



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي

كلية الحقوق و العلوم السياسية



ندوة دولية حول:

العقار و آفاق الإستثمار

بالاشتراك مع فرق البحث:

إعادة التمويل الرهني في التشريع الجزائري

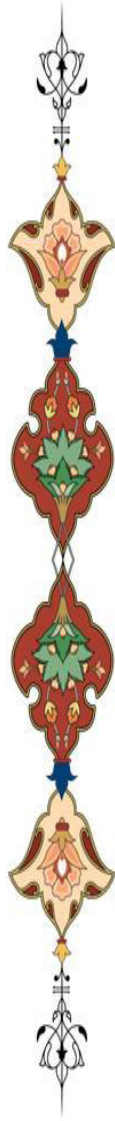
تقييم السياسة العقارية الاستثمارية في الجزائر و آفاقها

العقود و الطرق غير التقليدية للتمويل في ظل السياسات الاقتصادية بالجزائر

يوم الخميس 19 ديسمبر 2019

قاعة المناقشات بالكلية





دار الضحى للنشر والإشهار

الجلقة - الجزائر

Dareldouha2014@gmail.com

027.92.27.38 / 05.50.87.37.71

الطبعة الأولى

2020

الإيداع القانوني: أكتوبر

ردمك: 978-9931-745-79-2

حقوق التأليف محفوظة للمؤلف

تصميم وتنسيق حمدي مصطفى الأزهر

hamdilazhar3@gmail.com



اللجنة العلمية للندوة الدولية

عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية

الرئيس الشرفي للندوة: أ.د. المكي دراجي

مدير الندوة: د. نجاة بوساحة

نائب مدير الندوة: د. عمار زعبي

رئيس اللجنة العلمية للندوة: د. بشير محمودي

أعضاء اللجنة العلمية:

- الأساتذة: د. عمار زعبي - د. نجاة بوساحة - د. كمال فتحي دريس - أ. سارة شيبات -

اللجنة التنظيمية للندوة الدولية

رئيس اللجنة التنظيمية: أ. سارة شيبات

طلبة الدكتوراه: -أسامة قيطوبي-مكي حفيظ - فضيلة شعبان.

لجنة التوصيات

رئيس لجنة التوصيات: الدكتور/ عيسى زرقاط

أعضاء لجنة التوصيات

الأعضاء: د. فوزية طاهر (تونس) - د. هدى الطاهري (تونس) - د. نجاة بوساحة (الوادي) - د. فهيمة قسوري (باتنة 1) - د. بشير محمودي (الوادي) - د. دريس كمال فتحي (الوادي).

أهمية الندوة الدولية

الاستثمار والعقار عنصرين متلازمين، لأنه لا يمكن نجاح الأول دون توفر الثاني، وعلى هذا الأساس اهتمت جل التشريعات ومن بينها الجزائر العمل على تطوير وترقية الإستثمار عن طريق تنظيم وتوفير المواقع العقارية لإستقبال النشاطات الاستثمارية أيا كانت طبيعتها فلاحية، صناعية أو سياحية، ومن أجل تلبية الحاجيات العقارية لكل المستثمرين الوطنيين أو الأجانب قصد تجسيد مشاريعهم تبنى المشرع ترسانة قانونية لتنظيم هذا القطاع الحساس كانت بهدف تذليل الصعوبات التي كان يتكبدتها المستثمر في سبيل الحصول على وعاء عقاري، وبالموازاة ولضمان الاستغلال الأمثل لهذه الثروة العقارية عمد المشرع على إنشاء مؤسسات متخصصة تسهر على تسيير هذا القطاع، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى لا يمكن الخوض في موضوع الاستثمار دون التطرق لأساليب تمويل المشاريع الاستثمارية، والتي تتنوع بين طرق تقليدية و أخرى غير تقليدية حديثة، وهذه الأخيرة التي عمد المشرع الجزائري على تبنيها نظرا لنجاحاتها والتي أدرجها المشرع الجزائري في القانون التجاري وفي القوانين الخاصة كما هو الشأن بعقد الاعتماد الإيجاري وكذا صيغ التمويل غير التقليدية (الصيغ الإسلامية). فهذه العقود من شأنها دفع وتيرة المستثمر من أجل توفير أموال للقيام بنشاطاته الاقتصادية وتحقيق نجاعة أكثر وذلك بالابتعاد عن التمويل الكلاسيكي المتمثل في القرض البنكي وما تكلفه هذه الوسيلة التقليدية من أعباء. وهذا ما يدفعنا لتبيان أهمية إعادة التمويل الرهنوي والتي تمثل وسيلة مناسبة تسهم في تيسير الإقراض أمام المستثمرين، ومن ثم معالجة المشاكل الاقتصادية المتعلقة بمسألة التمويل والتي تعتبر الدعامة الأساسية لأي مشروع استثماري .

وعليه تكمن أهمية ندوتنا الدولية في تبيان العلاقة الوطيدة بين الوعاء العقاري الذي سيجسد عليه المشروع الاستثماري وسبل الحديثة لتمويله خاصة عملية التوريق التي تتمثل في إعادة تمويل الرهون العقارية.

إذن حيث تتمحور هذه الدراسة حول الإجابة على الإشكالية التالية: إلى أي مدى أسهمت التشريعات العقارية في دفع عجلة الاستثمار، وما السبل الحديثة لتمويله؟

مجاور الندوة الدولية

المحور الأول:

الإطار القانوني لتنظيم وتسيير العقار الموجه للاستثمار.

المحور الثاني:

النظام القانوني للعقود والطرق غير التقليدية للتمويل.

المحور الثالث:

النظام القانوني لعمليات إعادة التمويل الرهني.

برنامج الجلسة

الجلسة: 09:00 - 11:00

رئيس الجلسة: د. / نجاة بوساحة (الوادي)

المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
د. عيسى زرقاط	جامعة ورقلة	التطور التشريعي في الحصول على العقار في مجال الاستثمار
د. فوزية طاهر	المعهد العالي للدراسات القانونية بقابس (تونس)	عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية: "عقد البوت"
د. هدى الطاهري	المعهد العالي للدراسات القانونية بقابس (تونس)	عقد الايجار المالي العقاري في القانون التونسي
د. فوزي محيريق د. عقبة عبد اللاوي	جامعة الوادي	صينغ التمويل والمشاركات في المصارف الإسلامية
د. دريس كمال فتحي	جامعة الوادي	تكوين واستغلال الحافطة العقارية الموجهة للاستثمار في القطاع السياحي
د. فهمية قسوري	جامعة باتنة 1	آليات تسيير الحافطة العقارية للحظائر التكنولوجية في التشريع الجزائري

مناقشات عامة



برنامج الورشة

الورشة: 11:15 - 12:30

رئيس الورشة: د. / عادل عميرات (الوادي)

مقرر الورشة: د. سامية لموشي

المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
د. آمنة سلطاني	جامعة الوادي	دور العقود العقارية للجماعات المحلية في تحقيق الاستثمار
د. بوساحة نجاة ♦ د. لموشية سامية	جامعة الوادي	الإجراءات منح الأراضي الفلاحية المتوفرة التابعة لأمالك الدولة الخاصة
د. سلخ محمد الأمين د. غريسي جمال	جامعة الوادي	تحقيق التنمية الفلاحية المحلية باستصلاح أراضي الدولة عن طريق الامتياز
ط.د. خليل زغدي ط.د. أحمد بودوح	جامعة الوادي جامعة الجزائر 3	الاستثمار في القطاع السياحي المحلي كسبيل لدعم الاقتصاد الوطني - تجربة ولاية الوادي -
د. عثمان حوينق ط.د. خليفة الذهبي	جامعة الوادي جامعة مسيلة	العقار السياحي في ظل القانون 16 - 09 المتعلق بترقية الاستثمار
د. رزيقة قريشي	جامعة الوادي	عقد الامتياز كآلية لاستغلال العقار الصناعي الموجه للاستثمار في الجزائر
د. محمودي بشير ♦ د. سكفالي ريم	جامعة الوادي	عقد الاعتماد الابحاري بديل تمويلي للمؤسسات الاقتصادية
ط.د. براهيم سليم	جامعة الوادي	زيادة رأس مال الشركة عن طريق البورصة: أداة حديثة للتمويل
ط.د. نقطي عبد العزيز	جامعة الوادي	دور توريق القروض الرهنية في تمويل البنوك في الجزائر
ط.د. حاقا العروسي	جامعة الوادي	عقد تحويل الفاتورة كأحد مصادر التمويل الحديثة للمؤسسة الاقتصادية
د. محددة جلول ط.د. ورخ نور الدين	جامعة الوادي جامعة سوق أهراس	النظام القانوني لحق الامتياز كآلية وحيدة لاستغلال العقار الصناعي
د. جروني فائزة ♦ د. بطينة مليكة	جامعة الوادي	دور الهيئات المحلية في ترقية الاستثمار في الجزائر
د. زعبي عمار ♦ ط.د. بشير دهانة	جامعة الوادي	العقار الفلاحي و دوره في إنعاش الاستثمار المحلي
د. حمليل نواره أ. سارة شيبات	جامعة تيزي وزو جامعة الوادي	التنظيم القانوني للعقار الصناعي تحفيز أم تقييد للمستثمر
د. ديدي إبراهيم	جامعة الوادي	التمويل الخارجي لمؤسسة التمويل الدولية
ط.د. احمودة خولة	جامعة الوادي	مراحل تدخل شركة رأس المال الاستثماري في التمويل
ط.د. أمال عنان ط.د. العيد صحراوي	جامعة الوادي	منازعات العقار الصناعي الموجه للاستثمار: دراسة في الجزائر
د. عادل عميرات	جامعة الوادي	عقد الفرانشيز كآلية للتمويل
ط.د. حلواجي عبد الرؤوف	جامعة الوادي	دور شركات إعادة التمويل الرهني في تفعيل الاستثمار العقاري
ط.د. الوافي عبد الرزاق ط.د. حضري حسان	جامعة الوادي	أسس تنظيم العقار الموجه للاستثمار في التشريع الجزائري
د. كريمة بركات ط.د. خمقاني كريمة	جامعة البويرة جامعة الوادي	التنظيم القانوني للمؤسسات المكلفة بتسيير العقار الصناعي الموجه للاستثمار

مناقشات عامة

❖❖❖❖ (الجلسة الختامية 12:30) ❖❖❖❖

(تلاوة التوصيات)

قائمة المحتويات



الصفحة	المتدخل	عنوان المداخلة
1	د. فوزية طاهر	عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية: رهان للتمويل.
20	د. هاجر فطناسي د. هدى الطاهري	عقد الإيجار المالي في القانون الوضعي التونسي
46	د. فوزي محيريق د. عقبة عبد اللاوي	صيغ التمويل والمشاركات في المصارف الإسلامية مع الإشارة لصيغ تمويل العقارات
63	د. كمال فتحي دريس	تكوين وإستغلال الحافظة العقارية الموجهة للإستثمار في القطاع السياحي
76	د. قسوري فهيمة	آليات تسيير الحافظة العقارية للحظائر التكنولوجية في التشريع الجزائري
88	د. آمنة سلطاني	دور العقود العقارية للجماعات المحلية في تحقيق الإستثمار
95	د. نجاة بوساحة د. سامية لموشية	إجراءات منح الأراضي الفلاحية المتوفرة التابعة لأملاك للدولة الخاصة
102	د. سلخ محمد لمين د. غريسي جمال	تحقيق التنمية الفلاحية المحلية باستصلاح أراضي الدولة عن طريق الامتياز
116	د. حويدق عثمان ط.د. خليفة الذهبي	العقار السياحي في ظل القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار.
128	د. محمودي بشير د. سكفالي ريم	عقد الاعتماد الإيجاري بديل تمويلي للمؤسسات الاقتصادية
137	د. محده جلول ط.د. ورخ نورالدين	النظام القانوني لحق الامتياز كآلية وحيدة لاستغلال العقار الصناعي
153	د. عمار زعبي ط.د. بشير دهانة	العقار الفلاحي ودوره في انعاش الاستثمار المحلي
162	ط.د. العيد صحراوي ط.د. عنان امال	القضاء واشكالية في منازعات استثمار العقار الصناعي
169	د. عادل عميرات	عقد الفرنشيز كآلية للتمويل
184	ط.د. الوافي عبد الرزاق ط.د. حضري حسان	أسس تنظيم العقار الصناعي الموجه للاستثمار في التشريع الجزائري.

عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية : رهان للتمويل



د. فوزية طاهر، المعهد العالي للدراسات القانونية بقابس، (تونس)

مقدمة:

لا تزال الشعوب تنادي بالتنمية والتشغيل والكرامة¹، مطالب أصلية تحمل الدولة وزرها ويطالب الشعب باستحقاقها. ولا يمكن للدول أن تنكر مسؤوليتها في الاستجابة لهذه الحقوق والمشاغل، لكنها هاجس يؤرقها ويبعثر أحيانا موازينها، فضرورة التنمية وتشديد المرافق العامة والبنية التحتية يقابله من جهة أخرى عجز عن تغطية نفقاتها. هذه المعادلة المختلة جعلت بعض الدول تلجأ إلى أشخاص القانون الخاص للاستثمار في مشاريع الدولة بتمويلات خاصة وتقنيات متطورة. وفي هذا الإطار يتنزل عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية أو ما يعرف بعقد البوت وهو مختصر لتسميته الانقليزية² التي تعبر عن ثلاثية محاوره وهي البناء والتشغيل ونقل الملكية.

إن توجّه الدولة إلى اقتصاد السوق والانفتاح الاقتصادي³، فرض عليها الدخول في عدة صيغ للشراكة مع القطاع الخاص⁴. وتخوّل هذه الصيغة أولاً، الاستفادة من تطور إمكانيات القطاع الخاص في المجال التكنولوجي والتمويلي والطرق الحديثة في التسيير والتصرف، وثانياً تحقيق التوازن بين متطلبات التنمية

¹ - من الشعارات التي رفعها الشعب التونسي في ثورة 17 ديسمبر 2010-14 جانفي 2011 التي اندلعت ضد الدكتاتورية والتهميش، انظر توطئة دستور الجمهورية التونسية الصادر في 27 جانفي 2014، التي أخذت بالتاريخين في التعريف بالثورة.

² - بوت هو مختصر لتسميته باللغة الانقليزية وهي build-operate-transfer : نقل الملكية.

³ - انظر مثلاً، القانون عدد 47 لسنة 2019 المؤرخ في 29 ماي 2019 يتعلق بتحسين مناخ الاستثمار كما تم إتمامه بالقانون عدد 78 لسنة 2019 المؤرخ في 23 ديسمبر 2019 يتعلق بقانون المالية لسنة 2020 (رائد رسمي للجمهورية التونسية عدد 47 في 11 جوان 2019، ص.1756)، القانون عدد 20 في 17 أفريل 2018 يتعلق بالمؤسسات الناشئة (رائد رسمي عدد 32 في 20 أفريل 2018، ص.1237)، القانون عدد 8 لسنة في 14 ماي 2017 المتعلق بمراجعة منظومة الامتيازات الجبائية 2017، كما تم تنقيحه وإتمامه بالقانون عدد 66 لسنة 2017 في 18 ديسمبر 2017 يتعلق بقانون المالية لسنة 2018 (رائد رسمي عدد 15 في 21 فيفري 2017، ص.604)، القانون عدد 71 لسنة 2016 في 30 سبتمبر 2016 يتعلق بقانون الاستثمار كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالقانون عدد 47 لسنة 2019 في 29 ماي 2019 المتعلق بتحسين مناخ الاستثمار (رائد رسمي عدد 82 في 7 أكتوبر 2016، ص.3379)، القانون عدد 36 لسنة 2015 في 15 سبتمبر 2015 يتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار (رائد رسمي عدد 77-78 في 25 و29 سبتمبر 2015، ص.2772)، المرسوم عدد 117 لسنة 2011 في 5 نوفمبر 2011 المتعلق بتنظيم نشاط مؤسسات التمويل الصغير (رائد رسمي عدد 85 في 8 نوفمبر 2011، ص.2594)، القانون عدد 69 لسنة 2007 في 27 ديسمبر 2007 المتعلق بحفز المبادرة الاقتصادية (رائد رسمي عدد 104 في 28-31 ديسمبر 2007، ص.4541).

⁴ - انظر القانون عدد 49 المؤرخ في 27 نوفمبر 2015 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، (رائد رسمي عدد 96 في 1 ديسمبر 2015، ص.3307. وقد نُقح القانون عدد 49 لسنة 2015 بموجب القانون عدد 47 لسنة 2019 بتاريخ 29 ماي 2019 يتعلق بتحسين مناخ الاستثمار، (رائد رسمي عدد 47 في 11 جوان 2019، ص.47).

والموارد المالية للدولة. ويعتبر عقد البوت من عقود الاستثمار والتمويل الحديثة، فقد جاء نتيجة تحديث أساليب الاستثمار والتنمية والبحث عن طرق جديدة لتمويل مشاريع البنية التحتية. ويعرّف عقد البوت بأنه عقد تعهد به الدولة إلى مستثمر، وطني أو أجنبي، إنشاء مشروع على نفقته الخاصة وتشغيل هذا المشروع فترة محددة، يحصل فيها على أرباح تغطي تكاليف المشروع مع تحقيقه نسبة من الأرباح، ويكون ذلك تحت إشراف الدولة أو إحدى إداراتها ويلتزم المستثمر بنقل حيازته إلى الدولة في نهاية العقد. وبناء على هذه الصيغة حثت منظمة الأمم المتحدة خاصة البلدان النامية على تمويل البنية التحتية باعتماد عقد البوت، طبقا لما ورد في تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورته 29 المنعقدة بنيويورك في 28 ماي 1996¹. ويرجع أصل تسمية هذا العقد بالبوت إلى رئيس الوزراء التركي تورجوت أوزال في بداية الثمانينات² الذي اعتمد هذه التسمية في برنامجه الانتخابي المتضمن استراتيجية تنموية تعتمد على إسناد تنفيذ المشاريع المتعلقة بالبنية التحتية إلى القطاع الخاص، وتستعمل تركيا هذا العقد لإنجاز مشاريعها من ذلك مطار اسطنبول ومنذ سنة 2015 مشرع النفق العملاق. لكن يرجّح أن تاريخ هذه التقنية يرجع إلى تاريخ أقدم، فقد كانت المملكة المتحدة من أول الدول التي شرعت فيه وذلك أثناء حكم حزب المحافظين بزعامة مارغريت تاتشر حيث تم اللجوء إلى هذا العقد تماشيا مع ما كان يطلق عليه، مبادرة التمويل الخاص للمشاريع. وهناك من يعتبر أن عقد البوت تطورا لعقود الامتياز التي انتشرت في أواخر القرن التاسع عشر³، وتتعلق عقود الامتياز بإنجاز أشغال عامة لذلك سمي عقد امتياز الأشغال العامة ثم أصبح يعتمد كوسيلة لتسيير المرافق العامة ثم تطور ليصبح أداة إنشاء وإدارة للمرفق العام فأصبح يسمى عقد البوت. وقد كانت فرنسا رائدة في هذا المجال من خلال اعتمادها نظام امتياز المرافق العامة، حيث منحت سنة 1782 امتياز توزيع المياه في مدينة باريس إلى شركة خاصة وهي شركة الإخوة بيريه. إلا أن أحداث سياسية تزامنت مع إنجاز المشروع فشهد عدة صعوبات وهو ما دفع إلى إلغاء الامتياز. ثم عاد للانتشار بعد سنة 1830، فاعتمدته سنة 1984 في تنفيذ نفق المانش الرابط بينها وبين بريطانيا من جهة وشركة بروتنال من جهة أخرى. أما الولايات المتحدة الأمريكية فقد اعتمدت على عقد البوت منذ قيام الثورة الصناعية حيث كانت الطرقات تبنى وتشغل من قبل القطاع الخاص مقابل ما يدفعه المستفيدون من الخدمة. وعملت الولايات المتحدة على تشجيع القطاع الخاص على الاستثمار في مجال تشييد الطرقات والجسور بموجب القانون الفيدرالي الخاص بالتنقل الصادر في 19 ديسمبر 1991، وتأكد العمل بهذا النوع من العقود خلال حكم الرئيس بيل كلينتون. واستعملت هذا العقد عدة دول كإسبانيا وألمانيا وإيطاليا والصين والفلبين والهند و.. واعتمدته الدول العربية حيث يعدّ مشروع قناة السويس من أهم المشاريع في العالم وقد أبرم سنة 1854

¹ - انظر الموقع. uncitral.un.org.commission

² - عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص. 10.

³ - إلياس ناصيف، العقود الدولية. عقد البوت BOT في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص. 92. - عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت... المرجع السابق، ص. 10 وما بعدها. - عصام أحمد الهجي، عقود البوت BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة دراسة تحليلية للتنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة بأسلوب البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية للدولة، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2008، ص. 29.

بين الحكومة المصرية والشركة العالمية لقناة السويس البحرية التي يرأسها الفرنسي فردناد ديلليس وافتتحت القناة سنة 1869 وكانت مدة العقد 99 سنة ولكن انتهى العقد قبل 13 سنة من الموعد المحدد أي سنة 1956¹. واعتمد عقد البوت في لبنان سنة 1994 حيث تعلق بتنفيذ وتشغيل الهاتف النقال لمدة عشر سنوات. ولجأت إليه الكويت، خاصة في تجربتها سنة 2001 ببناء وتشغيل محطة معالجة الصرف الصحي.. أما في تونس فتعتبر التجارب محدودة وهي أساسا تجربة مطار النفيضة الذي جاءت فكرة إنشائه لعدم قدرة المطار على الاستيعاب. فبدأت فكرة المشروع سنة 1998 وتمت دراستها في 2001 لكن الدعوى للعرض لم تتم إلا في 18 أفريل 2004 عن طريق وزارة النقل. وقامت الشركة القابضة التركية ت.أ.ف. المتخصصة في مجال البناء والتصرف في المطارات بتقديم عرضها في 31 جانفي 2007، وتم اختيارها كصاحبة العرض الأفضل في 16 مارس 2007. وكوّنت الشركة في ماي 2007 شركة خفية الاسم في تونس كشركة مشروع. وقد كان هذا العقد مبرما لمدة 40 سنة وتواصلت الأشغال من 5 جوان 2007 إلى 22 نوفمبر 2009. ويعتبر هذا المشروع التجربة الأولى التي اعتمدت على بناء واستغلال مرفق من قبل مستثمر، كما أنه من أكبر المشاريع الاستثمارية في تونس حيث قدرت تكلفته حوالي 580 مليون اورو.

وتتنوع صور عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، لكن يبقى عقد البوت هو الأسلوب الأكثر انتشارا لتنفيذ مشاريع البنية التحتية والمرافق العامة. ورغم أهمية هذا العقد ونجاعته على المستوى الاقتصادي والمالي، فإنه يفتقر في تونس إلى أحكام خاصة تنظمه. غير أن غياب نص قانوني خاص يؤسس صحته ويؤطر تكوينه وتنفيذه، لا يحول دون التعامل به، وذلك على أساس الحرية التعاقدية طبقا للفصل الثاني من مجلة الالتزامات والعقود الذي يخول للأطراف حرية اختيار المتعاقد وموضوع العقد والاتفاق على بنوده طالما لم يكن مخالفا للنظام العام². ويضفي المشرع على العقد الصحيح قوة ملزمة ويصبح العقد شريعة الطرفين تطبيقا للفصل 240 م.إ.ع. وبالإضافة إلى هذا الأساس العام، يمكن أيضا الاستناد على قاعدة القياس حسب الفصل 535 م.إ.ع. الذي جاء به أنه "إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون". واعتمادا على القياس يمكن الرجوع إلى أحكام قانون الشراكة بين القطاع العام والخاص باعتبار أن عقد البوت ينشأ بين طرف عمومي وطرف خاص حول إنجاز مشروع في القطاع العام، وهو بهذا الأسلوب يعتبر البوت أحد المظاهر الأساسية لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص. وقد عرّف القانون عدد 49 المؤرخ في 27 نوفمبر 2015 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاع

¹ - Nimrod Roger TAFOTIE YOUMSI, Build, operate and transfer (BOT) projects. Contribution à l'étude juridique d'une modalité de partenariats public- privé à la lumière de l'approche law and economics, thèse, université Luxembourg, 2012, n°80, p.50. ; - B.MARTON et S. THOUVENOT, Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public privé à la française, revue de droit des affaires internationales, 2004, n°2, p.111. ; - H. COURIVAUD, La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen, Revue internationale de droit économique, 2004, p.412 et suiv.

² - محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات. 1. العقد، مطبعة الوفاء، تونس، 1997، ف.40، ص.41. - علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات. مصادر الالتزام. التصرفات القانونية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2012، ص.90 ما بعدها. - بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر (صحة العقد والاستقرار التعاقدية)، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2017، ف.5، ص.16.

العام والقطاع الخاص¹، في فصله الثالث الجديد²، عقد الشراكة بأنه "عقد كتابي لمدة محددة يعهد بمقتضاه شخص عمومي إلى شريك خاص بمهمة شاملة تتعلق كلياً أو جزئياً بتصميم وإحداث منشآت أو تجهيزات أو بنى تحتية مادية أو لامادية ضرورية لتوفير مرفق عام. ويشمل عقد الشراكة التمويل والإنجاز أو التغيير والصيانة، وكذلك الاستغلال عند الاقتضاء".

ويتدعم القياس بأحكام قانون الشراكة بين القطاع العام والخاص بالرجوع إلى صيغة الجمع في عقود الشراكة التي اعتمدها المشرع سواء في عنوان القانون أو في عناوين داخلية³، فهذا القانون يضبط الإطار العام لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص حسب فصله الثاني، لكنه يعرف في الفصل الثالث (جديد) عقد الشراكة بصيغة المفرد لا الجمع. وهو ما يفيد أن الجنس واحد وهي شراكة بين القطاعين العام والخاص، لكن الأنواع قد تعدد وتنوع⁴، فيندرج ضمن هذا التنوع عقد البوت كنوع من أنواع عقود الشراكة طالما كان هذا العقد يحمل نفس الأهداف⁵ وهي تمويل الطلب العمومي والاستفادة من حرفة القطاع الخاص وخبرته ويستجيب للمبادئ العامة لإبرام عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص. ورغم التوافق في عديد المحاور بين العقدين، فإن قانون الشراكة لا يستجيب لكل خصوصيات وأركان عقد البوت، إذ ينشأ عقد البوت شأنه شأن عقد الشراكة بين طرف عمومي وشريك خاص حول إنشاء مشروع مرفقي يتعلق بالبنية التحتية أو مرفق عمومي بتمويلات خاصة⁶، لكنه يختلف عن عقد الشراكة في مسألة فارقة هي المقابل المالي، وهذه المفارقة هي التي شكّلت الرهان لأنها ميّزت عقد البوت وكشفت عن جانبه التمويلي الذي يختص به. وتدفع هذه الشراكة المتسمة بخصوصية الدور التمويلي في عقد البوت إلى التساؤل حول الإطار القانوني للتمويل عن طريق عقد البوت لمشاريع المرفق العام؟

يجمع عقد البوت بين الطابع التعاقدي والتمويلي، فهو علاقة تعاقدية بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص قصد إنشاء مرفق عمومي وتقديم خدمة للجمهور، ويكون عبر تمويل الطرف الخاص ببناء

¹ - انظر الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 96 في 1 ديسمبر 2015، ص. 3307. وقد نُقح القانون عدد 49 لسنة 2015 بموجب القانون عدد 47 لسنة 2019 بتاريخ 29 ماي 2019 يتعلق بتحسين مناخ الاستثمار، رائد رسمي عدد 47 في 11 جوان 2019، ص. 47.

² - ألغى القانون عدد 47 لسنة 2019 المتعلق بتحسين مناخ الاستثمار الفصل الثالث من القانون عدد 49 لسنة 2015 وعوّضه بفصل جديد.

³ - انظر مثلاً عنوان الباب الثاني من قانون الشراكة: "المبادئ العامة لإبرام عقود الشراكة"، الباب الثالث: "طرق إسناد عقود الشراكة وإجراءاتها".

⁴ - إن النوع أخص من الجنس، وقد جاء في لسان العرب أن النوع هو "الضرب من الشيء.. قال الليث: النوع والأنواع جماعة، وهو كل ضرب من الشيء وكل صنف من الثياب والثمار وغير ذلك..". أما الجنس فهو "الضرب من كل شيء وهو من الناس ومن الطير.. ويقال هذا يجانس هذا أي يشاكله.. والإبل جنس من البهائم العجم.. والحيوان أجناس: فالناس جنس والإبل جنس والبقير جنس والشاء جنس". انظر، ابن منظور، لسان العرب، ج. 14، طبعة جديدة مصححة اعتنى بتصحيحها أمين محمد عبد الوهاب ومحمد الصادق العبيدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1999، ص. 330. انظر أيضاً، محمد المالح، محاضرات في القانون المدني التونسي، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 1980، ص. 34 وما بعدها حيث عرض مثالا طريفا لبيان الفرق عند إخفاء النوع وذكر الجنس، فورد عنه "كما لو ذكرت في العقد لفظة حيوان من غير تعيين نوعه وعند التنفيذ تسلم بعوضة".

⁵ - جاء بالفصل الأول من قانون الشراكة بين القطاع العام والخاص "يهدف هذا القانون إلى تنوع آليات تلبية الطلبات العمومية ومصادر تمويلها بغاية تطوير البنية التحتية وتدعيمها ودفع الاستثمار العمومي بالاشتراك بين القطاع العام والقطاع الخاص والاستفادة من حرفة القطاع الخاص وخبرته".

⁶ - تتنوع

المشروع بواسطة وسائله الخاصة وتشغيله خلال مدة محددة تحت رقابة وإشراف الدولة. هذه العناصر جعلت عقد البوت أسلوب شراكة بين العام والخاص (الجزء الأول) لكنه يمتاز بنظام تمويلي خصوصي يجب أن يكون محاطا بضمانات للدولة والمستثمر (الجزء الثاني) لكي يمثل رهانا حقيقيا للاستثمار.

الجزء الأول: الشراكة بين العام والخاص في عقد البوت.

يعتبر عقد البوت طريقة غير تقليدية للاستثمار والتمويل، وهو يمتاز عن غيره من العقود من حيث أطراف المشروع الاستثماري (الفقرة الأولى) وموضوع المشروع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إطار الشراكة مع القطاع الخاص في عقد البوت.

يمكن الاستئناس بأحكام قانون الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في تنظيم بعض جوانب عقد البوت باعتباره يشكل نموذجا لهذه الشراكة، فهو يقوم شأنه شأن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على تصرف شخص عمومي بموجب عقد (أ) مع طرف خاص (ب) لإنجاز مشروع مرفق عام.

أ- تصرف الشخص العمومي بموجب عقد .

يتصرف الشخص العمومي في إطار تسييره وإدارته للمرفق العام بموجب قرارات فهي غالبا ما تندرج ضمن تصرفات الإرادة المنفردة¹، لكن في إطار عقد البوت وعموما عقود الشراكة بين القطاعين تتصرف الدولة مع الطرف الخاص بموجب عقد حول إنجاز وتسيير المرفق العام وليس بواسطة قرار إدارة. وقد أكد المشرع على هذا الجانب العقدي في قانون الشراكة بين القطاع العام والخاص حيث عرّف في فصله الثالث الجديد عقد الشراكة بأنها "عقد كتابي لمدة محدد، يعهد بمقتضاه شخص عمومي إلى شريك خاص بمهمة شاملة تتعلق كليا أو جزئيا بتصميم وإحداث منشآت أو تجهيزات أو بنى تحتية مادية أو لامادية ضرورية لتوفير مرفق عام". ويتماشى التعريف التشريعي لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون عدد 49 لسنة 2015 مع تعريف عقد البوت الذي تبنته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري سنة 1996 ومع تعريف منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية الذي جاء به أن عقد البوت "اتفاق تعاقدية تتولى بموجبه شركة المشروع إنشاء أحد المرافق العامة الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق وتتولى شركة المشروع إدارة تشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المستفيدين من المرفق، وأية رسوم أخرى شرط ألا تتجاوز ما هو مقدّم في العطاء وما هو منصوص عليه في دفتر شروط العقد المبرم وذلك لتمكين شركة المشروع من استرجاع الأموال التي استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب للاستثمار وفي نهاية المدة تقوم هذه الشركة بإعادة المشروع إلى الإدارة وفقا للأساليب القانونية النافذة وفي كيفية طرح العطاءات".

ويمتاز عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالصيغة الشكلية حيث حصر المشرع في الفصل الثالث جديد من القانون عدد 49 لسنة 2015 صيغة عقد الشراكة في العقد كتابي. وعلى أساس هذا

¹ -Yadh BEN ACHOUR, Droit administratif, centre de publication universitaire, Tunis, 2010,n°472, p.387.

ناصر لباد، القانون الإداري، ج.2، النشاط الإداري، مطبعة سارب، دالي ابراهيم، الجزائر، ص.329.

التعريف تعتبر الكتابة شرط صحة وليست مجرد وسيلة إثبات. وتتماشى شكلية الكتابة مع عقود الإدارة التي غالبا ما تستدعي التفاوض والخوض في عدة تفاصيل تتعلق بالتنفيذ والإجابة عنها وتوثيقها كتابة كي تنأى عن الغموض أو الارتجال والنزاعات، كما هو الشأن في عقد اللزمة¹ والصفقات العمومية². وبالتالي يتطلب عقد البوت هو بدوره شكلية الكتب باعتبار خصوصية أطرافه: قطاع عام وقطاع خاص من جهة، وخصوصية موضوعه الذي يتعلّق بإنجاز وتشغيل مرفق عمومي لمدة معيّنة من جهة أخرى³.

ويتطلّب إنجاز مشروع المرفق العمومي امتدادا في الزمن سواء تمّ تنفيذه في إطار عقد شراكة أو عقد بوت، لهذا اشترط المشرّع في قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص تحديد مدّة العقد. وهي تنصيص وجوبي فرضه المشرع على أطراف العقد وأخرجه عن نطاق الحرية التعاقدية بسبب تعلّق موضوع العقد بمصلحة عامة وتلبية مطلب عمومي أيا كان شكل العقد⁴.

إن الاختصار على تنظيم عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص لا يحول دون التوسع في آليات الاستثمار مع القطاع الخاص والانخراط في آلية البوت طالما أن الأسس نفسها تقوم على تصرف الإدارة بموجب عقد في شراكة مع القطاع الخاص.

ب- الشراكة مع القطاع الخاص.

يعتبر عقد البوت مثالا للشراكة بين القطاعين العام والخاص باعتباره عقدا بين الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة مع شخص من القطاع الخاص قصد تنفيذ مرفق عمومي. ويعرّف المشرع الشخص العمومي في الفصل الثالث جديد من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنه الدولة والجماعة المحلية والمؤسسة والمنشأة العمومية المتحصلة مسبقا على موافقة سلطة الإشراف لإبرام عقد الشراكة⁵. ويعتبر الشخص العمومي المالك الحقيقي للمشروع⁶ وهو يتمثل في الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها كالولايات والبلديات أو أشخاص معنوية تضطلع بنشاط عمومي فتتخذ صفة المرفق العمومي كالإدارات

¹ - انظر الفصل 3 من القانون عدد 23 لسنة 2008 مؤرخ في 1 أفريل 2008 يتعلّق بنظام اللزمات الذي عرّف العقد بأنه "عقد اللزمة الكتابي الذي يبرم بين مانح اللزمة وصاحب اللزمة". (الرائد الرسمي عدد 28 في 4 أفريل 2008، ص. 1260). وقد نقح هذا القانون بالقانون عدد 47 لسنة 2019 المؤرخ في 29 ماي 2019 يتعلّق بتحسين مناخ الاستثمار، ذكر سابقا.

² - انظر الفصل الثالث من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13 مارس 2014 يتعلّق بتنظيم الصفقات العمومية الذي عرّف الصفقات العمومية بأنها "عقود كتابية تبرم من قبل المشتري العمومي بمقابل قصد إنجاز طلبات عمومية." (رائد رسمي عدد 22 بتاريخ 18 مارس 2014، ص. 629).

³ - انظر الفصل 3 نقطة د. من القانون عدد 23 في 1 أفريل 2008 المتعلق بنظام اللزمات، والفصل 2 والفصل 8 فقرة 4 من الأمر عدد 1039 في 13 مارس 2014 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

⁴ - انظر أيضا في عقد اللزمة أو الصفقة العمومية، الفصل الثاني من القانون عدد 23 في 1 أفريل 2008 المتعلق بنظام اللزمات، والفصل 2 من الأمر عدد 1039 في 13 مارس 2014 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

⁵ - وهو نفس تعريف الفصل 3. من القانون عدد 23 في 1 أفريل 2008 المتعلق بنظام اللزمات، وانظر الفصل 3 من الأمر عدد 1039 في 13 مارس 2014 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الذي حدد المشتري العمومي بالدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية والمنشآت العمومية.

⁶ - محمد بن جواد الأخرس، مشروعات البنية التحتية من خلال نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص. 176.

العامة والوزارات والهيئات العامة. ويمتلك الشخص العمومي غالبا العقار الذي سينجز عليه المرفق العام¹. ويقع تمثيل الدولة أو الجهة الإدارية من خلال جهات متعددة وهي إما الجهة الإدارية المانحة للالتزام التي يخول لها القانون الحق في منح صفة المرافق العامة لجهة من القطاع الخاص، أو الجهة الإدارية المتعاقدة وهي التي تقوم بإبرام العقد مع الطرف الثاني وغالبا ما تكون هذه الجهة هي المعنية بتسيير المرفق.

أما الشريك الخاص فهو الشخص المعنوي الخاص² فهو شركة أو مجموعة من الشركات وطنية كانت أو أجنبية أو مختلطة. وفي إطار عقد البوت أو عقد الشراكة يتخذ الشخص الخاص صفة شركة المشروع وتسمى أيضا صاحبة الالتزام، وهي حسب الفصل الثالث من قانون الشراكة بين القطاعين "الشركة المكونة في شكل شركة أسهم أو ذات مسؤولية محدودة طبقا للتشريع الجاري به العمل والتي ينحصر غرضها الاجتماعي في تنفيذ موضوع عقد الشراكة". وغالبا ما تتشكل شركة المشروع من مجموعة شركات لأن مشاريع البوت تتميز بضخامة حجمها المالي وتعدد إجراءات تنفيذها. ولا يفرق قانون الشراكة بين شخص معنوي وطني أو أجنبي كما لا يشترط حضور العنصر الوطني في المشروع. وتتكون شركة المشروع عبر عدة مراحل إذ يبرم اتفاق تعاقد بين مجموعة شركات لدراسة العرض الذي سيتم تقديمه بعد الإعلان عن المناقصة العامة التي سيقدمها الشخص العمومي وإعداد دراسة جدوى المشروع ثم التقدم إلى الدولة المضيفة بالعرض المناسب.

وفي إطار تنفيذها للمشروع تتعاقد الشركة مع أطراف أخرى خاصة كالمقاول للاستعانة به في التنفيذ، وأكد الفصل 22 من القانون عدد 49 لسنة 2015 أنه يتعين على شركة المشروع تنفيذ العقد بصفة مباشرة إلا إذا رخص لها العقد مناوله جزء من التزاماتها وبعد الإعلام المسبق للشخص العمومي، على أنه لا يمكن لشركة المشروع مناوله كامل الالتزامات المحمولة عليها بموجب العقد أو أغلبها. وبعد المقاول المسؤول عن إعداد وتصميم وتشيد وتوريد وترتيب المعدات اللازمة للمرفق ويكون غالبا ناقلا للتكنولوجيا المستخدمة في تشغيل المرفق العام³.

يمثل قانون الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص إطارا لتنظيم وتأسيس التعامل بعقد البوت في القانون التونسي، إذ يقوم هذا العقد شأنه شأن عقد الشراكة على اتفاق بين الجهة العمومية والقطاع الخاص لتحقيق نفس أهداف الشراكة المحددة بالقانون عدد 49 لسنة 2015.

الفقرة الثانية: أهداف الشراكة مع القطاع الخاص في عقد البوت.

تمثل الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص ضرورة اقتصادية فرضها اقتصاد السوق من جهة والموازنات المالية للدولة من جهة أخرى التي أصبحت قاصرة على تلبية نفقات التنمية. وتمخض هذا التوجه الاقتصادي بصدور القانون عدد 49 لسنة 2015، لكن هذا القانون وإن اقتصر على تعريف عقد

¹ - محمد بن جواد الأخرس، مشروعات البنية التحتية...، المرجع السابق، ص. 177.

² - انظر الفصل 3 من القانون 49 لسنة 2015 المتعلق بالشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

³ - MANSOUR CHERIF Nadia, les Les perspectives d'évolution du droit de l'investissement et de l'arbitrage réformes du régime juridique des concessions à l'épreuve du partenariat public privé, 1éd., Latrach édition, Tunis, 2013. ; - Eric MARTINVILLE, La sous-traitance de construction, adaptation du droit aux évolutions économiques en matière de construction, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, n° 138, p.102.

الشراكة، فإنه لا يضيق صدرها لاستيعاب أنماط أخرى من عقود الاستثمار طالما اتفقت حول الهدف وهو إنجاز مرفق عام (أ) إن اختلفت الآليات في بعض الخصوصيات كما هو الشأن في عقد البوت حول المقابل المالي الذي يشكل رهان الاستثمار بهذا العقد (ب).

أ- إنجاز مشروع مرفق عام: هدف واحد والأشكال متنوّعة.

يهدف المشرع من خلال تنظيمه لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى تنويع مصادر تمويل الطلب العمومي وتهيئة البنية التحتية وتطوير الاستثمار فيها كما يهدف إلى دفع الخواص للاستثمار في القطاع العمومي والاستفادة من حرفية وخبرة القطاع وجودة الإنجاز في المدة المحددة¹. وبالتالي يلتقي عقد البوت وعقود الشراكة حول نفس الهدف وهو تنفيذ مشروع مرفق عام أي الاستثمار في خدمة عامة حسب حاجيات الدولة والطلب العمومي. ويقتضي تنفيذ المشروع الإنجاز والبناء أو التغيير والصيانة أو التجديد والتحديث أو غير ذلك من أشغال المرفق العام. لذلك وصف القانون عدد 49 لسنة 2015 بالفصل الثالث منه مهمة الشريك الخاص بكونها مهمة شاملة، فجاء به أن الشريك الخاص يتعهد "بمهمة شاملة تتعلق كليا أو جزئيا بتصميم وإحداث منشآت أو تجهيزات أو بنى تحتية مادية أو لامادية ضرورية لتوفير مرفق عام ويشمل عقد الشراكة "التمويل والإنجاز أو التغيير والصيانة" وهي نفس العناصر التي يقوم عليها عقد البوت: إنجاز مرفق عام. وقد يتخذ الإنجاز عدة مظاهر، لذلك تتنوّع صور عقد البوت حسب اختلاف المهمة المرفقية²، فهو بناء أو تصميم وتحديث أو تجديد، إعادة تأهيل وصيانة وتشغيل أو تحديث وتدريب.

¹ - انظر الفصل الأول من القانون عدد 49 لسنة 2015.

- ² - عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية "BOT" build, operate, transfer هو عقد بين الدولة وإحدى الجهات الخاصة الوطنية أو الأجنبية لإنشاء أو تجديد مرفق عام وإدارته واستغلاله وتحقيق الأرباح على أن يتم نقل المشروع وتسليمه إلى الدولة بعد انتهاء مدة العقد.
- عقد البناء والتملك والتشغيل والتحويل، "BOOT" Build, own, operate, transfer. تقوم شركة المشروع ببناء المرفق العام على نفقتها وتملكه طوال مدة العقد وتقوم بتشغيله واستغلاله وصيانته، وفي نهاية مدة العقد تنتقل ملكيته من جديد إلى الدولة.
- عقد البناء والتحويل والتشغيل، "BTO" Build, transfer, operate. تقوم شركة المشروع ببناء المشروع على نفقتها وعند إتمامه تقوم بتسليمه إلى الجهة المتعاقدة مقابل أن تمنحها تلك الجهة الحق في استغلال المرفق وتشغيله لفترة معينة مقابل حصول شركة المشروع على المقابل من مستخدمي المرفق العام.
- عقد البناء والتأجير ونقل الملكية "BLT/BRT" Build, lease/ Rent, transfer. تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وتسليمه إلى الجهة الإدارية المتعاقدة مقابل تأجيره إلى شركة المشروع التي تتولى تشغيله واستغلاله لفترة محددة. أو أن تقوم شركة المشروع ببناء المشروع ثم تأجيره إلى الجهة الحكومية التي تقوم بتشغيله بنفسها أو تشغيله عن طريق آخرين مقابل حصول شركة المشروع على مقابل مالي بصفة دورية مدة العقد.
- عقد البناء والتملك والتشغيل "BOO" Build, own, operate. تقوم الشركة بإقامة المشروع وتملكه وتشغيله، وفي هذا العقد لا تلتزم الشركة بتحويل المشروع إلى الدولة، فهو شكل من أشكال الخصخصة.
- عقد التجديد والتملك والتشغيل "ROO" Rehabilitation, own, operate. يتولى المستثمر مشروع قائم وتزويده بكل ما يحتاجه من معدات ووسائل تكنولوجية حديثة مع تحويل المستثمر تملك المشروع واستغلاله مقابل حصول الدولة على مقابل مالي يفسط على مدة معينة.
- عقد التأجير والتدريب والتحويل "LTT" Lease, training, transfer. تقوم شركة المشروع بتمويل إقامة المشروع وتدريب العاملين التابعين للدولة ثم تأجيره للحكومة حتى تستغله لفترة معينة على أن تعود ملكية المشروع بعد ذلك إلى القطاع الخاص.
- عقد التصميم والبناء والتمويل والتشغيل "DBFO" Desing, build, finance, operate. تقوم شركة المشروع بتشديد المشروع وتمويله حسب تصميم هندسي وشروط فنية تحددها الإدارة، وفي المقابل تقوم شركة المشروع بتشغيل المرفق مدة معينة، وعند انتهائها يكون للمستثمر إمكانية تملك المشروع.

ويمكن أن تستوعب كل هذا التنوع في المضامين مرونة تعريف عقد الشراكة وشموليته في القانون عدد 49 لسنة 2015 التي تخوّل الانفتاح على الصور المختلفة لعقد البوت طالما اتّحدت الأهداف وهي تلبية طلبات المرفق العمومي.

وتتطلب الصبغة المرفقية للمشروع توفر جملة من العناصر الضرورية، أهمها أن تكون الغاية من إنشاء المشروع تحقيق المصلحة العامة بتقديم خدمات مادية فردية أو جماعية مثل الماء، الكهرباء، النقل، مطارات.. أو خدمات معنوية مثل الترفيه والرياضة والثقافة.. ويترب عن طابع المصلحة العامة أن يكون المرفق العمومي مجاني بصفة نسبية أي دفع مقابل رمزي مقابل الخدمة مثال في التعليم والصحة فالغاية من إنشاء المرفق ليست ربحية. وذلك على خلاف المرافق العمومية الصناعية والتجارية التي تهدف إلى الربح. أما العنصر الثاني لتوفر صفة المرفق العام فهي ارتباطه بشخص عمومي، فالإدارة تتولى إدارة المرفق العام وتسييره ومراقبته. وقد نص الفصل 15 من دستور 2014 على أن "الإدارة العمومية في خدمة المواطن والصالح العام، تنظم وتعمل وفق مبادئ الحياد والمساواة واستمرارية المرفق العام ووفق قواعد الشفافية والنزاهة والنجاعة". ولتحقق استمرارية المرفق العام وفق قاعدة النجاعة لابد أن يكون المرفق العام قابلاً للتغيير، حتى يواكب التطور العلمي والتكنولوجي في مجال الخدمات وتطوير أداء المرفق، وهي بعض أهداف الشراكة مع القطاع الخاص أيا كان نوع العقد، عقد شراكة أو عقد استثمار في شكل عقد بوت.

يمثل الاستثمار في القطاع العمومي بواسطة عقد البوت نوعاً من أنواع الشراكة مع القطاع الخاص لاتحاد الأهداف من موضوع العقد، لكن عقد البوت يخلق الخصوصية ويبرهن على النجاعة في الاستثمار العمومي من خلال خصوصية المقابل المالي.

ب- المقابل المالي رهان الاستثمار بعقد البوت: خصوصية استوعبها القانون عدد 47 لسنة 2019.

لا ينحصر هدف عقد الشراكة وعقد البوت في إنجاز المشروع فقط بل يشمل أيضاً تمويله من ذمة الشخص المعنوي الخاص، وقد نص الفصل الثالث من القانون عدد 49 لسنة 2015 أن عقد الشراكة يشمل التمويل والإنجاز. وعند هذا الحدّ ينتهي الانسجام والوفاق بين العقدين، ذلك أن مهمة التمويل

- عقد التحديث والتملك والتمويل "MOOT Modernize, own, operate" يقوم المستثمر بتطوير المرفق الموجود وتحديثه، في مقابل حيازته لفترة معينة.
- عقد التصميم والبناء والتشغيل والتحويل "DBOT Desing, build, operate, transfer" تقوم شركة المشروع بالتصميم ثم البناء والتشغيل ثم التحويل، ويتشابه هذا العقد مع عقد البوت، لكنه يختلف عنه في قيام الشركة بالتصميم أيضاً.
- عقد التحديث والتشغيل والتحويل "ROT Rehabilitation, operate, transfer" تلزم شركة المشروع بتجديد المشروع وتحديثه وتشغيله لمدة معينة ثم تحويله إلى الدولة، وبهذه الصيغة لا تنتقل ملكية المشروع إلى المستثمر.
- عقد الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية "LROT Lease, renwal, operate, transfer"، تقوم شركة المشروع باستئجار المرفق من الدولة لمدة زمنية معينة ثم تتولى الشركة تجديده وتحديثه وتشغيله واستغلاله وصيانته. وعند انتهاء مدة الإيجار ينتقل المشروع من جديد إلى الدولة.
- عقد البناء والتمويل ونقل الملكية "BFT Build, finance, transfer" تتولى شركة المشروع تشييد المشروع وتمويله بنفقاتها الخاصة ثم نقله إلى الجهة الإدارية التي تقوم بدفع التكلفة إلى المستثمر لكن على أقساط.
- انظر، عصام أحمد الهيجي، عقود البوت... المرجع السابق، ص. 18 وما بعدها؛ - محمد المتولي، إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء- التشغيل- التحويل BOT، ج. 1، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، 2001، ص. 31 وما بعدها.

والإنجاز في عقد الشراكة تكون بمقابل يدفع إلى الشريك الخاص من قبل الشخص العمومي طيلة مدة العقد طبقا للشروط المبينة به. في حين أن ميزة عقد البوت التي تجعل منه الأداة الأنجع للتمويل ورهان الدولة في الاستثمار في القطاع العمومي هو أنه بناء وتمويل دون مقابل مادي من الشخص العمومي أي بناء مرفق عام بصفر من النفقات على عاتق الدولة. فلا تتحمل الدولة عبء التمويل ولا عبء الوفاء به، مما يخفف الحمل عن ميزانية الدولة وانتعاشها مقابل تنمية اقتصادية دون قروض أو مديونية. لكن هذه اللمسة الوردية من الشخص الخاص ليست فضلا أو تبرعا إنما هي مراحل في عقد البوت فهو بناء لكن مقابل استغلال المرفق العام وتشغيله مدة العقد ثم تحويله ونقل ملكيته إلى الطرف العمومي عند انتهاء المدة.

ويتدعم توجه المشرع التونسي في تنويع مصادر تمويل الطلبات العمومية بإلغاء الفصل الثالث من قانون الشراكة وإعادة صياغته بموجب القانون عدد 47 لسنة 2019 بتاريخ 29 ماي 2019 المتعلق بتحسين مناخ الاستثمار، حيث ألغى الفقرة الأخيرة من الفصل الثالث قديم التي كانت تنص على أن عقد الشراكة لا يشمل "تفويض التصرف في المرفق العام". ويتمشى هذا الإلغاء مع الإضافة التي تضمنها الفصل الثالث الجديد حيث يشمل عقد الشراكة لا فقط "التمويل والإنجاز أو التغيير والصيانة"¹ بل أضاف القانون عدد 47 لسنة 2019 أن عقد الشراكة يشمل "كذلك الاستغلال عند الاقتضاء" باستثناء قطاعات الأمن والدفاع والسجون.² وبهذه الصياغة الجديدة لتعريف عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، توسعت آليات الشراكة وأساليبها وبات إدراج عقد البوت ضمن إطار الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، حالا فقط ضروريا بل بديهيا لتأطير عقد البوت ضمن عقود الشراكة. فميزة عقد البوت عن عقد الشراكة في الصياغة القديمة هي تفويض التصرف في المرفق العام وإمكانية استغلاله، هذه الخصائص التي كانت تحول دون الدمج بين العقدين تخلص منها قانون 2019 عندما سمح بها في عقد الشراكة "عند الاقتضاء". ويبرز هذا الاقتضاء عند اختيار أسلوب البوت الذي يقوم على التمويل والإنجاز أو التغيير والصيانة لكن أيضا الاستغلال كي يستوفي الشريك الخاص مقابل التمويل من مستخدمي المرفق العام وليس من الدولة. وتمثل هذه الخاصية سرّ الرهان على عقد البوت كأداة تمويل واستثمار وحلّ ناجع لمشاكل التنمية، لذلك ركزت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في تعريفها للبوت بأنه "شكل من أشكال تمويل المشروعات تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين امتيازًا لصياغة مشروع بعينه وتشغيله وإدارته واستغلاله تجاريا لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل واستغلاله تجاريا، أو من المزايا الأخرى الممنوحة لهم ضمن العقد، وفي نهاية الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة، يكون تمّ الاتفاق عليها مسبقا أثناء التفاوض". وبالتالي يشكّل هذا الجانب التمويلي الخاصية التي تميّز البوت عن غيره من العقود المستعملة في إنجاز المشاريع العامة.

¹ - صياغة الفصل الثالث قديم تقتصر على هذه المجالات فقط، وقد تمسك بها الفصل الثالث جديد لكنه أضاف أيضا صلاحية الاستغلال عند الاقتضاء.

² - انظر الفصل 3 جديد بعد صياغته الجديدة بموجب القانون عدد 47 لسنة 2019 المتعلق بتحسين مناخ الاستثمار.

تميز عقد البوت وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن نظام اللزمات أو ما يسمى تفويض التصرف في المرفق العام: نظم المشرع عقد اللزمة بالقانون عدد 23 المؤرخ في غرة أفريل 2008¹ وقد عرّف في فصله الثاني اللزمة بأنها "العقد الذي يفوض بمقتضاه شخص عمومي يسمى "مانح اللزمة"، لمدة محددة إلى شخص عمومي أو خاص يسمى "صاحب اللزمة"، التصرف في مرفق عمومي أو استعمال واستغلال أملاك أو معدّات عمومية...". فاللزمة هي بدورها عقد بين شخص عمومي وشخص آخر عمومي أو خاص لكنه يقتصر على استعمال واستغلال الملك العام ولا يتعدى ذلك إلى الإنجاز والاستثمار وذلك بمقابل يستخلصه صاحب اللزمة لفائدته من المستعملين للمرفق.

تميز عقد البوت وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عن الصفقات العمومية: يعرف الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13 مارس 2014 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية²، في فصله الثاني مهمة صاحب الصفقة بأنها تعهد بإنجاز أشغال أو التوريد بمواد أو إسداء خدمات أو إعداد دراسات أو غير ذلك من الخدمات حسب نوع الصفقة³. وتقوم الصفقة العمومية أساسا على قاعدة طلب العروض لضمان المنافسة وحرية المشاركة في الطلب العمومي والمساواة أمام الطلب العمومي بإجراءات شفافة ونزيهة. وبالتالي تشترك العقود الثلاث في وجود عقد بين شخص عمومي وشخص خاص لتلبية طلب عمومي. وتمتاز الصفقات العمومية شأنها شأن عقود الشراكة بين القطاعين باستيفائها للمقابل المالي من الشخص العمومي، ويدفع هذا المقابل في الصفقات عند الاستلام دون تحفظ، وهو أو أقساطا على الحساب عند الاقتضاء⁴، على خلاف عقود الشراكة حيث يمكن تجزئة المقابل المالي في شكل أقساط تدفع خلال مدة العقد اعتمادا على عدة معايير كحجم الخدمات والجودة، مستوى التشغيل ونسب الاندماج.. بينما يتميز عقد البوت عن الصنفين بكون تمويل المشروع خاص وعدم تحمّل الدولة عبء خلاصه، وإنما تقوم شركة المشروع باستخلاص المقابل المالي من مستخدمي المرفق العمومي أثناء فترة تشغيله.

يعتبر قانون الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص انفتاحا وبرنامجا قانونيا في اندماج اقتصاد السوق في الاستثمار العمومي، وهو إطار مرّن يسمح بتنوع آليات التمويل العمومي في ظل مناخ قانوني واقتصادي يقوم على الحرية التعاقدية والمراهنة على الاستثمار الخاص بعقد البوت لما يوفره من ضمانات في منوال التنمية.

الجزء الثاني: ضمانات رهان الاستثمار بعقد البوت.

يمثل قانون عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص إطارا قانونيا سائغا لتنظيم عقد البوت، فهو آلية للاستثمار في مشاريع التنمية والبنية التحتية باستثناء قطاعات الأمن والدفاع والسجون.

¹ - ذكر سابقا. وقد نقح هذا القانون وأتمّه، القانون 47 لسنة 2019 المتعلق بتحسين مناخ الاستثمار.

² - ذكر سابقا.

³ - انظر الفصل 2 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014، الذي يعرّف عدّة أنواع من الصفقات العمومية وهي، صفقة عمومية للتصور والتنفيذ، صفقة عمومية للتزود بمواد، صفقة عمومية للدراسات، صفقة عمومية للتزود بخدمات، صفقة عمومية للأشغال، النفقات ذات الإجراءات المبسطة. وانظر أيضا القسم الثاني المتعلق ب"أصناف الصفقات" من نفس الأمر.

⁴ - انظر الباب الثاني المتعلق بالنظام المالي من الأمر عدد 1039 لسنة 2014.

لكن بموجب عقد البوت يتدخل القطاع الخاص لتمويل الطلب العمومي في مقابل استغلاله المرفق العام لاستيفاء نفقات الإنجاز والأرباح من مستخدمي المرفق. ولتوسيع مصادر الاستثمار في الشأن العمومي، تدخل المشرع لتحسين مناخ الاستثمار بموجب القانون عدد 47 لسنة 2019 ونقح قانون الشراكة ووسّع أساليب تدخل القطاع الخاص في القطاع العام. وعلى أساس قانون الشراكة بصياغته الجديدة يعتبر عقد البوت رهانا قويا وحلا لتحسين مناخ الاستثمار، لكن تدخل الشريك الخاص في القطاع العام يجب أن يوقّر في هذه الشراكة ضمانات للدولة (الفقرة الأولى) وللمستثمر مقابل تمويل المشاريع على حسابه الخاص (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ضمانات الدولة في الشراكة.

يوقّر المشرع في إطار قانون الشراكة وقانون الاستثمار وقانون تحسين مناخ الاستثمار ضمانات للدولة عند تدخل الخاص في العام سواء عند إبرام العقد (أ) أو تنفيذه (ب).

أ- عند إبرام العقد.

دراسة المشروع: لا يمثل خيار الاستثمار في مشاريع المرفق العام، حلا جزافيا أو اعتباريا الهدف منه تفصي الدولة من المسؤوليات أو التخلي عن المشروع. وإنما هو خيار مدروس من حيث الجدوى والمردودية ومن حيث الأفضلية لإنجاز المشروع وخدمة المرفق. لذلك يخضع إبرام عقد البوت إلى عدّة شروط إجرائية تتعلق بالمرحلة التحضيرية للعقد وأخرى تتعلق بالمرحلة التطبيقية. ويتم في المرحلة الأولى تحديد المشروع، وقد أكد في هذا السياق الفصل الخامس من القانون عدد 49 لسنة 2015 على ضرورة استجابة المشروع لحاجة محددة مسبقا يتم ضبطها تماشيا مع الأولويات الوطنية والمحلية ومخططات التنمية. وتعكس هذه المرحلة المنهج الاقتصادي للدولة وما ترسمه من أهداف، كما تمكّن الشخص العمومي من إدراك مدى قدرته على إنجاز مرفق عام يتماشى مع حاجيات الشعب ومتطلباته. وعادة ما يعهد الشخص العمومي لأجهزته المختصة لإتمام هذه الدراسة التي تتضمن من بين محاورها تحديد معدل الطلب المتوقع على خدمة معيّنة ونسبة العجز المتوقعة من المشروع وتحديد الأولويات وبالتالي المشاريع الأولى بالتنفيذ. ونظرا لأهمية هذه المرحلة أحدث المشرع بموجب القانون عدد 49 لسنة 2015 هيئة عامة للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، أوكل إليها القانون القانون عدد 47 لسنة 2019، فضلا عن مهامها، مهمة تقديم الدعم الفني للأشخاص العموميين ومساعدتهم في إعداد عقود اللزمات وعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص وإبرامها ومتابعة تنفيذها¹. عند الانتهاء من هذه المرحلة سواء كانت بناء على فكرة مشروع من قبل السلطة المختصة أو بناء على اقتراح من المستثمرين، تليها المرحلة الثانية وهي دراسة جدوى المشروع. وقد عرّف الفقه هذه الدراسة بأنها دراسة مصغرة للمشروع المقترح². وهي دراسة شاملة تتناول المشروع من

¹ - انظر الفصل 38 فقرة أولى جديدة من القانون عدد 49 لسنة 2015 بعد تنقيحها بموجب القانون عدد 47 لسنة 2019 المتعلق بتحسين مناخ الاستثمار.

² - Faouzi BEN KHALIFA, Le droit des marchés publics, éd. CLE, Tunis, 2005, p.73 et suiv.

مختلف جوانبه، الاقتصادية والمالية والقانونية والاجتماعية والهندسية والفنية والتأثيرات البيئية¹. ويتم تضمين هذه الدراسة في "بطاقة وصفية تأليفية"² تساعد الشخص العمومي في المراحل الموالية على اختيار شركة المشروع الأفضل. وعند تحديد المشروع ودراسة جدواه والموافقة عليه من الهيئة العامة للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، يتم إعداد طلب إعلان عروض ونشره للعموم عن طريق الدعوة إلى المنافسة وبصفة استثنائية عن طريق التفاوض التنافسي أو التفاوض المباشر³. ويعتبر هذا الإعلان بمثابة دعوة للتعاقد، وهو يحتوي على نوعين من الشروط، صنف تنظيمي يتعلق بإنشاء المشروع وتسييره يصوغها الشخص العمومي دون أن يكون لشركة المشروع مناقشتها، وصنف تعاقد يظم العلاقة بين الأطراف مثل تحديد المدة، الضمانات، الامتيازات، شروط نهاية العقد.. وبانتهاء المرحلة التحضيرية يقع الشروع في المرحلة التطبيقية بدراسة العروض وإبرام العقد.

دراسة العروض: بعد الإعلان عن عرض المشروع يقوم الراغبون في المشاركة بتقديم عروضهم المالية والفنية مدعومة بجميع الوثائق والمستندات. وقد ضبط الأمر عدد 772 لسنة 2016 المؤرخ في 20 جوان 2016 شروط وإجراءات منح عقود الشراكة بين القطاعين. وعند دراسة العروض يتم استبعاد تلك التي لا تتوفر فيها المؤهلات المالية وهي القدرة على تمويل المشروع والقيام بكل عمليات البناء والتشغيل والصيانة خلال مدة العقد. ولهذا الغرض يجب أن يتضمن عرض الشركة الرغبة في الدخول في الشراكة عرضاً فنياً وعرضاً مالياً⁴. ويتمحور العرض الفني حول الإمكانيات الفنية والتكنولوجية وأساليب الجودة والسلامة والخبرة والتجربة التي تكفل إنجاز المشروع. بينما يبين العرض المالي مصادر تمويل المشروع، وتمتع الشركة المعنية بتسهيلات مالية كافية لإنجاز المشروع بناء على وثيقة من مؤسسة مالية. ولتحقيق النجاعة من الاستثمار بآلية البوت بوصفه عقد شراكة مع القطاع الخاص، يتجه أن يشترط الشخص العمومي على المستثمر عدم اقتراض من البنوك والمصارف العمومية كي لا ينقلب التمويل الخاص إلى تمويل عمومي بطريقة غير مباشرة ويفقد المشروع سرّ نجاحه بالنسبة إلى الدولة.

وبناء على دراسة العروض المقدّمة، يمارس الشخص العمومي ضمناً آخر للمراهنة على الاستثمار بطريقة البوت، وهو اختيار العرض الأفضل. ويخضع هذا الاختيار لقواعد الحوكمة الرشيدة ومبادئ شفافية الإجراءات والمساواة وتكافؤ الفرص باعتماد المنافسة والحياد وعدم التمييز بين المترشحين⁵ حسب الفصل 5 من القانون عدد 49 لسنة 2015. ويُسند عقد الشراكة إلى المترشح الذي قدّم العرض الأفضل

¹ - انظر الفصل 7 من القانون عدد 49 لسنة 2015 والفصل 3 من الأمر الحكومي عدد 772 لسنة 2016 المؤرخ في 20 جوان 2016 يتعلق بضبط شروط وإجراءات منح عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص. (راند رسي عدد 51 في 24 جوان 2016، ص. 2304).

² - عبارات الفصل 4 من الأمر الحكومي عدد 772 لسنة 2016 في 20 جوان 2016 المتعلق بضبط شروط وإجراءات منح عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

³ - انظر الفصول 8 و9 و10 من قانون الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

⁴ - انظر الفصل 19 من الأمر عدد 772 لسنة 2016 المتعلق بضبط شروط وإجراءات منح عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص. Morched BEN ALI, Les achats publics, éd., C.L.E., Tunis, 1999, p.75.

⁵ - تخضع الصفقات العمومية لنفس المبادئ وهي المنافسة وحرية المشاركة في الطلب ومبدأ المساواة أمام الطلب العمومي وشفافية الإجراءات ونزاهتها، انظر الفصل 6 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

اقتصاديا، وهو العرض الذي "ثبتت أفضليته بالاعتماد على جملة من المعايير تتعلق أساسا بالجودة ونجاعة الأداء والقيمة الجمالية للمشروع والقيمة المضافة ونسبة تشغيلية اليد العاملة التونسية ونسبة تأطيرها ونسبة استعمال المنتج الوطني واستجابة العرض لمتطلبات التنمية المستدامة"، حسب عبارات الفصل 13 من قانون الشراكة.

يستجيب عقد البوت بوصفه عقد إنجاز مرفق عمومي من القطاع الخاص، إلى الأحكام المنظمة لعقد الشراكة بين القطاع والقطاع الخاص سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ.

ب- عند تنفيذ العقد.

يحظى الشخص العمومي بجملة من الضمانات الأخرى التي تدعم الرهان على الاستثمار بواسطة عقد البوت في مرحلة تنفيذه، وهي تتمثل خاصة في متابعة تشغيل المشروع وتسييره وتحويل المشروع إلى الدولة عند نهاية المشروع، استثناسا في ذلك بأحكام عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص كإطار تشريعي ملائم لتأطير عقود استثمار الخواص في مشاريع التنمية.

مراقبة تنفيذ المشروع وتشغيله: يتمتع الشخص العمومي بسلطة رقابة على تنفيذ المشروع، خاصة أنه غالبا ما تستغرق هذه العقود مدة طويلة¹. لكن رقابة الدولة لا تقتصر على هذه المرحلة في عقد البوت بل تمتد إلى مرحلة التشغيل. وتخلق مرحلة التشغيل عنصر خصوصية، جعلت من عقد البوت رهان تمويل الاستثمار، لأن تشغيل المشروع لفائدة المستثمر هو الذي أعفى الدولة من المقابل المالي. لكن بما أن الاستثمار يتعلق بمرفق عام، فإن الدولة تتمتع بصلاحيات رقابة واسعة في مرحلتي التنفيذ والتشغيل، فيمكنها إيفاد مهندسين مختصين لمراقبة سير التنفيذ واختبار المواد المستعملة والتثبت من الجودة، وتشمل الرقابة الجوانب الفنية والتقنية والمالية. كما يجوز للدولة أن تتدخل بتغيير بعض مواضع التنفيذ وتعديل بنوده، دون أن يقع التنصيص على ذلك صراحة، وهو ما يشكل خرقا لقاعدة العقد شريعة الطرفين. وتعتبر سلطة التعديل من جانب واحد إحدى خصائص العقود الإدارية، ويجب أن تمارسها الدولة في حدود المصلحة العامة وما تقتضيه أهداف المرفق العام وحسن تسييره.

كما تمتد رقابة الدولة على أعمال الصيانة والتجديد وهي أعمال مرتبطة بالتزامها بتحويل المشروع ونقل ملكيته أو حيازته إلى الدولة عند انتهاء مدة العقد. وفي جميع الحالات والمراحل يجب ألا تتحول الرقابة إلى عرقلة لتنفيذ المشروع أو تسييره.

نقل ملكية المشروع إلى الدولة في نهاية العقد: يقوم عقد البوت على بناء المستثمر لمشروع عمومي مقابل تشغيله مدة محددة لاستخلاص المقابل المالي المستحق من مستخدمي المرفق العمومي، وبالتالي لا تتحمل الدولة أعباء تكلفة تشييد المشروع. ولا يجوز للمستثمر في هذه المرحلة رهن المنشآت موضوع عقد الشراكة إلا لضمان القروض التي يبرمها الشريك الخاص لتمويل إنجازها. وعند انتهاء مدة التشغيل المتفق عليها، تنتقل ملكية المشروع أو حيازته إلى الدولة، وفي انتظار بلوغ التاريخ المتفق عليه لانتقال المشروع، يتحمل المستثمر الالتزام بصيانة المشروع والتعهد بنقل التكنولوجيا وتدريب العاملين عليها. وقد عرفت

¹ - انظر الفصول 31 و32 و33 من القانون عدد 49 لسنة 2015، تتعلق بمراقبة تنفيذ عقود الشراكة.

منظمة اليونودو التكنولوجية بأنها مجموع المعارف والخبرات والمهارات اللازمة لتخطيط وتصميم وتنفيذ وإنشاء وتشغيل أحد مشاريع البنية التحتية بالإضافة إلى الجوانب الإدارية والتنظيمية والتسويقية ذات الصلة بالمشروع.

إن ضرورة التنمية تفرض على المشرع تنويع آليات تمويل الطلبات العمومية والانفتاح على عقود الاستثمار مع الخواص بل وتشجيعهم على ذلك بتوفير ضمانات للاستثمار في القطاع العام.

الفقرة الثانية: ضمانات المستثمر في الشراكة.

ما فتى المشرع التونسي يحفز على المبادرة الاقتصادية وعلى بعث المؤسسات وتسهيل الإجراءات وفتح الأسواق بمصرعها على حرية المنافسة والأسعار وشجع على الاستثمار وعلى بعث المشاريع في مجالات التنمية وتدخل لتحسين مناخ الاستثمار¹. ويندرج ضمن هذا التحفيز على الاستثمار من الخواص توفير ضمانات للمستثمر موضوعية وإجرائية لدخول السوق التونسية.

أ- الضمانات الموضوعية.

تحرص الدولة المستقطبة للاستثمار على وضع منظومة قانونية محفزة يستفيد منها جميع المستثمرين بصرف النظر عن جنسية المستثمر وسواء كان وطنيا أو أجنبيا. وفي هذا الإطار كرس قانون الاستثمار عدد 71 لسنة 2016 بتاريخ 30 سبتمبر 2016 والمتعلق بقانون الاستثمار، جملة من الضمانات الموضوعية للمستثمر الأجنبي أهمها المعاملة الوطنية وحق تحويل الأموال.

المعاملة الوطنية: ينص الفصل الرابع من القانون عدد 71 لسنة 2016 المتعلق بقانون الاستثمار على مبدأ حرية الاستثمار، لكن حرية الاستثمار على التراب التونسي ليست مطلقة بل تخضع لتراخيص في بعض القطاعات. وهو نظام الاستثمار اللاحق الذي تتبناه الدولة التونسية، أسوة بالنموذج أروبي، ويقوم هذا النظام على احتفاظ الدولة بفرض رقابة الدولة على مرحلة تأسيس الاستثمار وإنجازه من خلال "بند القبول". وتمارس الدولة بند القبول في عقود البوت حول فكرة المشروع رغم أنه مشروع يتعلّق بمرفق عام وعلى صاحب العرض الأفضل. وعند القبول يتمتع المستثمر الأجنبي بقاعدة المعاملة الوطنية التي تأتي في مقدمة الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي حيث نص الفصل السابع من قانون الاستثمار على معاملته "معاملة لا تقل عن المعاملة الوطنية التي يعامل بها المستثمر التونسي عندما يكون في وضعية مماثلة لوضعيته وذلك فيما يتعلق بالحقوق والواجبات المنصوص عليها بهذا القانون". وبناء على ذلك تقوم الدولة التونسية بتأمين معاملة غير تمييزية للمستثمرين وتوفير مناخ استثماري مبني على المساواة في الحقوق والواجبات أمام القانون. وتمثل ضمانات المعاملة الوطنية، ضمانات مستحدثة في قانون الاستثمار بالمقارنة مع المجلة السابقة لتشجيع الاستثمارات التي لم تكرسها بصفة واضحة وإنما أشارت إليها بصفة ضمنية في فصلها الأول عند تحديد مجال تطبيق المجلة². لكن المشرع لم يكرس قاعدة المعاملة الوطنية على إطلاقها وإنما حماية للأمن الغذائي الوطني منع تملك الأجانب للأراضي الفلاحية بالفصل الخامس من قانون

¹ - انظر أعلاه الهامش عدد 3.

² - كان الفصل من مجلة تشجيع الاستثمارات الصادرة بالقانون عدد 120 بتاريخ 27 ديمبر 1993، ينص على أنه "تضبط هذه المجلة نظام بعث المشاريع وتشجيع الاستثمارات بالبلاد التونسية من قبل باعثن تونسيين أو أجانب مقيمين أو غير مقيمين...".

الاستثمار وأجاز فقط تسوّغها واستغلالها لإنجاز عمليات الاستثمار، ونظم الأمر الحكومي عدد 389 لسنة 2017 بتاريخ 9 مارس 2017 المتعلق بالحوافز المالية لفائدة الاستثمارات المنجزة في إطار قانون الاستثمار، الفئات المستفيدة من القروض العقارية الفلاحية لشراء أراضي فلاحية وتهيئتها في ضيعة فلاحية تكوّن وحدة اقتصادية قائمة بذاتها.

لكن المشرع قيّد تطبيق حق المعاملة الوطنية والمساواة في الحقوق والواجبات أمام قانون الاستثمار بإنجاز الاستثمار، إذ يعرف الفصل الثالث من قانون الاستثمار المستثمر بكونه "كل شخص طبيعي أو معنوي، مقيم أو غير مقيم، ينجز استثماراً". وهو ما يقصي حق المستثمر الأجنبي في المطالبة بالحماية التونسية والمساواة قبل النفاذ إلى السوق التونسية وإنجاز المشروع، ويعطي للدولة من جهة أخرى حقها في فرض رقابتها على الاستثمارات التي تتركز على التراب التونسي.

كما يتقيّد تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية بشرط التماثل في الوضعية مع نظيره التونسي عند الاستثمار على تراب المستثمر الأجنبي. وقد نص على هذا القيد السيادي الفصل 7 من قانون الاستثمار الذي جاء به أنه "يعامل المستثمر الأجنبي معاملة لا تقل عن المعاملة الوطنية التي يعامل بها المستثمر التونسي عندما يكون في وضعية مماثلة لوضعيته". كما أكدت على هذا الشرط عديد الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها تونس مع دول أخرى.

تحويل الأموال: تعتبر إمكانية تحويل الأموال شرطاً أساسياً لتوفير مناخ ملائم للاستثمار، لذلك كرّست الدولة التونسية هذا الحق منذ صدور أول النصوص المنظمة للاستثمار وهو القانون عدد 35 لسنة 1969 بتاريخ 26 جوان 1969 المتعلق بمجلة رصد الأموال، لكن مجلة الاستثمارات لسنة 1993 التي ألغت قانون 1969 لم تنص على هذا الحق صراحة وفضّلت الاعتماد على أنظمة الصرف التونسية. وبصدور القانون الجديد للاستثمار الذي ألغى بدوره المجلة السابقة للاستثمار، نص صراحة على ضمان هذا الحق، في الفصل التاسع منه الذي أكد على أن "للمستثمر حرية تحويل أمواله إلى الخارج بالعملة الأجنبية وفق التشريع الجاري به العمل المتعلق بالصرف...". ولا ينطبق على تحويل الأموال من تونس إلى الخارج معيار الجنسية وإنما معيار الإقامة، وهو ما تولّته مجلة الصرف والتجارة الخارجية في فصلها الخامس عندما عرّفت الأشخاص المقيمين وغير المقيمين¹.

حماية الملكية: يعتبر حق الملكية بما في ذلك الملكية الفكرية حقاً دستورياً مضموناً بالفصل 41 من الدستور، وقد أكد على حق ملكية شركة المشروع للمنشأة العمومية الفصل 24 من القانون عدد 49 لسنة 2015 المتعلق بالشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص الذي جاء به "ينشأ لشركة المشروع حق عيني خاص على البناءات والمنشآت والتجهيزات الثابتة التي تنجزها تنفيذاً لعقد الشراكة ما لم ينص العقد على خلاف ذلك. ويخوّل هذا الحق العيني لشركة المشروع طيلة مدة العقد حقوق وواجبات المالك في حدود ما

¹ - جاء بالفصل 5 من مجلة الصرف والتجارة الخارجية الصادرة بالقانون عدد 41 لسنة 1994 المؤرخة في 7 مارس 1994 "يراد بالعبارات التالية: .. المقيمون: الأشخاص الطبيعيون المستقرون عادة بالبلاد التونسية والأشخاص المعنويون ذوو الجنسية التونسية أو الأجنبية بالنسبة لمؤسساتهم الكائنة بالبلاد التونسية.. غير المقيمون: الأشخاص الطبيعيون المستقرون عادة خارج والأشخاص المعنويون ذوو الجنسية التونسية أو الأجنبية بالنسبة لمؤسساتهم الكائنة ببلاد أجنبية..".

يسمح به القانون". ثم يدعم الفصل الثامن من قانون الاستثمار على هذا الحق بالتنصيص على أن "حماية أموال المستثمر وحقوق ملكيته الفكرية مضمونة طبقاً للتشريع الجاري به العمل". وتشمل حماية أموال المستثمر، عناصر ملكيته العقارية والمنقولة من أصول وأسهم وحصص وأرصده التي يجوز له تحويلها إلى الخارج حسب الفصل التاسع من نفس القانون. في حين تدعيماً لحماية الملكية العقارية للمستثمر نص الفصل 8 فقرة ثانية على أنه لا يمكن انتزاع أموال المستثمر إلا من أجل المصلحة العامة وطبقاً للإجراءات القانونية دون تمييز على أساس الجنسية ومقابل تعويض عادل ومنصف. لكن تحويل الملكية العقارية في عقد البوت هو من جوهر العقد، فلا تحتاج الدولة إلى الانتزاع وإنما غاية العقد النهائية هي بناء المرفق العام ونقل ملكيته أو حيازته إلى الدولة في نهاية العقد.

التوازن التعاقدي: غالباً ما يستغرق تنفيذ عقود الشراكة أو عقود الاستثمار عموماً بما في ذلك عقد البوت مدةً زمنية طويلة، وقد تطرأ خلال هذه فترة متغيرات أو ظروف طارئة أو قوة القاهرة أو تحولات من شأنها الإخلال بالتوازن التعاقدي وقد تهدد بخسائر فادحة واستثنائية على كاهل أحد المتعاقدين. ويشكل هذا الخطر هاجساً يحول دون تشجيع القطاع الخاص على الاستثمار لأنها ستكون في هذه الحالة بمثابة المغامرة. لذلك تخضع عقود الشراكة وعقد البوت إلى قاعدة التوازن التعاقدي من خلال تقاسم المخاطر في العقد¹، واعتبرها الفصل 62 من الأمر عدد 772 لسنة 2016 من التنصيصات الوجوبية في عقد الشراكة حيث يجب أن يتضمن العقد شروط ضمان توازن العقد في حالة القوة القاهرة والظروف الطارئة وكيفية تقاسم المخاطر بين الشريك العمومي والشريك الخاص. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع التونسي يأخذ فقط بالقوة القاهرة في الأحكام العامة للعقد²، ولم ينص على نظرية الظروف الطارئة إلا في موضعين وهما تنظيم الصفقات العمومية بموجب الفصل 37 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014³ وتنظيم عقود الشراكة بين القطاع والقطاع الخاص. وذلك لما تنسم به هذه المشاريع من طابع اقتصادي قد تحف به مخاطر مختلفة من شأنها إثقال كاهل المستثمر وثنيه عن ولوج مجال الاستثمار مع الدولة إذا لم يتفقا على إمكانية مراجعة الأثمان وكيفية تقاسم المخاطر خلال أجل تنفيذ المشروع.

