

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة



كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق

الإعتماد الإيجاري في التشريع الجزائري

مذكرة نيل شهادة الماستر
تخصص: قانون أعمال

إعداد: الطالبة: حلال مروة
والطالبة: وداني نصيرة

إشراف: يحيايوي السعيد

لجنة المناقسة:

- 1) الأستاذ: بعلوج أسماء رئيسا .
- 2) الأستاذ: يحيايوي السعيد مشرفا ومقررا.
- 3) الأستاذ: محمد حسان كريم عضوا مناقشا.

الموسم الجامعي 2021/2020

الحمد والتقدير

إن كان من حمد وثناء فهو لله رب العالمين على توفيقه إيانا وتسديده لخطانا في

دربنا.

فالحمد لله رب العالمين.....

وإن قلته شكرا وشكري لن يوفيكم حقا سعيتم فكان السعي مشكورا

وإن حق حبري عن التعبير فهو يكتبكم قلبه به صفاء الحب تعبيراً

أستاذي الفاضل: أ. يحيى السعيد على كرمك بوقتك ورحلتك التي كانت خير

أنيس في الدرب أثمرت بإنجاز هذا البحث...

وكل من ساهم من قريب أو بعيد بالكلمة، ببسمة وأمنية رسالة أبعثها لكم مليئة بالحب

والتقدير والاحترام

أهـمـداء

لأنك تجيئين قبل البدء... وقبل الكل وقبل القلب ... وقبل القبل إليك أمي.

إليك أنت معلمتي وأستاذتي في مدرسة الحياة ومنبع القوة والصمود..... أبي.

إلى من أعيش معه بقية حياتي إلى سدي في هذه الدنيا زوجي .

إلى أولادي وفلذة كبدي وأملي بالحياة.

إلى من يعيشون في وأحيا بهم إخوتي وأخواتي.

وعلى طبق من ذهب و بأحرف من أريج الزهر الفواح و من سويداء قلبي أهدي هذا العمل إلى

كل من علمني حرفا في هذه الدنيا ، إلى كل أفراد عائلتي الإخوة و الأخوات

كما أهدي هذا الجهد لي.



إهداء

لأنك تجيئين قبل البدء... وقبل الكل وقبل القلب ... وقبل القبل إليك أمي.

إليك أنت معلمتي وأستاذتي في مدرسة الحياة ومنبع القوة والصمود..... أبي.

إلى من أعيش معه بقية حياتي إلى سدي في هذه الدنيا زوجي .

إلى إبني وفلذة كبدي وأملي بالحياة.

إلى من يعيشون في وأحيا بهم إخوتي وأخواتي.

وعلى طبق من ذهب و بأحرف من أريج الزهر الفواح و من سويداء قلبي أهدي هذا العمل إلى

كل من علمني حرفا في هذه الدنيا ، إلى كل أفراد عائلتي الإخوة و الأخوات الذين كانوا لي

سندا في الوصول إلى هذا المقصد و المبتغى ، كما أهدي هذا الجهد لي

تصريف

مقدمة

مقدمة

إن من مظاهر الإقتصاد المعاصر التي ابتكرها الفكر القانوني هو عقد الإعتماد التي ابتكرها أفكر القانوني هو عقد الإعتماد الإيجاري الذي جاء نتيجة عجز عقود الإئتمان التقليدية عن تلبية التموين اللازم للمشاريع، الإقتصادية، بعد أن تبينا عدم قدرتها على مسايرة الحياة الإقتصادية والتجارية التي تتسم بسرعة التغير تبعا للتقدم التكنولوجي .

ففي ظل التطورات الإقتصادية والصناعية العالمية باتت العديد من المشاريع في حاجة ماسة لتطوير أدائها ونوعية إنتاجها للحفاظ على مكانتها بين الأسواق، وذلك من خلال إدخال أحدث خطوط الإنتاج في برامجها التشغيلية، وهو الأمر الذي يستدعي الحصول على الأجهزة الحديثة والمتطورة لتحقيق تلك الغايات .

فالتموليل يعتبر من المسائل الأساسية التي تشغل اهتمام الأشخاص والمؤسسات والشركات والحكومات في مختلف القطاعات الإنتاجية والإقتصادية والمهنية، خاصة في عصرنا الحالي الذي يشهد ثورة في التطور التكنولوجي المتسارع .

أمام كل هذا وجد الأشخاص أنفسهم أمام خيار وحيد وهو ضرورة مواكبة ومسايرة التطور الهائل، لكن ارتفاع تكاليف التكنولوجيات الحديثة شكل عقبة أساسية في وجه تلك المواكبة والمسايرة، هكذا كان التموليل بمثابة الضالة التي ينشدها جميع الأشخاص، طبيعيين أو معنوبين على حد سواء، إذ يشكل أبرز عوامل النجاح والإستمرار فلا يمكن لأي كان أن يقوم بأي مشروع ما لم يتوفر لديه العنصر المالي الكافي، حيث أن قرار الإستمرار هو في حقيقته قرار مالي بالدرجة الأولى .

أمام هذا الوضع وبحثا عن أساليب جديدة حتى لا يكون تطبيق القواعد التقليدية للعقود عقبة أمام التطور الإقتصادي والتجاري الذي يعرفه النظام الرأسمالي خاصة لما يتسم به هذا النظام من حرية الأفراد في تنظيم اتفقاتهم استنادا إلى مبدأ سلطات الإرادة تم ابتداع آلية جديدة لتمويل المشروعات الإستثمارية تتمثل فيما أصطلح عليه "الليزینگ" "leasing"

وبالفرنسية تعرف بمصطلح Gredit، وبالعربية "الإعتماد الإيجاري" الذي من شأنه تمكين طالب التمويل من الحصول على حاجة مشروعه الإستثماري من الأموال الإنتاجية واستعمالها والإنتفاع بها دون تحمل تكاليف شرائها دفعة واحدة، مع الإحتفاظ للمول بحق الملكية، بحيث يستردها من تقليسة المستعمل إذا توقف عن الدفع ومن الناحية العملية، فإن هذه الآلية (الإعتماد الإيجاري) تتمثل في أن المشروع الذي يرغب في الحصول على أموال إنتاجية سواء كان قائما أو كان في طريق الإنشاء، ولم تكن لديه الأموال اللازمة لإقتنائها، أو لا يحبذ استعمال أمواله الذاتية في ذلك، فإنه يلجأ إلى إحدى المؤسسات المالية المتخصصة في الإعتماد الإيجاري شارحا لها غرضه، ومدعا طلبه بالمستندات والوثائق اللازمة ويرجع الفضل في ظهور هذه الآلية إلى الولايات المتحدة الأمريكية في بداية النصف الثاني من القرن العشرين ثم انتقلت إلى أوروبا الغربية أوائل الستينات، وبعدها انتشرت في جميع أنحاء العالم مع نهاية القرن العشرين.

وأدركها المشرع الجزائري بأهمية تنظيم هذا النشاط نظرا للمزايا التي يحققها، فقد نظمته بموجب الأمر رقم 96-06، المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتضمن "الإعتماد الإيجاري" الذي عرفه في المادة الثامنة بأنه "يعتبر عقد الإعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة عقد يمنح من خلاله طرف يدعى "المؤجر" وعلى شكل تأجير لصالح طرف آخر يدعى "المستأجر" مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة أصولا ثابتة مهنية اشتراطها أو بنيت لحسابه، مع امكانية المستأجر في الحصول على ملكية مجمل الأصول المؤجرة أو جزء منها في أجل أقصاه انقضاء مدة الإيجار ورغم صدور هذا الأمر المتعلق بالعقد الإيجاري إلا أن انتشاره في الجزائر بقي محدودا لعدم اتساع النشاط الإقتصادي، فضلا عن توالي الدولة القيام بالمشاريع من ميزانيتها في ظل الدور التقليدي للدولة كما أنه لا يحقق مكاسب كبيرة للمؤجر لأنه في أغلب الأحيان يعيد المستأجر الأصول للمؤجر في وضعية لا يمكن التعرف فيها لأنها تجاوزت 75% من عمرها الإقتصادي وتجاوزتها التكنولوجيا .

أولاً: أهمية الموضوع:

تبرز أهمية هذا العقد من عدة نواحي:

- من الناحية الإقتصادية حيث أن عقد الإعتماد الإيجاري يسعى الأشخاص المستفدين منه إلى إنشاء مشاريع جديدة أو تحديث المشاريع من خلال استأجار الأجهزة والمعدات الحديثة فيدفع عجلة التنمية الإقتصادية.

- يساهم في النمو الإقتصادي من خلال توجيه وتوظيف الإدخارات لتمويل الإستثمارات الإنتاجية .

- يساهم في عملية خوصصة المؤسسات العمومية الإقتصادية .

- يسمح بتحويل الأصول المؤجرة التي هي ملك للمؤسسات العمومية الإقتصادية إلى القطاع الخاص فور تسديد آخر قسط .

- من ناحية الأطراف: يمنح للمؤجر مزايا عديدة فهو يحقق له هامش ربح من الإستثمار كما يمكنه الإحتفاظ بملكية العين المؤجرة .

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع :

- تعود الأسباب اختيار هذا الموضوع إلى دوافع ذاتية تتمثل في الميل الشخصي والرغبة في كشف مضامين هذا العقد ومن ثم الإلمام بجزئياته .

- ودوافع أخرى من محاولة الكشف عن مدى مسابقة المشرع الجزائري للتطورات الحاصلة في هذا العقد .

الإشكالية:

فيما يتمثل عقد الإعتماد الإيجاري وكيف ساير المشرع الجزائري للتطورات الحاصلة في

هذا العقد؟

ثالثاً: صعوبات البحث :

كأي بحث علمي لا بد أن نعترض سبيله عقبات معينة، ولعل ما تحت مواجهته من صعوبات تتجلى بالخصوص في قلة الوعاء المرجعي للموضوع خصوصا في إطار النظام القانوني الجزائري، فضلا عن كون الموضوع ذو جانب اقتصادي مما أدى إلى صعوبات في تفكيك مصطلحاته وأيضا حداثة الموضوع في التشريع الجزائري شكلت صعوبة في معالجته سيما قلة التطبيقات القضائية في هذا الشأن .

رابعا: المنهجية المعتمدة:

وفي ما يتعلق في المنهج المتبع فإننا اعتمدنا المنهج الوصفي المناسب لغرض دراسة هذه الظاهرة القانونية والمتمثلة في عقد الإعتماد الإيجاري في التشريع الجزائري وكذا المنهج التحليلي لإستخلاص التشريعات وبالأخص التشريع الجزائري .

خامسا: خطة الدراسة:

وفي نطاق ذلك كله وللإجابة على الإشكالية المطروحة فقد تم تقسيم الموضوع إلى خطة ثنائية قوامها فصلين كما يلي :

الفصل الأول: التطور التاريخي لعقد الإعتماد الإيجاري.

المبحث الأول: نشأة وتطور الإعتماد الإيجاري.

المبحث الثاني: مفهوم عقد الاعتماد الإيجاري .

الفصل الثاني: إنشاء عقد الإعتماد الإيجاري .

المبحث الأول: أركان عقد الإعتماد الإيجاري وطبيعته القانونية.

المبحث الثاني: انتهاء عقد الإعتماد الإيجاري.

الفصل الأول

التطور التاريخي لعقد

الإعتماد الإيجاري

تمهيد:

أن أي مجهود لا يكتب له النجاح ما لم نبحث جذوره التاريخية، إذا أثبتت البحوث والدراسات أن الإجماع الإجماعي ضاربة جذوره في أعماق التاريخ، وأن العهود القديمة عرفت نظاما شبيها به، والذي كان يحكم العلاقة بين الدائنين والمدنين، كقيام أحد الأغنياء بتأجير أحد عبيده، أو أدواته الزراعية، أو عقاراته إلى أحد العامة مدة فصل أو أكثر¹، ثم تطور وانتشر مع مرور الزمن لاسيما مع تطور التكنولوجيا والآلات، ومع تطوره توسع صيغا كثيرة ومتنوعة أكسبته أهمية معتبرة، وهو ما سنتناوله في مبحثين: أولهما نشأة وتطور الإجماع الإجماعي، وثانيهما مفهوم عقد الإجماع الإجماعي .

¹ - زياد أبو حصوة: عقد التأجير التمويلي "دراسة مقارنة" دار الرأي للطباعة والنشر والتوزيع بيروت- لبنان ط1 2005، ص 22 (نقلا عن عبير على أحمد الحجازي: تمويل الإستثمارات في مجال النقل الجوي، ص 392 .

المبحث الأول: نشأة وتطور الإعتدال الإيجاري

إن محاولة دراسة وفهم أية ظاهرة طبيعية أو اجتماعية، أو اقتصادية، يقتضي التطرق إلى نشأتها كمطلب أول، كما أن فهم الظاهرة لا يكتمل ما لم يتم التعرض لمراحل تطورها وانتشارها كظاهرة قائمة بذاتها (مطلب ثاني).

المطلب الأول : نشأة الإعتدال الإيجاري :

يرى البعض أن فكرة الإعتدال الإيجاري تعود إلى قدماء المصريين الذين عرفوا نظاما شبيها به منذ ثلاثة آلاف سنة قبل الميلاد، والذي كان يحكم العلاقة بين المدنيين والدائنين، وقد تطور هذا النظام إلى أن أخذ صورتي الرهن الحيازي، والرهن الرسمي.¹

بينما يرجع البعض الآخر ظهور الإعتدال الإيجاري إلى السومريين منذ ألفي سنة قبل الميلاد، حيث تم استخدامه على شكل تأجير تشغيلي في الأدوات الزراعية .

وهناك من يرى أن عقد الإعتدال الإيجاري سيمد جذوره من نظام الإستئمان المعروف في القانون الروماني² والذي بمقتضاه يشترط المقرض نقل ملكية الشيء إليه ضمانا لدينه، ومن ثم جاءت مجموعة جستينان³ لتن في الثالث⁴ منها على التفرقة بين التأجير التشغيلي والتأجير التمويلي (الإعتدال الإيجاري) والذي أصبح شائعا في أوروبا في العصور الوسطى بسبب القيود على الملكية وقد ظهر كفن تمويلي في كنف اقتصاديات النقل في منتصف القرن 19 نتيجة النهضة الصناعية .

¹- فايز نعيم رضوان: عقد التأجير التمويلي، بدون دار نشر الطبعة الثانية 1997، ص 14 .

²- طه محمد محمود أبو العلا، الإيجار التمويلي الحقيقي للمعدات الإنتاجية بالتطبيق على سفن الحاويات، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 2005، ص 5 .

³- د. نجوى إبراهيم البدالي: عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 23 .

⁴- قانون جستينان الأول، هو عبارة عن مجموعة من القوانين التي كنت تتبعها العديد من الأمم .

فكان لنمو نظام السكك الحديدية في إنجلترا أثره في ظهور مشكلة التمويل لشراء عربات النقل ذات التكلفة المرتفعة، مما ساهم في ظهور شركات تأجير عربات السكك الحديدية بهذه التقنية، وقد كان لصدور حكم عن محكمة الواردات في أواخر القرن 19 عشر إيذاناً بميلاد الإجماع الإيجاري في صورته الحديثة¹، وتتلخص وقائع القضية في أن أحد الأشخاص باع بيانو بالتقسيط إلى شخص آخر، على أن يسدد ثمنه بأقساط شهرية ومن بين ما اتفق عليه هو حتى البائع في استرداد المبيع في أي وقت إذا عجز المستأجر عن الأداء، وذلك إلى غاية الوفاء بجميع أقساط الثمن، إلا أن المستأجر قام برهن البيانو، وعلى إثر ذلك رفع النزاع إلى محكمة اللوردات، فقضت بأن المستأجر ليس بمالك للبيانو تأسيساً على العقد يجيز للمالك استرجاع البيانو في أي وقت، وبناء عليه يمكن للمالك استرداد البيانو، لذلك عن هذا الحكم أول حكم يؤسس لقيام الإجماع الإيجاري بشكله الحديث²، غير أن الرأي الغالب يرجع الفضل في ظهور فكرة الإجماع الإيجاري إلى الولايات المتحدة الأمريكية³، في بداية النصف الثاني من القرن العشرين، ففي هذه الفترة تطورت الحياة من جميع النواحي، لاسيما الإقتصادية منها، ومع تطور التكنولوجيا والآلات، عمدت الشركات الكبرى ومنها شركة "بيل" تحديداً إلى تأجير معداتها بدل بيعها، خوفاً من تفكيكها ونقل الاختراعات والابتكارات العائدة لها، لأن من يستأجر المعدات لا يحق له تفكيكها، فتضررت بالتالي تقنية الإجماع الإيجاري إبان هذه الفترة⁴.

1 - زياد أبو حصرة: مرجع سابق، ص 22 .

2 - د. إبراهيم سوقي أبو الليل: البيع بالتقسيط والبيع الإئتمانية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى 1984، ص 40 .

3 - رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه تخصص قانون أعمال الطالب خدوش الدراجي، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية السنة الجامعية 2017-2018، ص 11 .

4 - زياد أبو حصرة: مرجع سابق، ص 25 .

بينما يرى رأي آخر¹، أنها ظهرت على يد أحد رجال الصناعة الأمريكية (DP. Bothe. Junior) الذي كان يشغل مصنعا صغيرا لإنتاج بعض المواد الغذائية المحفوظة، وكانت منتجاته تتم بالجودة العالية مما دفع القوات المسلحة الأمريكية أثناء الحرب الكورية (1950-1953) إلى طلب تمويلها بكميات كبيرة من تلك المواد التي ينتجها مصنعه، ويقدر ما كان العرض مغريا كانت تلبية الطلب غير ممكنة لمحدودية قدرة إنتاج المصنع كما أن امكانيته التمويلية كانت محدودة أيضا، ما دفعه إلى التفكير في شراء تلك المعدات للظفر بالصفقة المربحة المعروضة عليه²، غير أنه عاد وفكر في الطابع الظرفي المؤقت لهذه الصفقة، أي أنه سيعود إلى جالية الإبتدائية بمجرد انتهائها، ولن يكون بوسعه استرداد ثمنها أورد القرض الذي مول به الصفقة أو حتى امكانية بيع تلك المعدات.³

لذلك عدل عن فكرة استرداد، وفكر في استئجار المعدات اللازمة وراح يبحث في امكانية ذلك .

وبالرغم من أن الوقت لم يكن في صالح بوث كونه صفقة العمر ومنه لكونه لم يعبر على من يؤجره المعدات المطلوبة إلا أن الفكرة ظلت تراوده، فقد اكتشف من خلال الدراسة التي قام بها أن استئجار المعدات الإنتاجية بدل شرائها أو اقتراض ثمنها سيحقق له أرباحا كبيرة تفوق أرباح مصنعة الصغير فراح سعي لإقناع أصدقائه بالفكرة .

¹ - د. العقيد القيم طلال المهتار: البند الجزائري في القانون المدني، أطروحة الدكتوراه جامعة باريس للحقوق والإقتصاد والعلوم الإجتماعية، غير مطبوعة 1974، ص 237 .

² - محمد عبد الحميد الميجالي: التزامات شركة التأجير التمويلي والمستفيد في عقد التأجير التمويلي العقاري، رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق قسم القانون الخاص، جامعة مؤتة الكرك ، الأردن 2005، ص 4.

³ - هاني محمد دويدار: النظام القانوني للتأجير التمويلي -دراسة نقدية في قانون فرنسي مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية ، الإسكندرية ط2 1998، ص 10- 11 .

وفعلا تم تأسيس أول شركة ليزينغ في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1952 تحت إسم (United states leasing comporation)¹، والتي تعد بمثابة شهادة ولادة الإعتقاد الإيجاري في الولايات المتحدة الأمريكية، ثم ما لبث أن انتشر بسرعة كبيرة لاسيما في مجال المشاريع الصناعية، ولقي نجاحا معتبرا في هذا البلد²، وأصبحت ممارسته أحد المعالم الأساسية في الإقتصاد الأمريكي .

ونظرا للنجاح الذي لاقاه في هذا البلد، فكرت شركات الليزينغ (الإعتقاد الإيجاري)

توسيع نشاطاتها إلى الخارج بطريقتين :

- استخدام صيغة الليزينغ (الإتقاد الإيجاري) التمويل صادرات التجهيزات الصناعية باتجاه بلدان أجنبية لاسيما كندا، المكسيك، وفنزويلا .

- إنشاء عدد من الفروع في أوروبا خاصة³، فكان أول خروج لظاهرة الليزينغ (الإعتقاد

الإيجاري) من الولايات المتحدة بعبور المحيط الأطلسي إلى القارة الأوروبية في بداية

الستينات من القرن العشرين⁴، حيث أنشء في بريطانيا سنة 1960 فرع لشركة (United

states leasing comporations) سمي (La mercutile crédit comporations) والتي ظلت

تمارس نشاطها حتى بعد انقضاء الشركة الأم .

إن ذبوع وتطور الإعتقاد التجاري في الولايات المتحدة الأمريكية -مكان نشأته- يرجع

البعض بسر نجاحه إلى :

- ضيق وعدم انتظام أسواق الإئتمان متوسط الأجل.

¹ - Jaques Coillot : Intitulation au leasing ou crédit. Bail ,p 10.11 .

² - Jean pierre gaulhier : le leasing, économie et le chaque Bancaire revue censuelle de banque N° : 221 Novembre 1964 p 751 .

³ - Elmokhtar- Bey : De la symbiotique dans les leasing et crédit Bail Mobilier, p 6 .

⁴ - د. إلياس ناصيف عقد الليزينغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى

- ازدهار مطرد للإقتصاد الأمريكي منتج على هامش ربح معتبر .
- ضرورة استبدال معدات إنتاجية قديمة بأخرى متطورة نتيجة التطور التكنولوجي الحاصل.¹
- ونتيجة للرخاء الإقتصادي الذي كانت تعيشه الولايات المتحدة الأمريكية مع نهاية الخمسينات، فقد ساعد هذا العامل على انتشار شركات الإعتماد الإيجاري بشكل كبير بالإضافة إلى التطور التكنولوجي المتزايد الذي شجع على اقتناء تجهيزات متطورة تزيد في القدرة التنافسية للمشروعات، الأمر الذي يشجعها على إقتحام الأسواق الخارجية، لاسيما أوروبا الغربية، التي كانت ما تزال تعاني من آثار الحرب العالمية الثانية أتت على اقتصادها.

وبفضل ظهور الإعتماد الإيجاري التصديري، تم تمويل تصدير منشآت صناعية بأكملها إلى الدول النامية، وبصفة خاصة تلك الخاضعة للنفوذ الأمريكي.²

يطاق إلى ذلك أنه من بين أسباب انتشار الإعتماد الإيجاري في الولايات المتحدة الأمريكية، أن تكلفة تمويل المشروعات بالأموال الذاتية يفوق بكثير التمويل من الغير، أي من مصدر خارجي، لكون المشروعات في الحالة الأخيرة تستفيد من خصم مقابل الإئتمان من وعائها الضريبي لذا أصبحت استئجار المعدات بدل شرائها محفزا لتلك المشروعات، كون الإيجار الذي تدفعه للمؤجر يعتبر من نفقات الإستغلال ويخصم بالنتيجة من وعائها الضريبي .

إن التقدم التكنولوجي السريع، لاسيما في مجال إنتاج المعدات الإنتاجية جعل أحاب المشروعات يفكرون في الإستخدام المؤقت لمعداتهم الإنتاجية، كونها تضمحل بسرعة وتصبح الحاجة إلى استبدالها بأخرى أحدث منها، أمر ضروريا للحفاظ على قدرة إنتاجية

¹-Chambre Nationale des conseillers financier (CNCF) le leasing Nouvelle formule equipeme,t. 4° édition, octobre 1996, p9 .

²- هاني محمد دويار: النظام القانوني للتأجير التمويلي -دراسة نقدية في القانون مرجع سابق، ص 20 .

عالية، وبالتالي القدرة على المناقشة، أو بعبارة أخرى، البحث عن وسائل إنتاج مربحة بالقدر الكافي هو ما جعلهم يبحثون عن استئجار تلك المعدات بدل تملكها فيتفادون بذلك خطر اضمحلالها اقتصادياً¹، في خلال فترة قصيرة .

وهذا يدل على مدى ارتباط الإ اعتماد الإيجاري بالتقدم التقني في الولايات المتحدة الأمريكية في تلك الفترة

ويرجع ظهور وانتشار الإ اعتماد الإيجاري في الأسواق الفرنسية إلى سببين رئيسيين:²

✓ ضعف قدرة التمويل الذاتية للمشروعات الفرنسية، مقارنة بمشروعات *Entreprise* الدول الأنجلو سكسونية في الفترة الممتدة بين 1960-1970 .

✓ المستوى المرتفع لمديونية المشروعات الفرنسية، مقارنة بالإقتصاديات الغربية الأخرى، حيث كانت الصيغة الكلاسيكية لتمويل الإستثمارات في فرنسا آنذاك هي القرض متوسط متوسط المدى، الذي تمنحه البنوك والقابل لإعادة خصمه لدى القرض الوطني (*crédit national*)، تبعاً لقواعد خاضعة لإحترام بعض المعايير التي تبقى قاسية .

وأمام هذه الصعوبات، يظهر الإ اعتماد الإيجاري في فرنسا مصدر إضافي للتمويل. بالإضافة إلى مرونة الإ اعتماد الإيجاري³ الذي يمكن من وضع المعدات والآلات الضرورية *outillages* في متناول المشروعات مباشرة بمجرد طلبها دون أن تعرض عليه الإجراءات الطويلة التي تفرضها المؤسسات المقرضة في حالة طلب قرض تقليدي .

وارتباطه يعقد إيجار الذي يعطي للمؤجر الممارس صيغة ضمانات مالية ذات أهمية جوهرية من ناحية ثانية، الأمر الذي دعا المشرع الفرنسي في سنة 1966 إلى تنظيمه

¹ - يقصد بالاضمحلال الإقتصادي للمعدات ظهور معدات جديدة أكثر تطور .

