/2008 de modernisation de l'économie, J.O.R.F n° 181 du 05/08/2008.
9. Ordonnance n° 2009-79 du 22/01/2009 créant l'autorité des normes comptables, J.O.R.F n° 19 du 23/01/2009.
10. Ordonnance n°2009-104 du 30/01/2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme, J.O.R.F n° 26 du 31/01/2009.
11. Ordonnance N°2009-112 du 30/01/2009 Portant diverses mesures relatives à la fiducie, J.O.R.F n° 26 du 31/01/2009.

• **Arrêts :**

1. Civ. 4 avril 1872 : D.P., 1872, 1, p. 363.

2. (ancienne Chambre de la Cour de Cassation), 22 janvier 1890 : D.P., 1872, 1.
3. Cass. Civ. 1ere ,2 mai 1966, Galakis.
4. Cass. Com. Fr. 13 juillet 1966 : JCP.CI 1967, 81684.
5. Com., 10 février 1970 - Bull. Civ., 1970, IV, n° 47.
6. Civ. 1, 12 mai 1976 - Bull. civ., 1976, I, n° 168.
7. Civ.1, 22 mars 1977, D. 1977, I.R, p. 410, note P. Julien, Bull. civ. I, n° 145.
8. Civ.1, 22 mars 1977, B.I. N° 143.
9. Civ. 1, 6 novembre 1984 – Bull. Civ., 1984, I, n° 291.
10. Civ. 1, 30 octobre 1985 - Bull. civ., 1985, I, n° 277.
11. Civ. 1, 28 février 1989 - Bull. civ., 1989, I, n° 99.
12. Civ. 1, 18 avril 1989 – Bull. Civ., 1989, I, n° 150.
13. Civ. 1, 7 février 1990 - Bull. civ., 1990, I, n° 37.
14. Paris (3° ch. A.), 11janvier 1994, J.C.P. éd. E. pan. n° 463.
15. Civ. 1, 8 juin 1994 - Bull. Civ., I, n° 206; R.T.D.
16. Com., 1995, p. 170, note M. CABRILLAC ;JCP E., 1995, II, p. 652
17. Civ. 1, 27 juin 1995 - Bull. Civ., 1995, I, n° 287: D., 1995, p. 621.
18. Paris (15° ch. B), 12 Avril1996, J.C.P 1996 II 22705.
19. Civ. 1, 9 mai 1996 - Bull. civ., 1996, I, n° 191.
20. Civ. 1, 25 février 1997 - Bull. civ., 1997, I, n° 75: JCP G., 1997, IV, 881.
21. Paris (3° ch. A.), 23 septembre 1997, B. Joly bourse et prod. Fin 1998, p. 15.
22. Paris, 15° ch. Sect. A, 16 mars 1999, Bull. Joly bourse et prod. 1999.

23. Com., 11 mai 1999 - Bull. Civ., IV, n° 95: D., 1999, I.R., p. 155.
24. Com., 26 mars 2002 - Bull. Civ., 2002, IV, n° 57: D., 2002, A.J., p. 1341.
25. Civ., 2003, IV, n° 137: D., 2003, A.J., p. 2568
26. Civ. 1, 25 novembre 2003 - Bull. civ., 2003, I, n° 235.
27. Civ. 2, 2 décembre 2003 - Pourvoi n° 01-17.760.
28. D., 2004, A.J., p. 1897; R.T.D. Com., 2004, p. 581.
29. Civ. 1, 8 juin 2004 - Bull. Civ., 2004, I, n° 166.
30. Civ. 2, 30 juin 2004 - Pourvoi n° 03-14.614.
31. Civ. I, 12 juillet 2005 – Bull. Civ., 2005, I, n° 324.
32. Civ. I, 12 juillet 2005 – Bull. Civ., 2005, I, n° 325.
33. Civ. I, 12 juillet 2005 – Bull. Civ., 2005, I, n° 326.
34. Civ. I, 12 juillet 2005 – Bull. Civ., 2005, I, n° 327.
35. Com., 3 mai 2006 – Bull. civ., 2006, IV, n° 101.
36. Com., 3 mai 2006 – Bull. civ., 2006, IV, n° 102.
37. Com., 3 mai 2006 – Bull. civ., 2006, IV, n° 103.
38. Com., 12 décembre 2006 – Bull. Civ., 2006, IV, n° 243.
39. Com., 20 mars 2007 – Pourvoi n° 05-21.046.
40. Civ. 1, 3 avril 2007 - Bull. civ., 2007, I, n° 142.
41. Cass. com 18.12.2007, n° 88-16.421, Bull.civ, IV, n° 403, 2008.
42. Com., 25 novembre 2008, pourvoi n°07-21888, Bull. 2008.
43. Com., 22 mars 2011 – Pourvoi n° 10-13.727.
44. Com., 28 avril 2011 – Pourvoi n° 10-14.516.
45. Com., 28 avril 2011 – Pourvoi n° 10-14.517.
46. Civ. 1re, 6 juill. 2011, F-P+B+I, n° 08-12.648
47. Civ. 2, 7 juillet 2011 – Pourvoi n° 10-21.719.

