

أصل الفكر النظري لعقد تسيير المؤسسة العمومية الاقتصادية  
*The Origin of Management Contract Concept for Public  
Economic Institution*

الطالبة: بختي فاطمة<sup>(1)</sup>

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

Email: bakhti.fatma@univ-oran2.dz

تاريخ النشر:

2022/10/10

تاريخ القبول:

2022/07/03

تاريخ الارسال:

2022/03/26

الملخص:

عقد التسيير من العقود الحديثة الذي ظهر نتيجة عجز العقود الكلاسيكية على التأقلم مع العلاقات الاقتصادية الجديدة خاصة على المستوى الدولي، لهذا بادر المشرع الجزائري الى تبني "عقد التسيير" لمواكبة هذه الحداثة.

عقد التسيير آلية قانونية تسمح للدولة الاحتفاظ بملكية المؤسسات العمومية الاقتصادية ومنح سلطة تسييرها إلى الخواص. وهي آلية تقوم على فكرة الفصل بين حق الملكية وسلطة التسيير، ليست وليدة الساعة بل نابعة من أعماق الفكر القانوني القديم وتظهر من خلال نظامين قانونيين عريقين عرفتهما القوانين الغربية يتمثلان في كلا من نظام " ترست " الانجلو-أمريكي ونظام " فيدوسيا " الروماني.

كلمات مفتاحية: عقد التسيير، المؤسسة العمومية الاقتصادية، فيدوسيا، ترست.

**Summary:**

*The Contract Management is one of the modern contracts, which emerged due to classic contracts' deficits to cover modern economics areas. Moreover, classic contracts have not been able to adapt to the delicacy and complexity of the current economic transactions' transformations. Hence, new formulas of transaction were drafted and imposed at the international level; thus, the Algerian legislature has adopted the "Contract Management".*

*This mechanism is based on the principle of separation between Public Economic Institutions' ownership and their management authority. This principle can be dated to ancient legal thought of Western laws, which were demonstrated in The Anglo-*

المؤلف المرسل: بختي فاطمة

*American "Trust" system and The Roman "Fiducia" system, and which are an old version of modern public management.*

**Keywords:** *The Contract Management, Public Economic Institutions, Fiducia, Trust, ownership.*

## مقدمة

تبني المشرع الجزائري لعقد التسيير بموجب القانون رقم 01/89<sup>1</sup> كآلية من آليات القانون الخاص، يعبر عن الاعتراف الصريح للمشرع بالتنازل عن تسيير المؤسسة العمومية الاقتصادية لصالح الخواص، بطريقة تضمن استمرارية سيطرة الدولة على ملكيتها للمؤسسة العمومية الاقتصادية.

عقد التسيير هو عقد خدمات من نوع خاص يحقق بطريقة جديدة الفصل بين الملكية والاستغلال وبهذا يظهر عقد التسيير كعقد فريد من نوعه<sup>2</sup>. لذلك علينا البحث عن جذور هذه الفكرة التي ليست وليدة الساعة بل نابعة من أعماق الفكر القانوني القديم وتظهر من خلال نظامين قانونيين عريقين عرفتهما القوانين الغربية يتمثلان في كلا من " ترست " و " فيدوسيا ".

بالنظر الى المنطق الاقتصادي الكامن وراء تبني عقد التسيير، كخيار تشريعي على انه الأنجع للمساهمة في تحرير الاقتصاد الوطني من التسيير الموجه، واستبداله بالتسيير العمومي الجديد الذي فتح المجال أمام الخواص لتسيير الاقتصاد الوطني كوسيلة لتحقيق الليبرالية الاقتصادية وتقليص دور الدولة، ومن حيث اعتباره أداة لحماية الملك العام لما يحققه من فصل الملكية عن سلطة التسيير، يجعل من تناوله بالدراسة والتحليل ذو أهمية بالغة ، باعتبار انه عقد حديث لم ينل القدر الكافي من الاهتمام من طرف دارسي القانون ، وبالنظر الى استعماله الواسع في ربط علاقات تعاقدية في مجالات مختلفة وكذلك وجوده ضمن الشريعة العامة، الأمر الذي يدعو الى ضرورة فهم هذه السياسة التشريعية الحديثة التي فرضتها العولمة الاقتصادية وفهم العناصر الموضوعية لهذا العقد كأسلوب تعاقدية حديث ناشئ عن سياسة تعبر عن فكر ليبرالي يسيطر ويقود عجلة الاقتصاد العالمي.

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

<sup>2</sup> - سعيدي مصطفى، مكانة عقد التسيير في تنظيم قطاع الخدمات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق وهران، 2012/2013. ص 21.

سوف نحاول من خلال هذه الدراسة تتبع أصل هذه الآلية الفريدة التي يقوم عليها عقد التسيير، وربطها بتاريخ الفكر التشريعي والأنظمة القانونية التي أدت إلى ظهورها، مع البحث في الأسباب والظروف وكذا العوامل التي أدت إلى إبرام هذا النوع من الاتفاقيات التي تقوم على الفصل بين حق الملكية وسلطة التسيير، للوصول إلى معرفة - ما هو مصدر فكرة الفصل بين حق الملكية وسلطة التسيير في ربط العلاقات التعاقدية الاقتصادية على الصعيد الدولي؟

ل للوصول إلى الإجابة عن إشكالية هذه الدراسة البحثية سوف نعتمد على المنهج الوصفي للكشف عن ماهية عقد التسيير، هذا العقد الذي استطاع المشرع الجزائري من خلاله خلق تكامل اقتصادي بين القطاع العام والقطاع الخاص. إلى جانب تكريس المنهج التحليلي المقارن لتحديد أوجه الارتباط بين عقد التسيير والأنظمة القانونية التي ينبثق عنها.

لمعالجة هذا الموضوع قسمنا الورقة البحثية إلى مبحثين. المبحث الأول عرضنا فيه الظروف التي تم في ظلها تبني المشرع الجزائري لعقد التسيير مع إبراز خصوصية هذا العقد. المبحث الثاني حاولنا من خلاله تتبع أثر الأفكار التشريعية التي تأصل لفكرة الفصل بين حق الملكية وسلطة التدخل في تسيير وإدارة أملاك الغير في ربط العلاقات التعاقدية، من خلال دراسة كل من نظام الترس (trust) الأنجلو-أمريكي ونظام فيدوسيا (fiducia) الروماني.

المبحث الأول: عقد تسيير المؤسسة العمومية الاقتصادية (عقد مدني ذو طبيعة خاصة)

عنى تطوير القانون يقع في المقام الأول على عاتق المشرع في العصر الحديث، وما وجد القانون إلا ليحكم المجتمع فإن تطور ذلك المجتمع غير القانون حتى يتلاءم معه. الاقتصاد من بين العوامل المؤثرة في المجتمع وبالتالي ينشأ أثر متبادل بين القانون والاقتصاد والمشهد الاقتصادي الذي وصلت إليه الجزائر في سنوات الثمانينات فرض عليها تبني أنظمة قانونية جديدة تتماشى مع الأوضاع الاقتصادية التي تفرض نفسها بقوة.

## المطلب الأول: ظهور عقد التسيير في القانون المدني الجزائري

الدول تسعى إلى تحقيق أهدافها بشتى الوسائل، ولعل أهم العراقيل التي تقف في مسارها، تلك الآليات التي تساعد في الحفاظ على السوق الحالية واحتلال أسواق جديدة، الأمر الذي يتطلب تكييف الاستراتيجيات المنتهجة مع التطورات المستجدة في مجال عملها، وهذا ما يعتبر من ضمن الأهداف التي يسعى لتحقيقها عقد التسيير.

## الفرع الأول: إدراج عقد التسيير ضمن القانون المدني

عشية تبني الدولة الجزائرية لاقتصاد ليبرالي جديد نشأ نوع من الفراغ القانوني نتيجة افتقار التشريع الجزائري الى آلية قانونية تسمح للدولة في إطار السعي بالتنازل عن تسيير المؤسسة العمومية الاقتصادية لصالح الخواص، بطريقة تضمن استمرارية سيطرة تدخل الدولة في تصرفات المؤسسة العمومية الاقتصادية ومراعاة ملائمة الظروف الاقتصادية، القانونية والسياسية<sup>1</sup> أدى بالمشروع الجزائري إلى تقنين عقد التسيير بموجب القانون 01/89 المؤرخ في 07 فيفري 1989 المتمم للقانون المدني<sup>2</sup>، وذلك ضمن الباب التاسع الذي يحمل عنوان "العقود الواردة على العمل" "contrat portents surlaprestation de services" في إطار الفصل الأول مكرر، تحت تسمية "عقد التسيير" والذي يقابله باللغة الفرنسية "contrat de management"<sup>3</sup>.