² - Gilbert pace portique et technique financier du crédit Bail (leasing ce q'il vous faut savoir J Delmas et Cie 1^{er} édit pa 10. A. 11.

³ - د.هاني دوردار: النظام القانوني للتأجير التمويلي، دراسة نقدية في القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 30 .

بإصدار القانون رقم: 455/66، المؤرخ في 02 جويلية 1966¹، المتعلق بالمؤسسات الممارسة لنشاط الإعتقاد الإيجاري وقد وضع هذا القانون حدا للجدال الدائر حول تسمية هذا العقد باللغة الفرنسية، فبعدها تردد الفقه الفرنسي بدئ الأمر في ترجمة المصطلح الأنجلو أمريكي (leasing) إلى الفرنسية حيث أطلق عليه البعض تسمية (Prêt Bail) أي القرض الإيجاري، هذه التسمية انعقدت من طرف البعض الآخر، لأنها لا تعكس حقيقة وطبيعة هذا العقد وما يترتب عنه من إلتزامات كما جدى به العمل في مهده، أي المجتمع الأمريكي فأطلق عليه المشرع الفرنسي تسمية (Crédit Bail) معترفا من جهة بهذا العقد الذي كان ممارسا على أرض الواقع .

المطلب الثاني: تطور الإعتقاد الإيجاري وانتشاره:

ما لبث أن انتشر الإعتقاد الإيجاري خارج الولايات المتحدة الأمريكية ليصل أوروبا الغربية في بداية الأمر، ثم أوروبا الشرقية لاحقا، وبعدها انتشر في القارة الأفريقية لاسيما في المستعمرات التابعة للدول الأوروبية .

الفرع الأول: الإعتقاد الإيجاري في فرنسا ، بلجيكا، ايطاليا

- في فرنسا: انتقل نظام الإعتقاد الإيجاري إلى فرنسا سنة 1957، وهي السنة التي نشأ فيها بنك الهند الصينية (Banque linochme)² شركة لتجريب هذا النشاط، وازاء هذا النجاح للتجربة، انشئت عام 1962، أول شركة سمية لوكا فروسن (locafrances) وهي شركة مساهمة عملت في مجال الإعتقاد الإيجاري الوارد على المنقولات (Crédit -Bail Nobles) وأسمها مدرجة في بورصة الأوراق المالية .

¹ – J.O. du 03/07/1966

² – Mario onloni : le crédit- bail (leasing) en Europe développement et nature juridique, lite droit paris 1980, p 110.

- بعدها أخذ تأسيس شركات الإيجار الإيجاري يتزايد إلى أبلغ ثلاثين شركة خلال ثلاث سنوات، وأخذت مؤسسات الإئتمان الكبرى تسابق على الإشتراك في رأس مالها لتتقلها فيها، ولما رأَت هذا النظام من مستقبل زاهر في الحياة التجارية والصناعية مما ساهم في إنشاء هذه الشركات شركات الضمان وبعض النقابات¹ وإذا كان الغتتماد الإيجاري الوارد على المنقول انتقل إلى أوروبا بفضل الإستثمارات الأمريكية في الدول الأوروبية في أعقاب الحرب العالمية الثانية ومن بينها فرنسا، فإن لهذه الأخيرة الفضل في نشأة الإيجار الإيجاري العقاري (Le crédit Bail immobilier)، وكان ذلك نتيجة بروز ظاهرة اقتصادية خاصة على إثر تحويل شبكة توزيع المنتوجات الفرنسية من موقعها إلى موقع استراتيجي يحتوي على مخازن ومحلات ذات وجهة تجارية عظمى مما ارتفع معه الطلب على هذه الأخيرة، فنتبه إلى أهمية هذا الأمر السيد : Lucien Pfeiffer رئيس مقاوله تدعى "préétabli" وقام بشراء محلات للإستعمال التجاري باسم المقاوله، وراح يؤجرها عن طريق الإيجار الإيجارين وأصبحت الشركة تسمى "Prévalais imablli" غرضها التمويل العقاري للإستعمال المهني.²

وأضاف إلى جانب الصورة الوحيدة السابقة، وهي الإيجار الإيجاري الوارد على المنقولات أو الإيجار الإيجاري للمنقول (Crédit Bail Mobilier)، صورة جديدة هي الإيجار الإيجاري العقاري Crédit Bail Immobile بموجب الأمر رقم 837/67 الصادر بتاريخ 28 سبتمبر 1967.³

كما تدخل بموجب المرسوم 6665/72 المؤرخ في 04 جويلية 1972 لتنظيم اشهر عمليات الإيجار الإيجاري للمنقول والإيجار الإيجاري العقاري.⁴

¹ - دكتور إلياس ناصيف: مرجع سابق، ص 23 .

² - صليحة حاجي: الإئتمان الإيجاري بين النظرية والتطبيق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، شعبة قانون أعمال، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، وحده، المملكة المغربية، سنة الجامعية 1999، 2000، ص 3 .

³ - J.O , du 29/09/1967 .

⁴ - J.O , du 04/07/1972 .

وكان الهدف من سن هذا القانون هو حماية المصالح الإقتصادية للدولة الفرنسية، يجعل ممارسة هذا النوع من النشاط حكرًا على المؤسسات المالية التي تقترب في نظامها الأساسي من البنوك .

أما الهدف من سن مرسوم تنظيم اشهر عقود الإعتقاد الإيجاري بنوعيه فالهدف منه حماية المصالح الإقتصادية للدولة الفرنسية، جعل ممارسة هذا النوع من النشاط حكرًا على المؤسسات المالية التي تقترب نظامها الأساسي من البنوك .

أما الهدف من سن مرسوم تنظيم اشهر عقود الإعتقاد الإيجاري بنوعيه، فالهدف منه حماية الغير الذي يتعامل مع المستفيدين من هذه العقود حتى يتبين لهم حقيقة حيازة هؤلاء للألات والتجهيزات، والعقارات، وحتى لا يقعون في غلط اعتبارهم مالكين لها، في حين أنهم مستأجرون لها لا غير .

- إذا كان الفصل في ظهور وانتشار الإعتقاد الإيجاري عالميا بالصورة المعروفة في الوقت الحاضر ، يرجع أساسا للرأس مال الأمريكي ، فإن للتجربة الفرنسية هذا المجال أهمية بالغة لاسيما من حيث التنظيم التشريعي، لهذا النشاط لما للقانون الفرنسي من تأثير بالغ بوصفه رائد القوانين اللاتينية .

- في بلجيكا :

ظهر الإعتقاد الإيجاري في بلجيكا لأول مرة سنة 1961¹، تاريخ إنشاء أول شركة عاملة في هذا المجال، أطلق عليها تسمية (Locabel .S.A) وهي فرع شركة (Hudson leasing corpartion)² والإتقاد الإيجاري العقاري في بلجيكا لا يختلف عما هو معمول به في فرنسا فقد حذا المشرع البلجيكي في ذلك حث المشرع الفرنسي إلا في التسمية، حيث أطلق عليه إسم الإيجار المالي (location financement) من خلال الأمر الملكي رقم: 55 الصادر في 1961/11/10 المتعلق بالنظام القانوني للمؤسسات الممارسة للإيجار المالي³، المستلم في أوسع نطاقه من التشريع الفرنسي الموافق له .⁴

والجديد بالملاحظة هو أن تدخل المشرع البلجيكي في تنظيم هذا النشاط كان في أضيف الحدود على عكس المشرع الفرنسي، بحيث لا يوجد في بلجيكا تنظيم خاص مطبق على الإعتقاد الإيجاري العقاري، إلا ما ورد منها في إطار مختلف الأحكام ذات الطبيعة الجبائية، لاسيما موضوع الرسم على القيمة المضافة (T.V.A) وبالرغم من غياب إطار قانوني خاص بالإعتقاد الإيجاري العقاري في بلجيكا، إلا أن العمل به جار على أساس قواعد الإيجار البناتي أو الإيجار الحركي⁵، بالرغم من الصعوبات التي يثيرها تطبيق هذه القواعد.⁶

¹ - El Mokhtar- Bay. De la symbiotique dans les leasing et crédit-bail Mobiliers, op, cit, p6 .

² - Jaques coillot : Initiation au leasing ou crédit : Bail, op. cit. p12.

³ - Eric de Bou : le leasing finances aspect économiques et juridique Emmanuel, Frédérique henrion (éd) paris brux elles 1996, p65 .

⁴ - Morio govalomi op. cit. p169 .

⁵ - الإيجار البناتي هو ذلك العقد الذي بموجبه يلتزم المستأجر بإقامة مباني على الأرض التي استأجرها من مالكا وبالمحافظة عليها طوال مدة الإيجار (د. نجوى إبراهيم البدالي : ص 87) .

⁶ - Mario govaloni : op. cit , p178 .

- في ايطاليا :

كما هو الحال في فرنسا وبلجيكا، ثم في ايطاليا سنة 1963 إنشاء شركة Loatrice Italias SPA حيث ظهر أولا الإ اعتماد الإيجاري الوارد على المنقول، أما الإ اعتماد الإيجاري العقاري فقد تأخر ظهوره إلى غاية سنة 1969، عندما أخذت المبادرة شركة التتمية الجهوية فريول (Société de développement régional de Frioul) ، وتبعتها بعد ذلك مختلف المؤسسات والبنوك .

ونظرا للفجوات الكبيرة في النظام الإيطالي "المتتملة في غياب تنظيم قانوني لعقد الإ اعتماد الإيجاري، ثم في أكتوبر 1973 إعداد مشروع قانون، وقدم للجنة البرلمانية، غير أن الحل المسبق للغرفة حال دون ذلك، ثم تلت محاولات أخرى في 1976، 1977 وكلها كانت نهايتها كسابقتها .

ويرى الفقه أن أول قانون ايطالي صدر في الموضوع كان سنة 1979¹، وقد استوحى المشرع الإيطالي معظم أحكامه من المشرع الفرنسي، غير أنه تميز عنه بأن تطرق في عرض الأسباب إلى أن هذه التقنية ليست إيجارا، بل هي عقد مختلط بين البيع، الإيجار، والقرض .

ونظرا للنجاح الذي لاقاه الإ اعتماد الإيجاري في أمريكا وأوروبا قفز إلى إفريقيا .

¹ – Mario giovaloni : op. cit, p 197 .

الفرع الثاني: انتشاره في المغرب الأقصى، تونس، مصر، الأردن، الجزائر

❖ في المغرب الأقصى :

يعتبر المغرب الأقصى أول بلد عربي عرف هذا النشاط، فقد أدخل إليه سنة 1965 مع إنشاء¹ الشركة المغربية لإيجار المعدات (Compagnie marocaine de location d'équipement (Maroc leasing)، وهي مازالت تباشر نشاطها حتى الآن، وعندما عرفت النور أخذت كل شركة مغلقة، وبعد سبع سنوات من ذلك أي ابتداء من عام 1972 ظهرت شركات أخرى للإعتماد الإيجاري، أنشأتها بنوك وشركات تأمين إذا بلغ عددها إلى غاية سنة 1994 سبع شركات .

وفي غياب نظام قانوني خاص بهذا النشاط التجاري في المغرب، اعتبرت الشركات التي تمارس بصفة اعتيادية عمليات الإعتماد الإيجاري كالمؤسسات المالية والبنوك، تخضع للقانون البنكي بكل ما يرتبه من تبعات، لاسيما في مجال الحصول على الإعتماد والرقابة ولما كان الأمر كذلك فإن نشاط الإعتماد الإيجاري في المغرب مورس بنفس الحالة التي عليها في فرنسا، بحيث كان يحكم هذا النشاط ضمنا أو صراحة العادات والأعراف المتعارف عليها في فرنسا²، وطيلة ما يقارن ثلاثة عقود من الزمن لم تتدخل السلطات العامة لتنظم هذا النشاط بنظام قانوني خاص، اللهم إلا ما ورد من نصوص ضريبية متفرقة كقوانين المالية، فقد صدرت نشرة عن وزارة المالية بتاريخ 1965/07/14 وحلت محلها نشرة أخرى بتاريخ 1978/07/01، ماثرة إلى الطبيعة القانونية المركبة لليزينغ وأثرها من الوجهة

¹ - د. معتمد أزوكاغ: قراءة في عقد الإئتمان الإيجاري للمنقولات في التشريع المغربي مقال منشور بمجلة الأبحاث والدراسات القانونية، مجلة تصدر كل 6 أشهر عن المركز المغربي للدراسات والاستشارات القانونية وحل المنازعات، نشر وتوزيع دار العلم، المملكة المغربية، العدد 3، يونيو 2014، ص 169 .

² - Leila zouhry : propos sur la pratique de crédit –Bail au Maroc. Revue Marocaine de droit et d'économie du développement n° : 34. 1994, p09 .

الضريبية وتعدد البنية فيها بالتنظيم الفرنسي بهذا الشأن¹، وفي قانون المالية الصادر في الفاتح يناير 1992²، الذي تبادل في مادته 11 الإلتزام الإيجاري العقاري .

كما أن اللإعتماد الإيجاري العقاري في هذا البلد لم يعرف تنظيما تشريعيا مفصلا إلا ابتداء من سنة 1993 تاريخ تقديم أول مشروع بذلك للهيئة التشريعية³.

❖ في تونس :

تأخر ظهور هذا النشاط في تونس لغاية سنة 1984، وهو تاريخ ظهور أول شركة اعتماد إيجاري تحت تسمية " société tuniso scandienne d'investissement et de développâmes "Tunisie leasing"⁴، وأن ميلاد هذه الشركة لم يكن سهلا ولم يأت إلا بعد إبرام اتفاق ذي طابع جبائي مع وزارة المالية، مرخصا لهذه الشركة ممارسة امتلاك ضريبي متسارع .

وتوالي بعد ذلك ظهور شركات أخرى منها: "B.E.S.T. BANK" والتي عرف معها الإيعتماد الإيجاري في تونس انطلاقه مؤكدة .

بعدها ظهرت شركة ثالثة: L'u-T.B (Union Tanisunne de leasing) وهي فرع (L'u- (I.B) .

وما يلاحظ أن هذه الشركات هي عبارة عن فروع لبنوك تخصصت في ممارسة هذا النشاط مما يستتف منه أنها تخضع للنظام البنكي .

¹ - د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 28 .

² - المنشور بالجريدة الرسمية، عدد 4131 (صليحة حاجي: الإلتزام الإيجاري العقاري، لين انية والتطبيق، رسالة، مرجع سابق، ص 4 .

³ - Leilo zoughry po. Cit, p10 .

⁴ - Iyadh .B'chir : le contrat de leasing, (crédit Bail) mémoire pour le diplôme d'études APP refondus, droit privé université de Tunis III. Année Universitaire 1989. 1990, p12 .

وقد انتظر المشرع التونسي مدة عشر سنوات ليُدخل بموجب القانون عدد 89 لسنة 1994 في 1994/07/26 المتعلق بالإيجار المالي¹، وما يلاحظ على هذا القانون أنه اقتصر في تنظيمه على الإعتقاد الإيجاري المالي، مستبعد الإعتقاد الإيجاري العملي متأثراً في ذلك بالمشرع الفرنسي الذي قصر هذه العملية على الإعتقاد الإيجاري العملي متأثراً في ذلك بالمشرع الفرنسي الذي قصر هذه العملية على الإعتقاد الإيجاري المالي فقط .

❖ في جمهورية مصر العربية :

بدأ الحديث في مصر عن فكرة الإعتقاد الإيجاري بوصفه وسيلة تمويلية جديدة للإستثمار مع بداية التسعينات من القرن الماضي، وتحديدًا من سنة 1980 إلى 1984، غير أنها كانت مجرد محاولات انتهت إلى وضع مشروع قانون بعد موافقة مجلس إدارة الهيئة العامة للإستثمار، وفي عام 1985 وافق مجلس الدولة على هذا المشروع ولكن لم يكتب له أن يرى النور وذلك لما أبدته الجهات القانونية بوزارة العدل مع تحفظات عليه.²

ورغم ذلك لم تنقطع الدراسات والأبحاث حولهن لاسيما البحث عن الصيغ والأطر القانونية التي يمكن أن ينطوى تحتها، كالقانون المنظم لعمل البنوك أو قانون الإستثمار أو شركات المساهمة أو البيع بالتقسيط .

وأخيرا امتدوا إلى إمكانية إدخاله تحت قانون الإستثمار لسنة 1984، وقد صدر فعلا قرار عن مجلس إدارة هيئة الإستثمار بالموافقة على إنشاء شركات الإعتقاد الإيجاري تحت مظلة هذا القانون.³

¹ - الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 1994/08/02، عدد 60 ص 1343/1344 .

² - محمود محمد فهمي، منير سالم، عبد الله سالم، التأجير التمويلي، الجوانب القانونية المحاسبية والتنظيمية، بدون تأشير 1997، ص 7 .

³ - د. عبد الرحمان السيد قرمان، عقد التأجير التمويلي طبقا لقانون 95 لسنة 1995 .

ونتيجة عيان نظام قانوني خاص بالإعتقاد الإيجاري في مصر، كانت المحاولات العملية جد محدودة قامت بها مؤسسات التمويل الدولية بالمساهمة في دراسته وإنشاء شركة إعتقاد إيجاري للآلات والمعدات في مصر بالإشتراك مع البنك الأهلي وبنك مصر، إيران وشركة مصر للتأمين) مع الإستعانة بخبرة إحدى شركات الليزينغ الأمريكية هذا من جهة ومن جهة أخرى وأمام عزوف المستثمرين عن مباشرة هذا النشاط تخوفا من المخاطر التي تجفها، ورغبة المشرع في تشجيع ممارسته وانتشاره تدخل بموجب القانون رقم 95 لسنة 1995 في شأن تنظيم عمليات التأجير التمويلي¹، المعدل بالقانون رقم 16 لسنة 2001.²

وعلى غرار المشرع التونسي، نظم المشرع المصري بموجب هذا القانون صورتين للإعتقاد الإيجاري، وهما الإعتقاد الإيجاري للمنقول، والإعتقاد الإيجاري العقاري، وأضاف صورة ثابتة وهي الإعتقاد الإيجاري اللاحق.

❖ في المملكة الأردنية :

نظرا لشعور دولة الأردن كغيرها من الدول العربية أواخر القرن الماضي بظهور نظام العولمة والنظام الإقتصادي العالمي، والذي أدى إلى تخلي الدولة عن إقامة المشاريع الحيوية والضخمة التي كانت حkra على الدولة من خلال نظام الخصصة³، بالإضافة إلى شعورها أنه لا سبيل أمامها لاستدامة تطوير تنميتها والقضاء على تخلفها الإقتصادي، ويعد الإعتقاد الإيجاري أحد الأساليب المنتهجة لتطوير اقتصاديا بها .

¹ - منشور بالجريدة الرسمية العدد 22 مكرر في 2 يونيو 1995 .

² - منشور بالجريدة الرسمية العدد 19 مكرر في 10 مايو 2001 .

³ - الخصصة أو الصفقة: منهج وأسلوب عمل اقتصادي للحكومات لتوسيع قاعدة الملكية الخاصة للقطاع الخاص ومنحه دورا متزايدا داخل الإقتصاد بهدف التغلب على مشكلات القطاع العام والمتمثلة بانخفاض الإنتاجية (محمد عابد الشواكة عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ص 17 .

لذلك نظم المشرع الأردني الإيجار الإيجاري بالقانون رقم 16 لسنة 2002¹، المعدل بالقانون رقم 48 لسنة 2003²، وأطلق عليه مصطلح (التأجير التمويلي متأثر بالمشرع المصري أو مسايرا له، إلا أنه المشرع الأردني، خلافا للمشرع المصري لم يعتبر العلاقة بين المؤجر والمستأجر علاقة إيجارية بالرغم من الألفاظ والعبارات التي استخدمها في النص كاستخدام لفظ "مأجور"، وبدل إيجار ومؤجر ومستأجر.

كما لم يشير إلى أنواعه، بل وضع شروطا أو معايير يمكن من خلالها تكيف العملية على أنها اعتماد إيجاري .

❖ في الجزائر :

أدرجت تقنية الإيجار الإيجاري لأول مرة في النظام القانوني 1990 تاريخ صدور القانون 90-10 المتعلق بالنقد والقرض³، المعدل والمتمم بالأمر المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض⁴، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010⁵.

غير أن هذه التقنية لم تعرف طريقها إلى التطبيق إلا في نطاق ضيق جدا لجمال المعنيين بها، أو لتخويفهم من مخاطرها، نتيجة انعدام الإطار القانوني الذي ينظمها آنذاك،

1 - الجريدة الرسمية عدد 4542، بتاريخ 2002/05/01 .

2 - محمد عايد الشوايكة، مرجع سابق، ص 49.

3 - القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990، يتعلق بالنقد والعرض (ج ر عدد 16 بتاريخ 18 أبريل 1990) نصت المادة 2/112 منه على أنه "تعتبر بمثابة عمليات فرض عمليات الإيجار المقرون بحق خيار بالشراء ولاسيما عمليات الإقراض مع إيجار .

4 - ج ر عدد 52 بتاريخ 27 أوت 2003 .

5 - ج ر عدد: 50 بتاريخ الفاتح سبتمبر 2010 (ملاحظة تهم الأمر 11-03 أيضا بالقانون رقم 11-17 المؤرخ في 11 أكتوبر سنة 2017 (ج ر العدد 57 بتاريخ 2 أكتوبر 2011 .

لذلك تدخل المشرع بتنظيمها بموجب الأمر رقم 96-09 مؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق لـ 10 يناير سنة 1996 يتعلق بالإعتماد الإيجاري.¹

- أن المتبع لأوضاع الجزائر الإقتصادية أو السياسية، والقانونية في تلك الفترة يجد أن النهج السياسي المتبع منذ الإستقلال هو النهج الإشتراكي، القائم على احتكار الدولة لكل مجالات الحياة السياسية والإقتصادية، الأمر الذي أدى بأصحاب القرار في الجزائر مع بداية سنة 1979، إلى الوقوف وفتة تقييم خاصة لمردود المؤسسات الإشتراكية الذي كان غير مرض، وأن النتائج المتوصل إليها كشف عن نقائص تعود أساسا إلى أسباب سياسية وإقتصادية .

- فالبنسبة للأسباب السياسية، فإن الميثاق الوطني لسنة 1976 مازال وقتها مكرسا للنهج الإشتراكي، الذي يعطي للدولة حق إحتكار الإستثمار ووسائل الإنتاج ويمنحها أيضا التسيير الإداري الموجه للإقتصاد .

- أما الأسباب الإقتصادية فإنه من المعلوم أن وسيلة إنتاج الثروة في إقتصاد الدول هي المشروعات الإقتصادية التي لم يكن ينظر إليها وقتها في الجزائر على أنها وسيلة لإنتاج الثروة، وخلق ديناميكية إقتصادية، وتحقيق تنمية شاملة، بل كان ينظر إليها على أنها وسيلة من وسائل توزيع الربح البترولي، وحل مشاكل البطالة مما جعل السلطة يومها تقتنع بضرورة إدخال إصلاحات على المؤسسات إشتراكية للرفع من مردودها.²

غير إن أي إصلاح اقتصادي آنذاك لا بد أن يصطدم بالميثاق الوطني الذي يعد أعلى وثيقة قانونية في البلاد، والذي كان يقدر النهج الإشتراكي بكل أبعاده رغم ذلك، ظهرت

¹ - ج ر عدد: 03 بتاريخ الفاتح سبتمبر 1996 .

² - للمزيد أكثر، أنظر المقدمة التي وطأ بها المحافظ المكلف بتنظيم المؤسسات العمومية مجموعة النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالإصلاحات المرتبطة بإستقلالية المؤسسات العمومية (استقلالية المؤسسات) أسس وبدأ التنفيذ، مجموعة النصوص التشريعية وتنظيمه للنشر 1989 .

بوادر إصلاح اقتصادية منذ سنة 1982، تمثلت في إعادة هيكلة المؤسسات، غير أن هذه الإصلاحات بقيت غير كافية، إلى غاية أزمة 1986 أين لم يعد أي خيار للسلطات العمومية في أن تفكر في إصلاحات جذرية وجدية على كل المستويات لاسيما الاقتصادية منها، التي كرسست من خلال القوانين رقم 01،02،03،04، الصادرة بتاريخ 12 جانفي 1988.¹

وتجسدت الإصلاحات أكثر في إعلان الجزائر صراحة تخليها عن النهج الإشتراكي وتبنيها للنهج الليبرالي من خلال دستور 1989، الذي حرر الاقتصاد، وأدى ذلك إلى تعديل المنظومة القانونية يتلاءم وهذا التوجه الجديد للبلاد²، ويأتي على رأسها القانون رقم 10/90 المتعلق بالنقد والقرض يتألف الذكر، الذي يعد بحق الإطار المرجعي لتقنية الإعتماد الإيجاري، فضلا على أنه كان يهدف إلى إعادة هيكلة البنوك والمؤسسات المالية في الجزائر من خلال توسيع نشاطها وتنويع وظائفها يخلف منتوجات بنكية جديدة بالإضافة إلى فتح المجال أمام المتعاملين الاقتصادية دون إستثناء أو تمييز، سواء كانوا وطنيين أو أجانب عموميين أو خواص .

بالفعل تم على إثر ذلك إنشاء بنوك و مؤسسات مالية جديدة، كما تم فتح فروع بنوك مؤسسات مالية أجنبية في الجزائر، كل ذلك بهدف مساهمة الأموال الموجهة للاستثمار في التنمية الاقتصادية الوطنية وأيضا بالإضافة إلى الأسباب السالفة الذكر، فإنه لا يخفى على احد أن اقتصاد الجزائر ورث في فترة التسعينات حملا ثقيلًا، من جراء عملية تطهير المؤسسات الاقتصادية التي عانت صعوبات مالية كبيرة، و التي كانت تمول عجزها الدائم الخزينة العمومية، وأن التخلص من هذا العبء يمر أما عبر إعلان إفلاسها، أو حلها وفي

¹ - قانون رقم 88-10، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية .

