

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية –
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم قانون الأعمال

تراجع مبدأ سلطان الإرادة في عقد الاعتماد الايجاري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص : القانون العام للأعمال

إشراف الأستاذ :

- عسالي عبد الكريم

من إعداد الطالبتين :

- شبطة أنيسة

- شوالي صونية

لجنة المناقشة

رئيسا
مشرفا و مقرا
ممتحنا

.....
أستاذ محاضر أ
.....

الأستاذ : براهيمى فضيلة
الأستاذ : د / عسالي
الأستاذ : إملول ريمة

السنة الجامعية : 2016 – 2017

قائمة أهم المختصرات

أولا . باللغة العربية

ج ر ج ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .

ج : جزء .

ف : فقرة .

د : دكتور .

د ب : دون بلد .

د د ن : دون دار النشر .

د س ن : دون سنة النشر .

ص : صفحة .

ط : طبعة .

ق ت ج : قانون التجاري الجزائري .

ق ع ج : قانون العقوبات الجزائري .

ق م ج : قانون المدني الجزائري .

ق إ م إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ثانيا . باللغة الفرنسية :

éd : édition .

Op.cit : Ouvrage précédemment Cité .

P : pag .

Univ : Université .

يعد العقد اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني و هو المصدر الإرادي الأساسي للالتزام ، ومن ثم فإن الإرادة المزدوجة للموجب و للقابل هي مصدر الالتزام التعاقدية¹ ، فقد اعتبر القانون أن الإرادة مصدر إنشاء العلاقة التعاقدية ، فهذه الأخيرة ارتبطت بمبدأ سلطان الإرادة و الذي يعني أن الإرادة الحرة هي أساس التعاقد.

يعود أصل مبدأ سلطان الإرادة إلى القرن 17 بسبب ازدهار المذهب الفردي حيث كان الفرد في ظل هذا المذهب غايته الأولى هي احترام حريته و إرادته ، فكان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة ، فهي العنصر الجوهرية في تكوين العقد و في تحديد ما يترتب عليه من آثار.

كان لمبدأ سلطان الإرادة فاعلية في مرحلة تكوين العقد ، سواء في الفترة السابقة على التعاقد أو في فترة إنشاء العقد ، فيعد الركيزة الأساسية في إبرام العقد التي تبنى عليها المعاملات و إرادة الفرد هي مصدر جميع الحقوق و الواجبات ، غير أن هذا المبدأ ما لبث أن انتكس و تراجع بفعل التطور الاقتصادي و الاجتماعي و السياسي الذي مس مختلف المجتمعات ، كما لظهور المذهب الاشتراكية بحلول القرن 20 دور في هذا الانتكاس ، مما أظهر هشاشة مبدأ سلطان الإرادة .

فيراى هذا المذهب مصلحة الجماعة حتى لو كان ذلك على حساب الأفراد ، فالفرد لم يعد حر في التعاقد ، حيث أصبحت هذه الحرية مقيدة بفعل تدخل المشرع و ذلك بوضع قواعد أمره واجبة الإلتباع في معظم جوانب تنظيم العقد ، علاوة على ذلك مقتضيات النظام العام و اقتضاء الشكلية فهي من أبرز القيود التي تحيط بهذه الحرية .

إذا كان الاقتصاد يرتكز على التبادل فإن تحقق هذا النوع من المعاملات يظهر كاتفاق بين فاعلين اقتصاديين ، يتم تنظيمه بواسطة عقود الأعمال إذ يتعين حضور العقد في كل المراحل ، فلما كان عقد الاعتماد الإيجاري من هذه العقود أي عقود الأعمال فارتأينا دراسة هذا العقد كنموذج و تبيان تراجع هذه الإرادة المشتركة التي ينادي بها أصحاب المذهب الفردي .

و بالرجوع إلى عقد الاعتماد الإيجاري نجد تنظيمه في الأمر رقم 209/96² ، و قد تعددت تعاريف هذا العقد لكن كلها تحمل نفس المضمون ، فيعتبر وسيلة حديثة لتمويل المشروعات الاقتصادية ، فهو يحقق للمشروع الاقتصادي الحصول على معدات دون أن يضطر إلى أداء قيمتها دفعة واحدة و إنما يقتصر دوره على أداء أقساط دورية مع الحفاظ بكامل الضمانات اللازمة لممول الأصول عن طريق حق الملكية³ .

فيعتبر التمويل بالنسبة للمشروعات الاقتصادية قلبها النابض فهو عامل نجاحها ، ووظيفة التمويل من الوظائف البالغة الأهمية في مختلف المشروعات ، فبهذا لا يمكن إنكار فاعلية عقد الاعتماد الإيجاري في تمويل مشاريع المستأجر التمويلي الإنتاجية بكل أشكالها خصوصا أن تمويل مشروعه الإنتاجية يمول كاملا دون تعطيل جزء من رأسماله .

1- فواز صالح ، " الإرادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام (دراسة مقارنة) " ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية ، كلية الحقوق ، جامعة دمشق ، عدد 01 ، 2012 ، ص 133 .

2- أمر رقم 09/96 ، مؤرخ في 10 جانفي 1996 ، يتعلق بالاعتماد الإيجاري ، ج ر عدد 3 ، صادر في 1996 .

3- عاشور كتوش ، مداخلة بعنوان التمويل بالائتمان الإيجاري ، الاكتتاب في عقود و تقييمه (دراسة حالة الجزائر) ، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ، جامعة الشلف ، د س ن ، ص 1 .

و قد تعددت المصطلحات المترجمة لمفهوم " الليزنج " من أجل إيجاد مصطلح دقيق له ، فعرف بالقرض الإيجاري ، التأجير التمويلي ، و الانتماء الإيجاري⁴ ، أما المشرع الجزائري اختار ترجمة " الاعتماد الإيجاري " ، إذ عرفه في المادة الأولى من الأمر رقم 09/96 الذي يتضمن الاعتماد الإيجاري و التي تنص على : " يعتبر الاعتماد الإيجاري موضوع هذا العقد عملية تجارية و مالية يتم تحقيقها من قبل البنوك و المؤسسات المالية أو شركات التأجير مؤهلة قانونا و معتمدة صراحة بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب أشخاص طبيعيين كانوا أو معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر و تتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بالمؤسسات حرفية " ⁵.

بتفحصنا لنص هذه المادة توحى لنا من أول وهلة انتكاس لمبدأ سلطان الإرادة بالفعل في أحكام هذا العقد ، أو بالأحرى يمكن القول استخدامه من طرف واحد ألا و هو المؤجر التمويلي ليفرض سلطته على الطرف الآخر، فنذكر أبرز نقطة فيه و هي الحرية في التعاقد أي في مرحلة الإبرام ، حيث أن مبدأ سلطان الإرادة يقوم بتكريس الحرية في اللجوء إلى التفاوض قبل التعاقد و كذا الحرية في اختيار المتعاقد الآخر، و لكن بالرجوع إلى طبيعة عقد الاعتماد الإيجاري يفرض توافر شروط محددة في التعاقد حيث أنه لا يمكن أن يبرم إلا مع نوع محدد من الأشخاص منحهم الأمر رقم 09/96 سالف الذكر الحق في ممارسة هذا النشاط .

فيكيف عقد الاعتماد الإيجاري على أنه عقد إيجار فلا يخدم مصالح المؤجر التمويلي دائما، فيعتمد على تطبيق أحكامه كلما كان ذلك من مصلحته أما في الحالة العكسية فهو يلجأ إلى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة لصالحه و هذا من أجل إضافة شروط أو بنود في العقد تضمن مصالحه و تحقق أهدافه .

و لا يقف تراجع الحرية التعاقدية عند مرحلة تكوين العقد بل حتى بعد تكوينه أي فيما يخص آثار هذا العقد ، حيث أن المشرع الجزائري استخدم قواعد مكملة بشأنها، حيث وجد المؤجر التمويلي استغلالا لمركزه القوي في العقد سبيلا للتوصل من التزامات كثيرة مفروضة عليه أصلا ، و نذكر منها تسلم الأصل المؤجر و كذا المحافظة عليه و صيانتها فهي في الأصل التزامات يقوم بها صاحب الملكية، و لكن خصوصية هذا العقد لا تفرض منه ذلك .

فتكريس المشرع الجزائري في الأمر رقم 09/96 حماية للمؤجر التمويلي تكون منذ بداية العقد إلى نهايته .

و على هذا الأساس فإنشكالية بحثنا تتمحور حول : ما مكانة مبدأ سلطان الإرادة في عقد الاعتماد الإيجاري ؟

⁴ - حسب معيار المحاسبة الأمريكي FASB ، في المعيار رقم 13 : اتفاق بين المؤجر و المستأجر ينقل بموجبه المستأجر حق ملكية أصل معين يمتلكه المؤجر لفترة محدودة و مقابل مبلغ يدفعه المستأجر دوريا و يسمى بالقيمة الإيجارية . أنظر في ذلك:

Statment of Financial Accounting , standards N . 13 (Accounting of leases) , 1976 , P 01 .

www.fasb.org/qdf/fas13p .

⁵ - أنظر المادة الأولى من الأمر رقم 09/96 ، يتعلق بالاعتماد الإيجاري ، مرجع سابق.

يعد العقد أهم وسيلة لإجراء المعاملات أو التصرفات القانونية و له أهمية في النشاط الاقتصادي و الاجتماعي و الإنساني ، فإذا كان العقد يبنى أساسا على الإرادة و ما تتمتع به من سلطان فهذا يعني أن الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود ، لكن انعكس تطبيق هذا المبدأ على الواقع الاجتماعي و ذلك على حساب العوامل الاقتصادية التي أدت إلى انتصار روح المذاهب الاشتراكية ، فهذه العوامل بعد أن تطورت و قامت في وجه المذاهب الفردية أدت إلى اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية التي من شأنها أن تنتقص من مبدأ سلطان الإرادة فيكون هذا الأخير قد قام على أساس اقتصادي و انتكس متأثرا بعوامل اقتصادية ، ولهذا سوف نستهل دراستنا بالإرادة المشتركة أساس إبرام العقد (المبحث الأول) .

و إذا ما أردنا تسليط الضوء على عقد الاعتماد الإجاري فيما يخص فاعلية هذا المبدأ من عدمه في تكوين هذا العقد ، فنجد أن نظامه القانوني له طابعه الخاص الذي ينفرد به عن باقي العقود الأخرى و هذا يظهر جليا بالنظر إلى أركان و شروط إبرام هذا العقد وكذا عناصره ، فنجد فيه المؤجر التمويلي يفرض بنود في العقد لمصلحته و هذا ما يجعله في مركز القوي و المسيطر على أحكام العقد ، حتى أن هذا التأثير يذهب إلى أبعد من ذلك إذ يؤدي إلى اختلال التوازن الإجمالي للعملية نظرا لاستغلال هذا المؤجر التمويلي للأحكام التي تناسبه و ترك ما لا يناسبه ، و لهذا سوف نطرح التساؤل التالي هل تكون الإرادة المشتركة أساس إبرام عقد الاعتماد الإجاري ؟ (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

الإرادة المشتركة أساس إبرام العقود

إن أساس إبرام العقد هي الإرادة المشتركة لطرفيه و هذا ما يعني أن الركيزة الأساسية في تكوين العقد هي الإرادة أي تراضي المتعاقدين ، أي الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة الذي يعد من نتائج المذهب الفردي ، فيعتبر هذا المذهب أن الهدف من تنظيم المجتمع هو حماية الفرد و تحقيق مصلحته الخاصة ، طالما كان الفرد حرا في تحقيق هذه المصلحة فإن إرادته تكون كذلك ، و أن هذه الإرادة الحرة وحدها هي التي تملك إنشاء العقد و تحديد آثاره ، و في هذا الصدد سنتناول فاعلية مبدأ سلطان الإرادة في العقود (المطلب الأول) .

خلافًا للمذهب الفردي ظهر المذهب الجماعي وهو الذي يقتضي منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف ، ومنع الأفراد من الاتفاق أو التعاقد على ما يخالف النظام العام والآداب العامة ، فندرس في هذا الصدد كيف يكون انكماش هذا المبدأ كمصدر للالتزام (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

فاعلية مبدأ سلطان الإرادة في العقود

إذا كان العقد يبني أساساً على الإرادة و ما تتمتع به من سلطان فإن ذلك يعد ترجمة لمبدأ سلطان الإرادة ، فهذه الأخيرة الحق في إنشاء ما تشاء من العقود غير متقيدة في ذلك بأنواع العقود التي نظمها المشرع في القانون المدني ، ومن أهم الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإدارة هي حرية الشخص في التعاقد و في تحديد الآثار المترتبة على العقد .

الفرع الأول

مظاهر تكريس حرية الإرادة في الفترة السابقة على التعاقد

تعد هذه الفترة استكشافية تحدد فيها التزامات و حقوق طرفي العقد ، من خلال تكريس الحرية في اللجوء إلى التفاوض الذي يعتبر من أهم مراحل العقد إذ يتقرر فيها مصير العقد ، في حين قد يرى المتعاقد ضرورة اللجوء إلى التعاقد فيتعاقد ، أو يرى العكس فلا يتعاقد⁶.

أولاً: حرية الأفراد في إجراء المفاوضات :

ينعقد العقد بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول ، و باستيفاء هذا الإيجاب للعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه⁷ ، فالفكر القانوني ينظر إلى الإيجاب و القبول على أنهما محصلة لا يأتي إدراكها إلا بعد مدة المفاوضات قد تطول وقد تقصر، الأمر الذي يتصور معه أن تكون عملية التعاقد عملية متعاقبة المراحل و متعددة الأوجه ، فضلاً عن ذلك أصبح من الممكن النظر في مسؤولية الأطراف خلال مدة التفاوض و فحص مدى انطباق سلوكيات الأطراف خلال هذه المدة على ما يوجبه حسن النية و الثقة المشروعة في التعامل و الابتعاد عن أساليب الخداع والتضليل.

⁶- أكرم محمود حسين البدوّ، محمد صديق عبد الله ، " أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، " مجلة الرافدين للحقوق ، جامعة الموصل ، عدد 49 ، العراق ، 2011 ، ص 405.

⁷- نسير رفيق ، نظرية التصرف القانوني الثلاثي ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2014 ، ص 200.

لقد اتضحت أهمية المفاوضات من خلال أنها تعد تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة بوجهيه السلبي والإيجابي ، فإذا خلصت هذه المفاوضات إلى إبرام صفقة تجسد هذا المبدأ بجلاء في القوة الملزمة للعقد عملاً بالقاعدة الشهيرة العقد شريعة المتعاقدين⁸.

تمر مرحلة المفاوضات عبر ثلاثة مراحل أساسية فتبدأ الأولى في الدعوى إلى التعاقد و الثانية يتم فيها التدبير و تعتبر من أهم و أدق المراحل أما المرحلة الأخيرة فتتمثل في مرحلة صياغة الإيجاب⁹.

ثانيا: تكريس حرية إرادة المتعاقدين في التعاقد :

إن أساس التعاقد هو حرية إرادة المتعاقدين إذ لهما حق المناقشة و الجدل فيما يتفقان عليه و متى تم الاتفاق أصبح العقد حجة على الطرفين ، و على ذلك فحرية التعاقد هي التي تملي على الطرفين قانون العقد¹⁰ ، غير أنه حتى تكون هناك حرية حقيقية في إبرام التصرفات القانونية يجب أن تكون هناك مساواة في المراكز الاقتصادية ، و تشمل حرية التعاقد على جملة من الحريات و هي حرية الفرد في التعاقد أو في امتناعه عن التعاقد¹¹ ، بالإضافة إلى ذلك فللفرد الحرية في اختيار المتعاقد الآخر، حيث يفضل التعاقد في بعض الأحيان مع شخص معين بالذات، فيمتنع التعاقد مع غيره ذلك لأن مصلحته تتحقق أكثر مع هذا الشخص بالمقارنة مع غيره من الأشخاص ، و في حالة اختيار الأطراف المتعاقدة فهم أحرار في تحديد شروط تعاقدهم و ذلك في حدود النظام العام و الآداب العامة ، وأن لا تتجه إرادتهم إلى ما يخالف أحكام العقود التي نظمها القانون و ذلك وفقا لنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري¹² ، غير أنه في بعض الأحيان يجبر الشخص على التعاقد مع شخص معين فتتقيد حرية الشخص في الاختيار، كما يجبر الشخص على التعاقد بموجب نصوص قانونية مع من خولهم القانون ذلك¹³، كما هو الحال في عقد الاعتماد الإجباري .

الفرع الثاني

- 8- محمد سعيد أحمد إسماعيل ، فاروق أبو الشامات ، " الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية نقل التكنولوجيا) " ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الدولية الاقتصادية و القانونية ، عدد 2 ، دمشق ، 2013 ، ص 330 .
- 9- بلحاج العربي ، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري ، (دراسة مقارنة) ، دار وائل للنشر ، الجزائر، 2010 ، ص 38.
- 10- بسام مجيد سليمان ، أكرم محمود حسين ، موضوعية الإرادة (دراسة تحليلية ، مقارنة في ضوء إدارة المخاطر و التشريعات القانونية) ، تخصص القانون الخاص ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، العراق ، 2003 ، ص 92.
- بحث متوافر على الموقع الإلكتروني : <http://iefedia.com>
- 11 - بسام مجيد سليمان ، مرجع نفسه ، ص 94 و 95.
- 12 - أنظر المادة 106 من الأمر رقم 58/75 ، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، 6305 ج ر عدد 78 ، صادر في 30 سبتمبر 1975 .
- 13- خليفاتي عبد الرحمن ، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، جامعة الجزائر ، 1987 ، ص 36.

مظاهر تكريس حرية الإرادة أثناء فترة إنشاء العقد

يتم العقد بمجرد أن يتبادل الأطراف التعبير عن إرادتهما المتطابقتين بإيجاب يوجهه الموجب لأن يقترن بالقبول من طرف من وجه إليه الإيجاب ، كما للطرفين المتعاقدين الحرية في هذه المرحلة الاتفاق على وضع شروط و بنود العقد بما يخدم مصالحهم في التعاقد .

أولاً: توافق الإرادتين

يتكون العقد بتبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين نحو إحداث أثر قانوني و هو ما يعبر عنه بوجود التراضي ، وحتى يقوم هذا الأخير لا بد من تلاقي إرادتين و تطابقهما ، فلا إرادة الأولى تسمى بالإيجاب و هو تعبير بات عن الإرادة موجه إلى شخص أو عدة أشخاص آخرين و الذي يأتي مطابقاً للقبول¹⁴ ، فتتص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"¹⁵.

و تجدر الإشارة إلى أن الإيجاب له خاصيتين بالنسبة للخاصية الأولى فلا بد أن ينطوي على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به ، أما بالنسبة للخاصية الثانية فتحتى كيف العرض على أساس أنه إيجاب فلا بد أن تتوافر فيه العناصر الرئيسية و الجوهرية للعقد المراد إبرامه¹⁶ ، و عليه ففي عقد إيجار مثلاً فلا بد أن يتضمن العرض العين المؤجرة ، بدل الإيجار، و مدة الإيجار... الخ .

أما الإرادة الثانية فتسمى بالقبول و هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بارتضائه العرض الذي تقدم به الموجب ، فالقبول هو الموافقة على إنشاء العقد بناء على الإيجاب وغالباً يتأخر صدوره عن صدور الإيجاب¹⁷ ، فالموجب له الحرية في أن يقبل الإيجاب أو يرفضه إذ أن الأصل هو حرية التعاقد فمن يرفض إيجاباً وجه له لا يكون مسئولاً عنه¹⁸ ، كما أن لهذا القبول ثلاث شروط أساسية فالأول أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب ، أما الثاني و هو أن يتم القبول قبل سقوط الإيجاب¹⁹ ، أما بالنسبة للشروط الثالث و هو ضرورة صدور القبول ممن وجه إليه الإيجاب²⁰ .

¹⁴ - محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام ، العقد ، الإرادة المنفردة) ، دار الهدى للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2012 ، ص 86 .

¹⁵ - المادة 59 من الأمر رقم 58/75 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق.

¹⁶ - بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، (التصرف القانوني ، العقد ، و الإرادة المنفردة) ، ج 1 ، ط 5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2007 ، ص 69 و 71.

¹⁷ - محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ، 1983 ، ص 31 .

¹⁸ - بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 74.

¹⁹ - الفار عبد القادر ، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في الحق المدني ، دار الثقافة و التوزيع ، عمان ، 2006 ، ص 43 .

²⁰ - جلال علي العدوي ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، القاهرة ، 1997 ، ص 86 و 87 .

وتجدر الإشارة إلى أن اقتران الإيجاب بالقبول تعد المرحلة الأخيرة لتكوين العقد ليتحدد بموجب ذلك مكان و زمان إبرامه ، و تكمن أهمية تحديد زمان إبرام العقد في حالة الموت أو فقد الأهلية ، أما أهمية مكان إبرام العقد فيكمين في تحديد المحكمة المختصة بالنظر في النزاع الذي قد يثور بشأن العقد و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نصوص المواد 39 و 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية²¹.

ثانيا : حرية الأطراف في تحديد آثار العقد :

يهيمن مبدأ سلطان الإرادة على الالتزامات التعاقدية حيث أصبح له دور في إنشاء الحقوق و الالتزامات ، و من هنا فإن الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين معنى أن العقد إذا نشأ صحيحا بتوافر جميع أركانه التزم أطرافه بتنفيذه كما هو قانونا ، فكل ما اتجهت إليه الإرادة و تم الاتفاق عليه يكون ملزما لطرفيه²²، و لا يمكن تعديله أو التحلل منه دون رضا المتعاقد الآخر، و ما يمنع ذلك هو القوة الملزمة للعقد ، فوجب أن يكون هذا التعديل بالإرادة المشتركة للمتعاقدين و وفقا للأسباب التي يقرها القانون ، و من ثم لا يملك المشرع أو القاضي تعديل ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين²³ ، كما يتمتع على القاضي أن يقوم من جهته بنقض أو تعديل العقد من غير رضا المتعاقدين²⁴ ، فالأصل أن العقد يلزم أطرافه بكل ما ورد فيه و يلزم كل طرف بتنفيذ ما اشتمل عليه فهو شريعتهم و القانون الذي يطبق على العلاقة التعاقدية ، و لكن يمكن أن يعتبر العقد مفسوخا و ذلك باتفاق المتعاقدين في حالة عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزامه و ذلك عملا بقاعدة الفسخ لعدم التنفيذ ، كما يمكن كذلك الاتفاق مسبقا على مبلغ التعويض ، و يسمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائي²⁵ ، كما أجاز الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية ، و التي تكون عن طريق التأمين ، حيث يؤمن المدين على كل خطأ يصدر من أتباعه ، كما يؤمن على كل خطأ يصدر منه ما عدى الفعل العمدي²⁶.

يمكن القول إذا أن نشوء العقد صحيح بتوافر جميع أركانه يتمتع بقوة ملزمة ، و يجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزما به ، كما قد يترتب العقد آثاره على غير المتعاقدين كالخلف العام

²¹- المواد 39 و 40 من القانون رقم 09/08 ، مؤرخ في 25 فيفري 2008 ، يتضمن ق إ م ، ج ر عدد 21 ، صادر في 23 أبريل 2008.

²²- أبو السعود رمضان ، مصادر الالتزام ، د دن ، مصر ، 2007 ، ص 195.

²³- علاق عبد القادر ، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها (دراسة مقارنة) ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2008 ، ص 8 . وأنظر أيضا : عيد الجواد مصطفى ، مصادر الالتزام ، المصادر الإرادية للالتزام (نظرية العقد و الإرادة المنفردة) ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2005 ، ص 81.

²⁴- محمد عدنان باقر ، " قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد " ، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ، كلية القانون ، جامعة بابل ، عدد 4 ، العراق ، 2014 ، ص 777.

²⁵ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، د س ن ، ص 193 و 194.

²⁶ - السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1998 ، ص 671 .

والخاص، فالنوع الأول هو من يخلف الشخص في ذمته المالية بما يشمل من حقوق و التزامات ، كالورثة و الموصى له ، و يتبين من خلال نص المادة 108 من القانون المدني الجزائري أن الخلف العام تنصرف إليه آثار العقد كقاعدة عامة ، و هذا يعني أن الحقوق و الالتزامات التي ينشئها العقد تنتقل إلى الوارث بعد موت المورث المتعاقد²⁷.

أما النوع الثاني فهو الخلف الخاص الذي ينتقل إليه حق من الحقوق سواء كان هذا الحق عينيا أو شخصيا كالمشتري الذي يخلف البائع في المبيع وهذا استخلافا في حق عيني واقع على عين معينة و ذلك وفقا لنص المادة 109 من القانون المدني الجزائري²⁸ ، كما يمكن أن تنصرف آثار العقد إلى الغير في صورة التعهد عن الغير أو في صورة الاشتراط لمصلحة الغير.

المطلب الثاني

انكماش مفعول مبدأ سلطان الإرادة كمصدر للالتزام

بعد ما كان لمبدأ سلطان الإرادة فاعلية في إبرام العقد و كان صاحب السلطان الأكبر في تحديد آثاره الذي نادى بها المذهب الفردي ، إلا أن مفعوله تراجع و انتكس في نهاية القرن التاسع عشر و بداية القرن العشرين ، و هذا بفعل تطور الظروف الاقتصادية و الاجتماعية مما أدى إلى ظهور المذهب الاجتماعي الذي قيّد الحرية الاقتصادية و الذي يرى الاعتداد بمصلحة الجماعة قبل مصلحة الفرد ، حيث أصبحت الدولة تتدخل لتنظيم العقد بفرض قيود على الإرادة التعاقدية حيث اتسعت دائرة النصوص الأمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لحماية النظام العام و الآداب في المجتمع و من ثم فهي تخرج عن الدائرة التي تنطلق فيها حرية الإرادة ، و عليه فلم يعد مبدأ سلطان الإرادة مبدأ مطلق كما كان في السابق .

الفرع الأول

تقييد الإرادة بفعل تدخل المشرع

لقد أدى التدخل التشريعي إلى تقييد الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية لغايات تحقيق التوازن و ذلك بموجب القواعد الأمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، و يمنع على الأطراف المساس بها هذا لكونها وثيقة الصلة بالنظام العام ، فإذا تجاوزها المتعاقدان فقد عرضا عقدهما للبطان²⁹.

و من التطبيقات التي توضح القيود التي يفرضها المشرع على المتعاقدين أثناء إبرام العقد ، و التي لا يكون فيها المتعاقد حرا في اختيار المتعاقد الآخر ، أنه يلزم بالتعاقد مع شخص آخر أو

²⁷ - أنظر المادة 180 من الأمر رقم 75 / 58 ، يتضمن القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق.

