

## الاحتفاظ بالملكية ودوره التأميني

- عقد الاعتماد الإيجاري كنموذج -

أ. هشام بن الشيخ باحث دكتوراه  
جامعة باتنة 1 الحاج لخضر ( الجزائر )

## الملخص:

أدى اتساع نطاق الملكية الفردية وانتشار مفهوم اقتصاد السوق في العالم الحديث إلى ظهور العديد من المؤسسات والمشاريع الاقتصادية في مختلف المجالات، وقد كان ولا يزال هاجسها الأول والأخير هو توفير مصادر التمويل للاستمرارية والتطوير والتوسع خاصة في ظل التطور التكنولوجي الرهيب والمتسارع لوسائل الإنتاج وفي سبيل البحث عن الائتمان وبعيداً عن الإجراءات المعقدة والبطيئة للتأمينات التقليدية في القانون الخاص ظهر ما يسمى بالاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان وفي المقابل تم تطويع الأنظمة القانونية التقليدية والقوالب العقدية المعروفة فيها على نحو يضمن حقوق الممول وطالب التمويل إلى غاية الوصول إلى ما يعرف بعقود الليزينغ leasing أو الاعتماد الإيجاري كصيغة تمويلية ترتكز على الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان.

وقد حاولنا من خلال هذا البحث الحديث عن الدور التأميني الذي يلعبه حق الملكية واتخذنا من عقود الاعتماد الإيجاري نموذجاً لذلك لنخلص في الختام إلى أن هذه الوظيفة الجديدة التي يلعبها حق الملكية كان لها الدور البارز في منح الائتمان للشركات الممولة بدون الحاجة إلى اشتراط التأمينات العينية ولا الشخصية كما كان للاحتفاظ بالملكية التأثير الواضح على مسألة التكيف القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري.

الكلمات المفتاحية: شرط الاحتفاظ بالملكية - التمويل - الاعتماد الإيجاري

## Abstract:

The expansion of the scope of the individual property and the spread of the concept of market economy in the modern world led to the emergence of many economic institutions and enterprises in all fields. Their first and last concern was and still is the availability of financing sources for their sustainability, development and expansion, amidst the huge and accelerated technological development of the means of production.

In the context of search for credit, away from the complex and slow procedures of the conventional insurances provided for by the private law, emerged what is called as "Retention of the Property" as a security. In return, the conventional legal systems and the stereotype contractual forms known in this context have been adapted to guarantee the rights of the financier and financing applicant in order to reach what is called "The Leasing Contracts" as a finance form dependent on retaining the property as a security.

Through this research, we tried to address the insurance role, played by the property right. We have taken the leasing contracts as a model. In conclusion, we realize that this new job of the Property Right played a substantial role in granting the credit to the financed companies, without the need for in-kind or personal security and that the retention of property had a clear effect on the legal characterization of the leasing contracts.

**Keywords:** property reserve clause – Finance – Leasing.

**Résumé:**

Dans le monde actuel, l'expansion de la portée de la propriété individuelle et la propagation du concept de l'économie du marché ont contribué à l'apparition de nombreuses entreprises et projets économiques dans les différents domaines. Cependant, leur seule préoccupation était et reste toujours la possibilité de l'obtention des sources de financement pour assurer leur durabilité, développement et croissance, notamment au milieu du développement technologique énorme et accéléré des moyens de production.

Dans le cadre de la recherche d'un crédit, loin des procédures lentes et compliquées des assurances traditionnelles prévues par le droit privé, un nouveau concept a été introduit, à savoir « la Conservation de la Propriété » comme une garantie. En contrepartie, les systèmes juridiques traditionnels et les formes contractuelles y afférentes ont été adaptés de manière à assurer les droits du prêteur et de l'emprunteur, ce qui a abouti à l'instauration des Contrats de Crédit-bail (Leasing Contracts) en tant qu'une méthode de financement fondée sur le principe de la préservation de la propriété comme garantie.

À travers la présente recherche, nous avons essayé de démontrer le rôle assurantiel du droit de la propriété en prenant pour exemple les Contrats de Crédit-bail pour arriver à la conclusion que cette nouvelle fonction du droit de la propriété avait un rôle primordial pour accorder le crédit aux sociétés financées sans qu'il soit nécessaire d'imposer des garanties réelles ou personnelles et qu'en outre, la conservation de la propriété avait une influence manifeste sur l'adaptation juridique des contrats de crédit-bail.

**Mots clef:** Clause de réserve de la propriété – financement – Crédit-bail.

**المقدمة:**

طغى على العالم المعاصر مصطلح اقتصاد السوق وما يقتضيه تطبيقه من منافسة حادة بين المتعاملين الاقتصاديين سواء كانوا اشخاصا طبيعيين او اشخاصا اعتباريين ،ولضمان مكانة بين المتنافسين تحتاج المؤسسات والشركات الاقتصادية في سبيل استمراريتها وديمومة نشاطها الى الحرص على مواكبة التطورات التكنولوجية المتسارعة بصورة غير طبيعية خاصة فيما يتعلق بالآلات ومعدات الانتاج ومن العسير ان لم يكن من المستحيل ان تستطيع الشركات الصغيرة و المتوسطة توفير ما تحتاجه من آلات ومعدات مكثفية في ذلك بما تمتلكه من سيولة مالية أو مصادر تمويل داخلية ودون اللجوء إلى طلب المساعدة من المؤسسات التمويلية التي راجت رواجها كبيرا في العالم الحديث وهذا بالنظر إلى ما أصبحت عملية التمويل تتمتع به من أهمية بالغة بل أضحت هي الشغل الشاغل لكبرى الشركات وحتى الحكومات في مختلف القطاعات الانتاجية أو الاستهلاكية أو الخدمية.