² - د.بوادر بلقاسم، المؤسسات الاقتصادية، محاضرات ألقيت على طلبية الماجستير فرع قانون الأعمال، غير مطبوعة، جامعة قسنطينة، معهد الحقوق السنة الجامعية 1994-1995 (بتصرف).

الحالتين يتم التنازل عن أصولها، وإما عبر تجديد وسائلها المضمحلة اقتصاديا بأخرى حديثة ومتطورة تكنولوجيا و مهما كانت الطريقة المتبعة، فإن الأمر يقتضى الحصول على أموال لشراء أصول هذه المؤسسات أو لتجديد وسائلها إذا استمرت في النشاط .

وقد رأى المشرع أن تقنية الاعتماد الإجاري تعد الوسيلة المناسبة لذلك في الحالتين ويمكن إضافة عامل آخر مهم أو هو رغبة الجزائر في تنوع المداخل لاسيما من العملة الصعبة بعيدا عن المحروقات التي تعد المورد الوحيد للخرينة العمومية من العملة الصعبة، ورغم أن هذه تجسيده بشكل ملموس ومرض ظل محتشما البعاد بعثها مع أزمة انخفاض أسعار البترول وأخيرا فإن اقتصاد السوق، يقوم أساسا على تشجيع قيام مؤسسات صغيرة ومتوسطة، التي تعد حجر الزاوية في تحقيق النمو الاقتصادي، وتعد تقنية الاعتماد الإجاري، وسيلة ضرورية لدعم هذه المؤسسات.¹

لرفع من كفاءتها وقدراتها التنافسية ولا يقتصر ذلك على المؤسسات القائمة فقط، بل أنها ستساعد على ظهور وإنشاء وانتشار مؤسسات أخرى، لاسيما وأن هذه التقنية متعددة والصور، تستجيب لجميع متطلبات هذه المؤسسات، من وسائل عمل وتجهيزات، أو عقارات، أو مجال تجارية أو مؤسسات حرفية.²

المبحث الثاني : مفهوم عقد الإ اعتماد الإجاري .

إن التعرف على الأبعاد التنظيمية لنشاط اقتصادي مستحدث، والوقوف على الإشكالية المطروحة عند محاولة تنظيمه، يقضي تحديد مفهوم هذا النشاط ولو بصفة مبدئية .

¹- زغيب مليكة : دور أهمية قرض الإ اجار في تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة مقال منشور بمجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، مجلة علمية محكمة متخصصة في العلوم الاقتصادية، تصدر عن كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير .

²- فريد الطيب : النظام القانوني لعقد الاعتماد الإجاري في التشريع الجزائري، مذكرة التخرج مقدمة لنيل شهادة الماجيستر، غير منشورة، جامعة باجي مختار -عابنة، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص السنة الجامعية، 2002 - 2003، ص12 (بتصرف) .

وتزداد أهمية هذا التحديد في الغرض الذي يكون فيه النشاط ولابد بيئة أجنبية عن تلك التي يراد تنظيمه فيها .

ذلك أن تفاعل هذا النشاط ذي الأصل الأجنبي مع النظام الاقتصادي الذي يندمج فيه فضلا عن تفاعله بوصفه ظاهرة قانونية مع النظام القانوني الذي يريد تنظيمه يعتبر من المحددات الجوهرية لدراسة الاعتماد الإيجاري.¹

وعلى ضوء ذلك يتعين لتحديد المفهوم القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري الوقوف عند محاولات تعريفاته التشريعية والفقهية، ثم تحديد أنواعه وفقا للتشريع الجزائري وتميزه عن العقود الأخرى .

المطلب الأول : التعاريف المختلفة لعقد الاعتماد الإيجاري :

على الرغم من أن الاعتماد الإيجاري ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية ثم انتقل إلى الدول الأوروبية إلى ما سبق وأن رأينا، إلا أن مفهوم في التشريعات ذات الصبغة الأنجلوسكسونية يختلف عن مفهومه في التشريعات ذات الصبغة راجع لكون عقد الاعتماد الإيجاري تقنية مركبة ومعقدة لحد ما كما سرى من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول : عقد الاعتماد الإيجاري وفقا للتشريع الجزائري .

سنحاول من خلال هذا الفرع التطرق للتشريع الجزائري المنظم لعقد الاعتماد الإيجاري من خلال تحليل نصوص الأمر الذي نظمته والمدون تحت رقم 09. 96 تالمؤرخ في 10 يناير 1996 والمتعلق بالاعتماد الإيجاري.²

¹ - هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، الطبعة الثانية، مصر مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية / 1998، ص 8 ، 9 .

² - الجريدة الرسمية، العدد 3 لسنة 1996 .

حيث كانت أول إشارة لعقد الإعتقاد الإيجاري من خلال القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14/04/1990 المتعلق بالنقد والقرض¹، لذلك تم إلغاؤه بموجب الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالنقد والقرض، ليليه فيما بعد القانون رقم 91-26 الصادر في 18/12/1991 المتعلق بالبرنامج الوطني لسنة 1992، لكن كل هذه القوانين لم تكن لتوفر الدعامة التشريعية التي يحتاجها أطراف هذا العقد لحمايتهم.

لاسيما وأن تجربة الإعتقاد الإيجاري في مختلف دول العالم قد أفادت أن هذه الظاهرة الحديثة نسبيا، لا يسعها الإستمرار أو لعب دور فعال ما لم يتم توفير مناخ قانوني ملائم لها، لذلك جاء الأمر رقم 96-09 المذكور سابقا لينظم أحكام هذا العقد الذي عرفه من خلال المادة الأولى منه بقوله: يعد الإعتقاد الإيجاري موضوع هذا الأمر، عملية تجارية ومالية.

- يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية، أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصفة مع المتعاملين الإقتصاديين الجزائريين أو الأجانب، أشخاصا طبيعيين أم معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص.

- تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر.

- ويتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية.

من خلال هذا التعريف يمكن استخلاص ما يلي :

¹ - والذي بعد نشره تبعته بعض الأحكام التقنية، والتي تضمنها قانون المالية لسنة 1994-1996 وقانون المالية لسنة 2003.

المشروع الجزائري قد أقر الطابع الإيجاري للعلاقة الناشئة بين فريقين: الأول يتمثل في بنك أو مؤسسة مالية أو شركات تأجير مؤهلة ومعتمدة¹، أما الثاني فهو متعامل اقتصادي سواء كان جزائرياً أو أجنبياً، طبيعياً أو معنوياً، خاضعاً للقانون العام أو الخاص .

كما يلاحظ من خلال التعريف السابق أن المشروع الجزائري قد خالف التشريعات اللاتينية عندما لم يشترط الشراء المسبق لعملية الإ اعتماد الإيجاري، وهو بذلك ساير المشروع المصري.

زد على ذلك أن المشروع الجزائري كان صريحاً عندما اعتبر عمليات الإ اعتماد الإيجاري

عملية تجارية ، وذلك وفقاً لنصوص القانون التجاري التي تضيف الصفة التجارية على عمليات البنوك، ذلك أن هذه الأخيرة ليست قاصرة على منح القروض وفتح الإعتمادات ، وإنما تشمل عمليات أخرى كعمليات الصرف وتأجير الخزائن الحديدية هذا من ناحية ومن ناحية أخرى عمليات الإ اعتماد الإيجاري شبيهة بعمليات الإئتمان التي بدورها تعد عمليات بنوك.

- كما اشترط في الشخص المستأجر أن يكون متعاملاً اقتصادياً، وهذا يعني أنه ضيق من نطاق تطبيق الإ اعتماد الإيجاري كوسيلة للتمويل والإ استثمار، بحيث أقصى طائفة المستهلكين.

- وهذا دون نسيان أن المشروع الجزائري قد تناول الإ اعتماد الإيجاري للأول المنقولة وغير المنقولة، واعترف كذلك بالإ اعتماد الإيجاري للمنقولات المعنوية، كما استبعد السلع الاستهلاكية من نطاق تطبيق الأمر رقم 69-09 السالف الذكر مما يترتب على ذلك أن المستفيد لا بد أن يحترف دائماً نشاطاً اقتصادياً ويتميز تعريف المشروع الجزائري من جهة بتحديد طبيعة الأموال التي يرد عليها العقد من جهة ثانية تحديد الآليات التي يتحقق لها

¹ - للاستفادة أكثر فيما يخص تنظيم هذه الشركات أنظر النظام رقم 96-06 المؤرخ في 3 يوليو 1996، المحدد لكيفيات تأسيس شركات الإ اعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها، الجريدة الرسمية 66 لسنة 1996 .

انتقال ملكية الأموال المؤجرة إلى المستفيد في موعد أقصاه إنتهاء الإيجار لكنه سكن عن مقابل تملك الأموال المؤجرة في نهاية العقد إذا ما استعمل المستأجر حق الشراء .

- كما حدد المشرع الجزائري محل عقد الاعتماد الإيجاري في الأصول المنقولة كالألات والمعدات، وغير المنقولة كالبنيات المخصصة للاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية وذلك على سبل الحصر .

- إلا أنه يعاب على المشرع الجزائري إغفاله النص على فرض تمديد الإيجار، ولم يشر النص كذلك إلى كيفية تحديد الأجرة المقررة لشركة الاعتماد الإيجاري.

الفرع الثاني : عقد الاعتماد الإيجاري وفقا للقوانين المقارنة :

يوما بعد يوم يتزايد اقتناع رجال الاقتصاد بمقولة الفقيه : " J.m . keynes " القائلة " إذا كان الثروة يحرص على أن يظل رأس ماله كما هو فإن الهدف الحقيقي الذي يسعى إليه هو المردودية المحققة من رأس المال هذا ... " ومهما قدم من انتقاد لفكرة الفصل بين الملكية والاستمتاع سواء على المستوى النفسي أو الاجتماعي إلا أنها تظل أصل فلسفة تقنية الاعتماد الإيجاري التي تبدأ عندما يكون مشروع ما بحاجة لآلة أو معدة إنتاجية أو بصفة عامة لأصل معين و بعد أن يحدد خصائصه التقنية و مواصفاته الفنية ، و يبحث عن المورد الذي سوف يوفره له بعد التفاوض على الشروط العامة لبيعه .¹

1- التعريف الانجلو سكسوني لعقد الاعتماد الإيجاري :

➤ في الولايات المتحدة الأمريكية :

عرفت المادة 103 من القانون التجاري الموحد في الر.م.ت اعقد الاعتماد الإيجاري المصطلح عليه finance lease على أنه عقد إيجار لا يتيح للمؤجر اختيار أو تصنيع أو

¹ - رياض فحري، عقد الإيجار التمويلي، الطبيعة القانونية والتوازن العقدي، الطبعة الأولى، منشورات محله الحقوق المغربية، سلسلة الدراسات والأبحاث، دون ذكر بلد النشر 2011 ، ص 37 .

توريد البضائع محل العقد، بل يتعاقد مع ظرف ثالث يلتزم بتوريد البضائع فيتملكها المؤجر قصد تاجريها إلى المستأجر.

وتعرفه هيئة معايير المحاسبة المالية بالولايات المتحدة أمريكية في المعيار رقم 13 بأنه اتفاق ينقل حق استخدام الشيء في فترة محسوبة من الوقت .

- يلاحظ من هذه التعريفات أن المشرع الأمريكي¹ اشترط سبق شراء المال محل العقد من أجل تأجيره للمستأجر، وبذلك يخرج من نطاق تطبيق عمليات التأجير المباشر والتي تعتبر سبيلا لتسويق المنتجين أو البائعين لبضائعهم عن طريق منح عملائهم تسهيلات للوفاء بالثمن.

كما أن الأصل المؤجر يتم اختياره بمعرفة المستأجر، ومن ثم يقوم المؤجر بتملك هذا الأصل بالتعاقد مع المورد بقصد تأجيره للمستأجر .

وتلاحظ أيضا أن تعريف المشرع الأمريكي للعقد الإيجاري لم يتضمن عناصر الاتفاق كعدم قابلية العقد للفسخ، أو كيفية تحديد الأجرة، يبدو انه تركه لمبدأ سلطان الإرادة المتعاقدين

- كما يلاحظ أن التعريف الأمريكي بأن هذا العقد يكون أحيانا بمثابة عقد إيجار خدمات وهو نلمسه في عبارة (..... هو اتفاق حق استخدام الشيء).

في بريطانيا :

- عرفته المملكة البريطانية بأنه عقد بين المؤجر (المالك والمستأجر) المستعمل يتضمن إيجار لأصول معينة يتم اختيارها من مورد أو بائع بمعرفة المستأجر، ويظل المؤجر مالكا للأصول، والمستأجر حائزا ومستعملا لها مقابل أجره معينة يتفق عليها خلال مدة معينة

¹ - غالب غانم، القوانين والنظم عبر التاريخ، الطبعة الأولى، دار المنشورات الحقوقية مطبعة صادر، بيروت 1991، ص 51 .²

يتفق عليها خلال مدة الإيجار، ولا يعطى عقد الاعتماد الإيجاري المستأجر الحق أو يلقي على عاتقه تملك الأصول، خلال مدة العقد ولا بعد انتهاء العقد".

-وتعرفه جمعية تأجير المعدات في المملكة المتحدة (E.L.A) بأنه عقد يبرم بين مؤجر ومستأجر، لاستئجار أصل معين يختار بواسطة المستأجر من المصنع أو المورد لهذا الأصل، ويحتفظ المؤجر بملكية الأصل المستأجر بحيازة هذا الأصل واستعماله مقابل أجره محددة خلال مدة معينة.¹

يتفق مفهوم المملكة المتحدة والو.م.ا من ناحية أن كلا المفهومين لا يعطي للمستأجر الحق في التملك للأصول المؤجرة كي لا يعترف بحقه في تجديد العقد لكن المفهوم الإنجليزي يتيح للمستأجر على نسبة كبيرة من ثمن الآلة في حال بيعها بمعرفة المؤجر في نهاية مدة الإيجار تصل إلى 85 من قيمتها كعمولة تحت تسمية " Rebate of Rentals paid".

واختلف عن التعريف الأمريكي عندما لم يحدد نوع الأصل المؤجر، وبالتالي يمكن أن يكون محل عقد الاعتماد الإيجاري أو عقارا وخالفه عندما لم يشترط الشراء المسبق للأصول المؤجرة قبل إبرام عقد الاعتماد الإيجاري .

2-التعريف اللاتيني لعقد الإيجار :

* تعريف القانون الفرنسي :

تعتبر فرنسا أول من وضعت تنظيمًا تشريعيًا لعقد الاعتماد الإيجاري تحت اصطلاح "le crédit bail" ولقد عرفته المادة الأولى من القانون رقم 66455 الصادر بتاريخ

¹ Equipment lease association « a lease incontact beten lesser and a lessee for hire of spécific fro manufacture or vendor of such assets by lesse , the lesser retains ovvershn of the assets .the lessees has posseosoun and use of the asset on .poyment of specified rennlaes over a period»

1966/07/2 ينصها (أن عمليات الاعتماد الإيجاري المقصودة في هذا القانون هي عمليات تأجير لعتاد التجهيز وعتاد الآلات والعقارات ذات الإستعمال الصناعي، والمشتراة خاصة بقصد التأجير، ومن قبل مشاريع تبقى محتفظة بحق ملكيتها، عندما يكون من شأن هذه العمليات مهما كانت تسميتها أن تعطي المستأجر الحق في شراء العتاد المستأجر، أو قسم منه مقابل ثمن متفق عليه¹.

- نظرا لغموض هذا النص كونه يجمع بين تعريف الاعتماد الإيجاري للمنقولات والاعتماد ايجاري للعقارات في فقرة واحدة، مما نتج عنه الكثير من الإشكالية في فرنسا حول تحديد مدى خضوع بعض فروع الاعتماد الإيجاري العقاري لهذا النص/ وهو ماد دفع المشرع الفرنسي إلى التدخل على إثر تقرير رفع إلى رئيس الجمهورية آنذاك نتيجة هذه الثغرات الموجودة في النص فجاء التعديل بموجب اللائحة التنفيذية رقم 67.837 بتاريخ 1967/09/28 . كما تدخل المشرع الفرنسي فيما بعد وذلك بموجب القانون رقم 68. 12 الصادر في 1968/01/6 ليوسع من نطاق عمليات الاعتماد الإيجاري فأصبحت تشمل المجال التجارية والحرفية .

ولذلك صدر قانون رقم 1008.89 بتاريخ 1989/12/31 المادة الثانية والثالثة فيما جاء فيها "يقصد بعمليات الايجار التمويلي في مفهوم هذا القانون :

- عمليات تأجير المعدات والآلات اللازمة لمزاولة حرفها وضاعة والتي يتم ستراؤها بقصد إعادة تأجيرها من طرف المؤسسات تظل هي المالكه لها .
- العمليات التي تتضمن قيام مشروع بتقديم عقارات مخصصة للانتفاع المهني للإيجار سواء تم شراء هذه العقارات بمعرفته أو تم إنشاؤها والحسابه .

¹-إلياس ناصيف العقود الدولية عقد الليزينغ أو عقد الايجار التمويلي في القانون المقارنة منشورات الحلبي الحقوق، دون ذكر بلد النشر 2008 ص 58 .

-عمليات إيجار المحل التجاري أو المنشأة الحرفية أو احد العناصر المعنوي المكونة لها والتي تتضمن وعدا من المالك بالبيع في مقابل ثمن يتفق عليه مع الأخذ في الاعتبار عند تقديره الدفعات التجارية التي سدها من قبل .¹

نجد أن المشرع الفرنسي قد ميز بين الاعتماد الإيجاري للمنقولات والاعتماد الإيجاري للعقارات وافرد لكل منها أحكاما خاصة بل حتى في الاعتماد الإيجاري للمنقولات ميز بين المنقولات المادية و المعنوي ، كما أن المشرع الفرنسي قد اشترط الشراء المسبق للعمال المؤجر من تأجيره للمستأجر .

- وما ميز التعريف الفرنسي هو اعتبار خيار تملك الأصول المؤجرة الممنوحة للمستأجر هو جوهر عملية الاعتماد الإيجاري أن تكون مخصصة لأغراض مهنية .

تعريف عقد الاعتماد الإيجاري وفق بعض التشريعات التي اتبعت النظام اللاتيني :

❖ في التشريع المصري

:

عرفه المشرع المصري في المادة الأولى من ق 95-95 بأنه "كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى المستأجر منقولات مملوكة له أو نقلها من المورد، استنادا إلى عقد من العقود، ويكون التأجير مقابل قيمة إيجارية يثق عليها المؤجر ."

-كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى المستأجر عقارات أو منشآت مملوكة للمؤجر أو يقيمها على نفقته، يقصد تأجيرها للمستأجر، وذلك بالشروط والأوضاع والمواصفات والقيمة الإيجارية .

- المادة الأولى من القانون رقم 455.66 المؤرخ في 1966/07/2 .¹

- كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بتأجير مال إلى المستأجر تأجير تمويلاً إذا كان هذا المال قد آلت ملكيته إلى المؤجر من المستأجر بموجب عقد يتوقف نفاذه على إبرام عقد التأجير التمويلي.¹

من هذه التعاريف نستنتج أن المشرع المصري اعتبر أن العلاقة بين المستفيد والمؤسسة المالية المؤجرة هي علاقة إيجارية ثم أن هذا التعريف لم يحدد طبيعة المنقولات التي يمكن أن تكون محلاً للاعتماد الإيجاري فجاء النص مطلقاً .

3/ عقد الاعتماد الإيجاري وفقاً للشريعة الإسلامية .

حتى تتجاهل دور الشريعة الإسلامية لعقد الاعتماد الإيجاري في تكيفها لموضوع الاعتماد الإيجاري فإنه يجب القول بأنه كان محلاً نقاش واسع من قبل الفقهاء المسلمين، حيث انقسم إلى فريقين هما:²

- الفريق الأول : وهو المعارض لعقد الاعتماد الإيجاري حين ناد هؤلاء الفقهاء بعدم التعامل بهذا العقد، وكانت أبرز حججهم اجتماع عقدين البيع والإيجار، في عقد واحد وأن لكل عقد خصوصية ومن ناحية أخرى عقد الاعتماد الإيجاري فيه شبهة الغرر و الظلم .ويتحقق الغرر عندما يقوم المستأجر بدفع مبلغ الإيجار الذي لا يكون معادلاً لأجر المثل جهاله فاحشة في الثمن.³

¹- ق رقم 95. 95 المؤرخ 23/يونيو 1995 والمتعلق بالإيجار التمويلي، الجريدة الرسمية العدد 22 مكرر.

²- شرين سلامة محاسبة التأجير التمويلي في القانون الأردني، مقارنة بالإيجار المنتهية بالتمليك وفق الفقه الإسلامي مقال منشور بمجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت العدد 4، ديسمبر 2008 ص 128 .

³- رفيق يونس المصري، المصاريف الإسلامية (دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دالمكني، دون ذكر بلد النشر 2001، ص 23 .

-أما الفريق الثاني المنتهية بالتمليك وحجهم هو حاجة الناس إلى مثل هذا النوع من التعامل وكونه يساهم في حل العديد من مشكلات الناس من توفير السيولة المالية اللازمة لممارسة نشاط اقتصاد معين .

-النتيجة المتجه هي أن هذا العقد عند فقهاء الشريعة جائز ولكن بصورة الإيجارة المنتهية بالتمليك وفق ضوابط معينة وذلك بإيجاد بدائل إسلامية للتمويل، تغني المسلمين عن لتمويل الربوي.¹

الفرع الثالث : التعاريف الفقهية لعقد الإعتقاد الإيجاري :

على الرغم من اتفاق الفقه حول تعريف عقد الاعتقاد الإيجاري من وجهة النظر الاقتصادية أعلى أنه يعتبر عملية من عمليات التمويل حيث تقوم المؤسسة المالية للاعتقاد الإيجاري بتمويل المشروعات التجارية أو الاقتصادية، ولكن في صورة أدوات الإنتاج، حيث تقوم بإمدادها بالآلات أو المعدات التي تحتاج إليها، أما لزيادة الإنتاج أو لتجديده قصد مساندة التطورات التكنولوجية الحديثة .

-إلا أن الفقه قد اختلف بشأن تعريف عقد الإعتقاد الإيجاري من الوجهة القانونية فقد حاول البعض تعريفه من خلال المراحل التي يمر بها وذلك على النحو الآتي :

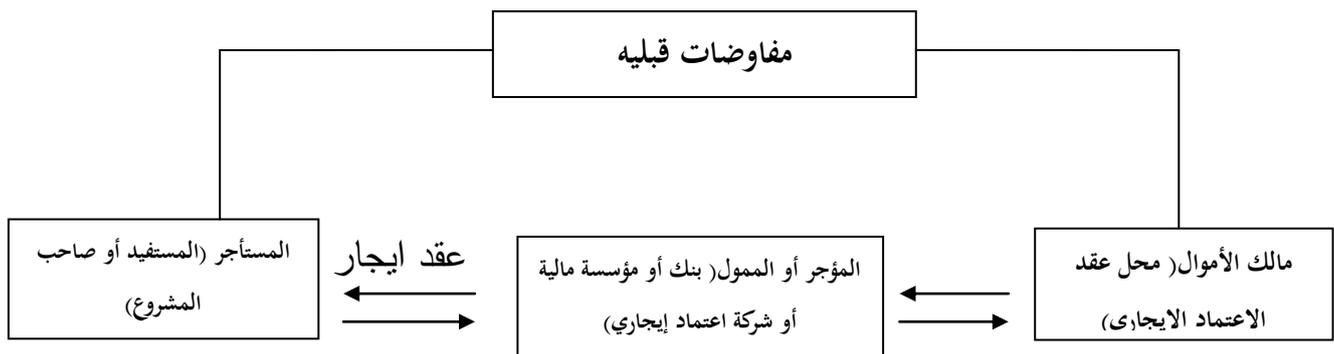
-عقد الإعتقاد الإيجاري يبدأ انطلاقاً من بحث المستفيد طالب التمويل عما يحتاج إليه من معدات أو تجهيزات أو غيرها ، ثم يقوم بالتفاوض مع مالك الأموال وكأنه سيشتريها لنفسه ويحصل نتيجة لذلك على عرض بالبيع ، ثم يتوجه بذلك العرض إلى البحث عن ممول لشراء تلك الأموال وتأجيرها له باعتبارها لا يملك السيولة الكافية لشراء ما يحتاجه حيث تقوم بهذا الدور شركات الإعتقاد الإيجاري المرخص لها وفقاً للأصول القانونية وفي كل الأحوال

¹-مراد هو مايون، الإيجار المالي في ظل القوانين الإسلامية ، المؤسسة العربية لضمان الاستمرار المستأجر غير الحدود الكويت 1996 ص1 .

لا يخاطب المستفيد شركة الاعتماد الإيجاري إلا بعد تعيين الأصول التي يحتاجها وتحديد أو وظائفها وخصائصها، قليلاً عن تعيين بائع هذه الأصول ثم تقوم شركة الاعتماد الإيجاري بدراسة طلب التمويل والفائدة المالية والاقتصادية التي يمكن أن تترتب عليه آخذتا بعين الاعتبار مركز طالب التمويل، حيث بلغت الاعتبار الشخصي دوراً مهماً في قرار شركة الاعتماد الإيجاري الممولة، للموافقة على القيام بالتمويل أو رفض ذلك الطلب.¹

فإذ وافقت هذه الأخيرة يتم إبرام العقد الإيجاري ويقتصر دور الشركة في شراء الأموال من أجل تأجيرها .

