



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

- جامعة قاصدي مرباح ورقلة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية.



مذكرة تخرّج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصّص: قانون أعمال

## ضوابط التوازن الاقتصادي في عقد الاعتماد الايجاري

تحت اشراف الاستاذة:

من اعداد الطالبتين :

لعجال ياسمين

جويني ليلي

قمولة ام حبيبة

الصفة	الدرجة العلمية	أعضاء لجنة المناقشة
رئيسا	استاذ محاضر "أ"	عياض محمد عماد الدين
مشرفا	أستاذ تعليم عالي	لعجال الياسمين
مناقشا	استاذ مساعد"أ"	عزيز محمد الطاهر

# الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع والذي يعتبر ثمرة لسنوات من العمل والاجتهاد إلى أغلى ما أملك في دنياي:

أمي حبيبتي ورفيقة روحي أدامها الله نورًا في حياتي

أبي الغالي سندي في هذه الحياة أدامه الله نبراسًا في حياتي

أدامكما الله تاجًا فوق رؤوسنا

وإلى أحبائ قلبي إخوتي وأخواتي حفظكم الله لي

وإلى أصدقائي ومن درجوا معي ودرجت معهم على مقاعد الدراسة خاصة طلبة تخصص قانون أعمال

وإلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد

# شكر و عرفان

أتقدّم بالشكر الجزيل:

إلى الأستاذة المشرفة "ياسمينه لعجال" التي قبلت أن تكون مشرفة لنا في هذا العمل

وقدّمت لنا يد العون والمساعدة في إنجاز هذا البحث

وشكر خاصّ جدًا لكل من الأستاذ القدير حسن طوايبيّة ولعمال مكتبة الحقوق

وأخصّ بالذّكر كلّ من "يحي" و "عبد القادر" اللذان ساعداني كثيرًا في التزود بالمراجع

والكتب الضّرورية طوّال مسيرتي الجامعية.

مع تطور الحياة الاقتصادية وتنوع أنشطتها أصبحت العقود المدنية والتجارية غير كافية لتسيير وإصلاح العديد من المؤسسات الاقتصادية التي ظهرت مع التوجهات الحديثة للدولة الجزائرية وتحولها من النظام الاشتراكي إلى نظام الاقتصاد الحر هذا التحول، استلزم بناء منظومة تشريعية يمكن من خلالها تفعيل آليات التنمية من بينها استحداث عقود اقتصادية تتعلق بقطاع الأعمال ذات طبيعة خاصة تستهدف معالجة المشكلات القانونية التي عجزت عنها العقود التجارية والمدنية، ومن أهم هذه العقود عقد الاعتماد الإيجاري، ذلك العقد الذي يسعى المشرع من خلاله لتمويل المشاريع الاقتصادية، حيث يعتبر أداة تمويل مادية مستحدثة للمشاريع، وقد نظمته المشرع الجزائري بموجب الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، والذي عرف عقد الاعتماد الإيجاري في المادة الأولى منه انه : "عملية تجارية ومالية يتم تحقيقها من قبل البنوك أو المؤسسات المالية، أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب، أشخاصا طبيعيين أو معنويين، تابعين للقانون العام أو الخاص" تكون قائمة على عقد الإيجار يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر، وتتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة، ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية، أو بمؤسسات حرفية.

وعلى ذلك فإن العقد ينطوي على العديد من العلاقات القانونية التي قد تكون ذات طابع وطني أو دولي، بل يمكن أن يكون أحد الأطراف المتعاقدين شخص اعتباري عام، فهو أداة لتشجيع المتعاملين الإقتصاديين، والذي يمكن أن يشملهم أيضا صفة المستثمرين، أيضا يعتبر من العقود الزمنية، وهو ما يطرح مسألة الحفاظ على المصالح الاقتصادية للأطراف المتعاقدة، تلك المصالح التي انبنى عليها العقد في جوهره والتي قد تتعرض للتهديدات بسبب التصرفات الإرادية والغير

الإرادية من أحد الأطراف مما يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي في العقد, كتقصير طرف في القيام بالتزامه المتفق عليه في العقد, وإما بسبب إهماله , أو لأسباب خارجة عن إرادته, كظرف طارئ أو قوة قاهرة تجعل إلتزامه مرهقا ومستحيلا لذلك أورد المشرع الجزائري جملة من الضوابط والقواعد القانونية التي تهدف إلى تحقيق التوازن الإقتصادي في العقد، وهو ما يطرح لنا تساؤلا حول ماهية ضوابط التوازن الاقتصادي التي كرسها المشرع الجزائري لحماية أطراف عقد الإعتماذ الإيجاري؟ وما هو دور القضاء في تحقيق هذا التوازن؟

**وهل يمكن للضوابط المالية أن تكون كافية لتحقيق هذا التوازن المطلوب ؟**

**أسباب اختيار الموضوع:**

أمّا عن أسباب اختيارنا لدراسة هذا الموضوع تعود لأسباب ودوافع ذاتية تمثلت في حداثة الموضوع، بحيث لم يسبق مناقشة الموضوع في الأطروحات السابقة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تعلق الموضوع بالاقتصاد والاستثمار، وأخيرا رغبتنا في أن يكون مرجعا للطلبة فيما بعد لأنّ الدراسات المتعلقة بهذا الموضوع ضئيلة جدًا.

**أهداف موضوع البحث:**

الهدف من دراستنا لهذا الموضوع هو إبراز ضوابط التوازن الاقتصادي في عقد الاعتماد الإيجاري، وتوضيح هل الضوابط التي يخضع لها عقد الاعتماد الإيجاري هي نفسها الضوابط العامة المنصوص عليها في القانون المدني، أم أنّ له ضوابط توازن خاصة به.

## صعوبات البحث:

كأي بحث علمي لا بدّ من تعرضه لمعوقات وصعوبات وأهم ما تمت مواجهته من عقبات أثناء دراسة الموضوع هي صعوبة التنقل أو بصريح العبارة استحالة التنقل للمكتبات وجمع المراجع الضرورية الخاصة بالموضوع بسبب وباء كورونا.

## المنهجية المعتمدة:

أمّا فيما يخصّ المنهج المتّبع فقد اعتمدنا في دراسة هذا الموضوع المنهج الوصفي التحليل من خلال التّطرق للنصوص القانونية المتعلقة بالموضوع وشرحها بهدف الحصول على مفاهيم واضحة تخدم موضوع الدّراسة ولذلك قسمنا الموضوع إلى فصلين:

تطرقنا في الفصل الأوّل لضوابط العقدية العامّة في عقد الاعتماد الإيجاري ودور القاضي في التعديل والذي قسمناه بدوره لمبحثين تضمن المبحث الأوّل الضوابط العقدية خلال مرحلة تكوين العقد، والمبحث الثّاني تعلق بالضوابط العقدية خلال مرحلة تنفيذ العقد.

أمّا الفصل الثّاني خصّصناه لضوابط التوازن الاقتصادي من خلال الالتزامات المالية المتقابلة في عقد الاعتماد الإيجاري والذي قسمناه كذلك لمبحثين تعلق الأوّل بالالتزامات المالية في عقد الاعتماد الإيجاري بالنسبة للمؤجر (شركة الاعتماد الإيجاري)، أما المبحث الثّاني فتعلق بالالتزامات المستأجر المالية في عقد الاعتماد الإيجاري.

## الخطّة:

الفصل الأوّل: الضوابط العقدية العامّة في عقد الاعتماد الإيجاري، ودور القاضي في التعديل.

### • المبحث الأوّل: الضوابط العقدية خلال مرحلة تكوين العقد

❖ المطلب الأوّل: اشتراط وضوح عبارات العقد وسلطة القاضي في التفسير

❖ المطلب الثاني: عيب الاستغلال وسلطة القاضي في مراجعة الالتزامات

❖ المطلب الثالث: النفوذ الاقتصادي لأحد أطراف العقد وسلطة القاضي في الحدّ منها

### • المبحث الثاني: الضوابط العقدية خلال مرحلة تنفيذ العقد

❖ المطلب الأوّل: نظرية الظروف الطارئة وحدود سلطة القاضي

❖ المطلب الثاني: الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي

الفصل الثاني: ضوابط التوازن الاقتصادي من خلال الالتزامات المالية المتقابلة في عقد الاعتماد

## الإيجاري

### • المبحث الأوّل: التزامات المؤجر المالية في عقد الاعتماد الإيجاري

❖ المطلب الأوّل: الالتزام بالتمويل

❖ المطلب الثاني: الالتزام بنقل ملكية الأصل المؤجر

● **المبحث الثاني: التزامات المستأجر المالية في عقد الاعتماد الإيجاري**

❖ **المطلب الأول: الالتزام ببذل الإيجار**

❖ **المطلب الثاني: الالتزام بتأمين العين المؤجرة.**



## الفصل الأول: الضوابط العقدية العامة في عقد الاعتماد الإجاري، ودور القاضي في التعديل.

كلّ عقد يقوم على ضوابط وقواعد حدّتها المنظومة التشريعية حفاظاً على التوازن الاقتصادي في العقد وتقادياً لأي اختلالات قد تطرأ عليه تجعل تنفيذ الالتزامات في العقد مرهقاً لطرف دون آخر، أو استغلال أحد الطرفين لنفوذه الاقتصادي على الآخر، وغيرها من الممارسات والسلوكات التي تحول وتحقيق التوازن الاقتصادي في العقد.

وتقادياً لما سبق وفي سبيل تحقيق التوازن الاقتصادي المنشود أورد المشرع الجزائري مجموعة من القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني التي تهدف لتحقيق التوازن في العقد على الصعيدين تكوين العقد وتنفيذ العقد، سواء كان العقد عقد اعتماد إجاري أو غيره، ولأنّ عقد الاعتماد الإجاري ليست له قواعد وضوابط خاصّة به، تضمن تحقيق التوازن الاقتصادي فيه، كان الأجدر بنا الرجوع للقواعد العامة في القانون المدني التي تعتبر هي الأصل لجميع العقود.

أمّا بالنسبة لتقسيم هذا الفصل المتعلق بالضوابط العقدية العامة في عقد الاعتماد الإجاري ودور القاضي في التعديل قسّمناه لمبحثين تضمن المبحث الأول الضوابط العقدية خلال مرحلة تكوين العقد، أمّا المبحث الثاني تناول الضوابط العقدية خلال مرحلة تنفيذ العقد.

### المبحث الأول: الضوابط العقدية خلال مرحلة تكوين العقد

عقد الاعتماد لإيجاري كغيره من العقود، تحكمه ضوابط عقدية في إطار قانوني منظم للحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد وتقديماً لأي اختلالات، قد تؤثر على تطبيقه فيما بعد ذلك حوّل المشرع الجزائري سلطة للقاضي تسمح له بمراجعة هذا الاتفاق وتعديله عند الضرورة، ولعلّ أبرز الأسباب التي قد تستدعي لتدخل القاضي في العقد، في حالة غموض عبارات العقد وعدم وضوحها، أو في حالة الاستغلال وتفاوت الالتزامات بين طرف وآخر في العلاقة العقدية لذلك قسّمناه هذا المبحث لثلاثة مطالب، تطرّقنا في المطلب الأول لوجوب وضوح عبارات العقد، والمطلب الثاني عيب الاستغلال، أمّا المطلب الثالث فتضمن النفوذ الاقتصادي لأحد أطراف العقد وسلطة القاضي في كلّ حالة من هاته الحالات.

#### المطلب الأول: اشتراط وضوح عبارات العقد وسلطة القاضي في التفسير

إنّ تفسير العقد هو تحديد ما انصرفت إليه الإدارة المشتركة للمتعاقدين ومن ثمّ فإنّه يجب على القاضي الذي عرض عليه النزاع التأكّد من توفّر شروط انعقاد العقد وصحته ثمّ البحث في معرفة مضمون العقد الذي يجب تنفيذه، وتفسير العقد (L'interprétation du contrat) من عمل القاضي فهو الذي يهين على هذه العملية الدّقيقة وفق قواعد معينة وضعها المشرع لضمان عدم خروجه عن مهمته الأصلية إلى تعديل العقد<sup>(1)</sup> ويتبيّن ذلك من خلال نصّ المادة 111 ق م

ج.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني العقد والإدارة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الزابعة، ديوان المطبوعات الجامعية السّاحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، ص 238.

ويقصد بتفسير العقد هو أن يقف القاضي على قصد الإدارة المشتركة للعاقدين بموجب المادة السابقة من التقنين المدني، ولكي يتم تفسير العقد لا بدّ من الرجوع للعبارات التي استخدمها العاقدان للتعبير عن إدارتها، وبما أنّ العبرة بما اتجهت إليه الإدارة لإحداث الأثر القانوني الذي يستهدفه المتعاقدان والعبارات المستعملة ليست سوى وسيلة لبيان تلك الإدارة، والقاضي<sup>(1)</sup> لا يستطيع التعرف عن الإدارة الحقيقية إلاّ بواسطة تلك العبارات بعد تفسيرها والعبارات لا تخرج عن ثلاث (3) حالات فإمّا أن تكون واضحة الدلالة على مقصود المتعاقدين، وإمّا أن تكون غير واضحة الدلالة على إرادتهما المشتركة أو أن يقوم هناك شكّ في استيضاح تلك الإدارة لغموض العبارات، لذا قسّمنا هذا المطلب لثلاثة فروع تضمن كلّ فرع حالة من الحالات التي يقوم فيها القاضي بإعمال سلطته في تفسير العقد.

### الأول الفرع: سلطة القاضي في حالة وضوح عبارات العقد

وهنا لا يجوز لقاضي الموضوع أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارات لمعنى آخر، لأنّ الانحراف عن عبارة العقد الواضحة يعتبر تحريفًا وتشويهًا لها ممّا يوجب نقض الحكم، لأنّ حالة وضوح العبارة تمنع القاضي من الاجتهاد والتفسير، حيث عليه في هذه الحالة أن يأخذ بالإرادة التي دلّت عليها العبارة الواضحة<sup>(2)</sup> وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية فيما يخصّ تفسير العبارات الواضحة بإلزام قاضي الموضوع بظاهر النصوص ورفض تفسيرها، فلا رقابة عليه في ذلك طالما أنّ ظاهر النصوص ينطبق مع إدارة الطرفين، ففي قرارها الصادر في 02 فيفري 1808 ذهبت إلى "أنّه من المقرر لقاضي الموضوع سلطة تفسير الشروط المدرجة في عقد

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإدارة المنفردة دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 275، 276.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام التصرف القانوني، العقد والإدارة المنفردة، القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، دار الكتاب الحديثة، ط 2003، ص 278.

الشركة، وفي حالة تفسير إرادة الأفراد المفردة من ذلك القرار، يأخذ القضاء بعدم الرجوع أو الخروج وبالتالي الموافقة على التفسير العقدي المدرج في الاتفاق<sup>(1)</sup> وقد ساندت المحكمة العليا الجزائرية في رقابتها على محكمة الموضوع في تفسير العبارة الواضحة محكمة النقض الفرنسية حيث قالت «إن أخذت المحكمة بالمعنى الظاهر من العبارة الواضحة فلا حاجة إلى بيان أسباب ذلك في حكمها» فيكفي في هذا الحكم القول أنها أخذت بالمعنى الظاهر للعبارة الواضحة غير أن هذا القول الذي يمنع على القاضي الانحراف عن التغيير<sup>(2)</sup> بحجة التفسير، يقوم على افتراض يقبل إثبات العكس فإذا أثبت أن العبارة لا تعبر عن المقصود رغم وضوحها فإنه يمكن العدول عن المعنى الظاهر، إلى المعنى المقصود شريطة أن يبين القاضي أسباب هذا العدول، ويخضع في بيانه لرقابة المحكمة العليا<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: سلطة القاضي في حالة غموض عبارات العقد

إذا كانت عبارات العقد غير واضحة، وكانت غامضة أو متناقضة، أو تحمل في جزئياتها أو في جملتها أكثر من معنى، أو مبهمة تعين على القاضي وفق نص المادة 2/111 ق.م.ج أن يلجأ إلى تفسير العبارات حتى يزول الغموض ويهتدي إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين<sup>(4)</sup>.

وفي هذه الحالة يجب على القاضي تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وكشف الإدارة المشتركة للمتعاقدين لا الإدارة الفردية لكل منهما، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، بل يجب أن يعتد بطبيعة التعامل وبالغرض الذي يظهر بأن المتعاقدين قد قصداه، وبما يقتضي عرف التعامل والعرف التجاري في المعاملات من تبادل الثقة والأمانة الواجب توافرها بين المتعاقدين (م 2/111 ق.م.ج).

<sup>1</sup> - François terre, Droit aieil, les obligations, gedition, 2005, p : 461.

<sup>2</sup> - أنظر: مجيد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 280.

<sup>3</sup> - أنظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 239.

<sup>4</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 241.

فإذا كانت الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي الإرادة الممكن التعرف عليها، فهي مسألة تقنية بحتة وذات صفة شخصية، يتم الكشف عنها وفق للمادة (2/111ق.م) بوسائل مادية تقدر تقديراً موضوعياً للوصول إلى الإرادة الباطنية أو الإرادة الحقيقية للمتعاقدين على أن هذه الوسائل (طبيعية التعامل، الأمانة، الثقة، والعرف الجاري في المعاملات) الواردة في المادة 2/111ق.م لم ترد على سبيل الحصر<sup>(1)</sup> وإنما بمثابة نصائح للقاضي يستعين بها في تفسير العبارات الغامضة وله أن يلجأ إلى غيرها للكشف عن الإدارة المشتركة للمتعاقدين، غير أن ما يستخلصه قاضي الموضوع من وقائع بكافة القواعد والملاسات يجب أن يكون ثابتاً من أوراق الدعوى وغير مناقض لها هو ثابت بها ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: سلطة القاضي في حالة الشك في معنى العبارة الغامضة

إذا كشف الغموض عبارات العقد، وتعذر على القاضي التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين بالرغم من إعمال قواعد التفسير السابقة الذكر، تعين عليه في هذه الحالة الأخذ بقواعد العدالة وحسن النية، ومن هذه القواعد ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 1/112 ق م من أنه يفسر الشك في مصلحة المدين، وهذا انطلاقاً من أصل ثابت وهو براءة الذمة حتى يثبت أنه مدين، بالإضافة إلى أنه الطرف الأجدر بالحماية، لأنه الجانب الضعيف في العقد<sup>(3)</sup>.

