

كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة مقدمة لنيل متطلبات شهادة الماستر الأكاديمي
الميدان: الحقوق والعلوم السياسية
الشعبة: الحقوق
التخصص: قانون الأعمال
من إعداد الطلبة:- حشوف ربيع
- منصر رفيف

بغنان

التكليف القانوني لعقد الاعتماد الإجاري

أمام اللجنة المكونة من طرف السادة:

- | | | |
|-------------------------|-------------------|-------------------------------|
| جامعة قاصدي مرباح ورقلة | أستاذ محاضر (أ) | - أ.د زرقاط عيسى
رئيسا |
| جامعة قاصدي مرباح ورقلة | أستاذ محاضر (أ) | - أ.د زرقون نورالدين
مشرفا |
| جامعة قاصدي مرباح ورقلة | أستاذة مساعدة (ب) | - أ.مبوج أحلام
مناقشا |

السنة الجامعية 2019/2018

شكر وعرفان

إلى الأستاذ المشرف "زرقون نور الدين" الذي منحني الدعم وأشكره على طول صبره

وتحمّله الأخطاء بصدر رحب

إلى كل كوادر وأساتذة قسم الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قاصدي مرباح المحترمين.

وإلى كل من ساندني في إنجاز هذا العمل من بعيد أو من قريب

الإهداء

بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أهدي ثمرة هذا العمل
إلى التي طالما شق لي دعاؤها الصعاب تلوى الصعاب وقادتني إلى الفوز
في مراحل الحياة
..... أُمِّي حَفْظَهَا اللهُ.....

وإلى من أزرني وكان في نفس الوقت الأخ والصديق وضحي من أجل ذلك
بالكثير وهان عليه كل شيء من أجلي
..... أَبِي حَفْظَهُ اللهُ.....

وإلى الأنوار التي تملأ علينا البيت ضياء إخوتي
و إلى من درجوا معي ودرجت معهم على مقاعد الدراسة وخاصة تخصص
قانون الأعمال...
و إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد ولو بكلمة طيبة.....

مقدمة

مقدمة:

لقد طرأت على الحياة التجارية العديد من العقود و الاتفاقيات وذلك لمسايرة التقدم التكنولوجي المطرد الذي يتسم به هذا العصر، والتي يصعب إدراجها ضمن طائفة العقود التي نظمها المشرع المدني، و كانت بداية هذه العملية في الدول التي يغلب عليها النظام الرأسمالي، لما يتسم به هذا النظام من حرية الأفراد في تنظيم عقودهم اعتمادا على مبدأ سلطان الإرادة و أن العقد شريعة المتعاقدين، ونظرا لما يتطلبه الواقع العملي و البيئة التجارية من تطور كان لابد من البحث عن مفاهيم قانونية جديدة لهذه العقود، حتى لا يكون تطبيق القواعد التقليدية للعقود عقبة أمام المشتغلين بالتجارة .

الشيء الذي أدى إلى ظهور عدة عقود أعمال جديدة تقوم على القواعد القانونية التقليدية و هذا بعد تطويعها و إدخال عليها بعض التعديلات لتتلاءم مع الدور المستند إليها، كالبيع و الإيجار و القرض و الوكالة وغيرها من العقود، مما أدى إلى ظهور عقد **الاعتماد الإيجاري**¹ "الليزنج" و عقد الفرنشازينغ و عقد الفاكورتينغ و غيرها من العقود التي أخذت أسماء انجلوسكسونية نظرا حول النشأة الأولى و ظهورها في الولايات المتحدة الأمريكية .

هذا ولم يتفق الفقهاء الذين تناولوا دراسة عقد الاعتماد الإيجاري حول النشأة التاريخية لهذا العقد، فمنهم من يعيد ظهوره إلى الحضارات التي كانت سائدة قبل الميلاد، والبعض الآخر يعتبرون أن عقد الاعتماد الإيجاري ، بالمعنى المعروف حاليا ظهر في صورته الأصلية والمعروفة بمصطلح "**Leasing**" في الولايات المتحدة الأمريكية على يد احد رجال الصناعة واسمه D.P.Boothe junior الذي كان يملك مصنعا صغير لإنتاج المواد الغذائية المحفوظة، وكان ذلك خلال حرب كوريا سنة 1950، فطلبت منه القوات العسكرية الأمريكية كميات ضخمة من الأغذية المحفوظة، لكن القدرة الإنتاجية لمصنع بوث كانت عاجزة عن تلبية الصفقة المعروضة²، فلم يكن لديه رأس المال الكافي لشراء ما يحتاجه من المعدات والتجهيزات اللازمة، وعجز عن الحصول على القرض اللازم لذلك، ففكر في استئجار تلك المعدات ، لكنه لم يعثر أيضا على مؤجر للمعدات المطلوبة، مما حال دون إمكانية الالتزام بالصفقة المعروضة عليه، وعلى الرغم أن الصفقة قد أفلتت من بين يديه إلا انه قام بإقناع مجموعة من رجال الأعمال بالفكرة التي اهتدى إليها، وتم تأسيس أول شركة اعتماد إيجاري (ليزنج) في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1952 ، وعرفت

¹لقد اختلف في تسميات عقد الاعتماد الإيجاري، فبعض الدول العربية تسميه بالتأجير التمويلي مثل مصر، و البعض الأخر يسميه بالائتمان الإيجاري أو القرض الإيجاري أو الإيجار التمويلي مثل لبنان، وتسميه البنوك الإسلامية بالإيجار المقرونة بخيار الشراء، و في القانون الأمريكي بعقد الليزنج **leasing contrat** وفي فرنسا **le crédit bail** ، أما القانون الجزائري فقد أطلق عليه اسم الاعتماد الإيجاري.

²قرريدة الطيب ، النظام القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة باجي مختار، عنابة، 2003.2002، ص 02 .

باسم United states Leasing Corporation وكان لنجاح تلك التجربة و انتشار سمعتها أثره الكبير في زيادة الطلب على استئجار المعدات الإنتاجية، و تعاظمت أرباح تلك الشركة في فترة زمنية قصيرة .

و لم يقتصر نشاط الشركة الاعتماد الايجاري على الولايات المتحدة الأمريكية فقط، بل أنشأت فروعها في الخارج، فانتشر نظام الاعتماد الايجاري في أغلبية الدول الأوروبية ومنها : بريطانيا، فرنسا، بلجيكا، ألمانيا، هولندا، إيطاليا، اسبانيا و البرتغال وغيرها .

ويعود الفضل في انتشار الاعتماد الايجاري للرأسمال الأمريكي خاصة في الدول الأوروبية، أما فيما يخص الدول النامية والتي تدور خاصة في الفلك الفرنسي كالدول المغرب العربي ودول غرب إفريقيا الناطقة باللغة الفرنسية فكانت بفضل رأس المال الفرنسي .

فكانت للتجربة الفرنسية مكانتها الكبيرة في تنظيم هذا النشاط من الناحية التشريعية، بحيث اعتبر القانون الفرنسي رقم 66/455 الصادر في 02 جويلية 1966 أول تنظيم قانوني لتقنية الاعتماد الايجاري، و قد اشترط المشرع الفرنسي لوصف عملية ما أنها اعتماد إيجاري ثلاثة شروط³:

- الشراء لأجل البيع

- الإيجار

- خيار الشراء الممنوح للمستأجر والملزم للمؤجر

والجزائر من بين الدول التي تبنت هذا العقد و اعتمده المشرع من خلال الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق ل 10 يناير سنة 1996 المتعلق بالاعتماد الايجاري .

وبالنظر لأهمية البالغة للموضوع سواء من الناحية العملية أو العلمية و خاصة الطبيعة المعقدة و المركبة لعملية الاعتماد الايجاري الذي أثار جدلا كبيرا لدى الفقه حول إعطاء التكييف القانوني لهذا العقد و تحديد ما هي القواعد الواجب التطبيق عليه، إلا أن الدارسين في هذا المجال يلاحظون ندرة الدراسات القانونية مما يحد من تعمق الباحثين في هذا الموضوع.

وبالرغم ما تواجه هذه الدراسة من صعوبات تجسدت خاصة في الندرة الشديدة للمرجع الجزائري في هذا الموضوع، وربما راجع إلى حداثة هذه العملية في الاقتصاد الجزائري، مما استلزم على الباحث الاستناد إلى

³ المادة 01 من القانون الفرنسي رقم 455/66 الصادر في 1966/07/02 و الذي نظم عملية الاعتماد الايجاري في فرنسا.

ما ورد في القضاء و الفقه الفرنسي و المصري و قد حاولنا في هذا العمل المتواضع أن نجيب على الإشكالية التالية:

- ما هو التكييف القانوني الأنسب لعقد الاعتماد الايجاري في ضل زمرة من العقود المنظمة في القانون المدني.

ومن اجل التعمق في الإشكالية محل المناقشة، تحيلنا طبيعة الموضوع وهذا بإبراز التكييف القانوني الأقرب و الملائم لهذا العقد من بين أنظمة العقود المسماة في القواعد العامة المنظمة بالقانون المدني وذلك من خلال مدى معرفة اتفاق الفقه و التشريع في تحديد الطبيعة الخاصة لعقد الاعتماد الايجاري.

و للإجابة على الإشكالية المطروحة كانت دراستنا هذه معتمدة على منهج المقارنة نضرا لحدثة هذا العقد وذلك من خلال محاولة تكييف هذا العقد مع زمرة من العقود المنظمة في القانون المدني وكذا إبراز ما هو عليه الحال في كل من فرنسا و مصر و كذا انتمائها إلى نظام قانوني واحد هو النظام القانوني اللاتيني، تم اعتماد التقسيم الثنائي وفق ما يلي :

و قد اعتمدنا على التقسيم الثنائي حيث تناول الفصل الأول التكييف عقد الاعتمادي الإيجاري في ظل النظريات التقليدية و هذا من خلال تقريبه من العقود المسماة التقليدية مثل البيع و الإيجار و القرض.... الخ وبيان أسس و تقدير التي اعتمدها أصحاب هذه النظريات وهذا للوصول إلى نتيجة تساهم في تحديد مدى ملائمة هذه العقود مع عقد الاعتماد الايجاري، في حين تناول الفصل الثاني التكييف عقد الاعتمادي الإيجاري في ظل النظريات الحديثة حيث اعتمد الفقهاء هذا الاتجاه نظرا لتعدد القوالب العقدية التي يشهدها الاعتماد الايجاري، و ظن أن في تحديد دورها و أهميتها حلا لإشكالية التكييف القانوني للعقد، فكانت نظريتنا العقد المركب و مركب العقود

الفصل الأول

تكيف عقد الاعتمادي الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

الفصل الأول: تكييف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

- يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري من العقود الحديثة نسبيا ، إذ أنه لم يظهر في الواقع العملي ، إلا بعد التطور التي عرفته البيئة التجارية و العلاقات الناشئة عنها ، فهو يجمع الكثير من القواعد القانونية الخاصة ببعض العقود التي نظمها المشرع ، و لذلك اختلف الفقه في عملية تكييفه و تحديد طبيعته القانونية ، و يرجع السبب في ذلك إلى عدم استقرار النظام القانوني لهذا الشكل الجديد من العقود ، إلا أنه حاول بعض الفقهاء إدراج هذا العقد مع العقود المسماة التقليدية و هذا راجع لتشابه الكبير بينهما في القواعد العامة في القانون المدني ، و بتالي إخضاعه قانونا لأحكام العامة ، و قد تعددت آراء الفقهاء في هذا الصدد بمحاولة إدراج عقد الاعتماد الإيجاري على عقد مسمى بعينه ، غير أن أغلب الفقهاء قد حذا حذو المشرع الفرنسي الذي عرف الاعتماد الإيجاري على أنه إيجار يسمح للمستأجر بتملك الأصل المؤجر أو ما أطلق عليه بإيجار المالي ، إلا أن هذا التكييف لم يكن محل إجماع حيث ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار العملية في جوهرها قرض يقترن به نقل الملكية على سبيل الضمان و منهم من كيفيه على أنه بيع يحتفظ فيه البائع بالملكية على سبيل الضمان .

الفصل الأول تكييف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

مما لا شك فيه أن التعريف التشريعي الذي قدمه المشرع الفرنسي لعقد الاعتماد الإيجاري في القانون رقم 455/66 كان له الدور البارز في تبني هذا الاتجاه ليس فقط من جانب عظيم من الفقه الفرنسي بل لأغلب التشريعات المقارنة المنظمة لعمليات الاعتماد الإيجاري¹ بل أغلب الأحكام القضائية تبنت هذا التكييف.

فالمشرع الفرنسي عرفه على أنه عقد إيجار يجب فيه السماح للمستفيد بتملك الأصل في نهاية مدة الإيجار.

وفي أعقاب صدور هذا القانون تبلورت نظرية الإيجار المالي لتحديد طبيعة عقد الاعتماد الإيجاري القانونية ويتضح من تسمية النظرية أن العقد في الأصل هو عقد إيجار وإنما جوهره يعبر عن علاقة ائتمانية ومالية تربط بين طرفيه (شركة الاعتماد الإيجاري و المستفيد)، و قد أدى ذبوع هذه النظرية إلى تبنيها من طرف القضاء الفرنسي في أغلب أحكامه القضائية و لعل أبرز حكم في هذا يعود إلى ما قضت به محكمة الاستئناف في ليون على أن الاعتماد الإيجاري عقد إيجار طبقا لإرادة المشرع رغم ما تبينه المحكمة من غياب الآثار التقليدية لعقد الإيجار في العلاقة الناشئة بين شركة الاعتماد الإيجاري و المستفيد و بالتالي لم يكن في وسع المحكمة تفادي ما فرضه المشرع الفرنسي في تكييفه للعقد².

وهو أيضا ما ذهبت إليه الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية باعتبارها عقد الاعتماد الإيجاري أساسا إيجار بغض النظر عن طبيعته المالية و عن طابعه المعقد³، و أكدته كذلك الغرفة الجنائية بإدانة مستأجر بموجب عقد اعتماد إيجاري بارتكاب جريمة خيانة الأمانة⁴ تأسيسا على أحكام المواد 406 و 408 من قانون العقوبات الفرنسي .

وعليه فإن محور الدراسة لنظرية الإيجار المالي سيكون كالتالي :

نعرض في المطلب الأول أسس نظرية الإيجار المالي كما صاغها أنصارها في الفقه الفرنسي إلا أن الإجماع لم ينعقد حولها في ذلك الفقه حيث لا تلتزم تحليلاته العلمية بما قد يذهب إليه المشرع، و نعرض تقدير نظرية الإيجار المالي من وجهة رأي الفقهاء والنقاد في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أسس نظرية الإيجار المالي

¹ يعرف المشرع المصري عقد التأجير التمويلي العقاري في المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون رقم 95 سنة 1995 على أنه "كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى المستأجر عقارات أو منشآت يقيها المؤجر على نفقته بقصد تأجيرها للمستأجر..."
²د/هاني محمد دويدار، النظام القانوني لتأجير التمويل، مكتبة الإشعاع القانونية، الطبعة الثانية 1998 ص 668 .

³CASS.Crim 04 juillet 1972 Bul.Civ.IV N 213 .

⁴CASS.Crim 14 fevrier 1979 Gaz.pol 1979.2 403.

الفصل الأول تكييف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

يتضح لنا من هذه النظرية أن الإيجار المقترن بوعده منفرد بالبيع يعد العنصر الجوهرى الداخلى فى تكوين الاعتماد الإيجارى أى أنه الأداة الرئيسية لترتيب آثاره ولا يختلف عقد الاعتماد الإيجارى فى طبيعته القانونية بحسب الأحوال ما إذا كان واردا على منقول أو على عقار أو كان هذا الاعتماد الإيجارى لاحقا (مرتدا).

فيتبين لنا أن أول حكم قضائى اقر بالطبيعة الإيجارية لعقد الاعتماد الإيجارى كان قبل صدور قانون 02 يوليو 1966¹، وحتى بعد هذا التاريخ صار تكييف عقد الاعتماد الإيجارى على أنه إيجار مقترن بوعده بالبيع تكييفا رسميا فى فرنسا وحتى فى مختلف الدول الأوروبية، ولذلك سوف نقوم بدراسة اسس هذا التكييف بهذه النظرية فى فرعين منفصلين كما يلى :

(فرع الأول) الإيجار فى عقد الاعتماد الإيجارى، (فرع الثانى) الوعد بالبيع فى عقد الاعتماد الإيجارى .

الفرع الأول: الإيجار فى عقد الاعتماد الإيجارى

يعتبر أن الإيجار فى إطار عقد الاعتماد الإيجارى ليس إيجارا تقليديا وهو ما يترتب عنه أنه متى كان الوعد بالبيع ضروريا لانتقال ملكية الأصل إلى المستفيد فى نهاية مدة العقد يصير هذا الوعد بالبيع ركنا جوهريا فى العقد حيث أننا لا نكون بصدد عقد اعتماد إيجارى إذا انتفى الوعد، وإنما نكون بصدد عقد إيجار تقليدى، وبخصوص ما يميز الإيجار إثناء سريان مدة العقد التى ينتفع المستفيد خلالها بالأصل، فيذهب أنصار هذه النظرية إلى أن الإيجار هو ثوب الاعتماد الإيجارى من حيث الشكل إلا أن جوهره يعبر عن علاقة مالية ليست من قبيل علاقات الائتمان التقليدية.

ولقد تم استغلال الطبيعة المكتملة لقواعد عقد الإيجار حيث يمكن القول عموما أنه تم استبعاد أحكام الإيجار المتعارضة مع الطبيعة الائتمانية المحصنة للعقد، وتم فى المقابل تضمين عقد الاعتماد الإيجارى من الأحكام ما يتفق مع تلك الطبيعة.

ويرى بعض أنصار هذه النظرية إلى الطابع المالى للإيجار من أجل تفسير كل تناقض ظاهر بين الطبيعة المالية للاعتماد الإيجارى وبين تكييف العقد قانونا أنه عقد إيجار، وذلك أن الاعتماد الإيجارى يمثل من الوجهة الاقتصادية قرضا نقديا يتم إهلاكه واستيفاء فوائده من خلال مدة الإيجار.

¹Tribunal de commerce de la rochelle 26 juin 1964 JCP 1965 II 1433 1bisnotelelor.

الفصل الأول تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

وعلى ضوء هذه الحقائق يمكن تفسير الخصائص المميزة لعقد الإيجار في إطار الاعتماد الإيجاري، ويحب أن تكون مدة الإيجار غير قابلة للإلغاء حتى يتم إهلاك كامل رأس المال الموظف في الصفقة ويصبح أيضا من الطبيعي أن تتحدد قيمة أقساط الأجرة على أساس ما استثمرته الشركة الممولة من رأسمال في سبيل تنفيذ الصفقة، فالأقساط لا تمثل فقط مقابل انتفاع وهي غير قابلة للمراجعة.¹

فيقتصر دور الشركة على التمويل فمن البديهي أن يتم إعفاؤها من الالتزامات التي تثقل كاهل المؤجر التقليدي كما يجب إعفاؤها من المخاطر التي قد تنشأ عن استعمال الأصل داخل المشروع المستفيد.