²⁸ - أنظر المادة 109 من الأمر رقم 75 / 58 ، يتضمن القانون المدني الجزائري ، مرجع نفسه.

⁶⁵ - أنظر المادة 135 من الأمر رقم 75 / 58 ، يتضمن ق م ج ، مرجع سابق.

جهة معينة من السلطة العامة و مثال على ذلك عقد الاعتماد الايجاري حيث ألزم المشرع الجزائري أن يكون المؤجر التمويلي عبارة عن مؤسسة مالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا و معتمدة صراحة و ذلك وفقا لنص المادة 1 من الأمر رقم 09/96 يتعلق بالاعتماد الإيجاري ، كما أن تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد قد يكون مباشرا عندما يصدر نصوص أمره يحتم على المتعاقدين مراعاتها ، و قد يكون غير مباشرا عندما يخول المشرع للقاضي صلاحية التدخل في العقد بالتعديل أو بإلغاء بعض الشروط و الالتزامات أو إعادة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين .

فبعد أن عرف مبدأ سلطان الإرادة ازدهارا خلال القرن 18 و 19 ، بدأ بعد ذلك الخروج عن هذا المبدأ يتزايد في العصر الحديث على إثر التطورات الصناعية ، ليصبح بعد ذلك المشرع يتدخل في التصرفات القانونية ، فأصبحت بذلك الدولة تسيطر على النظام الاقتصادي مما أدى إلى اضمحلال هذا المبدأ³⁰ ، حيث كان لظهور المذهب الاجتماعي أثر كبير نحو الاعتداد بمصالح الجماعة قبل مصلحة الفرد ، و تدخلت الدولة في الكثير من العقود التي يكون فيها أحد الأطراف ضعيفا في مواجهة الطرف الآخر القوي³¹ ، و ذلك بواسطة قواعد قانونية أمره لحماية الطرف الضعيف في العقد و هذه القواعد تلزم الأطراف تحت طائلة العقوبة عند الإخلال بها.

أصبح المجتمع هو مصدر حقوق الفرد وواجباته ، و قد فرض المتعاقد واجبات نحو المتعاقد الآخر³² ، كما أن الإيجار و المنع من التعاقد قيد و اورد على حرية الإرادة ، فإذا كان الأصل في العقود أنها ظاهرة إرادية تعبر عن حرية الاختيار ، من حيث أن الشخص حر في أن يتعاقد متى يشاء ومع من أراد ، و له أيضا أن يمتنع عن التعاقد ، إلا أنه بفعل التطورات الاقتصادية و الاجتماعية وجد نفسه مجبرا على التعاقد و في ذلك حد من حريته³³ ، و يظهر ذلك في تقييد المشرع لمبدأ حرية التجارة و الصناعة ، فالدولة تتدخل بفرض قيود على حرية العون الاقتصادي بتحديد أسعار السلع و الخدمات ، هذا ما تنص عليه المادة 5 من الأمر رقم 03/03 يتعلق بالمنافسة : " يمكن تقنين أسعار السلع و الخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي عن طريق التنظيم بعد أخذ رأي مجلس المنافسة"³⁴.

فلقد أدى تحكّم الدولة في الميدان الاقتصادي إلى تدخلها في المعاملات التعاقدية لمنع الطرف القوي من التسلط على الطرف الضعيف وذلك من أجل تحقيق التوازن³⁵ ، وبعد انتكاس المبادئ التي وضعها المذهب الفردي سارت أنظمة و قوانين الدول التي ترى الاعتداد بمصلحة الجماعة

³⁰- فيلالي علي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، ط 2 ، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2000 ، ص 48 .

³¹- خليفاتي عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص 24 و 25 .

³²- فيلالي علي ، مرجع سابق ، ص 51 .

³³- حمدي محمد إسماعيل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، دار الفكر الجامعي للنشر ، مصر ، 2007 ، ص 58 .

³⁴- المادة 5 من القانون رقم 03/03 ، مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة ، معدل و متمم بالقانون رقم 12/08 ، مؤرخ في 25 جويلية 2008 ، ج ر عدد 36 ، صادر في 02 جويلية 2008 .

³⁵- حليس لخضر ، الإرادة بين الحرية و التقييد ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2011 ، ص 49 .

قبل مصلحة الفرد ، فظهر المذهب الجماعي بتصور جديد الذي يربط الفرد بالمجتمع و ذلك بوضع مبادئ و تصورات جديدة قوامها تحقيق العدالة بين أفراد المجتمع ، بتغليب المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة ، وضرورة تقييد حقوق الأفراد و ربطها بالمصلحة الاجتماعية و التي يسعى القانون إلى تحقيقها³⁶ .

الفرع الثاني

الإرادة محدودة بقيود النظام العام و الآداب العامة

إن المتمعن في نصوص القانون المدني الجزائري يجد المشرع قد أورد قيود على حرية التعاقد و ذلك تحقيقاً للمصلحة العامة و يظهر ذلك في مقتضيات النظام العام وضرورة إفراغ بعض العقود في شكلية معينة ، كالكتابة الرسمية و احترام قواعد الشهر، فاشتراط الكتابة لإثبات بعض التصرفات ، و يظهر الفرق بين الشكلية و قواعد الإثبات ، في أن الكتابة عبارة عن شكلية مطلوبة للانقضاء ، يترتب البطلان في حالة تخلفها ، أما الإثبات فهو يرد على تصرف موجود قانوناً ، و عليه إذا تخلف وجود التصرف لتخلف ركن الشكلية و المتمثل في الكتابة فيتعذر إثباته³⁷.

إن الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة يترتب عليه نتيجتين و هما : أن الإرادة وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام و هذه هي قاعدة الرضائية ، و الثانية أن الإرادة حرة في تعيين و في تحديد الآثار المترتبة على العقد أو التصرف³⁸ ، غير أن هاتين النتيجتين لا يعمل بهما بصفة مطلقة و هذا هو الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يفرض بعض القواعد الآمرة يمنع على الأفراد الخروج عنها و ذلك بغرض حماية المصلحة العليا للمجتمع³⁹ ، و عليه فإذا أراد الأفراد أن ينشئوا عقوداً فوجب أن يتم ذلك في إطار النظام العام و الآداب العامة ، و عليه فالالتزامات التعاقدية محدودة بقيود النظام العام و الآداب العامة⁴⁰ ، فإن النظام العام بالمعنى الواسع الذي حدده الفقه و القضاء رغم عدم الاتفاق على مفهوم واحد ينصرف إلى الأسس و المفاهيم و العقائد السائدة التي يقوم عليها المجتمع سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية و كلها قابلة للتطور بحسب ظروف الزمان و المكان⁴¹، ففكرة النظام العام قد تطورت بفعل تطور

³⁶ - ماجد حسين ، المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة و القيود الواردة عليه ، فلسطين، 2017 . مأخوذ من الموقع :

www.pulpit.alwatanvoice.com

³⁷ - رائد زيدات ، سلطة القاضي في إدارة الخصومة المدنية في قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني (دراسة مقارنة) ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق و الإدارة العامة ، جامعة بيرزيت ، فلسطين ، 2013 ، ص 14.

³⁸ - خليل أحمد حسن ققاده ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الالتزام)، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994 ، ص 17.

³⁹ - حمدي محمد إسماعيل سلطح ، مرجع سابق ، ص 202 . أنظر أيضاً السنهوري عبد الرزاق ، نظرية العقد ، ط 2 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1998 ، ص 110.

⁴⁰ - السنهوري عبد الرزاق ، مرجع نفسه ، ص 110.

⁴¹ - خريسات مالك هاني ، حماية النظام العام مسؤولية مشتركة بين المحافظ و الأمن العام ، مركز الإعلام الأمني ، د ب ، ص 2 . مأخوذ من الموقع : www.policem.gov

المجتمع فأصبح النظام العام الحديث إيجابياً يفرض التزامات على الأطراف المتعاقدة ، فأصبح يحل محل المتعاقدين في تحديد مضمون العقد⁴².

فتكون جميع القواعد المتعلقة بالنظام العام قواعد أمرية لا يجوز مخالفتها و قد نصت المادة 93 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً ". يظهر هنا بوضوح تجسيد المشرع لمقتضيات النظام العام ، و اشتراط عدم مخالفة أركان العقد للنظام العام ، و نص المادة 97 من نفس القانون التي تنص : " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلاً " ، يظهر من خلال هذا النص أنه نفس الشيء بالنسبة للسبب ، و الذي ينبغي بدوره أن يكون مشروعاً و غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة و إلا كان باطلاً⁴³ ، و لعل من أهم الاتفاقات المخالفة للآداب العامة هي الدعارة فيعتبر كل اتفاق متعلق باستغلال بيوت الدعارة اتفاقاً باطلاً⁴⁴ .

الفرع الثالث

السلطة التقديرية للقاضي في تحديد و مراجعة مضمون العقد

إن سلطة القاضي في التقدير تمتد لتشمل فروع القانون كافة و تحديداً في القانون المدني تكاد تكون أوسع عما عليه من فروع القانون الأخرى ، و نجد أن معظم القوانين المدنية منحت سلطات تقديرية واسعة في مجال القانون المدني كافة لاسيما في المجال التعاقدية .

أصبح القاضي يتدخل في العقد و هذا كلما وجد ميزان العقد مختلاً ليعيد بذلك توازنها و عدالتها ، و ذلك عن طريق منحه سلطة واسعة لمراقبة العقد بدءاً من مرحلة إنعاقده إلى غاية مرحلة تنفيذه² و عليه فالسلطة التقديرية هي إمكانية يمنحها المشرع للقاضي من أجل مواكبة الواقع المتحرك أمام ثبات النص القانوني⁴⁵ ، فالبنسبة للسلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقد فإن من أبرز مظاهر تدخله و ممارسة سلطته ، الحالة التي يكون فيها عدم التوازن في التزامات طرفي العقد، و ذلك عندما يكون الاختلال ناتج عن غبن أو استغلال ، و هذا ما جعل المشرع يمنح السلطة التقديرية للقاضي بأن يتدخل في ظروف معينة لتحديد العقد وفقاً لمقتضيات العدالة⁴⁶.

42 - نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج 1 ، د دن ، مصر ، 2007 ، ص 43.

43 - المواد 93 و 97 من الأمر 58 /75 ، يتضمن القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق.

44 - حمدي محمد إسماعيل سلطح ، مرجع سابق ، ص 215 . و أنظر أيضاً السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ص 366.

45 - خير الدين كاظم الأمين ، "سلطة القاضي في القانون الدولي الخاص" ، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ، كلية القانون ، جامعة بابل ، عدد 2 ، العراق ، 2008 ، ص 865.

46 - آيت ساعد كهينة ، اختلال توازن الالتزامات في عقد الاعتماد الإيجاري ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم ، تخصص القانون ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2016 ، ص 264.

فلا يتصور الغبن إلا في عقود المعاوضة أو العقود الاحتمالية⁴⁷ ، فهو إذا عبارة عن اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة ، نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل عاقد فيه و ما يعطيه ، فهو الخسارة التي تلحق بأحد المتعاقدين في ذلك العقد ، أما الاستغلال فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير، مما يؤدي إلى عدم التعادل الفادح بين ما يعطيه المتعاقد و ما يأخذه⁴⁸.

أما بالنسبة لعقد الإذعان نتيجة التطور الاقتصادي و الاجتماعي الذي مس المجتمعات أين يستبعد فيها أية مناقشة أو مساومة في شروطها ، و ينفرد فيها أحد الطرفين بوضع شروط العقد ، و لا يكون في وسع الطرف الآخر إلا قبول العقد جملة ، أو رفضه جملة ، و هذا ليس إلا نتيجة للمساواة القائمة بين الطرفين ، حيث نجد طرف قوي اقتصاديا ينفرد بوضع قانون العقد على طرف تنحصر حريته في قبول أو رفض العقد⁴⁹. و هذا ما نجده في عقد الاعتماد الاجباري أين يكون المؤجر التمويلي إما بنكا أو مؤسسة مالية ، فإن هذا الأخير يستغل مركزه القوي فيضع شروط العقد بمفرده ، و ما على المتعاقد سوى قبولها و غالبا ما تفرض عليه شروط تضر بمصلحته دون أن يكون له الحق في تعديلها⁵⁰.

و تجدر الإشارة إلى سلطة القاضي في تفسير العقد و الذي يكون في أحوال معينة يتضمن عبارات واضحة يطبقها القاضي كما وردت في العقد ، لكن في بعض الأحيان قد يكتنفها الغموض مما يتطلب تفسيره بهدف الوصول إلى النية المشتركة و من ثمة معرفة المعنى الحقيقي الذي اتجهت إليه⁵¹.

يتمتع القاضي أيضا بسلطة مراجعة مضمون العقد فإذا كان الأصل العقد شريعة المتعاقدين حيث أنه بمجرد إنشائه صحيحا التزم أطرافه بتنفيذه بجميع ما اشتمل عليه ، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، كما لا يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل العقد⁵² ، لكن يمكن للقاضي في حالة عدم تعادل التزامات الطرفين مراجعة مضمون العقد إذا طرأت حوادث استثنائية⁵³، و من بين هذه الحوادث نجد الظروف الطارئة و التي تعرف على أنها الحالة الاستثنائية التي يطرأ فيها بعد إبرام العقد و قبل تنفيذه حادث لم يكن متوقع ، من شأنه أن يؤدي إلى اختلال التوازن بين التزامات الطرفين اختلالا فادحا ، إذ يصبح الالتزام الملقى على عاتق المدين مرهقا له إرهقا شديدا ، و

47- السنهوري عبد الرزاق ، نظرية العقد ، مرجع سابق ، ص 447.

48- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 126 و 127.

49- السنهوري عبد الرزاق ، نظرية العقد ، مرجع سابق ، ص 279.

50- آيت ساعد كهينة ، مرجع سابق ، ص 264.

51 - محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 276 .

52 - عمري ليديه ، آيت أوقاسي نصيرة ، دور الإرادة في إنشاء الالتزامات ، مذكرة لنيل شهادة الماستير في الحقوق تخصص قانون خاص ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2015 ، ص 97.

53 - آيت ساعد كهينة ، مرجع سابق ، ص 275.

يترتب على تنفيذه له خسارة فادحة، و يجب أن تكون هذه الظروف استثنائية من بينها الفيضان، الزلزال، الحرب⁵⁴.

منح المشرع الجزائري للقاضي و خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد التدخل في تنفيذ العقد و إنهائه، فإذا كان الأصل أن للمتعاقدين الحق في أن يقوموا بتنفيذ العقد وفقاً لما اتفق عليه، إلا أنه مثلاً في الوعد بالتعاقد إذا نكل أحد المتعاقدين بعد أن اتفق الطرف الآخر على إبرام العقد في المستقبل أن يلجأ إلى القضاء ليحل بذلك حكم القاضي محل العقد، و في حالة ما إذا لم يقيم المدين الملتزم بالقيام بعمل، جاز للدائن بعد الحصول على ترخيص من القاضي أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين و ذلك بشرط أن يكون التنفيذ العيني⁵⁵.

يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين غير أنه في بعض الأحيان نتيجة لظروف خاصة قد يحدث أن يختلف المدين عن أداء ما عليه في هذا الأجل، إلا أنه يجوز للقضاء أن يمنح للمدين مدة يستطيع خلالها أن يقوم بتنفيذ التزامه و للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير هذه المهلة، غير أن المادة 281 من القانون المدني الجزائري اشترطت أن لا تزيد المدة عن سنة⁵⁶، أما الحالة المتعلقة بالشرط الجزائي يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على قيمة التعويض و الذي يستحقه الدائن في حالة إخلال المدين مستقبلاً في أداء التزاماته، و إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، و أن الضرر اللاحق به أكبر بكثير من قيمة مقدار التعويض المتفق عليه، فجاز للقاضي تعديل هذا الشرط عن طريق الزيادة في التعويض المتفق عليه، كما له سلطة تخفيضه في حالة ما إذا كان التعويض المتفق عليه مفرطاً أو مبالغاً فيه، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه⁵⁷، كما للقاضي السلطة التقديرية لإنهاء العقد، ففي حالة مخالفة أركان العقد للنظام العام كأن يكون محل العقد أو سببه غير مشروع يتدخل القاضي لإبطاله⁵⁸، أو بناء على طلب أحد المتعاقدين و ذلك حسب المادة 561 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "على أنه إذا إنهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل و المقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، و تداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاوله، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد"⁵⁹.

من خلال كل ما تطرقنا إليه آنفا نجد أن الإرادة الحرة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد، و أن الفرد له الحرية في التعاقد و إرادته تكفي لإبرام العقد، غير أن دور الإرادة تراجع بفعل التطورات الاقتصادية و الاجتماعية، حيث أصبحت تخضع لضوابط و تقييدات قانونية و قضائية،

54 - ياسر باسم ذنون، رؤى خليل إبراهيم، " نظرية الظروف الطارئة و أثرها على الأحكام القضائية، دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الشريعة و القانون، كلية القانون، عدد 57، 2014، ص 181.

55 - أنظر المواد 72 و 170 من الأمر رقم 75 / 58، يتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

56 - أنظر المواد 281 و 210، من الأمر نفسه.

57 - أنظر المواد 183 و 184 من الأمر رقم 57 / 58، يتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

58 - أنظر المادة 97، من الأمر نفسه.

59 - أنظر المادة 561 ف 3، من الأمر 58/75، يتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

و عليه لم تعد الحرية الفردية مكرسة و لم يعد الإنسان حر في التعاقد كما لم يعد للإرادة سلطان كما كان من قبل خاصة في العقود الجديدة (عقود الأعمال).

المبحث الثاني

الإرادة المشتركة أساس إبرام عقد الاعتماد الإيجاري ؟

إن إعطاء العقد الوصف القانوني الصحيح يتطلب تحديد طبيعة هذا العقد ، فالقاضي في محاولته لإعطاء وصف قانوني لاتفاق ما يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وهذا على ضوء أركان وعناصر العقد لتحديد طبيعته القانونية ، و عقد الاعتماد الإيجاري له طبيعته القانونية الخاصة ، فنجد فيه المؤجر التمويلي يهيمن على المضمون الإتفاقي لهذا العقد فيحدده على ضوء مصالحه لوحده ، حتى و لو كان ذلك على حساب المستأجر التمويلي.

و فيما يلي سنقوم من خلال هذا المبحث دراسة هذه الخصوصية من حيث شروط إبرام العقد (المطلب الأول) و من حيث عناصر العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

خصوصية عقد الاعتماد الإيجاري من حيث شروط إبرام العقد

إن الاعتماد الإيجاري بوصفه عقدا في الأساس كما وصفته التشريعات الجزائرية ، ما دام كذلك فلا يمكنه تخطي أركان العقد طبقا للشريعة العامة ، من تراضي و أهلية و محل و سبب ، و لابد من توافر شروط إرادية تركت لشريعة المتعاقدين⁶⁰ ، و أخرى إلزامية لا يتوقف وجودها على إرادة الأطراف المتعاقدة بل هي شروط يفرضها القانون من خلال قواعد أمره في الأمر رقم

⁶⁰ - أنظر المادة 106 من الأمر رقم 58/75 يتضمن القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق.

الفرع الأول

اقتصار ممارسة نشاط الاعتماد الإيجاري على البنوك و المؤسسات المالية و شركات الاعتماد الإيجاري

يقضي الأصل العام أن كل شخص يتمتع بالأهلية القانونية فيستطيع إبرام التصرفات القانونية، كما أنه حر في التعاقد حيث يختار مع من سيتعاقد و حول ماذا سيتعاقد⁶¹ ، لكن في عقد الاعتماد الإيجاري فإن المؤجر التمويلي لا يمكن أن يكون إلا واحدا من :

أولا : البنوك

إن تعريف التشريع للبنك ورد في المادة 114 من الأمر رقم 10/90 يتعلق بالنقد و القرض الملغى وتنص : البنوك أشخاص معنوية مهمتها العادية و الرئيسية إجراء العمليات الموضوعية في المواد 110 و 113 ، أما بالنسبة للأمر رقم 11/03 فقد إقتصر على تعريف البنوك بحسب موضوعها بقوله "البنوك مخولة دون سواها ، بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد 66 إلى 68 أعلاه بصفة مهنتها العادية"⁶² ، والملاحظ من خلال استقراء هذه المواد ، أن من بين هذه العمليات نجد عمليات الاعتماد الإيجاري والتي اعتبرها هذا القانون عملية قرض⁶³ ، و يوجد في الجزائر ثلاث أنواع من البنوك⁶⁴ ، و من بين البنوك التي تحصلت على ترخيص و هي تزاوّل في الوقت الحالي هذا النوع من العمليات المصرفية نذكر بنك البركة و هو شركة مساهمة رأسمالها 250.000.000.000 دج خاضعة لأحكام الأمر رقم 11/03 المتعلق بقانون النقد و القرض و بنك ناتيكييس الجزائر و هو شركة مساهمة رأسمالها 3.483.192.636.00 دج⁶⁵ .

⁶¹ - بلعوي صفاء عمر خالد ، النواحي القانونية في التأجير التمويلي و تنظيمه الضريبي ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، تخصص المنازعات الضريبية ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، 2005 ، ص 103.

⁶² - أنظر المادة 70 من الأمر رقم 11/03 ، مؤرخ في 26 أوت 2003 ، يتعلق بقانون النقد و القرض ، ج ر عدد 52 ، صادر في 27 أوت ، 2003.

⁶³ - تنص المادة 68 ف 2 من الأمر رقم 11/03 ، يتعلق بقانون النقد و القرض على أنه : " تعتبر بمثابة عمليات قرض ، عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار الشراء ، لاسيما عمليات القرض الإيجاري و تمارس صلاحيات المجلس إزاء العمليات المنصوص عليها في هذه المادة " .

⁶⁴ - بخيت عيسى ، طبيعة عقد الإيجار التمويلي و حدوده القانونية ، (دراسة مقارنة) ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، تخصص عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة محمد بوقرة ، بومرداس ، 2011 ، ص 54.

⁶⁵ - حوالف عبد الصمد ، الإطار القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري (الليزنج) ، (دراسة مقارنة) ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، تخصص عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2009 ، ص 54.

ثانيا : المؤسسات المالية

عرفتها المادة 115 من القانون رقم 10/90 الملغى كما يلي : " المؤسسات المالية أشخاص معنوية مهمتها العادية و الرئيسية القيام بأعمال مصرفية ماعدا تلقي الأموال من الجمهور بمعنى المادة 111 " . كما تخضع المؤسسات المالية لشرط الترخيص من قبل مجلس النقد و القرض فيما يتعلق بممارستها لعمليات الاعتماد الإجاري بصفة اعتيادية⁶⁶ ، و تمنح المؤسسة المالية الانتماء من أموالها الذاتية أو من ما تحصل عليه من قروض و اعتمادات⁶⁷.

ثالثا : شركات الاعتماد الإجاري

أخضع المشرع الجزائري شركات الاعتماد الإجاري لأحكام قانون النقد و القرض ، إلا أن تأسيسها و شروط اعتمادها يحكمها النظام رقم 09/96 و هو أول نظام يحدد كفاءات تأسيس شركات الاعتماد الإجاري و شروط اعتمادها⁶⁸ ، حيث جاء في المادة الثانية : " يمكن لشركات الاعتماد الإجاري على غرار البنوك و المؤسسات المالية القيام بعمليات الاعتماد الإجاري كما هو منصوص عليها في التشريع المعمول به"⁶⁹ و يجب على هذه الشركات الحصول أيضا على ترخيص من مجلس النقد و القرض بالإضافة إلى مجموعة من الشروط و الإجراءات⁷⁰ ، و من بينها أن تتخذ هذه الشركات شكل شركة مساهمة⁷¹ ، و أن لا يكون مؤسسو الشركة و مسيروها و ممثلوها موضوع أي منع المنصوص عليه في المادة 76 من الأمر 11/03⁷²، و أخيرا أن لا يقل رأسمالها عن مئة مليون دج⁷³، أما بالنسبة للإجراءات فهي تبدأ بتقديم طلب إلى محافظ بنك الجزائر ، مرفقا بملف بالوثائق المثبتة لتوافر شروط التأسيس⁷⁴ و كذا الوثائق المثبتة في النظام رقم 05/92 ، المتعلق بالشروط الواجب توافرها في مؤسسي البنوك و المؤسسات المالية و مسيريهها و ممثليهها . و بتوافر هذه الشروط تحصل الشركة على اعتماد بقرار من محافظ بنك الجزائر و ينشر مقرر الاعتماد الإجاري في الجريدة الرسمية⁷⁵، و أول شركة اعتماد إجاري أنشئت في الجزائر، و حصلت على اعتمادها بتاريخ 28 جوان 1997 ، هي شركة السلام لإيجار

66 - بن الشيخ هشام ، الاعتماد الإجاري للعقارات ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية ، جامعة قسدي مرياح ، ورقلة ، 2007 ، ص 34.

67- دويدار هاني محمد ، النظام القانوني للتأجير التمويلي ، (دراسة نقدية في القانون الفرنسي) ، دار الجديدة للنشر ، مصر ، 1994 ، ص 119 .

68- نظام رقم 06/96 مؤرخ في 23 جويلية 1966 ، الذي يحدد كفاءات تأسيس شركات الاعتماد الإجاري و شروط اعتمادها، ج ر عدد 66 ، صادر في 3 نوفمبر 1996.

69- انظر المادة 2 من نظام رقم 06/96 يتعلق بالاعتماد الإجاري ، مرجع سابق.

70- بخيت عيسى ، مرجع سابق ، ص 59 .

71- أنظر المادة 83 من الأمر رقم 11/03 ، يتعلق بالنقد و القرض ، مرجع سابق.

72- انظر المادة 76 من الأمر رقم 11/03 ، يتعلق بالنقد و القرض ، مرجع نفسه.

73- انظر المواد 596 و ما بعدها من الأمر رقم 59/75 ، يتضمن ق ت ج ، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، ج ر عدد 101 ، معدل و متمم.

74 - بن الشيخ هشام ، مرجع سابق ، ص 36.

75 - نظام بنك الجزائر رقم 05/92 ، مؤرخ في 22 مارس 1992 ، يتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك و المؤسسات المالية و مسيريهها و ممثليهها ، ج ر عدد 8 ، صادر بتاريخ 07 فيفري 1993.

التجهيزات و لوازم العتاد⁷⁶.

أما بالنسبة للطرف الثاني في العقد فهو المستأجر التمويلي فيمكن أن يكون شخص طبيعي أو اعتباري ، تاجر أو غير تاجر، و يجب توافر أهلية التصرف فيه⁷⁷ و أن يكون متعاملا اقتصاديا غير أن هذا العقد لم يحدد مدلوله ، لكن يمكن تعريفه وفقا للمادة الثالثة من الأمر رقم 06/95 مؤرخ في 1995/01/25 يتعلق بالمنافسة⁷⁸.

