جامعة مولود معمري -تيزي وزو-
كلّية الحقوق والعلوم السياسية

عقد الاعتماد الايجاري الدولي

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم
تخصص: القانون

إعداد الطالب
عسالي عبد الكريم

إشراف الأستاذ الدكتور
زوايمية رشيد

لجنة المناقشة:

أ-د-**كايس شريف**، أستاذ، جامعة مولود معمري – تيزي وزو-.....**رئيسا**

أ-د **زوايمية رشيد**، أستاذ، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية-.....**مشرفا ومقررا**

أ-د-**سمار نصر الدين**، أستاذ، جامعة الصديق بن يحي –جيجل-.....**ممتحنا**

د-**قريمس عبد الحق**، أستاذ محاضر أ، جامعة الصديق بن يحي –جيجل-.....**ممتحنا**

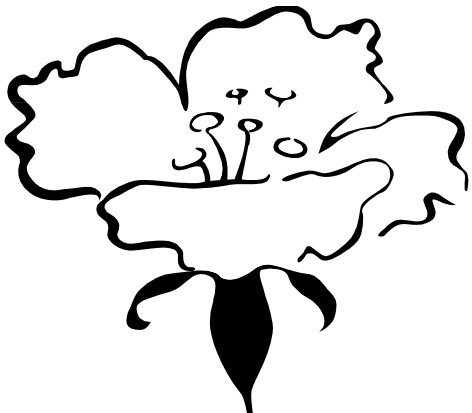
د-**اقلولي ولد رابح صافية**، أستاذة محاضرة أ، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-.....**ممتحنا**

تاريخ المناقشة:23 جوان 2015

بسم الله الرحمان الرحيم

[نرفع درجات من نشاء وفوق كل ذي علم عليم]

يوسف الآية 76



إهـداء



أهدي هذا العمل:

- إلى والدي الكريمين أطال اللهُ في عُمرهما.
- إلى زوجتي
- إلى أبنائي: لينة ويانيس
- إلى إخوتي وأخواتي

عبد الكريم

كلمة شكر

إلى أستاذي المشرف:

الأستاذ الدكتور زوا يمية رشيد

أتقدّم بأسمى آيات الشكر والعرفان لقبوله الإشراف على هذه الرسالة ولتفضّله بتصويبها، فجزاه الله خيرا وأنعم عليه بوافر الصحة والعافية.



عبد الكريم

قائمة المختصرات

أولا-باللّغة العربية:

ص: الصفحة.

ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ف: فقرة.

د د ن: دون دار النشر.

د س ن: دون سنة النشر.

د م ن: دون مكان النّشر.

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ط: الطبعة.

ثانيا-باللّغة الفرنسية:

N^{O} : **N**uméro.
P : **p**age.
P P : de **p**age à la **p**age.
Op.cit. : **O**uvrage précédemment **C**ité.
Vol. : Volume.
R.A.S .J.E.P: **R**evue **A**lgérienne des **Sci**ences **J**uridiques **E**conomiques et **P**olitiques.
R.C.D.I.P : **R**evue **C**ritique de **D**roit **I**nternational **P**rivé.
L.G.D.J. : **L**ibrairie **G**énérale de **D**roit et de **J**urisprudence.
J.O.F : **J**ournal **O**fficiel de la république **f**rançaise.
R. Internat. D. : **R**épertoire International Dalloz.
Bull : **B**ulletin des arrêts de la cour de cassation.
P.U.F. : **P**resses **U**niversitaires de **F**rance.
P.U.A.M : **P**resses **U**niversitaires d'**A**ix-**M**arseille.
O.P.U : **O**ffice des **P**ublications Universitaires.
E.U.D : **E**ditions **U**niversitaires de **D**ijon.
ALC : **A**rabe **L**easing **C**orporation.
C.C.I. : la Chambre de **C**ommerce **I**nternationale.
RTD Com. : **R**evue **T**rimestrielle de **D**roit **C**ommercial.
C. Cass. : **C**our de **C**assation.
Civ. : **C**ivil.
D : **D**alloz.

قائمة المختصرات

Gaz. Pal : **G**azette du **P**alais.
J.C.P : **J**uris-**C**lasseur **P**ériodique.
RDAI : **R**evue de **D**roit des **A**ffaires **I**nternationales.
In : Dans.
Spéc. : **S**pécial.
CVIM : **C**onvention de **V**ente **I**nternationale de **M**archandises.
CNUDCI : **C**ommission des **N**ations **U**nies pour le **D**roit **C**ommercial **I**nternational.
UNIDROIT : **I**nstitut international pour l'**u**nification du **d**roit privé
OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.
CFI : **C**onvention Unidroit sur le **F**actoring **I**nternational.
D.G.I : **D**irection **G**énérale des **I**mpôts.
M.A.R.C : **M**odes **A**lternatifs de **R**èglement des **C**onflits.

مقدمة

مقدمة

ان الإنسان لا يستطيع العيش بمفرده فهو حسب البروفيسور في علم النفس الاجتماعي Lucien Malson، قبل أن يلتقي بغيره وبالجماعة ليس إلاّ مجرّد خيال أخفّ من بُخار شفّاف، فهو بمُفرده لا شيء يحتاج إلى الغير من أجل أن يكون ومن أجل أن يُصبح ومن أجل أن يتكوّن،[1] لذلك فان العلاقات بين الافراد ظهرت منذ خلق الانسان وتطورت بتطوره حتى تستجيب لحاجاته المستمرة والمتزايدة، [2]

لذلك بدأت العقود تنتشر بين الناس منذ فترة قديمة من الزمن بداية بعقد المقايضة الذّي يعتبر من أقدم العقود التي عرفتها البشرية ثم جاء بعده عقد البيع، وكان من الضروري أن تُساير هذه العقود التطور الذي يعيشه الإنسان في الوقت الذّي أضحت فيه هذه الأخيرة تحتل مركز الصدارة باعتبارها الأداة القانونية الأكثر استعمالا في مجال المعاملات الدولية[3].

ان مستقبل العلاقات بين الدول يعتمد بصفة خاصة على مدى تطور المبادلات التجارية والاقتصادية فيما بينها، في الوقت الذّي أصبح فيه العالم بلا حدود وأصبحت الخدمات والسلع وحتى رؤوس الأموال تنتقل بشكل ملفت بين الدول. [4]

لقد لعب عقد الايجار دورا بارزا في حياة البشر عبر الأزمنة منذ الحقبة اليونانية، حيث كانت فلسفتهم-بزعامة أرسطو-تقوم على فكرة مفادُها أن الثّراء الحقيقي لا يكمُنُ في

---

[1] -«Avant la rencontre d'autrui et du groupe , l'homme n'est rien que des virtualités aussi légères qu'une transparente vapeur, C'est dire que l'homme, seul, n'est rien. Pour être, pour devenir, pour se construire, il a besoin d'un tiers », voir : BRUNEAU Laurent, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, Thèse de doctorat en droit, Université des sciences sociales, TOULOUSE, 2005, p 2.

[2] -PALVADEAU Emmanuelle, *Le contrat en droit pénal*, Thèse de doctorat en droit, Université MONTESQUIEU - BORDEAUX IV, 2011.p 15.

[3]-الخياط أمينة، "واقع وافاق التنظيم القانوني للعقود الدولية في القانون الدولي الخاص المغربي"، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، عدد 1، لسنة 2011، ص 15.

[4] - BOUALEM Fatima, *l'investissement direct à l'étranger le cas de l'Algérie*, Thèse de doctorat en droit, Université de MONTPELLIER I, 2010,p 486.

تملّك الشّيء، انّما في استغلاله والانتفاع به، وللتعبير عن أهمية عقد الايجار يقول الأستاذ Troplong: *" ان الإيجار هو أحد العقود التي تمارس في مجتمعنا الحديث التأثير الأكبر على الازدهار العام، فهو يُشرك في الاستمتاع بالملكية اللذين ليسو مُلاّكا، إن الإيجار يُحّب نور الشمس شمس الحضارة ويتطور تحت تأثيرها ويكبر، في حين أن ليل الأزمنة البربرية تقتله، فإذا رجعتم إلى أدنى درجة من الحضارة فإنكم سوف تجدون أنه لم يلعب أي دور يُذكر في الحياة المدنية."*

الا أن عقد الايجار –بهذا الشكل-كان يلبّي حاجات الانسان الاستهلاكية فقط دون أن تكون له مكانة في المشاريع الاستثمارية، لذلك كان من الضروري البحث عن وسيلة تسمح للمُستثمر الحصول على المُعدّات اللاّزمة لمشروعه لكن على سبيل الايجار، مع منحه إمكانية تملّك تلك الأصول عند نهاية العقد دون أن يدفع ثمنها دفعة واحدة، وفي الوقت نفسه يجب مراعاة مصلحة المؤسسة الممولة-المؤجر-عن طريق احتفاظها بملكية تلك الأصول المستأجرة على سبيل الضمان، وهذا ما يتجسد في عقد الاعتماد الايجاري.[5] ولقد ظهرت الحاجة الى هذا النوع من العقود بشكل خاص في الاستثمارات التي تتطلب أموال ضخمة كقطاع النقل بصفة عامة وشركات الطيران بصفة خاصة، الا أنّه انتشر أيضا وبشكل كبير في باقي القطاعات الأخرى.[6]

تتمثل مصادر التمويل التي يُلجأ إليها عادة من طرف أصحاب المشاريع في التمويل الذّاتي أو التمويل من الغير، الذّي يكون اما عن طريق الاقتراض من الجمهور بواسطة السندات أو الاقتراض من البنوك، كما تلجأ بعض المؤسسات الى وسائل أخرى تجنّبهم

[5]- FRANCK Laetitia, LES contrats de location financière dans les procédures collectives d'apurement du passif en droit français et Allemand comparés, Thèse En vue de l'obtention du grade de docteur en droit privé, Faculté de droit, sciences économique et, université Nancy 2, 2011. , p12

[6]- الخصاونة علاء الدين عبد الله فواز، التكييف القانوني لعقد الايجار التمويلي (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، عمّان، 2002، ص 13.

سلبيات الطرق التقليدية للتمويل كشراء الأصول الانتاجية بالتقسيط أو عن طريق تأجيل دفع الثّمن.[7]

ان التطور التكنولوجي الكبير الذي تعرفه وسائل الإنتاج أدى إلى ظهور أصول إنتاجية جديدة بشكل مستمر وهي عادة ما تكون ذات قيمة مالية مرتفعة، ممّا حال دون تملّكها من طرف الكثير من الشركات وخاصة تلك التي تعاني من شح في مصادر التمويل، مع العلم أن مواكبة تلك التطورات ليس خيارا لها بل ضرورة ملّحة لكي تحافظ على مكانتها في السوق، الا أن فاتورة اللّحاق بتلك التطورات ستكون باهضه لأنّها ستؤدي الى ارتفاع تكلفة الانتاج.[8]

يعتبر عقد الاعتماد الايجاري من العقود-الى جانب عقد التسيير، عقد الفرانشيز وعقد تحويل الفواتير-التي يُطلق عليها اسم عقود الأعمال، وهي تختلف عن العقود الكلاسيكية كعقد البيع وعقد الإيجار والوكالة التي عجزت عن مُسايرة مجال الأعمال -الذي يمتاز بالتشعب والتعقيد-فتجسدت بذلك فكرة تطور العقود بتطور حاجات ومتطلبات الأفراد.

يعتبر الاعتماد الايجاري من أهم أدوات التمويل الحديثة التي ابتكرها الفكر القانوني والمالي والتي بدأت في الانتشار المتزايد بشكل ملفت للانتباه، سواء في الدول المتقدمة -أين برز هذا العقد إلى الوجود-أو حتى في الدول النّامية التي كانت دومًا تُعاني من شحّ في مصادر التمويل، و نظرا لما يتيحه من مزايا لأطرافه - وبالأخص المستأجر التمويلي باعتباره المستفيد الأول منه- فقد عرف انتشارا واسع النّطاق حيث بدأ في الولايات المتحدة الأمريكية لكنّه سرعان ما انتقل إلى باقي دول العالم، وصولا إلى الدول النامية التي تحتاج شركاتها إلى

---

[7]- فهمي محمود محمد، التأجير التمويلي-الجوانب القانونية والمحاسبية والتنظيمية-، دار النهضة العربية، القاهرة،1997، ص10.

[8]- بن زيوش مبروك، الاحتفاظ بملكية المنقول المادي في عقد الاعتماد الايجاري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري-قسنطينة-، 2007، ص 1.

التمويل، في الوقت الذي ظهرت في الدول المتقدمة شركات عالمية تمارس نشاط الاعتماد الايجاري الدولي، فأصبح بذلك يؤدي دورا تمويليا اذ تمول هذه الشركات العالمية المختصة استثمارات ضخمة في الدول النّامية.

ان دراسة الاعتماد الايجاري تثير عدّة صعوبات يمكن ايجازها فيما قاله أحد الفقهاء عن عقد الاعتماد الايجاري الدولي: " ان غياب المنازعات في هذا المجال والتعقيد الناتج عن تداخل العديد من الأنظمة القانونية، ترك المساحة لسيطرة الشك والتردد وعدم اليقين، رغم أهمية هذا النّشاط ".

وهو الرّأي الذي تؤيّده الأستاذة BOST Emmanuelle بقولها أن صعوبة تنظيم الاعتماد الايجاري كعقد وطني، تعود أساسا الى تعدد المواضيع في مفترق الطرق الذّي تتواجد فيه عملية الاعتماد الايجاري، فاذا أخذنا بعين الاعتبار العقود التي تتضمنها العملية فإنها تقتضي دراسة النظرية العامة للالتزامات، كما أن دراسة العملية من زاوية محل العقد اذا كان منقولا فالأمر يتطلب منّا البحث في القانون الذّي ينظّم الملكية، واذا كان المحل عقارا استلزم الأمر تطبيق القانون العقاري.

أما من حيث كون العملية قرض فإننا سنطبق القانون البنكي إضافة الى تطبيق قانون التأمينات بسبب احتفاظ المؤجر التمويلي بملكية الأصل المؤجر على سبيل الضّمان، والقانون التجاري (الإفلاس والتسوية القضائية) في حالة توقف المستأجر التمويلي عن الدّفع، وقانون العقوبات إذا أخل هذا الأخير بالتزامه برد الأصول عند انقضاء العقد.[9]

كل هذه القوانين ستجد لها مكانة في القانون الدولي الخاص وبشكل أوسع إذا كان العقد دوليا، ممّا يثير– بشكل لا نجده في باقي العقود الأخرى-تنازع بين عدّة قوانين واجبة التطبيق على عقد واحد وهو الاعتماد الايجاري الدولي، فظهرت الحاجة إلى تأطير هذا العقد

[9]- BOST Emmanuelle, La location financière en droit international privé - étude comparative de la convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur le crédit- bail mobilier international - (droit français et droit américain), Thèse de doctorat en droit, université Paris 1- Panthéon Sorbonne, Paris, 2003,p.455.

بنظام قانوني دولي تجنبا لتطبيق القوانين الوطنية عليه، وكان ذلك بإبرام اتفاقية أوتاوا حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول لسنة 1988.

تتدخل عدّة عقود في تكوين الاعتماد الايجاري الدولي كعقد البيع عقد الوكالة عقد الايجار والوعد بالبيع وعقد القرض، مع العلم أنّه لكل عقد من هذه العقود خُصوصياته وأحكام قانونية خاصة به، سواء في التشريعات الداخلية للدول أو في الاتفاقيات الدولية، هذا ما دفعنا الى البحث في اشكالية وهي:

مدى تأثر عقد الاعتماد الايجاري الدولي بالتقنيات التعاقدية التقليدية التي يتضمّنها؟

ان تأثر عقد الاعتماد الايجاري الدولي بالتقنيات التعاقدية التقليدية التي يتضمّنها يظهر في جانبين، من حيث الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الايجاري الدولي (الباب الأول)، وكذا من حيث القانون واجب التطبيق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي (الباب الثاني).

الباب الأول

الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الايجاري الدولي

إن الحديث عن الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الايجاري الدولي يقتضي منّا تبيان كل ما من شأنه أن يوضح لنا خصوصيات هذا العقد والتي خصصنا لها بابا كاملا، حيث سنبدأ بتبيان مختلف التطورات التي شهدها بداية من ظهوره على الصعيد المحلي وانتهاء بانتقاله إلى الصعيد الدولي، ثم نتناول مختلف التعاريف التي قيلت في شأنه باعتباره من العقود التي أثارت اهتمام وأبحاث رجال القانون والاقتصاد والشريعة الاسلامية، وبعد ذلك سنُبرز أهم خصائصه التي ينفرد بها هذا العقد(الفصل الأول) .

ان مسألة البحث عن التكييف القانوني لهذا العقد لا تكاد تجد إجماعا بين مختلف الفقهاء بل حتى بين مختلف التشريعات في العالم، لذلك سنحاول بداية أن نميّزه عن عقود الأعمال الأخرى، ثم نميّزه عن العقود الكلاسيكية التي يتضمّنها، ثم سنعرّج على أهم النظريات الفقهية التي حاولت تكييف هذا العقد وفي الأخير سنبيّن ذاتية هذا العقد من خلال الوظائف التي يؤديها، وكذا من خلال الضمانات التي يتمتع بها المؤجر التمويلي (الفصل الثاني).

الفصل الأول

الاعتماد الايجاري الدولي: فكرة قديمة في قالب عقدي جديد

ان فكرة تملك الأصول الإنتاجية عن طريق شراءها –اما بأموالهم الخاصة أو عن طريق الاقتراض-كانت ولفترة زمنية طويلة هي السائدة بين الأعوان الاقتصاديين،[10] لكن سرعان ما ظهرت فكرة استئجار الاصول الانتاجية كبديل عن الشراء وهذا ما يتناسب مع المقولة المشهورة *" أن الأصل تدفع ثمنها من عائدات استعمالها":*

« Le paiement d'un bien grâce aux revenus que son utilisation dégage. »

نظرا للأهمية الكبيرة التي يحققها هذا العقد - و الذي ظهر إلى الوجود بسبب الحاجة الماسّة إلى طرق بديلة للتمويل- فانّه عرف تزايدا ملفتا للانتباه في الانتشار ليس فقط في الدول الصناعية بل حتى في الدول النّامية، لذلك سنقوم في هذا الفصل بدراسة نشأة وتطور هذا العقد مع إبراز أهم العوامل التي جعلته يكتسب الطابع الدولي، ثم تبيان مختلف الآراء الفقهية والقانونية التي حاولت أن تعرّفه (المبحث الأول)، ونظرا لطبيعة هذا العقد الذي يتضمّن مختلف التقنيات التعاقدية الكلاسيكية المعروفة، فإننا وجدناه عقد يتميّز بخصائص ينفرد بها لم نجدها في باقي العقود الأخرى حتّى في تلك التي يتضمّنها (المبحث الثاني).

[10]- لقد كانت فكرة الملكية مقدسة في القديم لكونها تمنح صاحبها حقوقا كاملة على الشيء الذي يملكه، فلم تكن فكرة التنازل عن استغلال الشيء للغير مقبولة تماما، فالملكية تعني لدى الرومانplena in re protestas (Un pouvoir plein sur la chose) للمزيد من التفاصيل حول تطور فكرة الملكية أنظر :
ALAIN Testart, « Propriété et non-propriété de la Terre : L'illusion de la propriété collective archaïque » (1re partie), *Études rurales* 2003/1-2, N° 165-166, p.211, www. cairn. info. com.

المبحث الأول

مفهوم عقد الاعتماد الايجاري الدولي

نظرا للدور الكبير الذّي لعبه الاعتماد الايجاري في تمويل المشاريع بصفة عامة والضخمة منها بصفة خاصة، ازداد عدد المشاريع التي تلجأ الى هذا النّوع من التمويل بشكل ملفت، سواء على الصعيد المحلي-في مختلف دول العالم-كما انشر خارج حدود الدولة الواحدة-كعقد دولي-فبدأ عقد الاعتماد الايجاري يتّسم بالطابع الدولي وقد لعب قطاع الطيران دورا كبيرا في ذلك، بسبب الارتفاع الكبير لسعر اقتناء الطائرات ممّا دفع ببعض الشركات العالمية إلى احتراف تأجير الطائرات.

ان مقولة الحاجة أم الاختراع قابلة لأن تتجسد في صدد الحديث عن نشأة الاعتماد الايجاري، إذ بالرغم من كون فكرة استئجار الأصول الإنتاجية ليست جديدة باعتبار أنها كانت معروفة منذ عهد الإمبراطورية البابلية، إلا أن الاعتماد الايجاري بهذا الشكل المتطور ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية على يد صاحب ورشة عجز عن إيجاد وسيلة لتمويل مشروعه، وسرعان ما بدأت الفكرة في الانتقال إلى أوربا ثم إلى الدول النامية والتي كانت مؤسساتها تعاني نقصا فادحا في مصادر التمويل، فأصبح بذلك يتسم بالطابع الدولي (المطلب الأول).

إن عقد الاعتماد الايجاري من بين المواضيع التي أثارت اهتمام الكتاب والباحثين خاصة المهتمون بالبحوث القانونية والاقتصادية، لكونه موضوع قانوني اقتصادي في الوقت نفسه، ونظرا لطبيعة هذا العقد ولطابعه المركب لاحتوائه على عدة عقود، فان مسألة تعريفه قد أثارت آراء عديدة ومختلفة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تطور الاعتماد الايجاري: من العقد الوطني إلى العقد الدولي

لقد كان السلوك الاقتصادي والتجاري للإنسان مرتبطا دائما بالظروف التي يعيشها وبحاجاته المتزايدة، لذلك يعتبر التاريخ الاقتصادي للبشرية بمثابة ردة فعل لتلبية تلك الحاجات العديدة والمتطورة،[11] وهذا ما ينطبق على الاعتماد الايجاري الذي له جذور تضرب في أعماق التاريخ إذ سيتضح انه ليس فكرة جديدة تماما، إنما هو تطور لأفكار كانت سائدة في الحضارات القديمة، وانتشر بشكل كبير بالنظر إلى ما يوفّره من مزايا للمستثمرين،[12]

سنقوم بدراسة نشأة وتطور عقد الاعتماد الايجاري الدولي حتى نتعرّف أكثر على الجانب التاريخي والظروف التي ظهر فيها هذا العقد (الفرع الأول)، ثم الانتشار الكبير الذي شهده نظرا لمساهمة قطاع الطيران الذي بدأ في اللّجوء إلى إبرام هذا العقد في عدة دول، دون أن ننسى الدور الكبير الذي لعبته بعض المؤسسات الدولية التي تنشط في هذا المجال (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نشأة وتطور الاعتماد الايجاري

لقد مر الاعتماد الايجاري بعدة مراحل حتى وصل إلى الصورة التي انتشرت حاليا في أغلب دول العالم، وهذا ما سنبيّنه فيما يلي:

أولا- فكرة تأجير المعدّات الإنتاجية كانت موجودة منذ العصور القديمة: تشير مختلف البحوث التي تناولت أصل ظهور فكرة الاعتماد الايجاري الى أنه يعود إلى العهود

[11]- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الالكترونية عبر الانترنت، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر-باتنة-، 2011-2012، ص 14.

[12] - ALAIN Capiez, « Évaluation du crédit-bail : vers une approche unifiée du risque », *Revue française de gestion* n° 139,2002/3-4, www.cairn.info.com. p. 73.

القديمة، إلا أننا لاحظنا تضارب الآراء في مسألة الفترة الزمنية التي ظهرت فيها فكرة الاعتماد الايجاري، فقد تم اكتشاف سجلات للإيجار تعود إلى بعض المعاملات التي أبرمت قبل عام 2000قبل الميلاد، وذلك في مدينة " أوز " السومرية القديمة، أين سجّلت بعض الوثائق وجود معاملات اقتصادية تتمثل في إيجار أدوات زراعية و أراضي وحقوق انتفاع بالمياه و إيجار الثيران وحيوانات أخرى، بل نجد الكثير من النظم القانونية القديمة تذكر آلية تمويلية تسمّى الإجارة، و يعود أهم سجلّ لقوانين الإجارة إلى عام 1700 قبل الميلاد تقريبا، عندما قام الملك البابلي الشهير حامو رابي بإدماج القواعد و الأعراف السومرية والأكادية في مجموعة قوانينه الموسّعة الشهيرة،[13] كما أنّ في جنوب شرق بابل أنشأت أسرة موراشو بيتا سمي ببيت الإجارة، كان أول من مارس نشاط الإجارة في السنة 450 قبل الميلاد، حيث تخصص في إيجار الأراضي و إيجار الثيران و المعدات الزراعية بالإضافة إلى إقراض البذور.[14]

كما ذهب البعض إلى القول بأن فكرة ايجار الأصول تعود إلى سنة 3000 قبل الميلاد في مصر، حيث كان الأغنياء يؤجّرون الأدوات والعبيد والعقارات إلى الفلاحون الفقراء لمدة فصل أو سنة كاملة،[1615] ويرى الكاتب Tom Clark أنه: *" من الثّابت – وثائقيا-أن الاعتماد الايجاري يرجع إلى ما قبل عام 200 قبل الميلاد أين استخدمه السومريون في شكل إيجار*

---

[13]- فهمي محمود محمد، " بحث في التأجير التمويلي كوسيلة من وسائل التمويل " **مجلة مصر المعاصرة** "، العدد 396 السنة 75، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، القاهرة، ص 64، وأنظر أيضا:
SMAILI Nabila, *Pratique du crédit-bail, analyse de la situation Algérienne*, Mémoire de magistère en sciences économique, faculté des sciences économiques, de gestion et des sciences commerciales Université Mouloud MAMMERI ,Tizi ouzou, 2011-2012, p. 7.

[14]- أبو العلا طه محمد، الإيجار التمويلي الحقيقي للمعدات الإنتاجية، منشأة المعارف، الإسكندرية،2005 ، ص7.

[15]-.

[16] - BASS Jacqueline et HENDERSON Katrena, « crédit- bail : une nouvelle option pour les institutions de microfinance », conférence tenue en février 2000 au Mali sur les programmes de microfinance*, Note technique* n°6, pp. 1-15.

الأدوات الزراعية، ثم جاءت مجموعة جوستنيان في عصر الرومان لتنصّ في الكتاب الثالث منها على التفرقة بين التأجير التشغيلي والتأجير التمويلي".[17]

بينما يرى آخرون أن فكرة الاعتماد الايجاري تعود إلى 3000 سنة قبل الميلاد، حيث كان الأغنياء يقومون بتأجير عبيدهم وأدواتهم وعقاراتهم لمدّة فصل واحد. [18]

يمكن القول إن الفكرة الأساسية التي يقوم عليها الاعتماد الايجاري وهي تأجير الأصول الإنتاجية كانت موجودة في العصور القديمة، حيث كان المزارعون الفقراء يستأجرون الأدوات والعقارات من الأغنياء بدلا من شراءها إلا أن الاعتماد الايجاري بالشكل المعروف حاليا ظهر لأول مرّة في الولايات المتحدة الأمريكية.

ثانيا-ظهور الاعتماد الايجاري في الولايات المتحدة الأمريكية كان بسبب عجز طرق التمويل التقليدية عن تلبية الحاجة إلى التمويل: في نهاية الحرب العالمية الثانية بدأت فكرة البيع بالتقسيط في الانتشار إلاّ أنها لم تطبق سوى في تمويل المواد الاستهلاكية فلم تمتد لتشمل المواد الإنتاجية أو السلع الرأسمالية،[19] ففكرة الاعتماد الايجاري بالصورة المتعارف عليها اليوم ظهرت لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية على يد رجل الصناعة الأمريكي .BOOTHE junior ، وهو صاحب مصنع صغير لإنتاج المواد الغذائية المحفوظة وخلال حرب كوريا سنة 1950، قدّمت القوات المسلحة الأمريكية طلبا إلى السيد "بوث" بتوريد كميات ضخمة من الأغذية المحفوظة وكان هذا الطلب يفوق القدرة الإنتاجية لمصنعه.

---

[17]- فخري رياض، الآليات القانونية المميّزة لعقد الإيجار التمويلي «دراسة تحليلية"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، د س، ص 6.

[18]- يعتبر هذا النظام قريب من عقد الائتمان الذي كان معروفا في العهد الروماني حيث كان المقترض يقدم تأمينا عينيا للدائن إذا أراد الحصول على قرض.

[19]- دويدار هاني محمد، " عقد الإيجار التمويلي للمنقولات في ظل القانون اللبناني"، مجلة الدراسات القانونية، العدد 1 لسنة 2005، كلية الحقوق -جامعة بيروت-، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 111.

لهذا كان السيد "بوث" حائرا بين رغبته الملّحة في الظّفر بهذه الصفقة التي ستعود عليه بأرباح طائلة، وعجزه عن تلبيتها بسبب محدودية الكميات التي ينتجها مصنعه، كما أنّه لا يمتلك الأموال لشراء المعدات اللازمة لمواجهة الصفقة المعروضة عليه.[20]

لقد ضاعت هذه الصفقة على السيد "بوث" الذي لم يجد مؤجرا للمعدات التي كان يحتاجها، الا أنّه انتبه الى مسألة بالغة الأهمية إذ حتى وإن تمكن من اقتراض المال لشراء تلك الأصول، فان ما كان يقلقه أكثر هو كيفية تسديد هذه الديون في حالة عودة نشاطه إلى الكمية التي ينتجها قبل ابرام الصفقة.[21]

استمر السيد «بوث" في التفكير في تجسيد مشروع يتخصص في تأجير المعدات الإنتاجية إذ اقتنع من خلال الحسابات التي كان يقوم بها، بأن هذا المشروع سيحقق أرباحا أكثر تلك التي يجنيها من مصنعه للمواد الغذائية، لذلك قام بإقناع مجموعة من أصدقائه بفكرة إنشاء شركة لتأجير المعدات الإنتاجية، وقاموا بإنشاء أول شركة للتأجير التمويلي في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1952،والّتي أطلقوا عليها اسم « United states leasing corporation »[22]،وبمجرد تأسيس هذه الشركة ازداد الطلب على إيجار المعدات الإنتاجية وازدادت معه الأرباح التي تحققها الشركة في فترة زمنية قصيرة مما أدى إلى ظهور شركات

[20]- دويدار هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي "دراسة نقدية في القانون الفرنسي"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1994، ص 10.

[21]- وهذا بعد انقضاء العقد الذي سيربطه بالجيش الأمريكي ففي هذه الحالة سيجد نفسه ملزما بخفض كمية الإنتاج إلى الحدود التي كانت عليها قبل الصفقة، لذلك فان القرض البنكي في مثل حالته لا يحقق أهدافه أنظر:
PACE Gilbert, *Economie et technique financière du crédit-bail*, Thèse de Doctorat, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 1975, p.293.

[22] - Leasing : tendances actuelles, *publication de Crédit Suisse Economic Research*, 18 octobre 2006, www.crédit-suisse.com/entreprises, p.10.

أخرى للتأجير، ويرى الكتّاب أن سرّ نجاح الاعتماد الايجاري في الولايات المتحدة الأمريكية في تلك المرحلة يمكن ردّه إلى أربعة أسباب رئيسية [23]وهي:

1-ضيق أسواق الائتمان المتوسطة الأجل: تميّزت تلك الفترة بصعوبة الحصول الصعب على قرض لكون عقود الائتمان التقليدية لم تعد تقدم ضمانات كافية للدائن لاسترداد دينه، فأصبحت المشروعات الأمريكية تموّل استثماراتها المتوسطة الأجل تمويلا ذاتيا ممّا أدى إلى ارتفاع تكلفة التمويل.[24]

2-التضييق من مزايا الإهلاك الضريبي للمعدات الإنتاجية: لم يكن النظام الضريبي الأمريكي في تلك الفترة يسمح بخصم مقابل الإهلاك من الوعاء الضريبي إلا بشروط قاسية، لذا لجأت المؤسسات الى استئجار المعدات -بدل شراءها – لأن الاعتماد الايجاري يمنح للمستأجر التمويلي إمكانية خصم كامل الأجرة التي يدفعها للمؤجر التمويلي من وعائه الضريبي باعتبارها من نفقات الاستغلال[25].

3-تحقيق شركات الاعتماد الايجاري لأرباح كبيرة: إن شركات الاعتماد الايجاري تتقاضى من المستأجر بدل الإيجار والفائدة وهامشا من الربح، ممّا ساهم في زيادة نسبة الأرباح التي تحققها بشكل ملفت.

---

[23]- بن عزوز ربيعة، عقد التأجير التمويلي كوسيلة للتمويل، رسالة لنيل ماجستير في القانون الخاص، جامعة دمشق، سوريا، 2008، ص 31.

[24]- من المعروف أن تكلفة التمويل بواسطة الأموال الذاتية أعلى من تكلفة التمويل بواسطة أموال خارجية: نظرا لخصم مقابل الائتمان (الفائدة) من الوعاء الضريبي، أنظر:

المحضار فتح محمد عمر، محاسبة عقود الإيجار-دراسة تطبيقية في شركة طيران الخطوط الجوية اليمنية-، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الاقتصاد، جامعة دمشق، 2005، ص 41.

[25]- لقد ذهب بعض الكتاب الفرنسيين إلى القول بأن خصم معدل الاهلاك يمثل جوهر الاعتماد الايجاري، أنظر: شيحة رشدي مصطفى، الاقتصاد النقدي والمصرفي، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية ،1985، ص 440-442، وأنظر أيضا:

SMAILI Nabila, op.cit.p.10.

4-البحث عن امكانية الإحلال المستمر للمعدات الإنتاجية: إن ظهور هذا العقد في فترة عرفت تقدما صناعيا كبيرا، شجع الشركات للجوء الى استئجار المعدات وعدم شراءها، لكون الاستئجار يمكّن المشروعات الاستبدال المستمر للمعدات الصناعية مما يتيح لها مواكبة التطور التكنولوجي ،[26] خاصة بالنسبة لتمويل المعدات الإنتاجية المرتفعة الثمن كالطائرات[27]، ممّا ساهم في انتشار الاعتماد الايجاري في أمريكا منذ أوائل الخمسينيات بشكل متزايد ، فقد صرّح أحد رجال البنوك الأمريكيين بأن: " تغيرات الظروف والأحوال الاقتصادية هي التي أملت مصير الإيجار المالي في الولايات المتحدة الأمريكية ".

كما تشير بعض الدراسات الى أن نسبة المشاريع التي تستعمل عقد الاعتماد الايجاري للحصول على المعدات التي تحتاجها هي 88 %من مجموع المشاريع البترولية في الولايات المتحدة الامريكية، إذ امتد هذا العقد ليشمل معظم المجالات بداية من اقتناء الحواسيب وصولا الى شراء الطائرات[28]، وتشير أحد التقارير إلى أن الولايات المتحدة الأمريكية تحتل المركز الأول عالميا في عمليات الاعتماد الايجاري ثم تليها اليابان[29]، وفي نهاية الحرب العالمية الثانية انتقلت الاستثمارات الامريكية الى الدول الأوروبية، ممّا أدى إلى انتقال الاعتماد الايجاري اليها.

ثالثا-انتقال الاعتماد الايجاري إلى دول أوروبا: تعتبر بريطانيا اول الدول الاوربية التي عرفت نشاط الاعتماد الايجاري، بسبب إنشاء فروع لشركات الاعتماد الايجاري الأمريكية

---

[26]- بلعاوي صفاء عمر خالد، النواحي القانونية في التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، رسالة لنيل شهادة ماجستير في المنازعات الضريبية، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2005، ص 13.

[27]- PAPY Romain, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université MONTESQUIEU - BORDEAUX IV, 2011, p. 14.

[28]- ناصيف الياس، عقد الليزينغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1999، ص 18.

[29] -CHERIF Chakib, « Le leasing », *RASJEP*. nº 3-1996, pp. 411-415.

فيها كشركة: Mercantile crédit company،[30] أما في فرنسا فقد ظهرت أول شركة فرنسية للاعتماد الايجاري في سنة 1962، والتي تسمى بشركة Loca France التي عملت في مجال تأجير المنقولات.

لقد كان الفقه الفرنسي مترددا في ترجمة المصطلح الأنجلو أمريكي LEASING إلى اللّغة الفرنسية، إذ أطلق عليه البعض اسم Prêts-bails أي القرض الايجاري، الى غاية صدور قانون الاعتماد الايجاري الذي في 1966، الذي وضع حدا لهذا الجدل القائم بشأن التسمية حيث سمّاه المشرع الفرنسي Crédit-bail.[31]

لقد عرف الاعتماد الايجاري نجاحا كبيرا في فرنسا حيث بلغ عدد الشركات التي مارست هذا النشاط خلال الثلاث سنوات الأولى من ظهور هذا النشاط حوالي 30 شركة، اذ بلغت حجم الاستثمارات الفرنسية في هذا المجال حوالي 700 مليون فرنك فرنسي سنة 1965، في حين لم تكن تتجاوز 200 مليون فرنك في سبة 1962،[32] وبدأ عدد الشركات التي تمارس هذا النشاط في تزايد مستمر في كل سنة، اذ بلغ عددها في شهر أوت 2008 حوالي 104 شركة فكان حجم المشاريع التي تم تمويلها من سنة 1970 حتّى سنة2008 ما يعادل 300 مليار أورو.[33]

---

[30]-VAN WUNNIK Luca, « Les limites de l'investissement direct étranger manufacturier comme moteur de développement économique », Lavoisier / *Géographie Économie Société, 2008*/4 - Volume 10, www.cairn.info.com. , p. 393.

[31]- وهو أوّل قانون اعترف بالاعتماد الايجاري في فرنسا تحت رقم 455، والذي صدر بتاريخ 2 جويلية 1966، أنظر: CREMIEUX-ISRAEL Daniel, *Les problèmes juridiques, comptables et fiscaux du leasing et du crédit-bail mobilier, Thèse* de doctorat, Université de droit , d'économie et de sciences sociales de Paris, 1974, p. 6.

[32]- بلعاوي صفاء عمر خالد، المرجع السابق، ص 14.

[33]- طالبي خالد، دور القرض الايجاري في تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، دراسة حالة: الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة منتوري-قسنطينة-، 2010-2011، ص 62 و63.

لقد أرجع أغلب الكتاب في فرنسا نجاح الاعتماد الايجاري وانتشاره بشكل كبير[34] الى عجز عدد كبير من المؤسسات الاقتصادية عن تمويل مشاريعها تمويلا ذاتيا، كما أن وسائل التمويل التقليدية لم تكن تمنح تمويلا كاملا للاستثمار، اذ لا تتجاوز نسبة التمويل 70% فقط،[35] زيادة على طلب البنوك من المؤسسات تقديم تأمين عيني لضمان القرض، فأصبح هذا الشرط عائقا أمام طالبي القرض.[36]

لقد ارتبط نجاح الاعتماد الايجاري في الولايات المتحدة الامريكية بالرخاء النسبي الذي شهده الاقتصاد الأمريكي، في حين أنّه ارتبط في فرنسا بالاختناق المالي الذي عانت منه المشروعات الاقتصادية الفرنسية.[37]

بعد فرنسا انتشر الاعتماد الايجاري في باقي أرجاء أوروبا: كبلجيكا بموجب الأمر الملكي الصادر بتاريخ 10 نوفمبر 1976، واسبانيا في 1977، البرتغال في 1979، وايطاليا سنة 1986، كما ظهر أيضا في هولندا، النرويج، ألمانيا، للوكسمبورغ، الدانمرك...الخ.

رابعا-انتقال الاعتماد الايجاري إلى الدول النّامية بسبب حاجتها إلى التمويل:

بالرغم من أن بروز الاعتماد الايجاري كان في الدول الصناعية-والتي تتميّز بملائمة مناخها الاقتصادي مع هذا النوع من التمويل-إلا أن ذلك لم يمنع من انتقاله إلى الدول النّامية التي

---

[34]- نذكر على سبيل المثال إحدى أهم وأكبر شركات الليزينغ في فرنسا وهي Crédit Agricole Leasing & Factoring، والتي لها فروع في 12 دولة في أوربا والمغرب، وهي الشركة رقم 1 في فرنسا، أنظر:

TOUSSAINT Olivier, Zoom sur credit Agricole leasing- factoring, *brochure Credit Agricole Leasing & Factoring*, pp. 1-22.

[35]- لذلك تلجأ 40% من الشركات الصغيرة والمتوسطة في فرنسا إلى الاعتماد الايجاري في تمويل مشاريعها، أنظر:

GARRIDO Eric, *Le cadre économique et réglementaire du crédit-bail*, Tome 1, Revue BANQUE Edition, Paris, 2002, p.15.

[36] - FILARETO Marie-Christine, « Les déterminants du taux débiteur exigé par le crédit bailleur : une étude empirique sur le marché français », *Économie et Prévision* 2004/1, n° 162, www.cairn.info.com. P. 112.

[37]- دويدار هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي ...، المرجع السابق، ص 26.

كانت تبحث عن أي مصدر لتمويل مشاريعها الاقتصادية،[38] إذ يعدّ نقص التمويل من أكبر العقبات التي تواجهها المشاريع بصفة عامة والجديدة منها على الخصوص،[39] هذا ما منح الفرصة للشركات العالمية الكبرى التي تمتلك رأس مال ضخم لغزو أسواق الدول النامية حيث أصبحت هذه الأخيرة سوقا رائجة لتسويق منتجاتها،[40] وإذا كان الرأس المال الأمريكي كان له الفضل في انتشار الاعتماد الايجاري في دول أوربا ، فان الرأس المال الفرنسي هو الذّي ساهم في انتقاله الى الدول النامية، خاصة إلى دول المغرب العربي ودول غرب إفريقيا الناطقة رسميا باللّغة الفرنسية، خاصة وأن التجربة الفرنسية في مجال الاعتماد الايجاري كانت رائدة.[41]

إن وصول الاعتماد الايجاري إلى الدول النامية جاء في ظروف اتسمت بتطور المبادلات التجارية الدولية عن طريق الشركات الدولية والإقليمية،[42] التي كان لها الفضل في دخول

---

[38]- أنظر: مقابلة علي وجودة محفوظ، "معوقات التأجير التمويلي في الأردن"، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد 18، عدد 4 لسنة 2004، جامعة مؤتة، الأردن، ص 89، وأنظر أيضا:

طالبي حسن، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص 22.

[39]-Fayolle explique que le manque de ressources est la maladie dont meurent très souvent les jeunes entreprises. C'est aussi la cause qui empêche les nouvelles entreprises de naître, cité par, JAOUA Aïda*, La finance peut-elle être solidaire ? Le cas de la Banque Tunisienne de Solidarité "BTS»*, Thèse de doctorat en Sciences de Gestion, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2011. P. 7.

[40]- القاضي خالد محمد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 18.

[41]- نادر عبد العزيز شافي، عقد الليزينغ (دراسة مقارنة) الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،2004، ص23، وأنظر أيضا:

WALTER Roland, Qu'est-*ce que le leasing ?* , DUNOD, Paris, 1973, p. 119.

[42]- CHAHOUD Jessica، *L'assurance-crédit interne*، Thèse de doctorat ,Université Montpellier I , 2010,p. 11.

أسواق الدول النّامية إدراكا منها بحجم الفوائد التي ستجنيها في سوق هذه الدول،[43] كما أن أهم شركات الاعتماد الايجاري التي ظهرت في الدول النامية كانت برعاية هذه الشركات الدولية وبمشاركتها،[44] فقد كان الاعتماد الايجاري بمثابة الحل الأخير الذي لا بديل عنه في هذه الدول، [45] باعتبار انّه يتيح فرص الاستثمار دون أن يتطلب ذلك أموالا كبيرة، كم أنّه الوسيلة الوحيدة للتمويل التي تتيح للمستفيد منها إمكانية مواكبة التطورات التكنولوجية في مجال الآلات والمعدات الانتاجية.[46] وسنحاول فيما يلي أن نعرّج على ظهور الاعتماد الايجاري في بعض الدول النامية كالمغرب ثم مصر والجزائر.

1- ظهور الاعتماد الايجاري في المغرب: تعتبر المغرب من بين الدول الرائدة والتي كانت السبّاقة في اللجوء الى عقد الاعتماد الايجاري مقارنة بباقي الدول النامية ، إذ وبعد ثلاث سنوات من نشأة أوّل شركة في فرنسا تأسست أوّل شركة للاعتماد الايجاري في المغرب وكان ذلك بتاريخ 21 أفريل 1965 وهي شركة:Maroc-leasing بمساهمة بعض شركات مجموعة بنك باريس وهولندا (Paribas) والبنك الوطني للتنمية الاقتصادية- وهو بنك مغربي-[47]، ولقد ضلّت هذه الشركة تحتكر هذا النشاط إلى غاية سنة 1972، وهو تاريخ ظهور أول شركة

---

[43]- تحتكر الدول الصناعية المتقدمة 75% من التجارة الدولية حيث انتقل نصيبها في التجارة العالمية للسلع والخدمات من 67% عام 1985 إلى 75% عام 1996.وفي مقابل دلك تحتل الدول النامية نسبة 18%، وقد انخفض نصيبها في السنوات الأخيرة من 36% في أوائل الثمانينات من القرن العشرين إلى النسبة المذكورة خلال التسعينات، أنظر:

حشماوي محمد، الاتجاهات الجديدة للتجارة الدولية في ظل العولمة الاقتصادية، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2006، ص 236.

[44]- الفطافطة حسن محمد، التأجير التمويلي في الدول العربية-التجربة ومتطلبات التطوير-، دار الشعلة للبحوث والاستشارات، الأردن،2007، ص 28، أنظر أيضا:

HEMARD Jean, *Le crédit-bail (leasing) en Europe : développement et nature juridique*, Litec, Paris, 1980, p. 42.

[45]- LOBEZ Frédéric, STATNIK Jean-Christophe, « Une décision de crédit-bail peut aussi être un bon signal », *Revue économique* 2007/4, Volume 58, www.cairn.info.com. , p. 950.

[46] - CHERIF Chakib, op. cit. , p. 412.

[47] -BENGELOUN Mohamed Amine, « Evolution et perspective du crédit- bail au Maroc », Premières *assises nationales du crédit-bail*, Maroc le 14 mai 2002, p. 2.

مغربية تعود ملكية رؤوس أموالها بالكامل لشركاء مغاربة وهي شركة Maghrebail.[48]وما يلاحظ عن التجربة المغربية في هذا المجال هو أن ممارسة عملية الاعتماد الايجاري، سبقت صدور التشريع الذي ينظم هذا النشاط الذي لم يصدر إلاّ في سنة 1996.[49]

2-ظهور الاعتماد الايجاري في مصر: إن مصر لم تعرف أي ممارسة لهذه العملية قبل صدور التشريع الذي نظمها، بالرغم من أن الاقتصاد المصري كان أمس الحاجة الى البحث عن حلول من أجل زيادة الناتج القومي، الا أن ضعف الهيكل الإنتاجي وعدم القدرة على استخدام التكنولوجيا الحديثة، إضافة إلى استنفاذ العمر الإنتاجي للآلات والمعدات وعدم القدرة على استبدالها بسبب غياب التمويل لدى الشركات حالا دون تحقيق ذلك، كل هذه المعطيات دفعت برجال الاقتصاد الى التفكير في الاعتماد الايجاري للنهوض بالاقتصاد المصري. [50]

بدا التفكير في سن مشروع قانون الإيجار التمويلي سنة 1984 الا انّه لم ير النّور إلا بصدور القانون رقم 95 لسنة 1995، الخاص بالتأجير التمويلي والذي جاء متشابها في معظم أحكامه مع القانون الفرنسي،[51] ومنذ هذا التاريخ بدأ هذا النشاط في الانتشار وبدأ عدد شركات التأجير التمويلي في الارتفاع حيث بلغت سنة 1998 حوالي 58 شركة،[52] كما ارتفعت قيمة عقود التأجير التمويلي لتصل إلى 3.2مليار جنيه في الرُبع الأول من سنة2012 مقارنة بنحو 2.2 مليار جنيه في نفس الفترة من2011 أي بنمّو قدره 46% ، وجاء في تقرير صدر عن هيئة الرقابة

---

[48]- فخري رياض، المرجع السابق، ص 16.

[49]- بالرغم من تدخل المشرع المغربي قبل ذلك لتنظيم العملية من خلال بعض قوانين المالية، خاصة قانون المالية لسنة 1973.

[50]- إذ يقول الدكتور حسني خليل محمد -وهو رئيس قطاع بالهيئة العامة لسوق المال -:

"إن جميع المشاكل التي كان يعاني منها الاقتصاد المصري كان بالإمكان التغلب عليها عن طريق إدخال نظام الاعتماد الايجاري".

[51]- أبو حصوة زياد، عقد التأجير التمويلي" دراسة مقارنة"، دار الرأي للنشر والتوزيع، بيروت، 2005، ص 28.

[52]- الفطافطة حسن محمد، المرجع السابق، ص 98.

المالية أن:" *عدد العقود ارتفعت إلى 387 خلال الأشهر الثلاثة الأولى من العام مقابل 381 عقدا لنفس الفترة من العام الماضي بنمو2 % واظهر التقرير استحواذ قطاع الطائرات على 45% من النشاط بقيمة تجاوزت 1.48 مليار جنيه ليحتل صدارة ترتيب القطاعات، وتلاه قطاع العقارات و الأراضي بحصة36 %.* "[53]

3-ظهور الاعتماد الايجاري في الجزائر: لقد عرفت الجزائر منذ سنة 1988سلسلة من الإصلاحات[54] في المجال الاقتصادي بصفة عامة والقطاع المصرفي بصفة خاصة،[55] وذلك عن طريق إزالة التنظيم وانسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي لصالح السوق، فقام المشرّع بالتخلّي عن الأنظمة القانونية الكلاسيكية في مقابل ذلك ظهرت أخرى حديثة كبورصة القيم المنقولة وحرية التجارة والصناعة، المنافسة الحرة، تحويل الفواتير، وتقنية الاعتماد الايجاري.[56] هذه الأخيرة لم تكن موجودة خلال مرحلة الاقتصاد المخطط حيث يُعتبر القانون رقم 90-10 يتعلّق بالنقد والقرض،[57] أول قانون تضمّن هذه التقنية وذلك في المادة 112

---

[53]- فهمي طارق، " الحصص السوقية لشركات التأجير التمويلي لسنة 2012»، يومية تقارير البورصة، العدد 348 ليوم الأربعاء 30 ماي 2012، ص 4، www.alborsanews.com.

[54]- للمزيد من التفاصيل حول الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر أنظر:

BOUALEM Fatima, *L'investissement direct à l'étranger : le cas de l'Algérie*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier I, 2010, pp. 11-25.

[55]- وهو القطاع الذي وصفه السيد كريم جودي في تصريح له بأنّه لا يساهم في النمو الاقتصادي ولا يستجيب لاحتياجات الأعوان الاقتصاديين، أنظر:

L'interview du Ministre délégué chargé de la réforme financière, Karim Djoudi, El *Watan Economie* du 13 au 19 février 2006, pp. 3-4.

[56] - ZOUAIMIA Rachid, « Remarques critiques sur la technique du factoring en droit algérien », *RASJEP.*, n^{O} 2, 2006, pp.5-29.

[57]- قانون رقم 90-10 مؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، ملغى بالأمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت 2003، بتعلّق بالنقد والقرض، ج ر عدد52، صادر بتاريخ 27أوت 2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 09-01، مؤرخ في 22جويلية 2009، يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر عدد 44، صادر بتاريخ 26جويلية 2009، وبالأمر رقم 10-04، مؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد 50، صادر بتاريخ 1 سبتمبر 2010.

منه[58]، ثم جاء بعد ذلك القانون رقم 91-26 المتضمن المخطط الوطني لسنة 1992[59]، إلا أن الإطار القانوني الخاص بعقد الاعتماد الايجاري لم يصدر إلاّ في سنة 1996عن طريق الأمر رقم 96-09، يتضمّن الاعتماد الايجاري[60]، ثم جاء بعده نظام بنك الجزائر رقم 96-06 الذي حدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الايجاري وشروط اعتمادها. [61]

بعد صدور هذا النظام تمّ اعتماد مجموعة من شركات الاعتماد الايجاري كالشركة الجزائرية لتأجير التجهيزات والعتاد "سالم" التي أُعتمدت سنة 1997[62]، والشركة العربية للإيجار المالي التي أُعتمدت سنة 2002[63] إضافة الى شركات أخرى[64]، مع قيام بعض البنوك بنشاط الاعتماد الايجاري كبنك سيتلام و بنك البركة وبنك سوسيتي جنرال، فكان أولوية الحكومة الجزائرية تتمثل اساسا في منح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة أهمية كبيرة،[65] ثمّ بدأ نشاط

---

[58]- والتي نصّت على أن عمليات الإيجار التي تنتهي بخيار شراء الأصل تعتبر عمليات قرض، لاسيما عمليات القرض الايجاري، وعلى هذا الأساس تم إبرام عقد من طرف شركة الخطوط الجوية الجزائرية بغرض اقتناء طائرات، والشركة الجزائرية للنقل البحري بغرض اقتناء السفن والمراكب البحرية مع مؤسسات مالية أجنبية.

[59]- قانون رقم 91-26 مؤرخ في 18 ديسمبر 1991، يتضمن المخطط الوطني لسنة 1992، ج ر عدد 65 لسنة 1991.

[60]- أمر رقم 96-09 مؤرخ في 10 جانفي 1996، يتعلق بالاعتماد الايجاري، ج ر عدد 3 لسنة 1996، الذي يمنح إمكانية استعمال التمويل عن طريق الاعتماد الايجاري للشركات الخاصة وللشركات العمومية أيضا، أنظر:

يحياوي مفيدة،" تحديد الهيكل المالي الأمثل للمؤسسات العمومية الاقتصادية الجزائرية"، مجلة العلوم الإنسانية جامعة محمد خيضر-بسكرة-العدد الثالث، أكتوبر 2002، ص 100.

[61]- نظام بنك الجزائر رقم 96-06 المؤرخ في 3 جويلية 1996، يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الايجاري وشروط اعتمادها، ج ر عدد 63 لسنة 1996.

[62]- بموجب مقرر محافظ بنك الجزائر رقم 97-03، مؤرخ في 28جوان 1997، يتضمن اعتماد الشركة الجزائرية لتأجير التجهيزات والعتاد، ج ر عدد 71 لسنة 1997.

[63]- مقرر محافظ بنك الجزائر رقم 02-02، مؤرخ في 20 فيفري 2002، يتضمن اعتماد الشركة العربية للقرض الايجاري، ج ر عدد 72 لسنة 2002.

[64]- كالشركة المغاربية للإيجار المالي التي أنشأت بموجب مقرر محافظ بنك الجزائر رقم 06-،02 مؤرخ في 11-3-2006، والشركة الوطنية للإيجار المالي في 23 سبتمبر 2009.

[65] - تتوقع الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بلوغ حوالي 200000 مؤسسة صغيرة ومتوسطة في سنة 2014، أنظر في هذا الشأن:

ANDI, Développement de l'investissement en Algérie*, Atelier 2*, Alger le 11 mai 2011, p. 3.

الاعتماد الايجاري في الانتشار لكن بشكل مُحتشم[66] مقارنة بدول أخرى كالمغرب التي عرف فيها تقدما بشكل كبير،[67] وتونس التي لم تعرف الاعتماد الايجاري إلا بعد 20 سنة من ظهوره في المغرب.[68]

الفرع الثاني

العوامل المُساهمة في خروج عقد الاعتماد الايجاري من الطابع المحلي إلى الدولي

رأينا فيما سبق أن الاعتماد الايجاري بدأ في الولايات المتحدة الأمريكية التي ساهمت في نقله الى الدول الأوربية،[69] لذلك يمكن القول إنه من خلال نشاط رؤوس الأموال الأمريكية تم تدويل نشاط الاعتماد الايجاري، فأصبح هذا العقد دوليا يجمع أطرافا من جنسيات مختلفة، بعدما كان عقد يمارس في نطاق وطني أو يتصف بالمحلية.[70] فلقد ازدادت العلاقات الاقتصادية بين الدول بشكل متسارع ممّا زاد من حجم انتقال السلع وحركة رؤوس الأموال

وأنظر أيضا: يومية المجاهد الصادرة في 24 فيفري 2009، التي أصدرت مقالا حول تطور الاستثمارات في الجزائر تحت عنوان:

« Investissements : Evolution «remarquable» des investissements en Algérie au cours de ces dernières années ».

[66]-13 institutions financières et bancaires le proposent le financement par le leasing a atteint 37 milliards de dinars en 2012 ; il était de l'ordre de 28 milliards de dinars en 2011 et de 20 milliards de dinars en 2010. Ce produit en extension, offert notamment par les banques et les établissements financiers privés, a connu ces dernières années, une extension remarquable, stimulée par ailleurs par de nouvelles filiales créées par d'autres banques Publiques. Voir,
Yahia Lydia, « Marché du leasing en Algérie », *Bimensuel de l'économie et de la finance,* L'éco, n°60 / du 16 au 28 février 2013, pp. 29-54.

[67] - BENGELOUN Mohamed Amine, op.cit, p. 2.

[68] - JEBALI Salah, « Le leasing en Tunisie », Premières *assises nationales du crédit-bail*, Panel I, Regards croisés sur le crédit-bail, Maroc, le 14 mai 2002, p.1.

[69]- أنظر في ذلك: دويدار هاني محمد، المرجع السابق 20.

[70]- وفي هذا الصدد يرى بنك باركليز أن الاعتماد الايجاري يعد عملا ذا فائدة كبرى، متى نظرنا إليه كجزء من سوق التمويل الدولي، وهذا ما يؤكد أن الاعتماد الايجاري الدولي له أهمية كبيرة خصوصا بالنسبة للدول النامية التي هي في حاجة للتمويل.

بين الدول بصفة عامة،[71] وبين دول العالم الثالث والدول الصناعية بصفة خاصة في مرحلة اتسمت بما يسمى عولمة التجارة والاقتصاد لتكريس فكرة عالم اقتصادي بلا حدود،[72] ونظرا للنتائج الكبيرة التي حققها الاعتماد الايجاري في بعض الدول فقد زاد انتشاره بشكل متسارع حتى اتّسم بالدولية.[73]

أولا- الدور الكبير لقطاع الطيران في اتخاذ الاعتماد الايجاري طابعا دوليا: لقد بدأ الاعتماد الايجاري في الانتقال من المحلية إلى العالمية عابرا للحدود، وكان ذلك من خلال بعض الأصول التي تتسم بصفة العالمية وعلى رأسها الطائرات[74]، فقد أصبح هذا العقد من أحسن وسائل التمويل التي تمكّن المؤسسات من تجسيد مشاريعها الاستثمارية، وبالخصوص تلك التي تكلّف أموالا ضخمة،[75] فبلغ حجم عمليات الاعتماد الايجاري الدولي سنة 1984

---

[71]- أنظر: سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر-باتنة-، 2012، ص 9، وأنظر أيضا:

سروار هوبوم، " المشروعات الصغيرة والمتوسطة في التنمية الاقتصادية-تجربة اليونيدو-، مجلة التعاون الاقتصادي بين الدول الإسلامية، 2002، ص 24.

[72] - ABDELGAWAD Walid, « Le commerce équitable et la société civile internationale : une chance pour la mondialisation d'un droit de l'économie solidaire. », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2003, p. 199.

[73]- يقول أحد المفكرين في صدد الحديث عن سرعة انتشار كل مشروع جيد على الصعيد الدولي:*«Faites-le une Fois, faites-le bien, faites-le sur le plan international.* »

أنظر:

CADET Isabelle, «La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *Revue Internationale de Droit Economique,* 2010, p. 402.

[74]-JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe, *Droit du commerce international*, 2e édition, DALLOZ, Paris, 2000, p. 215.

[75] -HATELAIN Jean-Bernard TEURLAI Jean-Christophe, « Le recours au crédit-bail permet-il d'identifier des entreprises à l'origine du canal du crédit ? », *Revue économique,* vol. 54, n° 4, juillet 2003, p. 828.

حوالي 18 مليار دولار وكان نصيب الولايات المتحدة الأمريكية لوحدها حوالي 50% من حجم التعامل بالاعتماد الايجاري الدولي.[76]

لقد بدأت شركات الطيران في اللجوء الى استعمال الاعتماد الايجاري الدولي كشركة AIR FLORIDA وشركة AMERICAN AIR LINES، كما تحصلت إحدى شركات الاعتماد الايجاري الانجليزية على ثمانية طائرات من طراز بوينج 727 - وهي من إنتاج أمريكي- ثم قامت بتأجيرها إلى شركة اعتماد إيجاري أمريكية بتكلفة إجمالية بلغت 140 مليار دولار، واستفادت من التخفيض الضريبي المزدوج double-dip lease أي التخفيض المقرر في انجلترا وكذلك المقرر في الولايات المتحدة، وبلغت قيمة المنافع الضريبية في هذه الصفقة بحوالي 20 مليون دولار، إضافة إلى ما شمله الاتفاق من تسهيلات تتعلق بعملة السداد، حيث تقوم شركة الطيران الأمريكية بدفع الأقساط بالدولار لشركة الاعتماد الايجاري الأمريكية، وتقوم هذه الأخيرة بدفع الأقساط بالجنيه الإسترليني لشركة الاعتماد الايجاري الانجليزية،[77]

كما لعبت مؤسسة المبيعات للأجانب FORGEIGN SALE CORPORATION دورا بارزا في تنشيط الصادرات الأمريكية من خلال عمليات الاعتماد الايجاري الدولية، مغرية زبائنها عن طريق الحوافز الضريبة المسموح بها قانونا.[78]

أما في اليابان فقد قامت شركة SAMURAI بوضع برنامج للاعتماد الايجاري عبر الحدود وهو برنامج مؤيد من قبل الحكومة اليابانية، يقوم أساسا على دعم الشركات اليابانية

---

[76]- أنظر في ذلك: الحجازي عبيد علي أحمد، تمويل الاستثمارات في مجال النقل الجوي-دراسة اقتصادية قانونية مقارنة- دار الهاني للطباعة والنشر، القاهرة، 1992، ص 507.

[77] -BRUNEAU Chantal, *Le crédit-bail mobilier (la location de longue durée et la location avec option d'achat)*, BANQUE éditeur, Paris, 1999, p. 73.

[78]- ولقد أبرمت هذه المؤسسة عدة صفقات خصوصا في مجال النقل الجوي، من بينها صفقة طائرات البوينج 747 مع شركة .K.L.M في أفريل 1990.

التي تعمل في مجال تأجير الطائرات إلى شركات أجنبية[79]، ولقد ساهمت العمليات التي تمت مع شركتين للطيران وهما شركة OLYMPIC وشركة .K.L.M على قيام أول سوق للاعتماد الايجاري عابر للحدود في اليابان.[80]

بينما في انجلترا فان بنك انجلترا وافق على عدد قليل من الصفقات في إطار الاعتماد الايجاري الدولي ، و كانت الصفقات تقتصر فقط على تصدير الطائرات المصنعة في انجلترا، وفي هذا الصدد أبرم عقد سنة 1968 لتأجير ثلاثة طائرات من طراز VC10 إلى شركة طيران شرق إفريقيا، ولقد صدر قانون المالية لسنة 1980 الذي جاء بامتيازات ضريبية تصل إلى حدود 25%، لكن سرعان ما قامت السلطات المالية بتخفيض هذه النسبة إلى حدود 10 %[81]، كما نجد قطاع آخر يلجأ المستثمرون فيه إلى إبرام عقد الاعتماد الايجاري الدولي وهو النقل البحري وهذا بسبب السعر المرتفع للسفن، اذ يتعدى سعر بعضها 150 مليون أورو وهو السعر الذي لا يمكن أن يتحملّه المستثمر لوحده.[82]

لقد عرف نشاط الاعتماد الايجاري تزايدا كبيرا في الانتشار إذ بلغت قيمة المعدات المؤجرة في الولايات المتحدة الأمريكية لوحدها 220 بليون دولار في سنة 2001، بينما بلغت 550 بليون دولار في باقي دول العالم، وحسب بعض الدراسات فان أكثر من 35% من المعدات تموّل عن طريق شركات الاعتماد الايجاري، خاصة من أجل اقتناء وسائل النقل الجوي والنقل البحري.[83]

---

[79]- ومن أجل تفادي مخاطر استبدال العملات قدمت السوق اليابانية عقودا ترتكز على العملة اليابانية (الين)، مقابل معدل فائدة منخفض لشركات الطيران الراغبة في التعامل معها.

[80]- أنظر في ذلك: الحجازي عبيد علي أحمد، نقلا عن TOM Clark المرجع نفسه، ص 509.

[81]- انظر في ذلك: الحجازي عبيد علي أحمد، المرجع السابق، ص 515.

[82] - BELLABAS Okba Lemdjed, *Le navire : les particularités de son financement*, Mémoire de D.E.S.S. droit Maritime et des transports, Faculté de droit et de sciences politique d'Aix-Marseille, 2008, p. 7.

[83]- المحضار فتح محمد عمر، المرجع السابق، ص 42.

ثانيا-ظهور مؤسسات دولية متخصصة في الاعتماد الايجاري ومشجّعة له: ان الانتشار الكبير للمؤسسات الدولية وامتداد نشاطها الى مختلف أنحاء العالم، كان كنتيجة للتطور الاقتصادي الهائل الذّي طرأ في السنوات الأخيرة[84]، مما زاد المنافسة بين الدول من أجل استقطاب الاستثمارات الدولية،[85] لذلك ازداد الاهتمام بنشاط الاعتماد الايجاري ورافقه بذلك زيادة عدد الشركات العالمية المختصة في التمويل عن طريق الاعتماد الايجاري الدولي، وكان لها الفضل الكبير في زيادة انتشار هذا النشاط، وسنبين فيما يلي أبرز هذه الشركات.

1-مؤسسة التأجير الأوربية LEASE EUROPE: أُظهرت هذه المؤسسة في سنة 1972 ومقرها في بلجيكا وتعتبر مجمعا يمثل شركات الاعتماد الايجاري لخمس عشر(15) دولة أوربية، والتي بلغ عددها سنة 1980 حوالي 320 شركة،[86] ولقد كان الهدف الأساسي من إنشاء هذه المؤسسة هو التنظيم الجيّد لسوق الاعتماد الايجاري نتيجة لزيادة حجم هذا النشاط في الدول الأوربية،[87] ولقد كانت مؤسسة التأجير الأوربية-والتي لعبت دورا بارزا في التوصل إلى أحكام اتفاقية أوتاوا [88]-تمارس مجموعة من المهام:

---

[84] -PACE Gilbert, op.cit. , p. 293.

[85]- حواس صالح، التوجه الجديد نحو معايير الإبلاغ المالي الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2008، ص ب.

[86]- المحضار فتح محمد عمر، المرجع نفسه، ص 2.

[87]- إذ بلغ حجم عمليات الاعتماد الايجاري للدول الأعضاء في المؤسسة سنة 1972 حوالي 10 بليون دولار، ثم ارتفع إلى حدود 80 بليون دولار سنة .1980، كما بلغت قيمة المعدات التي تمتلكها الشركات العضوة في هذه المؤسسة حوالي 155 بليون دولار، أنظر:

فهمي محمود محمد، التأجير التمويلي: وسيلة جديدة للتمويل وتنشيط سوق المال، مطبوعة صادرة عن وزارة شؤون الاستثمار والتعاون الدولي، القاهرة، د س، ص 11.

[88]- اتفاقية أوتاوا المتعلقة بالاعتماد الايجاري الدولي للمنقول، المبرمة في مدينة أوتاوا الكندية بتاريخ 28 ماي 1988، والتي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1 ماي 1995، والتي تمثل الإطار القانوني لعقود الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول.

- تحضير تقارير مفصّلة في كل سنة حول نشاط الاعتماد الايجاري في أوربا، وتعداد جميع الشركات التي تمارس نشاطها في إقليم القارة وخاصة تلك الجديدة منها.
- تقديم اقتراحات حول نشاط الاعتماد الايجاري الدولي، والتحضير لمشروع اتفاقية دولية تنظم هذا النشاط.
- الاهتمام بالنظام المحاسبي لنشاط الاعتماد الايجاري الدولي من أجل تطويره.[89]

يمثل المؤسسة ممثلون لها متواجدون في جميع الدول الأعضاء فيها، وهذا بغرض محاولة التقريب بين الأنظمة القانونية المختلفة للدول، كما تقوم بتقديم المساعدة لجميع الشركات ومدّها بالبيانات اللاّزمة خاصة في إذا تعلق الأمر باعتماد إيجاري دولي.[90]

2-الاتحاد الأوربي لشركات التأجير التمويلي: كان لهذا الاتحاد دورا بارزا في تقريب وجهات النظر للوصول الى أحكام موحدة تتعلق بهذا النّشاط، حيث نظم الاتحاد عدة مؤتمرات دولية لمناقشة هذا النشاط أبرزها كان مؤتمر زيوريخ الذي انعقد في نوفمبر 1981 والذي ناقش مشروع اتفاقية أوتاوا،[91] وبعد ذلك بدأ الاهتمام بشكل جدّي بمسألة البحث عن قواعد قانونية موحدة لتأطير نشاط الاعتماد الايجاري الدولي، فتوالت المؤتمرات الدولية المهتمة بهذا الجانب[92].

---

[89]- أنظر: السيد عبد المنعم حافظ السيد، عقد التأجير التمويلي الدولي-دراسة تحليلية مقارنة في القانون الدولي الخاص-دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 459، وأنظر كذلك: فهمي محمود محمد، المرجع السابق، ص 12.

[90] -TETCHIADA Sylvestre, « le crédit-bail en questions », *Africain Business,* Novembre - Décembre 2009, p. 60.

[91]- ثم تلت مؤتمر زيوريخ عدة مؤتمرات أخرى كمؤتمر أمستردام ومؤتمر لشبونة في سبتمبر ثم نوفمبر 1982، ثم مؤتمر اشبيلية في أكتوبر 1983، وكل هذه المؤتمرات ناقشت نشاط الاعتماد الايجاري الدولي، ممّا ساهم في توضيح العديد من المسائل في هذا المجال.

[92]- أنظر في ذلك: السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 460.

3-مؤسسة التمويل الدولية: وهي مؤسسة تابعة لمجموعة البنك الدولي[93] وتهتم بشركات الاعتماد الايجاري التي تعاني من نقص التمويل في الدول النامية،[94] إذ تقوم هذه المؤسسة بالمساعدة في معالجة مشاكل المشروعات الصغيرة عن طريق المشاركة في التمويل أو منحها قروض ذات فوائد ثابتة،[95] وتشير الإحصائيات أن هذه المؤسسة لها استثمارات في أكثر من مائة شركة تأجير داخل خمسون دولة في العالم، ولها تجربة واسعة جدا في هذا المجال،[96] فقد قامت في بداية السبعينات بتأسيس أول شركة تأجير تمويلي في كوريا الجنوبية عام 1977، ثم قامت بعد ذلك بتأسيس شركات في عدّة دول من العالم من بينها اندونيسيا، البرتغال، تايلاند، لبنان، الأردن، تونس، الخ.[97]

قامت المؤسسة بمجهودات معتبرة بغية تشجيع اللّجوء الى الاعتماد الايجاري كمصدر بديل لتمويل المؤسسات الصناعية والتجاري والزراعية من أجل شراء المعدات، مع العلم أنّها منحت الاولوية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة لمساعدتها على توسيع نشاطها،[98] وهذا

---

[93]- تتضمن مجموعة البنك الدولي خمسة مؤسسات وهي: البنك الدولي للإنشاء والتعمير والمؤسسة الدولية للتنمية والمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات، والوكالة الدولية لضمان الاستثمار، إضافة إلى مؤسسة التمويل الدولية، للمزيد من التفاصيل حول البنك الدولي أنظر:

NDONGO MEBOMETA, *L'intervention de la banque mondiale et la reconfiguration institutionnelle au niveau local : analyse de huit projets de développement urbain au Sénégal (1972-2006),* Thèse de doctorat, université du Québec, Montréal, 2010.

[94]- فهمي محمود محمد، المرجع السابق، ص 13

[95]- أنظر: لورانس كارتر، تطوير التأجير التمويلي: إرشادات للاقتصاديات الناشئة، مطبوعة خاصة بمؤسسة التمويل الدولية، واشنطن، 2005، ص 11.

[96]- فقد ساعدت هذه المؤسسة على تأسيس أول شركات الاعتماد الايجاري في 25 دولة وزادت قيمة استثماراتها في مجال الاعتماد الايجاري على مدى ثلاثون سنة الماضية -في الفترة ما بين 1977 و2003-عن مليار دولار، تمت في 181 استثمار في 56 دولة، وفي الجزائر مثلا أنشأت في 2001 أول شركة اعتماد إيجاري في القطاع الخاص وهي شركة ALC، بمبادرة من مؤسسة التمويل الدولية، أنظر:

ALC/spa *Notice d'Information*, www.arableasing-dz.com

[97]- الفطافطة حسن محمد، المرجع السابق، ص 75.

[98]- نجلاء توفيق نجيب فليح، الجوانب القانونية لعقد الإيجار التمويلي (دراسة مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق العلمية الأردن، المجلد الأول، العدد الأول 2009، ص ص 1-18.

من أجل توفير وسائل متعددة للتمويل ممّا ساهم بشكل كبير في بعث منافسة كبيرة في أسواق التمويل، هذا ما دفع المؤسسات المالية الى اتخاذ مواقف أكثر ايجابية تجاه المخاطر والضمان[99]

ونظرا لنجاح نشاط الاعتماد الايجاري في عدّة دول،[100] فكّرت المؤسسة وشركائها في ضرورة تقديم المساعدة الفنية للوصول الى تطوير هذا القطاع من أجل تحقيق نتائج أكثر ايجابية وملموسة،[101] كما طرح البعض فكرة استعمال الاعتماد الايجاري في مشاريع الشراكة بين القطاع العام والخاص.[102]

ان المؤسسة الدولية للتمويل تسعى من خلال منح القروض وتشجيع الاستثمار في القطاع الخاص إلى تحقيق الأهداف المسطرة من طرف البنك الدولي وعلى رأسها القضاء على الفقر في العالم.[103]

[99]- فهمي محمود محمد، المرجع السابق، ص 14.

[100]- ففي بوليفيا مثلا ظهرت في 1978 منظمة غير حكومية تدعى ANED تشجّع المستثمرين عن طريق تأجيرهم الأصول الإنتاجية عن طريق الاعتماد الايجاري، وصلت ديونها لدى زبائنها في سنة 2000 حوالي 7,4 مليون دولار. أنظر:
ROESCH Marc, « BIM : crédit moyen terme : leasing et retro leasing, l'exemple de l'ANED en Bolivie », Synthèse produite par la FAO sur des études de cas de crédit moyen terme (BIM du 13-12-2003) p. 1, www. roesch@cirad.fr.

[101]- لورانس كارتر، المرجع السابق، ص 11.

[102] -MÉNARD Claude, OUDOT Jean-Michel, « L'évaluation préalable dans les contrats de partenariat », *Revue française d'administration publique* n° 130, 2009, p. 357.

[103] -NDIAYE Guirane Samba, *Institutions Financières et Développement Economique*, Thèse de doctorat en sciences économiques, Faculté des Sciences Economiques et de Gestion, Université d'Auvergne, Clermont-Ferrand 1, 2008, p. 18.

المطلب الثاني

تعريف عقد الاعتماد الايجاري الدولي

يقوم عقد الاعتماد الايجاري على مبدأ أساسي وهو أن سر النجاح لا يكمن في تملّك الشيء إنما في معرفة كيفية الاستفادة منه،[104] وهذا ما يتجسّد في فكرة الاعتماد الايجاري.

يعتبر عقد الاعتماد الايجاري الدولي من بين العقود التي ثار بشأنها جدل فقهي كبير حول مسألة تعريفه، اذ يقول الأستاذ M. S. ZAKI أنّه: " من السّهل تحديد ما لا يشكّل عقدا إلا أنّه من الصّعب تحديد ما هو عقد"،[105]

تقتضي دراسة تعريف عقد الاعتماد الايجاري الدولي بيان مختلف التعريفات التي أوردها الفقهاء-الاقتصاديون والقانونيون وكذا فقهاء الشريعة الاسلامية-حول الاعتماد الايجاري، ثم التطرق إلى مختلف التعاريف القانونية (الفرع الأول) ثم سنوّضح المعايير التي يمكن الاعتماد عليها كي تتحقق دولية عقد الاعتماد الايجاري (الفرع الثاني)، لنصل إلى التعريف الذي ورد في اتفاقية أوتاوا حول الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول (الفرع الثالث).

---

[104] -« *La clé de la réussite, ce n'est pas être propriétaire de ses biens, mais savoir en tirer profit* », voir, *Brochure, UBS Leasing*. « Avec le leasing, préservez votre liquidité », www.ubsleasing.ch.

[105]- Il est certainement *« plus facile de dire ce qui n'est pas un contrat que de Définir ce qui en est un »*, Voir, CHARBONNEL Lionel, *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Thèse de doctorat en droit, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 2010, p. 4.

الفرع الأول

أهم المحاولات الفقهية لتعريف عقد الاعتماد الايجاري

سنبدأ أولا بتعريف الاعتماد الايجاري من طرف بعض الفقهاء، ثم بعد ذلك سنبُرز تعريف الاعتماد الايجاري في بعض التشريعات.

أولا-تعدد المجالات المهتمة بالاعتماد الايجاري: تبرز خصوصية عقد الاعتماد الايجاري في كونه موضوع محل اهتمام العديد من الباحثين، في عدّة تخصصات كفقهاء الاقتصاد والمحاسبة والقانون والشريعة الإسلامية.

1-تعريف فقهاء الاقتصاد للاعتماد الايجاري: لقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن الاعتماد الايجاري: " ***عملية من عمليات التمويل[106]، حيث تقوم المؤسسة المالية للإيجار التمويلي بتمويل المشروعات التجارية أو الصناعية ولكن في صورة أدوات الإنتاج، حيث تقوم بإمدادها بالآلات أو المعدات التي تحتاج إليها إما لزيادة الإنتاج، أولتجديده من أجل مسايرة التطورات التكنولوجية الحديثة".***[107]

لقد قام صاحب هذا التعريف بإبراز جوهر الاعتماد الايجاري، على اعتبار أنّه وسيلة من وسائل التمويل تسمح بمواكبة التقدم التكنولوجي الذي تشهده المعدات والآلات، الا أنّ هذا التعريف ذكر فقط المنقولات دون ذكر العقارات التي يمكن أن تكون هي أيضا موضوعا للعقد.[108]

---

[106] -Le crédit-bail permet la reconstitution de la capacité d'endettement grâce à la rentabilité du bien loué, voir, FEGHALI Khalil**,** « « Le crédit-bail outil stratégique de financement : analyse de la situation libanaise », *Libanaise Science Journal*, Vol. 8, n°. 2, 2007, p. 157.

[107]- بن عزوز ربيعة، المرجع السابق، ص 51.

[108] -GRILLET Paul, « Quelles solutions pour financer le développement de son activité ? », 5*éme forum de la création d'entreprise*, chambre de commerce et d'industrie de la Haute-Savoie, p. 14.

كما عرّف الأستاذ GARRIDO الاعتماد الايجاري بأنّه[109]:

"une opération de financement dans laquelle le crédit bailleur agit comme un prêteur mettant des fonds (le montant du bien financé) à disposition d'un emprunteur (le locataire) qui rembourse les sommes ainsi prêtées selon un échéancier de remboursement (les loyers) convenu contractuellement au départ".

ركز الأستاذ في هذا التعريف على الطابع التمويلي لعقد الاعتماد الايجاري وهو تعريف يتطابق مع التعريف الذّي استخدمه المشرع اللبناني للاعتماد الايجاري.[110]

كما نجد تعريف آخر جاء فيه: "***يُقصد بعقد الإيجار التمويلي[111] قيام المصرف أو البنك بتحويل شراء مجموعة معينة من الأصول الثابتة أو المنقولة، والقيام بتأجيرها للغير خلال فترة زمنية معيّنة ووفقا لشروط محددة."***

أما الأستاذ منير الهندي فقد عرّف الاعتماد الايجاري في أحد كتبه بأنّه:

"عقد يتمكن بمقتضاه المستأجر من استعمال واستغلال الأصول المستأجرة التي يحتاجها، دون الحاجة إلى شراءها أو تملكها خلال مدة طويلة نسبيا تعادل العمر الاقتصادي للأصل، أو تقاربها مقابل قيمة ايجارية متفق عليها في العقد، كما قد يتضمن خيار تملك الأصل في نهاية مدة العقد، بالإضافة إلى التزام المستأجر بالصيانة والتأمين خلال مدة العقد."[112]

لقد ذكر هذا التعريف عنصرا مهمّا يتعلق بكون الاعتماد الايجاري بديلا مهما لأصحاب المشاريع يغنيهم عن شراء ما تحتاج إليه مؤسساتهم، إذ يمنحهم إمكانية استعمال واستغلال

---

[109] - GARRIDO Eric, op.cit. p.23.

[110] - FEGHALI Khalil، op. cit. , p.158.

[111]- الإيجار التمويلي هو نفسه الاعتماد الايجاري، إذ تعددت التسميات المستعملة باللغة العربية كما ذكرنا سابقا.

[112]- الهندي منير، إدارة البنوك التجارية، المكتب العربي الحديث، مصر، 1996، ص 179.

الأصول المستأجرة،[113] إضافة إلى ذلك فقد تطرق إلى مدة العقد والخيار المتاح للمستأجر، بعد انقضاء المدة والالتزامات الملقاة على عاتقه من صيانة وتأمين العين المستأجرة.

لقد عرّف الأستاذ Richard. vancial الاعتماد الايجاري بأنّه :***" عقد من خلاله يلتزم أحد الأطراف (المستأجر) بالتسديد للطرف الأخر(المؤجر) ، سلسلة من الدفعات الدورية التي مجملها يفوق ثمن شراء الأصل موضوع العقد وعادة ما تمتد هذه الدفعات لتغطي الجزء الأكبر من الحياة الاقتصادية للأصل المقتنى".***[114]

2- التعريف المحاسبي للاعتماد الايجاري: عرّف مجلس المبادئ المحاسبية الأمريكي عقد الاعتماد الايجاري بأنه: ***" اتفاق تعاقدي بين المؤجر ينتقل بمقتضاه إلى المستأجر حق استخدام أصول معينة – حقيقية أو معنوية – مملوكة للمؤجر لمدة محددة مقابل عائد معين يتّفق عليه ، بمعنى أن التأجير يخول للمستأجر حق استخدام الأصول دون حق الملكية ، وينشأ عن ذلك إلقاء عبء تدبير التمويل اللاّزم لهذه الأصول على المؤجر مقابل ما يغطي تكلفة هذا التمويل، بالإضافة إلي الرّبح النّاتج عن هذه العمليات وهو ما يطلق عليه لفظ التأجير Lease ".***

أما مجلس معايير المحاسبة الأمريكي فقد عرّفه بأنّه:***" اتفاق بين المؤجر والمستأجر ينقل بموجبه للمستأجر حق استخدام ملكية الأصول الثابتة (أراضي أو أصول قابلة***

[113]- لقد تزايد اقتناع رجال الاقتصاد بمقولة كينز الذي كتب: " إذا كان حائز الثروة يحرص على أن يضل رأسماله كما هو، فان الهدف الحقيقي الذي يسعى إليه هو المردودية المحققة من رأس المال هذا..."

[114]- بالمقدم مصطفى وآخرون، " التمويل عن طريق الإيجار كاستراتيجية لتغير العمل المصرفي"، المؤتمر العلمي الرابع: استراتيجية الأعمال في مواجهة تحديات العولمة، جامعة فيلادلفيا، 15-16 مارس 2005، مقال مأخوذ من الموقع: www. Philadelphia .edu.jo.

للإهلاك) التي يمتلكها المؤجر وذلك لفترة محددة مقابل مبلغ يدفعه المستأجر دوريا يسمى بالقيمة الايجارية." [115]

3-تعريف فقهاء القانون للاعتماد الايجاري: إن تعدد التعاريف التي قيلت حول الاعتماد الايجاري إنمّا يعود إلى تداخل العلاقات القانونية المترتبة عنه وتشابكها فهو عقد مركّب يحتوي على عدّة عمليات في آن واحد: الشراء بقصد التأجير، الوكالة والإيجار، الوعد بالبيع، وكل فقيه من الفقهاء يركز على جانب واحد من هذه العملية المركبة.

أ-من الفقهاء من يركز على العلاقة الايجارية في العقد: ركز بعض الفقهاء على الجانب الايجاري في العقد،[116] ممّا دفع بأحدهم إلى تعريفه بأنه: ***" عملية تأجير عيني لأصول رأسمالية، بمقتضى علاقة تعاقدية بين المؤجر والمستأجر، مقابل قيمة ايجارية يدفعها المستأجر للمؤجر خلال فترة زمنية معينة."*** [117]

كما تأثر تعريف الفقيه الفرنسيCalon بفكرة الإيجار اذ جاء فيه ما يلي: ***" وسيلة تمويل بمقتضاها تقوم المؤسسة المالية بتأجير بعض المعدات والآلات لعملائها، مع تطبيق أحكام عقد الإيجار في العلاقة التعاقدية بينهم."***

لقد تعرّض هذا التعريف للانتقاد لأنه أخضع عقد الاعتماد الايجاري إلى نفس أحكام عقد الإيجار، فبالرغم من كون عقد الاعتماد الايجاري استمدّ بعضا من أحكامه من عقد الإيجار، إلا أن هذا الأخير لا يمكنه أن يستوعب كل الجوانب المتعلقة بالاعتماد الايجاري،

---

[115]- أنظر: المحضار فتح محمد عمر، المرجع السابق، ص 46، وأنظر أيضا: نجلاء توفيق نجيب فليح، المرجع السابق، ص 3.

[116]- عقد الاعتماد الايجاري قريب جدا من الإجارة المعروفة في الشريعة الإسلامية **éjarra**، للمزيد من التفاصيل حول العلاقة بينهما أنظر:

GRANGEREAU Pascal et MEHDI HAROUN, « Financements de projets et financements islamiques : Quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », Revue *BANQUE & DROIT* n° 97 – septembre-octobre 2004.p. 56.

[117]- الخصاونة علاء الدين عبد الله فواز، المرجع السابق، ص 16.

ولعل أبرزها إمكانية تملّك المستأجر للأصل المؤجرة بعد انتهاء العقد والتي لا نجدها في عقد الإيجار.