## أولا-التعريف التشريعي لعقد التسيير

لقد عرّف المشروع الجزائري عقد التسيير في نص المادة الأولى من القانون 89-01 كما يلي: «عقد التسيير هو العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها يسمى مسيرا إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصادي بتسيير كل أملاكها أو بعضها باسمها ولحسابها مقابل أجر فيضفي عليها علامته حسب مقاييسه

<sup>1</sup> كمال آيت منصور، عقد التسيير، دار بلقيس، الدار البيضاء الجزائر، ص 12-13.

<sup>2</sup> قانون رقم 01-89 مؤرخ في 07 فيفري 1989، المتمم للأمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج رعدد 06 صادر في 08-02-1989.

<sup>3</sup> كمال آيت منصور، عقد التسيير، دار بلقيس، الدار البيضاء الجزائر، ص 5.

ومعاييرها، ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع<sup>1</sup>. عقد التسيير هو ذلك العقد الذي تبرمه هيئة عمومية " المؤسسة العمومية الاقتصادية " مع شخص من القانون العام أو القانون الخاص، يتصرف لحساب الهيئة العمومية مقابل الحصول على مبلغ مالي يقدر جزافيا استنادا إلى أعباء استغلال المرفق. كما يعرف بأنه: " ذلك العقد الذي بموجبه يضع المالك كل أو بعض من أملاكه تحت تصرف شخص آخر يسمى -المسير- ويمنحه سلطة القيام بكل عمل مادي أو قانوني لحسابه، وهذا بهدف تثمين هذه الأملاك"<sup>2</sup>.

### ثانيا - أطراف عقد التسيير

عقد التسيير اتفاق يربط بين متعامل أجنبي أسماه المشرع الجزائري "مسيرا" و"المؤسسة العمومية الاقتصادية". إن المشرع الجزائري قد عرف عقد التسيير من خلال تحديد أطرافه وليس بتحديد موضوعه.

#### 1- الطرف المالك في عقد التسيير - المؤسسة العمومية الاقتصادية -

الطرف المستفيد من التسيير حصره المشرع الجزائري في المؤسسة<sup>3</sup> العمومية الاقتصادية أو الشركة المختلطة الاقتصاد فقط، بحيث لا يكون بوسع الأشخاص المعنوية من القانون الخاص اللجوء الى إبرام عقد التسيير. ويرجع البعض هذا التحديد للظروف السائدة أثناء صدور النص المعدل للقانون المدني، حيث كان

<sup>1</sup> نص المادة الأولى من القانون رقم 01-89 مؤرخ في 07 فيفري 1989، المتمم للأمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج رعد 06 صادر في 08-02-1989. وجاء النص باللغة الفرنسية كما يلي:

« Le contrat de management est le contrat par lequel un partenaire qui jouit d'une réputation bien établie, dénommé gestionnaire, s'engage à gérer au nom et pour le compte d'une entreprise publique économique ou publique économique ou d'une société d'économie mixte, moyennant rémunération, tout ou pour partie de cette dernière en y apportant son label, selon ses réseaux e promotion et de vente »

<sup>2</sup> -KAHLOULA. (M), A propos du contrat de management entreprise de gestion touristique de Tlemcen (E.G.T.T)-FLAMINGO INTERCONTINENTAL, in R.S.J.A de la faculté de droit de Tlemcen N°04-006 p.39.

<sup>3</sup> الداوي الشيخ، الاصلاحات الاقتصادية في الجزائر وإشكالية البحث عن كفاءة المؤسسات العامة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الثاني، 2009، ص255.

السائد احتكار الدولة للنشاط الاقتصادي وكان المتعامل الاقتصادي في الجزائر يتمثل في المؤسسات العمومية الاقتصادية وبعض الشركات ذات الطابع الصناعي والتجاري<sup>1</sup>، ولم يكن بالإمكان الحديث عن قطاع خاص بالمعنى الحقيقي. وأن المؤسسات العمومية الاقتصادية والشركات المختلطة الاقتصاد هي وحدها المؤهلة لإبرام هذا النوع من العقود.<sup>2</sup>

عمل القانون 01-88<sup>3</sup> المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية على إعادة النظر في الشكل الذي تتخذه هذه الأخيرة ، والذي إما أن يجعلها في شكل شركات مساهمة أو شكل شركات ذات المسؤولية المحدودة والتي تخضع في تسييرها للنظام القانوني الذي يحكم الشركات التجارية<sup>4</sup>، ثم جاء الأمر 04-01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصتها، الذي نص في المادة 02<sup>5</sup> على أن: "المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي خاضع للقانون العام أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة، وهي تخضع للقانون العام". هذا النص الذي أكسب المؤسسات العمومية الاقتصادية الطابع المزدوج العمومية والمتاجرة وجعلها تنزل منزلة الأشخاص العامة بإخضاعها للقانون الخاص، فأصبحت مؤسسات الدولة خاضعة لكل من القانون المدني والقانون التجاري في تعاملاتها وما تبرمه من عقود. وتنص المادة 01/05 من نفس

<sup>1</sup> بودانة نجا، التزامات أطراف عقد التسيير في القانون الجزائري، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، 2016، ص3.

<sup>2</sup> ربيح امحمد، عقد التسيير في القانون المقارن، جامعة مولود معمري تيزي وزو، رسالة دكتوراه، 2017، ص36.

<sup>3</sup> القانون 01-88 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية-الجريدة الرسمية عدد2 مؤرخة في 13 يناير 1988.

<sup>4</sup> كمال آيت منصور، عقد التسيير، دار بلقيس، الدار البيضاء الجزائر، ص84.

<sup>5</sup> الأمر 04-01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصتها. المؤرخ في 20/08/2001، ج ر، العدد 47، الصادرة في 23 اوت 2001.

القانون على أنه:" يخضع إنشاء المؤسسات العمومية الاقتصادية وتنظيمها وسيرها للأشكال التي تخضع لها شركات رؤوس الأموال المنصوص عليها في القانون التجاري".<sup>1</sup>

## 2- الطرف المسير في عقد التسيير-متعامل أجنبي-

المسير في عقد التسيير متعامل اقتصادي أجنبي، ذلك أن الواقع العملي أثبت أن الطرف المسير في جميع عقود التسيير التي أبرمت من طرف المؤسسة العمومية الاقتصادية تم عقد الشراكة فيها مع متعاملين اقتصاديين أجنبيا وأن الهدف الأساسي من وراء سن القانون 01/89 هو إمكانية دخول المؤسسة العمومية الاقتصادية في شراكة مع متعاملين اقتصاديين أجنبيا قصد الاستفادة من كفاءاتهم المهنية وخبراتهم الفنية، مع نصه على تمتع المتعامل بشهرة معترف بها في النشاط الذي تمارسه المؤسسة العمومية الاقتصادية. مع إمكانية أن يكون المسير شركة وطنية خاصة إذا حققت شرط الشهرة وارتقت إلى مستوى يجعلها تنافس الشركات الأجنبية من حيث الحرفية.<sup>2</sup> وهذه الإمكانية لم تتحقق رغم عدم تقييد المشرع الجزائري بأن يكون المسير شركة أجنبية. الطرف المسير عبارة عن شخص اعتباري يأخذ في الغالب شكل الشركة.

### الفرع الثاني: أهداف تبني المشرع الجزائري لعقد التسيير

الغاية الأساسية من تبني المشرع الجزائري لعقد التسيير، هي إنشاء آلية قانونية تسمح للدولة بإسناد المؤسسات العمومية الاقتصادية إلى شركات متخصصة، لتشرف على تسييرها طبقا للمعايير والمقاييس الدولية التي تجعلها أكثر كفاءة ومردودية وترقى بها إلى المستوى المطلوب وتجعلها قادرة على منافسة الأسواق العالمية.