ويمكن توضيح وتبسيط عملية الاعتماد الإيجاري الثلاثية الأطراف والثنائية العقود من خلال المخطط البياني الآتي:



مع جهة الخيار

عقد شراء

- وقد عرفه البعض الآخر بأنه: عقد محوره الرئيسي الإيجار أو استئجار الأصل ولما كان استئجار الأصول هو عقد بين مالك الأصل، فرد أو منشأة يسمح للمستأجر، فرد أو منشأة

-نادر عبد العزيز شافي ، عقد اللينيع ،الجزء الأول ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان 2004 ، ص 391 .¹

باستخدام ذلك الأصل لفترات زمنية معينة للحصول على منفعة مقابل ما يحصل عليه المالك من أقساط نقدية.¹

- وقد ورد تعريف آخر لعقد الإعتقاد الإيجاري أنه:

يعتبر عمليات تأجير أدوات إنتاجية أو مجموعة عقارات مختارة من طرف المستأجر، ومشتراه أو مبنية لهذا الغرض من طرف المؤسسة المالية المؤجرة، وبناء على طلب المستأجر مقابل بدل الإيجار، على أن يبرم العقد لمدة طويلة تعادل العمر الإقتصادي المقترض للأصل المؤجر، ويقوم المستأجر عند نهاية مدة العقد إما بإرجاع الأصول المؤجرة أو شراء هذه الأصول بثمن يراعي فيه الأقساط المدفوعة خلال مدة الإيجار أو تجديد العقد بشروط جديدة .

- كما عرفه الدكتور سمير محمد عبد العزيز على أنه "أسلوب من أساليب التمويل الذي يقوم بمقتضاه المحول، المؤجر، بشراء أصل رأسمالي يتم تحديده ووضع مواصفاته بمعرفة المستأجر الذي يتسلم الأصل من المورد، على أن يقوم بأداء قيمة اجارية محددة للمؤجر كل فترة زمنية معينة، مقابل استخدام وتشغيل هذا الأصل ويحتفظ المؤجر في ظل هذه العلاقة التعاقدية بحق ملكية الأصول الرأسمالية المؤجرة ويكون للمستأجر في نهاية العقد أن يختار بين أحد البدائل التالية، شراء الأصل المؤجر نظير ثمن يتفق عليه، ويرعى في تحديده ما سبق سداده من قبل المستأجر مع الشركة المؤجرة من مبالغ خلال فترة التعاقد أو تجديد عقد الإيجار من قبل المستأجر مع الشركة المؤجرة لمدة أخرى بالشروط التي يتفق عليها الطرفان مع الأخذ بعين الإعتبار تقادم الأصل المؤجر، أو إرجاع الأصل إلى الشركة المؤجرة.²

¹- محمد أحمد الخضيرى، التمويل بدون عقود الطبعة الأولى، مجموعة (لنيل العربية)، دون ذكر بلد النشر 2001، ص 107 .

²- سمير محمد عبد العزيز: التأجير التمويلي ومداخله المالية المحاسبية، الإقتصادية التشريعية، التطبيقية، الطبعة الأولى مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، دون ذكر، ص 55 .

- وعموما اتجه الفقه الجديد إلى تعريفه :

بأنه إحدى الصيغ القانونية الجديدة التي تسمح لأحد المشروعات أو الأشخاص الحصول أو إستعمال أشياء دون أن يكون لديه الأموال اللازمة لشرائها في الحال وهذه الأشياء إما منقولة أو عقارية .¹

المطلب الثاني: أنواع عقد الإعتقاد الإيجاري وفقا للتشريع الجزائري

لقد كانت طريقة تقييم المشرع الجزائري لأنواع عقد الإعتقاد الإيجاري مختلفة نوعا ما عن طريقة تقسيم الأنظمة الأنجاو سكسونية واللاتينية .

الفرع الأول: الإعتقاد الإيجاري المالي والعملي:

1- الإعتقاد الإيجاري المالي :

يعتبر الإعتقاد الإيجاري مالي في حالة ما إذا نص عقد الإعتقاد الإيجاري على تحويل لصالح المستأجر كل الحقوق والإلتزامات والمنافع والمساوى والمخاطر المرتبطة بملكية الأصل الممول عن طريق الإعتقاد الإيجاري، وفي حالة ما إذا لم يكن فسخ عقد الإعتقاد الإيجاري، وكذا في حالة ما إذا ضمن هذا الأخير للمؤجر حتى إستعادة نفقاته من رأس المال والحصول على مكافأة على الأموال المستثمرة وهذا حسب م 2/2 من الأمر 96-09 المذكور ، يفهم من هذه الفقرة أنه في الإعتقاد الإيجاري المالي تنتقل فيه المسؤولية كلية إلى المستأجر حيث يتحول لكل ما يتعلق بالعقد من حقوق وواجبات ومنافع ومساوى إليه كما يضمن هذا النوع من الإعتقاد الإيجاري للمؤجر المدة الكافية لاستعادة كل نفقات رأس المال والحصول على مكافأة نتيجة الأموال المستثمرة .

2- الإعتقاد الإيجاري العملي: تدعى عمليات الإعتقاد الإيجاري بإعتقاد إيجاري عملي في

حالة ما إذا لم يحول لصالح المستأجر كل أو تقريبا كل الحقوق والإلتزامات، والمنافع

¹- إلياس ناصف، العقود الدولية، عقد اليزنغ أو عقد الإيجار تمويلي في قانون مقارن، بلد النشر 2001، ص 73 .

والمساوى والمخاطر المرتبطة بحق ملكية الأصل المحول والتي تبقى لصالح المؤجر أو على نفقاته .¹

والتمييز بين النوعين العملي والمالي أسند المشرع على حجم المسؤولية الملقاة على عاتق كل من المؤجر والمستأجر .

الفرع الثاني: الإعتقاد الإيجاري على أساس أنه منقول وغير منقول

1- الإعتقاد الإيجاري على أساس أنه منقول:

لقد عرفت المادة 3 من الأمر رقم 09-96 المتعلق بالإعتقاد الإيجاري هذا النوع كالاتي: "يعرف الإعتقاد الإيجاري على أساس أنه منقول عندما يخص أموالا منقولة تتشكل من تجهيزات أو موارد وأدوات ضرورية لنشاط المتعامل الإقتصادي" وبالتالي الإعتقاد الإيجاري للأصول المنقولة، يتم عندما يكون محل الأموال التي يريد المستثمر تأجيرها أموالا منقولة .

2- الإعتقاد الإيجاري على أساس أنه عقار :

حسب المادة 04 من الأمر 09-96 الإعتقاد الإيجاري على أساس أنه غير منقول عندما يخص أصولا عقارية مبنية أو ستبنى لسد الحاجات المهنية وبالتالي الإعتقاد الإيجاري للأصول العقارية يتحقق إذا ما كانت الأموال محل عقد الإعتقاد الإيجارية عقارية ولم يعرف إذا كانت مبنية أو ستبنى .

¹ - المادة 3/2 من الأمر رقم 09-96 مرجع سابق .

الفرع الثالث: الإعتقاد الإيجاري الوطني والدولي :

1- الإعتقاد الإيجاري الوطني :

نصت المادة 1/5 من الأمر 09-96 المذكور على أنه (يعرف الإعتقاد الإيجاري على أساس أنه وطني عندما تجمع العملية شركة تأجير، أو بنكاً أو مؤسسة مالية يتعامل اقتصادي وكلاهما مقيمان في الجزائر) إذن فالمعيار أخذ بمحل الإقامة.¹

2- الإعتقاد الإيجاري الدولي :

يكون الإعتقاد الإيجاري دولياً في حالتين، جاءت بها المادة 2/5 من الأمر 09-96 المذكور وذلك كما يلي: (.... على أساس أنه دولي عندما يكون العقد الذي يرتكز عليه .
- إما محضى بين متعامل إقتصادي مقيم بالجزائر أو شركة تأجير أو بنك أو مؤسسة مالية غير مقيمة في الجزائر .
- إما ممضي بين متعامل اقتصادي غير مقيم في الجزائر وشركة تأجير أو بنك أو مؤسسة مالية مقيمة في الجزائر .

المطلب الثالث: تمييز عقد الإعتقاد الإيجاري عن بعض العقود الأخرى

نظراً لتشابك العلاقات والأنظمة القانونية التي تخص عقد الإعتقاد الإيجاري سواء قبل إبرامه أو عند تنفيذه أو حتى انتهائه وكونه عقد يجمع بين الكثير من القواعد القانونية الخاصة ببعض العقود المنظمة قانوناً إذ هو يستمد أحكامه من القواعد القانونية المنظمة للعديد من العقود المسماة كعقد البيع، عقد الإيجار، بالإضافة للقواعد القانونية العامة التي

¹ - هذا ما أكدته الفقرة الأخيرة من نفس المادة (م 5 الأمر 09-96 المذكور وذلك كما يلي: (أن صفتي المقيم وغير المقيم في الجزائر هما المحددتان في التشريع والتنظيم المعمول بهما في الجزائر) .

نظمت العقود بشكل عام والتي يقتضي تطبيقها في كل ما لم يوجد بشأنه نص خاص، هذا ما جعل بعض الفقهاء يحاولون إدراجه ضمن عقد واحد من تلك العقود، وتطبيق أحكامها عليه بالرغم من أوجه الإختلاف بين عقد الإعتقاد الإيجاري وبين العقود المسماة التي نظمها المشرع .

الفرع الأول: عقد الإعتقاد الإيجاري وعقد البيع :

يمكن تمييز عقد الإعتقاد الإيجاري عن عقد البيع في مفهومه العام بكل سهولة، إذ أن المادة 351 من القانون المدني الجزائري قد عرفت عقد البيع كما يلي :

((بيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع بنقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي)) .

أما التعريفات الفقهية كثيرة في هذا الصدد، إذ يعرفه الفقيه السنهوري بأنه "عقد ملزم للجانبين، هو يلزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر ويلزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمننا نقدياً".¹

من خلال تعريف عقد البيع يتبين أنه لا يتلاءم مع عقد الإعتقاد الإيجاري إذ يوجد في العقدين تسليم ودفع لكل نقل الملكية ليس من العناصر الجوهرية في عقد الإعتقاد الإيجاري على العكس بالنسبة لعقد البيع .

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (البيع والمقايضة، الجزء4) منشورات الحلبي الحقوقية دون ذكر بلد النشر 1998 ، ص 21 .

فمن الظاهر جليا مدى الإختلاف بين العقدين حيث يؤدي عقد البيع إلى نقل ملكية المبيع للمشتري، أما في عقد الإعتقاد الإيجاري فإن ملكية الأشياء موضوع هذا العقد لا تنقل إلى الطرف الآخر إلا إذا مارس حقه عند نهاية العقد بشراء تلك الأشياء .

الفرع الثاني: عقد الإعتقاد الإيجاري وعقد الإيجار :

ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر وقد عرفت المادة 467 من القانون رقم 05/07 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري¹، هذا العقد بقولها (الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الإنتفاع شيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم، يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر) .

كما أنه بمقتضى التعديل الآخر للقانون المدني أصبحت الشكلية في عقد الإيجار للنقض وليست للإثبات حيث نصت المادة 467 مكرر من نفس القانون على أنه (ينعقد الإيجار كتابه ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا) .

ويشكل الإيجار عنصرا أساسيا من عناصر عقد الإعتقاد الإيجاري، حيث تقوم شركة الإعتقاد الإيجاري بشراء الأموال موضوع العقد يقصد تأجيرها إلى الطرف الآخر الذي يصبح مستأجرا، ويلتزم بدفع بدلات الإيجار في المواعيد المتفق عليها ويمتتع عن التصرف بها، كما يلتزم بالمحافظة عليها .

وتبقى ملكية تلك الأموال لشركة الإعتقاد الإيجاري المؤجرة مع إعطاء المستأجر حق استعمالها واستغلالها من أجل تحقيق الغرض الإقتصادي المطلوب .

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تطورات حديثة في التمويل الإئتماني، بحث مقدم إلى مؤتمر الجديد في عمليات المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق، 26-27 أفريل 2001، ص 19 .

إلا أن ذلك لا يعني اعتبار أن عقد الإيجار الإيجاري هو عقد إيجار فالمستأجر وإن كان يلتزم بدفع بدلات الإيجار، فإن بدل الإيجار في عقد الإيجار الإيجاري يكون مرتفعا بشكل ملحوظ عن مثيله في عقد الإيجار العادي .

والسبب في ذلك هو أن بدل الإيجار في الإيجار الإيجاري لا يقدر على أساس القيمة التأجيرية للمأجور بل يقدر بالنسبة إلى قيمة استهلاك رأس المال.¹

كما أن قواعد الإيجار يتم تطبيقها فقط في إحدى المراحل التي يمر بها عقد الإيجار الإيجاري، ويعتبر عنصرا من عناصره التي تشمل عدة قواعد أخرى، تختلف في جوهرها عن قواعد الإيجار العادي، ويظهر الاختلاف بين عقد الإيجار الإيجاري والإيجار من عدة جوانب .

فالأشياء موضوع عقد الإيجار العادي تكون مملوكة للمؤجر ومعدة لتأجيرها لأكثر من شخص ما الأشياء موضوع عقد الإيجار الإيجاري فلا تكون في الأساس ملكا لشركة الإيجاري (المؤجرة) بل أنها تمتلكها بعد توقيع عقد الإيجار الإيجاري .

وما يجري عليه العمل هو أن شركة الإيجار الإيجاري توقع في نفس الوقت عقد الإيجار الإيجاري وعقد شراء الأشياء التي يكون المستأجر قد اختارها بما يتلاءم مع احتياجاته ومتطلباته .

ويقتصر عقد الإيجار العادي على وجود علاقة ثنائية بين المؤجر والمستأجر، أما في عقد الإيجار الإيجاري وبالرغم من ثنائية أطرافه فهو ينشأ عنه في الواقع العملي علاقة ثلاثية بين شركة الإيجار الإيجاري (للمؤجرة) وطالب التمويل (المستأجرة) والمالك الأساسي للأموال وهو البائع الذي يرتبط مع شركة الإيجار الإيجاري بعقد البيع .

¹ - نادر عبد العزيز شافى، مرجع سابق، ص 493 .

كذلك يختلف عقد الإعتقاد الإيجاري العادي من ناحية الحقوق والإلتزامات التي يربتها كل عقد في ذمة طرفيه.

ويتميز عقد الإعتقاد الإيجاري أيضا عن عقد الإيجار العادي بحق الخيار الممنوح للمستأجر إذ يحق له عند نهاية مدة العقد أن يختار بين شراء الأموال المؤجرة أو ردها لشركة الإعتقاد الإيجاري أو تجديد العقد بشروط جديدة .

وهذه الخيارات غير موجودة في عقد الإيجار العادي، حيث ياتزم المستأجر برد الأموال المؤجرة عند نهاية مدة الإيجار، هذا بالإضافة إلى البنود الجزائية المرتفعة التي تشترطها شركة الإعتقاد الإيجاري على المستأجر والذي تفرض عليه عند إخلاله بأحد إلتزاماته إعادة الأموال المؤجرة إلى المؤجر إلى جانب التعويض المتمثل وبالتالي بالرغم من أن عقد الإيجار يشكل الركيزة العقدية الأساسية لعقد الإعتقاد الإيجاري ولكنه عنصرا غير كاف لاعتباره عقد إيجار عادي، نظرا للإختلافات الجوهرية بين العقدين، ونظرا للهدف التمويلي الدافع لإنشاء عقد الإعتقاد الإيجاري، والذي يضيف عليه الصفة التمويلية .

الفرع الثالث: عقد الإعتقاد الإيجاري وعقد الوكالة :

نصت المادة 571 ق.م.ج على أن (الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص، شخا آخر للقيام بعمل شيء (حساب الموكل باسمه) ويعتبر عقد الوكالة في الأصل من عقود التراضي، وقد يصبح شكليا إذا كان التصرف القانوني محل الوكالة تصرفا شكليا وفقا لنص م 572 من ق.م.ج كما تعتبر الوكالة من عقود التبرع ويمكن أن تكون من عقود المعارضة وفقا لمادة 581 ق.م.ج .

وعقد الوكالة يعتبر من العقود الملزمة للطرفين أي للموكل وللوكيل، وقد تكون ملزمة لجانب واحد إذا كانت بغير أحد أو تميز الوكالة يتغلب الإعتبار الشخصي تبعا لمدى أهمية

شخصية كل من الموكل والوكيل ، كما تتميز بأنها عقد غير لازم إذ يجوز للموكل عزل الوكيل، وللوكيل أن ينتهي عن الوكالة وفقا لنفس المادتين (58 و588 ق.م.ج).

- هذا وتعتبر الوكالة إحدى التقنيات التي يتم اللجوء إليها أثناء عملية الإعتقاد الإيجاري، كما في حالة توكيل شركة الإعتقاد الإيجاري المستأجر في اختيار المعدات أو التجهيزات اللازمة له، وتكون موضوع عقد الإعتقاد الإيجاري، أو في حالة توكيله لشراء تلك الأموال مباشرة من البائع بالوكالة عن شركة الإعتقاد الإيجاري بعد التأكد من صلاحياتها وموافقتها للمواصفات والشروط المطلوبة.¹

- إلا أنه وبالرغم من ذلك فن عقد الإعتقاد الإيجاري يتميز عن عقد الوكالة في: أن اختيار المستأجر للأموال موضوع عقد الإعتقاد الإيجاري، يتم في أغلبية الأحيان قبل تعاقد مع شركة الإعتقاد الإيجاري، وقبل إبرام عقد الإعتقاد الإيجاري، وبالتالي لا يكون هناك موكل في هذه الحالة، أي أنه ينبغي وجود الطرف الأساسي الآخر المطلوب في عقد الوكالة وهو الموكل (شركة الإعتقاد الإيجاري) .

إذ أن عقد الوكالة يقوم على وجود طرفين هما الموكل والوكيل، ولا يمكن أن يكون ثمة عقد وكالة لا يوجد فيه موكل .

- صحيح أن المستأجر في عقد الإعتقاد الإيجاري هو الذي يختار الأموال موضوع العقد وتقوم شركة الإعتقاد الإيجاري بشراء تلك الأموال المختارة ولكونها تقوم بذلك من أجل تنفيذ أحد الإلتزامات الأساسية التي يربتها عقد الإعتقاد الإيجاري وهو الإلتزام بشراء الأموال من أجل تأجيرها للمستأجر .

¹- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات في القانون الخاص في نطاق قانون الأموال وقانون الإلتزامات منشأة المعارف، الطبعة الأولى دون ذكر بلد النشر 1991، ص 87 .

- هذا وقد تردد القضاء الفرنسي في تطبيق أحكام الوكالة على عملية الإعتقاد الإيجاري، وإن كان قد استقر على تكييف العلامة التي تربط شركة الإعتقاد الإيجاري أثناء اختيار الأموال موضوع عقد الإعتقاد الإيجاري بأنها وكالة ضمنية من شركة الإعتقاد الإيجاري المؤجرة للمستأجر.¹

أهم ما يميز عقد الإعتقاد الإيجاري عن عقد الوكالة هو أنه في العقد الأخير تتصرف آثار تصرفات الوكيل إلى ذمة الموكل وكأنه هو الذي قام بها .

كما ى يتحمل الوكيل أي التزام شخص اتجاه الغير، ولا يجوز لهؤلاء أن يطالبوا غير الموكل.

- أما في عقد الإعتقاد الإيجاري، فلا تتحمل شركة الإعتقاد الإيجاري، أية مسؤولية اتجاه الغير بصفتها مالكة للأموال المؤجرة، بل تترتب هذه المسؤولية على المستأجر، كما لا تتحمل الشركة اتجاه المستأجر ولا اتجاه الغير، أية التزامات ناشئة عن المال موضوع عقد الإعتقاد الإيجاري .

- ومن المسلم به أنه ركيزة الإعتقاد الإيجاري لا تتحمل مسؤولية سوء اختيار المستأجر للأموال المؤجرة، ومن ثمة لا يجوز لهذا الأخير أن يحمل المؤجر عدم ملائمة تلك الأموال، كما أن وجود الوكالة في عقد الإعتقاد الإيجاري هو الذي يبرر إعفاء المؤجر من العديد من الإلتزامات القانونية الذي تقع على عاتقه بصفته مؤجراً.²

¹- نادر عبد العزيز شافى، مرجع سابق، ص 511 و 512 .

²- صخر أحمد الخصلوية: عقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة في القانون الأردني مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي) الطبعة 1، مص 2005، ص 122 .

الفصل الثاني

إنشاء عقد الإعتقاد

الإيجاري

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتماا الإيجاري

تمهيد :

لقد وصفت التشريعات المختلفة ومنها التشريع الجزائري الإعتماا الإعتمااا الإيجاري على أنه عقد ومادام كذلك، وحتى يرتب آثاره القانونية لابد توافر شروط ارادية تركت لشريعة المتعاقدين طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

وأخرى إلزامية لا يتوقف وجودها على إرادة الأطراف المتعاقدة بل هي شروط يفرضها القانون من خلال قواعد آمرة ورد في الأمر 09-96 المتعلق بالإعتماا الإيجاري والتنظيم والتنظيم رقم 06-96 المتعلق بشروط إنشاء شركات الإعتماا الإيجاري .

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتدال الإيجاري

المبحث الأول: أركان عقد الإعتدال الإيجاري وطبيعته القانونية

المطلب الأول: الأركان الموضوعية العامة والخاصة لعقد الإعتدال الإيجاري

الفرع الأول: الأركان الموضوعية العامة في عقد الإعتدال الإيجاري:

حتى ينعقد الإعتدال الإيجاري صحيحا ومستوفيا لشروطه القانونية، فإنه وكل عقد يجب أن تتوفر فيه الأركان الموضوعية العامة للعقود من تراضي صحيح خال من العيوب الإرادة وصادر من أشخاص يتمتعون بالأهلية القانونية، وأن ينصب هذا الرضا على محل ممكن ومشروع والسبب لا يخالف النظام والآداب العامة.¹

1- التراضي في عقد الإعتدال الإيجاري :

التراضي هو تبادل الإيجاب والقبول لغرض الوصول لتحقيق آثار هذا العقد ولا يحتاج الرضا عملا بشكل معين إلا إذا فرضها القانون بصورة خاصة والزامية، ولم يفرض الأمر 09-96 وجوب ظهور الرضا بشكل معين المهم أن يكون ظاهرا واضحا، ثابتا وخالي من العيوب الإرادة .

- هذا وقد اعتبرت بعض القرارات² أنه من المستبعد عمليا وقوع أحد عيوب الرضا في عقد الإعتدال الإيجاري، إذ أن المستأجر هو الذي يتوجه إلى شركة الإعتدال الإيجاري لإجراء اتفاق معين فلا يمكن أن يقع المستأجر في الغلط على أشياء مقدمة منه للطرف الآخر لكن يمكن أن يقع المؤجر (شركة الإعتدال الإيجاري في الغلط إذا وافق على تمويل المستأجر بناء على معلومات خاطئة، والرضا يجب أن ينصب على جميع بنود العقد الإعتدال

¹ - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، إحياء التراث العربي، بيروت بدون سنة النشر، ص 170 .

² - وائل طيارة قرار تحكيمي (الحكم) بتاريخ 1999/11/050، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 12، ص 11 (علما أنه لا يوجد قرارات مماثلة في الفضاء الجزائري تخص الإعتدال الإيجاري) .

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتقاد الإيجاري

الإيجاري بما يتضمنه من شروط من حيث تحديد الآلات أو المعدات المحتاجة في المشروع.

- هناك سؤال مهم هل اقتران الإيجاب بالقبول يكفي لإبرام عقد الإعتقاد حتى قبل الحصول على المال المطلوب موضوع العقد .

- تقول حسب التشريعات اللاتينية الفرنسية يشترط الشراء المسبق للمال المؤجر لأن عقد الإعتقاد الإيجاري لا يتم في هذا الشكل بل يجب على المؤجر الحصول على المال موضوع العقد عن طريق الشراء .

غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق لهذه النقاط في القانون المنظم لعقد الإعتقاد الإيجاري هذا وقد ذهب المشرع الفرنسي إلى أن المفاوضات التي تجري بين المستفيد والبائع تسفر على صدور إيجاب وقبول ملزما للبائع يتلاقى القبول به عند إرسال المؤسسة المالية المؤجرة طلبها إلى البائع بشراء الأصل لحسابها الخاص.¹

2- المحل في عقد الإعتقاد الإيجاري :

يتخذ موضوع عقد الإعتقاد الإيجاري أهمية خاة نظرا لما يلعبه من دور كبير في تحقيق الهدف المرجو من ظهور الإعتقاد الإيجاري كأحد وسيلة تمويل لذا يشترط في موضوع العقد أن يكون الموضوع معيناً معيناً كافياً نافياً للجهالة وأن يكون ممكناً ومباحاً، وأن يكون موجوداً عند إبرام العقد وفقاً للمادتين 93 و 94 ق. م. ج.

- نجد انفسنا أننتطرق للنقاط التالية في محل العقد :

■ الأموال التي تجوز أن تكون محلاً لعقد الإعتقاد الإيجاري :

¹ - هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص 258 .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

- انقسمت التشريعات القانونية حول تحديد الأموال التي يجوز أن تدفع عليها هذا العقد فالبنسبة للتشريع الجزائري نجد أن الأمر 96-09 لمذكور قد نظم عمليات الإعتداف الإيجاري المتعلقة بالأصول المنقولة وغير منقولة وكذا بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية .

- الأصول المنقولة: عرفها م 3 من نفس الأمر "لا يعرف الإعتداف الإيجاري على أساس أنه منقول عندما يخص أصولا منقولة تتشكل من تجهيزات أو مواد أو أدوات ضرورية لنشاط المتعامل الإقتصادي" ونص م 7 نفس الأمر "يعتبر عقد الإعتداف الإيجاري للأصول المنقولة عقدا تمنح من خلاله شركة تأجير البنك، أو المؤسسة المالية المسماة "بالمؤجر" على شكل تأجير مقابل حصول على ايجارات ولمدة ثابتة، أصولا متشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الإستعمال المهني لمتعامل اقتصادي، شخصا طبيعيا كان أو معنويا يدعى المستأجر، كما يترك لهذا الشخص إمكانية اكتساب كليا أو جزئيا الأصول المؤجرة عن طريق دفع سعر متفق عليه والذي يأخذ بعين الإعتبار على الأقل جزئيا الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجار" .

- يتضح أن المشرع ج عدد بعض الأموال المنقولة .