ب-تركيز البعض الآخر على الجانب الاقتصادي والمالي للعقد: نجد جانب آخر من الفقهاء ركّز على الجانب الاقتصادي والمالي للعقد، على غرار ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي Claude Champaud الذي عرّف الاعتماد الايجاري بأنه: ***" وسيلة لتمويل الاستثمارات الإنتاجية والتي تعتبر من الأنظمة القانونية المركبة "***.

يركّز تعريف الأستاذ GARRIDO على الجانب التمويلي لعقد الاعتماد الايجاري، كما نجد الأستاذ فوغالي خليل في دراسته يميل إلى كون عقد الاعتماد الايجاري يغلب عليه الطابع المالي لكونه من عمليات القرض.[118]

جاء في تعريف صدر في نشرة خاصة عن وزارة التجارة والاقتصاد المصرية بأنه:

" من أعمال الوساطة المالية حيث يقوم المؤجر بتمويل شراء الأصول التي يحتاجها المستأجر، ويؤجرها له على مدى فترة التعاقد غير القابلة للإلغاء، ويلتزم المستأجر باستئجار هذه الأصول للمدة المتفق عليها ".[119]

ج-تركيز طائفة أخرى على الطّابع المركب للعقد: ظهرت فئة ثالثة من الفقهاء يركّز على الطابع المركب لعقد التأجير التمويلي باعتباره يتكون من عدّة عقود تقليدية، كما فعل

---

[118]- إذ يقول:

La nature irrévocable du contrat de crédit-bail financement explique le caractère monétaire d'une telle technique assimilée à une opération de crédit, soumise à des conditions de remboursement, voir, FEGHALI Khalil, op. cit. , p. 157.

[119]- نشرة صادرة عن وزارة التجارة والاقتصاد المصرية، مقدمة إلى ندوة التأجير التمويلي، مركز الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، ص 2.

الفقيه Cabrillac الذي عرّفه بأنه: " ***نظام مركّب يتكون من بعض القواعد القانونية المستمدة من الأشكال التقليدية للعقود التجارية ".***[120]

إن كل تعريف ممّا ذكرناه آنفا يركّز على جانب واحد من الجوانب العديدة للعقد، ممّا جعلها كلّها محل انتقادات لكونها لم تقدم تعريفا شاملا يستوفي حقيقة العقد، ولعل التعريف الذي حاول أن يجمع جميع تلك الجوانب-حسب اعتقادنا-هو التعريف الذي جاء به الدكتور سمير محمد عبد العزيز والذي يرى بأنّ الاعتماد الايجاري هو:

" أسلوب من أساليب التمويل الذي يقوم بمقتضاه الممول(المؤجر)، بشراء أصل رأسمالي يتم تحديد مواصفاته بمعرفة المستأجر الذي يتسلم الأصل من المورد، على أن يقوم بأداء قيمة ايجارية محددة للمؤجر خلال فترة زمنية محددة، مقابل استخدام وتشغيل هذا الأصل. ويحتفظ المؤجر في ظل هذه العلاقة التعاقدية بحق ملكية الأصول الرأسمالية المؤجرة، ويكون للمستأجر في نهاية مدة العقد أن يختار بين البدائل التالية:

- شراء الأصل المؤجرة مقابل مبلغ يتفق عليه ويراعى في تحديده ما سبق سداده من قبل.

- تجديد عقد الإيجار من طرف المستأجر مع الشركة المؤجرة لمدة أخرى بالشروط التي يتفق عليها الطرفين.

- إرجاع الأصل المؤجرة إلى الشركة المؤجرة."

---

[120]- ناصيف الياس، المرجع السابق، ص 57، أنظر أيضا:

PADE Olivier, *Le crédit-bail immobilier*, Thèse de doctorat, faculté de droit et des sciences sociales et politique, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2000. p. 270.

4-تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية لعقد الاعتماد الايجاري: يعتبر الاعتماد الايجاري محل اهتمام من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية، نظرا لكونه من بين وسائل التمويل الإسلامية، وقد عرّفه الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية بأنّه:

" وسيلة تمويلية تجمع بين صيغة البيع وصيغة الإيجار وتقوم على أساس اتفاق طرفين، على بيع أحدهما للآخر سلعة معيّنة ويحددان قيمتها تحديدا نهائيا، إلا أن هذه العلاقة لا تحدث آثارها، فتنقل ملكية السلعة المبيعة إلى المشتري الجديد مباشرة، ولكن تضلّ العلاقة بينهما محكومة بقواعد عقد الإجارة إلى حين إتمام المشتري سداد أقساط ايجارية تعادل قيمة ثمن المبيع المتّفق عليه." [121]

يقوم البنك الإسلامي بتمويل لهذه العملية بطلب من مستثمر الذي يتوجه نحو البنك الإسلامي ويطلب منه شراء أصل يتمثّل في إحدى المعدّات التي يحتاج إليها، ويحدد هو جميع مواصفاتها وسعرها وحتى المورد الذّي يريده، ثم يقوم البنك بشرائها وتأجيرها له لمدة تستغرق عادة مدة العمر الاقتصادي للأصل، ويكون ذلك بعقد إيجار فقط دون إشارة فيه إلى بيع الأصل في نهاية المدة، وعند استيفاء جميع الأقساط يتم إبرام عقد آخر بين المستأجر التمويلي والبنك على هبة هذا الأصل أو شرائه بسعر رمزي.[122]

ثانيا-تعريف بعض التشريعات لعقد الاعتماد الايجاري: لقد ارتأينا أن نتوسع في دراسة التعريف القانوني وذلك بالبحث في مختلف الأنظمة القانونية، بداية بالأنظمة الأنجلو سكسونية حيث نبين تعريف كل من المشرع الأمريكي والانجليزي، ثم الأنظمة اللاتينية وسنبين تعريف المشرع الفرنسي، وفي الأخير نعرّج على التعريف الذي جاء في القانون الجزائري.

---

[121]- زيد محمد عبد العزيز حسن، الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر في المؤسسات المصرفية والمالية الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، 1996، ص 24.

[122]- سليمان ناصر وعواطف محسن، " تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالصيغ المصرفية الإسلامية،"، بحث مقدم إلى الملتقى الدولي حول الاقتصاد الإسلامي، الواقع ورهانات المستقبل، أيّام: 23-24 فيفري 2011، المركز الجامعي لغرداية، ص 10.

1-تعريف عقد الاعتماد الايجاري في الأنظمة الأنجلو سكسونية: سنبدأ بالتعريف الأمريكي ثم التعريف الانجليزي:

أ-تعريف عقد الاعتماد الايجاري في القانون الأمريكي: لقد جاء في المادة (103-أ2) من التقنين التجاري الموحد (Uniforme Commercial code) بأن الاعتماد الايجاري هو:" ***تأجير لا يتيح للمؤجر اختيار أو تصنيع أو توريد البضائع، بل يتعاقد مع طرف ثالث لتوريد بضائع يتملكها المؤجر بهدف تأجيرها إلى المستأجر".***[123]

نلاحظ في هذا التعريف ما يلي:

- لقد جاء هذا التعريف واضحا في مسألة اشتراط سبق شراء الأصول من طرف المؤجر التمويلي، لذلك لا يمكن لهذا الأخير تأجير أصول كان يتملّكها قبل ابرام العقد.
- يقوم المستأجر التمويلي باختيار الأصول عند مورد ثم يقوم المؤجر التمويلي بشرائها ودفع ثمنها، ثم تأجيرها للمستأجر التمويلي.
- لم يتطرق التهريف لجميع العناصر التي يتضمنّها الاعتماد الايجاري كعدم القابلية للفسخ، وكيفية تحديد الأجرة.
- تطرق التعريف الى المنقولات متناسيا بذلك العقارات، كما انه يقتصر على السلع الإنتاجية دون السلع الاستهلاكية.
- لم يشر نص المادة الى إمكانية تملّك المستأجر التمويلي للأصول عند انقضاء العقد.[124]

[123]- لقد جاء النص باللغة الانجليزية كما يلي:

" A lease in which the lessor dose note select manufacturer، or supply the goods but enters into a contract with a third party supplier to acquire goods specifically for the purpose of leasing them to the lessee."

[124]- أبو حصوة زياد، عقد التأجير التمويلي – دراسة مقارنة -، دار الرأي للنشر، بيروت، 2005، ص 36.

ب – تعريف عقد الاعتماد الايجاري في القانون الانجليزي: عرّفه بأّنه:" ***عقد يبرم بين المؤجر (المالك) والمستأجر(المستعمل) يتضمن إيجار أصول معينة يتم اختيارها من مورد أو بائع بمعرفة المستأجر، ويضل المؤجر مالكا للأصول والمستأجر حائزا ومستعملا لها، مقابل دفع أجرة معينة يتفق عليها خلال مدة الإيجار ولا يعطي عقد التأجير التمويلي للمستأجر الحق، أو يلقي على عاتقه التزاما بتملك الأصول لا خلال مدة العقد ولا بعد انتهاء العقد."*** [125]

ان تعريف المشرع الإنجليزي يلتقي مع تعريف المشرع الأمريكي في كونه لا يمنح للمستأجر الحق ولا يلق عليه التزام بتملّك الأصول المؤجرة لا خلال مدة العقد ولا بعد انتهاءها، إلا أن المفهوم الانجليزي ينفرد بكونه يمنح للمستأجر الحصول على نسبة كبيرة من ثمن الأصل المؤجرة إذا قام هو ببيعها عند انتهاء مدة العقد – بمعرفة المؤجر-قد تصل إلى 95% من قيمتها، وتسمّى هذه العمولة التي يتحصل عليها المستأجر ب: (rebate of rentals paid).[126]

من خلال التعريفين السّابقين نستخلص أن ما يميّز عملية الاعتماد الايجاري في النظام الأنجلو سكسوني هو أنّها وسيلة لتمويل استعمال الأصل وليس وسيلة لشرائها أو تملكها، لذلك لا يتمتع المستأجر التمويلي بخيار الشراء عند انقضاء العقد، وهذا تأثرا بنظرية كينز الذي يرى أن العائد المتوقع من الأصل أهم بكثير من مجرد حيازته أو تملكه.[127]

---

[125]- التعريف الذي جاء في قانون المصارف البريطاني كما يلي:

" A lease is a contract between a *lessor* (the owner) and lesse (the user) , for the hire of a specific asset selected from a manufacturer or vendor of such assets by the lessee. The lessor retains ownership of the asset and the lessee has possession and use of the asset on payment of specified rentals over an agreed rental period. In UK the lease contract does not conferm the lessee either the right or the obligation to acquire ownership of the asset either during the lease term on there after."

[126]- الخصاونة صخر أحمد، عقد التأجير التمويلي-دراسة مقارنة في القانون الأردني مع إشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي، دار وائل للنشر، الأردن 2005، ص 27.

[127]- فخري رياض، المرجع السابق، ص 31.

2- تعريف الأنظمة اللاّتينية لعقد الاعتماد الايجاري: سنكتفي بالبحث فقط عن التعريف الذي جاء في القانون الفرنسي، اذ وضع المشرع الفرنسي تعريفين مستقلين للعقد: الأول يتعلق بالمنقول أما الثاني فيتعلق بالعقار، فبالنسبة للعقد المتعلق بالمنقول فقد عرّفه بأنه:" ***عمليات تأجير المعدات أو أدوات العمل التي تشتريها مشروعات لأجل التأجير وتضل مالكة لها، إذا كانت هذه العمليات – أيا كانت طبيعتها القانونية – تخول المستأجر إمكانية تملك جميع الأموال المؤجرة أو بعضها مقابل الوفاء بثمن، على أن يعتد عند تجديد الاتفاق بما تم الوفاء به على سبيل الأجرة، ولو بصفة جزئية "***[128].

يشترط المشرع الفرنسي أن تكون المنقولات ذات طبيعة ايجارية مع منح المستأجر التمويلي إمكانية الشراء، ويتم احتساب ما تم دفعه من أقساط ولو جزئيا (أي التملك بسعر تحفيزي)[129]، كما يشترط سبق شراء الأصول وهذا ما يتطابق مع ما أخذ به المشرع الأمريكي، كما يتضمن العقد وعد منفرد بالبيع من جهة المؤجر التمويلي وهو العنصر الجوهري الذي يميّز الاعتماد الايجاري مقارنة بالإيجار المالي، La location financière[130] ، إذ أن هذا الأخير لا يتضمّن خيار الشراء عند انقضاءه.

أما بالنسبة لعقد الاعتماد الايجاري المتعلق بالعقار فقد عرّفه المشرع الفرنسي بأنّه: ***" عمليات تتضمن تأجير عقارات مخصصة لأغراض مهنية، سواء تم شراءها بواسطة المؤجر أو تم انتشاءها لحسابه، بحيث تسمح هذه العمليات- أيا كانت طبيعتها –***

---

[128] - Article 1, 1er p. de la loi nº. 66-455 du 2/7/1966 (J.O 3 /7/1966) définit les opérations de crédit-bail comme : « *les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de la location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir toute ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers* ».

[129] -Leasing : tendances actuelles, *publication de Crédit Suisse Economic Research* op.cit. p 9.

[130] -L'Association française des sociétés financières définit les opérations de location financière comme étant « *des opérations sans option d'achat dans lesquelles le locataire choisit le fournisseur ainsi que le bien dont il connaît et, le cas échéant, négocie lui-même le prix* ». Voir, FRANCK Laetitia, op.cit. p. 15.

للمستأجر باكتساب ملكية كل أو بعض الأصول حتى انتهاء العقد وفي مقابل السعر المتفق عليه، ذلك إما عن طريق تنفيذ وعد منفرد بالبيع وإما عن طريق الاكتساب المباشر أو غير المباشر لملكية الأرض المقام عليها العقارات، وإما عن طريق انتقال ملكية العقارات المقامة على أرض مملوكة للمستأجر بقوة القانون."[131]

يتضح من خلال هذا التعريف اشتراط المشرع الفرنسي أن يكون العقار قابلا للاستعمال المهني، لذلك لا يمكن أن يكون الغرض منه هو الاستعمال الشخصي أو العائلي، كما وضع المشرع الفرنسي شرط وهو أن تكون العقارات مملوكة للمؤجر (قد تكون العقارات قائمة ومكتملة البناء لحساب شخص آخر ثم قام المؤجر بشرائها، كما يمكن أن تكون قد أقيمت وأنشأت بطلب من المؤجر ولحسابه بقصد تأجيرها)، وفي نهاية مدة العقد يمكن للمستأجر تملك العقارات بإحدى الطرق الثلاثة المذكورة في النص على سبيل الحصر، والتي تتمثل في:

- وعد منفرد بالبيع من المؤجر التمويلي الى المستأجر التمويلي.
- الاكتساب المباشر أو غير المباشر: ويقصد بالأول بيع الأرض للمستفيد أو التنازل له عنها، أما الثاني فهو تنازل الشركة عن ملكيتها للحصص التي تملكها في الشركة المدنية العقارية التي تأسست بينها وبين المستفيد.
- عن طريق انتقال الملكية بقوة القانون كأن تكون المباني أقيمت على أرض ملك للمستأجر، فبعد نهاية مدة العقد تنتقل الملكية إليه بقوة القانون تطبيقا لقواعد الالتصاق.[132]

---

[131] - Article 1er , 2me p. de la loi nº. 66-455, op.cit.

[132]- انظر في هذا الموضوع: الشوابكة محمد عايد، عقد التأجير التمويلي -دراسة مقارنة -دار الثقافة للنشر، الأردن، 2011، ص 39، أنظر أيضا:

PADE Olivier, op.cit. , p. 16

3-تعريف المشرع الجزائري لعقد الاعتماد الايجاري: لقد عرّف المشرع الجزائري عقد الاعتماد الايجاري في الأمر رقم 96-09 يتعلق بالاعتماد الايجاري[133]، كما يلي:

" يعتبر الاعتماد الايجاري موضوع هذا الأمر، عملية تجارية ومالية:

- *يتّم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسّسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصّفة، مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب، أشخاصا طبيعيين كانوا أم معنويين، تابعين للقانون العام أو الخاص.*
- *تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمّن أو لا يتضمّن حقّ الخيار بالشراء لصالح المستأجر.*
- *وتتعلّق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني، أو بالمحلاّت التجارية أو بمؤسّسات حرفيّة.*[134]

نلاحظ في هذا التعريف جملة من النقاط:

1-إن المشرع الجزائري يعتبر الاعتماد الايجاري عملية تجارية ومالية.[135]

2-لقد قام المشرع الجزائري بتحديد طبيعة كل من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي في العملية بشكل دقيق، فبالنسبة للأول فهو إمّا بنك أو مؤسسة مالية أو شركة اعتماد إيجاري، أمّا الثاني فانّه متعامل اقتصادي جزائري أو أجنبي، قد يكون شخص من أشخاص القانون الخاص أو من أشخاص القانون العام ،كما قد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا.

---

[133]- أمر رقم 96-09 يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر.

[134]- نص المادة الأولى من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع نفسه.

[135]- سنعود إلى دراسة الطابع المالي والطابع التجاري لعقد الاعتماد الايجاري، وذلك عند دراستنا لخصائص عقد الاعتماد الايجاري الدولي لاحقا.

3-لقد ركّز التعريف على الطابع الايجاري الذي يميّز الاعتماد الايجاري كما أشار إلى خيار الشّراء الذي قد يتضمّنه العقد كما قد لا يتضمّنه.[136]

4-لقد تأثّر المشرع الجزائري بالتسمية التي أطلقها المشرع الفرنسي للعملية وهيCrédit-bail واستعمل تسمية الاعتماد الايجاري وهي الترجمة الحرفية للتسمية الفرنسية، أما المشرع الفرنسي فقد تفادى استعمال التسمية الأنجلو سكسونية(leasing)[137]وذلك عملا بالنصوص القانونية المتعلقة بالدفاع عن اللّغة الفرنسية كقانون 31 ديسمبر1975[138].

5-نلاحظ أن المشرع الجزائري-حسب رأينا-لم يستطع وضع تعريف واحد دقيق للاعتماد الايجاري، ففي المادة الأولى لم يذكر كل الجوانب المتعلقة بهذه العملية.

6- إن المشرع فصل بين **عملية** الاعتماد الايجاري[139] ، و**عقد** الاعتماد الايجاري[140] ، و لقد أصاب- حسب رأينا- في هذه المسألة باعتبار أن عملية الاعتماد الايجاري تختلف عن عقد الاعتماد الايجاري،[141] فعملية الاعتماد الايجاري تتضمن عقد الاعتماد الايجاري إضافة إلى عقد البيع (الذي يبرم بين المؤجر والبائع)، والعلاقة الاقتصادية التي تجمع بين المستأجر والبائع، إلا أنّه بالرجوع إلى مختلف التعاريف التي أوردها لا نجد أثرا لهذا الفرق بين العملية و العقد، فلم يذكر تماما العلاقة التي تجمع بين المؤجر والبائع، ولا العلاقة التي تجمع بين المستأجر والبائع ممّا يجعلنا نقول أن هذا الفصل بين المفهومين كان شكلي فقط.

---

[136]- فبالنسبة للعقد الذي يتضمّن خيار الشراء عند انقضاءه فهو الاعتماد الايجاري المالي، أما العقد الذي لا يتضمن خيار الشراء عند الانقضاء فهو الاعتماد الايجاري العملي، وسوف سنتطرق بالتفصيل خلال دراستنا للصور المختلفة لعقد الاعتماد الايجاري الدولي، إلى هاتين الحالتين.

[137] - GAVALDA Christian , «Crédit-bail» , *Rép. Internat. Dalloz*, 1998, p. 1.

[138] -La loi n° 75-1349 du 31 décembre 1975 relative à l'emploi de la langue française ; V. pour la France, le Rapport annuel 2010 de l'Association française des sociétés financières, disponible en ligne sur le site de l'association : www.asf.france.com.

[139]- ولقد خصص لها الفصل الأول، المواد من 1 إلى 6.

[140]- ولقد خصص له الفصل الثاني، المواد: 7-8-9.

[141]- إن عقد الاعتماد الايجاري جزء من عملية الاعتماد الايجاري، وبالتالي فالجزء لا يمكن أن يكون هو الكل.

الفرع الثاني

المعايير المكرسّة للطابع الدولي لعقد الاعتماد الايجاري

إن الكشف عن دولية العقد مسألة أولية تقع على عاتق القاضي فهي مسألة تكييف تخضع إلى قانون القاضي[142]، فالقاضي هو الذّي يقرر ما إذا كان العقد وطني أم دولي[143] وبالرغم من المبدأ القائل بأن أطراف العقد قادرون على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، يستتبع بالضرورة الصّفة الدولية للعقد، إلا أنّه لا يوجد في التشريعات ما يشير إلى الأخذ به، رغم تبنّي العديد من الأحكام والقرارات القضائية له.[144]

لقد قمنا سابقا بتعريف عقد الاعتماد الايجاري تعريفا فقهيا ثم قانونيا، إلا أن كل التعاريف التي رأيناها تناولت العقد الوطني الذي يصبح عقدا دوليا إذا تحققت أحد المعايير التي تضفي عليه الصفة الدولية، ويعود السبب في تعدد المعايير التي يمكن الاعتماد عليها في تحديد دولية العقد، إلى الصعوبة التي واجهت الفقهاء في إيجاد تعريف محدد للعقد الدولي، وهناك معيارين لتحديد دولية أي عقد من العقود وهما المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي[145]، لذا سنحاول من خلال هذا الفرع دراسة هذه المعايير كما يلي:

أولا-المعيار القانوني: يقوم هذا الاتجاه على اعتبار العقد دوليا إذا اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد[146] لذلك يجب أن نبحث مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصره القانونية المختلفة، فإذا اتصلت عناصر الرابطة العقدية بدولة أو أكثر غير دولة

---

[142]- وهذا ما جاء في نص المادة 9 من أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم:
" *يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقه*".

[143]- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، الدار الجامعية، بيروت، 1994، ص 76.

[144] -BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, *Droit international privé*, Tome 2, 7e édition, L.G.D.J, Paris, 1983, p. 275.

[145] -ACCAOUI LORFING Pascale, La renégociation des contrats internationaux, édition BRUYLANT, Bruxelles, 2011, p. 2.

[146] -Est international le contrat « se rattachant à des normes juridiques émanant de plusieurs Etats », Voir, Lyon, 19 avril 1977, *Rev. Cri. Dr. Pr*. 1977. 788, note B. ANCEL.

القاضي المطروح عليه النزاع، فإنها تكتسب على هذا النحو الطابع الدولي لتعلقها في هذه الحالة بأكثر من نظام قانوني واحد،[147] سواء أكان ذلك العنصر الأجنبي عنصرا شخصيا كجنسية الأطراف المتعاقدة[148] أو عنصرا موضوعيا كمحل الإقامة أو مكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه.[149] ولقد ذهب الأستاذ باتيفول Batiffol إلى القول: " ***إننا نكون بصدد عقد دولي عندما يتضمن عنصرا أو عدة عناصر خارجية[150]، أما إذا اعتمد العقد قواعد القانون الداخلي، يجب أن يخضع العقد لهذا النظام، ولا يكون للأطراف إمكانية طلب الخضوع إلى نظام قانوني أخر قصد تجنب الخضوع إلى القواعد القانونية الداخلية."[151]***

إلا أن أنصار المعيار القانوني اختلفوا حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية، وتأثير كل عنصر منها على إضفاء الطابع الدولي على العقد، لذلك ظهر ما يسمّى بالمعيار القانوني التقليدي والمعيار القانوني الحديث:

1-المعيار القانوني التقليدي: يرى أنصار هذا المعيار أن العقد يكون دوليا إذا تعلق العنصر الأجنبي اما بأطراف الرابطة العقدية أو موضوعها، لذلك يعتبر العقد دوليا إذا كان أطرافه

---

[147]- أنظر: هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص72، وأنظر أيضا: نادر محمد إبراهيم، القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 83.

[148]- عليوة السيد، مهارات التفاوض والعقود والتحكيم الدولي، دار الأمين، القاهرة، 2001، ص 87.

[149]- محمد وليد هاشم، " العقد الدولي بين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة "، مجلة الشريعة والقانون، المصري جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد 20، الصادر في جانفي 2004، ص ص 155-184.

[150]-Cette formule a été reprise par BATIFFOL. Il a précisé que le contrat international correspond à une convention qui « par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet, (…) a des liens avec plus d'un système juridique . ».

[151]- باتيفول نقلا عن معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1990، ص 44، وأنظر أيضا:

شويرب خالد، القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة -جامعة الجزائر-، 2008-2009، ص 15.

أو أحدهما يتمتع بجنسية أجنبية، أو مقيما في دولة غير دولة القاضي المعروض عليه النزاع. كما يعتبر العقد دوليا إذا كان المال محل العقد موجودا في دولة أجنبية، أو إذا كان العقد قد أبرم أو نفّذ في دولة غير دولة القاضي.[152]

يعاب على هذا الاتجاه أنه يسوّي بين كل عناصر العقد إذ أن كل عنصر يمكن أن يضفي الصّفة الدولية على العقد، لذلك فحسب هؤلاء لا توجد عناصر أكثر أهمية لإضفاء الصفة الدولية، لذلك وصف بعض الفقهاء هذا المعيار بالجمود لأن الأخذ به يؤدي إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص بمجرد وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية بغضّ النظر عن أهمية وفاعلية هذا العنصر،[153] ونظرا للنّقد الموجّه لهذا الرّأي ظهر الاتجاه الثاني وهو المعيار القانوني الحديث:

2-المعيار القانوني الحديث: يذهب الفقه الحديث إلى التمييز بين العناصر القانونية المؤثرة في العقد والعناصر القانونية غير المؤثرة، فحسب هؤلاء ليس كل عنصر أجنبي يتضمّنه العقد من شأنه إضفاء الصّفة الدولية عليه، لذلك يجب أن نحلّل تحليلا خاصا العقد وكل عناصره القانونية حتى نتوصّل إلى العنصر المميّز لطبيعته[154]، وهذا بالنظر إلى الظروف المحيطة

---

[152]-أنظر: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 74، وأنظر أيضا: الحداد حفيظة السيد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 407، أنظر أيضا: ياقوت محمود محمد،" معايير دولية العقد"، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق -جامعة طنطا-عدد 20، أفريل 2000، ص ص 495-522.

[153]- أنظر: هشام خالد، ماهية العقد الدولي-دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأنظمة القانونية الأنجلو سكسونية - اللاتينية-العربية والاتفاقيات الدولية -منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 97، وأنظر أيضا:

CHANTLLON Stéphane, *Le contrat international*, 4eédition, Vuibert, Paris, 2011, p. 12 et s.

[154]- أي أن تصنيف العلاقة إلى داخلية أو دولية لا يمكن أن يتم بطريقة آلية، فالعبرة ليس بعدد العناصر الأجنبية بل العبرة بطبيعة هذه العناصر، إن كانت مؤثرة أو محايدة لذلك وجب على القاضي البحث في العناصر الأجنبية الحاسمة في اعتبار العقد دوليا، أنظر:

عبد المجيد منير، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 31.

بالعقد فجنسية أطراف العقد مثلا تعد عنصرا غير مؤثرا في عقود المعاملات المالية (كعقد الاعتماد الايجاري)، بينما تعد من العناصر المؤثرة في عقود الزواج.[155]

استنادا إلى هذا المعيار اعتبرت اتفاقية فيينا حول عقد البيع الدولي للبضائع لسنة1980، مكان إقامة الأطراف عاملا مؤثرا يستلزم معه تطبيق أحكام الاتفاقية، في حين لا تعتبر جنسية الأطراف معيارا مؤثرا لتطبيق اتفاقية لاهاي لسنة 1955،[156] لذلك يمكن القول أن الأخذ بعين الاعتبار مدى تأثير العنصر الأجنبي في تحديد دولية العقد تسمح لنا بتقديم معيار قانوني موضوعي يهتم بالكيف ويتّسم بالمرونة العالية،[157] لذلك يري المدافعون على هذا المعيار أنّه الأصلح لأنّه يتأثر بطبيعة العقد وليس بوظيفة العقد كما هو شأن المعيار الاقتصادي،[158]

ثانيا-المعيار الاقتصادي: يختلف المعيار الاقتصادي من دولة إلى أخرى باختلاف النظام الاقتصادي والسياسي للدولة، إذ نجد هذا المعيار أكثر انتشارا في الدول ذات النظام الرأسمالي كفرنسا التي تبنّى القضاء فيها هذا المعيار-نظرا للحرية المطلقة التي تتمتع بها الشركات في مختلف المجالات (الصناعية والمالية والتجارية) -،[159] ويمكن أن نلّخص المعيار الاقتصادي في

---

[155]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 28.

[156]- عبابنة علاء الدين محمد ذيب، القانون واجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الأردني والمقارن، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2004، ص 32.

[157]- طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، د س، ص 28.

[158]-الشربيني محمد أحمد حسن محمود، النظام القانوني للعقد الدولي، رسالة للحصول على شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، د س، ص 785.

[159]- إن فكرة حركة رؤوس الأموال نجدها في الدول الرأسمالية، أما في الدول الاشتراكية فحركة رؤوس الأموال تنظم بنصوص صارمة ومقيدة.

ثلاثة معايير فرعية استنتجها الفقه الغربي وبصفة خاصة الفقه الفرنسي سنوضحها فيما يلي:

1-معيار تحرك الأموال (دخول وخروج الأموال):[160] وهو المعيار الذي تبّناه القضاء الفرنسي منذ سنة 1927 بمناسبة قضية Arréte Pelissier du Bresset[161] ، وحسب هذا المعيار العقد فان العقد يكون دوليا حينما تكون حركة الأموال ذات طبيعة مزدوجة أي توريد وتصدير[162]، وهذا ما يسمى بمعيار بول ماتر P. Matter[163]، الذي يرى أن العقد يُعتبر دوليا إذا أدى الى تدفّقات للأموال عبر الحدود الدولية، أي يجب أن ينشئ عملية تبادل بين البضائع والأموال عبر الحدود الدولية.[164]

لعل ما يعاب على هذا المعيار هو أن تطبيقه سيؤدي الى إضفاء الصفة الدولية على بعض العقود رغم أنّها لا تتضمن عناصر أجنبية، كما أنّه يؤدي الى نفي الصفة الدولية على عقود أخرى بالرّغم من احتوائها على عناصر اجنبية، لذلك فقد وقف معظم فقهاء القانون الدولي الخاص موقفا معاديا له، حتى أن القضاء الفرنسي قام باستبداله بمعيار آخر. [165]

2-معيار تجاوز العقد للإطار الاقتصادي الداخلي: نكون حسب هذا المعيار أمام عقد دولي إذا تجاوز العقد الحدود الاقتصادية للدولة،[166] ولقد أخذ به القضاء الفرنسي في قضية

---

[160] -Un mouvement de biens, de services ou un paiement par-dessus les frontières ou intéressant l'économie (ou la monnaie) de deux pays au moins.

[161] -Cass. Civ. 17-5-1927(Arrêt Pelissier du Bresset) , D.P. 1928 p.1, note CAPITANT.

[162] -BONNEAU Thierry, *Droit bancaire*, 9e édition, LEXTENSO édition, Paris, 2011, p.74.

[163]- ولقد قال P.MATTERبمناسبة هذه القضية:

« La location de cet immeuble n'avait produit en France l'entrée ni de marchandises, ni d'espèces, l'opération a été toute locale. »

[164]- سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1998، ص 29.

[165]- معاشو عمار، المرجع السابق، ص 50.

[166]- حمودي ناصر، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو-2002، ص 9.

الرهون المصرفية بين البنك الفرنسي والبنك الأرجنتيني سنة 1934،[167] حيث جاء في منطوق الحكم: " *ان الصفة الدولية للعقد لا تعتمد-بالضرورة-على محل إقامة الأطراف ولا على المكان المحدد لإبرامه، ولكن يؤخذ في الاعتبار كل العناصر التي تؤثّر في حركات الأموال التي تنطوي على صفة تتجاوز نطاق الاقتصاد الوطني.*" [168]

3- معيار اشتراك مصالح الاقتصاد الدولي: لقد قام الفقه والقضاء الفرنسيين بتوسيع الفكرة بعدما كانت محصورة على الإقليم الفرنسي، لذلك يجب الاخذ بعين الاعتبار المصالح الاقتصادية الدولية في تحديد الصفة الدولية للعقد، ولقد تجسّد هذا المعيار في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Mardelé وهو فرنسي الجنسية قام بشراء الحبوب من شركة فرنسية (Muller et CIE)، فكان مكان الشحن هو الشيلي ومكان التفريغ في فرنسا، ولقد تضمن العقد على شرط التحكيم وهو شرط كان باطلا وفق للقانون الفرنسي،[169] وبسبب إخلال ماردلي بالتزاماته لجأت الشركة الفرنسية إلى القضاء الفرنسي، فقضى في أول وثاني درجة ببطلان شرط التحكيم وفقا للقانون الفرنسي، إلا أن محكمة النقض الفرنسية نقضت ذلك وحكمت بصحة شرط التحكيم، إذ ذهبت المحكمة الى أن شروط الصفقة تتعلق بمصالح التجارة الدولية، لذلك يعتبر العقد دوليا لذلك لا يمكن الفصل في النّزاع من طرف القضاء الفرنسي.[170]لقد تأثر القضاء الفرنسي في عدّة قضايا بهذا المعيار كالحكم الصّادر في قضيةAffaire Dambricourt ، في 27-1-1931،[171] وكذلك في قضية

---

[167] -Cass. 14-2-1934 D.P. 1934 pp. 1-73.

[168]- سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 32، 33.

[169]- القانون الفرنسي لم يكن يسمح باللجوء إلى التحكيم إلا إذا كان العقد دوليا، وعلى هذا الأساس صدر حكم في الدرجة الأولى والثانية إذ أبطل شرط التحكيم باعتبار هذا العقد وطني وليس دوليا.

[170]- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر 2002، ص 90.

[171] - Cass. Civ. 27-1-1931, *Rev.crit.dr.int.pr*., 1931, p.516 et 517.

Galakis c/Le ministère de la marine marchande.[172]

تعرّض المعيار الاقتصادي لعدّة انتقادات أبرزها صعوبة تطبيقه بسبب غياب معيار يساعد على الفصل بين ما يعتبر ضمن مصالح الاقتصاد الوطني وما يعتبر من مصالح الاقتصاد الدولي، حيث ذهب أغلب الفقهاء الى القول بأن العلاقات الاقتصادية في يومنا هذا أصبحت تتسم بالتشابك والتعقيد وأن مسألة وضع الحدود في هذه العلاقات صعبة جدا.[173]

ثالثا-المعيار المزدوج: لقد اتجه الفقه الفرنسي الحديث إلى الجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي وهو ما يسمى بالمعيار المختلط أو المزدوج، لذلك فحسب هؤلاء يجب ألا نكتف بالتحقق من اتصال العقد بأكثر من نظام قانوني (المعيار القانوني)، بل يجب التأكد من مساسه بمصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي).

رابعا-المعيار الأنسب لتحديد الطابع الدولي لعقد الاعتماد الايجاري: إذا كانت مسألة تحديد معايير دولية العقد قد أثارت العديد من النقاش الفقهي بالنسبة للعقود البسيطة (العقد الواحد)، فان عقد الاعتماد الايجاري الدولي بصفته عقد مركب يزيد من حدة هذا النقاش، لذلك ظهرت العديد من المعايير التي بموجبها يمكن تحديد الطابع الدولي لهذا العقد:

1-معيار مكان استعمال الأصول المستأجرة: يعتبر هذا المعيار معيارا كاشفا للدولية ويأخذ بعين الاعتبار مكان استعمال الأصول وقت تنفيذ العقد، فإذا كان مكان الاستعمال دولة أجنبية فان العقد يعتبر دوليا، غير أن تطبيق هذا المعيار للكشف عن دولية العقد

[172] - Cass. Civ. 2-5-1966, *Rev.crit.dr.int.pr.* 1967, p.553, note GOLDMAN B.

[173]- علاء الدين محمد ذيب عبابنة، القانون واجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الأردني والمقارن، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخص، كلية الدراسات العليا، جامعة عُمان العربية للدراسات العليا، 2004، ص 40.

صعب جدا من النّاحية العملية ،[174] نظرا لطبيعة الأصول التي تكون محلا لعقد الاعتماد الايجاري الدولي فهي عادة أصول دولية منقولة و كثيرة الحركة[175] من دولة إلى أخرى كالسفن والطائرات، و حتى نبيّن ضعف هذا المعيار يكفي أن نضرب مثال وهو أن يكون كل من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي والمورد فرنسيون، وبالتالي فان كل من عقد التوريد وعقد الاعتماد الايجاري عقدان محليان، لكن إذا استعمل المستأجر التمويلي الأصول المستأجرة في دولة أخرى سنكون بحسب هذا المعيار أمام عقد دولي، وهذا غير منطقي فلا يمكن أن نربط الدولية بمجرد استعمال الأصول في دولة أجنبية.[176]

2- معيار مقر نشاط أطراف العقد: يعتبر هذا المعيار بحسب الفقهاء المعيار الأكثر كشفا لدولية عقد الاعتماد الايجاري الدولي، لسبب بسيط وهو أن مقر نشاط أطراف العقد مستقر وليس من السّهل تغييره بشكل عفوي لذلك فهو يعبّر فعلا عن دولية العقد، ويبقى الإشكال المطروح هو هل يجب أن يكون مقر مؤسسة أطراف العقد الثلاثة في دول مختلفة[177]، أم يكفي لإضفاء الصّفة الدولية على العقد أن يكون مقر مؤسسة طرفين فقط- وهما طرفا العقد الرئيسي- في دولتين مختلفتين للقول بالدولية ، فالعقد الذي يكون فيه مقر مؤسسة الأطراف الثلاثة في ثلاثة دول مختلفة هو عقد دولي دون أدنى شك[178]، أما العقد الذي يكون

---

[174] -JACQUET Jean Michel et DELEBECQUE Phellipe, *Droit du commerce international*, Cours DALLOZ, 3e édition, Paris 2002, p. 247.

[175]- يستعمل الأمريكيون للدلالة على هذه الأصول الكثيرة الحركة عبارة macro-meubles.

[176] -BOST Emmanuelle, op.cit. p. 289.

[177]- من الناحية العملية تعتبر هذه الحالة نادرة التحقيق هذا من جهة ومن جهة ثانية قلّة عدد الدول التي صادقت على اتفاقية أوتاوا، لأنه لا يكف اختلاف دول الأطراف الثلاثة فحسب بل يجب أن تكون الدول الثلاثة مصادقة على الاتفاقية، فهذا الحل كان سيقلص من حالات تطبيق الاتفاقية أكثر.

[178]- إن وجود مقر نشاط أطراف العقد الثلاثة في دول مختلفة يعتبر الدرجة القصوى للدولية والتي تعتبر حالة نادرة في الممارسة العملية للعقد.

فيه مقر نشاط كل من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي في دولتين مختلفتين، فهو عقد دولي أيضا حسب ما ذهبت إليه اتفاقية أوتاوا.[179]

3-المعيار الذي أخذت به كل من اتفاقية أوتاوا والمشرع الجزائري: سنبين أولا المعيار الذي أخذت به اتفاقية أوتاوا، ثم بعد ذلك المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري من أجل تحديد دولية عقد الاعتماد الايجاري الدولي.

أ-المعيار الذّي أخذت به في اتفاقية أوتاوا: لقد جاء تعريف عقد الاعتماد الايجاري الدولي في اتفاقية أوتاوا الخاصة بالتأجير التمويلي الدولي للمنقولات[180] وذلك من خلال إبراز مجموعة من الخصائص التي يتميز بها كما يلي:

" تعد عملية الاعتماد الايجاري المشار إليها في الفقرة السابقة، عملية تحتوي على الخصائص التالية:

1-المستأجر التمويلي هو الذي يختار الأدوات والمورد دون الحاجة إلى رأي المؤجر.

2-تملك الأدوات يفرض على المؤجر التمويلي بموجب عقد الاعتماد الايجاري المبرم أو الذي سيبرم بين المؤجر والمستأجر، والذي يكون المورد على علم به.

3-عند احتساب الأجرة المشترطة في عقد الاعتماد الايجاري، يؤخذ بعين الاعتبار-بصفة خاصة-الاستهلاك الكلي أو الجزئي من قيمة الأدوات. [181]

حسب هذا التعريف فأن عقد الاعتماد الايجاري الدولي هو العقد الذي يقوم فيه طرف (المستأجر التمويلي) بنفسه باختيار الأدوات التي يحتاجها[182]، كما يتولى هو اختيار بائعها

---

[179]- هذا ما أخذت به اتفاقية أوتاوا في نص المادة الثالثة منها.

[180]- المادة الأولى فقرة 2 من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

[181] - GARRIDO Eric, op.cit. p. 33.

[182]- حيث يحدد المستأجر التمويلي بنفسه مواصفاتها طبقا لاحتياجات مشروعه، كما يحدد موعد تسلّمها ويناقش شروط بيعها.

ولا يتدخّل المؤجر التمويلي في كل ذلك – بالرغم من أنه هو الذي يتولى دفع ثمن الشراء إلى المورد أو البائع-مع ضرورة اعلام البائع بأن عملية الشراء تتم بتمويل من المؤسسة المالية المؤجرة (المؤجر التمويلي) التي تقوم بشراء الأدوات من أجل تأجيرها إلى المستفيد وليس بغرض الاحتفاظ بها.[183]

أما بالنسبة لكيفية تحديد القيمة الايجارية في العقد فهو مرتبط باستهلاك الأدوات، لذلك عادة ما تتخذ القيمة الايجارية شكلا تدريجيا، فتكون القيمة مرتفعة عند بداية العقد ثم تنخفض تدريجيا مع مرور العقد،[184] وبذلك تتحدد القيمة الايجارية على أساس طولي أو تناقصي على حسب رغبة المستفيد (المستأجر التمويلي) وبحسب طبيعة الأصول المؤجرة، في إطار الاتفاق بين طرفي العقد.[185]

خلال دراستنا لموقف اتفاقية أوتاوا حول معيار تحديد دولية عقد الاعتماد الايجاري، لاحظنا وجود تناقض بين موقف الأستاذان FRANCK Laetitia و السيد عبد المنعم حافظ السيد، إذ أن هذا الأخير يرى أنّه بالرجوع إلى اتفاقية أوتاوا المتعلقة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي، فانّه يتضّح من خلال المادة الثالثة منها تغليب المعيار المزدوج في تحديد دولية عقد الاعتماد الايجاري،[186] إذ تعتمد الاتفاقية على اختلاف مكان مؤسسة كل من المتعاقدين أو محل إقامتهما، وهذا يعني ارتباط العقد بأكثر من نظام قانوني واحد فتتعدى بذلك اثارها الاقتصادية الاقتصاد الداخلي للدولة، إذ يمثل عقد الاعتماد الايجاري الدولي عقد تمويل لا

[183] - FRANCK Laetitia، op. Cit. p. 20 et 22 , Voir également GARRIDO Eric, op.cit. p.33.

[184]- إن هذه الطريقة تتلاءم مع معدل الإنتاج والربحية التي يحققها المستأجر من الأدوات، إذ تكون هذه الأخيرة ذات معدل إنتاجي مرتفع عند بداية استخدامها ثم يتناقص معدل إنتاجها حتى تصل إلى مرحلة الاضمحلال الاقتصادي التي يتناقص فيها الإنتاج بشكل كبير جدا.

[185]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، عقد التأجير التمويلي الدولي-دراسة تحليلية مقارنة في القانون الدولي الخاص- رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2006، ص 22.

[186]- تنص المادة الثالثة من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق، على: " تطبق هذه الاتفاقية عندما يملك كل من المؤجر التمويلي، والمستأجر التمويلي مؤسسة (محل إقامة)، تقع في دول مختلفة .....".

يمكن أن يتحقق إلا بتبادل الأموال والقيم الاقتصادية عبر الحدود، فوجود العنصر الأجنبي في العقد يتبعه بالضرورة انتقال للأموال وللقيم الاقتصادية، وبالتالي الارتباط بمصالح التجارة الدولية وهذا ما يؤكد إعمال المعيار المزدوج لدولية العقد[187].

في حين ذهب الأستاذ FRANCK Laetitia إلى القول بأن اتفاقية أوتاوا أخذت بالمعيار القانوني والذي يتمثّل في وجود مقر نشاط كل من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي في دولتين مختلفتين، بغض النّظر عن الدولة التي يتواجد فيها مقر نشاط المورد، وهو المعيار نفسه الذّي أخذت به اتفاقية فيينا الموقعة في 11 أفريل 1980 حول عقد البيع الدولي للبضائع،[188] وهو الموقف الذي نراه صحيحا على اعتبار أن المادة الثالثة من اتفاقية أوتاوا جاءت واضحة في اختيار المعيار القانوني ولا تحتاج بالتالي إلى أي تأويل آخر، إلا أن اتفاقية أوتاوا اكتفت باشتراط وجود مقر نشاط المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي في دولتين مختلفتين بغض النظر عن مقر نشاط المورد، وهذا لكون الاعتماد الايجاري هو العقد الرئيسي في المجموع العقدي،[189] وبمجرد أن تكون العلاقة الرئيسية دولية تأخذ العملية بأكملها الطابع الدولي، إضافة إلى كون هذه الحالة الأخيرة هي الدرجة الدنيا لدولية عقد الاعتماد الايجاري، لذلك اقترحت الأستاذة BOST تعميم الأخذ بهذا المعيار في القانون الدولي الخاص لكونه المعيار الأكثر منطقية.[190]

[187]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 32.

[188] -FRANCK Laetitia, op.cit. p. 2.

[189]- الاعتماد الايجاري بالمفهوم الضيّق هي تلك العلاقة التي تجمع بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي، لذلك حسب رأينا ركزت الاتفاقية على مقر نشاطهما فقط.

[190] - BOST Emmanuelle, op. cit. p. 291.

ب-المعيار الذّي أخذ به المشرع الجزائري: بالنسبة لموقف المشرع الجزائري[191] فقد جاء في المادة الخامسة من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري التي حددت متى يكون العقد وطنيا، وكذا الحالات التي يعتبر فيها العقد دوليا، فيكون عقد الاعتماد الايجاري وطنيا إذا أبرم بين شركة تأجير أو بنك أو مؤسسة مالية مع متعامل اقتصادي وكلاهما مقيمان في الجزائر، ويكون عقد الاعتماد الايجاري عقدا دوليا إذا كان أحد أطرافه مقيما في الجزائر والآخر غير مقيم فيها.[192] ومن خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار القانوني في تحديد الصفة الدولية لعقد الاعتماد الايجاري، إذ يتحدد الطابع الدولي للعقد بوجود الطرف الأجنبي فيه والذي يتمثل في وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية وهو إقامة أحد أطرافها خارج الجزائر وهذا يعني أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار القانوني على غرار ما ذهبت إليه اتفاقية أوتاوا.

---

[191]- ذهب الأستاذ بن شنب علي إلى تعريف العقد الدولي بأنّه: " *العقد الّذي يرتّب آثارا اقتصادية في أكثر من دولة* "، متأثرا بما جاء في نص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية -والتي عرّفت التحكيم الدولي-، وهو بذلك إنما يقول إن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار الاقتصادي، أنظر:

BEN CHENEB Ali, *Le droit Algérien des contrats (données fondamentales*), EUD, Dijon, 2011, p.40.

[192]- جاء في المادة الخامسة من أمر رقم 96-09 ما يلي:

" يعرّف الاعتماد الايجاري: على أساس أنه دولي عندما يكون العقد الذي يرتكز عليه:

- إما ممضي بين متعامل اقتصادي مقيم في الجزائر، وشركة تأجير أو بنك أو مؤسسة مالية غير مقيمة في الجزائر.
- وإما ممضي بين متعامل اقتصادي غير مقيم في الجزائر، وشركة تأجير أو بنك أو مؤسسة مالية مقيمة في الجزائر.

المبحث الثاني

خصائص عقد الاعتماد الايجاري الدولي

إن الحديث عن خصائص العقد يقتضي منا البحث في تلك المميزات التي يتمتع بها العقد ولا نجدها في باقي العقود الأخرى، وتبرز الطبيعة الخاصة لعقد الاعتماد الايجاري الدولي واختلافه عن أي عقد آخر من خلال تميّزه ببعض الخصائص التي ينفرد بها.

اذا كان الأصل في العقود الأخرى أنّها ثنائية الأطراف فان هذا العقد يجمع ثلاثة أطراف، بالرغم من الجدال الفقهي الذي أثارته هذه المسألة(المطلب الأول)، كما أن نهاية العقد لها طابع خاص جدا إذ يتمتع المستأجر التمويلي بثلاثة خيارات عند انقضاء العقد، وله كامل الحرية في اختيار أحدها(المطلب الثاني)، كما يُعتبر شخص الطرف المتعاقد محل اعتبار كبير في العقد إضافة الى كونه من العقود التجارية(المطلب الثالث)، كما تتعدد صور وأنواع العقد وفقا لعدة معايير(المطلب الرابع)، وهو عقد تمويل لكّنه تمويل عيني يُبرم لمدة زمنية غير قابلة للإلغاء(المطلب الخامس).

المطلب الأول

عقد الاعتماد الايجاري الدولي ثنائي الأطراف أم ثلاثي الأطراف؟

إن الاتفاقية الدولية المتعلقة بالاعتماد الايجاري الدولي تثير نوع من الغموض حول كون عقد الاعتماد الايجاري من العقود الثنائية الأطراف أو الثلاثية الأطراف ، فمن جهة تنصّ على أنّه عقد يتكون من ثلاثة أطراف لذلك يخرج من نطاق تطبيق هذه الاتفاقية كل عقد يتكوّن من طرفين[193]، ومن جهة أخرى اعتبرت هذه الاتفاقية أن المستأجر يحوز الأصول بموجب عقد اعتماد إيجاري أبرم أو سيبرم ***بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي***، مع علم المورد بهذا العقد،[194] ممّا يعني بأنّ المورد ليس طرفا في العقد بل هو على علم بهذا العقد(أي أنّه من الغير).

أمّا الأستاذ BEY فقد ذهب إلى القول بأن:" خصوصية وأصالة عقد الاعتماد الايجاري، تبرز من خلال تدخل ثلاثة أطراف متناقضة المصالح تتعامل فيما بينها في إطار تفاعل عضوي تام، من أجل تحقيق أهدافها من العملية"،[195] ويتدخل في هذه العملية ثلاثة أطراف وهم المؤجر التمويلي، المستأجر التمويلي والمورد.

الفرع الأول

المستأجر التمويليLe crédit-preneur

يعتبر المستأجر التمويلي صاحب المبادرة في تحريك عملية الاعتماد الايجاري باعتباره يحتاج إلى الانتفاع بأصول إنتاجية في مشروعه، ويكون متعامل اقتصادي اما شخصا طبيعيا

[193]- وهذا طبقا لنص المادة الأولى فقرة أولى من هذه اتفاقية اوتاوا، المرجع السابق.

[194]- المادة الأولى فقرة ثانية ب، من الاتفاقية نفسها.

[195]- حمزي إبراهيم، النظام القانوني لعقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق-جامعة مولود معمري تيزي وزو-2001/2000. 44-45.

أو معنويا، جزائريا أو أجنبيا، تابعا للقانون العام أو للقانون الخاص،[196] لذلك يجب البحث عن تعريف العون الاقتصادي الا أن قانون النقد والقرض لم يحدد لنا المقصود بالعون الاقتصادي،[197] لذلك يجب الرجوع إلى قانون المنافسة باعتبار الاعتماد الايجاري من الأعمال التجارية،[198] لكن أمر رقم 03-03 المتعلّق بالمنافسة[199] لم يعرّف العون الاقتصادي، اما قانون رقم 95-06 يتعلّق بالمنافسة والملغى[200] فقد عرّف العون الاقتصادي في نص المادة الثالثة على أنّه: *" كل شخص طبيعي أو معنوي مهما تكن صفته يمارس نشاطا أو يقوم بأعمال منصوص عليها في المادة الثانية"*.[201]

ان مجال استعمال الاعتماد الايجاري في التشريعات اللاتينية هو تمويل المشاريع التجارية والصناعية إضافة الى تمويل النشاط الزراعي، كتمويل أحد المشاريع الزراعية بالآلات وأعمال الري وحفر الآبار، كما يستعمل الاعتماد الايجاري أيضا في تمويل أصحاب المهن الحرة لشراء التجهيزات الضرورية لأنشطتهم كالأطباء مثلا، لذلك يمكن القول أن عقد

---

[196]- المادة الأولى من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[197]- إن المشرع الفرنسي لم يستعمل صراحة تسمية العون الاقتصادي لتحديد المستأجر التمويلي إلا أنّه هو المقصود مادام المال المستأجر يجب أن يستعمل لغرض مهني، أنظر:
قحموس نوال، عقد الاعتماد الايجاري في ظل القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص 136.

[198]- عليان عدة،" توازن الأداءات في عقد الاعتماد الايجاري"، الملتقى الوطني حول عقود الأعمال وتأثيرها على الاقتصاد الوطني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية-، ص ص 280-295.

[199]- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43 الصادر في 20 جويلية 2003، المعدل والمتمم.

[200]- أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 9 الصادر بتاريخ 8 فيفري 1995، (الملغى) والذي لم يعرّف العون الاقتصادي.

[201]- وقد جاء في نص المادة الثانية منه ما يلي: *" يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون أو الجمعيات....."*.

الاعتماد الايجاري في التشريعات اللاتينية يهدف إلى استثمار المال في مشاريع إنتاجية وليس لإشباع حاجات استهلاكية للمستأجر.[202]

أما المشرع الجزائري فقد كان صريحا في هذا الصدد إذ يجب أن يتعلق العقد بأصول منقولة أو غير منقولة ذات **الاستعمال المهني**، أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية.[203] لذلك لا يمكن إبرام عقد اعتماد إيجاري من أجل الاستعمال الشخصي أو العائلي، وهذا منطقي باعتبار الاعتماد الايجاري وسيلة لتمويل الاستثمارات، وبالتالي لا يمكن أن تموّل الاستهلاك.

كما تضمّنت اتفاقية أوتاوا هذا الشرط وذلك في نصّ المادة الأولى الفقرة د-4 منها والتي تحدد نطاق تطبيق هذه الاتفاقية، والتي نصّت على أن هذه الاتفاقية تطبق على عمليات الاعتماد الايجاري الواردة على كل المعدات باستثناء تلك التي يستعملها المستأجر التمويلي أساسا لاستعماله الشخصي أو العائلي.[204]

الفرع الثاني

المؤجر التمويلي Le crédit bailleur

يعتبر الطرف الممول في عقد الاعتماد الايجاري فهو الذي يقوم بشراء الأصول المؤجرة من المنتج أو من البائع ليمكّن المستفيد من الانتفاع بها، وعلى عكس المستأجر التمويلي الذّي يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، فان المشرع الجزائري قام بتحديد طبيعة المؤجر التمويلي على سبيل الحصر، إذ يجب أن يكون هذا الأخير شخصا معنويا إمّا بنكا أو مؤسسة

[202]- على عكس ما ذهبت إليه التشريعات الأنجلو سكسونية التي تسمح بتمويل حاجات استهلاكية للمستأجر عن طريق الاعتماد الايجاري.

[203]- الفقرة الأخيرة من المادة 1 من أمر رقم 96-09، المرجع السابق.

[204] - «La présente convention régit les opérations de crédit-bail portant sur tout matériel à l'exception de celui qui doit être utilisé par le crédit-preneur à titre principal pour son usage personnel ou domestique».

مالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا للقيام بعمليات التأجير.[205] وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي الذي يشترط أن يكون المؤجر التمويلي شركة تجارية، وأخضع هذه الشركات لأحكام القوانين 13-14 جوان 1943 يتعلق بتنظيم مهنة البنوك، الذي ألغي وعوّض بالقانون رقم 84-46 الصادر في 24 جانفي 1984.[206]

أما المشرع المصري فقد كان يسمح للأشخاص الطبيعية بممارسة نشاط الاعتماد الايجاري وذلك في القانون الصادر سنة 1995[207]، لكنّه تراجع عن ذلك بعد الانتقادات الكثيرة التي وجّهت له، وذلك في القانون رقم 16 لسنة 2001 المعدل لقانون 1995، والذي حصر بموجبه المؤجر التمويلي فقط في شركات الأموال والتي تكون لها القدرة على مزاولة هذا النشاط.[208]

أمّا اتفاقية أوتاوا فإنّها لم تحدد من هو المؤجر التمويلي بل تركت المسألة للقوانين الوطنية للدول والمتعلقة بالاعتماد الايجاري كي تتولى تحديد طبيعة المؤجر التمويلي، اذ يقتصر دوره في دفع ثمن الأصول التي يطلبها المستأجر التمويلي بالمواصفات التي يحتاجها، مع احتفاظ الأول بملكيتها له مقابل دفع الثاني لأقساط مقابل انتفاعه بها.[209]

---

[205]- المادة الأولى فقرة 1 من أمر رقم 96-09، المرجع نفسه.

[206] - CHANTAL Bruneau, *Le crédit-bail mobilier (la location de longue durée et la location avec option d'achat)*, BANQUE éditeur, Paris, 1999, p. 40.

[207]-الشهاوي قدري عبد الفتاح، قانون التأجير التمويلي لسنة 1995-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة،2005، ص 41.

[208]- الخصاونة صخر أحمد، المرجع السابق، ص 49.

[209]- بالرجوع إلى حقوق والتزامات أطراف العقد في القانون الجزائري، نجد أن المؤجر التمويلي يلتزم بتمويل الأصول، ثمّ يتلقى أقساطا دورية، ويكاد يعفي نفسه من أيّ التزام آخر بحيث منحه المشرع الجزائري إمكانية نقل بعض الالتزامات إلى المستأجر، ممّا خلق -حسب رأينا-اختلال في التوازن في الالتزامات الناتجة عن هذا العقد.

الفرع الثالث

المورد أو المقاول

يختلف الطرف الثالث بحسب محل العقد فإذا كان منقولا أو عقارا سبق بناءه فالطرف الثالث هو البائع أو المورد، أمّا إذا كان عقارا لم يسبق بناءه فيسمى المقاول.

يقوم البائع ببيع الأصول المؤجرة للمؤجر التمويلي كما يتولى عملية بناء العقار مقابل حصوله على الثمن، ولقد استقر القضاء الفرنسي على استقلالية العلاقة بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي-وهي علاقة إيجار-عن العلاقة بين المؤجر التمويلي والمورد أو المقاول-وهي علاقة بيع-[210]، لذلك ذهبت الأستاذة BRUNEAU CHANTAL الى القول بأن المورد ليس طرفا في عقد الاعتماد الايجاري.

لقد طرحت فكرة الطابع الثلاثي للعقد عدّة نقاشات فقهية إذ يرى بعض الفقهاء أنّ بعض صور الاعتماد الايجاري -وهي الاعتماد الايجاري اللاّحق Cession bail[211] -تكون ثنائية الاطراف وليست ثلاثية الأطراف، بل حتى في الاعتماد الايجاري التقليدي[212] والذي يشتري فيه المؤجر التمويلي الأصول من مورد-وهو من الغير-فان تدخل هذا الأخير يعتبر مؤقتا ويقتصر على المرحلة الابتدائية للعملية.

لذلك يرى البعض أن عملية الاعتماد الايجاري تبدأ بثلاثة أطراف وسرعان ما تتحول إلى طرفين فقط[213]، أكثر من ذلك فان المرحلة الابتدائية من عملية الاعتماد الايجاري لا يوجد

---

[210]- وذلك في قرار مجلس فرساي بتاريخ 6 ماي 1997، أنظر:

BRUNEAU Chantal ,op.cit., p. 61.

[211]- يقصد بالاعتماد الايجاري اللاّحق قيام مالك منقول أو عقار ببيع ملكه إلى شركة الاعتماد الايجاري، ثم إعادة استئجاره منه وبالتالي يجمع المستأجر في هذا العقد بين مركزين: هو البائع وهو المستأجر بعد ذلك، مما يؤكد انتفاء الطابع الثلاثي في هذه الصّورة من الاعتماد الايجاري.

[212]- أطلق الفقه تسمية الاعتماد الايجاري التقليدي على الصورة المعروفة له وهي التي نجد فيها ثلاثة أطراف.

[213]- حمزي إبراهيم، المرجع السابق، ص 46.

ثلاثة إلا من وجهة نظر اقتصادية، أمّا من الناحية القانونية فإنها تتحقق بموجب علاقتين قانونيتين وهما: عقد البيع بين شركة الاعتماد الايجاري والبائع وعقد الاعتماد الايجاري بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي،[214] لذلك فان العلاقة بين المستأجر التمويلي والبائع ليست الا علاقة اقتصادية، أي أنّه من النّاحية القانونية لا توجد علاقة بينهما، وفي الصدد ذهب الأستاذ هاني دويدار الى القول بأن" ***الطابع الثلاثي للاعتماد الايجاري لا يُقصد به وجود ثلاثة أطراف يتفاعلون فيما بينهم في ثلاثة علاقات قانونية، إنما المقصود بالطابع الثلاثي وجود ثلاثة مراكز قانونية: البائع، المستأجر والمؤجر.***[215]

ان الملاحظ في الأنظمة الأنجلو سكسونية هو أنّها لا تعتبر الاعتماد الايجاري ثلاثي الأطراف بالضرورة، ويعود السبب في ذلك إلى عدم اشتراط هذه الأخيرة الشراء المسبق من طرف المؤجر التمويلي للأصول المؤجرة،[216] أي أنّ المؤجر التمويلي قد يكون قد تملّكها قبل ابرام العقد -وفي هذه الحالة لا نجد أثرا للمورد-، أو قد يكون هو مُنتجها -وفي هذه الحالة يجمع المؤجر التمويلي بين صفة المورد والمؤجر في الوقت نفسه. [217]

نحن نؤيّد ما ذهب إليه الأستاذ دويدار لأن المستأجر التمويلي والمورد تنعدم بينهما أيّ علاقة من الناحية القانونية، بالرغم من وجود علاقة اقتصادية بينهما، وحسب رأينا فان هناك خلط في استعمال مصطلحين وهما: العملية والعقد، فهناك فرق بين ***عملية الاعتماد الايجاري*** - والتي تتضمن ثلاثة أطراف- والتي تبدأ من اتصال المستفيد بالمورد من أجل اختيار

---

[214] -GIOVANOLI Mario , *Crédit-bail(leasing) en Europe: développement et nature juridique*, Litec, Paris, 1980, p. 31.

[215]- دويدار هاني محمد، المرجع السابق، ص 85-86، وأنظر أيضا: جمال الدين علي عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص 555.

[216]- على عكس الأنظمة اللاتينية والتي تشترط الشراء المسبق للأصول من طرف المؤجر التمويلي، وبذلك لا يمكن لهذا الأخير أن يؤجر أصولا كان قد تملّكها سابقا، أو أصولا هو منتجها، بل يجب أن يشتريها من مورد حسب المواصفات التي يحددها المستأجر التمويلي، لذلك فان الأنظمة اللاتينية تشترط وجود ثلاثة أطراف.

[217]- أنظر: بن عزوز سمية، المرجع السابق، 147.

الأصول وبالتالي يعتبر المورد طرفا فاعلا فيها، أما ***عقد الاعتماد الايجاري*** فهو تعبير عن العلاقة بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي، فلا يعتبر المورد طرفا في هذا العقد، فأطراف العقد لا تجمعهم علاقة قانونية ثلاثية إنما تجمعهم علاقات ثنائية فيما بينهم،[218] العلاقة الثنائية الأولى تجمع المشتري(المؤجر) بالمورد، ثم تأتي العلاقة الثنائية الثانية والتي تجمع بين المؤجر والمستأجر، بينما لا توجد علاقة قانونية بين المورد والمستأجر رغم العلاقة الفعلية التي تجمعهما.

المطلب الثاني

الخيارات الثلاثة المتاحة للمستأجر التمويلي

يتميز عقد الاعتماد الايجاري الدولي بالخيارات الثلاثة التي يتمتع بها المستأجر عند انقضاء مدة العقد[219] والتي تتمثل في: إما شراء المأجور أو تجديد عقد الاعتماد الايجاري أو رد الأموال المؤجرة للمؤجر[220]، وهناك حالة قد تجتمع الخيارات الثلاثة مرّة واحدة وهذا ما يتحقق إذا اشترى المستأجر التمويلي بعض المال وطلب تجديد العقد بالنسبة للبعض الآخر، وقام بردّ البعض المتبقي للمؤجر التمويلي.[221] وتتمثل الخيارات التي يتمتع بها المستأجر التمويلي فيما يلي: [222]

---

[218]- زرارة صالحي الواسعة، عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 27-28، نوفمبر 2012، جامعة محمد خيضر، -بسكرة-، ص 348.

[219]- إن هذه الخيارات لا نجدها في العقود الأخرى كعقد الإيجار مثلا، لذلك رأينا أن ندرس هذه الخيارات في خصائص العقد، أنظر: جمال الدين علي عوض، المرجع السابق، ص 557، وأنظر أيضا:
HESS-FALLON Brigitte, ANNE-MARIE Simon, *Droit des affaires*, 12e édition, Dalloz, Paris, p.226.

[220] - SMAILI Nabila, op. cit. p. 18.

[221]- ومثال ذلك أن يكون محل العقد عشرة سيارات، فيقوم المستأجر التمويلي عند انقضاء العقد بشراء ثلاثة سيّارات وتجديد العقد بالنسبة لثلاثة منها، وقام بردّ أربعة منها إلى المؤجر التمويلي.

[222]- أوردها المشرع الجزائري في المادة 16 من أمر رقم 09/96، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

الفرع الأول

إمكانية شراء الأصل المؤجّر

اذ انقضت مدة العقد يمكن للمستأجر التمويلي أن يعلن عن رغبته في شراء الأصل المؤجر، وإذا أعلن عن ذلك يجب على المؤجر التمويلي الالتزام بالبيع، لان خيار تملّك الأصل المؤجر[223] -عند انقضاء مدة العقد-يعّد وعد بالبيع من جانب واحد يلتزم به المؤجر التمويلي في مواجهة المستأجر التمويلي، فلا يستطيع المؤجر الامتناع عن إتمام البيع ما دام المستأجر التزم بما هو مقرر عليه في العقد، خاصة الالتزام بدفع الثمن المتفق عليه.[224] وتأخذ بعين الاعتبار عند تحديد ثمن البيع كل الأقساط التي دفعها المستأجر التمويلي طيلة مدة العقد، وهذا ما يشكل ميزة ينفرد بها الاعتماد الايجاري، لذلك فن الثّمن الذّي سيدفعه المستأجر التمويلي سيكون أقل من سعر الأصول عند شراءها كما يكون أقل من السعر المتداول في السوق.[225]

إن هذه الخاصية الفريدة هي التي تميّز عقد الاعتماد الايجاري عن باقي العقود الأخرى، لأن العقد الذّي يلزم المستأجر بالشراء لا يعد اعتمادا ايجاريا انما عقد بيع بالإيجار، أو عقد بيع بالأجل مع نقل الملكية في نهاية العقد، والفرق بين هذه الأخيرة والاعتماد الايجاري يتمثل في حرية المستأجر التمويلي في اعلان رغبته في الشراء.[226] والجدير بالذكر أن كلّ من القانونين الانجليزي والأمريكي لا يمنحان للمستأجر التمويلي الحق في شراء الأصل المؤجر عند انتهاء مدة العقد، عكس ما ذهبت اليه القوانين الأخرى، إذ بالرجوع إلى التعريف الأنجلو سكسوني-

---

[223]- يعتبر شراء المأجور عند انقضاء مدة العقد والذي جاء في المادة 16 فقرة 1، خيارا للمستأجر وليس التزاما عليه، لذلك يمكن له أن يشتريه، كما يمكن له اللجوء إلى الخيارات الأخرى والتي سنراها لاحقا.

[224]- الشوابكة محمد عايد، المرجع السابق، ص 60.

[225]- أبو حصوة زياد، المرجع السابق، ص 80.

[226]- الصغير حسام الدين عبد الغني، الإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 51.

الذّي رأيناه سابقا-فان كل من المشرع الأمريكي والمشرع الانجليزي لم يمنحا للمستأجر الحق في الشراء.[227]

أمّا المشرع الجزائري فقد ميّز في هذه المسألة بين عقد الاعتماد الايجاري المالي والذي يتمتع فيه المستأجر التمويلي بهذا الخيار[228] -وهنا يجب أن يتضمن هذا العقد بندا يتعلّق بخيار الشراء-[229]وعقد الاعتماد الايجاري العملي الذي لا يتمتع فيه المستأجر التمويلي بخيار الشراء،[230] فبالنسبة للعقد الأول خصّص له المشرع الجزائري القسم الثاني من الفصل الثالث من أمر رقم 96-09 لتحديد البنود الملزمة في عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة، وذكر من بينها خيار الشراء الممنوح للمستأجر عند انقضاء العقد. [231]

أمّا اتفاقية أوتاوا المتعلقة بعقد الاعتماد الايجاري للمنقول فإنّها تعتبر العقد اعتمادا إيجاريا، سواء كان للمستأجر التمويلي خيار الشراء أو لم يكن له ذلك،[232] وبذلك تكون قد

---

[227]- إذ جاء في تعريف عقد الاعتماد الايجاري من طرف المشرع الانجليزي:" ..... *ولا يعط عقد الاعتماد الايجاري المستأجر الحق أو يلقي على عاتقه تملك الأصول، لا خلال مدة العقد ولا بعد انتهاء العقد.....*".

[228]- المادة الثانية فقرة 2 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[229]- جاء في المادة 11 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري ما يلي: " يجب أن يشير عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة الموافق للاعتماد الايجاري المالي، تحت طائلة فقد هذه الصّفة، إلى مدة الإيجار ومبلغ الإيجار وحقّ الخيار بالشراء الممنوح **<u>المستأجر</u>** عند انتهاء العقد ..."، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قصد حق الخيار بالشراء الممنوح **<u>للمستأجر</u>** وليس الممنوح المستأجر، الذي ورد خطأ في النص باللّغة العربية، أمّا بالّغة الفرنسية فقد جاءت المادة صحيحة كما يلي:

L'option d'achat offerte au crédit-preneur

[230]- المادة الثانية فقرة 3 من أمر رقم 96-09، المرجع نفسه.

[231]- نلاحظ أن المشرع الجزائري صاغ عنوان القسم الثاني من الفصل الثالث كما يلي: **البنود الملزمة في عقد الاعتماد الايجاري <u>للأصول المنقولة</u>**، وهذا يعني -دون أدنى شك-أنّه يقصد فقط العقد الذي محلّه الأصول المنقولة دون العقد الذي محلّه الأصول غير المنقولة، وهنا نتساءل عن سبب اعتبار خيار الشراء عنصر ضروري -في العقد الأول -وهذا تحت طائلة فقد العقد صفة الاعتماد الايجاري، وعدم اعتبار خيار الشراء من البنود الملزمة -في العقد الثاني-وحسب رأينا فهذا تمييز ليس له أي مبرر.

[232]- أنظر المادة 1 فقرة 4 من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

أخذت بعين الاعتبار الأنظمة الأنجلو سكسونية التي لا تمنح للمستأجر التمويلي خيار الشّراء والأنظمة اللاّتينية التي تمنحه ذلك.[233]

إذا قرر المستأجر التمويلي خيار الشراء فعليه أن يقوم بتوجيه رسالة مضمونة الوصول إلى المؤجر خلال خمسة عشر (15) يوما على الأقل قبل التاريخ المتفق عليه في العقد[234]. ولعلّ- حسب رأينا- تحديد هذه المدة كان الغرض منه دفع المستأجر التمويلي إلى الإعلان عن رغبته أو نيّته في الشراء من عدمه حتى يتخذ قراره من جهة، وعدم ترك المؤجر التمويلي في حالة انتظار لمدة طويلة، وهنا يجب أن لا ننسى أن المستأجر التمويلي إذا لم يرغب في الشراء ولم يرغب في تجديد العقد ورغم ذلك احتفظ بالأصل المؤجر، يعتبر مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة، و يكون للمستأجر التمويلي شراء المال اما كلّه أو بعضه الا أن هذه الامكانية مرتبطة بإمكانية تجزئة الأصل المؤجر، أما إذا كان المال غير قابل للتجزئة بطبيعته فلا يمكن للمستأجر التمويلي - إذا أراد الشرّاء - إلاّ شراءه كلّه.[235]

أما بالنسبة لثمن شراء الأصول والذي سمّاه المشرع الجزائري بالقيمة المتبقية Valeur résiduelleيمكن أن تظهر بطريقتين:

- من وجهة نظر محاسبية: أي قيمة مبلغ الاستثمار التي لم تهتلك قيل نهاية العقد

[233]- أما في الشريعة الإسلامية فانّه يجوز أن يكون للمشتري الخيار في شراء الأصل المؤجر أو أن يكون للبائع الخيار في بيعه، إذا كان المقصود هو تملك العين المستأجرة للانتفاع وليس المجازفة على سعرها، فإذا كان المقصود هو التملك للانتفاع فليس هناك ما يمنع من وجود مقابل مالي لهذا الخيار كما هو في العربون المقبول شرعا، أما إذا كان المقصود من الخيار هو المجازفة على السعر، فسيصبح من جنس الاختيارات المالية (options) الممنوعة شرعا لأنها غرر، أنظر: سويلم سامي بن إبراهيم ، " الخيار التبعي لشراء الأصول وثمن الوعد بالتمليك في عقد التأجير"، ندوة البركة التاسعة والعشرون للاقتصاد الإسلامي، المعهد الإسلامي للبحوث - البنك الإسلامي للتنمية-، جدة 6-7 سبتمبر 2008، ص ص 1-15.

[234]- المادة 45 من أمر رقم 96-09، يتعلّق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[235]- الخصاونة صخر أحمد، المرجع السابق، ص 60.

- من وجهة نظر اقتصادية: أي قيمة الاصل المؤجر في السوق عند نهاية العقد.[236]

اشترط المشرع الجزائري تحديد القيمة المتبقية في العقد وهي من البنود الملزمة التي يجب عدم اغفالها، اذ يؤدي تخلّفها إلى فقدان العقد لصفة الاعتماد الايجاري،[237] ويُؤخذ بعين الاعتبار عند تحديدها مبلغ الإيجارات التي دفعها المستأجر طوال مدّة العقد،[238] وإذا قرر المستأجر التمويلي شراء الأصل المؤجر على المتعاقدين تحرير العقد لدى الموثق والقيام بالإجراءات القانونية المتعلقة بالبيع والإشهار.[239]

الفرع الثاني

إمكانية تجديد عقد الاعتماد الايجاري الدولي

قد يُفضّل المستأجر التمويلي عدم شراء الأصل المؤجر بالرّغم من حاجته للانتفاع به فيلجأ إلى تجديد العقد لمدة أخرى،[240] مقابل بدل إيجار جديد يتّفق عليه مع المؤجر التمويلي، فينشأ عقد جديد بينهما وهنا ستكون الأقساط التي يدفعها المستأجر ضئيلة،[241] مراعاة لقرب انتهاء العمر الاقتصادي للآلات أو المعدات عند بداية العقد الجديد، وعادة ما يتفق

[236] -GERVAIS Jean François, *Les clés du leasing*, Editions d'organisation, Paris, 2004, p. 7-8.

[237]- المادة 11 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع نفسه.

[238]- المادة 10 فقرة 4 من الأمر رقم 96-09، المرجع نفسه.

[239]- المادة 45 فقرة 1 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر.

[240]- إن اتفاقية أوتاوا لا تعتبر تجديد العقد من الخيارات المتاحة للمستأجر التمويلي، فقد جاء في الفقرة الثالثة من المادة الأولى بأن هذه الاتفاقية تطبق سواء تمتع المستأجر أو لم يتمتع بخيار شراء الأصل، أو تجديد العقد عند انقضاء العقد الأول، وبذلك فان تجديد العقد ليس بالضرورة من الخيارات التي يتمتع بها المستأجر التمويلي.

[241]- وهذا منطقي لكون المقابل الذي يدفعه المستأجر التمويلي يحدد وفقا للعمر الاقتصادي للأصول، وبذلك لا يمكن أن يدفع نفس المقابل الذي كان يدفعه في العقد الأول، لأن الأصول المستأجرة لم تعد في نفس الحالة التي كانت عليها.

الطرفان في العقد الأول على الشروط التي يتم على أساسها تجديد العقد إذا ما رغب المستأجر التمويلي في تجديده.[242]

لا يمكن للمستأجر التمويلي أن يطالب بالبقاء في الأمكنة المؤجرة عند انتهاء فترة الايجارالمحددة في العقد،الاّ اذا اتفق مع المؤجر التمويلي على عقد ايجار جديد يُحدد فيه المدّة والثّمن، أمّا اذا تعذّرعلى الطرفين ابرام عقد جديد في أجل أقصاه انقضاء العقد الأول، فيجب على المستأجر التمويلي اعادة الأصل الى المؤجر التمويلي دون الحاجة الى التنبيه بالاخلاء،[243] و يُقصد بذلك أنّ المستأجر التمويلي -اذا رغب في تجديد العقد- فانّه يجب أن يُعلم المؤجر التمويلي بذلك بشكل صريح في أجل أقصاه انقضاء العقد الأول، لأن احتفاظه بالأصل- دون اعلام هذا الأخير- لا يمكن اعتباره تجديد ضمني لعقد الاعتماد الايجاري.[244]

الفرع الثالث

ردّ المال المؤجر الى المؤجر التمويلي

إذا لم يرغب المستأجر التمويلي تملّك الأشياء محل العقد كما أنّه لم يعد في حاجة للانتفاع بها بتجديد العقد وبالتالي يفضّل إنهاء علاقته بالمؤجر، فانّه يقع على عاتقه في هذه الحالة الالتزام بردّ الأصل المؤجر محل العقد إلى المؤجر التمويلي، وقد نصّت اتفاقية أوتاوا على التزام المستأجر التمويلي بردّ الأصول إلى المؤجر التمويلي على الحالة التي كانت عليها، مع

[242]- قرمان عبد الرحمان السيد، عقد التأجير التمويلي طبقا للقانون 95 لسنة 1995-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 36.

[243]- المادة 44 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر.

[244]- المطيري خالد رميح تركي، النظام القانوني للتأجير التمويلي وآثاره المالية والاقتصادية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق-جامعة القاهرة-2011، ص 150.

الأخذ بعين الاعتبار ما قد يطرأ عليها نتيجة استعمالها استعمالا عاديا،[245] كما يتحمّل المستأجر التمويلي كافة النفقات اللازمة لتسليم الأصل المؤجر إلى المؤجر التمويلي.[246]

أما إذا امتنع المستأجر التمويلي عن رد الأصل المؤجر إلى المؤجر التمويلي في نهاية العقد كما أنّه لم يقرر تجديده، فانّه يُعتبر بذلك مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة[247] المُعاقب عليها في قانون العقوبات،[248] ويكون للمؤجر التمويلي مطلق الحرية في التصرف في الشيء محل العقد بعد استرداده، إذ يجوز له تأجيره من جديد لشخص آخر، كما يمكن له بيعه أيضا باعتباره المالك له، إلّا أن ما يلاحظ في القانون الانجليزي هو أنّه يتيح للمستأجر التمويلي الحصول على نسبة كبيرة من ثمن الآلات أو المعدات التي يبيعها المؤجر التمويلي في نهاية مدة العقد، قد تصل إلى 95% من حصيلة البيع.[249]

---

[245]- المادة التاسعة فقرة 1و 2 من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق، وهو نفس الالتزام الذي يخضع له المستأجر في القواعد العامة إذ يلتزم بردّ العين المؤجرة بالحالة الطبيعية لمثلها، مع الأخذ بعين الاعتبار ما قد يطرأ عليها من تغييرات نتيجة استعمالها طوال مدة العقد.

[246]- الصغير حسام الدين عبد الغني، الإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 50.

[247]- يعتبر القضاء الفرنسي أن المستأجر إذا لم يشتر الأصول ولم يجدد العقد ولم يقم برد الأصول إلى مالكها، مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة، وذلك في عدّة قرارات قضائية أبرزها القرار الصادر بتاريخ 12-11-1979.

[248]- وهي الجريمة التي نظمّها المشرع الجزائري في المادة 376 من قانون العقوبات الصادر بموجب أمر رقم 66- 156، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمّن قانون العقوبات، المعدل والمتمم والتي جاء فيها ما يلي: " كل من اختلس أو بدد بسوء نية أوراقا تجارية أو نقودا أو بضائع أو أوراقا مالية أو مخالصات، أو أية محررات أخرى تتضمن أو تثبت التزاما أو إبراء لم تكن قد سلمت إليه إلا على سبيل الإجازة أو الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو عارية الاستعمال أو لأداء عمل بأجر أو بغير أجر، بشرط ردها أو تقديمها أو لاستعمالها أو لاستخدامها في عمل معين وذلك إضرارا بمالكيها أو واضعي اليد عليها أو حائزيها يعد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة، ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 20.000 دج. ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر.

[249]- مع العلم أن التشريعات الأنجلو سكسونية تعتبر عقد الاعتماد الايجاري وسيلة لاستعمال الأصل، وليس وسيلة لشرائه أو تملكه من طرف المستأجر، لذلك جعلت هذه التشريعات في بعض صور الاعتماد الايجاري ردّ المال للمؤجر، نتيجة حتمية عند نهاية مدة العقد.

المطلب الثالث

الاعتبار الشخصي والطابع التجاري لعقد الاعتماد الايجاري الدولي

تقوم بعض العقود على فكرة التعامل المالي دون الأخذ بعين الاعتبار شخص المتعاقد، وهنا يكون الدافع إلى التعاقد هو الدافع المالي، عكس ما يتميز به عقد الاعتماد الايجاري الدولي الذي يكون فيه شخص المتعاقد محل اعتبار، كما يتميز أيضا بكونه من العقود التجارية وسنبين فيما يلي هاتين الخاصيتين:

الفرع الأول

الاعتماد الايجاري الدولي من العقود ذات الاعتبار الشخصي

يُعتبر شخص كل طرف من أطراف عقد الاعتماد الايجاري محل اعتبار في عقد الاعتماد الايجاري بالنسبة للطرف الآخر[250]، لذلك فان كل طرف سيقوم بدراسة مكانة ومركز الطرف الآخر ومدى قدرته على الوفاء بالتزاماته التعاقدية،[251] لذلك عادة ما تتحرى شركات الاعتماد الايجاري عن طالبي التمويل وتطلب منهم تقديم المستندات المرتبطة بنشاطهم وحجمه والزبائن الذين يتعاملون معهم، إضافة الى الصفقات التي أبرموها والقروض التي تحصلوا عليها، وكل هذا بغرض التأكد من مركزهم المالي ثم تتخذ قرار منحهم القرض من عدمه.

[250]- أنظر في ذلك: أحمد الهلالات محمد علي، التزامات أطراف عقد التأجير التمويلي-دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني والمصري-رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2010، ص 180.

[251]- أنظر: نادر عبد العزيز شافي، عقد اللّيزينغ-دراسة مقارنة-الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2004، ص 426.

كما أن المستأجر التمويلي يفضّل اللّجوء إلى شركة الاعتماد الايجاري التي تتمتع بالسمعة والثقة التجارية العالية، لكونها ستمول مشاريعه مهما كانت قيمتها، دون أن يعترضه في ذلك منازعات قانونية مع المؤجر التمويلي.[252]

يستخلص الفقه طابع الاعتبار الشخصي للعقد من النصوص القانونية التي تنظّمه، ولعل أبرز نقطة يمكن الاستدلال بها في هذا الصدد منع التشريعات المستفيد (المستأجر التمويلي) من التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن[253] إلاّ بموافقة صريحة من المؤجر التمويلي[254]، فقد نصّت اتفاقية أوتاوا على إمكانية تنازل المستأجر التمويلي للغير عن استغلال الأصول، أو أيّ حق اكتسبه بموجب عقد الاعتماد الايجاري الدولي، ولكن بشرط موافقة المؤجر التمويلي على هذا التنازل.[255]

كما لا يجوز للمستأجر التمويلي التنازل عن الوعد بالبيع للغير، كما أن اعقد الاعتماد الايجاري ينقضي بوفاة المستفيد (المستأجر التمويلي) أو الحجر عليه أو شهر إفلاسه، ويرى أغلب الفقهاء أن احتواء عقد الاعتماد الايجاري على عناصر الاعتبار الشخصي، دليل على رغبة شركات الاعتماد الايجاري في البحث على أكبر قدر من الأمان في علاقاتها مع المستفيد

---

[252]- ناصيف الياس، عقد الليزينغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص84.

[253] - GOODE Roy, « Les clauses de cession dans les contrats internationaux », *RDAI / IBLJ,* N°3/4, 2002, p. 391.

[254]- جاء في المادة 39 من أمر رقم 09/96، يتعلق بالاعتماد الايجاري، والتي تحدد التزامات المستأجر ما يلي: -**الالتزام بعدم التّنازل عن حقّه في الانتفاع وعدم إعادة تأجير الأصل المؤجّر دون موافقة صريحة من المؤجّر**، أنظر في هذه المسألة:

BOUYACOUB Farouk, *L'entreprise et le financement bancaire*, Editions casbah, Alger, 2001, p.254.

[255]- وذلك في المادة 14 فقرة 2 من الاتفاقية، والتي جاء فيها ما يلي:

« Le crédit- preneur peut céder le droit à l'usage du matériel ou tout autre droit qu'il tient du contrat de crédit-bail, pourvu que le crédit- bailleur ait consenti à la cession… ».

وكلّما ارتفعت قيمة التمويل كلّما بحثت الشركة على موجبات الأمان وهذا من أجل ضمان استيفاءها لحقوقها المالية. [256]

الفرع الثاني

الاعتماد الايجاري الدولي من العقود التجارية

بالرجوع إلى الأمر رقم 09/96 يتعلق بالاعتماد الايجاري، يتضح لنا أن عقد الاعتماد الايجاري يُعتبر عملية تجارية ومالية، إذ حدّد المشرع الجزائري على سبيل الحصر من له الحق في القيام بعمليات التأجير عن طريق هذه الآلية وهم:

- البنوك والمؤسسات المالية.[257]

- شركات التأجير المؤهلة قانونا والمعتمدة صراحة بهذه الصفة.[258]

بالنسبة للبنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري فإنّها تكون في شكل شركات مساهمة[259] فهي إذا شركات تجارية تتمتع بصفة التّاجر،[260] أمّا بالنسبة لشركات الاعتماد الايجاري فلم يحدد أمر رقم 96-09 طبيعتها، إلاّ أنّه وبصدور نظام بنك الجزائر رقم

[256]- دويدار هاني محمد، المرجع السابق، ص 484.