### أولا-التصدي لعجز العقود الكلاسيكية في مواكبة التطورات الاقتصادية

ما عرفه العالم من تطورات وتحولات علمية وتكنولوجية وتطبيقاتها في المجال الاقتصادي، أدى إلى تغيير مفهوم الاستثمارات الدولية خاصة تلك التي تربط الدول النامية مع المستثمرين الأجانب، واتسام المعاملات بالتعقيد ما جعل العقود الكلاسيكية عاجزة في مواجهة هذا الواقع الجديد. عقد التسيير آلية تعاقدية

<sup>1</sup> سعودي زهير، النظام القانوني لتسيير ورقابة المؤسسات العمومية الاقتصادية على ضوء الأمر

04-01، شهادة ماجستير، جامعة الجزائر-كلية الحقوق-بن عكنون، بدون سنة، ص.4.ص.5.

<sup>2</sup> كمال آيت منصور، عقد التسيير، دار بلقيس، الدار البيضاء الجزائر، ص.86.

جديدة تبنتها الجزائر للتصدي لعجز العقود الكلاسيكية في جعل المؤسسات العمومية الجزائرية تربط علاقات مع متعاملين أجنب، مع ضمان الحماية للملك العام. عقد التسيير بطبيعته الخاصة يحقق الفصل بين حق الملكية وسلطة التسيير وبعد شكلا من أشكال التسيير الخاص للمؤسسة العمومية بحيث بموجبه لا تنتقل ملكية هذه الأخيرة التي تسيطر عليها الدولة من جهة ومن جهة أخرى تصبح الدولة الساهر والمراقب على كافة العمليات التي يقوم بها المسير المستقب<sup>1</sup>، مع منح الاستقلالية للمسير في القيام بأعمال التسيير. هذه الخصائص لا تجتمع في أي عقد من العقود الكلاسيكية.

### ثانيا - استعمال عقد التسيير في إطار التعامل بين المؤسسة العمومية الاقتصادية والطرف الأجنبي

في إطار النظام العالمي الجديد، ظهرت أشكال جديدة من الاستثمارات، والبلدان النامية تطمح إلى تكثيف سلطتها على الاستثمارات الأجنبية، وطبيعة هذه الأشكال الجديدة أنها تسمح بإمكانية فصل ملكية رأس المال عن سلطة القرار<sup>2</sup>، وتعتبر الجزائر من الدول التي أبدت رغبتها للاندماج في الاقتصاد العالمي الجديد، خاصة بعد تعثر مسيرة التنمية المنظمة في ظل النظام الاشتراكي والأزمة النفطية لسنة 1986، وبلوغ حجم المديونية مستويات عالية مما ألزم السلطات الجزائرية تبني إصلاحات اقتصادية وقانونية ومالية شاملة ابتداء من التسعينات<sup>3</sup>. وأهم مبادرة إصلاحية دخول الجزائر في مفاوضات مع أرباب العمل القائمين على السياحة الفرنسية من أجل تطوير قطاع السياحة والتسيير الفندقي على وجه الخصوص<sup>4</sup>، هذه المفاوضات التي باءت بالفشل لعدم توفر الجزائر على أداة قانونية تسمح بتسيير مؤسسات عمومية جزائرية من طرف

<sup>1</sup> - محمد الأمين بن قايد علي، الخصوبة في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر-كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، 2001/2000، ص79.

<sup>2</sup> - سعيدي مصطفى، مكانة عقد التسيير في تنظيم قطاع الخدمات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق وهران، 2012/2013، ص9.

<sup>3</sup> - محمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، (دراسة حالة اوراسكوم الجزائر)، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2010/2009، ص

<sup>4</sup> - ربيعي امحمد، عقد التسيير في القانون المقارن، جامعة مولود معمري تيزي وزو، رسالة دكتوراه، 2017، ص57.

الخواص بعيدا عن البيروقراطيات الإدارية. ما أدى بالمشروع الى تبني القانون المنظم لآلية جديدة وهي "عقد التسيير".

### المطلب الثاني: الطبيعة الفريدة لعقد التسيير

جاء عقد التسيير ليتلاءم مع ضروريات وحاجيات اقتصادية متنوعة، ويؤكد على الطابع الليبرالي الجديد في ربط العلاقات بين المؤسسات الاقتصادية والمساهمة في إنعاش العلاقات الدولية في ظل النظام العالمي الجديد، والذي ظهرت فيه آليات قانونية جديدة في بناء العلاقات الاقتصادية، والتي تسمح بإمكانية الفصل بين ملكية رأس المال وسلطة التسيير، وهي آلية فريدة من نوعها.

### الفرع الأول: عقد التسيير يحقق الفصل بين السلطات

ما يجعل عقد التسيير ذو طبيعة خاصة فريدة من نوعها أنه يسمح للمالك - المؤسسة العمومية الاقتصادية - الاحتفاظ بملكية المؤسسة ونقل السلطات الى المدير لياشر عملية التسيير بكل استقلالية.

### أولا - تحويل التسيير مع الاحتفاظ بالملكية

نص المادة الأولى من القانون 01/89 جاء صريحا حيث أنه ينص على: "...بتسيير كل أملاكها أو بعضها باسمها ولحسابها..." وهنا يقصد المشرع أن المدير يباشر أعماله باسم المؤسسة العمومية الاقتصادية ولحسابها، هذا الوضع يتماشى تماما مع خاصية عقد التسيير في كونه آلية قانونية تحقق الفصل بين الملكية التي تحتفظ بها المؤسسة العمومية الاقتصادية كحماية للملك العام وبين سلطة التسيير التي تعود للمدير.

### ثانيا - التسيير لحساب المالك بصفة مستقلة

الاستقلالية في التسيير باسم ولحساب المالك، هذه الخاصية أشار إليها الأستاذ " كمال آيت منصور" في كتابه " عقد التسيير" حيث قال: " ظهر عقد التسيير لمواجهة ظروف اقتصادية معينة وتحقيق أهداف معينة، جعلته ينفرد بأحكام تبين ذاته، ويتمثل ذلك في عنصر الاستقلالية في التسيير والذي يعد جوهر العقد، اذ بموجب العقد يتم تحويل التسيير مع الاحتفاظ بالملكية وبذلك يقوم المدير بمختلف الأعمال لحساب المالك لكن بصفة مستقلة.<sup>1</sup> طبيعة عمل المدير،

<sup>1</sup> - كمال آيت منصور، عقد التسيير، دار بلقيس، الدار البيضاء الجزائر، ص 80.

بالرجوع إلى نص القانون 01/89 نجد أن الأعمال التي يقوم بها المسير يباشرها بصفته مستقلا عن المؤسسة العمومية الاقتصادية، أي أن هذه الأخيرة تنسحب تماما من عملية استغلال المؤسسة طيلة مدة العقد، الأمر الذي يجعل المسير يباشر جميع التصرفات المادية والقانونية التي من شأنها أن تساهم في تطوير الملك المسير بنفسه.

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية الخاصة لعقد التسيير

اقتحام المؤسسة العمومية الاقتصادية الجزائرية لميدان التعاقد مع أشخاص القانون الخاص، أدى إلى خلق نوع خاص من العقود تتجاذب فيه مصالح الأطراف المتعاقدة بصفة غير مألوفة، وذلك بسبب أن كل من الطرفين ينتمي إلى نظام قانوني مختلف عن الآخر.<sup>1</sup>

#### أولا - عقد التسيير من العقود الدولية

ما يميز التجربة الجزائرية في مجال عقد التسيير أن كل عقود التسيير المبرمة تنسم بالطابع الدولي رغم عدم اشتراط المشرع أن يكون المسير أجنبيا<sup>2</sup> وذلك نتيجة غياب قطاع خاص وطني فعال ومن الصعب الحديث عن مستثمر وطني يتمتع بشهرة معترف بها في مجال مُعين تنافس الشركات الأجنبية ليكون طرفا في عقد التسيير<sup>3</sup>. رغم عدم حصر المشرع الجزائري أن يكون المسير شركة أجنبية وفتح المجال حتى للشركات الوطنية أن تبرم عقد التسيير مع المؤسسات العمومية الاقتصادية<sup>4</sup>، إلا أن المشرع اشترط أن تكون الشركة المسيرة متخصصة في المجال الذي تعمل فيه المؤسسة محل عقد التسيير، وتتمتع بقدر مهم من المعرفة الفنية وذات شهرة، ولديها علامة وشبكة ترويج في الأسواق الدولية، هذه الشروط لا

<sup>1</sup> - هاشمي أعمر، سيادة الدول النامية في عقود الاستثمار، مذكرة دكتوراه، جامعة مولود معمري-كلية الحقوق والعلوم السياسية-، تيزي وزو، ص8.

<sup>2</sup> - سليمة الشيكور، عقد التسيير المفوض لمرافق المياه، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2013-2014، ص73.