48. Civ. 3, 28 septembre 2011 – Pourvoi n° 10-10.162.

V- Autres :

1. **Actes du premier Colloque sur l'arbitrage commercial**
international, L'arbitrage ad hoc, édité par N.
ANTAKI et A. PRUJINER, Université Laval,
Québec, 1986.
2. **Actes de séminaire** "L'entreprise Algérienne et la négociation
des contrats internationaux", Juris-Group et la
Chambre Nationale de Commerce, Alger, 1990.
3. **Actes de séminaire** " Négociation des contrats
internationaux", Chambre Nationale de
Commerce, 1993.
4. **Actes du colloque** « Le trust et la fiducie » T'KINT François,
La fiducie sûreté, implications pratiques,
Bruxelles le 09/02/1996, KUL/UCL.
5. **Actes de colloque** : Où en est la théorie de la régulation ?, 29-
30/06/2004, Université La Sorbonne, Paris,
MONTAGNE Sabine, Le trust, fondement
juridique du capitalisme patrimonial.
6. **Actes du colloque** « Trust & Fiducie : concurrents ou
compléments ? », Paris, les 13 et 14/06/2007,
Academy & Finance.
7. **Actes du colloque** « La fiducie dans tous ses états », Paris,
Organisé le 15/04/2010, par l'association Henri
Capitant.
8. **Atelier n° 4- Théorie constitutionnelle**, Université de
Montpellier 1, 14/06/2015, Alexandre PARIS,

L'objectivité de la science du droit à l'épreuve du refus kelsénien de syncrétisme des méthodes.

9. **Conférence à la chambre des notaires** neuchâtelois du 8 Novembre 2007, HAUSSER-ZILLA Danièle, La Convention de La Haye relative à la loi applicable au Trust et à sa reconnaissance.
10. **Conférence au centre d'arbitrage** libanais à Beyrouth, le 24 juin 2004, KAUFMANN-KOHLER (G.), « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêts publics ».
11. **Conférence de Tokyo**, du 15/10/2011 au 14/11/2011 « Gestion des biens pour le compte d'autrui », LEROND Sylvie, La fiducie-gestion.
12. **Les journées de l'ingénierie patrimoniale**, Trusts : AYNES Laurent, comment comprendre, appliquer et maîtriser la nouvelle donne fiscale, le 2 et 3/02/2010.

VI- Sites :

1. www.agimmobilier.com
2. www.agobiz.com.
3. www.arbitrage.org
4. www.aviva-assurances.com
5. www.bofip.impots.gouv.fr
6. www.dictionnaire-juridique.com
7. www.fr.glosbe.com
8. www.hcch.net site officielle de la conférence de La Haye de droit International privé.
9. www.Juritravail.com

10. www.larousse.fr/dictionnaires/anglais/francais
11. www.Le-petit-juriste.com
12. www.legifrance.gouv.fr
13. www.rcpro.biz
14. www.senat.fr, site officielle du sénat Français.
15. [www.SDI.com/société de management.htm](http://www.SDI.com/société-de-management.htm), SDI 2001/12
16. www.shura.gov.bh.
17. www.sndi.cerist.dz
18. www.traduction.sensagent.com
19. [www.Vie -publique.fr](http://www.Vie-publique.fr)
20. www.wikipedia.org

ثالثا- باللغة الانجليزية

I- BOOKS :

1. **ARNOLD Tom, DURKEE Bill and VAN SLYKE Paul**, Trademark and unfair competition considerations in franchise business operations, new developments in franchising, practicing law institute, New York, 2010.
2. **BARNHART Robert et STEINMETZ Sol**, The Barnhart Dictionary of Etymology, H. W. Wilson Co., New York, 1988.
3. **BARTON J.L.**, Equity in the world's legal systems, Newman ed., Brussels, 1973.
4. **DEREK DAVIES J.**, Equity in English law, in "Equity in the world's legal systems-a comparative study", Bruylant, Brussels, 1973.