يتبين من كل هذا أن حرية اختيار المتعاقد مقيدة في عقد الاعتماد الإيجاري ، فلا يمكن إبرام هذا العقد إلا من طرف شركة مالية مؤهلة قانونا لذلك ، مع شخص إن لم تشترط فيه صفة التاجر فإنه تشترط أن تتوافر فيه صفة المشروع المستفيد .

الفرع الثاني

المؤجر التمويلي يتبنى ضوابط محددة لقبول التعاقد مع الطرف الآخر

يظهر من خلال الإطلاع على نماذج الاستئجار عامة أن معرفة المركز الاجتماعي للمستأجر تكفي للمؤجر ليتأكد من ضمانه العام فتكون هذه المرحلة لا تستوقف ملاحظة رجل القانون، مقارنة بعقد الاعتماد الإيجاري أين تستدعي دراسة المعطيات الاقتصادية و المالية للمستأجر، كما نلمس كذلك اختلاف مخطط الإيرادات في هذا العقد .

أولا : فحص الضمان العام من قبل الشركة (المؤجر التمويلي)

تلزم الشركة المتعامل معها بتقديم مجموعة من المعلومات يتعلق بعضها بالمشروع المستفيد (المستأجر التمويلي) ، و يجب التمييز في إذا ما كان الشخص طبيعيا أم معنويا ، فإذا طبيعيا و جب عليه الإدلاء بهويته ، و رقم قيده في السجل التجاري و ما يدخل في ذمته المالية ، و التصريح بما يرد عليه من رهون و كذا التصريح بعقود التأمين على الحياة التي أبرمها من قبل ، و تحديد اسم الشركة المؤمنة ، و مبلغ التأمين⁷⁹ ، أما إذا كان معنويا فيتوجب عليه الإدلاء بشكله و اسمه ، و مقره⁸⁰، كما يجب عليه أيضا الإدلاء برقم قيده في السجل التجاري ، و مقدار رأسماله و أهم الشركاء فيه⁸¹ ، و الأشخاص الممثلين للجهاز التنفيذي و الشخص المخول له استئجار الأموال

76 - و هناك عدة شركات أخرى ، مثل : " ALC " أنشئت بمشاركة البنك الخارجي الجزائري و مجموعة البركة ، كذلك شركة القرض الإيجاري لتمويل قطاع الصيد البحري و الفلاحة .

77- نادر عبد العزيز شافي ، عقد الليزنغ (دراسة مقارنة) ج 1 ، المؤسسات الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2004 ، ص 97 .

78- الأمر رقم 06/95 مؤرخ في 25 جانفي 1995 ، يتعلق بالمنافسة ، ج ر عدد 9 ، صادر بتاريخ 8 فيفري 1995 ، (الملغى) .

79- نسير رفيق ، مرجع سابق ، ص 67 .

80 -SACI DJamila et GUERRI Zahia , Etude de l'opération d'octroi de crédit pour le financement des investissements , Mémoire de fin de cycle en vu de l'obtention de Master 2 , Spécialité finance et banque , Faculté des sciences des gestion , Univ Abderrahmane mira , Bejaia , P 85 .

81- ناصيف إلياس ، العقود الدولية : (عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي) ، منشورات الحلبي القانونية ، لبنان ، 2008 ، ص 145 .

موضوع عقد الاعتماد الإيجاري ، كما يدلي بحالته المالية حيث يبين موقفه الضريبي ، المعلومات البنكية ، كما يقدم ميزانية سنوات سابقة على تاريخ الطلب لمعرفة مدى قدرته على تحمل أقساط الإيجار⁸².

كما تلزم أيضا الشركة بتقديم بيانات خاصة بالاستثمار المراد تمويله كتحديد نوع الاستثمار و هذا بتحديد الأصل المراد استئجاره ، لتعيينه تعيينا نافيا للجهالة بتحديد طبيعته ، نوعه ، مصدر إنتاجه كما يحدد اسم البائع ، و موعد التسليم و هي معلومات متوفرة في الفاتورة الأولية و التي يقدمها المورد للمستأجر عند نهاية مرحلة التفاوض ، كما يتوجب على هذا الأخير تعيين العمر الافتراضي للأصل ، و الإدلاء بالمعلومات المتعلقة بنمط استعماله مثلا كعدد الساعات المقررة للاستعمال اليومي ، و حالة الموقع المراد استعمال العتاد فيه و هذا كله من أجل تحديد حجم الإهلاك الذي سيتعرض له العتاد⁸³.

يظهر من كل ما سبق أن كل هذه المعلومات هي التي تعطي المؤجر التمويلي نظرة شاملة عن الضمان العام الذي يتمتع به المستأجر التمويلي حرصا منه على التأكد من قدرته على أداء القيمة الإيجارية ، فهو بهذا يخدم مصلحته ، فإذا رأى أن الأعباء المالية تثقل كاهل هذا المستأجر التمويلي أكثر من رقم أعماله ، رفض التعاقد معه خوفا من عجزه على سداد الأجرة .

ثانيا : الإيجاب يمكن أن يصدر من قبل المؤجر التمويلي رغم مبادرة التعاقد من المستأجر

يختلف مخطط تلاقي الإرادات في عقد الاعتماد الإيجاري عن الأحكام المتعارف عليها في تكوين العقد ، فعادة المستأجر هو الذي يبادر إلى تحقيق عملية الاعتماد الإيجاري و هذا بدافع الحاجة إلى اقتناء عتاد أو تجهيز معين ، فهو يلجأ إلى البائع و يتصرف كأنه هو الذي سيشتري العتاد ، هذه الحالة جعلت أحد الباحثين يقول أن هناك وكالة بين المؤجر التمويلي و المستأجر التمويلي ، لكن في هذه المرحلة لم يكن قد اتصل بالشركة المؤجرة بعد فلا يمكن أن يكون قد تحصل على وكالة ، ليتجه بعد ذلك لهذه الشركة ليعرض عليها إبرام العقد و لم يتخذ على عاتقه أي تعهد في مواجهة البائع ، و عليه فلا يمكن أن يعتبر إيجاب بل مجرد دعوة إلى التعاقد ، و الإيجاب يقدم من المؤجر في حال قبوله لهذه الدعوة إلى التعاقد و يحدد فيه كل المسائل الجوهرية للتعاقد .

و تجدر الإشارة إلى أن المستأجر قد لا يتجه إلى المؤجر إلا بعد قيامه بتوصية شراء العتاد مصحوبة بتحفظ ، المتعلق بشرط قبول المؤجر التعاقد مع المستأجر فبهذا هل يسقط هذا التحفظ صفة الإيجاب من هذا التعبير عن الإرادة أم لا ؟ ، بما أن التحفظ الذي يبديه المستأجر لا يتوقف على إرادته المحضة بل على إرادة المؤجر فإن التوصية بالشراء تعتبر إيجابا و هي تعهد مقترن بشرط فاسخ .

82- بن الشيخ هشام ، مرجع سابق ، ص 46.

83- نسير رفيق ، مرجع سابق ، ص 68.

فيمكن القول أن المستأجر التمويلي لا يعرض إيجابا للمؤجر التمويلي لأنه لا يمكن أن يحتوي على جميع العناصر الجوهرية لعقد الاعتماد الإيجاري حتى يكون صحيحا لتكييفه على أساس أنه إيجاب ، فالمؤجر التمويلي هو الذي يحدد قيمة الإيجارات ، مدة الإيجار، حتى ثمن التنازل عن الملكية حتى و لو كان المستأجر التمويلي هو الذي يحدد العين المؤجرة⁸⁴.

و يمكن أن يأخذ الإيجاب طرقا أخرى ، فقد يوجه من الممول إلى المستفيد فيعرض الأول على الثاني تمويل شراء المعدات التي يحتاجها مقابل أقساط محددة بعد أن يكون الممول اتفق من قبل مع البائع ، و في بعض الأحيان الأخرى يمكن أن يتجه البائع إلى المستفيد و يعرض عليه اللجوء إلى عملية التأجير التمويلي ، أو يتجه مباشرة إلى الممول ليقتعه بتمويل شراء المال لصالح المستفيد ، و كل هذه الأمور تنعكس بدورها على التزامات الطرفين ، وفي الواقع العملي فإن المؤجر دائما ما يسعى إلى التخلص من كل هذه الالتزامات و يلقي بها على عاتق المستأجر⁸⁵ . مادام عقد الاعتماد الإيجاري من العقود الرضائية ، فكيف يمكن تفسير انفراد المؤجر التمويلي بوضع عقود نموذجية المبينة فيها كل العناصر الجوهرية للعقد و بنوده ، و ما على المستأجر التمويلي إلا قبولها لإبرام العقد ، أو رفضها ليرفض المؤجر التمويلي بدوره التمويل . فأين هو إذن ركن الرضا ؟ هل فقد أهميته ؟

الفرع الثالث

الأموال المؤجرة يقتصر استغلالها لحاجيات إنتاجية

إن محل العقد في الاعتماد الإيجاري له طابعه الخاص و هو الذي يساهم في تأكيد خصوصيته ، حيث أنه إلى جانب الشروط التي حددتها القواعد العامة التي توجب أن يكون الموضوع معينا تعيينا كافيا ونافيا للجهالة و ممكنا و مباحا و أن يكون موجودا عند إبرام العقد⁸⁶، حيث أنه يتعين أن يكون الأصل محل عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة من عتاد التجهيز و بصفة عامة تكون عبارة عن آلات و أدوات ، و تجهيزات ، تحتاجها المشاريع التجارية و الصناعية و الحرفية ، إما للبدء في نشاط ما و إما لتجديد معداتها⁸⁷ ، و فيما يخص الأصول غير المنقولة و التي عرفتها المادة 4 من الأمر رقم 09/96 فقد حددها المشرع الجزائري في الأصول الثابتة المهنية التي قد اشتراها المؤجر أو بنيت لحسابه ، و نفس الشيء بالنسبة لتأجير المحلات التجارية و المؤسسات الحرفية مع توفر شرط انعدام إمكانية المستأجر التمويلي في إعادة تأجير المحل التجاري أو المؤسسة الحرفية لمالكها الأول و هذا ما جاءت به المادة 9 من الأمر السالف الذكر⁸⁸.

إن توفر صفة العون الاقتصادي لا يعد سببا كافيا للقول بتوفر الصفة القانونية للمستأجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري فإن المادة 3 / 1 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على

⁸⁴- نسير رفيق ، مرجع سابق ، ص 68 و 69.

⁸⁵- بلعاوي صفاء عمر خالد ، مرجع سابق ، ص 102 .

⁸⁶- أنظر المادتين 93 و 94 من الأمر رقم 58/75 ، يتضمن القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق.

⁸⁷- بن بريح أمال ، عقد الاعتماد الإيجاري كآلية قانونية للتمويل ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم ، تخصص القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2015 ، ص 99 و 100.

⁸⁸- حوالف عبد الصمد ، مرجع سابق ، ص 59 و 60.

الممارسات التجارية المعدل و المتمم⁸⁹، تحمل شرطين جامعين من حيث تطبيقهما فإنه لا يكفي توفر صفة التاجر أو الحرفي أو المنتج أو ، بل يجب أن ترتبط هذه الصفة بممارسة نشاط مهني اعتيادي ، أما الشخص المعنوي يكون في إطار تحقيق الغاية التي تأسست من أجلها⁹⁰ .

الفرع الرابع

صعوبة فحص مشروعية دافع إبرام العقد

يكون الدافع إلى التعاقد في عقد الاعتماد الإيجاري الذي تتجه إليه إرادة الأطراف ركنا لانعقاده ، لذا فإن انعدامه أو مخالفته لقواعد النظام العام يؤدي إلى بطلانه⁹¹ ، و السبب في عقد الاعتماد الإيجاري اتجاه إرادة المشروع المستفيد إلى الحصول على ما يحتاج إليه مشروعه من أصول عقارية ، تعجز موارده الذاتية عن شرائها أو عدم رغبته في تجميد رأسمال كبير كئمن لشرائها فهو دفع مشروع ، أما من جهة المؤجر التمويلي فاللجوء إلى مثل هذه العقود قصد استثمار أموال في شراء ما يحتاجه أصحاب المشاريع و تأجيرها لهم و قبض الإيجارات ، فالسبب يبدو مشروع⁹² ، أما عن المورد أو المنتج فسببه في عملية الاعتماد الإيجاري هو إلزام المشتري بدفع ثمن شراء الأصول المشتراة⁹³ . فهذا ما يبين تشابك الأسباب في عملية الاعتماد الإيجاري الذي يؤدي إلى صعوبة فحص مشروعيتها ، وهذا ما يهدر حقوق المستأجر التمويلي و كذا المؤجر التمويلي .

فقد وضع مشرنا آليات لمراقبة مشروعية سبب التعاقد في كل قرض من خلال آليتين أولهما مركزية المخاطر و هو واجب على جميع البنوك والمؤسسات المالية و ذلك منذ 1992 بخصوص القروض إجمالاً و الاعتماد الإيجاري خصوصاً⁹⁴ ، و قد ألزم مركزية المخاطر بجمع أسماء المستفيدين من القروض ، و طبيعتها و سقفها و المبالغ المسحوبة و مبالغ القروض غير المسددة و الضمانات المعطاة لكل قرض من جميع البنوك و المؤسسات المالية ، و هذا ما يجعل من مركزية المخاطر طريقة لمراقبة سبب التعاقد⁹⁵ .

كما وضع آلية أخرى و هي واجب الإخطار بالشبهة و قد جاء طبقاً لمقتضيات القانون رقم

⁸⁹- القانون رقم 02/04 ، مؤرخ في 03 جويلية 2004 ، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج ر عدد 41 ، صادر في 27 جويلية 2004.

⁹⁰- حسني صلاح الدين ، شروط تكوين عقد الاعتماد الإيجاري ، (دراسة مقارنة) ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، تخصص قانون الأعمال المقارن ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، 2012 ، ص 103.

⁹¹- حرة عماد ، دور عقد الاعتماد الإيجاري في الاستثمار العقاري وفقاً للقانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الشهيد حمه لخضر ، الوادي ، 2015 ، ص 12.

⁹²- بن بريح أمال ، مرجع سابق ، ص 113 و 114.

⁹³- أنظر المادة 02 من النظام رقم 01/92 ، مؤرخ في 22 مارس 1992 ، يتضمن تنظيم مركزية الأخطار و عملها ، ج ر عدد 08 ، صادر في 07 فيفري 1993.

⁹⁴- أنظر المادة 98 من الأمر رقم 11/03 ، يتضمن النقد و القرض ، مرجع سابق.

⁹⁵- أنظر ، القانون رقم 01/05 مؤرخ في 06 فيفري 2006 ، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتها ، ج ر عدد 11 ، صادر في 09 فيفري 2005.

01/05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتهما⁹⁶ ، و بموجبه صدر النظام رقم 05/05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتهما فهذا الواجب حسب المادة 10 من هذا النظام يشمل : "...العمليات التي تبدو أنها لا تستند إلى مبرر اقتصادي أو تجاري يمكن إدراكه... التي تتم في ظروف من التعقيد غير عادية أو غير مبررة... التي يبدو أنها لا تستند على محل مشروع..." و هو يخص كل مؤسسات القرض و يتعلق بإبلاغ خلية معالجة الاستعلام المالي قبلها أو بعديا عن مجرد وجود شبهة بخصوص أية عملية تتعلق بأموال يشتبه أنها متحصلة من جناية أو جنحة⁹⁷.

الفرع الخامس

الكتابة استثناء لمبدأ الرضائية

تتعقد العقود الرضائية في الأصل بمجرد تراضي طرفي العقد دون الحاجة إلى شكل معين و المعلوم أن عقد الاعتماد الإيجاري من العقود الرضائية ، إلا أن العرف قد جرى على كتابة هذا العقد تمهيدا لاتخاذ إجراءات شهره حتى يحتج به على الغير⁹⁸ ، فقد اعتبر المشرع الجزائري هذا العقد شكلي و تكون الشكلية فيه للانقضاء و ليس للإثبات ، و نفس الشيء بالنسبة لإيجار المحلات التجارية و المؤسسات الحرفية ، و هذا ما أكدته نص المادة 10 من الأمر رقم 09/96 حيث نصت : " لا يمكن أن يدعى العقد كذلك ، مهما كانت الأصول التي تعلق الأمر بها و مهما كان عنوان العقد ، إلا إذا حرر بكيفية تسمح بالتحقق دون غموض بأنه ... "

فلا يمكن إنكار ضرورة كتابة عقد الاعتماد الإيجاري حيث أن بعض المعطيات العملية تجعل من الكتابة أمرا ضروريا من حيث التحقق من احتواء العقد للعناصر التي لا يمكن اعتبار العقد اعتمادا إيجاريا إلا إذا احتواها ، زد على ذلك إخضاع هذا العقد للشهر يجعل من الكتابة ضرورة ، إذ لا يمكن القيام بهذا الإجراء ما لم يفرغ في محرر مكتوب⁹⁹ ، كما استقر العرف البنكي كتابة كل التصرفات البنكية و هذا نظرا لما تحتويه من شروط تفصيلية و تشعب الالتزامات و تشابكها ، فلا يستحسن عدم تركها للذاكرة¹⁰⁰.

الفرع السادس

شهر العقد حماية للمؤجر التمويلي

لقد تم تكريس مبدأ شهر عقود الاعتماد الإيجاري بموجب المادة 6 من الأمر رقم 09/96

⁹⁶- أنظر ، النظام رقم 05/05 مؤرخ في 15 ديسمبر 2005 ، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتهما ، ج ر عدد 26 ، صادر في 23 أبريل 2006.

⁹⁷- حسني صلاح الدين ، مرجع سابق ، ص 139.

⁹⁸- بخيت عيسى ، مرجع سابق ، ص 75.

⁹⁹- بن بريح أمال ، مرجع سابق ، ص 128 و 129.

¹⁰⁰- نسير رفيق ، مرجع سابق ، ص 75.

التي تنص : " تخضع عمليات الاعتماد الإيجاري إلى إشهار تحدد كلفه عن طريق التنظيم " ، و قد اعتمد المشرع الجزائري نظام الشهر الإداري ، إذ كلف المركز الوطني للسجل التجاري بإعداد و مسك سجل عمومي لقيود عقود الاعتماد الإيجاري ، و إطلاع الجمهور عليها تحت السلطة المباشرة لأعوان الملحقات المحلية للمركز¹⁰¹ ، كما أنه ملزم بقيد كل عقد يبرمه للاعتماد الإيجاري في السجل المخصص لذلك ، و هذه بملحقة المركز الوطني للسجل التجاري التي تم لديها تسجيل المؤجر التمويلي و يجب أن لا يتعدى ثلاثون يوم عمل من تاريخ إمضاء العقد محل النشر¹⁰².

أما بالنسبة لإشهار عقود الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة ورد بشأنها المرسوم التنفيذي رقم 91/06 المحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة¹⁰³، يلزم في المادة 2 فقرة 1 أن يبين عقد اكتساب العقار موضوع الاعتماد الإيجاري العناصر الجوهرية الواردة في الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة إضافة إلى العناصر الواردة في المادة 8 من الأمر رقم 09/96 السالف الذكر في عقد اكتساب العقار موضوع العقد ، أما المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91/06 فتلزم المؤجر التمويلي بأن يقوم بنشر كل عقد اعتماد إيجاري للأصول غير المنقولة لدى الحفظ العقاري التابع له العقار المعني بعملية الاعتماد الإيجاري ، و في الأجل المنصوص عليها في التشريع المعمول به ، كما يتعين طبقا لنص المادة 4 من نفس المرسوم أن يعاين كل تعديل مادي أو قانوني في حالة العقار بعقد يعد طبقا لأحكام المرسوم رقم 63/76 مؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق بتأسيس السجل التجاري المعدل والمتمم¹⁰⁴.

نستخلص أن شهر عقود الاعتماد الإيجاري تضمن فعالية كاملة لضمان حقوق المؤجر التمويلي ، و بهذا يبعد تطبيق قاعدة " الحيابة في المنقول سند الملكية " فيعفى من إثبات ملكيته للمال موضوع العقد .

المطلب الثاني

خصوصية عقد الاعتماد الإيجاري من حيث عناصر العقد

اعتبر المشرع الجزائري عقد الاعتماد الإيجاري ذو طبيعة خاصة و هذا يظهر حتى في عناصره العقدية ، حيث أننا نلمس تراجع لمبدأ سلطان الإرادة منذ بداية تكوين العقد ، فالمؤجر التمويلي يتمتع بضمانات لا نجدها في عقد الإيجار العادي كما له هيمنة ملحوظة في انفراد بالقيام بأساسيات هذا العقد و تقديمها إلى المستأجر التمويلي ، و ما على هذا الأخير إلا قبولها .

الفرع الأول

الأجرة تخالف القواعد العامة في بدلات الإيجار

يتعدى عنصر الأجرة في عقد الاعتماد الإيجاري حدود القواعد العامة للإيجار، كما لا تترك

¹⁰¹ - المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90/06 ، مؤرخ في 20 فيفري 2006 ، يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة ، ج ر عدد 10 ، صادر في 26 فيفري 2006.

¹⁰² - أنظر المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 90/06 ، مرجع نفسه.

¹⁰³ - مرسوم تنفيذي رقم 91/06 مؤرخ في 20 فيفري 2006 ، يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة ، ج ر عدد 10 ، صادر في 26 فيفري 2006.

¹⁰⁴ - بن بريح أمال ، مرجع سابق ، ص 136.

للأطراف حرية الاتفاق عليها ، فكيف إذن تكون كيفية تحديد مقدار هذه الأجرة ؟ فهل تتطابق مع أحكام الوفاء بالأجرة في عقد الإيجار العادي ؟

أولا : ارتفاع بدلات الإيجار بما لا يتناسب مع الاستمتاع الحقيقي بالأصل المؤجر

تعتبر أقساط التأجير التمويلي على المستوى النظري أقساط إيجارية رغم أنه بالنظر إلى طريقة حسابها فهي تستجيب لمعايير مختلفة تماما ، و عندما يدفع بارتفاع هذه الأقساط مقارنة بتلك التي نجدها في عقود الإيجار البسيطة يكون الرد بأنها تتطابق مع الاستمتاع بالأصل من جهة ، و من جهة أخرى إيمان المستأجر التمويلي اقتناء ملكية الأصل المؤجر في نهاية مدة الإيجار¹⁰⁵ ، لكن بالنظر إلى نص المادة 14 من الأمر رقم 09/96 فقد نصت صراحة على العناصر الداخلة في الأجرة ، فهي على أساس معايير مالية بحتة فمبلغ الإيجارات التي يجب على المستأجر التمويلي دفعها تتضمن : *سعر شراء الأصل المؤجر مقسما إلى مستحقات متساوية المبلغ ، تضاف إليها القيمة المتبقية التي يجب دفعها عند مزاولة الخيار بالشراء .

*أعباء استغلال المؤجر المتصلة بالأصل موضوع العقد .

*هامش يطابق الأرباح أو الفوائد المكافئة للمخاطر على القرض ، و الموارد الثابتة المخصصة لاحتياجات عملية الاعتماد الإيجاري¹⁰⁶ .

و نستخلص من كل هذه العناصر أن تحديد هذه الأقساط على أساس اعتبارات مالية هو لاسترداد مبلغ الاستثمار كاملا خلال فترة استغلال الأصل المؤجر ، و هذا ما يؤسس الفكر المالي على فكرة مفادها أن " الآلة تدفع تكاليفها من عوائد استخدامها " ¹⁰⁷ ، من هنا نصبح في غنى عن البرهنة على الطبيعة الباهظة لبدلات الإيجار في التأجير التمويلي ، مقارنة بثمن اقتناء الأصل و الخدمة التمويلية المأخوذة بعين الاعتبار .

ثانيا : المستأجر التمويلي يقوم بأداء الجزء الكبير من الثمن قبل تسلم الأصل المؤجر

تنص المادة 32 من الأمر رقم 09/96 على أنه : " يجب على المستأجر أن يدفع للمؤجر حق الانتفاع بالأصل المؤجر ، و في التواريخ المتفق عليها ، المبالغ المحددة كإيجارات في عقد الاعتماد الإيجاري " حيث أن المستأجر التمويلي يلتزم بالوفاء بالأجرة عند تمكين المؤجر التمويلي له من الانتفاع بالأصل المؤجر ، الذي يتم بدوره منذ إبرام العقد ، و في التاريخ المتفق عليه و هو أيضا تطبيقا لنص المادة 1/489 من التقنين المدني الجزائري¹⁰⁸ .

نلاحظ أن مفهوم الائتمان يقتضي الفصل بين الطرفين ، مانح الائتمان و متلقي الائتمان ، لكن بالنظر إلى ما يقتضي به عقد الاعتماد الإيجاري فيعتبر خروج عما هو مستقر عليه في

¹⁰⁵ - فخري رياض ، " التوازن العقدي بين الواقع و النظرية في عقد التأجير التمويلي " ، مجلة فصلية تصدرها هيئة المحامين بأكادير ، عدد 10 ، المغرب ، 2000 ، ص 76 .

¹⁰⁶ - أنظر المادة 14 من الأمر رقم 09/96 ، يتعلق بالاعتماد الإيجاري ، مرجع سابق .

¹⁰⁷ - مصطفى رشدي شبيحة ، النقود و المصارف و الائتمان ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 1999 ، ص 323 .

¹⁰⁸ - والتي تنص على : " يجب على المستأجر أن يقوم بدفع ثمن الإيجار في المواعيد المتفق عليها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب الوفاء بالأجرة في المواعيد المعمول بها في الجهة " .

عمليات منح الائتمان بوجه عام ، إذ لا يلتزم المؤتمن برد أصل الدين و الوفاء بالفوائد التي قد تكون مقررة إلا في نهاية مدة الائتمان¹⁰⁹، و يسود المبدأ ذاته في فرض بناء العقار أي استحقاق أول قسط للأجرة من تاريخ تسلم العقار، إلا أن المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الإيجاري يمكن أن يستحق القيمة الإيجارية المتفق عليها و لو لم ينتفع المستأجر التمويلي بالأصل محل العقد شرط أن لا يكون عدم الانتفاع راجع إلى المؤجر التمويلي¹¹⁰ ، و دفع الأجرة يكون في أقساط يحددها العقد تكون بالشهر أو بالسنة ، فيكون التحديد وفق نمطين ، إما نمط متناقص أو نمط خطي¹¹¹ . نستنتج أن المؤجر التمويلي يستخدم سلطته في إعداد كل هذه المعايير المتعلقة بالأجرة و لهذا فهو يخدم مصالحه ، خاصة عند النظر إلى تحديد الأجرة بالنمط المتناقص فهو يشكل احتياطا من خطر إفلاس أو إفسار المستأجر التمويلي ، ذلك بأنه يدفع قيمة الإيجارات الأولية و الكبيرة عند استلامه الأصل ، مما يسمح له من استعادة أكبر رأسماله المستثمر بسرعة .