- الأصول غير منقولة (العقارات): عرفتھا المادة 04 من نفس الأمر ينص " يعرف الإعتداف الإيجاري على أساس أنه غير منقول" عندما ينص أصولا عقارية مبنية أو ستبنى لسد الحاجات المهنية الخاصة بالمتعامل الإقتصادي"، كما نصت م 1/8 من نفس الأمر على أنه: "يعتبر الإعتداف الإيجاري للأصول غير منقولة عقدا يمنح من خلاله طرف يدعى "المؤجر" وعلى شكل تأجير لصالح طرف آخر يدعى "المستأجر" مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة، أصولا ثابتة مهنية اشتراها أو بنيت لحسابه مع إمكانية المستأجر في الحصول على ملكية مجمل الأصول المؤجرة، أو جزء منها في أجل أقصاه انقضاء مدة الإيجار ...".

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

- وعليه فقد حدد المشرع الجزائري الأموال العقارية التي يقع عليها نشاط الإعتداف الإيجاري في الأصول الثابتة المهنية، والتي يكون المؤجر قد اشتراها أو بينت لحسابه .

- أما عن عقد الإعتداف الإيجاري المتعلق بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية فقد اعتبرها المشرع الجزائري سندا يمنح من خلاله المؤجر لصالح المستأجر محلا تجاريا أو مؤسسة حرفية من ملكه وذلك على شكل تأجير مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة مع الوعد من جانب واحد بالبيع لصالح المستأجر وبمبادرة منه عن طريق دفع سعر متفق عليه يأخذ فيه بعين الإعتبار على الأقل جزئيا، الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجارات، وهذا مع توفر شرط انعدام إمكانية المستأجر في إعادة تأجير المحل التجاري أو المؤسسة الحرفية لمالكها الأول وهذا ما جاءت به المادة 09 من الأمر 96-09 المذكور بما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يستبعد المنقولات المعنوية من نطاق تطبيق قواعد الأمر 96-09 المذكور¹، على خلاف المشرع الفرنسي الذي استبعدها من نطاق قانونية لسنة 1966 المتعلق بالإعتداف الإيجاري ولكن عندما أراد مد تطبيق هذا القانون للمنقولات المعنوية كان مضطرا إلى إصدار تشريع يحقق الغاية المنشودة في قانون 1986/07/6 الخاص بالمحلات التجارية والحرفية .

❖ الغرض الذي تخصص له الأموال موضوع عقد الإعتداف الإيجاري:

- لم تتفق كذلك كافة التشريعات على الغرض الذي يمكن أن تخصص له الأموال التي يجوز أن تكون موضوعا لعقد الإعتداف الإيجاري .

- فالبنسبة للقانون الجزائري فإنه حصر تطبيق عقد الإعتداف الإيجاري في الأموال ذات الإستعمال المهني سواء تعلق الأمر بالمنقولات أو العقارات، مستبعدا بذلك أن يكون الغرض

¹- ولكن ما يلاحظ على شركة الإعتداف الإيجاري "سالم" وهي الشركة الأكثر رواجاً في مجال الإعتداف الإيجاري في الجزائر أنها تستبعد هذا النوع من المنقولات المعنوية (المحلات التجارية والمؤسسات الحرفية) فهي مختصة في المنقولات المادية دون المعنوية .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتدال الإيجاري

الذي تخصص له الأموال موضوع هذا العقد شخصيا وهذا طبقا للمادة 07 الخاصة بالأصول المنقولة والتي ورد فيها :

"يعتبر عقد الإعتدال الإيجاري للأصول المنقولة عقدا تمنح من خلاله شركة التأجير البنك أم المؤسسة المالية المسماة بالمؤجر، على شكل تأجير، مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة أصولا مشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الإستعمال المهني لمتعامل اقتصادي.....".

والمادة 08 الخاصة بالأصول غير المنقولة (العقارات وذلك كما يلي (يعتبر عقد الإعتدال الإيجاري للأصول غير منقولة عقدا يمنح من خلاله طرف يدعى المؤجر وعلى شكل تأجير لصالح طرف آخر يدعى المستأجر مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة أصلا ثابتة ومهنية...).

فورود كلمة الإستعمال المهني في م 7 ومهنة في م 8 بدل لا محال أن المشرع الجزائري قد حدد أن تكون الأموال محل عقد الإعتدال الإيجاري مخصصة لغرض انتاجي لا استهلاكي من دون استثناء وهذا عكس المشرع المصري الذي استثنى سيارات الركوب والدراجات الآلية.

❖ شراء المؤجر للأموال موضوع عقد الإعتدال الإيجاري :

- لم يتخذ المشرع الجزائري موقفا واضحا وصريحا حول أصل المال موضوع عقد الإعتدال الإيجاري إذ لم يستفيد من الجدل المطروح في فرنسا حول هذه النقطة عكس المشرع المصري .

- جاءت م 7 من الأمر 96-09 المذكور والخاة بالإعتدال إيجاري للأصول المنقولة خاليا من العبارة الدالة على أصل المال موضوع هذا العقد حيث وردت هذه المادة عبارة أصولا "مشكلة" من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الإستعمال المهني لمتعامل اقتصادي .

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

- أما بالنسبة للعقارات ورد نص م 8 من نفس الأمر أصولا ثابتة مهنية اشتراها العقارات موضوع عقد الإعتداف الإيجاري أن تكون مشتراه أو مبنية لحساب المؤجر .

3- السبب في عقد الإعتداف الإيجاري :

يتحقق ركن السبب في عقد الإعتداف الإيجاري بأن تتجه إرادة طرفي العقد (شركة الإعتداف الإيجاري والمستفيد) إلى تحقيق هدف محدد وأن يكون الباعث الدافع إلى التعاقد مشروعاً¹، ومفاد هذا أن انعدام السبب أو مخالفته للنظام العام أو الآداب العامة يؤدي إلى بطلان العقد، ويعد ذلك تطبيقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 97 من ق.م.ج، كما أن السبب يعتبر صحيحاً حتى إثبات العكس وفقاً للمادة 98 من نفس القانون، وهذا وتعد أسباب عقد الإعتداف الإيجاري بصورة عامة أسباباً اقتصادية على اعتبار أن هذا العقد يستهدف أساساً عملية التمويل².

فسبب التزام المستفيد في هذا العقد يتمثل في التزام المؤسسة المالية المؤجرة بأن تصنع تحت تصرفه شيئاً ليدفع به مدة محددة لقاء أجره يتفق عليها، ومن ناحية أخرى تتعهد هذه المؤسسة المالية بأن تبيع الأشياء المؤجرة للمستفيد عند نهاية العقد إذا ما رغب هو في ذلك.

- أما إلتزام المؤجر فيجد لسببه في التزام المسفيد في سداد الأجر الدورية خلال مدة معينة تم الإلتفاق عليها في عقد الإيجار، إلا أنه نظراً للإرتباط العضوي الوثيق الموجود بين عقد شراء الاصول الإنتاجية محل عقد الإعتداف الإيجاري وعقد الإيجاري، بحيث إذا تخلف البيع امتنع وصف العقد الثاني بأنه اعتماد إيجاري، ومن ثم يمكن القول بأن كل عقد يعتبر سبباً للعقد الآخر عن التشريعات اللاتينية التي تشترط الشراء المسبق للمال المؤجر، وهو ما أيدته محكمة النقض الفرنسية عندما أيدت محكمة الإستئناف الحكم القاضي ببطلان عقد الإعتداف

¹- نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإعتداف الإيجاري، مرجع سابق، ص 242 .

²- إلياس ناصيف، عقد الليزينغ في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 225 .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداده الإيجاري

الإيجاري لانعدام سببه نتيجة لفسخ عقد البيع الذي بمقتضاه انتقلت ملكية الأشياء المؤجرة من البائع إلى المؤسسة المالية المؤجرة التي أجزته للمستفيد .

الفرع الثاني: الأركان الموضوعية الخاصة في عقد الإعتداده الإيجاري

كما سبق الإشارة إليه فإن عقد الإعتداده الإيجاري ونظرا لطبيعته الخاصة فهو يحتوي على شروط تميزه في كل مراحل نفاذه وأهم هذه الميزات تمكن في طرفي هذا العقد ومدته .

1- طرفا عقد الإعتداده الإيجاري :

إذا كان الواقع الإقتصادي يفرض أن يضم عقد الإعتداده الإيجاري ثلاثة أطراف وهم المنتج (البائع) والمؤسسة المالية (المؤجر) والمشروع التجاري أو الصناعي المستفيد من العملية التمويلية (المستأجر) .

- الرأي الراجع هو أن عقد الإعتداده الإيجاري يعتبر عقدا ثنائي الأطراف وطرفاه هما المستأجر والمؤجر.¹

❖ المستأجر: L'essar, crédit preneur :

لم يتعرض الأمر رقم 09-96 المذكور لتعريف المستأجر باعتباره أحد أطراف عقد الإعتداده الإيجاري، وذلك خلاف القانون المصري، الذي عرفه من خلال م 1 من قانون 95-95 المذكور سابقا (المستأجر هو من يجوز ما لا استنادا إلى عقد تأجير تمويلي) .

وبما أن الأمر رقم 09-96 المذكور اقتصر في نص م 1/2 على أن المستأجر في عقد الإعتداده الإيجاري يتمثل في متعامل اقتصادي سواء كان جزائريا أو أجنبيا، طبيعيا أم معنويا وخاضعا للقانون العام أو الخاص دون أن يضع قيودا أو شروطا معينة لإتخاذ صفة المستأجر، فيقتضي ذلك تطبيق القواعد العامة، حيث يجوز لكل شخص تتوافر لديه الأهلية

¹ - عبد الرحمن السيد قرمان، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص 63 .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداد الإيجاري

القانونية أن يستأجر وذلك نظرا لأن أهم ما يطرح في هذا الصدد هو صلاحية المستأجر للإلتزام بأداء بدل الإيجار، فإذا توافرت هذه الصلاحية فإنه يمكن لكل شخص طبيعي كان أم معنوي أن يكون مستأجرا وهذا ما لم يوجد نص خاص يمنع بعض الأشخاص من الإستئجار .

أما الأهلية الواجب توافرها لدى المستأجر، فهناك جدل فقهي واجتهادي ما إذا كانت تكفي أهلية الإدارة أم تلتزم التصرف، وذلك بسبب الخلاف حول ما إذا الإستئجار يعتبر من أعمال الإدارة أو من أعمال التصرف .

والرأي الراجح هو أن الإيجار بالنسبة للمستأجر، يعد من أعمال التصرف بسبب إلتزام المستأجر يدفع بدل الإيجار من ذمته المالية، مما يقضي أن تتوفر لدى المستأجر أهلية التصرف.

وبالتالي يمكن أن يكون المستأجر شخص طبيعي أو معنوي فإن كان طبيعي يجب أن تتوفر فيه الأهلية اللازمة للقيام بالتصرفات القانونية، أما إذا كان المستأجر شخصا معنوي فلم يصنع الأمر 09-96 المذكور أي شروط معينة كما فعل بالنسبة للمؤجر (وفق ما سنراه لاحقا في أهلية المؤجر) أي التأسيس يكون وفقا للقواعد العامة التي تحكم تأسيس وإدارة الشخص المعنوي .

❖ المؤجر : Lésée, crédit Bailleur

يلعب المؤجر دورا أساسيا في عملية الإعتداد الإيجاري الذي يعتبر الطرف الممول في هذه العملية فهو الذي يقوم من الناحية القانونية بشراء المعدات والتجهيزات اللازمة للمستأجر ويضعها تحت تصرفه، أو يسهل ذلك عن طريق الإيجار .

لذلك لا يستطيع القيام بمهمة ودور المؤجر في عقد الإعتداد الإيجاري سوى المؤسسات المالية الضخمة التي تتخذ عادة شكل الشركات التجارية لما تملكه من رؤوس أموال كبيرة .

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

بالنسبة للجزائر، فإن عدم وجود شركات الإعتداف الإيجاري في الفترة ما بين 1990 إلى 1996 راجع إلى الفراغ القانوني الذي عرفته النصوص القانونية المتعلقة بالإعتداف الإيجاري مما أدى إلى عرقلة ظهور أي شركة .

إلا أنه ورغم هذا الفراغ القانوني نجد أن كل من البنك الجزائري السعودي للإعتداف الإيجاري وبنك البركة قد دخلتا السوق الجزائرية منذ مطلع التسعينات، لكن وبعد نشر الأمر 09-96 المذكور والمتعلق بالإعتداف الإيجاري، نشأت أولى شركات الإعتداف الإيجاري وهي الشركة الجزائرية للمنقولات "سالم" وذلك في 1997/06/28¹، وتبعتها بعد ذلك العديد من الشركات الأخرى التي اعتمدت طريقة التمويل عن طريق عقد الإعتداف الإيجاري، ومنها الشركة العربية للإيجار المالي س . أ²، والمغربية للإيجار المالي.

✓ يتبين أن المشرع من خلال المادة 1 الأمر 09/96 المتعلق بالإعتداف الإيجاري والتي تنص على أنه (يعتبر الإعتداف الإيجاري موضوع هذا الأمر، عملية تجارية ومالية .

- يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركات تأجير مؤهلة قانون ومعمدة صراحة بهذه الصفة، مع المتعاملين الإقتصاديين الجزائريين أو الأجانب أشخاص طبيعيين كانوا أم معنويين للقانون العام أو الخاص).

وبذلك يتبين أن المشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي، قد اشترط في المادة المذكورة أعلاه، أن يكون المؤجر شخصا معنويا مستبدا الأشخاص الطبيعيين من أن يكونوا في عداد المؤجرين في عقد الإعتداف الإيجاري .

- وقد عالج التنظيم رقم 06-96 المؤرخ في 1996/07/33، والمتعلق بشروط إنشاء شركة الإعتداف الإيجاري ما يلي :

¹ - إنمائها بموجب قرار رقم 09-96 الصادر عن محافظة بنك الجزائر .

² - اعتمادها بمقتضى المقرر رقم 02/02 المؤرخ في 20 فبراير 2002 الجريدة الرسمية عدد 72 .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

- الطبيعة القانونية لهذه الشركة / الحد الأدنى لرأسمالها / وعدد شركاتها وكذلك الشروط المتعلقة بمسيريها، وبما أن شركات الإعتداف الإيجاري هي عبارة عن مؤسسات مالية فإنها تخضع للأمر 11-03 المتعلق بالنقد والقرض .

2- مدة عقد الإعتداف الإيجاري :

إن الأسس التي تراعي في تحديد مدة عقد الإعتداف الإيجاري من الناحية القانونية تخضع لمبدأ حرية التعاقد، إذ يعود للمؤجر (شركة الإعتداف الإيجاري) والمستأجر (المستفيد) أن يتفقا على تحديد المدة التي يشاءان مادامت لا تخالف النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية وهي المدة الموافقة للفترة غير القابلة للإلغاء طبقا لنص م 1/12 من الأمر 09-96 المذكور .

- وليس لتحديد المدة أي تأثير قانوني على طبيعة العقد إذ لم يفرض القانون الجزائري ولا القوانين المقارنة مدة محددة لهذا العقد .

- أما من الناحية الإقتصادية فإن مدة هذا العقد تختلف بحسب طبيعة الأموال موضوع العقد.

- وقد أشار المشرع الجزائري على هذا من خلال المادة 1/12 من الأمر 09/96 المتعلق بالإعتداف الإيجاري والتي نصت على أنه "يمكن أن توافق مدة الإيجار المدة المتوقعة للعمر الإقتصادي للأصل المؤجر كما يمكن أن تحدد استنادا إلى قواعد الإستهلاك المحاسبية و/أو الجبائية المحددة عن طريق التشريع، والمتعلقة بالعمليات الخاصة بالإعتداف العيجاري" .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتدال الإيجاري

- وتجدر الإشارة إلى أنه يحق لشركة الإعتدال الإيجاري بوصفها المالكة للمعدات أو للآلات موضوع العقد، أن تقوم بحسم مخصصات استهلاك المعدات التي تمتلكها بالشراء من وعائها الضريبي، وهذا الوعاء يتكون من بدل الإيجار الذي تستوفيه من المستفيد.¹

المطلب الثاني: الأركان الشكلية في عقد الإعتدال الإيجاري :

لقد اعتبر القانون الجزائري عقد الإعتدال الإيجاري عقد شكلي، والشكلية فيه للإعتدال وليس للإثبات .

- حيث نصت المادة 1/2 من الأمر 09-96 المذكور على أن الإعتدال الإيجاري يكون قائما على ايجار، وبما أن عقد الإيجار وفقا لتعديل ق. م أصبح عقدا شكليا بمقتضى م 467 مكرر²، والتي نصت على أنه "ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا .

- ونفس الشيء بالنسبة لإيجار المحلات التجارية والمؤسسات الحرفية والتي تمثل النوع الثالث للإعتدال الإيجاري في الجزائر، والمنصوص عليها في م 09 من الأمر 09-96 المذكور، فإن ايجار هذه المحلات التجارية والمؤسسات الحرفية هو عقد شكلي بمقتضى نص م 1/187 مكرر ق.ت. ج "تحرر عقود الإيجار المبرمة ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ... في الشكل الرسمي، وذلك تحت طائلة البطلان، وتبرم لمدة يحددها الأطراف بكل حرية" .

الفرع الأول: كتابة عقد الإعتدال الإيجاري في التشريع الجزائري :

بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد اعتبر الكتابة ركنا رابعا في عقد الإعتدال الإيجاري إذ لا يقوم العقد إلا بوجودها ولا يخلف آثاره القانونية إلا أنها وهذا ما أكدته م 10 من الأمر 09/96 في تكييفها لعقد الإعتدال الإيجاري حيث نصت على أنه :

¹- نادر عبد العزيز شافي، عقد الليزنج، ص 158، 159 .

²- القانون 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 المعدل والمتمم ق. م .

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتدال الإيجاري

"لا يمكن أن يدعى العقد الإيجاري كذلك، مهما كانت الأصول التي تعلق الأمر بها ومهما كان عنوان العقد، إلا إذا حرر بكيفية تسمح بالتحقق دون غموض له وكل الأمور المذكورة في المادة الأخيرة لابد أن تكون مكتوبة أو مدونة في عقد الإعتدال الإيجاري، إذ لا يعقل الإتفاق عليها شفاهة بين طرفي العقد .

- كما أن نص هذه المادة استعمل كلمة "يشير عقد الإعتدال الإيجاري" والإشارة في العقد لابد أن تكون كتابة .

الفرع الثاني: نشر عقد الإعتدال الإيجاري :

لقد أشارت المادة 6 من الأمر 09/96 المتعلق بالإعتدال الإيجاري إلى وجوب إشهار عقود الإعتدال الإيجاري بقولهما: (تخضع عمليات الإعتدال الإيجاري إلى إشهار، تحدد كميّاته عن طريق التنظيم، لكن الغريب في الأمر أن التنظيم المشار إليه في المادة السابقة تأخر سبب سنة أو سنتين بل لأكثر من 10 سنوات.

- حيث جاء المرسوم التنفيذي رقم 90/06 المؤرخ في: 20/02/2006 ليحدد كميّات إشهار عمليات الإعتدال الإيجاري للأصول المنقولة، والرسوم التنفيذية رقم 91/06 المؤرخ في 20/02/2006 ليحدد كميّات إشهار عمليات الإعتدال الإيجاري للأصول غير منقولة .

لكن السؤال المطروح هل العمليات التي كانت قبل صدور هذا المرسوم تخضع لأنها بعد البحث بهذا الأمر وجدنا وأن بعض أطراف عقود الإعتدال الإيجاري قبل صدور المرسوم المحدد لكيفية الشهر، "كانوا يلجؤون للإتفاق على شهر عقودهم بإتباع طريقة الإشهار بواسطة الصحافة المكتوبة كالإعلان الذي قامت به شركة الخطوط الجوية الخليفة في جريدة الوطن الصادرة بتاريخ 18/06/2000" .

1- إشهار عمليات الإعتدال الإيجاري للأصول المنقولة وفقا لتشريع جزائري :

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتدال الإيجاري

لقد جاء المرسوم التنفيذي رقم 90/06 المحدد لكيفيات إشهار عمليات الإعتدال الإيجاري للأصول المنقولة، ومن خلال هذا الجزء سنتطرق للنقاط التالية :

❖ إشهار عمليات الإعتدال الإيجاري للأصول المنقولة وفقا لتشريع جزائري :

لقد جاء المرسوم التنفيذي رقم 90/06 المحدد لكيفيات إشهار عمليات الإعتدال الإيجاري للأصول المنقولة، ومن خلال هذا الجزء سنتطرق للنقاط التالية :

❖ إجراءات إشهار وعقد الإعتدال الإيجاري للأصول المنقولة :

حددت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90/06 المحدد لكيفيات إشهار عمليات الإعتدال الإيجاري للأصول المنقولة¹، الجهة المكلفة بضمان الشهر القانوني لعمليات الإعتدال الإيجاري للأصول المنقولة والإعتدال الإيجاري المتعلق بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية، وهي المركز الوطني للسجل التجاري والذي يكلف بإعداد سجل عمومي لعمليات الإعتدال الإيجاري من جهة ومن جهة أخرى مسك هذه السجلات وإطلاع الجمهور عليها تحت السلطة المباشرة لأعوان الملحقات المحلية للمركز وتنظيم ذلك .

- كما ألزمت المادة 30 من نفس المرسوم على المؤجر أن يقوم بقيد كل عقد يبرمه للإعتدال الإيجاري للأصول المنقولة في السجل المخصص لذلك وذلك بملحقة المركز الوطني للسجل التجاري التي تم تسجيل المؤجر .

- كما نصت المادة 04 من نفس المرسوم على أنه (يجب أن يقدم طلب تسجيل عقود الإعتدال الإيجاري المذكور في المادة 20 أعلاه، على جداول طبقا للنماذج المحددة في الملحقين الأول والثاني من هذا المرسوم" .

- يتضح من نص المادة أعلاه أن طلب التسجيل لا بد أن يقدم على جداول وهي محددة في نموذجين بهذا المرسوم، فالأول يتعلق بالأموال المنقولة والثاني يتعلق بالمحلات التجارية .

¹- م. تنفيذي المؤرخ في : 20 فبراير 2006 والصادر في الجريدة الرسمية العدد 10 .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

بحيث يتضمن كل نموذج منهما بيانات تتعلق بطرفي الإعتداف الإيجاري بالأموال محل هذا العقد .

- كما نص المشرع ج في م 1/5 على قيد أي تعديل يتعلق بالبيانات المقيدة في السجل المخصص، والمذكور سابقا، وذلك على هامش التسجيلات السابقة .

- وفي حالة ما إذا تسبب التعديلات في تغيير الإختصاص الإقليمي للمركز الوطني للسجل التجاري فإن المادة 2/5 قد ألزمت المؤجر بقيد التعديلات في سجلات ملحقه المركز الوطني للسجل التجاري إقليميا .

- كما أخضعت المادة 8 من نفس المرسوم قيد عمليات الإعتداف الإيجاري الأصول المنقولة لنفس التعريفات المطبقة على الرهن الحيازي للمحلات التجارية والتجهيزات .

❖ حالات شطب القيد :

وعن حالات شطب القيد فقد نصت المادة 6 من نفس المرسوم على حالات شطب التسجيلات والتي تكون :

- ✓ أما بناء عن إثبات اتفاق طرفي عقد الإعتداف الإيجاري .
- ✓ أو بموجب حكم أو قرار حاز قوة الشيء المقضي فيه .
- ✓ أو بإنقضاء الإيجار عن طريق التنازل تنفيذا للوعد بالبيع من جانب واحد .
- ✓ كما يشترط القيد أيضا في الحالة المذكورة في المادة 45 من الأمر 09/96 المتعلق بالإعتداف الإيجاري سابقا والذي أحالتنا إليها المادة 6 / الأمر من المرسوم 62-90 المذكور وهي إذا ما قرر المستأجر حق الخيار بالشراء في التاريخ المتفق عليه عن طريق رسالة مضمونة الوصول موجهة إلى المؤجر، وهذا خلال 15 يوم كحد أدى حد قبل ذلك التاريخ يتعين على المتعاقدين الإثبات بعقد نا قل للملكية، يحرر لدى الموثق والقيام بالإجراءات القانونية المتعلقة بالبيع والإشهار المنصوص عليها في القوانين المعمول بها .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

❖ سريان المرسوم التنفيذي رقم 90/06 من حيث الزمان :

لقد صدر الأمر رقم 09/96 المتعلق بالإعتداف الإيجاري، وأخضع عمليات الإعتداف الإيجاري إلى إشهار بمقتضى المادة 6 منه والتي تم بموجبها الإحالة على التنظيم فيما يتعلق بكيفية الإشهار .

- لكن قبل صدور المرسوم التنفيذي رقم 90/06 المذكور كانت الإشكالية المشارة تتمحور حول إمكانية إلزام أطراف العقد سيتم عقودهم رغم صدور التنظيم أم أنهم ليس مجبورين بذلك .

وبصدور ذلك المرسوم المحدد لكيفيات إشهار عمليات الإعتداف الإيجاري للأصول المنقولة حلت المشكلة، وذلك من خلال نص المادة 07 منه، حيث أوجبت قيد عقود الإعتداف الإيجاري للأموال المنقولة الجاري تنفيذها من خلال مدة محددة وهي 3 أشهر يبدأ سريانها من تاريخ نشر المرسوم المذكور يسري بأثر رجعي، ويطبق على العقود الساري تنفيذها، وحتى التي أبرمت قبل صدوره فهي تخضع للإشهار .

2- إشهار عمليات الإعتداف الإيجاري للأصول غير منقولة وفقا للتشريع الجزائري:

بالنسبة لإشهار عقود الإعتداف الإيجاري للأصول غير المنقولة فقد ورد بشأنها المرسوم التنفيذي رقم 91/06 المحدد لكيفيات إشهار عمليات الإعتداف الإيجاري للأصول غير المنقولة¹، والذي ينص في المادة 2 منه على وجوب أن يبين عقد اكتساب العقار موضوع الإعتداف الإيجاري العناصر الجوهرية الواردة في الإعتداف الإيجاري للأصول غير المنقولة، والتي تتمثل في الآتي :

- تعيين الموثق محدد عقد الإعتداف الإيجاري للأصول غير المنقولة .