وتؤكد جل التشريعات أن العقود الإيجار طويلة الأجل هي عملية مالية وتجارية تتم بين طرفين، أولهما يسمى الطرف المؤجر فيضع تحت تصرف الطرف الثاني وهو المستأجر حق استخدام مالا منقولاً كان أم عقارا، لفترة محددة مقابل دفع هذه الأخيرة أجرة.

فلاحظ من الوهلة الأولى أن موضوع عقد الإيجار يلعب دورا أساسيا في عقد الاعتماد الإيجاري الذي هو في الأصل إيجار منقول أو عقار مقابل تقديم أجرة، كما يسمح للمستأجر فيه في نهاية مدة الإيجار بخيارات ثلاث تتمثل في: شراء المال المؤجر أو تجديد عقد الإيجار أو رد المال لمالكه.² وفي المقابل يهدف المؤجر إلى استثمار أمواله عن طريق وضع الأصل بعد اقتنائه تحت تصرف المستأجر مقابل الحصول على ثمنه ونفقات اقتنائه والفائدة من خلال مجموع أقساط الأجرة التي يدفعها هذا الأخير بصورة دورية طيلة مدة الإيجار ويبقى ضمانها في ذلك هو احتفاظها بملكية الأصل، فالاعتماد الإيجاري يفصل تماما بين حق الملكية (الملكية القانونية) وحق استعمالها (الملكية الاقتصادية).

وقد استند أنصار هذه النظرية في طرحهم إلى التشابه الشديد بين عقدي الإيجار والاعتماد الإيجاري خاصة في العناصر الأساسية التالية:

* من حيث المنفعة فكلا العقدين يرد على المنفعة حيث يمتلك المستأجر بموجب العقد حق الانتفاع بالأصل المؤجر طوال مدة العقد مع بقاء ملكية الأصل في يد المؤجر.

* من حيث إنشاء كل من العقدين على ذات الأركان الموضوعية الخاصة والعناصر الجوهرية لانعقاد من تراضي ومحل والسبب وحتى الأركان الشكلية المتمثلة في الكتابة الرسمية وإجراءات الشهر العقاري.

¹ بلعزام مبروك، الاعتماد الإيجاري للمنقولات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون الخاص، جامعة فرحات عباس سطيف 2003، ص 65
² د/ بوبكار: الخصائص القانونية للاعتماد الإيجاري لدى البنك الإسلامي للتنمية، مداخلة أقيمت في الملتقى حول الاعتماد الإيجاري المنعقد يومي 24 و 25 فبراير بالجزائر .

الفصل الأول تكيف عقد الاعتمادي الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

* من حيث التزامات طرفي العقد فكل العقدين يلتزم فيها المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طوال مدة الايجار، ويلتزم المستأجر بالمحافظة على الأصل المؤجر ودفع بدل الإيجار.¹

وبالرغم من كافة أوجه التشابه الشديد بين العقدين إلا أنه نستطيع القول على أن عقد الإيجار كونه هو الجزء الأهم فالاعتماد الإيجاري من حيث الشكل، إلا الاعتماد الإيجاري يعبر عن علاقة مالية ليست من قبيل علاقات الائتمان التقليدية ولكنها علاقة من نوع خاص غير مسبوق، فالإيجار شكل تعاقدية يحقق من خلاله عقد الاعتماد الإيجاري علاقة الائتمان ويترتب على ذلك تهيئة أحكام الإيجار التقليدي لتحقيق الجانب الائتماني وهو ما ينجم عنه استبعاد أحكام الإيجار المتعارضة مع الطبيعة الائتمانية المحضة للعقد وتضمن عقد الاعتماد الإيجاري الأحكام المتفقة مع هذه الطبيعة، ومثال على الأحكام المستبعدة إعفاء شركة الاعتماد الإيجاري من أعباء الصيانة وضمان العيوب الخفية، ومثال على الأحكام الجديدة المتفقة مع الطبيعة الائتمانية إعفاء الطابع الشخصي على العقد أو تحديد التعويض الاتفاقي على نحو يقربه من الاتفاق على سقوط الأجل.²

الفرع الثاني: الوعد بالبيع في عقد الاعتماد الإيجاري

يجد الوعد بالبيع مكانة طبيعية في عقد الاعتماد الإيجاري لأن ملكية الأصل تمثل ضمانا بالنسبة للشركة الاعتماد الإيجاري ضد مخاطر إفسار المستفيد، والمستفيد من جهة أخرى في حقيقة الأمر يوفي بثمن الأصل المؤجر من أقساط الأجرة، ويترتب عن ذلك انه من البديهي بل إنه من العادل السماح للمستفيد بتملك الأصل عند نهاية مدة الإيجار، إذا ما أبدى هذا الأخير رغبته في الشراء وهذا ضمن خيار ثلاثي يمنح له بالشراء أو تجديد الإيجار أو رد الأصل إلى المؤجر.³

ومن المعلوم أن الوعد الملزم للشركة المؤجرة تتحقق فيه جميع أحكام الوعد بالبيع التي تتضمنها القواعد العامة في العقود، وهذا يعتبر ركنا جوهريا في عقد الاعتماد الإيجاري لأنه هو الذي يكفل استفادة المستفيد في عقد الاعتماد الإيجاري بعد انتهاء مدة الإيجار، وإذا لم يتضمن عقد الاعتماد الإيجاري وعدا بالبيع ملزم لجانب واحد كنا في الواقع الأمر أننا أمام عقد إيجاري عادي وهذا من أوجه الاختلاف بين العقدين.

¹ بسام هلال مسلم القلاب، التأجير التمويلي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الراجحة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009 ص 48.
² إلياس ناصيف، العقود الدولية (عقد اللينغ) أو الإيجار التمويلي في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2008 ص 105.
³ هشام بن الشيخ، الاعتماد الإيجاري للعقارات، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح وقلة، 2007، ص 67.

الفصل الأول تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

ويرى أنصار نظرية الإيجار المالي أن وجود الوعد بالبيع أمر ضروري لاستكمال بناء هذه النظرية وذلك بالنظر للدور الذي تلعبه ملكية الأصل باعتبار أقوى ضمان للشركة المؤجرة ضد مخاطر افسار المستفيد أو إفلاسه لكن بالمقابل فإن المستفيد يكون عند نهاية الإيجار قد أوفى بثمن الأصل المؤجر وتكاليف إتمام صفقته و هذا من خلال أقساط الأجرة المدفوعة، وهنا تظهر أهمية الإيجار المالي وطابعه المميز في عقد الاعتماد الإيجاري من جهة على أنها أساس قانوني للاسترداد شركة الاعتماد الإيجاري لأصل رأس المال والحصول على فوائده¹، ومن جهة أخرى تسمح للمستفيد باكتساب ملكية الأصل المؤجر بصفة مجزأة ومضطردة دون أن يكون لذلك أي انعكاس على مضمون العقد لا من الناحية الاقتصادية ولا من الناحية القانونية. فالعقد في جميع الأحوال هو عقد إيجار ويؤكد في هذا الصدد الأستاذان « BEY » « GAVALDA » أن اكتساب الملكية بصفة مجزأة ومضطردة يتحقق في ذهن المستفيد باعتباره الغاية التي يسعى إلى تحقيقها، ولاشك أن القول بذلك يهدف إلى الحيلولة دون إمكانية تكيف عقد الاعتماد الإيجاري بأنه عقد بيع بالتقسيط فيه البائع بملكية الأصل على سبيل الضمان.

المطلب الثاني: تقدير نظرية الإيجار المالي

تثير هذه النظرية التساؤل حول مدى إمكانية التوفيق بين الاعتراف بالطبيعة الإيجارية للعلاقة واستبعاد جميع الآثار التقليدية التي تترتب على عقد الإيجار، ففي نظر البعض لا بأس من الخروج على القاعدة المكتملة والاعتداد بدور الإيرادات الخاصة في تنظيم جانب من العلاقة على وجه مخالف لحكم القاعدة، ولكن في مجال الاعتماد الإيجاري نلاحظ إهدار كلياً ونمطياً للأحكام عقد الإيجار برمتها أدى إلى تشويه الإيجار فيما يتم إعادة النظر في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الإيجاري.²

وللوصول إلى تقدير الأنسب لنظرية ارتأينا أن نقسم المطلب الأول إلى فرعين منفصلين، (الفرع الأول) نتكلم فيه عن علاقة عقد الاعتماد الإيجاري وعقد الإيجار و (الفرع الثاني) الفروقات بين عقد الاعتماد الإيجاري وعقد الإيجار.

الفرع الأول: علاقة عقد الاعتماد الإيجاري وعقد الإيجار

¹ علاء الدين فواز الخصاونة، التكيف القانوني لعقد الإيجار التمويلي، ط 1، دار العلية للنشر والتوزيع ودا الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002 ص46.

² Bey et Christian Gavalda le crédit bail mobilier collection, que sais -je puf paris 1er edition 1981 p110.

الفصل الأول تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

إن شركة الاعتماد الإيجاري ومحاولة منها لفرض هيمنتها المطلقة على المضمون الاتفاقي للعقد صارت تورد مسمى الإيجار على نماذج العقود المطبوعة المقدمة إلى عملائها وهذا نظرا لما يوفره عقد الإيجار من أهمية لمصالحها ويتمثل هذا في نقاط الرئيسية الآتية:

* يمثل عقد الإيجار السند القانوني لاحتفاظ الشركة بملكية الأصل طوال مدة العقد، فضلا عما يقرره من جواز الاحتجاج بالملكية في مواجهة الغير.

* يجول قالب الإيجار دون إمكانية تكيف العقد بأنه عقد قرض أو عقد بيع بالتقسيط، وتتفادى شركة الاعتماد الإيجاري بذلك الخضوع لأحكام القانون رقم 1010/66 الصادر 28 ديسمبر 1966 والذي يهدف إلى رد الفائدة الاتفاقية الربوية إلى حدود معقولة.

* تتسم القواعد العامة في عقد الإيجار بالطابع المكمل لإدارة المتعاقدين، مما يسمح لشركة الاعتماد الإيجاري بتفادي جل الأعباء والمسؤوليات الناشئة عنه من جانب وتكليف المستفيد من تبعاته من جانب آخر.

* وأخيرا يضفي قالب الإيجار على عقود الاعتماد الإيجاري حماية فعالة لشركات الاعتماد الإيجاري ضد خطر تصرف المستأجر المستفيد في المنقول المؤجر، بوصف عقد الإيجار من عقود الأمانة في مفهوم تقنين العقوبات.¹

وعلى ضوء ما تقدم تأتي نظرية الإيجار المالي تعزيزا لمسلك شركات الاعتماد الإيجاري وتبريرا بمركز المستأجر المستفيد الفريد كما يتحدد على ضوء الأحكام الاتفاقية للعقد، فتكيف العقد بأنه إيجار يسمح لشركة الاعتماد الإيجاري بتحقيق الأهداف المشار إليها أعلاه، أما وصفه بأنه إيجار مالي ففيه تبرير لعدم ترتيب الآثار التقليدية لعقد الإيجار وإقرار لما يذهب إليه العقد من تحديد حقوق والتزامات المستأجر المستفيد ونطاق المسؤوليات التي يتحملها، وأيد ذلك أنصار نظرية الإيجار المالي من تطبيق ما جاء في أحكام المرسوم رقم 960/53 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1953 على عقود الاعتماد الإيجاري العقاري، وتتضمن أحكام هذا المرسوم أحكاما خاصة بإيجار العقارات المخصصة للأعمال التجارية بمفهومها القانوني أو ما يسمى بالإيجار التجاري.

الفرع الثاني: الفروقات بين عقد الاعتماد الإيجاري و عقد الإيجار

¹ هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص596.

الفصل الأول تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

فبالرغم من توجه التشريع في فرنسا إلى اعتبار عقد الاعتماد الإيجاري عقد إيجار و إقرار القضاء في فرنسا حتى قبل صدور قانون 455/66 أن جوهر الاعتماد الإيجاري هو عقد إيجار يقترن بوعد منفرد بالبيع¹ بل إن هذا التكيف يكاد يسود مختلف الدول في أوروبا² إلا أن عديد الفقهاء ذهب إلى استبعاد فكرة القالب الإيجاري لعقد الاعتماد الإيجاري استنادا إلى الفروق الجوهرية بين الاعتماد الإيجاري و الإيجار التقليدي و تتمثل في نقاط الأساسية التالية :

- يمثل محور عقد الاعتماد الإيجاري هو عملية التمويل و هو ما لا يوجد في عقد الإيجار التقليدي .
- عقد الإيجار عقد بسيط بين طرفين يلتزم أحدهما يتمكن الآخر لإنقاذ يعين محدد مقابل التزام الثاني بدفع مقابل مالي لذلك أما عقد الاعتماد الإيجاري فهو عملية مركبة تحتاج لأكثر من طرفين و عدة علاقات قانونية مختلفة (بيع، و وعد بالبيع، وكالة، إيجار....)
- اختلاف الإلتزامات الناشئة عن العقدين حيث تعفى الشركة المؤجرة في عقود الاعتماد الإيجاري من الإلتزامات المتعلقة بالصيانة العين المؤجرة و تحمل تبعة هلاكها بقوة قاهرة و هو ما يترتبه عقد الإيجار العادي .
- في عقد الاعتماد الإيجاري ارتفاع قيمة الأجرة التي يدفعها المستأجر عن تلك التي يلتزم المستأجر في عقد الإيجار العادي بدفعها و هذا لاشتمالها على عناصر عديدة تتجاوز مجرد مقابل الانتفاع بالأصل ، حيث يوضع في الاعتبار عند تقديرها تغطيتها الثمن الشراء المدفوع من قبل شركة الاعتماد الإيجاري و النفقات و المصاريف التي تكبدها في سبيل إتمام صفقته الشراء و إضافة إلى تحقيق هامش من الربح³.
- يتمتع المستأجر في عقود الاعتماد الإيجاري بخيار ثلاثي عند انتهاء مدة الإيجار يمنح له الخيرة بين إعادة التأجير بشروط اقل حدة من حيث قيمة الأجرة و مدة الإيجار أو تملك الأصل المؤجر مقابل دفع مبلغ رمزي لا يمثل ثمن الأصل في السوق و إنما يقابل ما تبقى من قيمة الأصل و الذي لم يتم إهلاكه من خلال أقساط الأجرة أو إعادة الأصل الى الشركة المؤجرة ، أما في عقود الإيجار التقليدي فلا يملك المستأجر هذه الخيرات و إنما يكون عند انتهاء العقد ملزما برد العين المؤجر للمالك لها .

¹ Tribunal de commerce de la rochlle le 26 juin 1964 ,jcp 1965 II 1433 1bis ,note le loup.

² تقر المحاكم المدنية في ألمانيا أن جوهر الاعتماد الإيجاري يكمن في عقد الإيجار ، ومنذ صدور حكم محكمة جاند في بلجيكا بتاريخ 28 جوان 1996 استقر القضاء البلجيكي على اعتبار عقد الاعتماد الإيجاري على أنه إيجار على الرغم من اعتراف الفقه البلجيكي بالصيغة غير الواقعية للإيجار في الاعتماد الإيجاري راجع هذا الشأن ، هاتي محمد دويدار ، المرجع السابق ص 587 الهامش رقم 3،

³ نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية 2005 ، ص 121-

الفصل الأول تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

- وقد لاقت هذه النظرية العديد من إنتقادات إلا أن التشريع و حتى القضاء الفرنسي في أغلب أحكامه قد انتصر لنظرية الإيجار المالي إذ يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري من الوجهة القانونية على انه عقد إيجار لكنه يتميز بطابعه المالي الذي يستبعد بعض أحكام الإيجار التقليدي و حتى بعض أحكام الإيجار التجاري المتعلق بإيجار العقارات المخصصة لمزاولة أغراض تجارية ، و إن كان القضاء في فرنسا في بعض أحكامه كان يستدل بنية تملك المستفيد للعقار المؤجر لإبراز الطابع المالي لعقد الاعتماد الإيجاري ، لكنه على الرغم من ذلك لم يعد النظر في تكيف العقد و لا يرى فيه بيعا مع احتفاظ شركة الاعتماد الإيجاري بملكية العقار على سبيل الضمان¹

المبحث الثاني: نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان

يميل بعض الفقهاء الفرنسيين إلى تكيف عقود التمويل على أنها عقود قرض وتندرج ضمن العقود المسماة التي نظمها المشرع الفرنسي رغم كون القروض أحد ظواهر التمويل وينطوي تحتها، ولم يسلم عقد الاعتماد الإيجاري من تلك المحاولة لتحديد طبيعته القانونية، إذ لاشك أن الغاية الجوهرية منه تتمثل في تمويل استثمار محدد للمستأجر (المستفيد)، ومع ذلك ليس من المقطوع به أن تتفق أحكام العقد الاتفاقية مع أحكام

¹ هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص 604 .

الفصل الأول تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

عقد القرض كما ينظمها التقنيين المدني الفرنسي، فنعرض الأسس والمقومات التي تقوم عليها النظرية القرض كما صاغها أنصارها ثم نتولى تقديرها.

المطلب الأول: أسس نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان

وضع الأستاذ calon دعائم هذه النظرية ، فقد ذهب أن عقد الاعتماد الإيجاري هو قرض تمنحه شركة الاعتماد الإيجاري التي تعتبر المؤجر إلى الطرف الثاني المستفيد ، و يتقرر بموجبه احتفاظ الشركة المؤجرة بملكية الأصل على سبيل الضمان إلى حين استرداد كل قيمة القرض وبالمقابل بتقرر المستفيد حق الانتفاع بالأصل طوال مدة العقد طبقاً لأحكام الإيجار الذي لا يلعب في عملية الاعتماد الإيجاري إلا دوراً ثانوياً لا يمكنه من فرض طابعه على عقد الاعتماد الإيجاري،¹ فمن صور التمويل يعتبر الاعتماد الإيجاري صورة حديثة يكون جوهر العملية فيها الضمان المقرر للشركة المؤجرة من خلال ملكيتها للأصل الممول ، فالاحتفاظ بالملكية يعتبر عنصراً جوهرياً من أركان العقد وما يبرر ذلك أيضاً هو اتجاه إرادة الطرفين إلى اعتباره كذلك و ليس مجرد اتفاق ثانوي يتبع اتفاق التمويل .

الفرع الأول: احتفاظ الشركة المؤجرة بملكية الأصل على سبيل الضمان

يوجز calon فكرته في العبارة التالية " إن مهمة شركة الاعتماد الإيجاري لا تكمن مطلقاً في تملك الأصل لأجل تأجيره، وإنما

تكمن في إقراض النقود مقابل تملك الأصل على سبيل الضمان،² ثم يضع الكاتب فكرته موضع الإختبار من خلال تفسير الأحكام الإتفاقية لعقد الإعتماد الإيجاري، فالشركة الممولة لا تملك الأصل إلا على سبيل

¹ هشام بن الشيخ، الاعتماد الإيجاري للأموال غير منقولة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة باتنة، 2018، ص125

² CALON :la coction Des biens d'équipement ou leasing D.S 1964 p98 .Calon,la location

الفصل الأول تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

الضمان لها، وبالتالي تزيل عن كاهلها كافة تبعات الملكية أو الانتفاع بالأصل ، كما أن قيمة الأجرة في عقد الاعتماد الإيجاري تتعارض تعارضا صارخا مع المفهوم التقليدي للإيجار والذي يجعل الأجرة مقابلا لإنتفاع بالعين المؤجرة ، فالدفعات النقدية التي يلتزم المستفيد بدفعها طوال مدة العقد ، وأحيانا من قبل بدء إنتفاعه بالأصل ،تمثل في الأصل ردا لثمن الأصل الذي أوفته شركة الاعتماد الإيجاري في صورة القرض الممنوح قد تضاف إليه أجرة لا تمثل مقابل الإنتفاع وإنما هي فائدة لتوظيف رأس المال ، فتحديد ثمن الاعتماد الإيجاري يتم وفق معادلة مالية لا تأخذ في الإعتبار القيمة الإيجارية للأصل .