5. **EDWARDS Richard & STOCKWELL Nigel**, Trust and Equity, 10th ed., Pearson Longman, London, 2011.
6. **FRATCHER W. F.**, « Ch. 11 Trusts », in International Encyclopaedia of comparative law, Vol. VI Property and trust, Essen, 1971.
7. **GLARE P.G.W.**, Oxford Latin Dictionary, Clarendon Press, Oxford University Press, 1982.
8. **GUENTER H. Treitel & PEEL Edwin**, The law of contract, 4th edition, London, 1975.
9. **Halsbury's laws of England**, Ed. James Bowman, London, 1991.
10. **HANBURY H.G. & MARTIN J.E.**, Modern Equity, ed. 15th, London, 1997.
11. **HUDSON Alastair**, Advanced Equity and trusts, department of law, Queen Mary, University of London, 2006.
12. **KEETON G. W.**, The Law of Trusts, ed. 9th, London, 1968.
13. **KUHN Sherman et KURATH Hans**, Middle English Dictionary, Vol. 10, University of Michigan Press, 1952.
14. **KURSH Harry**, Franchise Boom, Prentice Hall, Englewood cliffs, New Jersey, 1969.
15. **MAITLAND Frederic William**, Equity. Also the Forms of Action at Common Law, ed. Cambridge university press, 1910.
16. **MERKIN Robert**, Arbitration Law, LLP, London, 1991.
17. **Mustill and Boyd**, Commercial Arbitration, 2nd ed., Butterworths, London, 2001.

18. **NORRIE K.McK. – SCOBIE E.M. – DALGLEISH A.M.C.**,
Trusts, Edinburgh 1991.
19. **ONION Charles Talbut**, Oxford Dictionary of English
Etymology, Oxford Clarendon Press, 1966.
20. **SCOTT A. W.**, The law of Trusts, 2nd éd., Boston, 1956.
21. **UNDERHILL Arthur**, The Law Relating to trusts and trustees,
7th Ed., Law Publishers, London, 1912.
22. **WATERS D. W. M.**, The Institution of the trust and in civil and
common law, Académie de droit international,
Recueil des cours, Martinus Nijhoff Publishers,
Leyde, 1995.
23. **WETTER J. G.**, The Importance of having a connection,
Arbitration International, Oxford university press,
1987.
24. **WILSON W.A., DUNCAN A.G., W.A. ELLIOTT**, Trust
Trustees and Executors with Chapter on Judicial
Variation of Trusts, 2nd ed., Edinburgh 1995.
25. **ZWEIGERT K. & KÖTZ H.**, An Introduction to Comparative
Law, 3rd ed., O.U.P., 1998.

II- Articles :

1. **ELLAND-GOLDSMITH Michael**, Trust and its use in
commercial and financial transactions, Revue de
droit des affaires internationales, P.U.F, Paris,
1987, pp. 683-687.
2. **OPPENHEIM L.**, why a revision of the Louisiana Trust estates
Act is Necessary, Louisiana Law review, Vol.
XVM, 1958, pp. 590-608.

3. **RUDDEN Bernard**, Things as Things and Things as wealth,
Oxford Journal of legal studies, Vol. 14, N° 1,
1994, pp 81-97.

III- Juridical texts:

• **Legislation:**

(Available at: www.legislation.gov.uk)

1. Arbitration Act 1996.
2. Bankruptcy act 1914.
3. Board of Trade act 1947.
4. Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982.
5. Civil Evidence Act 1968.
6. Civil Liability Act 1978.
7. Judicature Act 1873.
8. Insolvency Act 1986.
9. Law property Act 1925.
10. Matrimonial Causes Act.
11. Mental Health Act.
12. Perpetuities and accumulations Act, 1964.
13. Perpetuities and accumulations Act, 2009.
14. Settled Land Act.
15. Supreme court of Judicature Act 1873.
16. Theft Act 1968.
17. Trade Union Labour Relations Act 1992.
18. Torts Act 1977.
19. Trustee Act 1925.
20. Variation of trusts act, 1958.