ثالثا : المستأجر التمويلي يقدم ضمانات عديدة للمؤجر التمويلي

تلعب الملكية ضمان جوهري هام بيد المؤجر التمويلي ضد مخاطر إفسار المستفيد¹¹² ، لكنه يطلب من المستأجر التمويلي تقديم ضمانات أخرى عديدة و متعددة للوفاء بالأجرة حماية لأمواله ، حيث أتى في نص المادة 1/17 من الأمر 09/96 السالف الذكر على أنه : " ...التزام المستأجر بمنح المؤجر ضمانات أو تأمينات عينية أو فردية " ، فقد أجاز المشرع الجزائري تقديم تأمينات عينية من أجل ضمان بدلات الإيجار ، و يقصد بها تخصيص مال معين مملوك للمستأجر التمويلي أو غيره لضمان الوفاء بمبالغ الإيجار¹¹³ ، و هو يثقل كاهله نظرا لما يتطلبه من إجراءات قانونية ، خاصة بالنسبة للرهن الحيازية نظرا لخروج المال المرهون من حيازته¹¹⁴ .

كما تشترط أيضا على المستفيد تقديم كفيل يضمن الوفاء بالمبالغ التي تكون مستحقة لها¹¹⁵، وأكثر من ذلك تشترط تقديم شخص محدد يقبل كفالة المستفيد .

¹⁰⁹ -RIVES LANGUE-jean-louis et CANTAMINE –RAYAUND monique , Le droit bancaire, 6^{ème} edition , Dalloz , Paris , 1995 , p 03 .

¹¹⁰ - أيت ساعد كهينة ، مرجع سابق ، ص 22.

¹¹¹ - حرة عماد ، مرجع سابق ، ص 37.

¹¹² - عسالي عبد الكريم ، عقد الاعتماد الإيجاري الدولي ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم ، تخصص القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2015 ، ص 313.

¹¹³ - أيت ساعد كهينة ، مرجع سابق ، ص 28.

¹¹⁴ - سي يوسف حورية زاهية ، " التزامات المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري " ، ملتقى وطني حول عقود الأعمال و دورها في تطوير الاقتصاد الجزائري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية - ، يومي 16 و 17 ماي 2012 ، ص 320.

¹¹⁵ - أنظر المواد 17 ف 1 و 28 من الأمر رقم 09/96 ، يتعلق بالاعتماد الإيجاري ، مرجع سابق.

يتضح من كل هذا أن الكفالة تلعب دور مهم في ضمان دفع أقساط الإيجار للمؤجر التمويلي رغم ما قد يتعرض له من مخاطر إفلاس الكفيل ، و ما يتحملة المستأجر التمويلي مقابل ذلك من مصاريف من أجل الحصول على الكفالة ، إذن فالمؤجر التمويلي دائما يقي نفسه من أية خسارة يمكن أن تنتج من عدم دفع المستأجر التمويلي الأقساط ، بإحاطة نفسه من جميع النواحي بكم هائل من الضمانات حتى فيما يخص وفاة المستأجر فهي تفرض عليه ضمانا إضافيا ، يتمثل في إبرام عقد تأمين على حياته لمصلحة المؤجر التمويلي و هذا ما سنتطرق إليه في انقضاء عقد الاعتماد الإيجاري .

الفرع الثاني

عدم قابلية مدة الإيجار للإلغاء لضمان المؤجر التمويلي استرداد رأسماله

إن الأسس التي تراعى في تحديد مدة العقد من الناحية القانونية تخضع لمبدأ حرية التعاقد ، إذ يعود للمؤجر و المستأجر أن يتفقا على تحديد المدة التي يشاءان مادامت أنها لا تخالف النظام العام و الآداب العامة و الأحكام القانونية¹¹⁶.

نصت المادة 1/12 من الأمر 09/96 على : " يتم تحديد مدة الإيجار الموافقة للفترة غير قابلة للإلغاء باتفاق مشترك بين الأطراف " ، و لذلك لا يحق لأي من الطرفين إنهاء العقد قبل انتهاء المدة ، و بهذا يلتزم المستأجر التمويلي بالوفاء بجميع الأقساط المستحقة للمؤجر التمويلي طوال مدة الانتفاع بالأصول إلى غاية انقضاء العقد¹¹⁷.

إن هذه الفترة التي تدعى " الفترة غير قابلة للإلغاء " تكون عادة مساوية للعمر الاقتصادي للأصل المؤجر¹¹⁸ ، فهي تكون ما بين مدة الإهلاك و مدة صلاحية المال ، و لهذا فهي من مصلحة طرفي العقد¹¹⁹ ، أما من الناحية الاقتصادية مدة العقد تختلف باختلاف طبيعة الأموال موضوع العقد ، حيث يتم فيها مراعاة مدة استهلاك الآلات أو المعدات أو التجهيزات محل العقد و العمر الافتراضي لها ، و تكون بداية مدة الإيجار من تاريخ تسليم الآلات أو المعدات التي يقع عليها عقد الاعتماد الإيجاري للمستأجر التمويلي ، أما نهايته فهي تمتد حتى انقضاء المدة المحددة في العقد ، أو انقضاء تاريخ انتهاء العمر الافتراضي لاستهلاك الأموال موضوع العقد¹²⁰.

يمكن استخلاص أن الهدف من تقرير عدم القابلية للإلغاء ، ليست ضمانا لانقضاء المستأجر التمويلي بالأصول خلال مدة محددة ، بقدر ما هو ضمان بالنسبة للمؤجر التمويلي لحصوله على جميع الأقساط من أجل استرداده لرأسماله المستثمر مع تغطية نفقاته و جزء من الربح و هذا ما ذهب إليه د. دويدار هاني محمد¹²¹.

¹¹⁶ - محمد عبد المقصود حسن داود ، الطوابط الشرعية و القانونية لاختلاف المؤجر و المستأجر ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2000 ، ص 112.

¹¹⁷ - عسالي عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص 92.

¹¹⁸ - SMAILI Nabila ، Pratique du crédit-bail, analyse de la situation algérienne , Mémoire de magistère en sciences économique , Faculté des sciences économique , de gestion et des sciences commerciales , Univ mouloud-MAMMERY , Tizi- Ouzou , 2011- 2012 , P 30.

¹¹⁹ - نسير رفيق ، مرجع سابق ، ص 126.

¹²⁰ - نادر عبد العزيز شافي ، مرجع سابق ، ص 185 و 186.

¹²¹ - دويدار هاني محمد ، مرجع سابق ، ص 99.

الفرع الثالث

الاحتفاظ بملكية الأصل المؤجر ضمان جوهرى يتمتع به المؤجر التمويلي

إن خصوصية عناصر عقد الاعتماد الإيجاري تظهر جليا من ناحية الضمانات التي منحت للمؤجر التمويلي و هو العنصر الجوهرى الذي لا نجده في العقود التقليدية الأخرى¹²² ، حيث أن ملكية الأموال محل العقد تبقى للمؤجر التمويلي طوال مدة العقد ، بل حتى بعد انقضاء العقد إن لم يختار المستأجر التمويلي شراء الأصل¹²³ ، هذا ما يعني أن المؤجر التمويلي بإمكانه استرداد المال المؤجر من أي حائز كان ، حيث أن القانون التجارى يعتد بالظاهر لذلك فما يوجد في حيازة التاجر يعتبر ملكه ، خاصة السلع و المواد الأولية ، أين يوحى إلى الغير أن المنقول ملك للمستأجر إذا تصرف فيه ، لكن هذا الاحتفاظ بالملكية يحمي المؤجر التمويلي من كل هذه الإشكالات و يمكنه من استرداد أمواله من أي حائز كان و لو كان حسن النية ، فهو مضمون بأقوى الحقوق العينية "حق الملكية" ، دون إغفال أن هذا الاحتجاج يتطلب إشهار العقد حماية للمؤجر التمويلي لنفاذ حقه في الملكية في مواجهة الكافة ، خاصة تلك الواردة على المنقول¹²⁴.

تنص عادة عقود الاعتماد الإيجاري من أجل ضمان فعالية حق الملكية ، التزام المستأجر التمويلي بضمان احترام ملكية المؤجر التمويلي للأصل باتخاذ جميع الإجراءات التي تحول دون التهديد بهذا الحق ، و هذا على نفقته و تحت مسؤوليته .

و يظهر هذا في حالة الحجز أو الرهن على الأصل المؤجر بمايلي :

إذا كان الحجز من طرف دائن المستأجر التمويلي ، فيجب على هذا الأخير إخطار المؤجر التمويلي فوراً بهذا الحجز أيا كان نوعه باستبعاد العقار ، فلا يعقل توقيع الحجز على عقار من دائني المستأجر التمويلي ، إضافة إلى الإخطار يتوجب على هذا الأخير اتخاذ الإجراءات القانونية لمنعه¹²⁵ .

يمكن أن يكون توقيع الحجز أيضا بناءا على طلب دائن المؤجر التمويلي ، فهنا الحاجز يوقع حجرا على مال مملوك لمدينه ، ففي هذه الحالة إذا كان المال منقول فيكون الحجز تحفظيا ، و يكون بموجب عريضة مقدمة من الدائن الحاجز إلى القاضي المختص لإصدار أمر بالحجز، فهنا يلتزم المستأجر التمويلي بإخطار المؤجر التمويلي بمجرد إعلانه به و بكل البيانات و المستندات الضرورية التي قدمها للمحضر القضائي الذي قام بعملية الحجز¹²⁶.

و يتحمل المستفيد التزامات خاصة في حالة كون الأصل عقار، إذ يتم مباشرة إعلان المؤجر التمويلي بأمر توقيع الحجز ثم التأشير بذلك في هامش قيد العقار ، و لا يقتضى الأمر أي تدخل من

¹²²- DALI Youcef samia , Le financement par le leasing :Un nouveau moyen d'aide au développement de la PME en Algérie , Mémoire de magister en management , Faculté des sciences économiques , de gestion et sciences commerciales , Option finance , Univ D'oran , 2010- 2011 , P 55 .

¹²³- بلعوي صفاء عمر خالد ، مرجع سابق ، ص 105 .

¹²⁴- عسالي عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص 154 .

¹²⁵- أيت ساعد كهينة ، مرجع سابق ، ص 75 .

¹²⁶- دويدار هاني محمد ، مرجع سابق ، ص 426 .

المستأجر التمويلي¹²⁷ ، أما في حالة تصرف المستأجر التمويلي في المحل التجاري ، حيث يرد عقد الاعتماد الإيجاري على معدات إنتاجية أو عقارات مخصصة لأغراض إمتهانية فتشغل في المحل التجاري أين يمارس نشاطه ، حيث يوحي هذا الوضع بأنها مملوكة له و هذا ما يهدد أملاك المؤجر التمويلي فهذا ما جعله يوقع التزامات على عاتق المستأجر التمويلي عند احتمال بيع أو رهن المحل ، و هذا الالتزام يتمثل في إعلام الغير بعدم امتلاكه لها¹²⁸ ، إلا في حالة ترخيص من المؤجر التمويلي ، و في حالة إخلاله بهذا الالتزام فهو يتابع جزائيا بجريمة خيانة الأمانة ، و هذا ما سوف نتطرق إليه في مرحلة انقضاء هذا العقد . أما في مجال العقار فلا يدخل العقار ضمن عناصر المحل التجاري و بالتالي لا يمكن أن يشمل البيع أو الرهن ، كما أن أحكام الشهر تحول دون وقوع الغير في غلط حول ملكية المستفيد¹²⁹ .

أما عن الرهن فإذا كان المال المؤجر منقول فيجوز للمؤجر التمويلي رهنه لمصلحة دائنيه لما له من حرية كاملة في التصرف في العين باعتباره مالكها ، و هذا ما تأكده أحكام المادة 27 من الأمر رقم 09/96 سالف الذكر التي تنص على أن : " لايقبل حق ملكية الأصل المؤجر أي تقييد أو تحديد من أي نوع كان بسبب استعماله من قبل المستأجر أو بسبب أن العقد يسمح للمستأجر بالتصرف ، بصفته وكيل المالك ، في العمليات القانونية و التجارية مع الغير و المرتبطة بعملية الاعتماد الإيجاري " ، فالمؤجر يشترط على أنه من حقه رهن المنقول و تعيين الشخص المستفيد في تسلم المنقول المرهون رهنا حيازيا¹³⁰ ، فالمادة تشير بشكل صريح إلى حرية المؤجر التمويلي في التصرف في ملكية الأصل ، و عدم تقييد هذا الحق بأي قيد مهما كان سببه، حتى لو كان بحجة استعماله من المستأجر التمويلي أو بسبب كون العقد يسمح له بالتصرف فيه بصفته وكيل المالك في العمليات القانونية و التجارية مع الغير و التي تكون مرتبطة بعملية الاعتماد الإيجاري.

يمكن للمؤجر التمويلي رهن المال المؤجر إذا كان عقارا طبقا لأحكام الرهن الرسمي الذي لا يشترط فيه انتقال الحيازة¹³¹ ، كما يمكن له رهن دين الأجرة لما كان المؤجر دائن تجاه المستأجر بها ، لكن يتعين عليه إخطار المستأجر التمويلي بالرهن لكي يكون نافذا في مواجهة الغير¹³² .

نستخلص أن كل هذه الالتزامات الملقاة على عاتق المستأجر التمويلي هي من أجل ضمان

¹²⁷- في مجال العقار لا يمكن توقيع الحجز من قبل دائني المستفيد إذ تكفل أحكام الشهر العقاري ببيان الشخص مالك العقار أي شركة التأجير التمويلي مما يرتب بطلان كل حجز يطالب أحد دائني المستفيد توقيعه ، راجع في ذلك دويدار هاني محمد ، مرجع سابق ، ص 427.

¹²⁸ - أيت ساعد كهينة ، مرجع سابق ، ص 78.

¹²⁹ - للمزيد من التفاصيل راجع : دويدار هاني محمد ، مرجع سابق ، ص 432 و 433.

¹³⁰ - يصعب تصور إخضاع المنقول لنظام رهن لا يعتد أصلا بالحيازة ، فلو جاز رهن المنقول مع احتفاظ الراهن بحيازته لتعرض حق الدائن المرتهن لخطر حقيقي ، إذ يستطيع الراهن إخفاء المنقول أو نقل حيازته و التصرف فيه إلى شخص آخر حسن النية لا يستطيع الدائن المرتهن أن يحتج بحقه في الرهن في مواجهته.

¹³¹- يعرف هذا الرهن على أنه عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على العقار لوفاء دينه ، ويكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين في استفاء حقه من ثمن ذلك العقار ، هذا وفقا للمادة 882 من الأمر رقم 58/75 ، يتضمن ق م ج ، مرجع سابق .

¹³² - دويدار هاني محمد ، مرجع سابق ، ص 440.

أكبر و أكثر للضمان المتاح للمؤجر التمويلي ، و هو فعالية حق الملكية لعدم مزاحمة أي طرف في الأصل المؤجر، و تفادي الآثار السلبية عن هذا الوضع ، في حين قد أغفل المشرع الخطر الحقيقي في حالة التنفيذ على العقار الذي سوف يلحق المستأجر التمويلي ، الذي كان بإمكانه تملك الأصل في نهاية العقد إذا تعرض المؤجر التمويلي للإفلاس أو التسوية القضائية ، بما أن جماعة الدائنين تسترد الأصل المؤجر حتى و لو اقترب العقد من انقضاء مدته إذ يكون المستأجر التمويلي قد دفع معظم أقساط الأجرة المستحقة .

و في الأخير بعد تفحصنا لإجراءات مرحلة إبرام عقد الاعتماد الإيجاري فنلمس أن طريقة إبرامه لا تكون باشتراك إرادة الطرفين معا بل شركات الاعتماد الإيجاري تهيمن على المضمون الاتفاقي للعقد ، فتحدده على ضوء مصالحها لوحدها حتى و لو كان ذلك على حساب المستأجر التمويلي ، و هذا راجع إلى الطبيعة القانونية الخاصة لهذا العقد و كذا أركانه و خصائصه الفريدة و المتميزة أين يكون فيها كل ركن ذو طابع خاص به .

رأينا فيما سبق كيف يكون انتهاك الحرية التعاقدية في مرحلة تكوين العقد و حتى قبل تكوينه من جهة المؤجر التمويلي ، حيث أنه يهيمن على العقد بصياغته لبنود تعمد على خلق عدم التوازن في شروط و عناصر العقد فيلجأ إلى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة لصالحه ، لكن هذا الانتهاك لا يتوقف هنا فحسب ، بل يصل إلى أبعد من ذلك آثار انعقاد هذا العقد فلها خصوصية عما هو مقرر في القواعد العامة لعقود الإيجار ، حيث أن المؤجر التمويلي نجده يرفع أكبر قدر ممكن من المسؤولية عنه ، ليتحملها بعد ذلك الطرف الآخر ألا و هو المستأجر التمويلي ، فقد ساهم في ذلك الطابع المكمل لمعظم قواعد عقد الاعتماد الإيجاري أو بالأحرى تلك المتعلقة بالتزامات المؤجر التمويلي ، و الطابع الأمر للقواعد كلما تعلقت بالتزامات المستأجر التمويلي ، و هذا مل جعل هذا المؤجر التمويلي يغتتم الفرصة مقابل المزايا التي يبحث عنها المستأجر التمويلي في هذا العقد ، فيحمله مجموعة من الالتزامات التي تشكل أعباء ثقيلة عليه تتطلبها الطبيعة الخاصة للعقد (المبحث الأول) .

كما أن القواعد العامة تمنح الطرفين الحق في فسخ العقد كلما أخل الطرف الآخر بالتزامات المفروضة عليه ، إلا أن المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري يعمل دائما على التضييق من الحق المخول للمستأجر التمويلي و توسيع حقه بالمقابل في الفسخ و هو ما يخل بتوازن الالتزامات فيه (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

صياغة حقوق والتزامات الأطراف بين القواعد الآمرة و المكملة

جاءت أحكام الأمر رقم 09/96 سالف الذكر تجسد بشكل صريح اختلال التوازن في حقوق و التزامات كل من المؤجر التمويلي و المستأجر التمويلي ، و هذا ما يبين عدم التكافؤ بين مصالح أطرافه و المعاملة التفضيلية للطرف الممول أي لمصلحة المؤجر التمويلي ، فنجد القواعد المتعلقة بحقوقه و كذا واجبات المستأجر التمويلي تكتسي الصياغة الآمرة ، و هذا ما يستبعد الاتفاق على مخالفتها ، بينما تكتسي الالتزامات الملقاة على عاتقه بدلة القواعد المكملة و هذا بالطبع ما يعطيه إمكانية إعفاء نفسه منها ، و نقلها إلى المستأجر التمويلي ، و بهذا يظهر الانتكاس الفادح لمبدأ سلطان الإرادة فيما يخص هذه الآثار ، و ينفرد هذا المبدأ بيد طرف واحد و هو المؤجر التمويلي .

المطلب الأول

الصياغة الآمرة للقواعد تجعل الاتفاق على مخالفتها مستبعدا

استعمل المشرع الجزائري في الأمر رقم 09/96 القواعد الآمرة في كل مرة ينص فيها على حقوق المؤجر التمويلي و هذا لاستبعاد الاتفاق على مخالفتها ، و على بعض الحقوق الخاصة بالمستأجر التمويلي التي منحها له بصفة آمرة و هذا ضمانا لعدم المساس بها ، و لو أنه بالتمتع فيه نجده يخدم مصلحة المؤجر التمويلي .

الفرع الأول

التمويل التزام رئيسي على المؤجر التمويلي

تؤكد جل التشريعات أن الاعتماد الإيجاري عملية مالية و تجارية¹³³ ، و لهذا قد احتفظ المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الإيجاري بالتزام واحد لا غير و هو دفع الثمن عدى ذلك فهو ويختفي تماما و لا يظهر في باقي الالتزامات الملقاة عليه .

¹³³ - فيلالي بومدين ، إشكالية تمويل المشروعات الاقتصادية في الوطن العربي ، منتديات وادي العرب الجزائري ، متوافر

أولاً : التكييف القانوني للالتزام بالتمويل

يوصف عقد الاعتماد الإجاري بأنه عقد ذو طابع مالي ، حيث يقوم فيه المؤجر التمويلي بشراء الأصل الذي طلب منه من طرف المستأجر التمويلي و يقوم بتأجيره لهذا الأخير مقابل الحصول على أقساط إيجار¹³⁴ ، فيظهر من هنا أن دور المؤجر التمويلي يقتصر في دفع ثمن الأصل المؤجر دون التدخل في الجوانب الفنية¹³⁵ ، كما سنرى لاحقاً في عملية التسليم ، و هذا مخالف لأهم قاعدة في التمويل الإسلامي و التي تنص على ألا بد من التملك إذ كل عملية تمويلية لا بد أن تمر من خلال السلع و الخدمات ، و الذي هو تمويل لمشروعات إنتاجية بطبيعته، لأنه لا يمكن فيه إلا تقاسم الأرباح ، و لهذه القاعدة أهمية كبيرة لأنها تقوم على عدم السماح بالتمويل النقدي المحض¹³⁶ .

يتضمن عقد الاعتماد الإجاري وعد ملزم لجانبين بالتأجير، و لكي يتمكن المؤجر التمويلي من تحقيق التزامه ينبغي توافر السند القانوني لتمكين المستأجر التمويلي من الانتفاع ، و هذا الأمر لا يتم إلا بدفع المؤجر التمويلي لثمن تملك الأصل المؤجر و تنفيذ التزاماته بالتمويل¹³⁷ .

تظهر خصوصية عقد الاعتماد الإجاري من حيث أن المؤجر التمويلي لا يملك الأصل محل العقد بل يقوم بشرائه و خصوصية هذه العملية أيضا -ال شراء- كون المستأجر التمويلي يقوم بها نيابة عن المؤجر التمويلي¹³⁸ .

¹³⁴- بلهامل هشام ، آثار عقد الاعتماد الإجاري في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة 20 أوت 1995 ، سكيكدة ، 2014 ، ص 56.

¹³⁵- ناصيف إلياس ، مرجع سابق ، ص 81.

¹³⁶- عثمان العيسى ، تمويل بنكهة الليزنج ، مجلة الرياض ، عدد 14728 ، متوافر على الموقع الإلكتروني :

WWW.ALRIYADH.COM

¹³⁷- حرة عماد ، مرجع سابق ، ص 28.

¹³⁸- بن صغير مراد ، " عقد التأجير التمويلي في القانون الجزائري مقارنا بالإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي (دراسة علمية تأصيلية مقارنة)" ، مداخلة ملقاءة في الملتقى الوطني حول عقود الأعمال و دورها في تطوير الاقتصاد الجزائري ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، يومي 16 و 17 ماي 2012 ، ص 247.

ثانيا : إشكالية رفض المؤجر التمويلي القيام بالتمويل

يرتب هذا الرفض أضرارا على طرفي العقد أو أحدهما على الأقل فوجب التمييز بين فرضين و هما :

1- رفض التمويل بعد إبرام عقد الاعتماد الإجاري :

إن المؤجر التمويلي مسؤول تجاه المستأجر التمويلي جراء رفضه التمويل بعد إبرام العقد بناء على أحكام المسؤولية العقدية و هذا راجع للإخلال بالتزامه العقدي ، و التزامه التزام بتحقيق نتيجة ، فإذا رفض التمويل يكفي أن يثبت المستأجر التمويلي عدم تحقق الغاية المطلوبة ليسأل عقديا و لا يمكن له دفع المسؤولية عن نفسه إلا إذا كان راجع لسبب أجنبي¹³⁹ ، و هذا حسب المادة 307 من القانون المدني الجزائري¹⁴⁰ ، و لا يكون المؤجر التمويلي مسؤول أمام المستأجر التمويلي فحسب بل أيضا تجاه البائع¹⁴¹ إذا كان قد وافق عليه أو فوض إلى المستأجر الموافقة عليه و إبرامه بالوكالة عنه مع البائع¹⁴² ، لكن يبقى من الناحية الواقعية يصعب تصور هذه الحالة أي حالة رفض التمويل بالنظر إلى الكيفية التي يتم بها إبرام عقد الاعتماد الإجاري و جل المراحل التي يسلكها الطرفان في ذلك .

2- رفض التمويل قبل إبرام عقد الاعتماد الإجاري :

يتمتع المؤجر التمويلي في هذه الحالة بكامل الحرية في رفض التمويل مادام أنه لم يتم بعد بأي تعهد تجاه المستأجر التمويلي بأي التزام معين ، حيث أنه يقوم أولا بتقدير مصلحته في التعاقد من عدمها نظرا لخبرته في هذا الميدان ، فإذا شعر أن طالب التمويل لا يتمتع بالضمانات

¹³⁹- بلهامل هشام ، مرجع سابق ، ص 58.

¹⁴⁰- و التي تنص على : " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته"

¹⁴¹ - ناصيف الياس ، مرجع سابق ، ص 200.

¹⁴²- نادر عبد العزيز شافي ، مرجع سابق ، ص 204.

الكافية التي يشترط يمكن له الرفض¹⁴³ ، فلا يمكن مسائلة المؤجر التمويلي عن رفض التمويل قبل ابرام العقد و إن كان مرخص للقيام بذلك ، فهو الأدرى بمصلحته و هو صاحب السلطة في ذلك فهو حر في التمويل من عدمه .

الفرع الثاني

خيار الشراء وعد بالبيع من جانب واحد

لقد ألزم الأمر 09/96 المؤجر التمويلي أن ينص صراحة في عقود الاعتماد الإيجاري على هذا الالتزام و هو من العناصر التي تكون أصالة للعقد¹⁴⁴ ، لكن لا يتم إلا إذا أوفى المستأجر التمويلي بكافة التزاماته.

أولاً : إعمال خيار الشراء فيه مصلحة للطرفين

يحتفظ المؤجر التمويلي بملكية المال محل العقد طوال مدة العقد كما رأينا سالفاً و هذا طبعا على سبيل الضمان¹⁴⁵ ، و إذا ما أعمل المستأجر التمويلي خيار شراء المال يصبح على عاتق المؤجر التمويلي واجب نقل ملكية محل العقد¹⁴⁶.

نلاحظ أن انتقال الملكية للمستأجر التمويلي بعد انقضاء العقد تمثل مصلحة للطرفين معا فبالنسبة للمستأجر التمويلي الذي تكبد أعباء مالية باهظة مقابل تمويل المؤجر التمويلي ، يستطيع في الأخير تملك المعدات بثمن يمثل القيمة المحاسبية للأصل و هو يقل من القيمة السوقية له وقت تملك المستفيد له ، أما من جهة أخرى المؤجر التمويلي بعد استرداده لكامل حقوقه المالية يتخلص من كل هذه المعدات المستهلكة بعد انتهاء عمرها الافتراضي و انخفاض قيمتها و يتخلص من عناء التصرف فيها من خلال بيعها إلى شخص آخر و إعادة تأجيرها¹⁴⁷ ، حيث أنه

¹⁴³ - نادر عبد العزيز شافي ، مرجع سابق ، ص 204.