- تاريخ عقد الإعتداف الإيجاري للأصول غير المنقولة ورقمه .

¹- المؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 10 .

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتاماد الإيجاري

- تعريف المستفيد من القرض .
 - مدة عقد الإعتاماد الإيجاري للأصول غير المنقولة .
 - المعدل الإجمالي للمبالغ الواجب تسديدها بعنوان الإيجار .
 - النص على إمكانية خيار الشراء لصالح المستفيد من القرض عند الإقتضاء .
 - التاريخ الأقصى المحدد لتبليغ خيار الشراء عند الإقتضاء .
- زيادة على تلك العناصر، فإنه وطبقا لنص المادة 1/2 من المرسوم 91/06 المذكور لابد من إضافة العناصر الواردة في المادة 8 من الأمر رقم 09/96 السالف الذكر¹، في عقد اكتساب العقار موضوع الإعتاماد الإيجاري .
- هذا وتلزم المادة 1/3 من المرسوم التنفيذي رقم 91/06 المذكور المؤجر بأن يقوم بنشر كل عقد اعتماد إيجاري للأصول غير المنقولة لدى الحفظ العقاري التابع المعني بعملية الإعتاماد الإيجاري .
- ويتعين طبقا للفقرة الثانية من نفس المادة أن يجري إشهار كل عملية اعتماد إيجاري للأصول غير المنقولة لدى الحفظ العقاري في الآجال المنصوص عليها في التشريع المعمول به .

¹- والتي تنص على أنه "يعتبر عقد الإعتاماد الإيجاري للأصول غير المنقولة عقد يمنح، من خلاله طرف يدعى "المؤجر" وعلى شكل تأجير لصالح طرف آخر يدعى "المستأجر" مقابل الحثول على إيجارات ولمدة ثابتة، مهنية اشتراها أو بينت لحسابه، مع إمكانية المستأجر في الحصول على ملكية مجمل الأصول المؤجرة أو جزء منها في أجل أقصاه انقضاء مدة الإيجار في الصيغ التالية :

- عن طريق التنازل تنفيذا للوعد بالبيع من جانب واحد / الإكتساب المباشر أو غير مباشر .

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتقاد الإيجاري

- كما يتعين طبقا للمادة 04 من المرسوم رقم 91/06 أن يعاين كل تعديل مادي أو قانوني في حالة العقار يعقد يعد طبقا لأحكام المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 والمتعلق بتأسيس السجل التجاري والمعدل والمتمم .

- علما أن آثار الإعتقاد الإيجاري للأصول غير المنقولة وطبقا للمادة 05 من المرسوم 91/06 المذكور، تزول إما بموجب حكم أو قرار حاز قوة الشيء المقضي فيه .

أو بإنقضاء الإيجار عن طريق التنازل تنفيذا للوعد بالبيع من جانب واحد، وكذلك في الحالة المذكورة في المادة 45 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالإعتقاد الإيجاري.¹

وكما فعل المشرع الجزائري بالنسبة لإشهار عمليات الإعتقاد الإيجاري للأصول المنقولة فقد أوجب كذلك عقود الإعتقاد الإيجاري للأصول غير منقولة والمبرمة قبل من كفيات الإشهار، من خلال مدة محددة وهي ثلاثة أشهر يبدأ سريانها من تاريخ نشر المرسوم رقم 91/06 المذكور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية طبقا لمادة 06 منه .

- كما يجري نقل الملكية طبقا للتشريع المعمول به، وفي حالة انقضاء عقد الإعتقاد الإيجاري للأصول غير المنقولة، وفي حال رفع خيار الشراء تطبيقا للمادة 45 من الأمر 09/96 المتعلق بالإعتقاد الإيجاري طبقا للمادة 07 من المرسوم 91/06 المذكور أما فيما يخص الجزء المترتب عن عدم اتخاذ اجراءات الشهر، فإنه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد سكت عن ذلك، سواء في المرسوم التنفيذي رقم 90/06، المحدد لكيفية شهر عمليات الإعتقاد الإيجاري للأصول المنقولة أو في المرسوم التنفيذي رقم 91/06 المحدد لكيفية شهر عمليات الإعتقاد الإيجاري للأصول غير المنقولة .

¹- والتي تنص على أنه (إذا قرر المستأجر حق الخيار بالشراء في التاريخ المنفق عليه طريق رسالة مضمونة الوصول موجهة إلى المؤجر 15 يوما على الأقل من هذا التاريخ يتعين على المتعاقدين الإثبات بعقد ناقل للملكية، يحرر لدى الموثق والقيام بالإجراءات القانونية المتعلقة بالبيع والإشهار المنصوص عليها في القوانين المعمول بها).

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لعقد الإعتداف الإيجاري

الفرع الأول: الأمر رقم 09/96 المؤرخ في: 10/01/1996

بعد تطرق المشرع الجزائري لعقد الإعتداف الإيجاري لأول مرة بصدور القانون 10/90 المتعلق بالنقد والقرض منظما أحكامها بموجب الأمر التشريعي رقم 09/96 وبالتالي ما هو مضمون الأمر وما أهم العوامل المساعدة على تبنيه .

- يتبين من خلال الظروف التي صدر فيها الأمر 09/96 المتعلق بالإعتداف الإيجاري أن انتهاج المشرع لهذه التقنية كان حتمية منطقية لمواجهة تلك الظروف حيث ما ميز الأمر 09/96 المتعلق بالإعتداف الإيجاري أنه قسمة إلى بابين الأول تضمن أحكاما عامة خاصة بالإعتداف الإيجاري عرف فيها عمليات الإعتداف الإيجاري وفصل خاص يعقد الإعتداف الإيجاري أسوة بالمشرع الفرنسي أما الباب الثاني فتطرق إلى الآثار المترتبة عن انعقاد عقد الإعتداف الإيجاري بالنسبة لكل طرف .

- ميز المشرع الجزائري بين الإعتداف الإيجاري العملي وبين الإعتداف الإيجاري المالي فقد اعتمد صورة من صور ايجار أدوات الإنتاج والأموال التجهيزية والتي يكون فيها المؤجر مؤسسة بنكية أو مالية التي تمتاز بعدم انتقال كل الحقوق المترتبة عن عقد الإعتداف الإيجاري على المستأجر خاصة ملكية الأصل المؤجر إلى جانب عدم تحمل المستأجر للإلتزامات الناشئة عن ذلك العقد لا سيما تلك المتعلقة بالصيانة واستعمال خيار الشراء بخلاف الإعتداف الإيجاري المالي الذي يمكن المستأجر من جميع الحقوق والإلتزامات وكذا الإمتيازات والأشياء المرتبطة بملكية الأصل الممول بحيث يظهر بمثابة مالك أصلي وهو ما يطلق عليه في الفقه بالمالك الإقتصادي.

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتدال الإيجاري

- كما يجب أن تتوافق مدة العقد والعمل الإقتصادي للمال المؤجر وكذا أن تكون الأقساط المدفوعة كافية للوفاء بثمان الأصل يضاف إليه هامش الربح والفوائد في حين يعتبر الفارق الأساسي بين النوعين هو استعادة المستأجر من استعمال حق الخيار في الشراء .

- اعتبر المشرع الجزائري الإعتدال الإيجاري المالي على أنه عقد ايجار مقترن بإمكانية تملك المستأجر لأصل المال المؤجر في حالة استعماله حق الخيار في الشراء كما اشترط المشرع الجزائري أيضا أن يكون المؤجر قد سبق له شراء المال قصد تأجيره للمستأجر ويظهر ذلك من خلال في صف عملية الإعتدال الإيجاري على أنها عملية مالية تلعب فيها البنوك، أو المؤسسات المالية وشركات الإعتدال الإيجاري دور الوسيط المالي فيحكم وظيفتها هاته فإنه لا يمكن أن يتصور أنها تكون قد امتلكت هاته الأصول دون وجود نية إعادة تأجيرها باعتبارها مؤسسة مالية أو بنكية مؤهلة قانون لعمليات الإعتدال الإيجاري .

ويخصوص نهاية عقد الإعتدال الإيجاري فإن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات قد منح للطرفين أو للطرف المستأجر بالأحرى ثلاثة خيارات عند نهاية مدة عقدة الإعتدال الإيجاري.¹

1- إمكانية استعمال المستأجر المستفيد لخيار الشراء وبالتالي يتفق الطرفان على ثمن يأخذ في عين الإعتدال الانجازات التي تم قبضتها .

2- الإتفاق على تحديد مدة الإيجار لفترة أخرى ومقابل قبض ايجار يتفق عليه وهذا إذا ما بقي المشروع المستفيد المستأجر بحاجة إلى هذا الأصل .

3- رد الأصل إلى الشركة المؤجرة وهذا يكون في حال ظهور معدات أو آلات أكثر تطورا من تلك التي كانت محلا لعقد الإعتدال الإيجاري .

¹ - الأمر رقم 96-09 المتعلق بالإعتدال الإيجاري، المادة 10 .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداده الإيجاري

- إن الأمر 09/96 لا يختلف كثيرا مع ما نص عليه المشرع الفرنسي ما عدا بعض الفروقات البسيطة خاصة منها الجمع بين الإعتداده الإيجاري المالي والعملي وعدم النص على امكانية ورود الإعتداده الإيجاري عنصر أو أكثر من العناصر المعنوية للمحل التجاري.

الفرع الثاني: تقييم الأمر 09/96 المؤرخ في 10/01/1996

إن أهم ما جاء به الأمر 09-96 بعد الإطار القانوني الأساسي الذي يحدد ملامح تقنية الإعتداده الإيجاري حيث يمكن القول:

1/ الأمر 09-96 يعد القانون الأساسي لعملية الإعتداده الإيجاري إذ أنه عالج عدة صور للإعتداده الإيجاري كما اجتهد في توحيد النصوص القانونية التي جاء بها المشرع الفرنسي متفرقة وهي :

- الإعتداده الإيجاري للأصول المنقولة وغير المنقولة والمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية.

- الإعتداده الإيجاري الدولي والوطني .

- الإعتداده الإيجاري المالي والعملي، الإعتداده الإيجاري المبرم مع أشخاص القانون الخاص فأشخاص القانون العام .

2- قلة الإحالة إلى التنظيم عدا ما نصت عليه أحكام المادة السادسة المتعلقة بالإشهار وإن كان في هذه الإحالة لم يحدد ما لمقصود بالتنظيم هو ما يصدر عن حكومة عملا بأحكام الدستور، أم هو ما يصدر عن البنك المركزي في شكل أنظمة عملا بالقانون 90-10 وإن كان الرباح أن المقصود هو ما يصدر عن البنك المركزي لتعلق الأمر بمحاسبة البنوك والمؤسسات المالية والشركات المؤهلة والمعتمدة من طرف وتعلق الأمر بمجال تقني يقتضي تنظيمه من ذوي الإختصاص .

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتدال الإيجاري

- 3- يعتبر الأمر 09-96 مهنيا منظما لمهمة يعينها حكرا على مؤسسات محددة محترفة خارج عن نطاقها شراء الخواص لمستلزماتهم الشخصية والعائلية بموجب هذه التقنية .
- 4- من حيث تكيف العقد فقد سهل الأمر 09-96 للقاضي كيفية تحديد العناصر الجوهرية التي من خلالها يقوم العقد على أنه عقد اعتماد إيجاري .
- 5- أن غياب هذا النص كان سببا في جعل الجهات القضائية التي تطرأ أمام النزاعات المتعلقة بالإعتدال الإيجاري على قلتها، ملزمة بالبحث في أسس قانونية أخرى لاسيما القانون المدني مع أنه ليس لتلك النصوص أية رابطة أو توافق مع الصيغة القانونية للإعتدال الإيجاري الأمر الذي أدى إلى وجود قرارات قانونية متضاربة من جهة قضائية .
- المبحث الثاني : انتهاء عقد الإعتدال الإيجاري :**

يعتبر عقد الإعتدال الإيجاري من عقود المدة، حيث يتم الإتفاق بين أطرافه على مدة محققة له، ولذلك ينتهي بانتهاء مدتهن أي بحلول أجله، وهذه هي النهاية الطبيعية لعقود المدة، إذ ينتهي العقد بتنفيذه وفقا لما اتفق عليه الأطراف وقد يتعرض هذا العقد لأسباب طارئة أثناء تنفيذه وقبل حلول أجلها يؤدي إلى انتهائه كما قد يصاب بعين لحق به وقت إنشائه أو بعد ذلك الإنشاء .

ولا يشير عقد الإعتدال الإيجاري في أسباب انتهائه عما تقرره القواعد العامة لإنهاء العقود فهو ينتهي بحلول أجله كما هي الحال في جميع عقود الإيجار كما ينتهي قبل حلول أجله، ما يسبب إعلان بطلانه لعيب أصابه في أحد أركانه أو شروطه، وإما بسبب إغائه بناء على طلب أحد الأطراف إذا أحل الطرف الآخر بأحد التزاماته الأساسية التي يفرضها عليه العقد، وذلك وفقا للقواعد العامة (المادة 119 من ق. م. ج).

وبالرغم من أن عقد الإعتدال الإيجاري يخضع للقواعد العامة التي تحكم إنهاء العقود بشكل عام، فإن الطبيعة الخاصة لهذا العقد فرضت في بعض الحالات أحكاما خاصة

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتدال الإيجاري

تتناسب مع طبيعة ومبررات وجوده، إذ تتمتع شركة الإعتدال الإيجاري بمركز أقوى من مركز المستأجر تبعاً لقيامه بالدور التمويلي لذلك العقد وتحرص على الإحتفاظ بحقها في طلب إنهاء العقد قبل حلول أجله إذ لم يقد المستأجر بالتزاً ماته التعاقدية أو إذا أصيب بأزمات تؤثر على قيامه بتلك الإلتزامات كافلاسه أو طلبه للصلح الوافي من الإفلاس أو توقفه عن العمل أو الحجز على أمواله أو وفاته .

وبالتالي فإن الحالات الخاصة التي تميز إنهاء عقد الإعتدال الإيجاري تتعلق بفسخ ذلك العقد بينما يخضع بطلانه أو إلغاء هذا العقد للقواعد العامة التي تحكم البطلان والإلغاء في كافة العقود، كما قد ينهي عقد الإعتدال الإيجاري عند إنتهاء مدة الإيجار، وينشأ على إثر ذلك ثلاثة خيارات للمستأجر، حيث يكون له إما شراء الأموال المؤجرة وإما تجديد العقد بشروط جديدة وإما رد الأموال المؤجرة إلى المؤجر .

المطلب الأول: النهاية غير الطبيعية لعقد الإعتدال الإيجاري (الفسخ)

بالرغم من الخلاف حول الطبيعة القانونية لعقد الإعتدال الإيجاري، إلا أنه لا جدال حول تصنيفه ضمن العقود الملزمة للجانبين .

الفرع الأول: أسباب فسخ عقد الإعتدال الإيجاري :

يعتبر الفسخ جزاء عدم تنفيذ أحد الإلتزامات التي تتولد عن العقد، فإذا لم يقد أحد الفريقين بتنفيذ الإلتزاماته كان للفريق الآخر أن يطلب فسخ العقد¹ وقد راعت الأحكام العامة (المواد من 119 إلى 123 ق.م.ج) أحكام فسخ العقد فلا يمكن في الأساس أن تفسخ العقود إلا بالتراضي جميع الأطراف ما عدا العقود التي تنتهي بوفاة أحد المتعاقدين، وهذا التراضي يكون بوجه صريح أو ضمني، أو بحلول الأجل المعين سقوط العقد .

¹ - هاني دويدار النظام القانوني للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص463.

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتدال الإيجاري

ويصح الفسخ من جانب فريق واحد إذا كان منصوصا عليه في العقد أو القانون، وعلى هذا المنوال يصح من جهة أن ينشأ عقد الإيجار لمدة معينة وأن يخول فيه الفريقان أو أحدهما حق نسخه قبل الأجل المحدد ولا ينتهي حكم عقد المنفسخ إلا من تاريخ نسخه . ولا يشمل هذا الفسخ ما قبله، فالأفعال التي انتجتها تبقى مكتسبة على وجه نهائي، ويستهدف الفريق الذي يفسخ العقد لأداء بدل العطل أو الضرر إذا أساء استعمال في الفسخ أي إذا استعمله خلافا لروح القانون أو العقد .

هذا وقد نص الأمر 09-96 المذكور على أحكام خاصة يفسخ عقود الإعتدال الإيجاري وذلك من خلال المادة 13 منه وإمكانية تنازل المستأجر عن حقه في فسخ العقد وذلك في المادة 1/18 من نفس الأمر بالنسبة للأصول المنقولة والمادة 40 منه بالنسبة للأصول غير منقولة إضافة لبعض الإشارات الضمنية .

- حيث نصت المادة 1/18 من الأمر 09-96 على أنه (يمكن أن يحتوي عقد الإعتدال الإيجاري أيضا اشتراط ما يأتي :

▪ تنازل المستأجر عن فسخ الإيجار أو تخفيض سعر الإيجار في حالة اتلاف الأصل المؤجر لأسباب عارضة أو سبب الغير .

ونصت المادة 40 من نفس الأمر على أنه : (بغض النظر على أحكام المادتين 38 و39 من هذا الأمر يمكن للأطراف المعنية بعقد الإعتدال الإيجاري أن تتفق فيما بينها ليتكفل المستأجر، مقابل دقة في الإنتفاع الذي يمنحه إياه المؤجر، بالتزام أو عدد من الإلتزامات المتعلقة بالمؤجر، وأن يتنازل عن الضمانات الخاصة بسبب فعلي أو بوجود عائق أو عيوب أو عدم مطابقة الأصل المؤجر أو أن تكون هذه الضمانات محدودة وتبعا لذلك يتنازل المستأجر عن المطالبة بفسخ عقد الإعتدال الإيجاري أو تخفيض ثمن الإيجار

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

بموجب هذه الضمانات) وفي حال توقف المستأجر عن العمل لأي سبب من الأسباب او حجز أمواله المنقولة أو غير المنقولة .

وكذلك في حالة وفاة المستأجر إذا كان شخصا طبيعيا وفي حال تفرع المستأجر عن مؤسسة التجارية أو حل الشخص المعنوي المستأجر .

أو في حال رهن مؤسسة التجارية أو التصرف بها أو منح إدارة حرة عليها أو بيعها.¹

وقد يفسخ أو يطلب فسخ عقد الإعتداف الإيجاري من قبل المستأجر إذا أنفقت الأموال موضوع العقد بسبب قوة قاهرة، وتوقف انتفاعه من تلك الأموال وقد يدرج بند في العقد يعطي المستأجر الحق في طلب فسخ العقد إذا هلكت الأموال موضوع عقد الإعتداف الإيجاري قبل نهاية مدة الإيجار المتفق عليها، ولكن شركات الإعتداف الإيجاري تحرص دائما على وضع بنود تحمل فيها المستأجر مسؤولية هلاك الأموال موضوع العقد ولو كان ذلك لسبب خارج عن إرادته، وقد أجاز لها المشرع الجزائري ذلك .

ولا يخالف عقد الإعتداف الإيجاري القواعد العامة فيما يتعلق بفسخ العقد فقد نصت المادة 119 من ق.م.ج على أنه (في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلزامه جاز للمتعاقد الآخر يعد إعزاز المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك .

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة لحامل الإلتزامات .

كما أجازت المادة 120 من نفس القانون الإتفاق على أن يغير العقد مفسوخا يحكم القانون عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي .

¹ - نادر عبد العزيز شافي عقد الليزينغ، مرجع سابق ص 305 .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتدال الإيجاري

علما أن هذا الشرط لا يعفي من الإعتذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديد من طرف المتعاقدين .

وعليه فإن الأسباب التي تؤدي إلى نسخ عقد الإعتدال الإيجاري تتعدد وتتنوع فمنها ما نصت عليه القواعد العامة كعدم قيام أحد الطرفين بالتزاماته .

ومنها ما تم الإتفاق عليه بين الأطراف وأدرج في بنود العقد، وهي تتعلق بقيام هذا العقد على الإعتدال الشخصي كالإفلاس أو أسعار المستأجر .¹

1- فسخ عقد الإعتدال الإيجاري بسبب المستأجر :

قد يعود فسخ عقد الإعتدال الإيجاري إلى أمور يتسبب فيها المستأجر، أهمها عدم دفع بدلات الإيجار أو تعرضه للإفلاس .

❖ عدم دفع بدلات الإيجار :

يعتبر عدم دفع بدلات الإيجار من أكثر الأسباب التي تقع عمليا وتؤدي إلى فسخ عقد الإعتدال الإيجاري، وقد نصت المادة 20 / أخيره من الأمر 96-09 المذكور على أنه (لا يمكن للمستأجر أن يتمسك بعقد الإعتدال الإيجاري للإستفادة من مواصلة الإيجار وفقا للشروط المتفق عليها أوليا، إذا مارس المؤجر حقه في استرجاع الأصل المؤجر وفقا للشروط المحددة في الفقرة السابقة، ما عدا حالة وجود موافقة صريحة من المؤجر، ويشكل عدم دفع قسط واحد من الإيجار فسحا تعسفا لهذا العقد .

- كما نصت المادة 21 من نفس الأمر للمؤجر اللجوء إلى القضاء للفصل في دفع بدلات الإيجار المستحقة وذلك يقولها: (يلجأ المؤجر إلى القضاء في حالة الفسخ التعسفي لعقد الإعتدال الإيجاري الصادر من المستأجر.

¹ - السيد: خلف محمد، فسخ الإيجار لعدم الوفاء بالأجرة وتكرار التأمين في الوفاء بها في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض الحديثة، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى 1997، ص 12 .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداد الإيجاري

يفضل القاضي في دفع الإيجارات المتبقية والمستحقة وكذا التعويض المغطى للخسائر، وبالرجوع إلى نص م 182 تجدها أنها نص "إذا لم يكن التعويض مقدار في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فإنه من كسب، شرط أن يكون هذا نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعة إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوفاه بذل جهد معقول .

غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسميا إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

والمبدأ وفقا للقواعد العامة أنه إذا لم يتم المستأجر بأداء بدل الإيجار، يكون للمؤجر أن يطالب إما بالتنفيذ العيني وإما بفسخ العقد، بالإضافة إلى طلب التعويض عن العطل والضرر الناتجين من عدم التنفيذ.

هذا وقد يرغب المؤجر بالتنفيذ العيني فيطالب المستأجر بأداء البديل المستحق فإذا لم يتم بذلك، كان المؤجر التنفيذ على جميع أمواله .

- كما يمكن أن يتفق الأطراف على أن يكون الإعتداد الإيجاري مفسوخا حكما عندما يتأخر المستأجر عن دفع الإيجار دون الحاجة للجوء إلى انقضاء، وهذا شرط لا يغني عن توجيه إنذار يثبت عدم التنفيذ على وجه رسمي .

- وقد يتم الإتفاق على فسخ العقد حتما دون وساطة القضاء ودون إنذار على أن يكون ذلك الشرط مصحوبا بعبارة جازمة وصريحة لا لبس فيها .

وفي هذه الحالة يفسخ العقد بمجرد تخلف المستأجر عن دفع بدل الإيجار دون حاجة إلى إنذار أو رفع دعوى أمام القضاء .

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

- هذا إلى جانب حتى المؤجر في طلب إلزام المستأجر يدفع بدلات الإيجار المستحقة والتعويض عما لحقه من ضرر ناتج عن الإمتناع عن الدفع.¹

❖ إفلاس المستأجر :

تحرص شركات الإعتداف الإيجاري على ادراج شرط في عقد الإعتداف الإيجاري يكون لها بمقتضاه حتى طلب فسخ العقد إذا أشهر إفلاس المستأجر، أو اعتبار العقد مفسوخا حكما دون أية معاملة قضائية أو غير قضائية إذا أعلن إفلاس المستأجر فالشركة المؤجرة لا توافق على تمويل المستأجر عن طريق الإعتداف الإيجاري إلا بعد أن يتبين لها بشكل أكيد قدرة المستأجر على القيام بموجباته التعاقدية .

- وهذا يظهر من خلال ما يقدمه المستأجر من مستندات وأوراق تعكس وضعية التجارية والمالية وسمعته في السوق بما يجعله محلا للثقة وجديرا بأن تموله شركة الإعتداف الإيجاري بشراء الأموال التي يحتاجها ثم توجرها له لمدة متفق عليها نظر بدل إيجار يكفل استرداد ما أنفقتة هذه الشركة في شراء تلك، الأموال وغيرها من النفقات المالية والإدارية بالإضافة إلى تحقيق الربح الذي تبتغيه من تلك العملية.²

وكل ما تطرق إليه الأمر 96-09 المذكور هو عدم خضوع الأصل المؤجر لأي متابعة من طرف دائني المستأجر العاديين والإمتيازيين م هما كان وضعهم القانوني وصفتهم سواء أخذوا بعين الإعتداف بصفة فردية أو على شكل كتلة في إطار إجراء قضائي جماعي وهذا كله في حالة عدم قدرة المستأجر على الوفاء ثم إثباتها قانونا من خلال عدم دفع قسط واحد من الإيجار، أو في حالة حل بالتراضي أو قضائي أو تسوية قضائية أو افلاس المستأجر، وهذا ما نصت عليه م22 من نفس الأمر .

¹- نادر عبد العزيز شافي ، عقد الليزنغ، مرجع سابق، ص 312 .

²- زياد أبو حصوة، عقد الإيجار التمويلي (دراسة مقارنة) مرجع سابق، ص 163 .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

- ثم نجد المشرع الجزائري لم ينص على السماح لوكيل التفليسة بحق طلب استمرار عقد الإعتداف الإيجاري بعد إفلاس المستأجر .

مما يقتضي عدم تطبيق تلك الأحكام لعدم وجود نص قانوني يجيزها، ويبقى العقد خاضعا لاتفاق الطرفين.