<sup>3</sup> - كمال آيت منصور، عقد التسيير، دار بلقيس، الدار البيضاء الجزائر، ص41-45.

<sup>4</sup> - كمال آيت منصور، عقد التسيير، دار بلقيس، الدار البيضاء الجزائر، ص45.

نجدها متوفرة في المؤسسات المحلية، هذا ما فتح المجال أمام الشركات الأجنبية<sup>1</sup>. وهذه الشروط الهدف منها الاستفادة من الخبرة والكفاءة المهنية للمؤسسات الأجنبية، وحتى المؤسسات المتعددة الجنسيات. إذن غياب المستثمرين الجزائريين هو ما أضفى على عقود التسيير الطابع الدولي، استنادا إلى القانون الجزائري الذي جعل الجنسية عنصرا أساسيا كما أننا نجد أن عقد التسيير يتعلق محله بتقديم خدمات ونقل تكنولوجيا من طرف الشركة الأجنبية إلى المؤسسة العمومية الاقتصادية، أي أنه يؤدي إلى انتقال رؤوس الأموال والخدمات عبر الحدود، أي أنه يدخل ضمن عقود التجارة الدولية، وهو ما يضيف على عقد التسيير الطابع الدولي<sup>2</sup>، بالاستناد إلى المعيار الاقتصادي.

#### ثانيا- عقد التسيير من عقود الأعمال الناقلة للمعرفة الفنية

في ظل عجز العقود الكلاسيكية البسيطة، التي أصبحت لا تتلائم مع التطورات والتحولات الاقتصادية خاصة التطور العلمي والتكنولوجي، الذي أدى إلى تغيير مفهوم الاستثمارات الدولية خاصة تلك التي تربط الدول النامية مع المستثمرين الأجانب، واتسام المعاملات بالتعقيد أدى إلى تنوع الآليات القانونية في ربط العلاقات الاقتصادية<sup>3</sup>، الوضع الذي جعل وجود عقود الأعمال حتمية فعلية أفرزها نظام الاقتصاد الحر، هذه العقود التي تتميز بخصائص ذاتية تحقق الاختلاف ولكن تشترك في خضوعها لمجموعة من القواعد المتشابهة والتي تحكم قواعد عقود الأعمال.

#### المبحث الثاني: أصول الفكر النظري التشريعي لعقد التسيير

سنحاول من خلال هذا المبحث تتبع أصل هذه الآلية الفريدة التي يقوم عليها عقد التسيير وربطه بتاريخ الفكر التشريعي والأنظمة القانونية التي أدت إلى ظهورها، مع البحث في الأسباب والظروف وكذا العوامل التي أدت إلى إبرام هذا النوع من الاتفاقيات التي تقوم على الفصل بين حق الملكية وسلطة التسيير

<sup>1</sup> - سعيد مصطفى، مكانة عقد التسيير في تنظيم قطاع الخدمات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق وهران، 2012/2013. ص 57.

<sup>2</sup> - كمال أيت منصور، عقد التسيير، دار بلقيس، الدار البيضاء الجزائر، ص 88-89.

<sup>3</sup> - كمال أيت منصور، عقد التسيير، دار بلقيس، الدار البيضاء الجزائر، ص 79.

والتطورات التي طرأت عليها مع مرور الوقت وجعلتها ترتبط بعامل الكفاءة المهنية الفعالة في العصر الحديث.

### المطلب الأول: نظام الترسـت الأنجلو-أمريكي (trust) مصدرا لعقد التسيير

تطور فكرة الترسـت إلى فكرة عقد التسيير تم في فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية، وذلك لإعادة إعمار أوروبا بحيث وجدت بلدان هذه القارة نفسها ملزمة على الاستعانة بالشركات الأمريكية<sup>1</sup>. والمجال الأول الذي ظهر فيه عقد التسيير هو مجال التسيير الفندقـي، حيث انتشرت آنذاك الشركات الأمريكية المتخصصة في مجال الفنادق وأبرمت عقود تسيير في مختلف دول العالم ومنها فرنسا<sup>2</sup>، إلى غاية السبعينيات حيث تغير مفهوم الاستثمارات الدولية والعلاقة التي تربط بين الدول النامية والمستثمرين الأجانب، إذ تبين أن المشكل المطروح لدى الدول النامية لا يتمثل في الصعوبات المالية فحسب بل في كيفية توظيف الإمكانيات المالية نظرا لنقص الخبرات والكفاءات اللازمة، فادى هذا الى تطبيق عقد التسيير في مختلف القطاعات الاقتصادية.

### الفرع الأول: تحديد مفهوم نظام الترسـت وعوامل ظهوره

نظام الترسـت هو نظام قديم في القانون الإنجليزي، ويتمثل جوهر هذا النظام في التزام شخص يسمى الأمين بتلقي بعض أموال الغير بغرض ادارتها لحسابهم ويسمون المنتفعون<sup>3</sup>. والترسـت آلية قانونية تبلورت نتيجة تراكمات التجربة الإنجليزية في الفقه والقانون<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - ربيحي امحمد، عقد التسيير ما بين النص والتطبيق، مذكرة ماجستير، قانون الاعمال، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق، 2009، ص 10.

<sup>2</sup> - سليمة الشيكـر، عقد التسيير المفوض لمرفق المياه، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2013-2014، ص73.

<sup>3</sup> . محمد عبد الله شاهين محمد، أسواق المال بين الأرباح والخسائر-العوائد والمخاطر-، سنة 2018، ص64.

<sup>4</sup> . ربيحي محمد، عقد التسيير في القانون المقارن، جامعة مولود معمري تيزي وزو، رسالة دكتوراه، 2017، ص22.

## أولاً - مفهوم نظام الترس

يعرف النظام الأنجلو-أمريكي اليوم نوع من التصرفات المالية يسمى "الترست" the trust، وقد عرّفه معهد القانون الأمريكي بأنه "علاقة أمانة خاصة بمال معين تلزم الشخص الذي يحوز هذا المال بعدة التزامات تهدف إلى استغلاله لصالح شخص آخر، وتنشأ هذه العلاقة نتيجة التعبير عن إرادة إنشائها"<sup>1</sup>. أما كلمة "ترست" trust فتتضمن معاني التصديق والثقة، والولاء والركون إلى شخص والاعتماد عليه وهي تستعمل بمعنى الثقة توضع في شخص ليكون المالك الاسمي لمال ممسوك لصالح شخص آخر، وهي أيضا المنظمة أو الشركة التي يديرها أمناء خلافاً للتي يديرها المالكون<sup>2</sup>. ولهذا المصطلح معان أخرى، وقف-مال أمانة - صندوق استثماري-وكذلك دمج شركتين متماثلتي النشاط بقصد الاحتكار<sup>3</sup>.

## ثانياً - عوامل ظهور نظام الترس

يعود تاريخ ظهور الترس إلى العصر الوسيط، في إنجلترا حيث كان الدافع الأساسي وراء ذلك هو أن الأمراء كانوا يفرضون ضرائب باهظة على أيلولة الملكية الإقطاعية إلى الورثة عند وفاة المورث، ومن أجل تلافي هذه الضرائب، جرى العمل منذ القرن الثاني عشر الميلادي على قيام المالك باختيار أقرب أصدقائه الذي يكون أهلاً للثقة فيخوله حقوق المالك وفقاً لشروط العقد الذي عرف بعقد المنافع وهو عبارة عن عقد من عقود الامتياز بالمفهوم العصري، يمنحها الملك لبعض الإقطاعيين<sup>4</sup> ليقوم هؤلاء بدورهم بالتنازل عن جزء منها لصالح رعاياهم فيثبت لهم

<sup>1</sup> - محمد عبيد عبد الله الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مطبعة الارشاد، بغداد، 1977، ص 29.

<sup>2</sup> - منذر قحف، الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته. الطبعة الأولى، 2000، دار الفكر العربي، دمشق، ص 42-56.

<sup>3</sup> - محمد عبد الحليم عمر، نظام الوقف الإسلامي والنظم المشابهة له في العالم الغربي، Endowment-Foundation-Trust، دراسة مقارنة، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للأوقاف-الصيغ التنموية والرؤى المستقبلية-جامعة أم القرى مكة المكرمة، ص 5.