• **Legal judgments :**

1. Cadell v. Palmer 1833.
2. Saunders v. Vautier, [1841] 4 Beav. 115 ; Cr. et Ph. 240 ; 10 L.J. Ch. 354.
3. Hamlyn & Co v Talsker Distillery [1894] AC 202.
4. Heyman v Darwins Ltd [1942] AC 356.
5. Woolf v Collis Removal Service [1948] 1 QB 11.
6. Colville, Petitioner, 1962 S.C. 185; 1962 S.L.T. 45, Lord Clyde.
7. Mackender v Feldia [1967] 2 QB 590.
8. Bremer Vulkan v South India Shipping Corporation Ltd [1981] AC 909.
9. Dalmia Dairy Industries Ltd v National Bank of Pakistan [1978] 2 Lloyd's Reports p 223.
10. Teledyne Inc v Kone Corp 892 F2d 1404, 1989.
11. Three Valleys Municipality Water Dist v E F Hutton & Co 925 F 2d 1136, 1991.
12. Harbour Assurance Co (UK) Ltd v Kansa General International Insurance Co Ltd [1992] 1 Lloyd's Reports.
13. Galliard Homes Ltd v J Jarvis & Sons Plc (1999) 71 Construction Law Reports.

V- Websites:

1. www.legislation.gov.uk
2. www.parliament.uk

الفهرس

	إهداء	
	شكر	
5	قائمة المختصرات	
7	مقدمة	
14	تقييم وظيفة عقد التسيير بالاستئناس إلى نظام ترست وفيدوسية	الباب الأول
15	موقع عقد التسيير من نظام ترست وفيدوسية	الفصل الأول
17	تحديد مفهوم الآليات الفريدة في التسيير	المبحث الأول
17	تعريف عقد التسيير وترست وفيدوسية	المطلب الأول
18	تعريف عقد التسيير	الفرع الأول
22	تعريف ترست	الفرع الثاني
26	تعريف فيدوسية	الفرع الثالث
31	تحديد أطراف عقد التسيير وترست وفيدوسية	المطلب الثاني
32	تحديد أطراف عقد التسيير	الفرع الأول
32	أولاً: المسير	
38	ثانياً: المؤسسة العمومية الاقتصادية	
40	1- الشركات ذات المسؤولية المحدودة S.A.R.L	
41	2- شركات المساهمة SPA	
45	تحديد أطراف ترست	الفرع الثاني
45	أولاً: المؤسس	
46	ثانياً: المسير	
47	ثالثاً: المستفيد	
47	تحديد أطراف فيدوسية	الفرع الثالث

48	أولاً: المؤسس
50	ثانياً: المسير
53	ثالثاً: المستفيد
55	المبحث الثاني تحديد أصل وتاريخ الآليات الفريدة للتسيير
55	المطلب الأول اشتراك الآليات الفريدة للتسيير من حيث الأصل
56	الفرع الأول أصل عقد التسيير
58	الفرع الثاني أصل ترست
59	الفرع الثالث أصل فيدوسية
60	المطلب الثاني تاريخ عقد التسيير وترست وفيدوسية
61	الفرع الأول تاريخ عقد التسيير
62	الفرع الثاني تاريخ ترست
62	أولاً: المنافع الإقطاعية
68	ثانياً: ترست المعاصر
73	الفرع الثالث تاريخ فيدوسية
75	الفصل الثاني قصور عقد التسيير ومقارنته بترست وفيدوسية
76	المبحث الأول مميزات عقد التسيير وترست وفيدوسية
77	المطالب الأول أهداف عقد التسيير وترست وفيدوسية
77	الفرع الأول أهداف عقد التسيير
95	الفرع الثاني أهداف ترست
96	الفرع الثالث أهداف فيدوسية
97	المطالب الثاني خصائص عقد التسيير وترست وفيدوسية
97	الفرع الأول خصائص عقد التسيير
120	الفرع الثاني خصائص ترست
122	الفرع الثالث خصائص فيدوسية