ومتى إستوفت الشركة المؤجرة مبلغ القرض لم يعد للضمان الذي يقرر لها أدنى جدوى ، لذلك تمنح للمستفيد خيار تملك الأصل في نهاية مدة العقد، وتعتبر مهمة شركة الاعتماد الإيجاري بالنسبة لـ CALON لا تكمن مطلقا في تملك الأصل لأجل تأجيله وإنما في إقراض النقود مقابل تملك الأصل على سبيل الضمان¹.

وقد أيد GIOVANOLI هذا الرأي و إستكمل بناء هذه النظرية خاصة وأن الأساس القانوني في عقد CALON رغم سلامته إلا أنه إعتراه بعض النقص خاصة فيما يتعلق بتحديد طبيعة الضمان المقرر للشركة المؤجرة المتمثل في الإحتفاظ بالملكية ومكانته بين أحكام الحقوق العينية.

الفرع الثاني: الخيار الثلاثي بالنسبة للطرفين

يشير GIOVANOLI إلى أن منح الخيار الثلاثي لا يكون مقورا للمستفيد في ممارسات جميع شركات الاعتماد الإيجاري في مختلف الدول وبالتالي لا يمكن إعتباره من العناصر الجوهرية لتكيف عقد الاعتماد الإيجاري ، كما أن هذا الخيار تنتفي الحاجة إليه في حالة ما إذا كنا بصدد عقد اعتماد إيجاري لمبان مقامة على أرض مملوكة للمستفيد حيث أن هذا الأخير سيملك الأصل المبني بقوة القانون طبقا لأحكام الالتصاق في القواعد العامة ، والعقد في هذه الحالة يكون خاليا من الخيار الثلاثي وبالتالي لا يوجد أي شك في أن

¹ بسام هلال القلاب،المرجع السابق، ص53

الفصل الأول تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

جوهر عملية الاعتماد الإيجاري هو قيام الشركة بإقراض المستفيد مبلغا من النقود التي يلتزم بردها على شكل أقساط دورية¹ ، ولا ترضى شركة الاعتماد الإيجاري عن ملكية الأصل محل التمويل بديلا كضمان لاسترداد مبلغ القرض ، بينما يتحفظ المستفيد بالانتفاع بهذا الأصل ، ولتحقيق أهداف الطرفين وترتيب الآثار القانونية فإن الأمر يحتاج إلى تضافر أربعة أعمال قانونية تتمثل في :

- قيام البائع (مورد الأصل) ببيعه إلى المستفيد.
 - إقراض شركة الاعتماد الإيجاري مبلغ من النقود إلى المستفيد
 - توكيل المستفيد لشركة الاعتماد الإيجاري بدفع المبلغ المقترض إلى البائع
 - قيام المستفيد بنقل ملكية الأصل إلى شركة الاعتماد الإيجاري دون أن يتخلى عن حيازته
- وتجدر الإشارة إلى أنه يقر بأن تلك الأعمال القانونية الأربعة لا تظهر بهذا الوصف في العمل، وإنما تتعرض لعملية إختزال لا تحول دون تحقيق الأهداف المنشودة ، فالمبلغ النقدي مصيره إلى أن سيستلمه البائع وملكية الأصل ومصيرها إلى يد الشركة الاعتماد الإيجاري ويمكن تحقيق هذين الأمرين عن طريق إبرام عقد يربط مباشرة شركة الاعتماد الإيجاري وبائع (موزد) الأصل دون الحاجة إلى تدخل المستفيد ، ولا تغير هذه العلاقة المباشرة في الأمر شيئا لأن الشركة توفى ثمن البائع بوصفها وكيلة من المستفيد (المقترض) وهذا الأخير يتلقى الأصل مع إحتفاظ شركة الاعتماد الإيجاري بملكيته².

وعلى ضوء ذلك لا يتعدى حق الملكية سوى ضمان لاسترداد القرض واستيفاء نفقات شركة الاعتماد الإيجاري المالية منها والعامة، واستحقاق هامش الربح المقرر لها ، ويصير بديها أنه مع وفاء المستفيد لتلك المبالغ يفرغ هذا الضمان من كل جدوى قانونية بالنسبة لشركة الاعتماد الإيجاري ، ويسترد المستفيد ملكية الأصل في نهاية هذا العقد ، إلا أنه لأسباب ضريبية ومحاسبية من جانب وخشية تكيف العقد بأنه بيع إيجاري أو بيع بالتنقيط مع الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان من جانب آخر لجأت شركات الاعتماد الإيجاري إلى منح المستفيد خيار ثلاثي بدلا من الإتفاق على انتقال الملكية إليه بقوة القانون في نهاية مدة العقد .

و يترتب على ذلك أن الثمن المتفق عليه كمقابل تملك المستفيد للأصل هو في حقيقة الأمر آخر قسط لمبلغ القرض ، نزول مع وفاء المستفيد له أهمية الضمان بالنسبة إلى شركة الاعتماد الإيجاري فيسترد المستفيد

¹ احري بالذكر أن الفقيه "Giovanoli" صاغ نضر بته هذه بعد إجراء دراسة مقارنة للإعتماد الإيجاري في دول عديدة في أوروبا كفرنسا ،ألمانيا ،بلجيكا ،سويسرا، المملكة المتحدة، و حتى الولايات المتحدة الأمريكية ولم يتقيد بقانون وضعي لدولة بعينها .

²Giovanolimario.opcit N°18 p 376.

الفصل الأول تكيف عقد الاعتمادي الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

ملكية الأصل ، و يجب تفسير الخيار الثلاثي على هدى هذه الحقيقة ، فيكون مدة العقد إهلاكا للقيمة المحاسبية المتبقية للأصل ، أما إذا قام المستفيد برد الأصل إلى الشركة الاعتماد الإيجاري فتكون بصدد وفاء المقابل لذلك القسط الأخير من مبلغ القرض، و هذا ما يفسر أن القسط الأخير من القرض ، أي ثمن تملك المستفيد للأصل ، يعادل القيمة المحاسبية المتبقية للأصل في أغلب الفروض و لا يجاوزها في جميع الأحوال ، و بذلك يمكن لحق الملكية أن يؤدي دوره كضمان حتى بالنسبة إلى هذا القسط الأخير إذا ما اختار المستفيد رد الأصل إلى شركة الاعتماد الإيجاري .

ثم يجتهد صاحب النظرية في تحديد طبيعة الروابط القانونية الناشئة بين شركة الاعتماد الإيجاري و المشروع المستفيد ، و يذهب إلى القول أن الشركة تترك الانتفاع بالأصل المستفيد لإن سلوكها في هذا مشابه لسلوك الدائن المرتهن لأحد الأموال المدين رهنا رسميا أو لمن يتصرف في ماله مع الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ،¹ وتتولى شركة الاعتماد الإيجاري الإدارة القانونية للأصل الممول بوصفها وكيلة عن المستفيد ، فالشركة لا تستبقي لحسابها من الممكنات التي يقررها حق الملكية سوى تلك الضرورية لتأمين فعاليته كأداة ضمان ، أما فيما يجاوز ذلك فإن الشركة تدير الأصل لحساب المستفيد حتى يتسنى لها وضعه تحت تصرفه في نهاية مدة العقد.²

غير أنه و إزاء الترابط الوثيق بين شراء الأصل من البائع و بين منح الإئتمان إلى المستفيد يتسع نطاق التزامات هذا الأخير في مواجهة شركة الاعتماد الإيجاري ، و يتحمل نتيجة ذلك التداخل بين الظاهرتين جميع الأعباء و المخاطر الناشئة عن الانتفاع بالأصل و من شأن ذلك جعل المستفيد في مركز شبيه بمركز المنتفع بالأصل حتى كان حق الانتفاع ناشئا عن العقد ، ففي مثل هذه الحالة يتسم سلوك مالك الرقبة بسلبية تامة فيما يتعلق باستعمال المنتفع للأصل و إستغلاله ، وهو ما يتسم به سلوك شركة الاعتماد الإيجاري أيضا اتجاه المستفيد

المطلب الثاني: تقدير نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان

يمكن القول أن نعتير القرض قد يعين على تحليل عقد الإعتماد الإيجاري بالخصوص من الوجهة الإقتصادية وأن محور الإعتماد الإيجاري إقتصاديا هو عملية التمويل كما أن القول أن الإعتماد الإيجاري قرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان قد يكون سببا في توفير بعض المزايا سيما فيما يتعلق بالدور المنوط بحق الملكية

¹ هشام بن الشيخ، الاعتماد الإيجاري للأموال غير منقولة، المرجع السابق، (ص128) .

² هاني محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص 211 .

الفصل الأول تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

في إطار عملية التمويل¹ وكذلك تفسير ظاهرة تحمل المستفيد لكل ما قد ينجم من أعباء ومخاطر الناشئة عن انتفاعه بالأصل وإعفاء شركة الاعتماد الإيجاري منها .

الفرع الأول: الإنتقادات التي واجهتها النظرية

وجه أنصار نظرية الإيجار المالي عدة إنتقادات لنظرية القرض من نقل الملكية على سبيل الضمان لمحاولة تكيف هذه الأخيرة على أنها عقد اعتماد إيجاري ، فيرى أنصار هذه النظرية بأن القرض يعين على تحليل العقد من الوجهة الإقتصادية وإنما لا يمكن على أساسه تحديد طبيعة العقد القانونية ، ولا يمكن من جانب آخر القول بقيام المستفيد بنقل ملكة الأصل إلى شركة الاعتماد الإيجاري على سبيل الضمان ، لأن العقد لا يبدأ سريانه إلا في أعقاب إمتلاك الشركة للأصل مما لا يصح معه القول بأن المستفيد يقوم بنقل للشركة مالا هو مملوك لها ، وعلاوة على ذلك فإن القواعد العامة في القانون المدني الفرنسي نظمت التأمينات العينية على سبيل الحصر ولم يندرج من بينها عقد الاعتماد الإيجاري كما لا يجوز الإستدلال على طبيعة القرض بالطريقة التي تحدد بها الأجرة في عقد الاعتماد الإيجاري لأنه وإن كانت الأجرة تقدر على أساس وضع مبلغ نقدي تحت تصرف المشروع المستفيد لا على شكل دفع مقابل تملك الأصل إلا أم هذا لا يجعلنا نتجاهل أنها تكون مستحقة مقابل إنتفاع المستفيد بالأصل طيلة مدة العقد.²

ولا يمكن من جانب آخر إغفال مركز المستفيد كمستأجر للأصل ، رغم الدواعي التي تملي تمكينه من إكتساب ملكيته في نهاية مدة الإيجار ، ولا يجوز إنزال حق الملكية إلى مصاف التأمين العيني ، وذلك لأن إجبار شركة الاعتماد الإيجاري على الإحتفاظ بالملكية بالرغم من سداد المستفيد كامل أقساط الأجرة يتعارض مع المفهوم المبدئي للتأمين العيني الذي ينقضي حتما مع إنقضاء الدين المضمون به .

وتجدر الإشارة إلى أن لنظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان مزايا وعيوب ومن مزاياها أنها تبرر الدور المنوط بحق الملكية في إطار الاعتماد الإيجاري ، وكذلك تفسيرها لظاهرة تحمل المستفيد لكافة الأعباء والمخاطر الناشئة عن الإنتفاع بالأصل، إلا أن ما يعيبها هو تحديد طبيعة الروابط القانونية الناشئة بين طرفي العقد ، ففي فكرة الأستاذ "CALON" نعود إلى قالب الإيجار لتفسير مركب المستفيد من الإنتفاع بالأصل ، إلا أن للإرادات الخاصة دورها في تهيئة عقد الإيجار ليصير ملائما لعلاقة الإنتمان ، ونكون بذلك قد دنونا من نظرية الإيجار المالي في تفسير الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد ، أما الأستاذ

¹ بسام هلال مسلم ، النظام القانوني للتأجير التمويلي ، المرجع السابق، ص610.

² علاء الدين فواز الخصاومة ، المرجع السابق، ص 115.

الفصل الأول تكيف عقد الاعتمادي الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

"GIOVANOLI" فلا يحدد على وجه الدقة حقيقة طبيعة مركز المستفيد ، إذ يذهب إلى أنه في مركز شبيه بمركز الإنتفاع بالأصل والمحافظة عليه ، لكنه لا يجعل المستفيد صاحب حق إنتفاع يرد على الأصل لأن نية الطرفين لم تتجه نحو تقرير حق عيني للمستفيد على الأصل .

كما أن قوله أن المستفيد يقوم بنقل ملكية الأصل إلى شركة يجعل من هذا المستفيد يقدم ضمانا غير حيازي إلى أن يكتمل وفاؤه بملغ القرض ، ويتبين من ذلك أن المستفيد كان ليبرم عقد البيع مع البائع مباشرة لولا إختزال الأعمال القانونية التي يشهدها الإعتماد الإيجاري مما أدى إلى إرتباط الشركة الممولة مباشرة مع البائع بموجب عقد البيع ، وبعبارة أخرى يكون إختزال الأعمال القانونية مصدر إنعدام الروابط المباشرة بين البائع والمستفيد يمثل غاية مقصودة في ذاتها لما فيها من تهديد للضمان المقرر لشركة الإعتماد الإيجاري، التي تحرص دائما على الهيمنة على رجوع المستفيد على البائع بضمان العيوب الخفية ، وذلك عن طريق منح حق الرجوع بواسطتها وبتحديد نطاق الرجوع المقرر للمستفيد ، وأكثر ما تخشاه الشركة في هذا الصدد هو إعمال المستفيد دعوى رد المبيع كما رأينا ، إلا أن هيمنتها على رجوع المستفيد على البائع بالضمان لم يكن ليتوافر لها لولا إنعدام الروابط المباشرة أصلا بين البائع والمستفيد .¹

وأما بخصوص تفسير تمديد عقد الإعتماد الإيجاري بأنه هلاك للقيمة المحاسبية الحقيقية للأصل فهو تفسير قد يكون مقبول في القروض التي يحدد فيها العقد ثمنا لتملك المستفيد للأصل في نهاية مدة العقد ، إلا أن عقود الإعتماد الإيجاري العقاري التي تسمح للمستفيد بإكتساب ملكية العقار بموجب وعد منفرد بالبيع غالبا ما تحدد ثمن التملك بالفرنك الواحد الرمزي، فإذا تقرر للمستفيد تمديد عقد الإيجار فإنه من العسير تفسير ذلك بإهلاك الفرنك الرمزي عن طريق ما يوفى به المستفيد من أجره على مدى عام أو عامين، ومع ذلك لا يمكن إغفال جانب الصحة في ذلك التفسير حيث من الملاحظ أن أغلب عقود الإعتماد الإيجاري العقاري المشار إليها لا تتضمن سوى خيار ثنائي بين تملك العقار مقابل الوفاء بالثمن الرمزي وبين رده الى شركة الإعتماد الإيجاري، فيما أن الإهلاك المالي قد إكتمل من خلال أقساط أجره التأجير التمويلي لا تجد شركة الإعتماد الإيجاري جدوى من تمكين المستفيد من طلب تمديد العقد، إلا أن العقود التي تقرر للمستفيد هذا الحق على ندرتها لا تترك مجالاً لتأويل ما تضمنته من حكم، ولا مناص من الإعتراف بأنه يتقرر للمستفيد مد الإنتفاع بالعقار في صور إيجار تقليدي².

1.د.هاني محمد دويدار -النظام القانوني للتأجير التمويلي ، المرجع السابق ص 616.

2 هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 616.

الفصل الأول تكييف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

كما أن نظرية القرض هذه قد تواجه صعوبات عملية بالتطبيق بدءاً بعدم ظهور إنتقال ملكية المبلغ النقدي محل القرض وتسليمه إلى المستفيد وإن كان هذا قد فسرهُ GIOVANOLI على أنه يتحقق بصورة أخرى يفسرها توكيل المستفيد لشركة الإعتماد الإيجاري في دفعة إلى بائع الأصل، ويقاس على ذلك مقال لإنشاء المباني لإتحاد الدور المنوط بهما في عملية الإعتماد الإيجاري .

الفرع الثاني: طبيعة عقد القرض

يرى الفقه الفرنسي أن طبيعة عقد القرض بين كونه عقد رضائي أو عيني و إعتبره عقدا ملزماً لجانبين أو عقد ملزم لجانب واحد هي قضية محل خلاف، إذ يعتبره البعض عقدا عينياً لا يترتب آثاره إلا بتسليم المقرض لمبلغ القرض وهو ما يترتب عنه اعتبار القرض عقدا ملزم لجانب واحد وهو المقترض الذي يلتزم برد مبلغ القرض، في حين يذهب جانب آخر إلى إعتبره عقد رضائي ينعقد ويترتب آثاره بتبادل الإيجاب والقبول وليس تسليم المبلغ إلى المقترض إلا أثراً من آثار العقد ويترتب على ذلك أن القرض عقد ملزم لجانبين يفرض المقرض إنتماً بنقل ملكية المال المقرض وتسليمه إلى المقترض الذي يلتزم برد المال لمقرض¹.

و لا يكون المقترض ملتزماً برد مبلغ القرض ما لم يكن قد تسلمه من المقرض، فيصبح إنتماً بالرد معلق على شرط واقف هو تسليم المقرض لمبلغ القرض، ولكن إذا كان من الجائز تعليق الوفاء بإنتماً عقدي على الوفاء بالإنتماً المقابل له فلا يصح تعليق نشأة الإنتماً على الوفاء بالإنتماً المقابل له، لذلك يذهب فريق آخر من الشراح إلى أن عقد القرض عقد ملزم لجانب واحد غير تام، إذ لا يترتب ابتداءً سوى الإنتماً على عاتق المقرض بتسليم القرض ثم ينشأ في أعقاب ذلك الإنتماً على المقترض برد مبلغ القرض، إلا أنه من المقرر انه في العقد الملزم لجانب واحد غير التام يجب أن يكون الإنتماً الناشئ بعد قيام العقد ناشئاً بسبب غير العقد، وهو ما لا يتحقق في عقد القرض إذ ينشأ الإنتماً المقترض برد مبلغ القرض عن العقد ذاته وليس عن واقعة خارجية عنه . ويتضح لنا أننا لو سلمنا بأن عقد القرض عقد عيني فلا يمكن تكييف عقد الاعتماد الإيجاري بأنه عقد قرض، لأنه عند تاريخ إبرامه لا يتم الوفاء بالمبلغ إلى البائع أو مقاول البناء، كذلك في فرض إبرام عقد الإعتماد الإيجاري اللاحق إذ لا يقبض المستفيد عادة ثمن الأصل إلا بعد إتمام إجراءات شهر العقد، وبالتالي يجب تكييف عقد الإعتماد الإيجاري أنه وعد بقرض يمكن تعليقه على تقديم الضمانات التي يطلبها المقرض، وقد يفسر هذا تعليق شركة الإعتماد الإيجاري لوفائها بالثمن للبائع على شرط إتمام

¹ هشام بن الشيخ، الإعتماد الإيجاري للأموال غير منقولة، المرجع السابق، ص 130 .