<sup>4</sup> - موريس بيشوب، تاريخ أوروبا في العصور الوسطى، ترجمة، على السيد على، المجلس الأعلى للثقافة، 2004. يقول الكاتب: (ان التعاقد الإقطاعي كان معتمداً كلية على الأراضي الزراعية ذلك ان

حق الحياة، وبالتالي كان على الحائز الراغب من تمكين زوجته وأولاده القصر من الانتفاع واستغلال ما يحوزه بعد موته، أن يعهد بهذه الأخيرة إلى شخص أهل ثقة ومؤهل قانوناً يسمى الأمين ينقل له ملكية أمواله ليسيروها لصالح عائلته وتسمى المستفيد<sup>1</sup> وفقاً لشروط عقد المنافع<sup>2</sup> ويخوله حقوق المالك القانوني على أمواله على أن يتعهد هذا الصديق، أن يجعل منافع هذه الأموال لورثة الحائز بعد وفاته.

### الفرع الثاني: الأنظمة القانونية المكونة لنظام الترس

القانون الإنجليزي يعرف ازدواجية في القضاء فهو يخضع لنظام الكومن ليو وهو ما يسمى بالقضاء العادي من جهة والقضاء الملكي من جهة أخرى ما سمح بتبلور قانون الترس.

#### أولاً - عقد المنافع مصدراً لنظام الترس

رغم كمال نظام المنافع واعتراف القضاء الإنجليزي به، فإن المنافع تم إلغائها بسبب استعمالها في التهرب الضريبي، حيث أنه في سنة 1536 تحت عرش "هنري الثامن" اعتمد مجلس اللوردات القانون الأساسي للمنافع، الذي ألغى المنافع وعزز الضريبة الإقطاعية، ومنح حق التملك للمستفيدين بموجب السند القانوني مع إقصاءه للمسير<sup>3</sup>، وبعدها كانت حقوق المستفيدين يحميها حق الإنصاف الذي تمنحه محكمة المستشار (EQUITY)، تحولت من حقوق إنصاف إلى حق التملك بناء على سند قانوني سمي بـ "تحسين المنافع". وعلى خلاف ذلك فإن حقوق الإنصاف التي لم تستفيد من القانون الأساسي للمنافع وبتعبير آخر "المنافع غير المحسنة"

الأرض الزراعية كانت في الأزمنة الماضية هي الأساس الوحيد للدخل أو راس المال، وفي ذلك يقول القانون الفرنسي: لا يوجد لورد بلا أرض، ولا توجد أرض بلا لوردات). ص 124.

<sup>1</sup> - محمد عبد الحليم عمر، نظام الوقف الإسلامي والنظم المشابهة له في العالم الغربي، Endowment-Fondation-Trust، دراسة مقارنة، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للأوقاف-الصيغ التنموية والرؤى المستقبلية-جامعة أم القرى مكة المكرمة، 2017، ص 8.

<sup>2</sup> - ربيعي محمد، عقد التسيير في القانون المقارن، جامعة مولود معمري تيزي وزو، رسالة دكتوراه، 2017، ص 62.

<sup>3</sup> - ربيعي محمد، عقد التسيير في القانون المقارن، جامعة مولود معمري تيزي وزو، رسالة دكتوراه، 2017، ص 67.

والتي ظلت خارج سيطرة القانون الأساسي للمنافع، هي التي أدت إلى تطور قواعد عقد المنافع إلى "عقد ترست".

لقد صنفت المنافع غير المحسنة في مفهوم القانون الأساسي على أنها هي الممهد لظهور المفهوم العصري لترست ذلك أن القانون الأساسي لا يخص إلا حقوق الملكية الواردة على الأرض أي الحقوق العقارية، ولم يكن مطبقا على حالات التصرف في الحقوق الشخصية التي كانت تكوّن أغلب الاستثمارات، ذلك أن امتلاك رؤوس الأموال يفيد بالضرورة توظيفها، وبالتالي تستدعي أفعال الإدارة أي التسيير، في حين أن القانون الأساسي يستدعي إقصاء المسير وبذلك ومع وجود المنافع غير المحسنة أي ترست، والتي هي خارج سيطرة القانون الأساسي بحيث تقوم محكمة الإنصاف بالسهر على وجودها وحمايتها.

## 2-قواعد العدل والإنصاف مصدرا لنظام الترست

"الترست" هو أول حصاد لقضاء العدالة أو محكمة الإنصاف، وهو القضاء الذي يتميز بأنه يخلق القانون لذلك نقول أنه يرجع ظهور الترست في إنجلترا إلى ازدواج القضاء الإنجليزي<sup>1</sup>، حيث كان يوجد نوعان من القضاء، هما القضاء العادي وتولته محاكم القانون العادي (COURS OF COMMONLOW)، والقضاء الملكي وتولته محاكم العدل الملكية (ROYAL COURS OF JUSTICE) التي كانت تحكم في المنازعات وفقا لقواعد العدل والإنصاف<sup>2</sup> (EQUITY)، والقانون العادي في إنجلترا هو ذلك القانون الذي استخلصه القضاء العادي تدريجيا من مجموع الأعراف المحلية وهو أسبق من قانون العدالة، الذي ظهر ليعالج قصور القانون العادي وصرامته بغرض تحقيق العدل للخصوم الذين لا يستطيعون الحصول على حقوقهم عن طريق القضاء العادي. وكان أول نص أصدره مجلس اللوردات هو القانون (trustee

<sup>1</sup> - حسن المصري، فكرة الترست وعقد الاستثمار في القيم المنقولة (دراسة مقارنة)، مصر، 1985، ص23.

<sup>2</sup> - ربيعي امحمد، عقد التسيير في القانون المقارن، جامعة مولود معمري تيزي وزو، رسالة دكتوراه، 2017 ص65.

(act) في سنة 1850 المتضمن تقنيات تحويل الملكية للمسير<sup>1</sup>، ما يؤكد اقتباس "عقد التسيير" المتضمن في القانون 01/89 من القانون المدني الجزائري، عن قانون الترتست. مع العلم أن الهدف الأول من وجود الترتست هو التسيير لحساب الغير. مع بداية القرن العشرين تغيرت النظرة الأمريكية لقانون الترتست الذي أصبح يساهم في تحقيق الرفاه الاجتماعي، وأصبحنا نجد فكرة الترتست في التطبيقات الاقتصادية الغربية المعاصرة تنقسم إلى ثلاثة أنواع هي: الترتست الاستثماري (الائتماني)، الترتست الخيري<sup>2</sup> (الأمانات الخيرية)، والترتست الاستثماري الخيري. وتأخذ تلك الاستثمارات أشكالاً مختلفة تبعاً للتشريعات التي تتبناها ونظم الإدارة<sup>3</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن الأمانات الخيرية أو الترتست الخيري هو ما يعرف بالوقف في الشريعة الإسلامية<sup>4</sup>، وقد وردت لفظة الترتست بتعريف مشابه مع مفهوم

<sup>1</sup> - ربيعي امحمد، عقد التسيير في القانون المقارن، جامعة مولود معمري تيزي وزو، رسالة دكتوراه، 2017، ص 71.

<sup>2</sup> - محمد عبيد عبد الله الكبيسي، احكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977، (ص29): "عن طريق الترتست أمكن القيام بالكثير من الاعمال ذات النفع العام التي تعتمد على تبرعات الأفراد والهيئات الخاصة، فبدلاً من ان يقوم راغب التبرع بالإشراف على تحقيق الغرض الخيري الذي يريده، وقد لا تتوافر لديه الخبرة اللازمة ولا الوقت اللازم لذلك، ليقوم ينقل ملكية الأموال المتبرع بها إلى الأمين أو مجلس للأمناء ليقوموا باستغلالها في تحقيق الغرض المقصود، ويسمى هذا النوع من النظام الانجلوامريكي بالترتست الخيري والأمانات الخيرية (charitable trust).

<sup>3</sup> - محمد عبيد عبد الله الكبيسي، احكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977، ص 10، 11.

<sup>4</sup> - إسماعيل مومني، تطوير البناء المؤسساتي للقطاع الوقفي في الاقتصاد الوطني-دراسة حالة الوقف في الجزائر-رسالة دكتوراه، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، 2014/2015، ص 197: (تكشف لنا المصادر التاريخية انه أثناء احتكاك وتواصل الحضارة الإسلامية بالغرب الأوروبي بفعل الحروب الصليبية جرى نقل نظام الوقف الإسلامي إلى الغرب الأوروبي وبالتحديد إلى بريطانيا حيث ظهر أول وقف قريب للمفهوم الإسلامي بهذا النظام عام 1224 على يد "والتر دي ميلتون" الذي كان مستشاراً لملك إنجلترا هنري الثالث. والمتأمل لنص أو صك الوثيقة الوقفية يجد انه سار على نفس صيغة الوقف الإسلامي مع بعض العبارات المغايرة خاصة الديباجة وكذا تحديد

الوقف كل التشابه في عدد كبير من القوانين والمراسيم التنفيذية الأمريكية وتعني أن: الوقف هو التزام ناشئ عن الثقة الشخصية الموضوعة في طرف والمقبولة من هذا الأخير تطوعا في مصلحة طرف ثان.