122	أولاً: ذمة التخصيص (Patrimoine d'affectation)
123	ثانياً: النقل المؤقت للملكية
124	ثالثاً: مصير ذمة التسيير في نهاية العملية
125	المبحث الثاني المبادئ الأساسية لعقد التسيير وترست وفيدوسية ومجالات تطبيقها
125	المطلب الأول المبادئ الأساسية لعقد التسيير وترست وفيدوسية
126	الفرع الأول المبادئ الأساسية لعقد التسيير
126	الفرع الثاني المبادئ الأساسية لترست
127	الفرع الثالث المبادئ الأساسية لفيدوسية
128	المطلب الثاني مجالات تطبيق عقد التسيير وترست وفيدوسية
129	الفرع الأول مجالات تطبيق عقد التسيير
130	الفرع الثاني مجالات تطبيق ترست
135	الفرع الثالث مجالات تطبيق فيدوسية
141	خلاصة الباب الأول
142	الباب الثاني ضرورة تعديل عقد التسيير عن طريق ترست وفيدوسية
144	الفصل الأول تعديل التزامات عقد التسيير بالاحتكام إلى التزامات ترست وفيدوسية
145	المبحث الأول التزامات المؤسس في عقد التسيير وترست وفيدوسية
145	المطلب الأول التزامات المؤسس في عقد التسيير
146	الفرع الأول وضع الوسائل اللازمة تحت تصرف المسير
152	الفرع الثاني الالتزام بعدم التصرف
154	الفرع الثالث الالتزام بالصيانة ودفع الأجرة
162	الفرع الرابع عقد جميع التأمينات
167	المطلب الثاني التزامات المؤسس في ترست
168	الفرع الأول التزام المؤسس بتحويل الأصول
170	الفرع الثاني التزام المؤسس بدفع الأجرة

171	الفرع الثالث	التزام المؤسس بتسديد مستحقات التسيير
171	المطلب الثالث	التزامات المؤسس في فيدوسية
172	الفرع الأول	التزام المؤسس بتحويل وتحديد الأصول
173	الفرع الثاني	التزام المؤسس بالإفصاح عن الهوية
173	أولاً:	هوية المؤسس
173	ثانياً:	هوية المستفيد
174	الفرع الثالث	التزام المؤسس بضمان الديون واستلام الأموال
174	أولاً:	التزام المؤسس بضمان ديون فيدوسية
175	ثانياً:	التزام المؤسس باستلام أمواله في نهاية العقد
176	الفرع الرابع	التزام المؤسس بدفع الأجرة
176	المبحث الثاني	التزامات المسير في عقد التسيير وترست وفيدوسية
177	المطلب الأول	التزامات المسير في عقد التسيير
178	الفرع الأول	الالتزام بالتسيير
179	الفرع الثاني	الالتزام بتحسين المردودية
182	الفرع الثالث	الالتزام بتقديم المعلومات
183	الفرع الرابع	الالتزام بعقد التأمينات
192	المطلب الثاني	التزامات المسير في ترست
194	الفرع الأول	التزام المسير بالمحافظة ومسؤوليته على الاستثمار
196	الفرع الثاني	واجب الإخلاص وبذل العناية
198	الفرع الثالث	الالتزام بتقديم المعلومات
198	المطلب الثالث	التزامات المسير في فيدوسية
199	الفرع الأول	التزامات المسير خلال تنفيذ العقد
199	أولاً:	التزام المسير بالمحافظة والتسيير وبتنفيذ العقد شخصياً
209	ثانياً:	التزام المسير بتقديم المعلومات

222	ثالثا: الالتزام بالتصريح وإعداد الحسابات
224	الفرع الثاني التزامات المسير مع انقضاء العقد
227	الفصل الثاني تعديل عقد التسيير من حيث انقضاء وتسوية منازعات ترست وفيدوسية
228	المبحث الأول انقضاء عقد التسيير وترست وفيدوسية ومراقبتهم
228	المطلب الأول انقضاء عقد التسيير ومراقبته
229	الفرع الأول انقضاء عقد التسيير
236	الفرع الثاني مراقبة التسيير
245	المطلب الثاني انقضاء ترست التسيير ومراقبته
246	الفرع الأول انقضاء ترست التسيير
246	أولا: تعديل العقد التأسيسي لترست
248	ثانيا: طرق انقضاء ترست
252	الفرع الثاني مراقبة ترست التسيير
254	المطلب الثالث انقضاء فيدوسية التسيير ومراقبتها
255	الفرع الأول انقضاء فيدوسية التسيير
258	الفرع الثاني مراقبة فيدوسية التسيير
261	المبحث الثاني تسوية المنازعات في عقد التسيير وترست وفيدوسية
262	المطلب الأول تسوية المنازعات في عقد التسيير
263	الفرع الأول القضاء أو التحكيم
271	الفرع الثاني التحكيم وأنواعه
274	الفرع الثالث القانون الواجب التطبيق على النزاع
275	المطلب الثاني تسوية المنازعات في ترست
276	الفرع الأول قضاء الإنصاف
278	الفرع الثاني التحكيم
286	المطلب الثالث تسوية المنازعات في فيدوسية