الفصل الأول تكيف عقد الاعتماد الإجاري في ظل النظريات التقليدية

استلام المستفيد للأصل، ويفسر أيضا التزام المستفيد بدفع مقدمات الأجرة إذ تكون الشركة قد أوفت بجانب من التكلفة للمقاول الذي يقابل مرحلة البناء المنجزة ، وتكون قد تملكت ما تم بناؤه من العقار لكنه يعجز عن تفسير وفاء المستفيد بأول قسط من أقساط الأجرة قبل قيام الشركة بدفع الثمن إلى البائع ، لأن في مثل هذه الحالة ينشأ التزام على المستفيد برد القرض من قبل إبرام عقد القرض بسبب عدم تسليم مبلغ القرض إلى البائع ، أما إذا سلمنا أن القرض عقد رضائي فإن مسألة الإتفاق على طريقة الوفاء بالالتزامات المتقابلة متروك لإرادة المتعاقدين ، وبالتالي لا يؤثر وفاء المستفيد بأول قسط من الأجرة قبل دفع الثمن للبائع على صحة العقد¹.

وفي الأخير رغم أن نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان يعترتها بعض أوجه القصور في تحديد الروابط القانونية ، ولئن كان لها الفضل الأول في إبراز الأركان الرئيسية لعقد الإعتقاد الإجاري من تمويل و ملكية على سبيل الضمان و الانتفاع إلا أنها عجزت عن تحديد طبيعة الروابط الناشئة بين طرفي العقد ، وربما يرجع الأمر إلى ذلك الإصرار على إفراغ كافة علاقات التمويل في قالب القرض دون التمييز بينها على ضوء الخصائص التي قد تميزها فيما بينها ، بل أن الإعتقاد الإجاري كظاهرة تعاقدية حديثة يشهد في مختلف فروضه صورتين متميزتين للتمويل : وساطة مالية فيما يتعلق بالإعتقاد الإجاري في صورته التقليدية وتمويل مباشر فيما يتعلق بالاعتماد الإجاري اللاحق .

¹المرجع نفسه ، نفس الصفحة ..

المبحث الثالث: نظرية البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

بالرغم من الفرق الشاسع بين عقد الإعتاد الإجاري وعقد البيع و إختلافهما من عدة نواح ، إلا أن هناك من الفقه القانوني في فرنسا من حاول تقريب عقد الإعتاد الإجاري من بعض أنواع عقد البيع ، خاصة عقد البيع الإجاري وعقد البيع بالتقسيط وبالتالي يكفيه على انه لا يخرج عن احدهما¹.

المطلب الأول : عقد الإعتاد الإجاري عقد بيع إجاري

في معظم التشريعات تقرر أحكام عقد الإعتاد الإجاري منح المشروع المستفيد حق تملك الأصل العقاري عند إنتهاء مدة الإيجار ، وقد ساعدت هذه الخاصية على الدفع ببعض الفقهاء إلى إعتبار عقد الإعتاد الإجاري في جوهره عملية بيع إجاري².

الفرع الأول : عرض النظرية وأسسها

من الوجهة الإقتصادية يعتبر عقد الإعتاد الإجاري عملية شبيهة بعقد البيع الإجاري ، وهذا على إعتبار أن العقد بمقتضاه يتفق الأطراف على إيجار عين لمدة محددة نظير أجره أو أقساط ، بحيث إذا وفي المستأجر بجميع الأقساط الأجرة أو اآخر الأقساط في نهاية المدة المتفق عليها تنتقل عليها الملكية العين المؤجرة دون

¹ نادر عبد العزيز شافي، عقد الليزنج (دراسة مقارنة) الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2004، ص 23.
² صخر أحمد الخواونة، عقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة في القانون الأردني مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي) الطبعة الأولى، دار وائل للنشر عمان، 2005، ص 133.

الفصل الأول تكيف عقد الاعتمادي الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

أن يلتزم بأي التزام آخر ، فإذا تخلف عن دفع أحد أقساط الأجرة وجب تطبيق القواعد العامة لعقد الإيجار ، فيلتزم المستأجر برد العين المؤجرة ويحتفظ المؤجر بجميع المبالغ المقبوضة بوصفها أجرة أو باعتبارها تعويضا عن فسخ العقد¹.

ويعتبر البيع الإيجاري وسيلة اتفاقية لضمان حق البائع في استيفاء الثمن وهو طريقة غير مباشرة لإحتفاظ البائع بملكية المبيع إلى حين استيفاء حقه كاملا من المشتري ، ويلجأ إليه بدلا من شرط الإحتفاظ بالملكية لأسباب التالية :

أ – فيما يخص العقار المؤجر يحتفظ به المشتري بصفته مستأجرا ، وهو ما يحظر عليه التصرف في هذا العقار قبل الوفاء بالثمن المؤجل أو الأقساط المتفق عليها ، وفي حالة مخالفته لذلك يعتبر مرتكبا لجرم خيانة الأمانة وتوقع عليه عقوبة التبديد ، وذلك لأن عقد الإيجار يعتبر طبقا للقواعد العامة من عقود الأمانة ، بينما لا يعتبر عقد البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية من عقود الأمانة .

ب – في حالة تخلف المشتري عن الوفاء بما في ذمته من أجرة لفائدة المؤجر (البائع) يمكن للبائع بصفته مؤجرا طوال مدة الإيجار في عقد البيع الإيجاري المطالبة بفسخ العقد ، كما قد يحتفظ البائع بما استلمه من أجرات سابقة ولا يمكن للمستأجر المطالبة بإستردادها عند فسخ العقد لأنها تمثل مقابل إنتفاعا بالعقار.

ج – طالما كان البائع في عقد البيع الإيجاري -طيلة مدة الإيجار يشغل مركز القانوني للمؤجر فإنه يبقى محتفظا بملكية العقار محل العقد وهو ما يخوله استرداده من الطرف الآخر عند عدم الوفاء بأقساط الثمن (الأجرة) وأن يحتج بملكيته هذه في مواجهة دائني المستأجر وبالتالي الحماية ضد مخاطر الإعسار أو الإفلاس ومزاحمة بقية الدائنين ، بينما لا يستطيع البائع في عقد البيع مع شرط الإحتفاظ بالملكية المطالبة بإسترداد المبيع وليس له حق التقدم في تفضله مدنية بإعتباره دائنا عاديا لأن المبيع في هذه الحالة يدخل ضمن أصول المفلس.

ويبرر أنصار هذا الرأي تكبيفهم لعقد الإعتقاد الإيجاري أنه عقد بيع إيجاري لما يوجد من تقارب وتشابه بين العقدين من حيث أن علاقة الإعتقاد الإيجاري تمنح للمشروع المستفيد إمكانية الانتفاع بالأصل العقاري موضوع العقد طوال مدة العقد مقابل تسديد الأجرة المتفق عليها.

¹ أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، الطبعة الثانية، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، 2010، ص 87.

الفصل الأول تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

للمستفيد الحق من تملك العقار المؤجر عند إنتهاء مدة الإيجار وهذا إعمالا لخيار الشراء المقرر للمشروع المستفيد ضمن الخيار الثلاثي وهذا يكون في عقد الإعتد الإيجاري كما هو الحال أيضا في عقد البيع الإيجاري.

كما أن نقل ملكية العقار هو الهدف الأساسي لكلا العقدين حيث أن الإحتفاظ بالملكية طوال مدة العقد يكون دوره هو منح الضمان للبائع وشركة الإعتد الإيجاري ضد مخاطر إفسار أو إفلاس المتعاقد معهما وذلك بإسترداد العقار بكل سهولة عند إخلاله بالإلتزام وتسديد الأجرة أو أقساط الثمن.

يرى جانب من الفقه تشابه عقد الإعتد الإيجاري مع عقد البيع الإيجاري وهذا في تفسير إقتران عقد الإعتد الإيجاري بوعده ملزم بالبيع يقع على شركة الإعتد الإيجاري ، من خلال كون أن البيع الإيجاري بمثابة إيجار معلق على شرط فاسخ وبيع معلق على شرط واقف وهذا الشرط هو دفع المشتري لكامل أقساط الثمن¹ حيث يعتبر عقد الإيجار المعلق على شرط فاسخ عقدا صحيحا ومرتبأ لآثاره القانونية إلى غاية تحقق الشرط الفاسخ أي سداد المستأجر لجميع الأقساط المتفق عليها ، وبالمقابل يكون البيع المعلق على سداد كامل أقساط الثمن فإذا تحقق هذا الشرط بدأ سريان آثار عقد البيع بأثر رجعي أي تنتقل الملكية من يوم إبرام العقد لا من يوم استيفاء القسط الأخير ، وتعتبر الأجراءات المدفوعة سابقا بمثابة أقساط لثمن العقار ويزول عقد الإيجار لأن الشرط الفاسخ الذي علق عليه قد تحقق وفي حالة عدم تمكن المستأجر من تسديد جميع بدلات الإيجار فهذا يعني تخلف الشرط الواقف الذي علق عليه البيع فيزول هذا الأخير بأثر رجعي كأنه لم يكن و بالمقابل يستمر عقد الإيجار الذي ينتهي بإنتهاء مدته و لا تنتقل ملكية العقار إلى المستأجر ، وهذا ما يطابق إلى حد بعيد إقتران عقد الإعتد الإيجاري بوعده بالبيع ملزم لجانب واحد هو شركة الإعتد الإيجاري ، وإن كان عقد الإعتد الإيجاري يتميز عن البيع الإيجاري في منح المستفيد الخيار بين تملك الأصل وتجديد الإيجار ورد الأصل إلى الشركة المؤجرة².

الفرع الثاني: تقدير نظرية البيع الإيجاري

حسب الآراء السابقة الذي يكيف عقد الإعتد الإيجاري على أنه عقد بيع إيجاري موقفا ظاهريا في تفسير طبيعة العقد خاصة وأن كلا العقدين يؤديان الدور ذاته ويرميان إلى تحقيق نفس النتيجة زيادة على كونهما من عقود الإستثمار كما أن النهاية الطبيعية لكل منهما تجعل من المستأجر في الغالب مالكا للعين محل العقد.

¹ ابراهيم دسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الإئتمانية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت، 1984، ص 48.

² الياس ناصيف، العقود الدولية (عقد الليزبنغ)، المرجع السابق، ص 130.

الفصل الأول تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

لكن وعلى الرغم من ذلك فإن هذا التقارب الجلي بين العقدين لم يجعل هذه النظرية في منأى عن النقد وذلك لوجود أوجه اختلاف كثيرة بين العقدين، كما أن محاولة التقريب بينهما قد تقضي إلى عواقب خطيرة نظرا لما وضعه القضاء في فرنسا من ضوابط منظمة للبيع الإيجاري تهدف بالأساس إلى حماية الغير ودائني المستأجر من الآثار القانونية المترتبة على إحتفاظ المؤجر بملكية الأصل المؤجر إلى حين الإنتهاء من تسديد جميع أقساط الإيجار¹.

هناك عدة نقاط يختلف فيها عقد الإعتدال الإيجاري عن عقد بيع الإيجار منها اختلافه فيما يتعلق بمحل العقد ، فإذا كان عقد البيع الإيجاري يمكن أن يرد على أي مال منقول أو عقاري بعض النظر عن الغرض الموجه له بل إنه في الغالب يرد على أشياء معدة للإستهلاك الشخصي ، أما عقود الإعتدال الإيجاري فيشترط ألا ترد على أصول معدة لأغراض مهنية تجارية أو حرفية و لا يمكن أن يكون محله مالا موجه للإستهلاك الشخصي و إلا فقد صفته الأساسية المتمثلة في التمويل الإقتصادي .

و لا يشترط القوانين في البائع (المؤجر) في عقد البيع الإيجاري أن يكون ذا طابع أو شكل قانوني محدد فيجوز لأي شخص طبيعي أو معنوي أن يبرم عقد بيع إيجاري بصفته مؤجرا ، في حين أن عقود الإعتدال الإيجاري في مختلف الأنظمة القانونية لا تبيح ممارسة عمليات الإعتدال الإيجاري إلا لأشخاص اعتبارية على سبيل الحصر تتمثل في البنوك والمؤسسات المالية وشركات الإعتدال الإيجاري الحائزة على الترخيص والتأهيل القانوني لمزاولة هذا النشاط² كما أن المستفيد في عقود الإعتدال الإيجاري وإن كان يجوز أن يكون شخصا طبيعيا إلا أنه يجب أن كون متعاملا إقتصاديا يلجأ إلى صيغة الإعتدال الإيجاري بغرض الإستفادة من تمويل مالي لمشروعه الإقتصادي.

ويرى القضاء في فرنسا أنه هناك تقارب بين عقدي البيع الإيجاري وعقد البيع العادي خاصة في الحالة التي تكون فيها أقساط الأجرة مرتفعة على أقساط الأجرة العادية في عقود الإيجار التقليدية ، أو عندما يعفى المؤجر من الأعباء والأخطار التي يتحملها المؤجر العادي في عقد الإيجار³.

إضافة إلى الإختلاف الجوهرى الواضح بين عقدي الإعتدال الإيجاري والبيع الإيجاري والمتجسد في أن عقد البيع الإيجاري يمنح للمستأجر إمكانية تملك العقار المؤجر عند دفع جميع الأقساط المتفق عليها خلال المدة

¹ هشام بن الشيخ، الاعتماد الإيجاري للأموال غير منقولة، المرجع السابق، ص 135.

² راجع المادة الأولى من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالإعتدال الإيجاري المقابل للمادة الأولى من القانون رقم 455/66 المنظم لعمليات الإعتدال الإيجاري في فرنسا.

³ Cass Req 16 Juin 1985 D.P 1986. 1. 387. Paris 13 Juin 1960 R.T.D.C 1960 P619obsHemard. Toulouse 7 mai 1930 GAZ-PAL 1936 II 220.

الفصل الأول تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

المحددة دون أن يكون ملزماً بأي أداء إضافي لأن طرفي العقد وضعوا في الاعتبار - عند تقدير قيمة الأقساط - أنها تكون مطابقة لقيمة العقار المؤجر بما فيها الفائدة المترتبة على العملية ، في حين أن المشروع المستفيد في عقد الاعتماد الإيجاري يلتزم بدفع أقساط الأجرة مقابل إنتفاعه بالأصل الممول ، وإذا ما رغب في إعمال خيار الشراء وتملك هذا الأصل عند إنتهاء مدة العقد كان ملزماً بدفع الثمن المتفق عليه، والذي يكون مقابل لتملك العقار وليس مقابلاً للإنتفاع به وإن كان الثمن الذي يلتزم به المستفيد بدفعه أقل بكثير من القيمة السوقية للعقار المؤجر.¹

ويرجع إنتقال ملكية الأصل المؤجر إلى المشروع المستفيد في عقد الإعتماد الإيجاري على إرادته هو فقط ، فله أن يقرر إستعمال خيار الشراء من عدمه وفق ما يتمشى مع ظروفه الإقتصادية والمالية ، و إذا قرر إستعمال خيار الشراء إنتقلت له ملكية الأصل العقاري مقابل دفع الثمن المتفق عليه من تاريخ إبرام عقد الشراء لا من تاريخ إبرام عقد الإعتماد الإيجاري.²

أما في عقد البيع الإيجاري فالأمر مختلف لأن انتقال الملكية لا يحتاج إلى تعبير عن إرادة من المشتري بعد أدائه لكامل أقساط الثمن المتفق عليها ، حيث إنها تنتقل بقوة القانون اعتباراً من تاريخ عقد البيع لا من تسديد آخر قسط.³

المطلب الثاني : عقد الإعتماد الإيجاري عقد بيع بالتقسيط مع الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان .

عند ظهور الإعتماد الإيجاري في فرنسا لم يكن وقتها القضاء الفرنسي يقر للبائع الذي إحتفظ بملكية المبيع على سبيل الضمان لإسترداده من تفليسة المشتري ، و قد تقرر له هذا الحق بموجب القانون الفرنسي رقم 355/80 الصادر في 12 ماي 1980 وترتب على هذا أن جانب من الفقه لم يعد يرى الإيجار المقترن بوعود منفرد بالبيع تعبيراً صادقاً على نية طرفي العقد ، بل أصبح يعتبره قابلاً يقصد به ستر عقد البيع الذي يحتفظ فيه البائع بملكية المبيع على سبيل الضمان، و ذهب البعض إلى التحليل المتقدم لعقد الإعتماد الإيجاري ، فمنهم من قال أنه على ضوء ما تتجه إليه نية طرفين يكون العقد بيعاً احتفظت فيه شركة الإعتماد الإيجار بملكية الأصل على سبيل الضمان ، وتعددت الحجج التي قيلت للبرهنة على ذلك ، و إنتظم الفقه الغالب وعلى رأسه أنصار نظرية الإيجار المالي للتصدي لنظرية البيع بالتقسيط.

¹ الياس ناصيف، العقود الدولية (عقد اليزينغ)، المرجع السابق، ص 132.

² نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق ص 139 .

³ نبيل صقر، النشاط العقاري البناء والسكن والتعمير، دار الهدى-الجزائر، 2014، ص 74 .

الفرع الأول: أسس النظرية

ينطلق أنصار هذه النظرية من اتجاه البناء الإرادي لعقد الاعتماد الإيجاري نحو توفير ضمان فعال لشركة الاعتماد الإيجاري، ويتمثل الضمان المذكور في حق ملكية الأصل، الذي لم يكن في الإمكان ضمان جواز الاحتجاج به في مواجهة الكافة إلا من خلال إفراغ العلاقة العقدية في قالب الإيجار المقترن بوعده متفرد بالبيع

ومن الوجهة الاقتصادية هناك تشابه كبير بين عمليتي الاعتماد الإيجاري والبيع بالتقسيط، على اعتبار أن المستفيد يلتزم بدفع أقساط نقدية خلال مدة محددة ويتقرر له عند نهايتها تملك هذا الأصل محل العقد ما يدل على أن نقل الملكية إلى المستفيد كان في منظور طرفي العقد ابتداء ولم تحتفظ الشركة بالملكية إلا على سبيل الضمان .