[257]- ما يميّز البنوك عن المؤسسات المالية هو أنّ البنوك يمكنها أن تتلقى الودائع من الجمهور أمّا المؤسسات المالية فلا يمكنها ذلك،

[258]- المادة 1 من أمر رقم 09/96، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[259]- المادة 83 من قانون رقم 90-10، يتعلّق بالنّقد والقرض، ج ر عدد 16 لسنة 1990، المعدل والمتمم.

[260]- جاء في المادة الأولى من أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ما يلي: " ***يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك.***"

96-06 [261] فإنّها تأخذ شكل شركات أسهم[262]، وهذا طبقا للمادة 3 منه التي جاء فيها ما يلي: ***" لا يمكن تأسيس شركات الاعتماد الايجاري المنصوص عليها في المادة 2 أعلاه، إلاّ على شكل شركة مساهمة طبقا للشروط المحددة في التشريع المعمول به."***

لذلك يمكن القول إن المؤجر التمويلي دائما يتمتع بصفة التاجر، لهذا فانّ الاعتماد الايجاري بالنسبة إليه يُعد عملا تجاريا بحسب الشكل، وذلك بموجب المادة الثالثة من القانون التجاري،[263] أمّا بالنّسبة للمستأجر التمويلي فانّ اكتساب العقد للطبيعة التجارية بالنسبة له، يتوقف على صفته هو ان كان تاجرا أم لا، فإذا كان مشروعا تجاريا يحترف القيام بالأعمال التجارية، فان جميع العقود التي يبرمها لخدمة حرفته التجارية تعتبر أعمالا تجارية بالتبعية،[264] أمّا إذا كان المستأجر التمويلي ليس تاجرا فان العقد لا يعتبر بالنسبة إليه عملا تجاريا إنّما عملا مدنيا.[265]

ان عقد الاعتماد الايجاري الدولي يكون عملا تجاريا إذا كان المستأجر التمويلي تاجرا-لأن المؤجر التمويلي في جميع الأحوال يكون تاجرا-ويكون العقد عملا مختلطا في الحالة التي لا يكون فيها المستأجر التمويلي تاجرا، وبالتالي يخضع للنظام القانوني للأعمال التجارية المختلطة.[266]

---

[261]- نظام بنك الجزائر رقم 96-06 المؤرخ في 3 جويلية 1996، يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الايجاري وشروط اعتمادها، ج ر عدد 63، لسنة 1996.

[262]- عرّفت المادة 592 من مرسوم تشريعي رقم 93-08 مؤرخ في 25 أفريل 1993، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59، يتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 27، الصادر بتاريخ 25-4-1993، شركة المساهمة بأنّها: " الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى حصص وتتكون من شركاء لا يتحمّلون الخسائر إلا بقدر حصّتهم"، أنظر: قحموس نوال، عقد الاعتماد الايجاري في ظل القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 131،132.

[263]- والتي جاء فيها: "يعدّ عملا تجاريا بحسب شكله: ..... الشركات التجارية....".

[264]- المادة 4 من أمر رقم 75-59، يتضمّن القانون التجاري، المرجع نفسه.

[265]- مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، 1992، ص 99.

[266]- بن عزوز ربيعة، المرجع السابق، ص 141، 142.

المطلب الرابع

الصّور المتعددة لعقد الاعتماد الايجاري الدولي

تشكّل الصور المتعددة لعقد الاعتماد الايجاري الدولي خاصية أخرى من خصائصه، إذ يمكن أن نحدد أنواع هذا العقد بالنظر إما إلى طبيعة المال المؤجر منقولا كان أم غير منقول (الفرع الأول)، أو بالنظر إلى انتقال الحقوق والالتزامات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

صور عقد الاعتماد الايجاري الدولي بحسب طبيعة الأصل المؤجر

يمكن أن يرد عقد الاعتماد الايجاري الدولي على منقول كما يمكن أن يرد على عقار،[267] لذلك نجد له صورتان من حيث طبيعة الأصل المؤجر:

أولا-عقد الاعتماد الايجاري الدولي الوارد على منقول: إن المشرع الجزائري يعتبر عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة، *بأنه عقدا تمنح من خلاله شركة التأجير، البنك أو المؤسسة المالية المسماة " بالمؤجر"، على شكل تأجير مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة، أصولا متشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الاستعمال المهني لمتعامل اقتصادي.*[268]

أما اتفاقية أوتاوا حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي، فقد جاء فيها بأنها تطبق على المعاملات التي يكون محلّها جميع الأدوات، باستثناء تلك التي يكون الغرض منها هو الاستخدام العائلي أو الشخصي أو المنزلي للمستأجر التمويلي.[269]

---

[267]- الشهاوي قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 120.

[268]- المادة 7 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[269]- الفقرة الرابعة من المادة الأولى من اتفاقية أوتاوا التي جاءت كما يلي:

بالرجوع إلى نص المادة السابعة من قانون الاعتماد الايجاري فإنها حددت المنقولات التي يمكن أن تكون محلا للعقد، والتي تتمثل فقط في التجهيزات أو العتاد أو الأدوات بشرط أن تكون ذات استعمال مهني للمستأجر التمويلي وكل ما لا يعتبر كذلك فهو يخرج عن نطاق نص هذه المادة، كما أن اتفاقية أوتاوا أيضا حددت مجال تطبيقها بالأدوات، مع استثناء تلك التي تكون محل استخدام شخصي أو عائلي أو منزلي، لذلك يبدو واضحا بأن عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول يرد على جميع الأموال المنقولة، وذلك بحسب الغرض من استعمالها، فاذا كانت تهدف الى تطوير نشاط المستفيد وتحقيق المنفعة الاقتصادية له فهي بذلك تستعمل للنشاط المهني، أما العقود التي يكون محلّها سلع استهلاكية موجّهة للاستعمال الشخصي أو العائلي فهي لا تحقق الاستعمال المهني للمستأجر التمويلي، وبالتالي فهي لا يمكن أن تكون محلا للعقد.[270] فالعبرة إذا ليس بطبيعة المنقول في ذاته إنما بالغرض الذي يخصص له تبعا لنشاط المستأجر التمويلي، فأجهزة الحاسوب مثلا يمكن أن تكون محلا لعقد الاعتماد الايجاري، إذا كان استعملها المستأجر التمويلي في مزاولة نشاطه المهني، هو بينما لا يعتبر من صميم الاعتماد الايجاري تأجير جهاز الحاسوب للاستخدام الشخصي، سواء لفرد عادي أو حتى لصاحب المنشأة. [271]

لقد ذهب القضاء الفرنسي[272] -على غرار ما ذهب إليه المشرع الفرنسي-[273] إلى تأكيد طبيعة المنقولات محل عقد الاعتماد الايجاري والتي تقتصر على المعدات الإنتاجية وأدوات العمل، وبالتالي استبعاد السلع الاستهلاكية من نطاق تطبيق قواعد الاعتماد الايجاري، ولعل

« La présente convention régit les opérations de crédit-bail portant sur tout matériel à l'exception de celui qui doit être utilisé par le crédit-preneur à titre principal pour son usage personnel, familial ou domestique. »

[270]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 507.

[271]- صديق رمضان، التأجير التمويلي (تأثير فكرته القانونية في معاملته الضريبية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 70.

[272]- في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 28-04-1987.

[273]- نص المادة الأولى فقرة 1 من قانون 1966، يتعلق بالاعتماد الايجاري الفرنسي، السابق الذكر.

تبرير ذلك بسيط ومنطقي اذ يعود السبب إلى عدم وجود جدوى أو فائدة اقتصادية كبيرة من وراء تمويل سلع موجة للاستهلاك من جهة،[274] إضافة إلى كون الطرف الضعيف في هذا النّوع من العقود- وهو المستأجر التمويلي المستهلك- يحتاج إلى حماية خاصة (تجسدها قواعد حماية المستهلك)لا توفرها له القواعد المطبقة على الاعتماد الايجاري.[275]

ثانيا-عقد الاعتماد الايجاري الدولي الوارد على عقار: يتميّز الاعتماد الايجاري للعقار عن الاعتماد الايجاري للمنقول، بأن الأول يعتبر من قبيل الائتمان طويل الأجل (من 10 سنوات إلى 15 سنة)، أما الثاني فهو ائتمان متوسط الأجل من سنتين إلى5 سنوات.[276]

يعتبر عقد الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة، عقدا يمنح من خلاله طرفا يدعى المؤجر-على شكل تأجير-لصالح طرفا آخر يدعى المستأجر، مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة، أصولا ثابتة مهنية اشتراها أو بنيت لحسابه....."."[277]

نلاحظ أن المشرع الجزائري كان واضحا في تحديد الطابع المهني للعقار الذي يمكن أن يكون محلا لعقد الاعتماد الايجاري[278]، أي أن العقار يكون مخصص لأغراض مهنية سواء لأنشطة زراعية أو صناعية أو تجارية، أما إذا كانت غاية المستأجر التمويلي من العقد هي تخصيص العقار للاستخدام الشخصي أو العائلي، فان هذا العقد يخرج عن نطاق الاعتماد الايجاري.[279]

---

[274]- دويدار هاني محمد، الأرض كموضوع للتأجير التمويلي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1999، ص 40.

[275]- هذا ما ذهب إليه الأستاذ Volgaris، أنظر في ذلك: السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 509.

[276]- أحمد الهلالات محمد علي، المرجع السابق، ص 96.

[277]- المادة 8 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[278]- المادة 2 والمادة 8، من أمر رقم 96-09، المرجع نفسه.

[279] - VALCHAERTS Marie-Christine - DE CLIPPELE Olivier, *Leasing Immobilier*, Edition Larcier, Bruxelles, 2008, p. 119.

في هذا النّوع من العقود يكون صاحب المشروع الذي يحتاج إلى عقارات أو منشآت ليمارس نشاطه فيها، ولا تتوفر لديه الأموال اللاّزمة لشراء أو إقامة هذه المباني،[280] إلى شركات الاعتماد الايجاري ليطلب منها توفير هذه المنشآت التي يحتاجها بإحدى الطرق التالية:

الفرض الأول: يتمثل في تأجير العقار الذي سبق بناءه في أرض مملوكة للغير، فيطلب المستأجر التمويلي من شركة الاعتماد الايجاري بشراء العقار الذّي يحتاج اليه في نشاطه بجميع المواصفات التي يحددها، فتقوم هذه الأخيرة بشرائه ثمّ تأجيره للمستأجر التمويلي، ويرى الأستاذ هاني دويدار أن هذه الصورة لا تختلف عن صورة الاعتماد الايجاري للمنقول،[281] وفي هذه الحالة يبرم عقد الاعتماد الايجاري بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي، لمدة محددة ومقابل قيمة ايجارية يتفقان عليها في العقد.[282]

الفرض الثاني: ويتمثل في تأجير العقار الذي لم يسبق بناءه، وهي الحالة الغالبة في عمليات الاعتماد الايجاري للعقار، اذ عادة ما يصعب على المستأجر التمويلي إيجاد عقار سبق بناءه ويحقق جميع المواصفات التي يريدها، لذلك يلجأ إلى المؤجر التمويلي ويطلب منه تأجير عقار لم يسبق بناءه حتى يتناسب مع حجم وطبيعة نشاطه.[283] وتمر عملية الاعتماد الايجاري في هذا الفرض بمرحلتين، يتم في الأولى شراء الأرض وفي الثانية بناء العقار.

---

[280]- يكون العقار إما مكتبا أو بناية أو مصنع أو مساحة كبيرة للبيع الخ، أنظر:
CALAIS Auloy Jean, *Le contrat de leasing, nouvelles techniques contractuelles*, Litec, Paris, 1971, p.141.

[281]- دويدار هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 45.

[282]- المطيري خالد رميح تركي، المرجع السابق، ص 52.

[283]- أيت ساحد كاهنة، الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2004، ص 42.

أولا -الحصول على الأرض: قد تكون الأرض ملكا لشركة الاعتماد الايجاري أو ملكا للغير فتشتريها منه، [284] كما قد تكون الأرض ملك للمستفيد - الذي طلب التمويل- فان دور شركة الاعتماد الايجاري هنا يقتصر على تمويل بناء المباني، ويلجأ الطرفان إلى إبرام عقد خاص بإيجار الأرض إلى شركة الاعتماد الايجاري، عن طريق عقد إيجار بنائي Bail à construction[285]، أو عقد إيجار حكري[286] Bail emphytéotique، الا أن شركة الاعتماد الايجاري عادة ما تحرص على تملّك المباني التي تقوم بتأجيرها إلى المستفيد، فإذا كانت الأرض مملوكة لها فإنها ستقوم ببناء العقار لحسابها- وفي هذه الحالة فهي تتملك الأرض والعقار معا- ، أما إذا كانت الأرض مملوكة للغير فإنها ستقوم ببناء العقار لحسابها على أرض تتمتع عليها بحق عيني يخولها ملكية المباني.[287]

ثانيا-بناء العقار: تقوم شركة الاعتماد الايجاري بعد حصولها على الأرض بإبرام اتفاق تمهيدي موضوعه بناء العقار مع المستفيد، ويطلق على هذا الاتفاق في فرنسا اسم Protocole d'accord.[288]، و يكون دور شركة الاعتماد الايجاري في هذه الحالة هو تمويل عمليات البناء، أما الجانب الفني للبناء فيتولاه المستفيد عن طريق إما عقد وكالة يكون فيها

---

[284]- إن الهدف من لجوء شركات الاعتماد الايجاري إلى هذا الشرط، هو تفادي تملكها للأرض إذا استحال تنفيذ اتفاقها مع المستفيد والذي يتمثل في بناء العقار، فمادامت لم تتحصل على ترخيص للقيام بالبناء فهي ليس في حاجة إلى تملك هذه الأرض.

[285]- يعرّفه المشرع الفرنسي بأنه ذلك العقد الذي بمقتضاه يلتزم المستأجر بتشييد مبان على الأرض المؤجرة، والتي تكوم مملوكة للمؤجر، وبالمحافظة على المباني المشيدة طوال مدة الإيجار.

[286]- وهو الذي يخول للمستأجر حقا عينيا على الأرض يكون قابلا لرهنه رهنا رسميا.

[287]- دويدار هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 48.

[288]- يتضمن هذا الاتفاق الشروط العامة للانتفاع بالعقار بعد إتمام بناءه والشروط والأوضاع التي يجب مراعاتها في مرحلة البناء، كما يتم التطرق إلى كل المهمات التمويلية والفنية المتعلقة ببناء العقار بشكل تفصيلي ودقيق، وتسمى الشركات التي تخصص في الاعتماد الايجاري للعقار بالشركات العقارية للتجارة والصناعة SICOMI، أنظر:
CALAIS Auloy Jean, op.cit. p. 142 Voir aussi, COHAIN Alain, *Le crédit-bail immobilier (régime SICOMI*), MASSON, 1989.

المستفيد وكيلا عن شركة الاعتماد الايجاري، أو عقد مقاولة يكون فيه المستأجر التمويلي في مركز المقاول وشركة الاعتماد الايجاري هي صاحب العمل.[289]

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يجعل من الأرض موضوعا لعقد الاعتماد الايجاري، وذلك على غرار ما ذهبت إليه أغلب التشريعات في العالم، باستثناء المشرع المصري الذي وسّع من نطاق العقار محل عقد الاعتماد الايجاري ليشمل الأراضي أيضا.[290]

ثالثا-عقد الاعتماد الايجاري الدولي الوارد على محل تجاري

أو مؤسسة حرفية: يعتبر عقد الاعتماد الايجاري الوارد على محل 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 بالبيع لصالح المستأجر...." .[291]

ان المشرع الجزائري لم يكتف فقط بالمنقول المادي الذي يمكن أن يكون محلا لعقد الاعتماد الايجاري، بل حتى المنقول المعنوي والذي يتمثل حسب نص المادة التاسعة في المحلات التجارية والمؤسسات الحرفية، وهذا تأثرا بالقانون الفرنسي المؤرخ في 6-1-1986 الذي ورد فيه هذا الصنف من الاعتماد الايجاري.[292]

يقوم الشخص الراغب في شراء محل تجاري أو مشروع حرفي أو مهني بتقديم طلب إلى شركة الاعتماد الايجاري، التي تقوم بتوفير المطلوب إما عن طريق شراءه من الغير كما قد يكون

---

[289]- ناصيف الياس، عقد الليزينغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 201.

[290]- دويدار هاني محمد، الأرض كموضوع للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 26.

[291]- نص المادة 9 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر.

[292]-أنظر: شامبي ليندة، المصارف والأعمال المصرفية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 294، وأنظر أيضا:
PHILIPPOSSIAN Pascal, *Le crédit-bail et le leasing, outils de financement locatif*, SEFI, Montréal, 1998, p. 23.

مملوكا لها من قبل، وإما تقوم بتأسيسه ثم تؤجره له بأجرة خلال مدة زمنية معينة، [293]وحتى لا تتعارض عملية تأجير المحلات التجارية والمؤسسات الحرفية مع أحكام القانون التجاري، فان قانون الاعتماد الايجاري نصّ على استبعاد تطبيق القانون التجاري على العلاقة التي تربط المؤجر التمويلي بالمستأجر التمويلي، خاصة تلك المتعلقة بعقود الإيجار التجارية، التسيير الحر وتأجير التسيير.[294]

الفرع الثاني

صور عقد الاعتماد الايجاري الدولي بحسب انتقال الحقوق والالتزامات

تختلف درجة انتقال الحقوق والالتزامات بحسب طبيعة العقد ونجد في هذا الصدد صورتين لعقد الاعتماد الايجاري الدولي:

أولا-عقد الاعتماد الايجاري الدولي المالي: يعتبر عقد الاعتماد الايجاري المالي[295] العقد الذي يحول فيه المؤجر إلى المستأجر، كل الحقوق والالتزامات والمنافع والمخاطر المرتبطة بملكية الأصل الممول، فهو عبارة عن تمويل للملكية أو الاكتساب.[296]

لقد تناول المشرع الجزائري هذه الصورة من العقد، بحيث تعتبر عمليات الاعتماد الايجاري بأنها اعتماد ايجاري مالي، اذا ما نص العقد على تحويل - لصالح المستأجر- كل الحقوق والالتزامات والمنافع والمساوئ والمخاطر، المرتبطة بملكية الاصل الممول عن طريق

---

[293]- قرمان عبد الرحمان السيد، المرجع السابق، ص 75.

[294]- جاء في المادة 43، من أمر رقم 96-09 ما يلي: لا تطبق على علاقات المؤجر بالمستأجر المواد الآتية من القانون التجاري:

- المواد من 69 إلى 167، ما عدا أحكامها الموافقة لبيع المحلات التجارية المؤجرة بمقتضى عقد اعتماد إيجاري.

- المواد من 169 إلى 214 المتعلقة بعقود الإيجار التجارية والتسيير الحر وتأجير التسيير.

[295] - Le leasing financier est un contrat de location de longue durée de caractère irrévocable, la location ne peut être en aucun assortie d'une promesse unilatérale de vente de la part du bailleur, Voir, SMAILI Nabila, op. cit. p. 28.

[296]- أنظر: بن عزوز ربيعة، المرجع السابق، ص 109.

الاعتماد الايجاري، وكذلك في حالة ما اذا لم يمكن فسخ عقد الاعتماد الايجاري، وكذا في حالة ما اذا كان المستأجر يضمن للمؤجرحق استعادة نفقاته من رأس المال، والحصول على مكافأة على الاموال المستثمرة.[297] ومن خلال هذا التعريف لعقد الاعتماد الايجاري المالي، فاننا نستخلص أهم العناصر التي يتميز بها وهي:

- امكانية تحويل الملكية الى المستأجر عند انقضاء العقد.

-ان مدة العقد تساوي مدة الحياة الاقتصادية للأصل المؤجر، و بالتالي لا يمكن فسخ العقد.

- تحول كل الحقوق والالتزامات والمنافع والمساوئ، والمخاطر المرتبطة بحق ملكية الاصل الى المستأجر.

- قيمة الأجرة تكون أكبر أو تساوي قيمة اقتناء الاصل، اذ تحدد بالنظر الى قيمة شراءها وكذا بالنظر الى عمرها الاقتصادي.[298]

-يكون دور المؤجر دورا تمويليا بحتا.

ثانيا- عقد الاعتماد الايجاري الدولي العملي(التشغيلي): إن هذه الصورة من العقد لا تموّل الاكتساب بل تموّل الاستعمال، وبمعنى آخر هذا العقد هو الذي لا ينقل منفعة جوهر الملكية من المؤجر التمويلي إلى المستأجر التمويلي إذ لا تنتقل إلى هذا الأخير كل الحقوق والالتزامات والمنافع والمساوئ المرتبطة بحق ملكية الأصل، بل تبقى لصالح المؤجر التمويلي.[299]

[297]- نص المادة الثانية فقرة 1 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[298]- الشواربي عبد الحميد، أحكام عقد الإيجار وفقا للقواعد العامة للقانون المدني ووفقا لأحكام القوانين الاستثنائية وإيجار الأراضي الزراعية والتأجير التمويلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 1316.

[299] - Brochure PACCAR Financial, www. Paccarfinancial. Be.

لقد نص المشرع الجزائري بأن عمليات الاعتماد الايجاري تعتبر اعتماد إيجاري عملي، في حالة ما إذا لم يحوّل لصالح المستأجر كل أو تقريبا كل الحقوق والالتزامات والمنافع والمساوئ، والمخاطر المرتبطة بحق ملكية الأصل الممول، والتي تبقى لصالح المؤجر أو على نفقاته.[300] ويمكن أن نستخلص أهم ما يميز هذه الصورة من خصائص وهي:

- عدم تحويل ملكية الأصل المؤجر إلى المستأجر في نهاية مدة العقد.

- مدة العقد أقل من مدة الحياة الاقتصادية للأصل المؤجر.

- تبقى الحقوق والالتزامات والمنافع والمساوئ والمخاطر المرتبطة بحق ملكية الأصل للمؤجر.

- قيمة الأجرة لا تساوي قيمة اقتناء الأصل، لكونها تحدد بالنظر إلى أعباء الصيانة ونفقات التأمين التي يتحملها المؤجر.

- يكون دور المؤجر في هذا العقد ذو طابع خدمي أكثر ممّا هو تمويلي.[301]

ومن أمثلة هذا النوع من التأجير ما تقوم به شركة Xerox التي تؤجر أجهزة تصوير المستندات، وشركة IBM التي تؤجر الحواسيب، كما امتد سوق التأجير التشغيلي أيضا الى تأجير الطائرات حيث توجد أكثر من 26 شركة عالمية كبرى متخصصة في تأجير الطائرات من بينها شركة General Electrick الأمريكية.[302]

جدير بالذكر أن هناك معيارين للمحاسبة الدولية الأول رقم 13 الصادر عن مجلس المحاسبة الماليةFASB، والثاني رقم 17 الصادر عن لجنة معايير المحاسبة الدولية IAS،اذ يمكن التفرقة بين الاعتماد الايجاري التشغيلي والاعتماد الايجاري المالي وفقا لهذين المعيارين،

[300]- المادة الثانية فقرة 2 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[301]- الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 1318.

[302]- المحضار فتح محمد عمر، المرجع السابق، ص 53.

اذ يعامل المعيار رقم 17 الاصل في عقد الاعتماد الايجاري التشغيلي على أنّه من الاصول الثاّبتة التي يحقّ لمالكها-المؤجر التمويلي- أن يخصم من الايراد قسط استهلاكها وغيرها من التكاليف التي يتحمّلها كالتامين والصيانة، أما في عقد الاعتماد الايجاري المالي ينقسم ما يتحصّل عليه المؤجر التمويلي الى قسمين الجزء الاوّل يقابل الفائدة التي تعود عليه من استثمار رأسماله والجزء الثاني يمثّل قيمة ايجار الاصل الى المستأجر التمويلي.[303]

المطلب الخامس

الطابع العيني لعقد الاعتماد الايجاري الدولي ومدّته غير القابلة للإلغاء

يعتبر عقد الاعتماد الايجاري الدولي تمويلا عينيا لاستعمال أو لاقتناء أصولا إنتاجية، كما أنّه يتميّز بمدة غير قابلة للإلغاء.

الفرع الأول

عقد الاعتماد الايجاري الدولي تمويل عيني وليس تمويل نقدي

يعتبر الاعتماد الايجاري عملية مالية تظهر في صورة ائتمان عيني وليس نقدي لكونه لا يمنح أموالا بل يمنح أصولا،[304] فالمؤجر التمويلي في جميع صور الاعتماد الايجاري التي رأيناها سابقا، بقوم بشراء الأصول التي يطلها المستفيد سواء كانت منقولات أو عقارات أو محلات تجارية أو مؤسسات حرفية وتأجيرها له،[305] لذلك يعتبر عقد الاعتماد الايجاري الدولي وسيلة تجمع بين مزايا القرض من جهة و مزايا التمويل الذاتي من جهة أخرى، فهو عبارة

[303]- صديق رمضان، المرجع السابق، ص 24،25.

[304]- حمزي إبراهيم، المرجع السابق، ص 50.

[305]- أنظر في ذلك: الشوابكة محمد عايد، المرجع السابق، ص 64.

عن استثمار يموّل نفسه بنفسه، نظرا لاختفاء الدّين في العقد وظهوره في شكل ايجار يدفعه المستفيد.[306]

إنّ الطابع العيني للاعتماد الايجاري جعل بعض الفقهاء على غرار الأستاذ Giovanoli، يعتبره تمويلا على المقاس Financement sur mesure ، و تكون قيمة القرض مساوية لتكلفة الاستثمار ومدّة العقد تأخذ بعين الاعتبار العمر الاقتصادي للأصول،[307] إلاّ أنّ هناك صورة تسمى بالاعتماد الايجاري اللاحق[308] لا تتفق مع الطابع العيني للاعتماد الايجاري، لأن المستأجر التمويلي في هذه الصّورة يقوم ببيع أصول يملكها للمؤجر التمويلي، ثمّ يقوم باستئجارها منه بموجب عقد اعتماد إيجاري،[309] وبذلك ففي هذه الصورة من الاعتماد الايجاري يكون التمويل نقدي وليس عيني.[310]

[306]- وهذا تأكيد للفكرة التي يرتكز عليها الاعتماد الايجاري وهي أنّ الآلة تدفع ثمنها بنفسها، أي أن المداخيل التي تعود من استخدام هذه الآلة هي التي ستدفع ثمن شراءها.

[307]- حمزي إبراهيم، المرجع السابق، ص 51.

[308]- وهذا في الأنظمة اللاتينية أمّا الأنظمة الأنجلو سكسونية فإنها لا تعتبر الاعتماد الايجاري اللاحق من صور الاعتماد الايجاري، بل تعتبره عقدا مستقلا وله أحكاما خاصّة به و يسمى Lease - back ، لذلك فان الاعتماد الايجاري في الأنظمة الأنجلو سكسونية له طابع عيني ولا يمكن أن يكون له طابع نقدي.

[309]- بن عزوز ربيعة، المرجع السابق، ص ى134.

[310]- يستعمل الاعتماد الايجاري اللّاحق من طرف المشاريع الاقتصادية ليس بغرض الحصول على الأصول الإنتاجية بل بغرض الحصول على السيولة النقدية، والتي تتحصّل عليها من بيعها لهذه الأصول لشركات الاعتماد الايجاري، ثمّ تلبي حاجتها إلى هذه الأصول عن طريق استئجارها.

الفرع الثاني

مدّة عقد الاعتماد الايجاري الدولي غير القابلة للإلغاء

الأصل في عقد الاعتماد الايجاري الدولي أن مدّة الإيجار فيه غير قابلة للإلغاء،[311] ولذلك لا يحق لأيّ من الطرفين إنهاء العقد قبل انقضاء المدّة المتفق عليها،[312] ويترتب عن ذلك التزام المستأجر التمويلي بالوفاء بجميع الأقساط المستحقة للمؤجر التمويلي طوال مدّة الانتفاع بالأصول إلى غاية انقضاء العقد.[313]

لقد ذهب الأستاذ دويدار إلى القول بأنّ *الهدف من تقرير عدم القابلية للإلغاء ليس ضمانا لانتفاع المستأجر بالأصول خلال مدّة محددة، بقدر ما هو ضمان لحصول شركات الاعتماد الايجاري على جميع الأقساط من أجل استردادها للرأسمال المستثمر في شراء الأصول أو بناءها مع تغطية نفقاتها وجزء من الربح*،[314] فالمؤجر التمويلي ينظر إلى دين الأجرة بوصفه دين غير قابل للانقسام لذلك جعلت القوانين مدّة الوفاء بأقساط الأجرة غير قابلة للانقسام.[315]

أمّا الأستاذ Goyetو الأستاذ Calaisفإنّهما يريان عكس ما يراه الأستاذ دويدار، بقولهما بأنّ عدم قابلية مدّة العقد للإلغاء أقرّتها التشريعات حتّى تُمكّن المستأجر التمويلي من استغلال الأصول في مدّة كافية لاستنفاذ قيمتها الاقتصادية وذلك بغرض تحقيق

---

[311]- لقد نصّ المشرع الجزائري على مدّة عقد الاعتماد الايجاري غير القابلة للإلغاء وذلك في المادة 12 من أمر رقم 96-09، والتي جاءت تحت عنوان: مدّة الإيجار وعدم قابلية إلغاء العقد، وقد جاء فيها ما يلي: *" يتمّ تحديد مدّة الإيجار الموافقة للفترة غير القابلة للإلغاء....."*.

[312]- إن مدّة العقد في الاعتماد الايجاري الدولي تحدد بالنظر إلى العمر الاقتصادي المفترض للأصول، لذلك عادة ما تكون المدّة أطول في الأصول غير المنقولة، وأقصر في الأصول المنقولة.

[313] - SMAILI Nabila, op. cit. p. 44.

[314]- دويدار هاني محمد، المرجع السّابق، ص 99.

[315] -GAVALDA Christian et CREMIEUX-ISRAEL Danièle , « Crédit-bail mobilier », *Juris-Classeur*, n° 8-2000, Fasc.641, p. 3.

المردودية،[316] كما أن الأقساط التي سيدفعها المستأجر التمويلي طوال مدّة العقد، ستمنحه فرصة شراء الأصول المستأجرة عند انقضاء العقد وبسعر منخفض مقارنة بسعرها في السّوق.[317] وحسب اعتقادنا فان إقرار عدم إمكانية إلغاء العقد خلال المدّة غير القابلة للإلغاء إنّما يخدم مصلحة طرفي العقد معا، فهو يمكّن المؤجر التمويلي من استرجاع الأموال التي استثمرها في شراء الأصول وفي الجهة المقابلة سيسمح للمستأجر التمويلي من استغلال الأصول التي هو بحاجة إليها، مقابل أقساط يدفعها مع إمكانية شراءها عند انتهاء المدّة.

لقد كرّس القضاء الفرنسي عدم إمكانية أطراف العقد التحرر من التزاماتهم خلال فترة معيّنة، سمّاها La durée de base ،[318] كما اعتبر الأستاذ François Bruyns أن الفترة التي تجمع بين الأطراف تعتبر روح وجوهر الاعتماد الايجاري بقوله:

« La durée qui lie les parties est de l'essence de la location-financement ».[319]

إن نصّ المشرع الجزائري على عدم إمكانية إلغاء العقد خلال مدّة الإيجار غير القابلة للإلغاء ترتّب عنه النّص على عقوبة فسخ العقد خلال هذه الفترة، إذ أنّ فسخ العقد من أحد الأطراف تمنح الطرف الآخر حقّ التعويض، الذّي يمكن تحديد مبلغه في أحد بنود العقد، أو عن طريق القضاء وفقا لأحكام الفسخ التعسفي للعقود في حالة عدم تحديده في العقد.[320]

316 -GOYET Charles, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit - bail et du bail superficiaire*, L .G.D.J, Paris, 1983, p. 8.

317 -CALAIS Auloy Jean, « crédit- bail », (leasing), *Encyclopédie DALLOZ commercial,* 3, 1990. N° 111.

318 - Comm. Bruxelles, 22 septembre 1975, *J.C.B*., 1976, p. 701.

319 -BRUYNS François, *La location - financement ou leasing mobilier (quarante ans de jurisprudence*), Editions Larcier, Bruxelles, 2008, p. 32.

320- المادة 13 من أمر رقم 96-09 يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر، والتي جاءت تحت عنوان: عقوبة فسخ العقد خلال فترة الإيجار غير القابلة للإلغاء.

خلاصة الفصل الأول: لقد رأينا من خلال هذا الفصل أن عقد الاعتماد الايجاري الدولي كفكرة كانت سائدة ومعروفة منذ زمن بعيد، لكنّه كعقد ظهر في ظروف اقتصادية اتسمت بالحاجة إلى وسائل بديلة للتمويل، إذ بالرغم من الحلول التي كان بإمكان السيد بوث أن يلجأ إليها، إلا أن الصفقة التي جاءته كانت تفرض عليه اللجوء إلى خيار استئجار الأصول لتوسيع منشأته بدلا عن شراءها، فلو اشتراها لوجد نفسه بعد انتهاء صفقته مع الجيش الأمريكي ملزما بتخفيض كمية الإنتاج إلى الحد الذي كانت عليه من قبل، ممّا سيجعله عاجزا عن سداد مبلغ القرض مع الفوائد المترتبة عليه.

لهذه الأسباب بدأ عقد الاعتماد الايجاري في الانتشار بشكل ملفت للانتباه حيث انتقل إلى دول أوربا ثم إلى الدول النّامية التي كانت مؤسساتها في أمسّ الحاجة إلى التمويل، ولعل انتشار هذا العقد في البداية كان من أجل شراء الأصول الإنتاجية المرتفعة الثمن وأخصّ بالذكر الطائرات والسفن، مما جعل هذا العقد يلقى رواجا كبيرا في كل دول العالم خاصة بعدما ظهرت مؤسسات دولية متخصصة في تأجير الأصول الإنتاجية، على غرار مؤسسة التأجير الأوربية والاتحاد الأوربي لشركات التأجير التمويلي، و بروز مؤسسات دولية تشجع اللّجوء إلى هذه التقنية على غرار مؤسسة التمويل الدولية.

إن الطبيعة الخاصة للعقد هي التي جعلت من الصعب الاتفاق على تعريف موحّد له، والسبب في ذلك يعود إلى تعدد زواياه مما جعل أغلب من عرّفه يركّز على أحد هذه الزوايا دون غيرها، فهو عقد يجمع بين فكرة الإيجار وفكرة البيع وفكرة التمويل وهذا ما يفسّر تعدد وجهات النظر.

إن الحديث عن عقد الاعتماد الايجاري الدولي يدفعنا بالضرورة إلى تبيان خصائصه التي تميّزه عن أي عقد آخر، فهو من العقود التي تتميّز بخصائص تكاد لا تجتمع في عقد واحد، فإذا كان الأصل في العقود هو كونها ثنائية الأطراف فان هذا العقد يجمع بين ثلاثة

مراكز قانونية مختلفة المصالح، وهو يخالف باقي العقود من حيث طرق انقضاءه لكونه يمنح للمستأجر التمويلي ثلاثة خيارات لا نجدها سوى في الاعتماد الايجاري، إضافة إلى الاعتبار الشخصي الذّي يلعب دورا هاما في هذا العقد فانّه أيضا من العقود التجارية نظرا لخصوصية المؤجر التمويلي الذي يجب أن يكون بنك أو مؤسسة مالية، أو شركة تأجير مؤهلة قانونا.

لقد تطرقنا إلى الصور العديدة لهذا العقد والتي تختلف بحسب المعيار المعتمد للتقسيم، وهو عقد من عقود التمويل العيني، لأن المؤجر التمويلي لا يمنح للمستأجر التمويلي أموالا بل يمنحه أصولا إنتاجية، على سبيل الإيجار مع إمكانية اقتناءها عند انقضاء العقد، كما أن مدة العقد تحدد بالنظر إلى العمر الاقتصادي للأصول الإنتاجية لذلك ينفرد عقد الاعتماد الايجاري بكونه يتضمّن مدة زمنية غير قابلة للإلغاء.

الفصل الثاني

عقد الاعتماد الايجاري الدولي: انصهار لعدة قوالب عقدية

لا شك أن فهم عقد الاعتماد الايجاري بأكثر تفاصيله تقتضي منا دراسة تكييفه القانوني، فهو عقد قديم جديد يقوم على عقود قديمة معروفة كعقد البيع وعقد الإيجار وعقد الوكالة وعقد القرض والوعد بالبيع، واستمد من كل هذه العقود أهم ما يميّزها إلا أنّه يختلف عنها لكونه احتفظ بخصوصياته ولم ينصهر فيها، بل أكثر من ذلك فان تلك العقود التي يتضمنّها هي التي انصهرت وتخلّت عن بعض الأحكام القانونية الخاصة بها ، لتصبح أكثر ملائمة مع الأهداف التي يحققها الاعتماد الايجاري كوسيلة للتمويل ممّا أكسب الاعتماد الايجاري طبيعته القانونية الخاصة.

إن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الايجاري الدولي يتطلب منّا تمييزه عن عقود الأعمال الأخرى وهي عقد التسيير الدولي وعقد الفرانشيز الدولي وعقد تحويل الفواتير الدولي، وهذا حتى نبيّن نقاط التشابه ومن ثمة نقاط الاختلاف بينها، وبعد ذلك سنعرّج على تمييزه عن العقود التي يتضمّنها الاعتماد الايجاري مثل عقد البيع بمختلف صوره، ثم عقد الإيجار، ثم عقد القرض. وبعد ذلك التطرق إلى أهم النظريات الفقهية التي حاولت تكييف هذا العقد (المبحث الأول)، ثم سنقوم بإبراز ذاتية عقد الاعتماد الايجاري الدولي من خلال خصوصية الوظائف التي يؤدّيها، مع تبيان مظاهر هذه الذاتية والتي تتجسد في الضمانات التي يتمتع بها المؤجر التمويلي في هذا العقد. (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تكييف عقد الاعتماد الايجاري الدولي

تتميّز عقود الأعمال بصفة عامة وعقد الاعتماد الايجاري بصفة خاصة بأنّها اتفاق تعود جذوره إلى القانون المدني، يستنبط أحكامه من بعض الأنشطة التجارية التقليدية التي تطورت بفعل الممارسات المتعددة لتتماشى مع عالم الأعمال، فهو عقد ظهر نظرا لعجز التقنيات التعاقدية الكلاسيكية عن مُواكبة مختلف التطورات المتسارعة التي يعرفها عالم الأعمال، لذلك نجد هذا العقد عبارة عن مزيج من مجموعة من العقود المدنية كعقد البيع وعقد الإيجار وعقد الوكالة والوعد المنفرد بالبيع اجتمعت وانصهرت لتشكل لنا عقدا جديدا يختلف عنها ويؤدي وظائف لا تؤديها هذه العقود.

إن الوصول إلى تكييف عقد الاعتماد الايجاري الدولي ليس بالأمر اليسير والدليل على ذلك تعدد النظريات الفقهية التي قيلت في هذا الشأن، وباعتباره من عقود الاعمال ارتأينا أن نبدأ بتمييزه عن باقي عقود الأعمال (المطلب الأول)، ثم سنميّزه عن مختلف العقود الكلاسيكية التي يتضمّنها (المطلب الثاني)، وهو من العقود التي أثارت اهتمام رجال القانون الذّين حاولوا تكييفه فظهرت في هذا الشأن عدّة نظريات فقهية، ونظرا لكثرتها اخترنا أبرزها وأكثرها شيوعا (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تمييز عقد الاعتماد الايجاري الدولي عن باقي عقود الأعمال

سنحاول من خلال هذا المطلب أن نسلّط الضّوء على بعض العقود الحديثة والتي عرفت انتشارا واسعا في السنوات الأخيرة والتي أصبحت تزاحم تلك العقود التقليدية، لذلك سنميز بين عقد الاعتماد الايجاري الدولي وعقد التسيير الدولي (الفرع الاول) ثم عقد الفرانشيز الدولي (الفرع الثاني) وأخيرا عقد الفاكتورينغ الدولي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

عقد الاعتماد الايجاري الدولي وعقد التسيير الدولي

يعتبر عقد التسيير من العقود الحديثة النشأة والتي ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية خلال السبعينات كنتيجة لسوء تسيير النشاطات الاقتصادية، حيث فكرت الدولة في اقتراح تمثل في منح تسيير العديد من النشاطات الاقتصادية إلى شركات متخصصة لتتولى هي عملية التسيير، وذلك بموجب عقد أطلق عليه تسمية MANAGEMANT CONTRACT.[321]

عرّف المشرع الجزائري عقد التسيير بأنّه:

" العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل اقتصادي يتمتع بشهرة معترف بها يسمّى مسيرا إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد، بتسيير كلّ أملاكها أو بعضها

[321]- أيت منصور كمال، عقد التسيير الية لخوصصة المؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-، 2009، ص 65.

باسمها ولحسابها مقابل أجر، فيضفي عليها علامته حسب مقاييسه ومعاييره، ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصّة بالترويج والبيع."[322].

من خلال هذا التعريف سنحاول أن نستخرج أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين عقد الاعتماد الايجاري الدولي وعقد التسيير الدولي:

أولا-أوجه التشابه بين العقدين: يلتقي العقدان في النقاط التالية:

1-إن كلا العقدين من عقود الأعمال التي ظهرت حديثا استجابة للتطورات التي عرفتها العلاقات الاقتصادية الدولية.

2-تظهر فكرة الاحتفاظ بالملكية في عقد الاعتماد الايجاري الدولي إذ يحتفظ المؤجر بملكية الأصول المؤجرة طوال مدّة العقد، كما يحتفظ المالك في عقد التسيير بملكية المؤسسة العمومية الاقتصادية أو الشركة ذات الاقتصاد المختلط، طوال مدة عقد التسيير.

3-يقوم العقدان على فكرة المقابل المالي إذ يتلقى المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري الدولي مقابلا ماليا، كما يتلقى المسيّر في عقد التسيير مقابلا ماليا.

إلا أنّ ما يفرق بين العقدين أكثر مما يجمع بينهما، إذ يختلفان في عدّة نقاط:

ثانيا-أوجه الاختلاف بين العقدين: يختلف العقدان فيما يلي:

[322]- المادة الأولى من قانون رقم 89-،01 مؤرخ في 7 فيفري 1989، المتمم للأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني ج ر عدد 78 لسنة 1989.

1- يتدخل في عقد الاعتماد الايجاري الدولي ثلاثة أطراف[323]، أما أطراف عقد التسيير الدولي فهما اثنان: المسيّر من جهة والمؤسسة العمومية الاقتصادية أو الشركة ذات الاقتصاد المختلط من جهة أخرى.[324]

2-الهدف من عقد الاعتماد الايجاري الدولي هو تمويل شراء أو استعمال أصول منقولة أو عقارية أو محل تجاري أو مؤسسة حرفية[325]، أمّا في عقد التسيير فالهدف هو تسيير مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة ذات اقتصاد مختلط.

3-إن المالك في عقد الاعتماد الايجاري يتلقى أموالا من المستأجر التمويلي كمقابل لاستغلاله للأصول، أمّا المالك في عقد التسيير فانّه هو الذي يدفع أموال للمسيّر كمقابل عن تسييره لملكه.

الفرع الثاني

عقد الاعتماد الايجاري الدولي وعقد الفرانشيز الدولي

يعتبر الفرانشيز من النظم القانونية التي نشأت نتيجة تطور الحياة التجارية الدولية، فهو تقنية مناسبة تمنح فرصة لصاحب مشروع انشاء فروع أخرى لنفس النشاط الذي يمارسه في رقعة جغرافية أوسع،[326] لذلك فقد ظهر هذا العقد بسبب حاجة المشروعات

---

[323]- وهي المؤجر والمستأجر والبائع أو المورد أو المقاول، ولمزيد من التفاصيل أنظر الطابع الثلاثي للعقد، والذي درسناه في خصائص العقد.

[324]- أنظر المادة الأولى من قانون رقم 89-01، السابق الذكر.

[325]- أنظر المادة 1 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[326]- زمزم عبد المنعم، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 17.

الكبرى التي تحتكر بعض السلع والخدمات، لآلية تعاقدية تمكّنها من الاستثمار في مناطق عديدة دون أن تتحمّل أيّة نفقات. [327]

يعرّف عقد الفرانشيز بأنّه:

" علاقة عقدية بين طرفين يتضمن حق أحدهما وهو المتلقي، باستعمال مجموعة من حقوق الملكية الصناعية والتجارية والمعرفة الفنية، والتي توصّل إليها المانح وأثبتت نجاحها في مشروعه، واستغلال كل ذلك في إنتاج أو توزيع السلع أو تقديم الخدمات، في مقابل أجر يتفق عليه الطرفان مع تعهدهما بالتعاون المستمر فيما بينهما للحفاظ على مستوى الجودة العام لنشاطهما ".[328]

إن عقد الفرانشيز من العقود التي انتشرت على نطاق واسع بناء على الممارسات التي قامت بها بعض المشروعات الكبرى في استئثارها ببعض السلع والخدمات التي تكتسب قوى من الاحتكار التكنولوجي، [329]ممّا دفعها إلى ابتكار آليات تعاقدية تمكّنها من الاستثمار في مناطق عديدة[330] من خلال نشر شبكات تبدو ظاهريا وكأنّها فروع لها.[331] وجدير بالذكر أنّ المشرع الجزائري لم ينظّم هذا العقد وذلك على غرار أغلب التشريعات في العالم،[332]

---

[327]- الأودن سمير عبد السّميع، تسويق الشّهرة التجارية(الفرانشيز) ودور التحكيم في منازعاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص 7.

[328]- الجبوري ميثاق طالب عبد حمادي، النظام القانوني لعقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة بابل -العراق-، 2009، ص 34.

[329] - TRARI TANI Mostépha, PISSOORT William, SAERENS Patrick, *Droit commercial international (conforme aux conventions internationales ratifiées par l'Algérie*), BERTI édition, Alger, 2007, p. 278 et s.

[330]- يمنح عقد الفرانشيز للممنوح له حقا استئثاري في إقليم محدد وفق بنود العقد، أنظر:
CACHARD Olivier, « Droit du commerce électronique », *RDAI/IBLJ*, N°3, 2007, p. 401.

[331]- الأودن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص 7.

[332]- انوجال نسيمة، عقد الفرانشيز في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون المؤسسات، كلية الحقوق-بن عكنون-جامعة الجزائر، د س ن، ص 153.

من خلال التعريف السابق للعقد فان الاعتماد الايجاري والفرانشيز يلتقيان في الجوانب التالية:

أولا-أوجه التشابه بين العقدين: يلتقي العقدان في المسائل التالية:

1-يتلقى المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري مقابلا ماليا من المستأجر التمويلي مقابل استعماله واستغلاله للأصل المؤجرة، كما يتلقى المانح (le franchiseur) في عقد الفرانشيز الدولي مقابلا ماليا من الممنوح له (le franchisé)، مقابل استغلاله لحقوق الملكية الصناعية والمعرفة الفنية.[333]

2-يحتفظ المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري الدولي بملكية الأصول المؤجرة طوال مدة العقد[334]، كما يحتفظ المانح في عقد الفرانشيز الدولي بملكية العلامة التجارية وجميع حقوق الملكية الصناعية طوال مدة العقد.[335]

3-يؤدي العقدين دورا مهما خصوصا لاقتصاديات الدول النّامية إذ يهدفان أساسا إلى تحريك الاستثمارات فيها.

4-إذا تمعّنا في حقوق والتزامات أطراف عقد الاعتماد الايجاري فإننا نجد طرف ضعيف وطرف قوي نتيجة اختلال التوازن بين أطراف العقد،[336] وهو ما نجده أيضا في عقد الفرانشيز إذ يعتبر من العقود التي تدخل في طائفة عقود الإذعان.[337]

---

[333] - GRANIER Thierry, « Le contrat de franchisage à l'épreuve du droit de la concurrence », *RTD Com*. 1991, p. 358.

[334]- يعتبر احتفاظ المؤجر بملكية الأصول من أهم الضمانات التي يتمتع بها، كما بيّنا سابقا.

[335]- AMARAL Pedro, Le contrat de franchise au brésil, thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier 1, France, 2010, p 24.

[336]- هذا ما سنعالجه بالتفصيل في الباب الثاني من هذه الرسالة.

[337]- الأودن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص 13.

ثانيا-أوجه الاختلاف بين العقدين: يختلف العقدان في العناصر التالية:

1-قد تكون للمستأجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري الدولي ثلاثة خيارات بعد انقضاء العقد أبرزها خيار شراء الأصول[338]، بينما لا نجد هذه الخيارات في عقد الفرانشيز الدولي الذي ينتهي بانقضاء المدة ما لم يتفق الأطراف على التجديد.[339]

2-يرد عقد الاعتماد الايجاري الدولي على الأصول المنقولة وغير المنقولة، أو على المحلات التجارية والمؤسسات الحرفية، في حين محل عقد الفرانشيز الدولي هو حقوق الملكية الصناعية ونقل المعرفة الفنية.[340]

3-يؤدي عقد الاعتماد الايجاري الدولي دورا تمويليا إذ يعتبر وسيلة دولية لتمويل الاستثمارات، في حين يهدف الفرانشيز إلى نقل حقوق الملكية الصناعية والمعرفة الفنية.[341]

الفرع الثالث

عقد الاعتماد الايجاري الدولي وعقد تحويل الفواتير الدولي

يعتبر عقد تحويل الفواتير من العقود التي عرفتها الولايات المتحدة الأمريكية منذ عام 1823، حيث أنشئت بعد ذلك شركات متخصصة في هذا المجال في الدول الأوربية والمعروف عندها بنظام الفاكتورينغ Factoring[342] وعلى رأسها الدول فرنسا، كما انتشر هذا العقد على

---

[338]- الفقرة الرابعة من المادة 10 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري.

[339]- انوجال نسيمة، المرجع السابق، ص 129.

[340]- STERLIN Caroline, *L'essor de la protection accordée au franchisé dans ses relations avec le franchiseur aux stades de l'exécution du contrat et de sa rupture*, Thèse de doctorat, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Université Lille 2 Droit et santé p 5, http://edoctorale74.univ-lille2.fr.

[341] - BOULOC Bernard, « Franchisage : nécessité d'un prix déterminé et objectif. », *RTD Com*. 1990, p. 458.

[342]- حازم خلف الجبوري، " العقد الدولي لتحصيل الحقوق المحالة"، مجلة المنصور، العدد 15 لسنة 2011، جامعة الموصل، ص 102.

صعيد التجارة العالمية لذلك تم ابرام اتفاقية دولية لتوحيد القواعد القانونية والتنظيمية لعملية الفاكتورينغ الدولية وذلك عام 1988 والتي تعرف باتفاقية أوتاوا.[343]

عرّف الأستاذ بيار جود تحويل الفواتير بأنّه:

" تقنية بمقتضاها تتعهّد هيئة متخصصة تدعى وسيط بأن تتحمّل على عاتقها وبدون رجوع، الوفاء بكلّ أو بعض الحقوق التجارية لممّون السّلع أو الخدمات".[344]

كما عرّف المشرع الجزائري عقد تحويل الفاتورة في المادة 543 مكرر14 من المرسوم التشريعي رقم 93-08،[345] كما يلي: " ***عقد تحويل الفاتورة هو عقد تحلّ بمقتضاه شركة متخصصة، تسمى «وسيط" محل زبونها المسمى "المنتمي"، عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة[346] لأجل محدد ناتج عن عقد، وتتكفل بتبعة عدم التسديد، وذلك مقابل أجر".***[347]

---

[343] -Le texte définitif de la Convention Unidroit sur le Factoring International (CFI) a été approuvé le 28 mai 1988, La CFI est l'une des plus récentes conventions de droit commercial uniforme à entrer en vigueur (le 1er mai 1995), et l'est déjà en France, en Italie, au Nigeria, en Allemagne, en Lettonie et en Hongrie, tandis que certains autres États devraient la ratifier dans Un futur proche, Voir,
TORSELLO Marco, « Les relations entre les parties au contrat d'affacturage régi par la convention d'Unidroit de 1988 sur le factoring », *RDAI/IBLJ,* n° 1, 2000, p. 43, Voir aussi, FERRARI Franco, « La sphère international d'application de la convention d'Ottawa de 1988 sur l'affacturage international », *R.D.A.*,nº 8, 1999, pp. 895-909.

[344]- محمودي بشير، عقد تحويل الفاتورة وسيلة لتمويل المؤسسات الصّغيرة والمتوسّطة وأداة حديثة لشراء الدّيون التجارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،2003، ص 15.

[345]- مرسوم تشريعي رقم 93-08، مؤرخ في 25 أفريل 1993، ج ر عدد 27 لسنة 1993.المتمم للأمر رقم 75-59 يتضمن القانون التجاري، السابق الذكر.

[346]- لقد حدد المشرع الجزائري شروط تحرير الفاتورة وهذا بموجب مرسوم تنفيذي رقم 05-468، مؤرخ في 10 ديسمبر 2005، يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، ج ر عدد 80، الصادرة في 11 ديسمبر 2005.

[347]- للمزيد حول عقد تحويل الفواتير أنظر:
PIEDELIEVRE Stéphane, *Instruments de crédit et de paiement*, 6e édition, Dalloz, Paris, 2010, p. 228 et s.

من خلال هذا التعريف سنحاول أن نستنتج أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين العقدين:

أولا-أوجه التشابه بين العقدين: يلتقي العقدان فيما يلي:

1-إذا كان كل من عقد الاعتماد الايجاري وعقد تحويل الفواتير يدخلان معا في إطار ما يسمى بعقود الأعمال التي تعتبر حديثة النشأة، فان كل الدراسات المهتمة بالاعتماد الايجاري تشير إلى أنّ ظهور فكرة الاعتماد الايجاري كانت منذ آلاف السنين قبل الميلاد[348]، وكذلك بالنسبة لعقد تحويل الفواتير الذي يعود إلى تاريخ قديم وبالضبط منذ عصر البابليون والفينيقيون الذين طبقوا أحكامه في مجال التجارة البحرية.[349]

2-يلتقي العقدين في كونهما من وسائل تمويل المؤسسات، إذ يموّل المؤجر التمويلي للمستأجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري الدولي اقتناء أو استعمال أصول إنتاجية،[350] كما يُعتبر عقد تحويل الفاتورة أداة تمويل قصير الأجل للمؤسسات، مقابل تخلي هذه الأخيرة جزئياً أو كلياً على حقوقها[351] تجاه زبائنها لصالح المؤسسة المتخصصة في عقد تحويل الفاتورة "Factor" بسعر تفاوضي يُدفع مسبقاً.[352]

---

[348]- سبق وأن فصّلنا في نشأة وتطور الاعتماد الايجاري في المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول من الرسالة.

[349]- ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفواتير، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان-، 2011-2012، ص 10.

[350]- المادة 2 فقرة 1 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر.

[351]- إن المنتمي ملزم بتقديم جميع فواتيره إلى الوسيط في حين هذا الأخير غير ملزم بقبولها كلّها بل له حق الاختيار، أنظر في ذلك:

HESS-FALLON Brigitte, ANNE-MARIE Simon, *Droit des affaire*s, 19e édition, Dalloz, Paris, 2012, p. 366.

[352]- بن طلحة صليحة، معوشي بوعلام، " دور عقد تحويل الفواتير في تمويل وتحصيل الحقوق"، الملتقى الدولي حول: سياسات التمويل وأثرها على الاقتصاديات والمؤسسات -دراسة حالة الجزائر والدول النامية-بسكرة أيام 21 -22 نوفمبر 2006، ص 6.

3-إن المشرع الجزائري لا يسمح لأيّ كان بممارسة نشاط الاعتماد الايجاري، بل حصر المؤجر التمويلي في البنوك والمؤسسات المالية أو شركات متخصصة في هذا النشاط،[353] وهذا ما فعله أيضا في عقد تحويل الفواتير بحيث يمارس هذا النشاط شركات متخصصة لكن بعد حصولها على التأهيل من وزير المالية.[354]

4-إن فكرة الأجر موجودة في كلا العقدين بحيث يتلقى المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري الدولي الأقساط من المستأجر التمويلي كمقابل لاستعماله للأصل المؤجر[355]، كما تتلقى الشركة المتخصصة في عقد تحويل الفواتير الدولي أجرا من المنتمي، كمقابل عن تسديدها لثمن الفاتورة.[356]

5-إنّ عقد الاعتماد الايجاري الدولي من العقود التي يتدخل فيها ثلاثة أطراف،[357] وهي خاصية من خصائص هذا العقد-كما رأينا سابقا -، كما يعتبر عقد تحويل الفواتير الدولي أيضا عملية يتدخل فيها ثلاثة أطراف وهي المنتمي والوسيط والمدين.[358]

6-يلتقي العقدين في أنّهما حظيا بنظام قانوني دولي خاص بهما، يتمثل في اتفاقية أوتاوا لسنة 1988المتعلقة بالاعتماد الايجاري الدولي للمنقول، وكذا في اتفاقية أوتاوا لسنة 1988والمتعلقة بعقد تحويل الفواتير الدولي.[359]

---

[353]- وذلك بموجب المادة الأولى فقرة 2 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر.

[354]- وذلك بصدور مرسوم تنفيذي رقم 95-331، مؤرخ في 25 أكتوبر 1995، يتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس عملية تحويل الفواتير، ج ر عدد 64 لسنة 1995، للمزيد من التفاصيل حول الموضوع أنظر: محمودي بشير، المرجع السابق، ص 43.

[355]- المادة 11 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[356]- أنظر المادة 543 مكرر 14 من مرسوم تشريعي رقم 93-08، السابق الذكر.

[357]- مؤجر ومستأجر وبائع أو مورد أو مقاول حسب طبيعة العقد.

[358] - MANSOURI Mansour, *Système et pratiques bancaires en Algérie*, éditions Houma, Alger, 2005, p. 244.

[359]- ميلاط عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 12.

ثانيا-أوجه الاختلاف بين العقدين: سنحاول إيجازها في العناصر التالية:

1- إن محل العقد في الاعتماد الايجاري الدولي هو الأصول المنقولة أو غير المنقولة أو المحلات التجاري والمؤسسات الحرفية،[360] أمّا محل العقد في تحويل الفواتير الدولي فهو نقل حقوق تجارية ثابتة في فواتير من المنتمي إلى الوسيط.[361]

2-يعتبر عقد الاعتماد الايجاري الدولي عملية تجارية بالنسبة للمؤجر التمويلي لكونه شركة تجارية في كل الحالات، أما بالنسبة للمستأجر التمويلي فإذا كان تاجرا يكون العقد تجاريا بالنسبة إليه، أما إذا لم يكن تاجرا[362] فان العقد مدني بالنسبة إليه[363]، أمّا عقد تحويل الفواتير فانّه تجاري بالنسبة للوسيط وبالنسبة للمنتمي.[364]

3-إذا كان عقد الاعتماد الايجاري يؤدي وظيفة تمويلية دائما[365]، فان عقد تحويل الفواتير يؤدي وظيفة التمويل إذا كان دفع قيمة الفواتير حالا[366]، أما إذا كان الدفع عند أجل استحقاقها فهنا سيؤدي العقد وظيفة الضمان دون وظيفة التمويل.[367]

---

[360]- المادة الأولى فقرة 3 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر.

[361]- ماديو ليلى، النظام القانوني لعملية تحويل الفواتير في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-،2001-2002، ص 104-105.

[362]- خدروش الدراجي، النظام القانوني لعقد الاعتماد الايجاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري-قسنطينة-، 2008-2009، ص 48-49.

[363]- قد لا يكون المستأجر تاجرا إذ سمح المشرع الجزائري لأصحاب المهن الحرة كالأطباء والمحامون والموثقين بإبرام عقد الاعتماد الايجاري.

[364]- يكون العقد تجاريا متى كان في عداد الأعمال التجارية أو متى كان القائم به تاجرا لحاجاته التجارية وفقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية، وعقد تحويل الفواتير يعتبر عقد تجاري لأنه يبرم بين منتمي ووسيط اللذان يكتسبان صفة التاجر بفعل ممارستهم للأعمال التجارية، أنظر:

TRARI TANI Mostépha, PISSOORT William, SAERENS Patrick, op.cit. p. 187,188.

[365]- سنتناول بالتفصيل الدور الذي يلعبه الاعتماد الايجاري الدولي في تمويل الاستثمارات في الدول النامية، وذلك خلال دراستنا لأهمية هذا العقد لاحقا.

[366]- أنظر: نص المادة 543 مكرر 14 من مرسوم تشريعي رقم 93-08، السابق الذكر.

[367]- ماديو ليلى، المرجع السابق، ص22.

المطلب الثاني

عقد الاعتماد الايجاري الدولي يتضمن بعض العقود التقليدية

نجد في عقد الاعتماد الايجاري فكرة البيع (الفرع الأول) وفكرة الايجار (الفرع الثاني) إضافة الى احتوائه على فكرة القرض (الفرع الثالث)، وسنحاول في هذا المطلب توضيح هذه المسألة.

الفرع الأول

عقد الاعتماد الايجاري الدولي يتضمن فكرة البيع

لقد ذهب بعض الفقه إلى التشبيه بين عقد الاعتماد الايجاري وبعض صور عقد البيع كالبيع الايجاري، والبيع بالتقسيط، لذلك نرى أنّه من الضروري أن نبيّن المسائل التي يلتقي فيها عقد الاعتماد الايجاري مع البيع الايجاري وتلك النقاط التي يختلفان فيها، ثم بعد ذلك سأبرز نقاط اتفاقه ونقاط اختلافه مع عقد البيع بالتقسيط.

أولا-عقد الاعتماد الايجاري الدولي يتضمن فكرة البيع بالإيجار: يعرّف البيع الايجاري بأنّه: ***" عقد يتفق بمقتضاه البائع والمشتري على تأجير الشيء محل العقد لمدة معينة، مقابل التزام هذا الأخير بدفع أجرة دورية وإذا أوفى المستأجر بجميع الدفعات الايجارية المستحقة عليه طوال مدة العقد وفي مواعيدها المحددة، تنتقل الملكية إليه دون أن يدفع مبالغ أخرى عند نهاية العقد، أمّا إذا تخلّف عن دفع الأقساط يفسخ عقد الإيجار وعلى المستأجر إعادة محل الإيجار إلى المؤجّر. "*** [368]

[368]- حمد الله محمد حمد الله، النظام القانوني لإيجار الطائرة (دراسة مقارنة)، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد 22، 1999، ص 115،

يعتبر عقد البيع بالإيجار من العقود المنتشرة في الحياة العملية وذلك رغبة من التجار في تسويق بضاعتهم، ورغبة من العملاء في الحصول على السلع التي هم في حاجة إليها في حالة عجزهم عن دفع ثمنها في الحال، وهو من العقود التي تنتشر بكل كبير في مجال المنقولات خاصة في مجال السيارات والآلات الزراعية، كما نجده أيضا في مجال العقارات كشراء السكنات عن طريق الإيجار.[369]

1 – أوجه الشّبه بين العقدين: يلتقي كل من البيع بالإيجار والاعتماد الايجاري فيما يلي:

أ-إن محل العقد في البيع بالإيجار وفي الاعتماد الايجاري قد يكون عقارا أو منقولا.

ب-إن حيازة الشيء محل العقد في كلا العقدين من طرف المستفيد تتم باعتباره مستأجرا للانتفاع بها لمدة معينة مقابل التزامه بأداء القيمة الايجارية المتفق عليها[370]، كما أن كلا العقدين يتضمنان وعدا بالبيع من المؤجر للمستأجر ممّا يسمح للمستأجر تملّك الأصل عند انقضاء العقد.[371]

ج-يحتفظ المالك في عقد البيع بالإيجار وفي عقد الاعتماد الايجاري بملكية الأصل المؤجر إلى غاية استيفاءه للأقساط المتفق عليها بالنسبة للعقد الأول، والى غاية انقضاء العقد بالنسبة للعقد الثاني.

د-يتيح كل من الاعتماد الايجاري والبيع بالإيجار للمستأجر الحصول على الأصل دون دفع ثمنها كاملا في الحال، إذ يتضمّن كلا العقدين دفع الثّمن بالتّقسيط. [372]

---

[369]- على غرار ما ذهب إليه المشرع الجزائري باعتماده نظام البيع بالإيجار لشراء سكنات وهذا بموجب مرسوم تنفيذي رقم 105/01، مؤرخ في 2001/4/23، يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، ج ر عدد 25، الصادرة في 2001/4/29، المعدل والمتمم.

[370]- البدالي نجوى إبراهيم، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005، ص 138.

[371]- حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 115.

[372]- حمدي أحمد سعد، البيع الايجاري، دراسة قانونية مقارنة بأحكام عقد الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي دار الكتب القانونية،القاهرة،2011، ص 94.

2 – أوجه الاختلاف بين العقدين: يختلف العقدان في عدة جوانب أبرزها:

أ-إن الوعد بالبيع في البيع الايجاري ملزم للجانبين (مؤجر ومستأجر)، في نهاية المدة المتفق عليها للإيجار حيث تنتقل ملكية الأشياء المؤجرة إلى المستأجر[373]، في حالة وفائه بجميع الأقساط المتفق عليها، أما الوعد بالبيع في الاعتماد الايجاري فهو ملزم لجانب واحد (المؤجر التمويلي)[374]، أما بالنسبة للمستأجر التمويلي فانه غير ملزم بشراء الاصل المستأجر بل منحت له ثلاثة خيارات[375] -سبق وأن فصّلنا فيها-.

ب-يتوقف انتقال ملكية الأصل المؤجرة إلى المستأجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري على إرادته فهو من يقرر استعمال خيار الشراء من عدمه، لذلك تنتقل ملكية الأصل إليه اعتبارا من إبرامه عقد الشراء،[376] أما في عقد البيع الايجاري فان المستأجر لا يحتاج إلى تعبير عن إرادته بالتملك، فبمجرد وفاءه بجميع الأقساط تنتقل إليه الملكية وينقلب الإيجار والوعد الملزم لجانبين إلى بيع بات وبصورة آلية.[377]

ج-يشترط في محل عقد الاعتماد الايجاري سواء كان عقارا أو منقولا، أن يكون لازما لمباشرة نشاط إنتاجي سلعي أو خدمي وهذا مالا نجده في عقد البيع الايجاري،[378] كما أن المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري له طبيعة خاصة إذ يجب أن يكون بنك أم مؤسسة مالية أو شركة اعتماد إيجاري، وهذا مالا نجده في البيع بالإيجار.[379]

---

[373] - SMAILI Nabila, op. cit. p. 14.

[374] - Leasing : tendances actuelles, *publication de Crédit Suisse Economic Research*, 18 octobre 2006, p 10, www.crédit-suisse.com/entreprises,

[375]- البدالي نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص139.

[376]- المادة 19 من أمر رقم 09/96، يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر.

[377]- حمليل نوارة، " عقد البيع الإيجار"، مجلة الباحث، عدد 5 لسنة 2007، ص ص 173-182.

[378]- قرمان عبد الرّحمان السيّد، المرجع السابق، ص 47.

[379]- إذ تعتبر عمليات الاعتماد الايجاري عمليات قرض لذلك لا يمكن للأشخاص الطبيعية القيام بها.

د-يختلف العقدين من حيث الأطراف إذ يعد الاعتماد الايجاري من العقود ثلاثية الأطراف، بينما لا نجد في البيع الايجاري سوى طرفين وهما البائع والمشتري.

هـ-إذا كان الاعتماد الايجاري يتضمّن مجموعة من العقود كالوكالة والإيجار والبيع والقرض والوعد بالبيع، فان البيع بالإيجار بالرغم من احتواءه للشراء والإيجار والقرض إلا أن هذه العقود ليست مستقلة كل عملية على حدة، بل يبدأ العقد وهو مشتملا عليها.[380]

و-ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن الفارق الجوهري بين الاعتماد الايجاري والبيع بالإيجار، يكمن في الأقساط التي تدفع، إذ تكون مرتفعة في الأول لكون المؤجر التمويلي يقوم بدور المُقرِض، بينما تكون أقل ارتفاعا في الثاني لكونه مجرد وسيلة لتشجيع المستهلك على الشراء.

ن-إن طبيعة البيع بالإيجار اتفق عليها الفقهاء والتشريعات بأنه عقد بيع، بينما كانت طبيعة الاعتماد الايجاري محل اختلاف فهناك من يُغلّب الطابع الايجاري له، وهناك من يُغلّب الطابع التمويلي له.[381]

يمكن القول أنّه بالرغم من احتواء عقد الاعتماد الايجاري لفكرة البيع الايجاري إلا أنه لا يمكن اعتباره من عقود البيع الايجاري، وهذا ما توصلنا إليه من خلال إبراز نقاط الاختلاف بينهما.

ثانيا-عقد الاعتماد الايجاري الدولي يتضمّن فكرة البيع بالتقسيط: يعتبر البيع بالتقسيط عقد بيع يتفق فيه على أداء الثمن على أقساط دورية (شهرية أو فصلية أو سنوية)، إذ يلتزم المشتري بالوفاء بالثمن على فترات زمنية محددة في العقد، وعادة ما يتم

[380]- حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 99.

[381]- المرجع نفسه، ص 100.

سداد القسط الأول عند تسليم المبيع-ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك-، أما بالنسبة للأقساط فقد تكون متساوية كما يمكن أن تكون غير متساوية.[382]

لقد انتشر البيع بالتقسيط بشكل كبير في بيع المنقولات المادية باعتباره يشجّع المستهلك - المتوسط الدخل خصوصا-على الشراء دون أن يقوم بدفع الثّمن في الحال، كما يساهم في رفع نسبة مبيعات المحلات التي تستعمل هذه الوسيلة.

يعود السبب في دراستنا للبيع بالتقسيط الى تشبيه قول بعض الفقهاء بأن حقيقة عقد الاعتماد الايجاري هو عقد بيع بالتقسيط، لأن المتعاقدون قصدوا أن يكون الإيجار عقدا يستر العقد الحقيقي وهو البيع بالتقسيط، ولكنه مشروط بعدم انتقال الملكية الى المشتري إلا بعد دفع جميع الأقساط[383].

1- أوجه الشّبه بين العقدين: سنوجزها في نقطتين أساسيتين:

أ-يلتقي العقدين في وحدة الدور الذي يؤدّيانه والذي يتمثل في الحصول على الائتمان.

ب-يتفق العقدان في مراعاة سلسلة المدفوعات النّقدية (القيمة الايجارية) التي تدفع طوال مدة الإيجار عند تحديد الثمن في عقد الاعتماد الايجاري، وكذلك بالنسبة لعقد البيع بالتقسيط إذ يتم حساب كل الأقساط التي يدفعها المشتري طوال فترة التقسيط عند تحديد الثمن.[384]

إذا كان العقدين يلتقيان في بعض العناصر فإنهما يختلفان في أخرى سنبرزها فيما يلي:

---

[382]- نادر عبد العزيز الشافي، المرجع السابق، ص 460.

[383]- الشبيلي يوسف، " عقد التأجير التمويلي (دراسة شرعية مقارنة بنظام الإيجار التمويلي)"، دورة عقد التأجير التمويلي المنعقدة بتاريخ 19-20-21 ديسمبر 2009، بمركز عدل للتدريب القانوني، مقال مأخوذ من الموقع: w w w . adel.edu.sa

[384]- للمزيد من التفاصيل أنظر: البدالي نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص 151.

2 – أوجه الاختلاف بين العقدين: تنحصر أساسا فيما يلي:

أ-إن نيّة طرفي العقد في البيع بالتقسيط تتجه منذ إبرامه إلى التصرّف في محل العقد بالبيع مع تأجيل دفع الثّمن أو دفعه على أقساط، أما في عقد الاعتماد الايجاري فان نيّة شركة التأجير هي تمويل المشروع للحصول على أصول إنتاجية عن طريق الإيجار، مع منحه خيار شراءها في نهاية العقد.[385]

ب-إن ملكية الاصل في عقد الاعتماد الايجاري لا تنتقل إلى المستفيد إلا إذا اختار الشّراء في نهاية مدة العقد، أمّا في البيع بالتقسيط فان الملكية تنتقل إلى المشتري بمجرّد إبرام العقد رغم تقسيط الثّمن، إذ لا يترتب عن التقسيط تأجيل نقل الملكية إلا إذا اتفق الطرفان على احتفاظ البائع بالملكية إلى غاية حصوله على كامل الأقساط. [386]

ج-إن المال المؤجر-عقارا كان أو منقولا-في عقد الاعتماد الايجاري يشترط أن يكون مخصصا لأغراض إنتاجية، أمّا في عقد البيع بالتقسيط فيمكن أن يكون المال مخصصا لأغراض استهلاكية.

د-البائع في عقد البيع بالتقسيط يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا دون تحديد لطبيعة معيّنة له[387]، أما المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري فيجب أن يكون شخصا معنويا يتمثل في بنك أو مؤسسة مالية أو شركة تأجير معتمدة بهذه الصفة.[388]

هـ-في البيع بالتقسيط لا يسترجع البائع الشيء المبيع في حالة إفلاس المشتري، بل يحق له فقط الدخول بأقساط الثمن المتبقية مع جماعة الدائنين، أمّا في عقد الاعتماد الايجاري

---

[385]-أنظر في هذا الموضوع: فايز نعيم رضوان، عقد التأجير التمويلي، د ن، د م ن، 1997، ص 9.

[386]- قاسم علي سيد، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص 3.

[387]- ضياء خالد عمر محيرز، عقد التأجير التمويلي (مفهومه ونظامه القانوني)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عدن، الاردن، 2001، ص 48.

[388]- المادة 1 من أمر رقم 09/96، يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر.

فإذا تم إشهار العقد فان شركة الاعتماد الايجاري يمكنها استرداد الأصل المؤجرة من وكيل التفليسة إذا أفلس المستأجر التمويلي، أمّا في حالة عدم إشهار العقد فإنها تسترد الأصل لكن بشرط أن تثبت علم دائني المستأجر التمويلي بحقها على الأصل المؤجرة.[389]

إذا كان عقد الاعتماد الايجاري يتضمّن فكرة البيع بالتقسيط إلا أنه لا يمكن تكييفه بأنه بيع بالتقسيط لكونه يختلف عنه في عدة مسائل.

الفرع الثاني

عقد الاعتماد الايجاري الدولي يتضمّن فكرة الإيجار

عرّف المشرع الجزائري عقد الإيجار بأنه:***" عقد يمكّن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم"***.[390]

ذهب الفقيه Troplang في القرن التاسع عشر لإظهار الأهمية الكبيرة التي يحظى بها الإيجار إلى القول بأن الإيجار هو: "***" أحد العقود التي تمارس في مجتمعنا الحديث التأثير الأكبر على الازدهار العام، فهو يشرك في الاستمتاع بالملكية أولئك الذين ليسو ملاّكا."*** كما يضيف الفقيه بأنه إذا عدنا إلى الزمن الذي كان في أدنى درجة من الحضارة، لوجدنا أن الإيجار في هذه الحقبة لم يلعب أي دور يذكر في الحياة المدنية.*"[391]*

أولا-أوجه الشّبه بين عقد الاعتماد الايجاري وعقد الإيجار: يلتقي العقدان في عدة جوانب وهي:

---

[389]- حمزي إبراهيم، المرجع السابق، ص 92.

[390]- نص المادة 476 من أمر رقم 58/75، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07، مؤرخ في 13 مايو 2007، ج ر عدد 31 لسنة 2007.

[391]- فخري رياض، المرجع السابق، ص 125.

1-إن العقدين يتشابهان في بعض التزامات المؤجر والمستأجر، إذ يلتزم المؤجر-في كلا العقدين- بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء محل العقد، ويقابله -في كلا العقدين-التزام المستأجر بأداء الأجرة المتفق عليها طوال مدة العقد.[392]

2-كلا العقدين يحتويان على الأركان نفسها من محل وسبب وتراض، إضافة إلى العين المؤجرة والمدة والأجرة.[393]

3-إن كلا العقدين يَرِدان على المنفعة بحيث يمكِّن المؤجر المستأجر من الانتفاع بمال، خلال مدة وأجرة يحددهما العقد.[394]

ثانيا-أوجه الاختلاف بين عقد الاعتماد الايجاري وعقد الإيجار: بالرغم من التقاء العقدين في بعض الجوانب إلا أنهما يختلفان في جوانب أخرى، سنبرزها في العناصر التالية:

1-إن القيمة الايجارية في عقد الاعتماد الايجاري غالبا ما تكون مرتفعة بشكل ملحوظ مقارنة عن مثيلتها في عقد الإيجار العادي، ويعود السبب في ذلك إلى أن القيمة الايجارية لا تمثل فقط مقابل الانتفاع -كما هو الحال في عقد الإيجار-[395]، بل يؤخذ بعين الاعتبار في تحديدها ثمن شراء الأصل المؤجر الذي سيتم إهلاكه أو جزء منه طوال مدة الإيجار، بالإضافة إلى المصاريف وهامش الربح. [396]

---

[392]- البدالي نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص 119.

[393]- للمزيد حول عقد الإيجار أنظر: كتاب الأستاذ الأهواني حسام الدين كامل، عقد الإيجار في قوانين إيجار الأماكن، د ن، القاهرة، 2008.

[394]- برهام محمد عطا الله، عقد إيجار الأماكن، د ن، القاهرة، 2004، ص 104.

[395]- أبو الليل إبراهيم دسوقي، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، مطبوعات الجامعة، الكويت، 1984، ص 37.

[396]- المادة 14 من أمر رقم 09/96، يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر.

2-يتحمل المستأجر التمويلي كافة الأخطار التي تتعرض لها الأموال والتجهيزات التي تسلمها في عقد الاعتماد الايجاري[397]، أما في عقد الإيجار فان المؤجر أيضا يتحمل بعض هذه الأخطار[398].

3-تكون للمستأجر التمويلي عند انتهاء مدة الإيجار في عقد الاعتماد الايجاري ثلاثة خيارات- ذكرناها سابق-، بينما في عقد الإيجار يلتزم المستأجر برد الأصول المؤجرة عند نهاية العقد، ما لم يتفق مع المؤجر على تجديد العقد.[399]

4-بالرغم من أن مدة الإيجار تحدد باتفاق الطرفين في كلا العقدين، إلا انه في عقد الاعتماد الايجاري يتم تحديدها على أساس العمر الاقتصادي المفترض للأصل المؤجر، والتي عادة ما تتراوح بين سنتين و5 سنوات بالنسبة للمنقولات، وبين 10 و15 سنة بالنسبة للعقارات.[400]

5-إن الأصول المؤجرة في عقد الاعتماد الايجاري يشتريها المؤجر التمويلي باختيار من المستأجر التمويلي، إذ يتملكها الأول خصيصا من أجل تأجيرها للثاني، في حين أن الأصول المؤجرة في عقد الإيجار لا يشترط سبق شراءها.[401]

يمكن القول أن عقد الاعتماد الايجاري يعتمد على عقد تقليدي-عقد الايجار-الا أن المشرع تدخّل بتنظيمه وتفصيل أحكامه، وجعلها تتناسب مع الاعتماد الايجاري لأجل تحقيق غاية تمويلية ليصبح أداة من أدوات الائتمان، لذلك نجد من الفقهاء من ذهب الى أن فكرة الاعتماد الايجاري عبارة عن عقد إيجار يضمن عملية ائتمان[402]، كما يرى جانب من الفقه

---

[397]- المواد من 33 إلى 36 والمادة 39 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر.

[398]- جاء في المادة 479 من أمر رقم 58/75، يتضمن القانون المدني، ما يلي: " يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم، ويجب عليه أن يقوم بالترميمات الضرورية أثناء مدة الإيجار....."

[399]- المادة 502 من أمر رقم 58/75، يتضمن القانون المدني، المرجع نفسه.

[400]- البدالي نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص 122.

[401] - SMAILI Nabila, op. cit. p. 13.

[402]- بن زيوش مبروك، " نطاق تطبيق القواعد العامة على التزامات المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 8-ديسمبر 2007، المجلد أ، ص ص 231-256.

الفرنسي و يتزّعمهم الأستاذ ELMOKHTAR –BEY،[403] أن الإيجار هو النواة الأساسية لعملية الاعتماد الايجاري، ويستندون في ذلك إلى مجموعة من الحجج أبرزها تكييف المشرع الفرنسي لعقد الاعتماد الايجاري بأنه عقد إيجار، اضافة الى موقف القضاء الفرنسي الذي اعتبر عقد الاعتماد الايجاري عقد إيجار مقترن بوعد منفرد بالبيع ،وهذا في قرار محكمة la rochelle الصادر في 26 جوان 1964،[404] ثم بعد صدور قانون 1966 كرّس القضاء الفرنسي الطبيعة الايجارية للعقد في العديد من القرارات المتتالية.

الفرع الثالث

عقد الاعتماد الايجاري الدولي يتضمّن فكرة القرض

يعتبر عقد القرض القالب النموذجي للتعبير عن علاقات التمويل فهو يمثل أحد صوره مما دفع ببعض الفقهاء إلى محاولة تكييف عقد الاعتماد الايجاري بأنه عقد قرض ويتزعمهم الأستاذ calon، الذي يعرّف عقد الاعتماد الايجاري بأنه:***" عقد قرض تمنحه شركة الاعتماد الايجاري إلى المستفيد..."***.[405] ويظهر هذا القرض في صورة تمويل عيني يتمثل في الآلات والمعدات التي يحتاجها المشروع وبالمواصفات التي تتفق مع نشاطه، ويكون لهذا الأخير الانتفاع بتلك الآلات والمعدات بموجب عقد إيجار، في مقابل احتفاظ شركة الاعتماد

[403]- الذي قام بصياغة نظريته حول الطبيعة الايجارية لعقد الاعتماد الايجاري عقب صدور القانون الفرنسي الصادر في 2 جويلية 1966، يتعلق بالاعتماد الايجاري.

[404]- تتمثل وقائع القضية في قيام شركة locafrance بتأجير بعض المعدات لأحد عملاءها، والتي اشترتها بناء على طلبه مقابل أقساط دورية حددها العقد، على أن يلتزم العميل بإعادة هذه المعدات بعد انتهاء مدة العقد ما لم يرغب بتجديد العقد، أو أن يدفع القيمة المتبقية من ثمنها إذا رغب في تملكها، إلا أن العميل أفلس خلال سريان العقد مما دفع بأمين التفليسة إلى الدفع بأن العقد ليس إيجار بل هو بيع إيجاري، نظرا لارتفاع الأجرة التي تزيد عن السعر السوقي للمعدات. إلا أن المحكمة قضت بأن العقد هو إيجار حقيقي وليس بيع إيجاري وعلى هذا الأساس استردت الشركة المعدات من تفليسة العميل.

[405]- البدالي نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص 158.

الايجاري بملكية الأصل المؤجر طوال مدة العقد كضمان لاسترداد التمويل الممنوح في صورة قرض.[406]

لقد عرّف المشرع الجزائري عقد القرض كما يلي: ***"عقد يلتزم به المقرض بأن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود، أو أي شيء مثلي أخر، على أن يرّد له المقترض عند نهاية القرض نظيره في النّوع والقدر والصّفة".***[407]

يعتبر عقد القرض من العقود الواردة على الملكية والذي يؤدي إلى انتقال ملكية مبلغ نقدي أو أي شيء مثلي أخر لصالح المقترض، وهو من العقود الملزمة لجانبين، وسنقوم فيما يلي بإبراز نقاط التشابه والاختلاف بين العقدين حتى تكون المسألة أوضح.

أولا-أوجه الشّبه بين عقد الاعتماد الايجاري وعقد القرض: يلتقي العقدان فيما يلي:

1-إذا حاولنا تقريب عقد الاعتماد الايجاري من عقد القرض فإننا نلاحظ أنهما يلتقيان في الهدف الذي يحققه كلاهما، إذ يلجأ الأفراد إلى عقد القرض لتمويل حاجتهم إلى النقود ولتمويل المشاريع، كما أن عقد الاعتماد الايجاري يعتبر من عقود التمويل التي تقوم بموجبه شركات الاعتماد الايجاري بتمويل المستفيد بالمعدات والتجهيزات التي يحتاج إليها، لذلك فكلاهما يؤديان نفس الدور وهو التمويل.

---

[406]- كما يرى الأستاذ calon أن مهمة شركة الاعتماد الايجاري لا تكمن مطلقا في تملك الأصل من أجل تأجيره، إنما تكمن في اقتراض النقود مقابل تملك الأصل على سبيل الضمان، وبالتالي تزيل عن كاهلها كافة تبعات الملكية أو الانتفاع بالأصل، والى جانب calon نجد كاتب أخر دافع عن هذا الطرح وهو الأستاذ GIOVANOLI الذي يقول إن جوهر عملية الاعتماد الايجاري هو قيام شركة الاعتماد الايجاري بإقراض مبلغ من النقود للمستفيد، ويلتزم هذا الأخير برده في شكل أقساط نقدية.

[407]- المادة 450 من أمر رقم 58/75، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

2-كما نجد تشابها بين العقدين من حيث الالتزامات التي تترتب عنهما، ففي عقد القرض يلتزم المقرض بأن يقدّم أو يسلّم للمقترض مبلغا نقديا أو شيء مثلي آخر، ويلتزم بضمان عيوب المال الخفية وضمان استحقاق المال، كما يلتزم المؤجر بتسليم المال للمستفيد في عقد الاعتماد الايجاري[408]، وفي المقابل يلتزم المقترض في عقد القرض بسداد مبلغ القرض أو ردّ مثله عند نهاية العقد، مثلما يلتزم المستأجر في الاعتماد الايجاري بدفع الأقساط المتفق عليها، وبرد الأصل المؤجّرة إلى المؤجر عند انتهاء العقد ما لم يرغب في تملّكها.