كما أنه طبقاً للمادة 2/112 ق م فإنه في عقود الإذعان يتعين تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن دائماً كان أو مديناً، تأسيساً على أنه الطرف الضعيف اقتصادياً وإحداث التوازن الاقتصادي في العقد ذلك لأن المفروض أن الطرف الآخر هو الذي يستقل بتحرير العقد وشروطه

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول. مصادر الالتزام، ص 395.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ.م، 1983/04/13، ملف رقم 31315، ق.م. 1990، 1، ص 19.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 242، 243.

فإذا غمضت عبارات عقد هو صانعه وجب ألا يفيد من غموض تسبب فيه، لكن العقود الملزمة لجانبين مثل عقد الاعتماد الإيجاري فشك يفسر في بعض الأحيان لمصلحة أحد العاقدين، وفي بعضها يفسر لمصلحة العاقد الآخر وذلك بحسب ما إذا كان الشك في تفسير العبارة في شرط معين من شروط العقد في صالح المدين في هذا الشرط<sup>(1)</sup>.

وتجدر الإشارة أن تطبيق هذه القاعدة، وهي الأخذ بالتفسير الأصلح للملتزم يكون في حالة الشك في التصرف من بنود العقد على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وعدم استطاعة القاضي رفع هذا الشك باستخدام وسائل التفسير المختلفة، وظلّ معناه يحتمل عدّة وجوده لا ترجيح أحدهما على الآخر، أمّا في حالة استطاعة الكشف عن النية المشتركة فيجب عليه الأخذ بما تفرضه هذه النية ولو كان التفسير ضدّ مصلحة المدين.

### المطلب الثاني : عيب الاستغلال وسلطة القاضي في الحد منه

سنتطرق في المطلب إلى احد عيوب الإرادة التي تطرق إليها المشرع والتي منح المشرع

الجزائري للقاضي بالتدخل في إعادة العقد لمساره من خلال التعديل في التزامات كلا الطرفين .

### الفرع الأول: تعريف الاستغلال

تنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري، إذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة

كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد

<sup>1</sup> - مجيد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 286، 287، 288.

الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

إن الغبن هو المظهر المادي للاستغلال، ويمكن تعريف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، والفرق بين النظريتين يتلخص في أمرين :

إن النظرية الأولى ينظر فيها إلى قيمة الشيء نظرة مادية لا شخصية، فالعبرة بقيمة الشيء

بحد ذاته، أما النظرية الثانية فالعبرة بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشيء في نفس المتعاقد.<sup>1</sup>

وهناك من يعرف الاستغلال بأنه حالة الطيش البين أو الهوى الجامح، التي تعتري المتعاقد

بغرض دفعه إلى التعاقد، أو إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل

أو من غير عوض.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول. مصادر الالتزام. إخراج نسخة 2007/2008، ص 292  
<sup>2</sup> علي فيلاي. الالتزامات (النظرية العامة للعقد). طبعة منقحة ومعدلة. موفم للنشر. الجزائر. 2008. ص 213.

## الفرع الثاني: عناصر الاستغلال

من خلال تعريف الاستغلال، وبالرجوع إلى المادة 90 من القانون المدني الجزائري، يشترط

لقيام عنصر الاستغلال عنصرين أساسيين وهما:

## أولاً: العنصر الموضوعي للاستغلال

ويتجسد في عدم تعادل التزامات الطرفين مطلقاً، فلا يكفي إن يكون عدم التعادل ضئيلاً

بمعنى آخر أن تكون التزامات المتعاقدين مختلفة، وغير متكافئة مقارنة بما قدمه المتعاقد، وما

حصل عليه من فائدة بموجب هذا العقد، أي إن يكون اختلال التعادل اختلالاً فادحاً<sup>1</sup>.

نصت المادة 129 من القانون المدني المصري، على العنصر الموضوعي للاستغلال في

العبارة الآتية، { إذا كانت التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد

من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر.... }.

إن التفاوت المادي بين الأداءات المتقابلة، أو الفائدة المتحصل عليها، أهم شرط لتطبيق

نظرية الاستغلال في كل الأنظمة، ذلك أن التفاوت المادي هو العلة من وجوب النص على

الاستغلال، ويهدف إلى إصلاح هذا التفاوت لا أكثر، ونشير إلى أنه لا فرق بين الالتزام المقابل

والفائدة المقابلة، فالركن المادي يتحقق عندما تتفاوت قيمة المنفعة التي يحصل عليها احد

المتعاقدين من العقد، إذ تقل عن قيمة المنفعة أو الفائدة المقابلة التي حصل عليها المتعاقد الآخر.

علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 67<sup>1</sup>



كما أن تقدير معيار التفاوت أمر ذا أهمية قصوى في تحقيق العدالة العقدية من جهة، واستقرار العقد من ناحية أخرى في ذات الوقت.<sup>1</sup>

اكتفى المشرع الجزائري بوصف التفاوت الكثير في النسبة دون تعيين معيار حسابي أو رقم ثابت مثلما فعل في النسبة لحالة الغبن في بيع العقار، تاركا بذلك لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تحديد ما إذا كان هناك تفاوت يتجاوز الحد المألوف المسموح به في التعامل، وتعتبر مسألة التفاوت مسألة وقائع وليست مسألة قانون، ولذلك فإنه لا رقابة للمحكمة العليا عليه عند تقديرها، ولكن يجب أن يكون استخلاص القاضي لتلك النتيجة صائغا ومقبولا.<sup>2</sup>

### ثانيا: العنصر النفسي :

لقد وردت في المادة 90 من القانون المدني الجزائري وما تقابلها في القانون المدني المصري، في أن العنصر النفسي في الاستغلال ينحصر في أن احد المتعاقدين يستغل في التعاقد الآخر طيشا بينا أو هوى جامح، ويلاحظ أن العنصر النفسي يقتضي أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد أستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامح، أي أن هذا الاستغلال هو الذي يدفع المتعاقد المغبون للتعاقد<sup>3</sup>، فيحصل عدم التوازن في قيمة الالتزامات بين الطرفين .

<sup>1</sup>عرعارة عسالي. نظرية الاستغلال، مذكرة لنيل الماجستير، بن عكنون، الجزائر، 1997، ص8

<sup>2</sup>علي فيلاي، المرجع السابق، ص205

<sup>3</sup>عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص300-301

فالعنصر النفسي عنصر مزدوج، يقوم في جانب كلا الطرفين، فبالنسبة لأحدهما هو ضعف نفسي، وأما بالنسبة للطرف الآخر فهو إستغلال هذا الضعف لمصلحته، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة 1 من المادة 190<sup>1</sup>.

يرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري في علاقة الاستغلال، أن إرادة المتعاقد المستغل تكون غير مشروعة، وإرادة المتعاقد المغبون تكون إرادة معيبة، فبالاعتبار الأول أخذ القانون الألماني في المادة 138 قانون مدني وجعل عقد المستغل باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته الآداب العامة، أما بالاعتبار الثاني فبعض التشريعات الحديثة ومن بينها التشريع المصري جعلت العقد قابلا للإبطال أو للإنقاص<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: سلطة القاضي في مراقبة الالتزامات

لقد أورد المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة 90 من القانون المدني الجزائري، و التي تنظم الإستغلال بقولها: "ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة..".

وتعتبر هذه المدة مدة سقوط الدعوى لا مدة تقادم، لأنه بمجرد إنقضاء السنة تصبح الدعوى غير مقبولة، حتى ولو تخللتها أسباب وقف أو انقطاع، ولكن مدة التقادم تقبل الوقف والانقطاع.

<sup>1</sup>بوداود خليفة، بوزيان السعيد، دور القاضي في اعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه، مذكرة لنيل الماستر، قانون الاعمال، جامعة مسيلة 2018، ص11.

<sup>2</sup>عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص302.

ويجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يعدل العقد، ويكون ذلك إما بدعوى الإبطال أو بدعوى الإنقاص .

### أولاً: دعوى الإبطال

يقتصر الحق في رفع دعوى الإبطال على المتعاقد المغبون الذي وقع عليه الاستغلال دون غيره، فهو المتضرر من العقد، وصاحب المصلحة في التخلص من آثاره، فبموجب نظرية الاستغلال فإن القاضي لا يوجب بقبول دعوى الإبطال، إذ إن القاضي يمكنه العدول عن طلب الإبطال إلى إنقاص الالتزامات للحد الذي يسمح برفع الغبن، وتعليل ذلك إن طلب الإبطال هو إنهاء العقد كلية (إنهاء العقد يعني رجوع حالة المتعاقدين للحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد ولكن هدفنا من الدراسة هو أن نعيد التوازن الاقتصادي للعقد ويرتب آثاره تنفيذاً للعدالة وليس إنهاءه)، ولا يمنع طلب الإبطال القاضي من الحكم بالإنقاص، باعتبار أنه أقل مما طلب المدعي (من يملك الأكثر يملك الأقل)، ويسترشد القاضي في هذا بملايسات القضية وظروفها، فالمسألة كما أوردنا سابقاً هي مسألة واقع لا مسألة قانون.<sup>1</sup>

### ثانياً: دعوى الإنقاص

إذا رفع المتعاقد المغبون دعوى الإنقاص، فإن القاضي سوف يبحث في ظروف وملايسات القضية، ليرى ما إذا كانت الالتزامات الواقعة على عاتق المغبون باهظة ومرهقة له، (أي أن هذا الأمر راجع لتقدير القاضي)، فإذا رأى فعلاً أن هذه الالتزامات مرهقة للمتعاقد المغبون

<sup>1</sup> محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الاسلامي، مذكرة لنيل الدكتوراه، تخصص شريعة وقانون، قسم الحقوق، جامعة باتنة، 2012، ص132

فإن القاضي يكتفي بتعديل الالتزامات إلى الحد الذي يرفع فيه الغبن<sup>1</sup>، وإذا لم يتحقق الاستغلال فإنه سوف يتم رفض الدعوى .

ونشير إلى انه في حالة اختيار المتعاقد المغبون لدعوى الإبطال، فإنه يجوز للمتعاقد الآخر أن يرفع دعوى توقي إبطال العقد، إذا كان بصدد عقد معاوضة، وليس عقد تبرع. (ونعني بتوقي البطلان هو إعادة التوازن في الأداءات المختلفة، فلا يشترط أن تكون الأداءات متساوية تماما وإنما فقط تقدير لحجم الزيادة في الأداءات من الاختلال الفادح إلى التوازن قدر الإمكان<sup>2</sup>).

### المطلب الثالث: النفوذ الاقتصادي لأحد أطراف العقد وسلطة القاضي في مواجهته

إن النفوذ الاقتصادي لأحد أطراف العقد يبرز بصفة خاصة في عقود الإذعان، ومعنى النفوذ الاقتصادي، أن الميزة الاقتصادية لأحد أطراف العقد أقوى من الطرف الآخر، وينتج عن ذلك استغلال الطرف القوي لحاجة الطرف الضعيف، فيجبره على الموافقة على الشروط التعسفية دون مناقشتها، مما يضطر المتعاقد الضعيف إلى طلب تدخل القاضي .

<sup>1</sup>حنيفي فاطمة، ارادة المتعاقد بين الاطلاق والتنفيذ، مذكرة لنيل الماستر، القانون الخاص المعمق، القسم الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2018، ص112،

<sup>2</sup>بوداود خليفة وبوزيان السعيد، المرجع السابق، ص15

إن العقد هو شريعة المتعاقدين, وهذا ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني

الجزائري, فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو بالأسباب التي يقرها القانون .

في ظل التغييرات الاقتصادية التي تشهدها الجزائر, ينفرد العون الاقتصادي بإدارتها

وصياغتها بعيدا عن الرقابة, فيقوم بوضع شروط تعسفية تكاد تكون صعبة التحقق, ترهق على

إثرها المتعاقد الآخر, وذلك تحقيقا لمصالحه غير مهتم بالإضرار التي تلحق بالآخر وهذا ما

يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي في العقد, ويسبب في غياب المعنى الحقيقي للعقد كونه

شريعة المتعاقدين .

### الفرع الأول: تعريف الشروط التنفسية

#### من حيث أطراف العلاقة العقدية

مصدره: هو الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني, نتيجة

التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية, بغرض الحصول على ميزة مجحفة

أما من حيث طريقة فرضه: هو ذلك الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الاقتصادي

صاحب النفوذ القوي, والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر .

أما من حيث أثره على العلاقة العقدية وتوازنها: فقد جاء في تعريفه، هو شرط في العقد يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك ، والمترتبة عن عقد الاستهلاك، تمثل في مكافئة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر هو المستهلك<sup>1</sup> .

كما عرفه الفقه الجزائري، ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقد مع المستهلك ،والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين ،وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقتضيه العدالة.<sup>2</sup>

وعرفه المشرع المصري في المادة 10 من قانون حماية المستهلك، كل شرط يرد في عقد، أو وثيقة، أو مستند، أو غير ذلك، يتعلق بالتعاقد مع مستهلك ،إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من التزاماته .

و المشرع الجزائري قام بتعريفه في الم3 فقرة5 من القانون 04-02 المعدل و المتمم، بأنه كل بند، أو شرط بمفرده، او مشتركا مع بند واحد، أو عدّة بنود أو شروط أخرى،من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد .

<sup>1</sup>احمد رباعي، اثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن،مجلة اقتصاديات شمال افريقيا عدد5،ص346-347

<sup>2</sup>عواد خولة، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل الماستر، تخصص القانون الخاص المعمق، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، 2014،ص15

و نرى هنا وفق التشريع الجزائري، ان المشرع لم يحدد الحماية للمستهلكين على وجه الخصوص، بل امتد ذلك إلى فئة المهنيين أنفسهم، و تشمل الشروط التعسفية جميع العقود و ليس عقد الإذعان فقط.<sup>1</sup>

- لقد حددت المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306 على سبيل الحصر البنود التي تعتبر

تعسفية و هي:

-ألا يكون خاضعا للمفاوضات الفردية .

-أن يترتب عن الشرط عدم التوازن أو التكافؤ بين الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العلاقة

التقاعدية

- أن يكون الشرط مكتوبا بصفة مسبقة دون أن يكون للمستهلك أي تأثير في محتوى العقد.

إن الشرط التعسفي هو الأمر الزائد عن مقتضى العقد، و الذي يغير من آثاره، و ليس الشرط

الذي يترتب التزاما الذي هو في الأصل من مقتضى العقد، لأنه مثل هذا الالتزام لا يحتاج الى

شرط، كما انه يرد على كل العقود التي تفتقد للتوازن بين أطرافها و نشير إلى أن الشرط التعسفي

هو من وضع احد المتقاعدين فقط، أما الآخر فليس له سوى الخضوع لهذا الشرط، سواء كانت

المناقشة غير متاحة إطلاقا كما في عقد الإذعان او المسمى عقد الانضمام في القانون الفرنسي

، او أنها تكون متاحة ولكنها مجرد فرض نظري وهمي، غير أنها لا تتحقق لان الطرف الضعيف

يكون مجبرا على عدم الالتفاف على الشروط التي فرضت عليه .

<sup>1</sup>ساكوف عبد الرؤوف، تحقيق التوازن العقدي ازاء الشروط التعسفية، مذكرة لنيل الماستر، تخصص قانون اعمال، جامعة مسيلة، 2018، ص81

### الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الشرط التعسفي

يتدخل القاضي في حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان، أو في غيره من العقود التي تتضمن شروطا تعسفية، عن طريق تعديل هذه الشروط، أو إعفاءه منها، تطبيقا لما ورد في المادة الم 110 ق.م.ج<sup>1</sup>، بحيث تتساوى التزامات أطراف العقد أو إعفاءه منها كلية .

يلجئ القاضي إلى سلطته في الإعفاء عندما يرى إن تعديل الشرط التعسفي غير مجدي لإزالة التعسف، الذي اتسم به الشرط فلا تتحقق العدالة إلا بالإعفاء منه .وتعتبر سلطة الإعفاء أخطر من التعديل، فهي سلاح خطير بيد القضاء إذ يعطل هذا الشرط إذا تم وصفه بالتعسفي فيعفي الطرف المذعن من وفي كلا الحالتين سواء بالتعديل أو الإعفاء فإن القاضي لا يتدخل إلا ليحقق العدالة ويعيد للعقد توازنه الاقتصادي الذي يجب أن يتصف به هذا العقد، وبهذا يخفف الأعباء عن الطرف المذعن الضعيف وتتساوى الأعباء بين الطرفين<sup>2</sup> .

ورغم ما يظهر على هذه السلطة من اتساع، إلا ان المشرع الجزائري قد حرص على وضع ضوابط استهدف من خلالها ضبط هذه السلطة، ونرى أن تلك الضوابط تتمثل في مراعاة طبيعة عقد الإذعان، أي أن يرى القاضي طبيعة العقد المبرم بين الطرفين وأن يتقيد بتكييفه القانوني، فيجب ألا يؤدي تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها إلى تغيير طبيعة العقد، ومثال ذلك ان يتغير العقد من عقد بيع إلى عقد إيجار، وكذلك مراعاة لمقتضيات العدالة فقد نص المشرع في الم 110 من ق.م.ج بقوله وفقا لما تقتضيه العدالة، أي يجب على القاضي أن يتحلى بالموضوعية،

<sup>1</sup>محمد بوكماش، المرجع السابق، ص222

<sup>2</sup>بوزيد لويزة، دكتوراه، حمون انيسة، حدود القوة الملزمة للعقد (الطرف الطارئ، الشرط التعسفي)، مذكرة لنيل الماستر، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، ص105



التي يستطيع من خلالها الموازنة بين مصلحة الطرفين، فلا يحصل اي متعاقد الى على ما يستحقه، فلا مجال للإضرار بالغير ولا الإثراء على حسابه .