يتطلب خوض مشروع استثماري استغراق تنفيذه وتشغيله مدةً زمنية طويلة، وهو ما قد يطرح إشكاليات إجرائية.

¹ - جلول شلي، دراسات في القانون الدولي الخاص. العقود الدولية الالتزامات والنزاعات، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 2008، ص.105.

² - انظر الفصلين 282 و283 مجلة الالتزامات والعقود. لكن عدم تنظيم المشرع لنظرية الظروف الطارئة لم يمنع فقه القضاء من تكريسها وتطبيقها من ذلك، القرار التعقيبي المدني عدد 42624 في 28 أبريل 1994، انظر حول هذا القرار مقال الأستاذ نذير بن عمرو، الشرط الجزائي بعد ثلاثين سنة صحوة البركان. تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد 42624 في 28 أبريل 1994، المجلة القانونية التونسية، 1996، ص.243؛ انظر أيضاً، بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر (صحة العقد والاستقرار التعاقدي)، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2017، ف.359، ص.365.

³ - جاء بالفصل 37 من الأمر عدد 1039 في 13 مارس 2014 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية: "تكون الصفقة ذات ثمن قابل للمراجعة إذا كان بالإمكان تغييره خلال أجل تنفيذ الصفقة بسبب تغير الظروف الاقتصادية".

ب- الضمانات الإجرائية.

يبرم عقد البوت وعموما عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين شريك عمومي يمثل الدولة وشريك خاص يمثل شركة المشروع سواء كان مستثمرا تونسيا أو أجنبيا أو مختلطا. ويشكل حضور الدولة عنصر سيادة وسلطة قد يرهب الطرف المستثمر في حالة نشوب نزاع، لذلك بالإضافة إلى الضمانات الموضوعية التي يجب توفيرها للمستثمر، يفضل المستثمر اللجوء إلى وسائل ودية أو إلى التحكيم لفصل النزاع عوض خوضه أمام قضاء الدولة بما يترتب عنه من الخوف من الانحياز إلى جانب زخم الإجراءات واستغراق الوقت والمصاريف وعلنية الجلسات وكشف تفاصيل المشاريع. لذلك نص قانون الشراكة بين القطاعين في فصله 30 على فض النزاع الناجم عن تنفيذ العقد بالحسنى في مرحلة أولى وعلى المدة القصوى المخصصة لهذه المرحلة وذلك قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم إن اقتضى الأمر وتعدّرت المساعي الصلحية. في حين دقق المشرع في قانون الاستثمار لسنة 2016 طرق تسوية النزاع حيث نص في فصله 23 على تسوية النزاع بين الدولة التونسية والمستثمر بمناسبة تأويل أو تطبيق أحكام القانون وفق إجراءات المصالحة التي يتفق عليها الأطراف. وفي غياب ذلك يطبق نظام المصالحة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. وعند تعذر تسوية النزاع مع المستثمر الأجنبي بالمصالحة، يمكن حسب الفصل 24 اللجوء إلى التحكيم، في حين عندما يكون المستثمر تونسيا، يعرض النزاع على التحكيم إذا كانت له من حيث موضوعه صبغة دولية بمقتضى اتفاقية تحكيم. وبالتالي لا يتعارض وجود الطرف الحكومي والصبغة المرفقية للمشروع مع مجال التحكيم الذي حدده الفصل السابع والذي حصر إمكانية اللجوء إلى التحكيم بالنسبة إلى نزاعات الدولة عندما تكون "النزاعات ناتجة عن علاقات دولية اقتصادية كانت أو تجارية أو مالية". وقد تطرح الصبغة المرفقية للمشروع إشكالا في مدى خضوعها للتحكيم من ذلك قرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 69135 بتاريخ 19 ماي 2009 بين المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الفلاحة والموارد المائية كطالب بإبطال حكم تحكيم دولي في حق مجمع "فيروفيال كومترا" وقد اعتبر هذا القرار أن موضوع النزاع هو صفقة عمومية وهي عقد إداري غير قابل للتحكيم¹. لكن هذا الاتجاه المتشدد لاقى انتقاد الفقه لتضييقه في سبل التسوية خاصة بحضور عنصر أجنبي قد لا يثق في قضاء الدولة عندما يكون في نزاع معها ونزع كل جدوى عن الفصل 7 من مجلة التحكيم²، كما أنه اتجه قضائي غير مستقر من ذلك أن المحكمة الابتدائية بتونس اعتبرت منذ سنة 1976 أن المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية يجوز لها اللجوء إلى التحكيم ولا يشملها التحجير. واعتبرت نفس المحكمة في قرار آخر سنة 2002 عند النظر في نزاع نشب بين إحدى المؤسسات الاقتصادية ولجنة تنظيم دورة ألعاب البحر الأبيض المتوسط لسنة 2001 أن اللجنة تقوم بوظائف سيادية تتمثل في تنظيم وتسيير مرفق عمومي لكنها تقوم أيضا

¹ - Ahmed OUERFELLI, L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne, éd. Latrach, Tunis, 2010, n°337, p.119.

² - Lotfi CHEDLY, Administration et arbitrage (une lecture de l'article 7-5 du code Tunisien de l'arbitrage), études juridiques, 2006, n°13, p.179. ; - Lazhar BOUONY, Les personnes morales de droit public et l'arbitrage, in, Les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international, actes de colloque, Tunis 2, 3 et 4 novembre 1981, éd. CERP, Tunis, 1983, p.247.

بنشاط تجاري: بيع التذاكر والإشهار، لذلك اعتبرت أن الشرط التحكيمي قائم ومنتج لآثاره¹. وعندما يتعلق النزاع بتنفيذ عقد بوت، فإن المشروع يكتسي صبغة اقتصادية واستثمارية ومالية رغم تعلقه ببنية تحتية أو مرفق عمومي

هذه الآلية كوسيلة آمنة وناجعة بالنسبة إلى المستثمر الأجنبي أو الوطني على حدّ سواء خاصة في عقود الاستثمار طويلة المدى من حيث البناء والتشغيل للحصول على المقابل المادي كما هو الشأن في عقد البوت.

يمثل عقد البوت وسيلة هامة وناجعة في رفع العبء الاقتصادي عن الدول النامية لكونه يوفر إطارا تعاقديا لتمويل إنشاء مشاريع البنية التحتية وتشغيلها وفق أساليب متطورة في التسيير بتمويل خاص. لكنه يتميز بنوع من التشابك والتعقيد باعتبار تنوّع الأهداف التي يسعى لتحقيقها في النوع الواحد من العقود. فهو يسعى إلى تمويل تشييد المرافق العامة من جهة إضافة إلى كونه يعدّ من أساليب تفويض المرافق من جهة أخرى، فهو يجمع بين الجانب التمويلي وجانب الإدارة والتسيير. ويعتبر هذا الصنف من العقود ضرورة اقتصادية تفرضها حاجيات الدولة والنمط الاقتصادي الذي تشبّع بأموال القطاع الخاص، بينما أصبحت البرامج الاقتصادية تحتسب تكلفة وعبء ماليا على الدولة. وأمام اقتصاد سوق لابدّ من قانون دولة، ليس لخلق عداوة أو فرض خناق وإنما تصالح واندماج بين الاقتصاد والدولة، بين العام والخاص، ويمثل القانون إطارا آمنا لهذا الاستثمار. وقد وجد عقد البوت في قانون الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص ملاذا للاستئناس به وتأطيره، لكن لضمان نجاعة أفضل لهذه الأداة التعاقدية التمويلية يتجه تدخل المشرع لتنظيمه بقانون خاص يميّزه عن عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، خاصة للأسباب التالية:

- إن عقود البوت لا تدخل ضمن نفقات التنمية في ميزانية الدولة، حيث يتحمّل المستثمر تكلفة الإنشاء والتشغيل، وبالتالي لا تتحمّل الدولة أية أعباء.

- تفتح عقود البوت المجال لاستخدام التقنيات الحديثة بالمشاريع ونقل التكنولوجيا المتقدمة إلى الدول النامية، خصوصاً أن بعض الدول لا تستطيع تحمّل التكلفة الباهظة للتكنولوجيا.
- تتيح عقود البوت الفرصة للقطاع الخاص للمشاركة في عمليات التنمية والذي كان قاصراً في بعض البلدان على القطاع الحكومي فقط، وهو التوجّه في اقتصاد مبني على حرية الاستثمار وعلى انفتاح السوق.

- تمكّن عقود البوت من تجاوز مساوئ عقود الشراكة سواء من حيث عبء التكاليف أو طريقة الأداء بالتقسيم التي أدّت إلى تقسيط المشروع وتجزئة تنفيذه في كل مرة من القطاع الخاص في انتظار وفاء الدولة بقسط سابق.

- تعتبر عقود البوت وسيلة لمكافحة الفساد الإداري، في مرحلة تنفيذ المشروع الذي سيكون بالضرورة مطابقا لمواصفات الجودة طالما أن الاستغلال سيكون من الطرف الخاص لمدة معيّنة.

¹ -... op.cit., n°328, p.116 et suiv. Ahmed OUEFFELLI, L'arbitrage dans

عقد الإيجار المالي في القانون الوضعي التونسي



د. هاجر فطناسي، المعهد العالي للدراسات القانونية بقابس، (تونس)

د. هدى الطاهري، المعهد العالي للدراسات القانونية بقابس، (تونس)

إن الاستثمار أصبح اليوم مطلب كل دولة تبحث عن إنعاش اقتصادها وتطويره بقصد تحقيق التنمية. ولأنه مهم بل وضروري في بعض الدول التي تراجعت اقتصادياتها بشكل "مفزع" أصبح الحديث اليوم، كل الحديث مركزا على كيفية فتح آفاق الاستثمار والبحث عن الوسيلة الكفيلة بتحقيقه. فالشغل الشاغل اليوم لرجل القانون ورجل الاقتصاد ورجل السياسة وحتى المواطن العادي هو حل هذه المعضلة التي أجمع كل هؤلاء على خطورتها وعلى ضرورة حلها.

والعقار برغم طبيعته الثابتة كـ "شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله منه بدون تلف" كما عرفه الفصل 3 من مجلة الحقوق العينية التونسية له دور حركي في المجال باعتباره من مقومات الاستثمار ومن الركائز الأساسية التي يقوم عليها. فلا يتصور الحديث عن مشروع استثماري صناعي أو تجاري أو فلاحي في غياب العقار لأن العقار هو مكّون رئيسي له. فهو الأرض التي يقام عليها المشروع¹ وهو الوسيلة التي تحققه كما بالنسبة للعقارات الحكيمة أو العقارات بالتخصيص² التي هي في الأصل منقولات اكتسبت بفعل التحامها بمؤسسة اقتصادية (مصنع أو غيره) صفة العقار.³ وقد يكون العقار كذلك في نفس الوقت المكان والوسيلة كما في حالة الاستثمار الفلاحي أين يجتمع العقار الطبيعي والعقار الحكي لتحقيقه. فالعقار الطبيعي هو مجال الاستثمار و"الأدوات والحيوانات وغيرها من الأشياء"⁴ التي يضعها مالك العقار رصدا على خدماتها واستغلالها (وهي عقارات حكيمة) هي وسيلته.

لكن كل استثمار في حاجة إلى تمويل. فالتمويل شرط ضروري لتحقيق المشروع الاستثماري لأن المشروع الاستثماري لا يمكن أن يقوم على مجرد الفكرة أو التصور بل لا بد له من وسائل مادية تمكن من انجازه. ولأن المستثمر يعجز بوسائله الذاتية —بحكم الكلفة المرتفعة— عن تحقيق مشروعه الاستثماري فإنه يلجأ غالبا إلى مصادر تمويل أخرى تعينه على انجاز هذا المشروع.

وصيغ التمويل التي أسّستها المنظومة التشريعية التونسية متعددة ومتنوعة منها التقليدي ومنها الحديث، منها الكلاسيكي ومنها الإسلامي. فقد شهدت تونس بعد الثورة انتعاشة ملحوظة لنظام المالية

¹ ونقصد هنا العقار الطبيعي.

² جاء بالفصل 10 من مجلة الحقوق العينية التونسية أنه "يعد عقارات حكيمة ما يضعه المالك بعقاره من الأشياء المنقولة الملتحمة بالعقار بشكل يتعذر معه فصلها عنه دون إفسادها أو إفساد ما هي متصلة به".

³ وهذا الانصهار الذي تم بين العقار والمنقول فأصبح صفة الأول على الثاني بموجب افتراض تشريعي إنما غايته هو خدمة المؤسسة الاقتصادية.

⁴ الفصل 9 من مجلة الحقوق العينية التونسية.

الإسلامية بشكل عام والصيرفة الإسلامية خصوصا من خلال التأسيس لعدة نصوص¹ تركزها لعل أهمها على الإطلاق القانون عدد 48 لسنة 2016 المؤرخ في 11 جويلية 2016 المتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية² الذي ألغى القانون السابق له³ وأدرج عمليات الصيرفة الإسلامية ضمن العمليات البنكية في النظام البنكي التونسي.⁴

ويندرج ضمن صيغ التمويل الحديثة الإيجار المالي، وهي مؤسسة أمريكية الأصل إذ برزت في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1945 وازدهر العمل بها وتم تقنينها عام 1952 ثم انتشر استعمالها في عدة دول ومنها فرنسا التي شهدت تكوين أول شركة إيجار مالي عام 1964 فسارع المشرع الفرنسي إلى تنظيم هذا النشاط بسن قانون 1966 وتممه عام 1967 وعنه أخذ القانون التونسي.⁵ وقد أثر المنشأ الأمريكي لهذه المؤسسة على تسميتها التي جري العمل بها في أوساط المهنيين وحتى رجال القانون الذين درجوا على استعمال عبارة "Leasing".

والإيجار المالي من صيغ التمويل التي كانت وليدة التطبيق. فقد كانت في بدايتها ممارسة تكرر العمل بها ولاقت نجاحا الأمر الذي دعا المشرع إلى تقنينها وضبط الإطار التشريعي المناسب لها. ففي تونس مثلا تأسست أول شركة للإيجار المالي سنة 1984 وهي الشركة التونسية للإيجار المالي⁶ Tunisie Leasing بينما تدخل المشرع بسن قانون خاص بها ينظمها سنة 1994 وهو القانون عدد 89 المؤرخ في 26 جويلية 1994 المتعلق بالإيجار المالي⁷. ورغم أن اهتمامه بالمؤسسة كان متأخرا نسبيا إذا ما قارناه بتاريخ ظهورها فإنه كان له بسن هذا القانون فضل تأسيس مفهوم تشريعي صريح للإيجار المالي وتحديد ملامح النظام القانوني له. فقد عرف المشرع التونسي الإيجار المالي في الفصل الأول من القانون المذكور بكونه "عملية إيجار تجهيزات أو معدات أو عقارات مقتناة أو منجزة لغرض الإيجار من قبل المؤجر الذي يبقى مالكا لها معدة للاستعمال في الأنشطة المهنية أو التجارية أو الصناعية أو الفلاحية أو الصيد البحري أو في الخدمات". ويضيف "ويخول للمستأجر اقتناء تلك التجهيزات أو المعدات أو العقارات أو البعض منها في نهاية أمد الإيجار مقابل ثمن متفق عليه يأخذ بعين الاعتبار على الأقل في جزء منه المبالغ المدفوعة بعنوان الإيجار. ويمكن للمستأجر اقتناء تلك التجهيزات أو المعدات أو العقارات أو البعض منها خلال مدة الإيجار باتفاق مع المؤجر". وقد يسهّر هذا التعريف التشريعي لحد كبير تحديد ملامح المفهوم القانوني لهذه المؤسسة خاصة أمام تعدد مكوناتها وتعدد تقنياتها وهو ما يفسر ضعف مجال الاجتهاد الفقهي في تعريفها إذ لم تخرج جل التعريفات

¹ كالقانون عدد 30 لسنة 2013 المؤرخ في 30 جويلية 2013 المتعلق بالصكوك الإسلامية والقانون عدد 48 لسنة 2013 المؤرخ في 9 ديسمبر 2013 المتعلق بصناديق الاستثمار الإسلامية.

² الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 58 لسنة 2016 المؤرخ في 15 جويلية 2016، ص. 2516.

³ وهو القانون عدد 65 لسنة 2001 المؤرخ في 10 جويلية 2001 المتعلق بمؤسسات القرض.

⁴ انظر الفصل 4 من القانون.

⁵ عامر بورورو، "الإيجار المالي في فقه القضاء التونسي"، مجلة القضاء والتشريع، جوان 2005، ص. 13.

⁶ الأعمال التحضيرية عدد 11 المؤرخ في 19 جويلية 1994 للقانون عدد 89-94 المؤرخ في 26 جويلية 1994 المتعلق بالإيجار المالي، ص. 28.

⁷ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 60 لسنة 1994 المؤرخ في 2 أوت 1994، ص. 1343.

الفقهية المقترحة لهذه العملية عن التعريف التشريعي وكانت وفيه لمحتواه¹ والإيجار المالي يمكن أن يكون موضوعه منقولاً أو عقاراً. فقد تحدث المشرع عن إيجار المعدات والتجهيزات التي هي منقولات كما تحدث كذلك عن العقارات المنجزة أو المقتناة. ويطلق على النوع الأول الإيجار المالي للمنقول le leasing mobilier بينما يطلق على النوع الثاني الإيجار المالي العقاري le leasing immobilier². وخلافاً للعديد من التشريعات الأخرى التي اقترحت تعريفات منفصلة لكل من هذين النوعين من العمليات المالية (كما في المغرب مثلاً...) ³ فقد خیر المشرع التونسي جمعها في تعريف واحد بالنظر إلى اشتراك كل من هذين الصنفين من الإيجار المالي في عناصر التعريف الواجبة مفضلاً اعتماد التمييز على مستوى النظام القانوني المنطبق عليهما كلما اقتضت خصوصية كل صنف ذلك.⁴

ويطرح الإيجار المالي في علاقته بالعديد من العقود الأخرى لبساً بالنظر إلى نقاط الالتقاء التي تجمعها. إذ أثار الفقه⁵ علاقة الإيجار المالي بعقد الكراء الذي نظمته المشرع التونسي في أحكامه العامة في مجلة الالتزامات والعقود. فالكراء بحسب الفصل 727 من هذه المجلة "عقد يسلم به أحد الطرفين للآخر منفعة عقار أو منقول مدة بعوض يلتزم له بأدائه الطرف الآخر". ووجه الشبه بين عقد الكراء والإيجار المالي ثابت بالنظر إلى حضور العلاقة الكرائية في كلا العقدتين حيث يتحدث المشرع كذلك في القانون عدد 89 لسنة 1994 المتعلق بالإيجار المالي عن المؤجر والمستأجر وعن "عملية إيجار" وعن "معلوم معين" يجب دفعه، وهي كلها عناصر مشتركة مع عقد الكراء. ثم إن عقد الإيجار المالي يقوم بالأساس أثناء تنفيذه على الانتفاع بالعقار تماماً كالکراء العادي. لكن ذلك لا يمنع من وجود اختلافات تميز بينهما أهمها غياب خيار التملك في العقد الأول وحضوره في العقد الثاني. فالمؤجر في عقد الكراء العادي لا يلتزم بوعده بيع العقار كما يفرضه المشرع على المؤجر في عقد الإيجار المالي العقاري في الفصل 4 من القانون عدد 89 لسنة 1994.⁶ فإذا لم يكن عقد الإيجار المالي عقد كراء عادي وبسيط كما في أحكام مجلة الالتزامات والعقود هل يمكن أن نصفه بعقد بيع إيجاري⁷ une location vente ؟ مثل هذه الإمكانية هي كذلك غير واردة. فبرغم

¹ عامر بورورو، المقال السابق ذكره: جلال الفرجاوي، "الإيجار المالي في القانون التونسي"، مجلة القضاء والتشريع، أبريل 1999 : سلى خالد سلامة، "الإيجار المالي"، مجلة الأخبار القانونية لسنة 2007؛ عبد الستار الخويلدي، الإيجار المالي في فقه القضاء المقارن، مجلة القضاء والتشريع، نوفمبر 1999 .

² علماً وأن المشرع الفرنسي قد توسع في أنواع الإيجار المالي وأورد في الفصل 7-313 من المجلة النقدية والمالية الفرنسية أربعة أصناف من الإيجار المالي: الإيجار المالي للمنقول المادي، الإيجار المالي العقاري، الإيجار المالي للمنقول للأصل التجاري والإيجار المالي للحصص الاجتماعية والأسهم.

³ زكرياء العماري، القانون البنكي، مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمؤسسات الائتمان والعمليات التي تقدمها، سلسلة نصوص ووثائق قانونية، مجلة القضاء المدني، ص. 178 .

⁴ انظر القانون التونسي عدد 89 لسنة 1994 المتعلق بالإيجار المالي.

⁵ عامر بورورو، المقال السابق الذكر، ص. 19؛ جلال الفرجاوي، المقال السابق ذكره، ص. 48؛ T. BEN NASR, Droit bancaire Tunisien, 2ème édition, édition La maghrébine pour l'impression et la publication du livre, Tunis 2017, p.67.

⁶ انظر القرار التعقيبي المدني عدد 5644 المؤرخ في 20 أبريل 2005، نشرته محكمة التعقيب لسنة 2005، ص. 41 وقد جاء في حيثيات هذا القرار أن "وحيث أنه تأكيداً لذلك وبالرجوع إلى أوراق القضية وخاصة عقد الإيجار المالي الرابط بين الطرفين يتبين من الفقرة الأخيرة من فصله الثالث أن المتسوغ إلى جانب إرجاع المعدات موضوع الكراء مطالب بتسديد معينات الكراء المتبقية إلى حين انقضاء المدة العادية للكراء وعليه فإن التمسك بأحكام الفصلين 284 و 336 م.أ.ع. وغيرها من القواعد المنظمة للكراء العادي في غير طريقه."؛ القرار التعقيبي المدني عدد 5284 المؤرخ في 9 فيفري 2006، نشرته محكمة التعقيب لسنة 2006، ص. 1.

⁷ أو عقد بيع بالتقسيط متستر بالكراء كما وصفه بعض الفقه. انظر عبد الستار الخويلدي، المقال السابق ذكره، ص. 78؛ جلال الفرجاوي، المقال السابق ذكره، ص. 51.

اقترب عقد البيع الإيجاري أكثر من خصائص الإيجار المالي بالنظر إلى أن كليهما يبدأ بكراء وينتهي ببيع فإنهما يختلفان من حيث كون إحالة الملكية تكون وجوبية وآلية بمجرد انتهاء العقد في عقد البيع الإيجاري، فلا خيار أمام المستأجر في أن يقتني أو لا يقتني العقار المستأجر كما بالنسبة للإيجار المالي العقاري. ووعد البيع يكون ملزما للجانبين في هذا العقد لا لجانب واحد كما في الإيجار المالي.¹

طرح كذلك المقارنة مع البيع المؤجل فيما إذا كان يمكن اعتبار الإيجار المالي العقاري بيعا مؤجلا لكن مثل هذه المقارنة انتهت باختلاف العقدين بالنظر إلى أن ملكية العقار تنتقل في البيع المؤجل منذ إبرام العقد مع تأجيل تنفيذه لوقت لاحق أما في الإيجار المالي فإن المستأجر يحتفظ بصفته تلك طيلة العقد ولا تنتقل له صفة المالك إلا إذا استعمل خيار التملك.²

وقد طرح الفقه الفرنسي كذلك مسألة التمييز بين الإيجار المالي والكراء المالي البسيط *la location financière simple* فالكراء المالي هو بحسب تعريفه عقد مختلط يجمع الكراء والبيع. ففي هذه الحالة تتولى شركة الكراء المالي شراء مال وكرائه للشركة التي تطلبه. وتتولى عادة الشركة الطالبة اختيار المزود والتفاوض على الثمن معه لكن في نهاية العقد لا يفتح للمستأجر خيار التملك، فالشركة المستأجرة ليس لديها إلا أن ترجع المال أو أن تتولى تجديد الكراء لكن مثل هذا الكراء المالي يطرح خاصة في التجهيزات والمعدات أكثر منه في العقارات.³

ودراسة الإيجار المالي أو الانتماء الإيجاري العقاري كما يطلق عليه بعض التشريعات العربية الأخرى له أهمية نظرية ثابتة وفائدة عملية محققة.

فمن الناحية النظرية، تحقق دراسة الإيجار المالي العقاري التعرف على مؤسسة في غاية من التعقيد القانوني. فلأنها مؤسسة نشأت من رحم الواقع ولم يقع هندستها في مخبر رجال القانون فقد ثارت على كل ما هو تقليدي من الضوابط القانونية وتمردت على كل الأعراف والنواميس الجارية في المجال القانوني. فالإيجار المالي العقاري (وهو أيضا ينطبق على الإيجار المالي ككل) هو من أكثر العمليات القانونية المركبة: فهو من ناحية مجال لتداخل العديد من أنواع العقود: عقد الكراء من جهة وعقد البيع من جهة أخرى وعقد القرض من جهة ثالثة وكذلك عقد الوكالة. فالإيجار المالي العقاري ليس كراءا كما سبق الإشارة إليه ولكنه يأخذ من الكراء بعض قواعده. والإيجار المالي ليس بيعا ولكنه كذلك يمكن أن يرتب بيعا. والإيجار المالي ليس قرضا ولكن له مفعول القرض من حيث كونه مصدر تمويل للمستثمر. والإيجار المالي ليس وكالة ولكن يمكن أن يستعمل الوكالة في تنفيذه. وهو بهذا المعنى يشكل عقدا من نوع خاص يخرج عن كل القواعد التقليدية التي تقوم عليها النظرية العامة للالتزام ويلغى الحدود الفاصلة بين العقود المسماة التي تفرضها خصوصيتها ليفتح مجال حرية للمستثمر من خلال هذا العقد ليتنقل بين قواعد عقد الكراء وعقد البيع وعقد القرض وعقد الوكالة ويليغي المسافة الفاصلة بينها. وهو من ناحية أخرى تقنية قانونية تتطلب الرجوع إلى العديد من

¹ عامر بورورو، المقال السابق الذكر، ص. 21؛ جلال الفرجاوي، المقال السابق ذكره، ص. 51؛ عبد الستار الخويلدي، المقال السابق ذكره، ص. 78.

² T. BEN NASR, op.cit., p.67

انظر كذلك قرار تعقيبي جزائي الصادر بتاريخ 3 أكتوبر 2017، التقرير السنوي لمحكمة التعقيب 2017، ص. 306.

³ J. L. CAPDEVILLE, M. STORCK, R. ROUTIER, M. MIGNOT, J-P. KOVAR et N. ERÉSEÓ, Droit bancaire, éd. Dalloz, 1^{ère} édition, Paris 2017, p.812 n°1464.

فروع القانون الخاص. فهو ليس من مجال فرع بعينه. فالإيجار المالي العقاري هو مؤسسة تتطلب الرجوع إلى أحكام القانون العقاري وكذلك القانون البنكي وهي تحيلنا كذلك إلى أحكام القانون المدني وكذلك القانون التجاري. إذ يتداخل في تنظيم هذه المؤسسة المدني والتجاري رغم استقلالية كل منهما عن الآخر. ولعل هذا المعطى هو الذي يفسر انطباق العديد من النظم القانونية على هذه المؤسسة. فإذا نظرنا إلى الإيجار المالي العقاري كمؤسسة مالية نجده يخضع في جزء كبير منه إلى نظام البنوك والمؤسسات المالية وإلى الأحكام المنظمة له في قانون 11 جويلية 2016، وإذا نظرنا إليه كعقد نجدنا نطبق عليه أحكام "القانون العام" للعقود¹ فضلا عن الأحكام الخاصة الواردة في قانون 26 جويلية 1994. وفي هذا السياق، تعتبر عملية الإيجار المالي خلافا للأعمال القانونية الأخرى التي غالبا ما تكون أعمال ثنائية تجمع بين شخصين يجمعهما مجلس واحد - مجلس العقد²، عملية ثلاثية تجمع المستأجر للعقار والمؤجر وكذلك المزود. وهو لا يمكن كذلك أن يتم في مجلس واحد بالنظر إلى أنه يتم على مرحلتين متتاليتين: مرحلة ما قبل عقدية كما وصفها الفقه³ يتم فيها نقل ملكية العقار لمؤسسة الإيجار المالي ومرحلة عقدية يتم فيها انجاز الإيجار المالي بين المؤسسة المذكورة والمستثمر العقاري الذي يأخذ صفة المستأجر.

من الناحية التطبيقية كذلك يحقق الإيجار المالي العقاري فائدة اقتصادية ثابتة للمستثمر العقاري، فهذه الصيغة لتمويل المستثمر العقاري تمكنه (بوصفه مستأجرا) من تمويل مشروعه بدون تمويل ذاتي، الأمر الذي يجعل منها تقنية ناجعة لتمويل الاستثمارات العقارية.⁴ لذلك يلتجأ المهنئون كثيرا لهذه الآلية كآلية من آليات التمويل ويقع العمل بها كثيرا خاصة بالنسبة للمؤسسات الصغرى والمتوسطة. فهي تحقق بالنسبة له فائدة حينية وأخرى مؤجلة: الحينية في أنها تمكنه من الحصول على عقار مهني (أو عقار معد لاستخدام مهني) بدون دفع مسبق لسيولة أو الالتزام بدءا بتمويل ذاتي وهو ما يشكل عنصر تحفيز مالي باعتباره يمكن من الحفاظ على خزانة المؤسسة لتخصيصها لنشاطها الاقتصادي فضلا عما يحققه استعمال ذلك العقار من مداخيل وأرباح تمكنه من تغطية معالم الكراء المستوجبة. وأما المؤجلة فتكمن في امتلاك العقار وإثراء الذمة المالية به عند نهاية العقد دون حاجة إلى إبرام عقد بيع وشراء يجمعه بمؤسسة الإيجار المالي⁵ ولا كذلك تخصيص ثمن آخر كقابل لانتقال الملكية لأن المبالغ المدفوعة بعنوان الإيجار المالي تأخذ بعين الاعتبار في احتساب الثمن على الأقل في جزء منها حسب منطوق الفصل الأول فقرة ثانية من القانون عدد 89 لسنة 1994. زيادة على ذلك تحقق هذه العملية فائدة جبائية ثابتة بالنظر إلى كون معينات الكراء المدفوعة بعنوان إيجار مالي تعتبر تحملات قابلة للاقتطاع.⁶

¹ انظر الفصل الثاني من قانون 26 جويلية 1994.

² انظر الفصل 27 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

³ T. BEN NASR, op.cit., p.72.

⁴ S. HENTATI KTARI, Le banquier dispensateur de crédit, thèse de doctorat en droit privé, Faculté de droit de Sfax, Année universitaire 2015/2016, p.111.

⁵ بالنظر إلى خيار التملك الموجود في العقد وهو أحد عناصره الأساسية.

⁶ T. Ben nasr, op.cit., p.67 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Droit bancaire : institutions, comptes, opérations, services, édition Litec, Paris 2008, p.402 ; J. L. CAPDEVILLE, M. STORCK, R. ROUTIER, M. MIGNOT, J-P. KOVAR et N. ERÉSÉO, op.cit., p.812, n°1463.

وتجدر الإشارة إلى أن فائدة الإيجار المالي العقاري لا تقتصر على مستوى المستثمر العقاري أي المستأجر بل لها كذلك عدة إيجابيات تتحقق لفائدة المؤجر الذي بمحافظته على ملكية العقار خلال مدة العقد يسهل عليه منح التمويل وذلك بالنظر إلى الضمان الذي يوفره ملكيته له في صورة عسر المستأجر أو عدم قدرته على الخلاص.

إن عقد الإيجار المالي العقاري هو عقد مميز فريد يخرج عن المتداول من العقود لا بالنظر لكونه عقد مركب من الناحية القانونية بل كذلك لأنه عقد مثمر من الناحية الاقتصادية، وآثاره الإيجابية على الأطراف المتداخلة فيه لا تدع أي مجال للشك لكن بالمقابل في التشريع التونسي انحصر الاهتمام به في تشريع واحد¹ كان الأول وهو إلى حد الآن الوحيد الذي ينظمه. فهل أن التشريع المتعلق بالإيجار المالي في تونس وفق في استيعاب خصوصية هذا العقد وأسس لنظام قانوني ناجح يمكن من جعل الإيجار المالي العقاري وسيلة ناجعة لدفع الاستثمار العقاري؟

إذا كانت الشروط التي ضبطها المشرع التونسي بالقانون عدد 89 لسنة 1994 شروط ميسرة لإبرام العقد محفزة للمستثمر (الجزء الأول) فإن الالتزامات المترتبة عنه لم تحظى بالتأطير التشريعي الكافي الذي يراعي خصوصيتها الأمر الذي سيؤثر على نجاعة تنفيذ العقد (الجزء الثاني)

الجزء الأول: شروط ميسرة للإيجار المالي العقاري تسهل إبرامه

يتميز قانون 26 جويلية 1994 المتعلق بالإيجار المالي بشروط ميسرة للتعاقد محفزة للمستثمر العقاري وهذا يبدو من خلال تعدد العقارات المعنية بالإيجار المالي وتوسع المجالات المهنية المشمولة بالعقد من جهة (الفقرة الأولى) وتنوع صيغ التعاقد والضمانات الشكلية المقترنة به من جهة أخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعدد العقارات المعنية بالإيجار المالي وتوسع المجالات المشمولة بالعقد

تطبيقا لأحكام الفصل الأول من القانون عدد 89 لسنة 1994 فإن الإيجار المالي يتعلق بأصناف عقارية مختلفة كما أنه يشمل مجالات مهنية متعددة.

أ- الإيجار المالي العقاري وأصناف العقارات المعنية به

يعرف المشرع التونسي العقاري في الفصل 3 من مجلة الحقوق العينية بأنه " كل شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله منه بدون تلف". ويعرفه الفقه كذلك بكونه الأرض وما اتصل بها.² ويصنف المشرع في نفس المجلة العقارات إلى ثلاثة أصناف: فهي إما أن تكون عقارات طبيعية أو حكومية أو تبعية.³ ويقصد بالعقارات الطبيعية الأراضي والمباني والنباتات ما دامت متصلة بالأرض.⁴ كما تشمل أيضا بحسب الفصل 6 من مجلة

¹ وهو القانون عدد 89 لسنة 1994 المتعلق بالإيجار المالي.

² محمد كمال شرف الدين، دروس في القانون المدني، الأموال، محاضرات مرقونة، السنة الجامعية 2000-2001، ص. 12؛ حاتم المحمدي، دروس في القانون المدني، الجزء الأول، قانون الأموال، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2012، ص. 34؛ عبد المجيد الزروقي، الأموال (الحقوق العينية الأصلية)، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2013، ص. 80.

³ الفصل 4 من مجلة الحقوق العينية

⁴ الفصل 5 من مجلة الحقوق العينية.

الحقوق العينية الأجهزة والأنابيب اللاصقة بالأراضي والمباني والمتممة لها. والصابة على سوقها والثمار في أصولها هي أيضا من العقارات فإذا جذت صارت من المنقولات ولولم تنقل¹.

أما العقارات الحكومية أو العقارات بالتخصيص فقد تحدث عنها الفصلين 9 و 10 من مجلة الحقوق العينية وميز بين صورتين: صورة التخصيص الاقتصادي وصورة التخصيص المادي. فالصورة الأولى تتعلق بالنشاط الفلاحي. وقد اعتبر المشرع في الفصل 9 من مجلة الحقوق العينية أنه يعد عقارات حكومية ما يضعه المالك في أرضه من الأدوات والحيوانات وغيرها من الأشياء رصدا على خدمتها واستغلالها. فالمنقولات التي يستغلها إذا المستثمر الفلاحي من أدوات وحيوانات وغيرها تصبح بحكم تبعيتها الاقتصادية للعقار الفلاحي عقارا لكن وصف العقار الذي يمنح لها يبقى متوقفا على شرط اتحاد المالك. أما الصورة الثانية فهي تتعلق خاصة بالأنشطة الصناعية أين تتطلب المؤسسات أحيانا اقتناء معدات وتجهيزات يستوجب التحامها بالعقار الموجودة به. ولذلك اعتبرها المشرع بحكم الالتحام المادي الذي يتحقق لها مع ذلك العقار عقارات حكومية. جاء بالفصل 10 من مجلة الحقوق العينية " يعد عقارات حكومية ما يضعه المالك بعقاره من الأشياء المنقولة الملتحمة بالعقار بشكل يتعذر معه فصلها عنه دون إفسادها أو إفساد ما هي متصلة به". أما الصنف الثالث والأخير من العقارات فهو العقارات التبعية التي عرفها الفصل 11 من المجلة بكونها "الحقوق العينية العقارية والدعاوى المتعلقة بها".

على أن هذا التصنيف الذي اعتمده المشرع في مجلة الحقوق العينية لم يكن نفسه المنتهج في قانون 26 جويلية 1994 المتعلق بالإيجار المالي. فقد اعتمد مشرع القانون عدد 89 لسنة 1994 تصنيفا آخر يقوم على التمييز بين العقارات المقتناة والعقارات المنجزة وجاء بالفصل الأول من القانون المذكور "الإيجار المالي هو عملية إيجار تجهيزات أو معدات أو عقارات مقتناة أو منجزة...". وقد التزم المشرع التونسي بهذا التصنيف كامل فصول القانون الذي يراوح بين استعمال عبارة "العقارات المقتناة أو المنجزة" حينما وعبرة "العقارات" بشكل عام حينما آخر².

ويقصد بالعقارات المقتناة تلك التي تكتفي فيها شركة الإيجار المالي بشرائها ونقل ملكيتها إليها دون أي تدخل في محتواها. فالشركة المؤجرة تكتفي في هذه الحالة بنقل ملكية العقار إليها وإحالتها على الحالة التي تم اقتنائها بها إلى المستأجر دون أي تغيير أو إضافة. أما العقارات المنجزة فتدخل شركة الإيجار المالي فيها ثابت لكن السؤال يبقى مطروحا حول طبيعة الإنجازات التي تقوم على إثرها بالإيجار المالي للعقار؟

تحدث المشرع التونسي في الفصل 4 من القانون عدد 89 لسنة 1994 عن العقارات المنجزة واستعمل في الفقرة الأخيرة من الفصل المذكور عبارة "البناءات". فالبناءات بحسب هذا الفصل التي تنجزها شركة الإيجار المالي لفائدة المستأجر وفقا لمتطلبات مشروعه الاستثماري يمكن أن تتم بطريقتين: إما فوق أرض الشركة المؤجرة وهي الفرضية التي تحدثت عنها الفقرة الأولى من الفصل 4 وفي هذه الحالة تحتفظ الشركة بملكية الأرض وما بني فوقها بموجب الالتصاق إلى حين تحقق خيار الشراء من المستأجر في نهاية

¹ الفصل 7 من مجلة الحقوق العينية.

² انظر الفصول 1 و 4 و 5 و 14 و 15 من القانون.

العقد وإما أن تتم فوق أرض المستأجر وفي هذه الحالة فإن ملكية الشركة المؤجرة تقتصر فقط على البناءات المنجزة في حين يحتفظ المستأجر بملكية أرضه ولا يقع تطبيق قاعدة الالتصاق إلا عند تنفيذ خيار التملك. ويضيف الفصل " وفي هذه الحالة يجب أن يتضمن عقد الإيجار المالي اتفاق الطرفين بخصوص حقوق كل منهما الموظفة على الأرض خلال مدة الإيجار". وقد انتقد الفقه الفرنسي¹ تكييف هذه العملية بكونها إيجارا ماليا عقاريا باعتبارها لا تحمل خيار التملك. فالمستأجر في هذه الحالة تنتقل إليه الملكية بشكل آلي ويصبح مالكا للمبنى لا بمفعول الشراء بل بمفعول الالتصاق.²

وفي كلا الحالتين وسواء تعلق الأمر ببناء على أرض الشركة المؤجرة أو على أرض المستأجر فإن الشركة المؤجرة تأخذ على عاتقها تمويل البناء لكنها تترك لحريتها مهمة متابعة الأشغال والاتصال بالأشخاص المعنية والتنسيق معها بمقتضى عقد وكالة تمنحه الشركة لفائدته. لكن محكمة التعقيب التونسية في قرار جزائي صدر بتاريخ 3 أكتوبر 2017 نفت عن المتسوغ صفة الوكيل في عقد إيجار مالي واعتبرت أن العقد الرابط بين شركة الإيجار المالي والمعقب ضده لا يمكن أن يكون فيها هذا الأخير وكيلا عن الأولى " إذ أن العلاقة القائمة بينهما تبقى علاقة مع متسوغ بصريح أحكام الفصل الأول من القانون عدد 89 لسنة 1994 السالف بيان نصه ولا يمكن بحال أن تخضع لأحكام الوكالة على معنى الفصول المنظمة لها صلب مجلة الالتزامات والعقود فلكل مؤسسة منهما أحكامها الخاصة" وأضافت " وحيث طالما تبين وأن العقد الرابط بين الطرفين هو في كنهه عقد إيجار مالي فإن عبارة وكيل بالفرنسية بالفصل الثاني من الشروط العامة لا تغير من حقيقة العقد ومقصده ولا تأثير لذلك اللفظ والتركيب عليه".³ لكن ألا يمكن أن يؤخذ تدخل الشركة المؤجرة في إنجاز العقار شكلا آخر غير البناء كالقيام بمغروسات مثلا في حالة تعلق الأمر بمشروع استثماري فلاحي؟

ماذا إذا تعلق الأمر بمنشآت⁴ des ouvrages مخصصة لنشاط صناعي أو خدماتي؟ يدفع لهذا التساؤل عاملين: أولهما اتساع رقعة الاستثمار العقاري الذي لا يقتصر فقط على البناءات بل يمكن أن يتخذ أشكالا أخرى متطورة بحسب طبيعة الاستغلال بما يجعل الاقتصار على البناءات كشكل من أشكال العقارات المنجزة من شركة الإيجار المالي يضيّق من نطاق تدخلها ويضيّق كذلك من آفاق انتفاع المستثمر العقاري بعقد الإيجار المالي العقاري الذي يربطه بها. والعامل الثاني هو أن أحكام مجلة الحقوق العينية التي تحدثت عن الالتصاق أوردت في فصلها 34 صور أخرى للإنجازات التي يمكن أن تحدث على العقار فقد ورد بهذا الفصل أن " البناءات أو المغروسات أو المنشآت على الأرض أو في باطنها تعتبر أن مالك الأرض قد أقامها على نفقته وأنها ملك له ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك " لكن التأويل الضيق للنص الخاص يقتضي عدم التوسع في منطوقه خاصة أمام غياب فقه قضاء يحسم المسألة.

¹ J. L. CAPDEVILLE, M. STORCK, R. ROUTIER, M. MIGNOT, J-P. KOVAR et N. ERÉSÉO, op.cit., p.819n°1481 ; T. BONNEAU, Droit bancaire, 8^{ème} édition, édition Montchrestien, Paris 2003, n°553.

² وهي مسألة تؤكدتها كذلك في القانون التونسي صياغة النص. جاء بالفصل 4 من القانون في فقرته الثانية " وإذا أنجزت البناءات فوق أرض المستأجر تنتقل ملكيتها إليه عند نهاية عقد الإيجار بموجب الالتصاق".

³ القرار التعقيبي الجزائي الصادر بتاريخ 3 أكتوبر 2017، التقرير السنوي لمحكمة التعقيب 2017، ص.307.

⁴ وهي إنجازات لا تتطلب بالضرورة بناء بل تركيبا لعناصر جاهزة.

من ناحية أخرى، تطرح العقارات المعنية بالإيجار المالي مسألة موضع العقارات بالتخصيص من هذه العملية ويثار التساؤل خاصة إذا علمنا أن العقارات بالتخصيص هي في الأصل منقولات وهي لا تأخذ صفة العقار إلا بعد تخصيصها لخدمته وتوفر شرط اتحاد المالك.

ويصعب مبدئياً بحسب الفقه¹ أن تكون العقارات بالتخصيص موضوع عقد إيجار مالي عقاري بالنظر إلى طبيعتها المنقولة الأصلية فهي لا تكتسب صفة العقار إلا بعد تخصيصها للاستغلال الفلاحي أو الصناعي وهذا لا يتم إلا بعد بداية النشاط وشرط أن يكون المالك واحداً. أما في حالة الإيجار المالي العقاري فإن الاستغلال يكون عادة بعد الحصول على العقار. ثم إن المستأجر لا يكون مالكا خلال تنفيذ العقد لكن هذه المسألة تبقى ممكنة في صورة ما إذا كان العقار الذي تم اقتنائه هو مستغل أو منشأة اقتصادية أو صناعية احتوت على معدات أو آلات ملتحمة بها وأخذت صفة العقار بالتخصيص مع مالكيها الأصلي قبل أن يتولى نقل ملكيتها إلى شركة الإيجار المالي وهي الوضعية المطروحة خاصة في التطبيق بما يعرف بالليزباك lease back.²

ب- المجالات المهنية المشمولة بعقد الإيجار المالي:

تعرض المشرع التونسي في الفصل الأول فقرة أولى من القانون عدد 89 لسنة 1994 إلى الأنشطة المعنية بعملية الإيجار المالي فذكر الأنشطة المهنية أو الصناعية أو التجارية أو الفلاحية أو الصيد البحري أو الخدمات وهو ما يعني بقراءة عكسية للنص أنه يقضي من دائرة الانتفاع بعقد الإيجار المالي كل استعمال شخصي أو خاص للعقارات موضوعه. فالطبيب مثلاً يمكنه استعمال عقد الإيجار المالي العقاري لأجل إنشاء مصحة لكنه لا يستطيع إبرام هذا العقد لأجل الحصول على مسكن وكذلك الأمر بالنسبة لغيره من المهنيين. فلا يمكن في هذه الحالة تطبيق أحكام الإيجار المالي ولا حتى تكييف العقد المبرم بكونه عقد إيجار مالي وإنما يمكن اعتباره فقط بحسب الفقه الفرنسي من قبيل الكراء المقترن بخيار الشراء.³ والحقيقة أن قصر إبرام عقد الإيجار المالي العقاري والإيجار المالي بشكل عام على المهنيين له ما يبرره فهو يدخل في فلسفة إنشاء هذه الآلية من آليات التمويل وهو دفع الاستثمار وتيسير بعث المشاريع للمستثمرين الذين لا يملكون الوسائل الذاتية الكافية لذلك، وبالتالي فإن فتح المجال كذلك للخواص لاستعمال هذا العقد أو كذلك للمهنيين لاستعماله في أغراضهم الخاصة والعائلية سوف يحيد به عن الهدف الذي أنشأ من أجله لأنه سيحوّله إلى شكل من أشكال القروض الاستهلاكية لا القروض الاستثمارية. وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي نظم في نفس الفصل المتعلق بعقد الإيجار المالي - وهو الفصل 1313-1 من المجلة النقدية والمالية الفرنسية- عقد الكراء مع خيار الشراء واعتبرهما من قبيل عمليات القرض. كما فرض أن لا يتم إبرامهما إلا من قبل مؤسسات بعينها وهي البنوك والشركات المالية المتخصصة.

¹ T. BEN NASR, op.cit., p.69.

² جلال الفرجاوي، الإيجار المالي في القانون التونسي، المقال السابق ذكره، ص.53.

J. L. CAPDEVILLE, M. STORCK, R. ROUTIER, M. MIGNOT, J-P. KOVAR et N. ERÉSÉO, op.cit., p. 818, n°1480.

³ J. L. CAPDEVILLE, M. STORCK, R. ROUTIER, M. MIGNOT, J-P. KOVAR et N. ERÉSÉO, op.cit., p. 811, n°1461.

و بالرجوع إلى قائمة الأنشطة التي أوردها المشرع التونسي في قانون 26 جويلية 1994 فإنها تثير العديد من الملاحظات.

الملاحظة الأولى، أن هذه القائمة تفتقد للدقة الاصطلاحية. فعبرة الأنشطة المهنية التي استعملها المشرع في بداية القائمة كانت كافية للاستغناء عن بقية الأنشطة الأخرى لأنها قادرة بصيغة العمومية التي تميزها على استيعابها جميعا. فالنشاط التجاري هو نشاط مهني وكذلك النشاط الصناعي والفلاحي والخدمات. وبالتالي فإن استعمال عبارة "أو" الفاصلة بين عبارة الأنشطة المهنية وبقية الأنشطة ليس في محله لأنه يفيد الفصل بين هذه الأنشطة وبقية الأنشطة الأخرى المذكورة والحال أن الأسلم هو أن هذه الأنشطة ليست إلا نماذج وأمثلة للأنشطة المهنية.¹ ولعل المشرع قد أراد من خلال هذه العبارة الإشارة إلى المهن الحرة ولكنه أساء صياغة النص.

الملاحظة الثانية، أن التمييز بين الأنشطة الصناعية والأنشطة التجارية مدعى للنقد تماما كالتمييز الحاصل بين الأنشطة الفلاحية والصيد البحري. فالأنشطة الصناعية والأنشطة التجارية هي بالنسبة لرجل القانون تخضع جميعها لأحكام القانون التجاري ويوصف صاحبها بأنه تاجر حسب الفصل 2 من المجلة التجارية.² فالمصنّع تاجر بنظر القانون تماما كالتاجر الذي يتركز نشاطه على أعمال التداول لأن التجارة في مفهوم القانون التجاري لها معنى واسع يشمل لا فقط أعمال التداول بل كذلك أعمال الإنتاج والمضاربة والوساطة. وحتى الخدمات هي كذلك في جانب منها أعمال تجارية، وهي أعمال إنتاج ذهني إذا اقترنت بغاية الربح. وبالتالي فإن الفصل الذي يقيمه المشرع في القانون عدد 89 لسنة 1994 بين الأنشطة الصناعية والتجارية لا معنى له ويعكس تناقض المشرع مع نفسه.

من جهة أخرى، فإن نشاط الصيد البحري ليس إلا شكلا من أشكال النشاط الفلاحي لأن الفلاحة تقوم بالأساس على ثلاث قطاعات أساسية: الزراعة وتربية الماشية والصيد البحري وهو ما يجعل أفراد الصيد البحري بعبارة خاصة غير ذي فائدة.

الملاحظة الثالثة، أن المشرع وسّع إلى حد كبير من نطاق الأنشطة المشمولة بعملية الإيجار المالي ولم يرد أن يخص به قطاعا دون غيره تاركا بذلك المجال لانتفاخ واسع بهذه الآلية من آليات الاستثمار العقاري.

الفقرة الثانية: تنوع صيغ التعاقد والضمانات الشكلية المقترنة بإبرامه:

توسع المشرع التونسي بعد الثورة بالعمل بعقود الإيجار المالي من خلال إنشاء صيغة أخرى لهذا الشكل من أشكال تمويل العقود وهي التمويل بالإجارة مع شرط التملك التي أوردها في قانون 11 جويلية 2016 المتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية ميسّرا بذلك على شريحة هامة من المستثمرين الذين يرغبون في العمل حسب المعايير الشرعية من الاستفادة من هذا النوع من العقود (أ) من جهة أخرى حاول المشرع كذلك أن يحيط إبرام العقد ببعض الضمانات الشكلية الضرورية لحماية المتعاقدين والغير (ب).

¹ كان بإمكان المشرع أن يستعمل عوض عبارة "أو" عبارة كـالأنشطة التجارية والصناعية والمهنية ...

² جاء بالفصل الثاني من المجلة التجارية أنه "يعد تاجرا كل شخص اتخذ له حرفة من تعاطي أعمال الإنتاج أو التداول أو المضاربة أو التوسط فيما عدا الحالات المنصوص عليها بالقانون. ويعد تاجرا بالخصوص كل من يباشر على وجه الاحتراف: ...صنع المواد المكيفة وتحويلها...".

أ- أشكال عقود الإيجار المالي:

يعد الإيجار المالي من أهم صيغ التمويل الحديثة فهو يخرج عن الشكل التقليدي للاقتراض البنكي من حيث مجال تدخله والآثار المترتبة عنه لكن المشرع اعتبره مع ذلك في الفصل 6 من القانون عدد 89 لسنة 1994 من أشكال القروض المنصوص عليها بالقانون المنظم للبنوك والمؤسسات المالية¹ واعتبر في فقرته الثانية أنه لا يمارس بصفة نشاط عادي إلا من:

- المؤسسات البنكية الخاضعة لأحكام القانون عدد 51 لسنة 1967 المؤرخ في 07 ديسمبر 1967 والمنظم لمهنة البنوك والنصوص المنقحة والمتممة له.
 - المؤسسات المالية المنصوص عليها بالفصل الثاني من القانون عدد 51 لسنة 1967 المؤرخ في 07 ديسمبر 1967 والمنظم لمهنة البنوك والنصوص المنقحة والمتممة له.
 - المؤسسات الخاضعة لأحكام القانون عدد 108 لسنة 1985 المؤرخ في 06 ديسمبر 1985 والمتعلق بتشجيع المؤسسات المالية والبنكية المتعاملة أساسا مع غير المقيمين".
- ويضيف "وتخضع هذه المؤسسات لمراقبة وتراتب بنك المركزي التونسي".

ورغم تنامي عدة قوانين ألغت محتوى القوانين السابق ذكرها واستبدلتها بقوانين أخرى هي الآن سارية المفعول فإن الفصل 6 من قانون 26 جويلية 1994 حافظ على نفس الصياغة ولم يتول المشرع الانتباه له وتعديله على ضوء القوانين الجديدة. فقد مرّ على قانون 07 ديسمبر 1967 المنظم لمهنة البنوك قانونين ألغيا نصوصه: القانون عدد 65 لسنة 2001 المؤرخ في 10 جويلية 2001 المتعلق بمؤسسات القرض ثم القانون عدد 48 لسنة 2016 المؤرخ في 11 جويلية 2016 المتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية المنطبق حالياً. أما بالنسبة لقانون 06 ديسمبر 1985 المتعلق بتشجيع المؤسسات المالية والبنكية المتعاملة مع غير المقيمين فقد تم إلغاؤه بمقتضى القانون عدد 64 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 الذي أحدث مجلة إسداء الخدمات المالية لغير المقيمين ثم جاء القانون عدد 48 لسنة 2016 ليبقى على هذه المجلة لكن مع إعطاء الأولوية في الانطباق له بالتنصيص في فصله الثاني على "وتنطبق أحكام مجلة إسداء الخدمات المالية لغير المقيمين... على البنوك والمؤسسات المالية غير المقيمة ما لم تتعارض مع أحكام هذا القانون". وقد رافق هذا التطور التشريعي تغيير في محتوى النصوص وكيفية تنظيم المشرع لعقد الإيجار المالي. فإذا كان عقد الإيجار المالي من حيث مجال اختصاصه حافظ على نفس المؤسسات المهنية التي يمكن أن تنجزه وهي البنوك والمؤسسات المالية وكذلك المؤسسات المالية غير المقيمة التي يمكنها جميعا بحسب نص قانون 11 جويلية 2016 أن تقوم بعمليات الإيجار المالي² وتأخذ صفة المؤجر فإن الإشكال يطرح

¹ وهو ما أيده فيه فقه القضاء فقد جاء في أحد القرارات الصادرة عن محكمة التعقيب التونسية أن "لئن كان موضوع عقد الإيجار المالي هو كراء معدات وأدواتها يختارها الحريف وتقتننها الشركة المسوغة وفق رغبته إلا أنه في جوهره نوعا من القروض..." انظر القرار التعقيبي المدني عدد 5644 المؤرخ في 20 أبريل 2005، نشرة محكمة التعقيب لسنة 2005، ص. 41.

² انظر الفصول 17 و18 من القانون.

خاصة في خصوص تكييف هذا العقد وفيما إذا كان حافظ على صفته كشكل من أشكال القروض كما ورد في الفصل 6 من قانون 26 جويلية 1994؟

فقد استعرض الفصل 4 من قانون 11 جويلية 2016 المتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية العمليات البنكية وجاء فيه "تعد عمليات بنكية على معنى هذا القانون:

- عمليات قبول الودائع من العموم كيفما كانت مدتها وشكلها
- عمليات منح القروض بجميع أشكالها
- عمليات الإيجار المالي
- عمليات خدمة إدارة القروض "الفكتورينغ"
- عمليات الصيرفة الإسلامية
- وضع وسائل الدفع على ذمة الحرفاء وإسداء خدمات الدفع..."

ويتبين جيدا من خلال هذا الفصل والقائمة الواردة فيه أن المشرع ميز بين عمليات منح القروض بجميع أشكالها وعمليات الإيجار المالي. فهذه العمليات (ونقص ذلك عمليات الإيجار المالي) كما تدل على ذلك صياغة النص ليست شكلا من أشكال منح القروض وإلا لما كان المشرع خصها بمطة مستقلة وفصلها عن عمليات منح القروض كما فعل في القوانين السابقة مما يطرح التساؤل حول مدى انطباق الفصل 6 من قانون 26 جويلية 1994 الذي يجعل من عملية الإيجار المالي شكلا من أشكال القروض بعد صدور قانون 11 جويلية 2016؟

و يبدو أن الحل لهذه المسألة قد ضمنه المشرع بالفصل 7 من القانون المذكور الذي أحال في تنظيم عملية الإيجار المالي إلى قانون 26 جويلية 1994 لكنه اعتبر في فقرته الأخيرة أنه " تنطبق أحكام القانون المتعلق بالإيجار المالي على هذا الصنف من العمليات ما لم تتعارض مع أحكام هذا القانون" وهو ما يفيد أولوية انطباق قانون 11 جويلية 2016 الذي جعل من عمليات الإيجار المالي عمليات مستقلة لا يمكن اعتبارها شكلا من أشكال القروض، مما يحيلنا إلى استنتاج نسخ الفصل 6 من قانون 26 جويلية 1994 بالتعارض.¹ فعملية الإيجار المالي كصيغة من صيغ التمويل بالشكل الجديد الذي قدمه المشرع في قانون 11 جويلية 2016 لم تعد شكلا من أشكال الاقتراض كما كانت عليه في قانون 7 ديسمبر 1967 المتعلق بتنظيم مهنة البنوك ثم في قانون 10 جويلية 2001 المتعلق بمؤسسات القرض بل أصبحت عملية بنكية مستقلة مع محافظتها على نفس النظام القانوني السابق المنطبق عليها وهو الذي حدده قانون 26 جويلية 1994 المتعلق بالإيجار المالي. وقد كان بإمكان المشرع التونسي بمناسبة إصدار القانون الجديد لسنة 2016 المتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية أن يراجع محتوى القانون عدد 89 لسنة 1994 المتعلق بهذه العملية البنكية ويدخل عليه التنقيحات الضرورية التي تتماشى مع التطور الحاصل لها أو حتى تلغيه وتنقل كامل الأحكام المنظمة له ضمن هذا القانون لكنه فضل الحل الأسهل واكتفى بمجرد الإحالة إلى أحكام قانون 26

¹ الفصل 542 من مجلة الالتزامات والعقود.

جويلية 1994 دون أن يقوم حتى بتنقيح بعض فصوله بما يتماشى مع متطلبات القانون الجديد مكتفيا بفرض أولوية انطباقه في صورة التعارض.

فضلا عن ذلك، فإن عدم اتجاه المشرع التونسي إلى تنقيح قانون 26 جويلية 1994 المتعلق بالإيجار المالي بمناسبة إصدار قانون 11 جويلية 2016 المتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية فوّت على المشرع لا فقط فرصة جعل هذا القانون أكثر تجانسا مع قانون البنوك الحالي خاصة من حيث التكييف القانوني للعملية بل كذلك فرصة تقنين بعض المؤسسات التي "تناسخت عنه" والتي أفرزها التطبيق والتي تخرج عن التعريف الضيق لعملية الإيجار المالي الواردة في الفصل الأول من قانون 26 جويلية 1994 على غرار الـليزباك (الإحالة الإيجارية) والإيجار المالي المزود¹ leasing adossé فهذه العمليات تحتوي بعض الخصوصية التي تخرجها عن نطاق التعريف التشريعي لعملية الإيجار المالي الواردة بالفصل الأول من قانون 26 جويلية 1994.

من جهة أخرى، أنشأ المشرع التونسي في قانون 11 جويلية 2016 صيغة أخرى من صيغ الإيجار المالي "الإسلامي" وهي التي أطلق عليها التمويل بالإجارة مع خيار التملك التي بحسب الفصل 11 من نفس القانون تعد من عمليات الصيرفة الإسلامية. وعمليات الصيرفة الإسلامية تعد ثورة في النظام البنكي التونسي. وقد عرفها المشرع التونسي في الفصل 11 من قانون 11 جويلية 2016 بكونها "تعتبر عمليات صيرفة إسلامية على معنى هذا القانون العمليات البنكية القائمة على غير أساس الفائدة أخذا وإعطاء وفق آجال مختلفة في مجال قبول الودائع والتوظيف والتمويل والاستثمار في المجالات الاقتصادية بما يتفق مع معايير الصيرفة الإسلامية. ويتولى البنك المركزي التونسي مراقبة مطابقة عمليات الصيرفة الإسلامية للمعايير الدولية في هذا المجال". كما أورد كذلك تعريفا خاصا بعملية التمويل بالإجارة مع خيار التملك في الفصل 13 من نفس القانون جاء فيه "يعتبر تمويلا بالإجارة مع خيار التملك على معنى هذا القانون كل عملية إيجار يتولى بمقتضاها بنك أو مؤسسة مالية شراء وتملك تجهيزات أو معدات أو عقارات وتسويغها لحرفائها بهدف الاستغلال المهني لمدة معينة مقابل معينات كراء تؤدّى في آجال معلومة على أن يمنح البنك أو المؤسسة المالية للحريف خيار شراء المكري خلال مدة الكراء أو في نهاية الأجل".

ورغم خصوصية هذا الشكل من أشكال التمويل التي حاول فيها المشرع ألقمة الصيغ الحديثة للتمويل لمتطلبات التشريع الإسلامي فإن المشرع التونسي تمسك بالعودة إلى أحكام القانون عدد 89 لسنة 1994 المتعلق بالإيجار المالي برغم الاختلافات الموجودة بين الإيجار المالي في صيغته التقليدية والإيجار المالي في صيغته الإسلامية، الأمر الذي بدا منتقدا في نظر الفقه الذي اعتبر من الصعب بل من غير المناسب تطبيق أحكام القانون عدد 89 لسنة 1994 فحتى يكون التمويل بالإجارة صحيحا في التشريع الإسلامي وحتى يقع تجنب "التورق" لا يجب أن يكون الوعد بالبيع أحد شروط العملية مما يجعل تكييفها بعملية إيجار مالي غير مناسبة.² ثم إن العملية البنكية تقوم في مفهومها على أساس الفائدة وعمليات الإيجار المالي بحسب الفصل

¹ انظر في تعريفها جلال الفرجاوي، المقال السابق ذكره، ص. 54: 70، p. T. Ben nasr, op. cit.,

² N. REKIK, Les contrats de financement islamique à l'épreuve du droit positif, in études juridiques, 20, 2013, p. 42, n° 38.

4 من العمليات البنكية بما يفترض خضوعها لمفهوم العملية البنكية. من جهة أخرى، يحيل المشرع في تنظيم عملية التمويل بالإجارة مع خيار التملك إلى القانون عدد 89 لسنة 1994 الذي يتعلق بعمليات الإيجار المالي "الربوية" في الوقت الذي يشترط فيه الفصل 11 أن تقوم عمليات الصيرفة الإسلامية بما فيها المتعلقة بمجال التمويل على غير أساس الفائدة فهل يستقيم ملائمة مفهوم إسلامي¹ لنظام قانوني غير إسلامي؟² وهل يكفي مجرد اقتراح تعريف آخر لعقد التمويل بالإجارة مع خيار التملك في الفصل 13 من قانون 11 جويلية 2016³ منفصل عن التعريف الوارد في الفصل الأول من قانون 26 جويلية 1994 المتعلق بالإيجار المالي لحل جميع المسائل التي قد تترتب عن خصوصية هذا العقد الإسلامي؟ وهل يكفي كذلك أن ينص المشرع في الفقرة الأخيرة من الفصل 13 من قانون 11 جويلية 2016 على عدم انطباق القانون عدد 89 لسنة 1994 المتعلق بالإيجار المالي على عملية التمويل بالإجارة مع خيار التملك في صورة تعارضه مع أحكام هذا القانون لحل إشكال عدم الملائمة الذي يمكن أن يطرح بين النصين؟

فلو افترضنا وجود عدم تلاؤم بينهما- وهو موجود فعلا- ما هو البديل التشريعي لقانون 26 جويلية 1994 بالنسبة لعقود التمويل بالإجارة مع خيار التملك؟ وإلى أي نص يمكن العودة في غياب أحكام أخرى تنظم هذا العقد سواء داخل قانون 11 جويلية 2016 المتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية أو خارجه؟ ما هي معايير الصيرفة الإسلامية التي يجب أن تقيد عقد التمويل بالإجارة مع شرط التملك حتى يكون صحيحا في غياب تعريف صريح لها بالنص؟

إن الضعف الذي يسجل على قانون 11 جويلية 2016 المتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية في خصوص عمليات الصيرفة الإسلامية وخاصة عقود التمويل بالإجارة مع شرط التملك واضح وعدم تلاؤمه مع أحكام القانون عدد 89 لسنة 1994 ثابت، فرغم أهمية هذه الصيغة الجديدة للتمويل بالنسبة للمؤسسات المهنية فإنها تبقى بسبب عدم كفاية النص قاصرة عن تحقيق غاياتها.

ب-الضمانات الشكلية لإبرام عقود الإيجار المالي

لتشجيع المستثمرين على الإقبال على هذه الصيغة من صيغ التمويل ولتيسير شروط إبرامها حاول المشرع في القانون عدد 89 لسنة 1994 أن يخفف من عبء الشكليات المفروضة على الأطراف المتعاقدة. فقد أعطى المشرع التونسي عمليات الإيجار المالي العقاري من ضرورة تحريرها بواسطة عدلين أو محام أو محرري العقود وجاء بالفصل 14 من قانون 26 جويلية 1994 في فقرته الثانية " ولا يخضع عقد الإيجار المالي إلى شروط تحرير العقود المنصوص عليها بالفصل 377 مكرر جديد من مجلة الحقوق العينية". وقد ألزم هذا الفصل أن يختص بتحرير العقود والاتفاقات الخاضعة للتسجيل العقاري مديرو الملكية العقارية والمديرون الجهويون وكذلك أعوان إدارة الملكية العقارية المكلفون بمهام التحرير، عدول الإشهاد وكذلك المحامين المباشرين غير المتمرنين" لكنه حافظ على شكلية الكتب التي تعتبر شرط صحة يترتب عن

¹ ونقص بذلك مفهوم التمويل بالإجارة مع خيار التملك.

² ونقص بذلك نظام الإيجار المالي على معنى القانون عدد 89 لسنة 1994.

³ وهو تعريف لم يبرز أي مظهر من مظاهر خصوصية هذا العقد.

مخالفتها البطلان المطلق للعقد.¹ وقد فرض المشرع هذه الشكلية على كل عقود الإيجار المالي العقاري بدون استثناء مهما كان نوع العقار موضوع الإيجار وكيفية امتلاكه من الشركة المؤجرة سواء بالشراء أو بالإيجار. واشترط الكتب لإتمام عقد الإيجار المالي لا يمكن اعتباره من قبيل التشديد على الراغبين في إنجاز هذا النوع من العقود بقدر ما هو ضمانات أساسية لحقوق المستثمر العقاري الراغب في التمويل. ويؤكد مثل هذا الاستنتاج أن المركبة من شأنه أن يحفظ حقوق المستثمر العقاري الراغب في التمويل. ويؤكد مثل هذا الاستنتاج أن المشرع لم يفرض عليه شكلا معيناً للكتب بل ترك له حرية اختياره. فيمكن أن يكون الكتب بخط اليد كما يمكن أن يكون رسمياً ويمكن أن يحرره مأمور عمومي كما يمكن أن يحرره أشخاص ليس لها صفة المأمور العمومي ومن خارج القائمة المنصوص عليها بالفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية بالنسبة للعقارات المسجلة.

من جهة أخرى، فإن المشرع لم يقيد الأطراف في تحديد بنود العقد بقواعد أمرة بل جعل مجال الاتفاق في إبرام العقد واسعاً. فقد ترك المشرع مطلق الحرية لإرادة الطرفين في تحديد شروط العقد المتعلقة بعلاقة المؤجر بالمستأجر بصفة عامة جاعلاً لإرادة الطرفين شريعة العقد وأكد خاصة على أن يتم تحديد الشروط المتعلقة بمعينات الإيجار وبشروط الفسخ بناء على طلب من المستأجر واعتبر الفصل 3 فقرة أخيرة أنه "ولا يمكن للمؤجر اعتماد العقد الذي لا يتضمن بنوداً تتعلق بمعينات الإيجار وبشروط فسخه بطلب من المستأجر للمطالبة بحقوقه".

والمرونة التي أبداهها المشرع في التعامل مع عقد الإيجار المالي عند تكوينه اتجهت خاصة إلى حماية المستأجر وهو المستثمر العقاري رغبة من المشرع في تشجيعه على الإقبال على هذا النوع من العقود. فتحدد معينات الإيجار لا تتم إلا بطلب من المستأجر وتحديد شروط الفسخ لا تتم إلا بطلب من المستأجر كما أن المؤجر لا يمكنه أن يؤسس مطالبته إلا بناء على عقد تحددت بنوده بناء على طلب من المستأجر. وقد أراد المشرع من خلال ذلك تجنب الحيف الذي يمكن أن يسقط فيه المستأجر بالنظر إلى كونه الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية.

أما شكلية الترسيم التي فرضها المشرع في الفصل 14 فقرة أولى من القانون عدد 89 لسنة 1994 فهي لا تهم سوى العقارات المسجلة إذ تخضع عمليات الإيجار المالي المتعلقة بالعقارات لإجراءات الترسيم المنصوص عليها بمجلة الحقوق العينية بالنسبة للعمليات المماثلة. ويقصد بهذه العمليات تلك المجرات على العقارات المسجلة والواردة بالفصل 373 من المجلة.

والترسيم هو شكلية ضرورية بالنسبة للعقارات المسجلة لإشهار جميع العمليات القانونية المتعلقة بها تهدف إلى حماية الغير الذين تعلق لهم حقوق بذلك العقار. فتيسر شروط التعاقد بالنسبة للمتعاقدين لا يمكن أن يكون على حساب الإضرار بحقوق الغير حسني النية الذين يجب أن يدركوا طبيعة حقوق المستثمر العقاري على العقار الذي يستغله وهو ما جعل المشرع يشترط أن يتضمن الترسيم وجوباً على أن العقار

¹ الفصل الأول الفقرة الثانية من القانون عدد 89 لسنة 1994 والذي جاء فيه "ويتم الإيجار المالي بمقتضى عقد كتابي لمدة محددة ومقابل معلوم معين..."

موضوع عملية إيجار مالي. ومثل هذا الإشهار من شأنه حماية الشركة المؤجرة من معارضة دائني المستأجر أو من آل حقه إلهم بما لها من حقوق على الأعيان التي احتفظت بملكيتها.

لكن تجدر الإشارة إلى أن التيسير الذي يبديه المشرع في إبرام عقد الإيجار المالي والمرونة التي يتعامل بها في تحديد بنود العقد خاصة في علاقة بالمستأجر لا يخفي تطبيقيا بعض الصعوبات تتعلق بالشكليات السابقة لإبرام العقد المفروضة عليه التي تعكس واقعا سيطرة الشركة المؤجرة على كيفية إبرامه. إذ أن مطلب الانتفاع بعملية الإيجار المالي الذي يتقدم به المستثمر العقاري يشترط احتوائه على مجموعة من البيانات التي تتعلق بالعقار الذي يرغب في استغلاله وكذلك بيانات تتعلق بشخصه ووضعيته المالية. كما يشترط إرفاقه بمجموعة من الوثائق. وتتمتع الشركة المؤجرة بكامل الحرية للاستجابة للطلب أو رفضه بعد إجراء الدراسات الضرورية التي تتفاوت بحسب طبيعة الطلب. وفي هذه المرحلة لا ينشأ أي حق لفائدة المستأجر المحتمل. وقد تشترط مؤسسة الإيجار المالي لإبداء موافقتها الحصول على ضمانات تكميلية التي قد تكون تأمينات عينية أو شخصية تضمن توصيلها بمعينات الإيجار في صورة إعسار المستأجر أو في صورة خضوعه لإجراءات التسوية القضائية أو في صورة إعلان إفلاسه.¹

الجزء الثاني: التزامات غير دقيقة تحد من نجاعة تنفيذه

يتسم قانون 26 جويلية 1994 المتعلق بالإيجار المالي بعدم وضوح الالتزامات التي يترتبها ويتداخل العلاقات فيه، ذلك أنه خلق صعوبة على مستوى التطبيق وذلك نظرا لغياب نصوص تشريعية تأخذ بخصوصية عقد الإيجار المالي عموما وبمعقد الإيجار المالي العقاري خصوصا (الفقرة الأولى) وهو ما فتح المجال لفقه القضاء للبحث عن الإطار القانوني لهذه العملية، إلا أن مواقفه اتسمت بالتردد وبعدم الحسم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: غياب نصوص تشريعية تأخذ بخصوصية العقد

تولّد عملية الإيجار المالي العقاري بالضرورة علاقة تعاقدية بين طرف ممول وطرف منتفع من التمويل ينجر عنه حقوق ومناافع متبادلة بحسب موقع كل متعاقد. ولكن لم يبين قانون 26 جويلية 1994 بدقة التزامات كل من المؤجر (أ) والمستأجر (ب)، إذ نص الفصل 2 من هذا القانون " يخضع عقد الإيجار المالي لأحكام القانون العام ما لم تتعارض وأحكام هذا القانون". هذه الأحكام العامة التي أحال إليها قانون الإيجار المالي والواردة بمجلة الالتزامات والعقود لا تأخذ بخصوصية عقد الإيجار المالي العقاري مما دفع بأطراف العقد إلى صياغة آثاره من حيث الالتزامات المتبادلة بطريقة تختلف عما تقرره القواعد العامة بشأن عقد الإيجار العادي.

أ- غياب نصوص تشريعية خاصة بالالتزامات المؤجر

أغفل قانون 26 جويلية 1994 التزاما رئيسيا محمولا على المؤجر وهو الالتزام بالتمويل (1). في المقابل أحال إلى القواعد العامة لتنظيم بقية التزامات المؤجر والمتمثلة في الالتزام بالتسليم (2) والالتزام بالضمان

¹ جلال الفرجاوي، المقال السابق ذكره، ص. 63.

(3) ولكن نظرا للطبيعة المكتملة لأحكام الكراء العادي فإنه عادة ما تعتمد شركة الإيجار المالي إلى إدراج بنود تمكنها من التفصي من بعض التزاماتها أو وضع التزامات مختلفة عما هو معهود في القواعد العامة.

1- الالتزام بالتمويل

الالتزام بالتمويل هو التزام بأداء ثمن العقارات المقتناة إلى البائع أو أداء كلفة الاحداثات والبناءات المنجزة على الأراضي البيضاء إلى الماويل¹، فهذا الالتزام مستمد من الطبيعة التمويلية لعملية الإيجار المالي باعتباره إحدى وسائل تمويل الإستثمار². ولم يبين قانون 26 جويلية 1994 متى يترتب هذا الالتزام في ذمة المؤجر ولكن جرى الواقع العملي على اعتبار أن شركة الإيجار المالي تتولى دفع ثمن الأعيان المؤجرة بمجرد اتصالها بمحضر التسليم المحرر من قبل المستأجر، وفي صورة عدم توصلها بمحضر التسليم بعد انقضاء أجل ثمانية أيام من تاريخ تسليم البائع العقارات المؤجرة إلى المستأجر³. ويطرح السؤال في صورة تقديم المستأجر طلب الاقتناء من البائع باسمه ولفائده فهل يبقى التزام شركة الإيجار المالي قائما في هذه الحالة؟

قضت محكمة التعقيب في قرارها عدد 2140 المؤرخ في 24 ماي 2000 بإلزام شركة الإيجار المالي بالتضامن مع الشاري في الخلاص حيث صرحت أنه " وحيث يتبين مما تقدم صيغة المعقبة كمؤجرة ماليا وضامنة للخلاص ثابتة وأنها تحاول التملص بتحريف الطبيعة القانونية للإيجار المالي وإن التمسك بخرق أحكام الفصل 240 من مجلة الالتزامات والعقود في غير طريقه ولا يمكن أن ينطبق في قضية الحال التي تتعلق بمعاملة في إطار إيجار مالي واتجه رد هذا المطعن لعدم وجاهته"⁴. وهكذا يترتب عن رفض المؤجر المالي تمويل العملية بعد التوصل بمحضر التسليم قيام مسؤوليته العقدية تجاه مستأجره وفي نفس الوقت قيام مسؤوليته تجاه البائع أو المزود.

2- الالتزام بالتسليم:

حكمه كحكم تسليم العقار المبيع⁵، فالتسليم يكمن في وضع الشيء تحت تصرف المكتري ويخضع للنصوص القانونية المتعلقة بكيفية تسليم المبيع ومكانه وزمانه⁶. والأصل في الالتزام بالتسليم في عملية الإيجار المالي حسب القواعد العامة للكراء أنه قانونا محمول على المؤجر⁷. لكن واقعا يتم التسليم من البائع إلى المستأجر مباشرة باعتباره وكيلًا للمؤجر المالي الذي يلتزم الحياد التام. عمليا ونظرا للطبيعة الخاصة لعقد الإيجار المالي يقوم المؤجر المالي بتقديم وصل الطلب إلى البائع يدعوه فيه إلى تخصيصه بالعقار مع تسليمها للحريف حسب الطريقة والموعود المتفق عليه، ثم يتولى

¹ جلال الفرجاوي، المقال السابق ذكره، ص. 82.

² تتأكد الطبيعة التمويلية لعقد الإيجار المالي بموجب قانون 1994 المتعلق بالإيجار المالي وتحديدًا بالفصل السادس منه الذي اشترط في المؤجر المالي أن يكون مؤسسة مالية أو بنكية.

³ جلال الفرجاوي، المقال السابق ذكره، ص. 83. كذلك عبد الستار الخويلدي، المقال السابق ذكره، ص. 93.

⁴ قرار تعقيبي مدني عدد 2140 مؤرخ في 24 ماي 2000، مأخوذ من عامر بورورو، المقال المذكور، ص. 21.

⁵ ينص الفصل 740 من مجلة الالتزامات والعقود "حكم تسليم المأجور كحكم تسليم المبيع".

⁶ الفصول 592 وما بعد من مجلة الالتزامات والعقود، يراجع كذلك عبد الله الأحمد، قانون مدني: العقود الخاصة، البيع، 1997، ص. 321 وما بعد.

⁷ ينص الفصل 739 من مجلة الالتزامات والعقود: "المكري ملزم بتسليم العين المكتراة للمكتري....".

الحريف تسلم الأعيان من البائع بصفته وكيلًا عن شركة الإيجار المالي ويحرر محضرا في الغرض يثبت به مطابقة العقارات للطلب¹.

3- الإلتزام بالضمان:

الأصل أن الإلتزام بالضمان محمول على كاهل المؤجر². فالمؤجر يضمن " أولا: تصرف وحوز لا نزاع فيه.

ثانيا: استحقاق الشيء المأجور وخلوه من العيوب"³.

فالإلتزام بالضمان عام وشامل إذ يتضمن ضمان التعرض والاستحقاق وكذلك ضمان العيوب الخفية.

بالنسبة لضمان التعرض والاستحقاق، بموجب هذا الإلتزام يمتنع المؤجر على كل ما من شأنه أن يحول بين المستأجر وبين الانتفاع بالعين المؤجرة أو التقليل منه بحيث يضمن كل تعرض ناتج عن فعله سواء كان قانونيا أو ماديا. ويترتب عن الإخلال بهذا الواجب فسخ الإيجار أو طلب تنقيص الأجرة⁴. لكن نظرا للطبيعة الخاصة لعقد الإيجار المالي يمكن للأطراف الاتفاق على إعفاء المؤجر من هذه المسؤولية.

لكن السؤال المطروح هنا هل يضمن المؤجر المالي تعرض الغير؟

عادة ما تمنح مؤسسة الإيجار المالي حريفها أي المستأجر المالي توكيلا خاصا لدفع التعرض الصادر عن الغير سواء إن كان التعرض ماديا أو معنويا وقد تشترط ذلك لفائدته ضمن بنود عقد الشراء.