3-إن كلا العقدين يؤديان إلى تحقيق نفس النتيجة، فإذا كان عقد القرض يؤدي إلى نقل الملكية لصالح المقترض عن طريق شراء ما يحتاج إليه من مبلغ القرض، فان عقد الاعتماد الايجاري أيضا يمنح إمكانية نقل الملكية بعد انقضاء العقد، إذا ما أراد المستأجر هذا الخيار.[409]

ثانيا-أوجه الاختلاف بين عقد الاعتماد الايجاري وعقد القرض: بالرغم من التشابه بين العقدين في بعض جوانبهما إلا أنهما يختلفان أيضا في جوانب أخرى:

1-إن أبرز اختلاف بين العقدين يتمثل في المحل الذي ينصب عليه كل منهما، ففي عقد القرض يكون المال المقرض غالبا نقودا أو أشياء مثلية، ولا يمكن أن يكون عقارا لكون هذا الأخير من الأشياء القيمية التي لا تقبل بطبيعتها الإقراض، كما أن المقرض حينما يقدّم القرض للمقترض لا يهتم بالغرض الذي يسعى هذا الأخير إلى تحقيقه سواء كان لشراء سيارة، أو لشراء مسكن أو لبنائه أو لغير ذلك، أي أن المال محل العقد يستهلك بالاستعمال.[410] أما

[408]- يتم تسليم المال للمستفيد مباشرة من المورد أو البائع كما درسناه سابقا في أطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي.

[409]- علاء الدين عبد الله فواز، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي-دراسة مقارنة -، دار الثقافة، عمّان الخصاونة 2002، ص 103.

[410]- شيحة مصطفى رشدي، الاقتصاد النقدي والمصرفي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1985، ص 449.

عقد الاعتماد الايجاري فقد يكون محلّه عقارا أو منقولا[411]، كما يجب أن يكون العقار أو المنقول لازما لمباشرة نشاط إنتاجي أو حرفي[412]، فلا يمكن أن يكون المال محل العقد قابلا للاستهلاك.

2-إن إضفاء طابع القرض على عقد الاعتماد الايجاري يثير بعض الإشكالات خاصة في مسألة الالتزام بردّ المال، فإذا كان المقترض في عقد القرض يلتزم برد المال أو رد مثله في تاريخ استحقاق الدين أي لمرة واحدة فقط، فان المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري سيقوم برد مقابل القرض مرّتين: المرة الأولى حينما يسدد الأقساط التي تعتبر مقابلا لمبلغ القرض.

أما المرة الثانية حينما يقوم برد الأصل المؤجر، إذا اختار عدم تملّكها عند نهاية العقد.[413]

3-إن عقد الاعتماد الايجاري غير قابل للإلغاء قبل انتهاء مدة العقد، إذ يتم تحديد مدة الإيجار الموافقة للفترة غير القابلة للإلغاء باتفاق مشترك بين الأطراف،[414] وإذا تم فسخ العقد خلال الفترة غير القابلة للإلغاء من قبل أحد الأطراف، فان الطرف الأخر له حق التعويض.[415] أما في عقد القرض فانه يجوز للمدين إذا انقضت 6 أشهر على القرض، أن يعلن عن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه خلال 6 أشهر من تاريخ إعلان رغبته. [416]

---

[411]- سبق وأن بيّنا أن عقد الاعتماد الايجاري قد يكون محله عقارا أو منقولا وهذا في كل القوانين التي تناولناها بالدراسة، على غرار ما ذهب إليه المشرع الجزائري في أمر رقم 09/96 يتعلق بالاعتماد الايجاري وذلك في المادة 3 التي ذكرت المنقول، والمادة 4 التي ذكرت العقار.

[412]- نصت المادة الأولى من أمر رقم 09/96 يتعلق بالاعتماد الايجاري، على أن: «*عقد الاعتماد الايجاري عملية تجارية ومالية تتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية.*

[413]- إن الالتزام برد المبلغ لا يكون إلا مرة واحدة طبقا للقواعد العامة للعقود، أما عقد الاعتماد الايجاري إذا ما اعتبرناه عقد قرض فان الرد سيكون مرتين وهذا يتنافى مع القواعد العامة، أنظر:

SMAILI Nabila, op. cit. p.14, 15.

[414]- المادة 12 من أمر رقم 09/96 يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[415]- المادة 13 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع نفسه.

[416]- المادة 458 من أمر رقم 58/75، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

بعدما رأينا الجوانب التي يلتقي وتلك التي يختلف فيها كل من عقد القرض وعقد الاعتماد الايجاري، نقول إن نظرية القرض كان لها الفضل في إبراز أهم أركان الاعتماد الايجاري من تمويل واحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان وانتفاع، إلا أنها عجزت عن تحديد طبيعة الروابط التي تجمع بين أطراف العقد، ولعلّ السبب في ذلك هو إصرار المدافعين عن هذه النظرية إفراغ كافة علاقات التمويل في قالب القرض.[417]

المطلب الثالث

أهم المحاولات الفقهية لتكييف عقد الاعتماد الايجاري الدولي

يعتبر عقد الاعتماد الايجاري من بين أهم العقود التي أثارت جدل فقهي كبير في مسألة تكييفه،[418] لذلك سنقوم في هذا المطلب بدراسة أهم النظريات الفقهية التي حاولت تكييف عقد الاعتماد الايجاري الدولي، إذ سنتناول في الفرع الأول نظرية العقد المنشئ للملكية الاقتصادية، ثم في الفرع الثاني نظرية العقد المركب، وفي الفرع الثالث سندرس نظرية عقد التمويل بضمان الملكية غير الحيازية.

الفرع الأول

نظرية العقد المنشئ للملكية الاقتصادية

إن تطور الحياة الاقتصادية والعلاقات الناشئة عن مزاولة النشاط الاقتصادي، بات يصطدم بالنظم التقليدية الخاصة بملكية الأموال والانتفاع بها،[419] مما أدى إلى ظهور نوع جديد من الملكية سميّت بالملكية الاقتصادية إلى جانب الملكية التقليدية وهي الملكية القانونية، لذلك يميّز الفقيه GOYETبين الملكية الاقتصادية والملكية القانونية، فالأولى تتمثل

[417]- دويدار هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 619.
[418] - PADE Olivier, op.cit. p. 17.
[419]- GOYET Charles, op.cit. p. 193.

في الملكية التي يؤطرها القانون المدني وهي تبدأ بتملّك الأصل وتنتهي بهلاكه، أما الثانية فهي ذلك الحق الذي يسمح لصاحبه الاستفادة من الشيء واستغلاله طوال مدة عمر الشيء، وهي ملكية تنشأ عند ابرام العقد وتنقضي بانقضائه.[420]

أولا-مضمون نظرية العقد المنشئ للملكية الاقتصادية: لقد صاغ GOYET فكرته عن الملكية الاقتصادية وتمييزها عن الملكية القانونية على ضوء تحليل بعض الصور الخاصة للإيجار، إذ توصل الباحث -استنادا إلى الروابط الناشئة بين المؤجر والمستأجر-إلى إرساء فكرة الملكية الاقتصادية.[421]

يرى الفقيه أن خصوصية عقد الاعتماد الايجاري تتجسد بالخصوص في احتفاظ المؤجر التمويلي بملكية الأصل المؤجر على سبيل الضمان، مع حيازته من طرف المستأجر التمويلي لذلك يسمّيه البعض بالائتمان السلبي، لأنّه يقوم بإزالة الحاجة الى النقود لكن بتوفير السلعة، لذلك فان المؤجر التمويلي لا يظهر في صورة دائن للمستأجر التمويلي بمبلغ نقدي، لأنّه يحتفظ بملكية الأصول المؤجرة التي وضعها تحت تصرف المستفيد، وهذه الملكية هي التي ستلعب دور الضمان من المخاطر.[422]

يرى الأستاذ GOYET إن التزامات شركة الاعتماد الايجاري (المؤجر التمويلي) تتمثل في وضع الأصل المؤجر تحت تصرف المستفيد، والذي يعتبر مرتبة وسطى بين الحيازة القانونية والحيازة المادية، فالمستفيد له حق مباشر على الأصل المؤجر وهو حق عيني (ملكية اقتصادية)، ومتى انقضى العقد بانتهاء مدّته أو بالفسخ تنقضي هذه الملكية الاقتصادية، في حين تبقى الملكية

---

[420]- يقول الأستاذ GOYET في كتابه:

«La propriété de droit commun nait de l'appropriation et meurt avec la chose , Au contraire la propriété économique commence par le contrat et s'achève avec lui».

[421]- لقد صاغ GOYETنظريته في رسالته للدكتوراه، والتي طبعت في كتاب بعد ذلك في سنة 1983 تحت عنوان:

« Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit - bail et du bail superficiare »

[422] - GOYET Charles, op.cit., p. 3.

القانونية لشركة الاعتماد الايجاري فهي ملك له قبل ابرام العقد وأثناء العقد وحتى بعد انقضاءه.[423]

يفسّر الأستاذ بأن مصدر الملكية الاقتصادية هو العقد لأن الشروط التي يتفق عليها أطراف العقد هي التي تحدد كيفية التمتع بهذا الحق، ويستدل الفقيه بالشرط الذّي عادة ما يرد في بنود عقد الاعتماد الايجاري ويؤدي الى تقييد حق الانتفاع بالملكية الاقتصادية، وهو حرمان المالك الاقتصادي من التنازل عن ملكيته للغير دون موافقة المالك القانوني.[424]

كما توصل الفقيه الى نتيجة مفادها أن الملكية القانونية وصاحبها هو المؤجر التمويلي تعتبر ملكية مجرّدة لأنّها تفتقد الى العنصر المادي وهو الملكية الاقتصادية، فهي مجرّد سند يمنح للمؤجر التمويلي الحق في استرداد الأصل المؤجر بمجرد انقضاء العقد أو إعسار المستأجر أو فسخ العقد، في حين يقوم المستأجر التمويلي بالانتقاع بالأصل المؤجر طوال مدّة العقد كما لو أنّه هو مالكها. [425]

ثانيا-تقدير نظرية العقد المنشئ للملكية الاقتصادية: ان اعتبار عقد الاعتماد الايجاري عقد منشئ للملكية الاقتصادية هو إقرار بوجود حق انتفاع للمستأجر التمويلي بالأصل المؤجر بمجرّد إبرام العقد، ويكون له بذلك حق الاستفادة من جميع منافع الأصل وكأنّه هو المالك خلال المدة المتفق عليها، والتي عادة ما تعادل العمر الاقتصادي المفترض للأصل.

---

[423]- دويدار هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع سابق، ص 652، وأنظر كذلك بأكثر تفصيل مرجع الأستاذ GOYET .

[424]- إن صاحب الملكية الاقتصادية كأصل عام لا يجوز له التنازل عن حقه في الانتفاع (الملكية الاقتصادية) عن طريق الإيجار من الباطن، ولقد انتقد الفقيه توجه شركات الاعتماد الايجاري إلى هذا المنع، إذ يرى أن هذه الأخيرة لها ضمانات كافية حتى تسمح للمستأجر بالتنازل عن المنفعة للغير.

[425] - GOYET Charles, op. cit, p. 222.

ولا يمكن لأحد إنكار أهمية هذه النظرية لكونها ميّزت بين الملكية ودورها الكبير كضمان من جهة (ملكية قانونية)، وعنصر الانتفاع بالأصل من جهة أخرى (ملكية اقتصادية)، وبالرغم من ذلك لم توفّق هذه النظرية في عدّة جوانب سنبرز أهمها فيما يلي:

1-إن نظرية الأستاذ GOYET جعلت من عنصر استعمال الأصل المؤجر هو الأساس في عقد الاعتماد الايجاري، وهذا ليس صحيح لأن التمويل هو الذي يمثل المحور الأساسي الذي تدور حوله أغلبية أحكام هذا العقد.

2-لم يوضح الأستاذ مسألة طرحها للنقاش بقوله بأن وضع الأصل تحت تصرّف المستأجر التمويلي يعتبر مرتبة وسطى بين الحيازة القانونية والحيازة المادية.

3-لقد فسّر الفقيه تقييد حق المستأجر في ملكيته الاقتصادية عن طريق عدم السماح له بالتنازل عنها للغير، بكون عقد الاعتماد الايجاري من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، الا أنّه في الحقيقة لسنا في حاجة الى البحث عن تبرير اخر ما دام حق الانتفاع كأصل لا يمنح مطلقا للمنتفع حق التصرف في الشّيء الذّي ينتفع به.[426]

4-يرى الأستاذ GOYET أن عقد الاعتماد الايجاري عقد ملزم لجانب واحد عند تنفيذه، الا أن ما يقوله ليس له أي أساسا قانوني، لأن العقد إما أن يكون ملزما لجانب واحد أو ملزما للجانبين سواء في مرحلة الإبرام أو في مرحلة التنفيذ.[427]

ما يمكن قوله بعد دراستنا لهذه النظرية هو أن عقد الاعتماد الايجاري يقوم على أساس التمويل وليس على أساس الاستعمال النافع للشيء، فالمؤجر التمويلي يهدف إلى

---

[426]- ضياء خالد عمر محيرز، المرجع السابق، ص 59.

[427]- لعل ما يبرر توجه الباحث في هذا الطرح هو الدور السلبي -حسبه -لشركة الاعتماد الايجاري، فهي لا تلتزم من الناحية العملية سوى بدفع ثمن شراء الأصول أو تكلفة البناء، في حين يتحمل المستأجر كل الأعباء والمخاطر المرتبطة بالعقد، إلا أن الواقع يثبت عكس ذلك لأن شركة الاعتماد الايجاري لا تعفى من كل الالتزامات إذ يبقى على عاتقها ضمان عدم التعرض الصادر عنها، وهذا ما ينفي ما يقوله الفقيه بأن العقد خلال التنفيذ يكون ملزما لجانب واحد.

استثمار أمواله مع البحث عن أحسن وسيلة للضمان وهي احتفاظه بالملكية، بينما يسعى المستأجر التمويلي إلى الحصول على التمويل اللاّزم لمشروعه، لذلك يتأكد لنا أن التمويل هو الذّي يشكل جوهر العقد وليس الانتفاع والاستعمال، فهذان الأخيران هما نتيجة طبيعية للتمويل.[428]

الفرع الثاني

نظرية العقد المركب

لقد ذهب جانب من الفقه الحديث إلى الأخذ بنظرية العقد المركب لتفسير جميع الآثار الناتجة عن عقد الاعتماد الايجاري، ويقصد بالعقد المركب: ذلك العقد الذي يتكون من عدة عقود اختلطت جميعا لتشكل عقدا واحدا يهدف إلى تحقيق غرض واحد[429]، إذ عرّفه الدكتور سليمان مرقس بأنّه: ***" عقد واحد يرمي إلى تحقيق أغراض تهدف إليها في العادة مجموعة من العقود المختلفة".***[430] كما عرّفه الدكتور السنهوري بأنّه " ***العقد الذي يشتمل على أكثر من عقد واحد امتزجت جميعا فأصبحت عقدا واحدا."***[431]

أولا-مضمون نظرية العقد المركب: لقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن عقد الاعتماد الايجاري ما هو إلا عقد مركّب من عدة عقود مختلفة أوجدته المعاملات الاقتصادية، ونظرا لكونه نشأ في البيئة التجارية لا يمكن اخضاعه للأحكام القانونية الجامدة[432]، فهو نظام قانوني مركب يتكون من بعض القواعد القانونية المستمدة من

---

[428]- ضياء خالد عمر محيرز، المرجع السابق، ص 60.

[429]- لقد قسّم الفقهاء العقود عدة تقسيمات: فمن حيث الموضوع قد يكون العقد إما بسيطا أو مركبا فالعقد البسيط هو ذلك العقد الذي يقتصر على عقد واحد، أما المركب فهو مزيج من العقود إذ يفقد كل عقد ذاتيته الخاصة ويندمج في الاتفاق الذي سيكون له طبيعة مستقلة عن العقود المكونة له.

[430]- مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، دن، د م ن، 1984، ص 115.

[431]- السنهوري عبد الرزّاق، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد-دار الفكر، بيروت، د س ن، ص 125.

[432]- زياد أبو حصوة، المرجع السابق، ص 91.

الأشكال التقليدية للعقود التجارية، ويتميّز هذا النظام ببعض الخصائص المستمدة من مزج تلك القواعد القانونية،[433] ويعتبر الفقيه الفرنسي Champaud رائدا لهذه النظرية وتقوم على فكرة أساسية تتمثل في وجود خمس قوالب عقدية تدخل في تكوين عقد الاعتماد الايجاري، ولقد قام بترتيبها بحسب تعاقب ترتيب اثارها كما يلي:

1-وعد بالإيجار ملزم للجانبين في مرحلة تكوين العقد.

2-وكالة للمستفيد ينوب فيها عن المؤسسة الممولة في اختيار البائع والأصول.

3-عقد إيجار المعدّات بين المؤسسة الممولة والمستفيد.

4-وعد بالبيع ملزم لجانب واحد وهي المؤسسة الممولة تتعهد بموجبه ببيع المعدات المؤجرة للمشروع المموّل عند نهاية العقد، إذا ما رغب هو في الشراء.

5-عقد بيع المعدّات المؤجرة بين المؤسسة الممولة والمشروع المموّل، إذا أختار المستفيد الشراء.[434]

لقد أشار الفقيه إلى أن هذه القوالب رئيسية ممّا يعني أن هناك قوالب أخرى غير رئيسية لم يذكرها،[435] كما يرى أنّه من بين العناصر الداخلة في تكوين عقد الاعتماد الايجاري يعتبر عقد الإيجار العقد الرئيسي، لذلك في حالة انعدام إمكانية التوفيق بين الآثار المختلفة للعقود المشكّلة لهذا العقد المركب وجب ترجيح تطبيق أحكام عقد الإيجار عليه[436].

---

[433]- فقد عرّف الأستاذ ناصيف الياس عقد الاعتماد الايجاري بأنه " وسيلة لتمويل الاستثمارات الإنتاجية التي تعتبر من الأنظمة القانونية المركبة."

[434]- ضياء خالد عمر محيرز، المرجع السابق، ص 61 و62، وانظر أيضا القرار التحكيمي رقم 31 بتاريخ 1999/2/22، المحكم الدكتور وائل طبارة، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 12 لسنة 1999، ص 29.

[435]- حبيب مزهر، " الطبيعة القانونية لعقد اللّيزينغ"، مقال مقدم إلى أعمال المؤتمر السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت تحت عنوان: الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 21.

[436]-القلاب بسام هلال مسلم، التأجير التمويلي، دار الراية للنشر والتوزيع، عمّان، 2009، ص 73.

بالنسبة للوعد الملزم للجانبين بالإيجار والوكالة فهما عنصران لازمان لوضع عقد الإيجار موضع التنفيذ، فالعنصر الأول يكون لازما في مرحلة تكوين العقد لكون المؤجر خلال هذه المرحلة لم يتملّك بعد الأصل محل العقد[437]، أما العنصر الثاني (الوكالة الممنوحة للمستأجر) فتكون ضرورية لقيام المستأجر باختيار الأصل والاتفاق مع البائع على كافة شروط عقد البيع.[438]

ثانيا-تقدير نظرية العقد المركب: لقد أخذ العديد من فقهاء القانون التجاري بهذه النظرية وبالرغم من ذلك فقد وجّهت إليها العديد من الانتقادات سنذكر أبرزها:

إن العقد المركب هو مزيج بين عدة عقود أصبحت تشكل عقدا واحدا، لذلك يمكن القول بأن هذا المفهوم لا ينطبق على عقد الاعتماد الايجاري، فهذا الأخير بالرّغم من كونه يرتبط ببعض العقود الأخرى كعقد الوكالة والوعد الملزم لجانب واحد وعقد البيع، إلا أن كل عقد من هذه العقود قد أبرم لتحقيق جانب من جوانب عقد الاعتماد الايجاري، لذلك يجب عدم الخلط بين هذه العقود التي يتضمنّها وعقد الاعتماد الايجاري الذي ينظّم العلاقة الرئيسية التي تربط بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي.[439]

ان القول بأن الايجار هو أساس عقد الاعتماد الايجاري وبالتالي إذا تعذر علينا التوفيق بين الآثار المختلفة للعقود التي يتضمنّها الاعتماد الايجاري وجب الأخذ بأحكام عقد الإيجار، فكرة خاطئة وغير سليمة لكون العقود المبرمة في إطار عملية الاعتماد الايجاري تهدف كلّها إلى وضعه موضع التنفيذ، لذلك لا يمكن أن نتصور حدوث تعارض بين أحكام هذه العقود لذلك لسنا في حاجة الى ترجيح أحكام أحدها على الأخرى. [440]

---

[437]- إن المؤجر لا يبرم عقد البيع مع بائع الأصل إلا بعد إبرامه لعقد الاعتماد الايجاري مع المستأجر.

[438]- دويدار هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 669.

[439]- ضياء خالد عمر محيرز، المرجع السابق، ص 63

[440]-القلاب بسام هلال مسلم، المرجع السابق، ص 75.

انتقد الأستاذ هاني دويدار هذه النظرية بشدة متطرقا إلى أدق التفاصيل فيها وتوصّل إلى القول بأنه لا يمكن اعتبار عقد الاعتماد الايجاري عقدا مركبا، لأن مقتضيات النشاط الاقتصادي هو الذي أدى إلى ظهور عقود لم تكن معروفة من قبل، فالاعتماد الايجاري لا يعتبر عقدا مركبا إنمّا جوهره هو التمويل الذّي يمنح للمستفيد، لذلك نجد أن الممّول لا يطلب من المستفيد تقديم ضمانات للوفاء بالتزاماته، بل يكتفي بالاحتفاظ بملكيته للأصول طوال مدّة العقد باعتبار الملكية من أكبر الضمانات التي يمكن أن يحظى بها. ومن هنا تأتي خصوصية العقد لذلك يقول الأستاذ بأنّه *"يلزم لضمان فعالية حق الملكية ضمان إخفاء علاقة المديونية تحت ستار الإيجار، كما يلزم لنفاذ الإيجار اكتساب ملكية الأصل محل التمويل."* [441]

الفرع الثالث

نظرية عقد التمويل بضمان الملكية غير الحيازية

يعتبر الأستاذ هاني محمد دويدار صاحب نظرية عقد التمويل بضمان الملكية غير الحيازية، وسنبين فيما يلي مضمون هذه النظرية أولا ثم نقدها ثانيا:

أولا-مضمون نظرية عقد التمويل بضمان الملكية غير الحيازية: لقد صاغ هذه النظرية الأستاذ هاني محمد دويدار[442]، الذي يرى أن عقد الاعتماد الايجاري هو عقد تمويل بضمان الملكية غير الحيازية، وأنه يحتوي على ثلاث عناصر أساسية وهي:

- **العنصر الأول:** يتمثل في تمويل المؤسسة الممولة (المؤجر التمويلي) للمشروعات التجارية والصناعية (المستأجر التمويلي)، حيث تقوم بشراء أصول وتأجيرها لها.

[441]- دويدار هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص674.

[442]- تطرق الكاتب إلى نظريته في مؤلفه تحت عنوان " النظام القانوني للتأجير التمويلي" والذي صدر سنة 1994، أي قبل صدور القانون المصري المتعلق بالتأجير التمويلي سنة 1995.

- **العنصر الثاني:** هو احتفاظ المؤسسة الممولة بملكية الأصول المؤجرة على سبيل الضمان طول مدّة العقد.

- **العنصر الثالث:** وهو حق المستفيد في استغلال الأصل المؤجر والانتفاع به طول مدّة العقد.[443]

إلا أن الأستاذ يرى بأن هذا العنصر الأخير لا يعتبر ركنا من أركان العقد، لأنّه نتيجة طبيعية للاتفاق بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي، فالمؤسسة المموّلة حريصة على اكتساب ملكية الأصل والاحتفاظ بها على سبيل الضمان.[444] كما ذهب الأستاذ إلى أنه بالنّظر إلى الالتزامات الملقاة على عاتق المستفيد فيما يخص استعمال الأصل والمحافظة عليه، فان يد المستفيد على الأصل تكون كيد الحائز على مال ترتّب عليه تأمين عيني لمصلحة أحد دائنيه، لذلك سمي الضمان المقرر للمؤسسة الممولة بالملكية غير الحيازية. [445]

لقد توصّل الأستاذ دويدار هاني محمد إلى وضع تعريف لعقد التمويل بضمان الملكية غير الحيازية بقوله بأنه:" ***العقد الذي بمقتضاه يموّل أحد طرفيه مالا لمصلحة الطرف الأخر، ويحتفظ بملكيته دون الحيازة حتى تمام وفاء الطرف الأخر بأقساط التمويل وملحقاته***".[446] كما انتقد التسمية الفرنسية للعقد والتي تغلّب الطابع الايجاري له،[447] في حين يرى الكاتب أنه يجب أن تختفي كلمة الإيجار أو مشتقاتها من التسمية فلا وجود للإيجار

---

[443]- دويدار هاني محمد، المرجع السابق، ص 691.

[444]- يتضح أنه للعنصرين الأول والثاني أهمية أساسية في تحديد جوهر العقد، أما العنصر الثالث فهو نتيجة لاقتران العنصرين الأوليين، لذلك فان لهذا العقد ركنان وهما التمويل والملكية غير الحيازية.

[445]- دويدار هاني محمد، المرجع نفسه، ص 692.

[446]- يرى الأستاذ دويدار أن هذا التعريف تعريف علمي، يتجرد من أي تدخل تشريعي يستهدف من خلال تعريفه للعقد المذكور تحديد نطاق النصوص التشريعية الصادرة في شأنه.

[447]- إن التسمية الفرنسية crédit-bail والتي استقر عليها النظام القانوني الفرنسي، تميل إلى اعتبار عقد الاعتماد الايجاري عقد إيجار.

في العقد لا من حيث أركانه ولا من حيث مضمونه الاتفاقي، لذلك يقترح أن يسمّى العقد باسم: التمويل بضمان الملكية،Financement fiduciaire .

ثانيا-تقدير نظرية عقد التمويل بضمان الملكية غير الحيازية: بعد دراستنا لهذه النظرية والأساس الذي ينطلق منه الأستاذ دويدار في اعتبار التمويل جوهر عقد الاعتماد الايجاري، يمكن لنا القول إن فكرته سليمة من جانب لكونه ركّز على التمويل لأنّه المحرك الأساسي للعقد فهو سبب التزام طرفي العقد (المؤسسة المموّلة والمشروع الممول)،[448] كما أن الملكية غير الحيازية لها دورا أساسيا في العقد لأنّها هي التي تضمن حق ملكية الأصل للمؤسسة المموّلة خاصة في حالة إفلاس المشروع الممول ، وبالرغم من هذا الدور البارز الذي يلعبه الاحتفاظ بالملكية إلا أن بعض الكتّاب يستبعدون أن تكون ركنا من أركان العقد، لأنّها –حسبهم- نتيجة منطقية لكون الحق الذي يتمتع به المستفيد على الأصل هو مجرد حق الانتفاع به طوال مدة العقد، وبالتالي يجب أن يقوم المؤجر التمويلي بالتنازل عن حيازته للأصل طوال مدّة العقد، كما ذهب هؤلاء الى أن عنصر الانتفاع بالأصل لا يمكن اعتباره عنصرا دخيلا في العقد بل هو ركن من أركانه.[449]

أما جانب اخر من الفقهاء فقد عابوا على نظرية الأستاذ هاني دويدار لقيامه باستبعاد بعض القوالب العقدية التي يتضمنّها الاعتماد الايجاري وهو الوعد بالبيع الملزم للمؤجر التمويلي على أساس أن دور الملكية يقتصر على لعب دور الضمان وبالتالي فالمؤجر التمويلي سيسترد الأصل المؤجر بمجرّد انتهاء العقد ، كما أنّه كيّف الاعتماد الايجاري بأنّه عقد فوري، وقاموا بالرد على الأستاذ بقولهم أن فبالنسبة لاستبعاده عنصر الوعد بالبيع، فان استرداد

[448]- تعتبر نظرية الأستاذ دويدار من أبرز النظريات التي ركّزت على الطابع التمويلي للعقد لان –حسبها-التمويل يشكّل ركنا أساسيا في العقد.

[449]- ضياء خالد عمر محيرز، المرجع السابق، ص 69.

ملكية الأصل عند انقضاء العقد ليس أكيد لأن المستأجر التمويلي قد يختار شراءها ،[450] أمّا بالنسبة لقول الباحث بأن عقد الاعتماد الايجاري من العقود الفورية فإن الفقه قد استقر على اعتباره من العقود الزمنية المستمرة.[451]

كما انتقد بعض الفقهاء هذه النظرية لكونها إعادة لصياغة نظرية عقد القرض التي نادى بها الأستاذ GIOVANOLI، والفرق بينهما هو أن الأستاذ دويدار غيّر تسمية القرض بتسمية التمويل، لذلك فانّه لم يتمكن من الوصول الى اقتراح نظام قانوني يفسّر العلاقة الموجودة بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي.[452]

بعد دراستنا لبعض النظريات التي حاولت الخروج بعقد الاعتماد الايجاري من دائرة العقود الكلاسيكية لتجد له طبيعة قانونية خاصة، على غرار نظرية العقد المنشئ للملكية الاقتصادية، ونظرية العقد المركب ثم نظرية عقد التمويل بضمان الملكية غير الحيازية، والتي تعتبر عيّنة فقط من العديد من النظريات الحديثة التي قيلت في طبيعة العقد، لذلك توصلنا إلى اختلاف عقد الاعتماد الايجاري عن بعض العقود التي قد يظهر للوهلة الأولى أنها تتشابه معه، كما أننا أبرزنا بعض المحاولات الفقهية لإيجاد طبيعة هذا العقد الذي أسال الكثير من الحبر، والتي تشوب كل منها نقائص والدليل على ذلك الانتقادات الموجهة لها، مما دفعنا إلى القول بأن هذا العقد له طبيعة ذاتية خاصة به سنحاول إبرازها من خلال المبحث التالي.

---

[450]- لقد سبق وأن تطرقنا في دراستنا لخصائص عقد الاعتماد الايجاري الدولي إلى الخيارات الثلاثة المتاحة للمستفيد عند نهاية العقد، فهذا الأخير غير ملزم بشراء الأصل بل هو مخيّر.

[451]- ضياء خالد عمر محيرز، المرجع السابق، ص 60.

[452]- حمزي إبراهيم، المرجع السابق، ص 115.

المبحث الثاني

الطبيعة الخاصة والذاتية لعقد الاعتماد الايجاري الدولي

إن أي بحث عن طبيعة عقد الاعتماد الايجاري الدولي لا بد أن يأخذ بعين الاعتبار الأهداف التي يحققها هذا العقد، ولعل هذا الجانب أهملته كل النظريات التي حاولت أن تكيّف العقد لذلك كانت محا انتقاد، فعقد الاعتماد الايجاري الدولي يحتوي على عدّة عقود كلاسيكية، الا أن الفكر القانوني قام باستغلال الطبيعة المكملة لهذه العقود وتعديل آثارها واستبعاد كل ما يخالفها حتى تتماشى مع الطبيعة الخاصة للاعتماد الايجاري، لذلك لا يمكن اعتباره مجرّد تطبيق لتلك العقود التي يتضمّنها.[453]

سنبين في هذا المبحث الطبيعة المميزة لعقد الاعتماد الايجاري الدولي من خلال ابراز مختلف المراحل التي يمر بها والوظائف التي يؤديها(المطلب الأول)، ثم بعد ذلك سنبين مظاهر تمتّع هذا العقد بالطبيعة الخاصة والذاتية، من خلال ابراز الضمانات التي يتمتع بها المؤجر التمويلي (المطلب الثاني).

[453] -CREMIEUX-ISRAEL Daniel, op.cit. p. 496.

المطلب الأول

مراحل عقد الاعتماد الايجاري الدولي والوظائف التي يؤدّيها

يعتبر عقد الاعتماد الايجاري الدولي وسيلة للتمويل أنشأها العرف والتعامل التجاريين تسمح للمتعاقدين بتحقيق أهدافهم، إذ أن المستفيد (المستأجر المستقبلي) يريد الحصول على تجهيزات لمشروعه دون أن يوظف رأسماله في ذلك، أما المؤجر المستقبلي (شركة الاعتماد الايجاري)، فانه يرغب في توظيف أمواله لكن بحصوله على ضمانات أكثر، وهذا ما لا يتحقق في إطار العقود التقليدية كالبيع بالتقسيط والبيع بالإيجار والقرض[454]

الفرع الأول

المراحل التي يمر بها عقد الاعتماد الايجاري الدولي

يمر عقد الاعتماد الايجاري بعدة مراحل وأول ما يبدأ به العقد هو الوكالة التي تمنحها شركة الاعتماد الايجاري (المؤجر المستقبلي الموكل)، للمشروع (المستأجر المستقبلي الوكيل)، [455] وكالة أولى تمنح للوكيل باختيار البائع الذّي سيتعامل معه ثم التفاوض معه على تحديد الأصول ومواصفاتها الفنية والهندسية-حسب ما يتلاءم مع احتياجاته –وتسمى هذه الوكالة بالوكالة بالرئيسية،[456] ثم تمتد هذه الوكالة لتشمل عمليات شراء وتسلّم الأصول من المورد، وهي وكالة ثانية سمّاها البعض بالوكالة التبعية.[457]

---

[454]- الخصاونة علاء الدين عبد الله فواز، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي-دراسة مقارنة -، دار الثقافة، عمّان، 2002، ص 208.

[455] - HEMARD Jean, op.cit., p. 12,13.

[456]- ناصيف الياس، عقد الليزينغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 90.

[457]- يرى الدكتور فخري رياض في رسالة الدكتوراه التي تناول فيها الآليات القانونية المميزة لعقد التأجير التمويلي، بأن تسلم المستأجر للمعدات من المورد أو من المنتج يتم بموجب وكالة تبعية يمنحها له شركة الاعتماد الايجاري.

إن الوكالة الواردة في عقد الاعتماد الايجاري الدولي رغم أنّها وكالة القواعد العامة في خطوطها العريضة، إلا أنّها تأخذ شكلا خاصا وتهدف أساسا الى حماية مصلحة المؤجر التمويلي، فتجنّبه بذلك تحمّل أيّ مسؤولية عن طريق إعفاءه من أي ضمان للمعدات محل العقد، ما دام المستأجر التمويلي هو الذّي اختارها بالمواصفات التي يريدها كما أنّه هو الذّي تسلّمها من المورد.[458]

تأتي المرحلة الثانية أين يحتفظ المستأجر التمويلي بهذه المعدات -التي تبقى مملوكة لشركة الاعتماد الايجاري-، ليستعملها على سبيل الإيجار فقط، فتخضع هذه العلاقة الايجارية لأحكام عقد الايجار، دون تطبيق تلك الاحكام التي لا تتلاءم مع الوظيفة التمويلية لعقد الاعتماد الايجاري،[459] لذلك فان المؤجر التمويلي سيعفى من كل الالتزامات التي يتحملّها المؤجر في عقد الايجار اذ يتحمل المستأجر التمويلي صيانة المعدات، كما يعفي المؤجر التمويلي من أي رجوع عليه سواء بسبب ضمان العيوب الخفية أو ضمان التعرض والاستحقاق، [460] لذلك يمكن القول بأن المؤجر التمويلي يحاول -على حساب المستأجر-اعفاء نفسه من تحمل كل المخاطر التي يمكن أن تعترض عملية الاعتماد الايجاري، بداية من تسلّم الأصل ثم صيانته وحتى الضمان، فهو يعتبر نفسه قد نفّذ التزاماته بمجرد دفع ثمن الأصل للمورد.

بعد انتهاء المدة المحددة في العقد تكون للمستأجر التمويلي خيارات ثلاثة: إما أن يمدد العقد أو ينهيه أو يقوم بشراء المعدات، وبالتالي تظهر علاقة قانونية أخرى والتي تتمثل في عقد البيع.[461]

---

[458]- فخري رياض، المرجع السابق، ص 122.

[459]- فخري رياض، المرجع السابق، ص 206.

[460]- يرى الأستاذ علي سيد قاسم بأن المركز القانوني للمؤجر التمويلي فيما يخص الضمان، يقترب من مركز مالك الرقبة الذي يلتزم بأن لا يضع عراقيل أمام المنتفع، وأن يتركه يمارس حق الانتفاع خلافا للقواعد العامة التي تفرض على المؤجر التزامات ايجابية.

[461]- سبق لنا الحديث بالتفصيل في الخيارات المتاحة للمستأجر عند نهاية عقد الاعتماد الايجاري الدولي.

إن عقد الاعتماد الايجاري الدولي يحتوي على قواعد مستحدثة لا تتضمنها العقود التقليدية التي يتكون منها، إذ نجد فيه أحكام وقواعد تتلاءم مع طبيعته عجزت عن تفسيرها كل القوالب التي يتكون منها هذا العقد، فتطبيق قواعد العقود التي يحتويها عقد الاعتماد الايجاري يكون بصورة انتقائية تهدف إلى تحقيق الغاية من العقد،[462] لذلك يمكن القول أن الاعتماد الايجاري كعملية يتضمن مجموعة من التقنيات التي لا تبق على حالتها، بل تطرأ عليها تعديلات عديدة تشكل لنا عقدا خاصا متميزا ومستقلا عن العقود التي يتضمنها،[463] فالعقود التي تتضمنها العملية مجرّد مصدر أخذنا منها أحكام لعقد جديد يختلف عنها،[464] وهذا ما دفع بالكثير من الفقهاء إلى اعتبار عقد الاعتماد الايجاري عقد ذو طبيعة خاصّة يتطلّب قواعد قانونية ومحاسبية وضريبية تتناسب ووظائفه الاقتصادية.[465]

الفرع الثاني

الوظائف التي يؤديها عقد الاعتماد الايجاري الدولي

يحقق عقد الاعتماد الايجاري الدولي أهمية بالغة سواء بالنسبة للمستأجر التمويلي أو للمؤجر التمويلي، وحتى بالنسبة للمورد:

أولا-وظائف عقد الاعتماد الايجاري بالنسبة للمستأجر التمويلي: لقد عجزت وسائل التمويل التقليدية عن تلبية حاجة المشاريع الاقتصادية من التمويل، لذلك ظهر هذا

---

[462]- الخصاونة علاء الدين عبد الله فواز، المرجع السابق، ص 210.

[463]- إذ يعتبر عقد الاعتماد الايجاري الدولي عقد قائم بذاته له كيانه المستقل والمتميز عن غيره من العقود، ويستقل عن القوالب العقدية التي يتكون منها إذ تذوب هذه الأخيرة في هذا الكيان الجديد والمستقل حتى تتلاءم مع طبيعته، ويقول في هذا الشأن الأستاذ Chantal Bruneau أن الملكية مرتبطة بثلاث عقود تقليدية وهي: البيع، الإيجار، القرض، إلا أن الخيال الواسع لرجال القانون استطاع أن يدمجها ويشكل لنا عقود جديدة استجابة للضرورة العملية، وأبرز هذه العقود الاعتماد الايجاري.

[464]- فخري رياض، المرجع السابق، ص 226.

[465]- صديق رمضان، المرجع السابق، ص 18.

النوع من العقود الذي أصبح وسيلة جديدة من وسائل تمويل المشاريع الضخمة وكذا المشاريع المتوسطة والصغيرة، ومنحها الفرصة لتمويل احتياجاتها من الأصول الانتاجية[466]، إذ يسمح هذا العقد بحيازة الأصول ثم تملّكها -إذا رغب المستأجر التمويلي ذلك-[467]

1-عقد الاعتماد الايجاري الدولي وسيلة لتمويل الاستثمارات: يعتبر المستأجر التمويلي المستفيد الأول من عقد الاعتماد الايجاري الدولي، إذ يحقق له هذا العقد العديد من الامتيازات والتي تتمثل فيما يلي:

أ-التمويل الكامل للاستثمار: إن الاقتراض المصرفي التقليدي لم يحل مشكلة تمويل المشروعات الاقتصادية بالتجهيزات الرأسمالية إلاّ جزئيا،[468] إذ يبقى صاحب المشروع دائما تحت خطر المديونية،[469] لهذه الأسباب توصّل الفكر القانوني والاقتصادي إلى التمويل عن طريق الاستئجار بدل تمويل التملك.[470]ويعتبر الاعتماد الإيجاري الصورة الحديثة في تمويل الاستثمارات الاقتصادية متوسطة وطويلة الأجل،[471] لأن عنصر التمويل فيه هو حجر الزاوية الذي تقوم عليه جميع أحكامه لهذا يجب تفسير قواعده على أساس الغاية الاقتصادية منه[472].

---

[466]- يظهر دور الاعتماد الايجاري في تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة لكون هذه الأخيرة تفتقد أكثر من غيرها للتمويل الذاتي.

[467]- الشوابكة محمد عايد، المرجع السابق، ص 97.

[468] - Entretien avec Walter Schouten, directeur général Alios Finance Cameroun, *in Africain Business*, novembre-décembre 2009, p. 61.

[469] - TRABELSI – EL GHARBI Myriam, *Le choix de la source de dettes par les grandes firmes : le cas français*, Thèse de doctorat, Université d'Orléans et Université de Tunis, 2009 p. 16.

[470]- عسالي عبد الكريم، " ماهية عقد الاعتماد الايجاري الدولي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة -بجاية-عدد 2 لسنة 2010، ص 140، وللمزيد من التفاصيل حول وسائل التمويل أنظر:
Notaires de France, Le financement : les moyens de ses projets-la maitrise des risques, 107e congrès des notaires de France, Cannes 5-8 juin 2011, BANQUE et ASSURANCES, Paris, 2011.

[471] - FRANCK Laetitia, op. cit. p. 34.

[472]- بعتاش ليلى، " عقد الاعتماد الايجاري"، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، عدد 33، جوان 2010، ص 220، أنظر أيضا:

لقد برز عقد الاعتماد الايجاري كأحدث وسيلة تمويلية[473] تسمح للمستأجر من اقتناء الآلات والمعدات اللازمة لمشروعه، عن طريق التمويل الكامل بنسبة 100% دون أن يجمّد أمواله في ذلك، وهذا ما لا توفره أساليب التمويل الأخرى[474] والتي عادة ما تموّل المشاريع بنسبة لا تتجاوز كأقصى تقدير 70%من تكلفة الاستثمار مع تحمل المستثمر لباقي التكلفة،[475] إذ يعتبر الاعتماد الايجاري- في رأي البعض- أنه الحل الأمثل للتمويل الذي يمكن اللّجوء اليه عندما تتعذر عليه وسائل التمويل الأخرى،[476] كالاقتراض من الأفراد أو من البنوك أو اللّجوء إلى الشراء بالتقسيط،[477] إلا أنّه في مثل هذه الحالات عادة ما يتحمّل صاحب المشروع إجراءات قانونية كلاسيكية لضمان وفاءه بالدين، مثل تقديم ضمانات عينية أو ضمانات شخصية أو كلاهما معا،[478] أمّا الاعتماد الايجاري فانّه يسمح للمستأجر التمويلي من جهة

E. RAMIREZ Medina, « L'importance économique des opérations de leasing », *Cahiers de droit fiscal international*, Stockholm, 1990, pp. 327-337.

[473] - HOCINE Farida, *L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international*, Thèse de doctorat en droit, faculté de droit et sciences politiques, Université Mouloud MAMMERI ,Tizi ouzou, 2012, p. 1.

[474]- فهمي محمود محمد، المرجع السابق، ص 14.

[475] -Le crédit-bail, dont le but est de se substituer à l'emprunt, permet à l'entreprise un financement à 100% du bien considéré, qu'il soit mobilier ou immobilier. Cet avantage est d'autant plus important que la majorité des prêts bancaires couvrent un maximum de 70% de la valeur de l'investissement, laissant les 30% restant à la charge de l'entreprise. Le crédit-bail constitue donc une source de financement intéressante pour les petites entreprises ayant de fortes opportunités de croissance et/ou de faible revenu puisqu'il améliore les liquidités et les possibilités financières, Voir, BELLETTRE Ingrid, Les choix de financement des Très Petites Entreprises , Thèse de doctorat en Sciences de Gestion, Université de Lille 2, 2010,p. 195 et 196.

[476]- حمد الله محمد حمد الله، النظام القانوني لإيجار الطائرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 199.

[477]- فهمي محمود محمّد، التأجير التمويلي وسيلة جديدة للتمويل وتنشيط سوق المال، وثيقة صادرة عن وزارة شؤون الاستثمار والتعاون الدولي، مصر، د س، ص 37.

[478]-أنظر: ناصيف الياس، عقد الليزينغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 39، وأنظر أيضا: أيت وازو زينة، مواجهة الأخطار المصرفية في ضل القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-،2012، ص 104.

الحصول على الأصول المطلوبة لمشروعه بسرعة،[479]ومن جهة أخرى يخفف الأعباء على موارده المالية وتوظيفها للاستخدامات الأخرى للمنشأة ممّا يسمح له بتحقيق المزيد من الاستثمارات،[480] يمنح الاعتماد الايجاري للمستأجر التمويلي التمويل الكامل لاستثماراته دون أن يتحمّل نفقات في مشروعه، لهذا السبب نجد أصحاب المشاريع الجديدة من الشباب الذين لا تتوفر لديهم إمكانات مالية كبيرة يلجؤون الى الاعتماد الايجاري.

تتناسب هذه التقنية للتمويل مع فكرة الآلة تدفع ثمنها من عائداتها، لذلك فان المستأجر يقوم بدفع ثمن الأصول من عائداتها، وهذا ما يفسّر ارتفاع الأقساط في بداية عمر الأصل-وحينها تكون عائدات الأصل مرتفعة-وانخفاضها عند نهاية عمر الأصل-حينها تكون عائدات الأصل منخفضة-. [481] ولعل ما يؤكد الطابع التمويلي لهذا العقد هو نطاق استعماله، إذ ينحصر فقط في المجالات الإنتاجية (زراعية، صناعية، تجارية مهن حرة، خدمات)، دون المجالات الاستهلاكية (الاستعمال الشخصي أو العائلي).[482]ونظرا للمنافع التي تتيحها هذه التقنية الحديثة يتبيّن أنها - بمزاياها المختلفة و المتعددة- بأنّها أنسب التقنيات التمويلية للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة التي تعاني مشاكل عديدة و على رأسها المشاكل المالية الحادة الناتجة عن عدم قدرتها على تمويل نفسها ذاتيا إذ توفر للمشروعات الصغيرة والمتوسطة احتياجاتها من الأصول الرأسمالية اللازمة دون حاجة إلى تخصيص جزء من أموالها لشرائها

---

[479]- العربيد نضال، "التوجيه المحاسبي للتأجير التمويلي في البنوك التجارية السورية"، مجلة جامعة دمشق، المجلد 1، العدد الأول لسنة 2000، ص 120.

[480]- ناصيف حسام الدين فتحي، التأجير التمويلي الدولي للمنقول (دراسة للقواعد المادية وقواعد تنازع القوانين الواجبة التطبيق على التأجير التمويلي الدولي، في القوانين الوطنية واتفاقية أوتاوا الموقعة في 1988)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 14.

[481]- الحجازي عبيد علي أحمد، المرجع السابق، ص 457.

[482]-القلاب بسام هلال مسلم، المرجع السابق، ص 27.

وإلقاء عبء على ميزانيتها، مما يتيح لها سيولة أكبر وبالتالي فرصة أوسع في توظيف أموالها في أوجه أنشطتها الأخرى ممّا يعنى تحقيق المزيد من الاستثمارات.[483]

ب-استبدال الأصول الإنتاجية لمواكبة التطور التكنولوجي: إن عقد الاعتماد الايجاري الدولي يمنح للمستأجر إمكانية تحديد المواصفات الفنية للآلات والمعدات التي يحتاجها (إذا كان محل العقد منقولا)، كما يتيح له إمكانية اختيار موقع العقار ومواصفاته الفنّية والهندسية (إذا كان محل العقد عقارا) والتي تتناسب تماما مع احتياجاته وهذا ما يمكّنه من الاستفادة من الاختراعات المتوالية عن طريق تجديد الأصول الإنتاجية بشكل مستمر.[484]

يسمح الاعتماد الايجاري الدولي للمستأجر باستبدال الأصول المستخدمة لديه بأصول أخرى أكثر كفاءة وجودة، مع تجنّب مخاطر اضمحلالها وتخلّفها بسبب التقدم الكبير والسريع في التقنية، [485]ويظهر هذا بوضوح في الآلات الدقيقة وأجهزة الكمبيوتر التي تفقد أكثر من 80% من قيمتها في مدة 5 سنوات.[486] فهذا العقد يمكّن المستأجر من الحصول على أحدث المعدات والآلات المتطورة ذات التكنولوجيا العالية، بأبسط الأساليب وفي أسرع وقت ممّا يضمن القدرة التنافسية لمشروعه في السوق.[487]

---

[483]- أشرف محمد دوابه، " إشكالية تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الدول العربية "، مجلة البحوث الإدارية، مركز الاستشارات والبحوث والتطوير، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، عدد 4 لسنة 2006، ص 32.

[484]-القلاب بسام هلال مسلم، المرجع السابق، ص 30.

[485] - Leasing : tendances actuelles, *publication de Crédit Suisse Economic Research*, 18 octobre 2006, p.21, www.crédit-suisse.com/entreprises.

[486]- محمد عبد العزيز سمير، التأجير التمويلي ومداخله المالية، المحاسبية، الاقتصادية، التشريعية، التطبيقية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2001، ص 78.

[487]- مصطفى كمال السيد طايل، " دور التأجير التمويلي في تنمية المشروعات الصغيرة والمتوسطة"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، عدد 22 لسنة 2002، ص 314.

إنّ تأجير المعدات والآلات يسهّل مهمة المستأجر في استبدال وتجديد هذه الأخيرة عند انقضاء عقد الاعتماد الايجاري،[488] في حين أن شراءها سيحرمه من هذه الميزة لكونه سيتحمل تبعة اضمحلال الآلات والمعدات لكونه المالك، ومن جهة ثانية لا يستطيع أن يتحمل في كل مرة نفقات تجديدها ليواكب التقدم التكنولوجي، فيجد نفسه مرغما على الاحتفاظ بها ممّا سيؤثر سلبا على كمية ونوعية الإنتاج لديه.[489] و لتأكيد ذلك يمكن أن نستدّل بأحد الأنشطة التي عرفت انتشارا أكثر لعقد الاعتماد الايجاري الدولي وهو النقل الجوي،[490] إذ أن التطور التكنولوجي يقدم في هذا المجال دائما طائرات أكثر تطورا ، هذا ما يفرض على شركات النقل الجوي الحصول عليها حتى تحافظ على مركزها في السوق الدولية، لكون الزبون يفضّل التعامل مع الشركات التي تقدّم أرقى الخدمات، مع العلم أن الطائرات القديمة تصبح سلعة من الدرجة الثانية من الأحسن التخلص منها، وعادة ما تفرض القوانين الدولية في مجال الملاحة الجوية على شركات الطيران استبدال طائراتها بداعي الحفاظ على البيئة، وكذا حفاظا على السلامة والأمن كما حدث مع الجيلين الأول والثاني من طراز طائرة البوينغ.[491]

من خلال ما قلناه يتأكد ما ذهب إليه جانب من الفقه في اعتبار عقد الاعتماد الايجاري الدولي وسيلة من وسائل التطور المستمر، وعاملا من عوامل التقدم العلمي والتكنولوجي.[492]

---

[488]- زغيب مليكة، " استخدام قرض الإيجار في تمويل المؤسسات المتوسطة والصغيرة"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد السابع فيفري 2005، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 8.

[489]- البدالي نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص 33.

[490]- والسبب هو ارتفاع تكلفة شراء الطائرات ممّا يدفع بشركات الطيران إلى اللّجوء إلى استئجارها بنظام الاعتماد الايجاري، إذ تبيّن دراسة أجريت في سنة 1985 بأن قطاع الطيران يستأثر بحوالي 75% من جملة الاستثمارات الممولة عن طريق الاعتماد الايجاري، فقد أنفقت شركات الاعتماد الايجاري حول العالم حوالي 110 مليار دولار على المعدات التي تم تأجيرها إلى العملاء، وتستحوذ الولايات المتحدة على أكبر نسبة بحوالي 70 مليار دولار.

[491]- الحجازي عبيد علي أحمد، المرجع السابق، ص 459.

[492]- القلاب يسام هلال مسلم، المرجع السابق، ص 30.

ج-تحسين صورة الميزانية: إن هذه الطريقة في التمويل تساهم في تحسين ميزانية المستأجر التمويلي، إذ أن مصاريف الايجار لا تظهر في الميزانية في شكل ديون على عاتق المستأجر التمويلي وهذا ما يسمّى ***بالحياد المحاسبي***[493]، وهذا ما يتيح له فرصة طلب قرض من الغير باعتبار أنّه ليس مدينا بأيّ دين،[494] مادامت القيمة الايجارية لا تظهر في شكل ديون عليه ممّا يخلق حالة يسار ظاهر للمستأجر التمويلي.[495] إضافة الى ذلك فان تكاليف استئجار الأصول الإنتاجية تخصم من وعائه الضريبي لكونها تكاليف لازمة للإنتاج (تكاليف الإنتاج)، لهذا لا تخضع للضريبة.[496]

د-الاستفادة من الحوافز الضريبية: تلعب الإعفاءات الضريبية دورا كبيرا في تشجيع المستثمرين على إقامة مشاريعهم في المجالات التي تتمتع بأكبر قدر من التحفيزات[497]، وفي دراسة نشرها الأستاذ DELTZ -عقب عملية لاستطلاع الرأي-فان حوالي 47% من المستثمرين في سويسرا و63% في ألمانيا، يرون بأن الحوافز الضريبية تلعب دورا بارزا في عقود الاعتماد الايجاري،[498] اذ استطاعت الحوافز الضريبية أن تخفّض تكلفة الاعتماد الايجاري ممّا يزيد من الأرباح المحققة وبالتالي زيادة حجم الاستثمار.[499]

---

[493]- على عكس طرق التمويل الأخرى التي تقيّد مرتين: في جانب الأصول وفي جانب الخصوم، فان أقساط الأجرة التي يدفعها المستأجر لا تظهر في صورة ديون بل تظهر في صورة تكلفة إنتاج، أنظر:
BELLETTRE Ingrid, op. cit. , p.196.

[494]- أنظر: قاسم علي سيد، المرجع السابق، ص 13، وأنظر أيضا:
PADE Olivier, op.cit. , p. 9.

[495]- البدالي نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص 35.

[496]- Voir, BRUNEAU Chantal, op. cit., p. 32, Voir notamment, BELLETTRE Ingrid, op. cit, p. 197.

[497]- RAOUYA A. « La fiscalité : un levier pour booster l'investissement, bulletin d'information de la direction générale des impôts », *la lettre de la D.G.I.*, N° 45, pp.1-6, www.mfdgi.gov.dz., .

[498]- الحجازي عبيد علي أحمد، المرجع السابق، ص 462.

[499]- المرجع نفسه، ص 498.

أما في الجزائر فان عمليات الاعتماد الايجاري الدولي قد حظيت بامتيازات ضريبية بدأت من خلال قانون المالية لسنة 1994[500]، والذي جاءت فيه الامتيازات التالية:

1-تستفيد التجهيزات المستوردة في شكل الشراء عن طريق الكراء (الاعتماد الايجاري)، من النظام الجمركي للقبول المؤقت طوال مدة قرض الإيجار، ولا يمكن أن تتجاوز هذه المدة 5 سنوات.[501]

2-تشبه الواردات و/أو الصادرات من التجهيزات في شكل الشراء عن طريق الكراء المالي (فرض الإيجار)، عمليات التسديد المؤجل، وتخضع لشروط تعيين موطن الوفاء والدفع التي تطبق على هذه العمليات.[502]

ثم جاء قانون المالية لسنة 1996[503] بمجموعة من التدابير وهي:

1-تلحق بالحاصل الخاضع للضريبة أرباح الصرف الكامل والمتولدة عن الحركة المالية بعملة معيّنة، ومثبتة في نهاية السنة المالية على الديون والقروض المبرمة.[504]

2-تشمل عمليات الاعتماد الايجاري الدولي للأملاك المنقولة ذات الاستعمال المهني الصادرات أو الواردات الخاصة بهذه الأملاك، التي يؤجل دفعها وتخضع لشروط الدفع المطبقة على هذه العمليات، كما تخضع الواردات والصادرات عن طريق الاعتماد الايجاري لنظام جمركي

---

[500]- بموجب مرسوم تشريعي رقم 93-،18 مؤرخ في 29 ديسمبر 1993، يتضمن قانون المالية لسنة 1994، ج ر عدد 88، الصادر في 30 ديسمبر 1993.

[501]- المادة 135 من مرسوم تشريعي رقم 93-18، السابق الذكر.

[502]- المادة 136 من المرسوم نفسه.

[503]- بموجب أمر رقم 95-27، مؤرخ في 30 ديسمبر 1995، يتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج ر عدد 82، الصادر في 31 ديسمبر 1995.

[504]- المادة 113 من أمر رقم 95-27، السابق الذكر.

موقف للحقوق والرسوم الجمركية الذي هو القبول المؤقت بالنسبة للواردات طبقا لمدة عقد الكراء.[505]

3-عمليات الاستيراد في إطار الاعتماد الايجاري الدولي معفاة من كل الإجراءات المفروضة من النظام الخاص بمراقبة التجارة الخارجية ومراقبة الصرف (التّصاريح العادية أو الاستثنائية) باستثناء تلك الخاصة بالتوطين البنكي السارية المفعول[506] Domiciliation Bancaire .

ثم جاء قانون المالية لسنة 2000[507] والذي منح تخفيض بنسبة 60% على المبالغ المدفوعة بعنوان الإيجارات، بموجب عقد الاعتماد الايجاري الدولي لأشخاص غير مقيمين في الجزائر[508].

ثم توالت بعد ذلك مجموعة من الامتيازات الضريبية في قوانين المالية التي جاءت تباعا، اخرها ما جاء في قانون المالية لسنة 2014،[509] وكان الهدف منها هو تشجيع الاستثمار عن طريق عمليات الاعتماد الايجاري الدولي.[510]

2-عقد الاعتماد الايجاري الدولي وسيلة لنقل التكنولوجيا: يعتبر عقد الاعتماد الايجاري الدولي أحد الوسائل الهامة والفعّالة لتحديث وتجديد المعدات والأصول الإنتاجية،

---

[505]- المادة 135 من أمر رقم 95-27، يتضمن قانون المالية لسنة 1995، السابق الذكر.

[506]-أنظر نص المادة 138 من الأمر نفسه، إذ يخضع كل استيراد لإجراء التوطين إجبارا يعيّن مقدما لدى بنك وسيط معتمد في الجزائر، أنظر نص المادة 3 من نظام بنك الجزائر رقم 91-03 مؤرخ في 20 فيفري 1991، يتعلّق بشروط القيام بعمليات استيراد سلع للجزائر وتمويلها، ج ر عدد 23، الصادر بتاريخ 25 مارس 1993، المعدل والمتمم بالنظام رقم 94-11 مؤرخ في 12أفريل 1994، ج ر عدد 72، الصادر بتاريخ 6 نوفمبر 1994.

[507]- بموجب قانون رقم 2000-06 مؤرخ في 23 ديسمبر 2000، يتضمن قانون المالية لسنة 2001، ج ر عدد 80، الصادر بتاريخ 24 ديسمبر 2000.

[508]- المادة 11 من القانون نفسه.

[509]- بموجب قانون رقم 13-08، مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر عدد 68، صادر بتاريخ 31 ديسمبر 2013.

[510]-أنظر: عسالي عبد الكريم، " الطبيعة الخاصة والمميّزة لعقد الاعتماد الايجاري الدولي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 1 لسنة 2013، ص 53، وللمزيد من التفاصيل حول الامتيازات التي جاءت في باقي قوانين المالية أنظر: مبروك حسين، المدونة البنكية الجزائرية مع النصوص التطبيقية والاجتهاد القضائي والنصوص المتممة، دار هومة، الجزائر،2005، ص ص 236-240.

خاصة الأصول ذات التقنية والمضمون المعرفي المتقدم حيث يمكن استخدام هذا العقد كأداة لنقل التكنولوجيا، اذ تنقل المعدات الإنتاجية من دولة الى أخرى مع التقنية التي تتضمنّها والمهارة الفنية إضافة الى أسلوب استخدامها، وسنبيّن فيما يلي المقصود بنقل التكنولوجيا، حتى نتمكّن بعد ذلك من إبراز دور عقد الاعتماد الايجاري الدولي في نقل التكنولوجيا.[511]

أ -تعريف نقل التكنولوجيا: يعتبر نقل التكنولوجيا ظاهرة حديثة تعبّر عن واقع قديم وهي القدرة على اكتساب المعلومات ونقلها إلى الغير، اذ يرى البعض بأنّ سلوك الصّينيين بتعليم العرب فنّ الطّباعة في سمرقند كان نقلا للتكنولوجيا، كما أن أول انسان اكتشف النّار ثم قام بكشف طريقة اشعالها للغير هو أيضا بمثابة نقل للتكنولوجيا.[512] ولعل الفضل في جعل التكنولوجيا عنصرا جوهريا في المجتمع يعود إلى بعض المفكرين الذين نادوا إلى ضرورة بناء العلاقة الموجودة بين العلم والتكنولوجيا مثل فرانسيس بيكون في انجلترا ورينيه ديكارت في فرنسا[513].

يمكن الحديث عن نقل للتكنولوجيا حينما يضع أحد الأطراف تحت تصرّف طرف آخر عملية الإنتاج أو عملية الإدارة أو مزيجا بين العمليتين،[514] لذلك فان إن الدول النامية إذا ما رغبت في تطوير صناعتها للوصول إلى تكنولوجيا عالية المستوى، يلزمها إبرام اتفاقية

---

[511]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، 46.

[512]- لمزيد من التفاصيل حول نقل التكنولوجيا أنظر: الهمشري وليد عودة، عقود نقل التكنولوجيا-الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية دراسة مقارنة-دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 2009، ص 33.

[513]- معاشو عمار، المرجع السابق، ص 2.

[514]- زايف عبد الله، التقنين الدولي لنقل التكنولوجيا، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري -تيزي وزو-، 2003/2002، ص 15.

تعاون مع أحد الدول المتقدمة صناعيا أو أحد شركاتها في إطار عقد نقل التكنولوجيا الذي يحكم هذا النّوع من العلاقات،[515]

والهدف من عقد نقل التكنولوجيا هو القيام بنقل التكنولوجيا من طرف يسمى المورد الى اخر يسمى المتلقي، ويكون موضوعها الآلات أو المنشآت الصناعية، إضافة الى نقل المعرفة الفنّية الخاصة بها[516]، ولا يقصد بنقل التكنولوجيا شراء التكنولوجيا فقط، بل المعنى الحقيقي لنقل التكنولوجيا هو ذلك النّقل الذّي يؤدي إلى تقوية القدرات التكنولوجية والتقنية والاقتصادية للمستورد، وإذا زوّد بالمعارف الفنية تمكن من التنفيذ والتحكم والتطويع ثّم بعد ذلك إنتاج تكنولوجيا جديدة. [517]

إلا أن النظام التكنولوجي الدولي السائد يتميّز بمظهرين أساسين: الفجوة التكنولوجية الهائلة بين الدول المتقدمة والدول النّامية، ممّا جعل هذه الأخيرة في تبعية مطلقة تجاه الأولى.[518]

ب - علاقة عقد الاعتماد الايجاري الدولي بنقل التكنولوجيا: قامت اللّجنة الاقتصادية لشؤون أوربا(C.E.E)[519] التّابعة لهيئة الأمم المتحدة، بنشر دراسة أظهرت ظهور توجه يدعو الدول النّامية إلى تمويل استثماراتها عن طريق الاعتماد الايجاري، كبديل عن عقود نقل التكنولوجيا التي تؤدي الى الاستمرار في علاقات التبعية الاقتصادية ، كم تبرز هذه الدراسة أن الاعتماد الايجاري الدولي أصبح وسيلة هامة جدا لتحديث اقتصاد الدول النامية، هذا ما دفع منظمة الأمم المتحدة للصناعة والتنمية (U.N.I.D.O) في ماي 1978 ، بتنظيم مؤتمر بفيينا لمناقشة عمليات الاعتماد الايجاري الدولي المبرمة داخل الدول النامية،

---

[515]- أنظر: الطيّارّ صالح بن بكر، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مركز الدراسات العربي الأوربي، باريس، 1999، ص 25.

[516]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 48.

[517]- زايف عبد الله، المرجع السابق، ص 16.

[518] - الهمشري وليد عودة، المرجع السابق، ص 309.

[519]- والتي أنشأت بمقتضى قرار من المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة في 28 مارس 1947.

وعقب هذا المؤتمر قام البنك الدولي بتأسيس ست (6) شركات لممارسة الاعتماد الايجاري في الدول النامية [520].

يعتبر الاعتماد الايجاري الحل الأفضل للدول النّامية نظرا للقدرات المالية المحدودة لمشروعاتها الاقتصادية، لكونها تعاني من صعوبات في الحصول على التمويل[521]، لذلك فانّه سيساهم حتما في دفع التنمية الاقتصادية في هذه الدول، [522]فالاعتماد الايجاري وسيلة لتمويل الحصول على المعدات والآلات بما تحمله من معارف تكنولوجية-دون إرهاق متلقيها- كأداة لنقل تلك المعدات أو التجهيزات ذات التكلفة المرتفعة، ويتم معها نقل المعرفة والمهارة وكذا أسلوب استخدامها. [523]

ثانيا-وظائف عقد الاعتماد الايجاري الدولي بالنسبة للمؤجر التمويلي وبالنسبة للمورّد: إن عقد الاعتماد الايجاري الدولي لا يحقق فوائد للمستأجر التمويلي فقط، بل يخدم مصلحة المؤجر التمويلي أيضا[524] وتظهر أهمية هذا العقد للمؤجر التمويلي من عدّة نواحي:

1-وظائف عقد الاعتماد الايجاري الدولي بالنسبة للمؤجر التمويلي: يحقق الاعتماد الايجاري للمؤجر التمويلي عدة مزايا وهي:

---

[520]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع نفسه، ص 48.

[521]- هشام خالد، البنوك الإسلامية الدولية وعقودها (مع إشارة خاصة لنظام التأجير التمويلي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2001، ص 37.

[522]- لقد أشار الأستاذان عبد الكريم عبد الحميد وحافظ كامل الغندور خلال الندوة التي نظمتها الجمعية المصرية للإدارة المالية، حول دور مؤسسات التمويل، إلى ثلاثة دراسات مختلفة عالجت أوضاع ثلاثة بلدان وهي مصر، المغرب والكونغو، وتوصلت كلها إلى هذه النتيجة.

[523]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 49.

[524] - TOLSTOY Stéphane, « L'importance économique du crédit-bail », *Cahiers de droit fiscal international*, Stockholm, 1990, pp. 44-71.

أ- ائتمان مضمون بأقوى الضّمانات: إذا كان المستأجر التمويلي سيستفيد من تمويل كامل لمشروعه لكونه في أمسّ الحاجة الى التمويل، فان المؤجر التمويلي سيحتاج إلى ضمانات أكثر من أجل استرداد الأموال التي استثمرها في شراء الأصول المؤجرة، وينفرد عقد الاعتماد الايجاري في منح المؤجر التمويلي أقوى الضمانات (الحقوق العينية) على الإطلاق وهي حق الملكية والذي يخوّل صاحبه إمكانية الاستغلال والاستعمال والتصرف[525]، إذ يبقى هو صاحب ملكية الأصل المؤجر خلال كلّ مدة عقد الاعتماد الايجاري، إلى نهاية العقد، في حالة ما إذا قرّر المستأجر التمويلي خيار الشّراء عند انقضاء فترة الإيجار.[526] وبذلك يحصّن المؤجر التمويلي نفسه في مواجهة دائني المستأجر التمويلي في حالة إفلاس أو إعسار هذا الأخير، اي أن المؤجر التمويلي يتمتّع بمركز قانوني أفضل من المركز القانوني الذّي يتمتع به المقرض المتمتع بضمان شخصي أو عيني،[527] وأحسن من المركز القانوني للبائع بالتقسيط الذي ينقل ملكية الأشياء المبيعة إلى المشتري، إذ بإفلاس أو إعسار المقترض -في الحالة الأولى-أو المشتري- في الحالة الثانية-يصبح المقرض والبائع مهددان بعدم استرداد الائتمان.[528]

كما لا يتعرض المؤجر التمويلي للمخاطر التجارية في عقد الاعتماد الايجاري الدولي كتلك التي يتعرض لها البائع في عقد البيع كالخطر الناجم عن ركود البضاعة، أو الخطر الذي يتعرّض له المؤجر في الإيجار العادي الذي قد يصعب عليه الحصول على مستأجر يتعاقد معه،[529] ففي هذا العقد المستأجر التمويلي موجود مسبقا – قبل شراء الأصول-فهو الذي

---

[525]- VALCHAERTS Marie-Christine , DE CLIPPELE olivier, op.cit. , p. 52.

[526]- المادة 19 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[527] - CHANTAL Bruneau، op. cit. p. 32.

[528]- حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 110.

[529]- قحف منذر، " الإجارة المنتهية بالتمليك وصكوك الأعيان المؤجرة"، بحث مقدّم في دورة مجمع الفقه الإسلامي الدولي الثانية عشر، مدينة الرياض أيام 12-27 سبتمبر 2000، ص 4.

يقوم باختيار الأصول بنفسه وما على المؤجر التمويلي سوى دفع ثمنها وتملّكها، ثمّ تأجيرها له مقابل أقساط دورية تمكّنه من استرداد ثمن الشراء مضافا إليه هامش ربح.[530]

لقد حرص المشرع الجزائري على تكريس الطابع الائتماني لهذه العملية وذلك بتحديد طبيعة المؤجر التمويلي، إذ يعتبر الاعتماد الايجاري، "*عملية تجارية ومالية يتمّ تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية وشركة تأجير محترفة مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصّفة... .*"[531]أي أن المشرع الجزائري خوّل القيام بعمليات الاعتماد الايجاري للبنوك والمؤسسات المالية وشركات التأجير المؤهلة والتي تتمثل في شركات الاعتماد الايجاري،[532] كما اعتبر عمليات الاعتماد الايجاري عمليات قرض لكونها تشكّل طريقة تمويل اقتناء الأصول أو استعمالها.[533]

يتجلى من ناحية أخرى حرص المشرع على ضمان استيفاء المؤجر التمويلي لحقوقه كاملة وذلك بتحديد مدّة الإيجار بالنظر إلى العمر الاقتصادي للأصول المؤجرة، كما أن هذه المدّة غير قابلة للإلغاء وذلك حتى تغطّي الأقساط قيمة هذه الأصول، فقد جاء في أمر رقم 96-09 ما يلي:

"***يتم تحديد مدة الإيجار الموافق للفترة غير القابلة للإلغاء باتفاق مشترك بين الأطراف. يمكن أن توافق مدة الإيجار المدة المتوقعة للعمر الاقتصادي للأصل المؤجر... ."*** .[534]

---

[530]- قاسم علي سيد، المرجع السابق، ص 22.

[531]- المادة الأولى من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[532]- المادة الثانية من نظام رقم 96-06 مؤرخ في 3 يوليو 1996، يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الايجاري وشروط اعتمادها. ج ر عدد 66 لسنة 1996، والتي جاء فيها: " يمكن لشركات الاعتماد الايجاري على غرار البنوك والمؤسسات المالية، القيام بعمليات الاعتماد الايجاري كما هو منصوص عليها في التشريع المعمول به.

[533]- المادة الثانية من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع نفسه.

[534]- المادة 12 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر.

ب- الاستفادة من المزايا الضريبية: لقد كان عقد الاعتماد الايجاري ينظر إليه من الناحية الضريبية على أنّه نوع من أنواع الإيجار العادي، لذلك يخضع المقابل الذي يتحصّل عليه المؤجر التمويلي من تأجيره للأصول الإنتاجية للضريبة بوصفه إيرادا، إلا أن هذه المعاملة الضريبية البسيطة أثارت العديد من المشاكل بسبب عدم تناسبها مع الأحكام الخاصة بالاعتماد الايجاري[535]، فأصبح بعد ذلك يعامل معاملة القروض البنكية،[536] لذلك فقد لجأت بعض الدول المتقدمة كالولايات المتحدة الأمريكية، إلى منح شركات الاعتماد الايجاري مزايا ضريبية هائلة وذلك من أجل تشجيع الاستثمارات الجديدة، إذ قررت الحكومة الفيدرالية إعفاءا ضريبيا في شكل ضرائب دائنة لصالح المموّل في مواجهة مصلحة الضرائب، فيصبح مشتري الأصول الإنتاجية(المؤجر التمويلي) دائنا لمصلحة الضرائب بنسبة معيّنة من قيمة هذه الأصول تختلف بحسب نوع الأصل وعمره الإنتاجي، وتخصم هذه النسبة من مجموع الضرائب المستحقة على المؤجر التمويلي وليس من وعاءه الضريبي، وبذلك تستفيد المؤسسات التي تمارس عمليات الاعتماد الايجاري من إعفاء ضريبي يصل إلى 10% من قيمة المبالغ المستثمرة في تمويل الأصول الإنتاجية، مما ساهم في زيادة الاقبال على هذه التقنية من التمويل.[537]

ج-الإعفاء من المسؤولية: ان عقد الإيجار في القواعد العامة هو ذلك العقد الذي يلتزم المؤجر بمقتضاه، بتمكين المستأجر من الانتفاع بشيء معيّن لمدّة معيّنة مقابل أجر معلوم،[538] وأوّل التزام يقع على عاتق المؤجر في عقد الإيجار هو تسليم المال المؤجر للمستأجر[539]، فهل

---

[535]- الهندي منير إبراهيم، الفكر الحديث في مجال مصادر التمويل، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 582.

[536]- نبيه نسرين عبد الحميد، العقود الدولية وما تجده من مشكلات في الدول العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010، ص 57.

[537]- قاسم علي سيد، المرجع السابق، ص 26.

[538]- المادة 467 من أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[539]- المادة 476 من أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع نفسه.

يلتزم أيضا المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري الدولي، بتسليم المال المؤجر للمستأجر التمويلي؟

لقد نصّ المشرع الجزائري صراحة على أنّه يقع على عاتق المؤجر الالتزام بتسليم الأصل المؤجر طبقا للخصوصيات التقنية المعيّنة من قبل المستأجر، في الحالة والتاريخ المتفق عليهما في عقد الاعتماد الايجاري.[540] الا أنّه وبالنظر إلى الظروف المحيطة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي والتي تتمثل في كون المستأجر التمويلي هو الذي يختار المال المؤجر وهو الذي يختار المورد أو المقاول، لذلك فقد جرى العرف على أن يتولى المستأجر التمويلي استلام المال المؤجر مباشرة من المورد أو من المقاول[541]، والملاحظ هو أن المشرع الجزائري ذكر إمكانية تولي المستأجر التمويلي بعض التزامات المؤجر التمويلي إذ يمكن للأطراف المعنية بعقد الاعتماد الايجاري أن تتّفق فيما بينها على أن يتكفل المستأجر التمويلي -مقابل حقّه في الانتفاع الذي يمنحه إيّاه المؤجر التمويلي- بالتزام أو عدد من الالتزامات المتعلّقة بالمؤجر التمويلي...وتبعا لذلك يتنازل المستأجر التمويلي عن المطالبة بفسخ عقد الاعتماد الايجاري، أو تخفيض ثمن الإيجار بموجب هذه الضمانات.[542]

إلا أنّ هذه الإمكانية ذكرها المشرع الجزائري تحت عنوان شروط اختيارية خاصّة بعقد الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة، فهل أراد المشرع من ذلك استثناء عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة من هذه الإمكانية، وإذا كان كذلك فما هي الأسباب؟

إن القانون المصري نصّ على أنه إذا أبرم عقد تأجير تمويلي وأَذِن المؤجر التمويلي للمستأجر التمويلي باستلام المال موضوع العقد مباشرة من المورد أو المقاول، فيجب أن يكون الاستلام وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها وبموجب محضر يثبت فيه حالة المال

---

[540]- المادة 38 من أمر رقم 96-09 يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[541] -CREMIEUX ISRAEL Danièle, op.cit. , p. 52.

[542]- المادة 40 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

المؤجر وما به من عيوب إن وجدت،[543] كما يجوز للمستأجر التمويلي أن يرفض استلام المال المؤجر إذا امتنع المورد أو المقاول عن تحرير محضر الاستلام، ويكون المستأجر التمويلي مسئولا في مواجهة المؤجر التمويلي عن كل البيانات المذكورة عن المال في محضر الاستلام.[544]

لقد أثبتت الممارسة العملية في عقد الاعتماد الايجاري الدولي بأن المستأجر التمويلي هو الذي يتولى التسليم نيابة عن المؤجر التمويلي، لذلك فانّنا نرى أنّه كان على المشرع الجزائري أن ينصّ صراحة على منح المؤجر التمويلي اذن للمستأجر التمويلي لينوب محلّه في استلام الأصل المؤجر من المورد او المقاول، وبذلك يتضح الأساس القانوني للعلاقة التي ستربط المستأجر التمويلي - باعتباره وكيلا عن المؤجر التمويلي- بالمورد أو المقاول أثناء تسليم الأصول، مع تحريرمحضراستلام يحتوي على جميع مواصفاتها وحالتها أثناء التسليم، وذلك حتى يقوم المستأجر التمويلي بفحصها ومعاينتها للتأكد من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها.

ان المستأجر التمويلي خلال تسلّمه للأصل المؤجر نيابة عن المؤجر التمويلي ملزم بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية فقط، لذلك فان اهماله في فحص ومعاينة الأصل عند الاستلام، أو عدم ذكر العيوب الموجودة فيه في محضر الاستلام، لا يؤدي- فحسب- الى فقدانه امكانية المطالبة بفسخ العقد بسبب عدم صلاحية الأصل المؤجر، بل سيؤدي الى قيام مسؤوليته تجاه المؤجر التمويلي طبقا للقواعد العامة للوكالة.[545]

2- وظائف عقد الاعتماد الايجاري الدولي بالنسبة للمورد: ان عقد الاعتماد الايجاري الدولي كما رأيناه سابقا يتضمن ثلاثة أطراف، لذلك فان أهميته تمتد أيضا الى الطرف الثالث وهو المورد- اذا كان محل العقد منقولا- أو المقاول- اذا كان محل العقد عقارا- اذ يحقق له هذا العقد عدة فوائد حيث يشكل للمورد بديلا عن البيع بالتقسيط الذي يعتبر

[543]- المادة 8 من القانون 95 لسنة 1995، يتعلق بالتأجير التمويلي المصري، السابق الذكر.

[544]- قرمان عبد الرحمان السيد، المرجع السابق، ص 99.

[545] -CREMIEUX ISRAEL Danièle , op.cit. , p. 53.

أقل ضمانا بالنسبة اليه، خصوصا في حالة افلاس المشتري اذ لا يمكن للبائع أن يسترد ما تبقّى من ثمن المعدات،الاّ اذا دخل مع جماعة الدائنين[546].

كما أن الملكية تنتقل إلى المشتري بمجرّد إبرام العقد رغم تقسيط الثّمن، بحيث لا يترتب عن التقسيط تأجيل نقل الملكية، إلا إذا اتفق الطرفان على احتفاظ البائع بالملكية إلى غاية حصوله على كامل الأقساط.[547] أمّا ملكية الشّيء في عقد الاعتماد الايجاري فلا تنتقل إلى المستأجر التمويلي، بل تبقى للمؤجر التمويلي طوال مدة العقد إلا إذا اختار الشّراء في نهاية مدة العقد،[548] لذلك فان الاعتماد الايجاري يعتبر أكثر ضمانا من البيع بالتقسيط.

كما يمنح الاعتماد الايجاري للمورد إمكانية الحصول على ثمن المنتجات أو العقارات فورا أو في أقرب وقت ممكن، وذلك لكون المشتري هو بنك أو مؤسسة مالية أو شركة اعتماد إيجاري، ممّا يسمح للمورد أو المقاول من زيادة أرباحه ويجنبه نقص السيولة لديه، ونتيجة لذلك ستتحرك استثماراتهم وتزيد قدرتهم على المنافسة في السوق عن طريق تحديث منتجاته،[549] ويبدو أن هذا هو السبب الذي جعل هؤلاء يشجعون أصحاب المشاريع للإقبال على اقتناء المعدات والآلات والعقارات التي يحتاجون إليها، عن طريق الاعتماد الايجاري.[550]

---

[546]- ناصيف الياس، عقد الليزينغ في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 48.

[547]- المادة 364 من أمر رقم أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[548]- سبق وأن فصّلنا في الخيارات الممنوحة للمستأجر عند انقضاء العقد.

[549]-القلاب بسام هلال مسلم، المرجع السابق، ص 33.

[550]- قرمان عبد الرحمان السيد، المرجع السابق، ص 32.

المطلب الثاني

الضمانات التي يتمتع بها المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري الدولي

تظهر خصوصية عقد الاعتماد الايجاري الدولي من ناحية الضمانات التي منحتها مختلف التشريعات وحتى اتفاقية أوتاوا للمؤجر التمويلي، حيث يتمتع بأكبر ضمانة وهي احتفاظه بملكية الأصل المؤجر (الفرع الأول)، كما ان أيّ تقصير أو تهاون من طرف المستأجر التمويلي يقابله المؤجر التمويلي بمتابعة جزائية برفع دعوى خيانة الأمانة (الفرع الثاني)، إضافة الى الطابع الخاص للأجرة التي يتقاضاها المؤجر التمويلي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

احتفاظ المؤجر التمويلي بملكية الأصول المؤجرة

إن ما يميّز الطبيعة القانونية الخاصة لعقد الاعتماد الايجاري الدولي، هو بقاء ملكية الأموال محل العقد للمؤجر التمويلي طوال مدّة العقد، بل حتى بعد انقضاء العقد إذا لم يرغب المستأجر التمويلي في تملكها.[551] ولقد نصّ المشرع الجزائري على احتفاظ المؤجر التمويلي بملكية الأصل المؤجر خلال كل مدة عقد الاعتماد الايجاري، الى غاية تحقيق شراء المستأجر التمويلي لهذه الأصل في حالة ما اذا قرر خيار الشراء عند انقضاء فترة الايجار.[552] ويترتب عن احتفاظ المؤجر التمويلي بالملكية إمكانية الاحتجاج بهذه الأخيرة في مواجهة جماعة الدائنين،[553] ممّا يعني أن المؤجر التمويلي يستطيع استرداد المال المؤجر من تفليسة المستأجر التمويلي باعتباره هو المالك لها، لذلك سيتجنّب الدخول في التفليسة والخضوع لقسمة

[551]- قاسم علي سيد، المرجع السابق، ص 85.

[552]- المادة 19 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[553]- المقصود هنا دائني المستأجر التمويلي في حالة توقفه عن تسديد ديونه.

الغرماء.[554] إذ تظل المؤسسة المالية مالكة للأشياء محل العملية التمويلية، وتستطيع بذلك الاحتجاج في مواجهة جماعة الدائنين، حتى ولو أعلنت التصفية القضائية لأموال المستفيد أو أشهر إفلاسه، وتظهر أهمية هذا الحكم أكثر على وجه الخصوص بالنسبة للمنقولات إذ أن بائع المنقول يفقد كل ضماناته إذا أشهر إفلاس المشتري قبل سداده كل الثمن، إذ بعد دخول المنقول المبيع في حيازته لا يستطيع البائع أن يسترده من تفليسة المشتري.[555]

توجد قاعدة مفادها أن القانون التجاري يعتد بالظاهر لذلك فان ما يوجد في حيازة التاجر يعتبر ملكا له، خاصة إذا ما تعلّق الأمر بالسلع والمواد الأولية،[556] لذلك قد يلجأ المستأجر التمويلي إلى التصرف في الأصل المؤجر (إذا كانت منقولا) إلى شخص ثالث، وكان هذا الأخير حسن النيّة وتمسّك بقاعدة الحيازة في المنقول سند للملكية(أي أن الظاهر كان يوحي إلى أن المنقول ملك للمستأجر)، إلا أن احتفاظ المؤجر التمويلي بملكية الأصل يحميه من كل هذه الإشكالات ويمكّنه من استرداده من أي حائز كان ولو كان حسن النية، لكون حقه في الاسترداد مضمون بأقوى الحقوق العينية ألا وهو حق الملكية.[557]

---

[554]- إذ يقول الأستاذ GOYET في هذا الشأن:

« Seule l'exécution de contrat peut faire entrer la chose dans le patrimoine de débiteur, son inexécution autorise le créancier à prévaloir, à l'égard de tous, de sa qualité conservée de propriétaire et à reprendre le bien entre quelques mains qu'il se trouve », GOYET Charles, op. cit. , p. 222.

[555]- لقد نص المشرع الفرنسي صراحة على بقاء احتفاظ المؤجر بملكية الأشياء المؤجرة، وذلك في المادة الأولى من قانون رقم 455، الصادر في 1966.والمنظم لعمليات الاعتماد الايجاري، وللمزيد من التفاصيل حول احتفاظ البائع بملكية المبيع، أنظر:

الكعبي هادي حسين عبد علي، احتفاظ البائع بملكية المبيع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2011.

[556] - CREMIEUX ISRAEL Danièle, *Leasing et Aspect juridiques comptables et fiscaux*, Dalloz, Paris, 1975, P. 139.

[557]- أنظر: القلاب بسام هلال مسلم، المرجع السابق، ص 85، وأنظر أيضا: الكعبي هادي حسين عبد علي، المرجع نفسه، ص 9.

لقد أكد القضاء الفرنسي على حق المؤسسة المالية في استرداد الأشياء المؤجرة من تفليسة المستأجر التمويلي، وذلك في حكم محكمة La rochelle التجارية،[558] مستندا في ذلك إلى الطبيعة القانونية الخاصة، وكذا إلى الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها عقد الاعتماد الايجاري، ممّا دفع ببعض الفقهاء إلى النظر إلى عقد الاعتماد الايجاري بأنه: **اعتماد مضمون بتأمين عيني**.