والجدير بالذكر، أن سلطة القاضي تقتصر فقط على تعديل وإلغاء الشرط التعسفي فقط، دون أن تصل الى إنهاء العقد بسبب هذا الأخير، مادام أن العقد متفق مع النظام العام والآداب العامة، ويكون ذلك دوما بعد طلب من الطرف المذعن فلا يثيره القاضي من تلقاء نفسه بحكم أن الحماية مقرره لمصلحته.<sup>1</sup>

### المبحث الثاني: الضوابط العقدية خلال مرحلة تنفيذ العقد

لقد حرص المشرع الجزائري على حماية المتعاقدين وعلى إحداث التوازن العقدي في عقد الاعتماد الإيجاري وسائر العقود الأخرى، لذلك قام بتمديد الحماية القانونية لمرحلة تنفيذ العقد، فمنح القاضي في هذه المرحلة سلطة التدخل في العلاقات العقدية لمواجهة الظروف المتغيرة والتقلبات الاقتصادية عن طريق تخويله سلطة في التعديل في الحالات التي يكون فيها اختلال لتوازن العقدي أثناء التنفيذ لذا قسمنا هذا المبحث لمطلبين، المطلب الأول تضمن نظرية الظروف الطارئة وحدود سلطة القاضي، والمطلب الثاني الشرط الجزائري وحدود سلطة القاضي.

### المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة وسلطة القاضي في تعديل الالتزامات المتقابلة

#### بين الأطراف

<sup>1</sup>طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، مذكرة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، 2019، ص224.

القاضي وإن كان كقاعدة عامة لا يجوز له الحق في تعديل العقد وأحكامه إلا في حالات يقرّها القانون وهو ما نصّت عليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري بقولها «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرّها القانون»<sup>(1)</sup> إلا أنّ القانون واستثناء لهذه القاعدة أعطى القاضي حقّ التعديل في العقد من خلال المادة 107 من نفس القانون الفقرة الثالثة منها والتي نصت أنّ «غير أنّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقّعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقًا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعًا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك»<sup>(2)</sup> ويتمثّل الحديث عن سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، لذا وجب التّعرض إلى تعريف نظرية الظروف الطارئة وكذا شروط تطبيقها وحدود سلطة القاضي فيها.

### الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة

استنادًا للمادة 3/107 ق.م.ج، أنّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعًا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، ويقع باطلًا كلّ اتفاق على خلاف ذلك.

<sup>1</sup> - خليل أحمد، دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون اجتماعي، جامعة سعيدة، الجزائر، 2016م، ص 54، 55.

<sup>2</sup> - خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون الجزائري، ج 1، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ج2، 2005م، ص 107.

ومن هنا فإن فكرة نظرية الظروف الطارئة تفترض وجود عقود يتراخى فيها التنفيذ إلى أجل، أو إلى آجال كعقد توريد، أو عقد بيع شيء مستقبل، وعند<sup>(1)</sup> حلول أجل التنفيذ تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقعا، مما يؤدي إلى فقدان التوازن الاقتصادي بين الالتزامات الناشئة عن العقد في ذمة طرفيه، الأمر الذي يجيز للقاضي أن يتدخل ليوزع تبعه هذا الحادث على عاتق الطرفين، ويرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول والمألوف في مثل هذه الحالة<sup>(2)</sup>.

تعالج نظرية الظروف الطارئة عاقبة حادث لا يد فيه لأي من المتعاقدين (كحرب ترتب عليها انقطاع الواردات أو كارثة طبيعية أودت بالمنتوج، أو صدور قانون ترتب عليه ارتفاع أثمان أشياء معينة)؛ أي أنها تعالج اختلال التوازن عند تنفيذ العقد، ولهذا كان أثرها توزيع تبعه الحادث الطارئ على عاتق الطرفين ( )، كما لو كان العقد من عقود التوريد فارتفعت الأسعار لظروف الحرب مثلاً، بحيث أصبح السعر الذي يحصل به المدين على السلعة الملزم بتوريدها أكبر من السعر الذي يبيع به في عقد التوريد ونفس الاحتمال كما قد يوجد في جانب المدين قد يوجد في جانب الدائن، كما لو كان العقد من عقود الإيجار الطويلة المدة، وانخفض سعر العملة فأصبحت الأجرة المتفق عليها لا تكفي لتغطية مصاريف صيانة العين المؤجرة أو أن الأجرة المتفق عليها لم تعد كافية لتسديد باقي الأقساط في عقد الاعتماد الإيجاري أو تعذر على المستأجر ردّ المال لمؤجر من عتاد وآلات لشركة التأجير بسبب كارثة طبيعية حلت على البلد.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 242، 243.

<sup>2</sup> - (Ph) Le tourneau, Quelques aspects de l'évolution des contrats, in mélanges (p) Raynaud, paris, 1985, p : 349.

ومما سبق يمكن تعريف نظرية<sup>(1)</sup> الظروف الطارئة أنها الأحداث غير المألوفة النادرة الوقوع والغير متوقعة، إلا أنها تجعل تنفيذ الموجب العقدي مرهقاً وليس مستحيلاً وهو ما يميّزها عن القوة التي تؤدي غالباً لإنهاء العقد لذلك لم ندرجها في موضوع بحثنا الذي يهدف لتحقيق التوازن الاقتصادي بين أطراف العلاقة التعاقدية لا إلى إنهاء العقد.

وكملاحظة بالنسبة لموقع نظرية الظروف الطارئة في الفقرة الثالثة من المادة 107 نلاحظ أن وضعها في هذا الموقع غير مناسب لأنّ النظرية استثناء من قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) لذا فإنّ كان من الأفضل أن يكون هذا الاستثناء في الفقرة الثانية للمادة 106 من القانون المدني الجزائري.

### الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

إنّ اختلال التوازن الاقتصادي بسبب الظروف الطارئة يرجع لوقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقّعة، لا يمكن دفعها، تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وحتى يمكن إعادة التوازن الاقتصادي المختل عن طريق تطبيق النظرية لا بدّ من توفر شروط هي:

#### أولاً- وقوع ظرف استثنائي وعام:

حيث يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع حادث أو ظرف طارئ، ويشترط في هذا الظرف الطارئ أن يكون من الحوادث الاستثنائية العامة، ويقضي تحقّق هذا الشرط أن يتّصف الحادث الذي يطرأ على العقد، والذي يكون سببا في تطبيق النّظرية، بصفتين تتمثّل الأولى في كونه حادث استثنائي وتتمثّل الثانية في كونه حادث عام<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> غطاس مسعودة، فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الطاقة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة ليسانس، تخصص علاقات دولية خاصة، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2018م، ص 9-10.

<sup>2</sup> محمد السناري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 2016، ص 13.

كونه حادث استثنائي، إنّ نظرية الظروف الطارئة تؤلف استثناء من قاعدة القوة الملزمة للعقد والعامة الأساسية لهذا الاستثناء هو أن يكون ظرف طارئ نادر الوقوع فكلّ شيء لا يحدث كثيراً استثنائي<sup>(1)</sup>، أمّا كون الحادث عام فيجب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث الاستثنائي عامًا، أي يجب أن يكون شاملاً لطائفة من الناس، كفيضان عالٍ غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأراضي، فلا يكون لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث الاستثنائي الذي وقع خاص بالمدين وحده مهما كانت فداحته كإفلاسه أو<sup>(2)</sup> موته فلا يسوغ له أن يتذرّع بذلك في سبيل الوصول إلى تعديل العقد، وأيضاً بالضرورة أن يكون شاملاً للناس جميعهم فكلّ ما يتطلب هنا أن يكون المدين قد شارك طائفة من الناس في كونه ضحية الحادث الذي وقع كالحرب.

### ثانياً - أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه:

لا يكفي أن يكون الحادث استثنائي وعام، بل يجب أن يكون الحادث أو الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه أو تحاشيه، ويعتبر هذا الشرط من أبرز شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ومنه استمدت النظرية أساسها فهي تسمى نظرية الحوادث أو الظروف غير المتوقعة<sup>(3)</sup>، فيكون الحادث غير متوقع الحصول عند إبرام العقد فإذا كانت الحوادث متوقعة، أو كان يمكن توقعها فلا سبيل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، لا تكون إلاّ بالنسبة للأحداث التي لم تكن في الحسبان، ولم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد فإذا كانت الحوادث متوقعة أو كان يمكن توقعها فلا سبيل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة فنظرية الظروف الطارئة لا تكون إلاّ بالنسبة للأحداث التي لم تكن في الحسبان، ولم يكن توقعها عند إبرام العقد، وإنّ اعتبار الحادث متوقعاً أو

<sup>1</sup> - محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2016، ص 73.

<sup>2</sup> - غطاس مسعودة، المرجع السابق، ص 12.

<sup>3</sup> - غطاس مسعودة، المرجع السابق، ص 13، 14.

غير متوقعًا يختلف تقديره من شخص إلى آخر فيتعيّن في مثل هذه الحالة استبعاد المعيار الذاتي أو الشخصي، فيجب أن يكون المعيار موضوعيًا وقوامه الشخص العادي.

فيتفرع عن كون الحادث غير متوقع أنّه لا يمكن دفعه أو تقاديه ببذل جهد معقول فإذا كان من الممكن تلافي النتائج المترتبة عليه ببذل الجهد العادي أو المعقول إنّ هذا الحادث لا يكون سببًا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وتتساوى هذه الحالة مع نظرية الظروف الطارئة سواء بسواء إن المدين هنا يعتبر مقصّرًا ولا يمكن أن يُحمّل دائنه نتائج تقصيره، وعليه أن يتحمل وزر خطئه. ويترتب منطقيًا بضرورة القول أن الظروف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه، بل يجب أن يكون خارجًا عن إرادة المتعاقدين ومن أجل هذا يرى الفقه التقليدي أنّه يجب ألا يكون لأحد المتعاقدين يد في حدوث الظروف الطارئة يكمن في الحوادث الخارجية عن إرادة المتعاقدين<sup>(1)</sup>.

### ثالثا - أن يكون تنفيذ العقد مرهقًا:

وهذا بمعنى أن يؤدي الحادث المفاجئ إلى جعل الالتزام مرهقًا للمدين، دون أن يصل الأمر إلى حدّ استحالة تنفيذه، لأنّه في هذه الحالة تكون قوّة قاهرة وبيترتب عليها انقضاء الالتزام وانفساخ العقد<sup>(2)</sup>.

والإرهاق الذي يُتعد به هنا هو الإرهاق الشديد الذي يجاوز الخسارة المألوفة في التعامل وعليه يقدر الإرهاق في هذا الشأن بمعيار موضوعي لا شخصي لا دخل للظروف الخاصة بالمدين فيه<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - محمد السناري، المرجع السابق، ص 68.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 257.

ويراعى أنّ إرهاب المدين لا ينظر فيه إلا للصفقة التي أبرم من شأنها العقد فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع أموال المدين، فمعيار الخسارة معيار موضوعي ينظر فيه إلى المدين العادي، وما يعتبر خسارة فادحة بالنسبة له حتى ولو كان المدين ثرياً لا تؤثر فيه هذه الخسارة، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (تدخل القاضي لردّ الالتزام المرهق للخذّ المعقول طبقاً للمادة 2/147 من القانون المدني المصري) (يقابلها 3/107 من القانون المدني الجزائري). رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها: شرط الإرهاب المهدد بخسارة فادحة، وتقدير مدى الإرهاب الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ، ممّا يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ومناطق هذا الإرهاب الاعتبارات الموضوعية كما قلنا سابقاً بالنسبة للصفقة في ذاتها لا بالنسبة للظروف المتعلقة بشخص المدين.

ولا ينتفي الإرهاب حتى لو كان قد أسعفته<sup>(2)</sup> ظروف مواتية لا تتصل بالصفقة التي أصبحت مرهقة في ذاتها، فإذا التزم تاجر بتوريد القمح ثم ارتفع سعر القمح لحادث طارئ أضعافاً مضاعفة، جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة حتى لو كان قد قام بتخزين كميات كبيرة منه دون أن تكون هنالك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح، أمّا الكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لغلو أو غلاء السعر فيكون له هو ولا شأن للدائن به. ومن هنا يتبين أنّ الإرهاب بتعلق بالصفقة المعقودة لا بالشخص المدين.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 307، 308.

<sup>2</sup> - نفس المرجع السابق، ص 308.

## الفرع الثالث: حدود سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة

تخضع السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة لمجموعة من

الضوابط أهمها:

أولاً- مراعاة الظروف المحيطة بالقضية: (1) (تنص المادة 03/107 ق م ج) على أنه

«...جاز للقاضي تبعاً لظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد

المعقول...»، يتضح من خلال نص المادة أنه إذا كانت عبارة «رد الالتزام إلى الحد المعقول»

تشكل ضابطاً من ضوابط سلطة القاضي في تعديله للعقد، إلا أنها لا تشكل قيداً على تدخله في

هذا الشأن، ذلك أن عبارة «تبعاً لظروف الواردة في نفس المادة» تفتح للقاضي مجالاً واسعاً في

أداء مهمته في تعديل العقد المختل التوازن اقتصادياً بسبب الظروف الطارئة، فعلى القاضي ألا

يهمل أي ظرف من الظروف المحيطة بالقضية محل النظر فقد يقدر القاضي أن الظرف مؤقت

وسرعان ما ينتهي وقد يتبين له عكس ذلك مما يمكنه من اختيار الحل الأنسب، وكمثال على

ذلك: تعهد شركة اعتماد إيجاري بتمويل صاحب مشروع بناء بالعتاد والأجهزة اللازمة في

مشروعه، ثم ارتفعت أسعار العتاد والأجهزة كحادث طارئ ارتفاع فاحشاً فإذا قدر القاضي أن

هذا الارتفاع زائل في وقت قصير لقرب السماح باستيراد الأجهزة اللازمة والعتاد مثلاً فهو

يقضي بوقف تنفيذ التزام شركة الاعتماد الإيجاري بتسليم العتاد في الموعد المتفق عليه حتى

يتيسر لها تنفيذ التزامها دون إرهاق ويشترط ألا يترتب على وقف التنفيذ ضرر جسيم يلحق

صاحب المشروع.

<sup>1</sup> - خليل أحمد، دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون اجتماعي، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2016، ص 60، 61.



وبينت المحكمة العليا الجزائرية من خلال قرار صادر في 10/10/1993، بأنّ تنفيذ الالتزام التعاقدى في حالة الحادث الاستثنائي، يوجب رد الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، وجاءت في حيثيات هذا القرار «من المقرر قانوناً أنّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقًا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعًا للظروف، وبعد المراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول».

ولما ثبت من مستندات القضية المثارة أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة) بقي مغلقًا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي فإنّ ذلك يعد حادثًا استثنائيًا غير متوقع يجب الأخذ به<sup>(1)</sup>.

### ثانيًا - الموازنة بين مصلحة الطرفين:

حرص المشرع الجزائري على أن يتمّ التعديل بالموازنة بين مصلحة الطرفين وذلك من خلال المادة (03/107 ق.م.ج) بنصها «...وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين...» فالقاضي هنا يوازن بين مصلحة المدين التي تقتضي الأخذ بيده نتيجة الأضرار التي لحقت به جراء الظروف التي طرأت على العقد والتي ستؤدي به إلى خسارة فادحة ومصلحة الدائن بحقه في تنفيذ المدين لالتزامه في الموعد المتفق عليه<sup>(2)</sup>، وذلك من أجل إعادة التوازن للعقد واستمرار هذا الأخير الذي نشأ على مصالح متوازنة بين طرفيه، إلا أنّه اختلّ بسبب ظروف طارئة، فأصبح طرفا العقد ما بين كاسب

<sup>1</sup> - القرار المؤرخ في 10/10/1993، ملف رقم 99694 م.ق. 1994 العدد الأول، ص 217 مأخوذ عن عمر سعيدة.

<sup>2</sup> - زهرة بلقاسم، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر،

2014/2013، ص 72، 73.

وخاسر، وضابط سلطة القاضي في الموازنة بين مصلحة الطرفين تقتصر على حاضر العقد دون النظر للماضي أو التطلع للمستقبل<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً- ردّ الالتزام المرهق للحد المعقول:

للقاضي سلطة واسعة في تقدير الحد الذي يجب أن يصل إليه الالتزام المرهق للمدين من خلال البحث في القضية وموازنة مصلحة طرفي العقد، وهو ما نصت عليه المادة 03/107 ق.م.ج دائماً بنصها «...ردّ الالتزام إلى الحد المعقول...».

فالمقصود برد الالتزام إلى الحد المعقول هو إشراك طرفي العقد معاً (الدائن والمدين) (المؤجر والمستأجر) في الخسارة الناجمة عن الظروف الطارئة وغير المتوقعة، فلا يتحملها الطرف المدين وحده<sup>(2)</sup>.

وتجدر الإشارة أنه انطلاقاً من اقتصار سلطة القاضي في ردّ الالتزام المرهق للحد المعقول على تعديل العقد فحسب مما يعني على إبقاء الالتزام، فلا يجوز للقاضي فسخ العقد ذلك لأنّ الحادث الطارئ يختلف عن القوة القاهرة التي يستحيل معها بتنفيذ الالتزام بل يترتب عليها انقضاء العقد وانفساخه.

وبمناسبة التطرق لنظرية القوة القاهرة أود أن أشير لنقطة وهي عدم إدراج نظرية القوة القاهرة في موضوع بحثنا واكتفيت فقط بنظرية الظروف الطارئة، وذلك بسبب أنّ القوة القاهرة عكس الظرف الطارئ لأنها تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وبالتالي إنهاء العقد وفسخه، وهذا يتعارض مع

<sup>1</sup>- محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الثاني، السنة الثانية، جدة، السعودية، ص 146.