¹⁴⁴ - المادة 11 من الأمر رقم 09/96 ، يتعلق بالاعتماد الإيجاري ، مرجع سابق .

¹⁴⁵ - المواد 8 و 9 و 11 من الأمر رقم 09/96 ، يتعلق بالاعتماد الإيجاري ، مرجع سابق .

¹⁴⁶ - بلهامل هشام ، مرجع سابق ، ص 61.

¹⁴⁷ - بلعاوي صفاء عمر خالد ، مرجع سابق ، ص 118.

لا جدوى من رجوع الأصل إليه فهو يجد صعوبة إما في إيجاره مرة أخرى ، أو بيعه خاصة إذا ما أهلكه استعمال المستأجر التمويلي له فنجده يخدم مصلحته .

ثانيا : ارتباط خيار الشراء للمستأجر التمويلي بتنفيذه كافة التزاماته

يسعى دائما المؤجر التمويلي إلى استرداد الرأسمال الذي استثمره في العملية التمويلية ، مضافا إليه هامش ربحه ، و لهذا فإن نقل الملكية للمستأجر التمويلي لا يتم إلا إذا أوفى بجميع الالتزامات التي يلقبها العقد على عاتقه حيث أن الإخلال بها يفضي إلى فسخ العقد في أغلب الأحيان¹⁴⁸ ، و من أهم هذه الالتزامات هي دفع ثمن الأصل المؤجر¹⁴⁹ و يتم تحديده عادة بشكل مسبق أو يتم الاتفاق على الأقل على الأسس التي يتم بناء عليها تحديد الثمن ، و هذا لتسهيل عملية القاضي في حال نشوب نزاع بين الطرفين عليه¹⁵⁰ .

و إذا قرر المستأجر التمويلي خيار شراء الأصل المؤجر وجب عليه أن يوجه رسالة مضمونة الوصول إلى المؤجر التمويلي خلال 15 يوم على الأقل قبل التاريخ المتفق عليه في العقد¹⁵¹ ، و الغرض منه الإعلان عن رغبته أو نيته في الشراء من عدمها حتى يتخذ قراره من جهة، و عدم ترك المؤجر التمويلي في حالة انتظار لمدة طويلة وهذا حسب رأي د.عسالي عبد الكريم¹⁵² .

الفرع الثالث

المؤجر التمويلي يقوم بالتفتيش و الرقابة لمعاينة وضعية الأصل المؤجر

ألزم المشرع الجزائري المستأجر التمويلي تمكين المؤجر التمويلي الدخول إلى الأماكن التي

¹⁴⁸ - بلهامل هشام ، مرجع سابق ، ص 68.

¹⁴⁹ - BLADEL Amina , Le crédit-bail une alternative de financement des entreprises en Algérie , Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de magister en sciences économique, Option –monnaie-finance-banque , Faculté des sciences économiques , commerciales et sciences de gestion , Univ é mouloud-MAMMERI , Tizi-Ouzou , 2011 , P 105 .

¹⁵⁰ - ناصيف الياس ، مرجع سابق ، ص 366.

¹⁵¹ - المادة 45 من الأمر 09/96 ، يتعلق بالاعتماد الإيجاري ، مرجع سابق .

¹⁵² - عسالي عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص 73.

يتم فيها استغلال الأصل المؤجر ، في أي وقت دون أي اعتراض ، من أجل القيام بأي تفتيش أو رقابة يراها ضرورية لمعاينة الأصل المؤجر¹⁵³ فضلا عن هذا فهو ملزم أيضا بإعلام المؤجر التمويلي بكل عطل أو هلاك يمس الأصل المؤجر¹⁵⁴ ، و أن لا يقوم بأي عمل دون التعاون مع المؤجر التمويلي ، على الرغم من أنها لا يتحكم بالمسائل التكنولوجية التي يفترض أن يكون المستأجر التمويلي هو المتحكم فيها .

يجب على كل حال أن تكون علاقة ثقة بين الطرفين فيما يتعلق بالحفاظ على الأصل المؤجر مبنية على التعاون و التكاتف ، من أجل القيام بأي إجراء من شأنه المحافظة على الأصل¹⁵⁵ ، فضلا عن ما تم ذكره آنفا فيما يخص الحجز و الرهن المقررين لمصلحة المؤجر التمويلي ، مع حق الملكية المضمون له في مواجهة الغير الوارد بصيغة أمرة لاستبعاد شك المساس بالمال .

المطلب الثاني

إعمال المؤجر التمويلي لمبدأ سلطان الإرادة للاتفاق على مخالفة القواعد المكملة

رأينا حقوق المؤجر التمويلي التي تكون في مرتبة عالية جدا حيث لا يمكن المساس بها لا بالتعديل أو الإعفاء ، حيث أعطى لها الأمر رقم 09/96 الصياغة الأمرة لضمان عدم الاتفاق على مخالفتها ، فعند قولنا "حقوق المؤجر التمويلي" دون ذكر بعض حقوق المستأجر التمويلي التي أتت بصيغة أمرة ، فقد تعمدنا ذلك حيث أنها في آخر المطاف مصالح للمؤجر التمويلي في نفس الوقت فلا بأس أن نقول أنها حقوق هذا الأخير .

¹⁵³ - أنظر المادة 33 من الأمر رقم 09/96 ، يتعلق بالاعتماد الإيجاري ، مرجع سابق.

¹⁵⁴ - أنظر المادة 39 ف 9 من نفس الأمر.

¹⁵⁵ - نسير رفيق ، مرجع سابق ، ص 84.

عكس حقوق المستأجر التمويلي كذا التزامات المؤجر التمويلي أتى بها المشرع الجزائري بالصياغة المكملة و هذا ما يعطي طبعاً لهذا الأخير إعماله سلطان الإرادة لمخالفتها و إلقاء كامل الالتزامات التي كانت أصلاً عليه على المستأجر التمويلي ، وما عليه إلا قبولها حيث أنه لا يلجأ إلى إبرام مثل هذه العقود إلا إذا كان بحاجة ماسة إلى التمويل¹⁵⁶ . فما مدى إعفاء المؤجر التمويلي نفسه من الالتزامات الملقاة أساساً عليه ؟

الفرع الأول

إعفاء المؤجر التمويلي نفسه من مسؤولية تسليم الأصل المؤجر

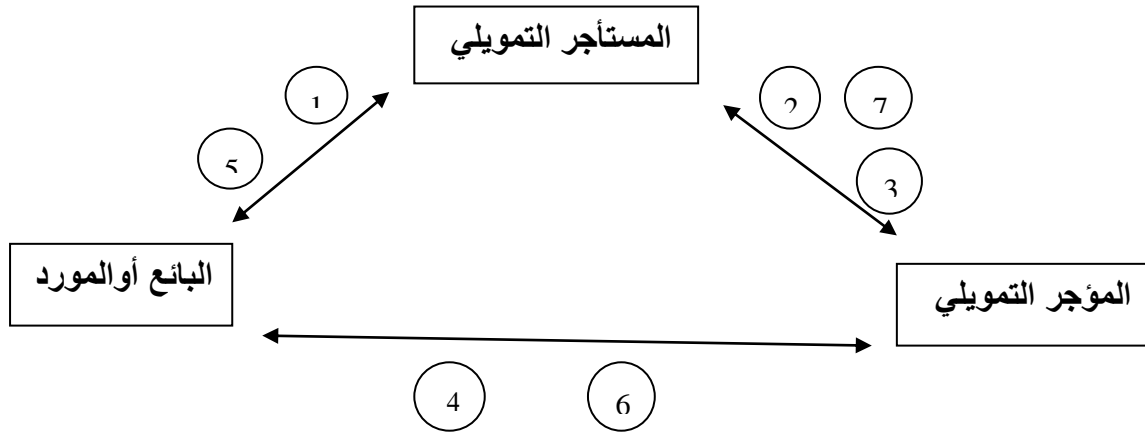
ترك عقد الاعتماد الإيجاري للأطراف الحرية في تقرير تسليم الأصل المؤجر و بهذا فإن المؤجر التمويلي يغتتم الفرصة لكي يعفي نفسه من هذه المسؤولية و يلقي بها إلى المستأجر التمويلي ، و نظراً لوجود الطرف الثالث في عملية الاعتماد الإيجاري ، فإن التسليم يتم من البائع إلى المستأجر التمويلي¹⁵⁷ .

¹⁵⁶-عسالي عبد الكريم ، " إعفاء المؤجر التمويلي من التزاماته العقدية (دراسة نقدية للأمر رقم 09/96 ، يتعلق بالاعتماد الإيجاري) " ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، عدد 2 ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2016 ، ص 186.

¹⁵⁷- إن ما يلاحظ في الأمر رقم 09/96 ، السالف الذكر عدم ذكره لعقد البيع و لو مرة واحدة ، و لا للعلاقة القانونية ما بين المؤجر التمويلي و البائع ، ولا العلاقة الواقعية التي تربط المستأجر التمويلي بالبائع . أنظر في ذلك ، عسالي عبد الكريم، عقد الاعتماد الإيجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 177.

و يمكن لنا هنا توضيح هذه العلاقة الثلاثية :

-مخطط يبين الإجراءات المتبعة في عملية تمويل عقد الاعتماد الإيجاري-



1* إختيار الأصول المؤجرة و تحديد المواصفات التقنية .

2* طلب التمويل من بنك أو شركة اعتماد إيجاري أو مؤسسة مالية مؤهلة .

3* قبول طلب التمويل من طرف البنك أو شركة اعتماد إيجاري أو مؤسسة مالية مؤهلة .

4* طلب المؤجر التمويلي للأصول المؤجرة من البائع .

5* تسلم المستأجر التمويلي للأصول المؤجرة من قبل البائع .

6* دفع المؤجر التمويلي ثمن الأصول المؤجرة إلى البائع .

7* دفع المستأجر التمويلي لبدلات الإيجار للمؤجر التمويلي .

أولاً : إنفراد المستأجر التمويلي بمهمة اختيار البائع و الأصول :

يقتصر دور المؤجر التمويلي على دفع الثمن و يترك للمستأجر التمويلي الحرية الكاملة في اختيار البائع الأصول و كذا تحديد المواصفات التقنية و التفاصيل التي تتضمنها الأصول المؤجرة و لكنه يبقى من الناحية القانونية طرف في عقد البيع بصفته المشتري ، و المستأجر التمويلي لا تجمه بالبائع سوى العلاقة الواقعية حيث أن الأمر رقم 06/96 لم يقر بذكر عقد البيع و هو العقد الأولي السابق لعقد للاعتماد الإيجاري ، في الأخير بعد اختيار المستأجر التمويلي للأصل المؤجر، يقوم المؤجر التمويلي بدفع ثمنها فتنقل له الملكية القانونية ، فيقع عليه التزام تسليمها للمستأجر التمويلي إلا أنه يقوم و للمرة الثانية بنقل هذا الالتزام ليتولى هذا الأخير تسليمها من البائع¹⁵⁸

ثانياً : المستأجر التمويلي يتسلم الأصول المؤجرة من البائع مباشرة :

يقع على المؤجر في عقد الإيجار طبقاً للقواعد العامة تسليم الأصل المؤجر إلى المستأجر و وضعه تحت تصرفه وهو في حالة تمكنه من الاستمتاع به¹⁵⁹ ، إلا أن الطبيعة الخاصة لعقد الاعتماد الإيجاري تجعل التسليم فيها مختلف و هذا ما يظهر في نص المادة 38 من الأمر رقم 09/96¹⁶⁰ ، فالمرجع الجزائري قد ترك الحرية للأطراف الاتفاق على من يتسلم هذه الأصول ، و هذا ما فسح المجال للمؤجر التمويلي إعمال مبدأ سلطان الإرادة لصالحه عن طريق مخالفة القواعد القانونية المكتملة و هذا ما تفعله جميع شركات الاعتماد الإيجاري¹⁶¹ ، فتحرص على تضمين

¹⁵⁸ - عسالي عبد الكريم ، " إعفاء المؤجر التمويلي من التزاماته العقدية " مرجع سابق ، ص 178.

¹⁵⁹ - عسالي عبد الكريم ، مرجع نفسه ، ص 178.

¹⁶⁰ - و التي تنص على : " يعتبر المؤجر ملزماً بالقيام بالالتزامات الملقاة على عاتق صاحب الملكية و المنصوص عليها في القانون المدني ، مقابل حقه في الملكية على العقار المؤجر خلال كل مدة الإيجار ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يقضي بخلاف ذلك ، لاسيما الالتزامات الآتية :

-الالتزام بتسليم الأصل المؤجر طبقاً للخصوصيات التقنية المعينة من قبل المستأجر في الحالة و في التاريخ

المتفق عليهما في عقد الاعتماد الإيجاري "

¹⁶¹ - أيت ساعد كهينة ، مرجع سابق ، ص 90.

عقودها بنودا يتعهد المستأجر التمويلي بموجبها استلام الأموال موضوع العقد¹⁶²، و رفع مسؤوليتها عن أي تأخير أو أخطاء ناتجة عن ذلك التسليم¹⁶³.

ينشأ عن التزام المستأجر التمويلي بالتسليم التزام تبقي يفرضه المؤجر التمويلي عليه في هذا العقد و يتمثل في تنظيم محضر استلام لحسابه هو و لحساب المؤجر التمويلي و هذا بحضور البائع ، حيث يوضح فيه مطابقة الأموال المؤجرة مع عقد الشراء ، و أنها مسلمة بحالة جيدة و مطابقة للمواصفات المطلوبة ، حيث أنه يدون فيها تحفظاته بوضوح ، و يلزم كذلك بإبلاغ المؤجر التمويلي فوراً عن أي خطأ من جراء التسليم ، وكما قد يتفق المؤجر التمويلي و المستأجر التمويلي على إلزام هذا الأخير بالقيام ببعض الإجراءات الاحترازية لضمان حسن تسليم الأموال المؤجرة أو مطابقتها للمواصفات المطلوبة¹⁶⁴ ، كما يتحمل كافة الرسوم و الضرائب و النفقات المتوجبة للاستلام و النقل¹⁶⁵.

و تجدر الإشارة إلى أن أهمية المحضر يكمن في أن المؤجر التمويلي لا يدفع ثمن المعدات إلا بعد تسلمه لمحضر الاستلام من قبل المستأجر التمويلي و هو دليل قاطع لمعرفة المستفيد بحالة المال و قبوله له ، فإذا وجد هناك عدم مطابقة أو أي عيب فيه يجب عليه أن يثبتته في المحضر¹⁶⁶.

يظهر أن المؤجر التمويلي في عملية الاعتماد الإيجاري يسعى دائماً لحصر دوره في الجانب

¹⁶² - نادر عبد العزيز شافي ، مرجع سابق ، ص 253.

¹⁶³ - أي أن المؤجر التمويلي يتهرب من المسؤولية تجاه المستأجر التمويلي ، تفادياً للقيام بإجراء فحص و معاينة الأصول المنقولة ، و مدى مطابقتها للمواصفات المطلوبة من طرف المستأجر التمويلي لاسيما أن هذا الأخير هو الذي يحدد مواصفات و خصائص الأصل منذ بداية العقد .

¹⁶⁴ - كإلزامه مثلاً : مراجعة قاضي الأموال المستعجلة لتكليف خبير للتحقق من المعدات المعينة أو للتحقق من واقعة تأخر البائع بتسليمها في الموعد المتفق عليه في العقد . انظر في ذلك نادر عبد العزيز شافي ، مرجع سابق ، ص 254 و 255.

¹⁶⁵ - نادر عبد العزيز شافي ، مرجع نفسه ، ص 253 و 254.

¹⁶⁶ - بلعاوي صفاء عمر خالد ، مرجع سابق ، ص 108.

المالي دون التقني ، و لا يحتفظ بحق الملكية إلا على سبيل الضمان و ليس لممارسته ، فإذا كان المشرع الجزائري قد نص في المادة 27 من الأمر رقم 09/96¹⁶⁷ على تسليم المؤجر التمويلي للأصول إلى المستأجر التمويلي إلا أن هذا لا يمنعه بتاتا من إمكانية توكيل المستأجر التمويلي من التسلم مباشرة من المورد¹⁶⁸ .

ثالثا : الإعفاء من التسليم يعني المؤجر التمويلي من المسؤولية

طبقا للقواعد العامة فإن المؤجر ملزم بتسليم المال المؤجر إلى المستأجر حيث لا يستطيع هذا الأخير الانتفاع به إلا إذا تسلمه ، و هو التزام أساسي يقع على المؤجر و هو عنصر جوهري للإيجار، لكن جرت العادة أن لا يقحم المؤجر التمويلي نفسه في عقد الاعتماد الإيجاري في هذه الأمور ، لا الاختيار و لا التسليم و من هنا فهو يبعد المسؤولية عنه لكي يلقى بها على المستأجر التمويلي بموجب توكيله بتسليمها مباشرة من البائع ، و هذا راجع لكون هذا الالتزام الرئيسي على عاتقه ليس من النظام العام فمن الممكن الاتفاق على خلاف ذلك ، إلا أن هذا لا يعني الغياب التام لهذا الالتزام ، لكن يبقى المؤجر التمويلي ملزم بوضع الأصل المؤجر تحت تصرف المستأجر التمويلي فلا يتصور استبعاد ذلك تحت أي شرط تعاقدي¹⁶⁹ .

لا تشكل عملية التسليم التي تتم مباشرة إلى المستأجر التمويلي و نيابة عن المؤجر التمويلي أي ضرر لهذا الأخير بل بالعكس فهو يجنبه كل المشاكل التي يمكن أن تنشأ بمناسبة تنفيذ الالتزام بالتسليم¹⁷⁰ ، حيث أنه لا يتدخل في كل المسائل المتعلقة به ، بما أن ذلك بعيد عن مجال تخصصه¹⁷¹ ، حيث أن المؤجر التمويلي يكون دائما إما بنكا أو مؤسسة مالية أو شركة اعتماد إيجاري و نظرا لكم الهائل من العقود التي يقوم بإبرامها ، فلا يمكن له التحكم بالجانب التقني

¹⁶⁷- و التي تنص : "بسبب أن العقد يسمح للمستأجر بالتصرف ، بصفته وكيل للمالك ، في العمليات القانونية و

التجارية مع الغير و المرتبطة بعملية الاعتماد الإيجاري " .

¹⁶⁸- نسير رفيق ، مرجع سابق ، ص 79 .

¹⁶⁹- بلهامل هشام ، مرجع سابق ، ص 9 .

¹⁷⁰-حوالف عبد الصمد ، مرجع سابق ، ص 90 .

¹⁷¹- أيت ساعد كهينة ، مرجع سابق ، ص 91 .

للأصول المنقولة و العقارية فيتركها للمستأجر التمويلي الذي يفترض فيه علمه بها ، أي أن هذا التنازل تمليه الضرورة العلمية¹⁷².

الفرع الثاني

مدى نجاعة تحويل الالتزام بالضمان من المؤجر التمويلي إلى المستأجر التمويلي

تقضي القواعد العامة في المادة الإيجارية بأن يتحمل المؤجر التزام ضمان تشويش الاستمتاع الذي يلحق بالمستأجر¹⁷³ ، لكن هذه القواعد تختلف إذا أردنا أن نطبقها على عقد الاعتماد الإيجاري ، إذ نجد المؤجر التمويلي و كأنه يعتبر نفسه غريب عن الأموال المؤجرة و تحمل مخاطر و مسؤولية ضمانها .

أولاً : تنازل المستأجر التمويلي عن طلب التعويض عن أي عيب خفي

إن مسألة إعفاء المؤجر التمويلي في مادة ضمان العيوب الخفية تام و كامل¹⁷⁴ ، حيث أنه لا يسأل مهما كان الضرر اللاحق بالمستأجر التمويلي و مهما كان التاريخ الذي ظهر فيه العيب المضر به ، علاوة على ذلك يتخلى هذا الأخير عن كل رجوع ضد المؤجر التمويلي ، سواء كان بالتعويض أو الفسخ أو بتخفيض أقساط الإيجار¹⁷⁵.

إن العيب الخفي من شأنه أن يحول دون الانتفاع بالمأجور على النحو المقصود من الإيجار حيث أن المستأجر يمتنع عن الاستئجار لو علم به¹⁷⁶ ، و حتى أنه يشترط في العيب

¹⁷² - عسالي عبد الكريم ، " إعفاء المؤجر التمويلي من التزاماته العقدية " ، مرجع سابق ، ص 179.

¹⁷³ - فخري رياض ، مرجع سابق ، ص 83.

¹⁷⁴ - أنظر المادة 40 من الأمر رقم 09/96 ، يتعلق بالاعتماد الإيجاري ، مرجع سابق .

¹⁷⁵ - فخري رياض ، مرجع سابق ، ص 83.

¹⁷⁶ - يعتبر الشيء معيبا إذا لحقه تلف عارض يجعله على غير الحال الذي يكون فيه في الوضع العادي ، و تمنع الشخص من استعماله وفقا للغاية المعدة لها . للمزيد من التفاصيل راجع : أمازوز لطيفة ، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2013 ، ص 365.

الموجب للضمان أن يكون مؤثرا و خفيا و إذا توافرت الشروط يحق للمستأجر المطالبة بالفسخ أو إنقاص الأجرة أو التعويض¹⁷⁷ ، لكنه بالنظر إلى عقد الاعتماد الإيجاري فدور المؤجر التمويلي سلبي فيما يتعلق باختيار المعدات و كذا تحديد المواصفات بتقويضها للمستأجر التمويلي ، فهو هنا معفى من هذه العيوب فمن غير المنطق تحمله خطأ ارتكبه المستأجر التمويلي ، فيقع هنا الالتزام على عاتق هذا الأخير كونه الأكثر خبرة من الناحية العملية و الفنية من جهة و هو من تسلم من البائع أو المقاول من جهة أخرى¹⁷⁸ .

بالنظر إلى التشريعات المقارنة و مراعاة منها لتوازن الأداءات بين المؤجر التمويلي و المستأجر التمويلي أعطت لهذا الأخير حق الرجوع مباشرة على المورد أو المقاول بجميع الدعاوى التي تنشأ للمؤجر التمويلي ، خلافا للمشرع الجزائري الذي لم ينص على تحويل حقوق المؤجر التمويلي للمستأجر التمويلي في الرجوع على البائع في حال إعفاء المؤجر التمويلي من الضمان¹⁷⁹ ، فهذا ما منح البنوك و المؤسسات المالية و شركات الاعتماد الإيجاري استغلال هذه الإمكانية في جميع عقود الاعتماد الإيجاري التي تبرمها ، و تضمن عقودها بندا يتنازل فيه المستأجر التمويلي عن متابعتها و عن طلب التعويض عن أي عيب خفي يظهر في الأصول المؤجرة¹⁸⁰ .

ثانيا : اتساع حالات إعفاء المؤجر التمويلي من التزامه بضمان التعرض

إن المؤجر ملزم كقاعدة عامة بضمان الحيازة و الانتفاع الهادئ بالأصل للمستأجر بضمان التعرض الشخصي منه سواء كان ماديا أو قانونيا¹⁸¹ . هذا ما جاء في المادة 483 من القانون

¹⁷⁷ - بن بريح آمال ، مرجع سابق ، ص 113.

¹⁷⁸ - بن بريح آمال ، مرجع نفسه ، ص 114.

¹⁷⁹ - بخيت عيسى ، مرجع سابق ، ص 95.

¹⁸⁰ - عسالي عبد الكريم ، " اعفاء المؤجر التمويلي من التزاماته العقدية " ، مرجع سابق ، ص 182.

¹⁸¹ - أيت ساحن كهيبة ، مرجع سابق ، ص 94.

المدني الجزائري¹⁸².

و هذا بالتعهد باستعمال الأصول للمستأجر دون أن يتعرض له في استعمالها¹⁸³، و يدفع عنه ما يقع من تعرض و يضمن ما ينال العين المؤجرة من استحقاق¹⁸⁴. و لذلك لزم عليه الامتناع عن كل ما يعيق انتفاع المستأجر¹⁸⁵. لكن بالرجوع إلى الأمر 09/96 فإن هذا الضمان له أيضا طبيعته الخاصة التي تتفق مع ظروف هذا العقد، فقد نص المشرع الجزائري على التزام المؤجر التمويلي بالضمان و يلقي عليه مسؤولية أفعاله أو تصرفاته التي أدت إلى هذا التعرض سواء كان ماديا أو مبنيا على سبب قانوني¹⁸⁶، مع منح إمكانية للأطراف الاتفاق على إعفاء المؤجر التمويلي منها¹⁸⁷، فالأول يتمثل في كل الأعمال المادية التي تقع من طرف المؤجر التمويلي كإحداث تغيير في العين المؤجرة و ملحقاتها و قد تكون هذه التصرفات المادية تصرفات قانونية كإعطاء المؤجر التمويلي للغير حقا عينيا يتعارض مع حق المستأجر التمويلي و يحتج به عليه، أو مبنية على سبب قانوني كأن يدعي المؤجر التمويلي حقا على العين المؤجرة في مواجهة المستأجر التمويلي كمن يؤجر عينا غير مملوكة له، ثم يصبح مالكا بسبب الإرث أو الوصية أو الشراء من المالك الحقيقي¹⁸⁸.

لكي يعتبر عمل المؤجر التمويلي تعرضا يستوجب الضمان يجب توفر بعض الشروط كوقوع التعرض بالفعل يحول دون انتفاع المستأجر التمويلي بالعين المؤجرة و إخلال هذا الفعل بانتقاعه

¹⁸²- التي تنص : " على المؤجر أن يتمتع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة و لا يجوز له أن يحدث بها، أو بملحقاتها أي تغيير يخل بهذا الانتفاع ".
¹⁸³- يقصد بالتعرض هنا " كل فعل يؤدي إلى حرمان صاحب الحق في الضمان من كل أو بعض مزايا الحق الذي انتقل إليه ". أنظر في ذلك : عسالي عبد الكريم، عقد الاعتماد الإيجاري الدولي، مرجع سابق، ص 305.

¹⁸⁴- CHANTAL Bruneau، Le crédit-bail mobilier : (la location de langue durée et la location avec option d'achat)، Banque éditeur، Paris، 1999، P 108.
¹⁸⁵-GAVALDA CHristian، Cr édit-bail، Dalloz، Paris، 1998، P 04.

¹⁸⁶- عسالي عبد الكريم، " إعفاء المؤجر التمويلي من التزاماته العقدية "، مرجع سابق، ص 183.