أما بالنسبة لضمان العيوب الخفية فإن الأحكام العامة تقر بتحمل المؤجر التزاما بتمكين المكثري من الانتفاع بالعين طبقا لما اتفق عليه الأطراف، فإذا ظهر في المأجور أو في تابعه عيب يحول بين المستأجر وبين هذا الانتفاع أو يقلل منه يكون المؤجر مقصرا في الوفاء بالتزاماته وترتب عليه الضمان طبقا للفصول من 758 إلى 766 من مجلة الالتزامات والعقود التي أحالت بدورها في عديد الصور إلى الفصول المتعلقة بعقد البيع⁵. ولكن وفي إطار عقد الإيجار المالي واعتبارا للحرية التي يتمتع بها المستأجر دون تدخل المؤجر في اختيار المأجور فإنه من الحيف إلزام المؤجر بالضمان. لذلك فإن المستأجر يبرئ ذمة معاقده من كل مسؤولية ومن حقوق الضمان، فلا يمكنه القيام ضده بأي إجراء ولا يحق له كذلك الإمتناع عن دفع معالم الكراء أو الحط منها أو المطالبة بأي غرم. وبذلك يحيل المؤجر إلى المستأجر المالي جميع الضمانات التي يستمدّها من عقد البيع بموجب تقني الاشتراط لمصلحته والتوكيل على مخاصمته البائع أو المزود المسؤول الأصلي عن تعيب المبيع المؤجر بما يكفل المحافظة على توازن الإلتزامات التعاقدية المحمولة على كل طرف⁶.

¹ El Mokhtar BEY et Christine GAVALDA, crédit bail immobilier, que sais je, PUF, 1^{ère} édition, 1983, p. 111.

² الفصل 739 من مجلة الإلتزامات والعقود.

³ الفصل 747 من مجلة الإلتزامات والعقود.

⁴ الفصل 751 من مجلة الإلتزامات والعقود.

⁵ نذيرين عمو، قانون مدني: البيع والمعاوضة، مركز النشر الجامعي، تونس 2007، ص. 293 وما بعد.

⁶ جلال الفرجاوي، مقال سابق، ص. 87.

ب- عدم كفاية النصوص التشريعية الخاصة بالتزامات المستأجر المالي

يرتب عقد الإيجار المالي في ذمة المستأجر العديد من الالتزامات التي تمثل في الوقت نفسه حقوقا للمؤجر، وتتمثل هذه الواجبات في : الالتزام بأداء معاليم الإيجار في آجالها (1)، الالتزام بالحفظ (2)، والالتزام بممارسة الخيار (3).

1- الالتزام بأداء معاليم الإيجار في آجالها

يعتبر واجب دفع معينات الكراء من أبرز التزامات المستأجر، فقد جاء بالفصل 767 من مجلة الالتزامات والعقود أنه "على المكثري أداء الكراء وحفظ ما اكتراه"، ويجب على المستأجر المالي كذلك أداء معاليم الإيجار في الأجل المعين في العقد وذلك تطبيقاً لأحكام الفصل 768 من مجلة الالتزامات والعقود. وتطبيقاً للأحكام العامة للكراء فإن الأصل أن ما يدفعه المستأجر من معينات يمثل مقابلاً للانتفاع بالعين المؤجرة. إلا أنه بالنسبة للإيجار المالي لا يعتبر عوضاً حقيقياً للانتفاع وإنما هو عبارة عن أداء أقساط من الثمن النهائي للمبيع باعتباره يخول للمستأجر المالي عند نهاية أمد الإيجار اكتساب ملكية المأجور متى رغب في ذلك¹.

إن طريقة تسديد معينات الإيجار تخضع لاتفاق الطرفين، وعموماً يقع ضبط معينات الإيجار حسب الطريقة المنتظمة أين تكون فيها معينات الإيجار متساوية، أو حسب الطريقة التنازلية أين تنخفض تناسباً مع سريان مدة العقد أو حسب الطريقة المتوسطة أين تتراوح المعاليم بين الانتظام والتنازل². وتقتضي الطبيعة المالية لعملية الإيجار الوفاء التام بمعينات الكراء في الأجل المتفق عليه. وفي صورة عدم وفاء المستأجر المالي بالتزاماته التعاقدية المتمثلة أساساً في عدم خلاص معينات الإيجار يمكن للمؤجر المالي طلب الفسخ. وفي هذا الإطار نص الفصل الثالث من قانون 1994 بدوره على ضرورة أن ينظم عقد الإيجار المالي العلاقات بين المؤجر والمستأجر، خاصة منها ما يتعلق بشروط فسخه. فقد حرص المشرع على عدم إخضاع فسخ العقد لاجتهاد القاضي وسلطته التقديرية، إذ أن دور القاضي ينحصر في التحقق من مدى حصول الشرط الفاسخ استناداً لإرادة الطرفين وفي ترتيب الآثار القانونية عليه³.

وتتضمن العقود بصفة تكاد تكون آلية شرطاً فسخياً في صورة عدم الوفاء في الأجل. من ذلك ما جاء في العقد النموذجي المعد من طرف الشركة التونسية للإيجار المالي حيث ينص الفصل السابع في فقرته الثالثة على ما يلي: "في حالة عدم تنفيذ أو سوء تنفيذ شرط من الشروط العامة أو الخاصة ينفسخ العقد وجوباً بعد انقضاء ثمانية أيام من إنذار المستأجر برسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ يوجهها إلى المؤجر..."⁴.

على أن هذا لا يعني هذا أن المحكمة تصرح آلياً بتحقيق الشرط الفاسخ بل يجب عليها التأكد من سبب اعتماده ومدى توفر سوء النية وحسنها عند تحققه. وتأسيساً على ذلك فإن تأخر المستأجر المالي في دفع

¹ عبد الستار الخويلدي، "الإيجار المالي في فقه القضاء المقارن"، مقال سابق، ص. 86.

² جلال الفرجاوي، مقال سابق، ص. 78 وما بعد.

³ قرار تعقيبي مدني عدد 4238 مؤرخ في 13 جانفي 2005، الجديد في فقه القضاء، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2009، ص. 299.

⁴ عبد الستار الخويلدي، مقال سابق، ص. 91.

معينات الإيجار التي حل أجلها لأسباب جدية لا يترتب عنه ممانعة، كما أن الوفاء بالمعينات أو تأمينها بعد الأجل طبق الإجراءات القانونية لا يترتب عنه انفساخ العقد بل يتكون معه الوفاء القانوني بالدين. إلى جانب الالتزام بأداء معينات الإيجار يلتزم المستأجر بصيانة الأموال المؤجرة وحفظها.

2- الالتزام بحفظ وصيانة العقارات

استنادا للقواعد العامة لعقد الكراء المنصوص عليها بالفصل 767 وما يليه من مجلة الالتزامات والعقود فإن المستأجر المالي يكون ملزما بالمحافظة على العقارات موضوع الإيجار ويبدل في رعايته عناية الرجل المعتاد، وبذلك يعد التزام المستأجر التزاما ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة. كما يلتزم أيضا بأعمال الصيانة التي تهدف إلى المحافظة على المأجور على نفقته الخاصة.

ولقد جرى العمل في ميدان الإيجار المالي على عدم التمييز بين الالتزام بالصيانة الضرورية التي تقع عادة على عاتق المؤجر المالي والالتزام بالصيانة التأجيلية التي يتحملها أصلا المستأجر، فيدرج المؤجر المالي بنودا تعفيه من الالتزام بالصيانة الضرورية وتفرض القيام بها على المستأجر، ويفسر ذلك بخصوصية طبيعة هذا العقد الذي يمنح المستأجر في نهاية مدة الإيجار إمكانية امتلاك العين وبالتالي لا شيء يمنع من تحمل تبعات الملكية منذ بدء انتفاعه بالمال¹.

وقد ألزمت محكمة الاستئناف بباريس في قرارها الاستئنافي المؤرخ في 11 أكتوبر 1989 شركة التأجير بأعباء الإصلاحات الجسيمة وذلك بغض النظر عن شرط إعفائها من الالتزام بالصيانة حيث ذهبت المحكمة إلى أنه بالرغم من صحة شرط الإعفاء للشركة المؤجرة من التزاماتها بالصيانة إلا أن هذا الشرط لا يؤدي إلى استبعاد الإصلاحات الجسيمة موضوع المادة 606 من المجلة المدنية الفرنسية. وتتمثل الإصلاحات الجسيمة في إصلاح الهيكل الخارجي للبناء والورشات المبنية وترميم الأعمدة الخشبية وأعمال تسقيف البناء وترميم مجاري المياه والحوائط العمودية والأسوار².

3- الالتزام بممارسة الخيار:

عند نهاية الكراء يكون للمستأجر الخيار بين إحدى الخيارات الثلاث:

يتمثل الخيار الأول في اقتناء المأجور، حيث نصت الفقرة الثانية من الفصل الأول من قانون جويلية 1994 أن الإيجار المالي "يخول للمستأجر اقتناء تلك ... العقارات أو البعض منها في نهاية أمد الإيجار مقابل ثمن متفق عليه يأخذ بعين الاعتبار على الأقل في جزء منه المبالغ المدفوعة بعنوان الإيجار". وهو ما يفيد أن شركة التأجير تكون ملزمة بنقل ملكية العقارات إلى المستأجر بمجرد أن يبدي رغبته في رفع الخيار بالشراء وقيامه بأداء مقابل التملك. وحينها تتحول العلاقة بين الطرفين إلى عقد بيع.

وإن لم يبين هذا الفصل إن كان من الضروري احترام شروط شكلية لصحة البيع، فإنه وبالعودة إلى القانون العام الذي أحال إليه الفصل 2 من قانون 1994، نجد أن المشرع يشترط الكتب لصحة البيع. فقد نص الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود على "إذا كان موضوع البيع عقارا أو حقوقا عقارية أو

¹ عبد الستار الخويلدي، مقال سابق، ص. 88.

R. 275.. 11 octobre 1989, Dalloz 1989, I.² Com. d'appel de Paris, 8^{ème} chambre B

غيرها مما يمكن رهنه يجب أن يكون بيعها كتابة ". وإذا كان العقار مسجلا فإن المشرع اشترط قاعدة الاختصاص في التحرير حيث نص الفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية " يختص بتحرير الصكوك والاتفاقات الخاضعة للتسجيل بالعقاري من يلي:

1. حافظ الملكية العقارية والمديرون الجهويون وكذلك أعوان إدارة الملكية العقارية المكلفون بمهمة التحرير.

2. عدول الإشهاد: ويمكن أيضا للمحامين المباشرين، غير المتمرنين، أن يتولوا تحرير الصكوك والاتفاقات المذكورة. " ونص نفس الفصل في فقرته الأخيرة على بطلان تلك العقود بطلانا مطلقا إذا حررت من غير من ذكر.

أما الخيار الثاني الممنوح للمستأجر فيتمثل في تجديد عقد الإيجار بإبرام ملحق للعقد الأصلي يحدد مدة إضافية ومعينات إيجار جديدة تكون عادة منخفضة مقارنة بمعينات الإيجار الأولى ويفسر ذلك بأن المؤجر المالي إذا كان يسعى في المدة الأصلية إلى استرجاع قيمة الرأسمال المستثمر وجلب الفائدة له فإنه في المدة المتجددة يسعى فقط إلى استرجاع مقدار القيمة المتبقية منه¹.

ويتمثل الخيار الثالث والأخير في إرجاع المأجور لشركة الإيجار المالي، ذلك أن الطابع الإيجاري لهذا العقد يجعله عقدا مؤقتا بطبيعته، لا يمتد إلى ما لا نهاية، فيلتزم المستأجر المالي بردّ العقارات المؤجرة إلى المؤجر عند انتهاء مدته فتنتهي العلاقة بين الطرفين.

لقد جاء قانون جويلية 1994 جد مختصر مع إحالته إلى القواعد العامة بمجلة الالتزامات والعقود بما يجعل من أغلب العقود تحكمها أساسا بنود اتفاقية، الأمر الذي طرح العديد من المشاكل على مستوى التطبيق والتي أحيلت على القضاء للنظر فيها.

الفقرة الثانية: فقه قضاء متردد وغير حاسم

يظهر هذا التردد والتذبذب في عدة مواقع من بينها:

أ- كيفية ممارسة حق الخيار

لم يحدد قانون 1994 كيفية ممارسة المستأجر لحق الخيار وهو ما فتح المجال لفقه القضاء للاجتهاد في الموضوع.

وقد طرح الإشكال بالنسبة لخيار تجديد العقد هل يجب أن يكون التجديد كتابيا وباحترام نفس شروط الفصل الأول من قانون 1994 أم يمكن أن يكون التجديد ضمنيا. وقد عرض هذا الإشكال على القضاء التونسي في القضية الابتدائية عدد 6540 التي تتمثل وقائعها في أن المستأجر قد واصل خلاص معالم الإيجار بعد انتهاء مدة العقد وقبلت منه شركة الإيجار المالي ذلك فاعتبرت المحكمة الابتدائية بتونس أن العقد قد تجدد بين الطرفين ضمنيا ورفضت سماع دعوى استرجاع المكروى المقدم من الشركة المؤجرة بحكمها الصادر بتاريخ 28 أفريل 2001 وورد في حيثيات حكمها "...إنّ المعدات موضوع عقد الإيجار المالي صارت ملكا من أملاك المدعى عليها بمجرد رفع الخيار وفي غياب أي احتراز من المدعي، وعملها بما تضمنه

¹ جلال الفرجاوي، مقال سابق، ص. 111.

عرض المدعى عليها وقبضها للمبالغ المذكورة بذلك العرض دون احتراز يجسم تصدقا كلياً بين الطرفين على ذلك...". وقد أيدت محكمة الاستئناف بتونس هذا التوجه وأوردت بإحدى حيثياتها " وحيث أن قبول المستأنفة الأموال المعروضة عليها بموجب الرسالة المذكورة يعني تجاوزاً من جانبها للأجل المحددة بالعقد للوفاء بمعينات الإيجار المتفق عليها ولرفع خيار الشراء..."¹. وقد اعتمدت المحكمة معيار الممارسة الضمنية لخيار تجديد العقد. وتأسيساً على ذلك فإن المستأجر المالي يمكن أن يعبر عن رغبته في تجديد عقد كراء العقارات موضوع الإيجار المالي بصفة صريحة وذلك باحترام إجراءات تجديد الكراء المنصوص عليها ضمن العقد أو بصفة ضمنية وذلك بمواصلة أداء معاليم الإيجار ولو بعد انتهاء مدة العقد ودون أن يتقيد بشرط الإعلام المنصوص عليه بالعقد على أن يقبل منه المؤجر ذلك.

كما طرح الإشكال أيضاً بالنسبة لإجراءات ممارسة خيار الشراء، حيث أمام صمت قانون 1994 عن تحديد طريقة وأجال ممارسة المستأجر لحقه في رفع خيار الشراء فإن المؤجر المالي يلجأ إلى إقرار خيار شراء العقار محل التأجير في العقد ويحدد ذلك ضمن صياغة خاصة به في بند من بنوده. ففي صورة ما إذا انتهت مدة الكراء ولم يمثل المستأجر المالي لبنود العقد المتعلقة بإجراءات ممارسة خيار الشراء، تلجأ شركة الإيجار المالي إلى القضاء لطلب إلزامه بإرجاع المأجور إليها. في هذا الإطار قضت المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 12 أفريل 2001 بإلزام المستأجر بإرجاع المكري استناداً إلى كونه لم يقدم ما يفيد قيامه بما أوجبه الفصل 10 من عقد الإيجار المالي لا من حيث دفع باقي الثمن ولا بالتعبير عن رغبته في الشراء في الأجل المحدد بالعقد. وقد أقرت محكمة الاستئناف بالكاف هذا الحكم الابتدائي. ولكن كان لمحكمة التعقيب رأي آخر حيث ذهبت في قرارها التعقيبي المدني عدد 13833.2001 بتاريخ 19 فيفري 2002 " أن دفع مبالغ مالية معتبرة يؤكد بصفة واضحة وأن المعقب له نية اقتناء المعدات بعد كرائها بالرغم من كونه لم يعلم المعقب ضدها برغبته في الشراء ثلاثة أشهر قبل انتهاء أمد الكراء طبقاً للفصل 9 من عقد الإيجار المالي"².

ففي تفسيرها لعقد الإيجار المالي، بحثت المحكمة عن القصد والنية الحقيقية للأطراف متبينة بذلك النظرية الذاتية في تفسير العقود³. ذلك أن مواصلة المستأجر لدفع معينات الكراء دون التقيد بإجراءات رفع خيار الشراء تأكيد على اتجاه نيته نحو تملك الأعيان المؤجرة، وإلا لما كان ليدفع هذه المبالغ المستوجبة.

وفي مناسبة أخرى ذهبت محكمة التعقيب في قرارها عدد 20167 والتي قضى فيها ابتدائياً واستئنافياً بإلزام المستأجر بإرجاع المأجور لانتهاء مدة الكراء ولعدم توجيهه رسالة يعرب فيها عن رغبته في الشراء مع بقية الثمن، إلى نقض القرار الاستئنافي معللة قرارها بأن شرط المراسلة قبل ثلاثة أشهر من نهاية الكراء للتعبير عن الرغبة في الشراء هو شرط ملغى لمخالفته الفصل الأول من قانون الإيجار المالي.

أما المحكمة الابتدائية بتونس فلم يكن موقفها بأفضل من محكمة التعقيب في القضية عدد 10274 بتاريخ 15 فيفري 2003 إذ قضت بإلزام شركة الإيجار المالي بإمضاء عقد بيع المال موضوع عقد الإيجار المالي لفائدة المستأجر وإلا فاعتبار الحكم يقوم مقام عقد البيع النهائي وذلك رغم عدم توجيه المستأجرة

¹ عامر بورورو، المقال السابق، ص. 15 وص. 16.

² قرار غير منشور

³ حول النظرية الذاتية يراجع محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات- العقد، الطبعة الثانية، تونس 1997، ص. 64.

إعلاما برغبتها في الشراء مع بقية الثمن واستندت في تعليلها للحكم لمقتضيات الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود وجاء في حثيتها " وحيث يستفاد من هذا النص العام الذي يهتم جميع الالتزامات أنه لا يكتفى فيه بما وقع الاتفاق عليه والتصريح به في العقد بل يشمل ما ترتب عن الالتزام من حيث القانون والعرف ومبادئ العدل والإنصاف"¹. ففي هذا الحكم لم تبحث المحكمة عن الإرادة الحقيقية للأطراف بل سعت إلى إعطاء العقد بعدا موضوعيا مطابقا لما يمليه العرف وتفرضه مبادئ العدل والإنصاف. فهذه المقاييس الموضوعية كفيلة لوحدها بضمان استقرار المعاملات.² وهنا تبنت المحكمة النظرية الموضوعية في تفسير العقود.

ب- تحديد صفة المشتري في عقد الإيجار المالي

يكون المؤجر في عقد الإيجار المالي ملزما بالتمويل ويتولى شراء العقار ودفع ثمنه للبائع. ويتم الشراء باسم شركة الإيجار المالي المشتري وليس باسم المستأجر. ولكن محكمة التعقيب اعتبرت في قرارها التعقيبي المدني عدد 5284 المؤرخ في 9 فيفري 2006³ المستثمر المستأجر هو المشتري. حيث ذهبت المحكمة إلى أنه "و لأن تضمنت أوراق القضية وخاصة عقد البيع وشهادة الملكية أن البيع قد تم لفائدة الاتحاد التونسي للإيجار المالي فإن ذلك وقع تطبيقا لمقتضيات مؤسسة الإيجار المالي والتي تركز على فكرة الضمان التي تتمتع بها شركة الإيجار المالي والتي تقتضي أن تحتفظ هذه الأخيرة بملكية الشيء موضوع التعاقد إلى حين دفع كامل الدين ورفع الخيار من طرف المشتري الذي يتخذ في هذه الحالة وضعية المتسوغ فقط". واستخلصت أن المستأجرة هي التي تعتبر المشتري للعقار موضوع الداعي وإن كانت وقتيا في وضعية متسوعة. ولئن وصفت المحكمة في هذا القرار المستأجر المالي بكونه متسوغا في وضعية وقتية التي ستنتهي بممارسته الخيار ليتحول إلى مشتري فقد غاب عنها أن المستأجر المالي عند نهاية أمد الكراء له خيارات أخرى غير الشراء فيمكنه إنهاء العقد كما يمكنه تجديده وبالتالي كيف نعتبره مشتريا منذ البداية؟

فالمحكمة خلطت بين عقد الإيجار المالي وعقد البيع. ففي حين أن الملكية في إطار عقد البيع تنتقل من ذمة البائع إلى ذمة المشتري بعد تأدية الثمن واحترام الشكليات اللازمة طبق الفصلين 564 و 581 من مجلة الالتزامات والعقود فإن عقد الإيجار المالي لا ينقل حقا عينيا قائما في ذمة المؤجر المالي إلى ذمة المستأجر المالي بل يقتصر على أن ينشئ في ذمة الشركة المؤجرة التزاما لمصلحة الثاني يقابله حق شخصي للأخير ومحل هذا الالتزام أو الحق الشخصي تمكين المستأجر من الانتفاع بالعقار مع منحه وعد بنقل الملكية متى مارس خيار الشرط.⁴

¹ عامر بورورو، مقال سابق، ص. 25 و 26.

² محمد الزين، مرجع سابق، ص. 67.

³ قرار منشور على موقع محكمة التعقيب التونسية www.cassation.tn

⁴ جلال الفرجاوي، مقال سابق، ص. 50.

ج- إمكانية تعديل الشرط التغريمي

يترتب عن عدم أداء المستأجر المالي لمعينات الإيجار فسخ العقد كما يترتب عن ذلك توصل المؤجر بمبالغ جزافية إعمالاً للشرط التغريمي المدرج بالعقد¹. إذ تعتمد شركات الإيجار المالي إلى إدراج مثل تلك الشروط التغريمية. ومثال ذلك ما جاء في الفقرة الثالثة من الفصل السابع من العقد النموذجي للشركة التونسية للإيجار المالي "في حالة عدم تنفيذ أو سوء تنفيذ شرط من الشروط العامة أو الخاصة يفسخ العقد وجوباً... يجب على المستأجر إرجاع كامل التجهيزات أو المعدات المكتراة في الظروف المحددة زيادة على وجوب خلاصه غرامة تساوي مبلغ أقساط الإيجار والقيمة المتبقية بصفة كأن العقد نفذ طبيعياً إضافة إلى المصاريف المبذولة لاسترجاع المكرو وإصلاحه وبيعه أو إيجاره"².

وقد طرحت مسألة إمكانية تعديل الشرط التغريمي على أنظار المحاكم. ففي القضية التي طرحت على أنظار محكمة التعقيب في قرارها عدد 5644 المؤرخ في 20 أفريل 2005³ نص العقد حسب ما يبدو على "أن المتسوغ إلى جانب إرجاع المعدات موضوع عقد الكراء مطالب بتسديد معينات الكراء المتبقية إلى حين انقضاء المدة العادية للكراء". وتبدو الإشكالية المطروحة في هذا القرار هي تحديد الموجب القانوني الذي يلزم مكتب السند للأمر أن يدفع المبلغ المضمن به. فهل يكون ذلك بعنوان أداء مبلغ كراء أم بموجب شرط جزائي؟⁴ كان جواب محكمة التعقيب على النحو التالي.

"حيث أن السندات المؤسس عليه الأمر بالدفع تعتبر توثقة لعقد الإيجار المالي الذي ولئن كان يشمل موضوعه على كراء معدات وأدوات يختارها الحريف وتقتنمها الشركة المسوغة وفق رغبته إلا أنه في جوهره نوع من القروض وفق ما اقتضاه الفصل 6 من القانون عدد 89 لسنة 1994 المتعلق بالإيجار المالي بحكم طبيعته المزدوجة لذلك فإن فسخ أو انفساخ ذلك العقد لا يحول دون إمكانية المطالبة بتسديد تلك المبالغ المالية المضمنة بالسندات لأمر...

وحيث أنه تأكيداً لذلك وبالرجوع إلى عقد الإيجار المالي الرابط بين الطرفين يتبين من الفقرة الأخيرة من فصله الثالث أن المتسوغ إلى جانب إرجاع المعدات موضوع عقد الكراء مطالب بتسديد معينات الكراء المتبقية إلى حين انقضاء المدة العادية للكراء وعليه فإن التمسك بأحكام الفصلين 284 و336 من م.إ.ع وغيرها من القواعد المنظمة للكراء العادي في غير طريقه...

وحيث أن محكمة القرار المنتقد ولئن توصلت إلى النتيجة الصحيحة إلا أن استنادها على سبب بقاء المعدات موضوع الكراء على ذمة الطاعنة للقضاء بوجوب أداء معينات الكراء دون الأخذ بعين الاعتبار لطبيعة عقد الإيجار المالي وخاصة ما تضمنه فصله الثالث تكون قد أخطأت في التسبيب بما يتعين معه تأييد منطوق قضائها بالاعتماد على الأسباب المبينة آنفاً إذ لا مصلحة في نقض حكم نتيجته صائبة".

¹ الشرط التغريمي "هو عبارة عن مبلغ من المال يتفق عليه المتعاقدان وقت إبرام العقد كشرط لزومي لتعويض الخسارة المتوقعة من جراء عدم الوفاء أو من تأخير". محمد الزين، النظرية العامة للإلتزامات، العقد، الطبعة الثانية، تونس 1997، ص. 310، عدد 307.

² عبد الستار الخولدي، مقال سابق، ص. 91.

³ نشرية محكمة التعقيب التونسية 2005، ص. 41.

⁴ سامي الفريخة، "قرارات تعقيبية خلاقة-قراءة في بعض قرارات محكمة التعقيب الحديثة في القواعد العامة للعقد"، المدونة بتاريخ 12 فيفري 2012.

<http://samifrikha.blogspot.com/2012/02>

ففي هذه الحثية الأخيرة تعيب محكمة التعقيب على محكمة الأصل أنها كيفت المبالغ المحكوم بأدائها بكونها معينات إيجار مستحقة الدفع طبق القواعد العادية للإيجار، وهذا النقد الموجه لمحكمة الأصل مفهوم لأن العقد انفسخ وبالتالي فإنه لا موجب لدفع إيجار الذي لا يعدو أن يكون المقابل الذي يدفع للمؤجر لقاء الانتفاع بالشيء. إلا أن محكمة التعقيب استبدلت السند القانوني بسند آخر مأخوذ من العقد وهو الفصل الذي ينص على أن المتسوغ إلى جانب إرجاع المعدات موضوع عقد الكراء مطالب بتسديد معينات الكراء المتبقية إلى حين انقضاء المدة العادية للكراء. فهل تكون محكمة التعقيب أحسنت قضاء لما اكتفت بتطبيق العقد والحال أنه هو أيضا ينص على أن المستأجر المخالف يستمر في دفع الإيجار؟ فالطرفان كيفا على هذا النحو الطبيعة القانونية للمبالغ المستحقة بكونها معلوم إيجار. وقد كان ثمة وعي لدى محكمة التعقيب أن المبلغ المستحق ليس إيجارا إلا أنها لم تع بكونه تعويضا اتفاقيا عن ضرر لحق مؤسسة الإيجار المالي من جراء الفسخ¹. وهذا الوعي هو أيضا كان غائبا عن أطراف الخصومة وخاصة عن المستأجر الذي كان بإمكانه أن يبسط النقاش على مستوى النظام القانوني للشرط الجزائي لطلب تعديله إن كان فيه شطط حسب ما يذهب إليه اتجاه محكمة التعقيب الحديث² على غرار ما ذهبت إليه محكمة التعقيب البلجيكية لما اعتبرت أنه يكون "مخالفا للنظام العام والأخلاق الحميدة الشرط التغييري الذي يمنح تعويضات لا تتناسب بالمرة مع قدر المضرة اللاحقة من جراء عدم تنفيذ عقد الإيجار المالي"³. إذ ليس هناك ما يمنع القاضي عند تعهده بالنزاعات الناشئة عن الالتزامات المتبادلة في إطار عقود الإيجار المالي من تعديل الشرط التغييري، وهو ما يتسنى معه القول أنه أمام غياب نص تشريعي ينظم الشرط التغييري على غرار بعض القوانين المقارنة، وأمام جنوح شركات الإيجار المالي المتزايد إلى اعتماد عقود إيجار نموذجية تستبعد مبدئيا أي تدخل للقضاء فإنه لا بد من تعزيز تدخل القاضي لتسليط رقابته على الشرط التغييري وذلك بتدخل تشريعي يعطي شيئا من الحماية للمستأجر المالي ليتمكن من مواجهة تعسف المؤجر المالي الذي يضع مثل هذه البنود العسيرة على عاتقه في صورة مطالبته بفسخ العقد⁴.

إن الإيجار المالي في القانون التونسي تحكمه بعض القواعد الاستثنائية الواردة صلب قانون 24 جويلية 1994 الذي جاء جد مختصر مع إحالته إلى القواعد العامة بمجلة الالتزامات والعقود رغم عدم ملائمتها الأمر الذي جعل من أغلب العقود تحكمها أساسا بنود اتفاقية غير مألوفة تعبيراً عن الحرية التعاقدية. فالمغالة في تطبيق مبدأ سلطان الإرادة يؤدي إلى عدم المساواة بين المتعاقدين ولا سيما أن المؤجر الطرف الأقوى اقتصاديا هو الذي يضع القواعد التي تحكم العقد ويفرضها على المستأجر.

¹ سامي الفريخة، مرجع سابق.

² ذهبت محكمة التعقيب في قرار هام صادر بتاريخ 28 أفريل 1994 تحت عدد 42624 "ولئن كان الشرط الجزائي خاضعا لمبدأ سلطان الإرادة وحرية الاتفاقيات تنفيذا لمقتضيات الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود، إلا أن هذا لا يمنع محكمة الموضوع من إجراء ما لها من حق المراقبة على ذلك الشرط بالزيادة أو التنقيص فيه أو الإبقاء عليه أو إلغائه عند الاقتضاء بحسب أحوال كل قضية على معنى الفصل 278 من نفس المجلة تحقيقا لمبادئ العدل والإنصاف بشرط التعليل".

³ جلال الفرجاوي، مقال سابق، ص. 81.

⁴ سامي الفريخة، مرجع سابق.

من جهة أخرى فإن الكلفة الباهضة لعملية الإيجار المالي تقلص من نجاعتها كتقنية تمويل حديثة خاصة أمام مطالبة أغلب المؤسسات المؤجرة حرفائها بتقديم تأمينات عينية وشخصية تكميلية إلى جانب احتفاظها بالملكية وهو ما يستوجب تدخل المشرع لإعادة النظر فيها لعدم كفاية القانون الحالي للإمام بمختلف جوانب هذه العملية.

صبيغ التمويل والمشاركات في المصارف الإسلامية مع الإشارة لصبيغ تمويل العقارات



د. فوزي محيريق، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)

د. عقبة عبد اللاوي، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)

تمهيد:

إن الاشتراك في المسؤولية وتحمل المخاطر بين صاحب رأس المال الممول، وبين منظم المشروع الصناعي أو التجاري من أهم الدوافع التي تحرك العملية التمويلية، وهذا عادة ما يساهم في تحقيق نوعا من التوازن بين عائد رأس المال وبين عوائد العمل، مما يكون له أكبر الأثر في دفع وحث صغار المستثمرين ومنظمي المشروعات لأن يضاعفوا من جهدهم العملي من أجل زيادة إنتاج وإنتاجية مشروعاتهم؛ وهذا في حد ذاته كفيل بتعظيم أرباحهم والقضاء على مواطن الإسراف وتبديد الموارد المالية المحدودة، وخاصة أن أصحاب المشروع يهتمهم في المقام الأول سداد الدين حتى يتخلصوا من حصة الأرباح التي يحصل عليها المصرف.

وتعمل المصارف الإسلامية جاهدة للمساهمة في تمويل للمشروعات المحلية الهامة والتي تساهم في تحريك عجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية للاقتصاد الإسلامي.¹

وتعتمد المصارف الإسلامية في طرق تمويلها على أنواع التمويل الإسلامي من مشاركة ومراصة واستصناع... مما يجعل المودع "بماله" وصاحب المشروع "بعمله" والبنك "بماله"، يتقاسمون فيما بينهم الأرباح ويتحملون مع بعض الخسائر، مما يجعل كل واحد منهم يسعى لتعظيم حصة الأرباح وتجنب الخسائر؛ كما يقوم المصرف الإسلامي بمعظم الخدمات التي تقدمها البنوك التقليدية، من فتح الحسابات وكل أنواع التحويلات... إلخ. ولا يزال العمل المصرفي الإسلامي تواجهه تحديات أهمها البيئة الاقتصادية؛ وبالضبط النظام النقدي الذي يعمل فيه، الذي لا يزال يعمل البنك المركزي فيه بأسعار الفائدة "الربوية"؛ وهو ما يحد من قدرة المصرف الإسلامي المالية، لعدم تمكنه من الحصول على التمويل وإعادة التمويل أثناء فترات عدم توفر السيولة لديه. والمتتبع لعمل المصارف الإسلامية، يجد أن المصارف الإسلامية تعطي حصة الأسد في تمويلها للمشروعات التجارية القائمة على المراجعة أو المتاجرة²، دون أن يكون للمصرف الإسلامي استثمارات كبرى خاصة في القطاعات الاستراتيجية كمجالي الصناعة والعقارات والزراعة بصيغة المشاركة أو المراجعة أو حتى التمويلات.

وتتمحور المشكلة البحثية لورقتنا في البحث عن فرص التمويل والاستثمار العقاري التي تتيحها الصناعة المالية الإسلامية.

¹ - أحمد فريد مصطفى، الاقتصاد النقدي والدولي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية: 2009م، ص 308، 309.

² - ينظر مثلا: تقرير مصرف الراجحي لسنة 2009م، الذي يعد من أكبر المصارف الإسلامية، حيث نجد أن معظم تمويلاته متجهة نحو التمويل التجاري والخدمات. - مصرف الراجحي، التقرير السنوي للمصرف، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، الرياض: 2009/12/31م.

مشكلة الورقة البحثية: ما هي آليات التمويل والاستثمار العقاري التي تخدمها المصارف الإسلامية ضمن خدماتها المالية؟

وللإجابة على ذلك؛ قسمنا ورقتنا البحثية إلى ثلاث محاور كبرى؛ الأول كمدخل للاقتصاد الإسلامي والمصارف الإسلامية؛ والمحور الثاني حول فرص التمويل العقاري من خلال صبيغ التمويلات؛ والمحور الأخير حاولت أن اشرح فيه كيفية استفادة القطاع العقاري من صبيغ الاستثمارات أو المشاركات في المصارف الإسلامية. أو غيرها.

أولاً- الاقتصاد الإسلامي والمصارف الإسلامية:

1. الاقتصاد الإسلامي:

1.1. ماهية الاقتصاد الإسلامي:

الاقتصاد الإسلامي هو: "العلم الذي يبحث في أحسن الطرق للكسب الحلال وإنفاقه وتوزيعه وتنميته، لتحقيق مصالح الأمة الإسلامية وزيادة قوتها." ويرتبط هذا بالمشكلة الاقتصادية من المنظور الإسلامي؛ فالكسب من العمل فريضة، قال تعالى: ﴿وَقُلْ اَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ﴾¹. وعمارة الأرض بالعمل فريضة: ﴿هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾².

وكل ذلك لا بد أن يتم في إطار الحلال؛ إذ الكسب أو الدخل وهو المطلوب أولاً وأخيراً سواء من جهة الحصول عليه، أو إنفاقه وتوزيعه وتنميته، وذلك كله في إطار متناسق بين مصالح الأفراد والجماعة. حتى تتحقق مصالح الأمة وتزداد قوتها.³

والاقتصاد الإسلامي هو: "فرع من المعرفة يساعد على تحقيق رفاهية الإنسان، من خلال تخصيص وتوزيع الموارد النادرة بما ينسجم مع التعاليم الإسلامية؛ دون أن يؤدي ذلك بالضرورة إلى تكبيل حرية الفرد أو خلق اختلالات مستمرة سواء في الاقتصاد الكلي أو البيئة".⁴

2.1. مبادئ النظام الاقتصادي الإسلامي:

يرتكز النظام الاقتصادي في الإسلام على مبادئ تجعل منه متميزاً عن باقي النظم الاقتصادية الرأسمالية أو الاشتراكية أو المختلطة؛ ومن هذه المراكز:

1.2.1. الجمع بين الروح والمادة في النشاط الاقتصادي:

أي أن هناك مزاجية بين المادية والروحانية في نظام يقوم على قيم أخلاقية عالية من صدق وأمانة ونزاهة وتعفف وعلى أخلاق خيرية تدعو للتعاون والتراحم في جميع المعاملات والنشاطات الاقتصادية. وفي

¹ - سورة التوبة: الآية 105.

² - سورة هود: الآية 61.

³ - عبد الرحمن يسري، الاقتصاد الإسلامي بين منهجية البحث وإمكانية التطبيق، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، 1999م، ص 18.

⁴ - محمد عمر شابرا، ما هو الاقتصاد الإسلامي، ط 2، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة: 2000م، ص 40.

ذات السياق فإن العبادة غير مقتصر على أداء الفرائض التعبدية فحسب، بل العبادة تشمل إصلاح الأرض والقيام بكل ما يتطلب لتحقيق عمارتها.¹

فالحياة ليست مادة فقط وليست روحانيات فقط بل إن الرشيد من يوازن بين ما يحتاجه الجسم من مادة وما يحتاجه الروح من روحانية.

2.2.1. الحرية الاقتصادية:

يبيح الإسلام للفرد حرية التملك والتصرف في ممتلكاته بالطريقة التي يراها، وعلى الرغم من الحرية التي يكفلها الإسلام إلا أنه على المسلم أن يوازن سلوكه الاقتصادي؛ فمثلاً عليه أن يسعى لتحقيق التوازن في الإنفاق وذلك عن طريق البعد عن الإسراف أو البخل الشديد، بل إن المسرفين حتى عندما يكونوا مستحقين للصدقة تلصق بهم أحياناً صفة السفهاء، على الرغم من إنفاقهم قد لا يكون على أشياء محرمة.

فحتى الإنفاق على ما هو مشروع من المقتنيات، فمطلوب من الإنسان أن يكون معتدلاً فيه، مصداقاً لقول الله عز وجل: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا﴾²، وتتضمن فكرة الاعتدال عدم اعتبار الاستهلاك كفاية في حد ذاته، ولذلك يجب على الإنسان أن يستهلك فقط بالقدر الملائم الذي يسد حاجته.³

إن حرية التملك وحرية التعامل هما أساسان في الاقتصاد الإسلامي، وتدخل ولي الأمر في ذلك هو الاستثناء... ونظر لأهمية موضوع الملكية فقد ركز الإسلام على تنظيمها سواء أكانت هذه الملكية عامة أو خاصة، فكان من خصائص الملكية في الاقتصاد الإسلامي ازدواجيتها بين الخاصة والعامة.⁴

3.2.1. ازدواجية الملكية:

يقر الإسلام بمبدأ ازدواجية الملكية . الملكية العامة والملكية الخاصة . أما الخاصة فهي تتجارب مع فطرة النفس البشرية في حب التملك لتعمّر الأرض؛ أما الملكية العامة فأساسها المصلحة العامة للمسلمين. ويحدد الإسلام مجالات للملكية العامة لوسائل الإنتاج وهي مجال الثروات الطبيعية للبلاد والمرافق والمنافع العامة، وبعض المنشآت القائمة على إنتاج بعض الاحتياجات الضرورية للمجتمع، والتي يتطلب تأمين توفيرها للناس، مباشرة الدولة لعمليات إنتاجها.

أما ما عدا ذلك فإنه يمكن أن يخضع للملكية الفردية، والملكية الفردية في ذلك حق ثابت لا يُمس ولا ينزع إلا لمصلحة راجحة مع التعويض العادل عنها، وأجاز الإسلام تفاوت الثروات المكتسبة بأساليب مشروعة ولم يضع قيوداً أو حدوداً لها.⁵

¹ - حسين غانم، المدخل لدراسة التاريخ الاقتصادي والحضاري رؤية إسلامية، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة: 1990م، ص 131-136.

² - سورة الإسراء: الآية 29.

³ - حسين عمر، تطور الفكر الاقتصادي، دار الفكر العربي، مصر: 1994م، ص 95.

⁴ - فؤاد عبد الله العمر، مقدمة في تاريخ الاقتصاد الإسلامي وتطوره، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة: 2003م، ص 312.

⁵ - محمد عبد المنعم عبد القادر عفر، النظام الاقتصادي في الإسلام، دار المجمع العلمي، جدة: 1979م، ص 16، 17.

وتقوم الملكية في الإسلام على أساس أن الله عز وجل قد منح للأفراد حق الكسب والتملك، فارتبطت الملكية بوجه عام بالجهد، ولا تجوز بالطرق غير المشروعة كالسرقة أو الاغتصاب، ويقول الله عز وجل في ذلك: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾¹.

وأسباب التملك مشروعة كلها إلا ما نص عليه دليل بالحرمة، ويرتبط هذا الدليل المانع للتملك بعلّة الظلم والجور، ما يجعل أصل المعاملة محرماً، كالربا والاحتكار والغصب...²

والشريعة الإسلامية تضع الملكية بين ثلاث لتحوز العدل. فحق الفرد ثابت في أنه لا عدوان على ماله، ولا مصادرة لملكيته، وحق الجماعة في الملكية هو تحقيق للمصلحة العامة المقررة شرعاً بضوابطها؛ أما حق الله فملكه مطلق سبحانه، والبشر كلهم مستخلفون ينتفعون بالملكية ويؤدون حقها. فكل تصرف في المال يجب أن يكون بمقتضى شريعة المعطي المنعم الوهاب.³

وتقسم الملكية بين الملكية الخاصة والملكية العامة وملكية الدولة، فالملكية الخاصة أمرها واضح فهي ملك للأفراد يتصرفون بها رقبة ومنفعة؛ أما التفريق بين الملكية العامة وملكية الدولة فأمره دقيق، إذ كلاهما، تشرف عليهما الدولة؛ ولكن الفارق بينهما أن ملكية الدولة هي تتصرف بها الدولة تصرف الأفراد بالملكية الخاصة، أما الملكية العامة فلا تتصرف بها الدولة ولا الفرد، إذ هي ملك عام لجماعة المسلمين، يجوز الانتفاع بها دون التصرف برقبته.⁴

4.2.1. مبدأ التوزيع العادل للدخل والثروة:

صحيح أن حالات عدم المساواة في الدخل والثروة متناسبة مع تفاوت البشر في المهارة والمبادرة والجهد والمخاطرة؛ لكن الانحراف المفرط للتوزيع لا ينسجم مع التعاليم الإسلامية التي تؤكد على أن يكون هناك سعي حثيث من طرف الدولة لتقلص من حالات التفاوت. ويتأتى ذلك من خلال المساواة في توفير الفرص والموارد، ليبقى بعدها الجهد والتفاني في العمل والاجتهاد المميز بين كل أفراد مجتمع. ويعتمد الاقتصاد الإسلامي على مقصد تحقيق التوازن في رعاية مصلحة كل من الفرد والمجتمع، ولولي الأمر التدخل في حالة أي تدخل مجحف، ويقر الإسلام مبدأ "دفع الضرر الخاص لدفع الضرر العام".⁵

5.2.1. مبدأ المشاركة:

إن تحليل العملية الإنتاجية في الفكري الاقتصادي الإسلامي، تقسم الدخل إلى نوعين أساسيين هما: نوع من الدخل يتميز بالثبات، كالاستخدام المباشر لخدمة الطبيب، أو استعمال الآلة أو المنزل أو الأرض؛ بحيث يكون تحديد عائد ثابت لها غير مناف للعدالة.

والنوع الثاني من الدخل يرتبط بالمشاركة، وهذا النوع من الإنتاج يتم بمشاركة العمل الحي للعمل المدخر رأس المال.

¹ - سورة النساء: الآية 29.

² - رفيق يونس المصري، أصول الاقتصاد الإسلامي، ط5، دار القلم، دمشق: 2005م، ص 35، 38.

³ - يوسف كمال، الإسلام والمذاهب الاقتصادية المعاصرة، ط2، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع المنصورة: 1990م، ص 147، 148.

⁴ - رفيق يونس المصري، أصول الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق، ص 41.

⁵ - سعيد سعد مرطان، مدخل للفكر الاقتصادي في الإسلام، ط 2، مؤسسة الرسالة، بيروت: 1996م، ص ص 54-58.

إن رأس المال لا بد أن يشترك في الربح والخسارة، فلا يصح لعنصر من عناصر الإنتاج في المشاركة أن يشترط في عملية إنتاجية غير مضمونة الدخل جزءا محدد أو لا يشترك في الخسارة؛ فالقاعدة العامة في التوزيع في الإسلام هي "الغرم بالغنم".

إن قاعدة المشاركة هذه تظهر بوضوح في هدي رسول الله ﷺ حينما قال: "الخراج بالضمان". والخراج في كلام العرب هو الكراء والغلة.

ويقول ابن تيمية: "المال المستفاد إنما حصل بمجموعة بدن العامل، ومنفعة رأس المال، ولهذا يرد إلى رب المال مثل رأس ماله ويقتسمان الربح، كما أن العامل يبقى بنفسه التي هي نظير الدراهم، وليس إضافة الربح إلى عمل بدن هذا بأولى من إضافته إلى منفعة مال هذا". ويتحقق في الإسلام علاقات اقتصادية أساسها الغنم بالغرم، وذلك عكس العلاقات الاقتصادية المنغمسة في مستنقع الربا والدين وهمّة والاستغلال وظلمه.¹

3.1. أهداف الاقتصاد الإسلامي:

يسعى الاقتصاد الإسلامي إلى الأهداف الآتية:

1.3.1. تلبية الاحتياجات: حيث يجب أن تستخدم هذه الموارد لتلبية الاحتياجات الأساسية لجميع

الأفراد، ويضمن استخدامها لكل فرد مستوى من المعيشة يليق بإنسانيته.

2.3.1. تحقيق مصدر شريف للرزق: ويتحقق ذلك بتوفير عمل لائق يكون من ورائه كسب الرزق

الحلال؛ وهذا العمل يجب على المسلم أن يلتزم به ويجتهد فيه ويتقنه ليفيد مجتمعه، وليكسب عيشه ليعول نفسه وأسرته.

3.3.1. النمو والاستقرار: إن استخدام الموارد المتاحة بأقصى قدر ممكن من الكفاءة، وتوليد معدل

مرتفع ضمن حدود المعقول يدفع نحو تحقيق النمو الاقتصادي. وتعزيز الاستقرار الاقتصادي يساعد في تخفيض عدم المساواة التي يسببها بالضرورة الركود والتضخم والتقلبات الشاذة في الأسعار وأسعار الصرف.²

4.3.1. الحد من الاستئثار بالمال: وهو ما يعني عدم السماح بالثروة والغنى على حساب الفقراء،

استئثارا بخيرات المجتمع،³ قال الله عز وجل: ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾⁴. وقوام المجتمع الإسلامي هو العدل والمحبة والتعاون.

ولا يقبل في الإسلام أن يكون المال متداولاً بين فئة قليلة من الناس، وقد قال رسول الله ﷺ على تأدية الزكاة: "تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم". وقد حرص الإسلام على توزيع الثروة وتقليل الفوارق بين الناس من خلال إنشاء نظام العطايا وتفعيل نظام توزيع الزكاة لمن يستحقها.

¹ - للاستزادة ينظر: يوسف كمال، المصرفية الإسلامية، السياسة النقدية، ط2، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر: 1996م، ص ص 169 – 180.

² - للاستزادة ينظر: محمد عمر شابرا، الإسلام والتحديات الاقتصادية، ترجمة محمد زهير السمهوري، المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية، عمان: 1996م، ص ص 268 - 273.

³ - محمود شوقي الفنجرى، المذهب الاقتصادي في الإسلام، ط 3، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر: 1997م، ص 209، 210.

⁴ - سورة الحشر: الآية 07.

2. المصارف الإسلامية:

1.2. نشأة المصرف الإسلامي:

أصبحت فكرة إنشاء المصارف التي تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية¹، حقيقة واقعة بعد انعقاد المؤتمر الثاني لوزراء مالية الدول الإسلامية بجدة في أوت 1974 م، بعد صدور قراره التاريخي بالموافقة على المصرف الإسلامي للتنمية كبنك مملوك لمجموعة من الحكومات الإسلامية، وإن كان قد تم إنشاء بنك ناصر الاجتماعي في القاهرة² قبل ذلك بثلاث سنوات عام 1971 م.

وكان قد صدر عن المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية، المنعقد في القاهرة في ماي 1965م، عدة قرارات في قضية المعاملات المصرفية انتهت إلى أن:

أ- الفائدة على أنواع القروض كلها ربا محرم³، لا فرق بين ما يسمى بالقرض الاستهلاكي وما يسمى بالقرض الإنتاجي لأن الكتاب والسنة قاطعين في تحريم النوعين.

ب- كثير الربا وقليله حرام كما يشير إلى ذلك الفهم الصحيح في قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً وَتَتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ"⁴.

ج- الإقراض والاقتراض بالربا محرمان كذلك، ولا يرتفع إثمهما إلا إذا دعت الضرورة لذلك؛ وكل امرئ متروك لدينه في تقدير ضرورته.

د- أعمال المصارف عن الحسابات الجارية، وصرف الشيكات، والكمبيالات، والكمبيالات الداخلية التي يقوم عليها العمل بين التجار والمصارف في الداخل، كل هذا من المعاملات المصرفية الجائزة، وما يؤخذ في نظير هذه الأعمال ليس من الربا.

هـ - الحسابات ذات الأجل، وفتح الاعتماد بفائدة، وسائر أنواع الإقراض نظير فائدة كلها من المعاملات الربوية وهي محرمة.

2.2. تعريف المصرف الإسلامي:

نعني بالبنوك في النظام الإسلامي المؤسسات المالية التي تقوم بعمليات الصرافة واستثمار الأموال بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية. ويعرف البنك الإسلامي بأنه مؤسسة مالية تقوم بالمعاملات المصرفية

¹ - ينظر: جمال لعمارة، المصارف الإسلامية، الجزائر: دار المؤسسة الجزائرية للطباعة، 1996م، ص 17.15.

² - إن المحاولات الجادة في العصر الحديث للتخلص من المعاملات المصرفية الربوية وإقامة مصارف تقوم بالخدمات والأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية بدأت عام 1963م عندما أنشأت بنوك الادخار المحلية بإقليم الدقهلية في مصر على يد الدكتور أحمد عبد العزيز النجار، حيث كانت بمثابة صناديق ادخار توفير لصغار الفلاحين. ينظر: عاهد سنجد، أساسيات العمليات المصرفية الإسلامية، غير منشورة، 2010.

³ - للتوسع أكثر ينظر: محمد سيد طنطاوي، معاملات البنوك وأحكامها الشرعية، القاهرة: نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، 2001م، ص 81.77.

- ضياء مجيد الموسوي، الإصلاح النقدي، الحراش: الملكية للصناعة والإعلام والنشر والتوزيع، 1993م، ص 77.73.

⁴ - سورة: آل عمران، الآية: 130.

وغيرها في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، بهدف المحافظة على القيم والأخلاق الإسلامية، وتحقيق أقصى عائد اقتصادي اجتماعي لتحقيق الحياة الطيبة الكريمة للأمة الإسلامية¹.

والمصارف الإسلامية ليست مؤسسات مالية وسيطة فقط، بل هي أكبر من ذلك بكثير فهي مؤسسات مالية واقتصادية واستثمارية وتجارية وخدمية²؛ لدرجة أن البعض يرى أن المصارف الإسلامية أداة تجسد النظام الاقتصادي الإسلامي.

3.2. مرتكزات عمل المصارف الإسلامية:

يرتكز المصرف الإسلامي في معاملاته المالية على قاعدتين أساسيتين هما:

1.2.3. قاعدة الغنم بالغرم:

ويقصد بها أن الحق في الحصول على النفع أو الكسب « العائد أو الربح » يكون بقدر تحمل المشقة أو التكاليف « المصروفات أو الخسائر أو المخاطر»، وباعتبار أن عميل البنك هو شريك في أعماله، فإن الحق في الربح «الغنم» يكون بقدر الاستعداد لتحمل الخسارة «الغرم»³.

وتعتبر هذه القاعدة الأساس الفكري لكل المعاملات القائمة على المشاركة أو المعاوضة، فالمتعامل مع البنك يكون شريكا في الربح وفي الخسارة أيضا.

2.2.3. قاعدة الخراج بالضمان:

ويقصد بها أي أن الذي يضمن أصل شيء جازله أن يحصل على ما تولد عنه من عائد، فمثلا يقوم البنك الإسلامي بضمان أموال المودعين لديه في شكل ودائع أمانه تحت الطلب، ويكون الخراج «أي ما خرج من المال» المتولد عن هذا المال جائز الانتفاع لمن ضمن «وهو البنك» لأنه يكون ملزما باستكمال النقصان الذي يحتمل حدوثه وتحمل الخسارة في حالة وقوعها، ولهذه القاعدة علاقة بالقاعدة السابقة، لأنها قد تدخل تحتها من حيث أن الخراج غنم والضمان غرم، ولا يخفي أن لهذه القاعدة أثر كبير في الأعمال المالية والمصرفية حيث تؤثر في عملية توزيع النتائج المالية في المصارف الإسلامية.⁴

تعتبر القاعدتين السابقتين أساس قيام المعاملات المالية في الاقتصاد الإسلامي، لأن المال وحده لا يمكن بأي حال من الأحوال أن ينتج مالا في شكل عوائد وأرباح إلا إذا كان هناك عمل ومشاركة وتحمل للمخاطر بجميع أنواعها، وعلى اعتبار أن المصارف الإسلامية تتبع منهج الاقتصاد الإسلامي بتعاليمه

¹ - عوف محمود الكفراوي: البنوك الإسلامية: النقود والبنوك في النظام الإسلامي، ط3، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية/مصر، 1998، ص:140.

² - ينظر: حسن عبد الله أمين، حكم التعامل المصرفي بالفوائد، ط3، جدة: مطبعة المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية، 2000م، ص 35، 36.

³ . آمال لعمش، " دور الهندسة المالية في تطوير الصناعة المصرفية الإسلامية: دراسة نقدية لبعض المنتجات المصرفية الإسلامية "، رسالة تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماجستير في العلوم التجارية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس سطيف 1، الجزائر، 2011- 2012، ص: 5 - 6.

⁴ . عاهد سنجق، أساسيات العمليات المصرفية الإسلامية، ؟، الأردن، 2010، ص 18.

وضوابطه، فلا يمكن لها أن تعطي أو تحصل على أرباح دون تحمّل جزء من المخاطر، ولا أن تضمن لنفسها أو لأحد عملائها جزءاً من العوائد، لأن ذلك منافٍ لطبيعة عملها وللأساس الذي قامت عليه.¹

ثانياً- فرص التمويل العقاري من خلال صبيغ التمويلات في المصارف الإسلامية

إن أنشطة المصرف الإسلامي متعددة تجمع ما بين أنشطة المصارف التجارية والمصارف المتخصصة ومصارف الاستثمار والأعمال وشركات التجارة الداخلية والتصدير والاستيراد وشركات الاستثمار المباشر وتوظيف الأموال.

وترتكز التمويلات على تمويل المعاملات التي تبني على البيوع المختلفة من مرابحة واستصناع وسلم، وكذا صبيغ تمويل أنواع الإيجارات المختلفة. وأشهر هذه التمويلات التمويل بالمربحة بإضافة المبني على نسبة ربح تضاف على ثمن أصل البضاعة وبيعها بالنقد أو الأجل.

بناءً على أوجه أنشطة المصارف الإسلامية، المتمثلة في الخدمات المصرفية؛ والتمويلات؛ والاستثمارات. فإن استخدامات الأموال توجه بين التمويلات والاستثمارات.

ويمكن التفرقة بشكل عام بين الاستثمارات والتمويلات أن الاستثمارات تقوم على الملكية، بحيث للمتعامل أو المشارك في المشروع القدرة على التصرف، فيأخذ صفة المالك. أما التمويلات فترتكز على البيوع والإجارة؛ كما يمكن أن تكون صبيغ التمويلات مبنية على المديونية.

1. التمويل بالمربحة للأمر بالشراء:

هي أحد أنواع البيوع الإسلامية الأساسية، التي تقوم على عقد بيع²؛ وعقد البيع تملك مال بمال على وجه التراضي، وينعقد بكل لفظ يدل على معنى البيع إذا استوفى الإيجاب والقبول الشرعيين.³

1.1. المربحة البسيطة والمركبة:

المربحة اصطلاحاً مرابطتان: بسيطة ومركبة، البسيطة فهي المعروفة عند الفقهاء قديماً، أما المركبة فهي المعروفة حديثاً، وهي المستعملة كثيراً في المصارف الإسلامية وتسمى المربحة للأمر بالشراء أو نحو ذلك. والمربحة البسيطة عرفها الفقهاء بعدة تعريفات، يؤخذ منها أنها بيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح معلوم متفق عليه بين المتعاقدين، ومن المعلوم فقهاً أن الأصل في باب المعاملات هو الإباحة، وبناءً على ذلك يرى جمهور الفقهاء أن بيع المربحة من البيوع الجائزة شرعاً ولا كراهة فيه.

أما بالنسبة للمربحة المصرفية التي تطبقها المصارف الإسلامية فتعرف بالمربحة للأمر بالشراء، أي إن الشاري يأمر المصرف بشراء سلعة موصوفة له، والمصرف يقوم بشرائها على حسابه، ولأنه دفع قيمتها فقد امتلكها، علماً أن المصرف ليس في نيته امتلاكها، ولكنه لبيع السلعة المشتراة إلى الشخص الأمر بالشراء

¹. بدرة بن تومي، أثار تطبيق المعايير المحاسبية الدولية IAS/ IFRS على العرض والإفصاح في القوائم المالية للمصارف الإسلامية - دراسة تطبيقية، رسالة تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماجستير في العلوم التجارية، جامعة فرحات عباس سطيف 1، الجزائر، ص 74.

². محمد عبد الرؤوف حمزة، المشاركة في الشريعة الإسلامية، مرجع سبق ذكره، ص 20.

³. محمود إبراهيم مصطفى الخطيب، من صبيغ الاستثمار الإسلامية المربحة الداخلية في البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار والملاحظات عليها وكيفية تجنبها ضمن الاقتصاد الإسلامي، طبعة تمهيدية، مداخلة ضمن فعاليات المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، السعودية، 2005، ص 8.

لحيازتها والاستفادة منها، واحتفظ المصرف بالملكية كضمان مقابل التمويل بالأجل.¹ أو ما يسمى ببيع التقسيط.

إذن من مقاصد المصرف هو تمويل هذه السلعة وليس البيع والشراء الذي اعتبر وسيلة في هذه الحالة. كما أنه من مقاصد الأمر بالشراء هو الحصول على هذه السلعة، بينما تمويلها من المصرف هو وسيلة لاقتنائها، وعملية الشراء تأتي فيما بعد سواء كان العقد مع المصرف نفسه أو مع وكيل المصرف.

2.1. شروط المراجعة للأمر بالشراء:

- أن يكون الثمن الأول معلوما للمشتري الثاني لأن المراجعة بيع بالثمن الأول مع زيادة ربح والعلم بالثمن الأول شرط لصحة البيع فإذا لم يكن معلوماً فهو فاسد؛
- أن يكون الربح معلوماً لأنه بعض الثمن، والعليم بالثمن شرط لصحة البيع؛
- ألا يكون الثمن في العقد الأول مقابلاً بجنسه من أموال الربا فإن كان كذلك اشترى المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل لم يجز أن يبيعه مرابحة. لأن المراجعة بيع الثمن الأول وزيادة والزيادة في أموال الربا تكون ربا لا ربحاً؛
- أن يكون العقد الأول صحيحاً فإذا كان فاسداً لم يجز.²

2. التمويل بالإجارة:

1.2. تعريف الإجارة:

لغة: اسم للأجرة وهي كراء في الأجير.³ واصطلاحاً: التمويل التأجيري هو اتفاق بين طرفين يخول أحدهما حق الانتفاع بأصل مملوك للطرف الآخر مقابل دفعات دورية لمدة زمنية محددة، المؤجر وهو الطرف الذي يحصل على الدفعات الدورية مقابل تقديم الأصل، في حين أن المستأجر هو الطرف المتعاقد على الانتفاع بخدمات الأصل مقابل سداد له لأقساط التأجير للمؤجر.⁴

2.2. شروط الإجارة:

يجب أن يحتوى عقد التأجير على العناصر التالية:⁵

- أن يكون العقد واضحاً، ويتم قبوله من الطرفين الإيجاب والقبول من قبل البنك والمستأجر؛

¹. راجع: - حسام الدين عفانة، بيع المراجعة المركبة كما تجرّه المصارف الإسلامية في فلسطين، مداخلة ضمن مؤتمر "الاقتصاد الإسلامي وأعمال البنوك"، جامعة الخليل، فلسطين، 2009/7/27، ص 6.

Ibrahim Warde, Islamic Finance in the Global Economy, Redwood Books, Great Britain, 2000, p: 133.

². أحمد سالم ملحم، بيع المراجعة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية "دراسة فقهية مقارنة تبين حقيقة المراجعة بصورتها البسيطة والمركبة والممارسات النظرية والعملية لبيع المراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2005، ص 35-36.

³. أحمد سليمان خصاونه، المصارف الإسلامية، دارا للكتاب العالمي : 2008، ص 93.

⁴. خوني رابع وحساني رقية، واقع وآفاق التمويل التأجيري في الجزائر وأهميته كبديل تمويلي لقطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مداخلة ضمن فعاليات الملتقى الدولي: متطلبات تأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الدول العربية، جامعة الشلف، الجزائر، يومي 17 و18 أفريل 2006، ص 1.

⁵. علام عثمان، البنك الإسلامي للتنمية وتمويل التنمية في الدول، رسالة تدخل ضمن متطلبات شهادة الماجستير فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير جامعة الجزائر، 2006/2007، ص 63.

- يجب أن يوضح العقد حقوق وواجبات الطرفين بشكل واضح؛
- يجب أن تكون مدة التأجير لفترة محددة ومقابل مبلغ محدد، ويرجع الأصل للمصرف بعد انتهاء مدة العقد.

3. التمويل بالسلم:

1.3. تعريف السلم

السلم بالتحريك السلم، وأسلم في الشيء وسلم وأسلف بمعنى واحد، والاسم السلم، وأسلم إليه الشيء دفعه، ومصدر السلم أسلم وهو بمعنى الإعطاء والترك والإقراض، والسلم لفظ أهل الحجاز، والسلف لفظ أهل العراق.¹

واصطلاحاً: فهو البيع الفوري الذي يتم فيه تسليم الثمن في مجلس العقد وتأجيل تسليم السلعة الموصوفة بدقة إلى وقت محدد في المستقبل.²

وصيغة السلم تستعمل في تمويل القطاع الفلاحي من خلال مساعدة الفلاحين في الفترة ما قبل تمام الإنتاج، كما يمكن استخدام السلم في التمويل التجارية الخارجية من أجل رفع حصيلة الصادرات لتغطية عجز ميزات المدفوعات.

2.3. شروط صحة عقد بيع السلم:

بيان الجنس والنوع والصفة في الثمن تجنباً للنزاع؛

- بيان الجنس والنوع صفة المسلم فيه السلعة؛
- أن يكون المسلم فيه مؤجلاً إلى أجل معلوم؛
- أن يكون المسلم فيه أن يكون من جنس الثمن وان يكون مثقفاً معه على الربوية؛
- البعض اشترط بأن لا يقل الأجل عن شهر واحد ذلك لأن الشهر أقل مدة يمكن أن تتحقق فيها الفائدة من بيع السلم؛
- أن يكون المسلم فيه معلوم الصفة من حيث الجودة والرداءة والوسطية أو السلامة والكسر، كل ذلك تفادياً للجهالة المقضية إلى النزاع مما يؤدي إلى فساد العقد أو بطلانه.³

¹. محمد عبد الحليم عمر، الإطار الشرعي والاقتصادي والمحاسبي لبيع السلم في ضوء التطبيق المعاصر، الطبعة الثالثة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، 2004، ص14.

². محمود حسين الوادي وآخرون، الاقتصاد الإسلامي، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2010، ص 198.

³. حسين بلعجوز، مخاطر صبيغ التمويل في البنوك الإسلامية والبنوك الكلاسيكية دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص ص 55-56.

4. التمويل بالاستصناع:

1.4. تعريف الاستصناع:

الاستصناع هو طلب الصنعة، وهو عمل الصانع في حرفته.¹ واصطلاحاً: هو عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة، أي العقد على شراء ما سيصنعه الصانع وتكون العين والعمل من الصانع، فإذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع فإن العقد يكون إجارة لا استصناعاً. وبعض الفقهاء يقول: إن المعقود عليه هو العمل فقط، لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل. وينعقد الاستصناع بالإيجاب والقبول من المستصنع والصانع. ويقال للمشتري: مستصنع وللبائع: صانع وللشيء: مصنوع كاتفاق شخصين على صنع أحذية أو آنية أو مفروشات ونحوها فهو لا يكون إلا فيما يتعامل فيه الناس.²

2.4. شروط الاستصناع:

- أن يكون المستصنع فيه معلوماً، وذلك ببيان الجنس والنوع والقدرة، لأنه لا يصير معلوماً بدون ذلك.
- أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس، لأن ما لا تعامل فيه يرجع فيه للقياس فيحمل على السلم ويأخذ أحكامه.
- عدم ضرب الأجل، وقد اختلف في هذا الشرط، فأبو حنيفة -خلفاً للصاحبين- يرى أنه يشترط في عقد الاستصناع خلوه من الأجل، فإذا ذكر الأجل في الاستصناع صار سلماً.³

ثالثاً- صبيغ الاستثمارات أو المشاركات في المصارف الإسلامية.

نقصد بصبيغ الاستثمار أو المشاركات تلك الصبيغ المبنية على المشاركة في الربح والاستعداد لتحمل الخسارة؛ ولا تبني هذه الصبيغ على عقود البيوع بل تبني على عقود المشاركات والمضاربات. والاستثمار يمكن أن يأخذ عدة أشكال منها:

- الاستثمار في الأوراق المالية أسهم الشركات التي تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية.
- الاستثمارات المباشرة عن طريق إنشاء المشروعات والمساهمة فيها جزئياً أو كلياً.
- الاستثمار في الأصول بأدوات صكوك التمويل الإسلامية..
- التمويل بالمشاركة في الأرباح.⁴

¹. أحمد ميداني وحريري عبد الغني، نحو تطبيق عملي مبتكر لتعزيز المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بصيغة الاستصناع في الجزائر، مداخله ضمن فعاليات المنتدى الدولي الرابع حول: المنافسة والاستراتيجيات التنافسية للمؤسسات الصناعية خارج قطاع المحروقات في الدول العربية، جامعة حسنية بن بوعلي بالشلف، الجزائر، يومي الاثنين 08 والثلاثاء 09 نوفمبر 2010، ص 03.

². ياسر عبد طه الشرفا، أهمية دور البنوك الإسلامية في إنماء قطاع الصناعة بصيغة الاستصناع والاستصناع الموازي دراسة تطبيقية على البنوك الإسلامية العاملة في فلسطين، مجلة جامعة فلسطين للأبحاث والدراسات، المجلد 5، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2013، ص 7.

³. حسام الدين خليل، عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية، رسالة تدخل ضمن متطلبات شهادة الماجستير في الفقه الإسلامي المقارن، كلية الدراسات الإسلامية، مركز القرضاوي للوسطية الإسلامية والتجديد، ص 22-23.

⁴ - جمال لعمارة، اقتصاد المشاركة، الجيزة: مركز الإعلام العربي، 2000م، ص 69، 82.

- التمويل بالمضاربة الشرعية حيث العمل من جانب العميل، والمال من جانب مصرف، وتحدد حصة الربح لكل منهما، وليست فائدة تحدد مسبقاً.

1. صيغة المشاركة:

1.1. تعريف المشاركة:

المشاركة هي الخلط أو الاختلاط أو المخالطة بين شريكين أو أكثر في شيء معين بينهم.¹ واصطلاحاً: هو عقد بين طرفين أو أكثر على الاشتراك في رأس المال للقيام بأعمال وأنشطة محددة. ويعتبر التمويل بالمشاركة أهم ما يميز البنوك الإسلامية عن البنوك التقليدية، وهي تقديم البنك والعميل المال بنسب متساوية أو متفاوتة من أجل إنشاء مشروع جديد أو المساهمة في مشروع قائم بحيث يصبح كل واحد منهما ممتلكاً حصة في رأس المال بصفته ثابتة أو متناقصة ومستحقاً لنصيبه من الأرباح، وتقسم الخسارة على قدر حصة كل شريك في رأس المال.²

وباستخدام هذه الصيغة يتم المساهمة بالمال والعمل بين الطرفين وبواسطتها يتم تجميع فوائض مالية للأفراد لاستثمارها في مشاريع جديدة أو توسيع مشاريع قائمة.

2.1. أشكال المشاركة:

وتأخذ المشاركة ثلاث أشكال:

- المشاركة الثابتة؛
- المشاركة على أساس صفقة معينة؛
- المشاركة المنتهية بالتملك.

3.1. شروط التمويل بالمشاركة

أ- شروط الخاصة برأس المال والعمل:

- أن المال والعمل شركة بين الطرفين.
- أن يكون رأس مال المشاركة معلوم المقدار، وأن يكون نقداً أو عيناً حسب الاتفاق، وموصوفاً وصفاً نافياً للجهالة ولا يفضي للغرر.³

ب- شروط الخاصة بتوزيع الأرباح:⁴

- يحدد عقد المشاركة قواعد توزيع نتائج المشاركة بين الأطراف المختلفة بوضوح تام ربها كانت هذه النتائج أو خسارة.

1. عادل بن عبد الرحمن بن أحمد بوقري، مخاطر صبيغ التمويل التجارية الإسلامية في البنوك السعودية، أطروحة دكتوراه في الاقتصاد

الإسلامي، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 2005، ص 13.

2. صالح صالحي ونوال بن عمارة، صبيغ التمويلية ومعالجتها المحاسبية بمصارف المشاركة- دراسة تطبيقية لبنك البركة الجزائرية-، مجلة الباحث، العدد 02، جامعة ورقلة الجزائر، 2003، ص 52.

3. محمد عبد الرؤوف حمزة، المشاركة في الشريعة الإسلامية، بحث تمهيدي لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد والمصارف الإسلامية، جامعة سانت كليمنتس مكتب الارتباط الرئيسي الشارقة للاستشارات الأكاديمية والجامعية، 2006-2007م، ص 9.

4. حسين بلعجوز، مرجع سابق، ص 33.

- تحديد الأنصبة بين الأطراف المختلفة بالجزئية النصف، الثلث، أو الربع .. إلخ أو بالنسبة 30%، 20%، 60% ... إلخ .

- وفي حالة وقوع خسائر ليس بسبب تقصير أو مخالفة من جانب الشريك القائم بالإدارة والعمل فإن هذه الخسارة يتحملها الشركاء كل حسب نسبة حصته في رأس المال ولا يجوز الاتفاق على توزيعها بنسب أخرى كما هو الحال في توزيع الأرباح.

2. صيغة بالمضاربة:

1.2. تعريف بالمضاربة

المضاربة من ضَرَبَ، ضَرَبْتُ في الأرض أَبْتَغِي الخير من الرزق.¹؛ وتعرف اصطلاحاً على أنها شركة في الربح بمال من جانب وهو جانب صاحب المال ولو متعدد، وعمل من جانب آخر وهو جانب المضاربة. فأسلوب المضاربة يتم باشتراك بين طرفين، حيث يقوم أحدهما بدفع المال، والعمل يكون على الآخر، أي العمل على التوليف بين مدخلين إنتاجيين رأس المال والعمل لإقامة مشاريع اقتصادية.²

2.2. شروط التمويل بالمضاربة

أ- الشروط الخاصة برأس المال:

اشتراط الفقهاء في رأس مال المضاربة أربعة شروط كي يكون العقد صحيحاً، وهي:³

- أن يكون رأس المال نقداً؛
- أن يكون رأس المال معلوماً المقدار والصفة؛
- أن يكون رأس المال عيناً حاضراً لا ديناً في ذمة المضارب؛
- تسليم رأس المال مُسَلِّماً إلى المضارب؛
- لا يجوز اشتراط الضمان على المضارب إذ هلك رأس المال من غير تعد ولا تقصير.

ب- شروط الخاصة بالربح⁴

- أن يكون الربح محدد بنسبة معينة لكل من رب المال والمضارب، وأن يكون متفق عليه العقد؛
- أن يكون نصيب العامل في الربح مشروطاً من الربح لا من رأس المال، لأنهم لو اشتراطوا الربح من رأس المال للعامل فسدت المضاربة؛
- الربح على ما يتفقان، والخسارة حالة وقوعها على رأس المال؛

¹. علاش أحمد، محفزات النشاط الاقتصادي في الإسلام تحليل اقتصادي، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية والتسيير، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر 2005، ص 115.

². أحمد سليمان خصاونة، المصارف الإسلامية، جدارا للكتاب العالمي للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 81.

³. حسن الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، البنك الإسلامية للتنمية، الطبعة الثالثة، بحث رقم 11، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، السعودية، 2000، ص 27-28.

⁴. راجع: - حسين بلعجوز، مرجع سبق ذكره، ص 23. محمد محود العجلوني، مرجع سبق ذكره، ص 216.

صلاح الدين سلطان، الأزمة العالمية والمضاربة الشرعية بديلاً عن الودائع البنكية والتأمينات التجارية، مداخله ضمن فعاليات الدورة التاسعة عشرة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، إسطنبول، تركيا، 30 يونيو - 4 يوليو 2009م، ص 53 .

- أن لا يضمن المضارب رأس المال إلا في حالة التعدي والتقصير؛
- لا يجوز لرب المال اشتراط ضمان الربح على المضارب.

3.2. الفرق بين التمويلات والاستثمارات في المصارف الإسلامية

عنصر المقارنة	التمويلات	الاستثمارات
المدة	قصيرة - متوسطة	متوسطة - طويلة
العقد	مبني على المعاوضات البيوع، باستثناء القرض الحسن والإجارة.	مبني على المشاركات المشاركة - المضاربة - المزارعة، المغارسة - المساقاة
المخاطر	قليلة المخاطر	عالية المخاطر ويقلل من خطورتها توزيعها.
الأرباح	تعتمد على ثمن المراجعة أو الزيادة فوق راس المال أو ثمن الإيجار	هي نسبة شائعة من الأرباح الصافية يتفق عليها مسبقاً؛ ومن الصبيغ الزراعية من الثمر.
الخسارة	يتحملها البائع برد السلعة المعيبة. أو بتقلبات الأسعار في السوق انخفاضاً	يتحملها الشركاء في حدود رأس مالهم وفي المضاربة يتحملها رب المال إلى إذا قصر المضارب؛ أو المزارع أو المساق.
رأس المال	يمكن أن يكون ديناً ويمكن أن يقسط ويتميز بالصغر	يجب أن يكون نصيب رأس المال حاضراً؛ والاستثمارات يكون رأس مالها كبيراً.

المصدر: من إعداد الباحثين.

رابعاً- كيفية استفادة القطاع العقاري من صبيغ المشاركات والتمويلات في المصارف الإسلامية

:

1. آليات الاستفادة من صبيغ التمويلات في الأنشطة العقارية:

1.1. التوسع في العقارات من مدخل الاستصناع الموازي:

الخدمات المالية التي تقدمها المصارف الإسلامية المبنية على التمويلات يمكن أن تساهم بشكل مباشر أو غير مباشر في تنشيط القطاع العقاري؛ ويأتي في مقدمة هذه التمويلات الاستصناع. بحيث تدرج كل أنشطة البناء العقاري وتوسعة الممتلكات العقارية وتشديد البنى التحتية كلها تحت صيغة الاستصناع. والمصرف الإسلامي يطبق هذه الصيغة بعقدين منفصلين؛ فهو يستقبل طلبات الزبائن العقارية (بناء أو توسعة)؛ بصفته صانعاً؛ ثم يرم عقداً ثانياً مع الصانع النهائي بصفته مستصنعاً. فالمصرف هنا يقوم بدورين صانع ومستصنع. وتسمى خدمة التمويل المالي هذه: بالاستصناع الموازي. وتحدد أرباح المصرف بناء على ثمن البيع للسلعة المستصنعة وفقاً للعقد المتفق عليه؛ ويبنى عقد الاستصناع والاستصناع الموازي على عقد البيع.

إذن فالاستصناع هو صيغة تمويلية منخفضة المخاطر من جهة ومن جهة أخرى تضمن للزبائن تمويل أنشطتهم العقارية المختلفة. والذي يجعل من هذه الخدمة فعالة وصالحة في تغطية أنشطة التوسع العقاري

الشخصي أو المؤسسات؛ هو عقد الاستصناع يمكن أن يكون ثمن الأصل المستصنع فيه قيمة صغيرة من حيث رأس مالها؛ كما يمكن تقسيط ثمن التسديد للبنك على نجوم (أقساط). ويضمن المصرف الإسلامي حقوق المالية والتزاماته المتبادلة عن طريق رهن الأصل العقاري. وبعد تسديد كل الالتزامات المالية يرفع الرهن عن العقار.

ولأصحاب الفئات المالية تمويل هذا النوع من العقود واستثمار مدخراتهم مع المصرف الإسلامي.

2.1. تمويل بيوع الأصول العقارية بالمربحة للأمر بالشراء:

إذا كان عقد الاستصناع يبنى على أصل عقاري معدوم؛ فإن خدمة التمويل عن طريق المربحة للأمر بالشراء تبنى على تملك الأصول العقارية ثم إعادة بيعها؛ فطلبات الزبائن العقارية يستطيع المصرف الإسلامي تلبيتها عن طريق شراء هذه الأصول العقارية، بناء على طلب الزبون وعلى وعد من الزبون أن يتم عملية الشراء ونقل الملكية.

وسبب اللجوء إلى بيع المربحة للأمر بالشراء إما يكون بسبب طلب الخبرة أو بسبب طلب التمويل؛ والأكثر لجوءاً هو طلب التمويل ثم تقسيط هذا الدين المتبقي على أقساط.

وتتميز صيغة عقد المربحة للأمر بالشراء بعدم تأثر العقد بأسعار الفائدة الربوية أو بتقلبات أسعار العقارات؛ فطالب العقار أو المشتري وحتى البنك الإسلامي يجب أن يتفقا على ثمن البيع وثمان المربحة مع معلومية رأس المال بكل شفافية وهي شروط لازمة لصحة العقد من الناحية الشرعية؛ ولا يمكن لكليهما زيادة الثمن أو انقصه درءاً للوقوع في ربا النسئة.

ولصيغة المربحة لأمر بالشراء دور غير مباشر في إنعاش القطاع العقاري ليس فقط بتسهيل شراء الأصول الجاهزة؛ بل يمكن استعمال هذه الصيغة التمويلية في شراء آلات البناء ومعدات وسلع مواد البناء للمقاولين والمقرنين العقاريين شريطة أن يقدم الأمر بالشراء ضمانات لذلك.

3.1. صيغتي الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك وتفعيل القطاع العقاري:

تكاد تكون الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك مرتبطتان بالقطاع العقاري بشكل مباشر؛ فالمؤسسات التي تحتاج إلى عقارات في شكل مباني كمقرات لها تلجأ إلى تأجير العمائر والمساكن؛ وهنا يملك المصرف الأصل العقاري بناء على مواصفات الزبون المستثمر صاحب الشركة ويقوم بكرائها أو تأجيرها له؛ وخاصة بالنسبة للاستثمارات الأجنبية المباشرة؛ فالمستثمر الأجنبي يحتاج لمنفعة الكراء مدة خمس سنوات مثلاً وليس بحاجة إلى تملك أصل العقار؛ وهو ما يجعل خدمة الإجارة المنتهية بالتمليك مناسبة جداً لهذا النشاط العقاري.

ويستطيع المصرف الإسلامي أن يؤجر الأصول العقارية المملوكة له أو التأجير من الباطن لعقارات تم تأجيرها سابقاً وله الحق وفق العقد مع المؤجر الأول أن يعيد تأجيرها مرة ثانية.

ولصيغة الإجارة المنتهية بالتمليك الحق وعدا لدى المؤجر أن ينقل له المالك أصل العقار وهذا إذا احتاج الزبون لذلك وفق العقد الذي أبرماه؛ وتقديم هذه الصيغة من المصرف الإسلامي تحقق من جهة تمويل الزبون إذا كان عاجزاً على تسديد دفعات كبيرة ويوفر على الشركات الاستثمارية عناء البحث عن العقارات التي تحتاجها في أنشطتها الاستثمارية.

2. صبيغ الاستثمارات والمشاركات ودورها الاستثمارات العقارية:

صبيغ المشاركات في الصناعة المالية الإسلامية تعتمد على المشاركة والمضاربة بدرجة أولى ثم على مشاركات الأنشطة الزراعية والفلاحية التي تتمثل في المزارعة والمغارسة والمساقاة. ويمكن أن يكون لصبيغي المشاركة أو المضاربة دور إيجابي في القطاع العقاري كالآتي:

1.2. المشاركة المصرفية في الاستثمارات العقارية:

تتميز المشاركة كصيغة استثمار إسلامي بعدالة في توزيع الأرباح وتحمل الخسائر على الشركاء ؛ ما يجعل من عقد المشاركة آلية اقتصادية ضمن الاقتصاد الحقيقي الذي يعتمد على الاستثمار المباشر في الأصول، ومن بينها الاستثمار في الأصول العقارية.