<sup>2</sup>- زينة صافي، ونسيمة مقري، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص: القانون الفاصل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2014، ص 53.

موضوع دراستنا الذي يقوم على التوازن الاقتصادي في العقد لأننا بهدف إحداث توازن في العقد حتى يستمر العقد وينتج أثره القانوني.

## المطلب الثاني: مفهوم الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله

الشرط الجزائي هو عبارة عن كلمتين، الشرط وهو الزام الشيء والتزامه في بيع ونحوه والشرط العلامة، والجزائي نسبة الى الجزاء وأصله فعله، جزى يجرى جزاءا بمعنى عاقب .

فما هو الشرط الجزائي في القانون وفيما تتمثل حدود سلطة القاضي في تعديله؟

ان مفهوم الشرط الجزائي يستلزم منا ان نعرض فيه تعريفه وابرار خصائصه واهميته وشروط استحقاقه حتى نستطيع ان نثبت فيه حكمه .

### الفرع الاول : تعريف الشرط الجزائي

- **التعريف الفقهي:** يعرف الفقه الشرط الجزائي بأنه ذلك الشرط الوارد في العقد، والذي

يقدر بموجبه المتعاقدان مسبقا وبطريقة جزافية التعويض المستحق، في حالة إخلال احدهما

بتنفيذ التزامه التعاقدى، فهو بمثابة تقدير اتقاي للتعويض ويكون القصد منه غالبا استبعاد

سلطة القاضي في تقدير التعويض<sup>1</sup>.

ويعرفه فقهاء آخرون، انه بند خاص، يضعه المتعاقدان حين إبرام العقد او خارجه، ولا

يمس أصلا جوهر الاتفاق، غايته او أركانه، ولا يعلق الاتفاق او يوقفه، وهو يرمي الى تنفيذ

الاتفاق وانجازه دون المماثلة في الوفاء به، لأنه في غالب الصور يضع عقابا للمماطل المخل

بالوفاء ويحكم مسبقا بغرامة قد تناسب الضرر أو لا تناسبه<sup>2</sup>، يجب دفعها عند عدم الوفاء.

<sup>1</sup> مندي أسية ياسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل الماجستير، قسم الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص 99

<sup>2</sup> محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة (دراسة فقهية مقارنة)، مذكرة لاستكمال الدكتوراه، قسم الثقافة الاسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود، ص 23

- **التعريف القانوني:** لقد تعرض المشرع الفرنسي لتعريفه في المادتين 1229/1226 من ق.م.ف، حيث تنص المادة 1226 على أن الشرط الجزائي هو " الشرط الذي بموجبه يتعهد احد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء معين في حالة عدم التنفيذ" , اما المادة 1229 فقد عرفت الشرط الجزائي " بأنه هو تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي ولا يمكنه ان يطالب في نفس الوقت بالأصل والجزاء ما لم يكن الشرط مقررا لمجرد التأخير" .

أما المشرع الجزائري فهو لم يقدم تعريفا للشرط الجزائي, بل اكتفى بتأكيد مشروعيته في المادة 183 من القانون المدني الجزائري بقوله " يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق وتطبق في هذا أحكام المواد 17 الى 181 ق,م,ج". مسايرا في ذلك بعض التشريعات ومن بينها التشريع المصري<sup>1</sup>.

#### ثانيا :أهميته

للشرط الجزائي أهمية بالغة في العقود ومن ضمنها:

- ضمان تنفيذ الالتزام الوارد في العقد, فهو اداة ضغط ,هدفها ضمان تنفيذ العقد ,حيث يضمن كل طرف لنفسه تنفيذ التزامه من الطرف المقابل, لذلك فالحاجة لالامان والثقة في التنفيذ هو الدافع لقبول الشرط.

- إعفاء الدائن من إثبات ركن الضرر, تقتضي القاعدة العامة أن يتعين على الدائن إثبات الضرر الذي لحقه لاستحقاق التعويض ,ولكن التعويض الاتفاقي يعتبر استثناءا على هذا حيث يفترض فيه توافر الضرر لمجرد تأخر المدين في التنفيذ او عدمه مما يجنب الدائن مشقة إثباته.

<sup>1</sup>بوداود خليفة وبوزيان السعيد, المرجع السابق,ص35.

- المساهمة في تخفيف الضغط والإرهاق عن المحاكم .
- حرية المتعاقد في تقدير التعويض وتجنب المشاكل المتعلقة بتقدير القضاء له <sup>1</sup>.

### ثالثا: خصائص الشرط الجزائي وشروط استحقاقه

للشرط الجزائي عدة خصائص تميزه عن غيره من العقود، إذا نقصت ينتفي هذا الشرط، فالشرط الجزائي اتفاق مسبق على تقرير التعويض، إذ أن الاتفاق الإرادي للمتعاقدين هو المصدر الوحيد لهذا الشرط، وليس القانون، ولهذا فإن هذا الشرط لا يقوم إلا إذا تدخلت إرادة الدائن من جهة لتقرير التعويض الإتفاقي ضمانا لتنفيذ الالتزام التعاقدى، وإرادة المدين من جهة أخرى بقبوله له في حال اخل بالالتزام الأصلي، لذا فلكي ينشئ هذا الشرط صحيحا يجب أن يستوفي كافة أركان العقد الأصلي .

الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي، ومعنى ذلك انه لا يكون مستقلا بذاته بل يقوم إلى جانب التزام آخر وهو الالتزام الأصلي، ولهذا فإن بطلان الالتزام الأصلي يتبعه بطلان الشرط الجزائي، ولكن إذا كان الالتزام الأصلي صحيحا والشرط الجزائي باطل ففي هذه الحالة يقتصر البطلان على الشرط الجزائي فقط دون أن يمتد البطلان للالتزام الأصلي، إلا إذا كان الشرط الجزائي هو الباعث للتعاقد فإن بطلانه يترتب عليه بطلان العقد كله، ومنه فالشرط الجزائي هو التزام احتياطي في حالة استحالة التنفيذ على المدين <sup>2</sup>.

### شروط استحقاق الشرط الجزائي:

<sup>1</sup> طيبب فايزة، المرجع السابق، ص 269، 270.  
<sup>2</sup> عبيدة نجاة: سلطة القاضي في تعديل العقد في ق م، جمذكرة لنيل الماجستير، تخصص قانون خاص معمق، الحقوق، جامعة تلمسان، ص 121، 120.

يشترط المشرع الجزائري لتطبيق الشرط الجزائي توافر الشروط العامة في المسؤولية المدنية المدنية، وهي وجود خطأ من المدين، وضرر يصيب الدائن، العلاقة السببية والإعذار .

### - شرط الخطأ

يجب أن يكون هناك خطأ من جانب المدين في التزامه الناشئ عن العقد ويتمثل في عدة صور كعدم التنفيذ الكلي ، التنفيذ الجزئي ، الناقص ، المعيب ، التنفيذ على نحو يخالف الوجه المتفق عليه او التنفيذ المتأخر .

ويقع على الدائن إثبات هذا الخطأ، وهذا الأخير الذي يعتبر أساس الشرط الجزائي، فإذا كان الالتزام العقدي الذي قصد المدين به التزاما بتحقيق نتيجة، فيكفي ان يثبت الدائن عدم تحققها فإن فعل فيفترض الخطأ من جانب المدين، ويمكن لهذا الأخير إن أراد نفي المسؤولية عن نفسه إقامة الدليل على وجود سبب أجنبي، فإذا تخلف ركن الخطأ فلا محل لإعماله حيث انه يعتبر تقدير للتعويض<sup>1</sup>.

### - شرط الضرر

لا يستحق الشرط الجزائي اذا لم يترتب على عدم التنفيذ ضررا بالدائن، ذلك ان الضرر هو أساس تقدير التعويض الواجب أداءه، وهو يخضع لتقدير القاضي، فإن لم يوجد الضرر لم يكن التعويض مستحقا، ولا مجال حينها لإعمال الشرط الجزائي. وهذا ما نصت عليها المادة 184

<sup>1</sup> بوكماش محمد، المرجع السابق، ص330.

الفقرة 1 بقولها " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اي ضرر".<sup>1</sup>

ويقصد بعلاقة السببية العلاقة المباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المتضرر, او هي الصلة التي تربط الخطأ العقدي بحدوث الضرر ,وهي مفروضة اي لا يطلب من الدائن إثباتها, اذ يكفي أن يثبت هذا الاخير عدم الوفاء حتى يصبح التعويض الاتفاقي واجب التطبيق, إلا أن الفرض هنا قابل لإثبات العكس أي يقع على المدين عبئ نفيها .

### - الأعدار

لاستحقاق التعويض الاتفاقي, فإنه يجب على الدائن ان يقوم بإعدار مدينه في الحالات التي يجب فيها ذلك, والا كان غير مستحق ,ذلك ان مجرد الاتفاق على الشرط الجزائي لا يتضمن إعفاء المدين من وجوب الاعذار, وهذا ما ذهبت اليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/01/12(من الثابت قانونا أن طلب التعويض لا يستحق إلا بعد اعدار المدين ..)<sup>2</sup> وهو ما نصت عليه المادة 180 من القانون المدني الجزائري" يكون إعدار المدين بإنذاره او بما يقوم مقام الإنذار, ويجوز ان يتم الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون ,كما يجوز ان يكون مترتبا على اتفاق يقضي ان يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون الحاجة الى اي اجراء اخر<sup>3</sup> .

### الفرع الثاني: حدود سلطة القاضي في التعامل مع الشرط الجزائي

قررت محكمة النقض المصرية في قرارها بتنفيذ بتاريخ 1970/03/26 ان العقد النهائي دون العقد الابتدائي هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين ,وإذا تبين

<sup>1</sup> عبيدة نجاة, المرجع السابق,ص123.

<sup>2</sup>قرار المحكمة العليا الصادر بالعرفه المدنية, ملف رقم 206796, منشور بالمجلة القضائية, العدد الاول, 2001, ص110, قرار مرفق بالملحق رقم 14

<sup>3</sup> طيب فائزة, المرجع السابق, ص284.

من العقد النهائي انه قد خلا من الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد الابتدائي فاءن هذا يدل على ان الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط وانصرفتا نيتهما عن عدم التمسك ب او تطبيقه ويقوم القاضي في حدود سلطته اما بإستبعاد الشرط الجزائي او تخفيضه او زيادته.

ان ما نصت عليه المادة 183 من القانون المدني الجزائري، من شأنها ان تجعل المتعاقد صاحب النفوذ الاقتصادي القوي ان يتمادى اوان يفرض في تقدير الشرط الجزائي، الذي قد لا يتناسب مع الضرر الناتج إطلاقا، مما يتسبب في اختلال التوازن الاقتصادي بشكل فادح .

اولا - دور القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي

ويتم تخفيض الشرط الجزائي من قبل القاضي في حالتين وهما

- عندما يكون الشرط الجزائي مفرطا.

- حالة التنفيذ الجزئي للالتزام.

### 1--سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي المفرط

إن مفهوم الإفراط في الشرط الجزائي، يعني التفاوت الكبير بين قيمة التعويض وحجم الضرر

الذي يصيب الدائن، فإذا ما وجد الإفراط، أي المبالغة الكبيرة في تقدير التعويض، فإن هذا سيعتبر

بمثابة تهديد مالي للمدين لإجباره على الوفاء .

لقد اقر المشرع الجزائري الحرية التعاقدية، ولكنه جعل القاضي رقيبا عليها، حتى يصلح

بالعدل ما تفسده الحرية التعاقدية، ذلك لان العدالة تأبى أن يتم إرهاب المدين بإرغامه على الوفاء

تنفيذا لالتزام فيه ظلم وجور له كونه مبالغ فيه لدرجة كبيرة لذا يتعين رفعه عنه<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>طبيب فايزة، المرجع السابق، ص288.



لم يحدد المشرع الجزائي مقدارا او ضابطا يمكن على ضوءه تحديد تقدير التعويض, وقد ذهب الفقه إلى القول ( مفرط او المبالغ فيه) ,ولكن يجب ان يدرك القاضي صفته التعسفية بدون تفكير او تأمل او بحث, بل يجب ان يكون واضح جدا وذلك لانعدام التناسب بين الضرر ومقدار التعويض.

قد يقع المتعاقدين في غلط في التقدير الاقتصادي ونعني بذلك التقدير المقدم بين الطرفين وقت الاتفاق من اعتبارات وظروف ,وعليه إذا اتضح أن الضرر الذي وقع لم يكن بمقياس ظن المتعاقدين قبل وقوعه وان تقديره كان مرتفعا يكون واجب تعديل هذا الشرط الى الحد الذي يتناسب مع الضرر الواقع .

يقع عبئ إثبات المبالغة في الشرط الجزائي على عاتق المدين ,فلا يكفي أن يثبت المدين أن ان التقدير الوارد في الشرط الجزائي يزيد عن مقدار الضرر, بل يجب ان يثبت ان الضرر قد انطوى على مبالغة كبيرة لا تتناسب والضرر ,وعليه فعلى القاضي إن يخفضه للحد المعقول وليس الحد الذي يكون مساوي بين الطرفين.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> بوكماش محمد, المرجع السابق,ص338

## 2- سلطة القاضي في حالة تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه

يوضع الشرط الجزائي عادة في حالة عدم تنفيذ المدين للالتزامه أصلا، ولذا فإذا قام المدين بتنفيذ جزء من التزامه جاز للقاضي احترام إرادة المتعاقدين وذلك بتخفيض قيمة الشرط الجزائي بما يناسب التعويض ويقع إثبات التنفيذ الجزئي على عاتق المدين.<sup>1</sup>

ان التخفيض الذي يحكم به القاضي ازاء التنفيذ الجزئي للالتزام يجب ان يتصف ببعض الشروط تتمثل في :

- ان يكون التنفيذ الجزئي ممكن، لان الالتزام الغير قابل للتجزئة لن يتمكن القاضي بسببه من الحكم بتخفيض الشرط الجزائي، وذلك لعدم امكانية التنفيذ الجزئي .
- ان يكون التنفيذ الجزئي مفيدا، اي ان يخفض القاضي الشرط الجزائي بنسبة الفائدة والنفع الذي يعود على الدائن، وليس الغاية والبحث فقط عن مقدار الالتزام الذي تم تنفيذه .لانه قد يقوم المدين بتنفيذ جزء من الالتزام ولكنه لا يعود بالنفع على الدائن، بل قد يتسبب التأخير في تنفيذ الالتزام إضرارا له.

الا يكون هناك اتفاق خاص بالتنفيذ الجزئي، اذا اتفق الطرفان مسبقا على التخفيض الجزئي

فإنه يجب احترام رغبتهما فلا يتدخل القاضي في تعديله.

<sup>1</sup>امجد ارحومة محمد الخويلدي، الشرط الجزائي واثره على المتعاقدين (دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الاسلامية)، رسالة ماجستير، تخصص شريعا وقانون، كلية الدراسات العليا، 2016، ص159.

ان يقبل الدائن التنفيذ الجزئي, اي ان يقبل الدائن التنفيذ الجزئي للالتزام حتى يمكن تخفيضه, فلا يمكن للمدين إجبار الدائن على قبض جزء من الالتزام ,حتى ولو كان الالتزام قابلا للتجزئة .

ان يتم التنفيذ الجزئي في التزام مستقل , اذا تضمن العقد عددا من الالتزامات, والشرط الجزائي يضمن تنفيذ كل منها بصورة مستقلة, فإذا ما أقدم المدين على تنفيذ احدها فقط فلا يعتبر تنفيذا جزئيا لان التنفيذ الجزئي يرتبط بكل تعهد على حدة

### ثانيا:سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

إذا تضمن الشرط الجزائي تعويضا اقل من قيمة الضرر الواقع فعلا, فإن ذلك يعد تخفيفا لمسؤولية المدين, وهو جائز في إطار المسؤولية العقدية ,فيتعين في هذه الحالة على القاضي ان يحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه في العقد, ولو كان يقل في مقداره عن الضرر الواقع.<sup>1</sup>

تنص المادة 225 من القانون المدني المصري ,على انه "اذا جاوز الضرر قيمة التعويض ,فلا يجوز للدائن ان يطلب اكثر من هذه القيمة, الا اذا اثبت المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما" وتقابلها المادة 185 من القانون المدني الجزائري .

ان ما نصت عليه المادة 185 في ان القاضي يحكم بالشرط الجزائي حتى ولو كان الضرر يزيد عن قيمة الشرط الجزائي, الا انه في حالات اذا لحق الدائن ضرر نتيجة غش من المدين ام

<sup>1</sup>بوداود خليف ,,وبوزيان السعيد, المرجع السابق,ص42

ارتكب هذا الأخير خطأ جسيماً لو تعمد عدم تنفيذ التزامه، فإن القاضي في هذه الحالة سوف يقدر مقدار التعويض ويحكم بما يتناسب معه ولو كان أكثر من قيمة الشرط الجزائي، فلو اثبت الدائن ان المدين تعمد إحداث الضرر له فإنه يجوز له المطالبة بقيمة الشرط أكثر مما كان متفق عليه في العقد<sup>1</sup>. نصت على هذا المادة 178 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري بقولها "الا ما ينشا عن غشه او الخطأ الجسيم غير انه يجوز للمدين ان يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الخطأ الجسيم او الغش الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

من رأيي ان المشرع الجزائري لا يدخل في تفاصيل يستلزم ذكرها أحيانا ومثال ذلك هنا ان المشرع قد قصر سلطة القاضي في حالة الخطأ الجسيم او الغش الذي يتسبب به المدين للدائن وينتج عنه اضراراً كبيرة غير انه اغفل الخطأ اليسير الذي قد يرتكبه المدين ولا يكون ذا قيمة في نظر القاضي ولكنه يتسبب بإضرار فادحة للدائن

فرغم ان القضاء يتساهل مع المدين غالباً الا ان العدالة لا تخصه وحده، بل يجب ان يتم تحقيقها للدائن أيضاً، لذا حبذا لو ان المشرع يعيد النظر والنص على الخطأ اليسير في القانون ليتحقق التوازن العقدي وخاصة الاقتصادي فيه.