**المطلب الثاني: نظام فيدوسيا الروماني (fiducia) مصدرا لعقد التسيير**  
يجد الباحث نظام فيدوسيا في أي زمن وفي أي بلد، سواء في مصر الفرعانة، في اليونان القديمة في الشريعة الإسلامية في اليابان 500 سنة قبل الميلاد، أو في روما ورغم مكافئتها الوظيفية لنظام الترسن إلا أنها قديمة جدا وسابقة عن الترسن في الظهور<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: تحديد مفهوم نظام فيدوسيا وتاريخ نشأته

أصل فيدوسيا يعود إلى الإمبراطورية الرومانية مئة سنة قبل الميلاد، إلا أن هذا النظام لم يتطور واختفى لعدة عصور وذلك لما تشكله الملكية من أهمية والأخطار التي تحوم حولها. إلى غاية سنة 2007 أين تم إعادة بعثه من جديد من طرف المشرع الفرنسي.

### أولا - مفهوم نظام فيدوسيا

تعتبر فيدوسيا أقدم العقود العينية لدى الإمبراطورية الرومانية، والتي كان الغرض منها سد النقص سواء في مجال الالتزامات أو الضمان، وعقد فيدوسيا هو تصرف ائتماني يقوم بمقتضاه شخص يدعى المتصرف بنقل ملكية وحيازة مال معين لشخص آخر يدعى المتصرف إليه مقابل قرض أو ضمان ليقوم بتسييره وحراسته بنفسه أو بمساعدة شخص ثالث دون التصرف فيه على أن يتعهد بإرجاعه خلال مدة يحددها العقد أو بعدما يكون قد استوفى حقه المستحق الأداء. وتعني كلمة

المستفيد من الوقفية. ثم مع هبوط الإقطاعية وظهور الدولة الحديثة والنظام الرأسمالي أصححت قوانين الأوقاف.

<sup>1</sup> - Claude Witz. "Rapport introductif- les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe" in "La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens" colloque organisé le 29 janvier 1990, Bulletin Joly, 1991 n°4bis, p.9

فيدوسيا لغة<sup>1</sup>: ائتمان، ثقة، أمانة، ودیعة<sup>2</sup>، تصرف ائتماني، مبدأ الوقف العام. حيث نجد أن القانون الروماني قد عرف نوعين من التصرف الائتماني:

1- التصرف الائتماني على سبيل الضمان<sup>3</sup> (fiducia cum creditor)، وهدفه الحصول على قرض أو ضمان وهو بهذا المعنى يلعب دورا هاما باعتباره أول نوع من التأمينات العينية<sup>4</sup> التي ظهرت في القانون الروماني، وذلك لأن الفكر القانوني والصياغة القانونية لم تكن قد ارتقت بعد إلى حد الفصل بين الملكية والحيازة<sup>5</sup>. فقد كان حق الملكية يختلط بالشيء الوارد عليه، وبالتالي كان النظر إلى الملكية على اعتبار أنها السيطرة المادية على الشيء أكثر من كونها حق ما جعل من المتعذر فصل الملكية عن الحيازة، وأصبح من المحتم أن تنتقل إليه السيطرة المادية على الشيء ليكون مالكا له، وبذلك نقول إن قانون فيدوسيا أنشأ نوعا جديدا من العقود ولم ينشأ حقا عينياً جديدا.

2- التصرف الائتماني على سبيل الأمانة (fiducia cum amico)، والذي يتم عن طريق نقل شخص ملكية شيء لشخص آخر لا في سبيل ضمان دين بل على سبيل الأمانة كذهاب المتصرف في سفر أو حرب أو ما شابه ذلك على أن تعاد له الملكية عند عودته، ذلك أنه منحها للمتصرف إليه فقط خوفا عليها من الضياع لإمكانية طول مدة غيابه. وتتميز فيدوسيا بنقل حق الملكية الذي لا يحتمل أية تجزئة على عكس نظام الترس التي يعرف تجزئة الملكية إلى ملكية قانونية وملكیة الإنصاف.

<sup>1</sup> - ربيعي امحمد، عقد التسيير في القانون المقارن، جامعة مولود معمري تيزي وزو، رسالة دكتوراه، 2017، ص 26.

<sup>2</sup> - بن الشريف سليمان، الضمانات القانونية للالتزام بين الكفاية والوقاية، مجلة الحقيقة، جامعة ادرار، 2013، ص 22.

<sup>3</sup> - هشام بن الشيخ، الاحتفاظ بالملكية ودوره التأميني، عقد الاعتماد الإجاري كنموذج، (دفاتر السياسة والقانون، العدد 16، جانفي 2017)، ص 224.

<sup>4</sup> - بن الشريف سليمان، الضمانات القانونية للالتزام بين الكفاية والوقاية، مجلة الحقيقة، جامعة ادرار، 2013، ص 18.

<sup>5</sup> - بن عمارة محمد، الملكية كأداة ضمان في المجال العلاقات التعاقدية، رسالة ماجستير، جامعة وهران قسم القانون الخاص، 2006، ص 131.

## ثانيا - تاريخ نشأة نظام فيدوسيا

ترجع نشأة "فيدوسيا"، أو ما يعرف بالتصرف الائتماني إلى القانون الروماني أين لم يكن هذا القانون في مراحل تطوره الأولى يفرق بين الشيء والحق الذي يرد عليه من ناحية، وعدم التفرقة بين الملكية وغيرها من الحقوق العينية الأصلية من ناحية أخرى<sup>1</sup>. الاسم الفرنسي فيدوسيا مشتق من أصله الروماني. ظهور الصفة الائتمانية تم في سنة 1517 وكذلك الاسم وصفة المؤتمن سنة 1596، حيث يمثل المؤتمن أو الموصي له المكلف بتسيير وإعادة أموال فيدوسيا.

استخدمت فيدوسيا في العهد الروماني كوسيلة لتعويض أوجه القصور في التقنيات التعاقدية في وقت لم يكن فيه عقد الوديعة موجودا، نظام الملكية الضامنة للحقوق الشخصية المعروف في القانون الروماني fiducia هو نظام يفترض قيام المدين ابتداء بنقل ملكية أحد العناصر الإيجابية لذمته المالية إلى الدائن لأغراض ضمانيه بحتة وهو يشمل ضمان كافة الحقوق الشخصية بصرف النظر عن طبيعتها أو مصدرها<sup>2</sup>. لكن مع ظهور عقد الوديعة وعقد الرهن وتطورهما تم التعامل بهذه الاتفاقيات بشكل أكثر ملائمة دون نقل الملكية، ولم تتجسد في القانون المدني القديم لأنها كانت لا تفيد في شيء لأن الرهن الرسمي والحيازي كانا يشكلان في ذلك الوقت سنة 1804 تأمينات فعالة وكافية للدائنين والمدنيين<sup>3</sup>. ثم سقطت فيدوسيا أو الأمانة الرومانية طي النسيان لعدم إمكانية تنفيذها في الدول ذات القانون المدني المقدسة لحق الملكية وربطها بفكرة الحيازة المادية.

من أهم الدراسات التي تناولت نظام فيدوسيا ودعت إلى تبنيه من طرف المشرع الفرنسي، نجد كتاب الأستاذ "Claude Witz"<sup>4</sup> الذي نشر في سنة 1981 بعنوان "la

<sup>1</sup> - بن عمارة محمد، الملكية كأداة ضمان في المجال العلاقات التعاقدية، رسالة ماجستير، جامعة وهران قسم القانون الخاص، 2006، ص 127.

<sup>2</sup> - هشام بن الشيخ، الاحتفاظ بالملكية ودوره التأميني، عقد الاعتماد الإيجاري كنموذج، (دفاتر السياسة والقانون، العدد 16، جانفي 2017)، ص 224.

<sup>3</sup> - بن الشريف سليمان، الضمانات القانونية للالتزام بين الكفاية والوقاية، مجلة الحقيقة، جامعة ادرار، 2013، ص 18.