وتزيد حدة صعوبة الامر إذا ما علمنا أن النفقات التي تتحملها كاهل الشركات الاقتصادية لا تتوقف عند توفير الآلات أو الاصول الانتاجية المنقولة و العقارية بل تتعداها إلى ما يتطلبه المنتج من دعاية وتسويق وتأمين ضد مختلف المخاطر

وأمام هذا الوضع الذي يجعل الشركات بين مطرقة المنافسة واثبات المكانة وسط مختلف الشركات الممارسة لذات النشاط الاقتصادي و بين سندان النفقات والتكاليف الباهظة غير المتوفرة لديها , لا تجد هذه المؤسسات الاقتصادية من حل سوى اللجوء الى طلب التمويل من مؤسسات التمويل أو البنوك.

ولأن البنوك والمؤسسات التمويلية تبحث دائما عن تحقيق الربح من وراء توفير التمويل لأصحاب المشاريع الاقتصادية غير أن ذلك يجب أن يكون بالطريقة التي تحقق لها الائتمان اللازم لاسترجاع الاموال التي تمنحها لهم , خاصة وأن القواعد العامة في القانون المدني وإن كانت توفر للدائن قدرا من الحماية ضد مخاطر عدم تنفيذ المدين للالتزامه اختيارا عن طريق ما يسمى بحق الضمان العام "Droit de gage général" وحتى نظام التأمينات العينية " les

"sûretés réelles" (1) ، إلا ان هذه الوسائل التقليدية للتأمينات أثبتت عدم نجاعتها وبطء اجراءاتها وهو ما لا يتناسب مع عمليات التمويل التي تتسم بالسرعة والائتمان.

و بعد عدة محاولات لتطويع الانظمة القانونية التقليدية كالبيع والإيجار والقرض لم يعد أمام المؤسسات التمويلية من ضمان قوي افضل من الاحتفاظ بملكية الأصل الممول سواء كان عقارا او آلات انتاجية منقولة مقابل منح طالب التمويل حق الانتفاع بها واستعمالها في نشاطه الاقتصادي طيلة مدة التمويل.

ويلعب حق الملكية والاحتفاظ به في يد المؤسسة التمويلية ضمانا قويا ضد مخاطر اعسار المدين حيث ان عجز المدين عن الوفاء بأحد اقساط الدين الذي في ذمته الى الشركة الممولة لا يهدد مصالح هذه الاخيرة بشدة لأنها ببساطة يمكن أن تسترد الأصل محل التمويل بصفتها مالكة له وتأمين بالتالي دخوله في تغطية المدين ولا يمكن للدائنين الاخرين التنفيذ عليه.

ويعتبر عقد الليزينغ أحد عقود التمويل الذي يتجسد فيه احتفاظ الممول بملكية الاصل محل التمويل على سبيل الضمان الى حين استيفاء قيمة التمويل وبعد ذلك يمكن انتقال ملكية الاصل الى طالب التمويل على اعتبار ان ما يلتزم هذا الاخير بالوفاء به طوال مدة العقد يغطي قيمة الأصل ونفقات اتمام العملية وكذا هامش مرضي من الربح الذي تحرص الشركة الممولة على تحقيقه من وراء هذه الصفقة.

وسنحاول من خلال هذا البحث الاجابة على اشكالية متعلقة بداية بالاحتفاظ بالملكية و التكييف القانوني للالتزام القانوني الذي يعلق على هذا الشرط ثم عن الدور الفعال الذي يلعبه حق الملكية وما يوفره من ضمان جوهري للدائن في مواجهة مدينه ومواجهة الغير. مع ملاحظة التأثير الذي تصفيه الصفة التمويلية لعملية الاعتماد الإجاري على العقد وما يترتب عليه من خصوصية (2).

### أولا- ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية

قبل الحديث عن شرط الاحتفاظ بالملكية سنحاول بإيجاز ان نعرف حق الملكية ونبرز أهم خصائصه التي تجعل منه اهم الحقوق المالية على الاطلاق في القانون الخاص.

**1/ تعريف حق الملكية وخصائصه :** الملكية هي حق التمتع والتصرف في الاشياء بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة (3).

ويستخلص من هذا النص ان حق ملكية الشيء هو حق الاستئثار باستعماله واستغلاله والتصرف فيه كل ذلك في حدود القانون (4).

يتميز حق الملكية بخصائص ينفرد بها عن بقية الحقوق العينية الاخرى فهو حق جامع "Total" مانع "

### "Exclusif" دائم "Perpétuel"

أما القول أنه حق جامع مانع فالمقصود به أنه الحق الوحيد الذي يشتمل على كل السلطات التي يمكن أن يمارسها الشخص على الشيء والمتمثلة في الانتفاع بالشيء (jus utendi) واستغلاله (jus fruendi) والتصرف فيه (jus abutendi) وليس لصاحب أي حق عيني آخر على الشيء أن تجتمع له كل هذه السلطات في آن واحد.

ويترتب على ذلك أن المالك يكفي اثبات ملكه طبقاً للطرق المقررة قانوناً ومن يدعي أن له حقاً في ملك الغير من انتفاع أو ارتفاق او رهن يقع عليه هو لا على المالك اثبات ما يدعيه.

أما فيما يتعلق بالقول أن حق الملكية حق مانع فهذا مدلوله أنه حق مقصور على المالك وحده دون غيره فلا يجوز للغير التدخل في شؤون ملكه ،وبناءً على ذلك تقرر القوانين والأنظمة للمالك وحده -كأصل عام- الانتفاع بثمار الشيء المملوك ومنتجاته وملحقاته (5).