ويمكن طلب فسخه أو اعتباره مفسوخا حكما إذا تحققت الشروط القانونية أو التعاقدية للفسخ ومنها إفلاس المستأجر، دون أن يكون لوكيل التفليسة الحق بطلب متابعة واستمرار عقد الإعتداف الإيجاري .

2- فسخ عقد الإعتداف الإيجاري بسبب المؤجر :

مع أن مسألة عقد الإعتداف الإيجاري من قبل المستأجر قد لا تستقيم مع أهم خصائص هذا العقد وهي أن مدة الإعتداف الإيجاري غير قابلة للإلغاء لذلك فإن تضمين العقد شرطا يجيز للمستأجر فسخ العقد قبل أوانه قد يؤدي إلى حرمان المؤجر من الأقساط الإيجارية عن المدة المتبقية مما يترتب عليه خسارة لجزء رأسماله الذي وظفه لممارسة هذا النشاط وأن فسخ عقد الإعتداف الإيجاري بناء على طلب المستأجر لا يتقرر له إلا بأحد الطرفين إما تطبيقا للقواعد العامة أو إعمالا لشرط التقابل المدرج في العقد لمصلحته .

❖ حالة إخلال المؤجر التمويلي بالتزاماته التعاقدية :

مادام أن المشرع الجزائري وكذا التشريعات محل المقارنة لم ينص صراحة على حق المستأجر في طلب الفسخ لعقد الإعتداف الإيجاري، فإنه يمكن أن إسقاط القواعد العامة على هذا العقد .

وعليه يستطيع المستأجر الإستناد إلى هذه القواعد لطلب فسخ العقد الملزم للجانبين بسبب فسخ العقد .

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتقاد الإيجاري

ويتمثل إخلال المؤجر بالتزاماته التعاقدية مثلا في حالة امتناعه عن إبرام عقد البيع أو تنفيذه .

ولكن ولما كانت إلتزامات المؤجر في عقد الإعتقاد الإيجاري تتحصر في حدود ضيقة وذلك نتيجة زيادة حقوق هذا الأخير، الأمر الذي لم يترك مجالا واسعا لإشارة مسؤولية بالرغم من المشكلات العديدة التي قد تعترض استعمال المستفيد للأصل المؤجر، فالمؤجر تم إعفاؤه من ضمان العيوب الخفية، كما لا يلتزم بالصيانة ولا يضمن سوى التعرض الصادر عنه أو عن الغير شريطة ارتكازه على فعل صادر عنه وحتى في العلاقات الناشئة عن عمليات التسليم والتسلم بين البائع أو المقاول والمستفيد يمكن إثارة مسؤولية المستفيد بصفته وكيفا عن المؤجر التمويلي في التسليم أو بوصفه مقاولا في حالة بناء العقار .

وبتطبيق ذلك على عقد الإعتقاد الإيجاري نجد أنه في حالة مسؤولية البائع عن الإخلال بتنفيذ إلتزامه بالتسليم لا يقع على عاتق المؤجر إلتزام بتعويض المستأجر عن الأضرار التي تلحق به، وأن ترتب على ذلك فسخ الإعتقاد الإيجاري.¹

- أخيرا يمكن إشارة إلى إمكانية إشارة مسؤولية المؤجر عن اخلاله بالتزامه بنقل ملكية الأصل المؤجر إلى المستفيد في القروض التي يتحقق فيها نقل ملكية الأصل تنفيذًا للوعد بالبيع الملزم لجانب واحد أي في حالة ما إذا اخل المؤجر بتنفيذ الوعد بالبيع .

❖ فسخ عقد الإعتقاد الإيجاري لشروط التقابل :

الجديد بالذكر أنه لا التشريع الجزائري أو تشريع آخر خول المستفيد حق اعتبار العقد مفسوخا بمحض إرادته، وذلك أعمالا للحق المتقدم، فلا بد من أن يحدد العقد شروط ذلك .

¹ - هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص 467 .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتقاد الإيجاري

كما يفرض عقد الإعتقاد الإيجاري على عاتق المستأجر إحضار المؤجر بنيته في استعمال شرط التقابل خلال المواعيد المنصوص عليها في العقد، وبذلك لا ينتج هذا الشرط أثره ما لم تراع تلك المواعيد .

وقد يقيد كذلك من نطاق أعمال الشرط هذا، في حالة ما إذا تم اشتراط تقديم المستفيد للمؤجر مشتر للأصل أو مستأجر له وبذلك لا يحق للمستفيد طلب اعتبار هذا العقد مفسوخا ما لم يقدم المؤجر ذلك (مستر أو مستأجر للأصل المؤجر) .

مما يستنتج أن المؤجر التمويلي لا يسمح للمستأجر بإعمال شرط التقابل هذا، إلا بعد أن يضمن هلاك جانب هام من رأسماله الموظف في التمويل كما لا يجوز له العدول عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد ما لم يكن المؤجر على ثقة من قدرته على التصرف في الأصل بالبيع أو الإيجار، ويتحقق ذلك كما قمنا بإلزام المستفيد بتقديم للمؤجر مشتر للأصل أو مستأجر له .

وأكثر من ذلك فقد ينص عقد الإعتقاد الإيجاري على أن المؤجر يحتفظ بحقه في تحديد ثمن الشراء على ضوء ظروف السوق ويفرض ذلك على المستفيد مراعاة هذا الثمن عند تفاوضه مع المشتري على الشراء .

وإن يتولى المؤجر تحديد الثمن على ضوء أحوال السوق وظروفه، فإن المستفيد يضمن في واقع الأمر مخاطر السوق عند البيع، لاسيما إذا كان محل العقد منقولاً¹، ولو حدث أن حدث المؤجر على ثمن معقول غطى كل المصاريف الشراء والتعويض، فإن هذا المؤجر يتأثر بوصفه البائع الذي قام بنقل الملكية إلى المشتري، فبينما يتحمل المستأجر تبعه مخاطر السوق، لا يشارك مطلقاً في ثمار بيع المنقول إذا كانت ظروف السوق تسمح بالحصول على ثمن معقول .

¹ - هاني داويدار النظام القانوني للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص 470 .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

وليس هذا فحسب بل يظل المستأجر ملزماً بالإستمرار في دفع أقساط الإيجار إلى غاية تاريخ إبرام عقد الإعتداف الإيجاري الجديد لأنه من هذا التاريخ يعتبر العقد الأول مفسوخاً بالإضافة إلى تحمل المستأجر نفقات الأصل المؤجر إلى موقع تشغيله أو إصلاحه تمهيداً لتسليمه إلى المستأجر ما لم يتفق مع المستأجر الجديد على تحمله تلك النفقات وأياً كان الأمر فإن هذه النفقات لا يتحملها المؤجر .

وتجدر الإشارة إلى أن المستأجر عندما يقدم إلى المؤجر مستأجر جديد فإنه يتعين عليه الحصول على موافقة المؤجر .

3- فسخ عقد الإعتداف الإيجاري بسبب خارج عن نطاق طرفيه (الإفصاخ) :

قد يكون إلغاء عقد الإعتداف الإيجاري بقوة القانون مثل سائر العقود، وهو ما يسمى بالإفصاخ وبذلك تزول الرابطة القانونية التي تربط بين المؤجر والمستأجر .

وعموماً فإن هذا العقد يفسخ بسبب الهلاك الكلي للحال المؤجر، سواء كان هذا الهلاك مادياً كالحريق أو حرب مدمرة أو تهدم البناء، وهلاك قانونياً كالمصادرة المال المؤجر وهذا يؤدي إلى إفصاح العقد بصرف النظر عن سببه .

- نجد أن التشريع الجزائري والقوانين الأخرى سكت عن النص صراحة عن هذه الحالة وبالتالي يجب الرجوع إلى القواعد العامة .

ويفسخ العقد بقوة القانون من وقت هلاك المال المؤجر، دون حاجة إلى صدور حكم بذلك، وإذا اقتضى الأمر أن يلجأ أحد الطرفين إلى القضاء ليصدر حكماً في هذا الشأن فإن حكمه يكون كاشفاً لإفصاخ وليس منشئاً له، وبالتالي يتفق عقد الإعتداف الإيجاري هذا مع القواعد العامة للإيجار .

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

أما الهلاك الجزئي للمال المؤجر، فإنه لا يؤدي إلى فسخ العقد بقوة، لأنه ليس من شأنه أن يعدم موضوع عقد الإعتداف الإيجاري، ولكنه يدخل في نطاق إلتزام المستأجر بحفظ هذا المال وصيانته وإصلاحه.¹

وبذلك يتم الإحالة إلى ما قيل عن مسؤولية المستأجر عن هلاك الأصول المؤجرة .

4- فسخ عقد الإعتداف الإيجاري بسبب إنتهاء عقد البيع :

- لقد سكت المشرع الجزائري ولم يتخذ لا موقف صريح ولا غامض بل سكت كلياً فيما يخص مسألة تأثير إنتهاء عقد البيع على عقد الإعتداف الإيجاري بالرغم من أنه جاء بعد القانون المصري الذي تنبه للجدل الدائر حول هذه المسألة بين الفقه والإجتهداف الفرنسي وأعطى خلالها بعدم تأثر عقد الإعتداف الإيجاري مصير عقد البيع في حالة إبطاله أو إلغائه.

وهذا التقصير من المشرع الجزائري في سن القوانين خاصة طال به الحال فيما يتعلق بعقود حساسة مثل عقد الإعتداف الإيجاري الذي يلعب دوراً مهماً في تطوير الإستثماري وبالتالي الإقتصاد الجزائري .

الفرع الثاني: آثار فسخ الإعتداف الإيجاري :

لم ينظم الأمر 96-09 المذكور الآثار القانونية المترتبة على فسخ عقد الإعتداف الإيجاري مثله في ذلك القوانين محل المقارنة المتعلقة بالإعتداف الإيجاري، مما يقتضي تطبيق القواعد العامة التي تحكم فسخ العقود بوجه عام تبعاً لغياب تنظيم قانوني خاص يحكم آثار فسخ عقد الإعتداف الإيجاري .

بالإضافة إلى تطبيق بنود العقد الذي يراعي العلاقة بين الأطراف في حدود ما يجيزه القانون والنظام العام .

¹- إلياس ناصيف، عقد الليزينغ في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 401 .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

وبما أن الفسخ بخلاف الإبطال والإلغاء ليس له مفعول رجعي، فلا ينتج مفعوله إلا بتاريخه، أي أن الفسخ له أثر مستقبلي وفقا لما تقتضي به القواعد العامة، وعليه فإنه بعد أن يتحقق فسخ الإعتداف الإيجاري يقتضي ترتيب كافة النتائج القانونية المتأثية من ذلك .

وبذلك ينقضي الإعتداف الإيجاري، وتعود الأموال إلى مالكةا وتعتبر الأفعال السابقة لتاريخ هذا العقد مكتسبة على وجه نهائي .

بحيث لا يلزم المؤجر بإعادة بدلات الإيجار التي استوفاهها قبل الفسخ، فإذا تحقق الفسخ زال العقد بأثر رجعي.

إلا أن إعادة المتعاقدين إلى الوضع الذي كان عليه قبل التعاقد تحقيقها من الناحية العملية، كما لو هلك المبيع في يد المشتري ثم وقع الفسخ لصالح البائع ففي مثل هذه الحالة وعلى الرغم من انحلال الرابطة التعاقدية من الناحية القانونية لا يمكن القول بإعادة الطرفين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، ومن ثم لا يستطيع الدائن الحصول على الأداء الذي يكون قدمه للمدين قبل فسخ العقد أو المدين الحصول على ما كان قد قدمه للدائن .

لكن تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الفسخ سبب الأصول المؤجرة كانت مصابة بعيوب منذ استلامها ومنذ بداية مدة عقد الإعتداف الإيجاري.

- نصت م 122 ق.م.ج على أنه "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض، وبالنسبة لعقد الإعتداف الإيجاري فإذا تحقق فسخه فإن ذلك يقتضي ترتيب كافة النتائج القانونية المتأثية من ذلك، حيث تنقضي الإجارة وتعود الأموال المؤجرة إلى مالكةا، وتعتبر الأفعال السابقة لتاريخه مكتسبة على وجه نهائي، لا يلزم بإعادة بدلات الإيجار التي استوفاهها قبل الفسخ .

هذا وتحرص شركات الإعتداف الإيجاري على إدراج بنود في عقد الإعتداف الإيجاري تلزم بموجبها المستأجر بأن يعيد إليها الأموال موضع العقد، وكذلك البدلات المستحقة بالإضافة

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

إلى تعويضها عن الأضرار التي تلحق بها من جراء الفسخ وعادة ما تكون قيمة الضرر محددة في العقد بما يعرف بالبند الجزائي.¹

1- إعادة الأموال موضوع عقد الإعتداف الإيجاري :

تعتبر شركة الإعتداف الإيجاري، من الناحية القانونية صاحبة حتى الملكية على الأموال التي تكون موضوعا لعقود الإعتداف الإيجاري وبالتالي فإن فسخ عقد الإعتداف الإيجاري يؤدي إلى اعتبار أن احتفاظ المستأجر بالأموال موضوع هذا العقد يشكل تعديا على حقوق المؤجر في الإنتفاع والتصرف بها باعتباره مالكا لتلك الأموال .

ويكون احتفاظ المستأجر بتلك الأموال غير مستند إلى مشروع شرعي بعد فسخ عقد الإعتداف الإيجاري، مما يقتضي إعادة الأموال موضوع هذا العقد بالإضافة إلى البدلات المستحقة .

ويعود للمحاكم صلاحية الحكم بغرامة إكراهية على التأخير في إعادة تلك الأموال وفقا للظروف والوقائع المعروضة عليها .

وفي حال عدم إعادة الأموال يصبح المستأجر ملزما بدفع بدل المثل للمؤجر تعويضا عن الأشغال غير المشروع عن الحقبة الزمنية التي استغرقتها لحين تسليم الأموال وتقدر قيمة هذا التعويض بنفس قيمة بدلات الإيجار المتفق عليها في العقد ودون أن يؤدي دفع هذه البدلات إلى اعتبار المستأجر مستفيدا مجددا من الإيجار، ودون أن يعني ذلك أيضا أنه معفى من تحمل أي عطل ضرر آخرين .²

¹ - نادر عبد العزيز الشافي، عقد الليزينغ، مرجع سابق، ص 345 .

² - قرار تحكيمي (المحكم 2 وائل طيارة) رقم 31 بتاريخ: 199/11/04 المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، ص 37.

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداد الإيجاري

- إذا لا يؤدي دفع بدل الإيجار بعد فسخ العقد إلى إعادة إحياء عقد الإعتداد الإيجاري المفسوخ لأن الدفع في هذا المجال يعتبر بمثابة جزء من المبالغ المستحقة تعويضاً عن الفسخ الحاصل .

- ويعتبر المستأجر ملزماً برد الأموال المؤجرة موضوع عقد الإعتداد الإيجاري بشكل فعلي وبحالة جيدة ويبقى مسؤولاً عنها وضامناً لها إلى حين الإعادة، والتي يجب أن تتم دون شروط .

فلا يجوز للمستأجر إجراء المقاصة بين ما هو مدفوع من بدلات الإيجار قبل الفسخ وبين ثمنها بعد الفسخ، ومن ثم الإبقاء على جزء منها بحجة أنه سدد ثمنها، إذ لا يمكن اعتبار الأقساط التي دفعها المستأجر بمثابة تسديد لثمن الأموال موضوع عقد الإعتداد الإيجاري وكأن هذا العقد هو عقد بيع بالتقسيط .

- هذا لا، المستأجر ملزم عند فسخ العقد بإعادة تلك الأموال بكاملها لإعادة قسطاً من ثمن شراء تلك الأموال.¹

هذا وقد أقرت المادة، 20 من الأمر 09-96 المذكور ذلك بقولها : (يمكن للمؤجر طوال مدة عقد الإعتداد الإيجاري وبعد اشعار مسبق وأداء إذار لمدة 15 يوماً كاملة، لأن يضع حداً لحق المستأجر في الإنتفاع بالأصل المؤجر وإسترجاعه بالرّ يرضي أو عن طريق مجرد أمر غير قابل للإستئناف يصدر بنيل العريضة عن رئيس محكمة مكان إقامة المؤجر، وذلك في حالة عدم دفع المستأجر قسطاً واحداً من الإيجار .

وفي هذه الحالة يمكن للمؤجر أن يتصرف في الأصل المسترجع، عن طريق تأجير أو بيع أو رهن الحيازة أو عن طريق أية وسيلة قانونية أخرى لنقل الملكية، ويعد كل نبذ مخالف لعقد الإعتداد الإيجاري بنداً غير محرر .

¹- نادر عبد العزيز الشافي، عقد الليزينغ، مرجع سابق، ص 349 .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

لا يمكن للمستأجر أن يتمسك بعقد الإعتداف الإيجاري للإستفادة من مواصلة الإيجار وفقا للشروط المتفق عليها أوليا، إذا مارس المؤجر حقه في استرجاع الأصل المؤجر وفقا للشروط المحددة في الفقرة السابقة، ما عدا حالة وجود موافقة صريحة من المؤجر وبشكل عدم دفع قسط واحد من الإيجار فسحا تعسفا لهذا العقد) .

2- البند الجزائي في عقد الإعتداف الإيجاري :

تعرض المشرع الجزائري للبند الجزائي ضمن المادة 13 من الأمر 96-09، المذكور تحت عنوان "عقوبة فسخ العقود خلال فترة الإيجار غير القابلة للإلغاء، وذلك كما يلي :

(إن فسخ عقد الإعتداف الإيجاري خلال الفترة غير القابلة للإلغاء من قبل طرف من الأطراف تمنح الطرف الآخر حق التعويض الذي يمكن تحديد مبلغه ضمن العقد في إطار بند خاص أو في حالة انعدام ذلك عن طريق الجهة القضائية المختصة وفقا للأحكام القانونية المطبقة على الفسخ التعسفي للعقود، ما عدا القوة القاهرة أو في حالة تسوية قضائية أو إفلاس أو حل مسبق للمستأجر ينجر عنه تصغية هذا الأخير، عندما يتعلق الأمر بشخص معنوي، وبصفة عامة ما عدا حالة عدم قدرة حقيقية للمستأجر على الوفاء، شخصا طبيعيا كان أو معنويا فإنه يترتب عن فسخ عقد الإعتداف الإيجاري خلال الفترة غير القابلة للإلغاء في حالة ما إذا تسبب فيه المستأجر دفع التعويضات المنصوص عليها في الفقرة السابقة لصالح المؤجر، بحيث لا يمكن أن يقل مبلغ التعويضات عن المبلغ الخاص بالإيجارات المستحقة المتبقية، إلا إذا انقضت الأطراف على خلاف ذلك ضمن العقد، وفي الحالات الواردة في الفقرة السابقة يمارس حق المؤجر في الإيجارات من خلال استرجاع الأصل المؤجر وكذلك ممارسة امتيازاه على أصول المستأجر القابلة للتحويل نقدا وعند الإقتضاء على أمواله الخاصة قصد استرداد الإيجارات المستحقة غير المدفوعة والتي تستحق في المستقبل) .

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتدال الإيجاري

وقد وضع البند الجزائي لتعويض المتضرر من الطرفين نتيجة الفسخ التعسفي لعقد الإعتدال الإيجاري هذا من خلال الفقرة الأولى من المادة السابقة أما الفقرة الثانية والثالثة فقد خصصتا للتعويضات اللازمة للمؤجر والتي لا يمكن أن تقل عن الإجازات المستحقة .

واعتبر الفقهاء أن البند تعويض من نوع خاص عن عدم التنفيذ العقدي¹، ويعتبر بمثابة تحديدا ثقافي معين مسبقا وبشكل مقطوع بين الطرفين للتعويضات التي تستحق للدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ.

3- التعويض عن فسخ عقد الإعتدال الإيجاري :

التعويض عن فسخ عقد الإعتدال الإيجاري إما أن يكون تعويضا اتفاقيا أو تعويضا قضائيا وقد انتبهت معظم مؤسسات الإعتدال الإيجاري لاسيما في فرنسا إلى المخاطر الناجمة عن فسخ عقد الإعتدال الإيجاري، فراحت تدرج بنودا في هذا العقد تلزم عن طريقها المستفيد بدفع تعويض عن هذا الفسخ .

كما يلزم المستفيد بدفع أقساط الأجرة عن المدة الباقية من الإيجار إذا لم يقم المستأجر بالوفاء بالأجرة في المواعيد المتفق عليها، ولجوء المؤجر التمويلي على فسخ العقد ويسمى هذا الشرط بالشرط الجزائي .

والذي هو عبارة عن تقدير مسبق للتعويض، وهو من التعويض الإتفاقي وضع لتعويض الدائن عن الأضرار التي تلحق به من جراء عدم التنفيذ .

وفي الأخير وقبل الإنتهاء من دراسة فسخ الإعتدال الإيجاري، فإنه يمكن استنتاج أن هذا الفسخ قد يكون غير مرغوب فيه سواء من قبل المستأجر المستفيد الذي يأمل في الإنتفاع بالمال المؤجر أو ربما تملكه عند نهاية مدة العقد .

المطلب الثاني: إنتهاء عقد الإعتدال الإيجاري بحلول أجله :

¹ - سامي منصور، نظرية الجمع بين إلغاء العقد وتنفيذ البند الجزائي، مرجع سابق، ص 1 وما يليها .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتدال الإيجاري

ينتهي عقد الإعتدال الإيجاري بانتهاء المدة المتفق عليها بين المتعاقدين، إذ أنه من عقود المدة، حيث تنتهي هذه العقود بانتهاء المدة المحددة لها، وهي النهاية الطبيعية لهذا النوع من العقود .

هذا ما نصت عليه القواعد العامة لعقد الإيجار العادي حيث نصت المادة 508 من القانون المدني الجزائري على أن الإيجار ينتهي بانتهاء المدة المعينة في العقد من دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء .

فالقاعدة العامة تقضي بأنه إذا اتفق الأطراف على مدة العقد، فهو ينتهي حتما بحلول الأجل المتفق عليه دون حاجة إلى إنذار أو تنبيه لذلك، وإذا حصل مثل هذا الإنذار أو التنبيه فهو عديم الأثر مع إمكانية الإفادة منه للكشف عن نية عدم الموافقة على تجديد العقد.¹

وما يميز عقد الإعتدال الإيجاري عن غيره من العقود الأخرى، هو حق الخيار الممنوع للمستأجر في نهاية مدة العقد، حيث يكون له حق الإختيار بين ثلاثة حلول هي:

- إما أن يقرر شراء الأموال موضوع العقد .

- وإما تجديد العقد بشروط جديدة يتفق عليها الأطراف .

- وإما إعادة تلك الأموال إلى المؤجر .

هذا ما اعتمده المشرع الجزائري خلال نص المادة 16 من الأمر 09/96 المتعلق

بالإعتدال الإيجاري والتي نصت على أنه (يمكن للمستأجر عند انقضاء فترة الإيجار غير القابلة للإلغاء وبتقدير منه فقط .

- إما أن يشتري الأصل المؤجر مقابل دفع قيمته المتبقية كما تم تحديدها في العقد .

¹ - علما أن التشريعات المختلفة قد سكتت على النص صراحة عن الشرط الجزائري في عقد الإعتدال الإيجاري (باستثناء المشرع الجزائري من خلال المادة 13 من الأمر 09/96 المذكور) .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

- وأما أن يعيد تجديد الإيجار لفترة ومقابل دفع إيجار تتفق عليه الأطراف .

- وإما أن يرد الأصل المؤجر للمؤجر .

هذا وقد أعطت كافة التشريعات التي اعتمدت نظام الإعتداف الإيجاري حق الخيار للمستأجر في شراء الأموال أو إعادتها أو تجديد العقد .

- حيث تختلف عقود الإعتداف الإيجاري، فهنا أن يشرف التبليغ بموجب رسالة مضمونة مع إشعار بالإستلام قبل فترة معينة مثلا .

وهذا ما إعتداه المشرف الجزائري من خلال الأمر 09/96 المتعلق بالإعتداف الإيجاري والذي نصت المادة 145 منه على أنه (إذا قرر المسأجر حق الخيار بالشراء في التاريخ المتفق عليه عن طريق رسالة مضمونة الوصول موجهة إلى المؤجر 15 يوما على الأقل قبل هذا التاريخ، يتعين على المتعاقدين الإثبات بعقد ناقل للملكية يحرر لدى الموثق والقيام بالإجراءات القانونية المتعلقة بالبيع والإشهار المنصوص عليها في القوانين المعمول بها) .

أما إذا لم يحدد عقد الإعتداف الإيجاري الشكل أو الوسيلة التي بموجبها يتم إبلاغ المؤجر (شركة الإعتداف الإيجاري) على اختيار المسأجر، فباستطاعته هذا الأخير أن يقوم بالتبليغ بأية طريقة ممكنة على أن يكون لديه الدليل الكافي لإثبات قيامه بإبلاغ اختياره إلى المؤجر .

أما إذا لم يخلو المسأجر أو لم يتخذ القرار الذي يناسبه عند انتهاء عقد الإعتداف الإيجاري فهذا يعني أن المسأجر قد اختار انتهاء العقود والتزام برد الأموال التي كانت موضوعا لهذا العقد¹، لأنه يعتبر متنازلا عن حقه في شراء الأموال المؤجرة .

- أما الخيارات الثلاثة الممنوحة للمستأجر عند حلول أجل عقد الإعتداف الإيجاري .

¹- فايز نعيم رضوان، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص 229 .

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتدال الإيجاري

الفرع الأول: شراء الأموال موضوع عقد الإعتدال الإيجاري كاختيار أول للمستأجر :

أعطى عقد الإعتدال الإيجاري للمستأجر حق شراء الأموال موضوع هذا العقد وذلك عند انتهاء المدة المتفق عليها، ويعتبر اختيار المستأجر للمال المؤجر هو الخيار الغالب والأكثر وقوعا في مثل هذه العقود .