¹⁸⁷- أنظر المادة 38 من الأمر رقم 09/96، يتعلق بالاعتماد الإيجاري، مرجع سابق.

¹⁸⁸- الخصاونة صخر أحمد، عقد التأجير التمويلي : (دراسة مقارنة مع القانون الأردني مع إشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي)، دار وائل، عمان، 2005، ص 179.

و وقوعه أثناء مدة الإيجار أما الأخير في عدم إسناد المؤجر التمويلي لحق ثابت له يستمده من العقد أو من حكم قضائي صادر لمصلحته أو بموجب نص قانوني¹⁸⁹.

أما بالنسبة للتعرض الصادر من الغير¹⁹⁰ فلا يضمن للمستأجر التمويلي التعرض المادي¹⁹¹ فيستند لشروط متمثلة في كون المتعرض من الغير و لا دخل للمؤجر التمويلي أو أحد أتباعه ، و أن يكون التعرض ماديا أي لا يستند فيه لحق يديعه كأن يسرق هذا الغير منقولات المستأجر التمويلي و أخيرا يشترط أن يحدث التعرض المادي بعد تسليم العين المؤجرة¹⁹².

أما التعرض القانوني الصادر من الغير فقد نص المشرع الجزائري صراحة بضمان كل سبب يحول دون الانتفاع بالأصل المؤجر و الناتج عنه شخص آخر ، إلا أن الملاحظ عدم توفير ضمان كافي لحصول المستأجر التمويلي على الحقوق الناشئة عن هذا العقد جراء ترتيب المؤجر التمويلي لحقوق للغير على الأصول هذا ما يهدد المستأجر التمويلي إذا ما طالبه باستردادها لاسيما إذا عمل حق الشراء الممنوح له في نهاية فترة الإيجار¹⁹³.

كما يمكن ينتقي التزام ضمان المؤجر التمويلي لتعرض الغير، في حالة اشتراطه على المستأجر التمويلي أنه غير مسؤول عن تعرض أتباعه ، و كذا تعرض الغير الأجنبي فيرجع المستأجر التمويلي مباشرة على مسبب الضرر استنادا للمسؤولية التقصيرية و كذلك بالنسبة للقوة القاهرة كحالة حصول الحرب و حالة التعرض للإعسار أو الإفلاس فيكون المؤجر التمويلي بمنأى

¹⁸⁹ - بسام أحمد مسلم حمدان ، التزام المؤجر بضمان التعرض و الاستحقاق في عقد التأجير التمويلي : (دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني و المصري) ، دار قنديل ، عمان ، 2010 ، ص 168.

¹⁹⁰ - "الغير هو كل شخص له مصلحة تتعارض مع حق المستأجر غير المؤجر و خلفه العام "

¹⁹¹ - يختلف التعرض المادي الصادر من الغير عن العرض المبني على سبب قانوني في أن المؤجر لا يضمن للمستأجر ما يأتيه الغير من شدة و عنف تعرض لانقاعه . لمزيد من التفاصيل أنظر : بسام أحمد مسلم حمدان ، مرجع سابق ، ص 182.

¹⁹² - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : (الإيجار و العارية) ، ج 1 ، ط 3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2000 ، ص 367.

¹⁹³ - بخيت عيسى ، مرجع سابق ، ص 94.

عن هذه المسؤولية و إذا دفع المؤجر التمويلي التعرض فيكون قد نفذ التزامه تنفيذا عينيا ، و إلا
وجب عليه تنفيذه بإنقاص الأجرة أو فسخ العقد مع التعويض¹⁹⁴ .

إن الحماية التي منحت للمستأجر التمويلي فيما يخص مسألة الضمان سيئة ، حيث أنه من
جهة لم يمنح له حق الرجوع مباشرة على البائع ، و من جهة أخرى لقد تركه يقوم باختيار الأصول
و تسلمها من البائع لإمكانية إعفاء المؤجر التمويلي .

الفرع الثالث

محافظة المستأجر التمويلي على الأصل المؤجر :

بين محافظة الرجل العادي و الرجل الحريص

لا يمكن للمستأجر التمويلي أن يتحلل من المسؤولية تجاه المؤجر التمويلي حتى في حالة
تلف أو هلاك الأصل المؤجر بفعل القوة القاهرة ، و لهذا نقول أنه التزم بتحقيق نتيجة و هي
سلامة الأصل المؤجر و عليه فيمكن القول أن المستأجر التمويلي يبذل أقصى عناية ، حتى و لو
لم يتم أثناء فترة العقد بها فيقوم بها في موعد رد الأموال المؤجرة حيث يتبين فيها ذلك .

أولا : تقييد التزام المستأجر التمويلي في استعمال الأصل المؤجر

تنص المادة 35 من الأمر رقم 09/96 التي تخص المنقولات على : " يلتزم المستأجر ،
خلال مدة الانتفاع بالأصل المؤجر، باستعمال هذا الأصل حسب الاستعمال المتفق عليه و أن
يحافظ عليه مثلما يفعل رب الأسرة الحريص " ، و كما تنص المادة 39 فقرة 4 أيضا فيما يخص
الأصول العقارية على أنه "الالتزام بعدم إحداث أي تغيير للأصل المؤجر أو تجهيز بدون إذن
المؤجر ، مهما كانت الأسباب التي تدعو لذلك ، لاسيما إذا كانت هذه التغييرات أو التجهيزات
تهدد سلامة العقار المؤجر و تنقص من قيمته التجارية.... " .

فيما يتعلق بالمنقول فالعقد يفرض على المستأجر التمويلي أن يضع المنقول في موضع
يضمن حسن استعماله من حيث تثبيته في المكان المخصص له و اتباع كل تعليمات البائع و

¹⁹⁴ - بسام أحمد مسلم حمدان ، مرجع سابق ، ص 204 و 205.

احترام عدد ساعات المحددة من طرف المؤجر التمويلي¹⁹⁵ . أما العقار فيلتزم بأن لا يخالف ما تم الاتفاق عليه و تطبيق نصائح بائع العقار أو المقاول ، إذا يستنتج أن استعمال المستأجر التمويلي للأصل ليس مطلقا بما أنه يجب في كل الأحوال التقيد بتعليمات المورد و اتخاذ كل الاحتياطات و هذا ما جاء في نص المادة 39 فقرة 5 من الأمر رقم 09/96¹⁹⁶ .

يمنع على المستأجر التمويلي التعسف أي الاستغلال المفرط الذي ينجر عنه إفساد الأصل المؤجر مما يشكل مسؤوليته و بدوره يشكل أحد الأسباب المشروعة للفسخ¹⁹⁷ . كما يمنع القيام بعمليات الإيجار من الباطن أو التنازل عن الأصل أو استبداله بعد موافقة مسبقة أو لاحقة للمؤجر التمويلي¹⁹⁸ ، و هذا لأن هذا العقد من العقود التي تبنى على الاعتبار الشخصي و كما أن المستأجر التمويلي لا يتمتع إلا بالحيازة العرضية من جهة أخرى كون هذا العقد إيجار فهو من عقود الأمانة فيفرض رد هذا الأصل¹⁹⁹ ، فيحرص المؤجر التمويلي على أخذ تعهد من المستأجر التمويلي بعدم إحداث أي تعديل أو تحويل في الأصول²⁰⁰

يمكن القول في الأخير أن الالتزام بالضمان في الحقيقة يقع على عاتق المؤجر التمويلي لكن المشرع الجزائري أورده ضمن الشروط الاختيارية للعقد مما يمكنه من إعفاء نفسه من الالتزامات الملقاة على عاتق صاحب الملكية²⁰¹ .

¹⁹⁵ - نادر عبد العزيز شافي ، مرجع سابق ، ص 264.

¹⁹⁶ - أيت ساحن كهيبة ، مرجع سابق ، ص 48.

¹⁹⁷ - بلهامل هشام ، مرجع سابق ، ص 113.

¹⁹⁸ - كولوغلي فضيلة ، الاعتماد الإجاري : آلية بديلة لتمويل المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص قانون التنمية المحلية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2012 ، ص 55.

¹⁹⁹ - أيت ساحن ، مرجع سابق ، ص 50.

²⁰⁰ - بعناش ليلي ، " عقد الاعتماد الإجاري " ، مجلة العلوم الإنسانية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، عدد 33 ، جامعة باتنة ، 2010 ، ص 228.

²⁰¹ - عسالي عبد الكريم ، عقد الاعتماد الإجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 317.

ثانيا : الالتزام بالصيانة البسيطة و الضرورية يقع على عاتق المستأجر التمويلي

لا ينص صراحة عقد الاعتماد الإيجاري على التزام المؤجر التمويلي بالصيانة ، فمن الضروري الرجوع إلى القواعد العامة التي تفرض صيانة المأجور على عاتقه و إذا تأخر في ذلك فيمكن للمستأجر إجباره على ذلك بالطرق القضائية وهي تسمى الصيانة الضرورية أما الإصلاحات الصغرى تبقى على عاتق المستأجر ما تسمى بالصيانة التأجيرية²⁰² .

لم يميز المشرع الجزائري في عقد الاعتماد الإيجاري بين الترميمات التأجيرية و الضرورية، فهو يلزم المستأجر التمويلي بكليتهما عكس المستأجر العادي حسب المادة 479 من القانون المدني الجزائري و المادة 33 من الأمر رقم 09/96²⁰³ . حيث أنه ككل مرة المؤجر التمويلي يسارع إلى نقل هذا الالتزام من عاتقه إلى عاتق المستأجر التمويلي ليقوم به هذا الأخير كأنه التزم عليه ، بموجب نص صريح في العقد²⁰⁴ ، فالمستأجر التمويلي يقوم بدفع تكاليف الاحتفاظ بالأصل المؤجر²⁰⁵ فيلتزم وحده بالصيانة أي جميع مصاريف الإصلاح و الترميم اللازمة صغيرة أو كبيرة و لا يمكنه الإخلال بهذا الالتزام و إلا ثارت مسؤوليته و وقع عليه الجزاء²⁰⁶ ، من هنا تظهر مصلحة المؤجر التمويلي في إبقاء العين المؤجرة صالحة لإعادة استئجارها عند استردادها له ، و أن المستأجر التمويلي يتحمل ما لا طاقة له ، فتلزمه بالمحافظة على الضمان

²⁰² - عليان عدة ، توازن الأداءات في عقد الاعتماد الإيجاري ، أعمال الملتقى الوطني حول عقود الأعمال و دورها في تطوير الاقتصاد الوطني ، كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، يومي 16 و 17 ماي 2012 ، ص 278 أنظر أيضا : واجي عزيز، حقوق و التزامات المؤجر في القانون الجزائري ، بحث متوفر على الموقع :

<http://droit7.blogspot.com>

²⁰³ - نسير رفيق ، مرجع سابق ، ص 83 .

²⁰⁴ - بن بريح آمال ، مرجع سابق ، ص 170 .

²⁰⁵ - و هي " التكاليف الدورية للمحافظة على الأصل مثل التأمين و الصيانة و الضرائب و غيرها من التكاليف اللازمة للاحتفاظ بالأصل " ، أنظر في ذلك : حمدي شحدة زعرب ، معوقات تطبيق التأجير التمويلي كأداة لتمويل المشروعات الاقتصادية (دراسة تطبيقية على المؤسسات المالية غير المصرفية العامل في فلسطين) ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص المحاسبة و التمويل ، كلية التجارة ، الجامعة الإسلامية ، غزة ، 2011 ، ص 26 .

²⁰⁶ -Pascal Philipposian ,Le cr édi -bail et leasing , outil de financement locatif , sefi , Paris , 1998 , P 33 et 34 .

لفائدته بإلزامه باستعمال الأصل في إطار الحدود المسطرة مسبقا منه لكون هذه القواعد تحافظ دائما على مصلحته²⁰⁷ ، كما يصعب عليه القيام بأي تحسينات على الأصل و هذا لضرورة الحصول على موافقة المؤجر التمويلي الذي يصعب إقناعه بجدوى تلك التحسينات لأن آخر همه مدى الكفاءة الإنتاجية للآلات طالما أنه يتلقى بدل الإيجار في جميع الأحوال²⁰⁸ .

ثالثا : التأمين غرضه تعويض المؤجر التمويلي أم المستأجر التمويلي ؟

إن الأصل في القواعد العامة أنه إذا هلكت الأموال المؤجرة كليا بفعل القوة القاهرة أو بسبب لا يد للمستأجر فيه ، فإن تبعة الهلاك تعود على مالكا القانوني فيترتب عنه فسخ العقد²⁰⁹ سواء هلكا كلياً أم جزئياً فيكون للمستأجر طلب إنقاص بدل الإيجار أو الفسخ²¹⁰ .

لكن ما يتميز به عقد الاعتماد الإيجاري أنه يحمل المستأجر التمويلي كافة المخاطر المتعلقة بالمأجور و يعني ذمة المؤجر التمويلي فيفرض بهذا على المستأجر التمويلي التأمين²¹¹ حتى و إن كان السبب راجع لقوة القاهرة لا يتقاضي ذلك إلا إذا كان راجع إلى عمل المؤجر

²⁰⁷ - أيت ساعد كهيبة ، مرجع سابق ، ص 50.

²⁰⁸ - الحريري باسل ، عقد اليزنغ كأداة قانونية مبتدعة في الفكر التمويلي المعاصر (دراسة مقارنة) ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص قانون تجاري ، كلية الحقوق ، جامعة حلب ، 2010 ، ص 22.

²⁰⁹ - أنظر المادة 481 من الأمر رقم 58 / 75 ، يتضمن ق م ج ، مرجع سابق.

²¹⁰ - بخيت عيسى ، مرجع سابق ، ص 115.

²¹¹ - يعرف التأمين على أنه العقد الذي بواسطته يتحصل الدائن من المؤمن في مقابل دفعه لأقساط على ضمان أخطار القرض بمعنى لكل حالة ضد خطر إفسار مدينه أو بكل بساطة ضد عدم الدفع عند الاستحقاق ، و يعد تأمين القرض أو ما يسمى تأمين الدين من أهم صور التأمين في هذا المجال . أنظر في ذلك : شرابن حمزة ، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق_ بن عكنون _، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2008 ، ص 58 . و أنظر كذلك المادة 34 من الأمر رقم 09/96 ، يتعلق بالاعتماد الإيجاري ، مرجع سابق.

التمويلي²¹²، و لا يقف الأمر حيث يشترط أن لا تقل قيمة التأمين مجموع الأقساط الإيجارية غير المدفوعة، و ما يبزر مثل هذه الشروط أن المؤجر التمويلي يقوم بدور تمويلي بحت فيسعى إلى الحصول على قيمة الأصل الذي موله مضافا إليه هامش ربح معين إليه²¹³.

يصدر المؤجر التمويلي وثيقة التأمين التي يغطي جميع الأضرار أو الخسائر التي تنجم عن الحريق أو السرقة أو الفيضان ... مما يمكن أن تغطي المخاطر الناجمة عن حراسة هذه الأموال²¹⁴، كما يمكن للمؤجر التمويلي أن يؤمن على نفقة المستأجر التمويلي إذا أهلك التزامه²¹⁵، و تجنباً لعدم قيام المستأجر التمويلي بالتأمين يمتلك المؤجر أجهزة خاصة به للتأمين²¹⁶.

يجب التفريق بين ما كان الهلاك كلياً فينفسخ العقد من تلقاء نفسه و يقبض المؤجر التمويلي التأمين من الشركة مباشرة إذا كان الأصل منقولاً، أما إذا كان عقاراً فيلتزم بإعادة بناء العقار و العقد يبقى ساري المفعول حتى يتم تخصيص مبلغ التعويض الذي تدفعه شركة التأمين لإعادة بنائه، ويتحمل المستأجر التمويلي كل عبء مالي لا يغطيه التعويض، أما إذا كان الهلاك جزئياً فلا مجال للتمييز بين العقار و المنقول فيتعهد المستفيد بإعادة الأصل إلى حالته الأولى و ذلك على نفقته²¹⁷.

أخيراً يظهر أن الالتزام بالتأمين على الأصل منطقي كون مبلغ التأمين قد دفع من أجل

²¹²- بن عزوز ربيعة، " دور القوالب العقدية المختلفة في تعزيز مركز المؤجر في عملية الإيجار التمويلي "، أعمال الملتقى الوطني حول عقود الأعمال و دورها في تطوير الاقتصاد الجزائري كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 16 و 17 ماي 2012، ص 309.

²¹³- بخيت عيسى، مرجع سابق، ص 115.

²¹⁴- دويدار هاني محمد، مرجع سابق، ص 418.

²¹⁵- الخصاونة صخر أحمد، مرجع سابق، ص 205.

²¹⁶- تمتلك شركة التأجير في فرنسا أجهزة خاصة بها يقوم المستأجر بالتأمين لديها مثل شركة (LOCAFRANCE)

و في حالة عدم امتلاك المؤجر أجهزة خاصة به يفرض على المستفيد التأمين لدى شركة يوافق عليها أولاً. راجع في ذلك

دويدار هاني محمد، مرجع سابق، ص 418.

²¹⁷- عليان عدة، مرجع سابق، ص 280.

إعادة الأصل إلى حالته الأصلية فيخفف من عبئ الهلاك الذي يتحمله المستفيد و ضمان المؤجر التمويلي بقاء الأصل المؤجر صالحا لاستيفاء حقه في الأجرة ، و لكن يبقى أن المستأجر التمويلي هو المبادر لإصلاح الأصل فإن العدالة العقدية تقضي أن يسترجع هذا المبلغ الذي أنفقه من التعويضات التي يقبضها المؤجر التمويلي من شركة التأمين .

الفرع الرابع

المستأجر التمويلي يتحمل مسؤولية الأضرار التي تسببها الأصول المؤجرة للغير

لم يكتفي الأمر 09/96 بنقل المسؤولية عن الهلاك فحسب ، بل رتب على هذا الأخير أية مسؤولية ناشئة عن حراسة الأموال موضوع العقد ، و بالمقابل إعفاء المؤجر التمويلي رغم كونه المالك²¹⁸ ، فقد تركت هذه المسألة لاتفاق الأطراف مع ذلك يفهم من عدة مواد تحمل المستأجر التمويلي ذلك.

أولا : المسؤولية الناشئة عن تهمد البناء

بعدما أعفى المؤجر التمويلي نفسه من جميع أعمال الصيانة اللازمة فلا يعقل أن لا يعفى نفسه كذلك من مسؤولية الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء تهمد الأصل المؤجر²¹⁹ ، فبالعودة إلى القواعد العامة فمسؤولية مالك البناء تنهض إذا أثبت المضرور أن الضرر يرجع إلى نقص في الصيانة أو قدم البناء أو عيب فيه²²⁰ ، و لو كان البناء بين يدي الحارس وقت تهمده و لهذا المالك الرجوع إلى من كان البناء تحت حراسته²²¹ ، و لا يعفى المالك إلا إذا أثبت عدم تعديه أو

²¹⁸ - نادر عبد العزيز شافي ، مرجع سابق ، ص 288.

²¹⁹ - عسالي عبد الكريم ، " إعفاء المؤجر التمويلي من التزاماته العقدية " ، مرجع سابق ، ص 185.

²²⁰ - أنظر المادة 481 من الأمر رقم 58/75 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق ، و المقصود بالبناء " هو كل ما شيده الإنسان بالوسائل المعروفة و ما يتصل بالأرض كالجسور المخازن و العمارات " ، أما انهيار البناء فيقصد به سقوط البناء أو جزء منه . أنظر في ذلك : حوالمف عبد الصمد ، مرجع سابق ، ص 109.

²²¹ - حوالمف عبد الصمد ، مرجع نفسه.

تقصيره²²² .

لما كان المستفيد في عقود الاعتماد الإيجاري يتمتع بحق الانتفاع بالأصل و يتسع نطاق توجيهه و الإشراف عليه دون تدخل المؤجر التمويلي²²³، فحرص هذا العقد على تضمين شرط نمطي يعد المستأجر التمويلي بموجبه حارس للأصل المؤجر اعتبارا من تاريخ تسلمه له إلى غاية انقضاء مدة العقد²²⁴، فيحرص فيه المؤجر التمويلي على تأكيد مسؤولية المستأجر التمويلي في جميع الأحوال سواء كان الضرر ناتجا عن تقصير في الاستعمال أو إهماله أو عيب في الأصل²²⁵، و لا تنفك المسؤولية عليه إلا إذا أثبت السبب الأجنبي²²⁶ أو القوة القاهرة أو خطأ المقاول أو المهندس المعماري²²⁷ في هذه الحالة يرجع المستأجر التمويلي على هذا الأخير بدعوى الضمان أو يرجع على بائع المال باعتباره ملزم بضمان العيوب الخفية²²⁸ .

ثانيا : المسؤولية الناشئة عن حراسة الأشياء

إن الأموال المؤجرة إذا كانت أشياء فإن حراستها تتطلب السيطرة الفعلية عليها لاستغلالها بالنظر إلى طبيعة الأشياء أو الظروف المحيطة بها ، و بتطبيق ذلك في عقد الاعتماد الإيجاري فلا شك في وجوب اعتبار المستفيد هو حارس الأصل فتنقل المسؤولية إليه ، فيرتب ذلك مسؤوليته عن الأضرار التي تلحق الغير بسبب الأصل ، لكن ذلك لا يأمن المؤجر التمويلي من رجوع المضرور عليه بالمسؤولية و هذا راجع إلى قرينة الحراسة ، حيث يفترض بموجبها مالك

²²² - بلهامل هشام ، مرجع سابق ، ص 126.

²²³ - بن الشيخ هشام ، مرجع سابق ، ص 11.

²²⁴ - أنظر المادة 29 من الأمر رقم 09/96 ، يتعلق بالاعتماد الإيجاري ، مرجع سابق .

²²⁵ - دويدار هاني محمد ، مرجع سابق ، ص 450.

²²⁶ - رايس محمد ، "مسؤولية المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري طبقا لأحكام مسؤولية المنتج " ، أعمال الملتقى الوطني حول عقود الأعمال و دورها في تطوير الاقتصاد الجزائري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، يومي 16 و 17 ماي 2012 ، ص 326.

²²⁷ - أنظر المادة 138 من الأمر رقم 58/75 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

²²⁸ - حوالف عبد الصمد ، مرجع سابق ، ص 109.

الشيء هو حارسه و هذا في حالة جهل المضرور بنقله للحراسة لشخص آخر²²⁹ ، فتقوم مسؤولية المستأجر التمويلي (الحارس) على أساس الخطأ المفترض فهي مقررة بحكم قاعدة في القانون ، لكن تبقى قرينة بسيطة²³⁰ حيث يمكن نقضها وهذا بإثبات الحالة الطارئة الخارجة عن الإرادة²³¹ ، و بالتالي ليس على المضرور إثبات خطأ المستأجر التمويلي إلا إذا أثبت هذا الأخير أن الأصل المؤجر لم يكن بيده لحظة وقوع الحادث²³² .

يتبين مما تقدم أن المشرع الجزائري يميل إلى إعفاء المؤجر التمويلي من المسؤولية المدنية فهو يشجع العملية التمويلية²³³ ، بينما تكون مسؤولية المستأجر التمويلي واسعة سواء كانت جسمانية أو مادية ، فيتبين جليا اختلال التوازن بين أداءات أطراف هذا العقد لأنه من غير المنطق أن يتحمل المستأجر التمويلي جميع الأخطار الناجمة عن الأصل المؤجر فيعتبر إجحافا في حقه .

²²⁹- و المقصود هنا بالحراسة هو من كانت له قدرة الاستعمال و التسيير و الرقابة أما الشيء في نطاق هذه المسؤولية فهو كل شيء مادي غير حي باستثناء الحيوانات التي تحكمها المادة 139 من ق م ج ، فيعتبر شيئا المنقولات السيارات، الآلات الميكانيكية . أنظر في ذلك : حوالف عبد الصمد ، مرجع نفسه ، ص 110.

²³⁰- عسالي عبد الكريم ، " إعفاء المؤجر التمويلي من التزاماته العقدية " ، مرجع سابق ، ص 185.

²³¹- بلهامل هشام ، مرجع سابق ، ص 124.

²³²- عسالي عبد الكريم ، " إعفاء المؤجر التمويلي من التزاماته العقدية " ، مرجع سابق ، ص 185.

²³³- أيت ساعد ، مرجع سابق ، ص 59.

المبحث الثاني

حماية المؤجر التمويلي في مرحلة إنهاء العقد ما بين القواعد الآمرة و المكملة

إن عقد التأجير التمويلي من عقود المدة ، ينقضي بانتهاء المدة المتفق عليها و المحددة في العقد أي بحلول أجله ، و بذلك يكون العقد قد انقضى نهاية طبيعية عن طريق التنفيذ ، أي بأداء كل طرف من أطراف العقد الالتزامات المترتبة عليه بموجب هذا العقد ، ويمنح فيها المؤجر التمويلي ثلاث خيارات للمستأجر التمويلي كما سيأتي بيانه (المطلب الأول) .

و لكن قد ينتهي كذلك العقد نتيجة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته ، فهنا نطبق نظرية الفسخ و لها خصوصية في عقد الإيجار التمويلي و يتم الفسخ في عقد الاعتماد الإيجاري إما بناء على طلب المستأجر التمويلي و هو ما يكون نادرا ، أو من قبل المؤجر التمويلي إذ أخل المستأجر التمويلي بالتزاماته وذلك إعمالا لشرط الفاسخ الصريح .

المطلب الأول

تكريس حماية للمؤجر التمويلي عند نهاية مدة العقد

(النهاية الطبيعية)

إن عقد الاعتماد الإيجاري ينقضي بانتهاء مدته المحددة في العقد ، و يمنح المستأجر الخيارات الثلاثة ، إذ له شراء الأصل المؤجر محل عقد الاعتماد الإيجاري ، أو رد الأصل ، أو تجديد العقد لمدة أخرى ، و هذا ما يبين الطابع الخصوصي لهذا العقد ، و هذا ما ورد في نص المادة 16 من الأمر رقم 96 / 09 يتضمن الاعتماد الإيجاري²³⁴ .

²³⁴ - المادة 16 من الأمر رقم 96 / 09 ، يتعلق بالاعتماد الإيجاري ، مرجع سابق.