كما أكدت اتفاقية أوتاوا حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول[559]، على أن:

" حماية حقوق المؤجر التمويلي وحجيتها في مواجهة الغير، إذ يحتج بالحقوق العينية للمؤجر التمويلي والواردة على الأدوات، على سنديك التفليسة وعلى دائني المستأجر التمويلي، بما في ذلك الذين يحملون سندا تنفيذيا باتا أو مؤقتا...".[560] إذ يوفر هذا الحكم الذي قررته الاتفاقية الدولية، الأمان القانوني للمؤجرين الذين يمارسون نشاط الاعتماد الايجاري على المستوى الدولي، عن طريق حماية حقوقهم الثّابتة على الأصول -باعتبارها ممكنة النقل من دولة إلى أخرى ممّا يجعل حق ملكية المؤجر التمويلي لها مهددا-وذلك عن طريق الاعتراف الدولي بهذا الحق في مواجهة الجميع.[561]

كما نص قانون الاعتماد الايجاري الجزائري على هذه الضمانة إذ في حالة عدم قدرة المستأجر التمويلي على الوفاء، والتي تم إثباتها قانونا من خلال عدم دفع قسط واحد من الإيجار أو في حالة حل بالتراضي أو قضائي أو تسوية قضائية أو إفلاس المستأجر، *" لا يخضع الأصل المؤجر لأية متابعة من دائني المستأجر العاديين أو الامتيازين"*، مهما كان وضعهم

---

[558]- لقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم الصادر من القضاء الفرنسي.

[559]- اتفاقية أوتاوا المتعلقة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقولات، المرجع السابق الذكر.

[560]- المادة السابعة من الاتفاقية نفسها.

[561]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 566.

القانوني وصفتهم سواء أُخذوا بعين الاعتبار بصفة فردية أو على شكل كتلة في إطار إجراء قضائي جماعي[562].

إلا أن إمكانية الاحتجاج بملكية الأشياء المؤجرة في مواجهة الغير تتطلب إشهار عقد الاعتماد الايجاري، إذ يعتبر الإشهار حماية لمصلحة المؤجر التمويلي لنفاذ حقه في الملكية في مواجهة الكافة و إذا كانت العقود المتعلقة بالعقار لا تطرح إشكالا باعتبارها تخضع وجوبا لنظام الشهر العقاري، فان الإشكال يظهر بحدّة بالنسبة للعقود الواردة على المنقول لذلك حرصت التشريعات المتعلقة بالاعتماد الايجاري على ضرورة استيفاء إجراءات الشهر الخاصة بعمليات الاعتماد الايجاري حتى يتمكن المؤجر التمويلي من التمسك بملكيته للأصل المؤجر في مواجهة الكافة.[563] ولقد نصّ المشرع الجزائري على ضرورة إشهار عقد الاعتماد الايجاري إذ تخضع عمليات الاعتماد الايجاري إلى إشهار يحدد التنظيم كيفياته.[564]

لقد حرص واضعو اتفاقية أوتاوا المتعلقة بالاعتماد الايجاري الدولي للمنقول على ضرورة استفاء القواعد الخاصة بشهر عقد الاعتماد الايجاري الدولي،[565] إذ لا يمكن الاحتجاج بحقوق المؤجر التمويلي على الغير إلا بعد استيفاء هذه الإجراءات الشكلية، والتي تهدف إلى إعلام الغير بوجود منقولات في حيازة المستأجر التمويلي بمقتضى عقد اعتماد إيجاري وبأنّه مستأجر لها وليس مالكها،[566] كما قُدّم اقتراح أمام لجنة الخبراء الحكوميين

---

[562]- المادة 22 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[563] -GOYET Charles , op.cit. p. 219.

[564]- المادة السادسة من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[565]- لقد نصت الاتفاقية على ضرورة شهر العقد الدولي وحددت بان القاعدة العامة فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الشكلية (الشهر)، هي تطبيق أحكام قانون موقع محل المال المؤجر محل العقد وقت تمسك سنديك التفليسة أو أحد دائني المستأجر بقواعد الشهر، كما تطرقت الاتفاقية إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على بعض الحالات الخاصة في الفقرة الثالثة من المادة السابعة.

[566]- كما قررت محكمة النقض الفرنسية بأن المؤسسة المالية لا تستطيع أن تحتج بملكيتها للأشياء المؤجرة في مواجهة جماعة الدائنين، إذا لم تستكمل إجراء الشهر وذلك في أحد أحكامها الصادرة عن الغرفة التجارية في 23 فيفري، 1982، أنظر في ذلك: قاسم علي سيد، المرجع السابق، ص 86.

أثناء الأعمال التحضيرية للاتفاقية، يتضمّن إمكانية استعمال وسيلة أخرى تضاف إلى شهر العقد وتتمثل في ضرورة وضع لوحة معدنية - على الأصل المؤجر- توضّح أن الأصل مستأجر عن طريق الاعتماد الايجاري، إلا أن هذا الاقتراح رفض ولم تأخذ به الاتفاقية.[567]

الفرع الثاني

قيام جريمة خيانة الأمانة في حالة تقصير المستأجر التمويلي أو عدم ردّه للأصل عند انقضاء العقد

إن أهمية العقود بصفة عامة لا تقتصر على المجال الاقتصادي فقط بل أصبحت محل اهتمام قانون العقوبات أيضا، بل حتى أن البعض يرى أن حضور العقد في قانون العقوبات يعد من الأمور البديهية،[568] وهذا ما يتضح من خلال دراستنا لعقد الاعتماد الايجاري إذ أن ملكية الأصل المؤجر تظلّ للمؤجر التمويلي، فالحيازة انتقلت إلى المستأجر التمويلي على سبيل الانتفاع فقط وليس على سبيل التملّك، لذلك لا يمكن لهذا الأخير أن يتصرّف في هذه الأصول وإذا حدث وأن بدّدها فانّه يعدّ مُرتكبا لجريمة خيانة الأمانة والتي تُعاقب عليها مختلف القوانين.[569]

نصّ قانون العقوبات الجزائري على جريمة خيانة الأمانة وعرّفها كما يلي:

---

[567]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 566.

[568] - « Depuis un certain nombre d'années, il est courant de lire que le droit pénal subit une véritable « contractualisation ». A s'en tenir à la formule, il faudrait alors constater que la présence du contrat en droit pénal relève de l'évidence. Pourtant, les innombrables usages du terme de contrat en la matière ne peuvent tous participer à une recherche rationnalisée des liens unissant le contrat au droit pénal. Il faut, en effet, pour parvenir à déterminer le champ de pareille analyse, clarifier les différentes facettes du phénomène de contractualisation du droit pénal, pour ne retenir que les manifestations de la présence du contrat au sens le plus strict », Voir, PALVADEAU Emmanuelle, Le contrat en droit pénal, Thèse de doctorat en droit, Université MONTESQUIEU - BORDEAUX IV, 2011, p. 15.

[569]- قاسم علي سيد، المرجع السابق، ص 87.

" كل من اختلس أو بدد بسوء نية أوراقا تجارية أو نقودا أو بضائع أو أوراقا مالية أو مخالصات أو أية محررات أخرى تتضمن أو تثبت التزاما أو إبراء لم تكن قد سلمت إليه إلا على سبيل الإجارة أو الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو عارية الاستعمال أو لأداء عمل بأجر أو بغير أجر بشرط ردها أو تقديمها أو لاستعمالها أو لاستخدامها في عمل معين وذلك إضرارا بمالكيها أو واضعي اليد عليها أو حائزيها يعد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة..."[570] ويمكن أن نستخلص من خلال هذه المادة الشروط التي يجب تتوفر لقيام الجريمة:

1-يجب أن يكون الشيء المختلس منقولا، لأن الهدف من هذا النص هو حماية الملكية في المنقولات أمّا العقارات فمالكها يتمتع بحق التتبع.

2-أن يكون المنقول قد سلّم لمرتكب الجريمة وأن يكون التسليم بقصد نقل الحيازة المؤقتة التي تكون إما على سبيل الإجارة أو الوديعة أو الوكالة، أو الرهن أو عارية الاستعمال أو لأداء عمل.

3-توفر عنصر سوء النية وهو الذي يمثل الركن المعنوي في الجريمة.

بعد دراستنا لأركان قيام جريمة خيانة الأمانة في القانون الجنائي، سنحاول أن نبحث في مدى توفرها في عقد الاعتماد الايجاري الدولي؟

كما سلف الذكر فان نص المادة 376 من قانون العقوبات كانت واضحة في كون الجريمة لا تقوم إلا بالنسبة للمنقولات، ومن دون شك فان معدات الإنتاج وأدوات العمل تدخل ضمن المنقولات،[571] أما بالنسبة لتسليم الأشياء لمرتكب الجريمة فانه ثابت ولا مجال للشك في عقد الاعتماد الايجاري الدولي، إذ يتسلّم الجاني الأصل من البائع أو المنتج باعتباره وكيلا عن المؤجر التمويلي- من خلال محضر الاستلام الذي يحرره المستأجر التمويلي مع البائع- في إطار

[570]- المادة 376 من أمر رقم 156/66، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[571]- استعمل المشرع في المادة 376، كلمة البضائع والتي يمكن أن تكون محلا لعقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول.

علاقة الإيجار التي تجمعهما، وقد ذكرت المادة 376 حالة الإجارة كإحدى طرق تسليم الأشياء لمرتكب الجريمة. [572]

أما بالنسبة **للركن المادي** للجريمة فانه يظهر في التبديد أو اختلاس الأصل إذ أن المستأجر التمويلي من خلال تصرفه فيها يوحي بأنه هو المالك لها، كأن يقوم بأحد حقوق التصرف كالبيع أو التخلي...، فيصبح التبديد أو الاختلاس ثابتا.[573]

لا يكف توفر الركن المادي بل يجب أن يتبعه **الركن المعنوي** والذي يقصد به في نص المادة سوء نية المستأجر التمويلي، أي أن يمتنع عن رد الأصل إراديا، إذ يمكن استخلاص القصد الجنائي من الظروف ومن ملاحظة فعل الاختلاس، وهنا يجدر الذكر بأن الخلل المالي الذي يمكن أن يصيب المستأجر التمويلي ويؤدي به إلى التخلف عن تسديد الأجرة، يمكن أن يكون دليلا على سوء نيته.[574]

إن الملاحظ أن اتفاقية أوتاوا حرصت على حماية مصلحة المؤجر التمويلي وذلك بإلزام المستأجر التمويلي برد الأصل -إذا لم يرغب في شراءها عند انقضاء العقد-بالحالة التي تسلمها بها، لكنّها أغفلت تحديد الجزاء الذّي يترتب عن مماطلة المستأجر التمويلي في رد الأصل أو في حالة تسببه في اتلاف الأصل المؤجر بسبب الاستعمال غير المألوف لها،[575] كما أن المشرع الجزائري أيضا لم ينص على جزاء عدم الالتزام برد الأصول الى المؤجر التمويلي، أو ردها في

---

[572]- فخري رياض، المرجع السابق، ص 248.

[573] -Cass. Crim. 23 mars 1971, Bull. Crim, nº 99, p. 254.

[574]- في 4-11-1973 فصلت المحكمة الابتدائية Castres في أحد القضايا، إذ كان المستأجر قد تخلف عن تسديد الأجرة، وقد قام المؤجر بفسخ عقد الاعتماد الايجاري، وحصل على حكم من رئيس المحكمة التجارية برد الأصل، إلا أن المحكمة رأت أن جريمة خيانة الأمانة قائمة بسبب فشل كل طلبات الاسترجاع، وحكمت على المستأجر بعقوبة 8 أشهر حبس موقوف النفاذ، أنظر:

Crémieux-Israël Daniel, op.cit.p.178.

[575]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 543.

حالة غير قابلة للاستعمال، على عكس المشرع المصرب الذي كان صريحا في اعتبار عدم رد الأصول جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات وهي جريمة خيانة الأمانة.

الفرع الثالث

الطابع الخاص للأجرة في عقد الاعتماد الايجاري الدولي

تمثل الأجرة التي يدفعها المستأجر التمويلي للمؤجر التمويلي مظهرا آخر لتميّز هذا العقد، مقارنة بالأجرة في القواعد العامة،[576] إذ يعتبر دفع الأجرة على أقساط من الأسباب التي أدت إلى انتشار عقد الاعتماد الايجاري، إذ يلجأ المستأجر التمويلي إلى هذه التقنية من التمويل بسبب عدم قدرته على شراء المعدات التي يحتاج إليها بإمكانياته الخاصة، أو لعدم رغبته في تجميد رأس ماله في دفع ثمن هذه المعدات والذي عادة ما يكون مرتفعا. [577]

يتطلب تنفيذ عملية الاعتماد الايجاري اقتناء المؤجر التمويلي للأصل المؤجر من المورد فالاستثمار الذي يقوم به المؤجر التمويلي يتمثل في ثمن اقتناءه للمعدات، ولعل ما يميز عملية الاعتماد الايجاري مقارنة بوسائل التمويل التقليدية هو التمويل الكامل للاستثمار الذي يقترحه للمستأجر التمويلي، وهذا ما دفع بالفقهاء إلى القول بأن هذه الخاصية تمثل إحدى الايجابيات الأكثر أهمية في الاعتماد الايجاري. [578]

إلا أن هناك من الفقهاء من يشكك في خاصية التمويل الكامل الذي يقدمه الاعتماد الايجاري، مستندين في ذلك إلى كون المستأجر التمويلي عادة ما يدفع القسط الأول بمجرد تسلّمه للأصل، أي أن الأجرة تكون مطلوبة قبل استعمال الأصل، ويذهب الأستاذان

---

[576] - LE NABASSQUE Hervé « Clause de prix insérée dans les promesses d'achats de droits sociaux », *Revue des sociétés,* 2005, p. 593.

[577]- البدالي نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص 189.

[578]- فخري رياض، المرجع السابق، ص 265.

Gavalda وBey الى أن هذا التسبيق الذي يدفعه المستأجر التمويلي لا يؤثر في هذه الخاصية التي يتميز بها هذا النوع من العقود.[579]

إن الأجرة التي يلتزم المستأجر التمويلي بدفعها في عقد الاعتماد الايجاري لا تعتبر بالنسبة للمؤجر التمويلي مقابلا للانتفاع بالعين المؤجرة فقط، إنمّا تمثل الأجرة ومقابل إهلاك العين المؤجرة[580] وربح رأس المال المستثمر، أما بالنسبة للمستأجر التمويلي فتمثل أجرة الإيجار ومقدّما من ثمن شراء العين المؤجرة عند انتهاء العقد،[581] ويرى الأستاذ Lucas de LEYSSAC بأن الأجرة التي يدفعها المستأجر التمويلي لها خاصية متميزة إذ يرى أن الاعتماد الايجاري يقع اقتصاديا بين الإيجار العادي من جهة والبيع بالتقسيط من جهة أخرى،[582] والملاحظ بالنسبة لهذه الأجرة التي يدفعها المستأجر التمويلي هو التكلفة الباهظة لها بسبب ارتفاع معدل الفائدة مقارنة بالقروض التقليدية، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ Gaullier بأن معدل الفائدة في الاعتماد الايجاري جدّ مرتفع إذ يتراوح بالمتوسط بين 12% و14%.[583]

ويتضمن مبلغ الإيجارات الذي يجب أن يدفعه المستأجر التمويلي للمؤجر التمويلي ما يلي: [584]

1 -سعر شراء الأصل المؤجر منقسما إلى مستحقات متساوية المبلغ، تضاف إليها القيمة المتبقية التي يجب دفعها عند مزاولة حق الخيار بالشراء.

---

[579] - ELMOKHTAR Bey, GAVALDA Christian*, Le Crédit-bail mobilier,* P U F, 1ére édition, 1981, Paris, p. 12.

[580]- المادة الأولى من اتفاقية أوتاوا للاعتماد الايجاري الدولي للمنقول، المرجع السابق.

[581]- قاسم علي سيد، المرجع السابق، ص 23.

[582] - Le crédit-bail se situe économiquement entre les deux extrêmes représentes l'un par la location ordinaire , l'autre par la vente à crédit.

[583]- فخري رياض، المرجع السابق، ص 257.

[584]- للمزيد من التفاصيل حول الأجرة في عقد الاعتماد الايجاري أنظر: محمد عبد الحليم عمر، " التأجير التمويلي من منظور إسلامي"، ورقة عمل مقدمه إلى الحلقة النقاشية السابعة المنعقدة بمركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، سبتمبر 1998، ص 10و 11.

2 -أعباء استغلال المؤجر المتصل بالأصل موضوع العقد

3 -هامش يطابق الأرباح أو الفوائد المكافئة للمخاطر المترتبة على القرض، والموارد الثابتة المخصصة لعملية الاعتماد الايجاري.[585]

نلاحظ أن المشرع الجزائري بالرغم من ذكره لكل العناصر التي تدخل في تحديد الأجرة التي يدفعها المستأجر التمويلي، إلا أنه ترك مجالا لحرية الأطراف للاتفاق على تحديدها،[586] وعادة ما تدفع الأقساط بشكل دوري بحسب الاتفاق بين الأطراف كما تتخذ إما شكلا تنازليا أو خطيا،[587] إلا أن الواقع يثبت أن المؤجر التمويلي يحاول دائما أن يفرض نظاما تنازليا لأن النظام الخطي يخدم مصلحة المستأجر التمويلي، ويرى بعض المختصين في المجال أنه من الأحسن-بالنسبة للمستأجر التمويلي-أن تُبنى الأجرة على ثلاثة مراحل من الحياة الاقتصادية للأصل:

- تتمثل المرحلة الأولى في فترة النّمو وفيها لم يعط بعد الأصل أقصى ما يمكن تقديمه، وهنا يمكن أن تكون الأجرة مرتفعة وتصاعدية.

- أما المرحلة الثانية فهي فترة استقرار الأصل وخلالها يعطي هذا الأخير المردودية القصوى، والأجرة هنا يجب أن تكون خطية.

- أما المرحلة الأخيرة وهي مرحلة الانحدار والتي تضعف فيها مردودية الأصل لذلك يجب أن تصبح الأجرة هنا تنازلية. [588]

---

[585]- المادة 14 فقرة 2 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[586]- جاء في الفقرة 1 من المادة 14 ما يلي: ' ما عدا وجود اتفاق مخالف بين الأطراف، ومهما كانت مدة الفترة غير القابلة للإلغاء...."

[587]- الشكل التنازلي يقصد به ارتفاع الأجرة التي يدفعها المستأجر عند بداية العقد، ثم تبدأ الأجرة في التنازل إلى غاية انقضاء العقد، أما الشكل الخطي فيقصد به تساوي الأقساط التي تدفع من بداية العقد إلى نهايته.

[588]- فخري رياض، المرجع السابق، ص 165.

لقد نظم المشرع الجزائري هذه المسألة عن طريق تحديد الإيجارات حسب نمط متناقص أو خطي، وذلك استنادا إلى مناهج محددة عن طريق التشريع، كما تدفع الإيجارات حسب دورية يختارها الأطراف المعنية بعقد الاعتماد الايجاري،[589] كما نلاحظ أن المشرع الجزائري أكد على ضرورة الإشارة في عقد الاعتماد الايجاري، إلى مبلغ الإيجار وجزاء تخلّف ذلك هو فقد صفة الاعتماد الايجاري وهذا ما يعطي الطّابع المميّز للأجرة في هذا العقد.[590]

[589]- المادة 15 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر.

[590]- جاء في المادة 11 من أمر رقم 96-09 ما يلي: " يجب أن يشر عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة الموافق للاعتماد الايجاري المالي، تحت طائلة فقد هذه الصفة، إلى مدة الإيجار **ومبلغ الإيجار**، وحق الخيار بالشراء الممنوح للمستأجر عند انتهاء العقد، .....".

خلاصة الفصل الثاني: لقد حاولنا من خلال هذا الفصل أن نبيّن الطبيعة الذاتية والخاصة لعقد الاعتماد الايجاري الدولي، فباعتباره من عقود الأعمال التي ظهرت حديثا قمنا بتمييزه عن باقي عقود الأعمال كعقد التسيير، عقد الفرانشيز ثم عقد تحويل الفواتير، لنتوصل إلى إبراز أهم أوجه الشبه والاختلاف بينها، وبعد ذلك ونظرا للعقود التقليدية التي يتضمّنها الاعتماد الايجاري فقد حاول البعض تكييفه على أساس تلك العقود، لذلك قمنا من خلال دراستنا إلى إبراز أهم الاختلافات الجوهرية بين الاعتماد الايجاري وتلك العقود التي قد يعتقد البعض بأنها تنطبق معه.

إن أهمية عقد الاعتماد الايجاري الدولي في الوقت الراهن دفع بالعديد من الكتاب إلى محاولة تحديد تكييف قانوني له، مما أدى إلى بروز عدة نظريات فقهية في هذا الشأن حاولنا في دراستنا هذه أن نبيّن بالتفصيل أهمها، و لعل من بين الأسباب التي أدّت إلى الاختلاف حول هذه المسألة هو تركيز كل نظرية على زاوية من الزوايا العديدة لهذا العقد، مما حال دون الوصول إلى الاتفاق حول تكييف موّحد له، وارتأينا أن نحدد بعد ذلك -على ضوء مختلف الآراء والخصائص التي يتمتع بها العقد- ذاتية هذا العقد مع إبراز أهم معالم هذه الذّاتية.

تتضح معالم هذه الذّاتية من خلال عدّة عناصر أبرزها الضّمانات التي يتمتع بها المؤجر التمويلي وهي احتفاظه بملكية الأصول المؤجرة مما يجعل المستأجر التمويلي ملزم بالعناية بها طوال مدّة العقد باعتباره مستأجرا لها وليس مالكها، كما يقع عليه التزام برد تلك الأصول إلى المؤجر التمويلي عند انقضاء العقد وإلا عدّ مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة، ثم ختمنا دراستنا بإبراز الطابع الخاص للأجرة في عقد الاعتماد الايجاري الدّولي والتي تمثّل هي الأخرى عنصرا آخر لذاتية هذا العقد.

خاتمة الباب الأول: ان السيد بوث لم يلجأ الى شراء الأصول التي يحتاجها عن طريق الأساليب التقليدية للتمويل بسبب عدم ملاءمتها مع ظروفه، لذلك فكّر في البحث عن بديل اخر يتناسب مع حاجته هو والذّي تجسّد في الاعتماد الايجاري، وقد كانت فكرة تأجير الأصول الإنتاجية-بشكلها البدائي-منتشرة بشكل كبير منذ الاف السنين، وسرعان ما بدأت تتبلور من جديد في قالب تعاقدي جديد مُستعينة بأهم العقود التقليدية من عقد بيع و ايجار و وكالة و وعد بالبيع وقرض، واستمدت من هذه الأخيرة تلك الأحكام التي تتناسب مع محيط الأعمال مع تخلّيها عن تلك التي لا تتناسب معه، وهذا ما يعبّر عن انصهار تلك العقود في قالب عقدي جديد اسمه الاعتماد الايجاري.

انصهار عبّرت عنه الأستاذة Bruneau Chantal بقولها أن الملكية مرتبطة بثلاثة عقود تقليدية وهي البيع، الإيجار و القرض، إلا أن الخيال الواسع لرجال القانون استطاع أن يدمجها ويشكّل لنا عقد جديد اسمه الاعتماد الايجاري.

لهذا كان لعقد الاعتماد الايجاري الدولي خصائص وأحكام خاصّة به لا نجدها حتى في تلك العقود المُشكلّة له، ممّا جعل من مسألة وضع تعريف له وتحديد تكييفه القانوني من أكثر المسائل التي أثارت العديد من الآراء المختلفة، فهو بذلك من أكثر عقود الأعمال انفرادا بأحكام وخصائص تجسّد تميّزه وطبيعته القانونية الخاصة، والتي تبرز أيضا في مجال تحديد القانون واجب التطبيق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي، الذّي يخضع-كأصل- لقانون الإرادة كباقي العقود الدولية الا أنّ طبيعة هذا العقد فرضت نفسها ممّا دفع الى ضرورة توحيد القواعد القانونية الموضوعية الدولية التي تُنظم أحكامه، وهذا ما سنفصّل فيه في الباب الثاني من بحثنا.

الباب الثاني

عقد الاعتماد الايجاري الدولي: بين قانون الإرادة والقواعد الموضوعية؟

يقول الأستاذ لورد ماكملان أن" *الفوضى من صُنع الشيطان وأن القانون يعمل في صفوف الملائكة*"، لأن القانون يعد من الوسائل الفعّالة لتنظيم العيش في الجماعة و لكونه يسعى إلى استقرار النظام فيها، ولقد أصبحت العقود الدولية تحتل - حاليا- مركز الصدارة في العلاقات الدولية الخاصة، إذ تعتبر الأداة القانونية الأكثر استعمالا في مجال المعاملات الدولية، لما يحققه بالنّسبة للأفراد باعتباره مصدرا هاما لتحقيق الربح- في عالم أصبح مفتوح الحدود لتدفق رؤوس الأموال والخدمات- ممّا دفع بالدول إلى ضرورة إصدار القوانين المحفّزة والمانحة لضمانات أكثر من أجل إقبال المستثمرين وإبرام عقودهم بكل ثقة وطمأنينة.

يشكّل عقد الاعتماد الايجاري الدولي موضوعا خصبا للدراسة من زاوية تحديد القانون الذي يخضع له، في وقت أصبح فيه القانون الدولي الخاص يتسم بتعدد المناهج التي تحكم العلاقات الدولية الخاصة، وعللا الرّغم من الوفاء المطلق الذّي لا يزال عليه الفقه الغالب تجاه المنهج التنازعي، الا أنّه هو الاخر يرى ضرورة الاخذ بالمنهج المباشر الذّي يخضع العلاقات الدولية الخاصة لقواعد موضوعية وضعت خصيصا لتحكمها، وبذلك يظهر المنهجان معا في علاقة تكامل وتنسيق.

ان منهج قواعد الاسناد هو الاكثر انتشارا في مجال العلاقات الدولية الخاصة، والذّي يأخذ بقاعدة اخضاع العقود الدولية لقانون الارادة، وهي القاعدة التي ازدادت انتشارا ليأخذ بها الفقه و القضاء و أغلب التشريعات في العالم، إلا أن خصوصية بعض العقود الدولية كعقد الاعتماد الايجاري دفعت إلى ضرورة البحث عن توحيد القواعد القانونية التي تحكمه، وهذا لعدة أسباب لعلّها من الناحية النظرية كانت تلك المتصلة بمنهج التنازع والتي يسمّيها جانب من الفقه أزمة أو مشكلة تنازع القوانين وهي العامل السلبي الذي نبّه الفقهاء إلى عيوب هذا المنهج، إلا أن هناك أسبابا قانونية وعملية أظهرتها الدراسات المقارنة وحاجات التجارة الدولية، هذه الأخيرة كانت وراء البحث عن ابتكار وخلق القواعد الموضوعية الدولية، كما ذهب البعض الى القول بأن هناك علاقة بين نشوء القواعد الموضوعية و العولمة، لذلك

أُبرِمت في هذا السّياق اتفاقية أوتاوا حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول والتي كانت نتيجة الجهود الدولية لتوحيد القواعد الموضوعية التي تحكم هذا العقد.

سنحاول التفصيل من خلال هذا الباب الثاني في هذه المسألة وهذا بدراسة إمكانية خضوع عقد الاعتماد الايجاري الدولي لقانون الإرادة (الفصل الأول)، الا أن طبيعة عقد الاعتماد الايجاري الدولي دفعت الى ضرورة توحيد القواعد الموضوعية الخاصة به، لذلك سيخضع هذا العقد لأحكام اتفاقية أوتاوا حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول، (الفصل الثاني).

الفصل الأول

إمكانية خضوع عقد الاعتماد الايجاري الدولي لقانون الإرادة

يتحدد القانون واجب التطبيق في المنازعات الناشئة عن العقود الدولية وفقاً للقواعد العامة في تنازع القوانين، حيث تقضي هذه القواعد بتطبيق القاضي لقواعد الإسناد في قانونه من أجل التوصّل إلى القانون الوطني واجب التطبيق على النزاع المعروض عليه، ولقد منحت أغلب التشريعات في العالم لأطراف العقد الدولي بصفة عامة حرّية اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، لذلك سنبحث في هذا الفصل عن مدى امكانية تطبيق قانون الارادة على عقد الاعتماد الايجاري الدولي.

قد يكون التعبير عن هذا الاختيار بشكل صريح كما قد يكون بشكل ضمني يُفهم من خلال ظروف التعاقد، كما قد يحدث في بعض الأحيان تعذّر تحديد القانون المطبق نظرا لعدم اختيار أطراف العقد للقانون واجب التطبيق، وفي هذا الصدد- بصفة عامة- يتولى القاضي الذي ينظر في النزاع تحديد القانون الذي يراه مناسبا (المبحث الأول)، و حتى لو قام أطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي باختيار القانون الذي سيحكم عقدهم، فان هناك جوانب عديدة من هذا العقد لا تخضع لقانون الإرادة بل تخرج عن نطاق تطبيقه، كما أن أغلب التشريعات نصّت على استبعاد تطبيق قانون الإرادة لمصلحة القواعد ذات التطبيق الضروري، وهي القواعد التي تنظّم النشاط المصرفي في أيّ دولة ممّا يحول دون تطبيق قانون الارادة، كما قد يكون القانون المُختار مخالفا للنّظام العام والآداب العامة في دولة القاضي، ممّا يقلّص من نطاق تطبيق قانون الإرادة(المبحث الثاني).

المبحث الأول

التحديد التنازعي للقانون واجب التطبيق

على عقد الاعتماد الايجاري الدولي

إن الأصل في القانون واجب التطبيق على العقد الدولي هو قانون الإرادة، أي أنّه يُترك لأطراف العقد حرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، باعتبارهم أدرى بمصلحتهم من جهة كما أنّهم هم الأعلم بالغاية التي يسعون وراء تحقيقها من ذلك من جهة أخرى، لذلك استقر أغلب الفقهاء كما استقرّت أغلب التشريعات على إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة، هذه الأخيرة قد يعبّر عنها أطراف العقد بشكل صريح أو قد تُفهم ضمنيا من خلال ظروف العقد،(المطلب الأول) كما قد يسكت أطراف العقد عن الاختيار وبالتالي يمكن اللجوء إلى بعض الحلول من أجل الوصول إلى القانون الذي يحكم العقد(المطلب الثاني).

المطلب الأول

إمكانية اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي

يعتبر العقد تجسيد لفكرة الحرية وتعبير عن إرادة الفرد لذلك تقترن فكرة العقد بالعدل والإنصاف حسب تعبير الأستاذAlfred Fouilléeالذي يقول:

« Qui dit contractuel dit juste » .

فقد يكون اختيار أطراف العقد للقانون واجب التطبيق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي اختيارا صريحا (الفرع الأول)، كما قد يكون اختيارهم ضمنيا (الفرع الثاني)، الا أن الاشكال الذّي يثور هو نطاق حريّتهم في الاختيار؟ (الفرع الثالث).

الفرع الأول

اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم عقد الاعتماد الايجاري الدولي بشكل صريح

إن ظاهرة تنازع القوانين مرتبطة في نشأتها بوجود اتصال بين وحدتين تشريعيتين على الأقل، وبعد ذلك فان القانون الذي سيطبّق لن يتحدد مجال تطبيقه بحدوده المكاني بل يتعدّى هذه الحدود ليطبّق في دولة أخرى.[591]

[591]- وهذا استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي بموجبه يمكن للأفراد حرية التعاقد، والتصرّف في بنود العقد بالطريقة التي يرونها بالإضافة والتعديل، أنظر:

PONS Stéphanie, « Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties », *Petites affiches*, 08 avril 2008 n° 71, p. 4

أولا- تكريس مبدأ حرية أطراف العقد في الاختيار: تعتبر قاعدة لأطراف العقد حرية اختيار القانون واجب التطبيق على العلاقة العقدية الناشئة فيما بينهم[592]-متى كانت تلك العلاقة تتصف بالطابع الدولي-من القواعد التي تتفق عليها غالبية التشريعات الحديثة، - مهما بلغ الخلاف بينها في التفاصيل- ومن ثمة يتوجب على القاضي المطروح عليه النزاع أن يحدد طبيعة هذه العلاقة، لمعرفة ما إذا كانت وطنية أم ذات طابع دولي،[593] ذلك أن مسألة تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص سواء كانت قواعد مادية أم قواعد تنازع لا تُثار إلا حينما تكون العلاقة دولية، ولهذا فان دولية العقد تعد مسألة أولية لازمة لأعمال قواعد هذا القانون.[594]

لقد كان الفقه الايطالي القديم يُخضع العقد بصفة عامة لقانون محل إبرامه سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، فكانت قاعدة إسناد العقد لقانون محل إبرامه قاعدة آمرة لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها، في وقت لم يكن فيه سلطان الإرادة قد اتضح بعد، إلا أنّه في سنة 1495 قام الفقيه الايطالي Rochus Curtius بتفسير خضوع العقد لقانون محل إبرامه بأنّه بمثابة تعبير عن إرادة المتعاقدين الضمنية في اختيار قانون هذا المكان ليحكم هذا العقد،[595] وهي الفكرة التي بلورها بعد ذلك الفقيه الفرنسي Dumoulin في القرن السادس عشرة الذي ذهب الى القول أنّه مادام خضوع العقد لقانون الإرادة يمكن

---

[592]- وأنظر أيضا في مسألة القوة الإلزامية للعقد وإمكانية تعديل بنوده:
MEKKI Mustapha, « Hardship et révision des contrats : Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 49, 6 Décembre 2010, p.1.

[593]- ان تحديد طبيعة العلاقة هل هي دولية أم وطنية تعتبر مسألة تكييف وتخضع لقانون القاضي.

[594]- ياقوت محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق-دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص-منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 13.

[595]- أنظر: أبو مغلي مهند عزمي مسعود، القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2005، ص 30، وأنظر أيضا:
TERKI Noureddine, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, O.P.U., Alger, 1999, p. 101 et s.

اعتباره بمثابة تعبير عن الإرادة الضمنية للأطراف، فانّه من الأجدر الاعتراف لهذه الإرادة بإمكانية اختيار قانون اخر غير قانون محل الابرام .[596] ومنذ نهاية العقد الأول من القرن التاسع عشرة جعل القضاء الفرنسي من هذه النظرية منهجا في البحث عن القانون الذي يحكم العقد الدولي، بداية بحكم محكمة النقض الفرنسية الشهير والصادر في 5 ديسمبر 1910، في قضية America Trading [597]، إذ كان القضاء الفرنسي قبل هذا التاريخ مستقرا على إخضاع العقد بأكمله إلى قانون محل إبرامه[598]، ثم تبنّته أغلب التشريعات في العالم[599]، وحتى بعض الاتفاقيات الدولية كاتفاقية لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، وهذا في المادة الثانية فقرة 1 منها، التي تنص على تطبيق القانون الذّي اتجهت إليه إرادة الأطراف،[600]إضافة الى الاتفاقية المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل في المادة الخامسة منها التي نصت على حرية اختيار القانون الواجب التطبيق،[601]فقد جعلت منه ضابط إسناد يحكم الجانب

---

[596]- أنظر: القصبي عصام الدين، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية-دراسة تطبيقية خاصة بالاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 14، وأنظر أيضا ياقوت: محمود محمد،" التطور التاريخي لقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة"، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق -جامعة طنطا-عدد22، يناير 2001، ص ص 1-12.

[597]- يعتبر هذا الحكم بمثابة دستور قانون الإرادة ومقننه وجاء في منطوقه: " إن القانون واجب التطبيق على العقود، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو آثارها أو بشروطها، هو القانون الذي يتبنّاه الأطراف." أنظر:
CLAVEL Sandrine, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 2009, p.479.

[598]- القصبي عصام الدين، المرجع السابق، ص 15.

[599]- ومن أمثلة هذه التشريعات: القانون المدني الجزائري في المادة 18، والقانون المدني المصري في المادة 19ن والقانون المدني السوري في المادة 22، والقانون المدني الايطالي في المادة 25، والقانون المدني الاسباني في المادة 5، والقانون المدني الفرنسي، وللمزيد من التفصيل حول قانون الإرادة في القانون الفرنسي أنظر:
FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, Juillet 2010, p.108.

[600] - LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, *Droit international privé*, 5éme édition, Dalloz, Paris, 1996, p. 428.

[601] - DERRUPPE Jean, *Droit international privé*, 13éme édition, Dalloz, Paris, 1999, p. 124.

الموضوعي للعقد، في حين أن شكل العقد مازال إلى يومنا هذا يخضع لقانون بلد إبرام العقد. كما أن اتفاقية روما حول القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والمبرمة في 19 جوان 1980 في مادتها الثالثة فقرة 1،[602] نصّت على تطبيق قانون الإرادة على هذه الالتزامات.[603] حيث جاء فيها ما يلي:

« Le contrat est régit par la loi choisie par les parties… »

وهي الاتفاقية التي عدّلت بنظام الاتحاد الأوربي رقم 593-2008، حول القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والذي يُطلق عليه اسم **"روما 1"** الصادر في 17 جوان 2008.[604]

لقد ساعد على ازدهار فكرة قانون الإرادة في القرن التاسع عشرة انتشار مذهب الحرية الفردية ونظام الاقتصاد الرأسمالي الذي يقدّس سلطان الإرادة.[605]

ثانيا-أهمية الاختيار الصّريح للقانون واجب التطبيق على العقد: يرى بعض الفقهاء أنّه ما دام القانون اعترف لأطراف العقد بحريتهم في اختيار القانون الذّي يحكم عقدهم، فانّ المسار الطبيعي للأمور أن يختار هؤلاء هذا القانون وبتعبير صريح لا يدع مجالا للشك. لذلك يرى هؤلاء أن التعبير عن اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الدولي يكون بشكل

602 - JACQUET Jean-Michel, *Le contrat international*, Dalloz, Paris, 1992, p.7.

603 - CHABERT Cyril, «Du nouveau en matière de protection internationale du consommateur en ligne», *Communication Commerce électronique* n° 2, Février 2006, Comm. 27, p. 25.

604 - Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Rome I, in : Bernard Haftel, « Entre « Rome II » et « Bruxelles I » : l'interprétation communautaire uniforme du règlement « Rome I », *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, Juillet 2010, p.125, Voir aussi , DERRUPE Jean et LABORD Jean pierre, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 2011, p. 165, VOIR également , MELIN François, *Droit international privé*, 4e édition, L.G.D.J., Paris, 2010, p. 26 et s.

605- عبد الكريم سلامة أحمد، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 160.

صريح،[606] لأن التقاعس في تعيين القانون الذّي يحكم العقد يشكّل خطورة بالنسبة للمتعاقدين -حسب الفقهاء المنادون الى ضرورة التعبير الصّريح[607]-، لأنّهم سيجدون أنفسهم في ضباب أو في مجهول، ويقول الأستاذ NIBOYET في هذه المسألة: " *لماذا لا نُدرج شرطا في سطرين يقول فيه الأطراف صراحة ما هو القانون واجب التطبيق، .....، ان المتعاقدين هم في الواقع وفي غالب الوقت وعن طريق الإهمال هم صنّاع مغامرتهم السيّئة."* [608]

الفرع الثاني

اختيار الاطراف للقانون الذي يحكم عقد الاعتماد الايجاري الدولي بشكل ضمني

سنقوم في هذا الفرع بتبيان مختلف الآراء الفقهية حول الإرادة الضمنية لدى فقهاء القانون الدولي الخاص(أولا)، ثم سنبحث عن كيفية استخلاص هذه الإرادة الضمنية في عقد الاعتماد الايجاري الدولي(ثانيا)، وبعد ذلك نصل الى تحديد موقف المشرع الجزائري منها(ثالثا).

أولا-انقسام الفقهاء بين مؤيّد ومعارض لفكرة الإرادة الضمنية: انقسم فقهاء القانون الدولي الخاص في شأن إمكانية الأخذ بالإرادة الضمنية للأطراف إلى اتجاهين:

1- الرأي الرّافض للإرادة الضمنية: يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّه لا يؤخذ الاّ بالإرادة الصريحة لأطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي، وفي حالة سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح يجب على القاضي أن يقوم مباشرة بتركيز العقد من أجل تحديد القانون الأكثر صلة

---

[606] - FAUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel, et BERTHOLD Goldmen, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, p. 799 et s. Voir aussi, CLAVEL Sandrine, op.cit. p. 482.

[607]- وعلى رأسهم الأستاذ THIEFFRY.

[608]- عبد الكريم أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 190.

به[609]، ويعتبر أصحاب النظرية الازدواجية من الرافضين لفكرة الاعتراف الضمني وسندهم في ذلك سببين، أما **السبب الأول** في نظرهم هو أن تركيز العقد يحقق أمانا قانونيا للمتعاقدين أكثر من منح القاضي إمكانية البحث عن الإرادة الضمنية التي تعتبر- حسبهم- مجرّد وهم يؤدي إلى الإخلال الصارخ بتوقعات الأفراد، أما **السبب الثاني** فيعود إلى أن إعمال قاعدة التنازع التي تؤدي إلى إسناد العقد إلى القانون الأوثق صلة به يخضع لرقابة محكمة النقض، بينما منح القاضي فرصة البحث عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد فهي مسألة موضوعية تفلت من رقابة المحكمة العليا لها[610]، لذلك فان هذا الرأي يؤكد خطورة منح الحرية المطلقة للقاضي من أجل البحث عن قانون العقد، تحت غطاء ما يسمى بالإرادة الضمنية والتي هي مجرّد إرادة مفترضة قد لا تتناسي مع رغبة أطراف العقد[611].

2- الرأي المؤيّد للإرادة الضمنية: وهو الاتجاه الذي اعترف بوجود ظروف تؤكد على أن هناك إرادة ضمنية حقيقية لأطراف العقد ، لذلك يجب أخذها بعين الاعتبار وعدم تجاهلها، لأنها إرادة تعبّر عن ميول ورغبة أطراف العقد رغم كونها كامنة،[612] وهي الإرادة التي يمكن للقاضي كشفها من خلال ظروف وملابسات التعاقد، أو حتى من نصوص العقد ذاته،[613] ولقد تبنّى هذا الرأي المشروع الذي توصّل إليه مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدينة بال السويسرية سنة 1991، حيث جاء في المادة 3 فقرة 2 منه أنّه:" *عند عدم وجود اختيار*

---

[609]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 134.

[610]- ياقوت محمود محمد، الروابط العقدية الدولية...، المرجع السابق، ص 78.

[611]- هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 429.

[612]- عبد الكريم أحمد سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 194.

[613]- وهو الرأي الذي أخذت به العديد من التشريعات الوطنية على غرار القانون السويسري والقانون الألماني والقانون الروماني والقانون المصري، كما أخذت بالإرادة الضمنية اتفاقية روما لسنة 1980 في مادتها الثالثة فقرة 1، كما أخذت بها اتفاقية لاهاي لسنة 1955 والمتعلقة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية في مادتها الثانية فقرة 2.

صريح لقانون العقد فانّه يتعيّن أن يستخلص الاختيار الضمني لهذا القانون من ظروف معبّرة تكشف بوضوح عن إرادة المتعاقدين في هذا الشّأن."[614]

ثانيا-القرائن المحددة للإرادة الضمنية لأطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي:

إذا لم يختر أطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي القانون الذّي يحكم العقد اختيارا صريحا، جاز للقاضي البحث في إرادتهم الضمنية وذلك على أساس قرائن قد تكون ذاتية[615]، كما قد تكون قرائن خارجية[616]:

1-تحديد الإرادة الضمنية استنادا إلى القرائن الذاتية: إذا غابت الإرادة الصريحة لأطراف العقد يمكن استخلاص إرادتهم الضمنية من خلال بعض القرائن المتعلقة بأطراف العقد مثل الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين، فقد أخذ القضاء الفرنسي في العديد من المناسبات بقانون الجنسية المشتركة إذا سكت الأطراف عن الاختيار.[617] كما يطبّق القضاء الفرنسي قانون الدولة التي يتواجد فيها موطن المستهلك،[618] وهذا حماية له لكونه الطرف الضعيف في العقد.[619]

---

[614]– ياقوت محمود محمد، الروابط العقدية الدولية، المرجع السابق، ص 81.

[615]- يقصد بالقرائن الذاتية تلك التي تستمد من الرابطة التعاقدية ذاتها.

[616]- وهي تلك القرائن التي تستخلص من ظروف وملابسات الحال في حالة عدم اختيار القانون من أطراف العقد الدولي، أنظر في ذلك:

CHABERT Cyril, «Le choix d'une loi par un consommateur doit être explicite », *Communication Commerce électronique,* n° 12, Décembre 2005, p.31.

[617]- أحكام محكمة النقض الفرنسية المؤرخة في 5 ديسمبر 1910 وفي 31 ماي 1932، وفي 2 نوفمبر 1937 وكذا الحكم الصادر في 15 نوفمبر 1959.

[618] - Cass. 1re civ. , 12 juill. 2005, n° 02-16.915, Pl. c/ Ph., *Juris -Data* n° 2005-029439.

[619] - PASSA Jérôme، «Le contrat électronique international: conflits de lois et de juridictions» , *Communication Commerce électronique* n° 5, Mai 2005, p. 50.

كما أخذت بعض أحكام القضاء الفرنسي لاحقا بقانون الموطن المشترك للمتعاقدين على غرار الحكم الصادر عن محكمة النقض في 28 جويلية 1966، وحكم محكمة السين في 7 جويلية 1956.[620]

توجد قرائن مرتبطة بالعقد نفسه كتدخل موظف عام في إبرام العقد، إذ أن توجّه أطراف العقد إلى إبرام عقدهم أمام موثق تابع لدولة معيّنة، يمكن اعتباره قرينة على اختيارهم لقانون بلد الموثق،[621] أو كاللّغة التي حرر بها العقد فإذا حرر العقد مثلا باللّغة الألمانية مثلا فهذا يمكن اعتباره قرينة على أن نيّة الأطراف اتجهت إلى اختيار القانون الألماني لحكم عقدهم، إلا أن قرينة اللّغة قرينة ضعيفة -حسب أغلب الفقهاء-لا يمكن الأخذ بها لوحدها بل يجب تكون معها قرائن أخرى لأخذها بعين الاعتبار.[622]

إضافة إلى قرينة تتعلق بموضوع التعاقد على غرار ما ذهب إليه القضاء الفرنسي بشأن العقود المتعلقة بعقار، حيث أخضعها لقانون موقع العقار على أساس افتراض اتجاه نيّة الأطراف إلى تطبيق هذا القانون،[623] ولعلّ من بين القرائن التي يجمع الفقهاء على أن لها قيمة كبيرة في تحديد نيّة الأطراف، تلك المتعلقة بتعيين المحكمة المختصة بالفصل في النزاع على أساس أنّ من يختار القاضي يختار قانونه.qui eligit judicem eligit jus[624]

2- تحديد الإرادة الضمنية استنادا إلى القرائن الخارجية: قد تتحدد نيّة أطراف العقد على أساس قرائن خارجة عن إطار الرابطة التعاقدية وهي تنقسم إلى **قرائن خارجية**

[620]- هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 420.

[621]- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، ج 2، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية -جامعة الجزائر-، 1990-1991، ص 230.

[622]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 138.

[623]- بالنسبة للقانون الذي يحكم العقار في القانون المدني الجزائري فهو قانون موقع العقار ليس استنادا إلى استنتاج الإرادة الضمنية لأطراف العقد، بل على أساس أن العقود الواردة على عقار تعتبر استثناء من تطبيق قانون الإرادة، وهذا ما ورد في الفقرة الأخيرة من نص المادة 18 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم، السابق الذكر.

[624]- عبد الكريم أحمد سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 195.

خاصّة ومثال ذلك ما استقر عليه القضاء الأمريكي الذي ذهب إلى تطبيق القانون الذي لا يعتبر العقد باطلا إذا كانت القوانين الأخرى المرتبطة به تعتبره باطلا، انطلاقا من فكرة أنّه لا يمكن أن نتصور اختيار الأطراف لقانون يبطل عقدهم،[625] كما قد يلجأ أطراف العقد إلى إدماج نصوص قانونية مأخوذة من أحد التشريعات كبنود في عقدهم، أو قيامهم بتبني عادات وأعراف تجارية معروفة في دولة من الدول، فهذا يمكن اعتباره أيضا قرينة على اختيارهم لقانون تلك الدولة، وتوجد قرينة أخرى وهي مسلك المتعاقدين بعد إبرام العقد كأن لا يتفق المتعاقدان على مكان التنفيذ، ثم قاما بتنفيذ عقدهم في دولة ما فهذا قرينة على اختيارهم لقانونها، أما **القرائن الخارجية العامة** فهي تتعلق بمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه[626].

ثالثا-موقف المشرع الجزائري من الإرادة الضمنية: جاء في المادة 18 من التقنين المدني الجزائري[627] ما يلي: ***" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبّق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبّق قانون محل إبرام العقد.... ".***

إن نص المادة 18 جاء واضحا بما لا يدع مجالا للشك بأن المشرّع الجزائري أورد ضابط إسناد أصلي وهو قانون الإرادة، وإذا غاب قانون الإرادة يطبّق القاضي الجزائري ضوابط الإسناد الاحتياطية الجامدة،[628] والتي تتمثل في قانون الموطن المشترك أو قانون

---

[625]- هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 422.

[626]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 422.

[627]- والمعدلة بموجب القانون رقم 05-10، السابق الذكر.

[628]- ضوابط الإسناد الجامدة يحددها المشرع ويطبقها القاضي إذا غاب ضابط الإسناد الأصلي كأن لا يختار أطراف العقد قانونا ليحكم العقد.

الجنسية المشتركة إذا اشترك الأطراف فيها، أمّا إذا اختلفوا في الموطن وفي الجنسية يطبّق القاضي قانون محل إبرام العقد.

فالإرادة التي قصدها المشرع في المادة 18 - حسب رأينا- هي الإرادة الصّريحة، وهذا بالنظر إلى سببين **أوّلُهما** عدم وجود إشارة إلى الإرادة الضمنية في نص المادة ، أمّا **ثانيهما** فهو يتمثل في سرد نص المادة لضوابط الإسناد الاحتياطية الجامدة ممّا يدفعنا إلى القول بأن المشرع جعل القاضي في غنًى عن البحث عن الإرادة الضّمنية، فان وجدت إرادة صريحة فسيأخذ بها القاضي أمّا إذا غابت فعليه أن يلجأ مباشرة إلى تطبيق إمّا قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة، أو قانون محل إبرام العقد إذا اختلف الأطراف في الموطن و في الجنسية، إلا أن ما جاء في نص المادة 60 من التقنين المدني يدفعنا إلى القول بإمكانية البحث عن الإرادة الضمنية، حيث أجازت أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا،[629] وهذا الرأي يتفق مع ما ذهب إليه الأستاذ زروتي الذي يرى أنّه لا اجتهاد مع وجود نص المادة 60 ، لذلك يمكن الاعتداد بالإرادة الضمنية والبحث عنها من طرف القاضي الجزائري،[630] مادامت المادة 18 لم تشترط الاختيار الصريح للقانون، بشرط ألا يتفق أطراف العقد على أن يكون الاختيار صريحا، وإذا لم يصل إلى استقراء نيّة الأطراف مستعينا بأحد القرائن لجأ بعد ذلك إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية التي رتّبها المشرع الجزائري بحسب أهميتها في معاملات التجارة الدولية.[631]

---

[629]- والتي جاء فيها ما يلي: *" التعبير عن الإرادة يكون بالّفظ والكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا."*

[630]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 230.

[631]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، (تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة في القوانين العربية والقانون الفرنسي)، د ن، الجزائر، ص 244.

الفرع الثالث

حدود مبدأ سلطان الارادة في اختيار القانون الذي يحكم عقد الاعتماد الايجاري الدولي

إن الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد حيث يقول الفقيه الفرنسي Doma أنّه: " *إذا تمّ الاتّفاق فكل ما أتّفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقد."* [632] فإرادة الإنسان في الأصل حرّة وغير مقيّدة ولا يمكن أن تتوجّه إلاّ إلى ما فيه مصلحته[633]، وبالرغم من أن الفقه الغالب في القانون الدولي الخاص استقر على تطبيق قانون الإرادة على العقود الدولية[634]، إلا أن الصراع الفكري بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي خلّف اثارا على الدور الذي يمكن أن تلعبه الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق،[635] فانقسم الفقهاء في ذلك إلى مذهبين:

أولا-الاختيار المطلق للقانون واجب التطبيق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي (النظرية الشخصية): تبدأ هذه النظرية من حقيقة الدور الذي تلعبه الإرادة في إنشاء

---

[632]- أنظر: فرحان سامي مصطفى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية-دراسة مقارنة-، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2006، ص 29، وأنظر أيضا:
CHARBONNEL Lionel, op.cit. , p. 22.

[633]- سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 168.

[634] - DENOIX DE SAINT-MARC Valéry, « La liberté contractuelle et l'égalité des parties : une relation difficile », *Gazette du Palais*, 27 octobre 2009 n° 300, p. 21.

[635]- أنظر: ياقوت محمود محمد، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية-دراسة تحليلية مقارنة-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 8، 9، وأنظر أيضا:
BRUNEAU Laurent, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, Thèse de doctorat en droit, Université des sciences sociales, TOULOUSE, 2005, p.9.

وإنهاء العلاقات القانونية[636] التي يكون العقد أو التصرّف القانوني مصدرها،[637] وتنتمي هذه النظرية إلى المذهب الفردي الذي يقدّس الإرادة الفردية في التعاقد،[638] لذلك فان إرادة الأفراد تعتبر شريعتهم الملزمة وهي بذلك لا تحتاج إلى قوة القانون حتى تصبح ملزمة بما أن العقد في حد ذاته ملزم،[639] مما جعل أصحاب هذه النظرية يقولون أن العقد استمد الزاميته من إرادة المتعاقدين،[640] فإذا أبرم طرفان عقدا صحيح فانّه سيصبح بمثابة قاعدة جديدة-بالنسبة لهما-يجب احترامها سواء من طرفهما أو حتى من طرف القاضي.[641]

ان العقد الدولي يفلت من حكم القانون ليخضع لسلطان الإرادة حيث يختار أطراف العقد القانون أو القوانين التي يريدونها، لتصبح بذلك جزءا من شروطهم العقدية، دون

---

[636]- في قضية عرضت أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بين شركة افريقية(محتكمة) وشركة أوربية (محتكم ضدّها)، ذهب المحكمون إلى أن العقد شريعة المتعاقدين، لذلك فإذا كان الطرفان-رغم خلافاتهما-لم يقوما بفسخ العقد، فان العقد يبقى نافذا، أنظر:

محي الدين إسماعيل علم الدين، أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (1984-2000)، الطبعة الأولى، د ن، القاهرة، 2002، ص ص15-19.

[637]- الجمّال مصطفى محمد، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 243.

[638]- يمنح هذا المذهب للأفراد ليس مجرد حرية إبرام العقد وتحديد شروطه بل أكثر من ذلك الحرية في اختيار القانون الذي يرونه أكثر تعبيرا عن مصالحهم المشتركة، للمزيد أنظر:

GUTMANN Daniel, *droit international privé*, 2e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 170 et s.

[639] - MEKKI Mustapha, op.cit. p. 1 et s.

[640]- أنظر: هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 125، وأنظر أيضا:

CORINNE Renault-Brahinsky*, L'essentiel du droit des contrats*, GUALINO éditeur, Paris, 2000, p. 15.

[641] -Lorsque les parties concluent un contrat valable , celui-ci constitue une nouvelle norme qui doit être respectée tant par elles que par le juge, Voir, BLOUGH Rachel ,Le forçage, du contrat à la théorie générale, PUAM, France, 2011, p. 269.

اشتراط أن تكون هناك صلة بين العقد والقانون المختار من طرفهم، فتصبح أحكام القانون الذي اختاره الأطراف مجرّد شروط تعاقدية لا يمكنها إبطال العقد إذا ما خالفها الأطراف.[642]

ان اطلاق حرية أطراف العقد في هذه النظرية يؤدي فقدان القانون المختار لصفته كقانون آمر بل يصبح مجرّد تنظيم اتفاقي[643]، وأساس ذلك-حسب هؤلاء- هو مبدأ الكفاية الذاتية للعقد والتي يقصد بها أن العقد يكفي نفسه بنفسه، لذلك فان القانون الذي اختاره الأطراف لا يلجأ إليه إلا احتياطا وذلك في حالة وجود مسألة لم ينتبه إليها أطراف العقد[644]، كما أن العقد -حسب هذه النظرية- لا يخضع بالضرورة لقانون معيّن وهذا ما يسمى بفكرة العقد بدون قانون le contrat sans loi[645]، إذ تكفي إرادة الأطراف لوحدها كي تكون نظاما قانونيا لعقدهم،[646] ولقد أدت المغالاة في إطلاق حرية الأطراف في هذه النظرية إلى عدّة نتائج أبرزها:

- ان اعتبار القانون المختار مجرد شروط تعاقدية سيؤدي الى اندماجه في العقد، وهذا ما يجعل القاضي يتعامل مع هذا القانون معاملة الوقائع سواء من حيث إثباته أو تفسيره.[647]

- يؤدي إطلاق حرية أطراف العقد في اختيار القانون الذّي يحكم عقدهم الى إمكانية اختيارهم لقانون ليس له صلة لا بالعقد ولا بأطرافه.

---

[642]- صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة حلوان، مصر، 2000، ص 126.

[643]- وهذا ما يسمى بنظرية الاندماج والتي تعتبر نظام يصبح بمقتضاه القانون المختار لحكم العقد الدولي مجرد شرط عقدي أو حكم تعاقدي، لا تكون له إلا قوة وقيمة شروط العقد.

[644]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 240.

[645]- تستعمل عبارة العقد بدون قانون للتعبير عن قدرة الأطراف على تحرير عقدهم من الخضوع لأي قانون اكتفاء بالتنظيم الذّاتي للعقد الدولي، للمزيد من التفاصيل أنظر: نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 427.

[646]- أنظر: القصبي عصام الدّين، المرجع السابق، ص 21.

[647]- أي أن الخصم الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي هو الذي يقع عليه عبء إثباته وتقديم الدليل على مضمونه، كما أن الخطأ في تطبيقه لا يخضع لرقابة المحكمة العليا لأنه مجرد واقعة وبالتالي يخرج من نطاق اختصاصها.

- ان اعتبار القانون الذي يختاره أطراف العقد مجرد شروط تعاقدية سيؤدي الى إمكانية استبعاد بعض أحكامه ولو كانت قواعد آمرة، كما يمكن أيضا لأطراف العقد تجزئته[648] وبالتالي اخضاعه لأكثر من قانون واحد.[649]

ثانيا-الاختيار المقيّد للقانون واجب التطبيق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي(النظرية الموضوعية): ان أصحاب النظرية الشخصية بالغوا في تقديس سلطان الإرادة مما أدى إلى تدخل المشرع -حتى في الدول الرأسمالية - وذلك من أجل تنظيم العملية التعاقدية بواسطة فرض قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها، وذلك من أجل حماية المصالح العليا للجماعة، ولعل عقد الاعتماد الايجاري الدولي من بين العقود التي تظهر فيها تلك القواعد بصورة واضحة، لكونه ائتمان تقدّمه المؤسسة المالية المؤجرة للمستأجر التمويلي، فهو نشاط له تأثير كبير في الاقتصاد الوطني لذلك كان لا بدّ من تقييد السّلطان المطلق للنظرية الفردية،[650] و تستند قدرة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد حسب هذه النظرية إلى قوّة القانون نفسه، لأنه هو الذي منح إرادة الأفراد هذا الحق بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد في دولة القاضي، لذلك يخضع العقد لأحكام القانون الذي اختاره المتعاقدون[651] لهذا فان كل شرط تعاقدي يخالف قاعدة آمرة في القانون المختار يعتبر باطلا حيث، لذلك يمكن القول بأن إرادة الأطراف في هذه النظرية ينحصر دورها في تعيين القانون الذي يحكم العقد وليس في تحرير العقد من هذا القانون[652].

---

[648]- نظرا لأهمية عنصر تجزئة عقد الاعتماد الايجاري الدولي رأينا أنّه لا بد من شرحه بشكل يزيل الغموض حول عديد المسائل، لذلك سنخصص له عنصرا خاصا لاحقا.

[649]- ياقوت محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 84، 85.

[650]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 80.

[651]- الجمّال مصطفى محمد، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 242.

[652]- ياقوت محمود محمد، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، المرجع السابق، ص 52.

كما ذهب الأستاذ BATIFFOL في هذا الصدد الى القول بأن إرادة الأطراف ينحصر دورها فقط في تركيز العقد أو توطينه في مكان معيّن أو في إطار قانوني يرتبط به، مما يساعد القاضي في استخلاص القانون واجب التطبيق عل ذلك العقد،[653] فالمتعاقدان اذا لا يختاران قانونا معيّنا بل يركّزان عقدهما في مكان معيّن يتمكن القاضي من خلاله تحديد القانون الذي يحكم العقد، لذلك فان هذه النظرية تمنح للقاضي دورا رئيسيا في تحديد قانون العقد، فتصبح إرادة أطراف العقد مجرد وسيلة لخلق عناصر واقعية موضوعية تساعد القاضي على تحديد ذلك القانون،[654] وتترتب عن النظرية الموضوعية النتائج التالية:

- ان الاخذ بهذه النظرية يؤدي الى احتفاظ القانون المختار بصفته القانونية، لذلك لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفة أحكامه الآمرة حتى ولو كانت هذه الأحكام لا تتعلق بالنظام العام في دولة القاضي، لذلك فانّ أحكامه تطبق حتى ولو أدت الى إبطال العقد، إلا أنّ هذه الفكرة لم يؤيّدها العديد من الفقهاء.[655]

- ان تقييد حرية أطراف العقد في اختيار القانون تشترط وجود صلة بين القانون المختار والعقد، مادامت الإرادة مجرد ضابط للإسناد فانّه يجب أن تتوفر صلة جادة وحقيقية بين القانون الذي تختاره هذه الإرادة والعقد. [656]

---

[653]- وهذا ما يسمى بنظرية وحدانية التحديد أو نظرية التركيز أو التوطين الموضوعي أو الفعلي.

[654]- BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, *Droit international privé*, Tome 2, 7e édition, L.G.D.J, Paris, 1983, p. 595, Voir aussi, JACQUET Jean-Michel, op. cit. p. 37, Voir également, FERRY Claude, op. cit., p. 24.

[655]- انقسم فقهاء القانون الدولي الخاص في هذه المسألة إلى اتجاهين: الأول مؤيد لفكرة إمكانية القانون المختار أن يبطل العقد بينما يصعب على القاضي إبطال العقد في حالة سكوت المتعاقدين عن الاختيار، أما الثاني فهو رافض لذلك إذ حسبهم من غير المعقول تطبيق قانون الإرادة الذي يناسب المتعاقدين إذا كان هذا القانون يؤدي إلى إبطال عقدهم.

[656]- لقد أثارت هذه المسألة جدالا فقهيا حول الصلة بين القانون المختار والعقد، إلا أن غالبية الفقهاء يصرون على ضرورة وجودها كما أيد ذلك القضاء في العديد من الأحكام في انجلترا وألمانيا وسويسرا.

- لا يمكن لأطراف العقد الاتفاق على استبعاد التعديلات التشريعية اللاحقة على إبرام العقد متى اتصفت هذه التعديلات بالصّفة الآمرة، لذلك لا يمكن التمسّك بالثبات التشريعي إلاّ في إطار القواعد المكمّلة فقط. [657]

لقد نالت هذه النظرية التأييد من طرف عدة فقهاء ورغم ذلك فهي لم تسلم من انتقادات البعض الاخر، خاصة في مسألة التركيز التي يعتبرها عدة فقهاء غامضة، لذلك ظهرت النظرية الازدواجية للتوفيق بين الإطلاق في الحرية الذي أخذت به النظرية الشخصية والتقييد منها في إطار النظرية الموضوعية،[658]

ثالثا-النظرية الازدواجية: محاولة للتوفيق بين الإطلاق في الحرية والتقييد منها:

تنطلق هذه النظرية من فكرة التمييز بين وضعيتين: الأولى وجود اختيار صريح من جانب الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وفي هذه الحالة لا مجال للحديث عن تركيز العقد، أمّا الثانية وهي حالة عدم وجود اختيار من جانب أطراف العقد وهنا يمكن الحديث عن تركيز العقد.

لقد تبنّت هذه النظرية العديد من التشريعات الوطنية مثل القانون الدولي الخاص البولندي والبرتغالي والاسباني والتركي، كما أخذت بهذه النظرية بعض الاتفاقيات الدولية كاتفاقية لاهاي لسنة 1955 الخاصة بالقانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، واتفاقية لاهاي لسنة 1978 والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري.[659]

---

[657]- ياقوت محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ..، المرجع السابق، ص 123.

[658] - BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, 2e édition, PUF, Paris, 2007, p. 39 et s.

[659]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 84، 86.

رابعا-إشكالية اختيار عدة قوانين أو قانون واحد في عقد الاعتماد الايجاري الدولي: تثور في شأن تحديد القانون واجب التطبيق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي مسألة في غاية الأهمية باعتباره عقد يتضمّن عدّة عقود أبرزها عقد البيع وعقد الاعتماد الايجاري بالمعنى الضيّق[660]، وتتمثل في إمكانية اختيار الأطراف لقانون واحد ليحكم كل العقود التي تتضمنها عملية الاعتماد الايجاري، (وحدة القانون المختار) أم أن حريّتهم تمنح لهم إمكانية اختيار عدة قوانين، لذلك فان كل عقد يحكمه قانون يختلف عن القانون الذي يحكم العقد الآخر (تعدد القوانين المختارة).

1-تجزئة عقد الاعتماد الايجاري الدولي وإخضاعه لأكثر من قانون واحد: لقد رأينا أن القانون الذّي اختاره أطراف العقد يكون في مرتبة الشروط التعاقدية في فقه المدرسة الشخصية، لذلك يمكن لأطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي اختيار أكثر من قانون لتنظيم الرابطة العقدية[661]، كما أنّه لا يوجد ما يمنع المتعاقدين من إخضاع العقد لأكثر من قانون في فقه المدرسة الموضوعية، نظرا لإدراك المتعاقدين لتعقيد العملية العقدية في بعض الحالات لذلك يقومون بتجزئة عناصرها وإخضاع كل واحد منها للقانون الأكثر صلة به.[662]

ان السند القانوني الذي احتج به أنصار إخضاع عقد الاعتماد الايجاري الدولي إلى أكثر من قانون واحد هو اتفاقية روما، التي أكّدت على حق الأطراف تجنيب جزء أو أجزاء محددة من العقد وإخضاعها لقانون أو لقوانين أخرى مختلفة[663]، ومهما كانت طريقة التجزئة

---

[660]- يستعمل الفقهاء تسمية الاعتماد الايجاري بالمعنى الضيّق للتعبير عن العلاقة بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي، بينما تستعمل عبارة الاعتماد الايجاري بالمعنى الواسع للدلالة على كل العملية.

[661] - d'Avout Louis et Perreau-Saussine Louis, « Droit international des contrats : la CJCE n'aurait-elle pas déjà un train de retard ? », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 50, 7 Décembre 2009, p. 135.

[662]- هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية ..، المرجع السابق، ص 488.

[663]- نص المادة الثالثة فقرة أولى من اتفاقية روما الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والموقعة في روما في 19 يونيو 1980، أنظر:

التي يتبنّاها الأطراف إلا أنّها يجب أن تكون منطقية حيث يخضع جزء من العقد لقانون آخر يختلف عن القانون الذي يحكم باقي العقد، فيجب إذا مراعاة العلاقة الموجودة بين الجزء المنفصل وباقي الرابطة العقدية ككل.

إن العناصر التعاقدية التي يتضمّنها الاعتماد الايجاري والتي تدور حول المحور الرئيسي للعملية (عقد الإيجار) يمكن أن تقبل جميعها الانفصال بإسناد مستقل، ما دام المشرع نفسه اعترف بإمكانية التجزئة في العقد وذلك بأن ميّز بين القانون الذي يحكم شكل العقد وذلك الذي يحكم موضوعه وكذا أهلية الأطراف،[664] ويرى الأستاذ Batiffol أن هذه الإمكانية يجب أن يتحقق فيها شرط أساسي وهو اتسام هذه التجزئة بالمعقولية، أي عدم الإخلال بالانسجام والترابط المنشودين للعقد، كما أضاف الأستاذ Loussouarn شرط آخر وهو ضرورة احترام سلطان القانون.[665]

أ-بالنسبة لعقد البيع في حالة كونه عقد دولي: قد يختار أطراف عقد البيع في عقد الاعتماد الايجاري الدولي قانون دولة صادقت[666] على اتفاقية فيينا الموقعة في 11 أفريل 1980 حول عقد البيع الدولي للبضائع[667]، أو اتفاقية لاهاي الموقعة في 15 جوان 1955

LAGARD Paul, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *R.C.D.I.P.*, n°2 1991, pp 283-490.

[664]- تسمى هذه التجزئة بالتجزئة اللاإرادية لأن المشرع هو الذّي نص عليها، فلا دخل لإرادة الأطراف فيها، أنظر: ياقوت محمود محمد، " الاختيار المتعدد لقانون العقد الدولي "، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق -جامعة طنطا-عدد 21، ج 2، أوت 2000، ص 615 وما بعدها.

[665]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 131.

[666]- قائمة الدول الأطراف في اتفاقية فيينا موجودة على الموقع:
http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html

[667] - Le texte de la Convention est accessible sur les sites Internet suivantes : www.unidroit.org; www.unilex.info; www.cisg.law.pace.edu et en annexe de l'ouvrage de AUDIT Bernard, *La vente internationale de marchandises- Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, Collection Droit des affaires, Paris, 1990, ou l'ouvrage de HEUZE Vincent, *La vente internationale de marchandises- droit uniforme*, Collection Traité des contrats, LGDJ, 2000.

والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية[668]، لذلك يمكن تطبيق أحكام الاتفاقية الدولية باعتبارها أصبحت جزء من القانون الداخلي، إذا توفرت شروط تطبيقها.

أ-1 -إمكانية تطبيق اتفاقية فيينا حول عقد البيع الدولي للبضائع الموقعة في 11 أفريل 1980[669]: لتطبيق أحكام اتفاقية فيينا يجب توفر عدّة شروط:[670]

الشرط الأول يتعلق بالنطاق الجغرافي لتطبيق الاتفاقية، حيث نصّت الاتفاقية على أنّها تطبق على كل عقد بيع للبضائع يتم بين أطراف توجد مراكز أعمالهم Places of business في دول مختلفة وذلك:[671]

- متى كانت هذه الدول دولا متعاقدة، أو؛
- متى أشارت قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.[672]

ولذلك فان اتفاقية فيينا لا تكتفي لاعتبار البيع دوليا، أن تقع مراكز أعمال أطراف البيع في دول مختلفة وإنما تشترط توافر أحد أمرين:

---

668 - SEGHERS Natasha et WALSCHOT Francis, « Les contrats types en rapport avec la CVIM », *RDAI/IBLJ*, N°3/4, 2001, p. 416.

669 - Il a souvent été affirmé que la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises , constitue un immense succès, ce qui a même conduit un auteur à la considérer comme étant «peut être le plus important aboutissement législatif visant à l'harmonisation du droit commercial» , Voir , FERRARI Franco, « Quelle sources de droit pour les contrats de vente internationale marchandises ? Des raisons pour lesquelles il faut aller au-delà de la CVIM *», RDAI/IBLJ*, N°3, 2006, p.403.

670 - C. Cass. 1re Civ. 30 juin 2004 : Société Behr France c. Société Romay AG, *Gazette du Palais*, 22 février 2005 n° 53,p. 17.

671 - DERAINS Yves, GHESTIN Jacques, « La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms », *Rev. Crit. D.I.P* 1990 p. 860.

672- نص المادة الأولى من اتفاقية فيينا حول عقد البيع الدولي للبضائع، والموقعة في فيينا في 11 أفريل 1980.

الأول: أن تكون مراكز أعمال أطراف البيع في دول مختلفة متعاقدة ولا يكفي أن تكون إحدى أو بعض هذه الدول من الدول المتعاقدة بل يجب أن تكون جميعها كذلك.

الثاني: متى أشارت قواعد القانون الدولي الخاص في الدولة التي يعرض عليها النزاع إلى تطبيق قانون دولة معينة فإن هذه الدولة يجب أن تكون من الدول المتعاقدة ويعنى ذلك أن الاتفاقية لا تكون واجبة التطبيق إلا إذا تبين للقاضي في الدولة المعروض عليها النزاع أن قانون دولة متعاقدة هو القانون الواجب التطبيق على النزاع،[673] عندئذ فإنه يطبق قواعد اتفاقية فيينا على النزاع، وذلك سواء أكانت دولة القاضي المعروض عليه النزاع دولة متعاقدة أم دولة غير متعاقدة.[674] فإذا أدت قواعد القانون الدولي الخاص في هذه الحالة إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة فإن القانون الذي يطبق هو أحكام الاتفاقية وليس القانون الداخلي لهذه الدولة[675]

الشرط الثاني: ألاّ تكون السلع محل العقد من السلع المستبعدة بموجب الاتفاقية[676]، حيث يستبعد من نطاق تطبيقها السلع التالية:

أ-السلع التي يتم شراؤها للاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي ما لم يتبين أن البائع لم يكن يعلم في أي وقت قبل إبرام البيع أو عند إبرامه أو لم يكن من المفروض فيه أن يعلم أن هذه السلع قد تم شراؤها لأحد هذه الأغراض المذكورة.

---

673 - DIESSE François, « Travaux des organisations internationales (Droit du Commerce international) jurisprudence relative aux textes de la J CNUDCI », *RDAI/IBLJ*, N° 1, 2001, p. 99.

674- أنظر: الشرقاوي محمود سمير، العقود التجارية الدولية-دراسة خاصّة لعقد البيع الدولي للبضائع-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 51 وما بعدها، وأنظر أيضا: محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع -دراسة في قانون التجارة الدولي-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 5 وما بعدها.

675- خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق-جامعة القاهرة-، 2000، ص 13، وأنظر أيضا: حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 3 وما بعدها.

676 - FERRARI Franco, op.cit. , p. 407 et 408.

ب-البيع بالمزاد. ج-البيع الذي يتم تنفيذاً لأمر صادر من سلطة يخولها القانون إصدار هذا الأمر. د-بيع القيم المنقولة والأوراق التجارية والنقود. هـ-بيع السفن والمراكب والطائرات، و-بيع الكهرباء.[677]

يثير استبعاد الاتفاقية لبعض أنواع السلع من نطاق تطبيقها وخاصة بيع السفن والمراكب والطائرات، إشكالية في عقد الاعتماد الايجاري الدولي لكون هذه الأخيرة تشكل محلا لأغلب العقود الدولية، وبالتالي فعقد البيع في هذه الحالة لا يخضع لاتفاقية فيينا.[678]

الشرط الثالث: يتعلق بالمعيار الزمني لتطبيق الاتفاقية إذ تسري أحكامها على كل عقد بيع أبرم بموجب إيجاب قدّم بعد دخول الاتفاقية حيّز النفاذ بالنسبة لدول أطراف عقد البيع.[679]

إضافة إلى الشروط التي فصّلنا فيها فان القضاء الفرنسي قضى في أحد قراراته بتطبيق أحكام اتفاقية فيينا، بالرّغم من اختيار أطراف العقد للقانون الفرنسي، على أساس أن أطراف العقد لم يستبعدوا بشكل صريح تطبيق أحكام الاتفاقية على عقدهم.[680]

أ-2-إمكانية تطبيق اتفاقية لاهاي لسنة 1955 حول القانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية: لقد فصلت اتفاقية فيينا في مسألة مجال تطبيقها بأن نصت على أنّ: ***" هذه الاتفاقية لا تمس بتطبيق الاتفاقيات الدولية التي انضمت أو***

---

[677]- أنظر: نص المادة الثانية من اتفاقية فيينا، السابق ذكرها وللمزيد من التفاصيل أنظر: نبيه نسرين عبد الحميد المرجع السابق، ص 36.

[678] - BOST Emmanuelle, op.cit. p. 301.

[679]- نص المادة 100 فقرة 1 من اتفاقية فيينا، المرجع السابق.

[680] -La Cour de cassation (Cass. Com. 20 février 2007, Yves Saint Laurent Parfums c. Mimusa, saisie d'un litige portant sur des ventes de marchandises conclues entre un vendeur français et un acheteur vénézuélien, et soumises par les parties à la loi française, a jugé que la Convention de Vienne, dès lors qu'elle n'avait pas été expressément exclue par les parties, avait vocation à s'appliquer, in, LAHLOU Yasmine et MATOUSEKOVA Marina, « Chronique de droit international privé appliqué aux affaires », *RDAI/IBLJ*, N°6, 2007, p. 818 et 819.

ستنضم إليها دولة متعاقدة....»، فلا يمكن اللّجوء إلى اتفاقية فيينا إلا إذا كان العقد لا يدخل في نطاق تطبيق اتفاقية لاهاي. [681]

بالرجوع إلى اتفاقية لاهاي فانّ ضابط الإسناد الذي أخذت به هو ثنائي، إذ يأخذ بقانون الإرادة[682] وفي حالة عدم الاختيار يعود الاختصاص إلى القانون الداخلي للدولة التي يقيم فيها البائع اعتيادا، في الوقت الذي يتلقى فيه الطلب. [683] وقانون إقامة البائع هو قانون المدين بالأداء المميّز وهذا ما يعني تأثر اتفاقية لاهاي بالحل المعمول به في إطار اتفاقية روما التي أخذت بقانون إقامة المدين بالأداء المميّز.[684]

أما في عقد البيع الذي يبرم في إطار عملية الاعتماد الايجاري الدولي فهناك من الفقهاء من يعترض أن يكون المدين بالالتزام المميّز هو البائع، لأن عملية الاعتماد الايجاري يغلب عليها الطابع التمويلي أو القرض، لذلك ذهبت الأستاذة BOST Emmanuelle إلى القول بأن صاحب الأداء المميّز هو المؤجر التمويلي (وهو المشتري في عقد البيع) وليس البائع كما في عقد البيع العادي.[685]

ب-بالنسبة لعقد الاعتماد الايجاري -بالمعنى الضيّق-إمكانية تطبيق اتفاقية أوتاوا حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقولات: أما بالنسبة لعقد الاعتماد الايجاري فان اختيار أطراف العقد لقانون دولة صادقت على اتفاقية أوتاوا المبرمة في 1988 و المتعلقة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي، يؤدي إلى إمكانية تطبيق أحكام هذه الاتفاقية وهذا ما ورد في الفقرة الأولى(ب) من المادة الثالثة، من اتفاقية أوتاوا، فمادام القانون واجب

---

[681]- FERRARI Franco, op.cit. , p. 404.

[682]- نص المادة الثانية من اتفاقية لاهاي حول عقد البيع الدولي للمنقولات المادية، والموقعة في لاهاي في 15 جوان 1955.

[683]- نص المادة الثالثة من الاتفاقية نفسها.

[684]- أنظر نص المادة الرابعة من اتفاقية روما لسنة 1980، السابق ذكرها.

[685]- BOST Emmanuelle, op.cit. p. 308.

التطبيق هو قانون دولة منضمة إلى الاتفاقية، فان القاضي سيطبق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي اتفاقية أوتاوا[686] على أساس أن مجرد الانضمام من طرف دولة إليها، سيجعل من قواعدها قواعد جوهرية تطبق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي.[687]

2-وحدة القانون الذي يحكم عقد الاعتماد الايجاري الدولي: إن المستجدات التي يشهدها عصرنا هذا كالسرعة والتوسع في حركة رؤوس الأموال والتعقيد الذي يميّز العمليات الاقتصادية،[688] أدى إلى إبرام علاقات لا تقتصر فقط على اتفاق واحد يجمع طرفين إنما وجدت علاقات مركبة متعددة الأطراف منفصلة ومستقلة قانونا، لكن هذه العلاقات مرتبطة اقتصاديا لأنها تهدف جميعها إلى تحقيق هدف واحد، وهذا ما نجده في عقد الاعتماد الايجاري الدولي الذي يتكون من مجموعة عقود اندمجت لتكوّن لنا هذا النظام القانوني التعاقدي الجديد.

يمكن اعتبار كل عقد من المجموع العقدي في الاعتماد الايجاري الدولي عنصرا رئيسيا في وضع العقد الآخر حيّز التنفيذ، لذلك نحن أمام عقدين مترابطين ارتباطا وثيقا اذ لا يمكن إبرام عقد الاعتماد الايجاري دون إبرام عقد البيع،[689] وهذا ما دفع ببعض الفقهاء إلى القول

---

[686]- ما دام العقد دولي بتحقق شرط اختلاف دول مقر إقامة مؤسسة كل من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي، ثم أحالت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى قانون دولة صادقت على الاتفاقية، فان القاضي لا يمكنه أن يطبق القانون الداخلي لهذه الدولة لأن هذا الأخير يطبق فقط في حالة العقد الداخلي(الوطني)، أما والعقد دولي فاتفاقية أوتاوا أولى بالتطبيق.

[687]- للمزيد من التفاصيل سنقوم يشرح شروط تطبيق اتفاقية أوتاوا في الفصل الثاني من هذا الباب.

[688] - En dépit de l'importance que revêtent aujourd'hui les exportations de capitaux, qui favorisent le développement de structures de commercialisation de produits directement fabriqués à l'étranger, la vente demeure de loin, et sans doute pour longtemps encore, le principal instrument du commerce international, Voir , NGUYEN Minh Hang, *la convention de vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises et le droit vietnamien de la vente*, Thèse de doctorat en droit, Université François - Rabelais,2009, p.7.

[689] - VOULGARIS I., « Le crédit- bail et les institutions analogues en droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1996, pp. 319 et s.

بأننا أمام عقد واحد أو عملية واحدة تتركب من عدة عقود، لذلك يجب اخضاع هذه العملية بما تتضمنها من عقود إلى قانون واحد بموجب اتفاق صريح بين جميع أطراف العملية.[690]

لقد أثارت الأستاذة BOST Emmanuelle مسألة في غاية الأهمية والتي عادة ما تحدث في الممارسة العملية لعقود الاعتماد الايجاري الدولي، وهي الحالة التي يختار فيها أطراف عقد الاعتماد الايجاري- بالمعنى الضيّق- وهما المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي القانون الواجب التطبيق على عقدهم، بينما يسكت أطراف عقد البيع- وهما البائع والمؤجر التمويلي- عن اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، وذهبت الأستاذة في تحليلها إلى أن القانون الذي يحكم عقد البيع هو القانون الذي يحكم عقد الاعتماد الايجاري والذي اختاره الأطراف،[691] لأن السكوت عن اختيار القانون الذي يحكم عقد البيع بعد اختيار القانون الذي يحكم عقد الاعتماد الايجاري يعتبر بمثابة اختيار ضمني، وتعبير عن رغبة أطراف العقد في إخضاع كلا العقدين إلى القانون نفسه، وهذا ما أيّدته محكمة النقض الفرنسية في العديد من المناسبات.[692]

خامسا-موقف المشرع الجزائري: من الإطلاق في الحرية إلى التقييد منها: إن المشرع الجزائري كان قبل تعديل القانون المدني في 20 جوان2005،[693] يطلق الحرية لأطراف العقد لكونه لم يشترط ضرورة وجود صلة بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد، فكان بإمكان الأطراف اختيار أيّ قانون ولو لم يكن له أيّ صلة بالمتعاقدين أو بالعقد أيضا.[694]

---

[690]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 120.

[691] - BOSTE Emmanuelle, op.cit. p. 295.

[692]- Cas. Civ. 1 juillet 1981, soc. Total Afrique c. Serrure et autres, *J.D.I.*, 1982. 148. note Bourel.

[693]- إذ جاءت المادة 18 من أمر رقم 75-58 كما يلي: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر....".

[694]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 243.

أما بعد تعديل القانون المدني في 20 جوان 2005 والذي مسّ المادة 18 التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فان المشرع الجزائري منح الحرية لأطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، إلا أنّه ربط هذه الحرية في الاختيار بضرورة أن تكون لهذا القانون المختار صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد[695]، وهذا ما يعتبر تقييدا لحرية الأطراف في الاختيار.

المطلب الثاني

إمكانية عدم اختيار الأطراف للقانون الذّي يحكم عقد الاعتماد الايجاري الدولي

لقد اعتاد القضاء الفرنسي في البداية إسناد العقد -عند سكوت الأطراف عن اختيار قانون يحكم عقدهم مع عدم تمكن القاضي من التوصل إلى نيّتهم-، إلى قانون بلد الإبرام أو قانون بلد التنفيذ أو قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين، وهذا على أساس الإرادة المفترضة، وهو الأمر الذي رفضه أغلب الفقهاء لكونهم يرون أن الإرادة إما أن تكون صريحة أو ضمنية، أما الإرادة المفترضة فهي ليست سوى تعبير عن إرادة المشرع أو إرادة القاضي.[696]لهذه الأسباب ذهب مؤيّدو نظرية التركيز الموضوعي إلى القول بضرورة البحث عن القانون الأوثق صلة بالعقد مباشرة، دون الحاجة إلى حيلة أخرى كفكرة الإرادة المفترضة (الفرع الأول)، كما ظهرت نظرية أكدت ضرورة البحث عن قانون صاحب الأداء المميّز في العقد (الفرع الثاني).

[695]- صيغت المادة 18 في تعديل 2005 كما يلي:" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد...".

[696]- هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 533.