287	الفرع الأول القضاء
288	الفرع الثاني التحكيم في القانون الفرنسي
290	أولاً: التحكيم
300	ثانياً: طرق الطعن
304	خلاصة الباب الثاني
306	خاتمة
316	الملاحق
317	الملحق الأول: عقد التسيير
354	الملحق الثاني: فيدوسية
358	قائمة المراجع
358	أولاً: باللغة العربية
373	ثانياً: باللغة الفرنسية
396	ثالثاً: باللغة الانجليزية
401	الفهرس

ملخص رسالة

عقد التسيير في القانون المقارن

تهدف هذه الدراسة إلى إيجاد أرضية قانونية تتيح تعديل عقد التسيير وتتميمه، هذا العقد وجد بموجب القانون 89-01 المؤرخ في 07 فبراير 1989، والمدرج في القانون المدني، الكتاب الثاني، الباب التاسع تحت عنوان العقود الواردة على العمل، ضمن الفصل الأول مكرر، علما أنه منذ تاريخ صدوره لم يعدل ولم يتم وليس له نصوص تنظيمية.

وقد توصل البحث إلى وضع مادة علمية، تمكن أهل الاختصاص من صياغة نصوص مواثية خدمة للعقد وتفعيلا له. وتم ذلك من خلال مقارنة عقد التسيير باليتين قانونيتين تقع كلاهما على التسيير، وهما ترست الانجليزي وفيدوسية التسيير الفرنسية، بحيث تنتمي الآلية الأولى إلى نظام قانوني مغاير تماما لنظام عقد التسيير وفيدوسية التسيير، والمتمثل في نظام الكومن لوو (Common law)، وكون الآليتين الأخريين كلتاهما تنتمي إلى نظام القانون المدني، فلا يعني هذا أنهما متماثلتين؛ لسبب بسيط، وهو النظام العام؛ بحيث وإن كانتا تنتميان إلى نظام القانون المدني، وكلاهما يرد على التسيير؛ إلا أنهما تصطدمان بمبادئ النظام العام والآداب العامة، كون ما هو مسموح به في نظام معين لا يكون كذلك بالضرورة في نظام مغاير.

وعليه، وجدت هذه الدراسة الطريقة التي تمكن من إثراء عقد التسيير من خلال الاستفادة مما تتيحه الآليتان من مزايا، دون الاصطدام بالنظام العام، وهو ما أودعته في مجموعة من النتائج كانت ثمرة البحث.

Résumé de la thèse

Le Contrat de Management en droit comparé

Le présent résumé tend à mettre en évidence l'utilité de la présente étude sur le plan doctrinale, concernant un acte peu connu de par son utilisation qui est restreinte qu'à une seule entité juridique qui ne peut être qu'une entreprise publique économique (E.P.E), qu'est le contrat de management, que le législateur Algérien a bien voulu insérer dans le code civil, dans le second livre, neuvième titre sous l'intitulé : « Des contrats portant sur la prestation de services. » du chapitre I bis.

Afin de permettre une éventuelle modification dans la mesure de l'étendre à d'autres entités juridiques, autres que celles prévues par l'actuel texte, par une approche comparative par rapport à deux institutions étrangères dédiées à la gestion du patrimoine d'autrui, qui sont, le *trust* anglais de la *Common law* et la *fiducie civiliste* française. La première appartenant un système juridique complètement différent du notre, et cela ne veut pas dire que le contrat de management et la fiducie étant civiliste sont pour autant semblables. Parce qu'à chaque fois on est confronté à l'ordre public, car ce qu'est permis dans un ordre ne l'est pour autant dans l'autre.

Ceci étant, cette étude est une ébauche qui permettrait au contrat de management de profiter pleinement du cumul d'expérience des deux institutions et à tous les niveaux, qui soient juridiques ou doctrinales, et ceci sans pour autant buté sur l'ordre public.