ويعرف البيع بالتقسيط أنه أحد ضروب البيوع الائتمانية التي يشترط فيها أن يكون سداد الثمن على أقساط مجزئة متساوية ومنتظمة خلال فترة زمنية معقولة¹ ، فهو عبارة عن بيع مضاف إلى أجل يتعهد فيه البائع بتسليم المبيع إلى المشتري لمجرد إبرام العقد لكنه بالمقابل يحتفظ بالملكية على سبيل الضمان إلى حين استيفاء جميع أقساط المتفق عليها.²

كما استند جانب من أنصار هذه النظرية على كيفية تحديد أقساط أجرة الاعتماد الإيجاري في تحديد طبيعة الدفعات النقدية التي يلتزم المستفيد بالوفاء بها حيث يرى أنه ليس هناك ما يمنع من التصرف في العقار مقابل ثمن يقل عما كان يجب على المستفيد الوفاء به على ضوء قيمة العقار السوقية ، ولا يكون ذلك إلا بالنظر إلى القيمة المحاسبية للعقار وفق ما سجلتها حسابات شركة الاعتماد الإيجاري ، وفي هذه الحالة فإن أقساط الأجرة لا تقابل الانتفاع بالعقار بل أن شقا منها بعد وفاء بقيمة العقار الأمر الذي يجعل العقد في الحقيقة بيعا بالتقسيط وليس إيجارا.³

وفي أول طرح أمام القضاء في فرنسا لم يستجب لطلب سنديك النفلسة باعتبار العقد مبيعا بالتقسيط إحتفظ فيه المالك بحق الملكية على سبيل الضمان وهذا بالنظر إلى قيمة الأجرة المرتفعة جدا على نحو يجعلها تتجاوز القيمة الإيجارية للأصل وتقترب من ثمن تملكه على ضوء قيمته السوقية وأعتبر أن اللجوء إلى

¹ صبري مصطفى حسن السبك، البيع بالتقسيط كصورة من صور البيوع التجارية الخاص ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية 2012 ، ص 41 .

² علاء الدين فواز الخصاونة ، المرجع السابق، ص 80 .

³ باسم هلال مسلم القلاب ، المرجع السابق، ص 64 .

الفصل الأول تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

الإيجار المقترن بوعد منفرد بالبيع كان بنية تفادي دخول الأصل في نفلسة المستفيد ، وقد كان تأسيس المحكمة في رفضها لهذا الطلب وتأكيدا على أن جوهر عقد الإيعتماد الإيجاري هو الإيجار المقترن بوعد منفرد بالبيع هو عدم اعتبار المغالاة في قيمة أقساط الأجرة دليل على طبيعة العقد لأنه يجب الأخذ في الإيعتبار المزايا الإيعتصادية والضريبية المختلفة المرتبطة بعملية الإيعتتماد الإيجاري¹.

كما أقام أنصار هذه النظرية تكيفهم لعقد الإيعتتماد الإيجاري على أنه بيع بالتقسيط إستنادا على الرأي الذي يقول أن استعمال الشيء إذا كان يترتب عنه انقضاء العمر الإيعتصادي له والإنتقاص من جوهره فإن العقد الذي يخول للشخص هذا الإستعمال يعتبر من قبيل أعمال التصرف في الشيء وليس مجرد عمل من أعمال الإدارة، ولا يؤثر في ذلك أن تجاوز العمر الحقيقي للشيء عمره الإيعتصادي المفترض وسمح ذلك ببيعه بعد استرداده.

وتطبيقا لذلك على عقد الاعتماد الإيجاري يمتد العقد إلى العمر الإيعتصادي، فيكون واردا في حقيقة الأمر على أصل الشيء في صورة تمكين المستفيد من الانتفاع به، ويترتب على ذلك أن العقد يعد تصرفا في الشيء، وذلك بغض النظر عما إذا كان يتضمن خيارا بالتملك أو لم يكن مقورا للمستفيد تملك الأصل في نهاية مدة العقد، وكذلك بغض النظر عما إذا عمل المستفيد خياره بالتملك أو رد الأصل إلى شركة الاعتماد الإيجاري، ففي كل الأحوال يعد العقد بيعا لأن طرفيه كان يرميان إلى ترتيب ذات الأثار الإيعتصادية التي تترتب على عقد البيع بالتقسيط².

وأخيرا يشير البعض إلى التشابه البين بين الاعتماد الإيجاري اللاحق وبيع الوفاء، وهو الاتفاق الذي يجيز للبايع استرداد المبيع مقابل رد الثمن للمشتري إضافة إلى المصروفات التي تكبدها المشتري لإتمام عقد البيع³.

ففي الاعتماد الإيجاري اللاحق يستوفي المستفيد ثمن بيع الأصل من شركة الاعتماد الإيجاري، ويتخلى بصفة مؤقتة عن ملكية الأصل وإن طالب المستفيد باسترداد الأصل في نهاية مدة العقد يكون قد أوفى للشركة ثمن الشراء بالإضافة إلى المصروفات التي تكبدها.

الفرع الثاني: تقدير النظرية

¹Tribunal de commerce de la rochelle 26 juin 1964 not précité de le loup .

²هاني محمد دويدار، النضمام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق ص 623 .

³مصطفى أحمد الزرقا ، العقود المسماة في الفقه الإسلامي -عقد البيع - الطبعة الثانية دار القلم ، دمشق 2012 ص 156 .

الفصل الأول تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

لقت نظرية تكيف عقد الاعتماد الإيجاري على أنه بيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان عدة انتقادات طالت الحجج والأسانيد التي ارتكز عليها أنصارها في طرحهم، وتمثل وجه النقد الرئيسي فيما يتعلق باتجاه إرادتي طرفي العلاقة بداية إلى نقل الملكية الأصل العقاري عند إبرام العقد، وذلك أن انتقال ملكية الأصل المؤجر في نهاية عقد الاعتماد الإيجاري يكون متوقفاً على إعلان إرادتي من جانب واحد هو المشروع المستفيد ولا يمكن أن ينسب إلى إرادة المتعاقدين وقت انعقاد العقد، وهذا يتعارض تماماً مع أحكام شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان في عقد البيع لأن انتقال الملكية فيه يكون بقوة القانون متى أوفى المشتري بجميع أقساط الثمن المتفق عليها خلال المدة المحددة، ويكون ذلك تلقائياً¹ على أساس الإرادة الأصلية للمتعاقدين وقت إبرام العقد.

وإن كان هذا قد يبدو محققاً في حالة انتقال ملكية المباني المقامة على أرض مملوكة للمستفيد عند نهاية مدة العقد الاعتماد الإيجاري أو في حالة انتقال ملكية العقار على أثر انقضاء الشركة المدنية العقارية إلا أن انتقال الملكية في هذين الفرضين وإن كان غير متوقف على إعلان إرادتي من طرف المستفيد إلا أنه لا يستند إلى إرادة المتعاقدين الأصلية، لأن الانتقال في الفرض الأول بقوة القانون تطبيقاً لأحكام الالتصاق العقاري المنظمة وفق قواعد القانون المدني العامة، وفي الفرض الثاني تطبيقاً لأحكام تصفية الشركات في القانون التجاري، وتترتب عن ذلك أن الإرادة الأصلية لا تفضي إلى نقل الملكية إلى المستفيد لا ابتداء فور إبرام العقد ولا انتهاء عند انقضاء مدة العقد.

ويضاف إلى ذلك أن ورود شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع يفترض أن المبيع عند إبرام العقد مملوك للبائع، بل هو من موجبات عقد البيع باعتباره عقداً ناقلاً للملكية، ويلاحظ أنه لا يشترط بالضرورة أن يكون المبيع مملوكاً للبائع وقت البيع وإن يترتب على ذلك تطبيق أحكام الخاصة ببيع ملك الغير، إلا أن البائع وبغض النظر عن اكتسابه ملكية المبيع قبل إبرام العقد أو بعده فإنه في مواجهة المشتري يحتفظ بالملكية على سبيل الضمان، أما شركة الاعتماد الإيجاري فإنها لا تتدخل إلا بمناسبة تمويل استثمار محدد للمستفيد، وهي بمناسبة إبرام العقد تكتسب ملكية الأصل وتحتفظ بها طول مدة العقد، فلا تكون بصدد حق ملكية يحتفظ به المتعاقد وإنما بصدد حق ملكية تكتسبها الشركة على سبيل الضمان².

¹ علاء الدين فواز الخصاونة، المرجع السابق، ص 84.

² هاني محمد دويدار، النضام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق ص 627.

الفصل الأول تكيف عقد الاعتمادي الإيجاري في ظل النظريات التقليدية

وفي كلا الفرضين يؤدي حق الملكية المهمة ذاتها كضمان ضد مخاطر إفسار المشتري أو المستفيد، لكن لإختلاف الوضع بين الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان أو إكتسابها على سبيل الضمان أثره في تحديد ما إذا كانت نية طرفي العقد إتجهت إلى نقل الملكية إلى المستفيد في نهاية مدة عقد الإعتقاد الإيجاري.

وبخصوص الحجة التي ساقها أنصار هذه النظرية، وهي الخاصة بأن عقد الإعتقاد الإيجاري يعتبر بيعا على ما يترتب عليه من إنقاص للعمر الإقتصادي الإفتراضي للأصل المؤجر وإنقاصه لجوهره مما يجعله يندرج ضمن أعمال التصرف لا أعمال الإدارة، فهذه الحجة قد تكون على قدر من الوجاهة من الناحية الإقتصادية .

أما من الناحية القانونية فالقول يجعل من جميع عقود الإنتفاع الواردة على أشياء قابلة للهلاك بفعل الزمن من قبيل أعمال التصرف وليس من قبيل أعمال الإدارة، وهو ما لا يستقيم التسليم به، فإذا أخذنا مثلا عقد الإيجار كنموذج لعقود الإنتفاع بالأشياء نجد المستأجر ملتزما برد العين المؤجرة في نهاية مدة الإيجار بالحالة التي تسلمها عليها، إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك أو تلف لا بد له فيه، ولاشك أن المستأجر لا يكون مسؤولا عما أصاب العين من هلاك أو تلف بفعل مرور الزمن، وقد إستعمله استعمالا عاديا في الوجهة المخصصة له العين و إحترام جميع التزاماته الناشئة عن العقد والتي تهدف إلى المحافظة على العين، وبالتالي إذا انقضى العمر الإقتصادي للعين المؤجرة خلال مدة الإيجار لا يؤثر ذلك على طبيعة العقد ووروده على الانتفاع، و إعتباره بالتالي من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف¹ .

و يضاف إلى ذلك أن القواعد العامة لا تعرف التمييز بين الأشياء التي يؤدي الانتفاع بها إلى الانتقاص من أصلها وتلك التي لا يؤدي الانتفاع بها إلى الانتقاص منها إلا بصدد التمييز بين المنتجات والثمار ومدى إستحقاق المنتفع بالشيء لأي منها.

وطبقا للقواعد العامة فإن المنتفع لا يمكنه الاستفادة إلا من ثمار الأصل المنتفع به دون منتجاته لأن الانتقاص من أصل الشيء يترتب على ما يدره من منتجات و ليس عن مجرد إستعماله على نحو قد يؤدي إلى انقضاء عمره الإقتصادي².

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثامن حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة 1968 ص85 .
² راجع ذلك نص المادة 846 من القانون المدني الجزائري .

الفصل الثاني

تكيف عقد الاعتمادي الإيجاري في ظل النظريات الحديثة

الفصل الثاني: تكييف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات الحديثة

من البين أن عقد الاعتماد الإيجاري يجمع بين أكثر من عملية قانونية على النحو الذي رأيناه آنفاً، إلا أن مسألة تكييف طبيعة القانونية ضمن الأطر التقليدية لأي من العقود الداخلة في تركيبه لم تكن موفقة، إذ لا يمكن اعتباره محض انتفاع بالأصل ولا قرضاً تقليدياً معزولاً عن فكرة الاستثمار الذي يوجه إليه مبلغ القرض كما أنه ليس مجرد نقل لملكية عقار مقابل قبض ثمنه، لأنه مقابل الأموال في عقد الاعتماد الإيجاري في حقيقة الأمر هو ائتمان وليس مجرد سلعة أو بضاعة.

ولقد رأينا مدى تعدد الروابط التعاقدية لعقد الاعتماد الإيجاري التي تنشأ عنه بوجه عام ، حيث تتعدد هذه الروابط بين طرفي عقد الاعتماد الإيجاري أي الشركة الممولة و المستفيد : الوكالة مع تعدد صدورها ، الإيجار، الإيجار الوعد المنفرد بالبيع أو التأجير ، الشركة ، الإيجار البنائي أو الحكري و قد تنشأ الروابط بين شركة الاعتماد الإيجاري والغير : المقاوله ، التأمين ، الكفالة ، وقد تنشأ أخيراً بين المستفيد و الغير : المقاوله ، التأمين .

حيث رأى البعض أنه لا يمكن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الإيجاري بمعزل عن تلك الروابط العقدية ، و لقد انصب اهتمام البعض على العلاقة العقدية الرئيسية أي تلك الناشئة بين شركة الاعتماد الإيجاري و المستفيد حيث يرى في عقد الاعتماد الإيجاري بأنه عقد مركب¹ ويذهب البعض الآخر إلى إبراز التفاعل بين مختلف الروابط القانونية الناشئة بين جميع الأطراف حيث وصفه بمركب العقود²

¹ رائد نظرية العقد المركب هو الأستاذ الفرنسي champaud عرض فكرته في لمقالة منشورة عام 1965 بعنوان le leasing .
² راند هذه النظرية هو "ressie" في مؤلفه عن مركب العقود "les groupes de contrats" عام 1975 .

المبحث الأول: نظرية العقد المركب

يجب إبراز وجه الارتباط بين مفهوم العقد المركب ومفهوم العقد غي مسمى قبل تناول نظرية العقد المركب، وذلك لأنه على ضوء تحديد وجه الارتباط بين المفهومين تتحدد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد.

فقد يتخذ العقد غير المسمى أحد أوصاف ثلاثة: إما أن يكون تحليلاً غير مسمى -innomé- décomposition أي مجرد شق من أحد العقود المسماة، وإما أن يكون تركيباً غير مسمى -innomé- alliage أي توليفة من عدة عناصر عقود مسماة، وإما يكون تحديثاً غير مسمى innomé-création أي عقداً يتضمن عناصر تكييف جديدة لا تشملها العقود المسماة.

ولن يختلف منهجنا عند العرض لهذه النظرية عن المنهج الذي اتبعناه في عرض سائر النظريات الأخرى، فيكون حديثنا في المطلب الأول: عرض من نظرية العقد المركب ثم نتولى تقديرها في المطلب الثاني .

المطلب الأول: عرض نظرية العقد المركب

تحاول نظرية العقد المركب تحديد التكييف القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري بمفهومه الضيق أي تلك العلاقة العقدية التي تنشأ بين شركة الاعتماد الإيجاري والمستفيد، وإنما تأخذ النظرية في الاعتبار تعدد الروابط العقدية التي تنشأ بمناسبة إحدى عمليات الاعتماد الإيجاري.

وقد تم تقسيم هذا المطلب إلى نقطتين: نتطرق في النقطة الأولى إلى أطراف العقد بالنسبة لنظرية العقد المركب، في حين نتطرق في الثانية إلى الطبيعة المركبة لعقد الاعتماد الإيجاري .

الفرع الأول: أطراف العقد بالنسبة لنظرية العقد المركب¹

تتألف العلاقة القانونية الناشئة بين شركة الاعتماد الإيجاري و المستفيد من عدة قوالب عقدية مسماة ، فيكون عقدا مركبا كما أنه قد يبدو تركيبيا غير مسمى ، و يلاحظ أنه على ضوء التفاعل بين العناصر الداخلة في تكوين العقد يمكن اعتبار العقد المركب عقدا غير مسمى ، كذلك يمكن اعتبار القد الغير مسمى عقدا مركبا إذا جاء صورة تركيب غير مسمى ، إلا أن الأمر يتوقف على طبيعة التفاعل بين العناصر الداخلة في تكوين العقد، فإذا كان العقد المركب هو ذلك العقد الذي يربط بيم شخصين أو أكثر بإيجاب القبول واحد لأجل تحقيق أكثر غاية ، لا يمكن تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد إلا عن طريق حسم طبيعة العقد المركب بين كونه مجرد ربط لعدة عقود مسماة بإيجاب و قبول واحد و بين كونه تركيبيا غير مسمى و تتحدد طبيعة العقد المركب على ضوء التفاعل بين العناصر الداخلة في تكوين كما ذكرنا²

وتوضيحا لذلك يعرف العقد المركب من الناحية القانونية أنه ذلك العقد الذي لا يتحدد محله بتقديم عدة خدمات، حيث تصلح كل خدمة منها أن يكون محلا لعقده مستقل، ولا يؤثر في ذلك مدى اعتبار كل عقد من العقود المعبرة عن مختلف هذه الخدمات عقدا مسمى أو عقدا غير مسمى، إن كان للأمر تأثيره على تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد المركب خاصة إذا لم يكن هناك خدمة رئيسية تمكن القاضي من الوقوف عليها.

إما إذا لم يكن محل الاتفاق واردا على جملة خدمات تصلح كل منها لأن تكون محلا مستقلا لعقد، فإننا نكون بصدد ربط بين قوالب عقدية متعددة من أجل ترتيب آثار عدة عقود مسماة على العقد رغم أنه يقتصر على تقديم خدمة وحيدة، مما يدخلنا في نطاق العقد غير المسمى والذي يخضع للقواعد العامة للعقود والالتزامات.

وعليه فإذا كانت نية الطرفين متجهة إلى تطبيق الأحكام المختلفة للعقود المسماة الداخلة في تكوين العقد، فإن العمل بها يكون من باب تطبيق شروط اتفاقية وليس من قبيل تطبيق قواعد قانونية ملزمة، فالعبرة في تكييف العقود تكون بحقيقة الأشياء وليس بمسميات الأطراف ، وبالتالي فإن عملية تكييف العقد المركب يجب أن تعتمد على تحديد الخدمة الرئيسة في نظر العاقدين من بين الخدمات المتعددة التي يعبر عنها العقد المركب،

¹ هشام بن الشيخ، الاعتماد الإيجاري للعقارات، المرجع السابق، ص 78

² هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 664

الفصل الثاني تكييف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات الحديثة

و تطبيق الأحكام الخاصة بالعقد المسمى المعبر عن تلك الخدمة الرئيسية دون غيرها، و معنى ذلك وجود عقد رئيسي و عقود تبعية أو ثانوية أخرى وكلها يشملها اتفاق واحد.¹

تسعى هذه النظرية في تحديد طبيعة عقد الاعتماد الإيجاري من خلال مفهومه الضيق، أي تلك العلاقة العقدية الناشئة بين شركة الاعتماد الإيجاري و المستفيد ، و لذلك فلا مجال للقول بثلاثية أطراف عقد الاعتماد الإيجاري ، بمعنى أننا لا نكون بصدد عقد وحيد يربط بين شركة الاعتماد الإيجاري و المستفيد و المورد أو المقاول ، فقد رأينا من قبل أن عملية الاعتماد الإيجاري تنقسم إلى عقدين متميزتين : الاعتماد الإيجاري ، عقد البيع أو المقاول، بل أن استقلال العقدين هو غاية يسعى الأطراف إلى تحقيقها خاصة في حالة تملك الشركة الممولة للأصل بموجب عقد بيع ، و ذلك أن القول بارتباط العقدين ارتباطا عضويا أصهرهما في عقد واحد يجعل من وجود و بقاء أحدهما سببا لوجود و بقاء العقد الآخر ، مما يترتب عليه زوال عقد الاعتماد الإيجاري أو فسخه و بالعكس ، وهي كلها آثار بعهد الأطراف المعنية تفاد حدوثها .

وكذلك في فرض بناء العقار يستقل عقد مقولة إنشاء المباني عند عقد الاعتماد الإيجاري، سواء أبرمه المستفيد عقد المقولة باسمه الشخصي، بوصفه مقاولا في علاقته بشركة الاعتماد الإيجاري، أو أبرمه باسمها، بوصفه وكيلها عنها، حتى في فرض الاعتماد الإيجاري اللاحق يتميز عقد بيع الأصل عن عقد تأجيره تأجيرا تمويليا .