الجدير بالذكر ان ممارسة القاضي لسلطته في التعديل في الشرط الجزائي سواء بتخفيضه او في زيادته لا تكون من تلقاء نفسه، بل بطلب من المتعاقد المضرور الذي له مصلحة في ذلك وإلا فإنه سوف يكون قد تجاوز حدود سلطته التي منحها له القانون، فتدخله اما يكون بطلب

<sup>1</sup> بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 340

المدين بتخفيض الشرط الجزائي في حال اذا كان مفرط او تنفيذ جزء من الالتزام الاصلي, او بناء على طلب الدائن لزيادته وذلك في حالة الغش او الخطا الجسيم وذلك بعد اقامة الحجة والإثبات على خطئ المدين<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>عبيدة نجاه, المرجع السابق, 136.

### خلاصة الفصل الأول :

يختل التوازن العقدي في العقود ومن بينها عقد الاعتماد الإيجاري بسبب التفاوت الاقتصادي بين طرفي العقد، وهذا نتيجة استضعاف الطرف القوي للطرف الضعيف، فيمارس عليه سلطته، سواء كان ذلك في مرحلة تكوين العقد، وذلك من خلال استغلال المؤجر للمستأجر كونه صاحب نفوذ اقتصادي قوي والدعامة الأساسية لبدء مشروع المستفيد الاستثماري، وكذا في مرحلة تنفيذ العقد وذلك إذا ما حدثت تغيرات اقتصادية بسبب حادث طارئ غير متوقع يهدد بخسارة فادحة للمدين أو بإدراج الشرط الجزائي وإرهاق المدين في حالة إذا ما اخل بآلتزامه وصعب عليه تنفيذ الشرط الجزائي ولذا فتقاديا لعدم التوازن الاقتصادي للعقد تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد وذلك من خلال تعديل الالتزامات بين المتعاقدين تنفيذا للعدالة العقدية وضمان استمرارية العقد.

## الفصل الثاني: ضوابط التوازن الاقتصادي من خلال الالتزامات المالية المتقابلة في

### عقد الاعتماد الإيجاري

يترتب على انعقاد عقد الاعتماد الإيجاري صحيحاً نشوء مجموعة من الالتزامات المالية، على عاتق الطرفين المؤجر (شركة الاعتماد الإيجاري) والمستأجر (المستفيد) نظماً المشرع الجزائري في الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، فالالتزامات المالية في عقد الاعتماد الإيجاري هي التي تحكم التوازن الاقتصادي في عقد الاعتماد الإيجاري، فإذا قام كل طرف من العقد بأداء الالتزامات الناشئة في ذمته بموجب العقد كان العقد متوازناً اقتصادياً أما إذا أخل الأطراف بها يخل التوازن في العقد.

وتنقسم هذه الالتزامات المالية في عقد الاعتماد الإيجاري لالتزامات مالية في ذمة المؤجر كالتزام بالتمويل بالعتاد والأجهزة وغيرها، والتزامات على عاتق المستأجر (المستفيد) كالتزام بدفع الأجرة لقاء الانتفاع بالشيء المؤجر سواء كان عقاراً أو منقولاً.

ولذلك قسّمنا هذا الفصل المتعلق بضوابط التوازن الاقتصادي من خلال الالتزامات المالية المتقابلة في عقد الاعتماد الإيجاري لمبحثين تضمّن المبحث الأول التزامات المؤجر المالية في عقد الاعتماد الإيجاري والمبحث الثاني الالتزامات المالية بالنسبة للمستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري.

### المبحث الأول : التزامات المؤجر المالية في عقد الاعتماد الإيجاري

تلتزم شركة التأجير التمويلي في عقد الاعتماد الإيجاري ازاء المتعاقد الاخر بجملة من الالتزامات الإجبارية, التي يجب عليها تنفيذها على النحو المقرر قانونا واتفاقا, وتتمثل هذه الالتزامات في وضع مال محدد للمستفيد للانتفاع به يتمثل في التمويل وكذا التزامها من جهة أخرى بنقل ملكية المال المؤجر .

### المطلب الأول: التزام المؤجر بالتمويل

بالرجوع الى الأمر 09-96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري , نجد أن المشرع قد اشترط ملكية الأصل المؤجر طول مدة العقد, وهذا ما يفسر على انه لتمكين المستأجر من الانتفاع بالأصل المؤجر لا يتم إلا من خلال اكتساب ملكية ذلك الأصل بمجرد دخوله كطرف في هذه العلاقة العقدية, و يعتبر التمويل العنصر الأساسي في عقد الاعتماد الإيجاري حيث يلتزم المؤجر التمويلي بتمويل المستأجر عن طريق شراء المعدات محل العقد ,التي يتم تحديدها سابقا من قبل المستأجر ,ونشير الى ان العقد المبرم بين المؤجر والمورد هو عقد بيع او عقد مقاوله .

بالرغم من ان المؤجر هو الذي يقوم بالتمويل وعملية شراء المعدات ,إلا أن هذا لا يذكر صراحة في العقد, واستثناءا على ذلك في فرض بناء عقار, اذ يتولى الاتفاق التمهيدي تحديد دور مختلف الأطراف في مرحلة البناء, ويذكر فيها صراحة على انه على شركة الاعتماد الإيجاري تمويل تكلفة البناء على مراحل مختلفة, والاتفاق التمهيدي يختلف عن عقد الاعتماد الإيجاري



فهو يمهد له فقط، وعليه فلا يجب ان نقول انه يقع على عاتق شركة التأجير التمويلي الالتزام بالتمويل فقط بل يجب ان تمكن المستأجر المستفيد من الانتفاع بالعقار أيضا.

يظهر دور المؤجر كوسيط مالي يقتصر دوره فقط في دفع ثمن الأصل المؤجر اي محل الإيجار دون التدخل في الاستثمار المبتغى، إلا ان هذا التكييف الذي يعتبر المؤجر كوسيط مالي يجعل مركزه القانوني كمؤجر يتغير، وكأنه المؤجر من الغير، ولذا فقد اختلف الفقهاء فيما اذا كان المؤجر التمويلي ملتزم بالتمويل وما يترتب عن ذلك في حالة إخلاله بهذا الالتزام، خاص وكما ذكرنا سابقا ان الالتزام بالتمويل لا يذكر صراحة في العقد اذا ما تعلق بالأصل المنقول.

ثار الخلاف بين الفقهاء الفرنسيون حول اذا كان التمويل هو ركن من أركان العقد ام انه مجرد عنصر فقط، فمنهم من يرى ان التمويل ملزم في عقد الاعتماد الإيجاري، وهؤلاء هم الذين يكيّفونه على انه عقد قرض، وبالتالي ينادون بضرورة اعتباره إلزامي ولا يقوم العقد الا به، ولكن كون عقد الاعتماد الإيجاري هو عقد قرض بالمعنى القانوني تم انتقاده، فالمستاجر طالب التمويل لا يدفع فوائد على المبلغ المقرض، وانما إقساط إيجار تضمن اهتلاك راس المال المستثمر الى جانب هامش ربح للمؤجر<sup>1</sup>.

بينما يرى آخرون ان التمويل مجرد عنصر في العقد، بحيث انه لا يتم ذكره حتى في العقد وهؤلاء يكيّفون عقد الاعتماد الإيجاري على انه عقد ايجار فقط.

والمشعر الجزائري على غرار المشعر الفرنسي لم ينص صراحة على عنصر التمويل ومراد ذلك هو حول مدى اعتبار التمويل ركنا من اركان عقد الاعتماد الإيجاري<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بلهامل هشام، المرجع السابق، ص 57

<sup>2</sup> بشار جمال نمر، عقد التأجير التمويلي طبيعته واثاره، رسالة ماجستير في القانون التجاري، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزيت، 2000، ص 123

ولكن ما يثير التساؤل هو هل يمكن للمؤجر التمويلي رفض التمويل ؟.

لقد اشرنا سابقا ان المؤجر ملزم بالتمويل ,لانه اذا رفض ذلك فسوف يحدث اختلال في العقد وتقام المسؤولية العقدية على المؤجر, ولكن ما يجب توضيحه هو ان نفرق بين فرضين من التمويل :

**اولا: رفض التأجير التمويلي التمويل بعد ابرام عقد الاعتماد الايجاري .**

بمجرد دخول المؤجر التمويلي التعاقد ودخوله كطرف في عقد الاعتماد الايجاري, فاءنه سيكون ملزم ومجبر على التمويل, وهذا كما بينا سابقا من خلال تمكين المستأجر المستفيد من استغلال الأصل المؤجر محل العقد, بعد الحصول على السند القانوني الذي يثبت ملكيته له ,لان غاية المؤجر ليست تملك الأصل المؤجر, بل تأجيره فقط للمستفيد<sup>1</sup>, وهذا ما نصت عليه المادة 38 من الأمر 09/96.

كما يمكن ان تقوم مسؤولية المؤجر تجاه البائع ,وذلك لكونه قد وافق على عقد البيع وفوض للمستأجر الموافقة عليه و ابرامه بالوكالة عنه ,فالتزام المؤجر هو التزام بتحقيق نتيجة فإذا رفض التمويل واخل بالتزامه فإنه ما على المستأجر إلا أن يثبت عدم تحقق الغاية المطلوبة ولا يمكن للمؤجر دفع المسؤولية عنه الا اذا اثبت بالدليل وجود سبب اجنبي ترتب عنه عدم تنفيذ هذا الالتزام .الا انه في الواقع العملي ومرورا بالمراحل التي يسلكها الطرفان يصعب تصور رفض المؤجر للتمويل<sup>2</sup> .

<sup>1</sup>بن نوي صالح, المرجع السابق, ص78  
<sup>2</sup>هاني محمد دويدار, النظام القانوني للتأجير التمويلي, الطبعة الثانية, مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية, الاسكندرية, 1998.

ثانياً: رفض المؤجر التمويلي التمويل قبل إبرام عقد الاعتماد الإيجار

لشركة الاعتماد الإيجاري الحرية الكاملة في رفض تمويل المستفيد طالب التمويل, مادام انها لم تتعهد تجاهه بأي التزام من نوع معين, فهنا لا يكون المؤجر مسؤولاً لا تجاه المورد, ولا تجاه المستفيد .

فكونه مؤسسة تمويلية لا يعني بالضرورة ان يقبل اي طلب تمويل, لان المؤجر هو ادرى بمصلحته فغاياته هي الربح,<sup>1</sup> ولا يدخل كطرف في العقد, إلا اذا تأكد من قدرة المستأجر التمويلي على الوفاء بالتزاماته التعاقدية فالمؤجر غير ملزم بتاتا بتبرير رفضه للتمويل مالم يدخل في اي عقد.

**المطلب الثاني: التزام المؤجر التمويلي بنقل ملكية الأصل المؤجر للمستفيد**

سبق وذكرنا ان المؤجر التمويلي وطوال فترة عقد الإيجاري يحتفظ بملكية الأصل المؤجر, فهدف المؤجر من هذا ليس تملك الاصل محل العقد, بل لان الاحتفاظ بالملكية طوال فترة العقد يعتبر ضماناً لحقوقه المالية, ولهذا فإنه عند إنهاء العقد فلا سبب او مبرر يجعل المؤجر التمويلي يحتفظ به .

**الفرع الاول: مفهوم الالتزام بنقل الملكية**

من اجل هذا أورد المشرع الجزائري خيار الشراء للمستأجر في نهاية مدة العقد مقابل ثمن يتم دفعه اخذا بعين الاعتبار القيم المدفوعة انفا خلال مدة الإيجار الأصل<sup>2</sup> .

<sup>1</sup>حوالف عبد الصمد, الاطار القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري, مذكرة لنيل الماستر, عقود ومسؤولية, كلية الحقوق, جامعة تلمسان, 2009, ص88.  
<sup>2</sup>بكوش الهام, (احكام عقد الاعتماد الإيجاري العقاري) دراسة مقارنة مذكرة لنيل الدكتوراه, قانون عقاري, كلية الحقوق, جامعة قسنطينة, 2018 ,

إن خيار الشراء الممنوح للمستأجر يعد الميزة الرئيسية في عقد الاعتماد الإيجاري , ويشترط ان يكون حقيقيا لا شكليا ومشار اليه في العقد .

حيث تم تكييف خيار الشراء على انه وعد بالبيع يلتزم به المؤجر دون المستأجر , اذا ما رغب هذا الأخير في نهاية العقد في تملك الأصل المؤجر , فتنقل حينها الملكية بشكل فوري وليس رجعي كما هو مقرر في الأحكام الخاصة بالوعد بالبيع.<sup>1</sup>

والجدير بالذكر ان الوعد بالبيع له دور متميز في اطار عقد الاعتماد الإيجاري , ذلك انه يعد سبيلا لانقضاء هذا الأخير حيث يأخذه الطرفان في الاعتبار من وقت ابرام العقد مباشرة , ويختلف الوعد بالتعاقد عن الوعد بالبيع في انه مجرد اتفاق يمهد لابرام عقد من العقود.

ويبرز نقل الملكية كالإلتزام يقع على عاتق المؤجر , سواء كان عقارا , او منقولا , فإن كان هدف المؤجر هو استرداد رأس ماله في تمويل الأصل فضلا عن المبالغ المستحقة , الا انه لا يهتم تحقق ذلك سواء في مدة العقد , او في مدة اقصر , بحسب ما يراه المستأجر مناسبا وبالتالي لهذا الأخير ان يعمل الى حقه في الشراء قبل نهاية العقد ولكن شرط ان يدفع جميع الاقساط المتبقية مع ثمن التملك المتفق عليه.<sup>2</sup>

لقد تطرق المشرع الجزائري في الامر رقم 09/96 الى التزام المؤجر بتمكين المشروع المستفيد من حق الانتفاع وإمكانية تملك ذات الاصل محل العقد من خلال المادة 7 بقولها يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة عقدا تمنح من خلاله شركة التأجير

ص 127.

<sup>1</sup> بلهام هشام, المرجع السابق, ص61.

<sup>2</sup> موساوي كهينة نابت اسماء, المرجع السابق, ص34

البنك، المؤسسة المالية المسماة بالمؤجر على شكل تأجير ، مقابل الحصول على الإيجارات ولمدة ثابتة أو أصولاً مشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الاستعمال المهني لمعامل اقتصادي، شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً، يدعى المستأجر، كما يترك هذا الشخص إمكانية اكتساب كلياً أو جزئياً الأصول المؤجرة عن طريق دفع سعر متفق عليه والذي يأخذ بعين الاعتبار على الأقل جزئياً الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجار.

إن تنفيذ الالتزام بنقل الملكية يخدم مصلحة كلا الطرفين فمن جهة شركة الاعتماد الإيجاري فإنها تستوفي مبلغ البيع المتفق عليه، لأن المعدات والآلات تكون قد امتلك<sup>1</sup>، ولأن الدول في تطور تكنولوجي مستمر فأنه ستظهر معدات وآلات أخرى أكثر تطوراً من سابقتها ولذا فأن المؤجر التمويلي لن يكون يخسر شيء كونه قد حقق الغاية التي من أجلها أبرم العقد؛ أما المستفيد أو المستأجر التمويلي فسوف ينتقل إليه حق التملك إذا ما عمد إلى خيار حق الشراء فقط إذا التزم بدفع الثمن الباقي كون الأقساط المدفوعة هي جزء منه.<sup>2</sup>

#### الفرع الثاني: احتمالات أعمال الخيار بالشراء من طرف المستأجر

تنص المادة 45 من الأمر 09/69 المتعلق بالاعتماد الإيجاري على أنه "إذا قرر المستأجر حق الخيار بالشراء في التاريخ المتفق عليه عن طريق رسالة مضمونة الوصول، موجهة إلى المؤجر 15 يوماً على الأقل قبل هذا التاريخ، يتعين على المتعاقدين الإثبات بعقد ناقل للملكية يحرر لدى الموثق والقيام بالإجراءات القانونية المتعلقة بالبيع والإشهار المنصوص عليه في القوانين المعمول بها.

<sup>1</sup>تباتني مريم، اكتساب المؤجر ملكية المنقول المادي من الغير في الاعتماد الإيجاري، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 201930، ص33  
<sup>2</sup>بن نوي صالح، المرجع السابق، ص90.

وفي هذه الحالة ,يعتبر عقد الإعتماد الإيجاري قد انتهى ,بشرط أن يكون المتعاقدان قد أوفيا بالتزامتهما ,,,,,,"

يتم إعمال خيار الشراء من طرف المستأجر في الموعد الذي تم تحديده مسبقا في العقد, والا اعتبر المستأجر متنازلا عن حقه ,وإذا لم يتم تحديد الموعد مسبقا في العقد فانه يجب على المستفيد ان يخطر المؤجر عن رغبته في الشراء قبل نهاية العقد بمدة كافية, حتى يستطيع المؤجر ان يقوم بالاحتياطات اللازمة بالنسبة للأصول المؤجرة<sup>1</sup>.

غالبا ما يقوم المستأجر بخيار الشراء في عقد الاعتماد الإيجاري , الا اذا رأى ان الأصل المؤجر قد اهتلك كثيرا, بل ولم يعد يلبي حاجة المشروع المستفيد بالقدر الكافي الذي يضمن استمراره في السير على نحو جيد ,اي إصابة الأصل المؤجر باضمحلال اقتصادي حاد, او في حالة اذا قدم طرازه خلال مدة عقد الاعتماد الإيجاري , فهنا قد يعزف المستأجر التمويلي عن تملكه للمحل نظرا للتطور التكنولوجي الحاصل في الميدان ,ويتعلق هذا الأمر بالنسبة للأصول المنقولة دون العقارية.

أما بالنسبة للعقار فإن المستأجر لا يتأخر في وضع خيار الشراء لان ثمن العقار في تزايد مستمر ويلاحظ في الواقع العملي ان المستأجر التمويلي يقوم بشراء اغلب المحلات التي سبق له تأجيرها<sup>2</sup>.