الفرع الأول

ضرورة البحث عن قانون الدولة الأكثر صلة

بعقد الاعتماد الايجاري الدولي

يعتبر الطابع التمويلي من أبرز ما يميّز عقد الاعتماد الايجاري الدولي إضافة الى خصوصية العلاقة الثلاثية التي يتضمّنها، لذلك نجده يستند من الناحية القانونية إلى العلاقة الايجارية ومن الناحية الاقتصادية إلى العلاقة التمويلية، مما دفع الأستاذ CH. GAVALDA الى القول بأن *عقد الاعتماد الايجاري أداة قانونية في خدمة حاجة اقتصادية*.[697]

أولا- كيفية تحديد قانون الدولة الأكثر صلة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي: إذا سكت أطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي عن اختيار القانون الذي يحكم عقدهم صراحة، وتعذّر على القاضي الكشف عن إرادتهم الضمنية، فان القاضي في هذه الحالة لا يمكنه أن يلجأ مباشرة إلى تطبيق قانونه الوطني[698] كما لا يمكنه أيضا أن يرفض الفصل في النّزاع[699]، لذلك يجب عليه اللّجوء إلى تركيز العقد عن طريق تحديد مركز الثقل فيه، وبالتالي تطبيق قانون الدولة التي ترتبط أكثر بالعقد[700]، و هناك طريقتين يمكن استعمالهما بغرض الوصول إلى القانون الأكثر صلة بالعقد وهي:

1-التحديد التشريعي للقانون واجب التطبيق على عقد الاعتماد الايجار ي الدولي: يلجأ في هذه الحالة إلى ضوابط الإسناد الجامدة من أجل تحديد القانون الأكثر ارتباطا بالعقد، و المقصود بالإسناد الجامد وجود ضوابط إسناد حددها المشرع ورتّبها في

---

[697]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 169.

[698]- وهذا ما تسمح به الأنظمة القانونية الأنجلو سكسونية.

[699]- وإلا عدّ منكرا للعدالة وهي جريمة يعاقب عليها القانون.

[700] - LEGROS Cécile, « Loi applicable à défaut de choix. », *Journal du droit international (Clunet) n*° 1, Janvier 2010, p.110.

قواعد الإسناد يعلمها الأطراف مسبقا[701]، تحدد القانون الأقرب صلة بالرابطة العقدية وفقا لما يراه المشرع،[702] يتم اللّجوء إليها من طرف القاضي كلّما سكت أطراف العقد عن الاختيار وهي تسمى أيضا بضوابط الإسناد الاحتياطية،[703] والغرض من هذه الضوابط هو تحقيق الأمان القانوني على اعتبار أن أطراف العقد يعلمون بها، كما أن القاضي ليس له سلطة تقديرية في تحديدها مادام المشرع هو الذّي حددها بالترتيب.

أ-أهم الضوابط في التحديد التشريعي: يعتبر قانون محل إبرام العقد من أكثر ضوابط الإسناد الجامد شيوعا[704] وهو الضابط الذي يعود الى فترة زمنية قديمة وبالضبط الى مدرسة الأحوال الايطالية القديمة[705]، وهي تعود إلى أوائل القرن الرابع عشر، إذ يرى المدافعون عن قانون محل ابرام العقد بأنه القانون الذي يعبّر عن الصلة الحقيقية بالعقد لكونه مكان ميلاده.[706] كما نجد ضابط آخر وهو قانون محل تنفيذ العقد الذي نادى به الفقيه الألماني SAVIGNY الذي يرى بأن اثار العقد لا تظهر إلى العالم الخارجي الا في مكان التنفيذ،[707] كما يرى أنصار محل التنفيذ بأن مصالح المتعاقدين والغير تتركز في دولة تنفيذ العقد، لأن اهتمام

---

[701]- تسمى هذه الحالة التحديد التشريعي للقانون واجب التطبيق على العقد كما تسمى أيضا بالا سناد الجامد.

[702]- أبو مغلي مهند عزمي مسعود، المرجع السابق، ص 119.

[703] -ANCEL Marie-Élodie, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *Communication Commerce électronique* n° 1, Janvier 2008, p.4.

[704]- وهو ضابط الإسناد الذي اخذ به القضاء الأمريكي والقضاء الانجليزي والفرنسي في العديد من المناسبات عند غياب اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم العقد، أنظر:

LAHLOU Yasmine et MATOUSEKOVA Marina, «Chronique de droit international privé appliqué aux affaires », *RDAI/IBLJ*, N°4, 2007, p. 542.

[705]- وتسمى هذه المدرسة بمدرسة المحشيين اللاّحقين Les postglossateurs.

[706]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 185.

[707]- تأثر بقانون محل التنفيذ كل من القانون الدولي الخاص التركي وكذا القانون الدولي الخاص للبيرو، إضافة إلى القضاء الألماني.

أطراف العقد يتجه منذ إبرام العقد إلى هذا المكان، لكونه المكان الذي ستحقق فيه الغاية من التعاقد.[708]

ب-موقف المشرع الجزائري من التحديد التشريعي: إن المشرع الجزائري تأثر بفكرة الإسناد الجامد لذلك قام بوضع ضوابط إسناد احتياطية يلجأ إليها القاضي الجزائري إذا ما سكت أطراف العقد عن اختيار القانون الذي يحكم العقد، وهذا ما نجده في نص المادة 18 من التقنين المدني والتي نصّت على: " ***,,, وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبّق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبّق قانون محل إبرام العقد...***".

لذلك على القاضي الجزائري في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون عقد الاعتماد الايجاري الدولي، أن يلجا إلى تطبيق قانون الموطن المشترك لأطراف العقد- إن كان لهما نفس الموطن- ، أما ذا اختلفا في الموطن فان القاضي سيلجأ إلى تطبيق قانون الجنسية المشتركة لهما- إن كانت لهما نفس الجنسية- ، أما إذا اختلفا في الجنسية أيضا فهنا يلجأ القاضي إلى تطبيق قانون محل إبرام العقد[709] ، و يعيب الأستاذ زروتي الطيب على المشرع الجزائري في هذا الصدد عدم أخذه بقانون محل تنفيذ العقد، رغم أن ضابط محل التنفيذ له أهمية كبيرة في العقود الدولية الخاصّة.

[708]- Béatrice Deshayes, « Le lieu de livraison au sens de l'article 5-1 b, du règlement Bruxelles I », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 48, 29 Novembre 2010, p .14.

[709]- شبة سفيان، " حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، دفاتر السياسة والقانون، عدد 4، جانفي 2011، ص 231.

بالرغم من المزايا التي يحققها الإسناد الجامد في البحث عن القانون الأكثر ارتباطا بعقد الاعتماد الايجاري الدولي، إلا أنّه إسناد لا يصلح لمواجهة مختلف ظروف التعاقد المتنوعة، لكونه لا يأخذ بعين الاعتبار طبيعة وخصوصية كل عقد.[710]

2-التحديد القضائي للقانون واجب التطبيق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي:

في هذه الحالة يتم اللّجوء إلى ضوابط الإسناد المرنة من أجل تحديد القانون الأكثر ارتباطا بالعقد، وتقوم هذه النظرية على فكرة اختيار مقر للعقد استنادا إلى الظروف الخارجية والواقعية التي تحيط بالعقد، ثم اختيار من بينها أكثر الأحداث بروزا واعتبار مكان وقوع هذا الحدث البارز مقرا للعقد.[711]

تتميّز ضوابط الإسناد في هذه الحالة بالمرونة وهذا ما يتناسب مع طبيعة العلاقات الاقتصادية الدولية، حيث لا يتم تركيز العقد بشكل مسبق- كما هو الحال بالنسبة للإسناد الجامد- بل يأخذ بعين الاعتبار ظروف وملابسات التعاقد ، وهو الاتجاه الذي كان سائدا قبل دخول اتفاقية روما حيّز النفاذ في فرنسا بتاريخ 1 أفريل 1991 ،كما ارتبطت فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية بالفقيه BATIFFOL[712]، الذّي يرى بأن إرادة الأطراف ليس لها أيّ دور مباشر في اختيار قانون العقد، فهم لا يقومون سوى بتركيز عقدهم في إطار نظام قانوني معيّن، لذلك فانّه- حسب باتيفول- يمكن اللّجوء إلى التركيز الموضوعي حتى في الحالة التي اختار فيها أطراف العقد القانون الذي يحكم عقدهم.[713] إلا أن القضاء الفرنسي لا يساند ما ذهب إليه الفقيه باتيفول إذ رفض قضاء النقض الفرنسي إمكانية اللجوء إلى

---

[710] - GAVANON Isabelle, « Validité des clauses limitatives de responsabilité et la salutaire nécessité d'un équilibre contractuel contrôlé par les juges », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 24, 17 Juin 2010, p.181.

[711]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، 190.

[712]- ياقوت محمود محمد، الروابط العقدية الدولية....، المرجع السابق، ص 139.

[713]- صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، المرجع السابق، ص 190.

التركيز الموضوعي للرابطة العقدية من خلال ظروف وملابسات التعاقد، إذا اختار أطراف العقد بشكل صريح القانون الذي يحكم العقد.[714]

بالرغم من تفادي الإسناد المرن لعيوب الإسناد الجامد إلا أن النقد الموجه له يتمثل في كونه لا يحقق الأمان القانوني، ما دام أطراف العقد يجهلون القانون الذي سيخضع له عقدهم.

ثانيا-كيفية تحديد القانون الأكثر صلة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي: تثور في هذا الصدد نقطتين أساسيتين سنحاول التفصيل فيهما:

1-تحديد مركز الثقل في العقد: يتم على أساس العناصر الشخصية أو على أساس العناصر الموضوعية؟ لقد كان التوجه السائد في تحديد مركز الثّقل في الرابطة العقدية قبل دخول اتفاقية روما لعام 1980 حيّز النفاذ هو الاعتماد على العناصر الشخصية، لذلك كان القضاء يميل في أغلب الحالات إلى تطبيق قانون محل إبرام العقد، أمّا بعد دخول اتفاقية روما حيّز النّفاذ في فرنسا ابتداء من 1 أفريل 1991 أصبح القضاء يعتمد على العناصر الموضوعية في تحديد مركز الثقل،[715] ولقد جاء في الاتفاقية أنّه: ***" في الحدود التي لم يتّم فيها تحديد القانون واجب التطبيق على العقد، .... يسري على العقد قانون البلد الذّي له به أكثر الرّوابط وثوقا....*** ".[716] وهو الاتجاه الذي سلكه القضاء الفرنسي بداية من قضية société des fourrures Renel[717] أين لم يأخذ القضاء الفرنسي بقانون محل الإبرام إنّما كان

---

[714]- وهذا في حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 9 جويلية 1959، منشور في.Rev. Crit ص 708 مع تعليق الأستاذ Batiffol.

[715]- صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، المرجع السابق، ص 180.

[716]- نصّ المادة الرّابعة فقرة 1 من اتفاقية روما حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

[717] - L'arrêt société des fourrures Renel c. Allouche (Cass. Civ., 6 juillet 1959).

يبحث عن القانون واجب التطبيق استنادا إلى اقتصادية الاتفاق والى بواعث وأسباب التعاقد.

2-تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد بين ترجيح الوظيفة الايجارية

أو الوظيفة التمويلية لعقد الاعتماد الايجاري: إذا كانت مسألة البحث عن القانون الأوثق صلة في العقود الدولية الأخرى مسألة سهلة، فإنها ليست كذلك في عقد الاعتماد الايجاري الدولي، ويعود السبب في ذلك إلى انقسام الفقهاء إلى فئة ترجّح الطابع الايجاري للعقد وفئة أخرى ترجّح الطابع التمويلي له، وهذا ما يؤثّر في تحديد مركز الثقل في هذا العقد.[718]

يتجه أغلب الفقهاء إلى تغليب الطابع الايجاري للعقد على الطابع التمويلي له، لذلك فان العلاقة الأساسية التي ينبغي الاعتماد عليها في تحديد القانون الأوثق صلة هي العلاقة الايجارية، لذلك فان قانون الدولة الأوثق صلة هو قانون الدولة التي تنتج فيها آثار العلاقة الايجارية.[719] لذلك يميل أصحاب هذا الرأي الى إسناد العقد إلى قانون محل إبرامه أو قانون المستأجر التمويلي، في حين يتجه فقهاء اخرون إلى إسناد العقد إلى قانون محل استعمال الأصول المستأجرة، الا أنّه وبسبب عدم المساواة الاقتصادية بين أطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي اقترح الأستاذ E. M. Bey إسناد العقد إلى قانون دولة المستأجر التمويلي، وذلك لسببين:

<u>الأول</u> هو أن عقد الاعتماد الايجاري يبرم لمصلحة هذا الأخير.

[718] - BOST Emmanuelle, op.cit., p 312.

[719]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 180، 181.

الثاني لحماية المستأجر التمويلي باعتباره الطرف الضعيف في العقد في مواجهة شركة الاعتماد الايجاري، الا أن هذا الاقتراح انتقد بشدّة لأنّه مبني على أساس أخلاقي وليس قانوني.[720]

الفرع الثاني

خضوع عقد الاعتماد الايجاري الدولي للقانون الذّي يحكم الأداء المميّز في العقد

لم نجد تعريف جامع لفكرة الأداء المميز الا أنّها فكرة تقوم على معاملة كل عقد من العقود الدولية معاملة خاصّة به، وتعتبر هذه النظرية أهم ملامح التطور في القانون الدولي الخاص المعاصر، فهي تؤدي إلى تعدد وتنوع الإسناد في مجال العقود الدولية وذلك بالنظر إلى الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية محل النزاع، لذلك يتم تحديد القانون واجب التطبيق على العقد بالنظر إلى وزن وأهمية الأداء أو الالتزام الأساسي في هذا العقد.[721]

أولا-المقصود بفكرة الأداء المميّز: سنحاول توضيح فكرة الأداء المميّز فيما يلي:

1- أصل فكرة الأداء المميّز: يعود أصل هذه الفكرة إلى القضاء السويسري الذي تخلّى عن الإسناد الجامد في حالة سكوت أطراف العقد عن الاختيار اما صراحة أو ضمنا، وأخذ بقانون بلد التنفيذ وكانت البداية في 1906 ، وسرعان ما رحّب الفقه السويسري بهذا التوجه، وتقوم هذه الفكرة على أنّه في كل عقد يوجد التزام جوهري يمثل الأداء الرئيسي فيه، وافترض أصحاب هذا الرأي أن محل إقامة المدين بهذا الأداء أو مركز إدارته- إذا كان شخصا معنويا- هو مكان التنفيذ الفعلي لهذا الأداء، فقاموا بإسناد الرابطة العقدية في مجموعها إلى قانون

[720] - BOST Emmanuelle, op.cit., p 312.

[721]- صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، المرجع السابق، ص 194.

محل إقامة المدين بهذا الأداء المميّز، واستدلوا في ذلك الى كون الأداء المميّز هو الذي يمثّل مركز الثقل في الرابطة العقدية.[722]

ثم بعد ذلك قننت هذه الفكرة في مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري، حيث نصّت المادة 17 منها على: ***" 1-يسري على العقد عند غياب اختيار القانون، قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط العقدية وثوقا.***

2-وتعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الّذي يجب أن يقدّم الأداء المميّز..."،[723]

كما تبنى القضاء الأمريكي في العديد من المناسبات نظرية الأداء المميّز في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، مثل الدّعوى التي رفعتها شركة Patterson ضد شركة CompuServe أمام محكمة تكساس، أين توصلت المحكمة إلى أن المدعي عليها حققت فائدة لنفسها-من وراء التعاقد-في مدينة أوهايو، لذلك قبلت الفصل في الدعوى،[724] ثم أخذ القضاء الفرنسي بعد ذلك بفكرة الأداء المميّز في تحديد القانون واجب التطبيق في عدّة قضايا. [725] كما تأثرت بهذه النظرية اتفاقية روما التي تبنت حرفيا ما جاء في نص المادة 17 من القانون الدولي الخاص السويسري، والتي تعتبر أن تلك الروابط موجودة في البلد الذي به الإقامة العادية للطرف الذي يجب أن يقدّم الأداء المميّز وقت إبرام العقد[726]، كما نجد

---

[722]- المرجع نفسه، ص 195.

[723]- عبد الكريم أحمد سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 199، 200.

[724]- للمزيد من التفاصيل حول القضية وقضايا أخرى اعتنق فيها القضاء الأمريكي نظرية الأداء المميّز، أنظر:
زمزمي إبراهيم بن أحمد بن سعيد، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 208.

[725] - Cass. Com., 19 oct. 2010, n° 09-69.246, P+B, SAS JFA chantier naval : Juris Data n° 2010-019100 (CA Rennes, 2e ch., 2 juin 2009). - Rejet. In, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 47, 25 Novembre 2010, 2011, p. 22.

[726]- وهذا ما جاء في المادة الرابعة فقرة 2 من الاتفاقية.

فكرة الأداء المميّز في المشروع التمهيدي لاتفاقية الجماعة الاقتصادية الأوربية.C.C.E.E، حول القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية.[727]

2-تمييز فكرة الأداء المميّز عن فكرة القانون الأوثق صلة بالعقد: تختلف نظرية التركيز على أساس الأداء المميّز عن نظرية التركيز على أساس القانون الأوثق صلة بالعقد، في كون النظرية الأولى لا تتدخل فيها إرادة المتعاقدين ولا ظروف وملابسات التعاقد، لكونها تعتمد على **التركيز الوظيفي**-الوظيفة التي سيؤدّيها كل طرف في العقد-، أما النظرية الثانية فأساس التركيز فيها يعود إلى إرادة الأطراف والى ملابسات التعاقد لكونها تعتمد على **التركيز المكاني**.

لذلك فان القاضي في إطار نظرية الأداء المميّز يبحث في ظروف وملابسات التعاقد ممّا يجعل سلطته التقديرية واسعة، بينما تتقلّص سلطته التقديرية في إطار نظرية القانون الأوثق صلة بالعقد لكونه سيبحث فقط عن صاحب الأداء المميّز.

ثانيا-إشكالية تحديد صاحب الأداء المميّز في عقد الاعتماد الايجاري الدولي؟: يجمع عقد الاعتماد الايجاري الدولي بين وظيفة التمويل ووظيفة الإيجار، لذلك فان صاحب الأداء المميّز يختلف بين حالة ما إذا أخذنا بعين الاعتبار وظيفة الإيجار، عن الحالة التي نأخذ فيها وظيفة التمويل بعين الاعتبار، ولقد انقسم الفقهاء في هذه المسألة إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: المستأجر التمويلي هو المدين بالأداء المميّز في العقد: يرى أنصار هذا الاتجاه أن الإيجار هو أساس عقد الاعتماد الايجاري[728]، فالمستأجر التمويلي هو الذي يحرّك العقد لأنّه يبرم لمصلحته هو، فهو الذي يحدد مواصفات الأصول التي يحتاج اليها، وهو أيضا

[727]- القصبي عماد الدين، المرجع السابق، ص 97.

[728]- وهو الرأي الذي تبنّاه القضاء الفرنسي في العديد من المرات كحكم محكمة Reinsالصادر في 28 جويلية 1985، والمذكور في مقال الأستاذ .E. M. Bey

من يملك خيار شراء المعدات أو تجديد عقد الإيجار لمدة ثانية بعد انتهاء مدة العقد، لذلك يمكن اعتبار التزام المستأجر التمويلي بدفع الأجرة (الجانب الايجاري) الجانب المميّز لعقد الاعتماد الايجاري لذلك يجب تطبيق قانون محل إقامة المستأجر التمويلي لأنه هو المدين بالأداء المميز.[729]

لقد قوبل هذا الرأي بالرفض من طرف العديد من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه VOULGARIS، الذي يرى بأن القول بأن المستأجر التمويلي هو صاحب الأداء المميّز قد يصح بالنسبة لعقد الاعتماد الايجاري بالمعنى الضيق، أما بالنسبة للعملية ككل فهذا غير صحيح لكون المستأجر التمويلي ليس طرفا في عقد البيع الذي يجمع بين البائع والمؤجر التمويلي.

الاتجاه الثاني: المؤجر التمويلي هو المدين بالأداء المميّز في العقد: يذهب بعض الفقهاء[730] إلى أن عقد الاعتماد الايجاري له طابع تمويلي، والمؤجر التمويلي هو الذي يؤدي هذه الوظيفة وبالتالي فهو صاحب الأداء المميّز[731]، ويستند هذا الرأي إلى تغليب الجانب التمويلي على الجانب الايجاري، فإذا كان المؤجر التمويلي قد حصل على الملكية القانونية للأصول المؤجرة فغايته في ذلك هي تمويل المستأجر التمويلي مقابل دفع مبلغ الإيجار، إذ لولا قيام المؤجر التمويلي بالتمويل لما تمكن المستأجر التمويلي من الحصول على الملكية الاقتصادية للأصول المؤجرة ولهذا يجب تطبيق قانون محل إقامة المؤجر التمويلي.

لقد تبنّى هذا الرأي مشروع التقنين الموحد الذي ناقشته غرفة التجارة الدولية C.C.I. والذي جاء في مادته الثالثة أنه فيما يتعلق بالتأجير التمويلي للمنقولات، يفترض أن للعقد روابط

---

[729]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 199.

[730]- يتزعّم هذا الرأي كل من الأساتذة Lagarde وBordeaux وGavalda والأستاذ M.VASSEUR الذي يقول بأن ***" ما يبدو لنا من خلال تطبيق اتفاقية روما، هو ترجيح تطبيق قانون المؤجر التمويلي عند غياب الإرادة المعبّر عنها من الأطراف، فالتأجير التمويلي هو قبل كل شيء وسيلة للتمويل."***

[731]- ويدعّم هذا الرأي ما ذهب إليه بعض الفقهاء بالقول بأن الأداء المميّز في العقود الملزمة للجانبين-بصفة عامة - يتمثل في الأداء غير النّقدي كتقديم الائتمان ونقل الملكية نقل البضائع..... .

أكثر وثوقا مع قانون الدولة التي تقع فيها مؤسسة المؤجر التمويلي[732]، ويمكن الوصول إلى نفس النتيجة قياسا على اتفاقية لاهاي لسنة 1955 حول البيوع الدولية للمنقولات المادية، والتي تنص على خضوع العقد لقانون المؤسسة البائعة- ما لم يتفق على غير ذلك-، لأن كل من البائع في عقد البيع والمؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري الدولي لهما بصمتهما وأسلوبهما الخاص بالنسبة للعقد الذي يكونان طرفان فيه.[733]

كما يعتبر الأستاذ Kegel من أكثر المدافعين عن كون البنك هو الطرف الرئيسي في كل العمليات المصرفية الدولية، لأن جميع العقود التي يبرمها تدخل في إطار مهنته ممّا يضفي عليها طابعا خاصا، لذلك فان صاحب الأداء المميّز في هذه العقود هو البنك، ويضيف الأستاذ بأنّه حتى ولو أخذنا بمنهج فض تنازع القوانين على أساس إعمال مبدأ تطبيق أحكام القانون الذي يكون تطبيقه أقل إزعاجا Le principe de la moindre perturbation،[734] فان تطبيق قانون المصرف يعد أخفّ ضررا بالنسبة لعميل البنك من تطبيق قانون العميل على المصرف،[735]

ويرجح أغلب الفقهاء هذا الرّأي ويستندون في ذلك إلى ثلاثة أسباب وهي:

السبب الأول: أن اقتراحهم يتطابق مع ما جاء في اتفاقية روما.[736]

---

[732]- أنظر النص الكامل للمادة الثالثة من هذا المشروع في مرجع الأستاذ السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 220، 221.

[733]- القصبي عصام الدين، المرجع السابق، ص 97.

[734]- وضرب لنا الأستاذ Kegel مثالا ليشرح مبدأ تطبيق القانون الذي تكون قواعده أقل إزعاجا بقوله: " إذا تصورنا دار للأزياء الباريسية-والتي تملك زبائن من كل دول العالم-، فان تطبيق القانون الفرنسي على كل عميل من عملاءها سيؤدي إلى إزعاج كل عميل مرة واحدة فقط، بينما تطبيق قوانين كل العملاء الذين تتعامل معهم دار الأزياء سيؤدي إلى إزعاج هذه الأخيرة مائة مرة في اليوم."

[735]- القصبي عصام الدين، المرجع نفسه، ص 94.

[736]- والتي تقضي في مادتها الرابعة فقرة 5 باستبعاد تطبيق الفقرة الثانية والثالثة والرابعة منها، عندما ينتج من مجموع ظروف العقد أن هذا الأخير له روابط أكثر وثوقا مع قانون دولة أخرى.

السبب الثاني: أن قانون المؤجر التمويلي يحقق ميزة عملية باعتباره يتوافق في أغلب الحالات مع القانون الذي يحكم عقد البيع -وهو قانون موطن البائع-، إذا ما أخذنا في الحسبان أن أكثر عقود الاعتماد الايجاري الدولي يكون فيها البائع والمؤجر التمويلي يقيمان في نفس الدولة.[737]

السبب الثالث: أن تطبيق قانون المؤجر التمويلي يتماشى مع التحليل القانوني الذي يغلّب الطابع التمويلي للعقد عن الطابع الايجاري له. [738]

[737]- وبذلك تتحقق وحدة القانون الذي يحكم العملية كاملة إذ يحكم عقد البيع قانون موطن البائع ويحكم عقد الاعتماد الايجاري-بالمعنى الضيّق-نفس القانون وهو قانون موطن المؤجر التمويلي، باعتبار أن لهما نفس الموطن.

[738]- ناصيف حسام الدين فتحي، المرجع السابق، ص 56، 57.

المبحث الثاني

انكماش دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد الايجاري الدولي

ان قاعدة خضوع عقد الاعتماد الايجاري الدولي لقانون الإرادة- كما رأيناها سابقا- مسألة بديهية باعتبار أن جميع العقود الدولية تخضع للقانون المختار من قبل أطرافها، الا أن نطاق تطبيق هذا القانون الذّي اختاره أطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي محدود جدا، اذ أن عدّة جوانب منه لا يمكن أن تخضع لقانون الإرادة كالأهلية مثلا – والتي تخضع في جميع الأحوال لقانون الجنسية-، لذلك سنقوم تباعا بإبراز تلك المسائل التي لا تخضع لقانون الإرادة حتى ولو طبّقنا على عقد الاعتماد الايجاري الدولي قانون الإرادة(المطلب الأول)، ثم هناك حالات يُستبعد فيها تماما تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف لسبب من الأسباب التي سنراها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

خروج بعض الجوانب في عقد الاعتماد الايجاري الدولي

عن نطاق تطبيق قانون الإرادة

سنبرز في هذا المطلب كيف انكمش دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد الايجاري الدولي إذ حتى وان خضع العقد في مجمله إلى قانون الإرادة، فان هناك عدة مسائل لا يمكن أن تخضع لهذا القانون بداية بالأهلية (الفرع الأول) والوكالة وشكل العقد (الفرع الثاني) وانتقال ملكية الأصول من البائع الى المؤجر التمويلي (الفرع الثالث) وفي الأخير الاحتجاج بملكية المؤجر التمويلي للأصول في مواجهة الغير (الفرع الرابع).

الفرع الأول

خروج أهلية التعاقد عن نطاق تطبيق قانون الإرادة

إن توفر ركن الأهلية في أطراف العقد أمر ضروري لصحته ونفاذه،[739] وإذا كانت الأهلية مرتبطة بالشخص الطبيعي فان الحديث بالنسبة للشخص المعنوي -الطرف في العقد-سيكون عن صفة من يبرم العقد باسمه ونيابة عنه، سواء تعلّق الأمر بالمورد أو بالمستأجر التمويلي أو بالمؤجر التمويلي.

1-القانون الذي يحكم أهلية المورد وأهلية المستأجر التمويلي: إن أهلية المورد والمستأجر التمويلي لا تطرح إشكالا في عقود الاعتماد الايجاري الدولي، باعتبارها ستخضع لقانون جنسية الشخص إذا كانا شخصا طبيعيا،[740] وستخضع لقانون الدولة التي يتواجد

[739] - JOLIVET Emmanuel , «Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI): l'annulation du contrat par les arbitres dans l'arbitrage CCI» , *Gazette du Palais*, 15 décembre 2005 n° 349 , p. 14.

[740]- وهذا ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 10 من القانون رقم 05-10، السابق الذكر.

فيها مقرّها الاجتماعي الرئيسي والفعلي، إذا كانا شخصا معنويا.[741] أما بالنسبة للأشخاص المعنوية التي تمارس نشاطها في الجزائر فإنّها ستخضع لأحكام القانون الجزائري.[742]

2-الطّابع الخاصّ لأهلية المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري الدولي: إن الاعتماد الايجاري الدولي يعتبر عملية قرض، فهو طريقة لتمويل اقتناء الأصول أو استعمالها[743]، لذلك يشترط في الشركات التي تمارس هذا النّشاط في الجزائر أن تكون إما بنكا أو مؤسسة مالية[744] أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصّفة،[745] وبالتالي لا يجوز للأشخاص الطبيعية ممارسة هذا النّوع من النشاط.[746]

أ-بالنسبة للبنك أو المؤسسة المالية: جاء تعريف البنوك بحسب موضوعها في المادة 70 من أمر رقم 03-11 يتعلق بالنقد والقرض،[747] بأنّها: *" البنوك مخوّلة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبيّنة في المواد من 66 إلى68 أعلاه، بصفتها مهنتها العادية".*

أمّا المؤسسات المالية فقد عرّفتها المادة 71 من أمر رقم 03-11، بأنها:

" لا يمكن للمؤسسات المالية تلقّي الأموال من العموم ولا إدارة وسائل الدّفع أو وضعها تحت تصرّف زبائنها، وبإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى."

---

[741]- أنظر الفقرة الثانية من المادة العاشرة، من القانون نفسه، وهو الحل الذي أخذ به أيضا القضاء الفرنسي في العديد من قراراته وبالأخص في قراره الصادر في قضية Société Générale Accident الصادر بتاريخ 8 ديسمبر 1998.

[742]- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة العاشرة من القانون نفسه.

[743]- أنظر نص المادة الثانية من أمر رقم 96-09، يتعلّق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[744]- للمزيد من التفاصيل حول البنوك والمؤسسات المالية أنظر:

ALFANDARI Elie, *Droit des affaires*, Litec, Paris, 1993, p. 107 et s.

[745]– أنظر المادة الأولى فقرة 1 من أمر رقم 96–09، السابق الذكر.

[746]- ما دام الاعتماد الايجاري من العمليات المصرفية فان المادة 120 من قانون النقد والقرض تمنع أي شخص طبيعي القيام بالعمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية، وهذا ما فعله المشرع الفرنسي أيضا، أنظر:

El-MOKHTAR Bey, « Credit-bail immobilier, *Juris-Classeur*, n° 2, 2001, Fasc. 651, pp. 1-11.

[747]- أمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنّقد والقرض، ج ر عدد 52، الصادر في 27 أوت 2003.

لقد صدرت عدة أنظمة عن بنك الجزائر لتنظيم البنوك والمؤسسات المالية ونشاطاتها أبرزها نظام بنك الجزائر رقم 93-01، يحدد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية،[748] وكذا النظام رقم 94-13 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية،[749] والنظام رقم 95-06 الذي يتعلق بالنشاطات التابعة للبنوك والمؤسسات المالية.[750]

ب-بالنّسبة لشركات الاعتماد الايجاري: حدّد شكلها وشروط ممارستها لنشاط الاعتماد الايجاري بموجب نظام بنك الجزائر رقم 96-06[751]، إذ لا يمكن تأسيس شركات الاعتماد الايجاري إلا في شكل شركة مساهمة[752]، كما وضعت المادة الرابعة من النظام نفسه شرطا وهو ألا يكون مؤسسو ومسيّرو أو ممثلو شركة الاعتماد الايجاري موضوع أيّ منع منصوص عليه في قانون النّقد والقرض، كما يجب عليهم استيفاء الشروط المحددة في النّظام رقم 92-05.[753] كما حدد الرأس المال الاجتماعي الأدنى الذّي يستلزم على شركة الاعتماد الايجاري

---

[748]- نظام رقم 93-01، مؤرخ في 3جانفي 1993، يحدد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية، ج ر عدد 17، الصادر بتاريخ 14مارس 1993، المعدل والمتمم بالنظام رقم 2000-02 مؤرخ في 2 أفريل 2000، ج ر عدد 27، الصادر بتاريخ 10 ماي 2000.

[749]- نظام بنك الجزائر رقم 94-13 مؤرخ في 2 جويلية 1994، يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر عدد 72، الصادر بتاريخ 6 نوفمبر 1994.

[750]- نظام بنك الجزائر رقم 95-06، مؤرخ في 19 نوفمبر 1995، يتعلق بالشروط التابعة للبنوك والمؤسسات المالية، ج ر عدد 81، الصادر بتاريخ 27 ديسمبر 1995.

[751]- نظام بنك الجزائر رقم 96-06، مؤرخ في 3 جويلية 1996، يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الايجاري وشروط اعتمادها، ج ر عدد 63، الصادر بتاريخ 3 نوفمبر 1996.

[752]- أنظر نص المادة الثالثة من نظام بنك الجزائر رقم 96-06، السابق الذكر، وللمزيد من التفاصيل حول شركات الأسهم أنظر:

GUYON Yves, *Droit des affaires*, Tome 1, 9e édition, Economica, DELTA, Paris, 1996, p. 491 et s.

[753]- نظام بنك الجزائر رقم 92-05، يتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيّريها وممثّليها، ج ر عدد 8، الصادر بتاريخ 7 فيفري 1993.

اكتتابه بمبلغ 100 مليون دينار جزائري، دون أن يقلّ المبلغ المكتتب عن 50% من الأموال الخاصّة.[754]

كما يقدم متعهدي شركة الاعتماد الايجاري طلبا مرفقا بملف يتكون من استمارات تسحب من المصالح المختصة لدى بنك الجزائر، مع الوثائق المثبتة لتوفر شروط التأسيس[755]، وبعد دراسة الملف من طرف مجلس النّقد والقرض وفي حالة الموافقة يتم منح الاعتماد بموجب مقرر صادر عن محافظ بنك الجزائر.[756]

لقد ذهب الأستاذ M. Gavalda إلى القول بأن المؤجر التمويلي ملزم بالخضوع لهذه الأحكام المتعلقة بممارسة عمليات الاعتماد الايجاري، باعتبارها قواعد البوليس à titre de loi de police، لذلك فهذه القواعد هي التي تحدد مركز وأهلية المؤجر التمويلي، وليس قانون الجنسية أو قانون الإرادة هو الذي يحددها، كما ذهبت الأستاذة BOST Emmanuelleإلى القول بأن قانون النقد والقرض يجب اعتباره -سواء من حيث وظيفته أو من حيث نطاق تطبيقه-من قواعد البوليس وذلك لما له من دور في حماية تماسك النظام الاقتصادي.[757]

[754]- أنظر نصّ المادة السادسة من نظام رقم 92-05، المرجع نفسه، أما بالنسبة للبنوك فان رأسمالها يجب أن يكون يساوي على الأقل مليارين وخمسمائة مليون دينار، أما المؤسسات المالية فيجب أن يساوي على الأقل خمسمائة مليون دينار، أنظر: نظام بنك الجزائر رقم94-01 مؤرخ في 4 مارس 2004، يتعلّق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، ج ر عدد 27، الصادر بتاريخ 28 أفريل 2004.

[755]- المادة الخامسة فقرة 2 من نظام بنك الجزائر رقم 96-06، المرجع السابق.

[756]- المادة التاسعة من النظام رقم96-06، المرجع نفسه.

[757]- وللمزيد من التفاصيل حول شركات الاعتماد الايجاري أنظر مذكرة:

قحموس نوال، شركة الاعتماد الايجاري في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001.

الفرع الثاني

خروج الوكالة وشكل العقد عن نطاق تطبيق قانون الإرادة

ان كل من الوكالة التي تجمع بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي وكذا شكل عقد الاعتماد الايجاري، لا يمكن اخضاعها لقانون الإرادة، وهذا ما سنبرزه فيما يلي:

أولا-خروج الوكالة بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي عن نطاق قانون الإرادة: لقد رأينا سابقا بأن هناك تقاسم للأدوار بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي، إذ يحتفظ الأول بالوظيفة المالية(دفع قيمة الأصول) بينما يقوم الثاني بالوظيفة التقنية(اختيار الأصول) ، لذلك فان تدخل المستأجر التمويلي للتعامل مباشرة مع المورد طالبا منه أصولا بالمواصفات التي يريدها -بالرّغم من كونه ليس طرفا في عقد التوريد- ليس له تفسير إلا بمنحه وكالة من المؤجر التمويلي تمنحه هذا الحق، [758]وجاءت اتفاقية لاهاي المبرمة في 14 مارس 1978 والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق عل عقود الوساطة والوكالة[759]،لتضع حلا لمشكلة تنازع القوانين في مسألة الوكالة وكان الحل في هذه الاتفاقية من حيث المبدأ هو خضوع الوكالة بين المؤجر التمويلي الوكيل والمستأجر التمويلي الموكّل، إلى قانون الدولة التي يوجد فيها المقر المهني للمستأجر التمويلي وقت إبرام عقد الوكالة.[760]

ثانيا-خروج شكل عقد الاعتماد الايجاري الدولي عن نطاق قانون الإرادة: يخضع شكل التصرفات القانونية بشكل عام لقانون الدولة التي أبرمت فيها وهي القاعدة المعمول بها من طرف أغلب التشريعات منذ زمن بعيد. [761]

---

[758] - BOST Emmanuelle, op. cit. p. 324.

[759]- وهذا ما لم تتطرق إليه الاتفاقيات الأخرى على غرار اتفاقية فيينا ولا اتفاقية لاهاي لسنة 1955 ولا اتفاقية روما.

[760]- المادة السادسة من اتفاقية لاهاي المبرمة في 14 مارس 1978، والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والوكالة، نقلا عن:

ATTAL Michel, BAUCHY Julie, *Code de droit international privé*, 1e édition, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 276-279.

[761]- على غرار القانون المدني الجزائري المعدّل بالقانون رقم 05-10 في المادة 19 التي جاء فيها:" *تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذّي تمّت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع .....*".

يعتبر عقد الاعتماد الايجاري الدولي من العقود الرضائية التي لا تتطلب شكلا معيّنا للانعقاد[762]، إلا أن الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير مرتبط بمدى شهر العقد واحترام القواعد التي نصّت عليها بعض التشريعات الوطنية[763] والدولية[764]، فالشهر أو القيد إنما هما إجراءان الغرض منهما هو إعلام الغير بوجود العقد وبالتالي نفاذه في حقّهم.

1-الأحكام المتعلّقة بشهر عقد الاعتماد الايجاري في القانون الجزائري: لقد جاء في أمر رقم 96-09 يتعلّق بالاعتماد الايجاري أنّه:" *تخضع عمليات الاعتماد الايجاري إلى إشهار، تحدد كيفياته عن طريق التنظيم*[765]، وانتظرنا عشرة سنوات كاملة لصدور المرسوم التنفيذي رقم 06-90 المتعلق بالاعتماد الايجاري للأصول المنقولة[766]، والمرسوم التنفيذي رقم 06-91 المتعلق بالاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة.[767]

يتعيّن على المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة وعقد الاعتماد الايجاري للمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية، أن يقوم بقيد كل عقد في اعتماد إيجاري في السجل المفتوح لهذا الغرض على مستوى المركز الوطني للسجل التجاري،[768] وهذا على مستوى الفرع المحلي الذي قُيّد المؤجر التمويلي على مُستواه[769]، وذلك في أجل 30 يوم من

[762] -Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, Voir, FERRY Claude, *La validité des contrats en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 2006, p. 1.

[763] - على غرار القانون الجزائري و القانون المصري والقانون الفرنسي والقانون الأمريكي.

[764]- فقد نصّت اتفاقية أوتاوا على أن قواعد إشهار العقد ملزمة الاحترام إذا كان القانون الذي يحكم موضوع العقد يستلزم الشكلية، ويترتب عن تخلّفها عدم النّفاذ أو عدم الاحتجاج.

[765]- نص المادة السادسة من أمر رقم 96-09، يتعلّق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[766]- مرسوم تنفيذي رقم 06-90، مؤرخ في 20 فيفري 2006، يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة، ج ر عدد 10، الصادر بتاريخ 26 فيفري 2006.

[767]- مرسوم تنفيذي رقم 06-91، مؤرخ في 20 فيفري 2006، يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة، ج ر عدد 10، الصادر بتاريخ 26 فيفري 2006.

[768]- أنظر نص المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 06-90، المرجع نفسه.

[769]- أنظر المنشور المؤرخ في ماي 2006 لتطبيق النصوص المتعلقة بشهر عمليات الاعتماد الايجاري. الصادر عن وزارة التجارة، المركز الوطني للسجل التجاري.

تاريخ إمضاءه العقد.[770] كما يتعيّن على المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة أن يقوم بقيد كل عقد لدى المحافظة العقارية التابعة له العقار المعني بعملية الاعتماد الايجاري،[771] وذلك في الآجال المعمول بها في التشريع المعمول به.

جدير بالذكر أن المشرع الجزائري تفطّن في ظل هذان المرسومان إلى حالة عقود الاعتماد الايجاري الجاري تنفيذها قبل صدورهما، إذ يجب شهرها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ نشر المرسومين في الجريدة الرّسمية، وهذا ما جاء في المادة السابعة من المرسوم رقم 06-90، بالنسبة للعقود الواردة على المنقول والمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية في المادة السادسة من المرسوم رقم 06-91، بالنسبة للعقود الواردة على العقار.

2-تنازع الاختصاص بين قانون محل إبرام العقد وقانون موقع الأصول: تثور في مجال عقود الاعتماد الايجاري الدولي إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على شكل العقد، إذ يظهر تشابك بين القانون الذي يحكم شهر العقد -وهو قانون محل الإبرام-، والقانون الذي يحكم الاحتجاج بحق الملكية -وهو قانون مكان تواجد الأصول-، ولإظهار هذا الإشكال بصورة واضحة سردت لنا الأستاذة Bost Emmanuelle، الأمثلة التالية:

<u>المثال الأول:</u> نتصور فيه إبرام عقد اعتماد إيجاري دولي في فرنسا بين مؤجر تمويلي فرنسي ومستأجر تمويلي أمريكي، ومحل العقد أصول يتم استغلالها في أمريكا، وهنا فان القانون الذي يحكم شكل العقد هو القانون الفرنسي- قانون محل الإبرام- وهو يشترط شهر العقد للاحتجاج به ، بينما يطبق القاضي الفرنسي على الاحتجاج بحق الملكية قانون موقع المال- وهو في مثالنا- القانون الأمريكي، وهذا الأخير يشترط تسجيل العقد لإمكانية الاحتجاج

[770]- أنظر نص المادة الثالثة من مرسوم تنفيذي رقم 06-90، المرجع نفسه.

[771]- أنظر نص المادة الثالثة من مرسوم تنفيذي رقم 06-91، المرجع نفسه.

بالملكية،[772] ففي مثالنا هذا يمكن الاحتجاج بالملكية بشرط احترام الشكلية الواردة في القانون الفرنسي والشكلية الواردة في القانون الأمريكي.[773]

المثال الثاني: نتصوّر فيه إبرام عقد اعتماد إيجاري دولي في ألمانيا بين مؤجر تمويلي ألماني ومستأجر تمويلي بلجيكي، ومحلّ العقد أصول يتم استغلالها في بلجيكا، فالعقد في هذه الحالة لا يخضع إلى أيّ شكلية باعتبار أن قانون محل الإبرام-القانون الألماني-وقانون محل الأصول-وهو القانون البلجيكي-، لا يشترطان أيّ شكلية في عقد الاعتماد الايجاري.[774]

المثال الثالث: نتصور فيه إبرام عقد اعتماد إيجاري دولي في فرنسا بين مؤجر تمويلي فرنسي ومستأجر تمويلي بلجيكي، ومحل العقد أصول يتم استغلالها في بلجيكا، ففي هذا المثال نجد قانون محل الإبرام يشترط شهر العقد في حين لا يشترط قانون محل الأصول أيّ شكلية.[775]

المثال الرّابع: ونعكس فيه معطيات المثال الثالث إذ يبرم العقد في بلجيكا بين مؤجر تمويلي بلجيكي ومستأجر تمويلي فرنسي، ويتم استغلال الأصول في فرنسا، وفي هذا المثال نجد أنّ قانون محل الإبرام-القانون البلجيكي-لا يشترط أيّ شكلية، بينما يشترط قانون محل الأصول -القانون الفرنسي-شهر العقد. [776]

ترى الأستاذة Bostأنّه إذا تمعّنا في الأمثلة الأربعة فإننا سنجد أن الحلول التي تؤدّي إليها غير مقنعة، إذ أن المثال الأول سيؤدي إلى إخضاع العقد إلى مجموعة من الشكليات، أمّا المثال الثاني فانّه ينتهي إلى عدم إخضاع العقد إلى أيّ شكلية، بينما يؤدّي المثال الثالث والرّابع إلى حلول متناقضة، لذلك يجب البحث عن حل للخروج من هذه التناقضات.

---

[772] - BOST Emmanuelle, op.cit. p. 327.

[773]– وهي الوضعية التي تسمّيها الأستاذة BOST ب: le cumul des formalités.

[774]- يؤدي هذا المثال إلى إهمال الجانب الشكلي في عقد الاعتماد الايجاري الدولي.

[775]- يصبح إشهار العقد في هذا المثال وكأنّه بلا فائدة باعتبار أن قانون محل الأصول لا يشترط هذه الشكلية.

[776] - BOST Emmanuelle, op.cit. p. 328.

3-القانون الذي يحكم شكل عقد التوريد أو عقد البيع في حالة كونه دوليا: إذا كان عقد البيع دوليا فانّه اما يخضع لأحكام اتفاقية فيينا أو لأحكام اتفاقية لاهاي:

أ-شكل العقد إذا كان خاضعا لاتفاقية فيينا حول عقد البيع الدولي للبضائع[777]: إذا كان عقد البيع يدخل في إطار عقود البيع الدولية للبضائع فان اتفاقية فيينا هي التي ستحدد شكل العقد، وبالتالي يجب الرجوع إلى المواد 11 و12 من هذه الاتفاقية.

أ1-الأصل هو خضوع العقد في جانبه الشّكلي للقاعدة الواردة في المادة 11 من الاتفاقية: وهي المادة التي لا تشترط أيّ شكلية في عقد البيع الدولي للبضائع، فهي تجسّد مبدأ الرّضائية Le principe de consensualisme[778]، إذ يمكن إبرام العقد أو إثباته بغير الكتابة فهو لا يخضع لأي شرط شكلي ويمكن إثباته بكافة الوسائل بما فيها البيّنة.[779]

أ2-الاستثناء الوارد في المادة 12من الاتفاقية: إن جميعُ أَحكام المادة 11 والمادة 29 أو الجزء الثاني من هذه الاتفاقية-والتي تَسمَح باتخاذ أيّ شكل غير الكتابة لأجل انعقاد عقد البيع أو تعديله أو فسخه رضائيا أو لوقوع الإيجاب أو القبول أو الإعلان عن قصد أحد الطرفين-لا تُطبَّق عندما يكون مكان عمل أحد الطرفين في إحدى الدول المتعاقدة المنضمَّة إلى هذه

---

[777] - يذهب Vincent HEUZÉ إلى القول في مسألة شكل العقد الدولي في إطار اتفاقية فيينا ما يلي:
« Les dispositions de la Convention de Vienne relatives à la formation de la vente internationale sont, dans l'ensemble, assez décevantes. », Voir, HEUZÉ Vincent, «La formation du contrat selon la CVIM : quelques difficultés », *RDAI/IBLJ*, N°3/4, 2001, p. 277.

[778] - BOST Emmanuelle, op. cit. p. 331.

[779]- جاء في المادة 11 من اتفاقية فيينا حول عقد البيع الدولي للبضائع ما يلي: " لا يُشتَرَطُ أن يتمَّ انعقادُ عقد البيع أو إثباتُه كتابةً، ولا يخضعُ لأيّ شروط شكلية ويجوز إثباتُه بأيّ وسيلة بما في ذلك الإثبات بالبيّنة."، وهو الاتجاه الذّي تبنّته هيئات التحكيم في عدّة مناسبات، للمزيد حول هذه المسألة، أنظر:
BETTO Jean-Georges, «Sommaire de sentences arbitrales internationales », *RDAI/IBLJ*, N° 1, 2002, p. 111 et s.

الاتفاقية التي أعلنت تحفّظها بموجب المادة 96 من هذه الاتفاقية ولا يجوز للطرفين مخالفة هذه المادة أو تعديل آثارها[780].

إلا أن نطاق تطبيق اتفاقية فيينا محدود جدا إذ أن أغلب عقود البيع الدولية التي تبرم في إطار عمليات الاعتماد الايجاري الدولي، تنصب على السّفن والطائرات والمراكب وهي مستثناة من نطاق تطبيق الاتفاقية[781]، وبالتالي ستكون خاضعة لأحكام اتفاقية لاهاي حول القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية.

ب- شكل العقد إذا كان خاضعا لأحكام اتفاقية لاهاي حول القانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية: لم تتطرق اتفاقية لاهاي حول القانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية إلى مسألة القانون الذي يحكم شكل العقد، لذلك يمكن الرّجوع إلى اتفاقية روما الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في سنة 1980، والتي حددت القانون واجب التطبيق على شكل العقد الدولي[782] وهو القانون الذي يحكم العقد في جانبه الموضوعي أو قانون محل إبرامه[783]، أو يخضع لقانون مقر نشاط أحد طرفي العقد.[784] ولعل هذا التعدد في ضوابط الإسناد في هذه الاتفاقية، إنمّا يهدف إلى زيادة فرص صحّة العقد عن فرص إبطاله وهذا استجابة لتطلعات أطراف العقد. [785]

---

[780]- نص المادة 12 من اتفاقية فيينا حول عقد البيع الدولي للبضائع.

[781]- أنظر المادة الثانية من الاتفاقية والتي حددت البيوع التي لا تخضع لأحكامها ولقد ذكرت في الفقرة ه منها: السّفن والمراكب والطائرات والحوّامات.

[782]-_وهذا في المادة التاسعة منها.

[783]- وهذا ما جاء في الفقرة الأولى من نص المادة التاسعة من اتفاقية روما.

[784]- وهذا ما جاء في الفقرة الثانية من نص المادة التاسعة من الاتفاقية نفسها.

[785] - BOST Emmanuelle, op. cit. p. 332.

الفرع الثالث

خروج انتقال ملكية الأصول من البائع إلى المؤجر التمويلي عن نطاق تطبيق قانون الإرادة

يعتبر عقد البيع الذي يجمع بين بائع الأصول ومشتريها-وهو المؤجر التمويلي-عقد يسبق إبرام عقد الاعتماد الايجاري، ويعرّف عقد البيع بأنّه عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي[786]، ويعتبر نقل ملكية الشيء المبيع من بين أهم الآثار التي تترتب عن هذا العقد، لعل من بين المسائل التي اختلفت فيها مختلف التشريعات في العالم، اعتبار التسليم شرطا لانتقال الملكية أم لا؟

أولا- انتقال الملكية يتم بتسليم المبيع إلى المشتري أو بمجرد التراضي على العقد؟:

إن كل من المشرّع المصري[787] و المشرع الفرنسي[788] لم يشترطا تسليم المبيع لانتقال الملكية من البائع إلى المشتري، لذلك فان الملكية تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرّد إبرام العقد، في حين ذهبت بعض التشريعات إلى اشتراط تسليم الأموال محل عقد البيع حتى تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري، على غرار المشرع الألماني و المشرع السويسري،[789] أمّا في القانون الجزائري فانّ الالتزام بالتسليم يعتبر من مقتضيات عقد البيع، إذ لا فائدة من التزام البائع بنقل ملكية محل العقد إلى المشتري إذا لم يضمن هذا النّقل تسليم الشّيء المبيع حتى يتمكّن

[786]- نص المادة 351 من أمر رقم 75-58، يتضمن التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[787]- وهذا استنادا لما ورد في نص المادة 932 وما بعدها من التقنين المدني المصري.

[788]- هذا ما ورد في المادة 1583 من التقنين المدني الفرنسي.

[789]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 337.

المشتري من حيازته والانتفاع به،[790] وهذا ما جسّده المشرع الجزائري في نص المادة 167 من التقنين المدني الجزائري[791].

ثانيا-اختلاف التشريعات في كيفية انتقال الملكية يُثير إشكالا في القانون الدولي الخاص: يطرح هذا الاشكال لأنّه قد يُبرم عقد البيع في دولة تنتقل فيها الملكية بمجرّد إبرام عقد البيع، ثمّ تنتقل الأموال محل العقد إلى دولة أخرى لا تعترف بانتقال الملكية إلا بالتسليم،[792] ومادام مصدر هذا الإشكال هو اختلاف التشريعات في تحديد كيفية انتقال الملكية، فإننا سنبحث عن الحل الذي جاء في بعض الاتفاقيات الدولية ثمّ نبحث عن الحلول المقترحة من طرف بعض الفقهاء.

1- الحل المعمول به في الاتفاقيات الدولية: إذا تفحصنا اتفاقية فيينا حول عقد البيع الدولي للبضائع، فإننا نجدها تستبعد من نطاق تطبيقها المسألة المتعلقة بأثر عقد البيع في نقل ملكية المبيع وهذا بصريح نص المادة الرابعة منها[793]، وبالتالي يمكن القول أن هذه الاتفاقية لم تأت بحل للإشكال الذي نحن بصدد دراسته، كما أن اتفاقية لاهاي لسنة 1955 الخاصة بالقانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، تستبعد هي الأخرى من نطاق تطبيقها هذه المسألة، ويمكن تفسير استبعاد أثر عقد البيع في نقل الملكية في كل من الاتفاقيتين إنما يعود الى وجود اتفاقية- هي الأجدر بأن تعالج هذا الإشكال- وهي اتفاقية

---

[790]- أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-، 2011، ص 32.

[791]- والتي جاء فيها: *" الالتزام بنقل حق عيني يتضمّن الالتزام بتسليم الشّيء والمحافظة عليه حتى التسليم."*

[792]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 338.

[793]- جاء في المادة الرابعة منها ما يلي:*" يقتصر تطبيق هذه الاتفاقية على عقد البيع والحقوق والالتزامات التي ينشئها هذا العقد لكل من البائع والمشتري، وفيما عدا الأحوال التي يوجد في شأنها نص صريح مخالف في هذه الاتفاقية، لا تتعلّق هذه الاتفاقية بوجه خاص بما يلي:*

أ) -صحة العقد أو شروطه أو الأعراف المتبعة في شأنه.

ب) -الآثار التي قد يحدثها العقد في شأن ملكية البضائع المبيعة."

لاهاي الموقعة في 15 أفريل 1958،حول القانون الواجب التطبيق على انتقال الملكية في عقد البيع الدولي للمنقولات المادية.[794]

2-بعض الحلول الفقهية في مسألة القانون الذي يحكم انتقال الملكية: انقسم فقهاء القانون الدولي الخاص في هذا الشأن إلى فريقين:

الفريق الأول: يرى إخضاع انتقال الملكية إلى قانون موقع المال وهذا حماية لمصالح الغير، لأن إخضاعها إلى قانون العقد لا يخدم سوى مصلحة المتعاقدان، وهذا لكون الغير لا علم لهم بالقانون الذي اختاره المتعاقدان[795]، وفي عملية الاعتماد الايجاري الدولي نجد أن المشتري في عقد البيع - وهو المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري- لا يمكن حماية حقّه في الملكية الحماية القانونية اللازمة إلا عن طريق تطبيق قانون موقع المال[796]، وهو الاتجاه الذي كرسته المادة الثانية من قرار مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدريد عام 1911.[797]

الفريق الثاني: يذهب إلى التمييز بين انتقال الملكية بين المتعاقدين و يخضع إلى القانون الذي يحكم عقد البيع الذي يسبق عقد الاعتماد الايجاري، و الاحتجاج بانتقال هذه الملكية في مواجهة الغير و يخضع إلى قانون موقع المال، ولقد أخذت بهذا الحل اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 أفريل 1958، والخاصّة بنقل الملكية في عقود البيع الدولي للمنقولات المادية ، أما إذا

[794]- اتفاقية لاهاي الموقعة في 15 أفريل 1958، حول القانون واجب التطبيق على انتقال الملكية في عقد البيع الدولي للمنقولات المادية.

[795]- ويظهر ذلك جليا حين عدم اختيار الأطراف للقانون صراحة مما يسمح للقاضي بالبحث عن الإرادة الضمنية أو الإرادة المفترضة من خلال نصوص العقد، أو من ظروف وملابسات التعاقد.

[796]- وهذا لكون الأموال محل عقد البيع هي نفسها الأموال محل عقد الاعتماد الايجاري بالمعنى الضيّق.

[797]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 341.

نشب نزاع بين المالك وأيّ شخص من الغير- يدعّي حقا على المال المبيع- يطبّق قانون موقع المال وقت المطالبة بالحق المدّعى عليه.[798]

الفرع الرابع

القانون الذي يحكم الاحتجاج بملكية المؤجر التمويلي للأصول في مواجهة الغير

إن ملكية الأصول المؤجرة يحتفظ بها المؤجر التمويلي أما حيازتها فتنتقل إلى المستأجر التمويلي لذلك يظهر هذا الأخير وكأنّه هو مالكها، فقد يتصرّف في هذه الأصول ببيعها أو هبتها لشخص حسن النيّة[799]، كما قد يتعرّض المستأجر التمويلي للإفلاس ممّا سيسمح لدائنيه الحجز على ممتلكاته[800]، لذلك تظهر أهمية حماية ملكية المؤجر التمويلي من الاعتداء أو المساس بملكيته لتلك الأصول.

أولا-ترجيح تطبيق قانون موقع الأموال على الاحتجاج بالملكية: يعتبر حق الملكية من أهم الحقوق العينية على الإطلاق، والتي يحكمها قانون موقع المال لعدّة اعتبارات وهي:

1-توحيد عملية الاعتماد الايجاري الدولي لكون الملكية ثابتة بموجب عقد البيع ويراد التمسك بها في إطار عقد الاعتماد الايجاري، لذلك يجب أن نوحد القانون الذي يحمي هذا الحق وهو

---

[798]- المواد 2 و3 من اتفاقية لاهاي حول القانون واجب التطبيق على انتقال الملكية في عقد البيع الدولي للمنقولات المادية، المرجع السابق.

[799]- الذي سيحتج في مواجهة المؤجر التمويلي بقاعدة الحيازة في المنقول سند للملكية.

[800]- والأصول في هذه الحالة ليست ملك له بل هي للمؤجر التمويلي، لذلك فالمصلحة الاقتصادية تقتضي استرجاع هذا الأخير لأصوله من التفليسة، ويقول أحد الكتاب في هذا الشأن:
« L'économie nationale ne peut se permettre de tolérer que des outils soient brisés pour des raisons uniquement juridiques », voir, MODI KOKO Bebey, L'action en revendication dans les procédures collectives du doit français et de l'OHADA (Étude de droit comparé) », *juriscope 2002* p. 3, www.juriscope.dz.

قانون موقعه، وبالتالي تتحقق الفعالية أو النّفاذ عند ممارسة حق الملكية لكون القانون الذّي منح هذا الحق هو نفسه الذّي سيسمح بممارسته والاعتراف به.[801]

2-منح الطمأنينة لأطراف العقد وحماية مصالح الغير لكونهم على علم بأن القانون الذي سيطبق هو قانون موقع المال، كما ستتحقق مصالح الدول أيضا نتيجة لتطبيق قانونها على جميع الثروات المنقولة المتواجدة في إقليمها.

3-إن تطبيق قانون موقع المال تعتبر من القواعد التي أخذت بها مختلف تشريعات دول العالم،[802] كما نجدها أيضا في العديد من الأحكام القضائية الفرنسية، حيث استقر القضاء الفرنسي على تطبيق القانون الفرنسي على الحقوق العينية التي يكون موضوعها الأموال المنقولة المتواجدة في فرنسا.[803]

ثانيا-الحلول التي تبنّتها اتفاقية أوتاوا في مسألة القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بحق ملكية المؤجر التمويلي للأصول: إن اتفاقية أوتاوا قد تناولت إشكالية القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بالملكية في مواجهة الغير، وهو الأمر الذي عالجته عن طريق توحيد قواعد الإسناد[804]، ويتحدد هنا القانون واجب التطبيق بالنظر الى طبيعة الأصل كما يلي:

أ-السفن والمراكب المسجلة: القانون واجب التطبيق على شهرها هو قانون الدولة التي سُجّلت فيها السّفينة أو المركبة باسم مالكها.[805]

---

[801]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 346.

[802]- كالمادة 18 من القانون المدني المصري والتي تقابلها المادة 17 من القانون المدني الجزائري.

[803]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع نفسه، ص 347.

[804]- جاءت اتفاقية أوتاوا بقواعد موضوعية موحدة لمختلف الجوانب المتعلقة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول، إلا في مسألة إشهار العقد فقد نظمته بقواعد إسناد موحّدة وليس بقواعد موضوعية.

[805]- نص المادة السابعة فقرة A3 من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

ب-المناطيد المسجّلة: لقد أحالت اتفاقية أوتاوا في هذه المسألة[806] إلى الاتفاقية المتعلّقة بالطيران المدني الدولي والموقّعة في شيكاغو بتاريخ 7 ديسمبر 1944 والتي أشارت إلى اختصاص قانون الدولة التي سُجّل فيها المنطاد.

ج-المعدات الأخرى غير السفن والمراكب المسجلة والمناطيد المسجلة: نصّت على أن القانون واجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون الدولة التي يوجد فيها الأصل.[807]

د-المُعدّات الأخرى المتحركة بطبيعتها: والمقصود هنا هي العربات الأرضية ذات المحرّك ومعدّات الأشغال العمومية، فانّ شكليات إشهارها تخضع إلى قانون المنشأة الرئيسية للمستأجر التمويلي.[808]

كما عالجت اتفاقية أوتاوا إشكالية تُثار بحدّة في هذا المجال ويتعلّق الأمر **بالتنازع المتحرّك**، ونصّت على أن القانون واجب التطبيق هو قانون الدولة التي يوجد فيها المال **وقت تمسّك** سنديك التفليسة أو أحد دائني المستأجر التمويلي بقواعد العلانية والشّهر.[809]

ثالثا-عدم إمكانية احتجاج المؤجر التمويلي بملكيته للأصول بسبب عدم شهر العقد: لقد أثارت الأستاذةBost EMMANUELLE جزاء تخلّف شهر عقد الاعتماد الايجاري،[810] هل هو عدم إمكانية الاحتجاج بالعقد أم عدم إمكانية المؤجر التمويلي الاحتجاج بملكيته للأصول؟

---

[806]- نص المادة السابعة فقرة 1 B. من اتفاقية أوتاوا، المرجع نفسه.

[807]- نص المادة السابعة فقرة 3 D من اتفاقية أوتاوا، المرجع نفسه.

[808]- نص المادة السابعة فقرة 3 C من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

[809]- نص المادة السابعة فقرة 3من اتفاقية أوتاوا، المرجع نفسه.

[810]- يعاب على المشرع الجزائري عدم نصّه على الجزاء الذي يترتب عن تخلّف شهر عقد الاعتماد الايجاري سواء بالنسبة للاعتماد الايجاري للأصول المنقولة والمحلات التجاري والمؤسسات الحرفية أو الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة، على عكس المشرع الفرنسي الذي نص على أنه لا يكون لشركة الاعتماد الايجاري الاحتجاج بحقوقها على الأموال التي

ولقد أجابت عن هذا التساؤل بالقول إن تخلّف شهر العقد لا يؤثر في العقد، بل يؤدّي فقط إلى عدم إمكانية احتجاج المؤجر التمويلي بملكيته للأصول في مواجهة دائني المستأجر التمويلي، وهو الحل الذي تبنّاه القضاء الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 15 مارس 1989.[811] وهو الرأي الذي أخذ به الأستاذ Batiffol ابتداء من سنة 1956 إذ يرى أنّه بالنّسبة لشكل عقد الاعتماد الايجاري فانّ المهم ليس شهر العقد بقدر ما يهم الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير، ودليل ذلك هو أن تخلّف شهر العقد لا يؤثر في صحّة العقد بل يؤدّي إلى عدم إمكانية احتجاج المؤجر التمويلي بملكيته للأصول المؤجرة في مواجهة دائني المستأجر التمويلي، لأن تخلّف الشهر يجعل من هذا الأخير-بالنّسبة لهم-هو مالك الأصول. [812]

ان الأحكام المتعلّقة بشهر عقد الاعتماد الايجاري لا تطبّق إلا إذا اشترطها القانون الذي يحكم الاحتجاج بالعقد-وهو قانون محل الأصول-، بغض النظر عن الأحكام التي يُحددها قانون محل الإبرام، أما إذا اشترطها القانون الذي يحكم شكل العقد -وهو قانون محل الإبرام-فانّه يمكن الاستغناء عن هذه الشكلية.[813]

احتفظت بملكيتها في مواجهة دائني المستفيد أو خلفه الخاص الذي تلقى عنه المنقولات بعوض، ما لم يقم الدليل على علم هؤلاء بوجود هذه الحقوق المقررة لها.

[811] - BOST Emmanuelle, op. cit. p. 326.

[812]- وهو ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف الفرنسية في قرارها الصّادر بتاريخ 15 مارس 1989، المذكور في رسالة الأستاذة Emmanuelle Bost، في التهميش رقم 871 من الصفحة 330.

[813] -«Les dispositions relatives à la publicité du contrat de crédit- bail N'ont vocation à s'appliqué qu'au titre de la loi applicable à l'opposabilité peu important les dispositions désignées par la *lex locus régit actum*. Par conséquent, il convient d'ignorer ces formalités lorsqu'elles seraient applicables au titre la loi applicable à la forme de contrat. »

المطلب الثاني

استبعاد تطبيق قانون الإرادة على عقد الاعتماد الايجاري الدولي

ان اختيار أطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي للقانون الذي سيحكم عقدهم لا يعن بالضرورة تطبيق أحكامه مباشرة عند نشوب نزاع، اذ أن القانون المُختار لا يطبق إذا وُجدت قواعد قانونية ذات التطبيق الضروري (الفرع الأول)، كما يُستبعد تطبيقه إذا كان مضمونه يُخالف النّظام العام والآداب العامة في دولة القاضي الذّي سيفصل في النّزاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

استبعاد تطبيق قانون الإرادة لمصلحة القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري

لقد أدّى تطبيق قواعد الإسناد-حسب مُنتقدي هذا المنهج-إلى المبالغة في الاستجابة للاعتبارات الدولية على حساب المصالح الوطنية، لذلك فهو منهج عجز عن الاستجابة لمتطلبات التجارة الدولية الحديثة لأنه يؤدي إلى تطبيق أحد القوانين الداخلية التي لا تستطيع مواكبة التطور الهائل للمعاملات الخاصة الدولية.[814]

لذلك اعترف الفقه الحديث بوجود بعض القواعد القانونية التي تنتمي إلى قانون القاضي أو إلى قانون أجنبي،[815] والتي شُرّعت لتنظيم العلاقات الخاصة الداخلية، إلا أنّه وبالنظر إلى

[814] - CHATILLON Stéphane, *Le contrat international*, Vuibert, Paris, p. 281.

[815]- إن القواعد ذات التطبيق الضروري في عقد الاعتماد الايجاري الدولي هي تلك الواردة في قانون المؤجر التمويلي، لذلك فإذا كان هذا الأخير يمارس نشاطه في دولة القاضي فان القاضي سيطبق القواعد ذات التطبيق الضروري الواردة في قانون القاضي، أما إذا كان المؤجر التمويلي يمارس نشاطه في دولة أجنبية فان القاضي هنا سيطبّق القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية-الواردة في قانون الدولة التي يمارس فيها المؤجر التمويلي نشاطه-.

طبيعتها الآمرة فان تطبيقها يمكن أن يمتد إلى تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، ويطلق عليها اسم القواعد ذات التطبيق الضروري.[816]

أولا-تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري: لقد بدأ العمل بالقواعد ذات التطبيق الضروري خصوصا حينما ازداد دور تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي في ظل المذهب الاشتراكي، وذلك بواسطة إصدار قوانين التوجيه الاقتصادي والاجتماعي التي تعتبر ضرورية لضمان تماسك الأسس والتنظيم الاقتصادي والاجتماعي للدولة،[817] مثل قوانين الأسعار وقانون الرقابة على عمليات البنوك والمصارف وقانون حماية المستهلك. الخ، فهي قواعد وطنية يمكن أن يمتد نطاق تطبيقها إلى العلاقات الدولية[818]، ويمكن أن تنظم الجانب الموضوعي للعلاقة العقدية كما يمكن أن تحدد الشكل الذي يجب أن تفرغ فيه هذه العلاقة[819]، وتتميّز بالصفة الآمرة لكي تضمن الطابع التّدخلي للدولة في إطار تجسيد فكرة

---

816 - Cependant, l'intervention économique quelle que soit sa finalité, n'est qu'un aspect de l'action de la puissance publique. Le mouvement est bien plus général et couvre tous les secteurs de la vie sociale. la puissance publique pourrait se trouver, pour des raisons multiples obligée de renoncer ou d'interdire la réalisation d'un projet, de refuser ou de retirer une autorisation nécessaire à l'exécution d'un contrat ou d'agir simplement sur l'environnement juridique de celui-ci. Ces mesures de contrainte se présentent souvent des dispositions impératives. Elles sont communément appelées ***« lois de police »***, lesquelles connaissent aujourd'hui une vague sans précédent en raison de ***l'envahissement du droit privé par l'état***, ou pour rester dans le cadre du contrat international ***« l'étatisation du commerce extérieur »***. Voir, BENCHENAB A., *Mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie*, O.P.U., Alger, 1984, p. 52.

817- عبد الكريم سلامة أحمد، نظرية العقد الدولي الطليق...، المرجع السابق، ص 464، وأنظر أيضا: عبد المجيد منير، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 243.

818- نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2002-2003، ص 66.

819- الهواري أحمد محمد، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 111.

النّظام العام الاقتصادي والنّظام العام الاجتماعي لذلك يستبعد تطبيق كل قانون أجنبي يتعارض مع أحكامها [820]،

يقصد بالقواعد ذات التطبيق الضروري:" *تلك القواعد التي قد تلازم تدخل الدولة وترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية، الاقتصادية والاجتماعية للجماعة والتي يترتب عن عدم احترامها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها، أيّا كانت طبيعتها وطنية أم ذات طابع دولي.*" [821]

كما يعرّفها الأستاذ Mayer بأنّها: " *القواعد الداخلية التي تتسم بطابع آمر يفرض تطبيقها الضروري على المراكز التي تدخل عقلا في نطاق سريانها، الذي يتطلبه مضمونها والأهداف التي تسعى إلى إدراكها، سواء كانت هذه المراكز ذات طابع داخلي بحت أو اتسمت بالصفة الدولية، فهي على هذا النحو تجلب الاختصاص الدولي للنظام القانوني الذي تنتمي إليه دون حاجة إلى قواعد تنازع القوانين*[822]."

ثانيا-الأولوية في التّطبيق لقواعد الإسناد أو للقواعد ذات التطبيق الضروري ؟:

إن الدور الكبير الذي تقوم به القواعد ذات التطبيق الضروري دفع ببعض الفقهاء على غرار الأستاذ FRANCESCAKIS إلى القول بأن هذا المنهج أصبح ينافس منهج قواعد الإسناد،[823] وتقوم علاقة التنافس هذه في استبعاد تطبيق قاعدة الإسناد بمجرّد وجود القواعد ذات

---

[820]- طلعت حلمي حسانين، دور الإرادة في العقود الدولية-دراسة في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص-، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص 188.

[821] - SALAMA Saber, *Acte de gouvernement contribution à l'étude de la force majeur dans le contrat international*, Thèse de doctorat en droit, Université lumière LYON 2, 2000, p. 135.

[822]- عبد الكريم سلامة أحمد، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص-دراسة تحليلية تطبيقية-، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1985، ص 72، عبد المجيد منير، المرجع السابق، ص 244.

[823] - GUILLAUME Johanna, *L'affaiblissement de l'état-nation et le droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 2011, p. 435 et s.

التطبيق الضروري فتصبح قواعد الإسناد تلعب دورا احتياطيا[824]،لذلك فانّه يتعيّن على القاضي الذي يفصل في النزاع البحث أولا عن وجود قواعد تستلزم التطبيق فان لم يجد يلجأ الى تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في قانونه، وهو الاتجاه الذي استقر عليه القضاء الفرنسي الذي يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي تحدده قواعد الإسناد الفرنسية، في حالة وجود قواعد فرنسية ذات التطبيق الضروري .[825]

لقد منحت اتفاقية روما المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980، في المادة السابعة فقرة 2 الأولوية في التطبيق للقواعد ذات التطبيق الضروري[826]، كما جاءت اتفاقية مكسيكو-المبرمة بين دول أمريكا اللاتينية في 17 مارس 1994-والخاصة بالقانون واجب التطبيق على العقود الدولية، في مادتها 11 لتمنح الأولوية في التطبيق للقواعد التي تتسم بالطابع الآمر في قانون القاضي.[827]

ثالثا-القواعد ذات التطبيق الضروري هي فقط تلك الواردة في قانون القاضي أو حتى تلك الواردة في القانون الأجنبي؟: ان القاضي الوطني سيتفادى تطبيق قاعدة الإسناد الواردة في قانونه الوطني، إذا وجدت قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري التي وضعها مشرّعه الوطني وهذا استجابة لأوامر هذا الأخير[828]، إلا أن الإشكال المطروح هو:

---

[824]- هناك من الفقهاء من يسمّي القواعد ذات التطبيق الضروري بالقواعد المستبعدة أو المقصية، لأن -حسبهم-منهج قواعد الإسناد يمكن أن يختفي بفضل منهج القواعد ذات التطبيق الضروري.

[825]-حيث لم تطبق أحد المحاكم الفرنسية القانون الروسي-وهو القانون المختص بالفصل في النزاع بموجب قواعد الإسناد الفرنسية-وقامت مباشرة بتطبيق القانون الفرنسي، لكون أحكامه -المتعلقة بالمسألة محل النزاع-تعتبر من النظام العام التي تستوجب التطبيق، بغض النظر عما يشير إليه القانون الروسي.

[826]- حيث جاء في المادة السابعة فقرة 2 أن: *" أحكام الاتفاقية الحالية لا تحول دون تطبيق قواعد بلد القاضي التي تحكم بطريقة آمرة الحالة المعروضة، وذلك أيّا كان القانون الواجب التطبيق على العقد".*

[827]- حيث جاء في نص المادة 11: " ...النصوص الخاصة بقانون القاضي تطبق عندما تتسم بالطابع الآمر....".

[828]- إن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري الواردة في قانون القاضي لاقت اهتماما كبيرا من طرف الفقهاء، بل حتى القضاء لم يتردد في إعمالها على نحو مباشر باسم الإقليمية حينا أو النظام العام أحيانا أخرى.

هل القاضي الوطني سيتفادى تطبيق قواعد الإسناد الوطنية إذا كان أمام قواعد أجنبية ذات التطبيق الضروري؟

أ-من الرّفض المطلق إلى الأخذ بالفكرة: لقد كان الفقه والقضاء التقليديين يرفضان فكرة إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية، وذلك استنادا إلى الطابع الاقليمي لهذه القواعد وبالتالي فهي لا تطبّق سوى داخل إقليم الدولة، كما اعتبروها من القوانين ذات الطابع السياسي ممّا يستوجب عدم تطبيقها خارج إقليم الدولة[829].

إلا أن الفقه الحديث انتقد هذه النظرة لتلك القواعد الأجنبية إذ أن القانون الإقليمي ليس هو القانون الذي يتعذّر تطبيقه من طرف القاضي الأجنبي، بل هو القانون الذي يطبّق على كل الوقائع التي تقع داخل إقليم الدولة التي صدرت فيها، ولو كان القاضي الذي سيطبّقها أجنبيا، وهو الاتجاه الذي أقرّه مجمع القانون الدولي في دورة انعقدت في 1985، حيث أكد في توصياته على أن" *الصّفة العامة لقاعدة أجنبية أشارت قواعد الإسناد باختصاص النظام القانوني الذي تنتمي إليه، لا تقف عقبة في سبيل تطبيقها مع التحفظ الخاص بالنظام العام*".[830]

لقد أصبحت فكرة تطبيق القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري مقبولة لدى القضاء الفرنسي نظرا لمساهمتها في التنسيق الدولي للحلول[831]، فتطبيقها من طرف قاضي الدولة الذي صدرت فيها، وعدم تطبيقها من طرف القاضي الأجنبي سيؤدي إلى اختلاف الحلول باختلاف المحكمة التي ستفصل في النّزاع.[832]

---

829 - TOUBIANA Annie, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1972, p. 163.

830- هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 915.

831 -D'AVOUT Louis, «Les lois de police étrangères devant le juge français du contrat international» , *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 19, 10 Mai 2010, p. 194.

832 - TOUBIANA Annie, op.cit. p. 185.

ب- انقسام الفقهاء حول مسألة تطبيق القاضي الوطني للقواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري: أثار بعض فقهاء القانون الدولي الخاص مسألة تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني، فانقسموا إلى فريق يرفض رفضا مطلقا تطبيق القاضي الوطني لقواعد البوليس الأجنبية لأنّها قواعد إقليمية لا تطبّق سوى في حدود الدّولة التي صدرت فيها، وهو الاتجاه التقليدي السائد منذ زمن الفقيه الفرنسي D'Argentré وكذا في فقه المدرسة الهولندية،[833] بينما ذهب فريق ثاني إلى إمكانية التطبيق الجزئي لقواعد البوليس الأجنبية مادام تحقيق العدالة على الوجه اللازم يقتضي تطبيقها،[834] وأبرز نظرية للتطبيق الجزئي هي نظرية الأخذ بعين الاعتبار والتي يقصد بها عدم تطبيق قواعد البوليس الأجنبية بل فقط يمكن أخذها بعين الاعتبار،[835] والمقصود بأخذ القانون الأجنبي بعين الاعتبار هو أن تكون قاعدة قانونية أجنبية شرطا لتطبيق قاعدة قانونية وطنية، ومثال ذلك ما ورد في المادة الثالثة من قانون العقوبات المصري والتي تنص على أن كل مصري ارتكب- وهو خارج الدولة- فعلا يعتبر جناية أو جنحة بموجب هذا القانون، فانّه سيعاقب إذا عاد إلى مصر بشرط أن يكون الفعل معاقبا عليه في قانون البلد الذي أرتكب فيه.[836]

---

[833]- انقسم الفقهاء الرافضون لفكرة تطبيق قواعد البوليس الأجنبية من طرف القاضي الوطني في مسألة أساس رفضهم لها، إذ نجد من يرفضها على أساس نظرية الإقليمية واتجاه آخر يرفضها على أساس أنّها تتضمن جرعة سياسية Une dose politique، لذلك فهي حسب الفقيه ARMINJON قواعد تتواجد خارج نطاق القانون الدولي الخاص.

[834]- انقسم أصحاب هذا الاتجاه إلى نظرية الإقليمية النسبية أو التبادلية إضافة إلى نظرية الأخذ بعين الاعتبار وأخيرا نظرية المصالح، وللمزيد من التفاصيل حول هذه النظريات: أنظر مرجع الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام.... المرجع السابق، من ص 129 إلى ص 132.

[835]- وهي الفكرة التي تبناها مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده ب Wiesbaden في 1975 حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى من قرار المجمع، أنّه: "..... إذا كانت تلك القاعدة تعتبر شرطا لتطبيق قاعدة قانونية أخرى، فليس هناك ما يمنع من أخذها بعين الاعتبار".

[836]- للمزيد من التفاصيل حول القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية أنظر: عبد الكريم سلامة أحمد، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام.... المرجع السابق، ص 112 وما بعدها.

إلا أن الاتجاه الحديث -وهو الرأي الراجح-يرى ضرورة تطبيق القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري،[837] وقد سار القضاء الفرنسي في بعض أحكامه في هذا الاتجاه،[838] وهو الاتجاه الذي انتقد جميع النظريات الرافضة لتطبيق القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري، وحتى تلك المنادية للتطبيق الجزئي، وسندهم في ذلك هو أن هذه القواعد مادامت لازمة للفصل في الدعوى فليس على القاضي الوطني إلا تطبيقها.[839]

رابعا-ارتباط عقد الاعتماد الايجاري الدولي بالقواعد ذات التطبيق الضروري:

نظرا لأهمية الاعتماد الايجاري في النشاط الاقتصادي فان الدول لم تتركه دون تنظيم خاص به بل أصبح من النشاطات التي لا يمكن ممارستها من أيّ كان، بل يقتصر على البنوك والمؤسسات المالية أو شركات الاعتماد الايجاري المؤهلة لذلك، فهو من الأنشطة التي تتدخل فيها الدولة بقواعد ذات طابع حمائي.[840]

1-مُمارسة نشاط الاعتماد الايجاري يقتصر على البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الايجاري: لقد سبق لنا تبيان طبيعة المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري والذي يجب أن يكون-في القانون الجزائري-إما بنكا أو مؤسسة مالية أو شركة اعتماد إيجاري مؤهلة قانونا[841] والهدف من ذلك هو حماية الاقتصاد الوطني[842]، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي أيضا الذي يعتبر أن عقد الاعتماد الايجاري من العمليات المصرفية

---

837 - NOURISSAT Cyril, et MENJUCQ Michel, « Droit du commerce international », *La Semaine Juridique Edition Générale,* n° 36, 6 Septembre 2010, p.25.

838 - L'arrêt de la Cour de cassation du 16 mars 2010 (***Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21.511*** : *Juris Data* n° 2010-002032 ; JCP G 2010, note 530, D. Bureau et L. d'Avout.).

839- -هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 923.

840 - Voir, SALAMA Saber, op. cit. p. 135 et s.

841- أنظر الفقرة الثانية من نص المادة الأولى من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر.

842- بن زيوش مبروك، الاحتفاظ بملكية المنقول المادي في عقد الاعتماد الايجاري، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري-قسنطينة-، 2007، ص 18.

التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية.[843] كما هو الشأن في أغلب التشريعات في العالم حيث تحتكر هذا النشاط البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الايجاري.[844]

صدر حكم في فرنسا من الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في 19 نوفمبر1991 في قضية بين .M.L وهي شركة توريد قامت بتوريد أجهزة ومعدات تصوير تلفزيونية ، وشركة أخرى .D، بعدما قامت هذه الأخيرة بإبرام عقد كيّفته محكمة الاستئناف بأنه عقد تأجير تمويلي، قامت الشركة الموردة برفع دعوى إبطال العقد على أساس أن ممارسة الاعتماد الايجاري على سبيل الاعتياد مسموح فقط لمؤسسات الائتمان، هذا ما لا ينطبق على الشركة D. وهو الطلب الذي رفضته محكمة الاستئناف ثم قبلته محكمة النقض الفرنسية مستندة الى قاعدة منع أي شخص آخر غير مؤسسة الائتمان المعتمدة أن تمارس- على سبيل الاعتياد- عمليات الاعتماد الايجاري، لذلك أصبحت الدعاوى التي يرفعها هؤلاء الموردون مقبولة لأن قاعدة حضر ممارسة هذا النشاط متعلقة بالنظام العام. [845]

2-تدخُل الدولة بقواعد قانونية ذات طابع حمائي في تنظيم نشاط الاعتماد الايجاري: إن أهمية الدور الاقتصادي الذي يلعبه القطاع المصرفي أدّى بالدول إلى إخضاع الممارسة المهنية داخل هذا القطاع إلى قواعد صارمة، حتى أصبح الفقه و القضاء ينظران إلى هذا القطاع على أنّه مرفق عام و تندرج الأحكام التي تنظّمه ضمن قواعد القانون العام،[846] وهو ما ينطبق على نشاط الاعتماد الايجاري الذي يُعتبر عملية من عمليات القرض التي تخضع لرقابة مجلس النقد والقرض وهذا ما ورد في نص المادة 68 من أمر رقم 03-11 يتعلّق

---

[843] - FRANCK Laetitia, op.cit. , p. 15.

[844]- المحضار فتح محمد عمر، المرجع السابق، ص 25.

[845]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 247.

[846]- وهذا ما ذهب إليه الأستاذ Pierre Dauchy في مقال له تحت عنوان " تأثير القانون المدني على القانون البنكي L'influence du droit civil sur le droit bancaire، والمذكور في كتاب الأستاذ عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص 78.

بالنقد والقرض،[847] لذلك عادة ما تتدخل الدولة بقواعد قانونية آمرة واجبة التطبيق على جميع عمليات الاعتماد الايجاري التي تتم فيها، لهذا عادة ما يكون قانون المؤسسة المالية المؤجرة- وهو قانون الدولة التي تمارس نشاطها فيها- هو القانون الذي يحكم عقود الاعتماد الايجاري الدولية، باعتباره من القواعد ذات التطبيق الضروري والتي لا يمكن للأطراف الاتفاق على استبعادها.

الفرع الثاني

استبعاد تطبيق قانون الإرادة في حالة مخالفته للنظام العام والآداب العامة في الجزائر

إن القانون الأجنبي المختص بالفصل في النزاع وهو القانون الذي اختاره أطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي، هو القانون الذي سيطبّقه القاضي الوطني إلا إذا رأى أنّه يخالف النظام العام والآداب العامة في دولته وبالتالي سيستبعد تطبيقه، فإذا ثبت أن هناك تعارض بين محتوى القانون الأجنبي وبين الأسس الاجتماعية والاقتصادية والقانونية التي يقوم عليها النظام القانوني في قانون دولة القاضي، وجب استبعاد تطبيق هذا القانون باسم مخالفته للنظام العام لهذه الدولة، لذلك يُعتبر الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، صمّام أمان **Soupape de sureté**، يحمي المجتمع من مضمون القانون الأجنبي الذي يتعارض مع المبادئ الأساسية في دولة القاضي.[848]

أولا- الفرق بين الدفع بالنظام العام وتطبيق القوانين ذات التطبيق الضروري:

إن الدفع بالنظام العام يفترض تطبيق القاضي الوطني لقانون أجنبي حددته قواعد الإسناد، وبعدما يقوم بتفحّص مضمونه يجده مخالفا للنظام العام والآداب العامة في بلده لذلك

[847]- أمر رقم 03-11، يتعلق بالنقد والقرض، المرجع السابق.

[848]- سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 545.