و لأن كانت عملية واحد و تربط بين ذات الطرفين إلا أننا نكون بصدد تبادلين لإرادتين أحدهما خاص بالبيع و الآخر خاص بالاعتماد الإيجاري².

ويتضح لنا في هذا الصدد أنه لا عبرة بوحدة أو تعدد المحررات المثبتة للاتفاق فالمحرر الواحد لا يعبر حتما عن وحدة العقد، كما يمكن تحرير عدة وثائق رغم وحدة العقد في حالة تعدد عناصره، لكن في مجال الاعتماد الإيجاري اللاحق لا شك أن شركة الاعتماد الإيجاري تهدف من تقرير تمييز عقدي البيع و الاعتماد الإيجاري و استقلالهما عدم المساس بعقد البيع في حالة فسخ عقد الاعتماد الإيجاري.

و مع هذا يلاحظ أنه أحيانا يقوم البائع بتوقيع عقد الاعتماد الإيجاري العقاري على جانب كل من المستفيد و شركة الاعتماد الإيجاري ، و كذلك كثيرا ما يكون مقاول إنشاء المباني طرفا في الاتفاق التمهيدي في حالة

¹ يعتبر عقد الفندقة مثلا تقليديا على ذلك : فالفندق يقدم إلى النزيل خدمة رئيسية تتمثل في تمكينه من السكن الغرفة إضافة إلى خدمات فرعية أخرى كالوجبات و حفظ الأمتعة، فمن بين العقود إيجار الغرفة، بيع الأغذية و دبة الأمتعة يعد عقد الإيجار هو العقد الرئيسي في عقد الفندقة المركب، و عليه ففي حال استحالة تطبيق أحكام مختلف هذه العقود و جب ترجيح تطبيق أحكام عقد الإيجار.

² هشام بن الشيخ، الاعتماد الإيجاري للعقارات، المرجع السابق، ص 78

الفصل الثاني تكييف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات الحديثة

بناء العقار ، إلا أن الأمر لا يعني ثلاثية أطراف عقد الاعتماد الإيجاري أو الاتفاق التمهيدي، فالعقد أو الاتفاق لا يبرم إلا بين شركة الاعتماد الإيجاري والمستفيد ، وتوقيع البائع أو المقاول فمن شأنه جعل أحكام العقد أو الاتفاق نافذا في مواجهته فيما يخص تدخله في البيع أو إنشاء المباني ، وهذا حتى تكون الوكالة التبعية ورجوع المستفيد على البائع بضمان العيوب الخفية نافذا في مواجهة هذا الأخير ، وأن تكون الاشتراطات الفنية والمالية الخاصة بالبناء نافذة في مواجهة المقاول¹.

كذلك من شأن توقيع البائع أو المقاول تأكيد تدخل أي منها ، أي قطع السبيل أمام المستفيد إذا أراد تغيير شخص البائع أو المقاول .

والقول عكس ذلك يجعل النص على الوكالة التبعية أو رجوع المستفيد بالضمان أو تعاقد المستفيد مع المقاول عديم الجدوى ، فلا ضير على البائع وقد صار طرفا في العقد تسليم الأصل إلى المستفيد أو صيرورته مدينا بضمان العيوب الخفية في مواجهة ، كذلك لا معنى من إبرام عقد المقولة وإذا صار المقاول ملتزما بإنشاء المباني بوصفه طرفا في الاتفاق التمهيدي ، ولكن إذا أخذنا في الإعتبار ضرورة انفراد شركة الاعتماد الإيجاري بملكية الأصل من جانب ووجوب اعتبار المستفيد أجنبيا بحسب الأصل عن عقد البيع من جانب آخر ، فما من شك في اتجاه نية الأطراف إلى الفصل الكامل بين عقد الاعتماد الإيجاري وعقد البيع أو عقد المقولة.

إن نقطة الانطلاق لدى أنصار نظرية العقد المركب أن عقد الاعتماد الإيجاري هو ذلك العقد الذي يربط بين شركة الاعتماد الإيجاري والمستفيد، وبالنظر إلى العناصر الداخلة في تكوينه يكون العقد عقدا مركبا.

الفرع الثاني : الطبيعة المركبة لعقد الاعتماد الإيجاري

إن من آثار الطبيعة المركبة لعقد الاعتماد الإيجاري في الفقه الفرنسي هو الأستاذ CHAMPAUD و تجدر الإشارة قبل تناول فكرته بالتحليل أن حديثه كان واردا على عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات ، و على ذلك يخرج من نطاق تحليله لطبيعة العقد كل من الاعتماد الإيجاري العقاري و الاعتماد الإيجاري اللاحق و مع ذلك يمكن قياس هاتين الصورتين الأخريين على حكم الاعتماد الإيجاري للمنقولات.

¹ تجدر الإشارة إلى ان توقيع البائع على عقد الاعتماد الإيجاري كان ذاتا قبل صدور قانون 02 جويلية 1966 وهذا ما دعا الأستاذ "BEY" إلى القول بأن عقد الاعتماد الإيجاري كان في هذه الحالة بمثابة عقد ذا طبيعة خاصة ثلاثي الأطراف يبقى فيه عنصر الوكالة الأصلية والإيجار عماده.

الفصل الثاني تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات الحديثة

و يتمثل جوهر فكرة الأستاذ CHAMPAUD¹ أن خمس قوالب عقدية تدخل في تكوين عقد الاعتماد الإيجاري ترتب بحسب تعاقب آثارها على النحو التالي : الوعد الملزم للجانبين بالإيجار، الوكالة²، الإيجار، وعد ملزم لجانب واحد بالبيع، وأخيرا البيع .

ويشير CHAMPAUD أن هذه القوالب الخمسة هي تلك القوالب الرئيسية التي تدخل بالأقل في تكوين عقد الاعتماد الإيجاري، ويفهم من ذلك أنه في نظر الأستاذ أنه هناك قوالب عقدية أخرى تدخل في تكوين العقد وإنما بالنظر إلى أهميتها الهامشية لا ترقى إلى مصاف الأركان المحددة لطبيعة العقد ، وحيث أن الأستاذ CHAMPAUD يقصد بالوكالة الداخلة في تكوين العقد و الوكالة الأصلية ، فإنه يستبعد من العناصر الداخلة في تكوين العقد كل من الوكالة التبعية الوكالة الإدارية ، أما الشراء والتأمين و الكفالة فهي عقود تبرم مع شخص أجنبي من عقد الاعتماد الإيجاري، وبالتالي لا شأن لها في تحديد الطبيعة القانونية للعقد .

و لا يكتفي CHAMPAUD بإبراز الطبيعة المركبة لعقد الاعتماد الإيجاري ولكنه يقرر أن من بين مختلف العناصر الداخلة في تكوينه يعد عقد الإيجار دور العقد الرئيسي للاعتماد الإيجاري، وبعبارة أخرى يعد عقد الإيجار العقد الرئيسي في عقد الاعتماد الإيجاري المركب، و يكون مؤدي ذلك كما اشرنا من قبل انه في حالة عدم إمكان التوفيق بين آثار مختلف العقود الداخلة في تكوين العقد المركب و جب ترجيح تطبيق أحكام عقد الإيجار .

و الملاحظ أن ترتيب القواعد الخمسة كان أساسه هو التعاقب الزمني في ترتيب آثار كل قالب عقدي منها ، لان هذه القوالب لا ترتب آثارها في وقت واحد ، وباعتبار الإيجار هو جوهر عقد الاعتماد الإيجاري فيجعل CHAMPAUD القالبان الأول و الثاني و المتمثلين في الوعد الملزم للجانبين بالإيجار و الوكالة عنصرين ضروريين يحتاجهما الإيجار ليصبح موضع التنفيذ ، في حين أن العنصرين الرابع و الخامس و هما الوعد الملزم لجانب واحد بالبيع و عملية بيع الأصل عنصرين لازمين لإنهاء العلاقة العقدية للإيجار بين الطرفين³.

و إن كان بعض أنصار هذه النظرية قد أيد التحليل الذي قال به الفقيه CHAMPAUD مبدئيا باعتبار أن عقد الاعتماد الإيجاري عقد مركب، غير انه أبدى تحفظا فيما يتعلق بالقوالب الداخلة في تكوينه و خاصة القالبين

¹تشير إلى أن فكرة الأستاذ كانت واردة على الاعتماد الإيجاري للمنقولات، إلا انه يمكن قياس ذلك على كل من الاعتماد الإيجاري العقاري و الاعتماد الإيجاري اللاحق .

²إن الوكالة الداخلة في تكوين العقد يقصد بها الوكالة الأصلية Mondât Initial حيث تستبد كل من الوكالة التبعية و الوكالة الإدارية .

³بسام هلال مسلم القلاب ، التأجير التمويلي ، المرجع السابق ، ص 73 .

الفصل الثاني تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات الحديثة

الأول (الوعد الملزم للجانبين بالإيجار) و الأخير (عقد البيع النهائي لأصل موضوع العملية) و هذا لان الوعد بالإيجار يمكن اعتباره إيجارا قياسا على اعتبار الوعد بالبيع الملزم للجانبين في القواعد العامة بيعا .

كما أن القالب المتعلق بعملية البيع لا يمكن تمييزه عن عنصر الوعد الملزم لجانب واحد بالبيع لأنه يعتبر نتيجة طبيعية و حتمية له إذا ما أبدى المشروع المستفيد رغبته بالشراء إعمال للخيار الممنوح له بموجب عقد الاعتماد الإيجاري، و عليه يخص أنصار نظرية العقد المركب إلى أن عقد الاعتماد الإيجاري هو في الواقع عقد مركب يدخل في تركيبه ثلاثة قوالب عقدية هي الوكالة و الإيجار و الوعد المنفرد بالبيع الملزم لشركة الاعتماد الإيجاري ، و يعتبر الإيجار هو العلاقة الرئيسية بينها¹.

ويعتبر أنصار هذا المذهب أن عقد الاعتماد الإيجاري ثلاثي الأطراف وهذا لأنه لا يوجد عقد وحيد يربط بين شركة الاعتماد الإيجاري و المشروع و المستفيد و بائع العقار أو مقاول بناءه، وفي حقيقة الأمر يوجد عقدان مستقلان عن بعضهما هما عقد الاعتماد الإيجاري الرابط بين شركة الاعتماد الإيجاري و المشروع المستفيد و عقد البيع أو عقد المقاول الذي تملك بموجبه شركة الاعتماد الإيجاري العقار موضوع عملية التمويل ، وهذا الاستقلال غاية يسعى الأطراف إلى تحقيقها خاصة في حالة ما إذا كان تملك شركة الاعتماد الإيجاري للعقار مستندا على عقد البيع لان القول أن العقدين مرتبطان ببعضهما البعض أو صهرها في عقد واحد يترتب عليه جعل وجود احدهما أو بقاءه مرهون بوجود أو بقاء العقد الثاني و عليه قد يزول عقد الاعتماد الإيجاري أو يفسخ لعدم إبرام عقد البيع أو فسخه لأي سبب من الأسباب و العكس صحيح و من البديهي أن الأطراف تسعى لتجنب هذه الآثار .

ونفس الشيء في فرض بناء العقار فان عقد المقاول يكون مستقلا عن عقد الاعتماد الإيجاري سواء كانت الصورة التي يبرم فيها المشروع المستفيد هذا العقد مع المقاول باسمه الشخصي أو باعتباره وكيلا يتعاقد مع المقاول باسم ولحساب شركة الاعتماد الإيجاري.

وتوجد حالات نادرة التي يقو فيها بائع العقار بتوقيع عقد الاعتماد الإيجاري إلى جانب الشركة المؤجرة و المشروع المستفيد و أحيانا يكون مقاول إنشاء المباني طرفا في الاتفاق التمهيدي المبرم بين شركة الاعتماد الإيجاري و المشروع المستفيد في حالة تمويل عقار يراد بناؤه، إلا أن هذا لا يجعل من عقد الاعتماد الإيجاري ثلاثي الأطراف لان هذا العقد لا يبرم فعليا إلا بين شركة المؤجرة و المشروع المستفيد .

¹ المرجع نفسه ، نفس الصفحة .

المطلب الثاني: تقدير نظرية العقد المركب

إن من مزايا نظرية العقد المركب انها لاقت على النحو الذي صاغه الأستاذ CHAMAUD و أنصاره اعتناقاً كبيراً لا سيما من قبل فقهاء القانون التجاري، غير أنها و على الرغم من ذلك واجهت انتقادات في تفسيرها للطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الإيجاري انقسمت إلى طائفتين : تتعلق الطائفة الأولى بالقوالب العقدية المساهمة في تكوين العقد الاعتماد الإيجاري المركب ، فيما شككت الطائفة الثانية أصلاً في مدى جواز اعتبار عقد الاعتماد الإيجاري عقد مركباً رغم تعدد العمليات القانونية المطوية تحته¹.

الفرع الأول: عناصر القوالب العقدية بالنسبة لنظرية العقد المركب

استند أنصار نظرية العقد المركب للقوالب العقدية وهذا لتركيب عقد الاعتماد الإيجاري، لذا يجب في البداية الإشارة إلى عنصر الإيجار و الوعد المنفرد بالبيع يمثلان الجوهر الأساسي الذي قامت عليه النظرية الإيجار المالي التي ناقشنا أساسها سابقاً و عليه يمكن الإحالة على الانتقادات التي واجهتها هذه النظرية و الاستناد عليها فيما يتعلق بهذين العنصرين .

فانه من الواضح أن الأستاذ CHAMAUD ذهب إلى تضمين عقد الاعتماد الإيجاري العنصر المتمثل في الوعد الملزم للجانبين بالإيجار فان السبب في ذلك يرجع إلى انه عند إبرام العقد لا تكون شركة الاعتماد الإيجاري مالكة للأصل العقاري المطلوب تمويله و بالتالي لا يمكنها و ضعه تحت تصرف طالب التمويل،

¹ هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 671 .

الفصل الثاني تكييف عقد الاعتمادي الإيجاري في ظل النظريات الحديثة

و كل ما يتاح لها في تلك اللحظة و هو أن تعد المستفيد بتأجير الأصل له حال تملكها له ، و في المقابل يلزم المستفيد نفسه باستئجاره متى تمكنت الشركة من الحصول على ملكيته ، و من البديهي أن يضع الباحث هذا العنصر كأولوية سابقة لعنصر الإيجار لأنه لا يمكن تصور نشوء الإيجار قبل الوعد به و إلا ما كان له من مقتضى¹ .

لكن من ناحية الواقعية يعجز كل من الوعد الملزم للجانبين بالإيجار و كذا تأجير ملك الغير عن تفسير اتجاه إرادتي طرفي عقد اعتماد الإيجاري، و الملاحظ انه لا يمكن مسائلة المستفيد عن عدم تنفيذ الوعد بالاستئجار طالما لم تكن الشركة الواعدة بالإيجار قادرة على تنفيذ وعدها بالتأجير و يترتب عن ذلك أن الشركة تتحمل تبعه عدم إبرام عقد البيع .

أما فيما يتعلق بعنصر الوكالة، فان بعض الفقه يرى أن الوكالة الممنوحة للمشروع المستفيد من طرف شركه للاعتماد الإيجاري للتفاوض على عقد البيع الذي سيبرم بين الشركة و مالك الأصل العقاري ليست حتميه مطلقه لتكوين قيام عقد الاعتماد الإيجاري و لا تعتبر ركن جوهريا فيه حيث لا تقوم له قائمه إلا بتوافرها، لان كل ما في الأمر أنها عقود يحتاجها عقد الاعتماد الإيجاري حتى يتسنى تنفيذه بعد انعقاده وتساهم في تحقيق الهدف منه، كما أن الوكالة التي قصدها أنصار نظريه العقد المركب في الوكالة الأصلية أي وكاله المشروع المستفيد في اختيار الأصل العقار المراد تمويله وبائعه أو المقاول الذي سيشرف على أشغال بنائه، و لا تمتد إلى توكيل المستفيد لشراء الأصل، كما انه يمكن أن يتصور إن هذا الأصل قد يكون مملوكا لشركة الاعتماد الإيجاري قبل إبرام عقد الاعتماد الإيجاري وبالتالي لا يوجد أي حاجه إلى توكيل المشروع المستفيد².

و بخصوص ما قال به الأستاذ CHAMAUD من أن عقد الاعتماد الإيجاري هو عقد مركب يلعب فيه الإيجار العنصر الجوهري وبالتالي إذا تعذر التوفيق بين أحكام مختلف القوالب العقدية المركب له و جب تطبيق أحكام الإيجار، فلا يمكن الاعتداد بذلك بل لا يمكن اعتبار عقد الاعتماد الإيجار أساسا عقدا مركبا لان العقد المركب ما أسلفنا هو العقد الذي يحتوي على عدد من العقود يؤدي كل واحد منها خدمة معينة

¹طبقا للأحكام العامة في عقد الإيجار لا يعتبر الإيجار الصادر من غير المالك ناقدا في مواجهة هذا الأخير إلا إذا أجره، وهذا يعني أن مالك العقار يستطيع أن يؤجر العقار للمستأجر آخر و تكون الأولوية للمستأجر من المالك على المستأجر من غير المالك حتى ولو كان هذا الأخير سابقا في التاريخ وقد تسلم العين المؤجرة ولا تطبق في هذه الحالة أحكام المادة 485 من التقنين المدني الجزائري لأنها تتضمن حكما خاصا بالأولوية بين مستأجر ينل نفس العين من ذي صفة .

²سام مسلم هلال القلاب، التأجير التمويلي، المرجع السابق، ص74 .

الفصل الثاني تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات الحديثة

مستقلة عن العقود الأخرى، وفي حاله تعارض أحكامها يتعين تغليب ما كان منها ممثلاً للعملية الرئيسية،¹ والعقود التي تبرم في إطار عقد الاعتماد الإيجاري تهدف جميعاً إلى وضع العقد موضع التنفيذ وعليه لا مجال للحديث على وجود تعارض بين أحكام هذه العقود لأنه لا يوجد ما يستلزم ترجيح تطبيق أحكام إحداهما على الأخرى فمثلاً لا يمكن تصور حدوث تعارض بين أحكام الإيجار و أحكام الوكالة وهذا لازدواجية صفة المستفيد كمستأجر للأصل و وكيل عن شركة الاعتماد الإيجاري في استلام الأصل من البائع أو المقاول، والمستفيد يستلم الأصل لا بصفته مستأجر و إنما بصفته وكيلاً أي في هذه الحالة تزول صفته كمستأجر وتضل صفته كوكيل فتثور مسؤولية عند عدم إبرام عقد الاعتماد الإيجاري لعدم استلامه الأصل بموجب أحكام الوكالة.

الفرع الثاني: خدمة التمويل والضمان بالنسبة لنظرية العقد المركب

من الثابت أن مقتضيات النشاط الاقتصادي وتطوره يفضي إلى استحداث قوالب عقدية غير مسبوقة، و مع ذلك فإن تعدد الروابط الاقتصادية في إطار الاتفاق الواحد هو وحده ما يمكن ترجمته من الوجهة القانونية إلى عقد مركب .