تنص المواد 7; 8 و9 في عقد الاعتماد الإيجاري على حالة تعدد الاصول سواء ما تعلق بالمنقول او العقار او المؤسسات الحرفية والمحلات التجارية .

<sup>1</sup> وانجلي ديهية ومحالبي مليسة , اثار عقد الاعتماد الإيجاري في التشريع الجزائري ,مذكرة لنيل الماستر ,قانون الاعمال, كلية الحقوق ,جامعة تيزي وزور, ص16.  
<sup>2</sup>بلهامل هشام, المرجع السابق , ص16.

ينتقد بعض الفقهاء المستاجر عندما يسعى فقط لتملك بعض الأصول دون ان يكمل باقي الأصل المؤجر, وبرروا انتقادهم بان المستاجر يتعسف في استعمال حقه, كون المؤجر التمويلي لا يمكنه الاستفادة من الأصل المؤجر باي شكل من الأجزاء التي لن يشتريها المستاجر التمويلي, ومع هذا فأن النص القانوني وبعبارة واضحة بين هذه المسألة "بقوله اذا كان الاصل المؤجر غير قابل للتجزئة بطبيعته , فلا بحق للمستاجر هنا شراء جزء ورد جزء اخر لان هذا سيضر بمصلحة المؤجر".

من رأيي أن ما اتى به المشرع الجزائري بقوله لا يحق للمستاجر شراء جزء ورد جزء مما يتسبب في ضرر للمؤجر امر مفروغ منه, ذلك ان المؤجر لا يمكنه ان يضر بمصلحته باي شكل, وان ما انتقده الفقهاء في المستاجر بأنه يتعسف في استعمال حقه غير وارد, لان المؤجر يقبض إقساط الإيجار بثمان عالي وبالتأكيد سيستوفي المبلغ الذي اشترى به الاصول المؤجرة كما يمكنه في حال عدم إعمال حق الشراء ان يبيع الأصول المؤجرة فهو لم يخسر شيء في كل احواله.

ان خيار الشراء الممنوح للمستاجر مرتبط بتنفيذه لكافة التزاماته, والا فلا يمكن المؤجر المستاجر من هذا الامتياز, ويتم فسخ العقد غالبا<sup>1</sup> ولكن في الحالة العكسية اذا ما وفى المستاجر التمويلي بالتزاماته ورفض المؤجر منحه خيار الشراء فإنه للمستاجر ان يلجئ للقضاء, ليحكم له بثبوت البيع لتوافر اركانه, بقاء اعتبار ان المؤجر هنا يبنى على وعد بالبيع.

<sup>1</sup>بلهامل هشام, المرجع السابق, ص69.

\* طرق نقل الملكية

نصت المادة 7 من الأمر 09/96 على مسالة نقل الملكية الأصول المؤجرة المنقولة يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة عقدا من خلاله تمنح شركة التأجير أو البنك أو المؤسسات المالية المسماة بالمؤجر , على شكل تأجير مقابل الحصول على ايجارات ولمدة ثابتة, أصولا متشكلة من تجهيزات أو عتاد أو ادوات ذات الاستعمال المهني لمعامل اقتصادي شخصا طبيعيا كان أو معنويا , يدعى المستأجر , كما يترك لهذا الشخص امكانية اكتساب , كليا أو جزئيا الأصول المؤجرة عن طريق دفع سعر متفق عليه , والذي يأخذ بعين الإعتبار على الأقل جزئيا الأقساط التي تم دفعها بموجب الأيجار "

فإذا كان المنقول معينا بذاته, فإنه ينتقل بمجرد إبرام عقد البيع دون الحاجة الى إجراءات أخرى , باعتباره موجودا فعلا تحت يد المستأجر , اما في بعض المنقولات ذات الطبيعة الخاصة كالطائرات والسفن فيجب تسجيلها في سجل خاص, وفي حالة كان محل العقد من الحقوق المعنوية كالاختراع ممنوح البراءة فإنه توجد خصوصية نقل الملكية في الاختراعات مع وجوب تسجيل ذلك في الدائرة المختصة.

ونصت المادة 8 من ذات الأمر السابق على ملكية الأصل العقاري على ثلاث طرق يتم

بموجبها نقل ملكية الأصل العقاري وتتمثل في :



\* عن طريق التنازل وهذه الطريقة العادية للانتقال حيث ينفذ المؤجر التمويلي وعده بالبيع عندما يلتزم المستأجر التمويلي بدفع جميع إقساط هذا الالتزام مع تسديد القيمة المتبقية المتفق عليها في العقد.

\* عن طريق الاكتساب المباشر او الغير مباشر لحقوق ملكية الأرض التي شيدت عليها العمارة المؤجرة, فينتقل الحق اليه عن طريق الالتصاق (الأبنية المندمجة بالأرض).

\* نقل ملكية الأصل العقاري التي يكون المستأجر فيها مالكا للأرض المقام عليها البناء حيث يقوم المؤجر بنقل ملكية الأصل الذي أنشئ في أرض المستأجر منذ إبرام عقد الاعتماد الإيجاري

تختلف الحالة الثانية عن الحالة الثالثة في عقد الاعتماد الإيجاري بالنسبة لخيار الشراء فعندما تكون الأرض ملكا للمستأجر فإن الملكية تنتقل اليه بقوة القانون مادام الأصل المؤجر مشيد في أرض مملوكة له فلا مجال للحديث عن خيار التملك بينما في الحالة الثانية عندما لا تكون الأرض مملوكة له فإنه يلزم بصدور قرار ارادي بقبول التملك من طرف المستفيد<sup>1</sup>.

\* نصت المادة 9 من الامر 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري , على كيفية نقل ملكية المؤسسات الحرفية والمحلات التجارية بقولها "يعتبر عقد الإعتماد الإيجاري المتعلق بمحل تجاري أو مؤسسة حرفية سندا يمنح من خلاله طرف يدعى المؤجر على شكل تأجير مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة , لصالح طرف يدعى المستأجر محلا تجاريا او مؤسسة حرفية من ملكه , مع الوعد من جانب واحد بالبيع لصالح المستأجر وبمبادرة منه عن طريق دفع سعر متفق عليه

<sup>1</sup> بلهامل هشام , المرجع السابق, 71.

يأخذ بعين الإعتبار ,على الاقل جزئيا ,الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجارات ,مع انعدام إمكانية المستأجر في إعادة تأجير المحل التجاري او هذه المؤسسة الحرفية لصاحب الملكية الاول" فهي تخضع في انتقالها لاجراءات شكلية وجب اتباعها (المحلات التجارية والمؤسسات الحرفية) والمتمثلة في الرسمية مثلها مثل العقارات وكذلك الرسمية كما نصت المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني تشترط الرسمية في تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية محلات تجارية او صناعية ,وكذا القيد في مصلحة السجل التجاري .

تثار مشكلة وتساؤل حول اذا كان العقار عنصرا من عناصر العقد وان المؤجر ليس هو المالك الحقيقي له فكيف يتم التعامل ???

غالبا ما يعمد المؤجر الى شراء حق تجديد الايجار من اجل تاجيره للمستفيد لاستغلاله فيكون حينها للمستاجر في نهاية العقد ان يقوم باعادة شراء هذا الحق ,وقد جاءت في نص المادة 7/313 من القانون النقدي المالي الفرنسي اذا كان العقد بين اطراف ثلاث مع توزيع اتفاقي لحقوق والتزامات مستاجر العقار بين المؤجر والمستاجرفاءن الحق في تجديد الايجار ينتقل بشكل امر الى المؤجر<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني: التزامات المستأجر المالية في عقد الاعتماد الإيجاري

من آثار انعقاد عقد الاعتماد الإيجاري نشوء مجموعة من الالتزامات المالية في ذمة المستأجر، لقاء انتفاعه بالشيء المؤجر سواء كان هذا الشيء عقاراً، أو عتاداً أو أجهزة أو غيرها من وسائل التمويل الأخرى يقصد بالمستأجر التمويلي: هو كل شخص قانوني يحوز مالاً استناداً

<sup>1</sup>Françoise dekeuwer-défossez et clément,droit commercial,9édition,-montchrestien,paris,2007,p308,n387.

إلى عقد تأجير تمويلي، وقد عرفته الفقرة التاسعة من قانون التأجير التمويلي الأردني كما يلي «الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي ينتفع بالمأجور، وفق أحكام عقد التأجير»<sup>(1)</sup>.

حيث يقوم المستأجر التمويلي بالقيام بالالتزامات المالية الخاصة به من دفع بدل الإيجار، وتأمين العين المؤجرة.

ولذلك قسّمنا هذا المبحث لمطلبين تطرقنا في المطلب الأول للالتزامات المستأجر (ببدل الإيجار) والمطلب الثاني تضمّن الالتزام بتأمين العين المؤجرة.

### المطلب الأول: الالتزام ببديل الإيجار

يعدّ هذا الالتزام من أهمّ الالتزامات الملقاة على عاتق المستأجر في عقد الإيجار العادي، إذ يعتبر بدل الإيجار هو الدافع الرئيسي الذي يجعل المؤجر يقدم على إبرام العقد، وهو الأمر نفسه في عقد الاعتماد الإيجاري، حيث أن شركات الاعتماد الإيجاري هي شركات تجارية تسعى لتحقيق الربح، وبالتالي كان الحصول على بدل الإيجار هو الدافع الرئيسي لإقدامها على التعاقد مع المستأجر، الذي يكون ملزماً بدفع الأجرة في المواعيد المحددة وبالكيفية المتفق عليها وإلا كان مقصراً وقامت مسؤولية العقدية.

إنّ هذا الالتزام له خصوصية خاصة في عقد الاعتماد الإيجاري خاصة من حيث تحديد بدل الإيجار، وكيفية دفعه وزمنه، فقد نظمت مختلف القوانين المتعلقة بالاعتماد الإيجاري هذا الالتزام والمشرع الجزائري على غرار بقية التشريعات في نظم هذه المسألة من خلال جملة من النصوص القانونية أهمها المادة 32 من الأمر 09/96 التي جاء فيها ما يلي «يجب على المستأجر أن يدفع

<sup>1</sup> - سيد أحمد مسيردي، العلاقات القانونية الناشئة بمناسبة تكوين وتنفيذ عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2013م، ص

للمؤجر مقابل حق الانتفاع بالأصل المؤجر، وفي التواريخ المتفق عليها المبالغ المحددة<sup>(1)</sup> كإيجارات في عقد الاعتماد الإيجاري»، وأكدته المادة 39 من الأمر نفسه "يعتبر المستأجر ملزماً بالقيام بالالتزامات الخاصة بالمستأجر .....، الإلتزام بدفع الايجارات حسب السعر والمكان والتواريخ المتفق عليها"

حيث اعتبرت المستأجر ملزم بالقيام بالالتزامات الخاصة به والتي نص عليها القانون المدني مقابل حق الانتفاع بالشيء المؤجر والتي نص عليها القانون المدني، مقابل حق الانتفاع بالشيء المؤجر ضمن عقد الاعتماد الإيجاري لأصول غير منقولة ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، لاسيما الإلتزام بدفع الأجرة حسب السعر والمكان والتاريخ المتفق عليهما ومنه يلتزم المستأجر بدفع بدل الإيجار المتفق عليه وبالكيفية وفي الوقت المحددين في العقد طيلة مدة الإيجار<sup>(2)</sup>.

والأجرة في نظر المشرع الجزائري في عقد الاعتماد الإيجاري ليست نفسها في عقد الإيجار العادي، إذ يمكن أن تكون في هذا الأخير إمّا نقود أو تقديم أي عمل آخر، على العكس في عقد الاعتماد الإيجاري لا يمكن أن تكون إلا مبلغ من النقود وهو ما جاء في المادة 32 من الأمر 09/96 بقولها «...المبالغ المحددة كإيجارات...» ونصت عليه المادة 14 من الأمر نفسه «...يتضمّن مبلغ الإيجارات...»، إذا فبدل الإيجار في عقد الاعتماد الإيجاري هو مبلغ من النقود يحدده الأطراف.

<sup>1</sup> - قفي السعيد، الالتزامات الناشئة عن عقد الاعتماد الإيجاري ونتائج الإخلال بها، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، جامعة المسيلة، الجزائر، 2014، ص 46، 47.

<sup>2</sup> - أنظر: المادة 39 من الأمر 09/96 المرجع السابق.

فكيف يتم تحديد الأجرة فيه؟ ومتى يبدأ استحقاقها؟ وما هي ضمانات الوفاء به؟، هذا ما سنقوم بتوضيحه في هذا المطلب من خلال الفروع الثلاثة، الذي تضمن الأول كيفية تحديده والثاني بداية استحقاقه، أما الثالث تضمن ضمانات الوفاء<sup>(1)</sup>.

### الفرع الأول: تحديد الأجرة (مكونات الأجرة)

تقوم شركة الاعتماد الإيجاري عند تمويلها لشراء الأصول المأجورة بتوظيف رأس مالها من أجل تحقيق الربح الذي يعود عليها من خلال الأقساط التي يدفعها المستأجر كبذل الإيجار. إذا فقيمة الأقساط هي «ائتمان شامل لتغطية قيمة البرنامج الاستثماري»<sup>(2)</sup>، ومن هذا كان لا بدّ على المؤجر أن يستعيد من خلال هذه الأقساط كلّ ثمن الأصول المؤجرة، بالإضافة إلى المصاريف المدفوعة وهامش الربح المتوقع، خلال فترة استغلال المأجور عن طريق الإيجارات التي يتحصل عليها من المستأجر مقابل تمكين هذا الأخير من الانتفاع بالشيء، وعليه فإنّ شركة الاعتماد الإيجاري تسعى للحصول على استحقاقها خلال مدة العقد أو على الأقل 95% منه مقسمة إلى أقساط دورية، تتحصل عليها خلال مدة العقد، أمّا النسبة المتبقية فقد تكون ثمن بيع المأجور بعد انتهاء مدة العقد أو تكون بدل إيجار في حالة إعادة التأجير<sup>(3)</sup>، لذلك كانت الأجرة تمثل في أحد جوانبها إهلاك لرأس مال الشركة، وفي جانبها الآخر الفائدة الإجمالية والفائدة في توظيف رأس المال، وبالتالي لا يتمّ إهلاك رأس مال الأصل، من خلال أقساط الأجرة التي يدفعها المستأجر للمؤجر، وإنّما يكتمل بقبض شركة الاعتماد الإيجاري لثمن تملك الأصل عند اتجاه إرادة

<sup>1</sup> - المرجع السابق، ص 47.

<sup>2</sup> - صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة في القانون الأردني مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي)، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2005، ص 193.

<sup>3</sup> - قفي السعيد، المرجع السابق، ص 48.

المستفيد إلى تملكه، ولما كان عقد الاعتماد الإيجاري يمنح للمستفيد عند نهاية العقد حقّ التملك للأصول المأجورة إذا رغب في ذلك فإنّه يمكن القول أنّ الأجرة وإن كانت تمثل بالنسبة لشركة الاعتماد الإيجاري إهلاكاً لرأس المال، فإنّها تمثل بالنسبة إلى المستأجر ثمناً لتملك الأصل، ومنه كان لا بدّ للأجرة أن تشتمل على ثمن الأصول المؤجرة بالإضافة للمصاريف المختلفة زائد هامش الربح.

### الفرع الثاني: بداية استحقاق بدل الإيجار

تنص المادة 15 من الأمر 09/96 على ما يلي: «تحدد الإيجارات حسب نمط متناقص أو خطي استناداً إلى مناهج محددة عن طريق التشريع»، فمن خلال هذه المادة نلاحظ أنّ المشرع الجزائري أجاز للأطراف اختيار النمط المتناقص أو النمط الخطي، لتحديد الأجرة حسب ما يتمشى ومصالحهم ويبدأ استحقاقها من تاريخ استلام المستأجر للشيء المؤجر، وتوقيعه على محضر الاستلام الذي يثبت فعلاً وضع يده على الشيء المؤجر، ومطابقته للمواصفات المتفق عليها ومنذ تلك اللحظة يستحق البائع ثمن الأصول الإنتاجية التي يجب على المؤجر دفعها له في الحال، ويستحق هذا الأخير بدل الإيجار، الذي يبدأ حسابه من لحظة استلام المستأجر للأموال المأجورة<sup>(1)</sup>.

إنّ استحقاق الأجرة لا يعني أن يقابله بالضرورة انتفاع المستأجر بالشيء المؤجر، إذ يلتزم المستأجر بدفع الأجرة في مواعيدها ابتداءً من تاريخ توقيع محضر الاستلام بينه وبين المورد أو البائع، حتى ولو لم ينتفع بالأموال المؤجرة، شريطة أن يكون عدم الانتفاع لا يد للمؤجر فيه، أمّا في حالة بناء العقار فيطبق المبدأ ذاته، حيث يبدأ سريان مدة الإيجار من تاريخ تسلم المستفيد

<sup>1</sup> - نفس المرجع السابق، ص 50.

للعقار، إلا أنّ هذا الأخير يلتزم بأداء مقدمات من الأجرة قبل تسلمه للعقار، وتعتبر كنتيجة لتوظيف شركة الاعتماد الإيجاري لرأس مالها في عملية تمويل بناء العقار. أمّا في حالة الاعتماد الإيجاري اللاحق فلا يوجد هناك تسليم حقيقي من الناحية العملية للأصول الرأس مالية وبالتالي يكون بدأ حساب مدة الإيجار ابتداءً من تاريخ توقيع عقد الاعتماد الإيجاري<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: ضمانات الوفاء بالأجرة

بالرغم من أنّ المؤجر يظل مالكاً للأصول طيلة مدة العقد وما يشكل هذا الأخير من ضمانات ضدّ مخاطر إعسار المستفيد إلا أنّ الواقع العملي يبين أنّ شركات الاعتماد الإيجاري تفرض على المستأجر بعض الضمانات الإضافية، من أجل تضمين حقها في الحصول على بدل الإيجار المتفق عليه، وقد تكون هذه الضمانات عينية (أولاً) وقد تكون شخصية (ثانياً) يتم الرجوع عليها في حالة تخلف المستأجر في دفع بدل الإيجار.