<sup>4</sup> - Claude Witz, La fiducie en droit privé français. In: Revue internationale de droit comparé. Vol.35N°2. Avril-juin 1983. pp.446-447.

"fiducie en droit privé français" الذي قال فيه: لا يجب أن تبقى فيدوسيا عبارة عن معلومة تاريخية ارتبطت بالقانون الروماني القديم بل دعا إلى تقنينها كنظام قانوني حديث، وتوسيع مجالات تطبيقها مع الاحتفاظ بإطارها القانوني المرتبط بالقانون الروماني. كما وضح أن قانون فيدوسيا له ذاتية مستقلة عن باقي الأنظمة القانونية وأنه لا يمس بالنظام العام، وليست له علاقة بالاتفاقيات القانونية غير المشروعة " pact commissoire ou la clause de voie parée", وأنه لا ينشئ ازدواجية في الملكية<sup>1</sup>، مع تقديمه تعريفا أوليا لعقد فيدوسيا<sup>2</sup>.

الى ان تم إعادة بعثها في القانون الفرنسي سنة 2007. وهذا الظهور لا يعني أنها لم تكن موجودة بل على العكس رغم اعتراف الجميع انه لم تكن توجد أي علاقة قانونية مسماة "فيدوسيا"، لكن كانت تبرم علاقات ثقة ائتمانية غير مسماة رغم انها لم تستفد من الاسم لكنها استفادت من نظامها القانوني وكل خصائصها<sup>3</sup>.

#### الفرع الثاني: أسباب تبني المشرع الفرنسي لنظام فيدوسيا

عقد فيدوسيا من العقود المسماة في القانون المدني الفرنسي، حيث أدرج المشرع الفرنسي "عقد فيدوسيا" بالعربية "عقد الائتمان" ضمن القانون المدني الفرنسي بموجب القانون 2007-211 المؤرخ 19 فيفري 2007<sup>4</sup>. وعرفت عدة تعديلات منذ ذلك الحين.

#### أولا - المنافسة الحادة من نظام "الترست" الانجلوامريكي

على أساس ان الترست الانجلوامريكي كان أكثر ملائمة في تلبية احتياجاتهم، شهدت فرنسا نقل الشركات الفرنسية عملياتهم الائتمانية خارج فرنسا. الى جانب

<sup>1</sup> - Claude Witz. " La fiducie en droit privé français". In : Revue internationale de droit comparé. Vol.35N°2. Avril-juin 1983. p447.

<sup>2</sup>-Claude Witz, " La fiducie en droit privé français", In: Revue internationale de droit comparé. Vol.35N°2. Avril-juin 1983 p15: " la fiducie est l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, rendue titulaire d'un droit patrimonial, voit l'exercice de son droit limité par une série d'obligation, parmi lesquelles figure généralement celle de transférer le droit au bout d'une certaine période soit au fiduciant, soit à un tiers bénéficiaire".

<sup>3</sup>. François Barrière. La fiducie française ou le réveil chaotique d'une "belle au bois dormant", The Civil Law Trust, volume 58, Number 4, June 2013. P 849.

<sup>4</sup> -la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie. Code civil français - Dernière modification le 01 janvier 2020 - Document généré le 06 janvier 2020.

ارتفاع معدل استعمال نظام الترتست من طرف الدول الأوروبية او الدول ذات القانون المدني، من بينها دول أمريكا الجنوبية، روسيا، لبنان، لكسمبورغ، رومانيا، جمهورية التشيك. هذا ما عرض الدولة الفرنسية لمنافسة إضافية.

مرونة آلية الترتست وتعدد استخداماتها جعلها أداة منتشرة في كل مكان، والفقهاء الدارسون لهذه الآلية يعترفون بأنها "جوهره تراثية حقيقية" لما تشتهر به من تطبيقات تجارية فهي تسمح بـ إدارة وضمان ونقل الممتلكات أو الاعمال. هذا المستوى من المنافسة جعل القانونيون الفرنسيين يطالبون بإعادة بعث نظام فيدوسيا وإدراجها في القانون المدني الفرنسي، وهذا ليس فقط من اجل المنافسة ولكن للسماح بإدارة أفضل لأموال أكثر الناس ضعفاً<sup>1</sup>.

### ثانيا - مواجهة الاتفاقات القانونية غير المشروعة وحماية قانون الملكية

قبل سنة 2007 لم يعرف القانون الفرنسي نظام الترتست الانجلوأمريكي ولا ما يعادله من القوانين، واجتناب المشرع الفرنسي تبني هذا النظام يرجع إلى التغيير الذي يحدثه نظام الترتست في مفهوم الملكية، وتخوف الفقهاء من عدم توافق عقد فيدوسيا مع مبدأ وحدة الملكية والميراث وعدم قابليتهما للتجزئة أو للتعدد بالنسبة للشخص القانوني<sup>2</sup> وعليه تجدر الإشارة إلى أن تطبيق المشرع الفرنسي نظام فيدوسيا لا يعني تبني ازدواجية الملكية، ولكنه يستعمل حق التخصيص لحماية الملك المسير<sup>3</sup>، وأن انتقال الملكية إلى المسير في عقد فيدوسيا لا يتعارض مع المبادئ العامة للقانون المدني فيما يتعلق بحقوق الملكية وسلطات المالك<sup>4</sup>، حيث أن المسير

<sup>1</sup>. Bouteille Magali. La fiducie UN potentiel inexploité, revue juridique de l'ouest, Fait partie d'un numéro thématique : Pérennisation des entreprise patrimoniales : l'apport de la fiducie. N-S Année 2011, pp 189-197.

<sup>2</sup>. Bénédicte François. Maître de conférences à l'université François Rabelais (Tours). Septembre 2011. Fiducie, Répertoire des Sociétés, Généralité, pp.1-16.

<sup>3</sup>-Thierry Garnier, Contribution faisant partie des actes du colloque : « L'avenir de la fiducie : de la théorie à la pratique » (Cercle national des Armées - 13 octobre 2009), publié dans la : Revue trimestrielle de droit financier (RTDF), n°4-2010. p3.

<sup>4</sup>-Blandine Mallet-Bricout. LE FIDUCIAIRE, VÉRITABLE PIVOT OU SIMPLE ROUAGE DE L'OPÉRATION DE FIDUCIE ? (McGill Law Journal ~ Revue de droit de McGill) 2013. p 905 : la propriété fiduciaire semble en effet singulièrement s'éloigner des caractéristiques traditionnelles du droit de propriété (perpétuité, exclusivité). Et la tentative avortée, en 2009, d'un dédoublement de la propriété fiduciaire à l'image de la distinction anglo-

يحتفظ بالمال المسير في معزل عن ذمته المالية، ويخضع في تصرفاته المادية والقانونية إلى الالتزامات التي يحددها عقد فيدوسيا، والتي هي في الأصل ناشئة عن إرادة المالك المنشئ لعقد فيدوسيا. وقد حاول المشرع الفرنسي في سنة 2009 خلق ازدواجية في الملكية في نظام فيدوسيا تأسيسا بنظام الترسر الانجلوامريكي النابع عن الكومن لوو (Common law) الذي يقبل فكرة ازدواجية الملكية، الشيء الذي يتعارض مع القانون المدني القائم على مبدأ وحدة الملكية ما أدى إلى إجهاض هذه المحاولة<sup>1</sup>.

نتيجة الاستخدامات التي يمكن أن يكون عقد فيدوسيا وسيلة للتحويل فيها على القانون فقد تعمد المشرع الفرنسي تجاهل هذه الآلية القانونية لفترات طويلة، ذلك ما أدى إلى تلاشي العديد من مشاريع القوانين المقدمة أو المقترحة في سنوات 1989 و1992 و1995. كان الخوف بالدرجة الأولى من وزير العدل ووزير المالية من رؤية صيغة قانونية تسهل عملية نقل الأصول بطرق غير مشروعة أو استعمالها من أجل التهرب الضريبي، لذلك نجد أنه يشترط انتماء أطراف عقد فيدوسيا إلى دولة تنتمي إلى المجتمع الأوروبي أو في دولة أو إقليم أبرم معاهدة ضريبية مع الدولة الفرنسية من أجل إلغاء الازدواج الضريبي الذي يحتوي على المساعدة الإدارية من أجل مكافحة التهرب الضريبي أو الاحتيال الضريبي<sup>2</sup>.