و لا يعد الاعتماد الإيجاري من زاوية الروابط الناشئة بين شركة الممولة و المستفيد عملية اقتصادية مركبة، فجوهر الخدمة التمويلية المقدمة إلى المستفيد، و كان في مقدور الممول اشتراط رهن أو أي تامين آخر ضماناً لوفاء المستفيد بالتزاماته، و لكن بالنظر إلى أن الخدمة التمويلية المشار إليها تعرض بصفة أساسية على مشروعات تتميز بقدراتها المالية المحدودة يشترط الممول اكتساب ملكية الأصل محل التمويل و الاحتفاظ بها طوال مدة السداد، باعتبار حق الملكية كبرى الضمانات التي يمكن أن يحظى بها في إطار النظام القانوني القائم. هو ما يعطى لعملية الاعتماد الإيجاري هذه الخصوصية حيث أن ضمان فعالية حق الملكية كأداة تامين يستوجب إخفاء علاقة المديونية تحت ستار الإيجار، و نفاذ الإيجار يستوجب اكتساب ملكية الأصل موضوع التمويل، و هو مصدر لتحمل المستفيد وحده الأعباء و المخاطر الناشئة عن استعمال الأصل، و أخيراً يكون من البديهي جعل انتقال ملكية الأصل الممول إلى المشروع المستفيد عند انتهاء مدة الإيجار إعمالاً لحق خيار شراء الممنوح له، احتمالياً في اغلب الحالات .

و رغم اتفاق اعتماد الإيجاري يجمع بين التمويل و الضمان إلا انه لا يمكن اعتباره عقداً مركباً لان الضمان عموماً يتبع الدين الأصلي و لا يعتبر خدمة جديدة تقدمها شركة الاعتماد الإيجاري للمستفيد إلى جانب خدمة

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في الشرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام الجزء الأول بيروت(د.ت) ص157

الفصل الثاني تكيف عقد الاعتمادي الإيجاري في ظل النظريات الحديثة

التمويل بل على العكس تماما يعتبر الضمان خدمة يقدمها المشروع المستفيد للشركة الاعتماد الإيجاري في صورة احتفاظها بحق ملكية الأصل الممول طول مدة السداد¹.

والقول بتبعية الضمان للدين الأصلي لا يجعل من العقد المنشئ للدين عقدا مركبا و إن شمل الاتفاق الواحد كلا من الدين و الضمان ، فالمقصود بالتبعية هو توقف وجود الضمان و صحته على وجود الدين المضمون وصحته، دون أن يكون لوجود الضمان أو صحته أثره على الدين المضمون لا في وجوده ولا في صحته، ولا يتأنى القول بذلك إلا في واقع استقلال المصدر المنشئ للدين الأصلي عن المصدر المنشئ للضمان، و يترتب على ذلك أن يكون الاتفاق الواحد المشار إليه واردا على عقدين و لا يعد بالتالي عقدا واحدا مركبا.

وفي الأخير لا يصح في تقديرنا الاستناد إلى تعدد القوالب العقدية التي يشهدها الاعتماد الإيجاري لاعتبار العقد عقدا مركبا، فكما ذكرنا إما أن تكون هذه القوالب لازمة لوضع العقد موضع التنفيذ و إما أن تكون لازمة لإنهاء العلاقة العقدية على ضوء ما يرمي الطرفان إليه و مع هذا التوزيع الخاص للأعباء و التبعات الناشئة في العقد .

إذا لا يمكن أن نعتبر مختلف هذه القوالب عن تعدد للروابط الاقتصادية بين شركة الاعتماد الإيجاري و المستفيد ، إذ أنها لا تعبر عن خدمات عدة يتم تقديمها بموجب العقد، و لا يثور في شأنها التعارض بين أحكام مختلف هذه العقود، إذ لا يهدف كل منها إلى تحقيق جانب من الاعتماد الإيجاري و إما إلى توزيع جانب من الأعباء أو التبعات الناشئة عنه .

¹ هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 674 .

المبحث الثاني: نظرية مركب العقود

ذهب الفقيه "TEYSSIE" الذي يعتبر أن الاعتماد الإيجاري نموذجا لأحدى صور مركبات العقود و التي تتمثل في وجود عدة عقود واردة على المحل ذاته أو كانت جميعا تهدف إلى تحقيق غاية واحدة مما يؤكد أن مصلحة واحدة هي الدافع إلى إبرامها جميعا .

كما انشغل جانب من الفقه زعامة الفقيه "TEYSSIE" في إطار تكييف القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري بإبراز عناصر التفاعل بين مختلف الروابط القانونية الناشئة بين جميع الأطراف و لم يتوقف عن حدود الضيقة للعلاقة القائمة بين شركة الاعتماد الإيجاري و المشروع المستفيد .

الفصل الثاني تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات الحديثة

حيث يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري نموذجا لمركب العقود يعرف بمجمع العقود ذات التبعية المنفردة مركبة الهيكلية " Ensemble de contrats à dépendance unilatérale à structure composée"¹

وتنقسم مركبات العقود إلى سلسلة عقود «chaines de contrats» النوع الأول أما النوع الثاني هو مجموع العقود «Ensemble de contrats» و تتميز سلسلة العقود بوحدة محلها ، و التعاقب في إبرام العقود وعدم دوانها حول شخص محوري واحد و إنما تكون في هيكلية خطية، و تكون العقود سلسلة إما بتعدد الصفقات أو بتجزئة الصفقة .

أما مجمع العقد فيتميز بارتكازه حول شخص محوري، و تكون له هيكلية دائرية، و تهدف جميع العقود تحقيق غاية واحدة سواء بصفة أصلية أو تبعية، و بالتالي تتعاصر هذه العقود في وجودها و لا تتعاقب في تحقيقها للغاية الواحدة منها .

ولمجامع العقود تنقسم إلى قسمين:

الأول مجامع عقود ذات طبيعة تبادلية وهي الحالة التي يكون فيها كل عقد من العقود غير كاف لوحده و إنما ضروري لتحقيق الغاية من المجمع و فق ما يحدده الشخص المحوري فيه، أما الفئة الثانية هي مجمع العقود ذات التبعية المنفردة و هي التي يدخل في تكوينها عقد رئيسي لا تبرم سائر العقود الأخرى إلا من أجله، و إذا كان إبرام مجموع العقود في هذه الفئة يحتاج إلى طرفين فقط فهو ذو هيكلية بسيطة أما إذا كان انعقادها يستلزم أكثر من طرفين كان مجمع العقود ذو تبعية منفردة مركب الهيكلية ، و يساعدنا هذا التقديم الموجز لتقسيمات مركبات العقود لدى الباحث لمعرفة وضع عقد الاعتماد الإيجاري و الذي يكون ضمن الفئة الثانية لمجمع العقود ذات التبعية المنفردة مركبة الهيكلية على اعتبار أن إبرامه يحتاج إلى ارتباط عدة أطراف.

المطلب الأول: نموذج مركب العقود في الاعتماد الإيجاري

يعتبر الفقيه TEYSSIE أن الاعتماد الإيجاري نموذجا كمجمع العقود ذات التبعية منفردة مركبة الهيكلية، ويتخذ من الاعتماد الإيجاري في صورته التقليدية سبيلا للدلالة على ذلك.

¹صاغ الفقيه "TEYSSIE" نظريته هذه في مؤلفه: les groupes de contrats ,lgdj paris 1975 p 128 et s أشار إليه هاني محمد دويدار , النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق 662 .

الفصل الثاني تكيف عقد الاعتمادي الإيجاري في ظل النظريات الحديثة

ويذهب إلى أن تحقق العملية المعنية لا يقتضي إبرام عقود لها ذات الأهمية داخل المجمع، ويكفي إبرام واحد من هذه العقود لتحقيق الجانب الأعظم من الغاية من المجمع، وبالتالي يعد العقد الأصلي أو العقد الرئيسي في داخله.

ومع ذلك تقتزن عقود أخرى بالعقد الأصلي وتعد عقودا مكملة له، وفي بعض الأحوال لا غنى عن إبرام وتنفيذ تلك العقود لتنفيذ العقد الأصلي، وإذ تقتزن هذه العقود بالعقد الأصلي فأنها تكون تابعة له، سواء كانت تبعيتها له ضرورية أو غير ضرورية.

الفرع الأول: العقود الفرعية المبرمة بالنسبة لعقد الاعتماد الإيجاري

في لب الاعتماد الإيجاري نجد عقد الإيجار المبرم بين الشركة الاعتماد الإيجاري و المستفيد و الذي يقتزن به الوعد بالبيع و يقتضي تنفيذ العملية شراء الأصل، بينما تسمح عقود الوكالة لشركة لاعتماد الإيجاري بان تتخلص من عناء اختيار الأصل و استلامه عن طريق تكليف المستفيد بتلك المهام و إن كان الفقيه لا يشير صراحة إلى دور عقود الوكالة يكمن في إثارة مسؤولية المستفيد عند اللزوم إلا أن عبارة التخلص من عناء اختيار الأصل و استلامه توحى بذلك الدور .

و تعد عقود الوكالة من العقود التي تبرم بين ذات طرفي العقد الرئيسي، و هي بذلك عقود تبعية له أما العقود التي تبرم مع شخص أجنبي عن العقد الأصلي يأتي على رأسها عقد بيع الذي تكتسب بموجبه الشركة الاعتماد الإيجاري ملكية الأصل، و تكوين العقد الأصلي لا يكتمل إلا بإبرام هذا البيع و تنفيذه إضافة إلى عقود أخرى كعقود تامين و الكفالة.

و عليه يعد عقد الإيجار المقترن بالبيع في مفهوم نظرية مركب العقود صور الاعتماد الإيجاري و ذلك بوصفه العقد الأصلي في مجمع العقود و يكون الشخص المحوري في هذا المجمع هو شركة الاعتماد الإيجاري،¹ و تدور جميع العقود الأخرى بوصفها عقودا تبعية حول العقد الأصلي المحوري في المجمع، حيث يتحدد وجه التفاعل بين مختلف هذه العقود على ضوء ارتباطها بالعقد الأصلي و دور كل منها في تحقيق الغاية من المجمع، و تتخذ النظرية من عنصر السبب ضابطا يحدد بموجبه التفاعل، و جميع العقود التبعية تحد لها سببا في العقد الأصلي دون أن يكون العكس صحيحا .

¹ يعتبر العقد الإيجار المقترن بالوعد المنفرد للبيع هو العقد الأصلي و هذا راجع إلى أن الفقيه TEYSSIE استناد على ما يستقر عليها لفقه الغالب في فرنسا و المنتصر لنظرية الإيجار المالي السابق عرضها، وكذا اعتناق المشرع الفرنسي لها عند تعريفه عن عقد الاعتماد الإيجاري.

الفرع الثاني: تطبيق نظرية مركب العقود على الاعتماد الإيجاري العقاري

إن كان الفقيه قد اتخذ وكما ذكرنا من الاعتماد الإيجاري في صورته التقليدية سبيل للدلالة على شمول فكرة مركب لعقود إلا أن هذا يصعب تطبيقه خاصة على عقد الاعتماد الإيجاري العقاري في حالة شراء الأرض يكون عقد البيع تبعيا ضروريا يبرم بين الشركة الاعتماد الإيجاري والغير أما إذا تم البناء على أرض مملوكة المستفيد يكون عقد الإيجار البنائي أو الإيجار الحكري عقدا تبعيا ضروريا أيضا لكنه يبرم بين ذات طرفي العقد الأصلي.

وفي هذه الحالة الأخيرة يقتصر العقد الأصلي على الإيجار فقط دون أن يكون للوعد المنفرد بالبيع أي مجال¹.

ويكون عقد الوكالة أو عقد المقاولة في شأن تنظيم أعمال بناء العقار تبعيا بين ذات الطرفين وهذا أسوة بعقود الوكالة المبرمة في إطار الاعتماد الإيجاري في صورته التقليدية.

أم عقد المقاولة الذي يكون مقاول إنشاء المباني طرفا فيه فلا شك في اعتباره عقدا تبعيا، حتى لو كان الطرف المتعاقد فيه مع المقاول أحيانا هو المستفيد وأحيانا أخرى هي شركة الاعتماد الإيجاري، إلا أنه في كل الأحوال تكون شركة الممولة هي الشخص المحوري في مجمع العقود لأن العقد في جميع الأحوال يبرم لحساب الشركة.

ومع ذلك فإن فرض تأسيس الشركة المدنية العقارية يقتضي إجراء بعض الملاحظات، ففي حالة تأسيس الشركة المدنية العقارية يصبح الشخص المعنوي المتولد عن الشركة محور جميع العلاقات القانونية الناشئة بمناسبة الاعتماد الإيجاري العقاري، و تلعب جميع القوالب العقدية ذات الدور الذي تلعبه في إطار الاعتماد الإيجاري في صورته التقليدية.

مما يترتب عليه بقاء صلاحية تصور نظرية مركب العقود للتعبير عن الاعتماد الإيجاري العقاري في حالة تأسيس الشركة المدنية العقارية.

ومع ذلك يجب تفسير انتقال المحور القانوني من شخص شركة الاعتماد الإيجاري إلى شخص المعنوي المتولد من الشركة المدنية العقارية، حيث أن العملية كلها لا تبدأ إلا من واقع تأسيس شركة أي يمكن اعتبار عقد التأسيس عقدا تبعيا ضروريا، إلا أن العقد الأصلي وعقد تأسيس الشركة قد يشكلان مجعما أصليا يتفرع

¹ هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 680 .

الفصل الثاني تكيف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات الحديثة

عنه جميع المجامع الفرعية الأخرى، ويكون الشخص المعنوي المتولد عن الشركة المدنية العقارية طرفاً في جميع العقود التبعية عدا عقد التأسيس.

وتجد الإشارة إلى أنه في حالة تأسيس الشركة المدنية العقارية يصبح العقد الأصلي إيجاراً مقترناً بوعده بيع الحصص المقدمة إلى الشركة وليس وعده ببيع العقار محل الاعتماد الإيجاري.

أما عن الاعتماد الإيجاري اللاحق فيلاحظ أن قبض ثمن بيع الأصل يمثل غاية أساسية بالنسبة إلى المستفيد، تتجاوز في أهميتها هدف الإبقاء على الانتفاع بالأصل وإمكانية استرداد ملكيته بموجب عقد الإيجار المقترن بالوعد بالبيع، وبالتالي يصعب اعتبار عقد البيع مجرد عقد تبعية وإن كان ضرورياً، وحيث أنه لا يزال هناك مجال لإبرام بعض العقود مع الغير، مثل عقود التامين والكفالة، يبقى مجمع العقود في فرض الاعتماد الإيجاري اللاحق مركب الهيكلية وليس بسيط الهيكلية والذي كان ليقضي اختلاف تصوير هذه الصورة الخاصة للاعتماد الإيجاري في نظرية مركب العقود.

ويستنتج من الحديث عن الاعتماد الإيجاري اللاحق أن التأجير من الباطن يعد عقداً تبعية غير ضروري يبرمه المستفيد مع الغير، فإن كان له مقتضى كنا بصدد اعتماد إيجاري مرتد وإلا ظللنا في إطار الصورة الأصلية للاعتماد الإيجاري اللاحق.¹

المطلب الثاني: تقدير نموذج مركب العقود في الاعتماد الإيجاري

انفردت نظرية مركب العقود على خلاف نظرية العقد المركبة بتغلبها المعيار الغاية على اعتبارات الفن القانوني المجرد في محاولتها لتفسير جوهر للاعتماد الإيجاري، فمضمون نظرية العقد المركب إن جميع الاتفاقات القائمة بين شركة الاعتماد الإيجاري والمستفيد يجمعها عقد واحد هو عقد الاعتماد الإيجاري المركب، ويكون ذلك بغض النظر على الهدف من عقد هذه الاتفاقات المختلفة من جهة وبغض النظر عن العقود الأخرى المبرمة مع الغير، سواء قامت الشركة الممولة بإبرامها أو كان إبرامها على عاتق المستفيد من جهة أخرى.²

وعلى ضوء ذلك يتعين لتقدير نموذج مركب العقود في الاعتماد الإيجاري الوقوف عند نقطتين أساسيتين: الأولى تحديد الرابطة التبعية السببية لمختلف العقود والنقطة الثانية دور مختلف العقود التبعية في الاعتماد الإيجاري.

¹ هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 682 .
² هشام بن الشيخ، الاعتماد الإيجاري للعقارات، المرجع السابق، ص 84 .

الفرع الأول: تحديد الرابطة التبعية السببية لمختلف العقود

تجعل نظرية مركب العقود من كل اتفاق معقود سواء بين شركة للاعتماد الإيجاري والمستفيد أو بين الشركة والغير عقد مستقلا قائما بذاته، و إنما يتفاعل مع غيره من العقود الأخرى تحقيقا للغاية الأساسية من الاعتماد الإيجاري، و بالتالي يتحدد دور كل منها في إطار تحقيق هذه الغاية، و كذلك تتحدد أهمية هذا الدور بالنظر إلى اعتبار العقد عقدا أصلية و عقد تبعية ضروريا أو عقد تبعية غير ضروري.

و يتم تصوير أوجه التفاعل بين مختلف هذه العقود على ضوء تشكيل مجامع العقود الفرعية الناشئة عن الاعتماد الإيجاري.

ويلاحظ أن جوهر فكرة مجمع العقود يتمثل في وحدة الغرض من إبرام مختلف العقود، و تترتب على ذلك أن يكون عنصر السبب هو المحدد الأصلي لوجه التفاعل بينهما، ولكن بالنظر إلى وجود عقد أصلي و عقود تبعية تتحدد رابطة السببية بين مختلف العقود التبعية بالنظر إلى صلتها بالعقد الأصلي.¹

لذلك يوصف TEYSSIE مجمع العقود في هذه الحالة بأنه مجمع العقود التبعية المفردة، حيث نجد العقود التبعية سببها في العقد الأصلي دون إن يكون العكس صحيحا.

و بما انه تم تحديد رابطة التبعية السببية بين كل عقد تبعية و العقد الأصلي يحدد الباحث نمط العلاقة فيما بين عقود تبعية بعضها البعض، فالأصل أن كل عقد تبعية مستقل وقائم بذاته، و لا يتأثر وجوده أو صحته بوجود أو صحة ما عداه من العقود التبعية الأخرى، و يتفادى الباحث النتائج التي قد تترتب على شمول الغاية الواحدة لجميع عقود المجمع بإرساء المجامع الفرعية، فتعزل العقود التبعية في كل مجمع فرعي عن سائر العقود التبعية في المجامع الفرعية الأخرى، و من اجل التوفيق بين الاعتبارين: شمول الغاية الواحدة لجميع عقود المجمع من جهة و انعزال العقود التبعية في كل مجمع فرعي عن غيرها من العقود تبعية، يجعل الباحث من العقد الأصلي قاسما مشتركا بين جميع المجامع الفرعية، و لا يتبقى بعد ذلك إلا تحديد نمط رابطة التبعية بين العقد التبعية و العقد الأصلي داخل المجمع الفرعي، و يتبين من ذلك أن الدور المنوط بكل عقد تبعية يتحدد مفهوم نظرية المركب العقود على ضوء أثره في تكوين العقد الأصلي أو تنفيذه أو مساهمته في ذلك، و بعبارة أخرى لا مجال للتمييز بين غاية عامة لمجمع العقود و دور كل عقد فيه،

¹ هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 684.