سيقوم باستبعاد تطبيق أحكامه، أما تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري فيتّم دون المرور عبر قواعد الإسناد، أي أن القاضي الوطني حينما يريد الفصل في نزاع حول مسألة منضمة بقواعد آمرة لا يمكن مخالفتها، يطبق تلك القواعد مباشرة دون حاجة إلى اللّجوء إلى قواعد الإسناد لتحديد القانون واجب التطبيق.[849]

ثانيا-ارتباط النظام العام بالنّظام السّائد في المجتمع: إن تعاريف النظام العام قد تعددت واختلفت، والمتّفق عليه هو أن النظام العام هو" *الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخُلقي الذي يسود المجتمع في وقت من الأوقات بحيث لا يتصور بقاء المجتمع سليما دون استقرار هذا الأساس، وبحيث ينهار المجتمع بمخالفة المقوّمات التي تدخل ضمن هذا الأساس*" ، لهذا كانت القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام آمرة لا يجوز مخالفتها[850]، و ما يميز النظام العام أنه مفهوم نسبي و متطور لذلك نجد أن مضمونه يختلف في المجتمع الواحد من زمن إلى آخر،و متغير من زمن إلى آخر ومن مكان إلى آخر حتى أن البعض وصفه بأنه الابن المخيف للقانون الدولي الخاص.[851]

إن النظام العام له ارتباط وثيق بطبيعة النظام السائد في المجتمع، لذلك إذا طغت فيه النّزعة الفردية أُطلقت حرية الأفراد وامتنعت الدولة عن التدخّل في شؤونهم فيتّسع مبدأ سلطان الإرادة ويضيق دور النظام العام والآداب العامة، وكلّما انتشرت النّزعة الجماعية ومبادئ التضامن الاجتماعي اِتّسعت دائرة النّظام العام وزاد تدخّل المشرّع في تقييد حريّة الأفراد في مجال المعاملات.[852]

ثالثا-أثر إعمال الدّفع بالنظام العام: للدفع بالنظام العام عدة اثار:

---

[849]- المرجع نفسه، ص 512-513.

[850]- جعفور محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية-الوجيز في نظرية القانون-، دار هومة، الجزائر 1999، ص 117.

[851]- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين-الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمّان،2005، ص 194.

[852]- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية .... المرجع السابق، ص 326.

1-الأثر السلبي للدفع بالنظام العام: يتمثل الأثر السلبي للنظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي اختاره أطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي[853]، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 24 فقرة 01 *من القانون المدني:*[854]*" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مُخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر..."*

2-الأثر الايجابي للدفع بالنظام العام: ويتجسّد في تطبيق القانون الوطني للقاضي محل القانون الأجنبي المستبعد[855]، وهذا ما تبنّاه المشرع الجزائري في نص المادة 24 فقرة02 من القانون المدني:*"...يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".*

إن المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني في سنة 2005 كان يرتّب الأثر السلبي للدفع بالنظام العام دون الأثر الايجابي، وهذا لكون المادة 24 آنذاك لم تنّص على تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد، بل نصّت فقط على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر.[856]

3-الأثر المخفف للدفع بالنظام العام: يميّز الفقه والقضاء عادة في مجال أثر الدفع بالنظام العام بين إنشاء الحق في دولة القاضي، وفي هذه الحالة يكون للنظام العام أثرا كاملا أي أنّ القاضي الجزائري سيستبعد كليّة تطبيق قانون أجنبي يُنشِأ حقًا مخالف للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، وبين الحالة التي تنشأ فيها الحقوق في ظل قانون دولة أجنبية

---

[853]- سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 552.

[854]- نص المادة 24 من أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[855]-سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 553.

[856]- جاء في المادة 24 من أمر رقم 75-58، ما يلي:*" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام، أو الآداب في الجزائر."*

وتُنتج آثارها في دولة القاضي، أو يُراد التمسّك بها في الجزائر حيث يكون في هذه الحالة للنظام العام أثرا مخففا l'effet atténué de l'ordre public.[857]

[857]- إن قضاة المحكمة العليا في الجزائر لم يأخذوا بالأثر المخفف للنظام العام فرفضوا مهر حكم قضائي أجنبي بالصيغة التنفيذية، لتعارض مضمونه مع النظام العام في الجزائر بالرغم من أن الحق نشأ خارجها وهذا في قرار صادر في1989/01/02، قضية رقم 52207 بين (ف م) و(ص ع)، أنظر: رايس أمينة، " النظام العام والغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري"، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، كلية الحقوق، جامعة عمار ثليجي الاغواط، أيّام 8-9-10 أفريل 2007، ص 10.

خلاصة الفصل الأول: ان قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الارادة تضرب بجذورها في أعماق تاريخ القانون الدولي الخاص مستمدة أصولها من فكرة العقد شريعة المتعاقدين، فيكون القانون واجب التطبيق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي بموجب قاعدة الاسناد الوطنية هو القانون الذّي اختاره أطراف العقد اختيارا صريحا أو ضمنيا –والتي تحدد لموجب قرائن ذاتية أو قرائن خارجية-، وفي حالة سكوتهم عن الاختيار نلجأ الى التحديد القضائي للقانون واجب التطبيق، والذّي يكون اما باللّجوء الى فكرة قانون الدولة الأكثر صلة بعقد الاعتماد الايجاري، أو باللّجوء الى فكرة الأداء المميّز فيه.

ان خضوع عقد الاعتماد الايجاري الدولي لقانون الارادة لا يعن بالضرورة خضوع جميع جوانبه لهذا القانون، اذ نجد كل من الأهلية والوكالة القائمة بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي، وانتقال ملكية الأصول من المورد الى المؤجر التمويلي، اضافة الى الاحتجاج بملكية المؤجر التمويلي للأصول لا تخضع لقانون الارادة.

نظرا لخصوصية عقد الاعتماد الايجاري الدولي لاحظنا انكماش دور قانون الارادة لمصلحة القواعد ذات التطبيق الضروري، اذ يعتبر نشاط مصرفيا منظم بقواعد امرة ذات طابع حمائي، ونظرا لارتباطه بالاقتصاد الوطني فان أيّ مساس بالنّظام العام والآداب العامة في الجزائر -ناتج عن تطبيق أحكام قانون أجنبي اختاره أطراف العقد-سيؤدي بالضرورة الى استبعاد تطبيق أحكام هذا القانون الأجنبي.

بالرغم من النتائج التي حققها منهج قواعد الاسناد في مجال تنازع القوانين الا أن الانتقادات التي وُجّهت له كثيرة جدا ، خصوصا في مجال المعاملات الاقتصادية الدولية التي تحتاج الى الأمن القانوني واطمئنان المتعاملين الاقتصادين، ولعل الانتقاد الموجّه من طرف الفقيه الأمريكي (Currie) يعد الأكثر شدة في هذا المجال إذ يقول: " *لقد أنشأنا ماكينة (machine) لحل تلك المشاكل، مفترضين بأن وحدة النتائج سوف تسمو على كل الاعتبارات*

الأخرى ولأجل هذه الغاية فإننا قد أعددنا الماكنة لكي يكون قانون دولة واحدة فقط واجب التطبيق من قبل كل الدول الأخرى في شأن حالة مفترضة. ولا يفترض بالمحكمة أن تلّم أو تعلم سبب أو سياسة أو تاريخ القوانين المعنية لأن تطبيقها على الوقائع المنظورة أمامها يكون لغرض تحقيق العدالة على وفق القانون. وان دور المحكمة هو تغذية الماكنة بالبيانات باستخدام إجراءات قياسية معينة ومن ثم تثبيت النتائج دون التساؤل عن حكمة أو عدالة النتيجة ولا يجب التفكير أو حتى الكلام عن تعابير أو مفردات السياسات المتنافسة."

كما ذهب الأستاذ Neuhaus الى القول أنّه " بالرغم من أهمية سلطان الارادة الاّ أنّه يفقد معناه على صعيد العلاقات الدولية، حينما يُسمح للطرف القوي في العلاقة بالجور على الطرف الضعيف والاجحاف به".

ان عدم ملاءمة اخضاع عقد الاعتماد الايجاري الدولي لقانون الارادة-نظرا لعدّة أسباب سنعود اليها لاحقا-، هو الذّي دفع الى التّفكير الجدّي في توحيد القواعد القانونية الدولية التي تحكم هذا العقد، وهذا ما تجسّد عن طريق وضع اتفاقية أوتاوا لسنة 1988حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول.

الفصل الثاني

خضوع عقد الاعتماد الايجاري الدولي لأحكام اتفاقية أوتاوا

إذا كانت قواعد التنازع تهدف إلى الاختيار المناسب للقانون الواجب التطبيق لكونها تأخذ بعين الاعتبار طبيعة المسألة المطروحة ومدى ارتباطها بالقوانين المتنازعة التي سيتم اختيارها، فانّ القواعد الموضوعية هي الأخرى تهدف إلى البحث عن حلّ عادل و مناسب للنزاع، لكنها تختلف عن تنازع القوانين الذي يُخضع عقد الاعتماد الايجاري الدولي إلى قانون داخلي، ويقول الفقيه الفرنسي رينيه ديفيد **أن طموح رجال القانون بإخضاع التجارة الدولية للقوانين الداخلية ليس إلا خداع**، لذلك كان من الضروري البحث عن قواعد قانونية ليست داخلية بل وُجدت خصّيصا لتحكم عقد الاعتماد الايجاري الدولي، وهذا ما تجسّد في اتفاقية أوتاوا حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول، لذلك سندرس في هذا الفصل هذه الاتفاقية باعتبارها الاطار القانوني الدولي لعقد الاعتماد الايجاري الدولي(المبحث الأول)، ثم سندرس حقوق والتزامات أطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي الواردة في اتفاقية أوتاوا: محاولة لإعادة التوازن بين أطراف العقد؟(المبحث الثاني).

المبحث الأول

اتفاقية أوتاوا: الإطار القانوني لعقد الاعتماد الايجاري الدولي

لقد انتشرت التجارة الدولية وتعددت مجالاتها ومشاكلها وشهدت تطورات كبيرة في الوقت الحاضر، فهي الآن تعيش أزهى عصورها لذلك أصبحت عملية توحيد القواعد القانونية التي تحكم العلاقات التجارية الدولية رغبة ملحّة لكل الدول،[858] حيث أدى اختلاف التشريعات الوطنية وتباينها في تنظيمها للمعاملات التجارية الدولية الى إثارة عدم الاستقرار في التعامل الدولي، مما أدى الى اعاقة تدفق التجارة الدولية ومنع ازدهارها.[859]

إن دراسة اتفاقية أوتاوا كإطار قانوني دولي لعقد الاعتماد الايجاري يقتضي منّا إبراز الأسباب التي أدّت الى ظهور الحاجة الى قواعد موضوعية خاصة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي (المطلب الأول)، ثم بعد ذلك ومن أجل تطبيق اتفاقية أوتاوا يجب أن تتوفر شروط تشكل نطاقا لتطبيقها من حيث الزمان والمكان اضافة الى شروط أخرى موضوعية (المطلب الثاني).

[858] -CHATILLON Stéphane, op.cit. p.15.

[859]- أبو العنين أحمد هاني محمد السيد، الفحص والإخطار كواجب على المشتري في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 2005، ص 3.

المطلب الأول

الحاجة الى وضع قواعد موضوعية خاصة لعقد الاعتماد الايجاري الدولي

ظهرت عدّة أسباب دفعت الى ضرورة التخلي عن منهج قواعد الاسناد في إطار عقد الاعتماد الايجاري الدولي (الفرع الأول)، وبالتالي ضرورة البحث عن قواعد قانونية موضوعية موحدة، لذلك ظهرت عدّة محاولات من أجل الوصول الى توحيد القواعد القانونية الخاصّة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أسباب اللّجوء إلى وضع قواعد موضوعية خاصة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي

هناك أسباب فرضتها الطبيعة الخاصة لعقد الاعتماد الايجاري الدولي (الفرع الأول)، وأخرى تعود إلى عدم نجاعة الحلول في إطار قواعد الاسناد (الفرع الثاني).

أولا-الطبيعة الخاصّة لعقد الاعتماد الايجاري الدولي فرضت ضرورة توحيد قواعده القانونية: يرى بعض الفقهاء[860] أنّ الانتشار الدولي الكبير للاعتماد الايجاري

[860]- يتزعّمهم الأستاذ .Gavalda CH والأستاذ STOUFFLET.J ولقد تزايد انتشار الاعتماد الايجاري بشكل ملفت للانتباه، إذ تشير الإحصائيات التي نشرها الكتاب السنوي للتأجير العالمي في 2006، أن سوق التأجير العالمي ارتفع إلى مستويات قياسية، حيث حقق نموا بلغت نسبته 13.2%، ووصل بذلك حجم عمليات الاعتماد الايجاري في العالم إلى 571 مليار دولار في نهاية 2004، وقد كانت حصة الولايات المتحد الأمريكية لوحدها من سوق التأجير العالمي في سنة 2000، هي 52 %.

خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية، كان كافيا كسبب من الأسباب التي تبرر ضرورة اللّجوء إلى توحيد القواعد القانونية لهذا العقد، إضافة إلى عوامل أخرى سنبيّنها فيما يلي:

1-اختلاف التشريعات الوطنية في مسألة تكييف عقد الاعتماد الايجاري الدولي:

لقد بيّنا في الفصل الثاني من الباب الأول الطبيعة الخاصّة لعقد الاعتماد الايجاري الدولي، وتوصلنا إلى القول بأنّه يتميّز بخصائص لا نجدها إلا في هذا العقد، كما اختلفت الأنظمة القانونية في تحديد طبيعته القانونية فاختلفت بذلك في مصادر القواعد التي تحكمه، إذ لا نكاد نجد نظامين قانونين يتفقان على تكييف واحد لعملية الاعتماد الايجاري، وسنبرز بشكل مختصر هذا الاختلاف في القوانين المقارنة:

أ-في فرنسا: إن القانون الفرنسي الصادر في 2 يوليو 1966 يؤكد الطابع المركب لعقد الاعتماد الايجاري، فبالرغم من كون الإيجار هو أساس هذه العملية[861] إلا أنّه يصاحبه عقود أخرى كالوكالة والوعد بالبيع من جانب واحد، لذلك يعتبر الاعتماد الايجاري عملية ائتمان أو قرض أساسه عقد الإيجار، ولعل التسمية التي استعملها المشرع الفرنسي تتوافق مع هذا التوجه (crédit-bail).[862]

ب-في سويسرا: برزت اختلافات فقهية أكثر من تلك التي عرفتها فرنسا[863] فقد اعتبر البعض أن الاعتماد الايجاري عبارة عن تصرف من نوع خاصّ لكنّه يقترب من البيع مع الاحتفاظ

---

[861]- لقد أكدت عدّة أحكام قضائية فرنسية على اعتبار العلاقة الناشئة بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي ذات طبيعة ايجارية، أنظر مثلا:

Cour d'appel de Lyon, 31 janvier 1980, *Revue de droit quotidien*, 23/2/1981.

[862]- أنظر: ناصيف حسام الدين فتحي، التأجير التمويلي الدولي للمنقول (دراسة للقواعد المادية وقواعد تنازع القوانين واجبة التطبيق على التأجير التمويلي الدولي في القوانين الوطنية، واتفاقية أوتاوا الموقعة سنة1988)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 32.

[863]- ولقد أكدت المحكمة الفيدرالية لسويسرا في حكمها الصادر في 26 ماي 1993 أنّ: " هناك تباينا عميقا وأساسيا في الفقه، في شأن التكييف القانوني ل.leasing financier ".

بالملكية، وذهب اتجاه ثاني إلى القول بأنّه عملية ائتمان من نوع خاص، لكنّها تقترب من القرض مع نقل ملكية المال إلى المؤجر التمويلي على سبيل الضمان، أما الاتجاه الثالث فقد كيّفه بأنّه تنازل من نوع خاص عن الاستعمال يقترب من الإيجار.[864]

ج-في ألمانيا: يغلب الطابع التمويلي لهذا العقد واعتبره القانون المدني الألماني من عقود الإيجار الخاص، أما الفقه في ألمانيا فيعتبره بأنّه عقد ذو طبيعة خاصّة يقوم أساسا على عقدي البيع والإيجار، كما كيّفه اتجاه آخر بأنّه عقد بيع خفي أو عقد بيع مستتر.[865]

د-في الولايات المتحدة الأمريكية: يعرف في الولايات المتحدة الأمريكية نوعان من الاعتماد الايجاري: الأول هو الاعتماد الايجاري التمليكي (Financial lease)، وهي الصورة المطابقة للاعتماد الايجاري المعروف في فرنسا، أما الثاني فهو الاعتماد الايجاري التشغيلي(operating lease)، وهو ما يطابق الإيجار العادي في القانون الفرنسي،[866] ولقد كان المشرع الأمريكي واضحا في تكييف عقد الاعتماد الايجاري التمليكي بأنّه عقد إيجار، وهذا ما جاء في المادة (2/a /102) من التقنين التجاري الموّحد.[867]

لقد كان الهدف الأساسي الذي أراد واضعو اتفاقية أوتاوا تحقيقه هو التغلّب على الصعوبات التي ترتبت عن اختلاف الأنظمة القانونية حول مسألة تكييف عقد الاعتماد الايجاري.[868]

---

[864] - KLEIN (F.E.), « La reconnaissance en droit international privé helvétique des suretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger », *Rev. Crit. D.I.P.*, 1979, p.509 et s.

[865]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 429.

[866]- ناصيف حسام الدين فتحي، المرجع السابق، ص 36.

[867]- بشار جمال نمر، عقد التأجير التمويلي (طبيعته واثاره)، رسالة لنيل شهادة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزيت، 1999-2000، ص 27.

[868]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع نفسه، ص 432.

2-ضرورة منح المؤجر التمويلي أقصى حماية ممكنة: يمثّل حق الملكية الذي تحتفظ به شركات الاعتماد الايجاري من أقوى الضمانات حماية لمصلحتها، لذلك كان لا بد من افراغ عقد الاعتماد الايجاري في قالب الإيجار، ولهذا الضمان (الاحتفاظ بالملكية) أهمية كبيرة في عقد الاعتماد الايجاري الدولي، وذلك لكون انتقال الأصول محل العقد -المملوكة للمؤجر التمويلي-من دولة إلى أخرى ووضعها تحت تصرف المستأجر التمويلي، يثير مسألة في غاية الأهمية وهي ما مدى فعالية نفاذ هذا الضمان في دولة المستأجر التمويلي. [869] لذلك أكدّ بعض الفقهاء على ضرورة تشجيع مختلف المحاولات الدولية من أجل وضع قواعد موضوعية موحدة تتعلّق بهذا العقد والتي تسعى الى حماية حق الملكية الثّابت لشركات الاعتماد الايجاري[870]، وهذا نتيجة للاختلافات الناجمة عن مدى قبول حق الملكية كضمان من عدم قبوله، هذا حتى نصل الى إزالة التخوف من إبرام عقود الاعتماد الايجاري تتجاوز حدود الدولة الواحدة،[871] لذلك نجد أن اتفاقية أوتاوا قد جاءت بأحكام خاصة متعلقة بحماية المؤجر التمويلي في ملكيته، ونصّت على أن الحقوق العينية للمؤجر التمويلي على الأصول يمكن الاحتجاج بها على سنديك التفليسة وعلى دائني المستأجر التمويلي أيضا.[872]

3-الطابع الدولي لعقد الاعتماد الايجاري يزيد من المخاطر الناتجة عن ابرامه: يواجه عقد الاعتماد الايجاري الدولي عدّة مخاطر ممّا دفع برجال القانون إلى العمل على التقليل منها، وكان الحل في توحيد القواعد الموضوعية لهذا العقد، وسنحاول أن نبيّن هذه المخاطر فيما يلي:

---

[869]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع نفسه، ص 433.

[870]- يرى الأستاذ G . MAZET أن عقود الاعتماد الايجاري المرتبطة بأكثر من نظام قانوني وطني، تثير صعوبات أكثر خطرا، إذ نجد في كل نظام قانوني حلولا قد تتناقض مع الحلول التي قد نجدها في الأنظمة الأخرى، إذ باختلاف تكييف العقد يختلف موقف شركات الاعتماد الايجاري من حيث حماية حق ملكيتها للأصول المؤجرة.

[871]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 435.

[872]- أنظر نص المادة

أ-الخطر المرتبط بإفلاس المؤجر التمويلي أو المستأجر التمويلي[873]: لعل الصعوبة التي تثار في هذا الشأن هو الطابع الدولي للتفليسة، إذ عادة ما يكون المؤجر التمويلي في دولة والمستأجر التمويلي في دولة أخرى مما يعقّد من إجراءات التفليسة،[874] مع العلم أن اتفاقية أوتاوا المتعلقة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول، محدودة من حيث تنظيمها لمسألة إفلاس المستأجر التمويلي وغير كافية لحماية حقوق المؤجر التمويلي، وبالتالي يجب الرجوع إلى القانون الذي يحكم التفليسة على أساس أنّه من القواعد ذات التطبيق الضروري، وهو القانون الذي سيطبّق على جميع دائني المستأجر التمويلي وهذا من أجل تسوية جماعية للدائنين، ومن أجل توحيد إجراءات التفليسة وإخضاعها لقانون واحد عملت دول الاتحاد الأوربي في هذا التوجّه وهذا من أجل تدويل القانون الذي يحكم التفليسة داخل الاتحاد الأوربي،[875] كما وضعت لجنة الأمم المتحدة حول قانون التجارة الدولية CNUDCI دليل

[873]- لعل إفلاس المؤجر التمويلي يشكل مخاطر أكثر من تلك الناتجة عن إفلاس المستأجر التمويلي، أنظر في هذه المسألة بالتفصيل:

أحمد فتحي محمد خليفة، أثر الإفلاس على التزامات وحقوق الأطراف في عقد التأجير التمويلي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2008.

[874] - NOURISSAT, Cyril « Faillites internationales », », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 36, 6 Septembre 2010, p. 29.

[875] - La détermination de la loi applicable à la procédure collective est, à l'heure de la multi-localisation des entreprises, devenue plus complexe. Le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité entré en vigueurs le 31 mai 2002, témoigne d'une volonté d'internationaliser le droit de la faillite à l'intérieur de l'Union européenne. L'objectif de cet instrument communautaire est d'accélérer et d'améliorer les procédures d'insolvabilité ayant des effets transfrontaliers et d'éviter que les parties déplacent des avoirs ou des procédures judiciaires d'un Etat à l'autre en vue d'améliorer leur situation juridique (*forum shopping*). De plus, les procédures d'insolvabilité ayant été exclues du champ d'application de la Convention de Bruxelles, dont les dispositions ont depuis été reprises dans le règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2001, il fallait créer un instrument pour régir cette matière, Voir, FRANCK Laetitia, op.cit. p. 23,24.

تشريعي حول قانون الإفلاس « *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* »، وهذا بغرض توحيد قانون التفليسة. [876]

لقد أعلن عدد كبير من شركات الاعتماد الايجاري إفلاسها خلال السنوات الأخيرة، خاصة تلك التي تعمل في مجال النقل الجوّي، فإذا أفلس المؤجر التمويلي فان الأصل المؤجر سيدخل في التفليسة لذلك سيفقد المستأجر التمويلي الأصل المؤجر الذي قد يكون على وشك تملّكه ،لهذا السبب عادة ما يقوم المستأجر التمويلي قبل ابرام العقد بالتأكد من مدى ملاءة المؤجر التمويلي،[877] كما أن فرضية إفلاس المستأجر التمويلي واردة أيضا إذ وبالرغم من احتفاظ المؤجر التمويلي بملكية الأصل إلى غاية سداد آخر قسط،[878] إلا أن الالتزامات المالية الملقاة على عاتق المستأجر التمويلي واحتمال تماطله عن السداد، يفرض على هذا الأخير تقديم ضمانات أخرى للمؤجر التمويلي كرهن أسهمه أو تقديم خطابات الضمان البنكية، كما يلتزم بعدم ترتيب أي التزامات على العين المؤجرة أو تأجيرها إلى الغير ما لم يتفق على غير ذلك. [879]

ب-مخاطر مرتبطة بالأصول المؤجرة: يجد المستأجر التمويلي نفسه أمام مشكلة اختيار المورد الذي يتمتع بخبرة واسعة، حتى يضمن توفير أصول ذات جودة عالية كما يضمن له خدمات ما بعد البيع، إضافة الى خطر اخر يمكن أن يواجه المؤجر التمويلي والذي يتمثل في عدم إمكانية تسويق الأصول المؤجرة بعد انقضاء العقد-إذا لم يقم المستأجر التمويلي

[876] - VALLENS (J.-L.), « Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité : vers l'harmonisation du droit de la faillite ? », *répertoire Dalloz* 2004, p. 2420 et s.

[877]- الحجازي عبيد علي أحمد، المرجع السابق، ص 516.

[878]- إن احتفاظ المؤجر بملكية الأصول المؤجرة يضمن له عدم دخول هذه الأخيرة في تفليسة المستأجر، أنظر:
MONTERAN (T.), « L'influence des procédures collectives sur la poursuite et la fin des contrats », Gaz. *Pal.* 2003, n° 273, p. 2 s.

[879]- الحجازي عبيد علي أحمد، المرجع السابق، ص 517.

بشرائها-، ويُطرح هذا الإشكال بشكل حاد في الدول التي لا تتوفر على أسواق منضمة لبيع الأصول المستعملة.[880]

ج- خطر تقلبات أسعار العملة: تعد تقلبات أسعار العملة[881] من بين أبرز العقبات التي قد تعترض العقود الدولية الخاصة بصفة عامة،[882] والعقود طويلة الأجل والمتعلقة بالتمويل بصفة خاصة[883]، و تطرح هذه المشكلة بشكل كبير خصوصا في حالة عدم قابلية العملة التي تم بها تحصيل الأقساط للتحويل إلى العملة الأجنبية المطلوبة،[884] وهناك بعض الأنظمة عالجت هذه المشكلة على غرار النظام الياباني الذي يشترط أن تقوم شركات الاعتماد الايجاري بدفع 20% من قيمة الصفقة باليّن الياباني ويقوم البنك بدفع الباقي (80%) باليّن الياباني، كما يلتزم المستأجر بإيداع ما يعادل 12% من قيمة الصفقة كوديعة باليّن الياباني كضمان لوفائه بالأقساط،[885] أما في الجزائر فقد تم استحداث صندوق لتثبيت سعر الصرف

[880] - ALAIN Capiez, op. cit. , p. 75.

[881]- ينبغي على المؤسسة المؤجرة حماية نفسها من مخاطر الصرف Risque de change في عمليات الاعتماد الإيجاري الدولي، ويمكن أن يظهر خطر الصرف مثلاً عند دفع قيمة الحصول على أصل معين بعملة مختلفة عن العملة التي تسدد بها الأقساط الايجارية الناتجة عن القرض الإيجاري، لهذا فإن عملية تحليل نظُم الصرف المطبقة في بلد المؤجر وبلد المستأجر تعتبر إجراءًا ضروريًا للتأكّد من مطابقتها مع أدوات التغطية المالية لخطر الصرف.

[882] - BOLLÉE Sylvain, « La monnaie dans les relations privées internationales », *Journal du droit international (Clunet)* n° 4, Octobre 2010, p.1.

[883] - TROCHU Michel، «Les clauses d'offre concurrente , du client le plus favorisé et de premier refus dans les contrats internationaux» , *RDAI/IBLJ*, N°3/4, 2002, p. 303.

[884]- موسى عمر مبارك ألو محيميد، مخاطر صيغ التمويل الإسلامي وعلاقتها بمعيار كفاية رأس المال للمصارف الإسلامية من خلال معيار بازل 2، أطروحة دكتوراه في العلوم المصرفية، كلية العلوم المالية والمصرفية، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، 2008، ص 15.

[885]- وبذلك تسوّى الصفقة باليّن الياباني ممّا يجنّبها تقلبات أسعار العملة.

وهذا بموجب النظام رقم 90-06،[886] من أجل التخفيف من أثر التموجات التي يعرفها الصرف على الاقتصاد الوطني.[887]

جدير بالذكر أن غرفة التجارة الدولية.C.C.I تحاول معالجة كل هذه المخاطر التي قد تهدد العمليات المصرفية الدولية، وهذا عن طريق اقتراح معايير موحدة في هذه المسألة.[888]

د-خطر الاضطرابات السياسية والحروب: تتسم الحياة السياسية في الدول النامية بالخصوص بالعديد من الاضطرابات، ومتى كان المستأجر مقيما في هذه الدول فان استثماره سيصبح مهددا بهذه المخاطر كالحروب وموجات العنف،[889] اذ لا نكاد نجد دولة لا تعرف اضطرابات سياسية بالخصوص في الآونة الأخيرة وما تشهده بعض الدول العربية في إطار ما يسمى بالربيع العربي، وأغلب الدول في قارة إفريقيا أيضا تعيش توترات ممّا أدى إلى انعدام الأمن، وهذا ما أدى إلى عزوف المستثمرين عن الاقبال على الاستثمار فيها.[890]

---

[886]- بموجب المادة الأولى من النظام رقم 90-06، مؤرخ في 30 ديسمبر 1990، يتضمن إنشاء صندوق لتثبيت الصرف، ج رعدد 23، الصادر في 25 مارس 1992.

[887]- أيت وازو زينة، المرجع السابق، ص 99.

[888]- NOURISSAT Cyril, « Les opérations financières internationales : Les nouvelles règles uniformes CCI en matière de garanties sur demande », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 36, 6 Septembre 2010, p.25.

[889]- تستعمل اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار مصطلح الأعمال العسكرية وهو مصطلح موسع يشمل جميع الأعمال التي تتنبأ بوجود حرب وثورة أو مجرد حالة حرب، في حين أن استعمال مصطلحات محددة كالحرب أو الثورة تعبر عن ضرر ناتج عن حالة محددة بذاتها، أنظر:

قصوري رفيقة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر-باتنة-2010-2011، ص 165.

[890]- إضافة إلى المخاطر السياسية التي تعرّف بأنها: " خطر الخسارة الناشئة عن عمل أو امتناع يصدر من حكومة الدولة المضيفة أو إحدى سلطاتها أو هيئاتها العامة ويترتب عليه حرمان المستثمر من حقوقه أو سلطاته الجوهرية على الاستثمار ومنافعه، أنظر:

GAVALDA Christian, Crédit-bail international, *Juris-Classeur*, 11, 2011, p. 5.

ثانيا-عدم ملائمة الحلول الناتجة عن منهج قواعد الإسناد: إن الوصول الى وحدة الحلول القانونية بإزالة الاختلافات الموجودة بين القوانين، من الأهداف التي يسعى الى تحقيقها رجال القانون، وهذا ما عبّر عنه الأستاذ MALAVRE بقوله: ***" إن اختلاف القوانين عميق وواسع، ولعنة تضرب كوكبنا السيار... ولن يزول هذا الاختلاف إلا بنور الصباح، حيثما يكون لكل النّاس في الأرض قاطبة نفس القانون."*** [891] ولقد استجابت الدول لدعوة فقهاء القانون الدولي الخاص لأهمية القاعدة المادية على الصعيد الدولي،[892] فقد كانت التشريعات الداخلية التقليدية لا تواكب التطورات السريعة في الحياة الخاصة الدولية المعاصرة، إضافة إلى غياب البعد الدولي لتلك التشريعات،[893] لذلك كان من الطبيعي أن تسن الدول قوانينها وفق المعيار المقبول دوليا، فهي لا تستطيع أن تسنّ تقنينا وطنيا وفق إرادتها متجاهلة الواقع الدولي.

يوجّه الفقه التقليدي الكثير من الانتقادات إلى منهج قواعد الاسناد كأحد مناهج تنازع القوانين في عدم ملائمته لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، وذلك بسبب غموض المنهج القائم على قاعدة التنازع وعدم تحديد مضمونه وشدة تعقيده وإخلاله بتوقعات الأطراف مما ينتقص من ضرورة الأمن القانوني واليقين،[894] كما أنه يؤدي إلى وضع حلول داخلية لمنازعات دولية وبالتالي يكون البدء بتطبيق هذا المنهج ونتيجة التطبيق لا تتناسب

---

[891]- أشرف شوقي مسيحه، القواعد المادية الدولية وانكماش السيادة التشريعية الوطنية، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2007-2008، ص 215.

[892] -Voir , MOREAU Nathalie, *La formation du contrat électronique: dispositif de protection de cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits (M.A.R.C.)* , Mémoire de DEA en Droit des contrats, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Université de Lille 2, 2003, p. 7,8.

[893]- عشوش أحمد عبد الحميد، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989، ص 12 و17.

[894]- يمثل توفير الأمن القانوني أحد أبرز التحديات التي تسعى الدول والمنظمات الدولية إلى تحقيقه، للمزيد أنظر: BARIERE BROUSSE Isabelle, « Le Traité de Lisbonne et le droit international privé », *Journal du droit international (Clunet*) n° 1, Janvier 2010, p.1.

مع الطبيعة الدولية للعلاقات ذات الصلة[895]. وسنبين فيما يلي أسباب عدم ملائمة قواعد الإسناد:

1-إذا كانت المناهج الأخرى لفض تنازع القوانين تأتي بحلول مباشرة وموضوعية، فان قواعد الإسناد معقدة من جوانب عديدة، فمن ناحية هي قواعد تفتقد للوظيفة الوقائية،[896] فهي لا تحول دون وقوع نزاع بين الأفراد وبالتالي ي لا تؤدي الوظيفة الأولى التي تؤديها القاعدة القانونية، وهذا ما دفع بالفقه إلى الدعوة إلى التخلّي عن منهج قواعد الإسناد، لكونها لا تتفق مع متطلبات السرعة والثبات الذي تحتاج إليه معاملات التجارة الدولية والأمن القانوني لها.[897] ومن ناحية أخرى فان إعمال قواعد الإسناد يقتضي القيام بمجموعة من العمليات الفنية، قبل التوصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، وهي تفسير ضابط الإسناد، تكييف العلاقة القانونية محل النزاع[898]، لذلك وصفت قواعد الإسناد بالجمود لكونها تؤدي إلى تضليل المحاكم، إذ عادة ما توصل القاضي إلى تطبيق قانونه مستعملا

[895] - VANDOMME Laurent, «la négociation des contrats internationaux », *RDAI / IBLJ*, N°5, 2003, p. 487.

[896]- إن قاعدة الإسناد ليست لها فائدة إلا إذا رفعت دعوى قضائية أمام القاضي الوطني بشأن علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي.

[897]- الشماسنة محمد أحمد عبد الله، مواءمة قواعد الإسناد لأعراف التجارة الدولية، رسالة ماجستير في الحقوق، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2005، ص 67.

[898]- مرحلة التكييف هي أول ما يتعرض له القاضي عندما تقدّم له مسألة تشتمل على عنصر أجنبي، وقد خصص لها المشرع الجزائري المادة 9 من القانون المدني.

تبريرات مختلفة فتارة بحجة الإحالة[899]، وتارة أخرى بحجة عدم إثبات القانون الأجنبي، وتارة أخرى بالدفع بالغش نحو القانون[900]، أو الدفع بالنظام العام. [901]

كما يُعاب على منهج التنازع أنّه بالإمكان تحريفه مما يؤدي إلى نتائج شاذة، تنتج عن عدم الفهم الصحيح للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، إذ أن تفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق قد يتم بطريقة تخالف الطريقة المعتادة التي يفسر بها في محتواه الاجتماعي الطبيعي، ممّا يؤدي إلى مسخ القانون. [902]

2-إن الحلول التي تقدمها قواعد الإسناد تأتي مستجيبة لمفهوم القاضي للعدالة أكثر من كونها إعمال لقاعدة قانونية مجردة، لذلك يُنتقد منهج قواعد الإسناد لكونه وسيلة تحكُميّة في يد القاضي يستعملها لتحقيق فكرته الشخصية عن العدالة، لذلك لا يطمئّن أطراف العلاقة القانونية على حقوقهم لكونهم يجهلون أيّ من القوانين المتنازعة سيطبق عليهم.[903]

إضافة إلى ذلك فان قواعد الإسناد تؤدي إلى تطبيق قواعد قانونية وطنية لدولة ما وهذه الأخيرة هي قواعد جاءت لحُكم علاقة قانونية وطنية، وبذلك نكون طبّقنا قانون وطني على

---

[899]- أوردها المشرع الجزائري في المادة 23مكرر من القانون المدني والتي جاء فيها: " *إذا تقرر أن قانونا أجنبي هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص.*"

[900]- الدفع بالغش نحو القانون هو دفع لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي عاد له الاختصاص للفصل في النزاع عن طريق الغش، ولقد نصّ المشرع الجزائري على هذا الدفع في المادة 24 من التقنين المدني الجزائري.

[901]- الدفع بالنظام العام هو دفع لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان تطبيق هذا الأخير سيثير مساسا بالنظام العام والآداب العامة في الجزائر، ومثال ذلك تطبيق قانون الأحوال الشخصية الفرنسي في مسألة التبني، ولقد نصّ المشرع الجزائري على هذا الدفع في المادة 24 من التقنين المدني الجزائري.

[902]- المؤيد محمد عبد الله محمد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي (دراسة تأصيلية)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص 150.

[903]- الشماسنة محمد أحمد عبد الله، المرجع السابق، ص 71.

علاقة ليست وطنية بل دولية،[904] إذ أن تدويل الروابط القانونية كان يقتضي منّا تدويل القواعد القانونية التي تحكمها وهذا ما لا نجده إذا أخذنا بقواعد الإسناد. [905]

يقول الفقيه BATIFFOL في هذا الصدد أن:" *منهج تنازع القوانين قد أضحى زائفا، لأنه يقود إلى تطبيق قواعد وُضعت أساسا لأوضاع داخلية على أوضاع دولية* ".[906] كما يصف البعض الآخر قواعد الإسناد بأنها قواعد ميكانيكية يتم إعمالها بمجرّد توفر الصفة الدولية في العلاقة القانونية محل النزاع، أيّا كان القانون الذي يقودنا إليه هذا الإعمال وأيّا كان جوهره ومضمون أحكامه.[907]

تعتبر التجارة الدولية من المجالات المعروفة بالسرعة[908] لذلك كان لا بد من تكريس الأمن القانوني واليقين، اذ تتأثر التجارة الدولية كثيرا بانعدام الأمن القانوني أكثر من غيره من جّراء اللّجوء إلى قواعد الإسناد لحل مشاكله،[909] ويعود ذلك إلى أن قواعد الإسناد تُخضع

---

[904]- يقول الأستاذ CREMIEU في هذا الصدد:
«Le droit international privé…. N'est pas une science à part, il n'est que la projection du droit interne sur l'écran de la vie internationale ».

[905]- المؤيد محمد عبد الله محمد، المرجع نفسه، ص 153.

[906]- إن قواعد الإسناد تتجاهل خصوصيات الحياة الدولية فهي تتعارض مع الفكرة الاجتماعية لعلم القانون، إذ أن القانون ظاهرة اجتماعية يوجد لمواجهة مشاكل الحياة في المجتمع، لذلك لا يمكن أن نطبق قاعدة قانونية في مجتمع يختلف تمام عن المجتمع الذي جاءت لتطبق فيه.

[907]- عبد الكريم سلامة أحمد، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية-قانون الإرادة وأزمته)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 295.

[908]- لهذا تسهر غرفة التجارة الدولية على محاولة إيجاد نماذج للعقود الدولية الأكثر انتشارا أبرزها:
- Un contrat modèle CCI d'agence commerciale. – un contrat modèle CCI de concession commerciale. – un contrat modèle CCI d'intermédiation occasionnelle. – un contrat modèle CCI de vente internationale (produits manufacturés destinés à la revente).
– un contrat modèle CCI de franchise internationale de distribution.
– Un contrat modèle simplifié CCI d'agence commerciale Internationale et de concession internationale. Voir, BORTOLOTTI Fabio, «les contrats modèles de la CCI : une approche nouvelle dans la rédaction des modèles de contrats pour le commerce international », *RDAI/IBLJ*, N°8, 2001, p.369.

[909]- عشوش أحمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 14.

أغلب المعاملات التجارية لقانون الإرادة، وعند غياب الإرادة الصريحة يلجأ القاضي إلى البحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة، وهذا ما يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة.[910]

3-تتميز قاعدة الإسناد بالتجريد والحياد لكونها لا تقوم بتحديد قانون دولة معيّنة بالذّات لحكم العلاقة القانونية، بل تقوم فقط بالرّبط بين طائفة معيّنة من العلاقات وأحد القوانين المرشحة لحكم هذه العلاقة، فالقاضي الوطني لا يبحث في المضمون الذاتي للقوانين الداخلية، لذلك لا يستطيع اختيار القانون واجب التطبيق وفقا لمضمون أحكام هذا القانون لأنّه يجهل تماما مضمونه.[911] هذا ما دفع الأستاذ BATIFFOL الى القول إن تحديد القانون واجب التطبيق يتم بطريقة معصوبة العينين[912] أو بمثابة قفزة إلى المجهول أو إلى الهاوية، ويعود هذا الوصف إلى كون القاضي لا يعلم الحكم الذي سيفرضه عليه هذا القانون لحظة تحديده. [913]

إن كثرة الانتقادات الموجهة إلى قواعد الإسناد تعود إلى عجزها عن تلبية ومواكبة القضايا المعاصرة والتي لم تتمكن من إيجاد حلول لها، ممّا دفع بالفقه الحديث وبالأخص الألماني والهولندي إلى القول: بأن *تطبيق منهج قواعد الإسناد يجب أن يكون محصورا فقط في الروابط العائلية*،[914] كما اقترح الفقه الأمريكي منهجا يسمّى بالمنهج الواقعي الأمريكي Propre Law method، ويقوم هذا المنهج على الرفض المطلق للمنهج التقليدي والمتمثل في

---

[910]- زروتي الطيب "مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية "، المرجع السابق، ص 81.

[911]- عبد الكريم سلامة أحمد، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 290.

[912] - إذ يقول الأستاذ أن:

«La méthode des conflits de lois est aveugle : déclarant applicable la loi…. Elle ne tient aucun compte du contenu de cette loi, qui peut se révéler complètement inappropriée à l'espèce considérée. ».

[913]- المؤيد محمد عبد الله محمد، المرجع السابق، ص 146.

[914]- ناصيف حسام الدين فتحي، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 30.

قواعد الإسناد.[915] وفي سنة 1973 قال الأستاذ KAHN عن مستقبل القانون الدولي الخاص بعد التقرير الذي قدّمه الأستاذ BATIFFOL أمام مجمع القانون الدولي الخاص، بأن: "*قواعد الإسناد تبدو في حالة أزمة عميقة* ".[916]

ثالثا- ظهور منهج القواعد الموضوعية كبديل لمنهج قواعد الإسناد: إن المعاملات الاقتصادية الدولية في تطور سريع ودائم لذلك فهي في حاجة إلى الأمان حتى تزيد تطورا،[917] ففي القديم كانت هذه المعاملات تتميز بالبساطة بل كانت نادرة الإبرام لذلك كانت القوانين الوطنية تُناسبها،[918] أما العقود الحديثة فهي معقدة لذلك فهي في حاجة إلى قواعد قانونية متطورة تلبي احتياجاتها ولا تعيق إبرامها، وتعتبر مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص المتعلقة بعقود التجارة الدولية، خطوة مهمة نحو توحيد الفكر القانوني من أجل تفادي الصعوبات التي تعترض محاولة تدويل« dénationaliser » النظام القانوني للمعاملات الدولية،[919] عن طريق إخضاعها إلى قواعد وُجدت خصيصا من أجل حكم العلاقات الخاصة الدولية وتتمثل في القواعد الموضوعية(المادية)[920] في القانون الدولي الخاص، وهو الحل الذي تبنّاه المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص والذي قام بعدّة جهود في هذا الشّأن،[921]

---

[915]- عشوش أحمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 4.

[916]- المؤيد محمد عبد الله محمد، المرجع نفسه، ص 141.

[917] - DOMMINIQUE Carreau et JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, 4e édition, L.G.D.J. Paris, 1998, p. 1.

[918] - SUCHANKOVA Martina, « Les principes d'Unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations », *RDAI/IBLJ*, N° 6, 1997, p. 691,692.

[919] - BONELL Michael Joachim, «Les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : vers une nouvelle *lex mercatoria ?, RDAI/IBLJ*, N° 2, 1997, p. 145.

[920]- يستعمل الفقهاء تسمية القانون المادي أو القواعد المادية إلا أن البعض يفضّل تسمية القانون الموضوعي (Règles substantielles) كالأستاذ عبد الكريم سلامة أحمد، إذ يرى أنه من الأحسن أن نقول قواعد موضوعية ويقابلها قواعد إجرائية، أما إذا قلنا قواعد مادية فيقابلها قواعد معنوية، أنظر في هذه المسألة:

BUSSY Jack, Droit des affaires, Presse de sciences po. Et Dalloz, Paris, 1998, p.592.

[921] - VEILLARD Isabelle, « Le caractère générale et commercial des principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international», *RDAI/IBLJ*, N°4, 2007, p. 479,480.

تعرّف القواعد الموضوعية بأنّها:" *مجموعة القواعد ذات المضمون الدولي أو العالمي الموجودة أصلا، أو المعدة خصّيصا لتعطي حلاّ مباشرا ينهي النّزاع أو يتفاداه، في علاقة خاصّة ذات طابع دولي*."[922]

من خلال هذا التعريف يمكن أن نستخلص أهم ما يميّز القواعد الموضوعية:

أ-تعتبر القواعد الموضوعية قواعد قانونية تتمتع بجميع خصائص القاعدة القانونية، إذ وبالرغم من الجدل الفقهي الكبير الذي ثار حول هذه المسألة وبروز العديد من الدراسات حول الاعتراف بالصفة القانونية للقواعد الموضوعية، إلا أن فقهاء القانون الموضوعي[923] لم يترددوا في القول بأن القواعد الموضوعية هي أدوات تنظيمية لها صفة القواعد القانونية.[924]

ب-تعتبر القواعد الموضوعية من القواعد التي تعطي حلا موضوعيا مباشرا للنزاع، فهي تتضمن الحكم اللازم للعلاقة، وليس البحث عن القانون (كقواعد الإسناد)، لذلك من السهل تطبيقها والعلم المسبق بها من طرف القضاة والمحكمين،[925] كما أن القواعد

[922]- هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 9.

[923]- يعتبر من أنصار الاعتراف بالصفة القانونية للقواعد الموضوعي كلّ من الأستاذ FOUCHARD الذي يرى أن القواعد الموضوعي تشكل قانون في طور التكوين كالجنين، والأستاذ GOLDMANالذي يرى بأن القواعد الموضوعية تمثل نظاما قانونيا له استقلاله الذّاتي رغم عدم اكتمال قواعده.

[924]- للمزيد من التفاصيل حول الصفة القانونية للقواعد الموضوعية، أنظر:

عبد الكريم سلامة أحمد، العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية (دراسة تأصيلية انتقاديه)، الجزء الثاني، دار النّهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 322 وما بعدها، وأنظر أيضا:

المؤيد محمد عبد الله محمد، المرجع السابق، ص 42 وما بعدها.

[925]- رأينا سابقا بأن قواعد الإسناد تعرضت لانتقادات شديدة بسبب كونها تدفع بالقاضي إلى تطبيق قانون يجهله ولا يعلم به إلا لحظة تحديد اختصاصاه، أما القواعد الموضوعية فقد تفادت هذا النقد.

الموضوعية تؤدي وظيفتين الوظيفة الوقائية والوظيفة العلاجية لكونها قد تنهي النّزاع كما قد تتفاداه، عكس قواعد الإسناد التي تلعب دورا علاجيا فقط.[926]

ج- لقد جاءت القواعد الموضوعية لمراعاة خصوصية العلاقات الدولية فهي تطبق على طائفة معيّنة من العلاقات الخاصّة ذات الطّابع الدولي،[927] وتظهر نوعية هذه القواعد في كونها قواعد جاءت لحل نوع معيّن من المشكلات التي تنشأ في الأوساط التجارية فهي قواعد مادية مهنية،[928] وهذا ما نجده في القواعد التي جاءت بها اتفاقية أوتاوا إذ وضعت حلولا خاصّة وذاتية بعقد الاعتماد الايجاري الدولي، وذلك لتفادي تطبيق قواعد قانونية وُضعت لحكم علاقات وطنية - عقد اعتماد إيجاري وطني- على علاقة قانونية ليست وطنية - عقد اعتماد إيجاري دولي -، لذلك كان الهدف الذي سعى إلى تحقيقه واضعو الاتفاقية هو استبعاد العقبات القانونية الخاصّة بهذا العقد ومراعاة التوازن بين مصالح أطراف العقد.[929]

د-إن القواعد الموضوعية ذات مضمون عالمي رغم أنّه قد تكون من مصدر وطني في بعض الحالات، فهي قواعد وُضعت خصّيصا لحكم العلاقات الخاصّة ذات الطابع الدولي.[930] و يرى فقهاء القانون الدولي الخاص أن هذا الأخير باعتباره قانون العلاقات الخاصة الدولية لا بد أن يستهدف عالمية الحلول، وهي السمة الرئيسية التي تتميّز بها القواعد الموضوعية الموحدة

---

[926]- تؤدي القواعد الموضوعية الوظيفة الوقائية لكونها تمنع نشوء التنازع بين القوانين، وهذا ما يغيب عن قواعد الإسناد التي لا تؤدي هذه الوظيفة.

[927]- عبد الكريم سلامة أحمد، العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 390.

[928]- الأسيوطي ثروت أنيس، " فلسفة القانون التجاري"، مجلة مصر المعاصرة، ع1، س75، اكتوبر1966، ص 236.

[929]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 485.

[930]- تتعدد مصادر القواعد الموضوعية بين مصادر داخلية كالتشريع أو القضاء الوطني، ومصادر دولية كالمعاهدات الدولية أو قضاء التحكيم الدولي أو العرف الخاص الدولي، للمزيد من التفاصيل حول الموضوع أنظر:
هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، المرجع السابق، الذكر، ص 15.

وهذا لعدة اعتبارات،[931] أولها يعود إلى المرونة التي تحققها القواعد الموضوعية وهذا في مصلحة الدول، إذ كلّما كانت الدولة لا تهتم بخصوصية العلاقات الدولية الخاصة كلّما امتنع الأجانب عن التعامل مع أفرادها، كما أن الاتفاقيات الدولية عادة ما تهدف إلى توحيد القواعد الموضوعية وليس إلى توحيد قواعد الإسناد بسبب صعوبة توحيدها،[932] كما أن توحيد القواعد الموضوعية يؤدي إلى السهولة في معرفة الأحكام الواردة في الاتفاقيات ممّا يؤدي إلى زرع الطُمأنينة لدى أطراف العلاقات الخاصة الدولية.[933]

هـ- إن القواعد المادية قد تمت صياغتها لمواجهة مواقف وظروف واقعية، دفعت إليها حاجة العقود الدولية إلى السرعة والأمان وتوقع الحلول من أجل دفع حركة رأس المال الدولي وتسهيل التجارة الدولية، لذلك فهي **قواعد سهلة** من حيث العلم بها مما يبعث الطمأنينة بين المتعاملين ، كما أنها **قواعد واقعية** لأنها صيغت لمواجهة مواقف واقعية دولية وتطبيقها يؤدي إلى إيجاد الحلول لبعض الصعوبات الواقعية، كما أنّها **قواعد ملائمة** لأنها القواعد المناسبة لحكم العلاقة القانونية، على خلاف قواعد الإسناد التي قد تشير إلى اختصاص قانون لا يكون هو الملائم لحكم هذه العلاقة.[934]

---

[931]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 487.

[932]- وحتى لو قمنا بتوحيد قواعد الإسناد فان اختلاف تكييف العلاقة القانونية من دولة إلى أخرى، سيؤدي إلى الكثير من العقبات لذلك من الأحسن توحيد القواعد الموضوعية.

[933]- المؤيد محمد عبد الله محمد، المرجع السابق، ص 73.

[934]- المرجع نفسه، ص 78،79.

الفرع الثاني

اتفاقية أوتاوا: محاولة من أجل وضع قواعد موضوعية موحدة لعقد الاعتماد الايجاري الدولي

لقد بدأ التفكير في تحيد قواعد القانون التجاري منذ أكثر من مائة سنة، وبالتحديد منذ نشأة مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص سنة 1839،[935] ولقد ظهرت الحاجة إلى تنظيم العمليات التجارية العابرة للحدود وتفادي خضوعها إلى مختلف القوانين الوطنية، ولعل أبرز هذه الجهود تجسد في اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، والتي أعدّتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، كما اهتم المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بالتحضير لأحكام اتفاقية دولية من أجل توحيد القواعد الموضوعية المتعلقة بعد الاعتماد الايجاري الدولي.[936]

أولا-ظهور معهد دولي متخصص في توحيد القانون الخاص: يُعتبر المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT، من الهيئات الدولية الحكومية التي نشأت بمبادرة من دولة ايطاليا وقد تأسس في 20 أفريل 1926 وصدر نظامه الأساسي في 1940 بموجب اتفاقية متعددة الأطراف،[937] ويعد المعهد كيان دولي مسئول تجاه الحكومات المشاركة[938]، وهذه الأخيرة

[935]- إن الفضل في إنشاء هذا المؤتمر يعود إلى الفقيه الايطالي مانشيتي الذي تقدّم باقتراح لمعهد القانون الدولي في دورته المنعقدة في جنيف سنة 1874، يدعو فيه إلى توحيد القواعد الوطنية لتنازع القوانين.

[936]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 451.

[937] -MARTINEZ –BELLET Laurence, *La convention d'Ottawa sur le crédit-bail international*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris 1- panthéon Sorbonne, Paris, 2000, p. 10.

[938] - VEILLARD Isabelle, op. cit. , p. 149.

هي تلك التي تنضم إلى النظام الأساسي للمعهد، ويتمتع المعهد في إقليم كل دولة مُشاركة بالأهلية القانونية المناسبة والتي تسمح له بمباشرة مهامه وتحقيق أغراضه.[939]

يستهدف المعهد القيام دراسة وسائل تحقيق التوافق والتنسيق فيما بين القانون الخاص للدول وتجمعات الدول والتحضير لتبني القواعد الموحدة للقانون الخاص من طرف مختلف الدول،[940]

يقوم المعهد بإعداد مشروع اتفاقية دولية ثم يتفق مع إحدى الدول الأعضاء فيه لتقوم بدعوة الدول إلى مؤتمر دبلوماسي، وهذا من أجل إقرار الاتفاقية وبعد ذلك تُعرض على هذه الدول من أجل المصادقة عليها،[941] كما يجوز لأي حكومة مشاركة أن تطرح على مجلس الإدارة التابع للمعهد مقترحات لدراسة موضوعات متصلة بتوحيد القانون الخاص أو تحقيق توافق أو تنسيق في شأنه،[942] كما يجوز لأية هيئة دولية أو جمعية، تهتم بدراسة المسائل القانونية، أن تطرح على الحكومات المشاركة مقترحات بشأن الدراسات التي يجب القيام بها[943].

يقوم المعهد بنشر كتاب سنوي يتضمّن مختلف الجهود التي يبذلها هو وغيره من الهيئات في مجال توحيد القانون الخاص، كما يقوم بنشر مجلة قضاء القانون الموحد كل

---

[939]- المادة الثانية من النظام الأساسي للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص. السابق ذكره.

[940]- يقول الأستاذ Michel Crucis فيما يخص أهداف المعهد ما يلي:

« Son rôle est d'étudier les méthodes d'harmonisation de droit privé, de préparer la mise en place progressive d'un droit privé uniforme dans les pays membres, d'élaborer des projets de convention permettant une unification du droit interne des états membres et des projets d'accord destinés à développer les relations internationales en matière de droit privé, enfin de réaliser des études de droit privé comparé. »

[941] - السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 452.

[942] - BONELL Michael Joachim, op.cit. p. 146.

[943]- المادة 12 من النظام الأساسي للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص. السابق ذكره.

ثلاثة أشهر التي يضمّنها مختلف أحكام المحاكم الوطنية المتعلقة بالاتفاقيات الدولية والقوانين الموحدة.[944]

ثانيا- دور المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في وضع قواعد موضوعية خاصة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي: بدأ العمل على توحيد قواعد عقد الاعتماد الايجاري الدولي في سنة 1974، حيث ظهرت الحاجة الملّحة إلى وضع اتفاقية دولية تنظم هذا العقد،[945] ويعود السبب الى الانتشار غير المسبوق للعقد من جهة، وقلّة النصوص القانونية المتعلقة بالعقد على المستوى الداخلي[946]، ولقد جاء في تقرير للجنة العلاقات الخارجية الفرنسية حول مشروع قانون للترخيص بإقرار فرنسا لاتفاقية أوتاوا أن وجود ثغرات في النصوص القانونية الداخلية للدول حول المسألة من جهة، إضافة إلى تنافس عدة قواعد وطنية غير موحدة في تنظيم العقد، تعد من بين الأسباب الرئيسية التي دفعت بالمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الى التفكير في صياغة هذه الاتفاقية من أجل الوصول الى وضع قواعد موضوعية عالمية تتناسب مع الطابع الدولي لهذا العقد.[947]

لقد قام المعهد في سنة 1977 بتعيين مجموعة عمل لتتولى دراسة عقد الاعتماد الايجاري الدولي كظاهرة قانونية جديدة من كافة الجوانب، ثم قامت المجموعة بوضع تقارير أولية أمام لجان الخبراء بيّنت فيها المصالح المتناقضة لأطراف هذا العقد، إضافة الى القوّة التمويلية له، مع عرض إمكانية التقريب بين الأنظمة القانونية المختلفة حتى تصبح هذه التقنية موحدة عبر أنحاء العالم،[948] كما لاحظت المجموعة أنّ حداثة الاعتماد الايجاري هو السبب في الصعوبات التي تواجهها الدول عند تبنّيها لهذا النّوع من العقود، لذلك ظهرت

---

[944]- عبد الحكيم مصطفى، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 155.

[945] - GAVALDA Christian، «crédit-bail» , *Rép. Internat. Dalloz*, Paris, 1998, pp. 1-6.

[946] - BOST Emmanuelle, op.cit. , p. 11.

[947] - MARTINEZ – BELLET Laurence, op.cit. p. 10.

[948]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 453.

الرغبة في عدم إبقاء الاعتماد الايجاري الذي يستجيب لمتطلبات التجار الوطنين و حتى التجار الدوليين خاضعا لنصوص قانونية جامدة.[949]

في إطار التحضير للمؤتمر الدبلوماسي الذي انعقد في مدينة أوتاوا الكندية برزت مجموعتان للتنسيق، الأولى عقدت جلساتها بمدينة Strasbourg من 16 إلى 17 فيفري 1988، بغرض منح الفرصة للدول الأعضاء في المجلس الأوربي للتعرف على مختلف وجهات النظر، وعرض موقفها حول مشروع الاتفاقية،[950] أما المجموعة الثانية فعقدت جلساتها في مدينة بروكسل في 15 مارس 1988. [951]من أجل تبادل وجهات النظر بين دول الاتحاد الأوربي.

ثمّ جاء في النهاية المؤتمر الدبلوماسي الذي انعقد بتاريخ 9 ماي 1988 في أوتاوا الكندية برئاسة السيد RAY HNATYSHY وهو وزير العدل والنائب العام الكندي، وبحضور 55 دولة[952] وأربعة دول بصفتها مراقبة[953]، كما حضرت بعض المنظمات الحكومية وغير الحكومية[954]، ولقد توصل المؤتمر إلى تحقيق الهدف الرئيسي من الانعقاد وهو صياغة نصوص الاتفاقية، عن طريق مجموعة من الخبراء، الذين ساهموا في إثراءها مقارنة بالمشروع التمهيدي الذي عرض في بداية المؤتمر.[955]

بتاريخ 28 ماي 1988 انتهت أشغال المؤتمر وقد وقعت في هذا التاريخ على الاتفاقية دول: غانا، غينيا، نيجيريا، الفيليبين، جمهورية تنزانيا، ثم وقعت عليها لاحقا: المغرب في 4 جويلية 1988، فرنسا في 7 نوفمبر 1989، تشيكوسلوفاكيا في 16 ماي 1990، ايطاليا في 13

---

[949] - BOST Emmanuelle, op.cit., p. 11.

[950]- حضرت الجلسات 18 دولة كلّها من غرب أوربا، للمزيد حول الخطوات التي يمر بها الإعداد لاتفاقية دولي أنظر:
RENE David, *Le droit du commerce international*, Economica, Paris, 1987, p. 55 et s.

[951]- حضر الجلسات ممثلو 9 دول من الاتحاد الأوربي.

[952]- MARTINEZ BELLET Laurence, op.cit. p. 10.

[953]- وهي: ماليزيا أوغادنا، البيرو والأرجنتين.

[954]- من بينها: البنك الدولي، مجلس الاتحاد الأوربي، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري، المجلس الأوربي، منظمة الدول الأمريكية، اللجنة البحرية الدولية، كما حضرت بعض المؤسسات العاملة في نشاط الاعتماد الايجاري.

[955]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 456.

ديسمبر 1990، الولايات المتحدة الأمريكية في 28 ديسمبر 1990. [956] وقد أصبحت الاتفاقية نافذة منذ 1995/5/1 بعد أن تم إيداع وثيقة تصديق نيجيريا، إذ تعتبر ثالث دولة صادقت عليها،[957] إذ تعتبر الاتفاقية حسب ما جاء في مادتها 16، نافذة في اليوم الأول من الشهر الذي يلي انقضاء مدة ستة أشهر عن إيداع مصادقة الدولة الثالثة للاتفاقية.

ثالثا-دور التحكيم التجاري الدولي في تفعيل أهمية القواعد الموضوعية: لقد شهد القرن العشرون ظهور ملامح منهج جديد في القانون الدولي الخاص، أساسه تجنّب اخضاع المعاملات الدولية للقوانين الوطنية-لأنّها ا وُضعت لحكم العلاقات الوطنية فقط-، وضرورة اخضاعها لنظام خاص بها يُعرف بالقواعد الموضوعية والتي تتمثل في الأعراف والعادات والممارسات السائدة في التجارة الدولية والمبادئ القانونية العامة المسلّمة بين الدول.[958]

إذا كانت المعاملات الاقتصادية الدولية تتسم بالبساطة في القديم، فإنها حاليا في تطور مستمر وتتميّز بالفنية والتعقيد الشديدين، لذلك أصبحت في حاجة الى قواعد قانونية متطورة وُجدت خصيصا من أجلها،[959] ولقد لعب التحكيم التجاري الدولي دورا كبيرا في زيادة وانتشار هذه القواعد الموضوعية، لكون المحكمين يلجئون الى تطبيق أحكامها لحل النّزاعات المطروحة أمامهم، بل أكثر من ذلك يجتهدون في البحث عن قواعد موضوعية أكثر ملاءمة لحكم النّزاع.

---

[956]- BOST Emmanuelle, op.cit. p. 12.

[957]- تم التصديق على الاتفاقية من قبل فرنسا بتاريخ 1991/9/23، وايطاليا بتاريخ 1993/11/29 ثم تلتهما نيجيريا بتاريخ 25 /1994/10 وبعدها دخلت الاتفاقية حيز النفاذ في 1 ماي 1995.

[958]- الجمال مصطفى محمد، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 255.

[959]- صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، المرجع السابق، ص 221.

المطلب الثاني

نطاق تطبيق اتفاقية أوتاوا المتعلقة بعقد

الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول

إن الوصول إلى توحيد الأحكام المتعلقة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي بموجب اتفاقية أوتاوا، عبارة عن تقريب لوجهات نظر الدول المشاركة في هذا المجال، وهذا لا يعني أن الأحكام التي جاءت في الاتفاقية تطبق تلقائيا على أيّ عقد اعتماد إيجاري دولي، إنما لا بدّ من توفر شروط معيّنة من أجل تطبيقها، سواء شروط متعلقة بالنطاق المكاني أو الزماني، أو شروط تتعلق بالموضوع.[960]

سنبين من خلال هذا المطلب نطاق تطبيق اتفاقية أوتاوا من حيث الزمان والمكان (الفرع الأول)، ثم سنبين نطاق تطبيقها من حيث الموضوع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نطاق تطبيق اتفاقية أوتاوا المتعلقة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول من حيث الزّمان والمكان

لاتفاقية أوتاوا نطاق زمني للتّطبيق (أولا) كما لها نطاق مكاني للتطبيق(ثانيا):

[960] - MOUSSERON Jean Marc et RAYNARD Jacques, *Droit du commerce international*, 2e, Litec, Paris, 2000, p. 428.

أولا-نطاق تطبيق اتفاقية أوتاوا من حيث الزمان: سنعالج في هذا الشأن عدّة نقاط وهي:

1-تاريخ دخول اتفاقية أوتاوا حيّز النّفاذ: لقد حددت اتفاقية أوتاوا المتعلقة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول شرط دخولها حيّز التنفيذ، إذ جاء فيها: ***" تدخل الاتفاقية حيز التنفيذ في اليوم الأول من الشهر التالي، لانقضاء ستة أشهر على تاريخ إيداع الوثيقة الثالثة للتصديق، القبول، الإقرار أو الانضمام."***[961].

بعد قيام نيجيريا بإيداع الوثيقة الثالثة في 24 أكتوبر 1994، بعد كل من فرنسا في 23 سبتمبر1991، وايطاليا في 1 ماي 1993، دخلت الاتفاقية حيّز النّفاذ في 1 ماي 1995.[962] هذا بالنسبة للدول الثلاثة الأولى التي صادقت على الاتفاقية، أما باقي الدول أو تلك التي ستصادق على الاتفاقية بعد تاريخ 1 ماي 1995، فان الاتفاقية حددت لها تاريخ دخولها حيّز النفاذ، إذ نصّت على أنّه: " ***تدخل الاتفاقية حيّز التنفيذ بالنسبة لأي دولة تصدق، تقبل، تقر هذه الاتفاقية أو تنضم إليها، بعد إيداع الوثيقة الثالثة للتصديق، للقبول، للإقرار أو الانضمام، في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء ستة أشهر على تاريخ إيداع وثيقة التصديق، القبول، الإقرار أو الانضمام".*** [963]

2- بالنسبة للعقود المبرمة بعد دخول اتفاقية أوتاوا حيّز النفاذ : إن دخول الاتفاقية حيّز التنفيذ في دولة ما لا يعني خضوع عقد الاعتماد الايجاري الدولي لأحكامها مباشرة، بل يجب أن يكون إبرام كل من عقد الاعتماد الايجاري(بين المؤجر والمستأجر) وعقد التوريد(بين المؤجر والمورد) وقع بعد دخول الاتفاقية حيّز التنفيذ في دولة المؤجر التمويلي والمستأجر

[961]- المادة السادسة عشر الفقرة الأولى من اتفاقية أوتاوا حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول، المرجع السابق.

[962] - BOST Emmanuelle, op.cit. p. 50.

[963]- المادة السادسة عشر الفقرة الثانية من اتفاقية أوتاوا، المرجع نفسه.

التمويلي ودولة المورد[964]، ومثال ذلك أن يبرم عقد اعتماد إيجاري بين مؤجر تمويلي من هولندا، ومورد ومستأجر تمويلي من فرنسا، فان هذا العقد لا يخضع إلى اتفاقية أوتاوا إلا إذا أبرم بعد 1 ديسمبر 1996[965].

أما إذا عاد الاختصاص للاتفاقية بموجب قواعد إسناد الدول المتعاقدة، فيجب أن يكون كل من عقد الاعتماد الايجاري وعقد التوريد خاضعان لقانون دولة صادقت على الاتفاقية، ومثال ذلك أن يكون القانون الواجب التطبيق على كل من عقد الاعتماد الايجاري وعقد التوريد هو القانون الفرنسي، فان الاتفاقية لا تسر إلا على العقود المبرمة بعد تاريخ 1 ماي 1995، أما إذا كان عقد التوريد يخضع للقانون الفرنسي وعقد الاعتماد الايجاري يخضع لقانون باناما، فان الاتفاقية لا تسر إلا على العقود المبرمة بعد 1 أكتوبر 1997. [966] وهذا ما يعني أن أحكام اتفاقية أوتاوا ليس لها أثر رجعي من حيث التطبيق.[967]

3- العبرة بتاريخ تكوين عقد الاعتماد الايجاري الدولي: لم تحدد اتفاقية أوتاوا المقصود بتكوين العقد لذلك يمكن الرجوع إلى القواعد العامة في هذا المجال، أو الرجوع إلى أحكام اتفاقية فيينا المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع،[968] ولعل هذه الأخيرة يمكن أن تكون الأقرب إلى إرادة واضعي اتفاقية أوتاوا وهذا استنادا إلى ما جاء في المادة السادسة فقرة أولى

---

[964] - MARTINEZ - BELLET Laurence, op.cit. p.12.

[965]- وهو تاريخ دخول الاتفاقية حيّز التنفيذ في هولندا.

[966] - BOST Emmanuelle، op.cit. p. 51.

[967]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 504.

[968]- اتفاقية فيينا المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع، المبرمة بتاريخ 11 أفريل 1980، التي جاءت بعد دعوة لمؤتمر دبلوماسي الذي حضره ممثلو 62 دولة، وبعد أن تمت مناقشة وإقرار مواد الاتفاقية بصورة تفصيلية مادة تلو الأخرى، فإنها عرضت على التصويت وأقرت بالإجماع وسميت اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ودخلت حيز النفاذ في 1988/1/1.

من اتفاقية أوتاوا[969]، كما تبيّن الأعمال التحضيرية لهذه الأخيرة التأثر الكبير لواضعيها باتفاقية فيينا، ولتي جاء في المادة 23 منها: "***ينعقد العقد في اللحظة التي يحدث فيها القبول أثره وفق أحكام هذه الاتفاقية***"، ثم حددت الاتفاقية متى يرتّب القبول أثره لذا نصّت على: أنه : ***"يُحدث قبول الإيجاب أثره من اللحظة التي يصل فيها إلى المُوجب إعلان يفيد الموافقة على إيجابه"*** [970]، ثم جاءت المادة 24 لتحدد ما يعتبر وصولا للقبول.[971]

لذلك يمكن القول إن تكوين عقد الاعتماد الايجاري الدولي يكون في اللّحظة التي يصل فيها إلى الموجب -وهو المؤجر التمويلي-، إعلان المستأجر التمويلي لقبوله بعرض الموجب.

4- استبعاد تطبيق أحكام الاتفاقية بموجب المادة 16: تنص اتفاقية أوتاوا على إمكانية استبعاد تطبيق بعض أو كل أحكامها، وهذا في حالة إبرام أو في صدد إبرام اتفاقية ذات صبغة عالمية أو إقليمية ، وبالخصوص فان الاتفاقية يجب أن لا تمس بمسؤولية الأشخاص الناجمة عن اتفاقية أُبرمت أو في صدد الإبرام[972]، ولعل تفسير أخذ الاتفاقية بهذا الاستثناء هو وجود اتفاقيات دولية نظمت الأحكام المتعلقة بالمسؤولية، كاتفاقية بروكسل الموقعة في 29 نوفمبر 1969، والتي تلزم مالكي السفن بتعويض الضرر الناتج عن التلوث بالهيدروكربونات وبالتالي كانت النية في الإبقاء على القواعد التي جاءت في هذه الاتفاقية،[973]

---

[969]- والتي جاء فيها ما يلي: *" إن تفسير هذه الاتفاقية يجب أن يأخذ بعين الاعتبار: موضوعها وأهدافها كما حددتها الديباجة، الطابع الدولي لها، وضرورة العمل على توحيد تطبيقها، وضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية."*

[970]- المادة 18 من اتفاقية فيينا المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق.

[971]- جاء في المادة 24 من اتفاقية فيينا ما يلي: *" في حكم هذا الجزء من الاتفاقية يعدُ الإيجاب أو الإعلان عن القبول أو أي تعبير آخر عن القصد قد وصل إلى المخاطب عند إبلاغه شفويا أو تسليمه شخصيا بأي وسيلة أخرى أو تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي أو لدى تسليمه في مكان سكنه المعتاد إذا لم يكن لديه مكان عمل أو عنوان بريدي".*

[972] -« La présente convention ne prévaut pas sur un traité déjà conclu ou à conclure ; en particulier elle ne porte pas atteinte à la responsabilité qui pèse sur toute personne en vertu de traités existants ou futurs. »

[973]- ناصيف حسام الدين فتحي، التأجير التمويلي الدولي للمنقول.... ، المرجع السابق، 117.

ولقد انتقد بعض الفقهاء هذا الاستثناء الذي أخذت به الاتفاقية، لأنّه- حسبهم- سيقودنا إلى تنازع سلبي للاتفاقياتconflits négatifs de conventions .[974]

ثانيا-نطاق تطبيق اتفاقية أوتاوا من حيث المكان: لقد نصّت الاتفاقية على ما يلي:" ***تطبق هذه الاتفاقية عندما يملك كل من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي مؤسسة تقع داخل دول مختلفة، وأن:***

أ-تكون هذه الدول بما فيها الدولة التي تقع فيها مؤسسة المورد، من الدول المتعاقدة، أو: ب-أن يخضع عقدي البيع والتأجير التمويلي لقانون دولة متعاقدة."[975]

من خلال نص المادة يتبيّن لنا أن الاتفاقية حددت شرطين لكي تطبق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي:

- **الشرط الأول:** اختلاف مكان عمل أو مكان منشأة كل من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي. - **الشرط الثاني:** وهو مكمل للشرط الأول ويتكون من شقين يكفي تحقق هذا الشرط بتحقق أحد الشقين: **الشق الأول:** أن تكون الدول التي تقع فيها مؤسسة كل من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي والمورد، دول متعاقدة[976]. **الشق الثاني:** أن يخضع كل من عقد البيع[977] وعقد الاعتماد الايجاري بمقتضى قواعد الإسناد لقانون دولة متعاقدة.

لذلك فان اتفاقية أوتاوا تطبق في حالتين إما تطبيقا مباشرا، وذلك بتحقق الشرط الأول والشق الأول من الشرط الثاني (أي على أساس معيار مقر مؤسسة أطراف العقد)، أو

---

[974] - BOST Emmanuelle، op.cit. p. 52.

[975]- المادة الثالثة فقرة أولى من الاتفاقية، المرجع السابق.

[976]- استعملت الاتفاقية عبارة دول متعاقدة للدلالة على كون هذه الدول أطراف في الاتفاقية.

[977]- عقد البيع المقصود هنا هو العقد الذي يربط بين المورد والمؤجر التمويلي والذي بموجبه يقوم المؤجر التمويلي بشراء المعدات التي يحتاجها المستأجر التمويلي.

تطبيقا غير مباشرا بتحقق الشرط الأول والشق الثاني من الشرط الثاني. (أي على أساس قواعد إسناد دولة متعاقدة).[978]

1- الحالة الأولى: اختصاص اتفاقية أوتاوا على أساس مقر نشاط مؤسسة أطراف العقد: لقد حددت المادة الثالثة فقرة 1 شرطا لتطبيق أحكام الاتفاقية على عقد الاعتماد الايجاري، وهو أن يكون مقر مؤسسة كل من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي في بلدين مختلفين، فهذا هو المعيار الذي أخذت به الاتفاقية لاعتبار العقد دوليا[979]، ويرى بعض الكتاب[980] أن هذا الشرط الوارد في الاتفاقية يعد شرطا تحكميا، لأنه سيؤدي حتما إلى استبعاد ما يعرف بالاعتماد الايجاري التصديري(Le crédit-bail à l'exportation)[981] عن نطاق الاتفاقية، إذ لم تأخذ الاتفاقية بعين الاعتبار مقر نشاط شركة المورد، فكان من المفيد - بسبب تفاعل عقدي التوريد والاعتماد الايجاري- أن تحكم اتفاقية أوتاوا العقد الذي يبرم بين مؤجر تمويلي ومستأجر تمويلي مقر نشاطهما في بلد واحد، إذا كان المورد يمارس نشاطه في بلد آخر، فيعتبر هذا عيبا في الاتفاقية يؤدي إلى التضييق من نطاق تطبيقها.[982]

إن فكرة مقر المؤسسة الذي ورد في المادة الثالثة يمكن أن يكون له تفسيرا واسعا، سواء تعلق الأمر بالمقر الاجتماعي للشركة أو الفرع، أو وجود مكتب أو وكالة أو أصول، أو وجود وكيل في دولة معيّنة، وهذا التفسير الموسع سيوسع من نطاق تطبيق الاتفاقية[983]، إلا

---

978 - MARTINEZ - BELLET Laurence, op.cit. p. 24.

979 - Voir : BOST Emmanuelle, op.cit. p. 34, Voir aussi ; MARTINEZ - BELLET Laurence, op.cit. p.24.

980- على غرار الأستاذ BERAUDO والأستاذMOUSSERON والأستاذ.GAVALDA.

981- حيث يتواجد مقر نشاط كل من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي في دولة واحدة، بينما يتواجد مقر نشاط المورد في دولة أخرى.

982- ناصيف حسام الدين فتحي، المرجع السابق، ص 88.

983 - BOST Emmanuelle, op. cit. p. 36.

أن الإشكال الذي يطرح هو في حالة امتلاك أطراف العقد لمؤسسة في أكثر من دولة ممّا يثير مشكلة تحديد أيّ مؤسسة يمكن الرجوع إليها لتحديد دولية العقد؟

لم تترك اتفاقية أوتاوا هذا الإشكال بدون حل فجاء في المادة الثالثة الفقرة الثانية ما يلي:" ***إذا كان لأحد أطراف عملية التأجير التمويلي أكثر من مؤسسة، فان المؤسسة التي يتم الرجوع إليها وفقا لهذه الاتفاقية، هي المؤسسة التي ترتبط بأكثر الروابط وثوقا مع العقد المعني وتنفيذه، مع مراعاة الظروف المتوقعة من الأطراف أو التي واجهتهم في أيّ لحظة أيّا كانت، سواء قبل إبرام العقد أو عند إبرامه."***[984]

وبذلك أخذت الاتفاقية في هذه الحالة بعين الاعتبار المؤسسة التي لها صلة أكثر وثوقا مع العقد المتنازع بشأنه أو بتنفيذه[985]، وفي حالة تعدد الروابط الأكثر وثوقا بأكثر من مؤسسة مع العقد أو تنفيذه، فتحدد تلك المؤسسة من خلال ما يحيط بالعقد وبأطرافه من ظروف،[986] أما بالنسبة للمراكز التي لا تخضع لأحكام الاتفاقية لحظة تكوين العقد، فإنها تبقى خارج نطاقها حتى ولو تغير مقر المؤسسة بعد ذلك، لأن العبرة بلحظة تكوين العقد. [987]

بعد تحقق الطابع الدولي للعقد بوجود مقر مؤسسة المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي في دولتين مختلفتين، يجب أن يتحقق الشق الأول من الشرط الثاني[988] وهو خضوع

---

[984]- المادة الثالثة فقرة 2 والتي جاءت باللّغة الفرنسية كما يلي:

« L'établissement auquel il est fait référence dans la présente convention désigne, si l'une des parties à l'opération de crédit-bail a plus d'un établissement, l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat en question et son exécution eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion de ce contrat ».

[985]- وهو الحل المستلهم من اتفاقية فيينا حول عقد البيع الدولي للبضائع لسنة 1980، والتي أخذت بهذا الحل في مادتها العاشرة.

[986]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 497.

[987] - MARTINEZ BELLET Laurence, op.cit. p. 25.

[988]- يطبق شرط الطابع الدولي للاتفاقية وشرط مصادقة دولة مقر مؤسسة أطراف العقد على الاتفاقية بشكل تلازمي أو جمعي caractère cumulatif.

دول مقر مؤسسات أطراف العقد (المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي والمورد)، لأحكام اتفاقية أوتاوا أي أن تكون من الدول التي صادقت عليها، ونلاحظ في هذه المرة أن هذا الشرط يتعلق أيضا بالمورد، ويعود السبب إلى نصّ المادة العاشرة[989] من الاتفاقية والتي منحت حق للمستأجر التمويلي للرجوع مباشرة إلى المورد، فعدم مصادقة دولة مقر مؤسسة المورد على الاتفاقية سيمس بفعالية هذا الحق في الرجوع.[990] ولقد كيّف بعض الفقهاء هذا الشرط بالشرط الدبلوماسي، لأنّه مرتبط بانضمام الدول إلى الاتفاقية إذ لم يكن له دور كبير في تطبيقها بسبب قلّة عدد الدول المنضمة إليها خصوصا عند بدء سريانها ، ممّا أدى إلى التضييق من حالات تطبيق الاتفاقية. [991]

2- الحالة الثانية: اختصاص اتفاقية أوتاوا بمُوجب قواعد الإسناد : لقد أخذت الاتفاقية بشرط آخر ورد في الفقرة الأولى(ب) من المادة الثالثة، والذّي يطبق في حالة عدم تحقق شرط انضمام دول مقر مؤسسة كل من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي والمورد إلى الاتفاقية، ويتمثل هذا الشرط في أن يكون كلّ من عقد التوريد وعقد الاعتماد الايجاري خاضعان لقانون دولة منضمة إلى الاتفاقية[992]، **سواء بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي** أي أن القاضي الذي يعرض أمامه النّزاع سيطبق قواعد الإسناد(قواعد القانون الدولي الخاص) في قانونه، فتحيله إلى القانون واجب التطبيق على كل من عقد التوريد وعقد

---

[989]- جاء في المادة العاشرة من اتفاقية أوتاوا ما يلي:

« Les obligations du fournisseur qui résultent du contrat de fourniture peuvent également être invoquées par le crédit-preneur, comme s'il était lui-même partie à ce contrat et comme si le matériel devait lui être livré directement….. »

[990] - MARTINEZ -BELLET Laurence, op.cit. p. 28.

[991] -BERAUDO Jean-Paul , «Le nouveau droit du crédit-bail international et de l'affacturage international (1 mai 1995)» , *J.C.P.*, nº. 17, 1995 p. 185 et s.

[992]- هذا الحل معمول به في الاتفاقيات الحديثة وبالأخص اتفاقية فيينا لسنة 1988 المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق.

الاعتماد الايجاري وهو قانون دولة أو دول منضمة إلى الاتفاقية[993]، أو على أساس اختيار أطراف عقد التوريد وأطراف عقد الاعتماد الايجاري لقانون دولة أو دول منضمة إلى الاتفاقية.[994] ومادام القانون واجب التطبيق هو قانون دولة منضمة إلى الاتفاقية فان القاضي سيطبق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي اتفاقية أوتاوا[995] على أساس أن مجرد الانضمام من طرف دولة إليها، سيجعل من قواعدها قواعد واجبة التطبيق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي مثلها مثل القواعد الداخلية.

إن هذه الحالة تقتضي إذا أن يكون مقر مؤسسة المؤجر التمويلي ومقر مؤسسة المستأجر التمويلي، متواجدان في دولتين مختلفتين- حتى يتحقق الطابع الدولي للعقد- وهذه القاعدة هي **قاعدة موضوعية**، وكذا يجب أن يكون كل من عقد الاعتماد الايجاري وعقد التوريد خاضعان - بموجب قاعدة إسناد- لقانون دولة أو دول انضمت إلى الاتفاقية وهذه القاعدة هي **قاعدة تنازع**، لذلك يجب التنسيق بين القاعدة الموضوعية وقاعدة التنازع، ممّا يثير إشكالية التسلسل الزمني لتطبيقهما، فما هي القاعدة التي ستطبق أولا: القاعدة الموضوعية أم قاعدة الإسناد.[996]ولقد أجاب الأستاذ Laurence Martinez Bellet عن هذه الإشكالية، إذ يرى بأن الهدف الذي أراد تحقيقه واضعو الاتفاقية هو الوصول إلى توحيد القواعد الموضوعية للعقد، لذلك كان من البديهي أن تطبّق القاعدة الموضوعية ثم يليها

[993]- قد يكون عقد التوريد خاضع لقانون دولة منضمة للاتفاقية وعقد الاعتماد الايجاري خاضع لقانون دولة أخرى منضمة هي أيضا للاتفاقية، كما قد يكون كل من عقد التوريد وعقد الاعتماد الايجاري خاضع لقانون دولة واحدة وهي منضمة للاتفاقية.

[994]- وهذا على أساس حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، فيكون القانون المختار سواء في عقد التوريد أو في عقد الاعتماد الايجاري هو قانون دولة أو دول منضمة إلى الاتفاقية.

[995]- ما دام العقد دولي بتحقق شرط اختلاف دول مقر إقامة مؤسسة كل من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي، ثم أحالت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى قانون دولة صادقت على الاتفاقية، فان القاضي لا يمكنه أن يطبق القانون الداخلي لهذه الدولة لأن هذا الأخير يطبق فقط في حالة العقد الداخلي(الوطني)، أما إذا كان العقد دولي فان اتفاقية أوتاوا أولى بالتطبيق.

[996] - MARTINEZ BELLET Laurence, op.cit. p. 30.

تطبيق قاعدة الإسناد[997]، كما ذهب الأستاذ Beraudo [998] إلى أن تطبيق قاعدة الإسناد بداية سيؤدي إلى خطر مضاعف.[999]

إن اكتفاء الاتفاقية بالحالة الأولى فقط لتحديد نطاق تطبيقها كان سيضيّق كثيرا من هذا النطاق، لأنّها تشترط انضمام دول مقر مؤسسة أطراف العقد إلى الاتفاقية إلا أن الحالة الثانية جاءت خصيصا للتوسيع من نطاق التطبيق، لأنّها منحت الاختصاص لقواعد الاتفاقية عن طريق قواعد إسناد دولة القاضي المعروض أمامه النّزاع، ولو كانت هذه الدولة غير منضمة للاتفاقية، فالمهم في هذه الحالة أن تشير قواعد الإسناد إلى اختصاص قانون دولة أو دول منضمة للاتفاقية.

ان خضوع كل من عقد الاعتماد الايجاري وعقد التوريد لقانون دولة منضمة للاتفاقية، يثير إشكالية بالنسبة للدول التي تتشكل من وحدات إقليمية متعددة ومختلفة من حيث قوانينها كالولايات المتحدة الأمريكية مثلا، وهذه الحالة أوردتها اتفاقية أوتاوا حيث: ***" تستطيع أيّ دولة متعاقدة، تشتمل على وحدتين إقليميتين أو أكثر، ويطبّق فيها أنظمة قانونية مختلفة على الموضوعات المحكومة بهذه الاتفاقية، أن تعلن-في لحظة التوقيع، التصديق، القبول، الإقرار أو الانضمام-تطبيق الاتفاقية على جميع وحداتها الإقليمية أو فقط على وحدة أو عدّة وحدات من بينها، ويمكن تعديل هذا الإعلان في أيّ وقت بإعلان جديد."*** [1000]

997 - MARTINEZ - BELLET Laurence, op.cit. p.29, 30.