---

américaine entre légal ownership et bénéficiaire interests, n'a pas permis le rapprochement espéré par les praticiens entre la fiducie française et le trust, laissant le fiduciaire au rang d'un propriétaire diminué.

<sup>1</sup> - Pierre –François Cuif. Le Contrat de Gestion, Ed. Economica, Paris. 2004 .p 27.

<sup>2</sup> -Bénédicte François. Maître de conférences à l'Université François Rabelais. Répertoire des sociétés (Tours) septembre 2011. Dalloz -2020. p96.p113. (le fiduciaire et Le constituant doit être résident d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale afin d'éliminer les doubles impositions qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale (L. no 2007-211 du 19 févr. 2007, art. 13.).

في نهاية هذه الدراسة توصلنا الى النتائج التالية:

\_ فكرة التسيير لمصلحة الغير مسألة محورية يقوم عليها عقد التسيير وهي مستوحاة من فكرة الترسـت الانجلوامريكي، ومن عقد فيدوسيا الروماني، والذي يتوافق مع فكرة الوقف الإسلامي أين يتم التنازل عن الأموال لشخص موثوق فيه ليـشرف على تسييرها وإدارتها وتنميتها لمصلحة الغير.

\_ نجد ان المشرع الفرنسي تردد طويلا قبل إدراج عقد فيدوسيا ضمن القانون المدني لما يحمل من تعارض مع فكرة وحدة الملكية، وعدم قابليتها للتجزئة، وأن أكبر حافز أدى الى تبني عقد فيدوسيا في القانون الفرنسي هي وجود المنافسة الحادة من عقد الترسـت.

\_ إدراج المشرع الجزائري لعقد التسيير فرضته الظروف الاقتصادية الحرجة التي كانت تعيشها الجزائر، حيث كان من الضروري الاستعانة بأشخاص القانون الخاص، الأكثر خبرة واحترافية في مجال الخدمات لتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية وإخراجها من أزمة البيروقراطية التي كانت تعاني منها.

\_ عدم اهتمام المشرع بمسألة انتقال الملكية الى المسير، ذلك انه لا يتم انتقال الملكية بصفة مادية او قانونية وانما يتم تسليم الملك الى المسير، ليتمكن من مباشرة مهامه تحت رقابة المؤسسة العمومية الاقتصادية ومتابعتها لعملية التسيير.

\_ عقد التسيير ذو طبيعة دولية، المسير يكون طرف أجنبي يلتزم بنقل المعرفة الفنية التي يمتلكها الى المؤسسة العمومية الاقتصادية، مع جعل هذه الأخيرة تستفيد من شهرته العالمية وخبرته في المجال المتخصص فيه.

\_ بالرجوع الى القانون المدني نجد ان المشرع الجزائري قد حصر الطرف المتعاقد في المؤسسة العمومية الاقتصادية. ما يدعو الى ضرورة إعادة النظر في نص القانون 89-01. ليسمح لأشخاص القانون الأخرى ان تكون طرفا في عقد التسيير.

## قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

أ- القوانين:

1- القانون 01-88 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية-الجريدة الرسمية عدد 2 مؤرخة في 13 يناير 1988.

2- القانون رقم 01-89 المؤرخ في 07/02/1989 المتضمن عقد التسيير، المتمم للأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 06 صادر في 08-02-1989.

3- الامر 04-01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها. المؤرخ في 20/08/2001، ج ر، العدد 47، الصادرة في 23 اوت 2001.

4- la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie. Code civil français  
Dernière modification le 01 janvier 2020 - Document généré le 06 janvier 2020.

ثانيا / قائمة المراجع:

أ- الكتب:

1- حسن المصري، فكرة الترسر وعقد الاستثمار في القيم المنقولة (دراسة مقارنة)، مصر، 1985.

2- محمد عبد الله شاهين محمد، أسواق المال بين الأرباح والخسائر-العوائد والمخاطر-، سنة 2018.

3- محمد عبيد عبد الله الكبيسي، احكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977.

4- منذر قحف، الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته، دار الفكر العربي، دمشق، الطبعة الأولى، سنة 2000.

5- مورييس بيشوب، تاريخ أوروبا في العصور الوسطى، ترجمة، على السيد على، المجلس الأعلى للثقافة، 2004.

6- كمال آيت منصور، عقد التسيير، دار بلقيس، الدار البيضاء الجزائر. بدون طبعة. بدون سنة نشر.

7- Pierre François Cuif. Le Contrat de Gestion, Ed. Economica, Paris. 2004.

8- Bénédicte François. Maître de conférences à l'Université François Rabelais. Répertoire des sociétés (Tours) septembre 2011. Dalloz -2020.

#### ب-الرسائل الجامعية:

1- محمد الأمين بن قايد علي، الخصوصية في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر-كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون.-،2001/2000.

2- بن عمارة محمد، الملكية كأداة ضمان في المجال العلاقات التعاقدية. رسالة ماجستير، جامعة وهران قسم القانون الخاص، 2006.

3- محمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، (دراسة حالة اوراسكوم الجزائر)، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2010/2009.

4- سعدي مصطفى، مكانة عقد التسيير في تنظيم قطاع الخدمات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق وهران، 2013/2012.

5- بن الشريف سليمان، الضمانات القانونية للالتزام بين الكفاية والوقاية، مجلة الحقيقة، جامعة ادرا، 2013.

6- سليمة الشيكور، عقد التسيير المفوض لمرفق المياه، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2014-2013.

7- إسماعيل مومني، تطوير البناء المؤسسي للقطاع الوقفي في الاقتصاد الوطني-دراسة حالة الوقف في الجزائر-رسالة دكتوراه، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، 2015/2014.

8- بودانة نجاة، التزامات أطراف عقد التسيير في القانون الجزائري، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، 2016.

9- ربجي امحمد، عقد التسيير في القانون المقارن، جامعة مولود معمري تيزي وزو، رسالة دكتوراه، 2017.

10- سعودي زهير، النظام القانوني لتسيير ورقابة المؤسسات العمومية الاقتصادية على ضوء الأمر 04-01، شهادة ماجستير، جامعة الجزائر-كلية الحقوق-بن عكنون، بدون سنة.

11- هاشمي أعمر، سيادة الدول النامية في عقود الاستثمار، مذكرة دكتوراه، جامعة مولود معمري-كلية الحقوق والعلوم السياسية-، تيزي وزو. بدون سنة.

#### ج-المقالات في المجلات:

1- الداوي الشيخ، الاصلاحات الاقتصادية في الجزائر وإشكالية البحث عن كفاءة المؤسسات العامة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الثاني، 2009.

2- هشام بن الشيخ، الاحتفاظ بالملكية ودوره التأميني، عقد الاعتماد الإيجاري كنموذج، دفاتر السياسة والقانون، العدد 16، جانفي 2017.

- 3- François Barrière. La fiducie française ou le réveil chaotique d'une "belle au bois dormant", The Civil Law Trust, volume 58, Number 4, June 2013.
- 4- KAHLOULA. (M), A propos du contrat de management entreprise de gestion touristique de Tlemcen (E.G.T.T)-FLAMINGO INTERCONTINENTAL, in R.S.J.A de la faculté de droit de Tlemcen N°04-006.
- 5- Claude Witz. " La fiducie en droit privé français". In : Revue internationale de droit comparé. Vol.35N°2.Avril-juin 1983.
- 6- Bouteille Magali. La fiducie UN potentiel inexploité, revue juridique de l'ouest, Fait partie d'un numéro Thématique : Pérennisation des entreprises patrimoniales : l'apport de la fiducie. N-S Année 2011.

- 7- Blandine Mallet-Bricout. LE FIDUCIAIRE, VÉRITABLE PIVOT OU SIMPLE ROUAGE DE L'OPÉRATION DE FIDUCIE ? (McGill Law Journal ~ Revue de droit de McGill) 2013.

#### د- المداخلات في الملتقيات والندوات:

- 1- محمد عبد الحليم عمر، نظام الوقف الإسلامي والنظم المشابهة له في العالم الغربي، Endowment-Fondation-Trust، دراسة مقارنة، بحث مقدم الى المؤتمر الثاني للأوقاف-الصيغ التنموية والرؤى المستقبلية-جامعة أم القرى مكة المكرمة، 2017.

- 2- Thierry Garnier, Contribution faisant partie des actes du colloque : « L'avenir de la fiducie : de la théorie à la pratique » (Cercle national des Armées - 13 octobre 2009), publié dans la : Revue trimestrielle de droit financier (RTDF), n°4-2010.