ولصيغة المشاركة طريقتان تسهم بهما في تفعيل الاستثمار العقاري هما:

1.1.2. المشاركة غير المباشرة في استثمارات التمويل:

ونقصد بذلك أن صبيغ التمويل السالفة الذكر وخاصة إذا كانت مبالغ التمويل كبيرة سواء في المربحة للأمر بالشراء أو الاستصناع أو السلم؛ فإن المصرف الإسلامي يستطيع أن يشرك في عملية تمويل عقد البيع أحد المستثمرين الماليين. وهذا يدخل ضمن الهندسة المالية لعقود التمويل الإسلامي. فحتى لا يخسر المصرف عقود التمويل المبنية على البيوع كبيرة راس المال فإن يلجا إلى صيغة المشاركة في تمويل المشروعات العقارية.

2.1.2. المشاركة المباشرة في الاستثمارات العقارية:

بحيث يقوم المصرف الإسلامي بناء على عقد الشركة بينه وبين الشركاء في إنشاء محفظة استثمارية أو صندوق استثمار للمشروعات الاستثمارية العقارية بناء وبيعا وإيجارا؛ ليس فقط بناء على طلبات الزبائن التمويلية بل عن طريق الاستثمار في سوق العقارات.

2.2. استعمال صيغة المضاربة المصرفية في الاستثمارات العقارية:

أشير هنا إلى أن صيغة المضاربة هي الأوسع استعمالا مقارنة بالمشاركة وهذا بسبب أن المضاربة التي تتبعها المصارف الإسلامية هي المضاربة المطلقة؛ وصيغتها أن يفتح المصرف الإسلامي حسابات استثمارية وفق عقود المضاربة المطلقة؛ فمن خلال المدخرات المجمعة يوجه البنك بصفته مضاربا هذه المدخرات للاستثمارات غير المباشرة المرتبطة بتمويل عقود البيوع أو بالاستثمارات المباشرة في السوق العقاري كما صيغة المشاركة؛ إلا أن البنك لا يتحمل أي خسائر نتيجة هذا الاستثمار ويتحمل ذلك المستثمر المالي رب المال إلا إذا قصر البنك وثبت ذلك؛ وتوجه المضاربات إلى الاستثمارات الأقل مخاطر مصرفية وخاصة عقود المربحات والاستصناع والإجار.

الخلاصة:

إن الذي يميز صبيغ التمويل والمشاركات في المصارف الإسلامية ميزتين اثنتين أساسيتين؛ الأولى هي التنوع في العقود والصبيغ؛ والثانية هي ارتباط هذه العقود على استثمارات حقيقية بعيدا عن كل المضاربات.

وهو ما يجعل صبيغ التمويلات من مرابحة استصناع وإجارة بنوعها وصيغتي المشاركة والمضاربة قادرتين على تلبية رغبات زبائن البنك الإسلامي سواء كانوا طالبي تمويل عقاري؛ أو مستثمرين في مجال الأنشطة العقارية. والتنوع المالي لخدمات المصارف الإسلامية يتزامن مع إمكانية قبول صغار المستثمرين وطالبي التمويل الصغير ولأجل محدود؛ ما يعني إشراك شريحة واسعة سواء من أصحاب الفائض المالي والذين يودون استثمار أموالهم أو أصحاب العجز المالي الذي يبحثون عن تمويله وتغطية احتياجاتهم في مجال العقار والبناء. كل هذه الخصائص تمكن المصرف الإسلامي من أن يكون له دور فعال في إنعاش سوق العقار بين المستثمرين والملاك والطلب على العقار سواء كان صناعي أو فلاحي استثماري أو حتى على المستوى الشخصي.

تكوين وإستغلال الحافظة العقارية الموجهة للإستثمار في القطاع السياحي



د. كمال فتحي دريس، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)

مقدمة:

كانت ولا تزال الجزائر تسعى إلى النهوض قدما بإقتصادها الوطني، لكن اعتمدت إلى سنوات عديدة على قطاع المحروقات وإن كان في وقت ما قد أغرقها في بحبوحة مالية، إلا أن الأوضاع الراهنة التي نتج عنها تذبذب في أسعار النفط، جعلت الجزائر تعيد النظر في أولوياتها الاقتصادية محاولة إيجاد بدائل ناجعة للتنمية الاقتصادية، وهو الأمر الذي يقتضي ضرورة إستغلال كل الثروات الأخرى التي تمتلكها، والتي من أهمها العقار الموجه للإستثمار أو ما يعرف بالعقار الاقتصادي.

ويعرف العقار الاقتصادي بأنه مجموع الأراضي المعمرة أو القابلة للتعمير والتي تكون موجهة للإستثمارات والقابلة لإستيعاب وحدات إنتاج أو خدمات.

والعقار السياحي هو أحد أصناف العقار الاقتصادي الذي ضل في الجزائر مهملًا لسنوات عديدة أمام غياب نظام قانوني يوطئه من حيث تصنيفاته وتحديد المواقع السياحية وتنظيم العمليات الاستثمارية في القطاع السياحي، مما إنعكس سلبًا على وضعية العقارات السياحية لغياب الإطار والرقابة القانونية وبالتالي على الوجهة السياحية ككل.

حاول المشرع تدارك هذا التأخر وظهرت بوادرتنظيم الوعاء العقاري الموجه للإستثمار سنة 2003 من خلال صدور القانون رقم (01/03) المؤرخ في 2003/02/17 المتعلق بالتنمية المستدامة للسياحة¹ والقانون رقم (03/03) المؤرخ في 2003/02/17 المتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية.²

إضافة إلى الأمر رقم (04/08) المؤرخ في 2008/09/01³، المحدد لشروط وكيفيات منح الإمتياز للأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية إضافة إلى المراسيم ذات الصلة بالموضوع.

¹ القانون رقم (01/03) المؤرخ في 2003/02/17، المتعلق بالتنمية المستدامة للسياحة، الجريدة الرسمية، العدد 11، المؤرخة في 2003/02/19.

² القانون رقم (03/03) المؤرخ في 2003/02/17، المتعلق بالمناطق التوسع والمواقع السياحية، الجريدة الرسمية، العدد 11، المؤرخة في 2003/02/19، المعدل والمتمم.

³ الأمر رقم (04/08) المؤرخ في 2008/09/01، المحدد لشروط وكيفيات منح الإمتياز للأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية، الجريدة الرسمية، العدد 49، المؤرخة في 2008/09/03، المعدل والمتمم.

لذلك إرتأينا البحث في الآليات القانونية لإقتناء الدولة للوعاء العقاري الموجه للإستثمار في القطاع السياحي من جهة، ومن جهة أخرى الصيغة التي حددها المشرع لإستغلال هذا الوعاء بما يخدم الأهداف المسطرة للإستثمار في هذا القطاع.

إنطلاقاً من الإشكالية التالية:

ما هي الآليات القانونية التي وضعها المشرع للدولة لتوفير الوعاء العقاري الموجه للإستغلال في القطاع السياحي، وما مدى فعاليتها لتحقيق ذلك؟

وللإجابة على الإشكالية السالف الذكر إرتأينا تقسيم هذه المداخلة إلى محورين:

المحور الأول: طرق إقتناء الدولة للعقار السياحي

المحور الثاني: صيغ إستغلال العقار السياحي

المحور الأول: طرق إقتناء الدولة للعقار السياحي

سعى المشرع الجزائري إلى إيجاد آليات لإقتناء العقار الموجه للإستثمار من أجل تكوين حافظة عقارية مخصصة للإستثمار السياحي.

وبتفحص النصوص القانونية ذات الصلة يمكن تصنيف طرق إقتناء الوعاء العقاري السالف الذكر

إلى:

أولاً: طرق الإقتناء الخاضعة لقواعد القانون الخاص

ثانياً: طرق الإقتناء الخاضعة لقواعد القانون العام

أولاً: طرق الإقتناء الخاضعة لقواعد القانون الخاص

طبقاً للفقرة الثانية من المادة (26) من قانون الأملاك الوطنية (30/90) المعدل والمتمم،¹ يتم إكتساب العقار بما فيه السياحي عن طريق الشراء والمبادلة.

1- الشراء:

قد تلجأ الدولة إلى إقتناء العقار السياحي عن طريق الشراء (عقد رضائي)، ولا تتعامل في هذه العملية بمظهر صاحبة السلطة والسيادة، بل منزلة أشخاص القانون الخاص.²

ونصت المادة (22) من القانون (03/03) المتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية، على أنه يمكن إقتناء العقار السياحي بإتفاق ودي مع الخواص أو الأملاك الوطنية الخاصة من الهيئات المخولة لها ذلك قانوناً وذلك مع الوكالة الوطنية لتنمية السياحة.³

وقد أحال المشرع تطبيق هذه المادة على التنظيم الذي لم يصدر إلى حد الساعة.

عملياً تطبق المادة (91) من القانون (30/90) المعدلة بالمادة (28) من القانون (14/08)⁴

¹ القانون رقم (30/90) المؤرخ في 1990/12/01، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 52، المؤرخة في 1990/12/02، المعدل والمتمم.

² ميساوي حنان، الحماية القانونية للأملاك الوطنية التابعة للدولة في الجزائر، دار النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2017، ص 160.

³ إستحدثت الوكالة الوطنية لتنمية السياحة بموجب المرسوم التنفيذي رقم (70/98) المؤرخ في 1998/02/21 وهي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقاتها مع الدولة، وتاجرة في علاقاتها مع الغير، ومن بين مهامها إقتناء الأراضي الضرورية لإنشاء هياكل سياحية.

⁴ القانون رقم (14/08) المؤرخ في 2008/07/20 المعدل والمتمم لقانون رقم (30/90) المتضمن الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 44، المؤرخة في 2008/08/03.

التي تسمح للجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة للدولة القيام بشراء بعض العقارات إذا كانت العقارات التي بحوزتها لا تتلاءم مع الوظيفة التي سيؤديها المرفق العام المراد إنجازها على العقارات المزمع شراؤها.

والقيد الوارد على الشراء هو أخذ رأي الإدارة المكلفة بالأموال الوطنية (وزارة المالية) ويجب كذلك تحديد القيمة الشرائية أو التجارية للعقار بالاستعانة بمصالح الضرائب والتسجيل والطابع، ويتم تحرير العقد من أملاك الدولة، ويتم بعدها تخصيص العقار بقوة القانون للجهة المستفيد "الوكالة الوطنية لتنمية السياحة" بعد إدراجه ضمن الأملاك الوطنية الخاصة.

2-المبادلة (المقايضة):

عرف المشرع المقايضة في المادة (450) من القانون المدني¹، وفي قانون الأملاك الوطنية تتعلق بالعقار فقط وتأخذ شكلين طبقا للمادة (92) من قانون الأملاك الوطنية:

- يتم التبادل بين الأشخاص العامة فيما بينها ويعتبر تخصيصا مزدوجا
- وإما يكون مقابل أملاك عقارية يملكها الخواص.

وطلب التبادل قد يكون بمبادرة من الوكالة الوطنية لتنمية السياحة يوجه لوزارة السياحة والصناعة التقليدية وبعد الموافقة ترسل الملف إلى وزير المالية.

أما إذا كان طلب التبادل من أحد الخواص يرسل الملف مباشرة لوزير المالية بعد الموافقة المبدئية للوكالة الوطنية لتنمية السياحة وذلك طبقا للمادة (117) من المرسوم التنفيذي (427/12) المؤرخ في 2012/12/16، الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة.²

قبل أن يتخذ وزير المالية قرار المبادلة يتأكد من تحديد معدل فارق القيمة بين العقارين إن وجد ويحدد في قرار الموافقة وصف العقارات، آجال المبادلة، الفارق في القيمة وأجل تصفية الرهون، كما يثبت التبادل بعقد إداري أو عقد توثيقي بناء على قرار وزير المالية، إذا تم بعقد إداري يوقع من قبل الوالي، أما إذا كان عقد توثيقي يمثل مدير أملاك الدولة المختص وزير المالية وبعد الشهر يدرج الملك المتبادل في الأملاك الوطنية الخاصة.

¹ الأمر رقم (58/75) المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 1975/09/30، المعدل والمتمم.

² المرسوم التنفيذي رقم (427/12) المؤرخ في 2012/12/16، الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، الجريدة الرسمية، العدد 69، المؤرخة في 2012/12/19.

ثانيا: طرق الإقتناء الخاضعة للقانون العام

ويتعلق الأمر بالشفعة الإدارية ونزع الملكية من أجل المنفعة العامة

1-الشفعة الإدارية:

نصت على الشفعة المادة (794) من القانون المدني والشفعة الإدارية لم يعرفها المشرع وهي: "رخصة تجيز للدولة والجماعات المحلية الحلول محل المشتري المحتمل في عملية بيع العقارات، بهدف استغلالها في الاستثمار".¹

وحسب نص المادة (21) من القانون (03/03) المعدل والمتمم يثبت الحق في الشفعة للوكالة الوطنية لتنمية السياحة على جميع العقارات أو البناءات المنجزة في إطار هذا القانون الواقعة داخل مناطق التوسع والمواقع المحمية.

وتطبيقا كذلك للمادة (71) من قانون التوجيه العقاري (25/90) المعدل والمتمم² الذي يعطي للدولة والجماعات المحلية الحق الأسبق في المرتبة الأولى قبل أصحاب الحقوق الذي نص عليهم المشرع في المادة (795) من القانون المدني.

وقد وضع المشرع ضوابط لممارسة حق الشفعة لغرض تحقيق التوازن في المراكز القانونية وذلك بإصداره للمرسوم التنفيذي (385/06) في 2006/10/28، الذي يحدد ممارسة حق الشفعة من قبل الوكالة الوطنية لتنمية السياحة داخل مناطق التوسع والمواقع المحمية.

الإجراءات: يجب على مالك العقار أو البناء المنجز في إطار مخطط التهيئة السياحية عندما يقرر بيع أملاكه تقديم تصريح مسبق لوزير السياحة طبقا لنموذج يحدده هذا الأخير طبقا للمادة (28) من القانون (03/03) والمادة (03) من المرسوم (385/06).

- يخطر الوزير الوكالة الوطنية بالتصريح في أجل 15 يوما من التصريح.
- للوكالة 03 أشهر من الإخطار للإقتناء من عدمه، ويلتزم الوزير بإعلام المالك في أجل 15 يوما.
- في حالة عدم رد الوزير وإنقضاء 04 أشهر من الإخطار بالبيع لمالك العقار الحق في البيع.
- وفي حالة وقوع نزاع بين الوكالة ومالك العقار حول ثمن إقتناء العقار، يجوز اللجوء للقضاء من أجل تحديده.

2-نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية:

نصت المادة (22) من القانون (03/03) المعدل والمتمم، على أنه في حالة فشل إقتناء العقار السياحي القابل للبناء والمملوك للخواص بالطرق الودية، يمكن للدولة بناء على طلب من الوزير المكلف بالسياحة إقتناء هذه الأراضي طبقا للتشريع والتنظيم الساري المفعول، والمتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

¹ بوارية مريم، حق الشفعة الإدارية في ظل قانون التوجيه العقاري (25/90)، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2012، ص11.

² القانون رقم (25/90) المؤرخ في 1990/11/18، المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 49، المؤرخة في 1990/11/18، المعدل والمتمم.

عرفه المشرع بموجب القانون (11/91) المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية المعدل والمتمم¹ بأنه طريقة إستثنائية لإكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدى إنتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية.
إجراءاته:

- التحقيق المسبق: وهو تحقيق مدى توفر المنفعة العمومية من العملية المزمع القيام بها
- قرار التصريح بالمنفعة العمومية: يأتي مباشرة بعد التحقيق المسبق للتصريح ثبوت المنفعة العامة بصفة رسمية.
- قرار نزع الملكية الذي يصدر عن الوالي.

المحور الثاني: إستغلال العقار السياحي

حدد المشرع آليات لإستغلال العقار السياحي الموجه للإستثمار، سواء أكان إستثماراً وطنياً أو أجنبياً، حيث نص القانون (03/03) على أنه يتم إستغلال العقار السياحي بموجب عقد الإيجار أو البيع، إعادة البيع أو عن طريق عقد الامتياز.
إلا أنه مؤخراً قام المشرع بإلغاء جميع العقود المذكورة أعلاه بإستثناء عقد الإمتياز الذي أصبح الآلية الوحيدة لإستغلال العقار السياحي، وذلك بموجب الأمر (04/08) المؤرخ في 2008/09/01، المحدد لشروط وكيفيات منح الإمتياز للأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية.
هذا إضافة إلى صيغ تفويضات المرافق العمومية التي نص عليها المرسوم الرئاسي رقم (247/15) المتضمن تنظيم الصفقات، والمرسوم التنفيذي رقم (199/18) المتعلق بتفويضات المرفق العمومي.

أولاً: عقد الإمتياز

نص عليه الأمر (04/08) على أساس أنها الصيغة الوحيدة لإستغلال الأملاك الخاصة للدولة، وألغى الأحكام المخالفة لهذا الأمر الواردة في القانون (03/03) ويرجع السبب في ذلك "حماية العقار السياحي من المضاربة التي يقوم بها بعض المستثمرين كإعادة البيع الكلي أو الجزئي أو تغيير النشاط وممارسة نشاط آخر غير سياحي أو عدم إنجاز البرنامج الإستثماري الذي تم من أجله منح العقار السياحي كل ذلك لضمان نجاعة إستغلال العقار السياحي".

يعرف عقد الإمتياز الذي لم يعرفه الأمر (04/08) وإنما المرسوم التنفيذي رقم (152/09) الذي يحدد كيفية وشروط منح الإمتياز على الأراضي² بأنه: "الاتفاق الذي تخول من خلاله الدولة لمدة معينة

¹ القانون رقم (11/91) المؤرخ في 1991/04/27، الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 1991/05/08، المعدل والمتمم.

² المرسوم التنفيذي رقم (152/09) المؤرخ في 2009/05/02، الذي يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية، الجريدة الرسمية، العدد 27، المؤرخة في 2009/05/06.

الإنتفاع من أرضية متوفرة تابعة لأملأها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص قصد إنجاز مشروع إستثماري"¹.

1- شروط منح الإمتياز:

أ- شروط متعلقة بالقطعة الأرضية محل الإمتياز:

- يشترط في الأرض محل الإمتياز أن تكون تابعة للأملأك الوطنية الخاصة وغير مستثناة من نطاق الأمر رقم (04/08) [كالأراضي الفلاحية-ذات المساحات المنجمية- مساحات البحث عن المحروقات ومساحة حماية المنشآت الكهربائية والغازية - المواقع الأثرية والثقافية-الأراضي الموجهة للتزقية العقارية وغير مخصصة لفائدة مصالح عمومية]
- أن تكون معمرة أو قابلة للتعمير كما هو محدد في أدوات التهيئة والتعمير

ب- الشروط المتعلقة بكيفية المنح:

كان منح الإمتياز كأصل عام عن طريق المزارد العلني بقرار من وزير السياحة وإقتراح من الهيئة المكلفة بتسيير مناطق التوسع والمواقع السياحية، وكإستثناء بالتراضي بعد ترخيص من مجلس الوزراء وإقتراح من المجلس الوطني للإستثمار، إذا كان المشروع ذو مصلحة وطنية أو من شأنه أن يساهم في تنمية المناطق الصحراوية ومحدث لمنصب شغل وكان ذلك تطبيقا للمادة (07) من الأمر (04/08).

وبموجب المادة (16) من قانون المالية التكميلي لسنة 2011² ألغيت المادة (07) المذكورة أعلاه وتم التخلي عن منح الإمتياز عن طريق المزارد العلني وأصبح عن طريق التراضي بقرار من الوالي المختص وهذا طبقا للمادة (03) من الأمر (04/08) المعدلة بالمادة (48) من قانون المالية.

2- إجراءات الحصول على الإمتياز:

أ- الإجراءات التحضيرية السابقة لمنح الإمتياز:

- تحديد مناطق التوسع والمواقع السياحية وذلك بعد إعداد دراسة التهيئة السياحية طبقا للمادة (08) من القانون (03/03) ثم صدور مرسوم تنفيذي يعلن عن مناطق التوسع والمواقع السياحية (م11) وبالتالي تصبح أراضي سياحية تخضع لأحكام القانون (03/03)
- تهيئة مناطق التوسع والمواقع السياحية م 09 وهي جميع المنشآت الي تجعل العقار السياحي فضاء خصبا للإستثمار وذلك من خلال القيام بعمليات التطهير والتزويد بالمياه والإنارة العمومية وشبكات الطرقات والمساحات الخضراء.

¹ بلكعبيات مراد، العقار الصناعي في الجزائر مع أحدث القوانين، الكعبة الأولى، مطبعة بن سالم، الجزائر، 2017، ص29.

² قانون رقم (11/11) المؤرخ في 18/07/2011، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، الجريدة الرسمية، العدد 40، المؤرخة في 20/07/2011.

ملاحظة: كانت المادة (17) من القانون (03/03) تنص على أن التهيئة تقع على عاتق الدولة ثم عدلت المادة بالمادة (114) من قانون المالية لسنة 2018¹ وأصبح يمكن للمستثمر القيام بهذه التهيئة.

ب- إجراءات منح الإمتياز:

- يودع الطلب على مستوى مديرية الصناعة والمناجم بإعتبارها أمانة الوالي طبقا للتعليمات الوزارية المشتركة رقم (01) المؤرخة في 2015/08/06 المتعلقة بالإجراءات الجديدة لمنح الإمتياز.
- يدرس الطلب من المدير الولائي المكلف بالصناعة والمناجم ويستشير المديريات ذات الصلة ولا يمكن رفض الطلب إلا إذا كان لا يستجيب للشروط أو كان موضوع سحب نهائي لعقد الامتياز أو كان مشروعه لا يتوافق مع مخطط التهيئة السياحية.
- البت في الطلب حسب المادة (05) من الأمر (04/08) المعدلة بالمادة (48) من قانون المالية لسنة 2015² ويرخص الإمتياز بقرار من الوالي بعد موافقة الوكالة الوطنية لتطوير السياحة حول الأراضي التابعة لمنطقة التوسع السياحي بعد موافقة الوزير المكلف بالسياحة، ويبت الوالي في الطلب في أجل لا يتعدى (08) أيام من تاريخ تسليم الملف المرفق بالتقرير التقني الذي يرسل من قبل المدير الولائي المكلف بالصناعة والمناجم.

ج- الإجراءات اللاحقة لمنح الإمتياز:

- حسب المادة (10) من الأمر (04/08) يتم إعداد عقد إداري من أملاك الدولة بعد إمضاء دفتر الشروط المحدد لبرنامج الاستثمار والذي يتمشى والسياسية الاقتصادية الوطنية في أجل 08 أيام الموالية لتاريخ الحصول على الملف، ثم القيام بتسجيله خلال (15) يوما من تاريخ إمضاء المستثمر

3- تنفيذ عقد الإمتياز:

أ- آثار عقد الإمتياز:

❖ بالنسبة للمستفيد:

- الحق في الحصول على رخصة بناء (م 11) من الأمر (04/08) ويجب طلب الرخصة خلال أجل 03 أشهر من تاريخ تحرير عقد الإمتياز وإلا اعتبر مخلا بالتزامه، لكن من المفروض من تاريخ الشهر حتى يعتبر حجة في مواجهة الغير.
- الحق في إنشاء رهن (وذلك على البنايات المقر إقامتها وهذا خروج على القواعد العامة التي تشترط تعيين أو تخصيص محل الرهن)

¹ القانون رقم (11/17) المؤرخ في 2017/12/21 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، الجريدة الرسمية، العدد 76، المؤرخة في 2017/12/28.

² القانون رقم (11/14) المؤرخ في 2014/10/14، المتضمن قانون المالية لسنة 2015، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 2014/12/31.

- حق المستثمر في الإستفادة من الإمتيازات الممنوحة في إطار الإستثمار ومثاله تخفيض في الإتاوة يصل إلى 90% في فترة إنجاز الإستثمار وتمتد من سنة إلى 03 سنوات بالإضافة إلى تخفيض 50% خلال فترة الإستغلال من سنة إلى 03 سنوات.

كما نص القانون (09/16) المؤرخ في 2016/08/03 المتعلق بترقية الإستثمار¹ في المادتين (12) و(13) على الإمتيازات سواء في مرحلة الإنجاز أم في مرحلة الإستغلال إلا أنه نص في المادة (15) منه على أن الإمتيازات المتعلقة بالإستثمارات المنصبة على العقار السياحي تعتبر إمتيازات خاصة، فإذا وجدت إمتيازات أخرى في القوانين المتعلقة بإستغلال العقار السياحي وكانت من نفس الطبيعة، يستفيد من الإمتياز الأفضل ولا يمكنه الجمع بينهما.

- الإلتزام بدفع الإتاوة التي تمثل 33/1 من القيمة التجارية للقطعة الأرضية محل الإمتياز تدفع في أجل 15 يوما من تبلغه بالأمر بالدفع وفي حال تجاوز هذا الأجل يعذر في أجل لا يتعدى أسبوع مع غرامة مالية (2%) من المبلغ المستحق، وإلا اعتبر متخلي عن حق الإمتياز.

- إنجاز المشروع في المدة المحددة (يمدد في حالة القوة القاهرة لنفس المدة)

- الإلتزام بعدم تغيير وجهة المشروع الإستثماري (وإلا يفسخ الامتياز)

❖ بالنسبة للجهة المانحة:

- الحق في ملكية الرقبة (تتخلى فقط عن حق الإستغلال)

- الحق في الرقابة، وقد تم استحداث لجنة ولائية خاصة بمراقبة إنجاز المشاريع الإستثمارية وتطهير العقار الصناعي بموجب القرار (1144) المؤرخ في 2018/05/13² (تعد تقرير شهريا للوالي).

- الحق في تعديل بعض شروط العقد عندما تستدعي المصلحة العامة ذلك كمراجعة الإتاوة خلال 11 سنة أي كل ثلث المدة بالرجوع الى السوق العقارية.

- الإلتزام بإعداد عقد الإمتياز وتسليمه

- إحترام بنود العقد وتوفير مناخ إستثماري

4- إنقضاء عقد الإمتياز:

أ- النهاية الطبيعية (بإنهاء مدته (33) سنة ما لم يتم تمديدتها بطلب خلال 12 شهرا على الأقل قبل إنقضاء المدة ولا يجدد ضمنيا)

- النهاية غير الطبيعية (حسب المادتين (10) و(01) من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم (152/09)) إما بالفسخ الإتفاقي أو الفسخ القضائي في حالة الإخلال بالإلتزام أين يتم اللجوء للقضاء حسب المادة (12) من الأمر (04/08)

¹ القانون رقم (09/16) المؤرخ في 2016/08/03، المتعلق بترقية الإستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 46، المؤرخة في 2016/08/03.

² القرار رقم (1144) المؤرخ في 2018/05/13، يتضمن إنشاء لجنة ولائية خاصة بمهمة تثبيت ومتابعة ومراقبة إنجاز المشاريع الإستثمارية وتطهير العقار الصناعي.

ثانيا: تفويضات المرافق العمومية السياحية

يعرف بأنه العقد الذي من خلاله يحول شخص من القانون العام تسيير مرفق عام بكل أو بعض مسؤولياته وما يحمله من أرباح أو خسائر، لشخص آخر بمقابل مالي متعلق مباشرة بنتائج إستغلال المرفق ويتحمل بذلك كل المنشآت والتجهيزات الضرورية التي تسمح بالإستغلال الجيد والتسيير العادي للمرفق.¹ والهدف من التفويض هو خوصصة التسيير والبحث عن الفعالية في التسيير وتقليص العبئ المالي للتسيير المباشر على الميزانية العامة للدولة والجماعات المحلية، وقد جاء به القانون الفرنسي رقم 122/93 La délégation des services publics.

وصيغ التفويض هي: الإمتياز La concession – الإيجار L'affermage – عقد مشاطرة الإستغلال La régie intéressée – عقد التسيير La gérance.

وهذه الصيغ نص عليها المرسوم التنفيذي (199/18) المتعلق بتفويض المرفق العام² تطبيقا للمادتين 207 و210 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.³ ولضمان الشفافية والموضوعية في الإنتقاء كأصل عام يتم تفويض المرفق عن طريق الطلب على المنافسة وكإستثناء بالتراضي (التراضي البسيط- التراضي بعد الإستشارة) وترتكز على القدرات المهنية، التقنية والمالية للمترشح.

وطبقا للمادة (23) من المرسوم السالف الذكر أعطت الأولوية لتفويض المرفق للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة متى كانت قادرة على ذلك.

كما لم يشترط المرسوم أن يكون المترشح من جنسية جزائرية، وإنما خاضع للقانون الجزائري. ويمكن الطعن في قرار المنح المؤقت للتفويض كما يمكن للسلطة المفوضة إلغاء إجراء التفويض في أي مرحلة من مراحل التفويض وهو قابل للطعن في أجل 10 أيام من الإشهار. والصيغ المستعملة لإستغلال المرافق العامة السياحية هي:

1-الإمتياز: يعهد فيه للمفوض له إنجاز منشآت وإقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام وإستغلاله، وإما يعهد له فقط الإستغلال، ويكون تحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة مقابل دفع الإتاوة، مدته 30 سنة قابلة للتجديد لمدة أقصاها (04) سنوات.

2-الإيجار: تعهد فيه السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، مدته 15 سنة قابل للتجديد لمدة أقصاها 03 سنوات.

ولا يمكن للمفوض له التنازل عن تفويض المرفق العام إلا عن طريق المناولة الجزئية.

¹Braconnier stefane، 2004، Paris. P.U.F. droit de services publics. P413.

² المرسوم التنفيذي رقم (199/18) المؤرخ في 2018/08/02، المتضمن تفويضات المرفق العام، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 48، الصادرة بتاريخ 2018/08/05.

³ المرسوم الرئاسي (247/15) المؤرخ في 2015/09/16، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20.

ثالثا: صيغ الاستعمال والإستغلال السياحي للشواطئ

وضع المشرع الجزائري القواعد العامة للإستعمال والإستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسباحة بموجب القانون رقم (02/03)¹، وجعل من صيغة الإمتياز الطريقة الوحيدة لإستغلال الشواطئ وذلك عن طريق المزايدة المفتوحة.

كما فتح المجال لكل شخص طبيعي أو معنوي إستغلالها إذا رست عليه المزايدة وتعهد بإحترام دفتر الشروط، إلا أنه أعطى أولوية منح الإمتياز إلى المؤسسات الفندقية المصنفة بالنسبة للشواطئ التي تكون إمتدادا لها طبقا للتنظيم المعمول به، وهذا يعني أنه يمكن منح الإمتياز عن طريق التراضي في هذه الحالة، أو إذا كانت المزايدة غير مجددة.

ويقع على عاتق الدولة ضبط حدود ومناطق السباحة ووضع معالمها، إضافة إلى تهيئتها بمراكز إسعاف ونجدة ومقر للحماية المدنية وأسلاك الأمن.

وفي المقابل يلتزم المستفيد من الإمتياز بتهيئة الشاطئ والعناية المنتظمة وإعادتها إلى الحالة التي كانت عليها بعد إنتهاء موسم الإصطياف.

وقد حدد القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18/05/2006 المحدد لنموذج الإتفاقية ودفتر الشروط المتعلق بالإمتياز للإستغلال السياحي للشواطئ، مدة الإمتياز بخمس سنوات.

حدد كذلك القانون (02/03) السالف الذكر حالات إلغاء الإمتياز وذلك في حالة عدم إستغلال الشواطئ في أجل ستة أشهر من منح الإمتياز وذلك بعد إعداره، أو في حالة الإنقطاع عن الإستغلال، أو إذا قام بتحويل الإمتياز دون الحصول على موافقة السلطة المانحة له.

الخاتمة:

حاول المشرع أن يضع آليات قانونية لإقتناء الدولة للعقار الموجه للسياحة وذلك لتكوين حافظة عقارية سياحية لإستغلالها في مجال الإستثمار، ومن خلال تحليل النصوص ذات الصلة ولا سيما تلك المتعلقة بالقانون رقم (03/03) المتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية وإن كان المشرع قد نص على الاتفاق الودي في إقتناء العقار السياحي من قبل الوكالة الوطنية لتنمية السياحة إلا أنه لم يصدر النصوص التنظيمية المحددة لكيفية تطبيقها لذلك لا يزال من الناحية العملية تطبق أحكام القانون (30/90) المتعلق بالأموال الوطنية المعدل والمتمم.

ومن الناحية العملية فإن الدولة تلجأ الى الطرق الإستثنائية للحصول على الوعاء العقاري وذلك بإستعمالها لحق الشفعة أو نزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

أما عن صيغ إستعمال العقار السياحي الموجه للإستثمار، وإن كان الأمر رقم (04/08) قد ألغى الصيغ التي نص عليها القانون (03/03) السالف الذكر وأبقى على عقد الإمتياز، إلا أنه وبالرجوع إلى بعض

¹ القرار رقم (02/03) المؤرخ في 17/02/2003، يتضمن القواعد العامة للإستعمال والإستغلال السياحي للشواطئ، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 11، الصادرة بتاريخ 19/02/2003.

القوانين الخاصة ولا سيما المرسوم التنفيذي رقم (199/18) المتعلق بتفويض المرفق العام فقد نص على صيغة أخرى وهي الايجار.

كما لاحظنا إختلاف طرق منح الإمتياز فالأمر (04/08) السالف الذكر نص على منحه بالتراضي وبقرار من الوالي، في حين ينص المرسوم (199/18) على منحه عن طريق الطلب على المنافسة كأصل عام، وكإستثناء عن طريق التراضي إما البسيط أو بعد الإستشارة. وبناء على النتائج السالفة الذكر نقدم الاقتراحات التالية:

- ضرورة إصدار النصوص التنظيمية المحددة لكيفيات تطبيق المادة (22) من القانون (03/03) والمتعلقة بالإقتناء الودي للعقار السياحي.
- توحيد صيغ إستغلال العقار السياحي الموجه للإستثمار للقضاء على المضاربة فيه.
- تكوين بنك معلوماتي محلي خاص بالوعاء العقاري السياحي الموجه للإستثمار.
- تفعيل دور مديرية السياحة في دراسة ملفات الإمتياز ومراقبة مشاريع الإستثمار في القطاع السياحي.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

أ - القوانين:

1. القانون رقم (25/90) المؤرخ في 1990/11/18، المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 49، المؤرخة في 1990/11/18، المعدل والمتمم.
2. القانون رقم (30/90) المؤرخ في 1990/12/01، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 52، المؤرخة في 1990/12/02، المعدل والمتمم.
3. القانون رقم (11/91) المؤرخ في 1991/04/27، الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 1991/05/08، المعدل والمتمم.
4. القانون رقم (01/03) المؤرخ في 2003/02/17، المتعلق بالتنمية المستدامة للسياحة، الجريدة الرسمية، العدد 11، المؤرخة في 2003/02/19.
5. القانون رقم (03/03) المؤرخ في 2003/02/17، المتعلق بالمناطق التوسع والمواقع السياحية، الجريدة الرسمية، العدد 11، المؤرخة في 2003/02/19، المعدل والمتمم.
6. القانون رقم (14/08) المؤرخ في 2008/07/20 المعدل والمتمم لقانون رقم (30/90) المتضمن الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 44، المؤرخة في 2008/08/03.
7. قانون رقم (11/11) المؤرخ في 2011/07/18، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، الجريدة الرسمية، العدد 40، المؤرخة في 2011/07/20.
8. القانون رقم (11/14) المؤرخ في 2014/10/14، المتضمن قانون المالية لسنة 2015، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 2014/12/31.

9. القانون رقم (09/16) المؤرخ في 2016/08/03، المتعلق بترقية الإستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 46، المؤرخة في 2016/08/03.
10. القانون رقم (11/17) المؤرخ في 2017/12/21 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، الجريدة الرسمية، العدد 76، المؤرخة في 2017/12/28.

ب-الأوامر:

11. الأمر رقم (58/75) المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 1975/09/30، المعدل والمتمم.
12. الأمر رقم (04/08) المؤرخ في 2008/09/01، المحدد لشروط وكيفيات منح الإمتياز للأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية، الجريدة الرسمية، العدد 49، المؤرخة في 2008/09/03، المعدل والمتمم.

ج-المراسيم:

13. المرسوم التنفيذي رقم (152/09) المؤرخ في 2009/05/02، الذي يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية، الجريدة الرسمية، العدد 27، المؤرخة في 2009/05/06.
14. المرسوم التنفيذي رقم (427/12) المؤرخ في 2012/12/16، الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأمالك العمومية والخاصة التابعة للدولة، الجريدة الرسمية، العدد 69، المؤرخة في 2012/12/19.
15. المرسوم الرئاسي (247/15) المؤرخ في 2015/09/16، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20.
16. المرسوم التنفيذي رقم (199/18) المؤرخ في 2018/08/02، المتضمن تفويضات المرفق العام، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 48، الصادرة بتاريخ 2018/08/05.

د-القرارات:

17. القرار رقم (02/03) المؤرخ في 2003/02/17، يتضمن القواعد العامة للإستعمال والإستغلال السياحي للشواطئ، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 11، الصادرة بتاريخ 2003/002/19.

ثانيا / قائمة المراجع:

أ- الكتب:

18. بلكعيبات مراد، العقار الصناعي في الجزائر مع أحدث القوانين، الكبعة الأولى، مطبعة بن سالم، الجزائر، 2017.
19. ميساوي حنان، الحماية القانونية للأمالك الوطنية التابعة للدولة في الجزائر، دار النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2017.

ب- الرسائل الجامعية:

20. بوارية مريم، حق الشفعة الإدارية في ظل قانون التوجيه العقاري (25/90)، رسالة لنيل

شهادة الماجستير في القانون، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة بن

يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية 2012/2011.

ثالثا: المراجع باللغة الأجنبية

21. Braconnier stefane, droit de services publics. P.U.F, Paris. 2004.

آليات تسيير الحافطة العقارية للحظائر التكنولوجية في التشريع الجزائري



د/قسوري فهيمة، جامعة باتنت¹ الحاج لخضر، (الجزائر)

مقدمة:

تعتبر الحافطة العقارية للحظائر التكنولوجية أهم انواع العقارات الموجهة للإستثمار السياحي المستحدثة بموجب المادة 45 من قانون رقم 18-18 المؤرخ في 2018/12/27 المتضمن قانون المالية لسنة 2019¹ التي نصت على تعديل المادة 05 من الأمر رقم 08-04 مؤرخ في 2008/09/1 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز للأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية المعدل والمتمم²، وهذه العقارات مخصصة في مجال الاعلام وتكنولوجيات الاتصال من خلال الرقمنة وكل أجهزة الاتصال التكنولوجية.

ورخص قانون المالية الاستثمار في مجال الحظائر التكنولوجية بموجب عقد الامتياز بالتراضي على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المحلة والأصول الفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية؛ وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات بعد موافقة الوكالة الوطنية لتطوير السياحة حول الأراضي التابعة لمنطقة التوسع السياحي بعد موافقة الوزير المكلف بالسياحة.

وأقرت المادة 46 من قانون المالية 2019 على أن يتم تحديد الحظائر التكنولوجية والتصريح بها بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بتكنولوجيات الاعلام والاتصال والوزير المكلف بالجماعات المحلية والوزير المكلف بالمالية، وأنيطت مهمة إقتناء الأراضي الضرورية لإنجاز الحظائر التكنولوجية وتهيئتها وتوسيعها وكذا إنجاز منشآت الحظائر التكنولوجية لوكالة وطنية أنشأت بموجب المرسوم التنفيذي 91/04 المؤرخ في 2004/03/24 المتضمن انشاء الوكالة الوطنية لترقية الحظائر التكنولوجية وتطويرها ويحدد تنظيمها وسيرها³ المعدل والمتمم، وأخص المشاريع الاستثمارية بموجب عقد الامتياز بالتراضي ضمن محيط الحظائر التكنولوجية من عدة إمتيازات مالية بحسب الموقع الجغرافي للمشروع.

ونظرا لأهمية الحافطة العقارية الموجهة للحظائر التكنولوجية وطرق تسييرها من قبل الوكالة الوطنية ندرس الموضوع من خلال الاجابة على الاشكالية الاساسية:

¹ - قانون رقم 18-18 المؤرخ في 2018/12/27 المتضمن قانون المالية لسنة 2019 ج.ر عدد 79 لسنة 2018

² - أمر رقم 08-04 مؤرخ في أول سبتمبر سنة 2008 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز للأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر عدد 55.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 04-91 المؤرخ في 24/03/2004 والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لترقية الحظائر التكنولوجية وتطويرها ويحدد تنظيمها وسيرها، ج.ر 19 لسنة 2004.

"ما هي الحافظة العقارية الموجهة للإستثمار في الحظائر التكنولوجية وكيف حدد المشرع الجزائري طرق تسييرها والإستثمار فيها؟"

ندرس الموضوع من خلال الخطة التالية:

المحور الأول: الاطار القانوني للحظائر التكنولوجية في التشريع الجزائري

العقار عامل أساسي وجوهري في تحقيق مختلف المشاريع الانمائية وميزته الأساسية¹ هو توجيهه للمشاريع الاستثمارية؛ وعمل المشرع الجزائري من خلال الامر 08-04 بتوفير الاوعية العقارية الموجهة للمشاريع الاستثمارية ذات الطابع الصناعي أو السياحي، حيث أن الفرق الجوهرية بين الاستثمار العقاري الذي يقصد به استثمار في المجال العقاري من خلال إنشاء الجسور والمدن الصناعية مثل مدينة النخلة وردم البحار لخلق العقارات، أما العقار الاستثماري فهنا الاوعية العقارية محددة وفق القانون 04-08 ويتحدد طبيعة الاستثمار المتغيرة ؛ إما يكون موجه للاستثمار الصناعي او الاستثمار السياحي، وتعتبر الحظائر التكنولوجية ضمن العقارات الاستثمارية نركز على تحديد تعريفها، وسبل تطور الحظائر التكنولوجية في الجزائر.

أولا : تعريف الحظيرة التكنولوجية:

لم يحدد المشرع الجزائري تعريف للحظائر التكنولوجية وعليه من خلال استقراء النصوص القانونية المتعلقة بنص المادة 45 من قانون المالية 2019 وكذا المرسوم التنفيذي 91-04 المتعلق بالوكالة الوطنية للحظائر التكنولوجية يظهر أنها: " تلك المساحات والمنشآت المخصصة لتسيير أجهزة الطاقة المتجددة والاعلام والاتصال التكنولوجي مثل المنشآت المخصصة للطاقة الشمسية والاجهزة الاعلام والابراج لشبكة الهواتف النقالة وغيرها "، وفي مجال الحظائر التكنولوجية إعتبر المشرع الجزائري أنها من ضمن المشاريع الاستثمارية السياحية نظرا لطبيعة الخدمات التي تتعلق بها لأنها تتعلق بنشاطات تكنولوجيا وتقنيات الاعلام والاتصال مثل صفائح الطاقة الشمسية والابراج الهاتفية وغيرها.

وحددت الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (andi) ضمن قطاعات التكنولوجيا المعلومات والاتصالات أن الحظائر التكنولوجية تتعلق بالإبتكار، البحث والتطوير، صناعة تكنولوجيا الإعلام والإتصال من خلال تهيئة الارضية والمساحات المناسبة للاستثمار في الحظائر التكنولوجية².

ثانيا: تطوير الحظائر التكنولوجية في الجزائر

بالنسبة للجزائر فإن التحدي الرئيسي للإنتقال إلى مجتمع المعرفة هو خلق قيمة مضافة وتحسين مستويات المعيشة والرفاهية الاجتماعية لمواطنيها، ويعتبر إنشاء الحظائر التكنولوجية في الجزائر هو جزء من إستراتيجية وطنية طموحة، تهدف على وجه التحديد إلى الإلتحام مع مجتمع المعرفة، وإعطاء أولوية مطلقة لتعزيز الصناعة والبحث والإبتكار في قطاع تكنولوجيا الإعلام والإتصال.

¹ - موهوبي محفوظ، مركز العقار من منظور قانون الاستثمار، مذكرة ماجستير، حقوق قانون اعمال، جامعة بومرداس، 2009/2008، ص 10.

² - الموقع الرسمي للوكالة الوطنية للتطوير الاستثمار (ANDI) : <http://www.andi.dz/index.php/ar/tic16042015> زيارة بتاريخ 2019/12/16.

1- إمكانات البنية التحتية لتطوير الحظائر التكنولوجية في الجزائر

إن دور مروج الحظائر التكنولوجية يعود إلى الوكالة الوطنية لتعزيز وتطوير حظائر التكنولوجيا وهو العامل الحاسم لنجاح حديقة التكنولوجيا الأول، فضلا عن الحظائر التكنولوجية الأخرى التي هي مسئولة عنها، بهدف وضع الجزائر على درب التقدم والابتكار التكنولوجي؛ وإذا أخذ السياق الإقليمي بعين الاعتبار ومع وجود التنافسية...، والذي لوحظ في البلدان المجاورة للجزائر وجميع أنحاء دول البحر الأبيض المتوسط، وإنشاء العديد من المجمعات التكنولوجية والمراكز المماثلة لتلك التي في الجزائر كالحظائر التكنولوجية والذي هو جزء من الأهداف الإستراتيجية للوكالة الوطنية لتعزيز وتطوير الحظائر التكنولوجية، يتم الانتهاء من هذه الحظائر و"المراكز العصبية" شبكة وطنية للبحث العلمي والتكنولوجي للرد على متطلبات الترقية والتميز من النسيج الصناعي الذي يحتاج تطوير الخدمات ذات القيمة العالية لتحقيق فاعلية الإقتصاد الافتراضي أو الرقمي، الذي يعد تحديا كبيرا في القرن الحادي والعشرين لتحقيق الأهداف المرجوة منها، من حيث القيمة المضافة، وتشجيع الابتكار وريادة الأعمال، مع التركيز على تكنولوجيا الإعلام والاتصال، يجب على الحظائر التكنولوجية أن تركز أعمالها على تطوير ما يلي¹:

- كثافة الجهات الفاعلة لتكنولوجيات الإعلام والاتصال لتحفيز الأفراد؛
- العمل على زيادة القدرة التنافسية للمؤسسات وبخاصة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتأمين الإستدامة والنمو بالمجمعات التكنولوجية؛
- التعاون بين الجهات المعنية لتعزيز القدرات والقدرة التنافسية للشركات الفردية (الخاصة)، بهدف التشجيع على تبادل الخبرات (التجربة) والدراسة والمهارات؛
- الابتكار: المقصود هنا هو بمحابة الابتكار التعاوني من خلال وضع التآزر وتفاعل قدرات الابتكار في الشركات ؛
- تنمية روح المبادرة لديه الأثر الاجتماعي والإقتصادي، مع كل آثارها من حيث خلق الثروات وتنشيط الأراضي وخلق فرص العمل.

2- الأهداف المؤكدة إلى الحظائر التكنولوجية:

❖ الأهداف المحددة لحظائر التكنولوجيا

- توفير البنى التحتية لمرافق الإستقبال مع جميع الخدمات المرتبطة لجعلها أماكن مميزة في تركيز شركات تكنولوجيا الإعلام والاتصال؛
- تعزيز الابتكار وروح المبادرة بفضل الحاضنات الأعمال والمشاريع (خاصة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة) ؛
- جذب الاستثمارات الأجنبية وتسهيل النقل التكنولوجي الحديث والمتطور.

¹ - مقتبس من الموقع الإلكتروني : تطوير الحظائر-التكنولوجية www.mpttn.gov.dz/ar/content تاريخ الدخول: 2019-12-13

❖ الأهداف المحددة للقطاع السياحي

- تقديم الدعم وخدمات عالية الجودة لشركات تكنولوجيا الإعلام والاتصال لتطوير قدرتها على الابتكار وتعزيز قدرتها التنافسية الإقليمية والعالمية؛
- زيادة نسبة الشركات الجديدة والفوائد العرضية الموجهة لتكنولوجيا الإعلام والاتصال من خلال توفير المساعدة الأولية والمتواصلة لرجال الأعمال؛
- تنوع سلسلة القيمة في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال، والسماح لها بدمج مختلف القطاعات الاقتصادية.

❖ الأهداف الاقتصادية

- توسيع فرص العمل في قطاع تكنولوجيا المعلومات؛
- زيادة إستثمارات القطاع الخاص؛
- وقف هجرة الأدمغة وتسهيل إنشاء الشركات في الجزائر؛
- تنوع مصادر الدخل القومي؛
- المساهمة في تحسين القدرة التنافسية للجزائر وتحسين الإنتاجية من خلال التقدم التكنولوجي.

المحور الثاني : الحافظة العقارية للحظائر التكنولوجية

من خلال نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي 91-04 المحددة للمهام وصلاحيات الوكالة الوطنية لترقية الحظائر التكنولوجية التي أناطها المشرع بالعديد من الصلاحيات في مجال تطوير وترقية وتنمية الحظائر التكنولوجية؛ وخاصة مهمة اقتناء الأراضي الضرورية لإنجاز الحظائر التكنولوجية وتهيئتها وتوسيعها، فأنت المادة 45 من قانون المالية 2019 التي حددت الإرادة التشريعية بصفة قاطعة الحافظة العقارية للحظائر التكنولوجية ضمن قانون 04-08 المحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية المعدل والمتمم، وتعتبر الأراضي التابعة لأملاك الدولة الخاصة الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية الوعاء الأساسي لاستقبال المشاريع الاستثمارية للحظائر التكنولوجية، وتشمل هذه العقارات ما يلي :

أولاً: العقارات المتبقية والفائضة عن المؤسسات العمومية الموجهة للاستثمار.

العقار الاستثماري يقصد به الأراضي التابعة لأملاك الخاصة للدولة وهي الأصول أو العقارات المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة حسب المادة 2 من مرسوم تنفيذي رقم 09-153 ممضي في 02 مايو 2009 يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها¹، والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات الاقتصادية حسب المادة 3 من المرسوم 09-

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 09-153 ممضي في 02 مايو 2009 يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها. ج.ر عدد 27 لسنة 2009.

153، بما فيها الاملاك العقارية المتواجدة داخل المناطق الصناعية التي اعتبرها المشرع الجزائري أملاكاً فائضة حسب الفقرة 07 من المادة 03 من المرسوم 153-09 وحسب المادة 7 الفقرة 02 من مرسوم تنفيذي رقم 152-09 ممضي في 02 مايو 2009 يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية¹. التي نصت على أن يعاد ادماج الأراضي الموجودة بالمناطق الصناعية ضمن الاملاك الخاصة للدولة، والتي ندرسها تباعاً :

1-العقارات أو الاصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية

نصت المادة 2 من المرسوم 153-09 على انه : " تعتبر كأصول متبقية كل الأملاك العقارية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقل المحلة المتوفرة".

وتعتبر الأراضي المملوكة للمؤسسات العمومية الوعاء العقاري الأمثل لانجاز المشاريع الاستثمارية وخصوصاً المشاريع ذات الطابع الصناعي او سياحي، لأن تلك القطعة الأرضية المخصصة من هذا الوعاء العقاري سبق وان كانت تمارس عليها المؤسسة العمومية نشاطاً صناعياً أو إنتاجياً إذ طبيعة العقار تسهل على المستثمر الصناعي استغلال القطعة الأرضية لأنها تكون مسبقاً مجهزة لانجاز المنشآت الصناعية والإنتاجية سواء من حيث تجهيز القطعة أو من حيث تخصيص القطعة وفق أدوات التعمير.

2-الاصول أو العقارات الفائضة عن المؤسسات العمومية:

أما بالنسبة للأصول الفائضة عن المؤسسات العمومية فقد عرفتها المادة 03 من المرسوم 153-09 حيث نصت : " يقصد بالاصول الفائضة تلك الاملاك العقارية غير اللازمة موضوعياً لنشاط المؤسسة العمومية الاقتصادية وتمثل لاسيما فيما يأتي :

- الأملاك العقارية غير المستغلة أو التي لم يتم تخصيصها لوجهة ما عند نشر هذا المرسوم.
- الأملاك العقارية التي لا يتطابق استعمالها مع الغرض الاجتماعي للمؤسسة .
- الأملاك العقارية المستقلة أو القابلة للفصل من مجموعات عقارية أوسع ملك للمؤسسات العمومية أو تكون ملك للدولة وغير اللازمة لنشاطاتها.
- الأملاك العقارية التي لم تغير طابعها القانوني بحكم قواعد التعمير والتي أصبحت لا تدخل في إطار النشاط الأساسي للمؤسسة العمومية .
- الأملاك العقارية المعروضة في السوق بمبادرة من المؤسسة العمومية .
- وتعتبر هذه العقارات غير مخصصة لنشاط أو عمل معين وحتى لا تتعطل يتم توجيهها واستغلالها في مجال الاستثمار نظراً لطبيعتها المعتادة على مثل النشاط الصناعي او السياحي .

3-العقارات المتواجدة في المناطق الصناعية ومناطق النشاطات :

يقصد بإدارة المناطق الصناعية حسب المرسوم 55-84 المؤرخ في 03 مارس 1984 المتعلق بإدارة المناطق الصناعية، تهيئتها كمرحلة أولى ثم بإدارتها كمرحلة ثانية، ومن الناحية القانونية فان الإدارة تعني

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 152-09 ممضي في 02 مايو 2009 يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.. ج.ر عدد 27 لسنة 2009.

التهيئة والتسيير معا وبالرجوع إلى أحكام المادة الأولى من المرسوم 55-84 فإن عملية إدارة المناطق الصناعية تتم من خلال جملة من الأجهزة والمؤسسات، تختلف باختلاف طبيعة النشاطات الممارسة فيها عن مناطق النشاطات والاعمال .

3-أ- المناطق الصناعية:

إن المناطق الصناعية التي تحتوي على نشاطات ذات منفعة محلية أو نشاطات متعددة الاختصاصات وذات منفعة وطنية يشترط أن تكون تابعة لوزارات متعددة تدار عن طريق "مؤسسة عمومية اقتصادية تنشأ إما:

بموجب قرار من الوالي تطبيقا لإحكام المرسوم 200-83 المتضمن شروط إنشاء المؤسسات العمومية المحلية وتنظيمها، أو بموجب مرسوم عملا بأحكام المرسوم 56-84 المؤرخ في 3 مارس 1984 والمتضمن تسيير المناطق الصناعية وعملها.

أما المناطق الصناعية التي تتضمن نشاطات تابعة لمؤسسة واحدة لكنها ذات أهمية وطنية فإنها تتم إدارتها بموجب هيئة متخصصة كما هو الحال في قطاع المحروقات.

نص المشرع الجزائري على أن الأملاك العقارية المتواجدة بالمناطق الصناعية تعد أملاكاً فائضة حسب الفقرة 07 من المادة 03 من المرسوم 153-09: "تعتبر زيادة على ذلك أصولاً فائضة الأملاك العقارية المتواجدة داخل المناطق الصناعية والمتوفرة عند نشر هذا المرسوم والتي أعيد ادماجها ضمن الأملاك الخاصة للدولة، وتخضع أيضاً لأحكام هذا المرسوم الأراضي التابعة لمناطق النشاطات.

وحسب المادة 7 الفقرة 02 من المرسوم 152-09 التي نصت على أن يعاد ادماج الأراضي الموجودة بالمناطق الصناعية ضمن الأملاك الخاصة للدولة .

3-ب- مناطق النشاطات :

أما مناطق النشاطات فقد تم إنشاؤها من طرف الولايات والبلديات من أجل التنمية المحلية للولايات والبلديات، ولهذا فإن البلديات خصصت تجزئات من الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للبلديات من أجل إقامة مناطق نشاطات وأعمال، وكان كل من مديريات أملاك الدولة الولائيين والمؤسسات المحلية ورؤساء المجالس الشعبية البلدية يعملون على إنجاز هذه المناطق وفق أدوات التهيئة والتعمير، وكانت تتم إنجاز هذه المناطق حتى بتخصيص أملاك أو أراضي تابعة للأملاك الدولة الخاصة و ثم تحول لفائدة البلديات وكانت تتم استفادة من القطع الأرضية داخل مناطق النشاطات لفائدة المستثمرين الذين تم اعتماد استثماراتهم الخاصة.

بعد صدور قانون التوجيه العقاري رقم 25-90 المعدل والمتمم الذي نص في المادة 73 منه أعطت صلاحية تسيير الحافظة العقارية للبلديات والولايات (أراضي التابعة للأملاك الخاصة للبلديات والولايات) وإلى الوكالات المحلية للتنظيم والتسيير العقاريين الحضريين التي تم إنشاؤها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 405-90 المؤرخ في 22 ديسمبر سنة 1990 الذي حدد قواعد إحداث وكالات محلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين.

فإذا كانت مناطق النشاطات تدخل ضمن أملاك الولايات والبلديات وعليه فإن الوكالات المحلية للتنظيم والتسيير العقاريين الحضريين أصبحت مسيرة لمناطق النشاطات، غير أن الأراضي التابعة لهذه المناطق النشاطات تدخل ضمن أملاك الخاصة للدولة بموجب الفقرة 8 من المادة 3 من المرسوم التنفيذي 153-09 باعتبارها من الأملاك العقارية الفائضة .

وحسب الفقرة 02 من المادة 07 من المرسوم 153-09 يتعين على شركات تسيير مساهمات الدولة أعداد جرد الأراضي المتوفرة داخل المناطق الصناعية وإرساله إلى الوزير المكلف بترقية الاستثمار ونسخة لمدير أملاك الدولة المختص اقيما .

ويقوم مدير أملاك الدولة بإعداد عقد إدماج القطعة الأرضية المعنية ضمن الأملاك الخاصة للدولة لكل قطعة موجودة في منطقة صناعية مسلمة من شركة تسيير المساهمات.

يتم هذا الإدماج للأملاك الفائضة والأراضي المتواجدة في المناطق الصناعية ضمن الأملاك الخاصة للدولة مجانا حسب نص المادة 11 من المرسوم 153-09.

أما إجراءات استرجاع الملك الفائض للمنطقة الصناعية فقد يتم من خلال :

- يتم تحرير محضر من طرف الممثل المؤهل للمؤسسة العمومية الاقتصادية ومدير الأملاك الدولة المختص بالنسبة للأملاك التي تحوزها المؤسسة على سبيل الانتفاع أو الهيئة المتعده بالترقية للمنطقة الصناعية.
- أعداد عقد تحويل الملكية لفائدة الدولة ومحضر التسليم بالنسبة للأملاك العقارية التي تعود ملكيتها الكاملة للمؤسسات العمومية الاقتصادية أو للهيئة المتعده بالترقية للمنطقة الصناعية.
- تسجيل الأملاك المسترجعة من طرف مدير أملاك الدولة في سجل الأملاك الخاصة للدولة غير المخصصة.

وعليه تكون الحافظة العقارية الموجهة للاستثمار في الحظائر التكنولوجية تتكون من العقارات المتبقية والفائضة المسترجعة من المؤسسات العمومية الاقتصادية والأراضي المتواجدة في المناطق الصناعية ومناطق النشاطات.

المحور الثالث: الإطار القانوني للوكالة الوطنية لترقية وتطوير الحظائر التكنولوجية (National Agency for The Promotion and Development of Technological) (Hangars)

رغم أن المشرع الجزائري أنشأ الوكالة الوطنية للترقية وتطوير الحظائر التكنولوجية منذ 2004 إلا أن مسألة توجيه هذه الحظائر للمجال الاستثماري أقرها فقط سنة 2018 بتحديد الحافظة العقارية لهذه الحظائر التكنولوجية السالفة الذكر.

وعليه فهنا تقف هذه الوكالة في مواجهة مع الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار في مسألة تسيير الحافظة العقارية للحظائر التكنولوجية ذلك أن الوكالة الوطنية لترقية الحظائر التكنولوجية أناطها المشرع

باقتناء العقارات الخاصة بالحظائر التكنولوجية ولكن الاشكال الرئيسي هل يكون لها الحق في إبرام عقود الامتياز بالتراضي للمستثمرين في مجال الحظائر التكنولوجية .

أولاً: نشأة الوكالة الوطنية لترقية وتطوير الحظائر التكنولوجية

أنشئت الوكالة الوطنية لترقية وتطوير الحظائر التكنولوجية (A.N.P.T) بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91-04 المؤرخ في 24/03/2004، فهي تُعتبر مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري، تنشط تحت وصاية وزارة البريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال ؛ كما تمّ تعديلها بمرسوم تنفيذي رقم 07-126 المؤرخ في 5/05/2007¹، والذي يتمم المرسوم التنفيذي رقم 04-91² المؤرخ في 24/03/2004 والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لترقية الحظائر التكنولوجية وتطويرها ويحدد تنظيمها وسيورها

كما تم تعديلها أيضا بمرسوم تنفيذي رقم 18-184³ مؤرخ في 04/07/2018 يتضمن حل مركز الدراسات والبحث في الاتصالات السلكية واللاسلكية وتكنولوجيات الإعلام والاتصال وتحويل أملاكه وحقوقه والتزاماته إلى الوكالة الوطنية لترقية الحظائر التكنولوجية وتطويرها .

ثانيا : التمويل المالي للوكالة الوطنية لترقية وتطوير الحظائر التكنولوجية:

تخضع الوكالة في علاقاتها مع الدولة للقواعد الإدارية وتُعد تاجرة في علاقتها مع غير، كما توضع الوكالة تحت وصاية الوزير المُكلف بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومقرها في مدينة الجزائر العاصمة، تتولى الوكالة مهمة الخدمة العمومية وفقا لترتيبات دفتر الشروط العامة الذي يصادق عليه بموجب قرار مشترك بين الوزير المُكلف بتكنولوجيا الإعلام والاتصال والوزير المُكلف بالمالية، وتُزود الوكالة بصندوق إبتدائي يحدد مبلغه بموجب قرار مشترك بين الوزير المُكلف بتكنولوجيا الإعلام والاتصال والوزير المُكلف بالمالية⁴

ثالثا: مهام الوكالة الوطنية لترقية وتطوير الحظائر التكنولوجية:

تُعدّ الوكالة الوطنية لترقية وتطوير الحظائر التكنولوجية الأداة التي تستخدمها الدولة لوضع وتنفيذ إستراتيجية وطنية خاصة بترقية وتطوير وتنمية الحظائر التكنولوجية، وهي مكلفة بـ:

- إقتراح وإعداد عناصر الإستراتيجية الوطنية الخاصة بترقية وتطوير الحظائر التكنولوجية؛
- تصميم وإنشاء الحظائر التكنولوجية الموجهة لتعزيز القدرات والطاقات الوطنية بما يضمن تطوير تكنولوجيات الإعلام والاتصال، وكذا المساهمة في تطور التنمية الإقتصادية والإجتماعية؛
- العمل على إنجاز البنيات التحتية والمنشآت للحظائر التكنولوجية؛

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 07-126 المؤرخ في 5/05/2007، الذي يتمم المرسوم التنفيذي رقم 04-91 المؤرخ في 24/03/2004 والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لترقية الحظائر التكنولوجية وتطويرها ويحدد تنظيمها وسيورها ج.ر عدد 29 لسنة 2007.

² - الجريدة الرسمية المادة (2) والمادة (3)، المؤرخة 06 ماي 2007 العدد 29، ص ص 4-5.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 18-184 مؤرخ في 04/07/2018 يتضمن حل مركز الدراسات والبحث في الاتصالات السلكية واللاسلكية وتكنولوجيات الإعلام والاتصال وتحويل أملاكه وحقوقه والتزاماته إلى الوكالة الوطنية لترقية الحظائر التكنولوجية وتطويرها ، ج.ر عدد 41 لسنة 2018.

⁴ - الجريدة الرسمية المادة (3) و(4)، المؤرخة 28 مارس 2004 العدد 19 ص 7.

- السهر على الجمع بين الهيئات الوطنية للتكوين العالي والبحث، والتطور الصناعي وكذا الهيئات المستخدمة لتكنولوجيات الإعلام والإتصال من أجل إستحداث برامج تطوير الخطائر التكنولوجي؛
- التنسيق مع الهيئات المعنية لضمان تنفيذ ومتابعة وتقييم الإلتزامات المنبثقة عن إتفاقيات الدولة الجهوية والدولية المبرمة في إطار نشاطات الخطائر التكنولوجية؛
- إقتراح التدابير التشريعية والتنظيمية الرامية إلى ترقية وتنمية الخطائر التكنولوجية؛
- ضمان تنفيذ الإلتزامات المترتبة على واجبات الدولة في مجال الإتفاقات الجهوية والدولية في إطار نشاطات الخطائر التكنولوجية ومتابعتها وتقييمها وذلك بالإتصال بالمؤسسات المعنية؛
- توفير الشروط المادية ووضع المنشآت الأساسية الضرورية لتأدية مهامه.¹
- وأهم مهام الوكالة المحددة وفق المادة 05 من المرسوم 91-04 هي الإقتناء للأراضي الضرورية لإنجاز الخطائر التكنولوجية وتميئتها وتوسيعها وعليه يكون من مهام الوكالة اختيار الأراضي ضمن الأراضي الخاصة للدولة الموجهة للمشاريع الاستثمارية وفق الامر 04-08 .

رابعا: أهداف الوكالة الوطنية لترقية وتطوير الخطائر التكنولوجية

توجد العديد من المهام التي تطمح الوكالة إلى تحقيقها، ومن أهمها على سبيل الحصر:

- وضع شبكة قوية وحيوية لتكنولوجيات الإعلام والاتصال؛
- منح الدعم المادي والإفتراضي لأنشطة تكنولوجيات الإعلام والاتصال بالجزائر؛
- توفير دعائم تقنية وأعمال ذات جودة للمؤسسات الجزائرية؛
- التسريع من نسبة التكوين وكذا إنتشار المؤسسات الناشئة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة؛
- تنوع سلسلة القيم الخاصة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال؛
- تحفيز قطاع خاص بتصدير تكنولوجيات الإعلام والاتصال.²

خامسا: الخطائر التكنولوجية الموجودة بالجزائر

- الخطيرة التكنولوجية بسيدي عبد الله "الجزائر"، عملت منذ فيفري 2009.
- الخطيرة التقنية بورقلة "شكيلة"، دشنت في 01 مارس 2012.
- في إطار مخطط التنمية الخماسي (2010-2014) الخاص بالوكالة الوطنية لترقية وتطوير الخطائر التكنولوجية :

✓ 03 خطائر تكنولوجية جهوية (عنابة، وهران، ورقلة)؛

✓ ثلاث خطائر تكنولوجية أخرى : الخطيرة التكنولوجية بسطيف، قسنطينة، بوغزول، وحاضنة بغرداية أنشئت حديثا.

¹ - بتصرف من :

* مقتبس من الموقع الإلكتروني : www.mpttn.gov.dz/ar/content تاريخ الدخول : 12-12-2019 (08:26)

* الجريدة الرسمية المادة (5)، المؤرخة 28 مارس 2004 العدد 19 ص ص 7-9.

² - مقتبس من الموقع الإلكتروني : <http://www.aps.dz/ar/sante-science-technologie/tag> تاريخ الدخول : 13-12-2019 (10:17).

المحور الرابع : تسيير الوكالة الوطنية للحظائر التكنولوجية ومزايا الاستثمار فيها: أولا : عقد الامتياز بالتراضي ضمن محيط الحظائر التكنولوجية .

أضافت المادة 06 من المرسوم التنفيذي 91-04 للوكالة مهمة أساسية وهي تسيير القروض الممنوحة في إطار برامج الاستثمار في الحظائر التكنولوجية وتنفيذها ومتابعتها وتسيير الأملاك المخصصة لها ضمن قانون 04-08 المتعلق بالأراضي الخاصة للدولة الموجهة لمشاريع استثمارية والتي تحصل على الانتفاع بها من قبل المستثمرين، وكذا تكوين بنك معطيات تتعلق بميدان اختصاصها ضمن مجال تكنولوجيات الاعلام وتقنيات الحديثة للاتصال، وإعداد دفاتر الشروط التقنية، التعريف بالقواعد والمقاييس التقنية داخل محيط الحظائر التكنولوجية والعمل على تنفيذها .

وعليه يستخلص مما سبق ان الوكالة اناطها المشرع بمهمة تسيير الحظائر التكنولوجية بدأ باختيار الحافظة العقارية واعداد دفاتر الشروط الخاصة والسهر على تسيير هذه الاملاك بعد ابرام عقد الامتياز بالتراضي بعد موافقة الوزير المكلف بالسياحة .

وقد حددت المادة 05 من الأمر 04/08 المعدلة بموجب المادة 45 من قانون المالية 2018 على ضرورة الحصول على قرار من الوزير المكلف بالسياحة يرخص بمنح الإمتياز بالتراضي إذا كانت القطعة الأرضية المعنية تابعة للعقار السياحي ضمن الاملاك الخاصة بالدولة الموجهة للمشاريع الاستثمارية ويجب ان يكون العاقر قابلا للبناء واستقبال المنشآت الخاصة بالحظائر التكنولوجية وذلك باقتراح من الهيئة المكلفة بالعقار السياحي على أساس دفتر الشروط يحدد تصور المشروع المزمع إنجازه والمعايير التي ينبغي توفرها.

والعقارات التي تكون محلا لمنح الإمتياز ضمن محيط الحظائر التكنولوجية يشترط فيها المشرع حسب نص المادة 03 من الأمر 04/08 شرط احترام قواعد التعمير، ويعتبر هذا الشرط جوهرية خاصة بالنسبة للأنشطة الصناعية والذبذبات التكنولوجية بسبب الخطر التلوث الالكتروني، على أساسه يمكن رفض منح رخصة البناء إذا كانت المنشأة الصناعية من شأنها أن تكون لها عواقب ضارة بالبيئة ويقع على عاتق الإدارة إجراء تحقيق إداري، الذي تراه مناسبا للمشروع ويسمى "تحقيق الملائمة" وهذا بالنسبة لكل المؤسسات الصناعية، وخاصة إذا كانت تنتج مواد ضارة بالبيئة أو بالزراعة أو بالإنسان نفسه، هذا الشرط الذي يعتبر ضروريا ومن النظام العام عند تهيئة وإنجاز أي عقار صناعي.

ثانيا : الامتيازات المالية للاستثمار ضمن الحظائر التكنولوجية :

نصت المادة 46 من قانون المالية 2019 على ان تستفيد المشاريع الاستثمارية الواقعة ضمن الحظائر التكنولوجية من تخفيضات على مبلغ الاتاوة الاجارية السنوية بحسب الموقع الجغرافي :

- ولايات الشمال : 95% خلال فترة انجاز المشروع التي يمكن ان تمتد من سنة إلى 3 سنوات . 80%
- خلال فترة الاستغلال لمدة سبع سنوات بعد انجاز المشروع .
- ولايات الهضاب العليا بالدينار الرمزي للمتر مربع خلال فترة 10 سنوات ويرتفع بعد هذه المدة إلى 90 % من مبلغ اتاوة الاملاك الدولة بالنسبة للمشاريع الاستثمارية المقامة في الولايات المعتمدة لتنفيذ برامج الهضاب العليا .

- ولايات الجنوب: بالدينار الرمزي للمتر مربع خلال فترة 15 سنة ويرتفع بعد هذه المدة إلى 95% من مبلغ اناوة املاك الدولة بالنسبة للمشاريع الاستثمارية المقامة في الولايات المعتمدة لتنفيذ برامج الجنوب .

الخاتمة :

مما سبق يتبين ان المشرع الجزائري ادرك اهمية توجه الجزائر نحن الاقتصاد الرقمي من خلال استراتيجية الاستثمار في مجال الحظائر التكنولوجية؛ الذي خصص له حافظة عقارية ضمن المحيط العقاري الاستثماري للأراضي الخاصة للدولة الموجهة لمشاريع استثمارية، نظرا للطبيعة الخاصة لهذه العقارات في استقبال هذه المشاريع الاستثمارية ذات الأهمية في مجال تكنولوجيات الاعلام والاتصال والابتكار التكنولوجي الحديث، وتحقيق التوجه الاستثماري من خلال ابرام عقد الامتياز بالتراضي تحت وصاية الوكالة الوطنية لترقية الحظائر التكنولوجية والحصول على امتيازات مالية بحسب الموقع الجغرافي . ونخلص إلى النتائج والتوصيات :

- ✓ تؤدي المُجمعات التكنولوجية دور أساسي في تكريس مفهوم مجال التكنولوجيا والاتصال والتي تعتبر حافزا على عمليات الابتكار والقوى الدافعة للتنمية والنمو الاقتصادي، والدولة الجزائرية لديها تصميم وعزيمة من أجل تنفيذ السياسة الوطنية لتطوير المجمعات التكنولوجية، والتي تأمل أن تتحقق عن طريق الوكالة الوطنية لتعزيز وتطوير الحظائر التكنولوجية؛
 - ✓ التعريف بالقواعد والمقاييس التقنية داخل محيط الحظائر التكنولوجية؛
 - ✓ تسيير القروض الممنوحة في إطار برامج الإستثمار في الحظائر التكنولوجية وتنفيذها ومتابعتها؛
 - ✓ تنظيم وتنشيط المصالح المشتركة لمجموع متعاملي الحظائر التكنولوجية؛
- الإعلان والإشهار المكثف بالتعريف بها وبمهامها وأهميتها عن طريق الأيام الدراسية والندوات العلمية؛

دور العقود العقارية للجماعات المحلية في تحقيق الإستثمار



د.أمنة سلطاني، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، (الجزائر)

مقدمة:

لدى الجماعات المحلية ومجموعاتها العديد من أدوات التدخل لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتحسين مناخ الإستثمار، وقد تُعدّ العقود العقارية إحدى هذه الأدوات لمساعدة الشركات التجارية، والتي يمكن أن تتخذ شكل الإعفاءات والإعانات والمشاركة في تمويل الشركات، كعرض العقارات، مع إنشاء مناطق نشاط، وإنشاء بنى تحتية محددة مخصصة لاستقبال الشركات، وإنشاء خدمات استشارية للشركات فضلا عن دعم الإستثمار في مختلف المجالات الفلاحي والصناعي والسياحي الخدماتي.

كما أن جميع السلطات المحلية ومجموعاتها لها أسس قوية للتدخل في مسائل التنمية الاقتصادية، هذا واعتبرت الاعانات لتحقيق التنمية المحلية من قبل المشرع أكثر أهمية في الوقت الحالي من أي وقت مضى في ظل المناداة بالبحث عن سبل التمويل الذاتي للجماعات المحلية باعتبارها اختصاصا متأصلة في شرعية كل مجتمع للسيطرة على تنمية أراضيها. " هذا استثناء للمبدأ الذي يشترط " قدر الإمكان تخصيص كل مجال من مجالات الاختصاص والموارد المقابلة كليا إما للدولة أو للبلديات أو للإدارات أو المناطق "بالإضافة إلى الأحكام المتعلقة بالبلديات والإدارات والمناطق التي سبق ذكرها أعلاه، كما تجدر الإشارة إلى أن التنمية الاقتصادية هي واحدة من السلطات الإلزامية للمبادرة مع فرض الضرائب الخاصة بها، والتي تم الاعتراف بدورها من حيث التخطيط والإدارة وتسويق مناطق النشاط.

حيث طورت الجماعات المحلية سياسات عقارية وأراضي ذات مهنة اقتصادية (التخطيط، والتوقع، إعادة التأهيل، إعادة تطوير الحقول البنية، البناء، خدمات الأعمال، إلخ). يلاحظ أيضا الدور الذي تلعبه التكتلات فيما يتعلق بتطوير القطاع العقاري الإقتصادي في المناطق الريفية حيث المجتمعات المحلية الأقل إكتراثا بالعقار ومآله نتيجة إشكالية العقار وصعوبة آليات الوصول إليه خاصة في الجزائر، أين يوصف بأنه معضلة غير متناهية الأثر بحكم إعتبارات عدم تسوية ملكيته من قبل مخططات المسح أو وجوده في حالة منازعة، وهو وضع ثابت بما يمنع التصرفات القانونية الواقعة على العقار فيصعب التعامل معه، وفي هذا الصدد تعتبر مناطق النشاط الصناعي والفضاءات الصناعية التي تم إنجازها من قبل الجماعات المحلية البلديات والولايات من الوعاء الاقتصادي، وكان أول ظهور لتنظيم قانوني فعلي للعقار الصناعي في إطار ما بات يعرف بالمناطق الصناعية سنة 1973 من خلال الأمر رقم 45/ 73 المؤرخ في 28 فيفري سنة 1973

المتضمن إحداث لجنة إستشارية لتهيئة المناطق الصناعية .و يعد العقار الصناعي أو كما يسميه البعض من المختصون بالعقار الإقتصادي بمثابة الوعاء الأنسب لممارسة مختلف الإستثمارات الصناعية.¹

وتمثل العقود العقارية الإقتصادية أساس كل بنية إستثمارية ومشروع ،ويقصد بها : ((مجموع العقارات مهما كان نوعها الموجهة لإنشاء مشاريع إستثمارية ذات طابع صناعي أو سياحي أو خدماتي وتشمل كل أنواع العقارات الموجهة لإنشاء مشاريع إستثمارية سواء ملك للدولة أو الخواص أو واقعة ضمن مواقع التوسع السياحي أو داخل المدن الجديدة غير أن ما يميز هذا النوع من العقارات وهو الهدف منها انجاز مشروع إستثماري بمعنى العقارات الموجهة للنشاط الإقتصادي))² وهو ما نص عليه القانون 08 رقم 04 المحدد لشروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للدولة والموجهة لمشاريع إستثمارية وهو العقار الموجه لإنشاء مشاريع إستثمارية.

وكذا أحكام المادة (02) من القانون رقم 09-16³ المتعلق بترقية الإستثمار والذي يشمل اقتناء أموال تندرج في إطار إستحداث نشاطات جديدة وتوسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل والمساهمات في رأس مال الشركة فأى عقار يكون الغرض منه ذلك.

والواقع أن العلاقة بين العقود العقارية للجماعات المحلية هي علاقة طردية وذلك من خلال كون الإستثمار في العقار الصناعي يمكنه أن يساهم في ارتفاع المردود الاقتصادي للجماعات المحلية والنهوض بالإقتصاد المحلي ؟

وتحاول المداخلة تسليط الضوء على العقود العقارية الإقتصادية للجماعات المحلية لكونها أساس كل مشروع إستثماري، على ضوء المحورين التاليين:

1- عقد الإمتياز كآلية قديمة جديدة لترقية الإستثمار

يعد عقد الإمتياز الموجه لإستغلال العقار الاقتصادي من ضمن العقود العقارية مانحة الإستثمار ،ويتم منحها عن طريق عقد الإمتياز والمكرس بموجب الأمر رقم 04-08 المؤرخ في 1 سبتمبر 2008⁴ يرم العقد ما بين المستثمر الوطني أو الأجنبي من جهة ومديرية أملاك الدولة من جهة أخرى لمدة 33 سنة قابلة للتجديد مرتين .

أين يرتب هذا العقد مجموعة من الحقوق والالتزامات المتقابلة، فمن حقوق الإمتياز الممنوحة على العقار الإقتصادي وما يترتب عليها من حقوق وواجبات بين الأطراف ؛ فبعد ما كانت هذه الحقوق تقتصر على شكل التنازل في شكل عقود البيع الواردة على الأملاك الوطنية الخاصة لفائدة مؤسسات متخصصة انتقلت إلى عقود التنازل عن البيع من طرف هذه المؤسسة لفائدة المستثمرين وهو شكل التصرف

¹ لكحل مخلوف ، عقد الإمتياز ودوره في تطوير الإستثمار (دراسة حالة العقار الإقتصادي)، رسالة دكتوراه ، تخصص قانون السوق ، جامعة باتنة 1، السنة الجامعية 2017/2018 ص75.

² المرجع نفسه ، ص 81.

³ القانون رقم 09/16 المتعلق بالإستثمار ، مؤرخ في 03/ 08/ 2016 الجريدة الرسمية ، العدد 48 الصادرة بتاريخ 2016/08/03.

⁴ الأمر رقم 04/08 ، المحدد لشروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للدولة والموجهة لمشاريع استثمارية ، الجريدة الرسمية ، مؤرخ في 2008/09/10 ، العدد 49 بتاريخ 2008/09/03.

التقليدي هو عملية نقل الملكية العقارات الخاصة للدولة والجماعات المحلية الى المشتري المستثمر بصفة نهائية .