والقول بأن حق الملكية هو حق دائم فهذا يعني أن هذا الحق على خلاف بقية الحقوق المالية الأخرى شخصية كانت أو عينية يتميز بأنه دائم ودوامه يكون بالنسبة للشيء المملوك لا بالنسبة للمالك فالملكية تبقى مادام الشيء المملوك باقي ولا تزول إلا بزواله أو هلاكه، أما شخص المالك فلا يبقى على الدوام إذ يمكن تصور انتقال الملكية من شخص إلى آخر سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً وبموت الشخص الطبيعي تنتقل الملكية إلى ورثته أو إلى من أوصى له بها ولا يعني ذلك زوالها، ويقال غالباً في هذا الصدد أن الملكية تتأبد بانقالها " **La propriété se perpétue en se transmettant**" (6).

**2/- تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية:** إن شرط الاحتفاظ بالملكية يقتصر في الغالب بعقود البيوع ذات الطابع الائتماني، حيث أن هذا النوع من البيوع هو في الواقع بيع عادي ويرتب آثاره صحيحة وكاملة غير أن أحد الأطراف يرجى تنفيذ التزام ما من التزاماته لفترة ما أو لسبب ما ويأتمنه الطرف الآخر على ذلك، فقد يكون البيع ائتمانياً بالنسبة للبائع إذا كان التزام المشتري بالوفاء بالثمن مؤجلاً كله أو جزء منه رغم تسلمه للمبيع، وقد يكون البيع ائتمانياً بالنسبة للمشتري إذا كان التزام البائع بالتسليم مؤجلاً رغم وفاء الأخير بالثمن أو بجزء منه، والحكم نفسه إذا كان الالتزام المؤجل هو نقل الملكية. (7)

والأصل أن انتقال الملكية إلى المشتري بصفة عامة يكون بمجرد انعقاد العقد، غير أن كون هذه الأحكام تعتبر من قبيل القواعد المكملة التي لا تتعلق بالنظام العام ويجوز الاتفاق على مخالفتها يمكن للأطراف الاتفاق على أرجاء انتقال الملكية إلى المشتري فوراً ويحتفظ بها البائع إلى حين استيفائه لجميع أقساط الثمن ويلعب هذا الاحتفاظ بالملكية هنا الدور التأميني ويكون البيع في هذه الحالة تأمينياً بالنسبة لكلا المتعاقدين فالبايع ياتمن المشتري على الثمن والمشتري ياتمن البائع على الملكية. (8)

ولأن النظام القانوني للتأمينات التقليدية أثبت قصوره عن توفير الحماية الكافية للدائن ضد مخاطر إفسار المدين خاصة فيما يتعلق بالائتمان وضماناته فقد أقر القانون الفرنسي الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان بموجب القانون الصادر في 12 ماي 1980 وكذا التنازل الائتماني عن الدين ونقل ملكيته على سبيل الضمان بموجب القانون الصادر بتاريخ 24 جانفي 1984 ومع هذا لم يذهب المشرع الفرنسي إلى مدى بعيد في هذا الصدد، وقد أقر القضاء الفرنسي مبدأ استعادة الغير من شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الملكية المحتفظ بها تعد من ملحقات الحق وضامنة للوفاء به وتنتقل معه بقوة القانون كتابع يلحق بالأصل، وبذلك يصبح شرط الاحتفاظ بالملكية ضمانة جديدة عامة التطبيق ليس فقط في العلاقة بين البائع والمشتري بل أيضاً بالنسبة للغير وهو يعمل على توظيف الملكية كأداة ضمان تساهم في تشجيع الائتمان. (9)

**3-/- شرط الاحتفاظ بالملكية وشرط المنع من التصرف:** الأصل في القواعد العامة أن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري متى ما أبرم العقد صحيحاً ومستوفياً لجميع أركانه وشروطه وبناءً على ذلك تكون للمشتري كامل الحرية في ما انتقلت إليه ملكيته للتصرف فيها في حدود ما يخوله حق الملكية غير أنه وفي الحالة التي لا يوفي فيها المشتري بكل ثمن المبيع (البيع بالتقسيط) قد يلحق تصرف المشتري في المبيع ضرراً بالبائع يصعب تعويضه (10)، ولهذا السبب تتدخل التشريعات لحماية البائع وضمان حقوقه وهذا من خلال تنظيم ما يعرف قانوناً بالشرط المانع من التصرف والذي يشترط بموجبه المتصرف (البائع) على المتصرف إليه (المشتري) عدم التصرف في المبيع الذي انتقلت ملكيته إليه على أن يكون الباعث وراء هذا الشرط مشروعاً ولمدة معقولة من الزمن.

وتجد المقارنة بين شرط الاحتفاظ بملكية الأصل و الشرط المانع من التصرف ما يبررها وهذا من خلال جدوى كل منهما في ضمان حق البائع في استيفاء الثمن، ومن الناحية النظرية يعد شرط الاحتفاظ بالملكية أقوى من الشرط المانع للتصرف لأن البائع الذي يحتفظ بملكية المبيع يكون في مركز أفضل من البائع الذي يشترط على المشتري المنع

من التصرف وهذا لكون المشتري في الحالة الأولى لا تتوافر لديه أي عنصر من عناصر الملكية بينما يكون المشتري في الحالة الثانية متمتعاً من حيث المبدأ بحقي استعمال الشيء المبيع واستغلاله وعلاوة على هذا يستطيع البائع المحتفظ بالملكية استرداد المبيع سواء من المشتري أو من تحت يد الدائن الحاجز في حين أن البائع الذي اشترط عدم التصرف في المبيع لا يمكنه استرداد المبيع إلا بعد الحكم بفسخ عقد البيع.

أما من الناحية العملية ومن ناحية التنظيم القانوني لكلي الشرطين فإن الشرط المانع من التصرف يفوق في قوته شرط الاحتفاظ بالملكية وهذا راجع إلى:

- إذا قام المشتري بالتصرف في المبيع المحتفظ بملكته كان تصرفه غير نافذ في مواجهة البائع لأنه تصرف في ملك الغير<sup>(11)</sup>، أما تصرف المشتري في المبيع بالمخالفة لشرط المانع من التصرف وقع تصرفه باطلاً<sup>(12)</sup>.