الفرع الأول

شراء المستأجر التمويلي الأصل المؤجر

يعتبر هذا الخيار إحدى الخصائص التي تميز عقد الإيجار التمويلي عن العقود التي قد تشته به و هو بمثابة تنفيذ للمؤجر لوعده المنفرد بالبيع . فما هي أحكام هذا الخيار ؟

أولاً : كيفية شراء الأصل المؤجر

حتى يتمكن المستأجر من الشراء يجب عليه أن يعلن رغبته في الشراء ، فوجب على طرفي العقد أن يحددا في العقد الميعاد الذي يجب فيه على المستأجر إبداء رغبته فيها إذا ما قرر هذا الأخير إعمال هذا الخيار، و إذا لم يكن هناك تحديد لهذا الموعد جاز للمؤجر التمويلي توجيه إعلان للمستأجر التمويلي قبل انتهاء مدة العقد كي يحدد موقفه في الأصل المؤجر، أما عن الطريقة التي يتم بها إعلان المستأجر التمويلي عن رغبته في استعمال خيار الشراء فحددها المشرع في رسالة مضمونة الوصول قبل 15 يوم من التاريخ المحدد لإعلان الرغبة في الشراء ، وفقا للمادة 45 فقرة 1 من الأمر 09/96 يتضمن الاعتماد الإجاري ، و يترتب عن فوات هذه المدة ، تنازل المستأجر التمويلي عن هذا الحق²³⁵ .

ثانياً : تحديد ثمن شراء الأصل المؤجر

تطبيقاً لمبدأ حرية الشخص في التعاقد الذي يعتبر كأساس من الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة ، فإن لطرفي العقد الحرية في الاتفاق على تحديد ثمن شراء الأصل في العقد الذي يلتزم المستأجر التمويلي بدفعه إلى المؤجر التمويلي في حالة شرائه للأصول المؤجرة ، و عند تحديد الثمن يجب مراعاة أقساط الأجرة التي أداها المستأجر إلى المؤجر طوال فترة الإيجار، إذ أن القيمة الإيجارية في عقد الإيجار التمويلي تكون مرتفعة نسبياً مقارنة بعقد الإيجار العادي لأنها ليست مقابل الانتفاع فقط و إنما تشمل ثمن شراء الأصل المؤجر خلال الفترة غير القابلة للإلغاء كذلك نفقات إتمام الصفقة و هامش ربح مرض ، لذا يقبل على استعمال خيار الشراء لأنه يتم

²³⁵ - أنظر المادة 45 من الأمر رقم 09/96 ، يتعلق بالاعتماد الإجاري ، مرجع سابق .

مقابل القيمة المتبقية التي لم تغطيها أقساط الأجرة ، و على المستأجر التمويلي معرفة الثمن الذي سيشتري به الأصل المؤجر منذ انطلاق مدة الإيجار و يعد ذلك محفزا له على استعمال الأصل استعمالا يطيل من عمره ، لأنه هو من سيمتلكه في المستقبل ، و يعتبر ذلك أيضا بمثابة ضمان للمستأجر التمويلي من تعسف المؤجر التمويلي بتضخيم الثمن²³⁶ ، فلولا هذا التحديد لفرض المؤجر التمويلي إرادته على المستأجر التمويلي عند نهاية العقد و يطلب ثمنا مغالا فيه مما يضطر المستأجر التمويلي إلى عدم إعمال حقه في الشراء ، كذلك يتفق الطرفان على أداء ثمن شراء الأصل محل عقد الاعتماد الإيجاري²³⁷ و مكان دفعه ، و في حالة عدم الاتفاق تطبق القواعد العامة لعقد البيع المنصوص عليها في المادة 387 من الق م ج التي تقضي بأنه : " يدفع ثمن البيع في مكان تسليم البيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ، فإذا لم يكن ثمن البيع مستحقا وقت تسلّم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاقه الثمن"²³⁸ و بمجرد دفع المستأجر التمويلي هذا الثمن و وفق ما يقتضيه القانون فإن عقد البيع ينعقد ، و يلتزم المؤجر التمويلي بمقتضاه بنقل ملكية الأصل إلى المستأجر التمويلي .

نجد أن شراء الأصل يعبر عن مصلحة المؤجر التمويلي فمن خلاله يؤمنه من رجوع الأصل إليه و إعادة التكثير في تأجيره أو القيام ببيعه مع صعوبة ذلك ، خاصة إذا ما أهلكه استعمال المستأجر التمويلي له .

الفرع الثاني

رد المستأجر التمويلي للأصل المؤجر بالحالة المثبتة في محضر التسليم

في حالة عدم اختيار المستأجر التمويلي شراء الأموال المؤجرة أو تجديد العقد ، يصبح خيار الرد أمرا طبيعيا فيكون ملزم برد الأموال المؤجرة بالحالة الطبيعية و بشكل سليم ، فحرية إرادة

²³⁶ - خدروش الدراجي ، النظام القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في

الحقوق ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2009 ، ص 157.

²³⁷ - بخيت عيسى ، مرجع سابق ، ص 123.

²³⁸ - المادة 387 من الأمر رقم 57 / 58 ، يتضمن القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق .

المستأجر في هذه الحالة مقيدة²³⁹ فيجب أن تنصب على مواضيع غير مخالفة للنظام العام و الآداب العامة²⁴⁰.

أولاً : تعويض المستأجر التمويلي في حالة تبديد الأصل المؤجر

إن القانون منح الحرية لأطراف العقد في الاشتراط و الاتفاق وفقا لما يحقق مصالحهم في العقد و هذا دون الإخلال بما نص عليه القانون ، إلا أن مبدأ الحرية التعاقدية انتكس مفعوله فأصبحت إرادة المشرع تحل محل إرادة الأطراف ، حيث ألزم المشرع الجزائري المستأجر التمويلي أن يعيد الأموال المؤجرة إلى مالكة كما استلمها في الحالة الأولى ، فيلتزم المستأجر التمويلي برد تلك الأصول بالحالة و الشروط المتفق عليها في العقد²⁴¹، كما يبين المؤجر التمويلي الحالة التي يجب أن تكون عليها الأموال المؤجرة عند ردها في نهاية العقد ، و يمكن أن يستعين بخبراء لتقييم و معاينة حالة الأموال المؤجرة عند ردها و التحقق مما إذا كانت بحالة جيدة أم لا ، فإذا وجدتها في حالة استهلاك غير عادي و غير مألوف يلزم المستأجر التمويلي بالتعويض ، كما يكون المستأجر التمويلي ملزماً بدفع تعويض مالي للمؤجر عما لحقه من ضرر و ما فاته من كسب لتأخره برد الأصل إلى مالكة²⁴² .

²³⁹ - إبراهيم خليل ، عقد اليزنغ ، مصر ، 2005 . متوافر على الموقع الإلكتروني : www.Howekw.com

²⁴⁰ - مهند مختار نوح ، الإيجاب و القبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي ، لبنان ، 2005 ، ص

. 51

²⁴¹ - بن بريح أمال ، مرجع سابق ، ص 262.

²⁴² - نادر عبد العزيز شافي ، مرجع سابق ، ص 384 .

ثانيا : امتناع المستأجر التمويلي عن رد الأصول المؤجرة

إذا امتنع المستفيد عن تنفيذ التزامه برد الأصل المؤجر طالما لم يعلن عن رغبته في الشراء و لا التجديد ، يعدّ المستأجر التمويلي في هذه الحالة متركبا لجريمة خيانة الأمانة و ذلك عملا بالمادة 365 من قانون العقوبات²⁴³ .

فالمؤجر التمويلي يغتنم هذه الفرصة لرفع دعوى جزائية ضد المستأجر إذا لم يرد الأموال محل عقد الاعتماد الايجاري عند انتهاء مدة الإيجار، و تطبق عليه عقوبة إساءة الأمانة إذا امتنع عن الرد بصفته مستأجرا لها²⁴⁴ .

وأشار د."عسالي عبد الكريم " إلى أن ملكية الأصل المؤجر تظل للمؤجر التمويلي ، لذلك لا يمكن للمستأجر التمويلي أن يتصرف في هذه الأشياء و إذا حدث و أن بددها ، فإنه يعدّ مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة²⁴⁵ .

الفرع الثالث

تجديد المستأجر التمويلي لعقد الاعتماد الايجاري

إذا انتهت مدة عقد الاعتماد الإيجاري و لم يرغب المستأجر في شراء الأصل رغم أن حاجاته إلى هذا المال مازالت قائمة ، فيمكنه أن يختار تجديد عقد الاعتماد الإيجاري لفترة جديدة قد تكون أقل من المدة الأولى أو قد تعادلها أو تفوتها ، و هذا بحسب ما يتفق عليه الطرفين²⁴⁶ وفقا للإرادة المشتركة بين المتعاقدين .

²⁴³- أمر رقم 66/ 156 مؤرخ في 8 جويلية 1966 ، يتضمن ق ع ج ، ج ر عدد 49 ، صادر في 11 جويلية 1966 ، معدل و متمم .

²⁴⁴- نادر عبد العزيز شافي ، مرجع سابق ، ص 384 .

²⁴⁵- عسالي عبد الكريم ، " الطبيعة الخاصة و الميزة لعقد الاعتماد الإيجاري الدولي " ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، عدد 1 ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2013 ، ص 58 .

²⁴⁶-حوالف عبد الصمد ، مرجع سابق ، ص 124.

فتجديد العقد لا يعتبر تمديدا للعقد الأول لأن شروط العقد الأول تختلف عن شروط العقد الثاني بحيث يكون العقد الجديد أقل حدة من العقد الأصلي ، حيث تكون مدته أقل و أجرته كذلك ، نظرا للاضمحلال الاقتصادي للأصل و نظرا إلى أن المستأجر قد استرد أكبر قسط من المال الذي كلفه شراء الأصل²⁴⁷ ، و يشترط أن يكون هذا التجديد صريحا و ليس ضمنيا لأن تجديد عقد الاعتماد الإجاري يكون بشروط جديدة أخف من شروط العقد الأول ، خاصة ما يتعلق بالقيمة الإجارية ، هذا خلافا للقواد العامة التي تقرر بالتجديد الضمني عندما ينتهي العقد السابق و يستمر المستأجر في الانتفاع بالأموال المؤجرة دون معارضة من المؤجر و يعتبر هذا التجديد الضمني إجارا جديدا لا مجرد امتداد للإيجار الأصلي²⁴⁸ ، فتجديد العقد من مصلحة المؤجر التمويلي حيث يحقق مزايا أكثر من تلك التي يحققها في حالة فسخه ما إذا سمحت القدرات المالية للمستأجر التمويلي بمواصلة دفع أقساط الإيجار²⁴⁹ ، و ينتهي العقد الجديد بانتهاء المدة المتفق عليها ، و إذا لم يتضمن العقد الجديد مدة يعتبر مجددا لمدة مماثلة للمدة الأولى وفقا للقواعد العامة ، و عند حلول أجل العقد الجديد يكون للمستأجر التمويلي نفس خيارات العقد الأول²⁵⁰ .

المطلب الثاني

تكريس حماية مبالغ فيها للمؤجر التمويلي في حالة فسخ العقد

(النهاية غير الطبيعية)

إن عقد التأجير التمويلي من العقود الملزمة لجانبين ، فهو يرتب التزامات في ذمة كل طرف من أطرافه ولهذا فيعمل المؤجر التمويلي على إعمال الشرط الفاسخ في عقودهم ، ليقى نفسه من عجز المستأجر التمويلي .

²⁴⁷ - ناصيف إلياس ، مرجع سابق ، ص 377.

²⁴⁸ - بن بريح أمال ، مرجع سابق ، ص 259.

²⁴⁹ - أيت ساعد كهينة ، مرجع سابق ، ص 214.

²⁵⁰ - نادر عبد العزيز شافي ، مرجع سابق ، ص 381.

الفرع الأول

الشرط الفاسخ الصريح في العقد

إن من الصعب تصور و إثبات خطأ المؤجر التمويلي فهو الذي يقوم بترتيب هذا العقد بشكل لا يسمح له بالخطأ ، مقارنة بالمستأجر التمويلي الذي يكون مهددا بالفسخ في كل فترة العقد.

أولاً : إخلال المستأجر التمويلي بأحد التزاماته التعاقدية

يعتبر الالتزام بدفع الأجرة من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المستأجر التمويلي في عقد الإيجار التمويلي²⁵¹، و قد نصت المادة 32 من الأمر 09/96 على ما يلي : " يجب على المستأجر التمويلي أن يدفع للمؤجر التمويلي مقابل حق الانتفاع بالأصل المؤجر وفي التواريخ المتفق عليها ، المبالغ المحددة كإيجارات في العقد²⁵².

و يظهر جليا انتكاس مبدأ سلطان الإرادة فيما يخص أسباب فسخ هذا العقد إذ أن المستأجر التمويلي إمكانية منحه طلب الفسخ ضئيلة جدا مقارنة بالمؤجر التمويلي ، فالمشرع الجزائري شدد في أسباب الفسخ حيث أن إخلال المستأجر التمويلي بدفعه لقسط واحد فقط من الإيجار و أي مخالفة منه لأي من الشروط العامة أو الخاصة يمنح الحق للمؤجر التمويلي فسخ العقد نظرا أن التزامات المستأجر التمويلي أتت بصياغة آمرة ، هذا إلى جانب حق المؤجر التمويلي في طلب إلزام المستأجر بدفع بدلات الإيجار المستحقة و التعويض عما لحقه من ضرر ناتج عن عدم قيام المستأجر بدفع بدل الإيجار²⁵³ .

²⁵¹ - بن الشيخ هشام ، مرجع سابق ، ص 113.

²⁵² - المادة 32 من الأمر رقم 96 / 09 يتعلق بالاعتماد الإيجاري ، مرجع سابق .

²⁵³ - نادر عبد العزيز شافي ، مرجع سابق ، ص 312.

ثانيا : عجز المستأجر التمويلي عن مواجهة أعبائه المالية

رغم أن القواعد العامة تقضي بعدم جواز طلب فسخ العقد طالما لم يخل المتعاقد بالتزاماته العقدية²⁵⁴ إلا أن المؤجر التمويلي ليقى نفسه من خطر إعسار المستأجر التمويلي و عجزه عن مواجهة الأعباء الناشئة عن العقد ، يضمن عقوده دائما شرطا فاسخا صريحا في العقد إذا ما صدر قرار بإشهار إفلاس المستأجر و بالتالي فسخ العقد ، و هذا نظرا لإعفاء المؤجر التمويلي نفسه من معظم التزاماته و إلقائها على عاتق المستأجر التمويلي بحكم أنها أتت بصياغة مكملة مقارنة بالتزامات المستأجر التمويلي ، لهذا يتحمل هذا الأخير أعباء الإصلاحات الكبرى و الصغرى مما يرتب العجز عن مواجهة هذه الأعباء في حالة إفلاسه ، و علة اعتبار الإفلاس سبب فسخ عقد الإيجار التمويلي هو الاعتبار الشخصي ، و يعتبر الإفلاس أحد طرق التنفيذ على أموال التاجر المدين المتوقف على أداء ديونه المستحقة²⁵⁵ .

ووفاء المستأجر التمويلي المفلس بالتزاماته التعاقدية يكاد يكون معدوم لأن الحكم بشهر الإفلاس يغل هذا الأخير عن إدارة أمواله من تاريخ صدور الحكم بشهر الإفلاس و كذلك تخليه عن كل سلطة في التصرف في هذه الأموال²⁵⁶ ، فعند إعلان شهر إفلاس المستأجر التمويلي لا تدخل الأموال المؤجرة ضمن الضمان العام للدائنين و لا ضمن أموال التفليسة هذا لأن تلك الأموال ليست ملك له بل هي ملك للشركة المؤجرة و هو ما يؤكد عقد الاعتماد الإيجاري²⁵⁷ .

²⁵⁴ - بن الشيخ هشام ، مرجع سابق ، ص 132.

²⁵⁵ - نادر عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 321.

²⁵⁶ - بخيت عيسى ، مرجع سابق ، ص 129.

²⁵⁷ - أيت ساحن كهيبة ، مرجع سابق ، ص 124.

ثالثاً : وفاة المستأجر التمويلي

يفسخ عقد التأجير التمويلي بوفاة المستأجر التمويلي أو الشريك المتضامن في شركة الأشخاص المستأجرة ، وهذا يمثل خروجاً عن مبدأ انتقال العقد إلى الورثة علة ذلك أنه ينعقد بالنظر للاعتبار الشخصي فمن المنطق أن ينتهي العقد الذي روعي اعتباره الشخصي في انعقاد العقد²⁵⁸ ، فيراعى كذلك في إنهاءه ، فالمؤجر التمويلي لا يرضى بالتأجير من الباطن²⁵⁹ .

إن عقود الاعتماد الإيجاري تسمح للمؤجر التمويلي بالتواجد في وضعية مميزة أكثر من أي دائن آخر و إذا حصل و توفي المستأجر التمويلي فإن العقد يصبح منفسخاً ، و بالتالي يسترجع المؤجر التمويلي الأصل محل الإيجار ، فاقتداً بذلك الأقساط المتبقية التي لم تستحق ، لكنه لا يفقد القيمة التجارية و الاقتصادية للأصل عن طريق إعادة بيعه أو إعادة تأجيره ، و يستفيد المؤجر التمويلي من تأمين على الحياة يبرمه المستأجر بمبلغ مساوي لثمن اقتناء الأصل ، فموت المستأجر التمويلي يصبح في بعض الأحيان الوضعية الأكثر إفادة للمؤجر التمويلي²⁶⁰ ، من هنا يظهر الاختلال في توازن هذا العقد حتى في ما يخص عملية الفسخ ، و يعتبر فسخ العقد قبل انقضائه الأصلح للمؤجر التمويلي بما أنه يسترد العين المؤجرة قبل هلاكها .

الفرع الثاني

الطابع الانفرادي للشرط الفاسخ الصريح في العقد

يتميز الشرط الفاسخ الصريح في عقد الاعتماد الإيجاري عما هو في القواعد العامة ، و يظهر ذلك من خلال أن هذا الشرط يكون دائماً لصالح المؤجر التمويلي ، لكن بالمقارنة مع المستأجر التمويلي يكون دائماً مقيد بشروط معينة يحددها المؤجر .

²⁵⁸ - ومفهوم الاعتبار الشخصي للمستأجر التمويلي في مجال العقود أن مقومات التعاقد الشخصية من حيث الكفاءة و الخلق و الائتمان تلعب دور جوهري في نشأة الرابطة العقدية و تنفيذها ، و للمزيد من التفاصيل أنظر : بخيت عيسى ، مرجع سابق ، ص 129 .

²⁵⁹ - الصفدي عبير الطوال ، التأجير التمويلي (مستقبل صناعة التمويل) ، دار المناهج للنشر و التوزيع ، عمان ، 2013 ، ص 33 .

²⁶⁰ - فخري رياض ، مرجع سابق ، ص 89 .

أولاً : الشرط الفاسخ يرد دائما لصالح المؤجر التمويلي

تنص المادة 119 فقرة 1 من التقنين المدني الجزائري على مايلي : " في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك " ، حيث يحق لطرفي العقد طلب فسخه إذا ما أخل الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته التعاقدية و هذا ما يتضح كذلك من نص المادتين 13 و 20 من الأمر رقم 09 / 96 يتضمن الاعتماد الإجاري²⁶¹ ، إلا أن هذا لا يعمل به في الواقع العملي لعقود الاعتماد الإجاري و هذا بالنظر إلى الالتزامات الثلاثة الرئيسية التي يتحملها بصفته مؤجرا للشيء و التي يتم تنفيذها بشكل يجعل خطأه غير وارد بما يسبب في الفسخ²⁶² ، و لهذا فلا يحق للمستأجر التمويلي طلب فسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المؤجر التمويلي لالتزاماته نظرا لصعوبة إثارة مسؤوليته و إثباتها²⁶³ .

فالتسليم كما سبق شرحه يتم مباشرة بين المورد و المستأجر ، باعتبار هذا الأخير و كيلا للمؤجر بهذا الخصوص و كل خطأ في التسليم ، لا يمكن أن يتحملة إلا المستأجر بصفته كوكيل أخطأ في تنفيذ و كالتة²⁶⁴ ، و أيضا في حالة إذا لم يتم التنفيذ أو تم بشكل سيء من قبل المورد هنا أيضا يمكن إثارة مسؤولية المستأجر كوكيل في اختيار الأصل و المورد²⁶⁵ ، أما في ما يخص صيانة الشيء فإن الإصلاحات التي تنص عليها القواعد العامة عادة ما يتحملها المؤجر التمويلي، لكن في عقود التأجير التمويلي دائما ما يعفي نفسه من كل التزام يتعلق بالصيانة و يعمل على تحميل المستأجر التمويلي بها . و في الأخير و كما رأينا سابقا دائما ما يعفي المؤجر التمويلي نفسه أيضا من كل التزام بالضمان محولا التزامه بهذا الشأن إلى المستأجر التمويلي و بالتالي لا

²⁶¹ -أنظر المادة 19 ف 1 من الأمر رقم 58/75 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق . و المواد 13 و 20 من

الأمر رقم 09/96 ، يتعلق بالاعتماد الإجاري ، مرجع سابق .

²⁶² - فخري رياض ، مرجع سابق ، ص 86.

²⁶³ - دويدار هاني ، مرجع سابق ، ص 466.

²⁶⁴ - BEY-el Mokhtar & GAVALDA Christian, Le crédit-bail mobilier collection que suis-je ? p.u.f Paris , 1^{er} éd. 1981 , p 13 .

²⁶⁵ - CREMIEUX Israël : Leasing et crédit - bail mobilier , aspects juridiques comptables est fiscaux , Dalloz , Paris , 1975 , p 53 .

يمكن إثارة مسؤولية المؤجر التمويل و لا طلب فسخ العقد على أساس إخلاله بهذا الالتزام²⁶⁶، و من هنا يظهر اختلال التوازن الفادح في الأداءات بين طرفي العقد .

ثانيا : طلب الفسخ من طرف المستأجر التمويلي دائما مقيد بشروط من المؤجر التمويلي

إن مبدأ سلطان الإرادة له دور في إنشاء حقوق و التزامات الأطراف فإن الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين فلكل من الطرفين طلب الفسخ إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته ، وهذا أيضا ما نص عليه الأمر 09/96 يضمن الاعتماد الإجاري ، إلا أن الواقع عكس ذلك نتيجة تقييد المشرع الجزائري لحق المستأجر التمويلي في طلب فسخ عقد الاعتماد الإجاري بعدم استعماله طوال المدة غير القابلة للإلغاء طبقا للمادة 10 فقرة 3 من الأمر 09 / 96 السالف الذكر ، التي تنص على ما يلي: " يضمن للمؤجر قبض مبلغ معين من الإيجار مدة تدعى " الفترة غير القابلة للإلغاء " لا يمكن خلالها إبطال الإيجار إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك" ²⁶⁷ ، تكون المدة غير القابلة للإلغاء موافقة لمدة الإيجار التي يتم تحديدها باتفاق الأطراف²⁶⁸ ، أما عن مدة الإيجار فإنها يمكن أن توافق المدة المتوقعة للعمر الاقتصادي للأصل المؤجرة فالمستأجر التمويلي لا يحق له طلب فسخ العقد إذا هلكت الأموال موضوع عقد الاعتماد الإجاري قبل نهاية مدة الإيجار المتفق عليها، كما أنه لا يستطيع طلب فسخ العقد نظرا لكون أداءات المؤجر التمويلي تنحصر في حدود ضيقة لا تترك مجالا واسعا لإثارة مسؤوليتها. و يشترط على المستأجر التمويلي الحصول على موافقة المؤجر التمويلي في حالة التزامه بتقديم مستأجر جديد ، و لا ينتج الفسخ في هذه الحالة إلا من يوم إبرام عقد الإيجار الجديد في عقد الإيجار. فافسخ العقد من قبل المستأجر التمويلي لا يكون له أية فائدة من الناحية العملية نظرا لاضطرار هذا الأخير إلى المضي في تنفيذ العقد حتى نهايته، بمجرد استلامه للأصل المؤجر عوض فسخه ، بما أنه الصلح له²⁶⁹.

²⁶⁶ - فخري رياض، مرجع سابق ، ص 86.

²⁶⁷ - أيت ساعد كهينة ، مرجع سابق ، ص 133.

²⁶⁸ - أنظر في ذلك المادة 12 فقرة 1 من الأمر رقم 09 / 96 ، يتضمن الاعتماد الإجاري ، مرجع سابق .

²⁶⁹ - أيت ساعد كهينة ، مرجع سابق ، ص 135.

الفرع الثالث

خصوصية آثار الفسخ

يترتب على فسخ العقد كقاعدة عامة زوال الالتزامات التي نشأت عنه ، فيصبح العقد لا وجود له²⁷⁰، فهذا الأثر يصعب تطبيقه على عقد الاعتماد الإيجاري لأن الفسخ فيه يترتب أثره وقت الحكم به²⁷¹.

أولاً : استرداد المؤجر التمويلي للأصل المؤجر

يؤدي فسخ عقد الاعتماد الإيجاري إلى استرداد المؤجر التمويلي للأموال المؤجرة باعتباره المالك لها²⁷²، وهذا مقابل أقساط الأجرة المدفوعة فهي ذو أهمية فهي مصدر دخل المؤجر التمويلي²⁷³.

1- كيفية استرداد الأصل المؤجر:

يلتزم المستأجر التمويلي برد الأصل عند نهاية مدة الإيجار كاملة و بحالة جيدة و إلا اعتبر مرتكباً لجريمة الخيانة كما سبق شرحه .

نصت على استرداد المؤجر التمويلي للأصول المؤجرة على إثر فسخ العقد المادة 20 من الأمر رقم 96 / 09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري على ما يلي: " يمكن المؤجر التمويلي طوال مدة عقد الاعتماد الإيجاري و بعد إشعار مسبق و / أو إذار لمدة خمسة عشرة (15) يوماً كاملة ، أن يضع حدًا لحق المستأجر في الانتفاع بالأصل المؤجر و استرجاعه بالتراضي أو عن طريق مجرد أمر غير قابل للاستئناف يصدر بذيل العريضة عن رئيس محكمة مكان إقامة المؤجر ، و ذلك في حالة عدم دفع المستأجر التمويلي قسطاً واحداً من الإيجار، و في هذه الحالة يمكن المؤجر أن يتصرف في الأصل المسترجع عن طريق تأجيله ، أو بيع أو رهن الحيازة أو عن طريق

²⁷⁰ - حمو حسينة ، انحلال العقد عن طريق الفسخ ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص قانون المسؤولية المهنية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2011 ، ص 86.

²⁷¹ - بن بريح أمال ، مرجع سابق ، ص 239.

²⁷² - نادر عبد العزيز شافي ، مرجع سابق ، ص 346.

²⁷³ - أيت ساحن كهيبة ، مرجع سابق ، ص 136.

أية وسيلة قانونية أخرى لنقل الملكية ، و يعد كل بند مخالف لعقد الاعتماد الإيجاري بندا غير محرر²⁷⁴ . يتضح من خلال المادة أنه يحق للمؤجر التمويلي استرداد الأصل المؤجر سواء كان بالتراضي أو عن طريق القضاء ، كلما توقف المستأجر عن دفع و لو لقسط واحد من أقساط الأجرة ، و لكن بعد إشعار أو إعدار هذا الأخير بذلك لمدة 15 يوما كاملة .