ولا يتضمن عقد الامتياز الموجه للاستثمار عقد الامتياز الفلاحي وهو ما أكدته المشرع الجزائري ضمن نص المادة (02) من الأمر رقم 04-08 التي استثنى الأراضي الفلاحية من نطاق تطبيق عقد إمتياز المشاريع الاستثمارية؛ كما استثنى الأوعية العقارية المخصصة أو في طور التخصيص لفائدة مصالح عمومية تابعة للدولة لتلبية حاجاتها في إطار المرفق العام أو غيره ؛ وفي الشق الموازي لذلك وسع المشرع الجزائري من نطاق العقار الإقتصادي الموجه للإستثمار وخصه في النواحي التالية : - الأملاك الوطنية الخاصة ؛ -الأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المنحلة والأصول الفائضة للمؤسسات العمومية الإقتصادية؛

وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات والأراضي الواقعة داخل محيط المدينة الجديدة والأراضي التابعة لمنطقة التوسع العقاري؛

ومن حيث أطراف المستفيدين من الإمتياز في العقار الصناعي، فإنه يمنح لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص.

وتحدد الإتاة الإيجارية السنوية في العقار الإقتصادي على أساس القيمة التجارية للقطعة الأرضية محل الإمتياز. على أن يستثنى من عقود العقار الإقتصادي عقود إمتياز المرافق العمومية وعقود البوت، وهذا راجع لعدد الإعترابات :

أولها: أن عقود البوت أو عقود إمتياز المرفق العام موجهة إلى المرافق العمومية وليس للمؤسسات الإقتصادية، أي نشاط متعلق بمرفق من خلال تقديم خدمات للجمهور وتحقيق المصلحة العامة عكس الإمتياز الإقتصادي يقتضي فكرة جني الأرباح من قبل المستثمر.

ثانياً: في عقود العقار الإقتصادي كون أن ملكية المباني المشيدة على العقار ورهن الحق العيني العقاري وإمكانية التنازل بعد إنتهاء المشروع في حين المشروع العام يبقى ملكا للدولة بعد إنتهاء مدة الإمتياز، حيث تمكن العقود العقارية المستثمر من :

- الحصول على رخصة البناء لتشييد المشروع الاستثماري .
- الحق في إنشاء رهن رسمي لصالح الهيئات المالية، وهو حق يقع على الحق العيني العقاري وعلى المشروع بجميع محتوياته المقرر إقامتها على القطع الأرضية كضمان للقروض .
- . إستفادة من جميع المزايا والتحفيزات والضمانات التي خصها قانون الاستثمار 09/16.
- يمكن له طلب تحويل الإمتياز إلى تنازل وفق شروط محددة مسبقاً .

كما جاء في نص المادة 03 يتضمن تنظيم لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار وتشكيلها وسيرها¹ بأنه وفي إطار برنامج تنمية الولاية وتقدير السوق العقارية المحلية وعلى

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 10 - 20 ، يتضمن تنظيم لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار وتشكيلها وسيرها ، مؤرخ في 12 جانفي 2010، الجريدة الرسمية، عدد 04 ، صادر في 2010/01/17 .

أساس جرعقارات غير المبنية التابعة للأمالك الوطنية الخاصة للدولة، يحدد الوالي سنويا لكل بلدية قائمة الأراضي التي يمكن أن تشكل العرض العقاري الموجه لتطوير الإستثمار والتي تتضمن خصائص كل قطعة أرضية، لا سيما موقعها بدقة ومساحتها ووضعيتها بالنسبة لأدوات التهيئة والتعمير، على أن تنشر هذه القائمة على مستوى كل بلدية والشباك اللامركزي للوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار

يتم الترخيص بمنح حق الإمتياز أو التنازل عن الأمالك العقارية للجماعات المحلية بالمزاد العلني أو بالتراضي وفقا لاحكام المادة 03 من الأمر رقم 04-08، ولكن سرعان ما تغير الأمر بموجب التعديلات الحاصلة على هذا الأمر، حيث أصبح التراضي الأسلوب الوحيد لمنح مثل هذه العقود؛ وذلك عملا بنص المادة 15 من القانون رقم 11-11 في نصها على أنه: "يمنح الإمتياز على أساس دفتر شروط عن طريق التراضي" فإستعمال هذا الأسلوب وتحقق الشروط الشكلية والموضوعية المنصوص عليها في القانون يمكن للمستثمرين الأجانب والوطنيين إبرام عقد الإمتياز؟ إن قانون الأمالك الوطنية لا يقدم أساسا واضحا لعقد الإمتياز وعليه فإنه على حد تعبير لكحل مخلوف ظهرت عقود إمتياز قطاعية لكل قطاع نص قانوني خاص ينظمه كالمياه والطرق...¹ الخ

أ-الإمتياز بصيغة المزاد العلني :

كرس المشرع الجزائري هذا الأسلوب في المرسوم التنفيذي رقم 09-152 في المواد 2 و 3 حيث عرفه بأنه: "يقصد بالمزاد العلني المفتوح عرض الإمتياز عن طريق المنافسة، لكل شخص طبيعي أو معنوي يرغب في الإستفادة من الإمتياز على الأضحية المعنية وذلك لإنجاز مشروع إستثماري وفقا لقواعد التهيئة والتعمير المطبقة:" كما يقصد بالمزاد العلني المحدد عرض الإمتياز عن طرق المنافسة على أرضية موجهة لمشروع إستثماري ذي طبيعة محددة مسبقا، والذي يشارك فيه المستثمرين الذين تتوافر فيهم بعض شروط التأهيل².

يعد هذا الأسلوب من الأساليب التي تثير مخاوف المستثمرين حيث تضرب بالمتعامل الاقتصادي ويحدد السعر الافتتاحي على أساس القيمة التجارية للمال كما يحددها قانون الطلب والعرض.

ب- الامتياز بصيغة التراضي

بناء على أحكام نص المادة 15 من القانون رقم 11-11 فإنه يمنح الإمتياز على أساس دفتر الشروط عن طريق التراضي على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة مع العلم بأن الأمر رقم 04-08 لم يعرف التراضي حيث تنص المادة 3 من الأمر رقم 04-08، المعدلة في 2011 على ما يلي: "يمنح الامتياز على أساس دفتر شروط، عن طريق التراضي على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة المتوفرة ..."، كما فعل في المزاد العلني ولكن عرفه قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 في نص المادة 41 منه بأنه: "هو

¹ لكحل مخلوف، مرجع سابق ص53.

² مرسوم تنفيذي رقم 09-15 مرسوم تنفيذي رقم 09-152، مؤرخ في 2 ماي 2009، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية عدد 27، صادر في 06/05/2009..

إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون العوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة..¹

هذا وتضيف المادة 5 من الأمر رقم 04-08 ، والمعدلة أيضا في 2011 وفي 2013 في شطرها الأول على أنه : "يرخص الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي...".

2-العقار الوقفي كآلية جديدة لترقية الاستثمار

تُعَدُّ الأملاك الوقفية بنوعها العامة والخاصة مورداً مهماً وحيوياً للميزانية العامة ؛ ممّا دفع بالسلطات العامة والمحلية إلى إعادة التفكير في أساليب جديدة تمكن من استغلالها بعيدا عن الأطر والأساليب التقليدية ، بما يجعلها تحقق المرونة في منح العوائد.

وقد قصد المشرع الجزائري من وراء إدراجها في عجلة الاستثمار حمايتها والمحافظة عليها من جميع أشكال الركود والإندثار (إندثار معالمها)، فهي عامل من عوامل تحقيق التنمية الاقتصادية إذ ما تم استغلالها على الوجه الأمثل ، وهذه الشروط حقيقة تم النص عليها ودمجها في قانون الإستثمار رقم 09/16 كما عمد المشرع إلى تحديدها وتثمينها على أساس العائد الإقتصادي (المردودية الإقتصادية) الناتج عنها، دون المساس بمقاصد الشريعة الإسلامية من الوقف؟
و تتمثل هذه الأساليب في صيغ مختلفة :

أولها: صيغة التراضي لإستغلال الأملاك الوقفية الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية واقتصرت على العقارات الوقفية العامة المبنية وغير المبنية والواقعة في قطاعات معمرة وغير المعمرة وكذا الأراضي الوقفية المسترجعة من الدولة.

يعد الوقف صورة من صور حبس العين عن التملك على وجه التأييد لغرض الإنتفاع ونظرا لتعدد الأملاك الوقفية العامة للجماعات المحلية ومجالات إستغلالها عن طريق الشراكة مع الخواص أو القطاع العام وكذا أساليب استغلالها شكل العقود والتصرفات التي تقع عليها لجأت السلطات المعنية بتسيير الأملاك الوقفية إلى تحديدها:

ثانيهما : صيغة تقديم العروض : الموجهة لانجاز مشاريع إستثمارية ، ويتم توضيحها في دفتر الشروط النموذجي .

نظرا لتعدد الأملاك الوقفية العامة للجماعات المحلية ومجالات إستغلالها عن طريق الشراكة مع الخواص أو القطاع العام وكذا أساليب استغلالها شكل العقود والتصرفات التي تقع عليها لجأت السلطات المعنية بتسيير الأملاك الوقفية إلى تحديدها: تحديد العقارات محل الإستغلال والموجهة لإنجاز المشاريع الإستثمارية تحديداً واضحاً من خلال تخصيصها للعقارات الوقفية العامة المبنية وغير المبنية والواقعة في القطاعات المعمرة وغير قابلة للتعمير كما هو موضح في أدوات التهيئة والتعمير.²

¹ مرسوم رئاسي رقم 15 - 247 يتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 الجريدة الرسمية رقم

² محمد لمري، " النظام القانوني للعقار الصناعي والآليات المستحدثة لترقيته "العقار الوقفي العام أنموذجاً"، مجلة الإجتهد القضائي ، العدد السابع عشر ، جامعة محمد خضير بسكرة ، سبتمبر 2018 ص317.

من خلال ما جاء به المشرع في نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال العقارات الوقفية الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية كونها أصبحت منذ صدور قانون الإستثمار 09/16 محل مشروع استغلال في إطار مشاريع استثمارية وبذلك يدخل في مصاف العقارات المبنية كالأراضي. التي يشغلها في مجالاتها الفضائية وفي مشتملات تجهيزها وأنشطتها .

أ. استغلال العقار الوقفي عن طريق تقديم عروض

بالرجوع إلى أحكام المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98¹ والتي نصت على استغلال الأملاك الوقفية بطريق المزاد العلني، وتمثل العقارات الوقفية العامة وهي : البنايات أو أرض بياض أو أرض زراعية أو أرض شجرة بحيث تتم عملية التأجير وفق هذه الإجراءات الإدارية يحكمها دفتر الشروط وتحت إشراف المباشر لناظر الشؤون الدينية بمشاركة مجلس سبل الخيرات أما بالنسبة للأراضي الوقفية الفلاحية المسترجعة من الدولة ، فقد حدد المرسوم رقم 70/14 المؤرخ في 2014/02/10 المحدد لشروط تأجيرها بنفس الصيغة لكن بعقد إيجار يخضع لنظام خاص ، وهي في غالبيتها تخضع لصيغ العقود التجارية والمدنية² ، التي لا يمكن تحقيق عوائد إقتصادية تدعو للتفاوض .

ب. إستغلال الوقف العقاري بصيغة التراضي

بالرجوع إلى أحكام نص المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم: 381/98³ التي نصت على اللجوء إلى التراضي في تأجير الأملاك الوقفية وهي طريقة إستثنائية خروجاً عن القاعدة العامة الإيجار بالمزاد العلني، على أن يكون الهدف من التراضي هو نشر العلم وتشجيع البحث فيه، وفتح سبل الخير، وقد حددت المادة أعلاه بالحفاظ على حرمة المساجد وحمايتها

كما أشارت المادة 09 من المرسوم التنفيذي أعلاه إلى ضرورة الحصول على ترخيص من الوزير المكلف بالشؤون الدينية وبعد إستطلاع رأي لجنة الأوقاف .

الخاتمة :

يُعدّ تطوير العرض العقاري الموجه للإستثمار بجميع أشكاله الصناعي، الفلاحي، السياحي. مطلب مهمّ وضروري، ولكنه يتطلب مراجعة النصوص القانونية والتنظيمية وإنسجامها ،لتحقيقاً مبدأ الأمن القانوني اتجاه المستثمرين .

على الجماعات المحلية أن تسعى إلى توسيع الوعاء العقاري وتنميته ومرافقة المؤسسات والشركات، لاسيما في تقديم تسهيلات أكبر لإجراءات منح الصفقات العمومية للمؤسسات المصغرة ومساعدة المؤسسات المصغرة الناجحة من أجل توسيع نشاطها.. كما تسعى إلى تبسيط الإجراءات الإدارية لاسيما لا مركزة من

¹ المرسوم التنفيذي رقم 381/98 يحدد كيفيات إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك ، المؤرخ في 1998/12/01. الجريدة الرسمية ، العدد 90 الصادرة بتاريخ 1998/12/02.

² محمد لعمرى، " النظام القانوني للعقار الصناعي والآليات المستحدثة لترقيته "العقار الوقفي العام أنموذجاً" ،مجلة الإجتهاد القضائي ، العدد السابع عشر ، جامعة محمد خضير بسكرة ، سبتمبر 2018 ص319.

³ المرسوم التنفيذي رقم 381/98 يحدد كيفيات إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك ، المؤرخ في 1998/12/01. الجريدة الرسمية ، العدد 90 الصادرة بتاريخ 1998/12/02.

خلال مجموعة الإجراءات كطلبات رأي المطابقة، والرخص والإعتمادات الإدارية قصد تخفيف وتسريع الإجراءات المتعلقة بتجسيد مشاريع الإستثمار.

تتمين السياحة بتبسيط وتسهيل عملية الإستثمار في مناطق التوسع السياحي من أجل جعلها في قلب التنمية المحلية.

في الأخير ضرورة التقدم بتوصية تتضمن تعزيز مسار الديمقراطية التشاركية في إطار اللامركزية الإدارية في قضايا الاستثمار المحلي ولما لا؟

إجراءات منح الأراضي الفلاحية المتوفرة التابعة لأمالك للدولة الخاصة



د. نجاة بوساحة، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)
د. سامية لموشية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)

مقدمة:

أولى المشرع الجزائري اهتمام كبير بالأراضي الفلاحية بصفة عامة والتابعة للأمالك الوطنية بصفة خاصة، على اعتبار أن القطاع الفلاحي يشكل ركيزة أساسية لاقتصاد العديد من الدول، وهذا ما حاول المشرع الجزائري تحقيقه من خلال القوانين المتوالية المنظمة لهذا القطاع الحساس، والتي كان آخرها القانون 03/10 المؤرخ في 2010/8/15¹ المنظم لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للدولة الذي تبنى نمط الامتياز كأسلوب وحيد للاستغلال متغلبا بذلك عن حق الانتفاع الدائم الذي كان مطبق من خلال قانون 19/87.

وقد أفصح المشرع عن نيته في التخلي عن نظام الانتفاع الدائم من خلال قانون التوجيه الفلاحي 16/08 أين نصت المادة 17 منه أن الامتياز سيكون النمط الأساسي لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للدولة، نظرا للفشل الذريع لقانون 19/87 بالنظر لكثرة النزاعات التي خلفها تطبيقه سواء فيما بين أعضاء المستثمرة الفلاحية الواحدة وبين الغير، هذا راجع بالدرجة الأولى للتسرع في سن هذا القانون ، بالإضافة للمخالفات التي شابت تطبيقه خاصة ما تعلق بحرية اختيار أعضاء المستثمرة الفلاحية.

إذن وبالرغم من انسجام روح قانون 19/87 مع نظام اقتصاد السوق إلا أنه في أرض الواقع لم يؤدي بثماره المنتظرة ما جعل تعديله أمر حتمي، فتم استبداله بقانون 03/10 على أمل النهوض بالقطاع الفلاحي واستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للدولة استغلالاً أمثل، وهذا ما نصت عليه المادة 2 من القانون 03/10 التي حددت نطاق تطبيق هذا الأخير، المتمثل في الأراضي التي كانت خاضعة لقانون 19/87 أين يستفيد أصحاب المستثمرات الفلاحية التي تتوافر فيهم شروط معينة من حق تحويل حق انتفاعهم الدائم إلى حق امتياز هذا كمرحلة أولى .

وقد تطرق المشرع إلى فئة أخرى قد تستفيد من مزايا قانون 03/10 من خلال المادة 17 منه، هم المرشحين للحصول على الأراضي المتوفرة التابعة لأمالك الدولة، ما يعني أن المشرع أخذ في اعتباره عدم حصر نطاق تطبيق القانون 03/10 على فئة المستفيدين السابقين، بهدف مد نطاق تطبيق القانون وبالتالي توسيع رقعة الأراضي المستغلة، وبقصد تلافي إشكالية عدم توحيد المنظومة القانونية الخاصة

¹ القانون 03/10 المؤرخ في 2010/8/15 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة ، ج.ر عدد 46 المؤرخة في 2010/8/18.

باستغلال الأراضي التابعة للدولة، وإعادة سن قانون جديد يخص كيفية الحصول على أراضي فلاحية تابعة للدولة بغرض الاستثمار، وبذلك المشرع يكون قد تجنب تشتت المنظومة القانونية الخاصة باستغلال الأراضي الفلاحية الخاصة التابعة للدولة .

ومن هنا تبرز إشكالية بحثنا المتمثلة في: هل تخضع عملية منح الامتياز على الأراضي الفلاحية التابعة لأحكام للدولة الخاصة لإجراءات استثنائية؟

إذن وانطلاقاً من أن قانون 03/10 طبق على أراضي المستثمرات الفلاحية كأصل عام، أين استفادة المستثمرون الذين تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، من تحويل حق انتفاعهم الدائم إلى حق امتياز، واستثناء يمكن منح ذات الحق لأشخاص لم يستفيدوا من حق الانتفاع الدائم طبقاً للقانون 19/87 وذلك عن طريق ترشحهم للاستفادة من الأراضي المتوفرة التي جاء النص عليها طبقاً للمادة 17 من القانون 03/10 والتي تم تنظيمها من خلال المنشور الوزاري رقم 108 المؤرخ في 2011/2/23 المتعلق بإنشاء المستثمرات الفلاحية الجديدة للفلاحة وتربية الحيوانات وكذا أحكام القرار الوزاري المؤرخ في 2012/11/11 المحدد لكيفيات إعلان الترشح ومعايير اختيار المرشحين لامتياز الأراضي الفلاحية والأحكام السطحية التابعة للأحكام الخاصة للدولة المتوفرة وهذا ما سنأتي على تفصيله فيما يلي:

أولاً _ الشروط الخاصة بالمرشحين للحصول على الامتياز:

نص القانون 03/10 عند تعريفه لعقد الامتياز أن الأشخاص الطبيعية جزائية الجنسية هي المعنية من الاستفادة من حق الامتياز¹، وهذا ما تم تأكيده أيضاً من خلال القرار رقم 1344 السالف الذكر، ولكن مع الأخذ بعين الاعتبار الأولوية التي جاء بها المشرع طبقاً للمادة 17 من القانون 03/10 وهي كالتالي :

1_ المستثمرون أصحاب الامتياز المتبقين من المستثمرة الفلاحية ذات أصحاب الامتياز المتعددين :
ونعني بهم المستثمرون الذين كانت حقوقهم محل نزاع، لأنه كما ذكرنا سابقاً أن تحويل حق الانتفاع إلى حق امتياز محصور في الفئة التي نصت عليها المادة 5 من القانون 03/10، لهذا هناك فئة لعدم وضوح وضعياتهم القانونية يؤجل البت في مدى إمكانية حصولهم على حق امتياز إلى غاية بت اللجنة الولائية أو القضاء المختص في حال كان قرار اللجنة سلبياً وقرر المستثمر الطعن فيه، وما جعل المشرع يعطي الأولوية لهذه الفئة لأنه كان المساهم بطريقة أو بأخرى في تعقيد وضعيتهم، لأن القانون 19/87 كان يجيز التنازل بشرط مرور 5 سنوات على إنشاء المستثمرة الفلاحية³، ثم تم تمديد المدة لجعلها 10 سنوات طبقاً للمادة 84 من قانون التوجيه العقاري 25/90، ثم تم إلغاء هذه الأخيرة بموجب الأمر 26/95⁴ وبالتالي أصبح

¹ المادة 4 من القانون 03/10.

² المادة 2 من القرار رقم 1344 المؤرخ في 2012/11/11 الذي يحدد كيفيات إعلان الترشح ومعايير الاختيار للحصول على امتياز الأراضي الفلاحية والأحكام السطحية التابعة لأحكام الدولة الخاصة المتوفرة

³ المادة 34 من القانون 19/87.

⁴ الأمر رقم 26/95 المؤرخ في 25/9/1995 المعدل والمتمم لقانون التوجيه العقاري ، ج.ر عدد 55 لسنة 1995.

المستفيد غير مقيد بأي مدة للتنازل عن حقه، لكن صدر مقرر وزاري سنة 2005¹ صادر عن رئيس الحكومة تقضي بتجميد عمليات التنازل التي تم تنظيمها بتعليمات وزارية صادرة سنة 2002²، أدن التعليمات الوزارية لسنة 2005 تجاهلت كل عمليات التنازل التي تمت مابين الفترتين والتي جعلت المستفيدين يتصرفون في حقوقهم بناء على عقود عرفية رغم مخالفة ذلك للقانون³، لهذا أخذ المشرع وضعية هؤلاء بعين الاعتبار بل وأعطى لهم الأولوية في الحصول على الأراضي الفلاحية المتوفرة، ولكن بشرط حصولهم الفعلي على عقد الامتياز، وهذا بعد صدور قرار اللجنة الإيجابي في قبول ملف التحويل أو صدور حكم قضائي يثبت أحقية الطاعن في القرار السلبي للجنة⁴.

2_المستثمرين أصحاب الامتياز المحاذين من أجل توسيع مستثمراتهم : لم يحدد المشرع ظروف المحاذاة أو الجوار التي يمكن من خلالها منح المرشح أرض من الأراضي المتوفرة، ومن جهة أخرى فإن استفادة المستثمرين المجاورين من حق امتياز آخر هو استثناء حصري لهؤلاء فقط، لأن المبدأ العام الذي جاء به القانون 03/10 يقضي بعدم جواز اكتساب أكثر من حق امتياز⁵، وهذا لا يتأتى إلا إذا كانت المستثمرات الفلاحية التي طالب أصحابها بالتوسيع مجاورة للأراضي المتوفرة المزمع توزيعها، بحيث يتم تكوين مستثمرة فلاحية من قطعة واحدة بحيث تكون كل أجزائها متلاصقة لا تفصلها قطع تابعة لمستثمرات فلاحية أخرى⁶، مع الأخذ بعين الاعتبار المساحة المرجعية للمستثمرة الفلاحية المحددة بموجب نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 490/97⁷.

3_الأشخاص الذين لهم مؤهلات علمية و/أو تقنية : إن التطور العلمي مس جميع المجالات بما فيها الزراعي، نظرا للبحوث المتواصلة التي تهدف إلى على إنتاج أوفر بجودة أحسن بتكاليف أقل، من هذا المنطلق راعى المشرع عند تنظيمه لأولوية منح الامتياز الفئات الحاصلة على مؤهلات علمية التي يمكن أن تساهم في تطوير هذا المجال بالنظر لمكتسباتهم العلمية، وبالتالي يكون المشرع قد تخطى عن فكرة التي كانت سائدة سابقا القائمة على أساس أن الأرض لمن يخدمها، ففي ظل القانون 19/87 من بين شروط الحصول على أرض فلاحية كان العمل في المجال الفلاحي، إذن المشرع من خلال المادة 17 من القانون 04/10 حاول تكوين علاقة وظيفية بين خريجي الجامعات أو المعاهد المتخصصة وبين المستثمرين أصحاب الامتياز من أجل

¹ المقرر رقم 01 المؤرخ في 2005/1/18 تحت رقم 16، الصادر عن رئيس الحكومة، المتضمن تجميد عمليات التنازل عن الحقوق العينية العقارية الممنوحة للمنتجين الفلاحين بموجب القانون 19/87.

² التعليمات الوزارية رقم 07 المؤرخة في 2002/7/15 المتعلقة بالتنازل عن الحقوق العينية العقارية الممنوحة للمنتجين الفلاحين بموجب القانون 19/87.

³ لمزيد من التفصيل راجع كحيل حكيمة، تحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز في ظل القانون 03/10 ط2، دارهومة، الجزائر، 2014، ص 41 وما بعدها.

⁴ كحيل حكيمة، استغلال الأراضي الفلاحية المتوفرة التابعة للدولة طبقا للتشريع الجزائري، دارهومة، الجزائر، 2017، ص 97.

⁵ المادة 16 من القانون 03/10.

⁶ كحيل حكيمة، استغلال الأراضي الفلاحية المتوفرة التابعة للدولة طبقا للتشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 104.

⁷ المرسوم التنفيذي 490/97 المؤرخ في 1997/12/20 الذي يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية، ج.ر. رقم 84 لسنة 1997.

استخدام التقنيات الفلاحية الحديثة، لضمان فعالية والتسيير الأفضل للأراضي الفلاحية الممنوحة¹، وهذا ما أكدته نص المادة السالف الذكر التي أعطت الأولوية ليس للشخص الذي يملك مؤهل علمي فقط بل يجب إضافة لذلك تقديم مشاريع لتعزيز المستثمرة الفلاحية وعصرنتها، وبالتالي يجب على اللجنة التي تدرس ملفات الترشح أخذ ذلك في عين الاعتبار عند منح الامتياز على الأراضي المتوفرة.

إذن الفئات التي تم ذكرها سابقا لهم الأولوية حسب الترتيب التي جاء في نص المادة 17 من القانون 03/10، كما يجب أن تتوافر في هذه الفئات الشروط العامة للحصول على الامتياز المتمثلة في التمتع بالجنسية الجزائرية، وأن يكون المرشح شخص طبيعي، وأن لا يكون قد سلك سلوكا غير مشرف أثناء ثورة التحرير² وهذا تأكيداً للنزعة الوطنية التي تفرض الحفاظ على العقارات المملوكة للدولة خاصة العقارية منها³. وبالتالي يستثنى الأشخاص المعنوية والأجنبية من الاستثمار في المجال الفلاحي بناء على قانون 03/10 ومن ثبت معداته لثورة التحرير⁴.

ثانياً : إجراءات الحصول على حق الامتياز طبقاً للقرار الوزاري 1344:

انطلاقاً من أحكام القرار الوزاري رقم 1344 يمكن تقسيم مراحل الحصول على حق امتياز على الأراضي الخاصة التابعة للدولة المتوفرة والأمالك السطحية إلى 3 محطات رئيسية وهي :

1- الإعلان عن عملية الترشح لمنح الامتياز الفلاحي وإيداع الملف:

تبدأ عملية انتقاء مرشحي الحصول على امتياز الأراضي المتوفرة، عن طريق الإعلان عن عملية منح الامتياز الفلاحي من طرف المدير الولائي للديوان الوطني للأراضي الفلاحية التي تقع المحيطات الفلاحية التي سيتم منحها في دائرة اختصاصه، وذلك عن طريق إعلان الترشح في يوميتين وطنيتين باللغة الوطنية والفرنسية تدرج مرة واحدة، وهذا لضمان مشاركة واسعة وضماناً لمبدأ الشفافية، وبالتالي يمكن المفاضلة بين أحسن المرشحين، وعليه منح الأرض لمن يستحقها، وبهذا يحقق المشرع الهدف الرئيسي من سن هذا القانون وهو النهوض بالقطاع الفلاحي وتلافي سلبات القوانين السابقة .

كما يتم الإعلان أيضاً عن طريق اللصق على مستوى مقر الولاية والدوائر والبلديات مكان تواجد الأراضي المعنية وعلى مستوى كل الهياكل التابعة للقطاع الفلاحي كمديريات الفلاحة والغرفة الفلاحية...الخ.⁵

¹ كحيل حكيمة، استغلال الأراضي الفلاحية المتوفرة التابعة للدولة طبقاً للتشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 117.

² المادة 19 من القانون 03/10.

³ أوكاشي ناجية، رابية نوال، استغلال العقار الفلاحي عن طريق الامتياز، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان بن ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2013/2014، ص 21.

⁴ لقد خلى المرسوم التنفيذي 326/10 والقرار الوزاري 1344 من إلزامية تضمين ملف الترشح لوثيقة تثبت عدم سلوك المرشح لسلوك غير مشرف أبان ثورة التحرير، لهذا تبقى هذه المسألة يكتنفها الغموض على الرغم أن البعض يفسر عدم النص على ذلك بالاكْتفاء بالقائمة التي تم إعدادها من قبل اللجنة الثلاثية التي تم إنشاؤها بموجب التعليمات الوزارية رقم 156 المؤرخة في 10/4/1993 المتعلقة بمستفيدي القانون رقم 19/87 والدين لهم سلوك معادي لحرب التحرير الوطني.

⁵ المادة 3 من القرار الوزاري 1344.

كما يجب أن يتضمن الإعلان ما يلي:¹

- التحديد الدقيق والمفصل لمكان التواجد وقوام الحقوق الواجب منحها، أي مكان الأراضي التي ستمنح ومساحتها
- ملف الترشيح
- مكان إيداع الملف والذي عادة ما يكون مكان تواجد الأراضي
- تاريخ نهاية أجل الإيداع

2- دراسة ملف الترشيح:

تدرس طلبات المرشحين للامتياز من قبل لجنة يرأسها مدير الولائي للديوان الوطني للأراضي الفلاحية وهي مكونة من:²

- الأمين العام للغرفة الفلاحية الولائية
 - رئيس مصلحة التهيئة الريفية وترقية الاستثمار على مستوى مديرية المصالح الفلاحية
 - رئيس القسم الفرعي للفلاحة المختص إقليميا
- ونظرا لمتطلبات عملية الامتياز أوجب المشرع على المرشح الحاصل على مهل علمي دعم ملفه بمشروع يوضح من خلاله تعزيز وعصرنة المستثمرة التي يود إنشاءها في حال حصوله على حق الامتياز.³
- إذن اللجنة السالفة الذكر تتولى مهمتين أساسيتين وهما:⁴
- دراسة مؤهلات المرشح وتقييم مدى قدرتها على إنجاح المشروع المقدم
 - دراسة المشروع الاستثماري وتقييمه.

ولكي تتمكن اللجنة المختصة في دراسة ملفات الترشيح للحصول على الأراضي المتوفرة بصيغة امتياز، اعتمد المشرع جملة من المعايير تتعلق ببرنامج الاستثمار والمؤهلات العلمية و/أو التقنية والقدرات المالية، وإحداث مناصب شغل، وأجال الإنجاز، وإنتاج البذور والشتلات المكثرة وكل معيار آخر يتلاءم مع حقائق المنطقة المعنية أو برنامج التنمية الفلاحية الذي يحدد صراحة بموجب إعلان الترشيح المنصوص عليه في المادة 2 من القرار.⁵

وعند الانتهاء من دراسة ملفات طلبات الترشيح للظفر بامتياز من قبل اللجنة السابقة الذكر، تحرر هذه الأخيرة محضرا بأشغالها، ترسل نسخة منه إلى المديرية العامة للديوان الوطني للأراضي الفلاحية، كما

¹ المادة 4 من القرار الوزاري 1344.

² المادة 5 من القرار الوزاري 1344.

³ المادة 6 من القرار الوزاري 1344.

⁴ كحيل حكيم، استغلال الأراضي الفلاحية المتوفرة التابعة للدولة طبقا للتشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 128.

⁵ المادة 6 الفقرة 2 من القرار الوزاري 1344.

تقوم بإعداد القائمة الاسمية للمرشحين المقبولين، التي تعرض على الوالي المختص إقليميا لترخيص منحهم حق الامتياز.¹

3_ توقيع دفتر الشروط والحصول على العقد:

بناء على محضر اللجنة المختصة بدراسة الملف يقوم المدير الولائي لديوان الأراضي الفلاحية المختص، بتوقيع دفتر الشروط مع المرشح المقبول ويرسله مرفقا بالملف المذكور في المادة 4 من القرار الوزاري السالف الذكر، إلى مدير الأملاك الوطنية للولاية المعنية قصد إعداد عقد الامتياز، الذي يتم توقيعه لاحق من صاحب حق الامتياز وتسجيله وشهره في المحافظة العقارية.²

لكن تجدر الإشارة أن المشرع لم ينص على إمكانية الطعن في قرار اللجنة إذا كان سلبا على عكس ما هو مقرر طبقا للمادة 8 من المرسوم 326/10 التي تنص على إمكانية الطعن في قرار اللجنة المختصة في النظر في طلبات تحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز التي تحال لها من قبل الديوان.

نخلص في الأخير أن المشرع أحاط مسألة منح الأراضي التابعة لمكية الدولة الخاصة المتوفرة بجملة من الإجراءات التي تهدف كلها، إلى منح الامتياز للأحق بناء على جملة من المعايير العلمية والموضوعية، للنهوض بهذا القطاع الحساس الذي يعتبر بديل مهم لاقتصاد الدولة المتهاوي.

الخاتمة:

إن عملية منح حقوق الامتياز على الأراضي الفلاحية المتوفرة في إطار تطبيق المادة 17 من القانون 03/10 والقرار الوزاري رقم 1344 لا تخضع لنفس الإجراءات القانونية التي تحكم تحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق انتفاع، لأن الأولويات المشرع وإيديولوجيته تغيرت، نظرا لفشل الخيارات السابقة لهذا حاول من خلال القرار الوزاري 1344 تجسيد النهج الجديد الذي يجعل من الخبرة العلمية أساس لمنح حق الامتياز، وبالتالي تحقيق الأهداف المرجوة المتمثلة في إيجاد بدائل اقتصادية جديدة على غرار تجربة بعض الدول الرائدة في المجال الفلاحي، ولكن هناك بعض الإشكالات التي بقي يكتنفها غموض رغم تنظيم مسألة منح امتياز الأراضي الفلاحية المتوفرة وهي:

- المشرع لم يحدد مفهوم الجوار الذي يقصده من خلال المادة 17 السالفة الذكر التي تعتبر أولوية للحصول على امتياز الأراضي المتوفرة .
- لم يتطرق المشرع لمسألة ضرورة القبول المسبق لأعضاء المستثمرة الفلاحية للأشخاص الذين منح لهم امتياز الأراضي المتوفرة، لأن هؤلاء يعتبروا دخلاء على المستثمرين المتبقين لنفس المستثمرة الفلاحية، ما قد يكون سببا في نشوء نزاعات بين الأعضاء القدماء والجدد، مع الإشارة أنه يعتبر السبب الرئيسي لفشل القانون 19/87.

¹ أوكاشي ناجية، رابية نوال، مرجع سابق، ص 34.

² المادة 8 من القرار الوزاري 1344.

- غياب النص الذي يمكن من خلاله الاعتراض على قرارات اللجنة المانحة لامتياز الأراضي المتوفرة ن
فضمانا للشفافية كان على المشرع تنظيم مسألة الطعن في قرارات اللجنة وبالتالي تقرير رقابة
قضائية على عمل اللجنة.
- وعلى ضوء ما تقدم نقترح التوصيات التالية ما يلي:
- إعادة النظر في النصوص الغامضة السالفة الذكر خاصة المادة 17 من القانون 03/10 لكي يتسنى
التطبيق الأمثل لخيار الامتياز المتبنى.
- تبني برنامج إعلامي يساهم في توضيح أهمية الاستثمار الفلاحي والتحفيزات المتاحة عن طريق الأيام
الإعلامية المفتوحة التي تشرح من خلالها القوانين والقرارات الوزارية المتعلقة بهذه المسألة.

تحقيق التنمية الفلاحية المحلية باستصلاح أراضي الدولة عن طريق الامتياز



د. سلخ محمد لمين، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)

د. غريسي جمال، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)

مقدمة:

أسس لهذا الأسلوب من خلال المادة: 18 لقانون التوجيه الفلاحي رقم: 16-08،⁽¹⁾ حيث يمكن استغلال الأراضي الواجب استصلاحها والتابعة للأملاك الخاصة للدولة في شكل عقد امتياز،⁽²⁾ إذا كان هذا الاستصلاح بمساهمة الدولة، على أن تحدد شروط وكيفيات منح الأراضي الموجهة للاستصلاح بواسطة الامتياز عن طريق التنظيم، وهو ما حصل بداية بموجب المنشور الوزاري رقم: 108، المؤرخ في: 2011/02/23، يتعلق بإنشاء مستثمرات جديدة للفلاحة وتربية الحيوانات، لكن لم يدم طويلا وقد تم تعويضه بموجب المنشور الوزاري المشترك رقم: 1839، المؤرخ في: 2017/12/14، يتضمن الاستفادة من العقار الفلاحي التابع للأملاك الخاصة للدولة والمخصص للاستثمار في إطار استصلاح الأراضي عن طريق الامتياز.⁽³⁾

حيث يهدف هذا المنشور إلى تحديد أحكام الاستفادة من الأراضي الغير فلاحية في الأصل، التي يمكن استصلاحها لتصبح أراض فلاحية أو ذات وجهة فلاحية بمفهوم قانون التوجيه العقاري،⁽⁴⁾ وبما أنه ليس أول نص في هذا المجال كما سبق وذكرنا أعلاه، فهو يرمي إلى تحيين وتكييف شروط وإجراءات الاستفادة من هذه

⁽¹⁾ القانون رقم: 16-08، المؤرخ في: 3 أوت 2008، المتضمن التوجيه الفلاحي، الجريدة الرسمية عدد 46، بتاريخ: 2008/08/10.

⁽²⁾ تم تطبيق هذا الأسلوب بهذه الصيغة لأول مرة في الجزائر بموجب المادة: 117 من المرسوم التشريعي رقم: 93-18، المؤرخ في: 1993/12/29، والمتضمن قانون المالية لسنة 1994، الجريدة الرسمية عدد 88، بتاريخ: 1993/12/30، المعدلة والمتمة بأحكام المادة: 148 من الأمر رقم: 95-27، المؤرخ في: 1995/12/30، المتضمن قانون المالية لسنة 1996، الجريدة الرسمية عدد 82، بتاريخ: 1995/12/31، والتي جاء تم تطبيقها من خلال المرسوم التنفيذي رقم: 97-483، المؤرخ في: 1997/12/15، يحدد كيفيات منح حق امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية، وأعبائه وشروطه المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 83، بتاريخ: 1997/12/17، إلا أن هذا النص كان يتحدث عن امكانية التنازل عن ملكية الأراضي المستصلحة من طرف الدولة مالكة الرقبة بعد الانتهاء من برنامج الاستصلاح لصالح المستفيد من عقد الامتياز بتوفر بعض الشروط، لكن بموجب الفقرة الأولى للمادة: 18 من قانون التوجيه الفلاحي فإنه لا يمكن التنازل عن الملكية وإنما هو عبارة عن حق عيني عقاري يتمثل في الانتفاع فقط.

⁽³⁾ قبل التطرق لمضمون هذا المنشور وأهم ما جاء به، نعيب على المشرع تنظيم هذا المجال المهم جدا بموجب منشور وزاري مشترك، بينما كان من الأفضل النص عليه بموجب مرسوم تنفيذي على الأقل، لضمان انتشاره وتطبيقه على أوسع نطاق ممكن، وليعرف كل طرف معنى بهذا المجال حقوقه والتزاماته ويضمن الوفاء بها.

⁽⁴⁾ القانون رقم: 90-25، المؤرخ في: 18 نوفمبر 1990، المتعلق بالتوجيه العقاري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 49، بتاريخ: 1990/11/18.

الأراضي بما يتوافق ومتطلبات الانفتاح على الاستثمار الجاد في هذا الجانب وكذا متطلبات اللامركزية وشفافية الإجراءات الإدارية وتشجيع الاستثمار الفلاحي المحلي وفتح المجال للشراكة وتدعيمها.

حيث نطرح الاشكالية التالية: إلى أي مدى يساهم نظام الاستصلاح عن طريق الامتياز في تحقيق التنمية المحلية؟، ينبثق عنها تساؤل فرعي: ما هي أهم الاضافات التي تضمنها المنشور الوزاري المشترك رقم: 1839 لترقية الاستثمار الفلاحي والتنمية المحلية بالمقارنة مع النصوص التي سبقتة في هذا المجال واحتوت على نفس الفلسفة؟

للإجابة عن هذه الاشكالية نتطرق في البداية إلى تحديد المقصود بنظام الاستصلاح ونظام الامتياز ومحاولة المشرع المزاوجة بينهما في نص واحد في (المطلب الأول)، ثم ننتقل لدراسة أهم أحكام التي جاء بها المشرع من خلال المنشور الوزاري المشترك رقم: 1839 والاضافة التي قدمها من خلاله وأثر ذلك على التنمية الفلاحية المحلية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الاستصلاح والامتياز كأساليب لاستغلال العقار الفلاحي.

نحاول من خلال ما يلي أخذ فكرة عن الأسلوبين من خلال التطرق لتعريفهما ومجال تطبيقهما في الجانب الفلاحي ومدى اعتماد المشرع على كل أسلوب منهما على حدى لاستغلال الأراضي الفلاحية، حيث نتطرق في البداية لنظام الامتياز في (الفرع الأول)، ثم إلى أسلوب الاستصلاح في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الامتياز.

يشكل نظام الامتياز نمط استغلال الأراضي الفلاحية المملوكة للدولة،⁽¹⁾ عن طريق منح حق عيني عقاري على تلك الأراضي والأماكن السطحية المتصلة بها لصالح المنتجين مع بقاء ملكية الرقبة لصالح الدولة، وقد عرفه المشرع بموجب المادة: 3 فقرة 02 من القانون رقم: 08-16، المتعلق بالتوجيه الفلاحي، وكذا بموجب المادة: 04 من القانون رقم: 10-03، فإننا سوف نكتفي بالتعريف الذي أورده المشرع، بدون التطرق للتعريف الذي أورده الفقه والقضاء لهذا النظام.

حيث عرف الامتياز المتعلق بالأراضي الفلاحية في المادة: 02/03 من قانون التوجيه الفلاحي بأنه: "عقد تمنح بموجبه السلطة المانحة لشخص حق استغلال العقارات الفلاحية لمدة محددة مقابل دفع إتاوة سنوية"، بينما عرف الامتياز في القانون رقم: 10-03، بأنه: "العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص المستثمر صاحب الامتياز، حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأماكن الخاصة للدولة وكذا الأماكن السطحية المتصلة بها،⁽²⁾ بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم، لمدة أقصاها (40) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية، تضبط كفاءات تحديدها وتحصيلها وتخصيصها بموجب قانون المالية".

(1) أنظر المادة: 03 من القانون رقم: 10-03، المؤرخ في: 15 أوت 2010، يحدد شروط استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأماكن الخاصة للدولة، الجريدة الرسمية عدد 46، بتاريخ: 2010/08/16.

(2) عرفت الفقرة 02 من المادة: 04 للقانون رقم: 10-03 الاملاك السطحية بأنها: "مجموع الاملاك الملحقة بالمستثمرة الفلاحية ولا سيما منها المباني والأغراس ومنشآت الري".

بالمقارنة بين هذين التعريفين نلاحظ أن هناك نقاط تشابه واختلاف بين التعريفين، بالنسبة لنقاط التشابه فهي اعتبار كلا التعريفين بأن الامتياز عبارة عن عقد، يكون أحد أطرافه الدولة وهي الجهة المانحة، كما أن هذا العقد يمنح حق استغلال، مقابل دفع إتاوة سنوية.

أما عن أوجه الاختلاف بين التعريفين فهي تتمثل في: الشخص المستفيد من هذا العقد، حيث أن التعريف الأول اكتفى بذكر مصطلح شخص بينما حدد التعريف الثاني هذا الشخص بالقول أنه شخص طبيعي من جنسية جزائرية، ويعود سبب هذا الاختلاف إلى كون التعريف الأول يتناول نظام الامتياز بأوضاعه الثلاثة المنصوص عليها في المواد: 17⁽¹⁾ و 18⁽²⁾ و 19⁽³⁾ من قانون التوجيه الفلاحي، فهذا التعريف يتناول نظام الامتياز بصفة عامة، بينما جاء التعريف الثاني ليحدد طبيعة الشخص المستفيد، لأنه يقتصر على وضع واحد من الأوضاع الثلاثة التي تناولها قانون التوجيه العقاري وهو الوضع المحدد في المادة: 17 منه فقط، ألا وهو تحويل حق الانتفاع الدائم إلى امتياز.

بذلك يكون من المنطقي وجود هذا الاختلاف في التعريفين، فالتعريف الأول يشمل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الخاضعين للقانون الخاص والعام، لذلك اكتفى بذكر عبارة شخص دون أن يحدد طبيعته، بينما التعريف الثاني حدد طبيعة المستفيد بالقول أن هذا النظام يشمل الأشخاص الطبيعيين من جنسية جزائري فقط، لأن هذا النظام الجديد كاشف لحق هؤلاء المستفيدين وليس منثى له، باعتباره يطبق على نفس الأشخاص الذين كان يطبق عليهم نظام المستثمرات الفلاحية الملغى.

الاختلاف الثاني يتمثل في طبيعة الأملاك الممنوحة بموجب هذا العقد والمستغلة في إطاره، حيث أن التعريف الأول ذكر عبارة العقارات الفلاحية بدون تحديد،⁽⁴⁾ بينما حددها التعريف الثاني بالقول أنه يشمل الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها، وهذا ليرز الاختلاف بينه وبين النظام الذي سبقه (نظام المستثمرات) من جهة،⁽⁵⁾ أما من جهة أخرى ليقطع الشك باليقين حول مجال تطبيق هذا النظام وأنه يشمل الأرض والأملاك السطحية معا.

(1) تتحدث هذه المادة عن نظام الامتياز الناجم عن تحويل حق الانتفاع الدائم المقرر بموجب القانون رقم: 87-19، إلى امتياز، حيث أن هذا النظام كان يطبق على الأشخاص الطبيعيين من جنسية جزائري.

(2) تتحدث هذه المادة عن نظام الامتياز الخاص بالأراضي المستصلحة من طرف الدولة لإنشاء مستثمرات جديدة.

(3) تتناول هذه المادة نظام الامتياز الممنوح لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية في إطار المرسوم التنفيذي رقم: 11-06، المؤرخ في: 2011/01/10، يحدد كليات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة المخصصة أو الملحقة بالهيئات والمؤسسات العمومية، الجريدة الرسمية عدد: 02، بتاريخ: 2011/01/1.

(4) هذا راجع لسببين أولهما أن العقار الممنوح بموجب هذا النظام قد يشمل الأرض وحدها (كما هو الحال في حالة إنشاء مستثمرة جديدة، أو في حالة منح أرض فضاء لمؤسسة أو هيئة عامة)، ففي كلتا الحالتين لا تشمل العقارات الممنوحة سوى الأرض بدون أملاك سطحية، أما السبب الثاني فهو إمكانية أن تكون الأرض الممنوحة تحتوي على أملاك سطحية (سواء في حالة تحويل حق الانتفاع الدائم إلى امتياز أو في حالة المزارع النموذجية أو الأراضي الملحقة ببيئات البحث والتكوين في المجال الزراعي)، فنظرا لإمكانية أن يكون نظام الامتياز المنصوص عليه في قانون التوجيه الفلاحي يشمل السببين معا، قرر المشرع أن يكون التعريف به شاملا.

(5) فنظام المستثمرات الفلاحية المقرر بموجب القانون رقم: 87-19، كان يمنح حق انتفاع على الأرض والتنازل عن الأملاك السطحية لصالح المستغل عن طريق البيع، بينما تخلى النظام الجديد (الامتياز) عن فكرة التنازل عن الأملاك السطحية لصالح المستفيد بحيث تبقى مملوكة للدولة ويقوم المستفيد باستغلالها عن طريق الامتياز كما هو الشأن بالنسبة للأرض.

الاختلاف الثالث يتمثل في مدة هذا العقد، حيث نجد التعريف الأول اكتفى بالقول أنه لمدة محددة، بينما حدد هذه المدة في التعريف الثاني، والسبب في ذلك هو أن مدة العقد في التعريف الأول تختلف حسب مجال تطبيقه، إذ تكون متروكة لاتفاق الأطراف في بعض الحالات كما هو الشأن بالنسبة لعقد الامتياز الذين يكون بين السلطة المانحة والهيئة أو المؤسسة العمومية المستفيدة من هذا النظام،⁽¹⁾ بينما فضل أن يتم تحديد مدته في التعريف الثاني لتوحيد العقود وتحقيق مبدأ المساواة أمام القانون وتكافؤ الفرص.

الاختلاف الرابع والأخير يتمثل في أن التعريف الأول لم يتحدث عن دفتر الشروط، رغم أن هذا النظام وكما هو معروف ومعمول به في كل العقود الإدارية التي تحمل نفس الاسم، لا يكون إلا بناء على دفتر شروط لأنه من خصائص الامتياز، بينما ذكره التعريف الثاني، والراجع حول هذا الاختلاف هو أن عبارة دفتر الشروط قد سقطت سهواً من التعريف الأول، بدليل أن مجالات تطبيق هذا النظام الثلاثة الخاصة بالأراضي الفلاحية تشمل على دفتر شروط.

ما يلاحظ حول تعريف الامتياز الوارد من طرف المشرع هو استعمال مصطلح استغلال عوض مصطلح الانتفاع الدائم (الذي كان مستعملاً من قبل)، وذلك للقول أن النظام الجديد (الامتياز) يكون لمدة محددة هذا من جهة، ومن جهة أخرى لتفادي الخلط بين حق الانتفاع المقرر في القانون المدني وحق الانتفاع المحدد بموجب هذا النظام نظراً للاختلافات الحاصلة بينهما.

يشمل مجل تطبيق نظام الامتياز المنصوص عليه في القانون رقم: 10-03، الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة التي كانت خاضعة للقانون 87-19 المتضمن نظام المستثمرات الفلاحية،⁽²⁾ والتي سبق أن حددنا أصنافها، التي تكونت بواسطة نظامي التسيير الذاتي والثورة الزراعية بعد الاستقلال وفق عدة أساليب هي: الأملاك الشاغرة وأمالك الأجانب وكذا أمالك الجزائريين المصادرة والموضوعة تحت الحماية، بالإضافة إلى أراضي البلديات والدولة والعرش المدرجة ضمن صندوق الثورة الزراعية، وكذا الأملاك الخاصة والوقفية المؤممة.

بالإضافة إلى ذلك يشمل مجال تطبيقه الأملاك السطحية المتصلة بتلك الأراضي، تتمثل تلك الأملاك أساساً في المباني والأغراس ومنشآت الري،⁽³⁾ كل هذا يكون ما يطلق عليه هذا القانون بالمستثمرة الفلاحية وهي حسب تعريف المادة: 46 من قانون التوجيه الفلاحي: "وحدة إنتاجية تتشكل من الأملاك المنقولة وغير المنقولة ومن مجموع قطعان المواشي والدواجن والحقوق والبساتين والاستثمارات المنجزة وكذا القيم غير المادية بما فيها العادات المحلية".

حيث أن هذا النظام لم يسعى إلى ضم صنف جديد من الأراضي ليطبق عليه، أو تكوين حافزة عقارية جديدة لصالح الدولة، وإنما اكتفى بنفس الأصناف التي كانت موجودة من قبل، وسعى إلى تطبيق نظام قانوني جديد عليها، على أساس أن نظام الاستغلال هو سبب فشل استغلال تلك الأراضي ورفع

⁽¹⁾ بالرجوع للمادة: 08 من دفتر الشروط المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم: 11-06، المذكور سلفاً، والصادر بمقتضى القرار الوزاري المؤرخ في: 2011/03/29، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط الذي يحدد كفاءات منح حق الامتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة لصالح الهيئات العمومية، الجريدة الرسمية عدد: 34، بتاريخ: 2011/06/19، فقد ترك تحديد مدة الامتياز لأطراف العقد.

⁽²⁾ أنظر المادة: 03 من القانون رقم: 10-03.

⁽³⁾ وفقاً للفقرة 02 من المادة 04 لقانون رقم: 10-03.

الانتاج، وبالتالي فإن الحل هو تغيير ذلك النظام ومحاولة سد ثغراته ومواطن ضعفه، وهو ما سعى إليه المشرع من خلال هذا النظام.

الفرع الثاني: مفهوم الاستصلاح.

طبق هذا الأسلوب لأول مرة في الجزائر سنة 1983، من خلال القانون رقم: 83-18، المؤرخ في: 1983/08/13، يتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية⁽¹⁾ حيث عرفت المادة: 08 من القانون رقم: 83-18 الاستصلاح بأنه " كل عمل من شأنه جعل أراضي قابلة للفلاحة صالحة لاستغلال".

ومن خلال هذا التعريف نتساءل، ماهي هذه الأعمال التي من شأنها جعل الأراضي قابلة للفلاحة؟ وفي سبيل هذا ذكر المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من نفس المادة بعض هذه الأعمال على سبيل المثال لا الحصر والتي من شأنها استصلاح الأراضي وسماها أشغال، تتمثل في أشغال تعبئة المياه وتنقية الأراضي والتجهيز والسقي والتخفيض والغراسة والمحافظة على التربة قصد إخصابها وزرعها.

يلاحظ أن هذه الأشغال والتي يمكن أن نطلق عليها اسم "استثمار" يجب أن تتم بالطرق العلمية والتقنية الحديثة وتوفر لها الإمكانيات اللازمة، وهذا ما يجعل عملية الاستثمار تتطلب أموالا ضخمة يجب تيسير الحصول عليها عن طريق القروض والدعم الفلاحي،⁽²⁾ إلى جانب ضرورة تأهيل الفلاح حتى يسهل عليه القيام بهذه الأشغال بغرض تنفيذ برنامج الاستصلاح على أكمل وجه ومضاعفة الإنتاج الزراعي، ما يلاحظ هنا أن بعض هذه الأشغال تخضع لقوانين خاصة بها مثل الأشغال المتعلقة بالمياه فهي تخضع لقانون المياه.⁽³⁾

يمكن رد أسباب لجوء المشرع الجزائري إلى انتهاج آلية استصلاح الأراضي كسبب لكسب الملكية العقارية الفلاحية بموجب القانون رقم: 83-18، إلى التمهيد للتخلي عن النظام الاشتراكي المتبنى آنذاك وتبني النظام الرأسمالي والذي من مقتضياته خوصصة القطاع العام، وكذلك ضعف الإنتاج الزراعي الذي له عدة أسباب من بينها الأسباب القانونية،⁽⁴⁾ هذا إلى جانب وجود أراضي صحراوية شاسعة المساحة إذا ما قورنت

⁽¹⁾ القانون رقم: 83-18، المؤرخ في: 1983/08/13، يتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، الجريدة الرسمية عدد 34، بتاريخ: 1983/08/16.

⁽²⁾ في هذا الإطار صدر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 1985/05/26، يحدد كيفية منح قروض لتمويل عمليات استصلاح الأراضي الزراعية، الجريدة الرسمية عدد 41 بتاريخ 1985/10/02.

⁽³⁾ حيث أن حفر الآبار وتجميع المياه واستغلال المنابع تخضع لخصة مسبقة، وهذا ما جاءت به المادة: 71 من القانون رقم: 05-12 المؤرخ في: 2005/08/04، يتعلق بالمياه المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 60، بتاريخ 2005/09/04.

⁽⁴⁾ من بين الأسباب أن المشرع ومن خلال احتفاظه بملكية الرقبة للأراضي الفلاحية ومنح حق الانتفاع للفلاح، حيث اعتبر هذا الأخير نفسه أجير وبالتالي لم يعنه أمر الاستثمار في هذه الأرض وتنميتها، وهذا راجع لعقلية المجتمع الجزائري، حيث أن طبيعة البشري الحفاظ على ممتلكاته الخاصة وتنميتها أما ما هو مملوك للغير لاسيما الدولة فلا يعنيه أمر تطويرها واستثمارها وتنميتها، أنظر في ذلك عجة الجبالي، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 126.

من الأسباب القانونية أيضا في ذلك الوقت هو اعتبار الفلاح عامل مثله مثل الموظف وهذا جلي من خلال القانون رقم: 78-12 المؤرخ في: 1978/08/05، يتضمن القانون الأساسي العامل للعامل (ملغى)، الجريدة الرسمية عدد 32، بتاريخ 1978/08/08. حيث أن الدولة منحت للفلاحين أراضي في إطار مزارع التسيير الذاتي واعتبرت لهم أجراء وشركاء في هذه المزارع، أما صندوق الثورة الزراعية فمنح لهم أراضي مستصلحة ومغروسة بالإضافة إلى ذلك أجرة شهرية لتعويضهم، هذه الظاهرة أدت إلى إهمال الأرض وضعف الانتاج....

بالأراضي الفلاحية المتواجدة بشمال البلاد وهي قابلة للفلاحة إذا ما تم استصلاحها،⁽¹⁾ وقد عرفت المادة الثامنة عشر من القانون رقم: 90-25، المؤرخ في: 18/11/1990، يتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم، الأراضي الصحراوية بأنها "كل أرض تقع في منطقة تقل نسبة الأمطار فيها عن 100 ملم".

أما بالنسبة إلى مجال تطبيقه فإن القانون المتعلق بالاستصلاح والذي سمح بتملك أراض الدولة المستصلحة، لم يشمل كل أصناف الأراضي التابعة للدولة وإنما خصص أصناف محددة من الأراضي التي يطبق عليها هذا النص، مستثنيا بذلك أصناف أخرى لا تدخل ضمن مجال تطبيقه صراحة، ومن بين أهم الأصناف التي طبق عليها هذا النظام، هي الأراضي التابعة للملكية العامة والواقعة في المناطق الصحراوية.

فقد حددت المادة الرابعة من القانون رقم: 83-18 الأراضي محل الاستصلاح في هذا القانون وهي الأراضي التابعة للملكية العامة والواقعة في المناطق الصحراوية (كقاعدة عامة) والأراضي الغير مخصصة التابعة للملكية العامة واستثنى القانون صراحة كل من الأراضي التابعة لصندوق الثورة الزراعية ونظام التسيير الذاتي من الخضوع لهذا القانون،⁽²⁾ هذا وقد أضافه المادة: 28 من المرسوم رقم: 83-724،⁽³⁾ صنف آخر من الأراضي وهي الأراضي الجبلية.⁽⁴⁾

إلا أنه بموجب المنشور الوزاري المشترك رقم: 402، المؤرخ في: 08/06/2011، المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، فقد تم حصر تطبيقه في المناطق الصحراوية فقط، وأكدت على ذلك التعليمات الوزارية المشتركة رقم: 162، بتاريخ: 13/02/2013، تتعلق بإعادة تفعيل الجهاز المتعلق بالعقار الفلاحي في الولايات الصحراوية.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ كما سبق الإشارة إليه سابقا فإن الاستثمار في الأرض وخدمتها وجعلها صالحة للفلاحة من خلال المجهود البدني والأموال التي تصرف على الاستثمار تستوجب تشجيع المستثمر من خلال منحه ملكية هذه الأرض نظير مجهوده وتشجيعا له على تنمية الاقتصاد والمناطق الصحراوية خصوصا.

تشير دراسات إلى أن المجال الصحراوي يمتد فوق مساحة تفوق 79%، من المساحة الإجمالية المقدرة بـ 2.238 مليون هكتار، وهي كلها أراضي صحراوية قابلة للزراعة إذا ما تم استصلاحها، أنظر في ذلك: علوي عمار، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2006، ص 112.

⁽²⁾ نصت عليها المادة: 02 من القانون رقم: 83-18 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، وهي الأراضي التابعة لنظام التسيير الذاتي والأراضي التابعة للصندوق الوطني للثورة الزراعية، والتي أصبحت فيما بعد خاضعة للقانون رقم 87-19، المؤرخ في: 08/12/1987، المتعلق بالمستثمرات الفلاحية، وهي بصفة عامة جميع الأراضي المصنفة على أنها فلاحية أو ذات وجهة فلاحية تابعة للأموال الوطنية قبل صدور قانون الاستصلاح.

⁽³⁾ المرسوم رقم: 83-724 المؤرخ في: 10/12/1983، يحدد كليات تطبيق القانون رقم: 83-18 والمتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، الجريدة الرسمية عدد 51، بتاريخ: 13/12/1983.

⁽⁴⁾ نلاحظ هنا أن هذا المرسوم قد تعدى على قاعدة توازي الأشكال حيث أضاف صنف جديد لم ينص عليه القانون صراحة ولم يشر إليه، ومن هذا المنطلق ندعو إلى تعديل المادة 04 من القانون رقم: 83-18، بحيث تسمح بإضافة أصناف جديدة أو تعديل الموجودة عن طريق مرسوم، لكي لا يكون لدينا تضارب في النصوص مما يترتب عليه احتواء مرسوم والذي من المفروض أنه جاء ليفسر ويوضح كيفية تطبيق نص قانون فإذا به يأتينا بأحكام جديدة لم ترد في النص الأصلي الذي جاء أساسا لبيان كيفية تطبيقه لا غير، كما هو واقع في قضية الحال.

⁽⁵⁾ حددتها التعليمات بعشر ولايات هي: أدرار؛ الأغواط؛ بسكرة؛ بشار؛ تمنراست؛ ورقلة؛ إيليزي، تندوف؛ الوادي؛ غرداية.

بقي أن نشير في الأخير إلى أن هذا القانون (83-18)، جمد العمل به بعد صدور قانون التوجيه الفلاحي رقم: 08-16، بموجب مراسلة وجهها المدير العام للأموال الوطنية،⁽¹⁾ ثم أعيد العمل به مرة أخرى بموجب المنشور الوزاري المشترك رقم: 402، بتاريخ: 2011/06/08، المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية وطمأنينة المستغلين على ملكياتهم العقارية.

إن قانون الاستصلاح رقم: 83-18، لم يكن الوحيد في هذا المجال بل تبعته نصوص أخرى على رأسها المرسوم التنفيذي رقم: 97-483، الذي اعتمد لأول مرة فكرة المزاوجة بين أسلوب الاستصلاح والامتياز، حيث عمد المشرع من خلال هذا المرسوم إلى اعتماد آلية جديدة في مجال الاستصلاح والتنازل عن الملكية العقارية التابعة للدولة، تتمثل في الامتياز الذي يمكن أن يتحول إلى تنازل عن الملكية لصالح المستفيد، عكس قانون الاستصلاح لسنة 1983، الذي منح حق الملكية مباشرة للمترشح للاستثمار، بينما نجد أن مرسوم 1997 يمنح في البداية للمترشح حق امتياز على الأرض لمدة محددة من أجل إنجاز برنامج استصلاح، فإذا تم إنجاز الاستصلاح وفق البرنامج يمكن للدولة أن تتنازل عن ملكية الأرض لهذا المستثمر.

كان هذا النص تداركا من المشرع للأخطاء التي وقع فيها من قبل، ويرجع الأمر أيضا من جهة أخرى لطبيعة المستفيدين من المرسوم الجديد، فباستقراء نصوص قانون المالية التي وضعت الإطار التشريعي لهذا النمط أو بالنظر لمواد المرسوم التنفيذي المبين لكيفية تطبيق هذا الإطار، يتبين لنا بأنه يحق حتى للأجانب الاستفادة من عقد الامتياز هذا، لأن المشرع ومن بين الذين سمح لهم بالاستفادة من هذا النظام الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص ولم يحدد فيما إذا كان مشروط فيهم الجنسية الجزائرية، وبما أنه لم يستثنى الأجانب صراحة فإن لهم الحق في الاستفادة من نظام الامتياز هذا.

يعتبر المرسوم التنفيذي رقم: 97-483، بمثابة بداية تبلور فكرة الامتياز ومرحلة انتقالية في مجال تسيير العقار الفلاحي، وبذلك فإن هذا المرسوم يقوم على فكرة التزاوج بين الاستصلاح والامتياز معا، وقد عرفت المادة: 02 من المرسوم التنفيذي رقم: 97-483 الاستصلاح،⁽²⁾ وحددت المادة: 03 من نفس المرسوم مدى مساهمة الدولة في هذا الاستصلاح وذلك بالتكفل الكلي أو الجزئي بالنفقات الرامية إلى: جلب المياه، التزويد بالطاقة الكهربائية، شق طرق العبور (المسالك الفلاحية)، وإنجاز مجموع الأعمال الضرورية لاستعمال الأملاك العقارية المعنية بالاستصلاح استعمالا عقلانيا وأمثل، كما عرفت المادة: 02 من دفتر

⁽¹⁾ مراسلة المدير العام للأموال الوطنية الموجهة إلى المدراء الولائيين لأموال الدولة على مستوى الوطن رقم: 07322، بتاريخ: 2009/06/09. تتعلق ب: حيازة الملكية العقارية الفلاحية عن طريق الاستصلاح والامتياز الفلاحي في الأراضي المستصلحة، جاء في محتواها ما يلي: "أما فيما يخص قطع الأراضي التي هي موضوع منح بعد صدور القانون رقم: 08-16 السالف الذكر، فإنه يتعين عليكم تجميد دراستها والاعتراض على أي عملية منح إلى غاية صدور النص التطبيقي للمادة: 18 من هذا القانون".

⁽²⁾ نصت المادة: 02 من المرسوم التنفيذي رقم: 97-483، بأنه: "يقصد بالاستصلاح كل عمليات الاستثمار الرامية إلى جعل طاقات الأملاك العقارية منتجة وإلى تهيئتها".

الشروط النموذجي المرفق بالمرسوم التنفيذي المقصود بالامتياز، وهو حق انتفاع لمدة محددة على أرض تابعة للأموال الوطنية الخاصة.⁽¹⁾

أما عن مجال تطبيق هذا النص فيها كما حددتها المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم: 97-483، والمادة: 02 و 03 من دفتر الشروط المرفق بالمرسوم التنفيذي 97-483، تشمل كل الأراضي تابعة للأموال الوطنية الخاصة الواقعة في المناطق الصحراوية والجبلية والسهبية، والتي تكون مضبوطة الحدود بموجب قرار وزاري مشترك بين الوزراء المكلفين بالفلاحة والمالية والري، أي أن تكون داخل محيط محدد سلفا بموجب قرار وزاري مشترك،⁽²⁾ حيث يحدد هذا القرار إحداثيات المحيط الذي تقع به المساحة الاستصلاحية، كما يذكر فيه مساحة الأرض بالهكتار.

لقد تم إلغاء هذا الأسلوب ضمنا بمجرد صدور قانون التوجيه الفلاحي والنصوص التنظيمية المتعلقة به لا سيما المادة: 18 منه، وعوض بداية بالمشور الوزاري المشترك رقم: 108، المؤرخ في: 2011/02/23، المتعلق بإنشاء مستثمرات جديدة للفلاحة وتربية الحيوانات، ثم بالمشور الوزاري رقم: 1839، المؤرخ في: 2017/12/14، يتضمن الاستفادة من العقار الفلاحي التابع للأموال الخاصة للدولة والمخصص للاستثمار في إطار استصلاح الأراضي عن طريق الامتياز،⁽³⁾ يعاب على المشرع في هذا المجال أنه ألغى نظام كان منصوص عليه في مرسوم تنفيذي ليتم تعويضه بنظام منصوص عليه في منشور وزاري مشترك، حيث كان من الأفضل أن يتم تحويل هذه المناشير إلى مراسيم تنفيذية ليكون لها قوة وانتشار أكبر بنشرها في الجريدة الرسمية وتوفير ضمانات أكثر للمستثمرين في هذا المجال.

⁽¹⁾ نصت المادة الثانية من دفتر الشروط المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم: 97-483 بـ "الامتياز في مفهوم الأحكام القانونية المشار إليها أعلاه، هو تصرف تمنح الدولة بموجبه ولمدة معينة، حق الانتفاع بأرض متوفرة تابعة لأموالها الوطنية الخاصة، لكل شخص طبيعي أو معنوي في إطار الاستصلاح في المناطق الصحراوية والجبلية والسهبية".

⁽²⁾ مثالا عن ذلك القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 2006/05/22، يتضمن ضبط حدود مساحة استصلاح الأراضي الفلاحية بشوشة في ولاية الوادي، الجريدة الرسمية عدد 37، بتاريخ: 2007/06/07.

⁽³⁾ هذا ما أكدت عليه التعليمات الوزارية المشتركة رقم: 162، بتاريخ: 2013/02/13، المتضمنة إعادة تفعيل الجهاز المتعلق بالعقار الفلاحي في الولايات الصحراوية، حيث جاء فيها أنه يتم استغلال المحيطات المنشأة من طرف العامة للامتيازات الفلاحية والتي كان مقرر الاستفادة منها في إطار المرسوم التنفيذي رقم: 97-483، ليتم استغلالها في إطار المنشور الوزاري المشترك رقم: 108، لسنة 2011 المذكور أعلاه، حيث تتم تسوية حالات المستثمرين الذين استفادوا في ظل النظام السابق (97-483) ويحوزون على وثيقة رسمية (عقد امتياز، دفتر شروط، محضر اجتماع اللجنة الولائية)، إذ يتعين على هؤلاء أن يتوجهوا للديوان الوطني للأراضي الفلاحية من أجل إعداد عقد امتياز في ظل المنشور الجديد، أما بالنسبة للأراضي المتوفرة على مستوى تلك المحيطات فيتم منحها في ظل نفس المنشور.

ثم جاء المنشور الوزاري المشترك رقم: 750، بتاريخ: 2018/07/18، يتعلق بتطهير العقار الفلاحي، ليعزز 03 حالات تتعلق بالمحيطات المنشأة بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 97-483، - الحالة الأولى: هي التي تم فيها تنصيب أصحاب الامتياز في ظل النظام القديم، حيث يرسل مدير المصالح الفلاحية قائمة بأسماء أصحاب الامتياز المنصبين بعد مصادقة الوالي إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، الذي يستدعي هؤلاء لإتمام ملفاتهم وتوقيع دفتر الشروط ومن ثم إعداد عقد امتياز في إطار المنشور الوزاري المشترك رقم: 1839 المذكور أعلاه. الحالة الثانية: وهي حالة المحيطات التي تم الانتهاء من تهيئتها بدون منح، حيث يتم تخصيصها للمستثمرين المحددين في المنشور الوزاري المشترك رقم: 1839 المذكور أعلاه.

الحالة الثالثة: وهي حالة المحيطات غير المهيئة كليا، تخصص بدورها للمنح في إطار المنشور الوزاري المشترك رقم: 1839 المذكور أعلاه، لكن في هذه الحالة بالذات تكون إعادة تهيئة هذه المحيطات على عاتق المستفيدين الجدد.

المطلب الثاني: أسلوب الاستصلاح عن طريق الامتياز من خلال المنشور الوزاري المشترك رقم 1839.

لم يأتي هذا المنشور بفكرة جديدة فقد سبق للمشرع اعتماد هذا الأسلوب من قبل كما سبق وأشرنا إلى ذلك، حيث كان الغرض من هذا النص هو تحسين النظام القانوني في هذا المجال وسد ثغراته لجعله أكثر جذبا للاستثمار والتقليل من المشاكل في هذا الجانب وإيجاد حل للصعوبات المطروحة على هذا الصعيد، فهل وفق في ذلك؟.

مجال تطبيق هذا النظام، هو الأراضي تابعة للأملاك الخاصة للدولة والتي ليس لها الطابع فلاحي أو ذات وجهة فلاحية،⁽¹⁾ لكن يمكن أن تصبح كذلك إذا تم استصلاحها، وأول خطوة في هذا الإطار هي إنشاء محيط⁽²⁾ لاستيعاب أنواع الاستثمار المقررة في هذا المنشور، ولتسهيل التعامل مع هذا النوع من العقار الفلاحي قسمه المشرع إلى صنفين، يتعلق كل صنف بنوع الاستثمار المنجز عليه بما يتوافق مع خصوصية كل صنف الأطراف الموجه لها، فالصنف الأول يتعلق بالأراضي التي يمكن أن يقام عليها مشاريع الفلاحية المصغرة، نتناولها في (الفرع الأول)، أما الصنف الثاني فيتعلق بالأراضي التي يمكن أن تقام عليها المشاريع الاستثمارية الفلاحية الأكبر حجما (المتوسطة والكبيرة)، نتطرق لها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المشاريع الفلاحية المصغرة.

نتناول فيما يلي المقصود بالمشاريع الفلاحية المصغرة، وشروط الاستفادة منها وإجراءات ذلك.

أولا: المقصود بالمشاريع الفلاحية المصغرة وشروط الاستفادة منها.

يقصد بالمشاريع الفلاحية المصغرة، كل مشروع فلاحي ينجز في قطعة أرضية لا تتعدى مساحتها 20 هكتارا (أرض قابلة للاستصلاح)، يهدف إلى تطوير زراعة البقوليات و/أو الأشجار المثمرة أو كل النشاطات التي يكون مردودها فوريا أو على المدى القصير، وأن تكون متوسطة تكلفته لا تتجاوز 10 مليون دينار جزائري. أما عن شروط الاستفادة من هذا النظام، فلم يحدد المنشور شروط معينة، لكن يمكن أن نستشفها، وهي أن يكون شخص طبيعي أو معنوي،⁽³⁾ يمارس نشاط فلاحي أو له قدرات علمية وتقنية في هذا المجال، حيث تمنح الأولوية للفلاحين والمربين وأبنائهم الذين يعملون في مجال الفلاحية، وكذا الراغبين في الاستثمار

(1) لم يشر المنشور الوزاري المشترك رقم: 1839 المذكور أعلاه، لمناطق معينة في الوطن يمكن أن يطبق عليها هذا النظام على غرار بعض الأنظمة الأخرى، وهو ما يفيد أنه يمكن أن يطبق على أي منطقة في الجزائر تتوفر فيها شروط تطبيقه.

(2) يتم تحديد المحيطات الفلاحية المعنية بهذا النظام وفقا للمنشور الوزاري المشترك رقم: 1839، المذكور أعلاه، عن طريق اتفاق بين المدير الولائي للأراضي الفلاحية ورئيس المجلس الشعبي البلدي لمكان إنشاء المحيط، بعد التأكد من وفرة الموارد المائية اللازمة للاستثمار الفلاحي، يعرض مدير المصالح الفلاحية المحيطات المراد إنشاؤها على لجنة تنشيط وتوجيه الاستثمار الفلاحي للولاية برئاسة الوالي من أجل المصادقة عليها، ليتم بعد ذلك إنشاء المحيط رسميا بقرار ولائي. بعد ذلك تقرر لجنة التنشيط المذكورة أعلاه وجهة هذا المحيط، وذلك حسب الامكانيات العقارية المتاحة (مساحة المحيط) وكذا النظرة الاقتصادية للولاية (أي تحديد تخصيص المحيط للاستثمارات المتوسطة والكبيرة أو المشاريع المصغرة، كما يمكن للوالي تقسيم المحيط للغرضين معا).

(3) بالرجوع إلى ملف إعداد الامتياز نستنتج أنه يمكن للشخص المعنوي الاستفادة من هذا النظام، لكن يرجح أن يكون في شكل جمعية أو تعاونية، ولم يحدد المشرع مدى اشتراط الجنسية الجزائرية من عدمه.

الفلاحي المقيمين في مكان تواجد المحيط أصحاب التأهيل أو التكوين ذو علاقة بالفلاحة وتربية الحيوانات، وكذا متخرجي الجامعة أو التكوين المهني في مجال الفلاحة.

ثانياً: إجراءات الاستفادة من المشاريع الفلاحية المصغرة وأثار ذلك.

يتم في البداية فتح المجال استلام ملفات المترشحين للاستفادة في إطار المحيط المنشأ، يحدد الوالي المختص اقليمياً دورية استلام الملفات، حيث تودع الملفات على مستوى المجلس الشعبي البلدي من طرف كل راغب في الاستفادة، يتضمن الملف طلب مدعماً بدراسة أولية ينجزها مكتب دراسات متخصص، تتم دراسة هذه الملفات من طرف لجنة يرأسها رئيس الدائرة، حيث ترسل مداوالت لجان الدائرة إلى الوالي من أجل المصادقة عليها، بناء على المداوالت المصادق عليها، تعد لجنة الدائرة مقررات تأهيل الاستفادة من الامتياز وتبلغها للمعنيين بعد توقيعها من طرف الوالي في أجل شهر واحد من تاريخ المصادقة على مداوالت اللجنة.

يتم بعد ذلك ترسيم الامتياز من خلال توقيع المستفيدين على دفتر الشروط المتعلق بالامتياز لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، لترسل بعد ذلك إلى مصالح أملاك الدولة قصد إعداد عقود الامتياز⁽¹⁾ في أجل لا يتعدى 15 يوم (أجل إرسال الملف إلى أملاك الدولة) من تاريخ التوقيع على دفتر الشروط، (هذه المرحلة مشابهة لإجراءات الاستفادة من الامتياز في إطار القانون رقم: 03-10، الذي سبق التطرق له في هذه المحاضرة)، حيث تقوم مصالح أملاك الدولة بإعداد العقد وتسجيله وشهره وتسليمه للديوان في أجل لا يتعدى 45 يوماً من تاريخ استلام الملف من الديوان.

يمنح هذا النظام العديد من المزايا منها تحمل الدولة على عاتقها الأعمال الهيكلية، كما يمكن للجماعات المحلية أن تقوم بتجهيز المحيطات المعنية بالمضخات التي تساعد على توفير الموارد المائية لها، بالإضافة إلى الحصول على كل المزايا الموجهة لإنشاء المؤسسات المصغرة والتي توفرها مختلف الوكالات والصناديق المنشأة لهذا الغرض.⁽²⁾

يمكن أن يأخذ المشروع الفلاحي المتضمن الاستصلاح عن طريق الامتياز تجمع لعدد من حاملي المشاريع المصغرة منتظمين في شكل جمعية أو تعاونية، حيث تمنحهم اللجنة الولائية لتنشيط وتوجيه الاستثمار الفلاحي مساحة كافية ضمن المحيط المنشأ، حيث يمنح هذا الاختيار مزايا عديدة مثل: - الاستفادة من المنافع المشتركة (مسالك ريفية، تجهيزات ري مشتركة مثل آبار وقنوات السقي ...)؛ - تسهيل تسويق الانتاج الفلاحي؛ - الاستفادة من إمكانيات الحصول على التمويلات البنكية بغرض الاستغلال؛ - الاستفادة من المزايا الجبائية المعمول بها.

نشير في الأخير أن النظام السابق المنشأ بموجب المنشور الوزاري رقم: 108، لسنة 2011، المذكور سالفاً كان يمنح لهذه المستثمرات مزايا أخرى مثل عدم دفع الاتاوة السنوية لمدة 10 سنوات من تاريخ انشاء المستثمرة، بينما لم يتم النص على ذلك في المنشور الوزاري المشترك رقم: 1839 لسنة 2017.

⁽¹⁾ لإعداد العقد يرسل المدير الولائي للديوان ملف إلى مصالح أملاك الدولة يتضمن: - نسخة من مقرر التأهيل للاستفادة من الامتياز؛ - نسخة من بطاقة التعريف الوطنية للمستفيد؛ - بطاقة شخصية للحالة المدنية بالنسبة للشخص الطبيعي أو نسخة من القانون الأساسي بالنسبة للشخص المعنوي؛ - تصميم طبوغرافي للقطعة موضوع المنح أو وثيقة المسح إذا كانت القطعة تقع في بلدية ممسوحة.

⁽²⁾ لا سيما الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب والصندوق الوطني للتأمين عن البطالة والوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر.

الفرع الثاني: مشاريع الاستثمار الفلاحي الأخرى.

وهو الصنف الثاني المنصوص عليه في المنشور الوزاري المشترك رقم: 1839 المذكور سابقا، حيث نتناول فيما يلي المقصود بمشاريع الاستثمار الفلاحي الأخرى، وشروط الاستفادة منها وإجراءات ذلك. أولاً: المقصود بمشاريع الاستثمار الفلاحي الأخرى وشروط الاستفادة منها.

يقصد بمشاريع الاستثمار الفلاحي الأخرى، المشاريع الموجهة لتنمية الفروع الاستراتيجية، ومشاريع الاستثمار الهيكلية التي تكون المساحات المطلوبة بشأنها هامة، وكذا كل المشاريع التي تتوفر على دراسة ومخططات للاستثمار تتضمنان على وجه الخصوص إنجاز الأعمال الهيكلية وتتخذ هذه الدراسات كمعايير لاختيار المستثمرين، وكذا كل المشاريع التي تتسم بطابع الابتكار وذات أهمية وطنية يمكن أن تنجز بصفة فردية أو بالشراكة الوطنية أو الأجنبية.

لم يحدد المنشور الوزاري المشترك شروط محددة للاستفادة لا سيما فيما يتعلق بشخص المستفيد، لكن من خلال الأحكام يمكن أن نستنتج أنها تشمل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الذين يمتلكون إمكانات مهمة لتجسيد هذه المشاريع التي تتسم بالضخامة والأهمية وتتطلب مساحات كبرى لتنفيذها. ثانياً: إجراءات الاستفادة من مشاريع الاستثمار الفلاحي الأخرى وأثار ذلك.

يتم في البداية فتح المجال استلام ملفات المترشحين للاستفادة في إطار المحيط المنشأ والمخصص لمثل هذه المشاريع، يحدد الوالي المختص اقليمياً دورية استلام الملفات، حيث تودع الملفات على مستوى مديرية المصالح الفلاحية، يقوم مدير الفلاحية بدراسة الملف بالتشاور مع المديريات الولائية والهيئات المعنية مباشرة بالمشروع عند الاقتضاء،⁽¹⁾ بعد ذلك يرسل مدير الفلاحة الملف إلى الوالي لدراسته على مستوى لجنة تنشيط وتوجيه الاستثمار الفلاحي،⁽²⁾ مع أخذ بعين الاعتبار عن اختيار المترشحين للاستفادة في المحيط القدرات التقنية والمالية للمرشحين.