- في حالة بيع المنقول لا يعتد بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة جماعة الدائنين ما لم يكن مكتوباً في ورقة ثابتة التاريخ وسابق على حق الغير وإجراءات التنفيذ على المبيع التي يباشرها الدائنون في حين أن الشرط المانع من التصرف يرتب أثره كاملاً في مواجهة جميع الدائنين لأن المبيع يكون غير قابل للحجز عليه<sup>(13)</sup>، أما بيع العقار فالأمر سواء على اعتبار أن كلا الشرطين يكون محل تسجيل وشهر عقاري ضمن إجراءات تسجيل وشهر عقد البيع.

- طالما كانت قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية تقتضي أن يكون الحائز قد اكتسب المنقول بسبب صحيح حتى يمكنه التحجج بها في مواجهة الكافة، فإن المشتري الثاني حسن النية الذي يتسلم المنقول المحتفظ بملكته بموجب تصرف المشتري الأول يكون له أن يتمسك بهذه القاعدة في مواجهة البائع، أما إذا تعلق الأمر بمنقول تصرف فيه المشتري بالمخالفة للشرط المانع من التصرف وقع التصرف باطلاً ولا يجوز بالتالي للمتصرف إليه التمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية<sup>(14)</sup>.

### ثانياً- مفهوم عقد الليزينغ وطبيعته القانونية

تعتبر عقود الليزينغ (الاعتماد الإيجاري) أحد أهم صور عقود الائتمان التي شاعت في العصر الحديث باعتبارها بديلاً فعالاً للتأمينات التقليدية العينية منها والشخصية التي أثبتت بطئها وتعقيد إجراءاتها وبالتالي عدم تماشيها مع مقتضيات التجارة الحرة واقتصاد السوق اللذان يتطلبان بصورة كبيرة الائتمان والسرعة كما أن هذا النوع من العقود صار السبيل الأنجع لأصحاب المشاريع الإقتصادية الراغبين في إيجاد مصادر تمويلية لتوفير حاجياتهم من أصول منقولة كالألات والمعدات أو أصول عقارية دون أن يتكبدوا عناء تجميد رؤوس أموال كبيرة لشرائها أو اللجوء إلى الاقتراض من البنوك وما يتهدد ذلك من مخاطر العجز عن سداد القرض والإفلاس.

**1/- تعريف عقد الاعتماد الإيجاري وخصائصه:** تقوم فلسفة عقد الاعتماد الإيجاري على اللجوء إلى بنك أو شركة مؤهلة قانوناً بممارسة الاعتماد الإيجاري تتولى - بناء على طلب المشروع المستفيد - تمويله بما يحتاجه من الأصول وتأجيرها له لمدة غير قابلة للإلغاء مقابل وفائه بأقساط الأجرة المتفق عليها على أن تتعهد الشركة الممولة في نهاية مدة العقد بمنح المستفيد خياراً ثلاثياً يسمح له بتملك الأصل المؤجر أو إعادة تجديد الإيجار أو رد الأصل إلى الشركة الممولة المالكة له.

وقد تولت أغلب التشريعات المقارنة المنظمة لهذه العملية تعريف العقد على غرار تعريف التشريع الفرنسي رقم 455/66 المؤرخ في 02 جويلية 1966 في مادته الأولى<sup>(15)</sup>، وكذلك فعل التشريع الجزائري في القانون رقم 09/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 في المادة الأولى منه التي عرفت الاعتماد الإيجاري عبي أنه عملية مالية وتجارية يتم تحقيقها من قبل البنوك أو المؤسسات المالية أو شركات مؤهلة قانوناً ومعتمدة بهذه الصفة تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالسراء لصالح المستأجر.

ولم تختلف التشريعات المقارنة كثيراً في تعريفها للاعتماد الإيجاري واستندت جميعها في ذلك على إبراز أهم خصائصه والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

- يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري أحد وسائل تمويل الاستثمارات من الناحية الاقتصادية ذلك أن المحرك الأساسي الذي يدفع الأطراف نحو إبرامه هو الرغبة الملحة في التمويل وهو ما ينعكس على تفسير قواعده وما ينشأ عنه من علاقات في ضوء هذا الهدف الاقتصادي الأساسي من العقد<sup>(16)</sup>، وتجد فيه الأطراف الوسيلة الأفضل التي تحقق للمشروع المستفيد اقتناء أحدث الوسائل والمعدات الضرورية لنجاح مشروعه الاقتصادي دون دفع التكاليف الباهظة المقابلة لتملكها والتي لا تكون متاحة له، كما أنه يمثل وسيلة آمنة للاستثمار بالنسبة للشركة المؤجرة التي تضمن بكل أريحية استرداد ما تنفقه من رأس مال في سبيل شراء الأصول محل العقد وتأجيرها للمستفيد ويتجسد الضمان الممنوح لها ضد مخاطر إفلاس المستأجر المستفيد في الدور الفعال الذي يلعبه حق الملكية الذي تحتفظ به طيلة مدة الإيجار على النحو الذي سيأتي بيانه لاحقاً.