#### أولاً- الضمانات العينية:

قد يشترط المؤجر على المستأجر رهن أصل من أصوله العقارية أو المنقولة، من أجل ضمان وفائه بأقساط الأجرة كرهن أحد الأصول العقارية التي يملكها وتتمثل هذه الضمانات في: حق امتياز عام للمؤجر على كلّ الأصول المنقولة وغير المنقولة التي هي للمستأجر ومستحقته والأموال الموجودة بحسابه، حيث يمكن للمؤجر استقاء حقه من هذه الأموال بالأولوية عن جميع دائني المستأجر الآخرين بأن يدفع للمؤجر مستحقته قبل أي دائن آخر في إطار أي

<sup>1</sup>- قفي السعيد، المرجع السابق، ص 50.

إجراء قضائي مع التغيير أو أي إجراء قضائي جماعي في نصّ المادة 23 من الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

ويتم ممارسة هذا الامتياز في أي وقت خلال سريان عقد الاعتماد الإيجاري، وبعد انقضائه. فبالنسبة يتم ممارسة الامتياز بتسجيل رهن أو رهن حيازي خاص لدى كتابة ضبط المحكمة المؤهلة إقليمياً.

أمّا فيما يتعلق بالعقارات فيتمّ ممارسة الامتياز بقيد رهن قانوني على كلّ عقار يمتلكه المستأجر في مستوى حفظ الرهون ويتم ذلك على مستوى المحافظة العقارية.

أمّا فيما يخصّ الأموال المودعة في الحسابات، والمستحقات الخاصة بالمستأجر، فيمارس المؤجر حق الامتياز المقرر له، بمجرد اعتراض، أو حجز نهائي، أو حجز تحفظي، أو إنذار يوجه للمستأجر أو الغير الحائز أو الغير المدين، عن طريق رسالة مضمونة الوصول مع الإخطار بالاستلام وهذا حسب ما جاء في نص المادة 24 من الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

#### ثانياً- الضمانات الشخصية:

قد يشترط المؤجر أن يقدم<sup>(1)</sup> المستأجر كفيلاً يضمن الوفاء بالمبالغ التي تكون مستحقة، حيث جاء في القواعد العامة للإيجار، النص على هذا النوع من الضمانات، وذلك في المادة 500 من القانون المدني، بالنص على أنّه يمكن للأطراف الاتفاق على كفالة لضمان الوفاء ببديل الإيجار والتكاليف.

ما يلاحظ في العقود النموذجية لشركات الاعتماد أنّها تشترط تقديم المستأجر التمويلي لكفيل، بحيث أصبح هذا الشرط البيانات المدرجة بشكل دائم في هذه العقود.

<sup>1</sup> - هاني دويدار، المرجع السابق، ص 398.



فإذا كان المستأجر التمويلي من الأشخاص المعنوية فقد تشترط الكفالة من طرف مسيري الشركة كالمدير في الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو عضو مجلس الإدارة في شركة المساهمة أو أحد المالكين لأغلبية الأسهم فيها أو من طرف الشركة الأم، إذا كان المشروع المستأجر فرعاً لها<sup>(1)</sup>.

أما إذا كان المستأجر التمويلي شخصاً طبيعياً، فقد تشترط أن يكون الكفيل بنكاً أو مؤسسة اعتماد إيجاري

والتزام الكفيل قد يكون عادياً وقد يكون تضامنياً، فإذا كان الالتزام عادياً فإنه لا يجوز للمؤجر مطالبة الكفيل بالوفاء بالالتزام، إلا بعد رجوعه على المستأجر أما إذا كان الكفيل متضامناً مع المستأجر ففي هذه الحالة تطبق أحكام التضامن ويفقد الكفيل المتضامن حقه في التجريد والتقسيم.

وقد جرت العادة في عقود الاعتماد الإيجاري على النصّ أنّ الكفالة تضامنية، لما في ذلك من امتيازات للمؤجر عند تخلف المستأجر عن الوفاء بالتزامه بدفع أقساط الإيجار، بعدم تهرب الكفيل المتضامن من القيام بالتزامات المستأجر أو بجزء منها، كما أنّ الكفيل يكون في الغالب أكثر يسراً من المستأجر الذي لولا عُسرهُ لَمَّا تَخَلَّفَ عن القيام بالتزامه.

<sup>1</sup> - بن الشيخ عقيلة وبن شعبانة نسيمية، المرجع السابق، ص 18، 19.

أمّا بالنسبة للتأمين فهو عقد يلزم بمقتضاه المؤمن في مقابل أقساط أن يدفع للمكتب أو الغير المعين من طرفه مبلغًا من المال محددًا يقدم دفعة واحدة لصاحب الحقّ وإمّا أن يكون في شكل إيراد مرتّب لمدى الحياة وذلك حسب اتفاق الطرفين بموجب العقد المبرم بينهما.

حيث يمكن لشركة الاعتماد الإيجاري أن تشترط في اتفاقها مع المستأجر لتمويل مشروعه الاستثماري، قيام هذا الأخير باكتتاب تأمين على الحياة برأسمال يساوي على الأقل قيمة الأصل المؤجر أو قيمة الاستثمار، ويُنيب المؤجر في قبض التعويضات المعينة في حالة عدم القدرة الكاملة للمكتب، ولذا يتعين تعيين المؤجر كمستفيد في عقد التأمين<sup>(1)</sup>.

كما يمكن تقديم هذا الضمان للمؤجر في شكل آخر وذلك بقيام المستأجر بالتأمين على حياته بتقديم وثيقة التأمين على سبيل الرهن لشركة الاعتماد الإيجاري، حيث يمكن أن يتخذ هذا الرهن عدة أشكال فيكون ذلك في شكل ملحق يضاف إلى وثيقة التأمين الأصلية، أو يكون باتفاق خاص يتم إبرامه بين المؤمن له المستأجر والدائن المؤجر بشرط أن تكون شركة التأمين على علم بذلك، وإمّا بتطهير وثيقة التأمين على الحياة للدائن المرتهن والمتمثل في المؤجر مباشرة وفي جميع الحالات التي يجب أن تسلم هذه الوثيقة للمرتهن وما يلاحظ أنّ قانون التأمين الجزائري لم ينظّم رهن وثيقة التأمين، وعليه ينبغي الرجوع لتطبيق القواعد العامة المقررة للرهن<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - راشد راشد، التأمينات البرية الخاصة في ضوء قانون التأمينات الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 92.

<sup>2</sup> - بن الشيخ عقيلة، المرجع السابق، ص 20.

إنّ الهدف من تضمين هذا النوع من الضمانات في عقد الاعتماد الإيجاري يتمثل أولاً في حماية المؤجر من إمكانية عدم دفع المستأجر لأقساط الإيجار في حالة وفاته، أو اختفائه خلال مدة سريان العقد.

أمّا الإخلال بالوفاء بقسط الإيجار فيمكن للمؤجر أن يضع حدّاً لحقّ المستأجر في الانتفاع بالأصل المؤجر واسترجاعه بالتراضي أو عن طريق مجرد أم غير قابل للاستئناف يصدر بديل العريضة عن رئيس محكمة مكان إقامة المؤجر، وذلك في حالة عدم دفع المستأجر لقسط واحد من الإيجار، مع احترام<sup>(1)</sup> المؤجر للإجراءات المنصوص عليها قانوناً والمتمثل في قيام المؤجر بإشعار مسبق أو إعدار لمدة خمسة عشر (15) يوماً كاملة ويكون له حينها التصرف في الأصل بأي صيغة يشاء، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 1/20 من الأمر رقم 96-09.

### المطلب الثاني: الالتزام بتأمين العين المؤجرة

طبقاً للقواعد العامة إذا هلكت الأموال المؤجرة كلياً بفعل قوة قاهرة أو بسبب لا يمدّ فيه للمستأجر بصلة فإنّها تهلك على مالکها، ويترتب على ذلك فسخ العقد، سواء أكان الهلاك كلياً أو جزئياً.

وحيث أنّ المستأجر<sup>(2)</sup> التمويلي باعتباره حارس وحائز للأصل المؤجر بتأمينه ضدّ الأخطار الملازمة لاستعمال الأصل، والتي يمكن أن تحدّد أو تمنع الاستعمال المتفق عليه، ويندرج هذا التأمين ضمن عقود التأمين على الأشياء أو الممتلكات، لأنّه يشمل من جهة المخاطر العادية مثل

<sup>1</sup> طريحانت نسيمه، سليمان فطة كريمة، التوازن العقدي في عقد الاعتماد الإيجاري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: قانون أعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، ص.....

<sup>2</sup> بن الشيخ عقيلة، المرجع السابق، ص 24.

الحريق والسرقة وغيرها من المخاطر التقليدية الأخرى، وتشمل من جهة ثانية ضمان أخطار الكوارث الطبيعية المنصوص عليها في نص المادة 41 من قانون التأمين.

### الفرع الأول - مضمون الالتزام بالتأمين:

يقع على عاتق المستأجر التمويلي في عقد الاعتماد الإيجاري الالتزام بتأمين الأصل المؤجر وذلك باعتبار المستأجر التمويلي ملزمًا بحماية الأصل المؤجر، إلا أنه لم يتم النص على هذا الالتزام في القواعد العامة للإيجار، فالمستأجر التمويلي غير ملزم بهذا النوع من الالتزامات بالرغم من توافر العلة في كلاً العقدين المتمثلة في حماية الشيء المؤجر، مما يؤكد التشديد في المركز القانوني للمستأجر التمويلي في عقد الاعتماد الإيجاري، سواء بالنسبة للأصول المنقولة أو غير المنقولة، فبالنسبة للأصول المنقولة فقد نصّ عليه المشرع في المادتين 34/26 من الأمر 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، أمّا بالنسبة للثانية فقد نص عليها في المادتين 08/39 و 41 من نفس الأمر.

وما يظهر جلياً من هذه المواد أنها ذات طابع تكميلي غير أمر، بالرغم من وقوع نص المادة 08/39 المتضمنة لهذا الالتزام في القسم الخاص بالالتزامات المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري العقاري والتي جاءت كما يلي «الالتزام بضمان المؤجر ضدّ مخاطر الحريق والتكفل بالخسائر التي تلحق الأصل المؤجر والتأمين ضدّ هذه المخاطر»<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: كيفية التأمين في حالة هلاك العين المؤجرة (الأصل المؤجر)

إن مبلغ التعويض الذي تلتزم به شركة التأمين يفترض فيه استحقاق التعويض، أي أن يكون الهلاك راجع لأحد الأسباب التي تغطيها وثيقة التأمين، أمّا في حالة عدم استحقاق مبلغ

<sup>1</sup> - نفس المرجع السابق، ص 26.

التعويض لأي سبب من الأسباب سواء كان الهلاك كلياً أو جزئياً يلزم المستفيد المستأجر إلى إعادة الأصل إلى الحالة التي كان عليها وهو ما نصت عليه المادة 26 من الأمر 09/96 بقولها: «في حالة ضياع جزئي أو كلي للأصل المؤجر، يكون المؤجر وحده مؤهلاً لقبض التعويضات الخاصة بتأمين الأصل المؤجر بغض النظر عن تكفل المستأجر بأقساط التأمين المكتتبه ودون الحاجة إلى تعويض خاص لهذا الغرض»<sup>(1)</sup>.

وعليه فإن استحقاق مبلغ التأمين يكون بوقوع الخطر المؤمن عليه واتخاذ الإجراءات اللازمة، وجب التمييز بين حالتين لاستحقاق مبلغ التعويض وهما: استحقاق مبلغ التعويض في حالة الهلاك الكلي للأصل واستحقاق مبلغ التعويض في حالة الهلاك الجزئي للأصل.

#### أولاً - الهلاك الكلي للأصل المؤجر<sup>(2)</sup>:

يقصد بالهلاك الكلي للأصل المؤجر زواله من الوجود كلية أو عدم صلاحية لأداء المنفعة، والهلاك قد يكون مادياً كما قد يكون هلاك قانوني، غير أنه الذي يهتم هو الهلاك المادي الذي يصيب المؤجر، والتأمين يشمل عادة الأخطار التي تسبب الهلاك المادي والتي تكون نتيجة قوة قاهرة أو إلى خطأ المستأجر أو الغير.

فإذا تعلق الأمر بالأصول المنقولة فإنه نجد أن عقد الاعتماد الإيجاري ينص على انفساخ العقد في حالة هلاكها هلاكاً كلياً فينطبق عليها نص المادة 1/481 من ق.م.ج والتي تنص على أنه (إذا هلك العين المؤجر هلاكاً كلياً يفسخ الإيجار بقوة القانون) وهو ما تقضي به أيضاً «المادة 1722 من القانون المدني الفرنسي».

أمّا بالنسبة للأصول غير منقولة فإن هلاكها هلاكاً كلياً يجعل من المستأجر ملزماً بإعادة بناء الأصل العقاري، وبالتالي يبقى العقد ساري المفعول حيث تخصص مبلغ التعويض الذي

<sup>1</sup> - نايت أسماء وموساوي كهيبة، المرجع السابق، ص 62.

<sup>2</sup> - طريحات نسيم، سليمان فطة كريمة، المرجع السابق، ص 50.

تدفعه شركة التأمين لإعادة بناء هذا العقار (ويتحمل المستأجر كلّ عبء مالي لا يعطيه مبلغ التعويض ذلك وفقاً لنص المادة 41 من الأمر رقم 96-09<sup>(1)</sup>).

### ثانياً - الهلاك الجزئي لأصل المؤجر<sup>(2)</sup>:

الهلاك الجزئي للأصل هو زول جزء من أجزائه أو الحرمان من بعض منافعه، وهو كالهلاك الكلي، قد يكون مادياً، كما قد يكون قانونيً، وما يهمنا هو الهلاك المادي.

ولا مجال للتمييز في الهلاك الجزئي بين الأصل المنقول والعقار، فأحكامهما واحدة، حيث يلتزم المستأجر التمويلي بإعادة الأصل المؤجر إلى حالته الأولى، وذلك على نفقته وطالما كانت الغاية من اكتتاب التأمين هي الحفاظ على صلاحية الأصل وذلك بإجراء التصليحات والتغييرات المناسبة فهو يدخل ضمن التزام المستأجر التمويلي، والتي تبين ما أنفقته في سبيل ذلك<sup>(3)</sup>، إلا أنّ المستأجر التمويلي يتحمل مبالغ إضافية إذا لم يغطي مبلغ التأمين التكلفة الإجمالية لإعادة الأصل إلى حالته الأولية.

<sup>1</sup> - نايت أسماء وموساوي كهينة، المرجع السابق، ص 63.

<sup>2</sup> - بن الشيخ عقيلة وبن شعبانة نسيمية، المرجع السابق، ص 27.

<sup>3</sup> - بلهامل هشام، المرجع السابق، ص 110.

## خاتمة الفصل الثاني :

نلاحظ من خلال دراستنا للالتزامات المتقابلة لكلا الطرفين ان المشرع الجزائري لم يضع نصوصا خاصة كافية لضمان حسن سير عقد الاعتماد الايجاري حيث انه اغفل الكثير من التفاصيل ولم يكن واضحا في بعضه كما في التشريع الفرنسي والمصري بل اكتفى غالبا بالرجوع للقانون المدني , وهذا مما يؤدي الى نشوب نزاعات بين الاطراف يلجئون فيها للقاضي لحلها , خاصة واننا نرى ان اغلب الالتزامات المالية الواقعة في هذا العقد على عاتق المستأجر باكثر مما هي عند المستأجر .

## الخاتمة:

ان عقد الاعتماد الايجاري كغيره من العقود له ضوابط تضبط حسن سيره بين الاطراف المتقابلة التي تعقده ,الا ان هذا لم يمنع الاطراف المتعاقدة من التملص من هذه الضوابط وذلك عائد الى استغلال الطرف القوي للميزة الاقتصادية المجحفة التي يتمتع بها للسيطرة على الطرف الضعيف ,فيجبره على عقد هو غير مؤهل حتى لمناقشته فيضع شروطا تكاد تكون اعجازية ,ولكن ونظرا لحاجة الطرف الضعيف لهذا العقد لبدء مشروعه الاستثماري فإنه غالبا ما يقبل تلك الشروط.

لذا ورغم ان المشرع الجزائري قد اعطى للمتعاقدين الحرية في حالات استثنائية ليقرروا فيها تقدير التعويض في حالة الاخلال بالالتزامات التعاقدية التي تؤدي بطبيعة الحال الى اختلال في التوازن الاقتصادي كالظروف الطارئة او الشرط الجزائي الا انه لم يغفل من تمكين القاضي من التدخل لحماية الطرف الضعيف وذلك من خلال التدخل في تعديل الالتزامات سواء كان ذلك في مرحلة تكوين عقد الاعتماد الايجاري او في مرحلة تنفيذه.

يعتبر البعض من الفقهاء انه ليس للقاضي التدخل في العقد بتعديل الالتزامات ,وذلك خرقا للقاعدة القانونية العقد شريعة المتعاقدين ,ولكن من وجهة نظري ,ارى ان عقد الاعتماد الايجاري يقترب كثيرا من عقد الاذعان ,فالطرف الضعيف رغم انه ابرم العقد بإرادته ,وله ان يرفض التعاقد , الا ان هذه الارادة معيبة بعيب الاستغلال ويستلزم التدخل بالتعديل سواء بالانقاص من الالتزامات او حتى ابطالها وذلك تحقيقا لمبدء العدالة.



فلازالة عبئ الظروف الطارئة التي تلحق بالمدين اعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل الالتزام المرهق على المدين ,ولكن مراعاة مصلحة الدائن امر واجب فلا يتخيل ان يراعي القاضي مصلحة احدهم دون الاخر , وحكم القاضي في هذه الحال يجب ان يكون مسببا بالظروف والملاسات التي يستعين بها وذلك تأسيسا لمبدء العدالة كون الشرط الجزائي اداة ضمان لا استغلال.