تتوج عملية اختيار المرشحين بعد ترسيمها بمداولة للجنة المذكورة أعلاه، بإعداد مقررات التأهيل للاستفادة من الامتياز، لتبلغ للمستفيدين عن طريق مديرية الفلاحة في أجل شهر من تاريخ مصادقة الوالي و/أو موافقة الوزير المكلف بالفلاحة عند الاقتضاء،⁽³⁾ ليتم بعد ذلك ترسيم الامتياز بعد تحديد المساحة

(1) وفقاً لذات المنشور تتمثل في: الوكالة الوطنية للموارد المائية والشركة الوطنية للكهرباء والغاز...

(2) هذه اللجنة التي يرأسها الوالي ويتولى أمانتها مدير المصالح الفلاحية تتكون من: - مدير الفلاحة؛ - مدير الغابات؛ - مدير الصيد البحري؛ - مدير الموارد المائية؛ - مدير البيئة؛ - مدير أملاك الدولة؛ - مدير الطاقة؛ ممثل الوكالة الوطنية للموارد المائية؛ والمدير الولائي للديوان الوطني للأراضي الفلاحية؛ وممثل شركة الكهرباء والغاز؛ وبصفة استشارية ممثل بنك الفلاحة والتنمية الريفية. تجتمع هذه اللجنة مرة في الشهر على الأقل وكلما دعت الضرورة إلى ذلك، كما أن بإمكانها الاستعانة بكل شخص أو هيئة من شأنها مساعدتها في أشغالها.

(3) يكون ذلك في حالة تجاوز مساحة المشروع المساحة المحددة في المادة: 23 من المرسوم التنفيذي رقم: 10-326، وهي 10 أضعاف المساحة المرجعية للمستثمرة الفلاحية المحددة في المرسوم التنفيذي رقم: 97-490 المذكور سابقا، وهي أن وفي هذه الحالة ينبغي أن يتضمن الملف المرسل للوزير الرأي الدقيق للسلطة المحلية من أجل التثبيت، كما يمكن إيداع ملف الاستفادة مباشرة لدى الوزير المكلف بالفلاحة، عندما يتعلق الأمر بملف الاستثمار الهيكلي والمندمج الذي يتسم بطابع الخصوصية والابتكار ويرغب في إنجازها مستثمرون وطنيون أو في إطار الشراكة وطنية - أجنبية، في هذه الحالة يقوم الوزير المكلف بالفلاحة بتحديد دورية استقبال الملفات، كما أن له أجل شهر واحد من أجل إرسال الملف

الممنوحة للمستفيد، بعد توقيع هذا الأخير لدفتر الشروط الخاص بالامتياز على مستوى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، لترسل بعد ذلك إلى مصالح أملاك الدولة قصد إعداد عقود الامتياز⁽¹⁾ في أجل لا يتعدى 15 يوم (أجل إرسال الملف إلى أملاك الدولة) من تاريخ التوقيع على دفتر الشروط، (هذه المرحلة مشابهة لإجراءات الاستفادة من الامتياز في إطار القانون رقم: 03-10، الذي سبق التطرق له في هذه المحاضرة)، حيث تقوم مصالح أملاك الدولة بإعداد العقد وتسجيله وشهره وتسليمه للديوان في أجل لا يتعدى 45 يوما من تاريخ استلام الملف من الديوان.

بمجرد إعداد مقرر التأهيل للاستفادة يجب على المستفيد أن يقيم في مكان المشروع ويشعر في الأشغال المتفق عليها، لا سيما بتمويله الخاص الملتزم به عند الاقتضاء كمساهمة شخصية، بالإضافة إلى ذلك يمكنه الحصول على قرض بنكي بناء على مقرر الاستفادة فقط،⁽²⁾ يضاف إلى المساهمة الشخصية، تتولى متابعة هذه المشاريع لجنة متابعة منشأة بموجب مقرر من الوالي،⁽³⁾ تقوم بعمليات مراقبة شهرية حول ظروف المشروع لا سيما في فترة الاستصلاح وبداية الاستغلال، كما تقوم بالتأكد من مدى مطابقة النشاطات المقامة لبنود دفتر الشروط، وتقوم بإعداد محاضر معاينة وحالة تقدم الأشغال.⁽⁴⁾

أما عن المزايا فإن المستفيدين من هذه المشاريع لهم الحق في كل مزايا الاستثمار التي يمنحها التشريع والتنظيم المعمول به في هذا المجال بدون استثناء، لا سيما السماح بالشراكة الأجنبية وحسننا فعل المشرع من أجل تشجيع استصلاح الأراضي الشاسعة لا سيما في المناطق الصحراوية التي تتوفر على امكانيات عالية لا سيما في مجال الموارد المائية، لكن رغم ذلك فإن هذا النظام لم يحقق النتائج المرجوة منه.⁽⁵⁾ يترتب عن أي إخلال بالالتزامات المنصوص عليها في دفتر الشروط الفسخ الإداري لعقد الامتياز وفق نفس الشروط والإجراءات والآثار المنصوص عليها في نظام الامتياز المنصوص عليه في القانون رقم: 03-10، وهذا الامر يتعلق بكل الصنفين (المشاريع الفلاحية المصغرة ومشاريع الاستثمار الفلاحي الأخرى).

بعد ابداء الرأي فيها إلى الوالي الذي يقع في مجال اختصاصه المشروع قصد المصادقة عليه من طرف لجنة الولاية وإعداد مقررات التأهيل للاستفادة.

الملاحظ حول هذا المنشور استخدام مصطلحات اقتصادية بحثة مثل (مشروع هيكلي ومندمج ...) لذا كان ينبغي على المشرع شرح المقصود بهذه المصطلحات لغير الاقتصاديين، لا سيما في حالة حدوث نزاع وطرحه أمام القضاء.

⁽¹⁾ لم يحدد المنشور مكونات الملف المرسل لمصالح أملاك الدولة من أجل إعداد عقد الامتياز، لكن يرجح أنه نفس الملف المذكور في الصنف الآخر الذي تم التطرق له من قبل.

⁽²⁾ حيث يدرس البنك الملف ويفصل في قبوله من عدمه، فإذا كان رأي البنك إيجابيا يسلم للمستفيد وثيقة تبين مبلغ القرض الممنوح والذي يمكن أن يسمح بتحديد المساحة الواجب منحها، أي يمكن منح كل المساحة المطلوبة أو جزء منها فقط بناء على القدرات المالية المتوفرة للمستفيد.

⁽³⁾ تتكون هذه اللجنة من ممثلين مؤهلين عن مديرية المصالح الفلاحية والمديرية الولائية للديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

⁽⁴⁾ يتعين على المستثمر المستفيد أن يقدم مساهمته لأعوان المراقبة بأن يسهل عملهم ويزودهم بكل المعلومات والوثائق المطلوبة.

⁽⁵⁾ اعترف المشرع بذلك من خلال المنشور الوزاري المشترك رقم: 750، المؤرخ في: 2018/07/18، المتعلق بتطهير العقار الفلاحي، حيث جاء في هذا المنشور أن الحصائل التي تم إعدادها تبقى غير مرضية لا سيما في مجال إطلاق مشاريع جديدة بدون التمييز لفئة المستفيدين (المشاريع الفلاحية المصغرة، ومشاريع الاستثمار الفلاحي الأخرى).

خاتمة:

حاول المشرع من خلال هذا النص إيجاد آليات وصيغ جديدة لجذب الاستثمار الفلاحي بما ينعكس على التنمية المحلية بمختلف جوانبها، وكذا لتفادي وتذليل الصعوبات والمعوقات التي سبق طرحها في هذا المجال ومحاولة إيجاد مكنزمات للنهوض بالقطاع الفلاحي في الجزائر لكن يعاب على المشرع في هذا المجال أنه ألغى نظام كان منصوص عليه في مرسوم تنفيذي ليتم تعويضه بنظام منصوص عليه في منشور وزاري مشترك، بينما كان من الأفضل النص عليه بموجب مرسوم تنفيذي على الأقل، لضمان انتشاره وتطبيقه على أوسع نطاق ممكن، وليعرف كل طرف معني بهذا المجال حقوقه والتزاماته ويضمن الوفاء بها.

العقار السياحي في ظل القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار.



د. حويذق عثمان، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)
ط.د/ خليفة الذهبي، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، (الجزائر)

مقدمة

إن إعادة النظر في الأولويات الاقتصادية ومحاولة إيجاد بدائل ناجعة للتنمية يقتضي ضرورة استغلال كل الثروات التي تمتلكها الدولة الجزائرية والتي من أبرزها العقار الموجه إلى الاستثمار ومن أهم الثروات التي تزخر بها بلادنا العقار السياحي الذي يعتبر من بين العقارات الاقتصادية التي تتطلبها عملية الاستثمار والذي لم تهتم به الجزائر رغم دوره البارز في جلب رؤوس الأموال ولم يكن في الماضي ضمن اهتمامات السياسة الاقتصادية للبلاد.

إلا أنه ومنذ سنة 2003 اهتم المشرع الجزائري بضرورة إعادة النظر في هذه المسألة بإصدار عدة نصوص قانونية لإنجاح العمل السياحي في الجزائر من خلال الاهتمام بالعقار السياحي وطرق اقتنائه واستغلاله وتشجيع المتعاملين في هذا القطاع الإستراتيجي الذي له الدور الهام في النهوض بالاقتصاد الوطني لا سيما وأن الجزائر تمتلك وعاءاً سياحياً واسعاً بدون استغلال.

لذلك صدرت عدة قوانين في هذا المجال منها القانون 09/16 المؤرخ في: 03/08/2016 المتعلق بترقية الاستثمار.

لذلك سنسلط الضوء على هذا الموضوع من خلال طرح الإشكالية التالية : ما مدى نجاعة النظام القانوني الذي وضعه المشرع الجزائري للعقار السياحي كبديل في مجال الإستثمار في تحقيق النهوض بالإقتصاد الوطني ؟

ولتذليل هذه الإشكالية ارتأينا طرح التساؤلات الفرعية التالية :

- ما مفهوم العقار السياحي؟
- كيفية إستغلاله؟
- وسائل حمايته؟

وللإجابة على هذه الإشكالية والأسئلة الفرعية نقترح تقسيم الدراسة إلى مبحثين نتعرض في المبحث الأول الإطار المفاهيمي للعقار السياحي من تعريف وخصائص ومكونات ثم نخصص المبحث الثاني لكيفية وطرق استغلال هذا النوع من العقارات طبقاً للقوانين الحديثة التي جاء بها المشرع الجزائري.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للعقار السياحي

نتعرض في المبحث الأول إلى مفهوم العقار السياحي بصفة عامة من حيث التعريف اللغوي والاصطلاحي وكذا الخصائص التي يتميز بها هذا النوع من العقارات إضافة إلى مكوناته ومقوماته وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم العقار السياحي

يعتبر العقار ميداناً خصباً لاستقبال الاستثمار وخاصة السياحي منه لذلك اهتم المشرع الجزائري منذ الاستقلال بإصدار عدة نصوص قانونية في هذا الإطار وسنحاول أن نسلط الضوء على تعريفه وبيان مكوناته ثم تحديد طبيعته القانونية.

الفرع الأول: تعريف العقار السياحي

العقار السياحي عبارة مركبة من مصطلحين الأول هو العقار الذي عرفه القانون بأنه كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف¹.

أما المصطلح الثاني السياحة والتي تعني انتقال الأفراد بطريقة شرعية إلى أماكن غير موطن إقامتهم الدائمة لفترة معينة لأي قصد كان وما يترتب عنه من آثار اقتصادية واجتماعية وثقافية وحضارية وإعلامية وغيرها.

من خلال ما سبق يمكن تعريف العقار السياحي بأنه كل ما هو ثابت في مجال السياحة والفنادق والمركبات السياحية والحمامات الاستشفائية والقرى السياحية المنجزة في إطار الاستثمار السياحي أي أنه كل منطقة أو امتداد من الإقليم يتميز بصفات أو بخصوصيات طبيعية وثقافية وبشرية مناسبة للسياحة ومؤهلة لإقامة أو تنمية منشأة سياحية².

إن المشرع الجزائري أورد مصطلح العقار السياحي في المادة (20) من القانون 03/03³ المتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية المعدل والمتمم والتي نصت على ما يلي : يتشكل العقار السياحي القابل للبناء من الأراضي المحدد لهذا الغرض في مخطط التهيئة السياحية ويضم الأراضي التابعة للأماكن العمومية والخاصة وتلك التابعة للخواص.

باستقراءنا للمادة (20) المذكورة أعلاه نلاحظ بأن المشرع لم يقم بتعريف العقار الصناعي بل تطرق إلى مكوناته وسلط الضوء على العقار القابل للبناء دون التطرق إلى العقار السياحي غير المبني كالشواطئ والمناطق الأثرية والطبيعية التي تعتبر أيضاً من مكونات العقار السياحي فضلاً عن ما تقدم من عقارات سياحية.

¹ - يراجع في ذلك نص المادة 683 من الأمر 58/75 المؤرخ في : 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المنشور بالجريدة الرسمية عدد 78 المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في : 13/05/2007 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 01 لسنة 2007.

² - هنية شريف مقال بعنوان الإتفاق الودي كآلية من آليات إقتناء العقار السياحي، منشور بمجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية المجلد 8 العدد 04 لسنة 2019.

³ - القانون 03/03 المؤرخ في : 17/02/2003، المتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 11 المعدل والمتمم بالقانون 11/17 المؤرخ في : 21/12/2017 المتضمن قانون المالية لسنة 2018 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 76 لسنة 2017.

الفرع الثاني: خصائص العقار السياحي

تعتبر الجزائر من الدول الغنية بالموارد السياحية وهذا راجع لتنوع الموارد الطبيعية والثقافية التي تمتلكها الجزائر التي لها أثر في جذب السياح ومن بين الخصائص التي يتميز بها العقار السياحي بالجزائر ما يلي:

أولا/ المقومات الطبيعية :

تعتبر المقومات الطبيعية من أهم عوامل جذب السياح لأن ما يزره به العقار السياحي من تراث كالموقع الجغرافي والمناخ والشواطئ والغطاء النباتي كل ذلك يعطي للإقليم لمسة جمالية تشجع السياحة وسنفضل في هذه المقومات كما يلي:

01- الموقع : الموقع الجغرافي عنصراً أساسياً لجذب السياح لأنه يساهم بشكل مباشر في تطوير السياحة ويعتبر الإطار الجغرافي للمنطقة السياحية وما تحتويه من صفات طبيعية واجتماعية واقتصادية فالجزائر تقع شمال القارة الإفريقية وهي تتوسط بلدان المغرب العربي الكبير بمساحة جد شاسعة وتضاريس متنوعة تؤهلها لتكون منطقة سياحية بامتياز¹.

02- المناخ : إن المناخ من العناصر الأساسية والمقومات الطبيعية التي يتركز عليها النشاط السياحي فكلما كان المناخ جيداً كلما استقطب أكثر عدد من السياح فالجزائر تزخر بعدة مناخات نظراً لشساعة رقعتها الجغرافية كونها تتميز بمناخ متوسطي من الساحل الممتد من الشرق إلى الغرب ودرجة حرارة متوسطة من شهر أكتوبر إلى أبريل وقد يكون الجو حاراً ورطباً في الصيف كما يتميز بمناخ شبه قاري في مناطق الهضاب العليا يتميز بالبرد الطويل أما في الصيف يكون جاف بحرارة قد تصل 30 درجة في منطقة الصحراء يكون المناخ حار من شهر ماي إلى سبتمبر والشتاء يكون بمناخ متوسطي ودافئ وهذا ما يشجع السياح للتنقل طيلة السنة على هذه الرقعة الجغرافية الواسعة².

إضافة إلى المناخ والموقع تتميز الجزائر بشاطئ طوله 1200 كلم ومناطق جبلية جد رائعة تحتوي على الغابات والطيور النادرة والينابيع المائية العذبة وغيرها من المحطات المعدنية والعلاجية والمناطق الصحراوية الكبرى.

ثانيا/ المقومات غير الطبيعية :

هي كل المقومات غير الطبيعية كالمعالم الاصطناعية المقامة والمهياة لاستقبال السياح كالمدين والقرى السياحية والفنادق والمطاعم والمساجد والجزائر لديها العديد من المعالم المصنفة من طرف منظمة اليونسكو، كتمقاد، وتيبازة، وجميلة، والطاسيلي وغيرها³.

¹ - محيد حميد، مقال بعنوان حماية العقار السياحي في التشريع الجزائري، منشور بمجلة الإجهاد للدراسات القانونية والإقتصادية المجلد 07 العدد 05 لسنة 2018.

² - صفاء بن موسى النظام القانوني للعقار السياحي في التشريع الجزائري مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق والعلوم السياسية جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي 2018/2019 ص 10.

³ - نفس المرجع، ص 11.

الفرع الثالث: الأصناف القانونية لملكية العقار السياحي

يتشكل العقار السياحي من الأراضي التابعة للأماكن الوطنية العمومية أو الخاصة وقد يكون تابع للخواص.

فتجد بأن العقار السياحي المحدد طبقاً لمخطط التهيئة السياحية كمناطق التوسع السياحي أو المواقع السياحية التي تم تصنيفها ضمن الأماكن الوطنية العامة سواء كانت طبيعية كالشواطئ والبحار أو اصطناعية كالحدايق العمومية والمنشآت الثقافية كما قد تكون تابعة للدولة أو الولاية أو البلدية في الأراضي التي تم إلغاؤها تصنيفها كأماكن عمومية وهي قابلة للبيع أو التبادل أو الإيجار قصد تشجيع قطاع السياحة من خلال مخطط التهيئة السياحية للوكالة الوطنية لتنمية السياحة عن طريق إتفاق ودي وقد يكون العقار السياحي يقع داخل مناطق التوسع السياحي أو المواقع السياحية وهي ملك للخواص بحيث تقوم الوكالة الوطنية لتنمية السياحة بإقتنائها إذا دعت الضرورة لذلك.

لقد كفل المشرع الجزائري الحماية الإدارية للعقار السياحي وذلك بإحاطته بعمليات رقابة فعلية الهدف منها حماية العقار السياحي من خلال التخطيط بموجب أدوات التهيئة والتعمير وكذلك المخططات القطاعية التي تدرج فيها جميع القطاعات التي لها علاقة مباشرة بالعقار السياحي لتكفل له الحماية الإدارية والقانونية اللازمة¹.

الفرع الرابع: مكونات العقار السياحي

بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة للعقار السياحي نجد بأنه يتمثل في مناطق التوسع السياحي والمواقع السياحية والمناطق المحمية والمدنية الجديدة وتفصيل ذلك كما يلي :

أولاً/ مناطق التوسع السياحي :

حدد المشرع ما يسمى بمناطق التوسع السياحي وسعى لتطويرها من خلال إصدار العديد من النصوص القانونية الصادرة في هذا المجال.

فلقد تطرق المشرع الجزائري لهذه المناطق في المرسوم (75/66)² الذي جاء تطبيقاً للأمر (62/66) المتعلق بالأماكن السياحية الذي تم إلغاؤه بموجب القانون (03/03) السالف الذكر المتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية المعدل والمتمم.

وباستقراءنا للنصوص القانونية المذكورة أعلاه نلاحظ بأن هذه المناطق هي وعاء عقاري وفضاء جغرافي يتمتع بخصائص طبيعية وثقافية وبشرية مخصص لاستقبال مشاريع استثمارية ذات طابع سياحي³.

¹ - محيد حميد، مرجع سابق.

² .المرسوم 75/66 المؤرخ في : 1966/04/04 المتضمن تطبيق أحكام الأمر 62/66 المتعلق بالأماكن والمناطق السياحية ، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 28 سنة 1966 والذي تم إلغاؤه.

³ - صفاء بن موسى، مرجع سابق ص12.

ثانيا/المواقع السياحية والمناطق المحمية :

هي الأخرى تعد جزء من مكونات العقار السياحي ولا تقل عن سابقتها أهمية أحاطها المشرع بترسانة من النصوص القانونية والتنظيمية أشار إليها المشرع انطلاقا من نصت المادة (2) من القانون (03/03). أما المواقع السياحية فقد نص عليها القانون (04/98) ¹ المتعلق بحماية التراث الثقافي وهي كل المناطق والأماكن التاريخية والأثرية . وبالتالي فالمواقع السياحية هي المادة الأولية لمناطق التوسع السياحي بعد تصنيفها بموجب مرسوم تنفيذي طبعاً.

إضافة إلى المواقع السياحية هنالك المناطق المحمية التي سلب عليها الضوء القانون (11/02) ² المتعلق بالمجالات المحمية والمحددة بالحظيرة الوطنية والحظيرة الطبيعية والمحمية الطبيعية الكاملة ومحمية تسيير المواطن والأنواع وكذا الأروقة البيولوجية. ثالثا/ المدينة الجديدة :

وهو مصطلح حديث نوع ما تطرق لها القانون (08/02) ³ المتعلق بشروط إنشاء المدن الجديدة وتجهيزها الذي جاء من أجل تقليص الفوارق الاجتماعية وضمان توفير الخدمة العمومية على جميع السكان بالإضافة إلى النهوض بالقطاع السياحي لأنه مصدر مهم لتحقيق الثروة.

المبحث الثاني: كيفية وطرق استغلال العقار السياحي

لا يمكن للدولة استغلال كل عقاراتها بنفسها لذلك قامت بسن قوانين تبين كيفية منح هذه العقارات في إطار الامتياز للمستثمرين من أجل استغلالها واستثمارها في قطاع السياحة وغيرها. لقد تم تكريس مبدأ حرية الاستثمار لأول مرة بموجب القانون (10/90) ⁴ المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم كما أكد عليه المرسوم التشريعي رقم (12/93) الذي فتح المجال أمام رأس المال الوطني والأجنبي كما كرس هذا المبدأ بموجب المادة الثالثة من القانون (09/16) ⁵ المتعلق بترقية الاستثمار. وسنتطرق من خلال هذا المبحث الى معرفة كيفية وطرق استغلال العقار السياحي المعتمدة من طرف المشرع الجزائري في الوقت الراهن.

المطلب الأول: عقد الامتياز

يعتبر عقد الإمتياز آلية أساسية تم اعتمادها مؤخرا من طرف المشرع الجزائري قصد استغلال العقار السياحي، لذلك سنسلط الضوء من خلال هذا المطلب على التعريف بهذه الآلية والإجراءات المطلوبة في هذا

¹ - القانون 04/98 المؤرخ في : 15/06/1998 ، المتعلق بحماية التراث الثقافي ، المنشور بالجريدة الرسمية ، رقم 44 ، لسنة 1998

² - القانون 11/02 المؤرخ في : 17/02/2002 ، المتعلق بالمجالات المهينة في إطار التنمية المستدامة ، المنشور بالجريدة الرسمية ، رقم 133 ، لسنة 2002.

³ - القانون 08/02 المؤرخ في : 08/05/2002 ، المتعلق بشروط إنشاء المدن الجديدة وتجهيزها ، المنشور بالجريدة الرسمية ، رقم 34 ، لسنة 2002.

⁴ - القانون 10/90 المؤرخ في : 14/04/1990 ، المتعلق بالنقد والقرض ، المنشور بالجريدة الرسمية ، رقم 16 ، لسنة 1990.

⁵ - القانون 09/16 المؤرخ في : 03 اوت 2016 ، المتعلق بترقية الاستثمار ، المنشور بالجريدة الرسمية ، رقم 46 ، لسنة 2016.

المجال للحصول على عقد الامتياز السياحي ثم نتطرق إلى المبادئ التي نادى بها المشرع في هذا المجال لا سيما تلك التي وردت في القانون الأخير المتعلق بترقية الاستثمار وذلك من خلال ما يتقدم من فروع.

الفرع الأول: تعريف عقد الامتياز

لقد وردت العديد من التعريفات الفقهية لعقد الامتياز منها: أنه عقد تمنح بموجبه الدولة لشخص طبيعي أو معنوي حق استغلال ملك من أملاكها الخاصة لمدة محددة مقابل دفع أتاوى وإيجار وتحت رقابتها. أما القانون (04/08) لم يتطرق إلى تعريف عقد الامتياز بل أشار إليه في نموذج دفتر الشروط الخاص بكيفية تطبيق ومنح حق الامتياز بالتراضي على الأملاك الخاصة للدولة¹.

الفرع الثاني: إجراءات الحصول على عقد الامتياز السياحي

يمنح عقد الامتياز على مناطق التوسع والمواقع السياحية تطبيقاً لأحكام القانون (03/03) المعدل والمتمم السالف الذكر وبصدور القانون (04/08) ألغيت الأحكام المخالفة له الواردة في القانون (03/03) وبالتالي لا يمكن منح الامتياز إلا بعد خلق فضاءات مخصصة للاستثمار والتي تهيأ لاستقبال المشاريع المتعلقة بالسياحة وهذا من خلال القيام بدراسة للتهيئة السياحية وتقوم بهذه الدراسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة وذلك من خلال جمع المعلومات وتحديد المناطق المحددة التي يمكنها استقبال هذه المشاريع السياحية.

تم تحديد هذه المناطق السياحية بموجب المرسوم 03/03 وبالتحديد نص المادة (11) منه كما جاءت العديد من المراسيم الأخرى المحددة لمثل هذه المناطق².

يعد الطلب على مستوى مديرية الصناعة والمناجم لأنها تعتبر أمانة الوالي وهذا تطبيقاً للتعليمات الوزارية المشتركة رقم (01) المؤرخة في : 2015/08/06 المتعلقة بإجراءات منح الامتياز يرفق بهذا الطلب مخطط تمويل المشروع وكشف تقديري وصفي للأشغال المراد إنجازها.

تتم دراسة الطلبات لدى نفس المديرية ولها الحق في استشارة أي إدارة لإبداء رأيها التي عليها الرد في أجل لا يتعدى 08 أيام وفي حالة عدم الرد يعتبر هذا رداً إيجابياً. يبت الوالي في الطلب بموجب إصدار قرار منح الامتياز³.

الفرع الثالث: المبادئ التي كرسها القانون 09/16 فيما يتعلق بالاستثمار

لقد أقر القانون (09/16) المتعلقة بترقية الاستثمار عدة مبادئ تهدف إلى تشجيع الاستثمار من خلال تكريس مبدأ المساواة وكذلك مبدأ الحق في تحويل الأموال ثم عدم إمكانية نزع الملكية والاستيلاء وهي كلها تعتبر وسائل حماية أكد عليها القانون (09/16) وتفصيل ذلك كما يلي :

¹ - صفاء بن موسى مرجع سابق ص 39.

² - صفاء بن موسى مرجع سابق. ص 44.

³ - نفس المرجع، ص 45.

أولاً/ مبدأ المساواة :

لم يفرق القانون الجزائري بين المستثمر الأجنبي والوطني في مسألة منح العقارات القابلة للامتياز وبالتالي تكون شروط المنافسة على قدم المساواة وهذا لتحقيق العدل والإنصاف بين المستثمر الأجنبي والوطني¹.

من خلال ما سبق نلاحظ بأن مبدأ المعاملة المنصفة يشكل ضماناً بالغة الأهمية للمستثمرين الأجانب في الدول المضيفة كما أن المشرع الجزائري نص أنه يجب إحترام ما تمليه التشريعات المتعلقة بالأنشطة المقننة أما في حالة وجود اتفاقيات دولية فيجب أن تخضع المعاملة إلى مبدأين هما : مبدأ الدولة الأولى بالرعاية ومبدأ المعاملة بالمثل وبالتالي يكون للمستثمر الأجنبي ميزة تفضيلية في هذا المجال².

ثانياً/ مبدأ الحق في تحويل أموال المستثمر :

غيرت الجزائر سياستها الاقتصادية بحيث منح القانون (09/16) الحق للمستثمرين من الأجانب لتحويل رؤوس أموالهم وعائدات استثماراتهم كما يمكن أن تكون العائدات ناتجة عن التنازل عن الإستثمارات المنجزة في الجزائر وهذا الحق يشجع المستثمر الأجنبي لكي يقوم بتحويل أمواله بشكل قانوني وهذا ما يعد ضماناً حقيقية للمستثمر³.

ثالثاً/ مبدأ حماية الإستثمار من مخاطر نزع الملكية والاستيلاء :

بالرجوع إلى نص المادة (23) من القانون (09/16) نجد بأنها أكدت بأنه لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ويتربط عن الاستيلاء أو نزع الملكية تعويض عادل ومنصف وبالتالي فالمشرع أولى أهمية كبيرة لهذه الاستثمارات لأنه بالرغم من أنه نص على قوانين خاصة بنزع الملكية وكذا الاستيلاء المنصوص عليه في المادة (679) من القانون المدني إلا أنه أعاد التأكيد على ذلك في نص المادة (23) المذكورة أعلاه لحرصه على ضرورة تشجيع الاستثمار لأنه أكد على أن الاستيلاء أو نزع الملكية عبارة عن طرق استثنائية تلجأ إليها الإدارة في حالات محددة⁴.

والهدف من كل ذلك تحقيق وتوفير الأمن والاستقرار الذي يخلق مناخاً يطمئن المستثمر وبالتالي تحقيق أكثر عدد ممكن من الاستثمارات الخارجية لتحريك عجلة التنمية الإقتصادية في البلاد والقطاع السياحي يعد من أبرز القطاعات التي تساهم في ذلك بشكل إيجابي وفعال.

رابعاً/ مبدأ الثبات التشريعي :

باستقراءنا لنص المادة (20) من القانون (09/16) نلاحظ بأن المشرع ألزم الدولة بعدم إدخال تعديلات على الإطار التشريعي التنظيمي الذي يحكم الاستثمارات المنجزة عند التعديل أو إلغاء تلك القوانين

¹ - يراجع في ذلك نص المادة 21 من القانون 09/16 السالف الذكر.

² - منال بوروح ،فعالية الضمانات المقررة لحماية إستثمار العقار السياحي في ظل القانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار، مقال منشور بمجلة القانون العقاري والبيئة ،المجلد السابع ،العدد 13 ،جوان 2019.

³ - يراجع في ذلك نص المادة 25 من القانون 09/16.

⁴ - منال بوروح، مرجع سابق .

لأن المنطق يقتضي أن تبقى هذه المشاريع خاضعة للقوانين والتنظيمات التي نشأت في ظلها بعرض حماية المستثمرين من تغيير النصوص المتعلقة بالاستثمار وهذا الأمر يعد من الأشياء التي تشجع على الاستثمار ودوامه واستقراره لأنه يحمي المستثمر من بطش الدولة التي تريد تعديل هذه القوانين بما يتلائم ومصالحها الخاصة¹.

المطلب الثاني: أثار عقد الإمتياز العقاري السياحي

ينتج على تنفيذ عقد الامتياز جملة من الآثار القانونية والتي تتمثل أساسا في تلك الحقوق والالتزامات الملقة على عاتق كل مستثمر صاحب امتياز والدولة المانحة للامتياز.

الفرع الأول: حقوق المستثمر صاحب حق الامتياز

يتمتع صاحب حق الامتياز في هذا المجال بجملة من الحقوق منها :

أولا/ رخصة البناء :

يحق لصاحب حق الامتياز العقاري السياحي الاستفادة من رخصة البناء بعد منحه قرار الامتياز². والملاحظ أن الأمر (04/08) لم يحدد آجال للحصول على هذه الرخصة في حين أن المرسوم التنفيذي (23/07) سالف الذكر أوجب على صاحب الإمتياز تقديم طلب رخصة البناء في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ تسليم عقد الامتياز ويعتبر عدم تقديم هذا الطلب إخلالاً بالالتزامات³. ثانيا/ الحق في إنشاء الرهن :

يمكن لصاحب حق الامتياز رهن الحق العيني العقاري المستفيد بموجب الامتياز وذلك قصد ضمان القروض الممنوحة لتمويل المشروع الاستثماري. ثالثا/ حق الاستفادة بالامتيازات الخاصة :

يستفيد حق الامتياز من حوافز وتسهيلات منها تخفيض في الإتاوات الإيجارية السنوية وبعض الامتيازات المنصوص عليها في القانون (09/16) لا سيما المواد (12 و 13) منه سواءً كانت في مرحلة الانجاز أو مرحلة الاستغلال.

الفرع الثاني: التزامات صاحب حق الامتياز

يقع على عاتق هذا الأخير جملة من الالتزامات مقابل الحقوق السالفة الذكر وتتلخص فيما يلي :

أولا/ الإلتزام بدفع المستحقات المالية :

وتتمثل في الأتاوة السنوية التي تحددها الإدارة المانحة تدفع على مستوى صندوق مفتشية أملاك الدولة المختصة إقليمياً في أجل أقصاه (15) يوماً ابتداءً من تاريخ تبليغه بدفع المبلغ المستحق. يترتب على التأخير غرامة في حدود (02 %) من المبلغ المستحق. زيادة على ذلك يتحمل صاحب الامتياز الضرائب والرسوم والمصاريف الأخرى المستحقة.

ثانيا/ الإلتزام بانجاز المشروع الاستثماري :

¹ - منال بوروج، مرجع سابق .

² تراجع المادة 11 من الأمر (04/08) المعدل والمتمم المذكور سابقاً.

³ معنى ذلك أن رخصة البناء تعتبر حق والتزام في نفس الوقت.

يحدد المستثمر مدة في دفتر الشروط المرفق بعقد الامتياز يجب عليه احترامها إلا في حالة القوة القاهرة فإنه يتم تمديد هذا الأجل لإتمام المشروع الاستثماري¹.

ثالثا/ عدم تغيير وجهة المشروع الاستثماري :

كل تغيير في وجهة المشروع الاستثماري ينجر عليه حتمًا فسخ عقد الامتياز طبقًا لنص المادة (01) من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم (152/09) المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية .

الفرع الثالث: حقوق الجهة المانحة للامتياز

تتمتع الدولة باعتبارها مانحة للامتياز بعدة حقوق تتمثل فيما يلي :

أولا/ ملكية الرقبة :

تبقى ملكية الرقبة للعقار محل الاستثمار السياحي من حق الدولة وتتخلى فقط على حق الاستغلال من خلال عقد الامتياز².

ثانيا/ الرقابة :

تتولى الدولة المانحة للامتياز مراقبة أعمال المستثمرين ولقد تم استحداث لجنة ولائية مكلفة بمتابعة ومراقبة انجاز المشاريع الاستثمارية تتكون من الوالي رئيسا وعدة مدراء لجهات إدارية ورئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أو ممثلاً عنه مع إمكانية الاستعانة بأي شخص يمكنه مساعدة هذه اللجنة³.

ثالثا/ الأحقية في تعديل دفتر الشروط :

تملك الإدارة المانحة حق تعديل بعض شروط العقد كتحيين قيمة الأتاوة السنوية وغيرها.

التزامات الدولة المانحة للامتياز: تلقى على عاتق الدولة عدة التزامات مقابل الحقوق المذكورة تتمثل

في ما يلي :

رابعا/ إعداد عقد الامتياز وتسليمه :

تلتزم إدارة أملاك الدولة بتحرير عقد الامتياز وشهره في المحافظة العقارية ضمن الأجل القانونية وتسليم العقد للمستثمر.

خامسا/ احترام بنود العقد :

يقع على عاتق الإدارة المتعاقدة مع المستثمر احترام بنود الامتياز بحيث يشكل خروجها على بنود العقد خطأ يترتب عليه قيام المسؤولية العقدية.

سادسا/ توفير المناخ الاستثماري :

تلتزم الإدارة المانحة للامتياز بتوفير مناخ استثماري ملائم لجلب الاستثمارات سواء الوطنية أو الأجنبية.

¹ - المادة (21) من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم (152/09) المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المنشور بالجريدة الرسمية ، رقم 27، لسنة 2009 .

² يكون للمستثمر حق الاستغلال أو ما يسمى بحق الانتفاع فقط دون حق ملكية الرقبة.

³ تم انشاء هذه اللجنة بموجب القرار رقم 1144 المؤرخ في : 2018/05/13.

من ذلك محاربة كل أشكال المضاربة في مجال العقار السياحي¹.

المطلب الثالث: الحماية القانونية للعقار السياحي.

أقر المشرع جملة من آليات القانونية لحماية هذا العقار وتتمثل أساساً في الرقابة الإدارية وكذا الرقابة القضائية وسن فصل ذلك من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول: الرقابة الإدارية

تمارس الدولة المانحة للامتياز حماية للعقار السياحي الموجه للاستثمار ما يعرف بالرقابة الإدارية على المستثمرين وفق ضوابط وضعها المشرع كفيلة بأن تسهل ممارسة هذا الحق ومن بين تلك الضوابط المختلفة المخططات المتعلقة بالتهيئة والتعمير كالمخطط التوجيهي الذي يحدد هذه المناطق والعقارات وكذا مخطط شغل الأراضي الذي ينظم عملية التعمير ويحدد المساحات والمباني المرخص بها.

وكذا المخطط التوجيهي للتهيئة السياحية الذي تم وضعه لحماية العقار السياحي.

إضافة إلى الرخص والشهادات الخاصة بالتعمير التي تعتبر آلية لحماية هذا النوع من العقارات الذي يعتمد على نظام الحظر بحيث لا يمكن للمستثمر القيام بنشاط معين دون الحصول على ترخيص مسبق كل ذلك لحماية العقار السياحي كرخصة البناء والهدم .. إلخ.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية

من بين الضمانات المخولة للمستثمر وكذا الإدارة مانحة الامتياز حق اللجوء إلى القضاء في حالة وجود منازعات والتي يتكفل القضاء المختص بمعالجتها سواء كان ذلك أمام القضاء الإداري أو العادي أو الجزائي. من ذلك المنازعات التي تؤول إلى القضاء الإداري كمنازعات فسخ عقد الامتياز بعد إخلال المستثمر بالتزاماته وتوجيه إعدارين عن طريق الإدارة المانحة.

وكذلك دعوى التعويض التي يرفعها صاحب الامتياز في حالة تعرضه للضرر.

ومن المنازعات التي تؤول إلى القضاء العادي تلك الدعاوى المرتبطة بحماية حق الامتياز كالدعوى العقارية والاستعجالية وغيرها التي تحمي الحق العيني الذي يعتبر المستثمر حائزاً له.

وإضافة إلى ذلك منح المشرع حماية جزائية لاستغلال العقار السياحي ويتجلى ذلك من خلال الجزاءات التي قررها المشرع من خلال قانون العقوبات وكذا تجريم بعض الأفعال حماية للعقار السياحي كالشغل اللامشروع للفضاء السياحي وعدم احترام مواصفات مخطط التهيئة السياحية وغيرها التي وضع لها المشرع عقوبات تصل إلى الحبس وتسليط الغرامة .

¹ لكحل مخلوف، عقد الامتياز ودوره في تطوير الاستثمار، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الحاج لخضر بباتنة، 2017/2018، ص 245.

الخاتمة

من خلال ما سبق يتضح بأن العقار السياحي يعتبر ميداناً خصباً لاستقبال المشاريع الاستثمارية التي تهدف في مجملها إلى تحقيق التنمية الاقتصادية ولقد وضع المشرع الجزائري مؤخراً نظام قانوني يهدف من خلاله إلى تحقيق الفعالية في هذا المجال وهذا من خلال وضع طرق وآليات للاستغلال والاستثمار ولعل أهمها عقد الامتياز، الذي يبرم بين الدولة المانحة والمستثمر صاحب حق الامتياز ولا شك أن هذا العقد يرتب حقوقاً والتزامات متبادلة تم التطرق لها من خلال موضوع الدراسة كما وضع المشرع آليات ووسائل لحماية العقار السياحي محل العقد الاستثماري من ذلك الرقابة الإدارية وكذا القضائية.

إن تفعيل دور العقار السياحي في عجلة الاستثمار والتنمية الاقتصادية في الجزائر لا زال يحتاج إلى تطوير وتخطيط مستمر من خلال الاستثمار الأمثل في هذا المجال وذلك من خلال المقترحات التالية :

- الاهتمام بالعقار السياحي وجمع كل النصوص القانونية المنظمة له في تقنين خاص وموحد قصد ضمان استقرار المعاملات وجلب الاستثمارات على الصعيدين الداخلي والخارجي.
- توسيع دائرة الاستثمار في المجال السياحي وتسهيل وتسريع طرق اقتنائه وفق شروط جديدة مع تشديد المتابعة والرقابة الدورية والمستمرة والتحسيس بضرورة الحفاظ على هذه الثروات وأهميتها في النهوض بالاقتصاد كبديل للثروات الأخرى كالمحروقات وغيرها.
- بث الوعي في هذا المجال والاستفادة بتجارب الدول المجاورة التي تعتمد على هذا النمط من الاستثمار كتونس والدول الأوروبية وغيرها.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً / النصوص القانونية والتنظيمية

1. الأمر 58/75 المؤرخ في : 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المنشور بالجريدة الرسمية عدد 78 المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في : 13/05/2007 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 01 لسنة 2007.
2. القانون 10/90 المؤرخ في : 14/04/1990 المتعلق بالنقد والقرض المنشور بالجريدة الرسمية رقم 16 لسنة 1990.
3. القانون 04/98 المؤرخ في : 15/06/1998 المتعلق بحماية التراث الثقافي المنشور بالجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 1998
4. القانون 08/02 المؤرخ في : 08/05/2002 المتعلق بشروط إنشاء المدن الجديدة وهيئتها، المنشور بالجريدة الرسمية، رقم 34، لسنة 2002.
5. القانون 11/02 المؤرخ في : 17/02/2002 المتعلق بالمجالات المهينة في إطار التنمية المستدامة، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 13، لسنة 2002.
6. القانون 03/03 المؤرخ في : 17/02/2003 المتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية المنشور بالجريدة الرسمية عدد 11 المعدل والمتمم بالقانون 11/17 المؤرخ في :

2017/12/21 المتضمن قانون المالية لسنة 2018 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 76 لسنة 2017.

7. القانون 09/16 المؤرخ في : 03 أوت 2016 ، المتعلق بترقية الاستثمار المنشور بالجريدة الرسمية ، رقم 46 ، لسنة 2016.

8. المرسوم 75/66 المؤرخ في : 1966/04/04 ، المتضمن تطبيق أحكام الأمر 62/66 المتعلق بالأماكن والمناطق السياحية المنشور بالجريدة الرسمية ، عدد 28 ، سنة 1966 والذي تم إلغائها.

ثانيا/ المؤلفات

أ/ الرسائل الجامعية:

9. لكحل مخلوف، عقد الامتياز ودوره في تطوير الاستثمار، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الحاج لخضر بباتنة، 2017/2018.

10. صفاء بن موسى النظام القانوني للعقار السياحي في التشريع الجزائري مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق والعلوم السياسية جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي 2018/2019.

ج/ المقالات:

11. حميد محديد مقال بعنوان حماية العقار السياحي في التشريع الجزائري، منشور بمجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية المجلد 07 العدد 05 لسنة 2018.

12. منال بوروح، مقال بعنوان فعالية الضمانات المقررة لحماية إستثمار العقار السياحي في ظل القانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار ، منشور بمجلة القانون العقاري والبيئة المجلد السابع العدد 13 جوان 2019.

13. هنية شريف، مقال بعنوان الإتفاق الودي كآلية من آليات إقتناء العقار السياحي ، منشور بمجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية المجلد 8 العدد 04 لسنة 2019.

عقد الاعتماد الايجاري بديل تمويلي للمؤسسات الاقتصادية



د. محمودي بشير، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)

د. سكفالي ريم، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)

[إن الثراء الحقيقي يكمن في استعمال الشيء وليس في تملكه]

مقدمة:

ظهرت في الحياة التجارية العديد من العقود، وذلك لمسايرة التقدم التكنولوجي، والتي يصعب إدراجها ضمن طائفة العقود التي نظمها المشرع المدني، وكانت بداية هذه العقود في الدول التي يغلب عليها النظام الرأسمالي لما يتسم به هذا النظام من حرية الافراد في تنظيم عقودهم اعتمادا على مبدأ سلطان الإرادة. ويعتبر عقد الاعتماد الايجاري من العقود الجديدة التي طرأت على الساحة التجارية، وقد أطلق عليه اصطلاح: "Leasing" وبالفرنسية (Crédit-bail).

كما يعتبر توفير رأس المال اللازم للمؤسسات الاقتصادية من أكبر العقبات التي تواجهها، واليوم أصبح هذا العقد بديلا ناجحا في تمويلها، وذلك لما له من خصوصيات ومزايا تستجيب لمتطلبات المؤسسة.

وقد نظمته المشرع بموجب الأمر 96-09 المؤرخ في 10/01/1996⁽¹⁾، ولقد مست هذه الأداة التمويلية في البداية بعض الأنشطة في مجال الطيران والاعلام الآلي ثم استتعت تدريجيا، أما في الدول النامية فيلاحظ أنها ما زالت متأخرة نسبيا في تطبيق هذه الآلية.

وعليه نتناول الموضوع من خلال دراسة الأحكام العامة لعقد الاعتماد الايجاري في فقرة أولى، ثم دوره كوسيلة حديثة لتمويل المؤسسات الاقتصادية.

الفقرة الأولى: الأحكام العامة لعقد الاعتماد الايجاري

يعتبر الفكر الأغريقي هو المصدر الأول لظهور فكرة الاعتماد الإيجاري، فلقد ذهب البعض إلى أن العقد يرجع أصوله إلى عهد السومريين.

بل إن الشريعة الإسلامية عرضت هذا النوع من العقود تحت تسمية "عقود الإجارة المنتهية بالتمليك". أما في صورته الحديثة فقد ظهر في أعقاب الحرية الأمريكية الكورية ما بين 1950-1953 لدى رجل الصناعة الأمريكية "بوث جاني"⁽²⁾

وعليه سنحاول في هاته الفقرة التعرض إلى تعريف العقد، خصائصه، صورته، طبيعته القانونية.

⁽¹⁾ الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بالاعتماد الايجاري، الجريدة الرسمية عدد 03 المؤرخ في 14/01/1996.

⁽²⁾ عبد الله براهيم، المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مواجهة مشاكل التمويل ورقة مقدمة في الملتقى الدولي حول متطلبات تأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الدول العربية يومي 17 و18 أفريل 2006، جامعة السلف، الجزائر.

أولاً: تعريف عقد الاعتماد الايجاري

عرف مجلس المحاسبة الأمريكي الاعتماد الايجاري بأنه: «عقد اتفاق بين المؤجر والمستأجر بموجبه ينقل الأول للثاني حق استخدام أصل مملوك للمؤجر لمدة محددة من الزمن تقابل العائد عليه»⁽¹⁾.

أما الفقه الفرنسي، فقد عرفه الفقيه "colon" أنه: "نوع من أنواع الإئتمان يشمل على عنصر الإيجار ويكون للمستأجر الحق في خيار الشراء بالمؤجر بمنح الإئتمان بتأجيله الشيء مقابل دفع أقساط الإيجار من طرف المستأجر"⁽²⁾.

أما التعريف التشريعي الفرنسي فقد عرفه بموجب المادة 01 الفقرة الأولى من القانون رقم 455/66 الصادر بتاريخ 1966/07/02 المتعلق بالمؤسسات الممارسة للاعتماد الايجاري والمتمم بموجب اللائحة التنظيمية رقم 837/67 المؤرخة في 1967/09/28 المتعلق بعمليات الاعتماد الايجاري والشركات العقارية للتجارة والصناعية بأنه: «عمليات تأجير المعدات ووسائل العمل المشتراة بغرض هذا التأجير من طرف المؤسسات التي تبقى مالكة لها إذا كانت هذه العمليات مهما كانت طبيعتها تخول للمستأجر إمكانية تملك كل الأموال المؤجرة أو بعضها مقابل بثمن متفق عليه، يأخذ بعين الاعتبار على الأقل جزئياً الأقساط المدفوعة على سبيل الإيجار»⁽³⁾.

أما المشرع الجزائري فقد عرف عقد الاعتماد الايجاري بموجب الأمر 96-09 في مجموعة من المواد وكذا من خلال صوره، وهي عقد الاعتماد الايجاري للأصول الموقولة، عقد الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة، وعقد الاعتماد الايجاري المتعلق بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية⁽⁴⁾.

وعليه يمكن تعريف العقد بأنه: «تقنية تحويل للمؤسسات تتم عن طريق عقد بين مؤجر ومستأجر لتأجير أصل منقول عقار خلال مدة معينة مقابل التزام المستأجر بدفع أقساط».

فهو وسيلة قانونية تسمح للمستثمر الحصول على أموال واستعمالها دون دفع سعرها في الحال⁽⁵⁾.

ثانياً: صور عقد الاعتماد الايجاري

تتعدد صورة عقد الاعتماد الايجاري بحسب الزاوية التي يهدف إلى تحقيقها:

1- الاعتماد الايجاري بحسب طبيعة العقد:

إذ يعتمد على مدى تحمل طرفي العقد للإلتزامات والمخاطر التي يتضمنها العقد، وهو إما تملك المستأجر للأصل المؤجر، أو مدى إمكانية ذلك:

(1) نجوى إبراهيم البدالي، عقد الايجار التمويلي، ار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة 2005، ص 23.

(2) خردوش الدراجي، النظام القانوني لعقد الاعتماد الايجاري في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2008-2009، ص 20.

(3) هاني محمود ديوبدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية، مصر الطبعة الثانية، سنة 1998، ص 30.

(4) المواد 1، 2، 7، 8، 9 من الأمر 96-06.

(5) دردار نادية، مداخله بعنوان الاعتماد الايجاري ودوره في تمويل المشاريع الاقتصادية، ورقة مقدمة في ملتقى وطني حول عقود الأعمال ودوره في تطوير الاقتصاد الجزائري، يومي 16 و 17 ماي 2012، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.

أ- الاعتماد الإيجاري المالي:

نظمه المشرع بموجب المادة 02/02 من الأمر 09-96، إذ يسمح للمستثمر إمكانية شراء الأصل للمؤجر نهاية مدة العقد، تتفاوت مدة العقد بحسب طبيعة الأصل منقولاً أو عقاراً⁽¹⁾.

ب- الاعتماد الإيجاري العملي (التشغيلي):

ويسمى كذلك التأجير الخدمي وهو عقد إيجار يبرم عادة لمدة قصيرة (02 إلى 03 سنوات)، وقد نظمها المشرع بمقتضى نص المادة: 02 الفقرة الثالثة، وهي صورة منتشرة أكثر في حالة إيجار السلع لاتي تتعرض لتغيرات التكنولوجية السريعة، وتتميز هاته الصورة بعدم تمكين المستأجر من تملك الأصل المؤجر في نهاية العقد ويهدف هذه الاعتماد، الى تمويل الاستعمال وليس الاقتناء، وفيه يتحمل المؤجر الخطر الاقتصادي التقني.

ويلاحظ أن المشرع اعتمد في التمييز بين النوعين سالف الذكر على معيار واحد ألا وهو مدى إمكانية تحويل الحقوق والالتزامات والمنافع والمساوئ والمخاطر المرتبطة بملكية الأصل المؤجر.

2- الاعتماد الإيجاري بحسب محل العقد:

ينقسم الى اعتماد إيجاري للأصول المنقولة، غير المنقولة، وعقد اعتماد إيجاري خاص بالمحلات التجارية والمؤسسات الوطنية.

أ- الاعتماد الإيجاري للمنقولات:

تناولت ذلك في المادة 04 من الأمر رقم 09-96، وهذا العقد بمقتضاه تؤجر شركة التأجير مصرفاً كانت أو مؤسسة مالية تدعى المؤجر أصولاً منقولة تجهيزات أو معدات ذات استعمال مهني لمعامل اقتصادي معين سواء كان شخص طبيعي أو معنوي يدعى المستأجر مقابل حصول المؤجر على أقساط إيجار لمدة ثابتة كما يمنح للمستأجر إمكانية إكتساب كلياً أو جزئياً الأصول المؤجرة عن طريق دفع سعر متفق عليه والذي يأخذ بعين الاعتبار على الأقل جزئياً الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجار.

ب- الاعتماد الإيجاري للعقارات:

نصت على ذلك المادة 08 من الأمر 09-96، وقد بين المشرع في المادة 04 من نفس الأمر المقصود بالأصول غير المنقولة بأنها: "عندما يخص أصولاً عقارية مبنية أو ستبنى لسد الحاجات المعنية الخاصة بالمعامل الاقتصادي"، أما عن آلية انتقال الملكية للمستثمر المستأجر، فقد حددها المشرع في المادة السالفة الذكر على النحو التالي:

- عن طريق التنازل تنفيذاً للوعد بالبيع من جانب واحد.
- عن طريق الاكتساب المباشر أو غير المباشر حقوق ملكية الأرض التي شيدت عليها العمارة أو العمارات المؤجرة.
- أو عن طريق التحويل قانوناً ملكية الأصول التي تم تشييدها على الأرض والتي هي ملك المستأجر⁽²⁾.

⁽¹⁾ ففي حالة المنقولات غالباً ما تكون مدة العقد نصف مدة الحياة الإنتاجية على الآخر، أما العقارات فتكون المدة 20 سنة فأكثر.

⁽²⁾ تخضع الصيغتين الأخيرتين تطبيقاً أحكام الالتصاق العقاري المنصوص عليه بالمواد 2 و 8 و 7 وما يليها من القانون المدني.

ج-الاعتماد الايجاري المتعلق بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية:

نظمها المشرع بمقتضى المادة 09 من الأمر 96-09، وهو لا يختلف عن الاعتماد الايجاري للمنقولات الا في بعض النقاط هي:

- أن محل العقد يتعلق بالمحلات التجارية أو مؤسسات حرفية تكون ملكا للمؤجر.
- أن شركة التأجير تمنح وعدا بالبيع من جانبها لفائدة المستثمر بمبادرة من هذا الأخير لشراء المحل أو المؤسسة الوطنية.
- أنه لا يجوز للمستثمر (المستأجر) إعادة تأجير هذه الأصول للمؤجر.

3-تقسيم الاعتماد الايجاري من حيث محل إقامة المتعاقدين:

ضف المشرع صور عقد الاعتماد الايجاري بحسب معيار الإقامة في الجزائر إلى نوعين:

- أ-الاعتماد الايجاري الوطني: من خلال نص المادة 01/05 من الأمر 96-09⁽¹⁾ يكون وطنيا إذا كانت كل الأطراف المتعاملة فيه مقيمة في الجزائر، وفي حالة قيام شركة التأجير بفتح فروع لها في الخارج لممارسة الايجار فإن هذه الفروع تخضع لقوانين البلاد الموجود فيه وتسمى قرض ايجاري متكيف⁽²⁾.
- ب-الاعتماد الايجاري الدولي: يعتبر الاعتماد الايجاري دوليا عندما تكون الافراد المتعاقدة تقيم في بلدان مختلفة ويخضعان لتشريعات مختلفة⁽³⁾ وهو ما جاء في نص المادة 02/05 من الأمر 96-09.

ثالثا: خصائص عقد الاعتماد الايجاري

يعتبر عقد الاعتماد الايجاري نشاطا تمويليا لشراء أصول بهدف تأجيرها، حيث يقوم المؤجر بشراء أصول محددة بناء على طلب المستثمر المستأجر مقابل دفعه بدلات الايجار، كما أن للمستأجر حق في الخيار ويستخلص من خلال ما سبق الخصائص التالية:

1-الطابع الثلاثي للعقد: إذ أن عقد الاعتماد الايجاري هو عقد ثنائي الأطراف من الناحية القانونية، ولكن هو عقد ثلاثي الأطراف من الناحية الواقعية، لتدخل طرف ثالث في تنفيذه وهو المورد⁽⁴⁾.

2-الطابع المالي للعقد: يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري ذو طابع مالي، وهو ما أكدته المشرع في المادة الأولى الفقرة 01 من الأمر 96-09، فشركة التأجير ترتبط بالمستأجر برابطة مالية يتمثل دورها التمويلي في دفع ثمن شراء الأصل محل عقد الاعتماد الايجاري، حيث يسمح العقد بتغطية كامل قيمة استثمار المستأجر⁽⁵⁾.

3-الطابع التجاري للعقد: فهو يعتبر من العقود التجارية الحديثة، إذ حصر المشرع ممارسة هذا النشاط للبنوك والمؤسسات المالية أو شركات التأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصفة.

⁽¹⁾ نصت المادة 125 من الأمر المتعلق بالنقد والقرض رقم 03-11 المؤرخ في 26/08/2003، ج ر عدد 52.

⁽²⁾ خدروش الدراجي، المرجع السابق، ص 35.

⁽³⁾ حسب نص المادة 03 من إتفاقية أوتاوا المتعلقة بالقرض الايجاري الدولي الصادرة في 28/05/1988 والتي توضع فيها شروط تطبيقها.

⁽⁴⁾ هاني محمود ديدودار، المرجع السابق، ص 84.

⁽⁵⁾ نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 188.

وقد صدر نظام يحدد كفاءات تأسيس شركات الاعتماد الايجاري وشروط اعتمادها⁽¹⁾. فهي عملية تجارية بالنسبة للمؤجر ليس فقط بموجب المادة 01 من الأمر 96-09، بل هي عملية تجارية بحسب الشكل طبقا لنص المادة 03 من القانون التجاري.

4-الطابع الشخصي للعقد: بما أن عقد الاعتماد الايجاري من عمليات القرض كما جاء في المادة 02 من الأمر 96-09، والتي يتوقف فيها منح القرض على الثقة في شخص المستأجر، فإنه يعتبر من العقود المبنية على الاعتبار الشخصي، أي أن كل طرف يضع في اعتباره شخصية الآخر عند التعاقد معه، وما يؤكد الاعتبار الشخصي لهذا العقد هو إمكانية فسخه في حالة تسوية قضائية أو إفلاس أو حل مسبق للمستأجر المادة 02/13 من الأمر 96-09، وكذا المادة 11/39 التي تلزم المستأجر بعدم التنازل عن حقه وعدم إعادة تأجير الأصول دون موافقة صريحة من المؤجر⁽²⁾.

5-الخيار الثلاثي الممنوح للمستأجر: يعتبر الخيار الثلاثي الممنوح للمستأجر من العناصر الجوهرية التي تميز عقد الاعتماد الايجاري عن العديد من العقود، حيث يحق للمستأجر اختيار شراء الأصل المؤجر كل أو بعضه في الموعد وبالثمن المحدد في العقد، على أن يراعى في تحديد الثمن مبالغ الأجرة المدفوعة، وفي حالة عدم اختيار المستأجر شراء الأصل المؤجر فيكون له إما رده للمؤجر أو تجديد العقد بشروط جديدة⁽³⁾. ومن خلال التطرق إلى خصوصيات هذا العقد يستوجب البحث عن تكييف هذا العقد.

❖ تكييف عقد الاعتماد الايجاري:

نظرا لحدائثة هذا العقد وتداخل العلاقات الناشئة عنه، فقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية له، ورغم أنه يتشابه مع جملة من العقود إلا أنه يختلف عنها في نقاط عديدة:

1-عقد الاعتماد الايجاري وعقد الايجاري البسيط:

يتشابهان في أن كل منهما يؤدي إلى تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء محل العقد مقابل أداء أجرة إلا أنهما يختلفان فيما يلي:

- دور عقد الاعتماد الايجاري هو التمويل أما في عقد الايجار فلا يوجد هذا العنصر.
- الاعتماد الايجاري غالبا ما ينتهي بالتملك عكس الإيجار العادي.
- عقد الايجار العادي عقد بسيط يتكون من طرفين، الاعتماد الايجاري عقد مركب
- عادة في عقد الاعتماد الايجاري أن المؤجر لا يكون مالكا للأصل المؤجر، عكس الإيجار العادي، فإن المؤجر يكون مالكا للأصل المؤجر.
- ارتفاع قيمة الأجرة في الاعتماد الايجاري لأنها تغطي ثمن الشراء والتكاليف وهامس الربح، وهو الأمر غير موجود في الإيجار العادي.

⁽¹⁾ نظام رقم 96-06 مؤرخ في 1996/07/03، الجريدة الرسمية عدد 06 المؤرخ في 1996/11/03 والتعليمية رقم 96/07 مؤرخة في 1996/10/22

⁽²⁾ عبد الرحمان السيد قرمان، عقد الاعتماد التمويلي طبقا للقانون 96 لسنة 1995، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر، ص43.

⁽³⁾ فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص228.

- الخيار الثلاثي في عقد الاعتماد الايجاري
- مدة الايجار في عقد الاعتماد الايجاري عادة مدة طويلة وغير قابلة للفسخ، أما في عقد الايجار العادي فلا يوجد مثل هذا الشرط⁽¹⁾.

2- عقد الاعتماد الايجاري والوكالة:

هناك من اعتبر عقد الاعتماد الايجاري بمثابة عقد وكالة يخضع لأحكام المادة 571 قانون مدني، فذهب البعض إلى أن شركة التأجير المؤجرة تكون بمثابة وكيل ينوب عن المؤسسة المستفيدة (المستأجر) في تولي عملية شراء، الأصل، وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن الوكيل بتقاعده باسم الموكل ولحسابه، وذهي البعض الآخر إلى اعتبار شركة التأجير هو موكل والمستأجر هو الوكيل.

فالأول بوصفها موكلا تفوض الثاني بوصفه وكيلًا في اختيار الأصول محل عقد الاعتماد الايجاري وشرائها.

ويتضح مما سبق أن الوكالة لا تصلح كأساس لتكييف عقد الاعتماد الايجاري⁽²⁾.

3- عقد الاعتماد الايجاري وعقد البيع الايجاري:

يعتبر عقد البيع الإيجاري أحد صور عقد البيع، وهو إتفاق يتم بين المؤجر والمستأجر بموجبه يؤجر الأول للثاني الأصل محل العقد للانتفاع به مدة العقد مقابل أجرة دورية، فإذا أدى هذا الأخير كافة أقساط الأجرة تنتقل إلى المستأجر الملكية، أي يتحول الإيجار إلى بيع، وتعتبر الأجرة بمثابة ثمن مدفوع على أقساط ويختلف العقدان في نقاط عديدة أهمها:

- أنه في عقد البيع الإيجاري يكون ملزما للطرفين، أما في الاعتماد الايجاري فلا يكون كذلك.
- يشترط أن يكون المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري بنكًا أو مؤسسة مالية بينما في البيع الايجاري لا يشترط ذلك.
- عقد الاعتماد الإيجاري عملية تمويلية ثلاثية، بينما عقد البيع الايجاري فهو ثنائي من عقود البيع بالتقسيط⁽³⁾.

ومن خلال ما سبق فإن عقد الاعتماد الايجاري هو عقد ذو طبيعة خاصة اكتسبها من الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه، وهو تمويل المستثمر فهو عقد ذو طابع مالي وعقد مركب يتكون من عناصر تعاقدية متعددة، اندمجت فيما بينها لتنتج هذا المزيج القانوني لتحقيق هدف واحد المتمثل في اعتباره أداة لتمويل المؤسسات.

⁽¹⁾ نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 122.

⁽²⁾ فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص 59.

⁽³⁾ شامي ليندة، الاعتماد الايجاري، رقة مقدمة في أعمال ملتقى وطني بعنوان، عقود الأعمال ودورها في تطوير الاقتصاد الجزائري، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 16 و 17 ماي 2012.

الفقرة الثانية: دور عقد الاعتماد الايجاري كوسيلة حديثة للتمويل

بعد الاعتماد الايجاري قمة التطور القانوني للصيغ الاقتصادية والتمويلية التي يمكن من خلالها لأي مستثمر الحصول على ما يردده من أصول دون أي يتنقذ موارده المالية الخاصة، كما يحقق مزايا عديد يوار للمورد أو المنتج أو لاقتصاد الوطني.

1- مزايا الاعتماد الايجاري للمستأجر:

- يسمح للمستأجر اختيار ما يحتاج إليه من أصول تتفق مع طبيعة نشاطه.
- يسمح بتقديم تمويل كامل للأول 100%.
- يعفي العقد من الدفع الفوري بل توزع التكلفة على أساط (03-05) سنوات للمنقولات أو (10-20) سنوات للعقارات.
- يساعد على خلق حالة يسر ظاهر للمستأجر
- يتيح هذا العقد الخيار الثلاثي للممنوح للمستأجر.
- يجنب المؤسسة فكرة التردد في شراء المال وبالتالي تقبل الاعتماد الايجاري حيث يجنبها خطر الركود التقني⁽¹⁾.

2- مزايا الاعتماد الايجاري للمؤجر:

- يعتبر عقد الاعتماد الايجاري بمثابة قرض يسدد على أقساط تكون عادة مرتفعة.
- يبقى المؤجر محتفظا بالملكية الأصل المؤجر.
- عادة ما يقوم المؤجر بشراء الأصل بناء على طلب المستأجر، وهذا لا يؤدي الى تعطيل استثماراته.
- باعتبار أن المؤجر يلعب دور الوسيط المالي فإن دوره يقتصر على التمويل دون الدخول في المسائل التقنية للأصل المؤجر كإعفاء من التزام بضمان العيوب الخفية.
- تحفيزات ضريبية إذ أن المشرع تشجيعا لمثل هذا النشاط فقد أعفاها من الرسم على القيمة المضافة، والضريبة على ارباح الشركة، الاعفاء من الرسم العقاري، الإعفاءات الجمركية.

3- مزايا للبائع (المورد أو المنتج)

- يمثل بديلا عن البيع بالتقسيط، قد يتعرض لخطر عدم الاسترداد.
- توفير السيولة النقدية للمنتج، وبالتالي زيادة الأرباح وبالتالي وجود منافسة قوية بينهم.

4- مزايا النقد بالنسبة للاقتصاد الوطني:

- يساعد على تحريك عجلة الاقتصاد الوطني وتحسين الإنتاج وفتح مجال التصدير.
- يساهم في تنمية وتطوير الاقتصاد وذلك بتنشيط الاستثمارات المنتجة.
- يساعد على خفض آثار التضخم والتقليل من تأثيرها على قيمة تكلفة إنشاء مؤسسات اقتصادية جديدة.

(1) عبد الله براهيمي، المرجع السابق، ص 385.

- يمكن أن يظهر الاعتماد الايجاري كأداة قادرة على تعبئة الادخار وتوجيهه تنحو الاستثمارات الإنتاجية⁽¹⁾.

واقع وآفاق الاعتماد الايجاري في الجزائر:

بعد صدور الأمر 09-96 المنظم للعقد وكذا نظام بنك الجزائر رقم 06-96 المتعلق بشروط ممارسة هذا النشاط ظهرت مجموعة من الشركات ساهمت كل واحد منها حسب امكانياتها في خلق مصادر تمويل جديدة للمؤسسات الاقتصادية، نذكر أهمها:

أ- الشركة العربية للإيجاري المالي (ALC) 2001/10/10: رأس مال: 775 مليون دينار ورفعته إلى 3.5 مليار دج: تمويل العقارات (البناءات الأشغال العمومية)

ب- الشركة الجزائرية للإيجاري المنقولات (SALEM): فرع من CNMA رأسمالها 200 مليون دج 90% CNMA 10% المجموعة القابضة للميكانيك.

ج- شركة قرض الإيجار الجزائرية السعودية (ASL): بين البنك الخارجي الجزائري ومجموعة البركة مجالها: -وسائل النقل: طائرات سيارات نقل

حاويات، رافعات، جرارات

تجهيزات طبية-صناعي

د-الجزائري إيجار

هـ-المغربية ليزينغ الجزائر: MLA

الخاتمة:

استطاعت تقنية الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة أو غير المنقولة أن تساهم في تمويل المؤسسات الاقتصادية، فقد استفادت من ذلك دون أن تكون ملزمة بتقديم للضمانات أو دفع نسب فائدة كما هو الحال في القروض.

كما أن عقد الاعتماد الإيجاري يتعلق بالأغراض الإنتاجية دون الأغراض الاستهلاكية.

ورغم مزاياه، ألا أن تطبيقه في الجزائر حديثة نسبيا وقد يعود ذلك إلى عدة أسباب نطكرة منها:

1-عدم مرونة وتطور المنظومة المالية.

2-تخوف البنوك من هذه الصيغة التمويلية من حيث المردودية وهاجس المخاطر.

3-عدم استقرار قوانين المالية خاصة المتعلقة بالجانب الجبائي.

ونتيجة لذلك نرى ضرورة:

1. وجوب التسريع بوتيرة الإصلاحات البنكية

2. منح فردية أكر للبنوط في مجال التعامل بالصيغ التمويلية

⁽¹⁾ نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص45.

3. الاهتمام أكثر بالعوامل الساعية على ترقية هاته الصيغة التمويلية على غرار الجوانب التنظيمية، والتحفيزات الجبائية والجمركية.

النظام القانوني لحق الامتياز كآلية وحيدة لاستغلال العقار الصناعي



د. محده جلول، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)

ط/ د. ورخ نور الدين، محمد الشريف مساعديّة سوق اهراس، (الجزائر)

مقدمة:

يعتبر الإستثمار الدافع الحقيقي لتحقيق النمو والإزدهار الاقتصادي داخل أي دولة، وقصد توفير البيئة التي تستقطب أصحاب رؤوس الأموال محليين كانوا أو أجانب، كان لابد من توفير مجموعة من العناصر التي تشجع وتحفز المستثمرين. وبما أن العقار هو أساس انطلاق أي مشروع استثماري فإننا نجد معظم الدول قد نظمت طرق استغلال العقار الصناعي من خلال وضع منظومة قانونية تحقق أفضل استعمال لهذه الثروة. ولقد انتهجت الجزائر منذ بداية الاستقلال النموذج الاشتراكي كوسيلة لبناء وتنمية الاقتصاد الوطني، الذي يقوم على أساس احتكار الدولة لجميع مجالات الاستثمار فلم يكن للقطاع الخاص إلا دور محدود جدا، لكن ومنذ بداية التسعينات من القرن الماضي عرفت الدولة تحولات سياسية واقتصادية هامة تهدف الى تشجيع القطاع الخاص على الاستثمار في شتى المجالات، وهذا الانفتاح فرضته الازمة الاقتصادية الخانقة التي حلت بالدولة كنتيجة لاتباعها سياسة التوجيه والاحتكار العمومي للاستثمار، وهذا ما استوجب إعطاء ديناميكية جديدة للنشاطات الاقتصادية التي تستقطب رؤوس الأموال الخاصة لاسيما ما تعلق منها بالنشاط الصناعي، وقد شهدت هذه الفترة سياسة تطوير وترقية الاستثمار وهذا من خلال السعي لتوفير الأوعية العقارية المناسبة لاستيعاب النشاطات الصناعية، بهدف تلبية الحاجيات العقارية لكل المتعاملين الإقتصاديين العموميين والخواص.

وهذا ما تطلب صدور العديد من النصوص القانونية التي تنظم مجال الاستثمار، والتي تضمنت جملة من الحوافز والتسهيلات لمنح العقار للمستثمرين الوطنيين والأجانب، وهذا من خلال اعتماد المشرع في منح العقار عن طريق آلية حق الامتياز غير القابل للتحويل الى تنازل لاستغلال الأراضي والعقارات التابعة للأملاك الخاصة للدولة باعتبارها المورد الأهم الذي يضمن توفير متطلبات الاستثمارات المختلفة.

ومن هذا المنطلق وبناءا على سبق يمكن تحديد إشكالية الدراسة على النحو التالي:

ما مدى فاعلية نظام الامتياز في استغلال العقار الصناعي ودوره في ترقية وتطوير الاستثمار؟
وللإجابة عن هذه الاشكالية ارتأينا التطرق للمحاور الآتية:

المحور الاول: أحكام منح حق الامتياز

المحور الثاني: الآثار القانونية المترتبة على حق الامتياز

المحور الثالث: انقضاء حق الامتياز

المحور الاول: أحكام منح حق الامتياز

إن تنظيم عملية منح العقار الصناعي الموجه لاستيعاب مشاريع استثمارية نظمه المشرع ضمن أحكام الأمر (04/08)¹ والنصوص التنظيمية المطبقة له، حيث اعتبر أن حق الامتياز الغير قابل للتحويل الى تنازل هو السبيل الوحيد لاستفادة المستثمرين من الاعوية العقارية، وهذا الحق يتم منحه وفقا اجراءات محددة وللوقوف على كفيات منح الامتياز وشروطه والهيئات المتدخلة فيه، سنوضح ذلك من خلال ما يلي:

أولا / نطاق تطبيق الامتياز وطريقة منحه:

لقد حدد المشرع من خلال مواد الأمر (04/08) وكذا المراسيم التنظيمية المطبقة له نطاق تطبيقه من حيث الأشخاص والعقار محل المنح، وكذا طريقة منحه.

1/ نطاق تطبيق منح الامتياز: يتجلى من خلال المادة الثانية من الأمر (04/08) نطاق تطبيقه بالنسبة للعقار الذي يكون محلا للامتياز لاستيعاب المشاريع الاستثمارية حيث حددت هذه المادة على تحديد سلبى للأراضي التي قد تمنح في إطار هذا الأمر على أن لا تكون من بين الأراضي الفلاحية أو الأراضي الداخلة ضمن المساحات المنجمية ومساحات البحث عن المحروقات أو ومساحة حماية المنشآت الكهربائية والغازية أو القطح الأرضية الموجهة للترقية العقارية التي تستفيد من إعانة مالية من الدولة أو المساحات والمواقع الأثرية والثقافية.

وبهذا فإن الأراضي الأخرى التي لا تدخل في هذا المجال من الأراضي التي يمكن أن تكون محل منح في إطار الاستثمار.

أما بالنسبة لنطاق تطبيق هذا الأمر من حيث الأشخاص فقد نصت المادة الثالثة منه على أنه يمكن للهيئات والمؤسسات العمومية والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص أن يستفيدوا من عملية منح الامتياز لإنجاز مشروع استثماري، بمعنى يستفيد من منح الامتياز كل شخص طبيعي أو معنوي وطني أو أجنبي.

2/ طريقة منح الامتياز: لقد وضع المشرع نمطين لكيفية منح الامتياز وهما طريقة المزاد العلني أو بالتراضي، فبالرجوع إلى المادة الثالثة من الأمر (04/08) نجدها تنص على أنه يمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المقيد أو بالتراضي، ويرخص المنح عن طريق المزاد العلني خصوصا بقرار من وزير السياحة عندما تكون قطعة الأرض المعنية ذات طابع سياحي أي تابعة للعقار الموجه لقطاع السياحة، أو بقرار من وزير الصناعة وترقية الاستثمار إذا كانت القطعة الأرضية تابعة أو تسيروها الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، أو بقرار من الوزير المكلف بتهيئة الإقليم إذا كانت الأرض تقع ضمن محيط المدينة الجديدة، أو بقرار من الوالي إذا كانت لا تدخل في اختصاصات الوزراء المذكورين، ويكون ذلك باقتراح من لجنة تحديد الموقع وضبط العقار وترقية الاستثمار.

1 الأمر رقم 08-04، المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، يحدد شروط وكفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية العدد 49، المؤرخة في 3 سبتمبر سنة 2008.

وقد نصت المادة الثالثة من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي (152/09) أن الامتياز يتم منحه عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المقيد، ويقصد بالمزاد العلني المفتوح عرض الامتياز للمنافسة لكل شخص طبيعي أو معنوي يرغب في الاستفادة من منح الامتياز على القطعة الأرضية المعنية لإنجاز مشروع استثماري وفقا لقواعد التعمير، وذلك ما نصت عليه المادة الثانية من المرسوم المذكور، أما المزاد العلني المحدود فيقصد به عرض الامتياز عن طريق المنافسة للحصول على الامتياز على القطعة الأرضية المحددة والمختارة لإنجاز المشروع المحدد مسبقا ويشارك فيه من تتوفر فيهم الشروط المطلوبة¹.

ويعتبر المزاد العلني هو القاعدة العامة لمنح الامتياز في ظل الأمر (04/08) وندلل على ذلك من خلال استقرار نصوص المادتين الخامسة والسادسة منه فالأولى عددت اختصاص الوزراء الثلاثة والوالي بإصدار قرار منح الامتياز عن طريق المزاد العلني، وقد شمل جميع الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ويتوزع الاختصاص بينهم حسب موقع العقار الممنوح²، في حين نصت المادة الأخرى على منح الامتياز بالتراضي وخصصت الجهة المرخصة به وهي مجلس الوزراء باقتراح من المجلس الوطني للاستثمار عندما يكون المشروع من بين المشاريع المعددة ضمن المادة السابعة من الأمر نفسه.

وبالتالي فإن الطابع العام لمنح الامتياز يكون عن طريق المزاد العلني وكاستثناء في حالات محدودة عن طريق التراضي، ويبدو جليا أن أحكام هذا الأمر في هذه النقطة قد ضيقت واسعا كان مسموحا به في ظل النصوص القانونية السابقة له، وهو ما اعتبره الكثير من الباحثين تراجعا عن المكتسبات في مجال تشجيع الاستثمار، وقد خلق بالفعل تمللا لدى المستثمرين الذين يجدون أنفسهم مجبرين على انتظار إعلانات المزايدات حتى يفتح لهم بصيص أمل عليهم يتحصلون على عقار ينجزوا عليه مشاريعهم³.

ولم يستمر هذا الوضع طويلا حتى تراجع المشرع عن هذه الطريقة، وذلك من خلال نص المادة (15) من قانون المالية التكميلي لسنة 2011⁴ التي عدلت المواد 3، 5، 8، 9 من الأمر (04/08) المتعلقة بمنح الامتياز بالمزاد العلني، والإبقاء على صيغة واحدة وهي التراضي، وتم حصر الاختصاص في شخص الوالي وباقتراح من لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمار وضبط العقار أو باقتراح من الهيئة المكلفة بتسيير المدينة الجديدة إذا كانت الأرض داخلة في محيط هذه الأخيرة، أو باقتراح من الوكالة الوطنية لتطوير السياحة إذا كانت الأرض تابعة لمنطقة التوسع السياحي بعد موافقة الوزير المختص.

وقد ألغت هذه المادة أيضا المادتين 7 و6 من الأمر (04/08) المتعلقةتين على التوالي بالحالة الاستثنائية للترخيص بمنح الامتياز بالتراضي من طرف مجلس الوزراء، وبهذا يكون المشرع قد تراجع عن

1 زعموش فوزية، دور عقد الامتياز للعقار الصناعي في تشجيع الاستثمار الصناعي الأجنبي، مداخلة في الملتقى الوطني حول الاطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، يومي 18 و19/11/2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح بورقلة.

2 راضية بن مبارك، تنظيم وتسيير المناطق الصناعية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2016، ص 225.

3 كريمة شايب باشا، الآليات القانونية والمؤسسية لتنظيم العقار الصناعي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، في الحقوق، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدية 2012/2013، ص 121.

4 القانون (11/11) المؤرخ في 18/07/2011 المتضمن قانون المالية لسنة 2011، ج د عدد (40)، الصادرة بتاريخ: 20/07/2011.

الأصل العام لمنح حق الامتياز الذي جاء به الأمر المذكور ورجع في تعديله إلى قانون المالية الملاذ التشريعي للتعديلات المتعاقبة في النصوص القانونية التي تنظم عملية الاستثمار.

ثانيا / آليات منح الامتياز في ظل الأمر (04/08):

كما سبق ذكره فإن الأمر (04/08) اعتمد على منح الامتياز بطريقة المزاد العلني كقاعدة عامة في بداية الأمر، غير أن التعديل الذي طرأ على أحكام المواد المتعلقة بالمنح عن طريق المزاد جعل من هذه الآلية لاجية تماما، وبقيت إجراءات المنح بالتراضي، وقد أصدرت المديرية العامة للأموال الوطنية التعليمية رقم (7982)¹ التي تفيد بأن الأحكام غير المعدلة من الأمر وكذا المرسومين التنفيذيين (152/09) و (153/09) تبقى سارية المفعول، على أن يتم إعداد دفتر الشروط لمنح الامتياز بالتراضي الوارد ضمن المرسوم المذكورين حسب طبيعة العقار مع ضرورة تكييفه مع الأحكام الجديدة.

وتنص المادة الخامسة من الأمر المذكور المعدلة بالمادة (15) من قانون المالية التكميلي لسنة 2011 على أنه يرخص الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي بناءً على اقتراح من لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمار وضبط العقار على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات.

ويمنح الامتياز كذلك بالتراضي بقرار من الوالي وباقتراح من الهيئة المكلفة بتسيير المدينة الجديدة إذا كان العقار محل الطلب داخل هذه الأخيرة، أو باقتراح من طرف الوكالة الوطنية لتطوير السياحة إذا كان العقار المطلوب يقع في منطقة التوسع السياحي، بعد موافقة الوزير المختص.