الفصل الثاني تكيف عقد الاعتمادي الإيجاري في ظل النظريات الحديثة

الأصلي منها و التبعية، في تحقيق هذه الغاية العامة فالغاية العامة تتمثل في تكوين العقد الأصلي و تنفيذه، و العقود التبعية سوى وسيلة تحقيق ذلك.

ويتناقض ذلك مع مفهوم الأستاذ لمجمع العقود ذات التبعية المنفردة، إذ يذهب إلى وجود عقد أصلي يساهم في تحقيق الجانب الأعظم من غاية المجمع وتستكمل العقود التبعية تحقيق هذه الغاية، صحيح أن الباحث يقرر أن العقود التبعية تكون مكملة للعقد الأصلي و أنبعضها يكون ضروري لتكوينه و تنفيذه و بعضها الآخر غير ضروري، إلا انه لا ينفي انصهار الغاية العامة من المجمع في تكوين و تنفيذ العقد الأصلي.

الفرع الثاني: دور مختلف العقود التبعية في الاعتماد الإيجاري

يتضح جليا من تحديد دور مختلف العقود التبعية في داخل مجمع الاعتماد الإيجاري، أن هناك عقد تبعية ضروري واحد هو عقد البيع المبرم بين شركة الاعتماد الإيجاري والبائعويصدق TEYSSIE في اعتباره عقد تبعية ضروريا من زاويتين:

الأول: أن عقد البيع لا يتم إبرامه إلا بمناسبة إبرام عقد الاعتماد الإيجاري، بل أن المادة الأولى من قانون 02 جويلية 1966 تشترط صراحة أن يتم شراء الأصل بمناسبة الاعتماد الإيجاري.

الثانية: أن التكوين عقد الإيجار ونفاذه معلقان على شرط واقف هو إبرام عقد البيع وتنفيذه.

ويرتب الباحث على فسخ عقد البيع الذي يجسد سببه في عقد الإيجار انفساخ هذا الأخير، و لقد رأينا من قبل مدى حرص الطرفين على تقرير الاستقلال الكامل بين عقدي البيع و التأجير، و قد وجد ذلك صدى في القضاء الفرنسي.

وان كان صحيح أن عقد البيع ضروري لوضع العقد الأصلي في عملية الاعتماد الإيجاري موضع التنفيذ وهذا ترتيبا لأثار الشرط المعلق عليه كل من تكوين عقد الإيجار وتنفيذه، إلا أن انفساخ عقد الاعتماد الإيجاري نتيجة لفسخ عقد البيع لا يمكن الاستناد فيه إلى فكرة السبب، وإنما يكون تطبيقا لنظرية مخاطر العقد، حيث يصير تنفيذ التزام شركة الاعتماد الإيجاري بتمكين المستفيد من الانتفاع بالأصل التزاما مستحيل التنفيذ.

كما أن الوكالة تجد سببها طبقا لهذه النظرية في العقد الأصلي إي عقد الإيجار المقترن بوعده منفرد للبيع، ما يترتب عليه زوال العقد الأصلي في حال عدم تحقق الشرط الواقف المشار إليه سابقا يؤدي إلى زوال عقود الوكالة لانقضاء السبب، إلا أننا رأينا أن مجال أعمال عقود يكون أساسا عند تعذر وضع عقد الاعتماد

الفصل الثاني تكيف عقد الاعتمادي الإيجاري في ظل النظريات الحديثة

الإيجاري موضع التنفيذ أين يتحمل المستفيد وحده تبعة ذلك استنادا إلى خطاه في لتنفيذ الوكالة, وعليه فلا يمكن القول بزوال عقود الوكالة في حالة زوال العقد الأصلي, و قد ذهب القضاء في عدد من المحاكم في فرنسا إلى القول انه في حال انفساخ عقد الاعتماد الإيجاري نتيجة لفسخ عقد البيع يكون هناك مجال لإثارة مسؤولية المستفيد بوصفه وكيلًا عن الشركة الممولة¹.

أما عقود التامين والكفالة فليست عقود تبعية ضرورية فلا تؤثر صحتها أو تنفيذها على وجود العقد الأصلي أو تنفيذه, وان كان من شأنها التأثير على حسن التنفيذ العقد الأصلي, على اعتبار أن الالتزامات تجد مصدرها في العقد الأصلي, فمتى تحقق الإخلال بهذه الالتزامات جاز الطلب فسخ العقد الأصلي.

ويمكن القول عموما أن ليس لرابطة التبعية السببية من اثر إلا بالنسبة إلى العقود التي تبرم بين شركة الاعتماد الإيجاري و المستفيد أما تلك المبرمة مع الغير فلا تتأثر بتكوين العقد الأصلي أو تنفيذه أو انقضاءه, فلا اثر لفسخ عقد الاعتماد الإيجاري على عقد البيع أو عقد التامين, لأنه لا شان للبائع أو المؤمن بتنفيذ عقد الاعتماد الإيجاري.²

¹Cour d'appel de paris .5°chambre c.3 juin 1985
Cour d'appel de paris .5°chambre Arrêt du 13 fevrier 1980
cass.com ,20 janvier 1981 bull,civil 1981

² هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التوييلي، المرجع السابق، ص687

الختامة

الخاتمة:

من خلال ما سبق يمكن القول بان عقد الاعتماد الايجاري يعتبر من العقود حديثة المنشأ في البيئة التجارية، ومن اجل مواكبة التطورات التكنولوجية و العصرية الاقتصادية، حتمت المشروعات الاقتصادية إلى اللجوء إلى هذه التقنية الحديثة، وهذا بغية تلبية حاجيات الأفراد وأصحاب المشاريع الاقتصادية في تمويل تلك المشروعات وتحريك الدورة الاستثمارية من خلال زيادة الإنتاج وتحسين الجودة مما ينتج من ذلك المنافسة الاقتصادية.

وعلى ضوء ما تناولته دراستنا لهذا العقد من الوجهة القانونية والتحليلية وتكييفه في ضل النظريات التقليدية و الحديثة و على ضوء ما جاء في القانون الجزائري و هو الأمر 09/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996، وكذلك ما ورد من أحكام قانونية في التشريع الفرنسي في هذا الشأن خاصة أحكام القانون 455/66 فهو يشكل مرجعا لأغلب التشريعات المقارنة على غرار القانون المصري رقم 95 لسنة 1995 المنظم للتأجير التمويلي، وقد عولجت هذه الدراسة من خلال مناقشة مختلف الآراء الفقهية و النظريات التقليدية و الحديثة التي حاولت جاهدة تكييف العقد من الناحية القانونية .

فتعددت الاتجاهات الفقهية في فرنسا في شان تكييف عقد الاعتماد الايجاري نظرا لاعتباره عقد ذا طبيعة خاصة وهذا في ضل ترسانة عقود القانون الخاص، وان كان التشريع والقضاء قد اصبغا عليه الطبيعة التجارية، وهناك بعض التشريعات اعتبرت الاعتماد الايجاري على انه إيجار ذو طابع مالي، رغم أن واقع الحال يثبت عجز وقصور هذا التكييف لما يتجلى به عقد الاعتماد الايجاري من خصوصية في جوانب عديدة تميزه عن عقود الإيجار التقليدي، ومن أهم أسباب استبعاد هذا التكييف هو الارتفاع الواضح لقيمة الإيجار مقارنة بالقيمة السوقية للأجرة، وذلك أن تحديد قيمة الأجرة في عقد الاعتماد الايجاري يخضع وجوبا للعديد من الاعتبارات المتمثلة في بدل الانتفاع وتغطية نفقات صفة توفير الأصل سواء تمت بالشراء الأصل وتحقيق الفوائد المالية و الأرباح على اعتبار هذا النشاط تجاري بحيث غايته الأولى هي تحقيق الربح، وهذا هو الهدف الأساسي المنشود من قبل المؤجر من وراء المضي في إبرام عقد الاعتماد الايجاري ، فخصوصية هذا العقد تكمن في الخيار الثلاثي الواجب منحه للمستأجر عند نهاية مدة العقد غير القابلة للإلغاء ويتمثل هذا الخيار الثلاثي في : تملك الأصل محل العقد تنفيذ للوعد بالبيع من جانب المؤجر، فيما يتمثل الخيار الثاني في رد الأصل إلى مالكة (المؤجر) ، والخيار الثالث و الأخير هو تجديد العقد لمدة جديدة بشروط جديدة تكون اقل قساوة من سابقتها خاصة فيما يتعلق بالاتفاق على القيمة الايجارية.

و لولا هذا التمييز وهذه الخصوصية في هذا العقد لما افرد له المشرع الجزائري نصا خاصا به، بل يبقىيه خاضعا فقط لقواعد وأحكام الشريعة العامة المتعلقة بالنظام القانوني للعقود المدنية.

وأخيرا إن تكييف أي نظام قانوني جديد يكون إما بإدخاله ضمن طائفة العقود الشائعة وتقريبه منها، أو باعتباره نظاما مركبا من عدة عقود تقليدية، أو بالاعتراف له بكيان خاص و طبيعة مستقلة، ومن هنا توصلنا إلى أن عقد الاعتماد الايجاري عبارة عن نظام جديد له كيانه المستقل والمتميز عن غيره من العقود والتصرفات المشابهة، بحيث يجمع بين طبياته خصائص العديد من العقود والتصرفات، لكنه مستقل عنها و لا يمكن إضفاء طابع أي منها على هذا العقد، كما أن هذا العقد يتمتع بخصائص معينة تساهم في إبراز الطبيعة الخاصة للعقد.

ورغم تعدد الاتجاهات الفقهية في شأن تكييف عقد الاعتماد الايجاري إلا أن التشريع والقضاء استقرا على تكييفه قانونا على انه عقد إيجار ذا طبيعة خاصة، وبالتالي تطبق عليه أحكام عقد الإيجار العامة إلا ما يتعارض منها مع الطبيعة المالية للعقد، خاصة على صعيد دور المالي الذي يلعبه المؤجر في هذا العقد.

المراجع

قائمة المراجع:

أولا- المراجع باللغة العربية

أ- الكتب :

- 1/ احمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية ، البيع الدولي للبضائع، الطبعة الثانية، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع- جمهورية مصر العربية 2010 .
- 2/ الياس ناصيف ،العقود الدولية-عقد الليزينغ أو الإيجار التمويلي في القانون المقارن، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية،2008 .
- 3/ إبراهيم دسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت 1984 .
- 4/ بسام هلال مسلم القلاب، التأجير التمويلي (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع-الأردن 2009.
- 5/ صخر احمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي، (دراسة مقارنة في القانون الأردني مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي) الطبعة الأولى، دائل وائل للنشر – عمان 2005 .
- 6/ صبري مصطفى حسن السبك، البيع بالتقسيط كصورة من صور البيوع التجارية الخاص، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية 2012 .
- 7/ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثامن حق الملكية، دار النهضة العربية – القاهرة 1968 .
- 8/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام الجزء الأول ، دار أحياء التراث العربي، بيروت، (د،ت) .
- 9/ علاء الدين فواز الخصاونة ، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي، الطبعة الأولى ، الدار العملية للنشر والتوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن-2002 .
- 10/ مصطفى احمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي – عقد البيع ، الطبعة الثانية ، دار القلم-دمشق 2012 .
- 11/ نادر عبد العزيز الشافي، عقد الليزينغ(دراسة مقارنة) الجزء الأول ، المؤسسة الحديثة للكتاب- طرابلس 2004.
- 12/ نادر عبد العزيز الشافي، عقد الليزينغ(دراسة مقارنة) الجزء الثاني الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب- لبنان 2004.
- 13/ نبيل صقر، النشاط العقاري البناء والسكن و التعمير ، دار الهدى – الجزائر 2014 .

- 14/ نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005 .
- 15/ هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي ، الطبعة الثانية، مكتبة الإشعاع الإسكندرية . 1998 .

ب- الرسائل و الأطروحات الجامعية :

- 1- **أطروحة الدكتوراء :**
- هشام بن الشيخ، عقد الاعتماد الايجاري للأموال غير منقولة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراء، تخصص قانون خاص، جامعة باتنة 2018 .
 - 2- **الرسائل الجامعية :**
 - بلعزام مبروك، الاعتماد الايجاري للمنقولات، مذكرة تخرج مقدمة للحصول على درجة الماجيستر تخصص قانون خاص، جامعة فرحات عباس-سطيف 2003-2004 غير منشورة .
 - قريدة الطيب، النظام القانوني لعقد الاعتماد الايجاري في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماجيستر فرع قانون الأعمال، جامعة باجي مختار- عنابة 2002-2003 غير منشورة .
 - هشام بن الشيخ، الاعتماد الايجاري للعقارات، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرياح وقلة، 2007 .
- ج- النصوص القانونية :

- 1- **النصوص الوطنية :**
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج ر عدد 31، الصادر 13 مايو 2007، ص.03.
 - الأمر رقم 96/09، المؤرخ في 10 جانفي 1996، يتعلق بالاعتماد الايجاري، الجريدة الرسمية، العدد 3، بتاريخ 14 جانفي 1996 .
- 2- **النصوص القانونية العربية :**
- القانون المدني المصري .
 - القانون المصري رقم 95 لسنة 1995 في شأن التأجير التمويلي الجريدة الرسمية العدد 22 مكرر في 2 يونيو 1995 .
- ثانيا- المراجع باللغة الأجنبية

A-TextesJuridiques

- 1- Le code civil français.

B- Ouvrges et Articles

- Ouvrges

- 1- BEY et GAVALDA, le credit-bail immobilier, que sais-je , presse universitaire de france (P.U.F) 1983.
- 2- CALON, la Location des biens d'equipement ou leasing D.S 1964.
- 3- GIOVANOLI Mario, Le crédit-bail (Leasing) en Europe, développement et nature juridique, librairieL.G.D.I , Paris 1983.
- 4- TEYSSIE , *Les groupes de contrats* , LGDJ Paris 1975

-Articles

- 1- CHAMPAUD Claude, La loi de 2Juillet sur le crédit bail, J.C.P 1966. I.2001.

الفهرس

الفهرس

الصفحة	العنوان
	الإهداء
	الشكر
أ	المقدمة
5	الفصل الأول: تكييف عقد الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات التقليدية
6	المبحث الأول: نظرية الإيجار المالي
7	المطلب الأول: أسس نظرية الإيجار المالي
7	الفرع الأول: الإيجار في عقد الاعتماد الإيجاري
09	الفرع الثاني: الوعد بالبيع في عقد الاعتماد الإيجاري
10	المطلب الثاني: تقدير نظرية الإيجار المالي
11	الفرع الأول: علاقة عقد الاعتماد الإيجاري وعقد الإيجار
12	الفرع الثاني: الفروقات بين عقد الاعتماد الإيجاري و عقد الإيجار
14	المبحث الثاني: نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان
14	المطلب الأول: أسس نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان
15	الفرع الأول: احتفاظ الشركة المؤجرة بملكية الأصل على سبيل الضمان
16	الفرع الثاني: الخيار الثلاثي بالنسبة للطرفين
18	المطلب الثاني: تقدير نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان
18	الفرع الأول: الانتقادات التي واجهتها النظرية
20	الفرع ثاني : طبيعة عقد القرض
23	المبحث الثالث: نظرية البيع بالتقسيم مع الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان
23	المطلب الأول: عقد الاعتماد الإيجاري عقد بيع إيجاري
23	الفرع الأول: عرض النظرية وأسسها

25	الفرع الثاني: تقدير نظرية البيع الإيجاري
27	المطلب الثاني: عقد الإعتداف الإيجاري عقد بيع بالتقسيف مع الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان
27	الفرع الأول: أسس النظرية
29	الفرع ثاني : تقدير النظرية
33	الفصل الثاني: تكيف الاعتماد الإيجاري في ظل النظريات الحديثة
34	المبحث الأول : نظرية العقد المركب
34	المطلب الأول: عرض نظرية العقد المركب
35	الفرع الأول: أطراف العقد بالنسبة لنظرية العقد المركب
37	الفرع الثاني: الطبيعة المركبة لعقد الاعتماد الإيجاري
40	المطلب الثاني: تقدير نظرية العقد المركب
41	الفرع الأول: عناصر القوالب العقدية بالنسبة لنظرية العقد المركب
42	الفرع الثاني: خدمة التمويل والضمان بالنسبة لنظرية العقد المركب
45	المبحث الثاني: نظرية مركب العقود
46	المطلب الأول: نموذج مركب العقود في الاعتماد الإيجاري
46	الفرع الأول: العقود الفرعية المبرمة بالنسبة لعقد الاعتماد الإيجاري
47	الفرع الثاني: تطبيق نظرية مركب العقود على الاعتماد الإيجاري العقاري
49	المطلب الثاني: تقدير نموذج مركب العقود في الاعتماد الإيجاري
49	الفرع الأول: تحديد الرابطة التبعية السببية لمختلف العقود
50	الفرع الثاني: دور مختلف العقود التبعية في الاعتماد الإيجاري
54	خاتمة
57	قائمة المراجع
61	الفهرس
64	ملخص المذكرة

ملخص المذكرة :

تعد عملية تكييف أي نظام قانوني جديد يكون إما بإدخاله ضمن طائفة العقود الشائعة وتقريبه منها، أو باعتباره نظاما مركبا من عدة عقود تقليدية، أو بالاعتراف له بكيان خاص و طبيعة مستقلة، ومن هنا توصلنا إلى أن عقد الاعتماد الايجاري عبارة عن نظام جديد له كيانه المستقل والتميز عن غيره من العقود والتصرفات المشابهة، بحيث يجمع بين طبياته خصائص العديد من العقود والتصرفات، لكنه يستقل عنها و لا يمكن إضفاء طابع أي منها على هذا العقد، كما أن هذا العقد يتمتع بخصائص معينة تساهم في إبراز الطبيعة الخاصة للعقد.

وقد اختلفت الاتجاهات الفقهية في شأن تكييف عقد الاعتماد الايجاري إلا أن التشريع و القضاء استقرا على تكييفه قانونا على انه عقد إيجار ذا طبيعة خاصة، وبالتالي تطبق عليه أحكام عقد الإيجار العامة إلا ما يتعارض منها مع الطبيعة المالية للعقد، خاصة على صعيد دور المالي الذي يلعبه المؤجر في هذا العقد .

الكلمات المفتاحية: عقد الاعتماد الايجاري، عقد الإيجار، المؤجر، المستأجر،

Summary:

The process of adapting any new legal entity is either by entering it within the range of common contracts and by bringing them closer to it, as a complex undertaking from several conventional contracts, or by recognizing it as a private entity and an independent nature. Hence, we conclude that the lease contract is a new undertaking with its own independent entity And distinguished from other contracts and similar actions, so that it combines the characteristics of many contracts and actions, but it is independent and can not be assigned any of them this contract, and that the contract has certain characteristics contribute to highlight the special nature of the contract.

The jurisprudential trends differed as to the adaptation of the rental contract, but the legislation and the judiciary relied on its legal adaptation as a lease of a special nature. Accordingly, the provisions of the general lease contract apply only to the financial nature of the contract, especially in terms of the financial role it plays Lessor in this contract.

Keywords: leasing contract, lease contract, lessee, lessor