- يعد الخيار الثلاثي الذي يتمتع به المستفيد في عقود الاعتماد الإيجاري من أهم العناصر الجوهرية التي تميزه عن بقية العقود التي قد تتشابه معه<sup>(17)</sup>، حيث أن هذا الخيار لا وجود له في عقد الإيجار العادي الذي يكون فيه المؤجر ملزماً برد العين المؤجرة إلى المؤجر<sup>(18)</sup>، أما في عقود الاعتماد الإيجاري فإن المستأجر عند انتهاء مدة الإيجار غير القابلة للإلغاء يجد نفسه أمام ثلاثة خيارات يمكنه إعمال أي منها وفق ما يتماشى مع مصلحته فله أن يملك الأصل المؤجر مقابل دفع ثمن التملك المتفق عليه سلفاً مع الشركة المؤجرة ولا يكون الثمن مماثلاً لثمن الأصل في السوق بل يجب مراعاة ما تم الوفاء به من أقساط الأجرة طوال مدة الإيجار ويكون الأساس القانوني لهذا التملك هو الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد وهو الشركة المؤجرة والذي يقترن وجوباً بعقد الاعتماد الإيجاري<sup>(19)</sup>، ويكون له كخيار ثانٍ أن يجدد مدة الإيجار على أن يكون ذلك بشروط جديدة أقل حدة من شروط الإيجار الأول من حيث مدة العقد وكذا قيمة قسط الأجرة، وإذا لم يعمل أيّاً من الخيارين السابقين فلا يكون له إلا رد الأصل المؤجر إلى الشركة المؤجرة باعتبارها لازالت هي المالكة له.

**12- الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الإيجاري :** على الرغم من أن أغلب التشريعات تعاملت مع عقد الاعتماد الإيجاري على أنه عقد إيجار ذو طابع مالي أسوة بالتشريع الفرنسي رقم 455/66 المؤرخ في 02 جويلية 1966، إلا أن الفقه القانوني في فرنسا خصوصاً لم يستسغ هذا التكييف القانوني كما أنه لم يجمع على رأي واحد في هذا الشأن. وقد تنازعت عديد المذاهب والآراء الفقهية في تكييف عقد الاعتماد الإيجاري ومحاولة إخضاعه لأحد العقود التقليدية المسماة في القواعد العامة فمنهم من اعتبره عقد إيجار مقترن بوعد بالبيع ملزم لجانب واحد وهو شركة الاعتماد الإيجاري ومنهم من اعتبره عقد بيع بالتقسيط على اعتبار أن الأقساط التي يلتزم المستفيد بالوفاء بها ليست إلا أقساطاً للثمن وبالمقابل تحتفظ الشركة المؤجرة بالملكية إلى حين استيفاء جميع الأقساط غير أن هذا الرأي يقف عاجزاً عن تفسير الحالة التي لا يعمل فيها المستفيد خيار الشراء ويقوم برد الأصل إلى الشركة المؤجرة.

وقد ذهب جانب آخر إلى تحليل العقد من الناحية الاقتصادية واعتبره عقد منشئ لنوع جديد من الملكية سماها الملكية الاقتصادية وميز بينها وبين الملكية القانونية، حيث أن الأخيرة هي الملكية التقليدية التي تنظمها القواعد العامة في القانون المدني باعتبارها أهم الحقوق العينية الأصلية، وتنشأ عن التملك وتنقضي مع هلاك الشيء المملوك. أما الملكية الاقتصادية فهي الحق الذي يجيز لصاحبه الاستفادة من الشيء عن طريق استهلاك مدة عمره التي يقدرها الطرفان. وهي تنشأ عن العقد وتنقضي بانقضائه والعقد في هذه الحالة يعتبر منشئاً للملكية الاقتصادية وليس ناقلاً لها. وتختلف الملكية الاقتصادية عن الملكية القانونية في كونها مؤقتة تتحدد مدتها باتفاق أطراف العقد المنشئ لها، في حين أنه من المعروف أن أهم خاصية من خصائص الملكية القانونية أنها حق دائم.<sup>(20)</sup>

وفي ظل عجز القوالب العقدياء التقليدية عن احتواء عقد الاعتماد الإيجاري بات من الضروري الاعتراف أن هذا العقد هو عقد ذو طبيعة قانونية خاصة تميزه عن كل العقود المنظمة في القواعد العامة وحتى تلك العقود الائتمانية كعقد القرض وتتجلى خصوصية عقد الاعتماد الإيجاري في مختلف مراحلها بداية من مرحلة الانعقاد حيث يحتاج العقد في تكوينه إلى تدخل ثلاثة أطراف فإلى جانب الشركة المؤجرة والمشروع المستفيد يوجد طرف ثالث هو بائع الأصل المؤجر أو مقاول بناءه إذا كان الأصل المطلوب تمويله هو عقار يراد تشييده ويرتب العقد آثارا مختلفة في علاقة البائع مع كل طرف من الطرفين ،كما تظهر الخصوصية في المحل الذي يرد عليه العقد فهو لا يكون إلا شيئاً ذا استعمال مهني أو تجاري ولا يجوز أن يكون للاستهلاك الشخصي كما أن الأجرة لا تمثل مجرد القيمة الإيجارية للأصل بل يجب أن تغطي في مجملها قيمة شراء الأصل وتكاليف الصنفاء إضافة إلى نسبة معينة من الفوائد وأخيراً هامشاً من الربح للشركة الممولة ،وتضمن الشركة استيفاء كل هذا من خلال الأقساط التي يلتزم المستفيد بأدائها طيلة مدة العقد والتي لا تكون قابلة للإلغاء ،وتلقي خصوصية عقد الاعتماد الإيجاري بظلالها على مرحلة تنفيذ العقد حيث أن الشركة الممولة تحرص دوماً على الاكتفاء بدور الممول وتبتعد عن الجوانب الفنية في العقد وهو ما يبرر اشتراط إعفاءها من الالتزام بتسليم الأصل فتوكل المستفيد باستلامه مباشرة من البائع وكذا إعفاءها من الالتزام بضمان العيوب الخفية في مواجهة المستفيد ولكنها بالمقابل تحول له حقوقها في الرجوع على البائع بالضمان. (21)

### ثالثاً- دور الملكية في عقد الاعتماد الإيجاري

لاشك أن الاعتماد الإيجاري في جوهره يمثل خدمة تمويلية تقدمها شركات الاعتماد الإيجاري إلى المستفيد ويرد هذا التمويل على استثمار محدد يتجسد في اقتناء أصل من الأصول العقارية أو المنقولة وقد ساهم الاحتفاظ بملكية الأصل المؤجر حتى في محاولات تحديد الطبيعة القانونية للعقد.