وعلى هذا الأساس فإن كل مستثمر يرغب في الحصول على قطعة أرض في إطار الاستثمار فيما عليه إلا أن يقدم طلبا بذلك على أن يكون مرفقا بالملف التنظيمي المتضمن دراسة تقنية واقتصادية للمشروع المزمع إنجازه، بطاقة تقنية للمشروع تتضمن تحديد قطعة الأرض المطلوبة التي تلي احتياجات المشروع القانون الأساسي بالنسبة للأشخاص المعنوية، وبعد ذلك تقوم لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمار بدراسة الطلب من خلال أخذ الآراء التقنية للمديريات المحلية العاملة على مستوى الولاية، وبعد تجميع الردود تجتمع اللجنة تحت رئاسة الوالي وتبث في طلب منح الامتياز سواء بالقبول أو بالرفض أو التأجيل لأي سبب من الأسباب قصد إزالة التحفظات المسجلة.

فإذا ما حضي طلب المستثمر بالقبول يدون ذلك في محضر الجلسة، وتكريسا لذلك يُصدر الوالي قرار منح الامتياز غير القابل للتحويل إلى تنازل، ويرسل بعدها إلى مديرية أملاك الدولة لاستكمال إجراءات المخالصة وتحرير عقد الامتياز²، حيث يخضع عقد الامتياز إلى الشكلية المطلوبة في العقود الإدارية ويشهر بالمحافظة العقارية استنادًا للمادة (14) من الأمر (74/75) المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس

1 التعليم رقم (7982) المؤرخة في 2011/08/08 المتعلقة بوضع حيز التنفيذ الكيفيات الجديد لمنح الامتياز على الأملاك العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية مجموعة النصوص (تعليمات، منشورات، مذكرات)، لسنة 2011.

2 مراد بلكعبيات، دور الدولة في منح الامتياز في قانون الاستثمار الجزائري، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون الصادرة عن جامعة قاصدي مرباح بورقلة، العدد السابع، جوان 2012، ص 228-239.

السجل العقاري، باعتباره عقدا منشئا للحقوق العينية العقارية، ويُلحق بدفتر الشروط النموذجي المرفق بالمرسوم (152/09).

ويتجلى الدور المهم لمديرية أملاك الدولة في عملية منح الامتياز في أنها تعتبر موثق الدولة الذي تخول له مهمة إنجاز العقود الإدارية المتعلقة بعمليات الأملاك الوطنية المختلفة¹، كما أنها تضطلع بدور مهم في إطار سير عمل لجنة المساعدة على تحديد الموقع وضبط العقار وترقية الاستثمار، وذلك من خلال مدها بالمعلومات المتعلقة بالوضعية القانونية للعقارات المطلوبة في إطار الاستثمار، والمعلومات المتعلقة بالحافطة العقارية المكونة للأملاك الخاصة التابعة للدولة على المستوى المحلي.

وبما أن لجنة المساعدة على تحديد الموقع وضبط العقار وترقية الاستثمار تضم عدد كبير من الأعضاء، ما أثر على طريقة عملها لذلك كانت وتيرة دراسة الملفات بطيئة مما عرقل عملية تطوير وترقية الاستثمار، وذلك ما جعل السلطة تنحى إلى إيجاد طريقة جديدة لبعث عملية الاستثمار من جديد.

ثالثا/ الاصلاحات الجديدة فيما يخص دراسة طلبات الاستثمار:

نظرا للأسباب المذكورة صدرت التعليمات الوزارية المشتركة رقم (001) المؤرخة في 2015/08/06 المتضمنة الإجراءات الجديدة لوضع حيز التنفيذ الأحكام المتعلقة بمنح حق الامتياز على العقارات التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية المنصوص عليها في المادة الخامسة من الأمر (04/08) المعدل والمتمم.

وقد نصت هذه التعليمات على أن طلبات الاستثمار تودع لدى مديرية الصناعة والمناجم، وقد وُكّلت دراسة الطلبات للمدير الولائي المكلف بالاستثمار وهو في هذه الحالة مدير الصناعة والمناجم الذي يستشير المديريات الولائية ذات العلاقة بدراسة ملفات الاستثمار، على أن تلتزم هذه المديريات بإبداء رأيها في أجل لا يتعدى 08 أيام، وفي حالة عدم الرد يعتبر الرأي إيجابيا².

وبعد تجميع الردود وتشكيل الملف وفق الإجراءات المطلوبة يرسل مدير الصناعة والمناجم الملف إلى الوالي ويكون مرفوقا بتقرير مبرر في أجل لا يتعدى (08) أيام من تاريخ الحصول على آراء المديريات المعنية، وتجدر الإشارة إلى أن التعليمات ذكرت تاريخ الحصول على آراء المديريات حتى وإن كانت هذه الآراء متأخرة الوصول، وكان ومن الأولى أن تنص على أن الأجل يبدأ من تاريخ انتهاء مهلة ثمانية أيام الممنوحة.

ويقوم الوالي بالبت في الطلب، وفي حالة القبول يتخذ الوالي قرار منح الامتياز الذي يكون مشروعه معدا من طرف مدير الصناعة والطاقة، ويبلغ الوالي قرار المنح للمستثمر، ويحول الملف إلى مديرية أملاك الدولة التي تباشر إجراءات إمضاء عقد الامتياز ودفتر الشروط مع المستثمر، وذلك في أجل ثمانية أيام من تاريخ الحصول على الملف ومنه إعداد العقد وتسجيله وشهره لدى في مدة 15 يوما الموالية.

1 زعموش فوزية، دور عقد الامتياز للعقار الصناعي في تشجيع الاستثمار الصناعي الأجنبي، مداخلة في الملتقى الوطني حول الاطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، يومي 18 و19/11/2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح بورقلة.

2 فاطمة علوي، دور الأمن القانوني في دعم مشاريع الاستثمار في الجزائر، مقال منشور بمجلة البشائر الاقتصادية الصادرة عن جامعة بشار، العدد الرابع، أبريل 2016، ص 146-156.

وقد ركزت التعليمات على ضرورة إعداد قرار حق الامتياز في مهلة شهر واحد ابتداء من تاريخ استقبال الملف المرسل من قبل الوالي، غير أن الملاحظ على هذه المهلة هي من تاريخ إيداع الطلب على مستوى مديرية الصناعة والطاقة إلى غاية صدور عقد الامتياز، وليس قرار الامتياز كما أشارت إلى ذلك التعليمات المذكورة، وفي حالة رفض الطلب فإنه يتعين على مدير الصناعة أن يُبلغ المعني بالأمر بقرار الرفض المبرر في أجل 15 يوما من تاريخ اتخاذ القرار بالرفض¹، والملاحظ عمليا أن هذه الأجل غير محترمة نظرا للتعقيدات الإدارية ولأسلوب عمل الجهاز التنفيذي التي مازال يغلب عليها الطابع الإداري التقليدي، ولم ترتق بعد إلى مصاف الإدارة الإلكترونية المنشودة، غير أنه يمكن أن نجد تبريرا لذلك، وعلى سبيل المثال فإن تحديد الطبيعة القانونية للعقارات المطلوبة في إطار الاستثمار تكون جاهزة بالنسبة لمديرية أملاك الدولة في حالة ما إذا كان العقار المطلوب يقع في منطقة صناعية أو منطقة نشاطات منشأة مسبقا، إلا أنه إذا كان العقار خارج هاتين المنطقتين فإن عملية تحديد طبيعته تتطلب وقتا معتبرا، لا سيما إذا كان العقار غير ممسوح، ويؤثر ذلك على نتيجة التحقيق العقاري الواجب تبليغها لمديرية الصناعة والطاقة في مهلة (08) أيام، والتي غالبا ما تطول إذا كانت وضعية العقار غير واضحة.

وعلى العموم فإن الإجراءات الجديدة تشكل نقلة نوعية في إطار تسريع عمليات منح العقار في إطار الاستثمار متجاوزة في ذلك التعقيدات التي واكبت عمل لجنة المساعدة على تحديد الموقع وضبط العقار وترقية الاستثمار، غير أنه للاضطلاع بروح ما ترمي إليه هذه التعليمات يتوجب على الهيئات التنفيذية على مستوى الولاية إحترام الآجال وإعطاء الأولوية لدراسة طلبات الاستثمار.

المحور الثاني: الآثار القانونية المترتبة على حق الامتياز

باعتبار الامتياز عقد إداريا فإنه ينشئ حقوقا لطرفيه المستثمر صاحب الامتياز من جهة والسلطة المانحة (الدولة) من جهة أخرى، ووفقا لدفتر الشروط الذي يُلحق وجوبا بالعقد وسنحاول تسليط الضوء حول اهم هذه الحقوق.

أولا/ حقوق صاحب الامتياز:

ينتج عن منح الامتياز حقوقا للمستثمر صاحب المشروع، غير أن الحقوق الناشئة فيها نوع من الخصوصية لا سيما الحقوق العينية العقارية وبعض الحقوق الأخرى التي يتوجب التطرق إليها بنوع من التفصيل:

1/ الحق في الامتيازات المالية: كما هو معلوم تضمن الأمر (04/08) والنصوص التطبيقية له وكذا قوانين المالية التالية له المذكورة سابقا، جملة من الامتيازات المالية التي منحها المشرع للمستثمر صاحب الامتياز ترتبط أساسا بالمقابل في عقد الامتياز، ومن هذه الامتيازات نذكر ما يلي:

1 فاطمة علوي، مرجع سابق، ص 146-156.

- الإعفاء من الحقوق المالية المرتبطة بإعداد عقد الامتياز كمصاريف أملاك الدولة وحقوق التسجيل وحقوق الشهر العقاري¹، وذلك ما نصت عليه المادة (60) من قانون المالية لسنة 2015.
- تخفيض قيمة الأتاوى السنوية التي كانت محددة بنسبة 20/1 من القيمة التجارية للقطعة الأرضية الممنوحة حسب ما نصت عليه التعليمات (2037) الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية والتي أكدتها المادة التاسعة من قانون المالية لسنة 2008، ثم خفضت إلى 33/1 من القيمة التجارية للقطعة الأرضية الممنوحة وذلك بموجب المادة (62) من قانون المالية لسنة 2015.
- احتساب القيمة التجارية في إطار تحديد الأتاوى على أساس القيمة الدنيا الملاحظة في دراسة السوق العقاري للبلدية موقع العقار، وذلك حسب نص المادة (63) من قانون المالية المذكور.
- تخضع الأتاوى الإيجارية السنوية بعد تحديدها من طرف إدارة أملاك الدولة للتخفيضات التي نصت عليها المادة (15) من قانون المالية التكميلي لسنة 2011 وهي كما يلي:
- 90% خلال فترة إنجاز المشروع الاستثماري التي يمكن أن تمتد من سنة إلى ثلاث سنوات.
- 50% خلال فترة الاستغلال التي يمكن أن تمتد من سنة إلى ثلاث سنوات.
- الدينار الرمزي للمتر المربع خلال فترة 10 سنوات، وترتفع بعد هذه المدة إلى 50% من قيمة الأتاوى بالنسبة للمشاريع المقامة في الولايات التي استعملت في تنفيذ برنامجي الجنوب والهضاب العليا.
- الدينار الرمزي للمتر المربع لمدة 15 سنة وترتفع بعد هذه المدة إلى 50% بالنسبة للمشاريع المقامة في ولايات الجنوب الكبير².

2/ الحق في الحصول على التراخيص المرتبطة بالبناء: من أجل مباشرة المستثمر إنجاز مشروعه الاستثماري لا بد له من الحصول على رخصة البناء التي تمنح له من طرف السلطة المختصة حسب الحالة وفقا لما ينص عليه المرسوم التنفيذي (19/15) المتعلق بكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، وقد نصت المادة (52) من القانون (29/90) المتعلق بالتهيئة والتعمير على الحالات التي تشترط فيها رخصة البناء³ والتي يدخل فيها بناء المشروع الاستثماري، وحسب نص المادة (50) من هذا القانون فإن حق البناء مرتبط بملكية الأرض، وفي هذا الإطار يُثير بعض الباحثين موضوع الملكية بالنسبة للمستثمر بأنه ليس مالكا للأرض، فكيف يستفيد من رخصة البناء؟، وجوابا على هذا الغموض نقول بأن ملكية الأرض (الرقبة) والتي هي ملك للدولة، أما حق الامتياز فهو حق انتفاع وهو حق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية وبالتالي فإن المستثمر يملك

1 عبد الحفيظ بقة، التدابير القانونية لتشجيع الاستثمار في الجزائر في ظل الأمر (03/01) المعدل والمتمم، مقال منشور بمجلة الحقوق والحريات الصادرة عن جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثالث، جوان 2016، ص ص 126-144.

2 عبد الحفيظ بقة، المرجع نفسه، ص ص 126-144.

3 تنص المادة (52) من قانون التوجيه العقاري على أنه " تشترط رخصة البناء من أجل تشييد البنايات الجديدة مهما كان استعمالها، ولتمديد البنايات الموجودة، ولتغيير البناء الذي يمس الحيطان الضخمة منه والواجهات المفضية على الساحات العمومية، لإنجاز جدار صلب للتدعيم أو التسييج ".

سلطي الاستعمال والاستغلال التي تتنازل عنهما الدولة لفائدة المستثمر في إطار منح حق الامتياز¹، وبالتالي فإن هذا الأخير يُعتبر مالكا للحق العيني الأصلي، ومنه يسري عليه نص المادة (50) من القانون (29/90). وبالرجوع إلى الأمر (04/08) فإننا نجده يقر صراحة أن من حق صاحب الامتياز الحصول على رخصة البناء وذلك ما نصت عليه المادة (11) منه، وبعد إتمام إنجاز المشروع يتوجب على صاحب الامتياز الحصول على شهادة المطابقة² التي تثبت بأن البناء كان مطابقا لما هو محدد بالملف المُقدّم أولا للحصول على رخصة البناء، وتعتبر هذه الشهادة بمثابة الوثيقة الإدارية المرخصة لدخول البناء حيز الخدمة ومنه يكون المشروع الاستثماري بذلك في حالة الإنطلاق الفعلي في الإنتاج³.

3/ إنشاء حق عيني تبعي: من خلال نص المادة (11) من الأمر المذكور فإنه يمكن لصاحب الامتياز تأسيس حقوق عينية تبعية متمثلة في حق الرهن الرسمي كضمان لدى هيئات القرض، وينصب الضمان على الحق العيني العقاري الناتج عن حق الامتياز وكذا على البنائات المقرر إنجازها على قطعة الأرض الممنوحة، على أن تكون القروض المضمونة متعلقة وجوبا بإنجاز المشروع الاستثماري فقط.

وفي هذا الإطار يثور الإشكال الذي يراه البعض بتعارض هذا الحكم مع إمكانية بيع حق الامتياز بالمزاد العلني لاسيما وأن الامتياز غير قابل للتحويل إلى تنازل من جهة، وأن المستثمر يكون ممنوعا من التصرف في الامتياز لبعض الوقت، غير أنه إذا اعتبرنا أن حق الامتياز هو حق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية يسري عليه ما يسري على حق الانتفاع في القواعد العامة، وبالتالي فإن حق الملكية والحقوق العينية الأخرى تكون قابلة للتصرف وفقا لما ينص عليه القانون⁴، وذلك ما كرسه المشرع ضمن المادتين (13) و(14) من الأمر (04/08) حيث تنص المادة الأولى على ضرورة تمليك المستثمر البنائات المنجزة على الأرض الممنوح عليها الامتياز وجوبا وبمعقد موثق، وبالتالي فإنه يكون مالكا لها، ونصت المادة الأخرى على أن البنائات والحق العيني العقاري الناتج عن حق الامتياز يكون قابلا للتنازل ولكل التصرفات القانونية الأخرى الناقلة للملكية فور الإنجاز الفعلي للمشروع وبداية النشاط⁵.

وعليه فإن التصرف في حق الامتياز عن طريق البيع بالمزاد العلني في حالة الحجز عليه يكون مقبولا ولكن بشروط تنسجم مع ما تنص عليه القوانين المتعلقة بالاستثمار، ومن ذلك أن يكون التصرف في حدود المدة المتبقية للامتياز وأن يكون الراسي عليه المزداد ممن تتوفر فيهم شروط المنح الأولي للامتياز.

1 مخلوف لكحل، عقد الامتياز ودوره في تطوير الاستثمار، أطروحة دكتوراه العلوم في القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2017/2018، ص 187.

2 حسب نص المادة (75) من قانون التوجيه العقاري فإن شهادة المطابقة تسلم حسب الحالة من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي، وتثبت هذه الشهادة بأن أشغال البناء تمت مطابقة لما تقضي به رخصة البناء.

3 مخلوف لكحل، مرجع سابق، ص 70.

4 مخلوف لكحل، مرجع سابق ص 71.

5 مراد بلكعيات، منح الامتياز للاستثمار الصناعي في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011/2012، ص 129.

4/ التنازل عن الحق العيني العقاري: كما سبق ذكره فإن المادة (14) من الأمر (04/08) نصت على إمكانية نقل ملكية الحق العيني الناتج عن منح الامتياز ولكن في ظل تنفيذ الشروط التالية:

- أن يكون التنازل بعد إنجاز المشروع ودخوله حيز الخدمة والذي تعينه وجوب السلطات المحلية وتمنح للمستثمر شهادة المطابقة وفقا لمقتضيات قواعد التعمير.
- بدء النشاط الذي تعينه وجوب اللجنة المختصة المتمثلة في لجنة المساعدة على تحديد الموقع وضبط العقار وترقية الاستثمار، أو من طرف الهيئة المكلفة بالمدينة الجديدة إذا كان المشروع داخلا في محيطها، أو من طرف الهيئة المكلفة بمنطقة التوسع السياحي إذا كان المشروع يقع في هذه الأخيرة أو تكون المعاينة من طرف الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار إذا كان المشروع مُصرّح به لدى هذه الوكالة ومستفيدا من نظام الاتفاقية، وذلك ما نصت عليه المادة (19) من المرسوم التنفيذي (152/09).

كما نصت الفقرة الأخيرة من هذه المادة على وجوب إعلام إدارة أملاك الدولة تحت طائلة البطلان بكل معاملة يحتمل إجراؤها على حق الامتياز، ولم يوضح المشرع الهدف من هذا الشرط هل هو على سبيل الإعلام فقط، أم أنه يدخل في إطار إبداء الرأي بالموافقة المسبقة كما هو منصوص عليها في النصوص القانونية الأخرى المتعلقة بالامتياز الفلاحي مثلا، وفي هذا الخصوص يبقى هذا النص غامضا يُفسّر على وجهين، فالوجه الأول هو إعلام إدارة أملاك الدولة دون إنتظار رأيها، وهذا هو المفهوم الظاهر للنص، حتى تكون على علم بأن صاحب الامتياز قد شرع في نقل ملكية الامتياز للغير، وفي هذا الخصوص يُطرح التساؤل حول من يتحقق من توفر الشروط القانونية في المستثمر الجديد، أما الوجه الثاني فإن المعاملة العقارية لا تتم إلا بعد أخذ الرأي الصريح بالموافقة من إدارة أملاك الدولة، وفي هذا الخصوص أيضا يثور الإشكال حول هل إدارة أملاك الدولة وحدها هي من تقرر الموافقة وهل هي مختصة بالنظر فيما إذا كان المستثمر الجديد تتوفر فيه الشروط أم لا؟، وجوبا يمكن أن نقول أن باستطاعة هذه الأخيرة توسيع دائرة الاستشارة مع الجهات المتدخلة ومن ثم إبداء رأيها، ومنحها المشرع هذه المكنة باعتبارها محررة العقد.

5/ توريث حق الإمتياز: لقد أغفل المشرع التطرق إلى هذه النقطة في الأمر (04/08) والرسوم التنفيذية (152/09)، وبالتالي فإن الكثير من حالات منح الامتياز التي يتوفى المستفيدون منها تبقى عالقة للفراغ التشريعي المذكور¹، غير أنه بالرجوع إلى القواعد العامة التي تنظم عقود الامتياز سواء الواردة منها على الأملاك الوطنية العمومية أو الواردة منها على الأملاك الوطنية الخاصة فإننا نجد أنها تنص دائما على أن الحق العيني العقاري ينتقل إلى الورثة باعتباره حق امتياز يخول لصاحبه سلطتي الاستعمال والاستغلال وتأتي هذه الأحكام مخالفة للقواعد العامة التي تقضي بانتهاء حق الانتفاع بوفاء المنتفع².

ومن هذه النصوص نجد أن المادة (69) مكرر² من قانون الأملاك الوطنية التي تنص على أن حق الانتفاع الممنوح في ظل الشغل الخاص للأملاك الوطنية العمومية ينتقل للورثة بشرط أن يقدموا شخصا

1 مراد بلكعبيات، منح الامتياز للاستثمار الصناعي في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 130.

2 نص المادة (852) من القانون المدني على انقضاء حق الانتفاع بموت المنتفع حتى قبل انقضاء مدة الانتفاع.

من بينهم متفق عليه ليحل محل مورثهم في علاقته بالدولة مانحة الرخصة أو الامتياز، كذلك نجد أن القانون (03/10) الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، يكرس في المادة (25) منه انتقال الحق العيني العقاري لفائدة الورثة بشروط سيأتي ذكرها لاحقا في المبحث الموالي.

وعليه فإن إغفال المشرع لهذه الحالة ربما يأتي من باب عدم الإحاطة بجميع أحكام حق الامتياز في ظل الأمر (04/08) والمرسوم التطبيقي له، وهو ما يدعو إلى ضرورة استدراك النص على حق المستثمر في نقل ملكية الحق العيني العقاري الناتج عن الامتياز لورثته في حالة وفاته، لا سيما إذا كان المشروع الاستثماري انطلقت به الأشغال أو دخل في الخدمة ما يجعل من هذا الحق أكثر ضرورة.

ثانيا/ حقوق مانح الامتياز:

يمنح العقد للإدارة مانحة الامتياز جملة من الحقوق وهي عبارة عن صلاحيات وسلطات ناتجة عن كونها الطرف الأقوى باعتباره شخص من أشخاص القانون العام يتمتع بامتيازات السلطة العامة، وتهدف هذه الحقوق إلى تنفيذ برنامج الاستثمار بالنسبة للامتياز الوارد على الأملاك الوطنية الخاصة وهذا بهد تشجيع الاستثمار، ومن هذه الحقوق ما يلي :

1/ حق الرقابة والتوجيه: ويقصد بالرقابة هو التحقق من أن صاحب الامتياز ينفذ العقد طبقا لدفتر الشروط المرفق به، وتسمح الرقابة للإدارة بالسهر على السير الحسن للمرفق العام، أما التوجيه فإن الإدارة تقوم بإعطاء الأوامر في شكل تعليمات لصاحب الامتياز¹ ليقوم بعمل أو يمتنع عن عمل أو أن يقوم بتنفيذ مشروع الامتياز في إطار الاستثمار.

2/ حق توقيع الجزاء: إن عقد الامتياز يتضمن شروطا تعاقدية فإذا ما أخل صاحب الامتياز بإحدى هذه الشروط فإنه يمكن لمانح الامتياز توقيع الجزاءات المناسبة، وهذه سلطة تتميز بها العقود الإدارية لارتباطها بالسلطة العامة، وهذا الحق مستمد من أن الإدارة مانحة الامتياز تسعى دائما للحفاظ على ملكية الأرض للدولة، وذلك دون الإخلال بالتوازن في الالتزامات بين طرفي العقد².

المحور الثالث/ انقضاء عقد الامتياز

إن الطبيعة المؤقتة لعقد الامتياز تجعله آيلا للإنقضاء، غير أنه تتعدد أسبابه وقد يكون بانتهاء مدته أو يكون عن طريق تدخل الإدارة مانحة الامتياز أو من صاحب الامتياز نفسه قبل تمام مدته في حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، وهذا ما سنحاول أن نوضحه في ما يلي:

أولا/ كيفية انقضاء عقد امتياز:

ان انقضاء عقد الامتياز الوارد على الصناعي يتميز بخصوصية حسب النص القانوني المنظم له وهو الأمر (04/08) والمراسيم التنظيمية المطبقة له، وبما أن عقد الامتياز الممنوح لاستغلال العقار الصناعي

1 Revie IDARA ,Rachid Zouzimia. La delegation conventionnelle de service Public auprofit de personnes privés n°:

p 25..01-2011

² عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، مصر، 1985.

محدد المدة بـ 33 سنة قابلة للتجديد مرتين فإن ذلك يجعله عقدا مؤقتا ينتهي بانتهاء مدته، كما أنه قد ينتهي قبل انقضاء هذه المدة وذلك ما يوصف بالانقضاء المبكر لأي سبب من الأسباب سواء كانت نهاية عادية أو غير عادية، وفي كل الحالات فإن ذلك يخلف آثار قانونية بين المتعاقدين:

1/ انقضاء عقد الامتياز بطريقة عادية : يعتبر عقد الامتياز من العقود الزمنية المحددة المدة فإن انتهاء مدة العقد التي حددها المشرع في نص المادة الرابعة من الأمر (04/08) بثلاثة وثلاثين سنة قابلة للتجديد مرتين، بمعنى أن أقصى مدة للامتياز تساوي 99 سنة، فبانتهاء هذه المدة ينقضي الامتياز، ومن البديهي أن انقضاء العلاقة العقدية تجعل من الوعاء العقاري الممنوح يرجع إلى الدولة بصفته مالكة الرقبة، وذلك ما يثير بعض الإشكال حول مآل المنشآت والبنيات التي أنجزها المستثمر على الأرض في ظل تنفيذ الامتياز وفي هذا الإطار يجدر التنويه إلى أن عقد الامتياز محدد بمدة تساوي 33 سنة قابلة للتجديد، فإذا انقضت هذه المدة يمكن لصاحب الامتياز أن يطلب التجديد بناءً على طلب يقدم إلى مدير أملاك الدولة.

وينقضي الامتياز كذلك بطريقة عادية عن طريق الفسخ الاتفاقي للعقد، وذلك بتطابق الإرادتين وقد أقر المشرع هذا الإجراء ضمن المادة (16) من دفتر الشروط المرفق بالمرسوم التنفيذي (152/09) الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، وذلك بالتأكيد على أن الامتياز يفسخ في أي وقت وباتفاق الطرفين، غير أن المشرع لم يحدد كيفية تطبيق الفسخ الاتفاقي وهو الأمر الذي أثار الكثير من الجدل لدى إدارة أملاك الدولة في تطبيقه، حتى أن منهم من يرى بأن ذلك يكون عن طريق رفع دعوى قضائية استنادا إلى المادة (12) من الأمر المذكور.

غير أن المادة المذكورة تنص على الفسخ القضائي في حالة إخلال المستثمر بالتزاماته التعاقدية وبالتالي فإن هذا الرأي لا يستقيم مع مضمون المادة (16)، وبالرجوع إلى القواعد العامة فإنه قد يتضمن العقد شرطا يقضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه لعدم التنفيذ، وعموما يتفق الطرفان على هذا الشرط في العقد، وهو ما يسمى بالشرط الفاسخ الصريح أو الشروط التي يتحقق معها الفسخ دون حاجة إلى حكم قضائي، وفي غياب النص الصريح على ذلك في ظل الأمر (04/08) فإن المتعاقدين يتمتعان بالحرية في التعاقد من جديد على إلغاء الامتياز بالتراضي، وهنا يدخل عنصر الإرادة التي يمكنها أن تتعاقد فيما تشاء وفقا للقواعد العامة باستثناء ما تحرمه القوانين المعمول بها، وبالتالي فإن الفسخ الاتفاقي مكنة قانونية تجعل من العقد منعدم دون آثار قانونية، غير أنه يثور الإشكال حول كيفية الفسخ الاتفاقي في حالة بداية إنجاز المشروع الاستثماري، فهنا نكون أيضا أمام إشكال آخر يمكن أن يؤدي فيه عنصر الإرادة إلى تحقيق الفسخ الاتفاقي مع تحمل الالتزامات التعاقدية الناشئة عن هذا الوضع الجديد حسب المادة (106) من القانون المدني بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

2/ الفسخ القضائي لعقد الامتياز: إذا كانت الطريقة العادية لانقضاء الامتياز تتم بالتراضي وبتطابق الإرادتين فإن الطريقة غير العادية هي أن ينقض الامتياز من غير إرادة صاحب الامتياز، وفي هذه الحالة قرر المشرع أن لا يكون ذلك إلا عن طريق القضاء، وينطق به القاضي بناءً على حكم قضائي يضع حدا للعلاقة التعاقدية ابتداءً من تاريخ النطق به، ونجد كذلك في الاجتهاد القضائي ما يبرر لمناح الحق العيني (الامتياز)

اختيار طريق الفسخ في حال الإخلال بالالتزامات التعاقدية، ونستشف ذلك من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا تحت رقم (718274) بتاريخ 2012/06/14 الذي يقرر المبدأ التالي " يجوز لمالك الرقبة إنهاء حق الانتفاع في حالة الاستعمال غير المشروع أو غير المتفق عليه مع طبيعة العقار المنتفع به " ¹.

ويكون الفسخ القضائي لعدة أسباب مختلفة منها عدم تنفيذ العقد لقوة القاهرة أو نتيجة الإخلال بالالتزامات التعاقدية وغيرها، وقد سبق وأن تطرقنا إلى انقضاء عقد الامتياز بالطرق غير العادية في القواعد العامة، غير أن عقد الامتياز في ظل هذا الأمر يتمتع بخصوصية خاصة.

وعليه فإنه بالرجوع إلى نص المادة العاشرة من دفتر شروط منح الامتياز بالتراضي الملحق بالمرسوم التنفيذي (152/09) فإن عقد الامتياز يفسخ لا إراديا رغما عن إرادة صاحبه، وبمبادرة من الإدارة، وذلك نتيجة الإخلال بالالتزامات التي حددتها المادة كما يلي:

أ/ عند عدم انتهاء صاحب الامتياز من المشروع الاستثماري في الأجل المحدد في عقد الامتياز، مع احترام طبيعة المشروع والبرنامج المحدد في دفتر الشروط ورخصة البناء، ففي هذه الحالة يمكن منح صاحب الامتياز أجلا إضافيا يتراوح من سنة إلى ثلاث سنوات حسب طبيعة وأهمية المشروع، وعند عدم إتمام المشروع في هذا الأجل فإن ذلك يؤدي إلى مباشرة الإجراءات القضائية لإسقاط حق الامتياز، وفي هذه الحالة تكون الدولة بصفتها مانحة الامتياز ملزمة بتعويض المستثمر صاحب الامتياز مقابل فائض القيمة التي أتى بها على الأرض الممنوحة من خلال الأشغال المنجزة بصفة نظامية على أن لا تزيد قيمة التعويض عن قيمة مواد البناء واليد العاملة، التي تقوم إدارة أملاك الدولة بتحديد بنائها على دراسة السوق العقارية المحلية، مع اقتطاع نسبة 10% تعويضا عن الضرر لفائدة الدولة ².

ب/ عندما يقوم المستثمر بإنجاز البنايات في الأجل المحددة، ولكنها تكون غير مطابقة لقواعد التعمير وملف رخصة البناء ولم يتحصل المستثمر على شهادة المطابقة، فإن ذلك يدعو إلى إتخاذ إجراء إسقاط حق الامتياز عن طريق القضاء ولا يحق له المطالبة بالتعويض.

ج/ وكذلك الحال بالنسبة لصاحب الامتياز الذي لم ينجز مشروعه في الوقت المحدد وكانت البيانات المنجزة جزئيا غير مطابقة فإن ذلك أيضا يدعو إلى إسقاط الحق عن طريق القضاء دون أن يكون لصاحب الامتياز الحق في المطالبة بالتعويض، بل وزيادة عن ذلك فإنه إذا نطق القاضي بهدم البنايات فإن ذلك يكون على نفقة وحساب صاحب الامتياز، وعليه أن يعيد العقار إلى حالته التي منح عليها أو تقوم بذلك الدولة على حسابه، وذلك ما نصت عليه المادة (12) من الأمر المذكور.

وفي هذه الحالات تنتقل الرهون والامتيازات المحتملة التي تثقل القطعة الأرضية بسبب الحقوق العينية التبعية التي أسسها صاحب الامتياز بمناسبة تنفيذه الامتياز إلى مبلغ التعويض.

1 القرار رقم (718274) الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2012/06/14، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، العدد الثاني، 2012، ص ص 403-406.

2 كريمة شايب باشا، مرجع سابق، ص 187.

ثانيا/ مآل المنشآت كأثر لانقضاء عقد الامتياز:

عندما ينقضي عقد الامتياز سواء بطريقة عادية أو عن طريق القضاء نكون أمام حالتين إما أن المستثمر باشر إنجاز المشروع وأقام بذلك بنايات وتجهيزات ذات طابع عقاري، أو أن الأرض بقيت بيضاء كما منحت ففي هذه الحالة لا يكون لانقضاء الامتياز أي أثر المنجزة، وهو ما لم يفصل فيه الأمر (04/08) ولا نصوصه التطبيقية. قانوني ما عدا الحقوق العينية التبعية التي يمكن أن تثقل حق الامتياز إذا كان صاحب الامتياز أسسها على هذا الحق، وفي الحالة الأولى تنثور إشكالية مآل المنشآت

وعلى غرار ما فعل المشرع مع مآل المنشآت المنجزة في ظل الامتياز الوارد على الأملاك العمومية بموجب المادة (69) مكرر من قانون الأملاك الوطنية حين قرر أيلولتها مجانا لفائدة السلطة مانحة الامتياز أو هدمها على نفقة وحساب صاحب الامتياز، ومن خلال استقراء نصوص مواد الأمر (04/08) والمرسوم التنفيذي (152/09) ودفاتر الشروط الملحقة به يمكننا أن نحدد مآل المنشآت كما يلي:

1/ عند الانقضاء غير العادي لعقد الامتياز وفي حالة الاخلال بالتزامات التعاقدية بعدم إنجاز المشروع في الآجال القانونية بعد تمديدتها حسب نص المادة (10) من الأمر المذكور، فإننا في هذه الحالة يكون مآل المنشآت على حالتين:

الحالة الأولى: البنايات مطابقة للمشروع ولقواعد التعمير وفي هذه الحالة تؤول المنشآت للدولة لقاء تعويض تدفعه لصاحب الامتياز المفسوخ، تحدد إدارة أملاك الدولة قيمة التعويض على أساس قيمة المواد واليد العاملة، ويخصم منها نسبة 10% كتعويض عن الضرر الذي رتبته إخلال المستثمر بالتزاماته.

الحالة الثانية: البنايات غير مطابقة للمشروع ولقواعد التعمير وفي هذه الحالة فإنه لا يمكن لصاحب الامتياز المطالبة بالتعويض، بل عليه التزام هدم البنايات وإعادة الأرض إلى حالتها الطبيعية وتحمل مصاريف ذلك أو تقوم به الدولة على حسابه ونفقتة.

2/ عند الانقضاء غير العادي للامتياز ويكون المشروع منجزاً ومطابقاً لقواعد التعمير أو دخل مرحلة الخدمة، غير أن صاحب الامتياز أخل بالتزامات تعاقدية كالتنازل دون موافقة السلطة المانحة مثلاً حسب ما تنص عليه المادة (19)¹ من المرسوم (152/09)، فإنه في هذه الحالة يتم إسقاط حق الامتياز قضائياً والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة ماهو مصير المنشآت؟ في ظل تملكها من طرف المستثمر بناءً على نص المادة (13) من الأمر (04/08)، وجواباً لذلك نرى أن مآل المنشآت يكون على حالتين:

أ- أنها تؤول للدولة بمقابل قياساً على ما نصت عليه المادة (12) من الأمر (04/08) بالنسبة لحالة المستثمر الذي لم ينجز مشروعه في الآجال وكانت البنايات مطابقة، غير أن التعويض من المفروض أنه يختلف عن قيمة المواد واليد العاملة لا سيما وأن صاحب الامتياز قد يملك المنشآت بناءً على نص المادة

1 تنص الفقرة الأخيرة من المادة (19) من المرسوم التنفيذي (152/09) على أنه يجب أن يُعلم المستثمر صاحب الامتياز تحت طائلة البطلان بكل معاملة يحتمل إجراؤها على حق الامتياز، وفي هذا الإطار لم يحدد المشرع محل البطلان هل هو بطلان عقد الامتياز أو عقد التنازل عن الامتياز أو غيره من المعاملات التي ترد عليه.

(13)¹ من الأمر المذكور، لأن في ذلك غبن له في حين أن مشروعه حيز الخدمة وقد أصبحت قيمة البنايات والتجهيزات لا تقارن بقيمة الأرض الممنوحة، وبالتالي فإن التعويض يجب أن يكون عادلا ومنصفا بقيمة السوق العقارية المتداولة وقت فسخ العقد، لأن المستثمر مالكا فعليا لهذه المنشآت.

ب- أن المشروع الاستثماري إذا دخل حيز الخدمة بعد إجراءات المطابقة يصبح صاحب الامتياز في منأى عن إجراءات فسخ الامتياز للإخلال بالالتزامات التعاقدية كالتنازل بدون موافقة السلطة المانحة ويكون جزاء ذلك إبطال عقد المعاملة العقارية التي باشرها صاحب الامتياز، والبطان في هذه الحالة في حد ذاته جزاء للإخلال بتحقيق الشرط المذكور، وهذا ما نتبناه من رأي في هذا الموضوع.

ثالثا/ في حالة الانقضاء العادي لعقد الامتياز:

في هذه الحالة نميز بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى: في حالة الفسخ الاتفاقي لعقد الامتياز ويكون المستثمر قد أنجز بعض البنايات والتجهيزات ذات الطابع العقاري وكانت مطابقة لقواعد التعمير ولرخصة البناء ففي هذه الحالة فإن المنشآت تؤول للدولة بمقابل قياسا على من أخل بالتزاماته وكانت بنياته مطابقة واستحق التعويض، فمن باب أولى تعويض صاحب الامتياز الذي لجأ إلى الفسخ الاتفاقي في هذه الحالة، أما إذا كانت البنايات غير مطابقة فلا تعويض ويتحمل نفقات هدمها وإرجاع الأرض إلى حالتها الطبيعية.

الحالة الثانية: من انقضت مدة امتيازه ولم يتم بتجديده لفترة ثانية وثالثة (33) أو (66) سنة، ففي هذه الحالة وضع المشرع نصا في المادة (12) من المرسوم التنفيذي (152/90) تنص على أنه في حالة عدم تجديد الامتياز يتعين على مالك البنايات دفع إتاوى إيجارية لفائدة الدولة المالكة للرقبة، تحدد إدارة أملاك الدولة قيمة الإيجار حسب دراسة السوق العقارية، وبهذا النص نقول بأن المشرع قد عامل صاحب الامتياز المنقضي بعدم التجديد بصفته مالكا لحق الانتفاع.

الحالة الثالثة: إذا إنتهى عقد الامتياز بعد تجديده مرتين أي بعد (99) سنة من الامتياز دون وجود نص قانوني يسمح بإعادة تجديده مرة ثالثة، وفي ظل عدم نظر المشرع في مآل المنشآت في هذه الحالة فإننا نكون أمام حلين:

أ / إما أن تؤول ملكية المنشآت للدولة مانحة الامتياز على أساس أن صاحب الامتياز قد استنفذ واستهلك الانتفاع بطول المدة، وذلك قياسا بما يسرى على الامتياز الوارد على الأملاك الوطنية العمومية وحسب رأينا فإن هذا الحل يعتبر مجحفا في حق المستثمر الذي دفع أموالا طائلة نظير استثماراته لا سيما إذا كان مشروعه قيد التشغيل من جهة وهو مالك للمنشآت من جهة أخرى.

ب/ وإما أن يعامله المشرع ويعتبره مؤجرا من جديد للوعاء العقاري، ويدفع بدل الإيجار الذي تحدده إدارة أملاك الدولة، ويبقى بصفته مالكا لحق الانتفاع¹ على الأرض ومالكا ملكية تامة على البنايات والتجهيزات ذات الطابع العقاري.

1 تنص المادة (13) من الأمر (04/08)، مرجع سابق، على أنه " عند إتمام المشروع الاستثماري تكرر إجباريا ملكية البنايات المنجزة من طرف المستثمر على الأرض الممنوح امتيازها وجوبا بمبادرة من هذا الأخير وب عقد موثق " .

ج/ وإما أن تؤول المنشآت إلى صاحب الامتياز عن طريق قواعد اكتساب الملكية العقارية بالالتصاق وفقا لما ينص عليه القانون المدني ضمن نص المادة (785) منه، وذلك للاعتبارات التالية:

- إن صاحب الامتياز قد تملك البنايات بعقد موثق منذ زمن بعيد.
- إن قيمة الأرض أصبحت مهمة بالمقارنة مع قيمة البنايات والتجهيزات المقامة عليها.
- إن صاحب الامتياز حسن النية وهو الشرط المنصوص عليه لتملك الأرض عن طريق الالتصاق.
- إن الدولة قد حصلت عائدا ماليا معتبرا أعلى من قيمة الأرض وقت منح الامتياز من خلال الإتاوى المدفوعة من طرف المستثمر خلال سنوات الاستغلال.

وعليه فإنه في هذه الحالة يمكن أن تؤول المنشآت لصاحب الامتياز بالنظر للمبررات المذكورة، وهذا ما نراه الحل الأمثل لتعامل المشرع مع مآل المنشآت، وعليه يجب أن يتدخل المشرع من جديد ليفصل في هذه النقطة طمأنة للمستثمرين الوطنيين على الخصوص باعتبار أن المستثمر الأجنبي لا يمكنه تملك العقارات حسب المنظومة القانونية التي تنظم عمليات الاستثمار.

الخاتمة:

وفي ختام بحثنا نخلص للقول أن الأملاك الوطنية الخاصة تشكل مجالا مهما لإنشاء أوعية عقارية تهدف إلى تسهيل حصول المستثمرين على العقار الصناعي، وقصد تحقيق الاستغلال الأمثل لهذه الأملاك فلقد وضع المشرع نظام قانوني مضبوط الأحكام ينظم من خلاله طرق استغلال هذه العقارات، واعتبره انه الآلية الوحيدة في هذا المجال من خلال النص على حق الامتياز الغير قابل للتحويل لتنازل وهذا تماشيا مع سياسة تشجيع المستثمرين على الإقبال على الاستثمار.

ومن خلال هذه الدراسة يمكننا أن نقول بأننا توصلنا إلى النتائج التالية:

- إن جنوح المشرع إلى تكريس فكرة الاستغلال على الأملاك الوطنية الخاصة دون خضوعها للتصرفات الناقلة للملكية، مناطها الحفاظ على الحافطة العقارية التابعة للدولة وعدم استهلاكها في عمليات لا تعود بالنفع على الاقتصاد الوطني وهذا الإجراء نراه سليما ومبررا إلى حد كبير.
- إن قابلية رهن حق الامتياز الممنوح للمستثمرة لدى البنوك والمؤسسات المالية يتيح له إمكانية تمويل استثماراته دون أن يُقَدِّمَ تأمينات أخرى خارج مجال المشروع الاستثماري، وهذا ما يدفع كذلك إلى تشجيع الاستثمار.
- وبالنسبة لحق الامتياز الوارد على الأملاك الوطنية الخاصة، فإن طول مدة الاستغلال تؤدي إلى استقرار المشاريع الاستثمارية للمدة الكافية، ويحقق من خلاله المشرع الثقة والطمأنينة لأصحاب رؤوس الأموال.

1 تنص الفقرة الأخيرة من المادة (16) من دفتر الشروط الثاني الملحق بالمرسوم التنفيذي (152/09) على أنه " وفي حالة عدم تجديد الامتياز يتعين على ملك البنايات دفع إتاوة إيجاريه سنوية لفائدة الدولة بصفتها مالكة الأرض تحددها إدارة أملاك الدولة بالاستناد إلى السوق العقاري "

- إن تأكيد المشرع على تملك المستثمر للبنائيات والتجهيزات ذات الطابع العقاري المنجزة على الوعاء الممنوح له في إطار الاستثمار، الذي يأتي في ظل تجزئة عناصر حق الملكية يرمي إلى إعطاء المستثمر أكثر الضمانات على استثماراته الواردة على الأملاك الوطنية.

وبناء على ما سبق سرده نقترح التوصيات التالية:

1. النص صراحة في قانون الأملاك الوطنية والمرسوم التنفيذي المطبق له على أن الامتياز غير قابل للتحويل لتنازل يعد النمط الوحيد لاستغلال الأملاك الوطنية الخاصة.
2. ضرورة الفصل في مآل المنشآت المنجزة بمناسبة تنفيذ عقد الامتياز في ظل الأمر (04/08) الوارد على الأملاك الوطنية الخاصة، وهو ما يثيره بحدة أكبر الامتياز الممنوح في ظل الأمر (04/08).
3. النص على تعويض المستثمر على المنشآت والتجهيزات ذات الطابع العقاري المنجزة على ملحق الملك الوطني العمومي أو الخاص والتي تكون مطابقة لرخصة البناء ودفتر الشروط، وذلك في حالة الفسخ الاتفاقي على غرار ما ينص عليه المشرع في حالة الفسخ القضائي وفي نفس حالة المنشآت المذكورة.
4. ضرورة النص صراحة على تحديد الجهة الإدارية المختصة بالرد على طلبات المستثمرين الرامية إلى إبداء الرأي بالموافقة المسبقة على إبرام معاملات عقارية تتضمن التنازل عن حق الامتياز وتحويله إلى الغير مع تحديد أجل قصير تحت طائلة القبول في حالة السكوت.

العقار الفلاحي ودوره في انعاش الاستثمار المحلي



د / عماد زعبي، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)
ط. د / بشير دهانت، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)

مقدمة:

يعد القطاع الفلاحي العصب الاساسي لاقتصاد أي دولة متطورة أو نامية على حد السواء، والجزائر أعطت أولويات وأهمية لهذا القطاع لما له من دور يلعبه، في تحقيق التنمية الاقتصادية والأمن الغذائي. كذلك الامر بالنسبة لموضوع العقار في أي دولة بالعالم فهو ذو أهمية جمه، فالدور الفعال الذي يدور حوله، هو في تطوير البنية التحتية للدولة، والجزائر على غرار باقي الدول ومع المساحة الشاسعة التي تحوزها، تسعى لتطوير وتحديث الوعاء العقاري من خلال تشجيع الاستثمار بمنح العقارات للمستثمرين سواء كان عقار صناعي أو عقار فلاحي، وما يهمنا في هذه الدراسة هو العقار الفلاحي، الذي يحقق الاكتفاء الذاتي والأمن الغذائي، هذا من خلال توسيع وإعادة الاعتبار للأوعية العقارية الفلاحية، بدليل التوجهات التي تسعى إليها الدولة الجزائرية، على اساس منح الاراضي الفلاحية اما عن طريق الامتياز أو الاستصلاح، مما لا شك فيه سيعزز وينعش الاستثمار المحلي في القطاع الفلاحي، وعليه يمكن تحقيق الأهداف المنشودة.

وعليه العقار ذو أهمية كبيرة وأولى، بالنسبة للمستثمر الفلاحي، فهو المصدر الأساسي لاستقرار استثماره وضمان استمراره، فتوفر العقار الفلاحي يعد عاملا أساسيا لنجاح استراتيجية تطوير ودعم واستقرار الاستثمار المحلي، سعت الجزائر لتطوير وترقية الاستثمار في القطاع الفلاحي بتنظيم ومحاولة توفير الأوعية العقارية الفلاحية.

هذه الدراسة تسعى للإجابة عن الاشكالية المحورية الآتية، كيف ساهم العقار الفلاحي في دعم وترقية الاستثمارات المحلية؟

ومنهج المعتمد في هذه الدراسة هو المنهج الوصفي، تم اعتماده للتعريف بالعقار، والعقار الفلاحي، لتوضيح المفاهيم المتعلقة به، أما المنهج التحليلي تم اعتماده من خلال تحليل مضمون نصوص المواد القانونية المتعلقة بالعقار الفلاحي.

المبحث الأول: العقار الفلاحي وتعدد المفاهيم

في هذا المبحث سنتناول تعريف العقار، بالإضافة للعقار الفلاحي، وأهم التصنيفات الخاصة بالعقار الفلاحي.

المطلب الأول: تعريف العقار

تمهيد حول المطلب الأول والنقاط التي سوف تعالج فيه، تمهيد حول المطلب الأول والنقاط التي سوف تعالج فيه.

الفرع الأول: العقار ما هو؟

المشعر الجزائري عرف العقار بموجب أحكام المادة 1/683 من التقنين المدني والتي تنص: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول"⁽¹⁾، نستنتج من نص المادة السالفة الذكر، أن العقار هو كل شيء مستقر، ثابت لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف وغير ذلك بمعنى المخالفة ما يمكن نقله أو تحريكه فهو منقول.

بالإضافة لما سبق يمكن تعريف العقار بأنه مجموعة أراضي سواء كانت زراعية أو بورا أو صحراوية جبلية أو مبنية، ونعني بهذا سطح الأرض أو جوفها من مقالع ومعادن والمتصلة بها كالنبات، فالعقار اذن هو الشيء الثابت غير القابل لنقله من مكانه إلى مكان آخر دون تلف⁽²⁾.

وينقسم العقار طبقا للقانون المدني الجزائري إلى ثلاث أنواع هي: العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص، العقار بحسب المحل الواقع عليه.⁽³⁾

أولاً: العقارات بطبيعتها: هي كل شيء يشغل حيزا معينا بشكل ثابت في مكانه ومستقر فيه ويشمل هذا المفهوم الأرض وسطحها دون ما يقام فوق السطح من مبان ومنشآت أو ينبت من زرع أو يغرس من شجر، وكذلك تشمل باطنها بعناصره المختلفة من صخور وأحجار وأتربة ورمال وجص ومعادن وغير ذلك.

ثانياً: العقارات بالتخصيص: هي في حقيقتها منقولات بطبيعتها، ولكن ألحقت بعقار معين رصدا على خدمة هذا العقار، أو استغلاله، فهي عقار ال بمادتها وطبيعتها ولكن بالتبعية والتخصيص.

ثالثاً: العقارات بحسب محلها: طبقا لنص المادة 684 من القانون المدني الجزائري تتمثل هذه العقارات في الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الواقعة على العقارات كحق الملكية وحق الارتفاق وحق الانتفاع وحق الرهن والتخصيص الواردة على عقارات معينة وتسمى في هذه الحالة أموال عقارية، كما يشمل هذا المفهوم الدعاوى العقارية التي تتعلق بحق عيني عقاري، مثل دعوى استحقاق العقار وتعتبر دعاوى الحيازة، دعوى منع التعرض، دعوى استرداد الحيازة، دعوى وقف الأعمال الجديدة، دعاوى عقارية، لأنها تحمي حيازة العقار.

الفرع الثاني: العقار الفلاحي

أما عن العقار الفلاحي ينظمه القانون رقم: 10-03 المؤرخ في: 15 أوت 2010، والذي يحدد شروط استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، كذلك المرسوم التنفيذي رقم: 10-326 المؤرخ في: 23 ديسمبر 2010، المحدد لكيفيات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، بالإضافة للقانون رقم: 08-16 المؤرخ في: 03 أوت 2008، المتضمن التوجيه الفلاحي وكذا القانون رقم: 83-18 المؤرخ في: 13 أوت 1983 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، وتنظيم العقار

⁽¹⁾ الأمر رقم: 58-75، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، والمتضمن القانون المدني معدل ومتمم، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

⁽²⁾ مجيد خلوفي، العقار في القانون الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، دون رقم طبعة، الجزائر، 2012، ص 09.

⁽³⁾ عيسى بن دوحه، مريم بوشري، الاحكام الجديدة للعقار الفلاحي في قانون التوجيه الفلاحي، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الاول، مارس 2016، ص 139.

الفلاحي في الجزائر امتاز بخصوصية هامة، وهي أن الجزء الكبير من الأراضي الفلاحية تابعة للدولة بالمقارنة مع الملكية الخاصة، حيث أن سياسة الاستثمار العمومي في القطاع الفلاحي كانت هي المهيمنة في ظل غياب قطاع خاص قوي وحيوي⁽¹⁾.

فالمشرع الجزائري عرفه بموجب نص المادة 04 من القانون 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري: "الأرض الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية في مفهوم هذا القانون هي كل أرض تنتج بتدخل الإنسان سنويا أو خلال مدة سنوات إنتاجا يستهلكه البشر أو الحيوان أو يستهلك في الصناعة استهلاكاً مباشراً أو بعد تحويله"⁽²⁾.
لم يسلم هذا التعريف من الانتقاد، كونه -حسبهم- أهمل الجانب القانوني للعقار الفلاحي، والذي يتمحور أساساً حول حق الملكية حيث جاء التعريف خالياً من المصطلحات القانونية، بل مصطلحاته تقنية تميل إلى علم الاقتصاد الزراعي أكثر مما تفسر العلاقة القانونية التي يتألف منها العقار الفلاحي⁽³⁾.

المطلب الثاني: تصنيفات العقار الفلاحي

تضمنت تصنيفات العقار أو الاملاك العقارية على اختلاف أنواعها، حيث تم حصرها في ثلاث أصناف هي: الأملاك الوطنية، الأملاك الخاصة، والاملاك الوقفية.

الفرع الأول: الأملاك الوطنية

حددت المادة 24 من القانون رقم: 90-25 المتضمن التوجيه العقاري⁽⁴⁾، تتكون الأملاك الوطنية من:

- الأملاك العمومية والخاصة للدولة،
- الأملاك العمومية والخاصة للولاية،
- الأملاك العمومية والخاصة للبلدية.

كذلك تضمنت المادة الثانية من القانون رقم: 90-30 المتضمن قانون الاملاك الوطنية: "...تتضمن الاملاك الوطنية على مجموع الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التي تحوزها الدولة وجماعاتها الاقليمية في شكل ملكية عمومية أو خاصة..."⁽⁵⁾.

وعليه يتضح لنا من نص المادتين السالفتي الذكر أن المشرع الجزائري، أعتمد على مبدأ الاقليمية، اذ اعتبر الاملاك الوطنية، على أنها تلك الاملاك التي تحوزها الدولة او الولاية أو البلدية⁽⁶⁾.

(1) عبد الحميد جلال، التنظيم القانوني للعقار الصناعي ودوره في تشجيع الاستثمار في الجزائر، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون اقتصادي، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهر مولاي بالسعيدة، الجزائر، 2015/2014، ص7.

(2) قانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990 يتضمن التوجيه العقاري، جريدة رسمية 49 مؤرخة في 18/11/1990، المعدل والمتمم.

(3) أحمد برادي، حنان شتوان، آليات حماية العقار الفلاحي في التشريع الجزائري، مجلة جيل الابحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، العدد 38، لبنان، فبراير 2020، ص ص 49-70.

(4) قانون رقم 90-25، السالف الذكر.

(5) قانون رقم: 90-30 مؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، جريدة رسمية عدد 52 مؤرخة في 01/12/1990.

(6) فاتن سميشي، التصنيف القانوني والتقني للعقار الفلاحي في الجزائر، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلاني بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، العدد4، ديسمبر 2018، ص 140.

الفرع الثاني: أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة

تنص المادة 27 من القانون 25-90 السالف الذكر: "الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها"⁽¹⁾

الملكية العقارية الخاصة في قانون التوجيه العقاري، أو حق الملكية -الملكية العقارية الفلاحية الخاصة- هي مقيد بالفائدة العامة التي يقررها القانون، فلقد جعل صاحب الحق العيني الذي يتفق طبيعته وغرضه مع استعمال المال العقاري مالكا، سواء كان هذا الحق حق ملكية أو حق انتفاع أو حق التصرف في المال العقاري⁽²⁾.

الفرع الثالث: الأملاك الوقفية

نصت المادة 31 من القانون رقم: 25-90 السالف الذكر، والتي نصت على مايلي: "الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكا بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوستاء الذين يعينهم المالك المذكور"⁽³⁾.

وتنقسم هذه الأملاك في القانون الجزائري إلى أملاك عقارية وقفية خاصة وأملاك عقارية وقفية عامة، الأملاك العقارية الوقفية الخاصة، هي التي حبسها مالكا، وجعل منفعتها على نفسه ثم على أولاده وذريته من بعده، وبعد انقراضهم يصرف على الجهة الخيرية ويخرج هذا النوع من الأملاك العقارية عن مجال تطبيق قانون الأوقاف بموجب القانون رقم: 10-02 المتضمن تعديل قانون الأوقاف حيث تطبق عليه الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها. أما عن الأملاك العقارية الفلاحية التابعة للأملاك الوقفية العامة فهي الأملاك العقارية التي حبسها صاحبها عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة، على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير، تتميز الملكية العقارية الوقفية العامة في هذا المجال بخصائص أهمها تمتع الوقف بالشخصية المعنوية، كما أنها تستغل وتنمى عن طريق عقود إيجار فلاحية تبرم وفقا للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول⁽⁴⁾.

المبحث الثاني: عن المساهمة الفعالة للعقار الفلاحي في انعاش الاستثمار المحلي

مما لا شك أن عنصر العقارات له الدور الاستراتيجي في تحفيز الاستثمار المحلي، وعليه في هذا العنصر سنتعرض للمسائل التي تحكم منح العقار الفلاحي، منها الامتياز، والاستصلاح.

قبل التطرق للتفصيل في العناصر المكونة للمبحث الثاني، لا بأس لو تعرضنا لتعريف الاستثمار الفلاحي من المنظور الاقتصادي: "يعرف الاستثمار في قطاع الفلاحة على أنه دمج عوامل الإنتاج المتوافرة في الفلاحة (الأرض، العمل، رأس المال)، وتشغيلها لأجل إنتاج مواد زراعية لسد حاجيات المستهلكين وللحصول على

⁽¹⁾ قانون رقم: 25-90، السالف الذكر.

⁽²⁾ أحمد برادي، حنان شتوان، آليات حماية العقار الفلاحي في التشريع الجزائري، مجلة جيل الابحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، العدد 38، لبنان، فبراير 2020، ص ص 49-70.

⁽³⁾ قانون رقم: 25-90، السالف الذكر.

⁽⁴⁾ سوسن بوصبيعات، النظام القانوني لاستغلال العقار الفلاحي في الجزائر-الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، تخصص قانون عقاري، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2017/2018 ص 126 ومايليها. لمزيد من التفصيل أنظر: عيسى بن دوحه، مريم بوشري، مرجع سابق، ص 142.

أفضل النتائج الممكنة، حيث تختلف هذه النتائج بحسب نوع النظام السائد ففي النظام الرأسمالي فيجب أن يحقق أكبر عائد اقتصادي ممكن، أما النظام الاشتراكي يجب أن يحقق الاستثمار في قطاع الفلاحة أفضل عائد اقتصادي واجتماعي في نفس الوقت، والاستثمار الفلاحي يحتاج إلى بيئة استثمارية متطورة ومتكاملة حتى تنخفض درجة المخاطرة التي يتعرض لها الاستثمار الفلاحي مقارنة مع الاستثمار في قطاعات أخرى وهذا لضمان استمراريته ونموه⁽¹⁾.

المطلب الأول: الديوان الوطني للأراضي الفلاحية كآلية تسيير الأوعية العقارية الفلاحية

في هذا المطلب سنتطرق للهيئة المكلفة بمنح العقار الفلاحي للاستثمار، والتي تسمى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية

الفرع الأول: التعريف بالديوان الوطني للأراضي الفلاحية

الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، عبارة عن هيئة عمومية مكلفة بالتنظيم العقاري. حيث جاء في أحكام المادتين 61 و 62 من القانون رقم: 90-25 السالف الذكر، والمتضمن قانون التوجيه العقاري على أنه هناك هيئة عمومية مكلفة بالتنظيم العقاري، تمارس حق الشفعة، المادتين نصت على وجود هيئة عمومية توكل لها مهمة التنظيم العقاري، إلا أنها لم تحدد بالضبط ماهية هذه الهيئة، وبصدور المرسوم التنفيذي رقم: 96-87⁽²⁾ مؤرخ في 24/02/1996، الذي تضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، جاء في نص المادة الأولى منه مايلي: "عملا بالقانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990 والمذكور أعلاه، تحدث مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تحت اسم: الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وتدعى في صلب النص "الديوان"⁽³⁾..."

إذن فالديوان الوطني للأراضي الفلاحية، هو عبارة عن هيئة عمومية مكلفة بالتنظيم العقاري تنفيذاً للسياسة العقارية الفلاحية، وطبقاً لأحكام المادة الأولى من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه، فإن الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، ذو طابع صناعي وتجاري، يتمتع بالشخصية المعنوية وله ذمة مالية مستقلة.

الفرع الثاني: مهام وصلاحيات الديوان في منح الامتياز

في البداية نشير إلى كيفية عمل وسير الديوان حيث يسير الديوان الوطني للأراضي الفلاحية من طرف المجلس الإداري تحت إشراف المدير العام ويكلف المجلس بدراسة وتقديم اقتراحات إضافة إلى أي تدابير متعلقة بتنظيم وتسيير الديوان وذلك تحت إشراف وزارة الفلاحة، وطبقاً لنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم: 96-87 السالف الذكر، يوضع الديوان تحت وصاية الوزير المكلف بالفلاحة، ويكون مقره

⁽¹⁾ جمال جعفري، سهيلة شيخاوي، دور الاستثمار الزراعي في تنمية الاقتصاد الزراعي بالجزائر-دراسة قياسية للفترة ما بين 1995-2016، ملتقى وطني حول " تنمية الاقتصاد الزراعي والريفي كآلية للتنوع الاقتصادي في الجزائر (الواقع والأفاق والتحديات)، يومي: 05-06 نوفمبر 2019، كلية العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، جامعة حسيبة بن بوعلي -الشلف-، الجزائر.

⁽²⁾ المرسوم التنفيذي رقم: 96-87 مؤرخ في 24 فبراير سنة 1996، يتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، جريدة رسمية عدد 15 مؤرخة في 24/02/1996.

⁽³⁾ عواطف عباد، ممارسة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية لحق الشفعة: تعليق على نص المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 10-326 "تعليق على مادة قانونية"، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السابع عشر، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر ببسكرة، الجزائر، سبتمبر 2018، ص 327 ومايلها.

- مدينة الجزائر⁽¹⁾. هذا ما من شأنه أن يضع تناقض في النصوص القانونية، فبين نص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم: 87-96 السالف الذكر، التي تقر بتمتعته بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، والمادة الثانية من نفس المرسوم والتي تضعه تحت وصاية الوزير المكلف بالفلاحة.
- يمارس الديوان مهام الخدمة العمومية طبقا لدفتر الشروط كما هو مبين في المرسوم التنفيذي رقم: 87-96 السالف الذكر، ويتولى باعتباره أداة للدولة، ويتصرف لحسابها تنفيذ السياسة العقارية الفلاحية، وبهذه الصفة يكلف بجميع المهام التي لها علاقة بالهدف من وراء إنشائه⁽²⁾.
 - تطبيقا للقانون رقم: 03-10 المذكور أدناه، يتولى تحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز.
 - له علاقة مع مديرية أملاك الدولة من أجل معالجة ملفات طلبات الامتياز على الأراضي الفلاحية المتعلقة بالأملاك الخاصة للدولة وتنفيذ الإجراءات المعدة لهذا الغرض.
 - ضمان ومتابعة شروط المستثمرات الفلاحية الممنوحة والتابعة لأملاك الدولة الخاصة وتطوير طرق التقسيم والاستخدام الأمثل والمستدام من طرف أصحاب الامتياز.
 - ضمان عدم اتخاذ أي إجراء متعلق بالأراضي الفلاحية يؤدي إلى تغيير الوجهة الفلاحية.
 - يمكن له في إطار نشاطاته الخاصة أن يقتني أي مستثمرة أو أرض فلاحية أو ذات طابع فلاحي تسند تهيئتها أو تثمينها أو استصلاحها له عن طريق العقد.
 - يضع الأراضي المصروح بأنها غير مستغلة قيد الاستغلال أو الانجاز أو البيع بموجب المادة 50 من القانون رقم: 25-90 المتضمن التوجيه العقاري، السالف الذكر.
 - يمارس حق الشفعة لامتلاك الأراضي المعروضة للبيع بموجب المادة 52 من القانون رقم: 25-90 السالف الذكر.
 - يطور بموجب المادة 58 من القانون رقم: 25-90 السالف الذكر، الرسائل التقنية والمالية التي تشجع تحديث المستثمرات الفلاحية بواسطة المبادلات الودية وعمليات إعادة ضم قطع الأراضي إلى بعضها مهما تكن الفئة القانونية التي تتبعها.
 - دراسة طلبات الامتياز على الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة الخاصة، مع اتخاذ جميع التدابير والإجراءات الخاصة بهذا الشأن.
 - متابعة سير أصول المستثمرات الفلاحية في حالة نقل الملكية مع مراقبة هذه المستثمرات من أجل تطبيق قواعد منع الانتهاكات التي تعيق استمرار العمل فيها طبقا للنظام المعمول به⁽³⁾.

⁽¹⁾ أنظر نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم: 87-96 السالف الذكر.

⁽²⁾ سفيان ذبيح، الديوان الوطني للأراضي الفلاحية كآلية لحماية العقار الفلاحي، مجلة صوت القانون، المجلد السادس، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلاني بونعامة بخميس مليانة، الجزائر، أبريل 2019، ص ص 90-91.

⁽³⁾ مرجع نفسه، صفحة نفسها.

المطلب الثاني: الامتياز الفلاحي كنمط فعال لتشجيع الاستثمار المحلي

يعد منح الامتياز في القطاع الفلاحي، من أبرز الطرق لتشجيع الاستثمار المحلي وتطويره، وهذا ما سيتم التطرق اليه في هذا العنصر، من خلال توضيح حق الامتياز، كذا طرق منحه.
الفرع الأول: الامتياز ما هو؟

نصت المادة 03 الفقرة الثانية من القانون رقم: 16-08⁽¹⁾ المؤرخ في 03 أوت 2008، المتضمن التوجيه الفلاحي، كما يلي: " الامتياز هو عقد تمنح بموجبه السلطة المانحة لشخص حق استغلال العقارات الفلاحية لمدة محددة مقابل دفع إتاوة سنوية".

كما عُرف الامتياز بموجب نص المادة 04 من القانون رقم: 10-03 كمايلي: " الامتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص "المستثمر صاحب الامتياز"، حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة..."⁽²⁾.

تطبيقا للقانون السالف الذكر، صدر المرسوم التنفيذي رقم: 10-326⁽³⁾ مؤرخ في 2010/12/23، الذي يحدد كفاءات منح امتياز استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، وجاء في نصه أن مديرية أملاك الدولة هي من تتكفل بإعداد عقد الامتياز ومنحه لكل فرد في المستثمرة الفلاحية الجماعية او الفردية، كما أوكل المشرع مهمة الاشراف ودراسة ملفات المستفيدين للديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وذلك قصد القضاء على التجاوزات التي عرفت التشريعات السابقة بما يعرف منح الأراضي لمن يخدمها⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: شروط وكفاءات منح الامتياز

يتم التحويل من حق الانتفاع الدائم، في ظل القانون رقم: 87-19⁽⁵⁾، إلى حق الامتياز في ظل القانون رقم: 10-03 السالف الذكر، وفقا لإجراءات تتمثل في إيداع ملف التحويل ليتم دراسته على مستوى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، بعدها يتم إصدار عقد امتياز كما سنوضحه:

أولا: إيداع الملف لدى الجهات المخولة قانونا: يودع ملف تحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق الامتياز لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، من طرف المستفيد من المستثمرات الفلاحية الجماعية أو الفردية الذي استفاد في ظل القانون رقم: 87-19، والذي يحوز على عقد رسمي مشهر لدى المحافظة العقارية أو من خلال قرار ولائي، خلال 18 شهرا.

يتكون الملف⁽¹⁾ :- استمارة وفق النموذج المرفق في المرسوم التنفيذي رقم: 10-326 السالف الذكر،

⁽¹⁾ قانون رقم: 16-08 مؤرخ في 3 غشت سنة 2008، يتضمن التوجيه الفلاحي، جريدة رسمية عدد 46 مؤرخة في 10 غشت سنة 2008 .

⁽²⁾ قانون رقم: 10-03 مؤرخ في 10 غشت سنة 2010، يحدد شروط وكفاءات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، جريدة رسمية عدد 46 مؤرخة في 18 غشت سنة 2010.

⁽³⁾ مرسوم تنفيذي رقم: 10-326 مؤرخ في 23 ديسمبر سنة 2010، يحدد كفاءات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، جريدة رسمية عدد 79 مؤرخة في 29 ديسمبر سنة 2010.

⁽⁴⁾ مخلوف لكحل، عقد الامتياز ودوره في تطوير الاستثمار -دراسة حالة العقار الاقتصادي-، اطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، تخصص قانون السوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، الجزائر، 2018/2017، ص ص 84-85 .

⁽⁵⁾ قانون رقم: 87-19 مؤرخ في 08 ديسمبر سنة 1987، يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، جريدة رسمية عدد 50 مؤرخة في 09 ديسمبر سنة 1987 الملغى.

- نسخة من بطاقة التعريف الوطنية مصادق عليها.
 - شهادة فردية للحالة المدنية.
 - نسخة من العقد الأصلي المشهر بالمحافظة العقارية أو قرار الوالي.
 - نسخة من مخطط رسم الحدود أو مستخرج مخطط مسح الأراضي.
- يقدم الملف الخاص بطلب تحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق الامتياز لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، يقوم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بدراسة طلبات تحويل العقود المتضمنة حقوق الانتفاع الدائم المودعة لديه إلى عقود الامتياز طبقاً للقانون رقم: 10-03 السالف الذكر، وامضاء دفتر الشروط مع المستثمر صاحب الامتياز وفق النموذج المرفق الأول من المرسوم التنفيذي رقم: 10-326⁽²⁾، ويرسل الملف إلى إدارة أملاك الدولة، بغرض إعداد عقد الامتياز باسم كل مستثمر فلاح، ويتم تحويلها إلى مصلحة الشهر العقاري بالمحافظة العقارية لشهرها.
- ثانياً: إعداد عقد الامتياز وشهره: عند موافقة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية على ملف طلب التحويل وامضائه لدفتر الشروط⁽³⁾، مع صاحب الحق، يتم إرسال الملف إلى مديرية أملاك الدولة ليتم الإعداد لعقد الامتياز على مستوى مصالحها باسم كل مستثمر على المشروع وبحصص متساوية، غير أنه يمكن لكل مستثمر الخروج من الشيوع عن طريق تشكيل مستثمرة فردية، وفي هذه الحالة يتعين عليه تقديم طلب إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، ويشمل عقد الامتياز البيانات التالية:⁽⁴⁾
- لقب واسم وتاريخ ميلاد وعنوان المستثمر صاحب الامتياز.
 - الحصص المحصل عليها في الشيوع عند الاقتضاء.
 - مدة الامتياز
 - موقع الأرض وقوامها والأملاك السطحية كما هي مبينة في جرد الأملاك كما نصت عليه المادة 03 من نفس المرسوم.
- وبعد استكمال الإجراءات ترسل إدارة أملاك الدولة العقد إلى المحافظة العقارية لشهره، حيث يهدف إجراء الشهر إلى تثبيت عقد الامتياز بما في ذلك حق الامتياز لصالح الشخص المستفيد واعلام الغير بالتصرفات الواردة على الأرض الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة محل امتياز، لتقوم بعد ذلك إدارة أملاك الدولة بإرسال العقد المشهر بعد تسجيله، إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية لتبليغه لصاحب الامتياز⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ أنظر نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم: 10-326، مرجع سابق.

⁽²⁾ أنظر الملحق الأول من المرسوم التنفيذي رقم: 10-326، مرجع سابق.

⁽³⁾ أنظر الملحق رقم: 03 من المرسوم التنفيذي رقم: 10-326، مرجع سابق.

⁽⁴⁾ أنظر نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم: 10-326، مرجع سابق.

⁽⁵⁾ أنظر نص المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم: 10-326، مرجع سابق.

الخاتمة:

ملخص القول هو أن العقار الفلاحي يعد الوسيلة المثلى في خدمة التنمية الاقتصادية، يكتسي أهمية كبيرة تستمد من كيفية خلق المناخ المناسب للاستثمار المحلي، الأمر الذي جعل من المشرع الجزائري يسن العديد من القوانين، لمتطلبات الحياة الاقتصادية التي تولي القطاع الفلاحي أهمية قصوى، ومن جهة أخرى تحقيقا وتلبية لمتطلبات المستثمرين الفلاحيين، من خلال تثمين المناطق الفلاحية الموجودة، إضافة لخلق مناطق جديدة. كما أن غايته هو محاولة التخفيف من العراقيل التي لا تزال تعيق اضطلاع العقار الفلاحي بدوره في ترقية الاستثمار المحلي.

نخلص لجملة من النتائج أهمها:

- حق الامتياز محدد بمدة 40 سنة، خلق نوع من الاستقرار للمستثمر الفلاح.
- الدور المنوط للديوان الوطني للأراضي الفلاحية، غير كافٍ خصوصا عدم استقلاله وتبعيته للوزارة المكلفة بالفلاحة، رغم توفر الوسائل المادية والبشرية.
- أهم الاقتراحات التي خلصت بها دراستنا هذه:
- ضرورة خلق مناخ مناسب للمستثمر الفلاحي، بدءا بتسهيل الاجراءات الادارية، وعدم تحديد مدة الامتياز لاستقرار المستثمر الفلاحي، وكذا المرافقة الفعالة لا الشكلية.
- الاكتفاء بالهيئة العمومية المنصوص عليها في القانون والتي هي الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، كهيئة وحيدة ومستقلة عن السلطة التنفيذية سواء الوزارة أو الولاية.