إن المشرع الجزائري منح الحق للمؤجر التمويلي في حالة إفلاس المستأجر التمويلي أو في إطار التسوية القضائية باسترداد الأصل نظرا للامتياز الذي يتمتع به بين جماعة الدائنين العاديين خصوصا الاحتفاظ بالملكية²⁷⁵ .

يحتفظ المؤجر التمويلي بملكية الأصل المؤجر طيلة مدة الإيجار ضمانا ضد مخاطر إعسار المستفيد و يتم إعمال هذا الضمان عند فسخ العقد من خلال استرداد الأصل ، فالواقع لا يمثل هذا الاسترداد استعادة المؤجر التمويلي للأصل المؤجر بقدر ما هو استئثار بالقيمة السوقية للأصل التي تسمح بإهلاك ما لم يتم إهلاكه من رأس مال الشركة من خلال أقساط الأجرة و هذا بالتصرف فيه سواء بالبيع أو التأجير ، وهذا عملا بالمادة 20 من الأمر رقم 09/96 السالف الذكر²⁷⁶ ، و يترتب على استرداد المؤجر التمويلي للأصل استرداد حقه في التصرف فيه من جديد بالتنازل عليه ، رهنه أو إيجاره²⁷⁷ .

2- أهمية القيمة السوقية للأصل المؤجر

²⁷⁴ - المادة 20 من الأمر رقم 96 / 09 ، يتعلق بالاعتماد الإيجاري ، مرجع سابق .

²⁷⁵ - أيت ساحن كهيبة ، مرجع سابق ، ص 137.

²⁷⁶ - بن الشيخ هشام ، مرجع سابق ، ص 137.

²⁷⁷ - و ذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة 20 أعلاه " ... و في هذه الحالة يمكن المؤجر التمويلي أن يتصرف في الأصل المسترجع عن طريق تأجير أو بيع أو رهن الحيازة أو عن طريق الحيازة أم عن أية وسيلة قانونية أخرى لنقل الملكية ... " .

إن فسخ عقد الاعتماد الإيجاري يضمن للمؤجر التمويل في استرداد ثمار الشيء باعتباره ملكا له²⁷⁸، إلا أن استرداده للأصل المؤجر لا يهيمه بقدر ما تهيمه قيمته السوقية عند الاسترداد بما أنه يتصرف فيه مرة أخرى إما بالبيع أو إيجاره من جديد لصالح مستأجر آخر من أجل إهلاك كامل رأسماله الذي لم يتم إهلاكه من خلال أقساط الإيجار المدفوعة ، وقيمة الأصل السوقية تبقى بالغة الأهمية في أي مرحلة يكون فيها العقد و حتى عند نهاية مدة العقد، فكلما تم فسخ عقد الاعتماد الإيجاري خلال فترة قصيرة من إبرام العقد يحتفظ الأصل بقيمته ، بمعنى أنه عند استرداد المؤجر التمويل لذلك الأصل تزداد فرص إعادة بيعه أو إيجاره بقيمة مرتفعة من تلك التي يمكن أن يتم بها أعمال الفسخ بعد مرور مدة طويلة من إبرام العقد²⁷⁹ ، وعند نهاية مدة العقد وإرجاع المستأجر أصل المؤجر يجب أن تكون القيمة المتبقية تساوي القيمة السوقية تقاديا لتحمل الخسارة من طرف المؤجر التمويلي و إلا فهو يواجه مخطر القيمة المتبقية²⁸⁰ .

ثانيا : أعمال المؤجر التمويلي للشروط الجزائي حماية لمصلحته

إن الطبيعة المالية لعقد الاعتماد الإيجاري تجعل من المؤجر التمويلي الطرف الأكثر تضررا من الفسخ هذا ما أدى إلى إعماله لشروط جزائي ضمن الشروط العامة لعقوده²⁸¹ .

1- الطابع الخصوصي للشروط الجزائي

²⁷⁸ - سليمان براك دايع ، " الفسخ بوصفه ضمانا للتنفيذ " ، مجلة كلية الحقوق للعلوم القانونية و السياسية ، كلية القانون، جامعة الأنبار، العراق ، د س ، ص 114 . متوافر على الموقع [http:// www.iasj.net/](http://www.iasj.net/)

²⁷⁹ - أيت ساعد كهينة ، مرجع سابق ، ص 137 .

²⁸⁰ - حجاج منال ، الاعتماد الإيجاري بين المعيار المحاسبي الدولي رقم (17) و المعيار المحاسبي الإسلامي رقم (08) بالتطبيق على حالة الجزائر (دراسة حالة ناتكسيس الجزائر و بنك البركة لسنة 2011) ، مذكرة لنيل شهادة الماستير ، تخصص دراسات محاسبية و جبائية معمقة ، كلية العلوم التجارية و التسيير و العلوم الاقتصادية ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ، 2011 ، ص 58 .

²⁸¹ - دويدار هاني محمد ، مرجع سابق ، ص 513 .

تنص المادة 176 من التقنين المدني الجزائري على أنه : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"²⁸² و يتضح من خلال هذه المادة أن وضع البند الجزائي لتعويض المؤجر عن الأضرار التي تلحق به من جراء عدم تنفيذه دون أن يكون له يد في استحالة التنفيذ ، و هذا ما ينطبق على عقد الاعتماد الإيجاري إذ يستحق مبلغ التعويض المحدد في العقد²⁸³ في حالة إخلال المستأجر التمويلي بالتزاماته التعاقدية²⁸⁴ ، و تنص المادة 13 من الأمر رقم 96 / 09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري على ما يلي : " إن فسخ عقد الاعتماد الإيجاري خلال الفترة الغير القابلة للإلغاء من قبل طرف من الأطراف ، تمنح الطرف الآخر حق التعويض الذي يمكن تحديده بمبلغه ضمن العقد في إطار بند خاص ، أو في حالة انعدام ذلك ، عن طريق الجهة القضائية المختصة وفقا للأحكام القضائية المطبقة على الفسخ التعسفي للعقود"²⁸⁵

و يتضح من خلال المادة أن فسخ عقد الاعتماد الإيجاري من قبل المؤجر التمويلي يترتب إضافة إلى استرداد الأصل المؤجر ، إلى تضمين عقوده بندا بالاتفاق مع الطرف الآخر يفرض من خلاله جزاء عن فسخ العقد في حالة إخلال المستأجر التمويلي بالتزاماته التعاقدية و هو ما يعرف بالشرط

الجزائي²⁸⁶ . ويجب أن لا يقل مبلغ التعويض إذا كان المستأجر التمويلي في حالة عدم قدرة حقيقية عن الوفاء بالمبلغ الخاص بالإيجارات المستحقة المتبقية ، و التي تعتبر في هذه الحالة

²⁸² - المادة 176 من الأمر رقم 75 / 58 ، يتضمن القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق .

²⁸³ - أيت ساعد كهينة ، مرجع سابق ، ص 146.

²⁸⁴ - نادر عبد العزيز شافي ، مرجع سابق ، ص 350.

²⁸⁵ - أنظر المادة 13 ف 2 من الأمر رقم 96 / 09 ، يتضمن الاعتماد الإيجاري ، مرجع سابق .

²⁸⁶ - يقصد بالشرط الجزائي مبلغ التعويض المحدد مسبقا أثناء العقد ، أو في اتفاق لاحق عن الضرر الممكن حدوثه عند إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، و هو ما جاء في المادة 183 من ق م ج . أنظر في ذلك : أيت ساعد كهينة ، مرجع سابق ، ص 130.

بمثابة تعويض اتفاقي عن فسخ العقد²⁸⁷، إلا إذا وجد اتفاق على خلاف ذلك كأن يشتمل مبلغ التعويض علاوة على أقساط الإيجار المستحقة و غير المدفوعة من كل ملحقاتها ، مبلغ مالي معادل لمجموع أقساط الإيجار التي لم يحن وقت استحقاقها بعد عند تاريخ فسخ العقد ، و كذا الضرائب و الرسوم المستحقة للمستأجر .

ويحدد التعويض الاتفاقي في القواعد العامة ، بما لحق الدائن من خسارة عملا بالمادة 182 فقرة 1 من الأمر رقم 58 /75 يتضمن القانون المدني الجزائري²⁸⁸، أما في عقد الاعتماد الإيجاري يتم تحديده على أساس أقساط الأجرة المستحقة المتبقية حرصا من المؤجر التمويلي على ضمان إهلاك كامل رأسمالها و الحصول على عوائده على نحو يسمح له بتحقيق الربح وفقا للمادة 13 فقرة 1 من الأمر رقم 09 /96 يتضمن الاعتماد الإيجاري ، و يقصد بالأجرة المتبقية الأجرة المستحقة غير المدفوعة و التي تستحق مستقبلا²⁸⁹ .

و يسعى المؤجر التمويلي من خلال تنفيذ عقد الاعتماد الإيجاري إلى تحقيق هدفه الجوهري الذي يمثل في تحقيق كامل رأسماله ، و يتحقق هذا الإهلاك بمضيه في تنفيذ العقد ، لذلك يمكن أن يواجه مخاطر كلما تم فسخ العقد ، الأمر الذي يدفعه إلى إلزام المستأجر التمويلي بدفع التعويض المقرر بموجب الشرط الجزائي الوارد في العقد ، من أجل ضمان إهلاك رأسماله إضافة إلى استرداد الأصل المؤجر نتيجة الفسخ²⁹⁰ .

ويظهر إذن دور الشرط الجزائي في نفس الدور الذي يلعبه استرداد الأصل نتيجة فسخ العقد، كما أن كل منهما يمكن أن يعرض المؤجر التمويلي إلى مخاطر مختلفة ، فإذا كان استرداد الأصل يعرض هذا الأخير إلى مخاطر تسويق الأصل ، فإنه يتعرض في حالة عدم دفع التعويض

²⁸⁷—حوالف عبد الصمد ، مرجع سابق ، ص 147.

²⁸⁸— أنظر المادة 182 ف 1 من الأمر رقم 58 / 75 ، يتضمن ق م ج ، مرجع سابق .

²⁸⁹— إلا أن هناك من يحدد التعويض بجميع أقساط الأجرة المتبقية ، أما البعض الآخر فإنه يحدده بنسبة محددة من هذه الأقساط فقط .

²⁹⁰— Pascal PHILIPPOSSAIN , Op Cit , P 340 .

الإتفاقي لمخاطر إفسار المستأجر التمويلي و عجزه عن مواجهة أعبائه المالية و من أجل التقليل من هذه المخاطر يجمع المؤجر التمويلي بين أمرين فيفرض التزاما على المستأجر التمويلي بدفع التعويض الاتفاقي و يبرم مع البائع اتفاقا للمساهمة في التصرف في المنقول²⁹¹ .

2- المبالغة في الشرط الجزائي :

غالبا ما يحدد مبلغ الشرط الجزائي كتعويض عن الفسخ على أساس بدلات الإيجار المتبقية لم تستحق و ذلك بنسبة 4/5 أقساط الإيجار المتبقية لم تستحق متضمنة الضرائب منذ تاريخ الفسخ ، و قد ترتفع هذه النسبة إلى مجموع الأقساط المتبقية ، وقد تنخفض إلى 3/4 و نادرا ما تكون النصف ، فإن تحديد التعويض الإتفاقي بجميع أقساط الإيجار المتبقية التي لم تستحق له أكبر دليل على أن ما يهم المؤجر التمويلي هو بالأساس ضمان إهلاك كامل رأسماله و الحصول على ربحه ، فهو يتوقف على حسابات مالية يوازن فيها بين مزايا قبض الشرط الجزائي بعد الفسخ و إمكانية توظيف الأصل في صفقات جديدة و مقدار عوائد رأس المال الذي لا يحصل عليه بسبب فسخ العقد و عدم استكمال الوفاء بأقساط الأجرة²⁹² .

و قد أشار البعض إلى تجاوز الشرط الجزائي الحدود المعقولة نظرا لأن المؤجر التمويلي يجمع بين استرداد الأصل بما له من قيمة سوقية من جهة و بين الحصول على مبلغ التعويض من جهة أخرى ، فيمكن في هذا الصدد التساؤل عما إذا كان يجوز تبرير هذا الجمع بالمخاطر التي يواجهها المؤجر التمويلي التي تتمحور حول مخاطر السوق و مخاطر إفسار المستأجر التمويلي؟ لكن مخاطر هذا الإفسار هي من المخاطر التي يتعرض لها كل دائن في علاقاته بمدينه و المؤجر التمويلي هنا يواجه هذا الخطر بالحصول على ضمانات عديدة أهمها على الإطلاق حق ملكية الأصل المؤجر، و ما يؤكد استعداده لمواجهة هذه المخاطر اتفاه مع البائع على التعاون معه . و بالمقابل يواجه المستأجر التمويلي وضعية صعبة جدا فيلتزم بدفع التعويض

²⁹¹ - أيت ساحن كهينة ، مرجع سابق ، ص 146 و 147.

²⁹² - فخري رياض ، مرجع سابق ، ص 90 و 91.

و هو يمثل نسبة كبيرة من أقساط بدلات الإيجار التي لم يستطع دفعها بالإضافة إلى التوقف عن انتفاعه بالأصل المؤجر ، مما يعرضه للتنفيذ الجبري على أمواله للحصول على هذا التعويض²⁹³.

ثالثا : سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

باستقراء أحكام المواد 183 و 184 من الق المدني الجزائري، هناك حالتين يتدخل فيها القاضي إما لإنقاص الشرط الجزائي أو الزيادة فيه²⁹⁴. لكن هل تطبق هذه الأحكام على عقد الاعتماد الإيجاري ؟

تنص المادة 13 فقرة 2 من الأمر رقم 09/96 سالف الذكر على : " ما عدا القوة القاهرة أو التسوية القضائية أو إفلاس المستأجر ينجز عنه تصفية هذا الأخير عندما يتعلق الأمر بشخص معنوي ، و بصفة عامة ، ما عدا عدم قدرة حقيقية للمستأجر عن الوفاء ، شخصا طبيعيا كان أو معنويا ، فإنه يترتب عن فسخ عقد الاعتماد الإيجاري خلال الفترة غير القابلة للإلغاء ، في حالة ما إذا تسبب فيه المستأجر، دفع التعويضات المنصوص عليها في الفترة السابقة لصالح المؤجر، بحيث لا يمكن أن يقل مبلغ التعويضات عن المبلغ الخاص بالإيجارات المستحقة المتبقية إلا إذا اتفقا الأطراف على خلاف ذلك ضمن العقد" .

يلاحظ من خلال هذه المادة أنه لا يمكن للمستأجر التمويلي أن يتمسك بما جاء في المادة 184 فقرة 2 من التقنين المدني الجزائري السالف الذكر و المطالبة بتخفيض التعويض إلى أقل من مجموع أقساط الأجرة المستحقة المتبقية ، وهو ما يقصد منه أن هذا الأخير هو الحد الأدنى الذي يمكن أن يكون عليه التعويض الاتفاقي و هو ما تأكده المادة 21 فقرة 2 من الأمر رقم 96/09 يتضمن الاعتماد الإيجاري السالف الذكر، على : " يفصل القاضي في دفع الإيجارات

²⁹³- فخري رياض ، مرجع سابق ، ص 93.

²⁹⁴- دالي بشير ، مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة) ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2008 ، ص75.

المتبقية و المستحقة و كذا التعويض المغطي للخسائر المحتملة و ما فاتته من كسب حسب مفهوم المادة 182 من القانون المدني الجزائري²⁹⁵.

فيشمل مبلغ التعويض الذي يقوم القاضي بتحديدته في حالة عدم تحديده في العقد ، التعويض المغطي للخسائر المحتملة نتيجة عدم إهلاك كامل رأسماله المستثمر ، و ما تكبدته من نفقات مالية و نفقات تخزين الأصل المسترد ، و مصروفات بيعه أو تأجيريه ، كما يغطي ما فات المؤجر التمويلي من كسب و الذي يتمثل في هوامش الربح المتضمنة في الأجرة التي لم يستوفيهما المستأجر التمويلي بعد²⁹⁶ ، و هذا فضلا عما تحصل عليه إثر فسخ العقد من استرداد الأصل المؤجر و الذي يكون في أغلب الأحوال في حالة جيدة .

فضلا عن كل ما قيل أنفا عن إجحاف الشرط الجزائي لحق المستأجر التمويلي لكون هذا التعويض لا يعبر عن الضرر اللاحق بالمؤجر التمويلي ، علاوة على ذلك فلا يسمح بتخفيضه من طرف القاضي مقارنة بالتشريعات المقارنة التي تعطي الفرصة للمستأجر التمويلي بدفع مبلغ أقل من مجموع أقساط الأجرة المتبقية²⁹⁷ .

و يظهر موقف المشرع الجزائري في الشرط الجزائي من خلال إمعان النظر في نص المادة 13 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري أنه كان متأثرا بعدم قابلية عقد الاعتماد الإيجاري للانقسام ن هذا لأنه رتب على فسخ عقد الاعتماد الإيجاري خلال الفترة غير القابلة للإلغاء لعدم قدرة المستأجر على الوفاء أن يدفع هذا الخير تعويضا لا يمكن أن يقل عن لا يمكن أن يقل المبلغ الخاص بالإيجارات المستحقة²⁹⁸ .

²⁹⁵- أيت ساعد كهينة ، مرجع سابق ، ص 50.

²⁹⁶- دويدار هاني محمد ، مرجع سابق ، ص 520.

²⁹⁷- Le juge peut d'office ou a la demande de d'ébiteur reduire la peine qui consiste dans le paiement d'une somme d'éterminée l'orsque cette somme exéde manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention . pour plus d'information consulter MARIE CHristine valscharts , Leasing immobilier , éd larcier , Bruxel , 2008 , P64 .

²⁹⁸- بن الشيخ هشام ، مرجع سابق ، ص 46.

فيمكن استنتاج أن المؤجر التمويلي دائماً يلجأ إلى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة لصالحه من أجل إضافة شروط أو بنود تضمن مصالحه و تحقق أهدافه ، فهو بهذه الحالة يستغل هذا الشرط الجزائي و عدم قابليته للتخفيض من القاضي لضمان تعويض الأضرار التي يمكن أن تصيبه في كل مراحل سريان العقد .

و أخيراً تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري لم ينظم الآثار القانونية المترتبة على فسخ عقد الاعتماد الإيجاري و هذا ما فسح المجال لشركات الاعتماد الإيجاري و البنوك و المؤسسات المالية المؤهلة لهذه العمليات استغلال هذه الثغرات التي نجدها في هذا العقد فوجب على المشرع الجزائري التدخل لسده²⁹⁹ .

²⁹⁹ - بن بريح أمال ، مرجع سابق ، ص 239.

في الختام يمكن استخلاص أن عجز مبدأ سلطان الإرادة على احتواء تقنية عقد الاعتماد الإيجاري هو الذي أدى بنا إلى عرض هذا التحليل المتواضع من أجل التنبيه إلى ضرورة إعادة صياغة قواعد الأمر رقم 09/96 الذي يتضمن الاعتماد الإيجاري ، بما يتيح قدر من التكافؤ بين مصالح كلا الطرفين ، المؤجر التمويلي من جهة و المستأجر التمويلي من جهة أخرى .

نستند في ذلك إلى كون مبدأ سلطان الإرادة هو صاحب السلطان الأكبر في تكوين العقد و في تحديد آثاره ، و إذا أردنا تسليط الضوء على عقد الاعتماد الإيجاري فيما يخص هذا المبدأ فنلمس فيه تراجعاً ملحوظاً له ، أو بعبارة أخرى فهو ينحاز إلى طرف واحد في العقد و هو الطرف القوي (المؤجر التمويلي) ، و يظهر هذا جلياً عند تفحصنا للأحكام المنظمة له و كذا العقود التي يبرمها ، فمن هنا يمكن لنا تغيير مفهومه في عقد الاعتماد الإيجاري و القول أن هذا العقد ليس تعبير عن إرادتين أو أكثر حرة ، بل تعبير عن إرادة قوية من الناحية الاقتصادية .

و إذا كان من المفترض أن يقوم الطرفان معا بعملية تكوين العقد ووضع الشروط العامة ، أي أن تتفقا إرادتهما على الرفض أو التعديل أو الفسخ ، فإن هذا الأمر لا ينطبق على عقد الاعتماد الإيجاري ، نظراً لقيام المؤجر التمويلي بهذا لوحده دون أي تدخل من المستأجر التمويلي مستغلاً بذلك تفوقه الاقتصادي و موقعه القوي في العلاقة بحكم أنه الممول فيها ، ليفرض من الشروط ما يخدم مصالحه إلى أقصى درجة ، حتى ولو أدى إلى المساس بمصالح المستأجر التمويلي ، ليجد هذا الأخير نفسه مجبر على الإذعان لشروط لم يساهم فيها بحكم حاجته الماسة للتمويل التي أدت به لاعتماد هذه العملية فيجد نفسه محصور بين الرضوخ لهذه الشروط و الحصول على التمويل ، أو رفضها ليرفض المؤجر التمويلي بدوره التعاقد³⁰⁰.

تعود أساساً كل هذه الاختلالات إلى النظام القانوني لهذا العقد و ليس إلى التنظيم الاتفاقي فحسب ، و ما يفسر ذلك هو التباين الملحوظ في صياغة القواعد القانونية المتعلقة بأداءات أطرافه، حيث استخدم المشرع الجزائري القواعد الأمرة في كل مرة يرى فيها مصلحة للمؤجر التمويلي من جهة ، و إعطاء البدلة المكتملة لمعظم حقوق المستأجر التمويلي من جهة أخرى، مما يمنح إمكانية مخالفتها .

ويمكن القول أن هذا ما فسح المجال أمام شركات الاعتماد الإيجاري لاستغلال الثغرات الموجودة في الأمر رقم 09/96 : و أول ما يمكن أن نستهل به هو ربط المتعاقدين بصفة ضيقة مما يفتح مجال النزاع بينهما ، وعدم الإشارة إلى بعض الأحكام التي نعتبرها ذو أهمية بالغة نذكر منها عدم ذكره و لو لمرة واحدة لعقد البيع السابق لعقد الاعتماد الإيجاري أي لعملية الاعتماد الإيجاري و العلاقة بين أطرافها الثلاثة ، إضافة إلى عدم إعطاء المستأجر التمويلي الحق في رفع دعوى الرجوع على المورد في حالة وجود عيب في الأصل مع إعفاء المؤجر التمويلي نفسه من ضمان هذه العيوب فبهذا يجد المستأجر التمويلي نفسه محروم من أي حماية قانونية ، فقد وسع المشرع الجزائري من حالات إعفاء المؤجر التمويلي من الضمان .

³⁰⁰-أيت ساحن كهيبة ، مرجع سابق ، ص 284 .

و تجدر الإشارة إلى ضرورة إعادة النظر في أحكام هذا القانون لإرساء نوع من التوازن في المراكز القانونية بين هاذين الطرفين و خاصة ضرورة الأخذ بأحكام اتفاقية أوتاوا التي تعمل على تكريس هذا التوازن ، فوجب على المشرع الجزائري إعادة تكييف عقد الاعتماد الإجاري تكييفاً دقيقاً و صريحاً و أفراد أحكام خاصة و مفصلة لآثار العقد بموجب قواعد أمره توزع الأدوار بين المؤجر التمويلي و المستأجر التمويلي بصفة عادلة بمنح هذا الأخير حق الرجوع على البائع أو المورد بدعوى مباشرة في حالة العيوب الخفية نتيجة إعفاء المؤجر التمويلي من الضمان ، أما في مسألة الجزاء يجب التمييز بين الإخلال البسيط الذي يكون في حالة عدم دفعه لقسط واحد فيكون جزاءه الوفاء به و التعويض عن الضرر الذي لحق المؤجر التمويلي نتيجة ذلك ، و بين الإخلال الجسيم و الذي يكون في عدم دفعه لأكثر من قسط واحد فجزاءه هنا يكون الوفاء بكل الأقساط المستحقة و المتبقية أو الفسخ ، كما يجب منح القاضي إمكانية التدخل لإعادة التوازن المفقود بين طرفي العقد بالحد من الشروط التعسفية .

و يتضح من كل ما ناقشناه أن عقد الاعتماد الإيجاري هو نموذج صارخ لاستعلاء القوي على الضعيف و لا يعمل سوى على تعميق عدم التوازن في الالتزامات العقدية ، طالما مازال يمنح الحرية للمؤجر التمويلي في فرض مضمون العقد و السيطرة عليه ، يفرضه على المستأجر التمويلي بنود أكثر مما هو في حاجة إليه لحفظ مصالحه ، مستغلاً خلو النصوص الخاصة بالتأجير التمويلي من المقتضيات التفصيلية للآليات التي تحكم هذا العقد تاركاً الحرية للأطراف التي بالضرورة سوف يخضع فيها الطرف الضعيف المحتاج إلى التمويل لإرادة القوي الذي لا تهمة سوى مصالحه.

الملخص :

إن تكييف المشرع الجزائري لعقد الاعتماد الإيجاري بعقد الإيجار لا يخدم مصالح المؤجر التمويلي دائما ، فهو يعتمد على تطبيق أحكام الإيجار التقليدي كلما كان ذلك من مصلحته ، أما في الحالة العكسية فيلجأ إلى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة من أجل إضافة شروط أو بنود تضمن مصالحه و تحقق أهدافه ، و أمام منح المشرع الجزائري هذه الحرية الواسعة للطرفين في وضع شروط العقد ، وتحديد التزاماتهما سواء في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه أو إنهاءه ، وجد المؤجر التمويلي استغلالا لمركزه القوي في العقد سبيلا للتوصل من التزامات كثيرة مفروضة عليه أصلا ، و وضع شروط تخدم مصالحه الشخصية ، حتى و لو كان على حساب مصالح المستأجر التمويلي ، و هذا ما جعله يهيمن على المضمون الاتفاقي للعقد و المساس بالتوازن العقدي .

Résumé :

Adapter le législateur algérien de tenir l'accréditation pour la location par le contrat de location ne sert pas toujours les intérêts du bailleur. Il est baptisé sur l'application des dispositions du bail traditionnel chaque fois dans son intérêt, mais dans le cas contraire, il recourt à l'application du principe de volonté afin d'ajouter des conditions ou des clauses qui garantissent ses intérêts et lui permettent d'atteindre ses objectifs. Et devant cette liberté accordée par le législateur algérien pour les deux parties contractantes dans l'élaboration des termes du contrat, et la détermination de ses obligations à la fois dans la phase de signature du contrat, de son exécution ou à sa résiliation, le bailleur a trouvé, en exploitant sa position forte dans le contrat, un moyen d'éviter bon nombre des obligations qui lui sont déjà imposées et mettre en place des conditions qui servent ses intérêts personnels, même si, au détriment des intérêts du locataire. Ceci fait qu'il domine le contenu de la convention et compromet l'équilibre du contrat.