**1/- مدى تأثير دور الملكية في التكيف القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري :** استند جانب من الفقه القانوني في فرنسا على الدور البارز لحق الملكية وما له من تأثير في تحديد طبيعة العقد القانونية فمنهم من رأى أنه يشكل عقد قرض مضمون بحق الملكية (22) لأن شركة الاعتماد الإيجاري تقرض عملها الأموال اللازمة لشراء الأصول المطلوبة وتتسنى لنفسها حق ملكية على تلك الأموال المشتراة كضمان لحين وفاء العميل بكل قيمة القرض والفوائد المترتبة عنه. وبناءً على ذلك يرى أصحاب هذا الرأي أن احتفاظ الشركة المقرضة بملكية الأصول الممولة ما هو إلا نوع من الضمان إلى حين انتهاء مدة العقد واستيفاء الشركة لجميع مستحقاتها المترتبة عنه.

غير أن هذا الطرح لا يستقيم من الناحية القانونية وإن كان من الناحية الاقتصادية يسمح بإبراز الدور التمويلي لشركة الاعتماد الإيجاري ،ويكمن الفرق الجوهرى بين عقد الاعتماد الإيجاري وعقد القرض في أن احتفاظ الشركة المؤجرة بملكية الأصول موضوع العقد يكون دون تحملها لأي مسؤولية تتعلق بالملكية حيث أنها تحرص على نقل المسؤولية والمخاطر إلى المستفيد في حين أن انتقال ملكية الأموال محل القرض إلى المقرض في عقد القرض يجعل هذا المقرض متحملاً لكافة المخاطر الناشئة عنها باعتباره مالكا للأموال. (23)

وذهب جانب آخر إلى القول أن عقد الاعتماد الإيجاري هو في الحقيقة عقد تمويل بضمان الملكية غير الحيازية حيث يقوم هذا العقد على إبراز أهم خاصيتين للعقد وهما خاصية التمويل التي بمقتضاها يتولى أحد طرفيه تمويل الطرف الثاني بمال محدد بناءً على طلب الأخير ،وخاصية الضمان غير الحيازي الذي يلعبه حق الملكية وذلك من خلال احتفاظ الممول بملكية المال محل التمويل دون الحيازة على سبيل الضمان حتى تمام وفاء الطرف الآخر بأقساط أصل التمويل وملحقاته.

**2/- الاحتفاظ بالملكية كضمان في عقد الاعتماد الإيجاري :** لا تكون في الغالب شركة الاعتماد الإيجاري مالكة للأصل قبل انعقاد عقد الاعتماد الإيجاري ولكنها تسعى إلى اكتسابها بمناسبة عملية التمويل وتحفظ بها طوال مدة سداد المستفيد

للأقساط النقدية الواقعة على عاتقه ، والملاحظ أنه لولا حرص شركة الاعتماد الإيجاري على اكتساب ملكية الأصل والاحتفاظ بها على سبيل الضمان لما أقحم الأصل في دائرة الاتفاق المبرم بينه وبين المشروع المستفيد ، ولأستقل اقتناء هذا الأخير للأصل على الخدمة التمويلية المقدمة له .

ولا تقوم الشركة الممولة إطلافاً باستغلال ما تملكته من اصول بمناسبة عملية التمويل وبالتالي فان الربح الذي تهدف الي تحقيقه كأى مشروع اقتصادي ذا طابع رأسمالي لا يتأتى لها من خلال استعمال هذه الأصول وإنما عن طريق عوائد رأس المال المستثمر في سبيل اتمام عملية الاعتماد الإيجاري من خلال ما يلتزم المستفيد بالوفاء به من أقساط للأجرة طوال مدة عقد الاعتماد الإيجاري. (24)

ومن المؤكد أن ملكية الأصل موضوع العقد التي تحتفظ بها شركة الاعتماد الإيجاري طوال مدة العقد تمثل أفضل الضمانات التي يمكنها الحصول عليها من المستفيد ، لأن أي إخلال من هذا الأخير بالوفاء بأي قسط من أقساط الاجرة يجيز لها طلب فسخ العقد واسترداد الأصل منه بوصفها مالكة له. (25)

كما تتمتع الشركة الممولة باعتبارها مالكة للأصل طيلة مدة عقد الاعتماد الإيجاري بمركز قانوني فريد مقارنة بأي مركز أخر قد ينشأ عن تقديم المستفيد لأي ضمانات عينية أخرى ، فجميع الحقوق العينية التبعية تنفرع عن حق الملكية ولا تخول لصاحبها من السلطات ما يتجاوز سلطات المالك ، فضلا على تجنب الشركة الممولة أي مزاحمة من قبل دائني المستفيد إذ يستبعد هؤلاء جميعا وبصفة مطلقة من التنفيذ على الأصل لأنه مملوك للشركة وليس مملوك لمدينهم (المستفيد). (26)

وبناء على ذلك يجمع الفقه في فرنسا على أن الملكية في عقود الاعتماد الإيجاري تمثل الضمان الذي تتمتع به الشركة المؤجرة لاستيفاء حقوقها المالية والحماية من مخاطر اعسار المستفيد وإخلاله بالتزامه بدفع الاجرة . وأهم ما يميز هذا الضمان هو عدم انفصاله عن الاتفاق الأصلي بالتمويل بل إن الأهمية المحورية لحق الملكية والاحتفاظ به بالنسبة لشركة الاعتماد الإيجاري جعل البعض يعتبر عنصر الملكية بمثابة حجر الزاوية في عقد الاعتماد الإيجاري. (27)