ان كون المشرع الجزائري قد منح للاطراف حرية تقدير الشرط الجزائي في العقد بعيدا عن تدخل القاضي ,الا انه منح له سلطة الرقابة عليه والتعديل فيه اذا ما تقدم الدائن او المدين بطلب ذلك,فالمدين يطالب بتخفيض الشرط في حالة الافراط فيه او كونه قد ساهم بتنفيذ جزء من اصله ,والدائن يطالب برفعه في حالة اذا اثبت غش من المدين او حالة الخطأ الجسيم , مع الاشارة الى ان القانون لا يطالب المدين بالزيادة في الشرط عندما يقوم الاشخاص الذين يستعملهم بارتكاب هذا الخطأ او الغش.

تمثل الالتزامات المالية الاجبارية للمؤجر التمويلي في التمويل وتمكين المستفيد من الانتفاع بالمال محل العقد وموضوع التمويل وكذا بتمكينه من خيار الشراء للاصل المؤجر في نهاية العقد ,فحين تبرم المؤسسة التمويلية العقد مع المستفيد فهي ملزمة بتمويله بالاصل الذي يحدده هذا الاخير وبالمواصفات التي يريدها فقد يخول المؤجر للمستفيد حق الوكالة تجاه المورد لشرائها ,وبعد انتهاء عقد الاعتماد الايجاري فإن للمستاجر ان يعمل الى خيار الشراء مع دفع القيمة المتفق عليها ولكن نشير الى ان المستاجر غير ملزم به ,فهو مجرد وعد للبيع من طرف المؤجر فقط الزمه به القانون .

اما المستاجر التمويلي فهو ملزم ببذل الايجار فهو يدفع في مدة العقد ثمن ما يستغله من الاصل المؤجر على شكل اقساط يكون متفق عليها انفا في العقد الا انها مرتفعة كون قيمة شراء الاصل المؤجر تدخل فيها , وكذلك كون المستاجر يتكفل بالمصاريف والمخاطر , اضافة لتحمله للمسؤولية في حال اخلال ناتج عن فعله الشخصي او فعل ناتج عن الغير الذين يستخدمهم واما يلحق الاشياء من ضرر .

من خلال ما تطرقنا اليه في بحثنا أنه:

-ان تدخل سلطة القاضي لحماية الطرف الضعيف امر مرغوب فيه ويحقق العدالة في العقود , لكن شرط ان يتم مراعاة مصلحة الطرف الاخر كذلك في قيامه باءستعمال سلطته التي خولها له المشرع .

- ان المشرع الجزائري نص فقط على حالة الغش والخطأ الجسيم , ولم يركز على الخطأ اليسير الذي يصيب الدائن باضرار فادحة , مما يجعلنا نعتقد بان المشرع يركز فقط على حجم الخطأ ولا ينظر لحجم الضرر الناتج .

-بالنسبة للالتزامات المالية المتقابلة نرى انه لا يحقق التوازن الاقتصادي ابدا , فالالتزامات التي تخرج من ذمة المستاجر المالية اكثر من التي تخرج من ذمة المؤجر المالية, رغم اننا بينا سابقا ان المستاجر هو غالبا من يمثل الطرف الضعيف في العقد التي يستوجب له الحماية .

انني ارى انه على المشرع الجزائري ان يسن قوانين اكثر تحض على العدل بين المستاجر والمؤجر حتى يتشجع الفرد اكثر في ابرامه لهذه العقود , فالتوازن الاقتصادي مهم جدا حتى يتمكن الفرد من الاستثمار فيتحقق التطور الاقتصادي وتتطور معه البلاد.

الضوابط المالية وحدها لا تكفي لتحقيق التوازن المطلوب، ذلك انه حتى يتدخل القاضي لتعديل الالتزامات بين المؤجر والمستأجر فاءنه فقط يساهم بتقريب الالتزامات مع ما يتناسب مع ظروف كل منهما، بغض النظر عن تحقيق هذا التوازن .

المراجع

Références

## المراجع باللغة العربية

### المجلات القانونية:

- احمد رباحي, اثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن,مجلة اقتصاديات شمال افريقيا ,عدد5.

- تياتتي مريم ,اكتساب المؤجر ملكية المنقول المادي من الغير في الاعتماد الايجاري ,مجلة جيل الابحاث القانونية المعمقة,العدد 30, 2019.

- محمد رشيد قباني, نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي, مجلة مجمع الفقه الإسلامي, منظمة المؤتمر الإسلامي, العدد الثاني, السنة الثانية, جدة, السعودية

### النصوص القانونية:

- قرار المحكمة العليا الصادر بالغرفة المدنية ,ملف رقم 206796,منشور بالمجلة القضائية ,العدد الاول,2001,ص110,قرار مرفق بالملحق رقم 14 .

-القرار المؤرخ في 10/10/1993, ملف رقم 99694 م.ق. 1994 العدد الأول, مأخوذ عن عمر

سعيدة

-المحكمة العليا, غ.م, 13/04/1983, ملف رقم 31315, ق.م. 1990

-امر رقم 96-09مؤرخ في 19شعبان عام 1416 الموافق 10 يناير 1996 سنة يتعلق

بالاعتماد الايجاري .

-الامر رقم 75-58 المؤرخ في رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن

القانون المدني المعدل والمتمم.

#### الكتب:

- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني العقد والإدارة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر

- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون الجزائري، ج 1، مصادر الالتزام، ديوان

المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ج2، 2005م

- راشد راشد، التأمينات البرية الخاصة في ضوء قانون التأمينات الجزائري، الطبعة الرابعة،

ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004

- سيد أحمد مسيردي، العلاقات القانونية الناشئة بمناسبة تكوين وتنفيذ عقد التأجير

التمويلي، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2013م

- صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة في القانون الأردني مع

الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي)، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2005

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الاول.مصادر الالتزام ،

ص 395، بهجت بدوي، المرجع السابق، فقرة 188

- عبد الرزاق السنهوري.الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الاول.مصادر الالتزام

.اخراج نسخة 2008/2007

- علي علي سليمان. النظرية العامة للالتزامات. الطبعة الاولى.ديوان المطبوعات الجامعية

.الجزائر.2015.

- علي فيلاي.الالتزامات(النظرية العامة للعقد).طبعة منقحة ومعدلة.موفم للنشر .الجزائر .2008.
- محمد السناري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط).
- محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الثاني، السنة الثانية، جدة، السعودية
- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام التصرف القانوني، العقد والإدارة المنفردة، القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، دار الكتاب الحديثة، ط 2003
- محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2016.
- هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتاجير التمويلي ، الطبعة الثانية، مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية، الاسكندرية، 1998.
- المذكرات:**
- امجد ارحومة محمد الخويلدي ،الشرط الجزائي واثره على المتعاقدين (دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الاسلامية )،رسالة ماجستير،تخصص شريعا وقانون ،كلية الدراسات العليا ،
- بشار جمال نمر ،عقد التاجير التمويلي طبيعته واثاره ،رسالة ماجستير في القانون التجاري ،كلية الدراسات العليا ،جامعة بيرزيت، 2000.
- بكوش الهام ،(احكام عقد الاعتماد الايجاري العقاري) دراسة مقارنة مذكرة لنيل الدكتوراه، قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2018 ،

- بلهامل هشام, اثار عقد الاعتماد الايجاري في التشريع الجزائري, مذكرة لنيل الماجستير, قانون الاعمال, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة سكيكدة, 2014
- بوداوود خليفة, .بوزيان السعيد, دور القاضي في اعادة التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذه. مذكرة لنيل الماستر. قانون الاعمال. جامعة مسيلة. 2018.
- بوزيد لويذة, دحمون انيسة, حدود القوة الملزمة للعقد (الظرف الطارئ, الشرط التعسفي), مذكرة لنيل الماستر, تخصص القانون الخاص الداخلي, كلية الحقوق, جامعة تيزي وزو
- حنفي فاطمة, ارادة المتعاقد بين الاطلاق والتنفيذ, مذكرة لنيل الماستر, القانون الخاص المعمق, القسم الخاص, كلية الحقوق والعلوم السياسية, 2018.
- حوالف عبد الصمد, الاطار القانوني لعقد الاعتماد الايجاري, مذكرة لنيل الماستر, عقود ومسؤولية, كلية الحقوق, جامعة تلمسان, 2009
- خليل أحمد, دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني, أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماستر, تخصص قانون اجتماعي, جامعة الدكتور مولاي الطاهر, سعيدة, الجزائر,
- زهرة بلقاسم, أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود, مذكرة لنيل شهادة الماستر, تخصص عقود ومسؤولية, جامعة آكلي محند أولحاج, البويرة, الجزائر, 2014/2013
- زينة صافي, ونسيمة مقري, سلطة القاضي في تعديل العقد, مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص, القانون الفاصل, جامعة عبد الرحمان ميرة, بجاية, الجزائر, 2014



- ساكوف عبد الرؤوف، تحقيق التوازن العقدي ازاء الشروط التعسفية، مذكرة لنيل

الماستر، تخصص قانون اعمال، جامعة مسيلة، 2018،

- طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، مذكرة لنيل

الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، 2019.

- طريحانت نسيم، سليمان فطة كريمة، التوازن العقدي في عقد الاعتماد الإيجاري،

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: قانون أعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،

الجزائر

- عبيدة نجات، سلطة القاضي في تعديل العقد في ق م، جمذكرة لنيل الماجستير، تخصص

قانون خاص معمق، الحقوق، جامعة تلمسان.

- عواد خولة، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل الماستر، تخصص القانون

الخاص المعمق، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، 2014.

- غطاس مسعودة، فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الطاقة،

أطروحة مقدّمة لنيل شهادة ليسانس، تخصص علاقات دولية خاصّة، جامعة قاصدي مرباح

ورقلة، الجزائر، 2018م

- قفي السعيد، الالتزامات الناشئة عن عقد الاعتماد الإيجاري ونتائج الإخلال بها، مذكرة

مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، جامعة المسيلة، الجزائر، 2014

- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني ,الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة (دراسة فقهية مقارنة),مذكرة لاستكمال الدكتوراه ,قسم الثقافة الاسلاميه,كلية التربية,جامعة الملك سعود
- محمد بوكماش,سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الاسلامي,مذكرة لنيل الدكتوراه,تخصص شريعة وقانون,قسم الحقوق,جامعة باتنة , 2012.
- مندي آسية ياسمينه ,النظام العام والعقود ,مذكرة لنيل الماجستير,قسم الحقوق,جامعة الجزائر, 2009.
- نابت اسماء ;موساوي كهينة , التوازن في التزامات اطراف عقد الاعتماد الايجاري في القانون ,مذكرة لنيل الماستر,قانون الاعمال,كلية الحقوق جامعة بجاية, 1015 .
- وانجلي ديهية ومحالبي مليسة , اثار عقد الاعتماد الايجاري في التشريع الجزائري ,مذكرة لنيل الماستر ,قانون الاعمال ,كلية الحقوق ,جامعة تيزي وزو.

المراجع باللغة الفرنسية:

- Françoise Dekeuwer- Défossez et Clément, droit commercial, 9  
édition,-Montchrestien, Paris,2007,p308,n387.
- (Ph) Le Tourneau, Quelques aspects de l'évolution des contrats, in mélanges (p)  
Raynaud, Paris.
- CF, (A) Ait, Ouali, la théorie de l'imprévision en droit Algérien, Mèm-  
François terre, Droit aieil, les obligations, gedition, 2005.
- Magister, Univ, d'Oran, 1982, Voirin, L'imprévision en droit privé, thèse,  
Nancy, 1922, (M) El Gammal, L'adaptation du Contrat ausccir Constances  
économiques, paris, 1967.

الفهرس

المقدمة

- الفصل الأول: الضوابط العقدية العامة في عقد الاعتماد الايجاري ودور القاضي في تعديل.....ص5
- المبحث الأول: الضوابط العقدية خلال مرحلة تكوين العقد.....ص6
- المطلب الأول: اشتراط وضوح عبارات العقد و سلطة القاضي في تفسيرها.....ص6
- الفرع الأول: سلطة القاضي في حالة وضوح عبارات العقد.....ص7
- الفرع الثاني: سلطة القاضي في حالة غموض عبارات العقد .....ص7
- الفرع الثالث: سلطة القاضي في حالة الشك في معنى العبارة الغامضة.....ص8
- المطلب الثاني: عيب الاستغلال و سلطة القاضي في الحد منه.....ص9
- الفرع الأول: تعريف الاستغلال.....ص9
- الفرع الثاني: عناصر الاستغلال.....ص10
- أولاً: العنصر الموضوعي للاستغلال.....ص10
- ثانياً: العنصر النفسي للاستغلال.....ص11
- الفرع الثالث: سلطة القاضي في مراقبة الالتزامات.....ص12
- أولاً: دعوى الإبطال.....ص12
- ثانياً: دعوى الإنقاص.....ص12
- المطلب الثالث: النفوذ الاقتصادي لأحد أطراف العقد و سلطة القاضي في مواجهته.....ص13
- الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية.....ص-14

الفرع الثاني: سلطة القاضي في مواجهته.....	ص15
المبحث الثاني: الضوابط العقدية خلال مرحلة تنفيذ العقد.....	ص16
المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة و سلطة القاضي في تطبيقها .....	ص17
الفرع الاول: تعريف نظرية الظروف الطارئة .....	ص17
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.....	ص18
اولا: وقوع ظرف استثنائي وعام .....	ص18
ثانيا: ان يكون غير متوقع و لا يمكن دفعه.....	ص19
ثالثا: ان يكون تنفيذ العقد مرهقا .....	ص20
الفرع الثالث: حدود سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة .....	ص21
-مراعاة الظروف المحبطة بالقضية .....	ص21
-الموازنة بين مصلحة الطرفين.....	ص22
-رد الالتزام المرهق للحد المعقول.....	ص22
مفهوم الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله.....	ص23
الفرع الاول: تعريف الشرط الجزائي.....	ص23
اولا: التعريف القانوني و الفقهي للشرط الجزائي.....	ص23
ثانيا: اهمية .....	ص24
ثالثا: خصائص الشرط الجزائي و شروط استحقاقه .....	ص24
الفرع الثاني: حدود سلطة القاضي في التعامل مع الشرط الجزائي ... :	ص26

- اولا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي .....ص27
- 1- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي المفرط.....ص27
- 2- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي في حالة تنفيذ الالتزام الاصلي في جزء منه.....ص27
- ثانيا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي .....ص28
- خلاصة الفصل الاول .....ص30
- الفصل الثاني:.....ص31
- المبحث الاول: التزامات المؤجر المالية في عقد الاعتماد الايجاري.....ص32
- المطلب الاول: التزام المؤجر بالتمويل.....ص32
- اولا: رفض المؤجر التمويلي التمويل بعد ابرام العقد..... ص 3 3
- ثانيا: رفض المؤجر التمويلي التمويل قبل ابرام العقد.....ص34
- المطلب الثاني: التزام المؤجر التمويلي بنقل ملكية الاصل المؤجر للمستفيد.....ص34
- الفرع الاول: مفهوم الالتزام بنقل الملكية للمستفيد .....ص34
- الفرع الثاني: احتمالات اعمال الخيار بالشراء من طرف المستاجر..... ص 35
- المبحث الثاني: التزامات المستأجر المالية في عقد الاعتماد الايجاري.....ص39
- المبحث الثاني: التزامات المستأجر المالية في عقد الاعتماد الايجاري.....ص39
- المطلب الاول: الالتزام ببديل الايجار .....ص39
- الفرع الاول: تحديد الاجرة .....ص40
- الفرع الثاني: بداية استحقاق بدل الايجار.....ص41

الفرع الثالث: ضمانات الوفاء بالاجرة.....	ص41
-الضمانات العينية .....	ص42
-الضمانات الشخصية .....	ص42-
المطلب الثاني :الالتزام بتأمين العين المؤجرة.....	ص44 .
الفرع الاول : مضمون الإلتزام بالتأمين.....	ص44
الفرع الثاني :كيفية التأمين في حالة هلاك العين المؤجرة.....	ص45
- الهلاك الكلي للعين المؤجرة.....	ص45
- الهلاك الجزئي لاصل المؤجرة .....	ص46
خلاصة الفصل الثاني .....	ص46
الخاتمة.....	ص47

قائمة المراجع

## الملخص :

من خلال دراستنا لما سبق توصلنا لحوصلة شاملة للموضوع مفادها أن عقد الاعتماد الإيجاري يقوم على قواعد وضوابط تهدف لتحقيق التوازن الاقتصادي فيه ودحض لكل ممارسات، أو سلوكيات قد تخل به من خلال جملة من النصوص القانونية التي أقرتها المنظومة التشريعية، سواء في القواعد العامة في القانون المدني، أو القواعد الخاصة في الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، وتتقسم هذه الضوابط بدورها لقسمين ما تعلق منها بجزء تكوين العقد وما تعلق بتنفيذه، ما تعلق بتفسير عبارات العقد أو بالاستغلال، أو نفوذ اقتصادي لطرف على آخر أو فيما يخص أعمال نظرية الظروف الطارئة، والشرط الجزائي، تحت رقابة وسلطة القاضي، ومنها ضوابط تجسدت من خلال الالتزامات المالية لطرفي العقد المؤجر والمستأجر، المؤجر والمتمثل في شركة الاعتماد الإيجاري الذي يقوم التزامها المالي على عنصرين أساسيين هما: التمويل، ونقل الملكية وفي المقابل المستأجر المستفيد الذي هو بدوره يقع على عاتقه التزامات مالية تمثلت في الالتزام ببديل الإيجار، وكذا تأمين العين المؤجرة.

## الكلمات المفتاحية:

التوازن الاقتصادي - عقد الاعتماد الإيجاري - المؤجر (شركة الاعتماد الإيجاري)، لمستأجر (المستفيد) - الأصل المؤجر - العقارات والعتاد - الأموال المنقولة .