القضاء واشكالية في منازعات استثمار العقار الصناعي



ط. د. / العبد صحراوي، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)

ط. د. / عنان امال، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)

مقدمة:

عملت الدولة الجزائرية منذ استقلالها جاهدة من اجل اعادة بناء نفسها والنهوض باقتصادها من خلال ما اتخذته من اصلاحات شملت العديد من المجالات المختلفة، حيث انتقلت في رحاب ذلك من النظام الاشتراكي الى النظام الليبرالي وتفتحت على اقتصاد السوق في بداية التسعينيات عقب الازمة الاقتصادية التي شهدتها والانتفاضة الشعبية المطالبة بتغيير النظام التي عاشتها سنة 1988 التي تزامنت دوليا مع انهيار المعسكر الشيوعي وحصول الازمة الاقتصادية العالمية وانخفاض اسعار البترول وتدنى المستوى المعيشي على المستوى الداخلي، حيث حاولت من خلال دستورها اصلاح الوضع بتغيير نمط النظام الاقتصادي المعمول به، والاعتراف بحق الملكية الخاصة ومحاولة تدارك الوضع لاسيما بعد انحطاط اسعار البترول، اين وجهت اهتمامها الى العقار لتدارك الاوضاع المزرية والذي شغل اهتمام الجميع سواء من المواطنين او الاجانب ولكونه مصدرا هاما لجذب المداخليل لدولة بغض النظر عن طبيعته فلاحية كانت او سياحية او صناعية، وهو ما اولت سلطات الدولة الاهتمام وعملت على تنظيمه بواسطة تشريعات تكفل له الحماية، الا انه في الناحية العملية لم يسلم من العقاب التي واجهته سواء ما تعلق منها بحق الملكية او بالشروط التي اصبحت ترهق كاهل المستثمرين، وهو ما حاول المشرع معالجته لحماية لحق الملكية والمستثمرين وتمكينهم من الدفاع عن حقوقهم امام الجهات المختصة

اشكالية الموضوع: ما دور الجهات القضائية في تسوية المنازعات المتعلقة بالعقار الصناعي الموجه

لخدمة المستثمرين

المحور الأول: المنازعات المتعلقة

اولا: المنازعات في قرار رفض منح الامتياز

تتكفل الوكالة الخاصة بترقية الاستثمار ودعّمه ومتابعته بمنح الامتياز للمستثمرين بموجب قرار اداري تصدره هذه الاخيرة عقب تقديم المستثمر لطلب الامتياز وايداعه لتصبح بالاستثمار في مدة لا تتعدى 30 يوما من تاريخ ايداعه من قبل المستثمر الذي اجاز له القانون ذلك في حالة رفض طلبه او سكوت الوكالة المعنية بالبت في صلب الموضوع عن الرد عليه خلال الاجال المحددة لها قانونيا لطعن فيها امام السلطات الوصية عليها والمتمثلة في الوزير الاول الذي يتكفل بدوره بالنظر في الطعون والبت فيها بمقتضى القرار الصادر، خلال 15 يوما عملا بما تقتضيه المادة 7 من القانون 03/01 المعدل والمتمم في الجريدة الرسمية العدد 47 والتي تشترط لقبول الطعن ليكون ان يقدم بموجب عريضة محررة وموقعة وفقا لما هو معمول به

من الاجراءات المتبعة في رفع الدعوى الادارية المدرجة في المواد من 815 الى 824 من قانون الاجراءات المدنية والادارية مرفق بالقرار الصادر عن الوكالة المعنية بالطعن، غير ان الجدير بالذكر في هذا المسالة ان القرار الصادر عن رئيس الحكومة والفاصل في موضوع النزاع هو قرار نهائي غير قابل لطعن فيه اما القضاء باي شكل من الاشكال باعتباره من اعمال السيادة، وهو ما اكده المرسوم التشريعي 12/93 ما يقف عائق امام المستثمرين في قبول طلبهم

وهو الوضع الذي لم يستمر في ظل الامر 01-03 الصادر بتاريخ 2001/08/20 الذي فسخ بدوره المجال امام المستثمرين ومكنهم من اللجوء الى القضاء لطعن في قرار الوكالة تداركا لنقص الذي يشوب المرسوم السابق ذكره.¹

ثانيا: المنازعات القائمة حول فسخ عقد الامتياز

اذا كانت عقود الامتياز المبرمة في مجال العقار الفلاحي تنتهي بفعل ثلاثة اسباب قد تؤول اما لانقضاء مدة العقد في حالة عدم تحديده او بناء على طلب يتقدم به المستثمر قبل انتهاء العقد او حالة اخلال المستثمر بما يقتضي ان يلتزم به من الالتزامات حسب ما ورد في المادة 26 من القانون 03-10 والمادة 7 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 10-326² فان عقود الامتياز المتعلقة بالعقار الصناعي وان كانت في الغالب ما تنتهي بالتنفيذ الكلي للمشروع الا انها قد تنتهي قبل اوانها وذلك في حالة تنفيذها بشكل جزئي متى تعرضت لسحب او بناء على الارادة المنفردة للادارة المختصة عند اقدمها على فسخ العقد بعيدا عن القضاء ومتى صدر من الطرف الاخر خطأ جسيم مدام الامر محل العقد متعلقا بالاملاك الوطنية العامة تطبيقا المرسوم 320/94 المؤرخ 1994/10/17 المتضمن المناطق الحرة³، وهو ما اكده المادة 28 من القانون 03-10 التي يتضح في محتواها انها قد خولت للادارة احقية فسخ عقد الامتياز اذا ما وقع تقاعس اي عدم تنفيذ المستثمر لما يجب ان ينفذه له من الالتزامات، وهو ما عززته المادة 08 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي 10-326⁴

وفي هذا السياق قد يحدث الفسخ في حالة وقوع افلاس او تصفية او حل للمنطقة الحرة او وقوع تلف تام او جزئي للمنطقة الحرة جراء وقوع ظروف طارئة تعيق من استغلالها، او في حالة عدم احترام المستفيد لاحد البنوك أو شروط الاتفاقية النموذجية او احكام دفتر الشروط على ان يتم اشعار المستفيد من قبل الادارة المعنية وجوبا تحت طائلة البطلان برسالة مسجلة قبل 6 اشهر من اجراء الفسخ تطبيقا للمادتين 14 و15 من الاتفاقية النموذجية لمنح استغلال وتسير المنطقة الحرة الملحق بمرسوم 320-94 المؤرخ 10/01/1994، وهو ما يفرق عن الفسخ المتعلق بالأملاك الوطنية الخاصة طبقا لاحكام المرسوم التنفيذي

¹ - مسكر سهام، المنازعات المترتبة على استثمار العقار الصناعي بموجب عقد الامتياز، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، جامعة لبليلة 2، ص 348

² - بوصبيبات سوسن، النظام القانوني لاستغلال العقار الفلاحي في الجزائر، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2017-2018، ص 246

- مكسر سهام، المرجع السابق، ص 350³

- بوصبيبات سوسن، المرجع السابق، ص 246⁴

322/94 المؤرخ في 1994/10/17 المتضمن منح امتياز استغلال المناطق الخاصة ، حيث بالامكان فسخ عقد الامتياز باتفاق من الطرفين في اي وقت من طرف صاحب الامتياز شريطة ان يوجه اعدار الى الادارة صاحبة للامتياز في حالة عدم احترام المستفيد للالتزامات المفروضة كعد انجازه للمشروع وفق الشروط وحسب الاجال المحددة في دفتر الشروط بقوة القانون البند 12 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي 322-94 المؤرخ في 1994/10/17 المتضمن منح الامتياز استغلال الاملاك الوطنية الواقعة في مناطق الخاصة في اطار ترقية الاستثمارات، اضافة الى حالة التاجير الثانوي او التنازل عن حق الامتياز دون موافقة الوكالة وادارة املاك الدولة على ذلك بصفة كتابية وصريحة وفي حالة استعمال القطع الارضية او جزء منها او الممنوح امتيازها لاغراض غير تلك التي منح من اجلها عقد الامتياز كتغيير النشاط المتفق عليه في دفتر الشروط، وفي هاتين الحالتين يتم فسخ عقد الامتياز بقوة القانون وبصفة فورية من الادارة ودون اتباع الاجراءات القضائية.¹

كما هو الحال عليه بالنسبة العقار الفلاحي حيث ان الفسخ يوقع بقوة القانون بعيدا عن القضاء عقب قيام الديوان الوطني للاراضي الفلاحية باثبات عدم تنفيذ المستثمر للالتزاماته التي احتوتها المادة 22 الى 29 من القانون 03-10 بواسطة محضر يتولى اعداده المحضر القضائي بعدما يوجه له اعدار للمستثمر ومنحه مهلة لتنفيذ التزاماته ويطبق الفسخ بموجب قرار تصدره املاك الدولة المختصة في حالة عدم تنفيذه لالتزامه بعد انقضاء الاجل المحدد يبدو ان القانون 03-10، قد اقر للمستثمر صاحب الامتياز حق اللجوء الى القضاء للطعن في القرار الاداري المتضمن فسخ عقد الامتياز حيث يتحقق القاضي هنا من مدى شرعية قرار الفسخ من الجانب الخارجي عيب الشكل وعدم الاختصاص دون مناقشة مدى اشتماله لشروط الفسخ.²

وعليه فالفسخ المطبق في هذا النوع من العقود لا يحدث الا اذا تقدمت الادارة بطلب بنفسها في الحالة التي يتبين فيها لهذه الاخيرة عدم امتثال المستفيد للامتياز بما احتواه العقد من بنود على ان يتم اعداره برسالة موصى عليها مرفقة بوصل الاستلام او باتفاق من طرفي العقد باللجوء الى الجهات القضائية المختصة.³، ولا يمكن ان ننكر ان الفسخ الاداري الذي ينصب على عقد الامتياز جزاء في غاية الخطورة لانتهاك المستثمر لالتزاماته تطبيقا لما هو مقرر في المادة 28 من القانون 03-10 ورغم من جواز الطعن فيه امام الجهات القضائية المختصة في غضون شهرين ابتداء من تاريخ فسخ العقد لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية وبتوزع الاختصاص بين القضاء العادي والاداري حيث قد يؤول الاختصاص الى القضاء العادي باعتبار ان المستثمرة الفلاحية شركة مدنية او في حالة تدخل هذا الاخير في نزاع مع الغير، والذي قد

- مسكر سهام، المرجع السابق، ص 351¹

- بوضعييات سوسن، المرجع السابق، ص 247²

³ - جلال عزيزي، عبد الكريم موكة، عقد الامتياز كالية لاستغلال العقار الموجه للاستثمار، مجلة ابحاث قانونية وسياسية، العدد 3، جامعة

يؤول الى القضاء الاداري نفسه بحكم اختصاصه بالدعاوي المتعلقة بإلغاء القرار الاداري الصادر عن مدير املاك الدولة المتضمن فسخ عقد الامتياز جراء عدم امتناع المستثمر عن تنفيذ التزاماته.¹

ان الامر المثير للانتباه ان الفسخ في هذه المناطق ما هو الا مجرد احكام قانونية لا غير حيث ليس بإمكانه طرح منازعات حقيقية حاليا لاسيما في الوقت الذي توجد فيه منطقة حرة وحيدة بجيجل علاوة على ان الامر 02/03 المؤرخ في 1994/10/17 المتضمن لمنح استغلال المناطق الخاصة يتيح فسخ عقد الامتياز المسخر لاستغلال المنطقة الحرة بخلاف الفسخ المنصب على الاملاك الوطنية الخاصة تجسيدا لاحكام المرسوم التنفيذي 322/94 المؤرخ في 1994/10/17 المتضمن منح امتياز استغلال المناطق الخاصة الذي يتيح بدوره امكانية فسخ عقد الامتياز بناء على اتفاق الطرفين في اي وقت على ان يعذر للادارة المانحة له قبل 6 اشهر من اتخذه اجراءات الفسخ وبغض الضر عن ما اذا صدر الفسخ بمبادرة من الادارة المانحة للامتياز في حالة اخلال المستفيد بالالتزامات المقررة له قانونا او باتفاق من الطرفين كما سبق الحديث عنه فان ذلك يجرى بقوة القانون عملا بالبند 12 من دفتر شروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 94-322 المؤرخ 1994/10/17 المتضمن منح عقد الامتياز استغلال الاملاك الوطنية الواقعة في مناطق الخاصة في اطار ترقية الاستثمار²

ثالثا: المنازعات الناجمة عن اسقاط حق الامتياز

في الحقيقة بإمكان الادارة التي قامت بمنح حق الامتياز للمستثمر التراجع عن هذا القرار بسحب الامتياز من المستثمر متى تبين لها تماطل وتأخره عن تنفيذ ه للمشروع خلال الاجال المتفق عليها ضمن العقد لتنفيذ عقد الامتياز غير ان ذلك لا يحدث الا بالجوء للادارة الى القضاء مادامت عقود الامتياز لا تكون محلا للفسخ بالارادة المنفردة للادارة ولا يقع ذلك الا بمبادرة من هذه الاخيرة باحالة الملف للقاضي³

المحور الثاني: منازعات تحويل ملكية العقار الصناعي

تنبثق عن المنازعات المتعلقة بتحويل ملكية العقار الصناعي نوعين من المنازعات والمتمثلة في منازعات تحويل ملكية العقار الصناعي الى المؤسسات المكلفة بالترقية او منازعات تحويل ملكية العقار الصناعي من الهيئات المختصة الى المتعاملين الاقتصاديين⁴ وهو ما سنحاول التعرض اليه فيما يلي

اولا: منازعات تحويل ملكية العقار الصناعي الى المؤسسات المكلفة بالترقية

يحدث هذا النوع من المنازعات غالبا عندما تباع قطعة ارضية عارية نزعت ملكيتها من ذومها للهيئات المتخصصة بالترقية لغرض تجهيزها وتهيئتها من اجل بيعها الى المتعاملين، بيد ان المشكلة التي يمكن ان تنبثق عن هذا الاجراء هو امكانية وقوع نزاع عند الاقبال على تسوية التحويل الاولي للقطع العارية الى وكالات

- بوصعبيات سوسن، المرجع السابق ص 278¹

² - مسكر سهام، المنازعات المترتبة على استثمار العقار الصناعي بموجب عقد الامتياز، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، جامعة البليدة 2، ص 350

³ - جلال عزيزي عبد الكريم موكة، المرجع السابق، ص 136

⁹ - خواجه سميحة حنان، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 2015. 2014، ص 318

الترقية في المناطق الصناعية، وهو ما يؤكد القرارات الاداريين الصادرين بتاريخ 12 ديسمبر 1972 و28 فيفري 1976 من الوالي المتضمنين لمسالة نزع الملكية للمنفعة العمومية في سبيل احداث منطقة صناعية حسب ما ورد في القرار الاول ان ملكية المدعى عليه وارده في نطاق محيط المنطقة الصناعية الذي اقدم على وضع وحدة البلاط حيث ادعى الصندوق الجزائري للتهيئة العمرانية ضد السيد (ع.ح) طالبا باصدار امر هدم هذه الوحدة مادامت القطعة الارضية واقعة في نطاق نزع الملكية، وخلافا لطلب الصندوق الجزائري والوالي اصدرت الغرفة الادارية بالمجلس الاعلى القرار الصادر سنة 1982/11/27 تحت رقم 28303 لصالح المدعى عليه (ع.ح) الذي ايد القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة الغرفة الادارية في 29 افريل 1981 القاضي برفض الدعوى المرفوعة من الصندوق الجزائري للتهيئة العمرانية والوالي الهادفة الى تهديم وحدة البلاط المشيدة من المدعي.¹

والملاحظ ان السبب وراء هذه المنازعات وعلى وجه الخصوص في مناطق النشاط التي تعود ملكيتها لاراضي الخواص تكمن في استلاء البلدية في ظل الاحتياطات العقارية على الاراضي دون مال واضح لا يستجيب لمعيار نزع الملكية للمنفعة العامة من غير اي تعويض احيانا، وهو ما يؤكد لنا المنشور رقم 001582 الصادر عن وزارة المالية في 10 افريل 2004 الموجه الى مديري املاك الدولة عبر كافة ولايات الوطن ومديري الحفظ العقاري الملزم بتعويض الخواص عن ممتلكاتهم العقارية المدمجة في الاحتياطات العقارية للبلديات في ظل الامر 26-74 لوجود خروقات تتعلق اساسا بهذا الموضوع واستمرارية هذه الوضعية من المنازعات بين حقوق الملاك القدامى والجدد ما يعيق الخوصصة والاستثمار بجميع انواعه.²

ثانيا: منازعات تحويل ملكية العقار الصناعي من الهيئات المتخصصة الى المستثمرين

من ما لاشك فيه ان عقد الامتياز المتعلق بالعقار الصناعي هو عقد ذو طبيعة ادارية تسهر مديرية املاك الدولة في اعداده تحت اشراف مديرها المختص اقليميا كطرف في العقد وممثل للدولة امام القضاء في حالة وقوع نزاع طبقا للقرار المؤرخ في 20 فبراير سنة 1999 وتطبيقا للمعيار العضوي الذي يسند الاختصاص للمحاكم الادارية باعتبارها صاحبة الولاية العامة للفصل في المنازعات³، وعلى خلاف ذلك فالمنازعات الناشئة بين صاحب الامتياز والغير في اطار عقد الامتياز فان القضاء العادي هو المختص بالنظر فيها⁴

ومن جهة اخرى ان التباطؤ الملحوظ على مستوى الهيئات المكلفة بالترقية البائعة في اعداد منح عقود الملكية (URB) للمستفيدين من المتعاملين الاقتصاديين قد اسهم في تدني المستوى الذي تراجع ليصل الى نسبة 24 بالمئة من المناطق الصناعية لاسيما في مناطق النشاط الى غاية 2004 حيث تحصل 10.000 متعامل على السندات ملكية 13.000 ممن يملكون قرار التخصيص، ويجدر بالذكر انها لم ترقى الى

- خوادجية سميحة حنان، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، المرجع السابق، ص 319¹

- خوادجية سميحة حنان، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، المرجع السابق، ص 320²

³- جلال عزيزي عبد الكريم، المرجع السابق، ص 136

- جلال عزيزي عبد الكريم موكة، المرجع السابق، ص 136⁴

مستوى العقد حسب الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، وهو ما حصل في اكثر من منطقة نشاط ممن عرفت تباطئا في اعداد عقود الملكية لصالح المتعاملين الاقتصاديين الذين قدمت اليهم قرارات تخصيص مثلما حدث في مناطق النشاط قصر البخاري لولاية لمدينة نظرا لصعوبة تحويل الملكية الى الاجهزة المعنية علاوة على التأخر الصادر من جهة وكالات الترقية والبلديات في تجهيز المناطق جراء نقص الملحوظ في الموارد المالية ناهيك على ما يطرأ من منازعات بخصوص تحول استغلال العقار الصناعي نتيجة لوقوع تجاوز من قبل الممثلين المحليين لوظيفتهم في توزيع الاراضي الموجهة للاستثمار.¹

وفي هذا السياق دعا مديري املاك الدولة والمتعاملين الى وجوب تسوية هذه الاراضي الممنوحة قبل صدور قانون التوجيه العقاري 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 ولجل تصفية شاملة ونهائية لهذه المنازعات صدرت مذكرة عن المديرية العامة لاملاك الوطنية رقم 2584 المؤرخة في 23 مارس 2008 متضمنة لمجموعة من الاجراءات لتسوية نذكر منها ما يلي:

- حالة منح السلطات المحلية الاراضي الواقعة خارج محيطات التعمير من اجل انجاز مشاريع استثمارية.

والتكفل بالوضعيات المتشابهة حيث يتعين على مديري املاك الدولة الاخذ بعين الاعتبار مقررات منح الاراضي من السلطات المحلية والقيام بعملية تسوية الاوعية العقارية وتسليم عقود الملكية لفائدة المعنيين وتسوية هذه العمليات يستلزم ان يكون على اساس القيمة التجارية المحددة وقت المعاملة او بالأحرى تسوية حالاتهم على اساس اسعار الاحتياطات العقارية البلدية وقت المنح لأنه مطالبة المستفيدين بتسديد القيمة التجارية الحالية، وبمناسبة منازعات تحويل الملكية المستثمرين المثارة بسبب تجاوز الممثلين المحليين لحدود صلاحياته اصدر مجلس الدولة القرار رقم 6110 المؤرخ في 11/03/2002 المتضمن في طياته الغاء القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو الذي يلزم البلدية اولاد متمثلة في شخص رئيسها بتسوية وضعية المدعي فيما يخص القطعة الارضية الواقعة ضمن منطقة النشاط لان رئيس المندوبية التنفيذية بموجب القرار 97/10 المؤرخ في 16/02/1997 منح قرارات استفادة لعدد من المستفيدين يفوق عددهم الخمسون ما يخالف المادة 73 من القانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري²

1- منازعات العقار الصناعي التابع للمؤسسات العمومية الاقتصادية والمحلية:

كثيرا ما ينبثق هذه الصنف من المنازعات من عدم تحول حق ملكية التراث العقاري للمؤسسات العمومية والاقتصادية والمحلية خلال مراحل الاصلاحات الاقتصادية، حيث غالبا ما تمتلك عقارات بمقتضى سندات ليست لها اي قيمة قانونية او تدخل في املاك الدولة مما يعقد تدابير تطهير الوضعية القانونية لهذه العقارات بل تبث انشاء مؤسسات عمومية على اراضي واملاك شاغرة تركها المعمرين بعد الاستقلال دون شهر قرارات الاعلان عن شغورها بالمحافظة العقارية لذلك هي لاتزال باسم الملاك السابقين³، وعلى هذا الاساس فان اغلب المنازعات الواقعة على عقار الصناعي قد تمتد الى العقار الصناعي التابع

¹- خواجه سميحة حنان، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، المرجع السابق، ص 233

²- خواجه سميحة حنان، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، المرجع السابق، ص 324

³- خواجه سميحة حنان، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، المرجع السابق، ص 329

للمؤسسات العمومية الاقتصادية والمحلية لهذا المبرر والتي قلما تعرف تحويلا لحق الملكية للتراث العقاري لهذه المؤسسات بغض النظر عن ما اذا كانت في حالة نشاط او لا واكثر من ذلك حيث اصبح العقار الصناعي¹ الذي يعد اهم مصدر للاستثمار وافضل وسيلة لتحريك عجلة التنمية والركيزة الاساسية الاقتصادية للدولة² اكبر معرقل لعملية الخصخصة ولا يستثنى من الذكر تلك المنازعات التي تخص سعر تقييم العقار الصناعي المتبقي الذي يتم شغله لكثير من السنوات فضلا على اتصال هذا النوع من المنازعات بعقود الاستغلال، يذكر على سبيل المثال منازعات تنفيذ عقد التنازل فضلا على منازعات تنفيذ عقد الامتياز³

2- منازعات العقار الصناعي التابع للمؤسسات العمومية الاقتصادية والمحلية في حالة نشاط :

من الملاحظ ان اغلبية المنازعات الحاصلة بخصوص العقار الصناعي سببها وقوع تجاوز من طرف بعض الممثلين لوظائفهم بسبب منح قطع ارضية مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول بهما، اضافة الى مشكلة عدم التطهير الوضعية القانونية العقارية وحالة الانسداد التي ترجع الى زمن النظام الاشتراكي بسبب عدم تطهيرها من جذورها، علاوة على ما يعترض العقار الصناعي التابع للمؤسسات العمومية الاقتصادية والمحلية لأنه نادرا ما تم تحويل حق ملكية التراث العقاري لهذه المؤسسات وان كان العقار الصناعي قد اضحى اكبر معرقل لعملية الخصخصة⁴

الخاتمة :

نستشف من ما سبق ذكره ان المشرع الجزائري قد حرص على الاستغلال الامثل للعقار الصناعي المسخر للاستثمار حيث نظم ذلك من خلال ما وضعه من ضوابط وما حدده من اجراءات والتصدي لكل العراقيل التي قد تحول دون ذلك الا ان المشكلة المستشفة من خلال هذه المسألة هو تعدد القوانين المنظمة هذه القطاع وعدم استقرارها ما من شأنه التأثير على المراكز القانونية اضافة الى ما يشوب التشريعات المعمول بها في هذا المجال من نقص وعد كفايتها .

وعلى هذا الاساس ندعو المشرع الجزائري

الا وجوب تخفيض من الشروط المفروضة على المستثمرين للحصول على عقد الامتياز

ابرار اتفاقيات ومعاهدات مع الدول الاجنبية في سبيل تعزيز الاستثمار وتحقيق التنمية الاقتصادية

تعديل التشريعات المنظمة لهذه العقود وفقا لما يحقق استقرار المراكز القانونية وبما يسمح بالاستغلال الامثل للعقار الصناعي وما يحقق ارباحا فائضة تعزز من المداخل العمومية

¹ - لخوادية سميحة حنان، محاضرات في مقياس العقار الصناعي، المرجع السابق، ص 329

² - العمري محمد النظام القانوني للعقار الصناعي والاليات المستحدثة لترقية (العقار الوقفي العام نموذجا) مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 17، جامعة ابو بكر بلقايد، 2018، ص 312

³ - خوادية سميحة حنان، محاضرات في مقياس العقار الصناعي، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1، 2015-2016، ص 39

- خوادية سميحة حنان، محاضرات مقياس العقار الصناعي، المرجع السابق، ص 39⁴

عقد الفرنشيز كآلية للتمويل



د/ عادل عميرات، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)

مقدمة :

فكرة الفرنشيز تقوم على نقل العناصر الأساسية للنجاح الاقتصادي لمؤسسة إقتصادية تسمى إصطلاحا بالمناح إلى مؤسسة إقتصادية أخرى تسمى إصطلاحا المتلقي ، بموجب قد محله هذه العناصر من خلاله يخضع طرفيه لإلتزامات متقابلة .

هذا العقد يعتبر من العقود غير المسماة في التشريع الجزائري ذلك أن المشرع لم يطلق عليه إسم معين ولم يخص تنظيمه بنصوص قانونية أو تعريف قانوني محدد ولكن لأهمية الفكرة التي يتضمنها هذا العقد في المجال الإقتصادي فقد أخذت فقها قدرا وافر من الإهتمام وحتى في مجال التطبيق بشكل غير مباشر بإعمالها في كثير من المجالات في بعض المؤسسات الإقتصادية المصنعة والبعض الآخر في مجال الخدمات كقطاع الخدمات الفندقية.

هذا النوع من التعاقد وجدت الكثير من الدول النامية بشكل خاص فيه بعض الحلول لمعالجة مشكلاتها المتعلقة بالضعف التكنولوجي في بعض القطاعات ونقص الخبرة في بعض الخدمات كالدول التي لا تعرف تطور في المجال الفندقي والمجال السياحي عموما .

لهذا يعتبر هذا النوع من التعاقد بمثابة مرافقة مأجورة لنقل المعرفة وجوانب التطور الإقتصادي بما يضمن الإسراع في إقحام المؤسسات الإقتصادية التي تتمتع بصمعة إقتصادية معترف بها من الولوج في السوق الإنتاجية أوالخدماتية لمنتوج أو مجال معين لأنه مهما بلغ حجم المؤسسة المانحة قد لا تستطيع تغطية الطلبات المتزايدة عن منتوجها أو الخدمة التي أعترف لها بجودة إنتاجها وتقديمها .

فكان لزاما على هذه المؤسسات المانحة أن تخرج من تقوقعها وأن تسعى للسمعة الدولية لسلعها وخدماتها والتي إرتأت أغلبها أن عقد الفرنشيز من أهم السبل للوصول لذلك بالتعاون غير المباشر بين المؤسسات الإقتصادية المنتشرة في عدة أقاليم دولية ولها بدورها من المؤهلات ما يمكنها لولوج سوق هذه الخدمة وهذا المنتوج بمجرد الدخول في مثل هذه الإتفاقات الإقتصادية .

لهذا تنولنا هذا الموضوع الهام الذي يقدم أدوات فعالة في مجال الإستثمار بشكل عام ومجال الإستثمار في مجال العقار بشكل خاص محاولين الإجابة عن الإشكالية التي مفادها :

ما مضمون فكرة الفرنشيز كآلية للإستثمار في المعرفة الإقتصادية ؟

و للإجابة عن هذه الإشكالية إرتأينا التطرق للجوانب التالية :

- ماهية عقد الفرنشيز .

- أنواع الفرنشيز .

- تكييف عقد الفرنشيز.
- تميز عقد الفرنشيز عما يشابهه من عقود
- أركان عقد الفرنشيز .
- آثار عقد الفرنشيز.
- إنقضاء عقد الفرنشيز

أولاً: ماهية عقد الفرنشيز

نتطرق بهذا الصدد إلى تعريف عقد الفرنشيز وخصائص عقد الفرنشيز وتكيف عقد الفرنشيز وتميز عقد الفرنشيز عن بعض العقود المشابهة له .

1-تعريف عقد الفرنشيز

كما سبق وأن أشرنا المشرع الجزائري لم يعرف عقد الفرنشيز، أما فقها فقد وردت عدت تعاريف ولعل أهمها ذلك الذي عرفه بأنه العقد الذي بمقتضاه تخول شركة لعدة شركات أخرى مستقلة عنها نظير مقابل مادي الحق في إستخدام إسمها التجاري وعلامتها التجارية لبيع بعض المنتجات أو الخدمات أو تصنيع، ويصاحب هذا العقد في الغالب تقديم مساعدة تقنية ومعرفة فنية وإعلام بما أستجد لديه من طرق إبتكار، مما يجعله عضو في شبكة الفرنشيز⁽¹⁾.

2-خصائص عقد الفرنشيز:

يتسم عقد الفرنشيز بجملة من الخصائص تبرز مختلف أبعاد الفكرة الإقتصادية التي تضمنها تضمن إلى حد معين الوصول إلى الهدف التمويلي المرجو من خلاله سواء في الجانب المعرفي الفني التقني أو الجانب الإقتصادي بشكل عام نذكر من بينها الآتي:

- الفرنشيز عقد إذعان، لأن الطرف المانح يستأثر بوضعية قانونية واقعية فعلية تخوله سلطة مستمرة على الطرف المتلقي تجعل المانح ينفرد بوضع الشروط، مستندا في ذلك على قوته الإقتصادية المستمدة من إحتكاره لسلعة أو خدمة، ذلك أن المتلقي يجد نفسه مضطرا للإنصياع لهذه الشروط لأن السوق الإقتصادي المتاح لا يوفر له بديلا آخر، بحكم أن المعرفة الفنية والتقنية كثيرا ما تكون محتكرة في ظل عدم القدرة على المنافسة أو إنعدامها⁽²⁾.
- عقد الفرنشيز يقوم على الإعتبار الشخصي، فهذا العقد يرتكز في قيامه وتنفيذه على شخصية المتعاقد فإبرامه يتطلب التحري والتأكد من توفر العديد من الصفات اللصيقة بالشخصية الضامنة لتنفيذ العقد علست النحو المرجو من التعاقد بشكل أفضل وأجود وذلك راجع للطبيعة الخاصة لهذا العقد، وهذا الإعتبار الشخصي يستلزم التوفر في كلا طرفي العقد.
- الفرنشيز عقد مصلحة مشتركة، فمبدأ التعاون بين طرفيه عنهما في مفهومه ومضمونه وهو الكفيل بتحقيق الأهداف المنتظرة التي تصب في المصلحة العليا المشتركة لكليهما بجذب الزبائن وكسب ثقتهم ورفع رقم الأعمال وزيادة المداخيل بما يضمن نجاح النشاط الإقتصادي محل عقد الفرنشيز.

- طرفا عقد الفرنشيز مستقلا قانونيا، فعقد الفرنشيز يدخل المتلقي في شبكة الفرنشيز ويجعله جزء منها وهو مجبر بأن يدير منشأته الإقتصادية وفقا للمعايير الفنية والتقنية والإدارية التي يضعها المانح، لكن هذا لا يخلق تبعية مطلقة للمانح بل يبقى المتلقي في وضعية إستقلالية لممارسة نشاطه الإقتصادي محل عقد الفرنشيز، فهو يمارس نشاطه لحسابه الخاص، كما أن تعامله مع الزبائن يكون بشكل مباشر، أي أنه ليس وكيل ولا شريكا للمانح، كما لا يعتبر موظف بمؤسسة المانح.
- الفرنشيز عقد تبعية إقتصادية

المادة 03 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة عرفت وضعية التبعية الإقتصادية بأنها العلاقة التجارية التي لا يكون فيها المؤسسة ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا⁽³⁾.

أي أن بقاء أحد أطراف العلاقة التعاقدية متوقف على علاقته المستمرة المتواصلة بصفة إستثنائية مع الطرف الآخر ومن خلال إستثناء التموين بإقتصار المتلقى على التموين من المانح وإمتناعه عن اللجوء إلى ممون آخر غير المانح في صورة من صور الفرنشيز.

- إنفراد متلقي الفرنشيز بتحمل نفقات العقد، أي يتحمل متلقي الفرنشيز جميع الأعباء المتعلقة بالعملية الإستثمارية في حين يشاركه المانح في ثمارها رغم إقتصاره على تقديم قدر من المعرفة الفنية تسمح بإنتاج السلعة أو تقديم الخدمة وذلك بإقتضائه ثمنها مقدما⁽⁴⁾.

ثانيا: أنواع الفرنشيز:

يتنوع الفرنشيز من ناحية الموضوع ومن ناحية الشكل إلى عدة أنواع نبرز أهمها كالتالي :

1- من حيث الموضوع

نجد ما يعرف بفرنشيز التوزيع وفرنشيز الخدمات وفرنشيز التصنيع

أ) فرنشيز التوزيع

عقد يلتزم من خلاله متلقي الفرنشيز ببيع منتجات معينة بمحل يحمل العلامة أو العلامات المميزة لسلع مانح الفرنشيز ونميز بهذا الصدد حالتين :

- المانح منتج السلعة المراد توزيعها

إنتاج السلعة في هذه الحالة يقوم به المانح بنفسه ثم يقوم بتوزيعها وفق طريقة مبتكرة من طرفه والتي كانت سببا في نجاحه الإقتصادي وهو مكلف بنقل المعرفة الفنية المتعلقة بطريقة التوزيع للمتلقى إضافة لتمويله بصفة إستثنائية بما يحتاج إليه .

- المانح غير منتج للسلع المراد توزيعها

في هذه الحالة يقوم المانح بشراء السلع بنفسه بصفة ممرضة أو يطلب تصنيعها لحسابه مما يمكنه من الحصول على تخفيضات معتبرة من منتجها بالنظر للكميات الكبيرة التي يقوم بإقتنائها من أجل إعادة بيعها للمتلقى، أو يتولى المانح إختيار السلع من منتجين ويناقش الأسعار معهم ويحدد لائحة الموردين

المعتمدين ثم يطلب من الملتقي أن يتوجه للشراء مباشرة من المنتج وفقا للثمن الذي تم الإتفاق عليه بين المانح والمنتج .

ب) فرنشيز الخدمات

عقد بمقتضاه يقوم الملتقي بتصنيع سلع وبيعها تحت اسم المانح وعلامته وفقا لتقنيات المانح وإرشاداته في هذا العقد كل من المانح والملتقي مؤسستان صناعيتان فإلى جانب نقل المعرفة الفنية وتقديم المساعدة التقنية نجد أن محل العقد يضم كذلك الترخيص باستغلال براءة الاختراع أو حق من حقوق الملكية الصناعية وتوريد المواد الأولية.

2- من حيث الشكل

من حيث الشكل نميز بين التنوع بالنسبة للمانح والتنوع بالنسبة للمتلقي.

أ) بالنسبة للمانح

تتعد أنواع الفرنشيز بالنسبة للمانح بحسب شكلها سواء بالنظر إلى تركيبة شبكة الفرنشيز أو من حيث إستثماره لأمواله الخاصة في مشروع الملتقي وبهذا الصدد نجد الأشكال التالية :

- الفرنشيز البسيط

يضم متلقيين فقط دون أن يمتلك المانح محلات خاصة به وفيه يقوم المانح بتسويق سبعة وخدماته من خلال المتلقيين، ولا يمتلك نقاط بيع لكنه غالبا ما يمتلك نقطة بيع واحدة يجرب من خلالها سلعه أو خدماته الجديدة أو سياسته التسويقية الجديدة ليقوم بتعميمها بعد ذلك إلى باقي الوحدات المنتمية لشبكة الفرنشيز كما يستعمل المانح نقطة البيع الخاصة به كمركز لتكوين المتلقيين الجدد ولتدريب عمالهم على الأساليب التي طورها في البيع وتقديم الخدمات وكذا تسير المخزن وكيفية تقديم واجهة المحل وتأثيره.

- الفرنشيز المختلط

يضم شبكة واحدة متلقيين وبائعين معتمدين في إطار نظام الفرنشيز إلى جانب محلات خاصة بالمانح وكثيرا ما يمتلك المانح نصف نقاط الشبكة .

- الفرنشيز التشاركي

فيه إمكانية لمشاركة مانح الفرنشيز في رأسمال الملتقي وكذا إمكانية مشاركة متلقي الفرنشيز في رأسمال المانح.

غالبا ما يكون المانح هو الذي يقوم بالمساهمة في رأسمال الملتقي ويقدم له مساعدة مالية ولكن لا تتعدى 50% من مجمل الإستثمار حتى لا يتحكم المانح في الملتقي ليبقى هذا الأخير متمتع باستقلاله.

ب) بالنسبة للمتلقي

تتعد أنواع الفرنشيز بالنسبة للمتلقي بحسب شكلها وبهذا الصدد نجد الأشكال التالية :

- الفرنشيز الإستثماري

في هذا النوع من الفرنشيز يفصل بين إلزام الإستثمار أي تحمل الملتقي نفقة العقد بمفرده والإلتزام بالتسيير أي قيام الملتقي بتسيير المشروع بنفسه نتيجة الإعتبار الشخصي الذي يقوم عليه العقد، إذ يعفى

المتلقي من تسير المشروع بصفة شخصية سواء لعدم تفرغه أو لنقص كفاءته ويعين شخص كفء للقيام بذلك بدلا عنه.

تجدر الإشارة إلى أنه إذا اختير المسير من بين موظفي مؤسسة المانح بإقتراح من قبل المانح ففي هذه الحالة لا يتم نقل معرفة فنية للمتلقي لأن المسير هو أحد موظفي المانح، ويعفى هذا النظام متلقي الفرنشيز من أعباء التسيير.

- الفرنشيز الجزئي

في هذا النوع من الفرنشيز يعمل المتلقي على تخصيص جزء فقط من محله لعرض سلع وخدمات مؤسسة المانح وفيه يكون المتلقي حر في طريقة إستغلال ما تبقى من محله كما يمكنه التعامل مع موردين آخرين.

- الفرنشيز الرئيسي

فيه يلجأ المانح إلى إنشاء في كل دولة يرغب أن يبسط فيها شبكة الفرنشيز الخاصة به نقطة رئيسة من الشبكة تكون على شكل فرنشيز رئيسي، ويشترط أن يكون المتلقي ذو كفاءة عالية وعلى إطلاع جيد على القوانين الوطنية وعلى ثقافتها المحلية ليجيد التعامل مع المناخ الإقتصادي بشكل خاص للمضي بالمؤسسة قدما نحو النجاح المنتظر⁽⁵⁾.

يسند المانح بموجب عقد الفرنشيز الرئيسي إلى المتلقي الرئيسي الحق في أن يتولى دور مانح الفرنشيز على إقليم دولته، فيدرس طلبات الإنضمام إلى شبكة الفرنشيز ويختار المتلقين الآخرين ويبرم عقد الفرنشيز معهم ليصبحوا طرف ثالث في العقد يسموا بالمتلقين الفرعيين .

- الفرنشيز المتعدد

يتجسد الفرنشيز المتعدد في إحدى الصورتين التاليتين :

في حالة قيام المتلقي الواحد بإستغلال نظام الفرنشيز في عدة محلات تابعة لعلامة تجارية واحدة وبالتالي يتعامل مع نفس المانح ليفتح عدة مجالات في مناطق مختلفة غير أنه كثيرا ما يقوم المانح بتحديد عدد المحلات التي يمكن أن يستغلها المتلقي الواحد وذلك لضمان حسن التسيير وحتى لا يستولي المتلقي على عدد كبير من نقاط الشبكة ويستعملها كوسيلة ضغط على المانح .

كما يتجسد الفرنشيز المتعدد في حالة قيام المتلقي بإستغلال عدة محلات بواسطة نظام الفرنشيز تابعة لعلامات تجارية مختلفة، ويشترط في ذلك ألا تكون المؤسسات متنافسة فيما بينها وأن تنشط في قطاعات مختلفة حتى لا تهدد مصالح المانحين .

ثالثا: تكييف عقد الفرنشيز

لإيجاد التكييف المناسب للعلاقة بين أطراف عقد الفرنشيز لابد من الإعتماد على نوع الإلتزام الناشئ بين المانح والمتلقي، ومن هذا المنطلق وجدت عدت إتجاهات لتكييفه.

1) الفرنشيز عقد بيع

ككيف الفرنشيز على أنه عقد بيع لأن المتلقي يشتري منتجات المانح وتعرض هذا الإتجاه لعدة إنتقادات أهمها⁽⁶⁾:

- عقد البيع ناقل للملكية بينما عقد الفرنشيز لا ينقل ملكية العناصر محل العقد إنما يسمح للمتلقي باستخدامها لفترة مؤقتة .
- عقد البيع هو عقد فوري أما عقد الفرنشيز ينفذ على مراحل فهو عقد زمني يدوم لمدة لا تقل في الغالب عن ثلاث سنوات.
- تنتهي علاقة البائع بالمشتري في عقد البيع بتسليم المبيع وتسلم الثمن بينما تستمر علاقة أطراف عقد الفرنشيز وهي علاقة إقتصادية قوية لمدة طويلة بين مؤثر ومتأثر لأطرافه.
- لا يرتب عقد البع نفس الإلتزامات التي يرتبها عقد الفرنشيز .
- يحدد في عقد البيع الثمن والشيء المبيع تحديدا نافيا للجهالة عكس عقد الفرنشيز الذي يصعب أن تحدد فيه كمية وثمن السلع أو المواد التي يوردها المانح للمتلقي ذلك لأن العقد يستمر لعدة سنوات فلا يمكن التنبؤ بكمية السلع والمواد والأسعار.

(2) الفرنشيز عقد إطار

العقود الإطارية هي العقود التي تحدد القواعد والمبادئ العامة للعلاقة المستقبلية للأطراف، والتي تترجم فيما بعد في عقود التنفيذ التي يحدد فيها بدقة شروط البيع، كمدة العقد، التزامات الأطراف ومسؤولياتهم، وبذلك الهدف من هذه العقود هو إدماج الموزعين بالشبكة ومراقبتهم من طرف المنتجين والممولين من جهة، وإلى احتفاظ الموزعين بالحصص الإقليمية من جهة أخرى⁽⁷⁾.

أي أن عقد الفرنشيز ينظم العمليات التجارية المستقبلية التي تتم بين المانح والمتلقي، ثم تأتي عقود التنفيذ التي يقوم بمقتضاها المتلقي بشراء منتجات المانح .

في العقود الإطارية لا يهتم بتحديد الثمن بدقة إنما يترك لفترة عقود التنفيذ إلا أن ذلك من شأنه الإجحاف بحقوق المتلقين في حالة إلزام المتلقي بشراء كافة منتجات المانح مما يؤدي إلى فرض الثمن من هذا الأخير وهو ما قد يضر بالمتلقي لأن الأسعار كثيرا ما تكون مرتفعة تعسفية .

وعليه فإن عقد الفرنشيز يختلف تماما عن عقد البيع لإختلاف الأحكام كما ان كونه عقد إطار يختلف عن العقود المنفذة له، إلا أنهما يشكلان نسيجاً عقدياً تكون عناصره مرتبطة بوحدة الهدف الإقتصادي .

رابعا: تمييز عقد الفرنشيز عن بعض العقود المشابهة له

يهدف المتلقي من إبرام عقد فرانشيز إلى الإستفادة من نجاح المانح وذلك بالوصول إلى النجاح الإقتصادي الذي حققه المانح وعملية تكرار النجاح هو بمثابة جوهر العقد، ويتم تحقيق ذلك من خلال نقل معرفة فنية محتكرة وتوفير مساعدة تقنية مستمرة وعلاقة تجارية مشهورة جذابة للزبائن وهي عناصر خاصة بعقد الفرنشيز تميزه عن غيره من العقود.

1) تمييز عقد الفرنشيز عن عقد الإمتياز التجاري

عقد الإمتياز التجاري هو العقد الذي بمقتضاه يمنح تاجر يدعى المتنازل لتاجر آخر صاحب الإمتياز أي الموزع الحق في إعادة بيع منتجاته في منطقة إقليمية محددة وبالمقابل يلتزم المستفيد من الإمتياز بالتموين حصريا من عند المتنازل.

يختلف عقد الفرنشيز عن عقد الإمتياز التجاري من النواحي التالية :

- المتنازل في عقد الإمتياز التجاري لا يلتزم سوى بتزويد صاحب الإمتياز بالسلع موضوع العقد دون الإلتزام بنقل المعرفة الفنية أو تقديم مساعدة تقنية .
- لا يلتزم صاحب الإمتياز بدفع رسوم الدخول إلى الشبكة والأتاوى الدورية للمتنازل في عقد الإمتياز على عكس المتلقي في الفرنشيز الذي يلتزم بدفع هذه المبالغ المالية للمانح .
- يرد عقد الإمتياز التجاري على السلع فقط بينما عقد الفرنشيز يرد على السلع والخدمات وحتى التصنيع.
- في عقد الفرنشيز يمارس المتلقي نشاطه بإستعمال علامة المانح بينما في عقد الإمتياز التجاري صاحب الإمتياز يملك علامته الخاصة .

2) تمييز عقد الفرنشيز عن عقد التوزيع الإنتقائي

عقد التوزيع الإنتقائي هو ذلك العقد الذي يلتزم فيه الممون بالتموين في إطار إقليمي محدد لموزع أو عدة موزعين يختارهم على أساس معايير موضوعية ذات طابع نوعي أو أي تمييز وبدون تحديد كمي غير مبرر والتي بموجبها يرخص للموزع بيع منتجات منافسه⁽⁸⁾.

من أهم الفوارق بين عقد الفرنشيز وعقد التوزيع الإنتقائي نذكر :

- يقتصر دور المورد في التوزيع الإنتقائي على بيع مختلف منتجاته للموزع بينما يلتزم المانح في عقد الفرنشيز بنقل معرفة فنية ومساعدة تقنية للمتلقي .
- يلتزم المتلقي في عقد الفرنشيز بدفع رسوم الدخول لشبكة الفرنشيز وكذلك الأتاوى الدورية للمانح في حين لا يلتزم الموزع بدفع مقابل مالي للمورد .
- يلتزم المتلقي في الفرنشيز بممارسة نشاطه تحت علامة وشعار المانح بينما لا يلتزم الموزع في عقد التوزيع الإنتقائي بذلك .
- يستفيد الموزع في عقد التوزيع الإنتقائي من حصيرة التوريد بتموين موزعين تتوافر فيهم معايير محددة أي لا تباع منتجاته من طرف موزع كان أو في أي مكان على خلاف عقد الفرنشيز الذي لا تعد الحصيرة من العناصر المكونة للعقد .
- عقد الفرنشيز يتعلق بجميع النشاطات عرض سلع أو تقديم خدمات أو تصنيع بينما عقد التوزيع الإنتقائي يقتصر على بيع السلع فقط خاصة المنتجات الفخمة والراقية والأصلية .

3) تمييز عقد الفرنشيز عن عقد الترخيص بإستعمال العلامة التجارية

- عقد الترخيص بإستعمال العلامة التجارية هو عقد يبرمه مالك العلامة التجارية (المرخص) ويرخص لشخص طبيعي أو معنوي أو أكثر (المرخص له) بإستعمال علامته على كل أو بعض المنتجات التي تميزها العلامة المرخص بإستعمالها وذلك خلال مدة محددة وداخل نطاق جغرافي معين ولقاء أجر متفق عليه⁽⁹⁾.
- من أهم الفروق بين عقد الفرنشيز وعقد الترخيص بإستعمال العلامة التجارية نذكر ما يلي:
- عقد الفرنشيز فضلا عن طرق التصنيع يعطي طريقة البيع وحفظ التوزيع والتسويق خلافا لعقد الترخيص بإستعمال العلامة التجارية الذي لا يتضمن مثل هذه المعرفة .
 - الفرنشيز هو طريقة إستغلال مشروع تجاري بطريقة متكاملة وتمثل في ظله المعرفة الفنية إلى جانب المساعدة التقنية أهم العناصر التي يلتزم بها المانح تجاه المتلقي وهذان العنصران غير موجودان في عقد الترخيص بإستعمال العلامة التجارية.
 - يهدف عقد الفرنشيز إلى خلق شبكة توزيع متجانسة وموحدة من خلال نقاط بيع متماثلة في حين لا يهدف المرخص بإستعمال العلامة إلى ذلك وإنما الغاية من السماح للمرخص له هو وضع علامة على منتوجاته هو الإشهاد على نوعيتها الجيدة بعد تقييمها مما يضمن الجودة للمستهلكين .

4) تمييز عقد الفرنشيز عن عقد الوكالة بالانضمام

- عقد الوكالة بالانضمام هو الاتفاق الذي بموجبه يتعهد موزع يدعى الموكل الضام بإيداع سلع في مخزن تاجر مستقل يدعى الوكيل المنظم الذي يتولى بدون أن يكون مالكا لمخزونه بالإتجار فيه مقابل عمولة⁽¹⁰⁾.
- عقد الوكالة بالانضمام يتركب من عقدين الأول هو الوكالة بالعمولة حين يتصرف الوكيل المنظم بإسمه الشخصي لحساب الموكل الضام، أما العقد الثاني فيتمثل في عقد الانضمام والذي يكمن في انضمام الوكيل إلى شبكة الموكل، الأمر الذي يسمح للوكيل المنظم بإستعمال العلامة التجارية للموكل والإستفادة من معرفته الفنية والتقنية .
- يختلف عقد الفرنشيز عن عقد الوكالة بالانضمام في ما يلي:
- موضوع عقد الفرنشيز بيع سلع أو تقديم خدمات أو تصنيع، بينما عقد الوكالة بالانضمام يقتصر على توزيع منتوجات فقط .
 - المتلقي في عقد الفرنشيز هو مالك للسلع المتواجدة في مخزونه إذ يقوم بشرائها من عند المانح، على عكس الوكيل في عقد الوكالة بالانضمام لا يعد مالكا لمخزون السلع وإنما هي ملك الموكل.
 - لا يحق للمانح في عقد الفرنشيز أن يفرض أسعار محددة لإعادة البيع على المتلقي، في حين أن الموكل يفرض أسعار محددة على الوكيل الذي يلتزم بإحترامها .
 - الوكيل المنظم يتولى تحصيل ثمن السلع التي قام ببيعها ويحولها لحساب الموكل الذي يقوم بدفع عمولة للوكيل المنظم تقدر على أساس نسبة البيوع المنجزة، وهذا عكس عقد الفرنشيز أين يقوم المتلقي بتحصيل ثمن السلع لحسابه الخاص ثم يقتطع منها مبلغ الإتاوات الدورية لصالح المانح .

5) تمييز عقد الفرنشيز عن عقد الوكالة التجارية

الوكالة التجارية حسب المادة 34 من القانون التجاري هي إتفاقية يلتزم بواسطتها الشخص عادة بإعداد أو إبرام البيوع والشراءات وبوجه عام جميع العمليات التجارية بإسم ولحساب تاجر والقيام عند الإقتضاء بعمليات تجارية لحسابه الخاص ولكن دون أن يكون مرتبطا بعقد إجارة الخدمات⁽¹¹⁾.

يختلف عقد الفرنشيز عن عقد الوكالة التجارية فيما يلي⁽¹²⁾:

- يتعاقد الوكيل مع الزبائن بإسم موكله ولحسابه كما أن على الوكيل أن يبرز صفته أثناء التعاقد مع الغير بخلاف عقد الفرنشيز إذ يتعاقد المتلقي بإسمه ولمصلحته الشخصية فهو تاجر مستقل .
- يودع الوكيل المبالغ المحصلة لحساب الموكل أما متلقي الفرنشيز فإنه يحتفظ بالمبالغ المحصلة وما يدفعه للمانح يتم الإتفاق عليه في العقد مقابل تنفيذ إلزاماته.
- يلتزم الوكيل بتنفيذ تعليمات موكله ويسأل عن عدم تنفيذها ويكون مسؤولا عن أخطائه أما في عقد الفرنشيز فالأمر يختلف كليا إذ يتم تنفيذ النشاط من قبل متلقي الفرنشيز وعلى مسؤوليته ويبقى للمانح حق مراقبته دون حق التدخل عكس عقد الوكالة التجارية بحيث يحق للموكل التدخل في أعمال وكيله ضمن النطاق المتفق عليه في العقد .
- على عكس عقد الفرنشيز لا يلتزم الموكل في عقد الوكالة التجارية بمد الوكيل بالمعرفة الفنية والمساعدة التقنية وإن وجد فهي عنصر ثانوي .

6) تمييز عقد الفرنشيز عن عقد الشركة

عرفت المادة 416 من القانون المدني الشركة بأنها عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة عمل أو مال أو نقد بهدف إقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق إقتصاد أو بلوغ هدف إقتصادي أي منفعة مشتركة كما يتحملان الخسائر التي قد تنجم عن ذلك.

يتميز عقد الفرنشيز عن عقد الشركة فيما يلي :

- تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية في حين لا تتمتع شبكة الفرنشيز القائمة بين المانح والمتلقي بذلك .
- يعد الشركاء متضامنون تجاه دائني الشركة وهو ما ينتفي في عقد الفرنشيز بين المانح والمتلقي، مما يمنع طرفي العقد مطالبة الآخرين بالديون .
- يعد كل طرف في عقد الفرنشيز تاجرا مستقلا يعمل لحسابه الخاص وبإسمه الشخصي بينما تقوم الشركة على رأسمال مشترك والعمل بإسم الشركة ولحسابها.
- يتمثل عائد الشركاء في الأرباح التي تحققها الشركة بينما في عقد الفرنشيز تتمثل عائدات المانح في رسم الإنضمام الى الشبكة والأتاوى الدورية التي يدفعها المتلقي والمحددة مسبقا في العقد والمستقلة عن أرباح المتلقي، أو وفق سلم وليس كنسبة من الأرباح .
- يتقاسم الشركاء في عقد الشركة الأرباح والخسائر عكس المانح في عقد الفرنشيز فإنه لا يتحمل عبء عن خسارة المتلقي.

خامسا: أركان عقد الفرنشيز

ما دامه عقد فإنه يتضمن الأركان العامة للعقد والمعروفة في النظرية العامة للعقد، لهذا فإننا نقتصر على بيان ما هو ضروري أو به خصوصية بهذا الشأن.

1) التراضي في عقد الفرنشيز

يمكن الإحالة إلى ما قيل في نظرية العقد بالنسبة للتراضي في عقد الفرنشيز مع الإشارة أن معظم القوانين المنظمة لعقد الفرنشيز تضيف إلزام قبل تعاقدى بالإعلام، فعلى مانحي الفرنشيز تقديم مجموعة من المعلومات زيادة عن المعلومات العادية في التعاقد كثيرا ما تتعلق بالنواحي التالية:

- التاريخ القضائي للمؤسسة خلال السبع سنوات الأخيرة .
- تقرير عن وضعها المالي خلال الثلاث سنوات الأخيرة معد من قبل محاسب مالي مستقل .
- قائمة المتلقين الذين توقفوا عن النشاط مع تقديم السبب .
- كل الأعباء المالية التي تقع على عاتق المتلقي وعن المساعدات المالية التي يتلقاها.
- أن تكون جميع المعلومات جديدة ومحينة .
- مدة العقد وشروط تجديده وفسخه ونطاق الحصيرة .

2) المحل في عقد الفرنشيز

ينصب عقد الفرنشيز على ثلاث عناصر بالنسبة للمانح تتمثل في الشارات المميزة للزبائن والمعرفة الفنية والمساعدة التقنية أما بالنسبة للمتلقي فتتمثل في الأتاوى .

أ) الشارات المميزة

يضع المانح تحت تصرف المتلقي عناصر الملكية الفكرية المميزة لمنتجات وخدمات المؤسسة من علامة تجارية وإسم تجاري وعنوان تجاري.

❖ العلامة التجارية

من خلال الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات عرفت نص المادة 02 العلامة بأنها كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأرقام والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع وتوضيها والألوان بمفردها أو مركبة، والتي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره⁽¹³⁾.

❖ الإسم التجاري

عرف في الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات بأنه يقصد بالاسم التجاري التسمية أو العنوان الذي يعرف المؤسسة.

❖ العنوان التجاري

هو شعار يتمتع بقوة جذب الزبائن ويؤكد وحدة شبكة الفرنشيز ويعبر عن هويتها وعن المعرفة الفنية للمانح.

ب) المعرفة الفنية

المعرفة الفنية هي إنتاج ذهني وهي من الحقوق المعنوية المنقولة، وقابليتها للنقل والتداول هو أساس الإعتراف بالطبيعة المالية للمعرفة الفنية، فأصبحت بمثابة سلعة تجارية تنتقل مقابل مبالغ مالية، مما يجعلها تنطوي على قيمة إقتصادية، وحتى يتمكن صاحبها من المطالبة بحمايتها يشترط فيها السرية كونها غير محمية بموجب براءة إختراع .

أي أنه لا يمكن وصف معلومات على أنها معرفة فنية إلا إذا توافرت على عنصر المعارف وقابلة للنقل ولها قيمة إقتصادية والسرية وألا تكون محل براءة إختراع .

ج) المساعدة التقنية

هي تلقين وتدريب المانح مستخدم المتلقي كيفية إستغلال المعرفة الفنية المنقولة مقابل ثمن محدد.

(3) السبب في عقد الفرنشيز

سبب إلزام المتلقي بدفع حق الإنضمام إلى الشبكة والأتاوى الدورية يكمن في حصوله على ما قد يقدمه المانح من ترخيص بإستغلال الشارات المميزة والمعرفة الفنية والمساعدة التقنية، وفي حالة إمتناع المانح عن تنفيذ إلزامه فيمكن للمتلقى المطالبة بإبطال العقد لانعدام سبب إلزامه .

سادسا: أثار عقد الفرنشيز

نبرز أثار عقد الفرنشيز من خلال بيان أهم إلزامات المانح تجاه المتلقي وإلزامات المتلقي تجاه المانح .

(1) إلزامات المانح تجاه المتلقي

وتتنوع إلى إلزامات أساسية وأخرى غير جوهرية

أ) الإلزامات الأساسية

تتمثل إلزامات المانح الأساسية تجاه المتلقي في الإلزامات المقترنة بعملية نقل التقنيات التجارية وهي :

- الإلزام بنقل المعرفة الفنية .
- الإلزام بتقديم المساعدة التقنية .
- الإلزام بوضع عناصر جذب الزبائن تحت تصرف المتلقي .

ب) الإلزامات غير الجوهرية

هي إلزامات لا تؤثر في وصف العقد بأنه عقد فرنشيز ولكنها في الحالات التطبيقية كثيرا ما تقترن بعقد الفرنشيز كونها تساهم في إنجاح الهدف من العقد وهي :

- الإلزام بالحصريّة الإقليمية

فخلال مدة العقد يمتنع المانح عن تسويق المنتجات موضوع الفرنشيز بأي طريقة كانت كما يمتنع عن توريد هذه المنتجات لمنافسي المتلقي ضمن نطاق الحصريّة المكانية، كما لا يحق للمانح تميز أحد أعضاء الشبكة على حساب الآخرين عن طريق منحه إمتيازات ترفع قدرته الإنتاجية⁽¹⁴⁾ .

- الإلتزام بالتمويل

يلتزم المانح بتمويل السلع للمتلقي سواء بصفة كلية أو جزئية أو تحت شكل مواد أولية ليقوم ببيعها أو يستخدمها في إنتاج سلعة نهائية أو تقديم خدمة في إطار عقد الفرنشيز.

يجب أن يهدف بند حصرية التمويل إلى تحقيق نجاح المتلقي بنجاح مماثل للمانح دون أن يتحول إلى وسيلة تسلط للمانح على المتلقي تضعه في حالة تبعية إقتصادية تعسفية وتحمله أعباء مادية تخدم مصلحة المانح فقط وخارج هذا المعيار يكون بند الحصرية غير مشروع وتعسفياً.

- الإلتزام بتطوير شبكة الفرنشيز

يقع على عاتق المانح تجاه كافة أعضاء شبكة الفرنشيز تطوير موضوع الفرنشيز وضمان حيوية الشركة عن طريق توسيعها وتحديثها وتعزيز صورتها، وذلك من خلال زيادة عدد المتلقين المنظمين إلى شبكة الفرنشيز مما يساهم في إنتشارها وزيادة شهرتها، كما أن على المانح القيام بالتحديث المستمر من خلال البحث والإبتكار وتلقين كل التحسينات والتحديثات لأعضاء الشبكة، بالإضافة إلى الإهتمام بصورة الشبكة من خلال القيام بالدعاية اللازمة بصفة متنوعة مستمرة والسهر على صيانة صورة الشبكة من خلال التحري على كل خلل يصيب الشبكة مهما كان مصدره ويسعى إلى تصويبه للحفاظ على سمعة شبكة الفرنشيز⁽¹⁵⁾.

(2) إلتزامات المتلقي تجاه المانح

للمتلقي نوعين من الإلتزامات الأولى ذات طابع مالي والثانية متعلقة بوجود شبكة الفرنشيز.

(أ) إلتزامات المتلقي ذات الطابع المالي:

وتتمثل فيما يلي:

- حق دخول شبكة الفرنشيز.
- الأتاوى الدورية.

يقصد بالأتاوى الدورية مقابل الإنضمام إلى شبكة الفرنشيز كخطوة أولى أي رسم الدخول.

(ب) الإلتزامات المرتبطة بوجود شبكة الفرنشيز

هي إلتزامات تتمحور حول دعم الشبكة وضمان نجاحها وأهمها:

- تنفيذ عقد الفرنشيز وفقاً لمعايير مانح الفرنشيز.
- تمكين المانح من إجراء الرقابة اللازمة.
- الإلتزام ببنود الحصرية.
- الإلتزام بعدم المنافسة.
- الإلتزام بحماية سرية المعرفة الفنية.
- الإلتزام ببذل مجهود لتطوير شبكة الفرنشيز.
- الإلتزام باستعمال عناصر الملكية الفكرية.
- الإلتزام بحماية حقوق الملكية الفكرية.

سابعاً: إنقضاء عقد الفرنشيز

هناك عدة أسباب يمكن أن تؤدي إلى إنقضاء عقد الفرنشيز أهمها :

- إنقضاء عقد الفرنشيز بحلول الأجل المتفق عليه:

تتراوح عادة مدة عقد الفرنشيز بين 03 إلى 07 سنوات تصل حتى إلى 10 سنوات في المشاريع الضخمة خاصة في قطاع الفنادق ولا يملك المتلقي حق المطالبة بتجديده ويحق للمانح رفض التجديد ما لم يتفق الأطراف على تجديده صراحة أو ضمناً⁽¹⁶⁾.

- في العقد غير محدد المدة يمكن إنهائه في أي لحظة .
- الإنقضاء بالفسخ لعدم التنفيذ .
- إنقضاء عقد الفرنشيز بنهاية الشخصية المعنوية لأحد أطرافه.
- إنقضاء عقد الفرنشيز بسبب تغير صفة أحد أطرافه للإعتبار الشخصي للأطراف .
- إنقضاء عقد الفرنشيز قد يكون بالبطلان .

الخاتمة :

عقد الفرنشيز طريقة تعاقدية حديثة وجد هامة في المجال الإقتصادي فهي أداة تمويلية بما هو أهم حتى من التمويل المالي ألا وهو التمويل المعرفي لكونها تقدم المعارف الفنية والمساعدات التقنية ومن صورها ما يمكن أن يقدم الجانب المعرفي والفني والمالي في أن واحد وهو ما وضحه عند التطرق لأنواع عقد الفرنشيز فهذه المكنة التعاقدية الهامة من شأنها أن تتيح فرصة هامة للمؤسسات الناشئة التي هي بحاجة ماسة لهذه المساعدة

رغم هذه الأهمية الواضحة لعقد الفرنشيز إلا أن المشرع الجزائري لم يتناول هذا العقد لا بالتعريف ولا بالتنظيم لهذا فإنه يعتبر من العقود غير المسماة في التشريع الجزائري وأي متابع لموضوع الفرنشيز سيشعر بإيجابية أبعاده الإقتصادية فهو جدير بالإهتمام ومن ثم التنظيم التشريعي بما يتماشى وواقع الإستثمار في الجزائر وليس شرط أن يكون التعاقد بهذه الصورة على المستوى الدولي فحسب فهو أداة يمكن إستعمالها حتى على المستوى الداخلي والمحلي ذلك أن المؤسسات الإقتصادية تتفاوت في المؤهلات والقوة الإقتصادية والفرنشيز يمكن أن يكون أداة تعاون فيما بينها، فالمؤسسات الصغيرة بحاجة للمؤسسات المتوسطة والمؤسسات المتوسطة بحاجة إلى المؤسسات الكبرى في الجانب المعرفي والتقني والمالي وليست دائما المنافسة الإقتصادية المجردة من جميع أشكال التعاون هي التي سترجع بالفائدة على العون الإقتصادي والمستهلك في أن واحد، فالتنافس فقط لا يكفي وحده للتطور بل لابد من التعاون الإقتصادي بين جميع المؤسسات الإقتصادية داخليا وخارجيا خاصة وأن هذا الشكل من التعاون يضمن لكل مؤسسة إقتصادية الإبقاء على كيانها المستقل ولا يفرض عليها تبعية بشكل تسلط إقتصادي بل يتيح لها التمتع بالحرية الإقتصادية والولوج بشكل سهل لشبكة إقتصادية متطورة تأمل للوصول لمؤهلاتها وقدراتها الكثير من المؤسسات التي تتخبط في العجز المعرفي وندرة المساعدات التقنية وبالطبع في العالم الإقتصادي كل شيء بمقابل وهو ما يجب أن تراعيه المؤسسة عند الإقدام أو الإحجام عن مثل هذه الطرق الإقتصادية الحديثة ولا يوجد مؤسسة لا

تستطيع موازنة مصالحها الدائرة بين الخسارة والفائدة فالكل يبحث عن أسواق جديدة وزبائن جدد يرفعون حجم أرباحه ويريد ان يضع لنفسه ميزة تنافسية مع منافسيه، كما سيستفيد المستهلك من سلعة أو خدمة عالية الجودة والمجتمع بزيادة مناصب الشغل.

لهذا فإننا نقترح ما يلي:

- ضرورة تنظيم عقد الفرنشيز في التشريع الجزائري بما يضمن تنمية سوق عرض السلع وتقديم الخدمات.
- ضرورة مراعاة الموازنة بين المصالح الاقتصادية عند تطبيق عقد الفرنشيز وخاصة عنصر المنافسة وعنصر التبعية الاقتصادية وغيرها من العناصر الهامة.
- تحديد تعريف تشريعي محدد للمعرفة الفنية حتى نضمن عدم التصادم مع مفاهيم الملكية الفكرية وجوانب حمايتها.
- ضرورة التحديد التشريعي للإلتزامات المتبادلة لأطراف العلاقة التعاقدية في الفرنشيز ما قبل التعاقد وأثناء التعاقد وبعد التعاقد وبعد إنتهاء العقد ضمن حدود الحرية التعاقدية.

قائمة المصادر والمراجع

1. ياسر سامي قرني، دور عقود الإمتياز في نقل المعرفة الفنية - دراسة مقارنة - رسالة مقدمة للحصول على شهادة الدكتوراه قسم، القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005، ص 56.
2. ياسر سيد الحديدي، النظام القانوني لعقد الإمتياز التجاري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية عين شمس، دار الفكر القانوني، مصر، 2006، ص 28.
3. أمر رقم 03/03 مؤرخ في 2003/07/19 يتعلق بالمنافسة جريدة رسمية 43 معدل ومتمم بالقانون 12/08 جريدة رسمية 36 صادرة في 2008/07/02 بمقتضى الأمر 05/10 مؤرخ في 15 غشت 2010 جريدة رسمية 46.
4. يعقوبي نادية، النظام القانوني لعقود التوزيع الدولية ،، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2006، ص 43.
5. دوار جميلة، المبادئ العامة لعقد الفرنشيز في التشريعات الوضعية، أعمال الملتقى الوطني حول عقود الأعمال ودورها في تطوير الإقتصاد الوطني، ليومي 16 و 17 ماي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012 ص 100.
6. أحمد أنور محمد، المحل في عقد الإمتياز التجاري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2010 ص 64.
7. عبد السميع الأوزن، تسويق الشهرة التجارية (الفرنشيز) ودور التحكيم في منازعاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص 72.
8. يعقوبي نادية، النظام القانوني لعقود التوزيع الدولية، مرجع سابق، ص 44.

9. ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، النظام القانوني لعقد الترخيص بإستعمال العلامة التجارية – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بابل، العراق، 2009 ص 12.
10. يوسف الجيلاني، النظام القانوني لعقد الإمتياز التجاري، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2010، ص 76.
11. أمر 59/75 مؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون التجاري جريدة رسمية عدد 101 صادر في 1975/12/19 المعدل والمتمم .
12. مغبغب نعيم، الفرنشايز، - دراسة في القانون المقارن – منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006 ص 100.
13. الأمر 06/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالعلامات جريدة رسمية عدد 44 صادرة في 2003/07/23 .
14. عمر مسقاوي لبنى، عقد الفرنشايز، دراسة على ضوء الفقه والإجتهد والعقد النموذجي المعتمد في غرفة التجارة الدولية، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان 2012 ص 126.
15. عمر مسقاوي لبنى، مرجع سابق، ص 144 .
16. أفجطال فريدة، النظام القانوني لعقد الفرنشيز في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، ص 108 .

أسس تنظيم العقار الصناعي الموجه للاستثمار في التشريع الجزائري



ط.د / الوافي عبد الرزاق، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)

ط.د / حضري حسان، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، (الجزائر)

مقدمة:

يعتبر العقار احد اهم المرتكزات الاساسية في التنمية الاقتصادية ، فالاستثمار في العقار الصناعي يعد احد الاهداف التي تسعى الدولة الى تحقيقها ضمن برامجها التنموية سواء على المستوى المحلي أو الوطني، كما ان الدولة وحرصا منها على تنظيم مجال الاستثمار في مجال العقار الصناعي، فقد اصدرت العديد من التشريعات والتنظيمات تسعى الى ضبط مجال العقار وكذا تضمنت هذه التشريعات حوافز في مجال الاستثمار، فقد تضمن الدستور الجزائري 16-01 لأول مرة ضمن مواده النص على تحسين المناخ الاعمال وتشجع على ازدهار المؤسسات خدمة للتنمية الاقتصادية، كما اعترف بحرية الاستثمار وهو من نصت عليه المادة 43 منه، كما ان المشرع الجزائري خطى خطوة كبيرة في مجال الاستثمار العقاري، من خلال قوانين الاستثمار والقوانين المالية، كما وضع أليات لحماية حق الملكية العقارية مقارنة بالأموال المنقولة، ويهدف توسيع وتعزيز الإطار المؤسسي في مجال الاستثمار تم انشاء جهاز يمثل في المجلس الوطني للاستثمار بموجب الامر رقم 01-03 المعتدل والمتمم بالأمر 06-08 والملغى بالقانون 16-09، أوكلت له مهمته ترقية وتطوير الاستثمار

ومن خلال ما تم ذكره نطرح الاشكالية التالية :

كيف نظم المشرع الجزائري العقار الصناعي من اجل استغلال الامثل الهادف الى تحقيق التنمية الاقتصادية؟

وللإجابة عن الاشكالية المطروحة، اعتمدنا على خطة منهجية مقسمة الى مطلبين، تناولنا في المطلب

الاول

أهمية البحث

تتجلى أهمية الموضوع، في رصد أهمية العقار الصناعي كألية للدفع بعجلة التنمية والاقتصاد، وكذا الإحاطة بجملة القوانين التي تؤطر استغلال العقار.

أهداف الدراسة:

هدفت الدراسة الى مايلي:

- التعرض الى التشريعات الوطنية التي تحكم الاستثمار في الجانب العقاري.
- التعرف على طبيعة العلاقة بين العقار والاستثمار.

المحور الأول: مفهوم العقار الصناعي

قبل البدء في تعريف العقار الصناعي ينبغي أولا الوقوف على معني كل من العقار والصناعة

أولا : مفاهيم حول العقار

تعرف العقارات على انها الاشياء الثابتة الحائزة لصفة الاستقرار سواء كان ذلك من أصل خلقتها او بصنع صانع لا يمكن نقلها دون أن يعثرها تلف أو خلل¹.

1-تعريف العقار الصناعي:

لم يحدد المشرع الجزائري مفهوم للعقار الصناعي، بل اتجه الى تنظيمه بجملة من النصوص القانونية سواء تشريعية او تنظيمية، وقد عرف الخبراء الجغرافيين العقار الصناعي على أنه " المساحة الجغرافية او الرقعة الارضية المحددة

يال القادمة أيضا، لذلك نادى العديد من فقهاء القانون، ونصت مختلف الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية بضرورة ادراج البيئة كقيمة أساسية في قانون العقوبات².

يعرف العقار الصناعي بأنه: " مجموعة الاراضي المعمرة أو القابلة للتعمير وكذا العقارات الموجهة للاستثمار ومن شأنها استيعاب وحدات انتاج ثروة أو خدمات"³.

2-تصنيفات العقارات:

حدد الامر رقم 11-06 الاوعية العقارية الموجهة للاستثمار، حيث تم حصرها في الاملاك الوطنية الخاصة بإستثناء الأراضي الفلاحية وهي :

- الأراضي الفلاحية.
- القطع الارضية المتواجدة داخل مساحات مناطق التوسع والمواقع السياحية.
- القطع الارضية المتواجدة داخل مساحات البحث عن المحروقات واستغلالها.
- القطع الارضية الموجهة للترقية العقارية.

ثانيا: التنظيم القانوني للعقار الصناعي:

تواجه المستثمر في مجال العقار الصناعي إشكال متمثل في عدم تحديد وضبط العقار بقانون أو تنظيم واحد ، فكثرة وتناثر القوانين والتنظيمات المتعلقة بالعقار الصناعي، والتي لم تشر بصفة واضحة ودقيقة له ألا ما ورد في بعض الايجارات، وعكس ذلك نجد قوانين المالية كانت اكثر دقة وتحديد والتي نصت في عمومها على العقار الصناعي، فقد تضمنت قوانين المالية لكل من السنوات (2009-2010-2012-2013-2014-

¹ - سقرة فايزة، الامتياز بالتراضي كالية قانونية لاستغلال العقار الصناعي الموجه للاستثمار في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد الثاني، جامعة زيان عاشور الجلفة، سنة 2019، ص 144.

² - محمد بوشوشة، عيسى بولخوخ، امتيازات العقار الصناعي الممنوحة للاستثمار في الجزائر، مجلة الاقتصاد الصناعي ، العدد 12، سنة 2017، ص 4.

³ - إسماعيل بوقرة، العقار الصناعي كعائق أمام تشجيع وتطوير الاستثمار بالجزائر، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، جامعة حمة لخضر الوادي، سنة 2019، ص 3.

2015) تنظيم عقود الامتياز، التنازل عن الايجار¹، كما منح القانون 09-16 للمستثمرين إعفاءات من دفع حق نقل الملكية بعوض والرسم على الاشهار العقاري عن كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار، وكذا الاعفاء من حقوق التسجيل والرسوم على الاشهار العقاري، والاعفاء لمدة عشرة 10 سنوات من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار ابتداء من تاريخ الاقتناء². حيث نظم المشرع الجزائري الاملاك العقارية طبقا للمادة الثالثة من القانون 25-90 المتعلق بالتوجيه العقاري إلى ثلاثة أصناف وهي :

- الاملاك الوطنية .
- أملاك الخواص .
- الأملاك الوقفية³ .

هذه الاخيرة نستبعدا لأنها لا تدخل في مجال دراستنا، كونها ليست لها صلة بمجال العقاري الصناعي الاستثماري لكونها حبس لأعمال خيرية أو ذات منفعة عامة وتخضع لقانون خاص بها .

حيث نجد ان المشرع الجزائري فرق بين الاملاك الوطنية واملاك الخواص، كما ميز بين الاملاك الوطنية العامة والاملاك الوطنية الخاصة ، وأدرج العقار الصناعي المخصص لعملية الاستثمار ضمن الاملاك الوطنية الخاصة ، وتم هذا التخصيص بالاعتماد على معايير تضمنها الدستور الجزائري المعدل لسنة 2016 في ماته 18 ، وكذا في المادة 03 من القانون رقم 90-30.⁴

و مما تقدم فالعقار الصناعي يتمثل في مختلف الاراضي التي وجهت للاستثمار، وكل ما اتصل بها ورصد لخدمتها ، كذلك تشمل ما تبقى بعد من حل المؤسسات العمومية ، وقصد توفير هذا العقار الذي يهدف الى تحقيق الاستثمار فقد عمدت الدولة الى اتباع العديد من الاليات بداية بتهيئة مجموعة المناطق لهذا الغرض وانتهاء باسترجاع الاصول العقارية سواء الفائضة عن أو المتبقية عن المناطق الصناعية والمؤسسات العمومية التي خضعت لعملية التصفية⁵.

المحور الثاني : آلية استغلال العقار الصناعي الموجه للاستثمار

يتم استغلال العقار الصناعي الموجه لإنجاز المشاريع الاستثمارية عن طريق عقد الامتياز الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري في استغلال الاراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة، ومن خلال هذا المحور سيتم التعرض الى عقد الامتياز.

¹ - المادة 12 من القانون 09-16 المؤرخ في 3 أوت 2016 المتعلق بالاستثمار، ج ر ، عدد 46.

² - القانون رقم 25-90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري، ج ر ، عدد 55.

³ - المادة 03 من القانون 30-90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الاملاك الوطنية المعدل والمتمم بالقانون 14-08 المؤرخ في 20 جويلية 2008، ج ر ، عدد 44.

⁴ - سردو محمد، تسيير العقار الصناعي في الجزائر بين العقلانية والتبذير، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، المجلد 11، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي ، الشلف ، سنة 2019، ص 3.

⁵ - عائشة بوعزم، تقديم العقار الموجه للاستثمار كإسهام في شركة تجارية، مجلة القانون العقاري والبيئة، العدد 06، سنة 2016، ص 8.

أولاً: تعريف عقد الامتياز

منح الامتياز للمستثمر هو عبارة عن عقد تخول من خلاله الدولة الانتفاع على على قطعة ارضية متوفرة تابعة للأمالك الخاصة، سواء كان المستثمر شخص طبيعي أو معنوي¹، حيث يعرف عقد الامتياز بأنه: " العقد الذي تخول بموجبه الدولة مدة معينة حق الانتفاع بقطعة ارضية متوفرة وتابعة لأمالكها الخاصة، شخصا طبيعيا أو معنويا يخضع للقانون الخاص، سواء كان الشخص مقيما او غير مقيما او مؤسسة عمومية اقتصادية، بحيث يكون الغرض من استعمال تلك الارض اقامة مشروع استثماري ذو نفع².

ثانيا : الطبيعة القانونية لعقد الامتياز

يتم منح العقار الصناعي عن طريق عقد الامتياز للمستثمرين لتجسيد المشاريع، حيث ان عقد الامتياز هذا عبارة عن دفتر شروط يبين شروط وكيفية الحصول على العقار موضوع الاستثمار، كما يصدر الوالي قرار في هذا الشأن بناء على اقتراح من لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمار وضبط العقار على الاراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة.

ثالثا: شروط منح الامتياز على عقار صناعي

تعد ادارة املاك الدولة لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية والاشخاص الطبيعيين والمعنويين الخاضعين للقانون الخاص عقدا إداريا مرفقا بدفتر شروط يمكن بموجبه منح الامتياز في مجال الاستثمار الوارد على العقار هذا الاخير يدفعنا لتحديد الشروط العامة للامتياز المتعلقة بأطراف عقد الامتياز أولا ومن ثم الشروط المتعلقة بالقطعة الأرضية محل عقد الامتياز ثانيا وبعدها نتطرق لشروط الاستغلال ثالثا³.

1- الشروط العامة للامتياز المتعلقة بأطراف عقد الامتياز

تجدر الإشارة هنا الى أطراف عقد الامتياز: الادارة مانحة الامتياز صاحبة العقار والمستثمر المستفيد من الامتياز، والملاحظ أن الامر 04/08 لم يتضمن شروطا تتعلق بالإدارة المانحة للامتيازات في مجال العقار الصناعي وعليه يشترط في الادارة المانحة للامتياز الشروط العامة المتعارف عليها في مجال القانون الاداري كالاختصاص فهو يمنح بموجب عقد يعده مدير أملاك الدولة بناء على تفويض من وزير المالية بين صاحب الامتياز والإدارة المكلفة بتسيير الملك الوطني محل الامتياز⁴.

وحسب المادة 10 من الامر 04/08 فان عقد الامتياز يكون مرفقا بدفتر أعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار وبنود وشروط الامتياز، وقد اشترط المشرع أن يرفق العقد بدفتر شروط وفقا للنموذجين الملحقين بالمرسومين التنفيذي رقم 09/152 و 09/15 المؤرخين في 02 ماي 2009⁵.

ويمنح الامتياز حسب الحالة:

- من طرف الوزير المكلف بالقطاع في حالة الاملاك التابعة للدولة

¹ - يرقى حسين، بن لكل محمد أمين، دور العقار الصناعي في ترقية الاستثمار في الجزائر، سفرة فايزة، مرجع سابق، ص 145.

² - المرجع نفسه، ص 145-146.

³ - المرجع نفسه، ص 146.

⁴ - المرجع نفسه، ص 146.

⁵ - المادة 15 من القانون رقم 11/11 المعدلة والمتممة للمادة 03 من الامر 04/08 مؤرخ في 01 سبتمبر 2008 يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الاراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، جريدة رسمية عدد 49، الصادرة في 03 سبتمبر 2008.

- من طرف الوالي في حالة الأملاك الوطنية التابعة للولاية
- من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي في حالة الأملاك البلدية.
- من طرف الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري في حالة الأملاك التابعة للمحافظة العقارية التي تسيروها¹.

أما بالنسبة للمستثمر المستفيد من الامتياز فإن المتمتع في مواد الأمر 04/08 لا نجده يتضمن شروطا تخص المستفيد من الامتياز، بينما نجد المادة 15 من القانون رقم 11/11 التي عدلت الفقرة الأولى من المادة 03 من الأمر 04/08 تنص على أنه: "يمنح الامتياز على أساس دفتر شروط عن طريق التراضي على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية ومع مراعاة احترام قواعد التعمير المعمول بها"².

2- الشروط المتعلقة بالقطعة الأرضية محل عقد الامتياز

نص المرسوم التنفيذي رقم 152/09 في المادة 06 على الشروط الواجب توفرها في الأملاك الوطنية الخاصة لكي تدخل في نطاق تطبيق الامتياز على وجوب ان يكون العقار محل الامتياز تابعا للأملاك الوطنية الخاصة للدولة وغير مخصص وليس في طور التخصيص لفائدة مصالح عمومية تابعة للدولة لتلبية حاجاتها، وأن تكون واقعة في قطاعات معمرة أو قابلة للتعمير باستثناء المشاريع الاستثمارية التي يستلزم تمركزها خارج هذه القطاعات بسبب طبيعتها

3- شرط الاستغلال:

لاستغلال العقار الصناعي وضع المشرع جملة من الشروط الإدارية المتعلقة خاصة بالمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي المنظمين بموجب القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير والمرسوم التنفيذي 91/175 المحدد للقواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء وكذا الشروط المتعلقة باستغلال المياه والغابات، فقد قبل المشرع الترخيص باستغلال القطع الأرضية عن طريق الامتياز على وجوب ان تتم دراسة مدى توفر القطعة محل المنح عن طرق الامتياز على الشروط الإدارية للاستغلال والتأكيد على ذلك ضمن دفتر الشروط، وقام بإنشاء عدة هيئات إدارية تقنية تتكفل بإعداد بنك معلومات حول العقارات القابلة للمنح عن طريق الامتياز وتتمثل أهم هذه الهيئات في لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار، وكذا الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، كما أن المشرع اشترط أيضا في بعض القوانين الأخرى المتفرقة المتعلقة بالبيئة وجوب احترام مقاييس حماية البيئة والتلوث...

¹ - المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09 مؤرخ في 02 ماي 2009، المحدد لشروط وكيفية منح الامتياز على الاراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، جريدة رسمية عدد 27، الصادرة في 06 ماي 2009.

² - سفرة فايزة، مرجع سابق، ص 147.

الخاتمة:

وخاتمة لهذه الورقة البحثية نخلص الى ان الجزائر في مجال العقار الصناعي خطت خطوة نوعية، وذلك من خلال ادراجها للعقار الصناعي ضمن املاك الدولة الخاصة باعتباره يشكل أولوية قصوى للنهوض بالاستثمارات التي تسعى الى تحقيق التنمية الاقتصادية، ونقدم في هذا الشأن التوصيات التالية:

- بغرض الاستغلال الأمثل للعقار الصناعي، نجد أنه من الواجب تفعيل الدور الرقابي (القضائي والإداري) على استغلال العقار الصناعي محل الاستثمار، كما اننا نؤكد على ضرورة استرجاع الأوعية العقارية الصناعية غير المستغلة من طرف أصحابها.
- وجوب القضاء على السوق الموازية للعقار، هذا الأخير ساهم بشكل كبير في إبطاء وتيرة إنجاز الاستثمارات وأثقل كاهل خزينة الدولة بأموال طائلة، وهذا لا يتأتى إلا من خلال مراجعة منظومة القانون العقاري.
- إعادة النظر في بعض نصوص القوانين والانظمة المتعلقة بالجانب العقاري، وقوانين الأملاك الوطنية، والعمل على تحيينها دوريا من أجل توفير الإطار القانوني الأمثل لمقتضيات الاستثمار

التوصيات:

اجتمعت لجنة صياغة التوصيات المتعلقة بالندوة الدولية الموسومة بـ "العقار آفاق الاستثمار" بالاشتراك مع فرق البحث

- إعادة التمويل الرهني في التشريع الجزائري
 - تقسيم السياسة العقارية الاستثمارية في الجزائر وآفاقها
 - العقود والطرق التقليدية للتمويل في ظل السياسات الاقتصادية بالجزائر.
- المنعقدة يوم الخميس 19 ديسمبر 2019 وذلك بقاعة المناقشات كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي برئاسة د. بشير محمودي وعضوية:

- د. فوزية الطاهر

- د. هدى طاهري

- د. فهيمة فسوري

- د. بوساحة نجاة

- د. دريس كمال فتحي

تثني اللجنة على مجهودات وأعمال الطاقم الإداري والعلمي الذي سهر على إنجاح هذه التظاهرة العلمية المتعلقة بموضوع من مواضيع الساعة الذي يربط ما بين العقار والاستثمار وسبل تمويلها والتي تشكل ركائز المجال لاقتصادية كما يثني أعضاء اللجنة على جميع الأساتذة المتدخلين من داخل الوطن وخارجه والذين أثروا الموضوع التي تمخض بالتوصيات التالية:

1. ضرورة الفصل في مآل المنشآت المنجزة بمناسبة تنفيذ عقد الإمتياز في ظل الأمر رقم 04/08 الوارد على الأملاك الوطنية الخاصة وما يثيره من إشكاليات ونزاعات.
2. توحيد صيغ إقتناء وإستغلال العقار الاقتصادي الموجه للاستثمار في التشريع الجزائري.
3. تفعيل دور اللجان الولائية الرقابية على إنجاز المشاريع الاستثمارية للقضاء على المضاربة في العقار الاقتصادي.
4. منح حرية أكثر للمؤسسات المالية في مجال التعامل بالصيغ التمويلية لا سيما التمويل الإسلامي.
5. تشجيع التعاون المغربي في مجال إقتناء العقارات محل عقد الإعتماد الإيجاري.
6. إعادة النظر في التشريع المنظم للإيجار المالي في القانون التونسي لجعله متناغما مع التشريع والمؤسسات المالية والبنكية.
7. توسيع مجال التوريق ليشمل مجالات استثمارية متعددة.
8. ضرورة تنظيم عقد الفرنشيز بنصوص تشريعية وطنية في الجزائر وتونس.