**3/- الملكية في الاعتماد الإيجاري ونظام الملكية الضامنة للحقوق الشخصية Fiducia** : نظراً للدور التأميني الذي تلعبه الملكية في عقد الاعتماد الإيجاري قام البعض بربطها بنظام الملكية الضامنة للحقوق الشخصية المعروف في القانون الروماني باسم **Fiducia** وهو نظام يفترض قيام المدين ابتداء بنقل ملكية أحد العناصر الإيجابية لذمته المالية إلى الدائن لأغراض ضمانية بحتة. وإن كان هناك تقارب بين النظامين يظهر خاصة في استخدام الدائن من جانب وشركة الاعتماد الإيجاري من جانب آخر للملكية حتى يضمن كل منهما حقه تجاه المدين والمستفيد إلا أن وجه التقارب بين النظامين يقف عند هذا الحد ذلك أن هناك اختلاف بين النظامين في الآليات القانونية التي تسمح للملكية بأداء هذا الدور التأميني تختلف بين النظامين نظراً لأن هذا الأمر يحتاج في مجال عقود الاعتماد الإيجاري إلى تدخل العديد من القوالب العقدية ومن أكثر من طرف ، كما أن نطاق الدور التأميني للملكية يكون أضيق في عقد الاعتماد الإيجاري منه في النظام الروماني حيث أنه في الأول لا يسمح إلا بتمويل أصل محدد في حين أنه في النظام الثاني يشمل ضمان كافة الحقوق الشخصية بصرف النظر عن طبيعتها أو مصدرها. (28)

**الخاتمة** : لما كان حق الملكية أهم الحقوق العينية في القانون الخاص لاشتماله على كل السلطات التي يمكن أن تتقرر للشخص على الشيء ، كان الاحتفاظ به غاية ينشدها الدائن في مواجهة مدينه لما أصبح يوفره له من ضمان ضد المخاطر المتوقعة لإعسار المدين ومزاحمة باقي الدائنين له وذلك في ظل قصور حق الضمان العام من جهة وبطء الإجراءات المعقدة المتعلقة بالتأمينات العينية التقليدية من جهة أخرى ، والتي تتنافى مع ما تقتضيه العلاقات التجارية في



العصر الحديث التي تتسم بالسرعة والائتمان وهو ما لا يجده أصحاب المشاريع الإقتصادية الرامية إلى محاولة الظفر بالتمويلات اللازمة لاستمرارية وتطوير انشطتها بعيداً عن هذه الطرق التقليدية خاصة في ظل احتدام المنافسة وانفتاح أغلب الدول على الأسواق والمنتجات الأجنبية.

يتضح من خلال الدراسة السابقة أن شرط الاحتفاظ بالملكية يعد نموذجاً واضحاً للتأثير المتبادل والتداخل الشديد بين القانون والاقتصاد في العصر الحديث والدور الذي تتولى النظم القانونية لعبه على صعيد الائتمان والنشاط الاقتصادي بصورة عامة، ويكشف الشرط المذكور أيضاً عن الاتجاه نحو توظيف حق الملكية وظيفة جديدة تتمثل في توفير الضمان بالإضافة إلى مفهومها التقليدي كحق عيني أصلي .

وإن كان هذا الشرط لا يوفر الضمان للدائن (البائع) إلا إذا تم اشتراطه صراحة وكتابة في عقد البيع عموماً فإنه يعتبر عنصراً أساسياً وجوهرياً في عقود الاعتماد الإيجاري التي تقوم فلسفتها على تداخل العديد من القوالب العقدية المعروفة بين أكثر من طرف للوصول في النهاية إلى تمويل أحد أصحاب المشاريع بما يحتاجه من أصول منقولة أو عقارية وتمكينه من الانتفاع بها دون أن يكلفه ذلك تجميد رؤوس أموال طائلة لأجل شراءها والتي قد لا يكون في استطاعته توفيرها، ولكن بموجب هذا العقد يكون له ذلك وفي المقابل لا يلتزم إلا بسداد أجرة دورية باعتباره مستأجراً للأصل الممول كما أنه يجد نفسه في نهاية العقد أمام إمكانية تملك هذا الأصل مقابل ثمن يراعى في تقديره ما تم الوفاء به من أقساط لأجرة.

ويوفر حق الملكية الذي تحتفظ به شركة الاعتماد الإيجاري بقوة القانون - على اعتبار أن أغلب التشريعات تكيف عقد الاعتماد الإيجاري على أنه عقد إيجار ذو طبيعة مالية- ضماناً جوهرياً وفعالاً تعجز كل الحقوق العينية الأخرى عن توفير وهذا لسبب بسيط وهو أن هذه الحقوق لن توفر أكثر من المكنت التي يوفرها حق الملكية للمالك. ويرتّب على ذلك نتيجتين أساسيتين:

- إن اعتبار عقد الاعتماد عقد إيجار واحتفاظ الشركة المالكة بملكية الأصل موضوع العقد يحمي الشركة من مخاطر الناجمة عن إفسار أو إفلاس المستأجر المستفيد ذلك أن مسؤولية هذا الأخير تنور بمجرد امتاعه أو تأخره عن الوفاء بقسط واحد من أقساط الأجرة<sup>(29)</sup> حيث وفي هذه الحالة تكون الشركة المؤجرة مديناً بقيمة الأجرة المستحقة فقط وليست مديناً بثمان الأصل الذي تبقى محتفظة به طيلة مدة العقد.

- يوفر الاحتفاظ بملكية الأصل للشركة المؤجرة ضماناً قويا ضد خطر مزاحمة باقي دائني المستأجر المستفيد فيما يتعلق بالأصل المؤجر لأن هذا الأخير لا يدخل في تقليسة المدين ولا يمكن للدائنين التنفيذ عليه مطلقاً لأنه ليس مملوكاً لمدينهم ويمكن للشركة المؤجرة استرداده دون أي مشاكل باعتبارها مالكة له.