إذ أن أمل المستأجر وهدفه من الدخول في الإعتدال الإيجاري هما تملك الأموال التي يتعاقد عليها ويتحمل بدلات إيجار مرتفعة بالمقارنة مع ما يماثلها من أموال في عقود الإيجار العادية.²

- حيث أن المادة 1/16 التي تم الإشارة لها سابقا، من الأمر 09-96 المذكور قد أقرت هذا الحق، كما حددت المادة 45 من نفس الأمر شروط نقل حق الملكية عند إقرار حق الخيار بالشراء .

لكن الجدير بالذكر أن التشريع الجزائري وفيما يخص حق المستأجر في شراء الأموال محل عقد الإعتدال الإيجاري فإن المادة 4/10 من الأمر 09/96 قد أقرت هذا الحق في حالة الإعتدال الإيجاري المالي فقط .

وذلك كما يلي : (يسمح للمستأجر في حالة الإعتدال الإيجاري المالي فقط، وعند انقضاء الفترة غير القابلة للإلغاء الخاصة بالإيجار أن يكتسب الأصول المؤجرة مقابل دفع قيمة متبقية تأخذ بعين الإعتبار الإيجاري التي تم قبضها، في حالة ما إذا ما قرر مزاولة حق الخيار بالشراء، دون أن يحدد ذلك من حق الأطراف المتعاقدة في تجديد الإيجار لفترة ومقابل قبض إيجار يتفق عليه، ولا من حق المستأجر في استرجاع الأصل المؤجر عند نهاية الفترة الأولية من الإيجار).

وعليه يفهم من هذا النص أن الإعتدال الإيجاري العملي¹ لا يقر للمستأجر حق الخيار.

²- نادر عبد العزيز شافي، عقد الليزينغ، مرجع سابق، ص 368 .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

وقد سلك المشرع الجزائري بالنسبة للإعتداف الإيجاري المتعلق بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية وذلك من خلال المادة 9 من الأمر 96-09 المذكور والتي نصت على (يعتبر عقد الإعتداف الإيجاري المتعلق بمحل تجاري أو بمؤسسة حرفية سندا يمنح من خلاله، طرف يدعى المؤجر " على شكل تأجير مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة، لصالح طرف يدعى المستأجر، محلا تجاريا أو مؤسسة حرفية من ملكه مع الوعد من جانب واحد لصالح المستأجر وبمبادرة منه عن طريق دفع سعر متفق عليه يأخذ بعين الإعتبار على الأقل جزئيا الأقساط التي تتم دفعها بموجب الإيجارات مع انعدام إمكانية المستأجر في إعادة تأجير المحل التجاري أو هذه المؤسسة الحرفية لصاحب الملكية الأول) .

وكذلك بالنسبة للإعتداف الإيجاري للأصول غير المنقولة في المادة 8 من نفس الأمر والتي نصت على أنه :

(يعتبر عقد الإعتداف الإيجاري للأصول غير المنقولة عقدا يمنح، من خلاله، طرف يدعى "المؤجر" وعلى شكل تأجير لصالح طرف آخر يدعى "المستأجر" مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة، أصولا ثابتة مهنية اشتراها، وبنيت لحسابه، مع إمكانية المستأجر في الحصول على ملكية مجمل الأصول المؤجرة أو جزء منها في أجل أقصاه انقضاء مدة الإيجار، ويتم ذلك في صيغة من الصيغ المذكور أدناه :

- عن طريق التنازل تنفيذا للوعد بالبيع من جانب واحد .

- أو عن طريق الإكتساب المباشر أو غير المباشر، حقوق ملكية الأرض التي شردت عليها العمارة أو العمارات المؤجرة .

¹ - الإعتداف الإيجاري المالي عرفته المادة 2/2 من الأمر 96/09 المذكور على أنه العقد الذي يتم من خلاله تحويل لصالح المستأجر كل الحقوق والالتزامات والمنافع، والمساوئ والمخاطر المرتبطة بملكية الأصل الممول عن طريق الإعتداف الإيجاري .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

- أو عن طريق التحويل قانون (ملكية الأصول التي تم تشيدها على الأرض والتي هي ملك للمستأجر) .

أما بالنسبة للإعتداف الإيجاري للأصول المنقولة فلم يحدد المشرع الجزائري الصيغة التي يمارس بها المستأجر في اختيار شراء الأموال محل العقد .

كما يجب أن يتضمن عقد الإعتداف الإيجاري الثمن الذي يلتزم المستأجر بدفعه إلى الشركة المؤجرة في حالة اختياره شراء الأموال المؤجرة .

فإذا لم يتضمن العقد تحديد الثمن، يجب أن يتفق الأطراف على الأسس التي يتم الإعتداف عليها لتحديد ذلك الثمن، حيث يتم اللجوء إلى القضاء أو الإستعانة بخبرات مختصين عند وجود نزاع في تحديد الثمن .

ويعتبر تحديد ثمن الشراء بمثابة ضمانة للمستأجر في مواجهة المؤجر الذي يلجأ إلى فرض إرادته عند نهاية العقد ويطلب ثمنا مرتفعا لمنع المستأجر من الشراء، مما يبدد أمل المستأجر في شراء الأموال موضوع عقد الإعتداف الإيجاري بعد أن أرهق نفسه في دفع بدلات إيجار مرتفعة بهدف شرائها عند نهاية مدة العقد بثمن أقل من سعر السوق .

ويجب الأخذ بعين الإعتبار على الأقل جزئيا، الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجار (المادة 7 من الأمر 69-09 المذكور) .

إذ يشمل بدل الإيجار المرتفع على جزء مقابل استهلاك الأموال المؤجرة، مما يسمح للمستأجر بشراء تلك الأموال بثمن منخفض يمثل ما يقابل الجزء الذي لم يتم استهلاكه خلال مدة الإيجار وهو ما يعرف بالقيمة المتبقية .

- إلا أنه يجب عدم إباحة تعديل عقود الإعتداف الإيجاري من ناحية ثمن الشراء المتفق عليه في عقد الإعتداف الإيجاري وذلك حرصا على مبدأ الزامية العقود التي كرسه القواعد العامة

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتقاد الإيجاري

في المادة 55 من ق. م التي نصت على أنه (يكون العقد ملزماً للطرفين، متى تبادل المتعاقدين الإلتزام بعضهما بعضاً) .

- إذ يعتبر مبدأ إلزامية العقود من أهم المبادئ الأساسية التي تسود العقود بوجه عام، فمتى إلتزمت الإدارة اتجاه الغير لم تعد حرة بالتححرر من العقد بملء مشيئتها وإلا ترتب على ذلك جزاء مدني يتمثل في فسخ العقد والتعويض عن التعطيل والضرر أو تنفيذ العقد عينا مع التعويض في حال التأخر أو التماطل في التنفيذ وإلحاق الضرر بالمتعاقدين الآخر¹ .

- ثم أن المشرع الجزائري عند تحديد شروط نقل حق الملكية عند إقرار حق الخيار بالشراء حيث تطبق الأحكام المتعلقة بالبيع لكن بالنسبة للعقارات فقط .

- انقضت المادة 2/45، 3، على أنه: (وفي هذه الحالة، يعتبر عقد الإعتقاد الإيجاري قد إنتهى بشرط أن يكون المتعاقدان قد أوفيا بالتزاماتها، ويعتبر بيع الأصل المؤجر قد تم فعلاً عند تاريخ تحرير العقد الرسمي المتعلق به، بغض النظر عن عدم القيام بإجراءات الإشهار التي يبقى الطرفان البائع والمشتري ملزمين بها) .

¹ - مصطفى العوجي، ق.م، مرجع سابق، ص 107 .

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

الفرع الثاني: تحديد عقد الإعتداف الإيجاري ثان للمستأجر :

يعتبر حق المستأجر في تحديد عقد الإعتداف الإيجاري الإختيار الثاني الذي منحتة له المادة 16 من الأمر 96-09 المذكور حيث نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه: (.....) وإما أن يعيد تجديد الإيجار لفترة ومقابل دفع إيجار تتفق عليه الأطراف) .

- المشرع الجزائري قد منع التجديد الضمني في م 2/20 من الأمر 96-09 التي تنص على ما يلي : (لا يمكن للمستأجر أن يتمسك بعقد الإعتداف الإيجاري للإستفادة من مواصلة الإيجار وفقا للشروط المتفق عليها أوليا، إذ مارس المؤجر حقه في استرجاع الأصل المؤجر وفقا لشروط المحددة في الفقرة السابقة، ما عدا حالة وجود موافقة صريحة من المؤجر، ويشكل عدم دفع قسط واحد من الإيجار فسحا تعسفيا لهذا العقد) .

- كما أن المادة 509 من ق.م والخاصة بالتحديد الضمني لعقد الإيجار قد وردت ضمن المواد المخالفة لعقد الاعتماد الإيجاري وذلك من خلال المادة 42 من الأمر 96/09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري .

الفرع ألتالث الأموال المؤجرة إلى المؤجر كاختيار ثالث ممنوح للمستأجر :

إذا انتهت مدة عقد الاعتماد الإيجاري ولم يمارس المستأجر حقه في شراء الأموال المؤجرة ولا في تجديد العقد، يصبح ملزما برد ذلك الأموال إلى شركة الاعتماد الإيجاري المؤجرة باعتبارها مالكة لها .

وبصبح المستأجر في هذه الحالة حائزا لتلك الأموال بدون أي سند قانوني تبعا لانتهاء فترة الإيجار وعدم ممارسة الحقوق المخولة له بمقتضى القانون أو العقد .

- ففي حالة عدم اختيار المستأجر شراء الأموال المؤجرة أو تجديد العقد، يصبح الخيار الثالث أمرا طبيعيا وهو رد الأموال المؤجرة إلى المؤجر، وهذا طبقا لنص المادة 16/ أخيره من الأمر 96-09 المذكور .

الفصل اثناني: إنشاء عقد الإعتداف الإيجاري

ويضع إلتزام المستأجر برد الأموال المؤجرة للمادة 36/ أخيره من الأمر 09-96 المذكور فيما يخص الإعتداف الإيجاري الواقع على الأصول المنقولة وللمادة 39/ أخيره من نفس الأمر فيما يخص الأصول غير المنقولة.¹

هذا وقد يخضع إلتزام المستأجر برد الأموال المؤجرة في حالة عدم النص عليها في القانون الخاص بالإعتداف الإيجاري للقواعد العامة التي تراعي إلتزام رد المأجور في عقد الإيجار العادي عند انتهاء مدة العقد .

- كما قد تنظم عقود الإعتداف الإيجاري بالتفصيل الأحكام الخاصة برد الأموال المؤجرة عند نهاية مدة الإيجار، فيلتزم المستأجر برد تلك الأموال بالحالة والشروط المنققة عليها في العقد.

- وترد الأموال المؤجرة بالحالة الطبيعية وبشكل سليم مع الأخذ بعين الإعتبار ما قد يطرأ عليها من تغييرات نتيجة استعمالها طوال مدة الإيجار .

- كما تدرج بعض شركات الإعتداف الإيجاري المؤجرة في العقود التي تبرمها شروطا تبين الحالة التي يجب أن تكون عليها الأموال المؤجرة عند ردها في نهاية العقد، كما قد تسمح لها تلك الشروط بالإستعانة بخبراء لتقييم ومعاينة حالة الأموال المؤجرة عند ردها والتحقق مما إذا كانت بحالة جيدة أم لا، فإذا وجدت في حالة استهلاك غير عادي وغير مألوف يلزم المستأجر بالتعويض .

- ويمكن الحكم على المستأجر بالتعويض إذا تأخر عن رد الأموال المؤجرة فور انتهاء مدة العقد أو في الوقت الذي ينص عليه لردها، وكذلك إذا امتنع عن رد الأموال.¹

¹- أكثر تفصيل فيما تم شرحه حول إلتزام المستأجر برد الأموال المؤجرة .

¹- نادر عبد العزيز شافي العقد اللبزينغ، مرجع سابق، ص 384 .

الفصل اثنائي: إنشاء عقد الإعتاماد الإيجاري

- ويمكن اللجوء إلى قضاء الأمور المستعجلة لإلزام المستأجر برد الأموال المؤجرة إذا توافرت شروط اختصاصه إذ يصبح احتفاظ المستأجر بالأموال المؤجرة بعد إنتهاء مدة العقد بدون سند شرعي يشكل تعديا على حقوق شركة الإعتاماد الإيجاري المؤجرة في الإنتفاع والتصرف بتلك الأموال باعتبارها مالكة له .

خاتمة

خاتمة

الخاتمة

كخاتمة لهذه الدراسة يمكن أن نصل إلى بلورة فكرة عامة أن عقد الإعتماد الإيجاري يعتبر من العقود التي استحدثها الواقع التجاري لتلبية الحاجات الإقتصادية والمالية للمشاريع الإنتاجية من أجل مواكبة التطور التكنولوجي الهائل والسريع في وسائل الإنتاج وقد ظهر هذا العقد باعتباره وسيلة تمويلية من أحدث وسائل التمويل العصرية التي تجنب المشاريع الكثيرة من قبل عراقيل ومخاطر التمويل التقليدية مثل القرض والشراء بالتقسيط وغيرها .

وكان للمزايا التي يحققها عقد الإعتماد الإيجاري لأطرافه والإقتصاد بوجه عام دور بارز في انتشاره لدى أغلبية الدول المتقدمة والنامية فهو يعتبر من وسائل التمويل الأقل خطورة بالنسبة للمول مقارنة مع وسائل التمويل الأخرى ويوفر للمشاريع التمويل الكامل واللازم لتوسيع نشاطها وتطويره أو إنشاء استثمارات جديدة.

كما يسهم الإعتماد الإيجاري في دفع عجلة التنمية الإقتصادية من خلال زيادة عدد المشاريع وإيجاد فرص عمل جديدة، إذ أن الرغبة في التمويل هي المحور الأساسي الذي تدور .

- هذا ما جعل المشرع الجزائري يقوم بتنظيم عقد الإعتماد الإيجاري بمقتضى الأمر رقم 09-96 المتعلق بالإعتماد الإيجاري الذي ساهم في تحريك العجلة الإقتصادية من خلال زيادة إنتاج السلع والخدمات وتسهيل إمكانية الحصول عليها بشروط أخف وطأة من وسائل التمويل التقليدية مع الحفاظ على حقوق جميع الأطراف، مما يساهم في مرحلة الإعمار التي تمر بها الجزائر حاليا، باعتبار أن الإعتماد الإيجاري أحد أهم وسائل التمويل الحديثة الناجحة والمشجعة خاصة بالنسبة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة لكن ما يعاب على ذلك الأمر (09/96) أنه جاء به عدة نقائص أو بالأحرى ثغرات ناتجة عن عدم استفادته على الأقل من تجارب الدول التي سبقته في تنظيم عقد الإعتماد الإيجاري .

- كما أنه لم يتخذ مواقف صريحة في بعض الحالات ولم يتطرق لمواضيع مهمة مما تؤكد ثغرات قانونية تسبب عدم النجاح الحقيقي لهذا العقد في الجزائر إن لم يتم تداركها في أقرب وقت .

- ثم أن الأمر رقم 09-96 خرج عن بعض الخصائص الرئيسية لنظام عقد الإعتماد الإيجاري والمتمثلة في حق الخيار بالشراء إذ حصره بالنسبة للإعتماد الإيجاري المالي وذلك خلال المادة 10 / أخيره دون اعتماد إيجاري عملي .

- فما على المشرع الجزائري سوى إعادة النظر في الأمر 09-96 المتعلق بالإعتماد الإيجاري لكن بالإستفادة من التشريعات وخبرات الدول الأخرى ثم أيضا تحديد أثر انتهاء عقد الإعتماد الإيجاري بشكل واضح إذ لم يتخذ الأمر 09-96 موقفا من مسألة تأثير انتهاء عقد البيع على عقد الإعتماد الإيجاري .

- وأيضا على المشرع الجزائري أن يتدخل ليمنح القاضي سلطة التصدي للتعسف الذي يستعمله المؤجر التمويلي في إستعمال حقوقه التي أدرجها تقريبا بإرادته المنفردة في نماذج لعقود اعتماد إيجاري وضعها دون التفاوض مع المستأجر التمويلي .

البراجع

قائمة المصادر والمراجع :

أولاً: المصادر القانونية :

- 1/ القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990.
- 2/ النقد والقرض ج ر، عدد 16 بتاريخ و18/04/1990 .
- 3/ القانون رقم 88/10 القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية والإقتصادية .
- 4/ القانون رقم 95-95 المؤرخ في 23 يونيو 1995 والمتعلق بالإيجاري التمويلي، الجريدة الرسمية العدد 22 مكرر .
- 5/ الأمر 96-09 المؤرخ في: 10-01/1996 المتعلق بالإعتماد الإيجاري .

ثانياً-المؤلفات العامة :

- 1- د.محمد حسنين منصور: أحكام قانون الإيجار، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية.
- 2- محمود محمد فهمي، منير سالم، عبد الله سالم، التأجير التمويلي. الجوانب القانونية، المحاسبية والتنظيمية بدون دار النشر 1997 .
- 3- د. نجوى ابراهيم البيدالي، عقد الإيجار التمويلي. دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005 .
- 4- د. عبد الرزاق الصنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني.

ثالثاً- الكتب الخاصة:

- 1- إلياس نصيف، العقود الدولية، عقد الليزينغ، أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن منشورات الحلبي الحقوقية 2008 .

- 2- زياد أبو حصوة، عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة، دار الرأي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2005 .
- 3- فايز نعيم رضوان، عقد التأجير التمويلي، بدون دار النشر، ط2، 1997 .
- 4- طه أبو محمد محمود أبو العلى، الإيجار التمويلي الحقيقي للمعدات الإنتاجية بتطبيق على سفن الحاويات، منشأة المعارف الإسكندرية، ط2005 .
- 5- د.ابراهيم سوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط، البيوع الائتمانية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت، ط1، 1984 .
- 6- هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، دراسة نقدية في القانون الفرنسي، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية الإسكندرية، ط2، 1998 .
- 7- رياض فخري عقد الإيجار التمويلي، الطبيعة القانونية والتوازن العقدي، ط 1، دون ذكر بلد النشر، 2011 .
- 8- غالب غنم، القوانين والنظم عبر التاريخ، ط 1، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر بيروت، 1991 .
- 9- مراد هومان، الإيجاري المالي في ظل القوانين الإسلامية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار، 1996 .
- 10- محمد عايد شوايكة، عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ط1 .
- 11- صخر أحمد الخصاوية، عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة في القانون الأردني، ط1.

12- سمير محمد عبد العزيز، التأجير التمويلي، ط 1، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، ط 1، 2001 .

رابعاً: المذكرات :

1- فريد الطيب النظام القانوني لعقد الإعتماد الإيجاري في التشريع الجزائري، مذكرة التخرج لنيل شهادة ماجستير غير منشورة جامعة باجي مختار، عناية كلية الحقوق، 2002، 2003.

2- د. العقيد القيم طلال المختار، البند الجزائي في القانون المدني، أطروحة الدكتوراه، جامعة باريس للحقوق والإقتصاد والعلوم الإجتماعية غير مطبوعة، 1974.

3- محمد عبد الحميد الميجالي، إلتزامات شركة التأجير التمويلي والمستفيد في عقد التأجير التمويلي العقاري، رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق جامعة مؤتة، الأردن، 2005 .

4- صليحة حاجي، الإئتمان الإيجاري بين النظرية والتطبيق رسالة لنيل دبلوم الدراسة العليا المعمقة في القانون الخاص شعبة قانون أعمال، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية الإقتصادية والسياسية وجدة المملكة المغربية، 1999-2000 .

خامساً: المقالات :

1- د. معتمد أزوقار، قراءة في عقد الإعتماد الإيجاري للمنقولات في التشريع المغربي، مقال منشور، نشر وتوزيع دار القلم، المملكة المغربية، العدد3، يونيو 2014 .

سادساً: المراجع باللغة الأجنبية:

1- Jaques Coillot : Intitulation au leasing ou crédit. Bail .

2- Jean pierre gaulhier : le leasing, économie et le chaque Bancaire revue censuelle de banque N° : 221 Novembre 1964 .

3- Elmokhtar- Bey : De la symbiotique dans les leasing et crédit Bail Mobilier .

4-J.O. du 03/07/1966

5 - Mario onloni : le crédit- bail (leasing) en Europe développement et nature juridique, lite droit paris 1980.

6- Eric de Bou : le leasing finances aspect économiques et juridique Emmanuel, Frédérique henrion (éd) paris brux elles 1996.

7- Leila zoughry : propos sur la pratique de crédit —Bail au Maroc. Revue Marocaine de droit et d'économie du développement n° : 34. 1994.

8- Iyadh .B'chir : le contrat de leasing, (crédit Bail) mémoire pour le diplôme d'études APP refondus, droit privé université de Tunis III. Année Universitaire 1989. 1990.

الفهرس

كلمة شكر وتقدير

الإهداء

4.3.2.1..... مقدمة

الفصل الأول: التطور التاريخي لعقد الإعتامد الإيجاري

07المبحث الأول: نشأة وتطور الإعتامد الإيجاري

07المطلب الأول: نشأة الإعتامد الإيجاري

13المطلب الثاني: تطور الإعتامد الإيجاري وانتشاره

13الفرع الأول: الإعتامد الإيجاري في فرنسا، بلجيكا، ايطاليا

18الفرع الثاني: انتشاره في المغرب الأقصى، تونس، مصر، الأردن، الجزائر

25المبحث الثاني: مفهوم عقد الإعتامد الإيجاري

26المطلب الأول: التعاريف المختلفة لعقد الإعتامد الإيجاري

26الفرع الأول: عقد الإعتامد الإيجاري وفقا للتشريع الجزائري

29الفرع الثاني: عقد الإعتامد الإيجاري وفقا للقوانين المقارنة

291- التعريف الأنجلو سكسوني لعقد الإعتامد الإيجاري

29 • في الولايات المتحدة الأمريكية

30 • في بريطانيا

312- التعريف اللاتيني لعقد الإعتامد الإيجاري

31 • تعريف القانون الفرنسي

33 • تعريف عقد الإعتامد الإيجاري وفق بعض التشريعات التي اتبعت النظام اللاتيني

- في التشريع المصري 33
- 3- عقدا لإعتماد الإيجاري وفقا للشريعة الإسلامية..... 34
- الفرع الثالث: التعاريف الفقهية لعقد الاعتماد الإيجاري..... 35
- المطلب الثاني: أنواع عقد الإعتماد الإيجاري وفقا للتشريع الجزائري..... 38
- الفرع الأول: الإعتماد الإيجاري المالي والعملي..... 38
- الفرع الثاني : الإعتماد الإيجاري على أساس أنه منقول وغير منقول..... 39
- الفرع الثالث: الإعتماد الإيجاري الوطني والدولي 40
- المطلب الثالث: تمييز عقد الإعتماد الإيجاري عن بعض العقود الأخرى 40
- الفرع الأول: عقد الإعتماد الإيجاري وعقد البيع 41
- الفرع الثاني: عقد الإعتماد الإيجاري وعقد الإيجار..... 42
- الفرع الثالث: عقد الغعتماد الإيجاري وعقد الوكالة..... 44
- الفصل الثاني: إنشاء عقد الإعتماد الإيجاري
- المبحث الأول: أركان عقد الإعتماد الإيجاري وطبيعته القانونية 49
- المطلب الأول: الأركان الموضوعية العامة والخاصة لعقد الإعتماد الإيجاري..... 49
- الفرع الأول: الأركان الموضوعية العامة في عقد الإعتماد الإيجاري..... 49
- 1- التراضي في عقد الإعتماد الإيجاري..... 49
- 2- المحل في عقد الإعتماد الإيجاري..... 50

- 3- السبب في عقد الإعتداف الإيجاري.....54
- الفرع الثاني: الأركان الموضوعية الخاصة في عقد الإعتداف الإيجاري.....55
- 1- طرفا عقد الإعتداف الإيجاري.....55
- المستأجر.....55
 - المؤجر.....56
- 2- مدة عقد الإعتداف الإيجاري.....58
- المطلب الثاني: الأركان الشكلية في عقد الإعتداف الإيجاري.....59
- الفرع الأول: كتابة عقد الإعتداف الإيجاري في التشريع الجزائري.....59
- الفرع الثاني: نشر عقد الإعتداف الإيجاري.....60
- المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لعقد الإعتداف الإيجاري.....66
- الفرع الأول: الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 10/01/1996.....66
- الفرع الثاني: تقسيم الأمر 09/96 المؤرخ في 10/01/1996.....68
- المبحث الثاني: انتهاء عقد الإعتداف الإيجاري.....69
- المطلب الأول: النهاية غير الطبيعية لعقد الإعتداف الإيجاري الفسخ.....70
- الفرع الأول: أسباب فسخ عقد الإعتداف الإيجاري.....70
- 1- فسخ عقد الإعتداف الإيجاري بسبب المستأجر.....73
- 2- فسخ عقد الإعتداف الإيجاري بسبب المؤجر.....76
- 2- فسخ عقد الإعتداف الإيجاري لشرط التقابل.....77

- 3-فسخ عقد الإعتماا الإجارى بسبب خارج عن نطاق طرفيه (الإفساخ)79
- 4-فسخ عقد الإعتماا الإجارى بسبب إنتهاء عقد البىع 80
- الفرع الثانى: آثار فسخ الإعتماا الإجارى..... 80
- 1- إعااة الأموال موضوع عقد الإعتماا الإجارى..... 82
- 2- البنا الجزائى فى عقد الإعتماا الإجارى..... 84
- 3- التعوىض عن فسخ عقد الإعتماا الإجارى..... 85
- المطلب الثانى: إنتهاء عقد الإعتماا الإجارى بحلول آجله..... 86
- الفرع الأول: شراء الأموال موضوع عقد الإعتماا الإجارى كاختيار أول للمستأجر..... 88
- الفرع الثانى: اأنااا عقد الإعتماا الإجارى ثانى للمستأجر 92
- الفرع الثالث: الأموال المؤجرة إلى المؤجرة كاختيار ثالث ممنوح للمستأجر 92