ولأن حق الملكية يقف دوره في عقد الاعتماد الإيجاري على الدور التأميني والضمان في شركة الاعتماد الإيجاري عند نهاية مدة العقد وتام تنفيذ آثاره لا تجد غضاضة في نقل حق الملكية للمستأجر المستفيد إذ لم يعد له أي جدوى قانوني فهي احتفظت به لضمان استيفاء حقوقها في أقساط الأجرة وطالما قد استوفتها فلا داعي للاحتفاظ بالملكية غير أن انتقالها للمستفيد لا يسري بأثر رجعي وهذا هو جوهر التفرقة بين عقد الاعتماد الإيجاري وعقد البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية (البيع بالتقسيت).

#### الهوامش:

- (1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني التأمينات العينية، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع - الجزائر، 2010 ص 7
- (2) بسام هلال مسلم القلاب، التأجير التمويلي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الراهة للنشر والتوزيع - عمان، 2009 ص 85
- (3) راجع نص المادة 674 من الأمر رقم 10/05 المؤرخ 20 يونيو 2005 (ج.ر عدد 44 لسنة 2005) المتضمن تعديل القانون المدني
- (4) عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 8 حق الملكية، دار النهضة العربية - القاهرة 1967 ص 493
- (5) على غرار ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 676 من التقنين المدني الجزائري.

- (6) عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 8 ، المرجع السابق ص 534
- (7) ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1984 ، ص 18
- (8) François Collart Dutilleul & Philippe Delebecque, Contrats civils et commerciaux 9<sup>ème</sup> édition ,Dalloz
- (9) محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر -الاسكندرية 2003 ، ص 110
- (10) محمد أحمد الزرقا ،جواهر التبسيط في قواعد البيع بالتقسيط (دراسة مقارنة في الشريعة والقانون) ،دار النهضة العربية (د.ت) ص 158
- (11) حكم المادة 397 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن التقنين المدني الجزائري المعدل والمنتم
- (12) هنالك من يعتبر البطان في هذه الحالة بطلاناً نسبياً يقبل التصحيح بالإجازة على غرار محكمة النقض المصرية وهو ما يقربنا من إمكانية إقرار المالك الحقيقي للبيع الصادر من الغير
- (13) تجدر الملاحظة أنه في حالة إفلاس أو إعسار المتصرف إليه الذي يقع المنقول محل المنع من التصرف تحت يده فإن القضاء مستقر عموماً على عدم تفضيل حمايته على حماية مصلحة الدائنين الذين عولوا على الائتمان الظاهر
- (14) صيري مصطفى حسن السبك ، البيع بالتقسيط كصورة من صور البوع التجارية الخاص، الطبعة الأولى ،مكتبة الوفاء القانونية -الاسكندرية 2012 ص 381.
- (15) Art 1<sup>er</sup> de la loi N° 66/455 du 02Juillet 1966 : « Les opérations de crédit-bail visées pr la présente loi sont: 1°- Les opérations de location des biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetées en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations quelque soit leurs qualifications donnent au locataires la possibilité d'acquérir tous ou partie des biens loués ..... »
- (16) الياس ناصيف ،العقود الدولية عقد الليزينغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت 2008 ص 70.
- (17) نجوى ابراهيم البدالي ،عقد الإيجار التمويلي ،دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية 2005 ص 203.
- (18) طبقاً للقواعد العامة تنص المادة 502 من التقنين المدني الجزائري على: "يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة عند انتهاء مدة الإيجار فإذا أبقاها تحت يده دون وجه حق وجب عليه أن يدفع للمؤجر تعويضاً باعتبار القيمة الإيجارية للعين وباعتبار ما لحق المؤجر من ضرر"
- (19) يترتب على عدم الإشارة إلى خيار الشراء وتعهد الشركة المؤجرة بالبيع فقدان العقد لصفة الاعتماد الإيجاري واعتباره عقد إيجار عادي وفي هذا الصدد تنص المادة 11 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري على ما يلي: "يجب أن يشير عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة تحت طائلة فقدان هذه الصفة إلى مدة الإيجار ومبلغ الإيجار وحق الخيار بالشراء الممنوح للمستأجر عند انتهاء العقد وكذا إلى القيمة المتبقية من سعر اقتناء الأصل المؤجر"
- (20) CHARLES GOYET , Le louage et la propriété a l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiare, librairie générale de droit et de jurisprudence paris 1983 N° 209 p115
- (21) علاء الدين فواز الخصاونة ،التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي ،الطبعة الأولى ،الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ،2002 ص 210.
- (22) GIOVANOLI Mario ,le credit-Bail (Leasing) en europe: développement et nature juridique ,Librairies techniques, Paris 1980 N° 464.
- (23) نادر عبد العزيز شافي عقد الليزينغ (دراسة مقارنة) الجزء الأول ،الطبعة الأولى ،المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان 2004 ص 560
- (24) هاني محمد دويدار ،النظام القانوني للتأجير التمويلي LEASING , CREDIT-BAIL ، الطبعة الثانية ،مكتبة الأشعاع القانونية الاسكندرية 1998 ص 103.
- (25) CHARLES GOYET, Op cit N° 131 P 72.
- (26) نجوى ابراهيم البدالي ،المرجع السابق ص 202.
- (27) هاني محمد دويدار ،المرجع السابق ص 106.
- (28) هاني محمد دويدار ،المرجع نفسه ،ص 108.
- (29) في هذا الشأن تنص المادة 20 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري على ما يلي " يمكن المؤجر طوال مدة عقد الاعتماد الإيجاري وبعد إشعار مسبق ة/أو إعدار لمدة خمسة عشر(15) يوماً كاملة أن يضع حداً لبق المستأجر بالانتفاع بالأصل المؤجر واسترجاعه.....وذلك في حالة عدم دفع المستأجر قسطاً واحداً من الإيجار....."