998 - BERAUDO Jean-Paul, « Droit uniforme et règles de conflit de lois dans les conventions internationales récentes », *J C P*, nº14, 1992, p. 59.

999- قد يؤدي -حسب الأستاذ -إما إلى تطبيق الاتفاقية في حالات تكون غير مختصة بالتطبيق بسب عدم تحقق شروط تطبيقها، كما قد يؤدي إلى استبعاد تطبيقها في حالات تكون هي الواجبة التطبيق بسبب تحقق شروط تطبيقها.

1000- لقد عالجت اتفاقية أوتاوا هذا الإشكال في نصّ المادة الثامنة عشرة فقرة 1.

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية لتطبيق اتفاقية أوتاوا حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول

إن توفر شروط تطبيق الاتفاقية من حيث الزمان والمكان لا يعني تطبيقها مباشرة، بل هناك جوانب أخرى يجب مراعاتها والتأكد من تحققها وهي تشكل نطاق التطبيق الموضوعي للاتفاقية والتي سندرسها فيما يلي:

أولا-استثناء بعض العقود من نطاق تطبيق اتفاقية أوتاوا: هناك عدة عقود لا تخضع لأحكام اتفاقية أوتاوا، وسنحاول فيما يلي اظهارها:

1-استثناء العقود التي ليس لها طابعا ثلاثيا من نطاق تطبيق الاتفاقية: لقد نصّت الاتفاقية على أنّها تطبق على عملية التأجير التمويلي الموصوفة في الفقرة الثانية:

" يقوم طرف هو (المؤجر التمويلي): أ-بإبرام -وفقا لتوجيهات طرف آخر هو (المستأجر التمويلي) -، عقد هو (عقد التوريد) مع طرف ثالث هو (المورد)" [1001].

كما أشارت إلى هذه الخاصية ديباجة الاتفاقية والتي جاء فيها: *" **بأن** القواعد القانونية المطبقة عادة على العقد تحتاج إلى مواءمتها مع العلاقات الثلاثية التي تنشأ عن عمليات الاعتماد الايجاري"* [1002]، وبمفهوم المخالفة لما ورد فيها فان الاتفاقية لا تُطبّق إذا كان العقد

[1001] - وهذا في المادة الأولى من اتفاقية أوتاوا.

« La présente convention régit l'opération de crédit-bail décrite au paragraphe 2, dans laquelle une partie(le crédit-bail leur) : a) conclut sur l'indication d'autre partie(le crédit-preneur), un contrat le contrat de fournisseur) avec une troisième partie(le fournisseur)….. . »

[1002]- جاءت الديباجة كما يلي:

« ... Les règles juridiques régissant habituellement le contrat de bail méritent d'être adaptées aux relations triangulaires caractéristiques qui naissent des opérations de crédit-bail.

لا يتضمّن ثلاثة أطراف. [1003] لذلك يتضح أن الاتفاقية جعلت من الطابع الثلاثي للعقد من أهم خصائصها، لذلك ذهب البعض الى القول بأن تنظيم العلاقات الثلاثية التي يتضمنها الاعتماد الايجاري الدولي مؤجر تمويلي-مستأجر تمويلي-مورد، هو أساس أو لب اتفاقية أوتاوا.[1004]

إن مجموعة العقود المشكلة من عقد التوريد وعقد الاعتماد الايجاري تمنح لأحد أطرافها دورا مزدوجا، وهو مموّل العملية فهو من جهة مشتري في عقد البيع (وهو عقد التوريد من جهة المورد)، وهو مؤجر تمويلي في عقد الاعتماد الايجاري،[1005] لذلك يتضح الطابع الثلاثي للعقد حيث يقول الأستاذ BEY في هذا الشأن:

« Si nous exprimons cette opération en termes de géométrie, nous constatons que le point de convergence des deux rapports de droit fondamentaux et assurément le Crédit-bailleur qui, de bien baillé, est d'une part, l'acheteur, d'autre part, le locateur ».[1006]

لذلك يخرج من نطاق تطبيق الاتفاقية كلّ عقد اعتماد إيجاري لا يكون ثلاثي الأطراف[1007] على غرار عقد الاعتماد الايجاري اللاّحق lease-back، والذي يعرف في فرنسا باسم Le bail adossé أو cession bail[1008]، ويتمثل هذا العقد في كون المستأجر التمويلي هو

[1003] - BOST Emmanuelle, op. cit. p. 21.

[1004] - MARTINEZ -BELLET Laurence, op.cit. p .35.

[1005]- فهو طرف في عقد التوريد وهو أيضا طرف في عقد الاعتماد الايجاري.

[1006] - MARTINEZ -BELLET Laurence, op.cit. p. 15.

[1007]- أشرف وفا محمد، " الإيجار التمويلي في القانون الدولي الخاص"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد السادس والخمسون، لسنة 2000، ص 119 وما بعدها.

[1008]- لقد تطرقنا إلى هذه المسألة خلال دراستنا لخصائص عقد الاعتماد الايجاري الدولي، حينما بيّنا الطابع الثلاثي لهذا العقد.

نفسه بائع المعدات لشركة الاعتماد الايجاري، إذ يقوم مالك معدات ببيعها لشركة اعتماد إيجاري ثم يقوم باستئجار نفس هذه المعدات بموجب عقد اعتماد إيجاري[1009].

2-خضوع العقد لأحكام الاتفاقية سواء تضمّن الخيارات الثلاثة المتاحة للمستأجر التمويلي أو لم يتضمّنها: تختلف الأنظمة القانونية في مسألة منح المستأجر التمويلي الخيارات الثلاثة[1010] عند انقضاء العقد، إذ بالرغم من منح الاتفاقية للمستأجر التمويلي هذه الخيارات الثلاثة، وهذا في الفقرة الثانية من المادة التاسعة[1011]، إلا أنّها أخذت بعين الاعتبار تلك الأنظمة القانونية التي لا تمنح هذه الخيارات، ونتيجة لذلك تطبق الاتفاقية على كل عقد اعتماد إيجاري دولي، سواء كان المستأجر التمويلي يتمتع بهذه الخيارات أم لا، وهذا- حسب رأينا- يهدف إلى التوسيع من نطاق تطبيق الاتفاقية.

3-استثناء العقود المتعلّقة بالعقار عن نطاق تطبيق الاتفاقية: إن محل عقد الاعتماد الايجاري الدولي حسب ما جاء في الاتفاقية هو: التجهيزات والمعدات الإنتاجية وأدوات العمل[1012] كما كانت الفقرة الرابعة من المادة الأولى من الاتفاقية صريحة لأنّها قصدت المنقولات دون العقارات[1013]، لذلك فان كل عقد كان محلّه عقار فهو يخرج عن نطاق تطبيق

[1009]- تلجأ المؤسسات إلى هذه الطريقة لتغطية حاجتها إلى السيولة عن طريق بيع معداتها ثم استئجارها مرة أخرى، وتكون بذلك تحصلت على الأموال من جهة، واستأجرت المعدات التي لا يمكنها الاستغناء عنها، لكن هذه المرة على سبيل الإيجار، فهي لم تعد ملكا لها.

[1010]- يتمتع المستأجر التمويلي في بعض الأنظمة القانونية على غرار الجزائر، بثلاثة خيارات عند انقضاء العقد، بينما لا يتمتع بهذه الخيارات في أنظمة أخرى مثل الو م أ.

[1011]- جاء في الفقرة الثانية من المادة التاسعة ما يلي: *" عند انقضاء عقد الاعتماد الايجاري، يجب على المستأجر التمويلي رد الأصول إلى المؤجر التمويلي وهي في الحالة الواردة في الفقرة الأولى، إلا إذا كان يرغب في شراءها أو تجديد العقد."*

[1012]- المادة الأولى فقرة واحد (أ)، من اتفاقية اوتاوا، المرجع السابق.

[1013] - MARTINEZ -BELLET Laurence, op.cit. p. 22.

الاتفاقية[1014]، وترى الأستاذة BOST أن الأسباب التي دفعت بواضعي الاتفاقية إلى استثناء تطبيق الاتفاقية على هذه العقود هما سببين:

الأول ذو **صبغة اقتصادية**، ويتمثل في قلّة إن لم نقل انعدام عقد الاعتماد الايجاري الوارد على عقار في العلاقات عبر الوطنية، أما الثاني: فهو ذو **صبغة قانونية** ويتمثل في الصعوبات التي كانت ستظهر لو تمّ توحيد القواعد المتعلقة بالعقار والمنقول في نفس الاتفاقية، لذلك فقد فضّل واضعو الاتفاقية البساطة على التعقيد الذي كان سيؤدي إلى فشل مشروعهم حول إعداد الاتفاقية.[1015]

كما تثور مسألة أخرى تتمثل في اندماج المنقول في عقار، أو ما يسمى بالعقار بالتخصيص فهل تخضع لأحكام الاتفاقية أم أنّها مثل العقارات تمّ استثناءها هي الأخرى؟، ويقصد بالعقار بالتخصيص: المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله،[1016] لقد نظمت الاتفاقية في المادة الرابعة الحالات التي يكون فيها محل العقد منقولات تم إدماجها في عقار، والتي جاء فيها: *" يستمر تطبيق أحكام هذه الاتفاقية على الاندماج الفعلي البسيط أو التثبيت للأدوات في عقار..... ".* [1017]

4-استثناء العقود التي يكون الغرض منها الاستعمال الشخصي أو العائلي: لقد استبعدت الاتفاقية من نطاق تطبيقها -وبصريح النّص -عقد الاعتماد الايجاري الدولي الوارد على الأدوات المستخدمة في الاستعمال الشخصي والعائلي أو المنزلي للمستأجر التمويلي، إذ

[1014]- فالعقد الذي يرد على عقار يخضع للقانون الأكثر ملائمة لحكمه وهو قانون موقعه، أنظر:
LAGARD Paul, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *R.C.D.I.P.*, nº 2, 1991, p. 311.

[1015] - BOST Emmanuelle, op. cit. p. 22.

[1016]- جاء في المادة 683 من التقنين المدني الجزائري ما يلي: *«كل شيء مستقر بحيّزه وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول، غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص".*

[1017]- أنظر: السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 510.

جاء في الاتفاقية أنّه:" ***تحكم هذه الاتفاقية عمليات التأجير التمويلي المنصبة على جميع الأدوات، فيما عدا تلك المستخدمة من جانب المستأجر التمويلي-بصفة رئيسية-في استعماله الشخصي، العائلي أو المنزلي."***[1018]

تعتبر اتفاقية أوتاوا رابع اتفاقية اعتمدت على معيار الاستعمال الرئيسي للتمييز بين المستهلك والمهني، بعد كل من اتفاقية فيينا حول عقد البيع الدولي للبضائع، واتفاقية بروكسل حول الاختصاص القضائي الدولي، واتفاقية روما حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.[1019]

الملاحظ هو أن الاتفاقية أخذت في المادة الأولى الفقرة الرابعة منها بمعيار التبعية critère de l'accessoire، لأنّها لم تُشر فقط إلى الأدوات التي تستخدم حصريا للاستعمال المهني، إنما أشارت إلى تلك التي أُعدّت أساسا لهذا الاستعمال، فالعبرة تكون باستعمال المال لحظة إبرام العقد[1020] لذلك فان الاتفاقية لم تستبعد هذه العقود بسبب طبيعة المُعدات، إنمّا بسبب الغاية التي أرادها المستأجر التمويلي وهي الاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي، وهذا عكس ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية والتي وصفت المستهلك بأنه الشخص الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه المهني.[1021] ويقع عبء إثبات استعمال المستأجر التمويلي للمُعدّات لأغراض غير مهنية، على عاتق الطرف الذي يريد استبعاد تطبيق الاتفاقية، وفي حالة عدم إثبات ذلك فان الاتفاقية هي التي ستطبق على العقد.[1022]

[1018]- وذلك في المادة الأولى الفقرة الرابعة من الاتفاقية.

[1019]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 508.

[1020]- ناصيف حسام الدين فتحي، التأجير التمويلي الدولي للمنقول..... ، المرجع السابق، ص 83، 84.

[1021] -Est qualifié de consommateur la personne qui contracte en dehors de sa spécialité professionnelle. Est ainsi constitutif d'un contrat de consommation, le contrat d'installation d'un système d'alarme conclue par un agent immobilier pour protéger son cabinet professionnelle, Civ. 1, 28 avril 1987, *J C P*, 1987.

[1022] -MARTINEZ-BELLET Laurence, *La convention d'Ottawa sur le crédit-bail international*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris 1- panthéon Sorbonne, Paris, 2000, p. 22.

أما عن الأسباب التي كانت وراء استبعاد عقد الاعتماد الايجاري الدولي الاستهلاكي عن نطاق تطبيق الاتفاقية، فهُما اثنان: **السبب الأول** هو انعدام الفائدة الاقتصادية في هذا العقد، أما **السبب الثاني** فيعود إلى حاجة الطرف الضعيف في هذه العقود وهو المستهلك إلى حماية قانونية خاصة.[1023]

5-مدى خضوع عقد التأجير التمويلي من الباطن والاستئجار التمويلي من الباطن لأحكام الاتفاقية؟: في حالة وجود عملية أو عدة عمليات تأجير تمويلي من الباطن، أو استئجار من الباطن يرد على نفس الأدوات، تطبق الاتفاقية كما لو كان الشخص الأول وهو المؤجر التمويلي الذي تملك الأدوات هو المورد، وكما لو كان العقد الذي بموجبه تم تملك الأدوات هو عقد توريد.[1024]

لقد وسّعت الاتفاقية من نطاق تطبيقها لتمتد إلى سلسلة العقود التي ترتبط بالعقد الأصلي والخاضع للاتفاقية[1025]، وهذه العقود قد تكون تأجير تمويلي من الباطن حينما بتم التنازل من جانب المؤجر التمويلي، وقد تكون استئجار تمويلي من الباطن حينما يتم التنازل من جانب المستأجر التمويلي، اذ بإمكان المؤجر التمويلي أن يقبل ضمانات بشأن الأصول المؤجرة، أو يتنازل عن كل أو بعض حقوقه عليها أو عن تلك التي يرتبها العقد، ومثل هذا التنازل لا يحرره من أيّ من التزاماته التي يفرضها عليه عقد التأجير التمويلي، ولا يترتب عنه مسخ هذا العقد ولا تعديل نظامه القانوني الناتج عن الاتفاقية الحالية.[1026]

[1023]- MARTINEZ -BELLET Laurence, op.cit. p. 22.

[1024]- نص المادة الثانية من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

[1025]- وهذا تأثرا بالقانون الأمريكي للاعتماد الايجاري الذي نظم أحكام تتعلق بعقد التأجير التمويلي من الباطن وعقد استئجار تمويلي من الباطن، أنظر في ذلك:

BOST Emmanuelle, op.cit. p 28.

[1026]- المادة 14 فقرة أولى من الاتفاقية.

كما يمكن أيضا للمستأجر التمويلي أن يتنازل عن حقّه في استعمال الأصول أو عن أي حق آخر يرتبه له العقد، شريطة أن يقبل المؤجر التمويلي هذا التنازل، وأن تحترم إضافة إلى ذلك حقوق الغير.[1027]

ان الدوافع التي أدت بواضعي اتفاقية أوتاوا الى اخضاع سلسلة العقود التي تبرم لقد لأحكام الاتفاقية، هو التعقيد الذي تتسم به العلاقات الدولية في هذا المجال، إذ أن انتقال الأموال بين دول مختلفة وما يصاحبها من حقوق مكتسبة للأفراد على تلك الأموال أدى الى ظهور مشكلة الاعتراف بهذه الحقوق،[1028] هذا عكس ما نجده في التشريعات الداخلية للدول ومثال ذلك القانون الفرنسي، كما نجد أن القضاء الفرنسي أيضا رفض صراحة تكييف عقود التأجير التمويلي من الباطن والاستئجار التمويلي من الباطن بأنّها عقود اعتماد ايجاري، كالحكم الصادر في 14 ماي 1985.[1029]

ونشير إلى أن هناك من الكتاب[1030] من انتقد ما جاء في المواد 2 و14، والتي تسمح بالتنازل سواء للمؤجر التمويلي أو للمستأجر التمويلي، واستندوا في ذلك إلى قيام عقد الاعتماد الايجاري الدولي على الاعتبار الشخصي، وبالتالي فهو من العقود غير القابلة للتنازل.[1031]

ثانيا-منح أطراف العقد إمكانية استبعاد أحكام الاتفاقية: بعدما بينا فيما سبق الشروط الموضوعية التي تحدد نطاق تطبيق الاتفاقية، إلا أن توفرها لا يعني بالضرورة

[1027]- المادة 14 فقرة 2 من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

[1028]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 512.

[1029] -BOST Emmanuelle, op.cit. p. 29.

[1030]- وهذا ما ذهب إليه كل من L. Aynès و M. E. André وRaynaud Contamine

[1031]- لقد سبق وان أبرزنا خلال دراستنا لخصائص العقد بأنه من العقود التي تقوم على الثقة والاعتبار الشخصي، فكل طرف في العقد هو محل اعتبار لدى الطرف الآخر، إذ تلعب الحالة المالية لأطراف العقد دورا هاما في إبرامه، وربما يزداد هذا الاعتبار الشخصي أهمية لكوننا أمام عقد دولي.

تطبيق أحكامها على كل العقود[1032]، والسبب يعود إلى منح الاتفاقية لأطراف العقد إمكانية أو رخصة لاستبعاد تطبيق أحكامها على عقدهم، ويكون هذا الاستبعاد إما كليا أو جزئيا.[1033]

1-إمكانية الاستبعاد الكُلّي لأحكام اتفاقية أوتاوا: وردت هذه الإمكانية في الفقرة الأولى من المادة الخامسة، بحيث منحت إمكانية استبعاد أحكام الاتفاقية عن التطبيق، لكن بشرط موافقة أطراف عقد الاعتماد الايجاري وأطراف عقد التوريد.[1034]

إن حالة هذه الحالة متعلقة باستبعاد جميع أحكام الاتفاقية (استبعادا كليا)، ولا تتحقق هذه الإمكانية إلا بموافقة طرفي عقد التوريد وهما المشتري والمورد، وطرفي عقد الاعتماد الايجاري وهما المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي وهذا يعني موافقة كل من المورد والمؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي، على استبعاد أحكام الاتفاقية.[1035]

الملاحظ في النص باللّغة الفرنسية هو استعمال عبارة consent أو ارتضاء، ممّا يعني حسب بعض الفقهاء عدم اشتراط الموافقة الكتابية أو الصريحة لأطراف العقد من أجل استبعاد الاتفاقية، أي أن الاتفاقية لم تشترط شكلية معيّنة للتعبير عن الموافقة على استبعادها،[1036]

[1032]- ولمرة أخرى يتأكد تأثر واضعي اتفاقية أوتاوا بالأحكام الواردة في اتفاقية فيينا حول عقد البيع الدولي للبضائع، التي منحت هي الأخرى لأطراف العقد إمكانية استبعاد أحكامها.

[1033]-تقول الأستاذة BOST Emmanuelle في هذا الشأن:

«Si libertés et souplesse sont maîtres-mots dans le droit de commerce international, et permettent ainsi de répondre aux intérêts et besoins des opérateurs du commerce international ».

[1034]- جاء في المادة الخامسة فقرة 1 ما يلي:

" لا يمكن استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية إلا إذا قبل ذلك كل واحد من الأطراف في عقد التأجير التمويلي، وكل واحد من الأطراف في عقد التوريد."

[1035] - BOST Emmanuelle, op. cit. p. 47, Voir aussi, GAVALDA Christian et CREMIEUX-ISRAEL Danièle, « Crédit-bail international et leasing en Europe », *Juris-Classeur*, 1-2011, pp. 1-24.

[1036]- ناصيف حسام الدين فتحي، التأجير التمويلي الدولي للمنقول.... ، المرجع السابق، ص 92.

بينما يرى البعض الآخر أنّه بالرغم من عدم وضع قيد للاستبعاد الضمني لأحكام الاتفاقية، إلا أن القضاة أو المحكمون سوف لن يتساهلوا في الاعتراف بالاستبعاد الضمني.[1037]

تعدّ حالة الاستبعاد الكلي لأحكام الاتفاقية صعبة بل ربما مستحيلة التحقيق لكونها تشترط موافقة ثلاثة أطراف، لأنّه من الأكيد أن يكون ولو طرف واحد له مصلحة للتمسك بتطبيق الاتفاقية، وبالتالي سيرفض الاستبعاد ممّا يؤدّي إلى عدم تحقق شرط الاستبعاد الكلي،[1038] لذلك ذهب البعض الى القول بأن اشتراط موافقة جميع الأطراف من أجل الاستبعاد الكلي، انما يهدف الى التقليل من حالات استبعادها كليا مما يؤدي الى توسيع تطبيق الاتفاقية دون الحاجة الى جعلها ملزمة التطبيق.[1039]

2-إمكانية الاستبعاد الجزئي لأحكام اتفاقية أوتاوا: وردت في الفقرة الثانية من المادة الخامسة، إذ أجازت الاستبعاد الجزئي لأحكامها ومخالفة **أو** تعديل أي أثر من أحكامها أيا كان هذا الحكم، ما عدا تلك الأحكام الجوهرية المرتبطة برعاية التوازن العقدي بين أطراف العملية،[1040] إن إمكانية الاستبعاد الجزئي لأحكام الاتفاقية لا تعني سوى طرفي العلاقة، فإذا استبعده أطراف عقد التوريد فلا يسر هذا الاستبعاد في مواجهة المستأجر التمويلي، أما إذا استبعده أطراف عقد الاعتماد الايجاري- بالمعنى الضيّق- فلا يسر في مواجهة المورد.[1041]

[1037]- وهو رأي الأستاذ .Bourdeaux G الذي ذهب إلى القول بأن الاستبعاد غير المصرح به في الوثيقة العقدية يتساوى تماما مع مسخ إرادة أطراف العقد، خصوصا في الحالات التي يكون فيها كل من عقد التوريد وعقد الاعتماد الايجاري مكتوبا.

[1038] BERAUDO Jean -Paul., op. cit. p. 187.

[1039]- MARTINEZ -BELLET Laurence, op.cit. p.12.

[1040]- جاءت الفقرة الثانية من الاتفاقية بالصيغة التالية:

" 2-عندما لا يستبعد تطبيق الاتفاقية وفقا للفقرة السابقة، يستطيع الأطراف في علاقاتهم التبادلية أن يخالفوا أي حكم من أحكامها، أو أن يُعدّلوا من آثاره ....."

[1041]-أنظر: ناصيف حسام الدين فتحي، التأجير التمويلي الدولي للمنقول.... ، المرجع السابق، ص 93، وأنظر أيضا:

GAVALDA Christian et CREMIEUX-ISRAEL Danièle, op.cit. pp. 1-24.

لقد كانت الاتفاقية واضحة في تحديد القواعد الآمرة التي لا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على استبعادها، وذكرتها على سبيل الحصر وهي: المادة الثامنة فقرة 3، المادة الثالثة عشر فقرة 3 ب، والمادة الثالثة عشر فقرة 4، وهي كلّها مواد متعلقة بالنظام العام.[1042]

- **الحالة الأولى** والتي وردت في المادة الثامنة فقرة 3 فهي تتعلق بعدم جواز مخالفة أحكام الاتفاقية وتعديل آثارها، بشكل يؤدي الى عدم مساءلة المؤجر التمويلي عن فعله وإهماله غير العمدي أو عن خطئه الجسيم.[1043]

- **الحالة الثانية** والتي وردت في المادة الثالثة عشر فقرة 3 ب، فهي تتعلق بالتعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)، والذي يعتبر صحيحا بين الأطراف لكن بشرط ألا يؤدي إلى تعويض مبالغ فيه.[1044]

[1042]- ذُكرت هذه الحالات على سبيل الحصر في المادة الخامسة فقرة 2، أنظر: ناصيف حسام الدين فتحي، التأجير التمويلي الدولي للمنقول...، المرجع السابق، ص 93و94، وأنظر أيضا:
MARTINEZ -BELLET Laurence, op.cit. p. 12.

[1043]- جاء في المادة الثامنة فقرة 2 و3 ما يلي:
" -يضمن المؤجر عدم التعرض للحيازة الهادئة للمستأجر ممن يكون له ملكية أو حق سابق (superior) أو ممن يدعي بملكية أو حق سابق وتصرف بمقتضى تخويل من المحكمة متى كانت تلك الملكية، أو الحق أو الادعاء غير ناشئة عن تصرف أو إهمال من المستأجر.
- ليس للأطراف استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لأحكام الفقرة السابقة بقدر ما تكون الملكية أو الحق أو الادعاء ناشئة عن تصرف عمدي يتسم بالتهاون والإهمال بصورة فادحة من قبل المستأجر."

[1044]- جاء في المادة 13 ما يلي:
" في حالة تخلف المستأجر عن الوفاء، فان للمؤجر أن يستعيد الأجرة المتراكمة وغير المدفوعة مع الفائدة والتعويض.
- حينما يكون تخلف المستأجر عن الوفاء جوهريا، فعندها وعلى وفق الفقرة (5) للمؤجر أن يطلب الدفع المعجل لقيمة الأجرة الآجلة، متى كان عقد التأجير ينص على ذلك، أو أن للمؤجر أن ينهي عقد التأجير وبعد ذلك الإنهاء له:
أ- أن يستعيد حيازة المعدات، و .....
ب- أن يستعيد التعويض عن الأضرار كما لو حاز المؤجر مركز المستأجر المنفذ لعقد التأجير طبقا لشروطه... ."

الحالة الثالثة والتي ذكرتها المادة 13 فقرة 4 فهي تتعلق بمنع المؤجر التمويلي من الاستفادة من شرط في العقد يمنحه الدفع المعجل لقيمة الإيجارات المستحقة، إذا كان هو السبب في فسخ عقد الاعتماد الايجاري. [1045]

الملاحظ هو أن الحالات الثلاثة تنصب كلّها في إطار منع المؤجر التمويلي من إدراج بعض الشروط المجحفة في العقد في مواجهة المستأجر التمويلي[1046]، أي أن منع استبعاد تطبيق الاتفاقية في الحلات الثلاثة انما جاء لحماية المستأجر التمويلي، وهذا ما يفسّر جعل الاتفاقية للنصوص المنظمة لهذه الحالات قواعد آمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها أو تعديلها.[1047] فجميع الأحكام الواردة في الاتفاقية يجوز استبعادها أو تعديلها إلا هذه الحالات الثلاثة، وهذا ما يعد تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة الذي منح للأطراف حرية -إذا كان من مصلحتهم-استبعاد القانون الموضوعي الوارد في الاتفاقية، واستبداله بقواعد أخرى أو بنظام قانوني آخر يكون حسبهم أكثر ملائمة لعقدهم،[1048] الا أن الهدف الاساسي الذّي جاءت لتحقيقه اتفاقية أوتاوا وهو اعادة التوازن بين أطراف العقد، جعل من حرية الاطراف مقيّدة في مسألة استبعاد بعض البنود ضمانا لهذا التوازن المنشود في الاتفاقية.[1049]

نشير في الأخير إلى أنه في حالة الاستبعاد الكلي لأحكام الاتفاقية فانه لا يتقيّد الأطراف بالحالات الثلاثة السابق ذكرها، لأن الاستبعاد سيمسّ كل الاتفاقية بدون استثناء، بينما في حالة الاستبعاد الجزئي فهم مُقيّدون بعدم جواز استبعاد الحلات الثلاثة.

[1045]- جاء في المادة 13 فقرة 4 ما يلي:

" حينما ينهي المؤجر عقد التأجير، فلا يكون مخولا بتنفيذ الشرط المنصوص عليه في ذلك العقد والمتضمن الدفع المعجل للأجرة الآجلة، ولكن قيمة تلك الأجرة يمكن أن تؤخذ في الحسبان عند احتساب التعويض على وفق الفقرات (2-ب) و(3)، وليس للأطراف استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لأحكام الفقرة الحالية-. "

[1046]-GAVALDA Christian, Crédit-bail, *Rép. Internat. Dalloz*., Paris, 1998, p.3.

[1047]- ناصيف حسام الدين فتحي، التأجير التمويلي الدولي للمنقول...، المرجع السابق، ص 94.

[1048]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 516.

[1049] - MARTINEZ -BELLET Laurence, op.cit. p.12.

المبحث الثاني

حقوق والتزامات أطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي:

اتفاقية أوتاوا: محاولة لإعادة التوازن بين أطراف العقد؟

بعدما بيّنا العوامل التي دفعت إلى توحيد القواعد الموضوعية التي تحكم عقد الاعتماد الايجاري الدولي، ثم أبرزنا نطاق تطبيق هذه الاتفاقية من حيث الزمان والمكان، ثم الشروط الموضوعية التي يجب أن تتوفر لتطبيق أحكامها، فإننا خصصنا هذا المبحث لإبراز العلاقات الموجودة في هذا العقد، بداية بعقد البيع الذي يُبرم أولا بين المؤجر التمويلي والمورد مع تدخّل المستأجر التمويلي، لذلك سنبحث عن العلاقة التي تجمع بين كل من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي بالمورد(المطلب الأول)، ثم تأتي العلاقة بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي والتي تُعتبر جوهر عقد الاعتماد الايجاري(المطلب الثاني).

المطلب الأول

علاقة كلّ من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي بالمورد

سنحاول من خلال هذا المطلب أن نلقي نظرة عل أطراف عقد التوريد حتى نتأكد من صفة المستأجر التمويلي هل هو طرف في هذا العقد أم لا؟ (الفرع الأول)، وإذا لم يكن طرفا فبأيّ صفة يتدخل في العقد؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المستأجر التمويلي طرف في عقد التوريد أم أنّه من الغير؟

إن إبرام عقد الاعتماد الايجاري يقتضي تملُك المؤجر التمويلي للأصول التي سيؤجرها للمستأجر التمويلي وهذا بموجب عقد البيع[1050]، وهنا تجتمع مصلحة المؤجر التمويلي والتي تتمثل في تمويل الأصول مقابل ما يتحصل عليه من أموال باعتباره صاحب الملكية بعد الشراء(فهو المالك القانوني للأصول)، ومصلحة المستأجر التمويلي الذي يحتاج إلى الأصول الإنتاجية وهو من سيستعملها، وبالتالي هو الأكثر دراية بالجانب التقني لهذه الأصول(وهو المالك الاقتصادي للأصول)، ولهذه الاعتبارات جاءت اتفاقية أوتاوا التي أخذت بعين الاعتبار الترابط بين عقد التوريد وعقد الاعتماد الايجاري اللّذان يشكلان معا عملية الاعتماد الايجاري، ولعل العبارة الأنسب للتعبير على هذه العلاقة هي تلك التي استعملها الأستاذ M. Bey: التعايش والتكافل بين عقدين هما أساس العملية:

[1050]- عرّفت المادة 351 من القانون المدني الجزائري عقد البيع بأنه:
" عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"، فبالرغم من كون عقد التوريد عبارة عن صورة موسعة لعقد البيع إلا أن عقد التوريد يتضمن عقد البيع بل عقد بيع أشياء مستقبلة منتجة أو ستنتج."

[1051]« **La symbiose** des deux contrats de base de l'opération»

أولا-تقاسُم المهام بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي في عقد البيع: يتجلى ذلك من خلال عدم تدخل المؤجر التمويلي في الجانب التقني للأصول التي سيشتريها، باقتصار دوره في التمويل فقط، وترك كل الجوانب التقنية للمستأجر التمويلي.

أ-تدخّل المؤجر التمويلي يقتصر على الجانب التمويلي في عقد البيع: الأصل في العقود هو حرية التعاقد أي أن الشخص حر في التعاقد أو عدم التعاقد، وإذا اختار التعاقد فهو حر في اختيار مع من سيتعاقد وحر أيضا في اختيار حول ماذا سيتعاقد. [1052]

لقد جاءت اتفاقية أوتاوا لتحدد دور المؤجر التمويلي في عملية الاعتماد الايجاري وهو تمويل المستأجر التمويلي بالأصول الإنتاجية، إذ بّينت الاتفاقية أهم خاصية يتميّز بها عقد الاعتماد الايجاري الدولي وهي التمويل، بحيث يقوم المؤجر التمويلي بإبرام عقد التوريد بطلب من المستأجر التمويلي وبالمواصفات التي يحددها هو[1053]، بالرغم من أن هذا الأخير هو المشتري وليس المستأجر التمويلي، لذلك فان المؤجر التمويلي لا يتدخل تماما في اختيار الأصول ولا حتى اختيار المورد الذي سيتعاقد هو معه، فدوره تمويلي بحت يقتصر على مجرد دفع ثمن

[1051] - BOST Emmanuelle, op.cit. p. 68.

[1052]- جاء في المادة 59 من التقنين المدني الجزائري ما يلي:

" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية."

[1053]- جاء في المادة الأولى الفقرة 1 a من اتفاقية أوتاوا ما يلي:

" بناءا على مواصفات يقدمها الطرف الآخر (المستأجر)، بإبرام عقد (عقد بيع) مع طرف ثالث (البائع) يتملك المؤجر بمقتضاه آلات، بضائع رأسمالية، أو معدات أخرى (المعدات) وبناء على شروط تتم الموافقة عليها من المستأجر متى ما اقتضت مصالحه ذلك."

الأصول للمورد،[1054] ممّا دفع بالبعض إلى القول أن إرادة المؤجر التمويلي إرادة تابعة و مشروطة[1055]، ويتجسد ذلك عمليا من جانبين:

الأول: وهو تعاقد المؤجر التمويلي مع مورد لم يكن من اختياره هو بل من اختيار المستأجر التمويلي.

الثاني: شراء المؤجر التمويلي لأصول لم يقم هو باختيارها، كل هذه الأحكام لا نجدها في القواعد العامة التي تحكم عقد الإيجار، إذ أن إرادة المؤجر في عقد الإيجار أوسع من إرادة المؤجر التمويلي في الاعتماد الايجاري، ممّا جعل من الاعتماد الايجاري يخرج عن القواعد العامة بشكل غير مسبوق.[1056]

ب- تولّي المستأجر التمويلي الجانب التّقني لعقد البيع: أكدت الاتفاقية على قيام المستأجر التمويلي باختيار الأصول والمورد، دون الاعتماد بشكل حاسم على مهارة وتقدير المؤجر التمويلي[1057]، فالمستأجر التمويلي بإمكانه بل يمكن القول أنه من مصلحته استشارة المؤجر التمويلي في الجانب التقني للأصول التي سيختارها، خاصة إذا كان لهذا الأخير تجربة طويلة في ممارسة نشاط الاعتماد الايجاري، إلا أن المادة الأولى فقرة 2 a استعملت عبارة

[1054]- قاسم علي سيد، المرجع السابق، ص 53.

[1055]- استعملت الأستاذة BOST Emmanuelleعبارة للدلالة على إرادة المؤجر التمويلي بقولها:
«Conditionnement Technique de la volonté du crédit bailleur»

[1056] - BOST Emmanuelle، op. cit. p. 72.

[1057]- جاء في المادة الأولى الفقرة 2 a من اتفاقية أوتاوا ما يلي:
" أن يحدد المستأجر مواصفات المعدات ويختار البائع (المجهّز) دون الاعتماد على مهارة وتقدير المؤجر أساسا."

D'une façon déterminante[1058]، لتمنح نوعا من المرونة و لتترك مجالا للمستأجر التمويلي لاستشارة المؤجر التمويلي لإبداء رأيه ولكن بشكل غير حاسم أو غير قاطع.[1059]

يقوم المؤجر التمويلي بالتنازل عن كل صلاحياته في الشراء إلى المستأجر التمويلي الذي يحل محله، إلا أنه من الناحية القانونية يبقى المؤجر التمويلي طرفا في عقد التوريد، في حين أن العلاقة بين المستأجر التمويلي والمورد هي علاقة واقعية وليست قانونية،[1060] إذ يقوم المستأجر التمويلي بربط الاتصال بالمورد الذي يختاره ويقوم بعد ذلك باختيار الأصول بالمواصفات التي يريدها، ويتفاوض على ثمنها وطريقة تسليمها وكأنّه هو الذي سيشتريها من المورد وليس المؤجر التمويلي، لذلك ظهرت الحاجة إلى إيجاد العلاقة بين المستأجر التمويلي والمورد وهي العلاقة التي أوجدها الخيال الذي ينعش التصور القانوني للاعتماد الايجاري [1061].

ثانيا- تدخُّل المستأجر التمويلي في عقد التوريد مطلق أم مُقيّد؟ : إن الارتباط بين الالتزامات التي تترتب عن الاعتماد الايجاري الدولي أمرا واقعا، فمن جهة بسبب وحدة المحل إذ أن محل عقد التوريد هو الأصول الإنتاجية وهي نفسها محل عقد الاعتماد الايجاري، ومن جهة ثانية نجد المؤجر التمويلي طرف في عقد التوريد و طرف في عقد الاعتماد الايجاري،[1062]

[1058]- « Le crédit-preneur choisit le matériel et le fournisseur sans faire appel d'une façon **déterminante** à la compétence de crédit bailleur ».

[1059]- لا يعتبر المستأجر التمويلي ملزما باستشارة المؤجر التمويلي وليس ملزم بالأخذ برأيه في حال استشارته.

[1060]- نسير رفيق، دراسة نقدية للنظام القانوني لعملية الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-، 2004-2005، ص56.

[1061]- ولقد عبّر عن ذلك الأستاذ.Lorvellec حينما قال :

« On oublie peut-être trop, par attachement à la pure construction juridique, qu'au départ l'opération naît de la volonté d'une Enterprise d'obtenir une machine. Le rapport de base, en fait, sinon en droit, unit le fabricant à l'utilisateur. L'exigence des établissements crédit d'obtenir cette « super-sûreté » qu'est le droit de propriété sur le matériel bouleverse complètement le rapport simple au point de lui enlever toute consistance juridique ».

[1062]- يقول الأستاذ BEY في هذه المسألة:

وحتى نؤكد هذا الترابط نكتفي بالقول بأن إخلال المورد بالتزاماته في عقد التوريد سيؤدي منطقيا إلى إخلال المؤجر التمويلي بالتزاماته في عقد الاعتماد الايجاري، لذلك ظهر مصطلح **اضغام contraction** عقد البيع بالإيجار، الذي استعمله القضاء الفرنسي في أحد أحكامه،[1063] كما استعمله الأستاذ GOYET Charles كثيرا، وهو مصطلح يُعبّر عن الارتباط بين العقدين، ولقد أخذت اتفاقية أوتاوا بعين الاعتبار هذه المسألة لذلك نظّمت العلاقة بين أطراف عقد التوريد،[1064] وسنبيّن فيما يلي أحكاما وردت في الاتفاقية تهدف لحماية حقوق المستأجر التمويلي من جهة وتقييد حرية تدخلّه في عقد التوريد من جهة أخرى:

1-عدم جواز مساس المؤجر التمويلي بحقوق المستأجر التمويلي النّاتجة عن عقد البيع: لقد منحت الاتفاقية حقا للمستأجر التمويلي في عقد البيع وذلك بإلزام المؤجر التمويلي بعدم المساس بحقوق المستأجر التمويلي الناتجة عن عقد البيع، إذ لا يستطيع تعديل تلك الحقوق بتعديل شرط من شروط العقد التي تفاوض عليها المستأجر التمويلي، إلا إذا وافق المستأجر التمويلي على ذلك، وفي حالة عدم أخذ موافقته فلا يسر الاتفاق في حقه.[1065]

فالملاحظ إذا أن المادة 11 من اتفاقية أوتاوا منحت سلطة واسعة للمستأجر التمويلي إلى درجة تشبيهه بالمشتري، هذا بمنع المؤجر التمويلي من تعديل بنود عقد التوريد لكون المستأجر التمويلي هو الذي تفاوض عليها وليس المؤجر التمويلي.

« Si nous exprimons cette opération en terme de géométrie nous constatons que le point de convergence des deux rapports de droits fondamentaux est assurément le crédit- bailleur qui, du bien baillé, est d'une part, l'acheteur, d'autre part, le locateur ».

[1063] - Tribunal de commerce de Vervins, 18 avril 1967, *J.C.P.* 1967, II, 15291, note GOYET Charles

[1064]- وذلك بموجب المواد 10 و11 من الاتفاقية.

[1065]- نصّت المادة 11 من الاتفاقية على:

" لا يمكن بموجب هذه الاتفاقية المساس بحقوق المستأجر التمويلي التي اكتسبها بموجب عقد التوريد، عن طريق تعديل أي من شروطه التي تفاوض عليها المستأجر التمويلي، إلا إذا وافق هو على هذا التعديل."

2-تقييد سلطة المستأجر التمويلي بعدم منحه إمكانية فسخ أو إبطال عقد البيع بدون موافقة المؤجر التمويلي: لقد وضعت الفقرة الثانية من المادة 10 قيد على المستأجر التمويلي وذلك بعدم منحه إمكانية المطالبة بفسخ[1066] عقد التوريد أو إبطاله،[1067] إلاّ إذا وافق المؤجر التمويلي -المشتري-على الإبطال أو الفسخ.[1068]

إن الحكم الوارد في الفقرة الثانية يؤكد أن المستأجر التمويلي ليس طرفا في عقد التوريد، لذلك عليه-إذا أراد الفسخ أو الإلغاء-أن يأخذ موافقة الطرف الأصلي في هذا العقد وهو المؤجر التمويلي،[1069] إذ يقول الأستاذ Diébolt في شأن رفض فسخ المستأجر التمويلي لعقد التوريد:

« Refuser l'action en résolution au preneur ferait la part trop belle du bailleur et se présenterait, en effet, comme une « aubaine » pour le vendeur ». [1070]

ولعل مبرر الأخذ بهذا الاستثناء هو حماية مصلحة المؤجر التمويلي اذ أن فسخ عقد البيع سيؤدي الى استرداد البائع للأصول، وبالتالي تحلل المستأجر التمويلي من عقد الاعتماد الايجاري،[1071] لذلك وضعت اتفاقية أوتاوا قيد لفسخ عقد البيع من طرف المستأجر

[1066]- فسخ عقد التوريد يكون في حالة إخلال المورد بالتزاماته.

[1067]- قد يطلب المستأجر التمويلي إبطال عقد التوريد في حالة وجود عيب لحق رضا أطرافه، أنظر:
MARTINEZ -BELLET Laurence, op.cit. p 195.

[1068]- جاء في المادة العاشرة فقرة 2 ما يلي:
" إن هذه المادة لا تمنح للمستأجر التمويلي الحق في فسخ أو إبطال عقد التوريد بدون موافقة المؤجر التمويلي"، وللمزيد من التفاصيل حول الآثار المترتبة عن فسخ العقد أنظر:
اليمني محمد بن عبد العزيز بن سعد، الأثر الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الدراسات الإسلامية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 2005.

[1069] - GOYET Charles, op. cit., p. 62.

[1070] DIEBOLT (R), « Le crédit- bail, protection efficace contre l'action en résolution de la vente (une aubaine pour les vendeurs de biens d'équipements) », *Revue de jurisprudence commerciale, journal des agréés*, 1972,71. (Nº 105 note 4).

[1071]- ناصيف حسام الدين فتحي، التأجير التمويلي الدولي للمنقول...، المرجع السابق، ص 126.

التمويلي وهو موافقة المؤجر التمويلي على ذلك، وهذا ما نعتبره إعادة للتوازن بين طرفي العقد وهما المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي.

نشير في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم يتطرق بشكل صريح على عكس ما قامت به مختلف التشريعات[1072] الى وجود عقد البيع في عملية الاعتماد الايجاري، إذ أن المطّلع على الأمر رقم 96-09 يتعلق بالاعتماد الايجاري، سيلاحظ عدم ذكر عقد البيع بين المؤجر التمويلي والبائع، ماعدا وجود بعض الإشارات إلى سبق شراء الأصول، جاءت كما يلي: **الإشارة الأولى** جاءت في المادة 8 حينما عرّف المشرع عقد الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة، فجاء فيها: ***" ... أصولا ثابتة مهنية اشتراها أو بُنيت لحسابه....."***.

الإشارة الثانية في المادة 14 التي نصت على: "***يتضمّن مبلغ الإيجارات التي يجب أن يدفعها المستأجر للمؤجر التمويلي: -سعر شراء الأصل مقسّما إلى مستحقات .... ."***.[1073] .

وباعتبار أن أمر رقم 96-09 لم يذكر عقد البيع فتبعا لذلك لم ينظم العلاقة بين المستأجر التمويلي والبائع، بل أكثر من ذلك العلاقة بين المؤجر التمويلي والبائع، ونقترح في هذا المجال أن يؤخذ بعين الاعتبار عقد التوريد في هذا الأمر حتى تنظّم جميع العلاقات التي تتضمنها عملية الاعتماد الايجاري.

نخلص في الأخير إلى أن المستأجر التمويلي ليس طرفا في عقد التوريد، لكن توجد علاقة فرضتها الضرورة العملية بينه وبين المورد وهي علاقة فعلية، لكن التساؤل الذي يبقى هو بأيّ صفة يتدخل في عقد التوريد ما دام ليس طرفا فيه؟

[1072]- على غرار ما ذهب إليه المشرع الفرنسي والبلجيكي والتونسي والمغربي والمصري، بل أن المشرع المصري بيّن العلاقة الموجودة بين البائع والمستأجر التمويلي، ومنح لهذا الأخير الحق في الرجوع على المورد بجميع الدعاوى التي تنشأ للمؤجر.

[1073]- حمزي إبراهيم، المرجع السابق، ص 33.

الفرع الثاني

أساس تدخّل المستأجر التمويلي في عقد البيع؟

بعدما توصلنا إلى أن المستأجر التمويلي لا يُعتبر طرفا في عقد البيع ورغم ذلك فهو الذي يتولى الجانب التقني لهذا العقد، فان التساؤل الذي يُطرح في هذا الشأن هو بأي صفة أو على أي أساس يتدخل المستأجر التمويلي في عقد لا يُعتبر طرفا فيه؟

أولا-مدى مُلائمة فكرة الوكالة لتفسير تدخل المستأجر التمويلي في عقد البيع؟

سنعالج في هذا الشّأن مسألتين أساسيتين:

1-ترجيح أغلب الفقهاء لفكرة الوكالة لتحديد أساس تدخل المستأجر التمويلي:

عادة ما يرد في عقود شركات الاعتماد الايجاري بأن المستأجر التمويلي هو الذي اختار الأصول الإنتاجية، وبأن هذا الأخير وكّله المؤجر التمويلي لاستلامها من البائع.[1074]

إن هذه الصيغة المستعملة في أغلب عقود الاعتماد الايجاري دفعت بالفقهاء على رأسهم الأستاذ C. CHAMPAUD، بل حتى القضاء الفرنسي ساند هذا التوجه في إقرار وجود وكالة بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي،[1075] إذ يعتبر الأول موكلا والثاني وكيلا[1076]، إذ

[1074]- جاء في المادة الرابعة تحت عنوان تسليم الأصول المنقولة في نموذج لعقد اعتماد إيجاري أبرم بين بنك البركة وأحد زبائنه ما يلي:

" 1-يوكل البنك العميل الذي قبل بذلك تسلم الأصول المنقولة نيابة عنه طبقا للشروط المنصوص عليها في عقد الشراء المبرم بين البنك والبائع الأول وذلك على نفقة العميل وحده حيث لا يتحمل البنك آية مسؤولية عن تأخر في التسليم لكل أو جزء من الأصول المنقولة بالنسبة للمواعيد المتفق عليها مع البائع الأول.... .

4 -يصرح العميل أنه هو الذي قام باختيار الأصول المنقولة وأنه يصرح بعدم إقحام مسؤولية البنك بأية حال من الأحوال بخصوص مطابقة الأصول المنقولة للمواصفات أو صلاحيتها للاستعمال وبصفة عامة كل نزاع قد ينشأ بخصوص الأصول المنقولة مع البائع الأول أو مع أي جهة كانت."

[1075] -Cass. Com. 3 janvier 1972. D. 1972, p. 649, note, Trochu.

[1076]- لقد ظهرت طائفة من الفقهاء -بمناسبة انعقاد الغرفة الوطنية للمستشارين الماليين الفرنسيين سنة 1965- يعترفون بوجود وكالة بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي لكنهم ذهبوا إلى القول أن الأول وكيل والثاني موكل، وهذا

ينوب المستأجر التمويلي عن المؤجر التمويلي في اختيار المورد والأصول الإنتاجية ومناقشة جميع شروط عقد البيع.[1077]

تؤدي فكرة الوكالة حسب هذا الرأي إلى حصر دور المؤجر التمويلي في الوظيفة التمويلية فقط، وترك كل ما يدخل في الوظيفة التقنية للمستأجر التمويلي،[1078] وهذا ما يتناسب مع ما قلناه سابقا تحت عنوان تقاسم المهام بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي.

2-خروج الوكالة في الاعتماد الايجاري عن القواعد العامة للوكالة: تعرّف الوكالة في القانون المدني بأنها:" ***الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوّض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".***[1079]

إذا حاولنا تطبيق ما جاء في التعريف على التصرفات التي يقوم بها المستأجر التمويلي في عقد البيع، فإننا نجد أن الوكيل في عقد الوكالة يلتزم بأداء عمل قانوني باسم الأصيل ولحسابه،[1080] أما المستأجر التمويلي فيقوم بأعمال مادية تتمثل في اختيار الأصول وتحديد مواصفاتها الفنية ومناقشة شروط العقد مع البائع ولاسيما الثمن ومواعيد التسليم. كما يقوم بأعمال قانونية تتمثل في تسلّم الأصول الإنتاجية من البائع نيابة عن المؤجر التمويلي،[1081] ولذلك فان الوكالة في الاعتماد الايجاري تخرج عن القواعد العامة لتمتد إلى

الأمر منتقد وغير صحيح لأنه يؤدي حسب الأستاذ Champaud إلى انهيار نظام الاعتماد الايجاري باعتباره وسيلة لتمويل الاستثمارات ووسيلة ائتمان، للمزيد من التفاصيل حول هذا الاتجاه انظر:

قاسم علي سيد، المرجع السابق، ص 31 وما بعدها، وأنظر كذلك:

فخري رياض، المرجع السابق، ص 52 وما بعدها.

[1077] - MARTINEZ -BELLET Laurence, op.cit. p 142.

[1078]- قاسم علي سيد، المرجع نفسه، 32.

[1079]- المادة 571 من التقنين المدني الجزائري، المرجع السابق.

[1080]- استعملت المادة 573 من التقنين المدني الجزائري كلمة العمل القانوني، لذلك فان الوكيل في القواعد العامة يقوم بأعمال قانونية دون الأعمال المادية، وقد جاء في نص المادة:

"إن الوكالة الواردة بألفاظ عامة والتي لا تخصيص فيها حتى لنوع **العمل القانوني** الحاصل فيه التوكيل، لا تخّول للوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية ".

[1081] BRUNEAU Chantal, op. cit. p. 89,90.

الأعمال المادية التي يعتبرها البعض[1082] أعمالا ذات صفة مزدوجة، إذ بالرغم من كونها أعمالا مادية إلا أنها أعمال تحضيرية لتصرّف قانوني وهو الشراء.[1083]

كما تخرج الوكالة في الاعتماد الايجاري عن القواعد العامة باعتبار أن المستأجر التمويلي يتصرف بداية دون وجود وكالة، خصوصا في الحالة التي يلجأ فيها المستأجر التمويلي مباشرة إلى اختيار البائع والأصول، قبل أن يتحصل على موافقة من المؤجر التمويلي وهي الحالة الأكثر انتشارا من الناحية العملية، لذلك يمكن أن نقسّم مراحل الوكالة إلى مرحلتين:

- **المرحلة الأولى:** وهي قبل موافقة المؤجر التمويلي على التمويل وهنا يعتبر المستأجر التمويلي قد تصرُّف دون وكالة، وهنا نميّز بين حالتين:[1084]

الحالة الأولى: إذا تصرّف هذا المستفيد بحذر شديد إذ يتحصل على وثيقة طلب الأصول من البائع بتحفظ وهو موافقة المؤجر التمويلي[1085]، فإذا لم يقبل هذا الأخير التمويل اتجه القضاء الفرنسي إلى أنه إذا لم يبرم عقد الاعتماد الايجاري فان طالب الأصول (المستأجر التمويلي) غير ملزم تجاه البائع[1086]، ويلتزم البائع بردّه التّسبيق الذي دفعه له.[1087]

الحالة الثانية: إذا تصرّف المستأجر التمويلي أثناء اختياره للأصول وكأنّه هو المشتري أي أنّه لم يخبر البائع بأن اختياره معلّق على شرط موافقة المؤجر التمويلي على التمويل، فانّه يتعين على المستفيد تعويض البائع عن الأضرار التي نتجت عن عدم تنفيذ التزاماته[1088]، ولا يلتزم المؤجر التمويلي هنا بتصرف المستأجر التمويلي.

[1082]- أنظر: فخري رياض، المرجع السابق، ص 59.

[1083] - EL MOKHTAR Bey, *De la symbiotique dans le leasing et crédit-bail mobiliers*, Dalloz, Paris, 1970, p. 84.

[1084] - Bost Emmanuelle, op.cit. p.76.

[1085]- في هذه الحالة يقوم المستأجر التمويلي بإعلام البائع بأنه يختار الأصول بشرط موافقة المؤجر التمويلي تمويل مشروعه.

[1086] - Lyon 3 October 1968, *RTD Com*. 1970. 188., note J. HEMARD.

[1087] - Com. 20 October 1975, D. 1976. I R. 6.

[1088] - Rouen 7 avril 1970, D. 1970, 676, *RTD Com*. 1971.note Trochu.

-**المرحلة الثانية:** وهي بعد موافقة المؤجر التمويلي على التمويل وهنا يعدّ قبول المؤجر التمويلي لتمويل المشروع إقرار لما قام به المستأجر التمويلي، والإقرار اللاّحق يعد بمثابة التّوكيل السابق، وهنا تكون للمستأجر التمويلي وكالة بأثر رجعي ويعتبر الوكيل ملزما بتحقيق نتيجة وليس مجرّد بذل عناية،[1089] ويترتب عن خطئه في تنفيذ وكالته سقوط حقّه في الرجوع على الأصيل لمطالبته بتنفيذ التزاماته كمؤجر.[1090]

ثانيا-الفائدة العملية لتوكيل المؤجر التمويلي للمستأجر التمويلي في عقد البيع:

رغم أن المستأجر التمويلي ليس طرفا في عقد البيع الا أنّه تقاسم المهام مع المؤجر التمويلي إذ يتولى الأول اختيار الأصول والمورد بينما يقوم الثاني بالتمويل، وتوصلنا إلى أن الأساس القانوني لتدخّل المستأجر التمويلي هو الوكالة، إلا أن التساؤل الذي يطرح نفسه هو: لماذا تنازل المؤجر التمويلي-بموجب وكالة-للمستأجر التمويلي عن الوظيفة التقنية؟ أو ماذا سيستفيد المؤجر التمويلي من هذه الوكالة؟ سنحاول فيما يلي استنتاج الفائدة العملية من هذه الوكالة وهي:

1-عدم دراية المؤجر التمويلي بالأمور التّقنية للأصول الإنتاجية: إن وظيفة المؤجر التمويلي وظيفة تمويلية وبالنّظر إلى العدد الكبير من المتعاقدين معه، وتعدد الأصول الإنتاجية التي يتعامل فيها فانّه في غنى عن تحمّل عناء اختيار الأصول الإنتاجية،[1091] هذا الاختيار يتطلب دراية تقنية من الصّعب أن تكون في متناوله، لذلك يترك المؤجر التمويلي هذه الوظيفة للمستأجر التمويلي الذي قد يكون في موقع أحسن للاختيار لأنّه هو الذّي سيستعمل تقنيا هذه الأصول.

[1089] - Paris 13 février 1980, *Gaz. Pal*. 1980, p.351, note Bey.

[1090]- MARTINEZ -BELLET Laurence, op.cit. p 142.

[1091]- إن قيام المؤجر التمويلي بمهمة اختيار الأصول لكل المتعاقدين معه سيكلّفه وقتا ومصاريف إضافية لتوظيف عدة أشخاص مؤهلين في مختلف المجالات.

2- عدم تدخّل المؤجر التمويلي في الاختيار يُعفيه من المسؤولية الناتجة عن الأصول: إن تنازل المؤجر التمويلي عن حقّه في اختيار الأصول للمستأجر التمويلي ليس بدون مقابل بل عبارة عن حماية للمؤجر التمويلي[1092]، الذي يرغب في عدم تحمّل مسؤولية عدم صلاحية الأصول لتحقيق الغاية من استخدامها، أي أن إعفاء المؤجر التمويلي من المسؤولية سيتقلص كلّما ازداد تدخله في الاختيار التقني للأصول و اختيار البائع[1093]، و لقد نصّت اتفاقية أوتاوا على أن المؤجر التمويلي يعفى من تجاه المستأجر التمويلي من أيّة مسؤولية مرتبطة بالأصول، إلا إذا تكبد المستأجر التمويلي خسارة نتجت عن لجوئه إلى المؤجر التمويلي لاستشارته، وتدخل هذا الأخير في اختيار الأصول أو تحديد مواصفاتها أو اختيار المورد.[1094]

من خلال ما تضمنته الاتفاقية يُفهم أنّه كلّما ابتعد المؤجر التمويلي عن التدخل في الاختيار كلما توسع نطاق إعفاءه من المسؤولية المرتبطة بالأصول، وفي حالة إعفاءه يبقى للمستأجر التمويلي حق الرجوع على البائع، أما إذا تدخل المؤجر التمويلي في الاختيار أو في التسليم فانّه لن يعفى من تحمل المسؤولية لعدم صلاحية الأصول.[1095]

3-انتقال حقوق المؤجر التمويلي في مواجهة البائع إلى المستأجر التمويلي (الدعوى المباشرة): لقد منحت الاتفاقية[1096] للمستأجر التمويلي حقا في التمسّك بحقوق المؤجر التمويلي الناتجة عن عقد البيع، إذ يمكن للمستأجر التمويلي أن يطالب المورد أو البائع بتنفيذ التزاماته، كما له الحق في طلب التعويضات لجبر الأضرار الناتجة عن إخلال

[1092]- إذ أنّ الأصل في عقد البيع الدولي المشتري-وهو المؤجر التمويلي-هو الذي يتحمل مسؤولية مطابقة الأصول إذا لم يخطر البائع في الآجال القانونية، للمزيد من التفاصيل أنظر: أبو العنين أحمد هاني محمد السيد، المرجع السابق، ص 11.

[1093] -Voir, Actes de la conférence Diplomatique، vol. 1, Etude LIX-Doc, 48, Spéc. Nº 68, pp. 52-53. Et Voir aussi : MARTINEZ -BELLET Laurence, op.cit. p 193.

[1094]- المادة الثامنة من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

[1095]- ناصيف حسام الدين فتحي، التأجير التمويلي الدولي للمنقول...، المرجع السابق، ص 114.

[1096]- في المادة العاشرة في فقرتها الأولى من الاتفاقية نفسها.

المورد بالتزاماته التي فرضت عليه بموجب عقد التوريد،[1097] بل ذهبت الاتفاقية إلى أبعد من ذلك ونصّت على أن المستأجر التمويلي يمكنه الرّجوع على المورّد وهذا بموجب دعوى مباشرة وكأنّه طرف في عقد التوريد.[1098] ويعود أصل منح المستأجر التمويلي دعوى مباشرة في مواجهة البائع إلى حكم محكمة Vervins الفرنسية، الصادر في 18 أفريل 1967 التي اعتبرت أن الترابط الوثيق بين العقود المشكّلة لعملية الاعتماد الايجاري ككل، يسمح للمستأجر التمويلي الرجوع مباشرة على البائع بموجب دعوى مباشرة، [1099]مع العلم أن المورد لا يتحمل المسؤولية عن نفس الأضرار التي تسبب هو فيها أمام المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي معا أي أن رجوع أحدهما عليه، يُعتبر وفاء للآخر وهذا تجنبا لمطالبة كل من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي بالتعويض.[1100]

بذلك تكون اتفاقية أوتاوا قد عالجت مسألة غاية في الأهمية أثارت جدلا وهي أساس رجوع المستأجر التمويلي على البائع، الا ان الاتفاقية اشترطت علم البائع بأن الأصول التي باعها تم شراءها لتكون محلا لعقد اعتماد ايجاري، وهذا ما جاء في نص المادة الأولى فقرة 2 (ب) من اتفاقية أوتاوا، ويقع بذلك على عاتق المؤجر التمويلي اخطار البائع بذلك بأي وسيلة من الاعلام، وجزاء تخلف اعلام البائع بالغاية من الشراء حسب الأستاذةBost Emmanuelle هو عدم منح المستأجر التمويلي حق الرجوع بالدعوى المباشرة في مواجهة البائع.[1101]

[1097] - GUSTIN Manuel, « Le transfert des risques et l'impossibilité d'exécution dans la CVIM », *RDAI/IBLJ*, N°3/4, 2001, p. 380.

[1098] -DELEBECQUE Philippe et SIMLER Philippe، *Droit civil، les suretés، la publicité foncière*، Dalloz، Paris, 2012, p. 17.

[1099]-أنظر: حمزي إبراهيم، المرجع السابق، ص 153، وللمزيد من التفاصيل حول الدعوى المباشرة، أنظر:
MARTINEZ -BELLET Laurence, op.cit. p145 et sui.

[1100]- جاء في المادة العاشرة فقرة 1 من اتفاقيو أوتاوا ما يلي:
" إن الالتزامات التي تنتج عن عقد التوريد، يمكن أيضا للمستأجر التمويلي أن يتمسك بها كما لو كان هو نفسه طرفا في هذا العقد، وكما لو كانت الأدوات من الواجب أن تسلم إليه مباشرة، ومع ذلك لا يكون المورد مسئولا تجاه المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي عن نفس الأضرار."

[1101] - Bost Emmanuelle, op.cit. p. 84.

المطلب الثاني

العلاقة بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي: توازن أو اختلال التوازن في الحقوق والالتزامات؟

حتى نتمكّن من التوصل الى البحث عن مدى وجود توازن في الحقوق والالتزامات بين أطراف العقد، سنقوم بدراسة التزامات المؤجر التمويلي (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك التزامات المستأجر التمويلي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التزامات المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري الدولي

تقع على عاتق المؤجر التمويلي مجموعة من الالتزامات سنُبرزها فيما يلي:

أولا-التزام المؤجر التمويلي بتسليم الأصول إلى المستأجر التمويلي: يعتبر التزام المؤجر بتسليم المال المؤجر إلى المستأجر في القواعد العامة، أول ما يقوم به المؤجر لكي يبدأ في تنفيذ العقد، وقد ورد هذا الالتزام في المادة 476 من التقنين المدني[1102]، التي جاء فيها: ***" يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح للاستعمال المعد لها تبعا لاتفاق الطرفين...."***.

كما يقع هذا الالتزام في أمر رقم 96-09 يتعلق بالاعتماد الايجاري، على عاتق المؤجر التمويلي سواء في عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة[1103] الذي يبدأ فيه حق المستأجر التمويلي في الانتفاع بالأصل المؤجر من تاريخ تسليمها من طرف المؤجر التمويلي، أو في عقد الاعتماد

[1102]- نص المادة 476 من قانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، ج رعدد 31 لسنة 2007.

[1103]- بالنسبة للأصول المنقولة ورد هذا الالتزام في المادة 29 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر.

الايجاري للأصول غير المنقولة[1104] الذي يلتزم فيه المؤجر التمويلي بتسليم الأصل المؤجر طبقا للخصوصيات التقنية المعيّنة من قبل المستأجر التمويلي في الحالة وفي التاريخ المتفق عبيهما في العقد.

أما في عقد الاعتماد الايجاري الدولي فانه نظرا لخصوصية هذا العقد ووجود طرف ثالث فيه، إضافة إلى أن الطرف الذي اختار الأصول هو المستأجر التمويلي وليس المؤجر التمويلي، فان التسليم يتم من البائع إلى المستأجر التمويلي مباشرة.[1105]

1- تسليم الأصول يتم من البائع إلى المستأجر التمويلي مباشرة: إن الالتزام بالتسليم يقع على عاتق المؤجر التمويلي بموجب اتفاقية أوتاوا لكونها لم تنص على تسلّم المستأجر التمويلي للأصول مباشرة من البائع هذا من جهة، ومن جهة ثانية إقرار جزاء عدم التزام المؤجر التمويلي بالتّسليم، إلاّ أن العُرف السائد في مجال عقود الاعتماد الايجاري هو تسلّم المستأجر التمويلي للأصول محل العقد من البائع مباشرة دون المرور بالمؤجر التمويلي، وهذا تفاديا للازدواج في التسليم[1106]، ولعدم وجود مانع من تولي التسليم من طرف المستأجر التمويلي، اذ تقول الأستاذة Bost Emmanuelle أن معرفة ما إذا كان المؤجر التمويلي مدين بالالتزام بالتسليم مرتبط بتكييف الاعتماد الايجاري ما إذا كان إيجارا أم قرضا،[1107] إذ بالنسبة لبعض الفقهاء فان عملية الاعتماد الايجاري تبقى في جوهرها إيجار لذلك فان الالتزام بالتسليم ضروري، إذ بالرغم من إمكانية المؤجر التمويلي من إعفاء نفسه من التسليم المادي،[1108] إلاّ أنه يبقى ملزم بالتسليم المطابق، أمّا بالنسبة للبعض الآخر من الفقهاء

[1104]- بالنسبة للأصول غير المنقولة ورد هذا الالتزام في المادة 38 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر.

[1105]- ناصيف حسام الدين فتحي، التأجير التمويلي الدولي للمنقول...، المرجع السابق، ص 112.

[1106]- تسليم الأصول من البائع إلى المؤجر التمويلي ثم تسليمها من المؤجر التمويلي إلى المستأجر التمويلي.

[1107]- رأينا في الباب الأول من هذا البحث في صدد البحث عن الطبيعة القانونية للعقد العديد من النظريات الفقهية أبرزها تلك التي تعتبر الاعتماد الايجاري عملية ايجارية، وتلك التي تعتبره عملية قرض.

[1108]- وذلك بتوكيل المستأجر التمويلي بتسلم الأصول مباشرة من البائع.

فالعملية مجرّد قرض وبالتالي يعتبر المؤجر التمويلي قد التزم بالتسليم بمجرد قيامه بدفع مبلغ الفاتورة للبائع بعد توقيع المستأجر التمويلي على محضر التسليم دون تحفظ .[1109]

إذا كان المستأجر التمويلي هو الذي يتولى تسلّم الأصول مباشرة من البائع، فهو بقوم بذلك باعتباره وكيلا - مرّة أخرى-[1110] عن المؤجر التمويلي، لكونه هو الأكثر قدرة على فحص مطابقة الأصول للشروط والمواصفات التقنية التي حددها هو بنفسه،[1111] وبالرّغم من قيام المستأجر التمويلي بذلك إلا أن المؤجر التمويلي يبقى مُلزما بأن يكون التسليم مطابقا[1112] ويتجسّد ذلك عمليا بمحضر التسليم الذي يتسلّمه المستأجر التمويلي من البائع ويُوقّع عليه إذا كان التسليم مطابقا أو يوقّعه بتحفظ، ثم يسلّمه بعد ذلك إلى المؤجر التمويلي.[1113] ويتضمن محضر التسليم تاريخ التسليم والبيانات الخاصة بالأصل من مواصفاته وحالته وقت التسليم.[1114]

يحقق هذا المحضر أهمية كبيرة للمؤجر التمويلي الذي يمكنه الاحتجاج بالبيانات الواردة فيه في مواجهة المستأجر التمويلي، وهذا إذا تبيّن عدم مطابقة الأصل أو كانت فيه عيوب ظاهرة بعد التسليم، إذ يعتبر توقيع المستأجر التمويلي على هذا المحضر دليلا كتابيا على قيام المؤجر التمويلي بالتسليم تحت مسؤولية المستأجر التمويلي.[1115]

[1109] - Voir, BOST Emmanuelle, op. cit. p. 113, Voir notamment, PHILIPPOSSIAN Pascal, *Le crédit-bail et le leasing, outils de financements locatif*, SEFI, Montréal, 1998, p. 29.

[1110]- رأينا سابقا الوكالة التي يقوم بموجبها المستأجر التمويلي باختيار المورد والأصول، ويسميها الفقهاء الوكالة الأصلية، ثم يقوم المستأجر التمويلي بتسلم الأصول من البائع كوكيل عن المؤجر التمويلي، وهي وكالة يسميها الفقهاء بالوكالة التبعية.

[1111]- فخري رياض، المرجع السابق، ص 82، 83.

[1112]- للمزيد حول مسألة المطابقة أنظر: أبو العنين أحمد هاني محمد السيد، المرجع السابق، ص 18 وما بعدها.

[1113] - L'article 35 de la CVIM donne une définition de la non-conformité ; « – l'acheteur doit se conformer aux articles 38 et 39 qui concernent la charge de l'examen des biens et de la dénonciation de la non-conformité, s'il veut se fonder sur la non-conformité d'une marchandise… »,

[1114] -VENEZIANO Anna, «Non-conformité des marchandises dans les ventes de internationales, étude de la jurisprudence actuelle sur la CVIM. », *RDAI/IBLJ*, N° 1, 1997, p. 40 et s.

[1115]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 526.

إن توكيل المؤجر التمويلي للمستأجر التمويلي في تسلّم الأصول نيابة عنه مباشرة من البائع، لا يمكّن المؤجر التمويلي من التخلص من التزاماته إلا بوجود محضر تسليم وقّعه المستأجر التمويلي، فتوقيعه دليل على علمه بحالة الأصول وقبوله تسلّمها على هذه الحالة، مما سيحمّله تبعة عدم المطابقة وبالتالي لا يتحملّها المؤجر التمويلي.[1116]

2- نتائج عدم التزام المؤجر التمويلي بالتسليم: يعتبر المؤجر التمويلي مخلا بالتزاماته التعاقدية[1117] في حالة عدم تسليم الأصول أو التسليم المتأخر أو تسليم أصول غير مطابقة لعقد البيع، اذ منحت المادة 12 من اتفاقية أوتاوا للمستأجر التمويلي حقا في مواجهة المؤجر التمويلي في رفض تسلّم الأصول، أو فسخ عقد الاعتماد الايجاري،[1118] والملاحظ هو أن الأحكام الواردة في هذه المادة قد جمعت بين الالتزام بالتسليم والالتزام بالمطابقة، وهذا راجع إلى الترابط الكبير بينهما، إذ لا يمكن للالتزام بالتسليم أن يكون كاملا إلا إذا كان التسليم مطابقا لما أُتفق عليه في عقد البيع. [1119]

كما يترتب عن عدم التزام المؤجر التمويلي بالتسليم حق المستأجر التمويلي في حبس القيمة الايجارية المستحقة في عقد الاعتماد الايجاري الدولي، حتى يقوم المؤجر التمويلي بتنفيذ التزاماته بالتسليم المطابق، أما إذا استمر المستأجر التمويلي في دفع القيمة الايجارية بالرغم من إخلال المؤجر التمويلي بالتزاماته فانّه سيفقد حقّه في رفض الأصول[1120]، لأن الدفع قرينة تُثبت قبوله الأصول بالرغم من عدم مطابقتها. [1121]

[1116]- المطيري خالد رميح تركي، النظام القانوني للتأجير التمويلي وآثاره المالية والاقتصادية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق-جامعة القاهرة-، مصر، 2011، ص 250.

[1117]- للمزيد حول الإخلال بالالتزامات التعاقدية أنظر:

LE TOURNEAU Philippe et LOIC Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 2002, p. 729 et s.

[1118]- المادة 12 فقرة 1 من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

[1119]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 522.

[1120]- المادة 12 فقرة 3 من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

[1121] - Cour d'appel de Paris 15 ch. A 22 avril 1992, *Recueil Dalloz,* 1995, p.289.

3- منح المؤجر التمويلي فرصة معالجة أو تدارك إخلاله بالالتزام بالتسليم: تفاديا لفسخ عقد الاعتماد الايجاري فقد منحت اتفاقية أوتاوا فرصة للمؤجر التمويلي، من أجل قيامه بتسليم -للمستأجر التمويلي- أصولا مطابقة لتلك المتفق عليها في العقد وذلك خلال مدة زمنية معقولة، وإذا قام المؤجر التمويلي بتدارك التسليم المطابق اعتبرته الاتفاقية وكأنه هو البائع والمستأجر التمويلي هو المشتري وعقد الاعتماد الايجاري عبارة عن عقد بيع[1122]، ولعل تفسير هذا التشبيه- حسبما ذهب إليه الأستاذ J. M. Mousseron- يعود إلى رغبة واضعي الاتفاقية في استفادة المؤجر التمويلي من الأحكام القابلة للتأويل والتي تحكم العلاقة بين البائع والمشتري في عقد البيع الدولي للبضائع[1123]، والتي وردت في اتفاقية فيينا لسنة 1980.[1124]

من بين هذه الأحكام القابلة للتأويل فقدان المستأجر التمويلي لحقه في التمسك بالمطابقة إذا لم يخطر البائع بالعيب في فترة زمنية معقولة وهي سنتان من تاريخ تسلّمه للبضائع.[1125] والذي ورد صراحة في المادة 12-2، ليس له أيّ أساس والغاية منه هو حماية المؤجر التمويلي، الذي وجد نفسه أمام الأمر الواقع بسبب عدم التزامه بالتسليم المطابق، وهذه الحماية تتجسد بتكييف تدارك التسليم بأنه عقد بيع، وإخضاعه لتلك الأحكام الواردة في اتفاقية فيينا.

أما إذا لم يتدارك المؤجر التمويلي التسليم وتمسّك المستأجر التمويلي بفسخ عقد الاعتماد الايجاري الدولي، فانّه من حق هذا الأخير أن يسترد القيمة الايجارية التي كان وفّى بها مع جميع المبالغ التي قد يكون دفعها إلى المؤجر التمويلي.[1126]

[1122]- المادة 12 فقرة 2 من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

[1123]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 523.

[1124]- وردت الأحكام القابلة للتأويل في المواد من 49 إلى 52 من اتفاقية فيينا، المرجع السابق.

[1125]- المادة 39 من اتفاقية فيينا لسنة 1980، المرجع السابق.

[1126]- المادة 12 فقرة 4 من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

ثانيا-التزام المؤجر التمويلي بالضمان: يعتبر عقد الاعتماد الايجاري في جوهره علاقة إيجار ذات طابع خاص يلعب فيها التمويل دورا اقتصاديا والإيجار دورا قانونيا، لذلك يُعدّ الالتزام بالضمان من أحد النتائج التي تترتب عن الطابع الايجاري لعملية الاعتماد الايجاري. إن الالتزام بالضمان الذي يقع على عاتق المؤجر في عقد الإيجار في القواعد العامة، يترتب عنه: الالتزام بضمان العيوب الخفية،[1127] والالتزام بصيانة العين المؤجرة،[1128] والالتزام بضمان عدم التعرض[1129]، فهل تقع على المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري كل هذه الالتزامات؟

1-التقليص من التزام المؤجر التمويلي بالضمان في عقد الاعتماد الايجاري الدولي: مقارنة بالتزام المؤجر بالضمان في القواعد العامة، فان المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري الدولي لا يتحمل لوحده كل ما يترتب عن الالتزام بالضمان، فهو مُعفى من الالتزام بضمان العيوب الخفية وهذا بصريح نص المادة الثامنة من اتفاقية أوتاوا، إذ يُعفى المؤجر التمويلي من أي مسؤولية مرتبطة بالأدوات في مواجهة المستأجر التمويلي، في حدود عدم تدخّل المؤجر التمويلي في اختيار المورد و الأصول[1130]، وفي هذه الحالة يحق للمستأجر التمويلي الرجوع مباشرة على البائع إذ ذهب القضاء الفرنسي إلى إمكانية إعفاء المؤجر

[1127]-الذي ورد في المادة 488 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05، والتي جاء فيها:
" يضمن المؤجر للمستأجر باستثناء العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، كل ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون استعمالها أو تنقص من هذا الاستعمال نقصا محسوسا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، ويكون كذلك مسئولا عن الصفات التي تعهد بها صراحة، غير أن المؤجر لا يضمن العيوب التي أعلم بها المستأجر أو كان يعلم بها هذا الأخير وقت التعاقد".

[1128]- ورد هذا الالتزام في المادة 479 من التقنين المدني المعدل والمتمم بموجب القانون 07-05، التي جاء فيها:
" يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم، ..... ".

[1129]- الذي نصّت عليه المادة 483 من التقنين المدني والتي جاء فيها:
" على المؤجر أن يمتنع عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع، ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه، بل يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر عن مستأجر آخر أو أي شخص آخر تلقى الحق عن المؤجر."

[1130]- المادة الثامنة 1 a من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

التمويلي لكن بشرط منح المستأجر التمويلي حق الرجوع على البائع.[1131] لذلك يمكن القول أن المؤجر التمويلي بمجرد عدم اقحام نفسه في اختيار الأصول وتسليمها للمستأجر التمويلي، مع اخطاره للبائع بأن الأصول المشترات ستكون أو هي محل لعقد اعتماد ايجاري، سيعفي نفسه تماما من أية مسؤولية تجاه المستأجر التمويلي وكأنه سيختفي نهائيا من العقد، وهذا ما سمّته الأستاذة :Bost Emmanuelle

L'effacement technique du Crédit-bailleur[1132]

أما إذا كان انتفاء التسليم المطابق للمُعدة ناتج عن فعل أو إهمال المؤجر التمويلي، فان هذا السلوك يُعد خطأ منه يمنح للمستأجر التمويلي حق الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه.[1133]

أما بالنسبة للالتزام بصيانة الأصول فيتحمله المستأجر التمويلي وهذا بموجب نص المادة التاسعة من الاتفاقية[1134]، ويبقى التزام واحد على عاتق المؤجر التمويلي وهو الالتزام بضمان عدم التعرض.

2-**مضمون التزام المؤجر التمويلي بضمان عدم التعرض:** يقصد بالتعرض: "*كل فعل يؤدّي إلى حرمان صاحب الحق في الضمان من كل أو بعض مزايا الحق الذي انتقل إليه*"، أما التعرض في عقد الإيجار فهو:" *كل فعل يؤدّي إلى الإخلال بانتفاع المستأجر بالعين المؤجّرة، سواء كان هذا الفعل صادرا من المؤجر أم من الغير*". [1135]

[1131]- أنظر: عبد الفتاح محمد عبد الفتاح، نظام التأجير التمويلي في القانون المصري طبقا للقانون 95 لسنة 1995، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2004، ص 317.
وأنظر أيضا: حمدان بسّام أحمد مسلّم، التزام المؤجر بضمان التعرّض والاستحقاق في عقد التأجير التمويلي، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمّان، 2012، ص 100.

[1132] - Bost Emmanuelle, op.cit.p.85.

[1133]- ناصيف حسام الدين فتحي، التأجير التمويلي الدولي للمنقول...، المرجع السابق، ص 114.

[1134]- تنص المادة التاسعة من اتفاقية أوتاوا على ما يلي:
" المستأجر التمويلي يعتني بالأدوات، ويستعملها في ظروف ملائمة، ويحرص على بقاءها في الحالة التي تسلمها فيها ....".

[1135]- حمدان بسّام أحمد مسلم، المرجع السابق، ص 98.

بالرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم عقد الإيجار فان المؤجر ملزم بضمان عدم التعرض الشخصي،[1136] وضمان عدم التعرض القانوني الصادر من الغير[1137]، ولا يجوز الاتفاق على الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني،[1138] أمّا التعرض المادي الصادر من الغير فلا يضمنه المؤجر[1139].

كما أوردت اتفاقية أوتاوا أحكاما تُلزم المؤجر التمويلي بضمان عدم التعرض حيث:

" *يضمن المؤجر التمويلي للمستأجر التمويلي كلّ تعرض أو اعتداء على الانتفاع، سواء كان هذا التعرض أو الاعتداء بفعل شخص يمتلك حق ملكية، أو حقا أعلى أو مساوي لذلك الحق، نتيجة دعوى قضائية للمطالبة بهذا الحق، عندما لا ينتج هذا الحق أو هذه المطالبة عن تصرّف أو إهمال المستأجر التمويلي*." [1140]

من خلال مضمون المادة الثامنة فقرة 2 فان التعرض المقصود هنا يتجسد في صورتين:

[1136]- يُقصد بالتعرض الشخصي:

" كل فعل مادي أو قانوني يأتيه المؤجر أو أحد أتباعه ليجول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة أو كل فعل من شأنه أن ينتقص من هذا الانتفاع. "، أنظر في ذلك:

الزعبي محمد يوسف،" التزام المؤجر بضمان تعرّضه الشخصي في القانون الأردني"، مجلّة مؤتة للبحوث والدّراسات، المجلّد الخامس، العدد الثّاني، لسنة 1990، ص3.

[1137]- أنظر نص المادة 483 من التقنين المدني، المرجع السابق.

ويُقصد بالغير كل شخص لا يدخل في فئة أتباع المؤجر التمويلي وهم:

- جميع الأشخاص الذّين يستعين بهم المؤجر التمويلي في مباشرة حقوقه، وتنفيذ التزاماته النّاشئة من عقد الاعتماد الايجاري، فهم إما أن يكونوا بدلاء عنه أو مساعدين له.

- الأشخاص الذّين ينوبون عن المؤجر التمويلي وهم الولي والوصي والقيّم والوكيل، وكذلك من يمثّلهم المؤجر التمويلي كالرّاهن بالنسبة للدائن والمرتهن.

- الخلف العّام والخلف الخاص للمؤجر التمويلي،

[1138]- مضمون المادة 490 من التقنين المدني الجزائري، المرجع السابق.

[1139]- وهذا ما جاء في المادة 487 من التقنين المدني، والتي تنص على:

" لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي الصادر من الغير الذي لا يدعّي حقا على العين المؤجرة.....".

[1140]- المادة الثامنة فقرة 2 من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

أ-التعرض الصادر عن المؤجر التمويلي: بالرغم من أنّ هذا الأخير هو المستفيد الأول من استغلال المستأجر التمويلي للأصول استغلالا هادئا،[1141] وليس من مصلحته عرقلة هذا الاستعمال الهادئ أن هذا لا يمنع من أنه قد يكون مصدر للتعرض سواء كان تعرضا ماديا أو تعرضا قانونيا[1142].

ب-التعرض الصادر عن الغير: وقد حددت المادة الثامنة من هو الغير وهو كل شخص يملك حق ملكية على الأموال محل العقد، أو كل شخص يملك حقا أعلى من حق الملكية أو مُساويا له[1143]، وهنا يضمن المؤجر التمويلي التعرض القانوني دون التعرض المادي.[1144]

3-التضييق من حالات إعفاء المؤجر التمويلي من الضمان: يمكن أن يُعفى المؤجر التمويلي من الضّمان تجاه المستأجر التمويلي في حالتين ذكرتا على سبيل الحصر، إضافة الى حالة أخرى تتعلق بإعفائه من المسؤولية الناتجة عن الأصول في مواجهة الغير.

- **الحالة الأولى: التعرض الناتج عن إهمال المستأجر التمويلي أو تصرفه:** قد ينتج الحق الذي يطالب به الغير بفعل تصرف أو إهمال من المستأجر التمويلي نفسه، كأن يتصرف المستأجر التمويلي في المال بالبيع أو أي تصرف يمنح للغير حقا أو يستخدم الأصول كضمان لديونه برهنها، وهنا يعفى المؤجر التمويلي من الضمان.[1145]

[1141]- ذهبت الأستاذة BOST Emmanuelle إلى القول بأن المؤجر التمويلي ليس من مصلحته المساس بالاستغلال الهادئ للأصول، لأن ثمار الاستغلال مرتبطة بهذا الاستغلال، أي إذا لم يترك المستأجر التمويلي يستغل أصوله استغلالا هادئا فمن أين سيدفع للمؤجر التمويلي القيمة الايجارية المستحقة عليه.

[1142]- ومن الأمثلة العملية الشائعة في التعرض الصادر من المؤجر التمويلي عدم دفع قيمة الأصول لدى المورد، مما يدفع بهذا الأخير إلى التمسك بحقه عليها، أو تنازل المؤجر عن عقد الاعتماد الايجاري إلى الغير، أو تصرفه في الأصول المؤجرة بالبيع أو الإيجار أو الرهن، أنظر في ذلك: BOST Emmanuelle, op.cit. p.119.

[1143]- يرى الأستاذ السيد عبد المنعم حافظ السيد أن الشخص الذي يملك حقا أعلى من الملكية هي الدولة التي تقع فيها الأموال بما لها من حق السيادة على إقليمها، أنظر نفس الكاتب، المرجع السابق، ص 528.

[1144]- ناصيف حسام الدين فتحي، التأجير التمويلي الدولي للمنقول.... ، المرجع السابق، ص 118.

[1145]- أنظر نص المادة الثامنة فقرة 2، من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

-الحالة الثانية: التعرض الذي لا يكون بسبب إهمال أو فعل عمدي أو خطأ جسيم من المؤجر التمويلي: منحت الاتفاقية للأطراف إمكانية الاتفاق على إعفاء المؤجر التمويلي من الالتزام بالضمان، لكن بشرط ألا يكون التعرض قد نتج عن تصرف أو إهمال عمدي أو خطأ جسيم ارتكبه المؤجر التمويلي[1146]، وكل اتفاق يقضي على مخالفة هذه الحالة فهو باطل وبمفهوم المخالفة فانه يجوز اتفاق المؤجر التمويلي مع المستأجر التمويلي على إعفاء الأول من الضمان، إذا كان التعرض من الغير أو كان بسبب إهمال غير عمدي أو بسبب خطأ غير جسيم من المؤجر التمويلي.

كما كرّست الاتفاقية هذا التوجه أكثر حينما منحت حقا للدول عند انضمامها لها أو تصديقها عليها، أو قبولها لها أن تعلن عن تحفظها بشأن ما ورد في الفقرة الثالثة أعلاه[1147]، -وهذا رغبة منها في منح المستأجر التمويلي ضمان أكثر-أن تستبدلها بما ورد في قانونها الداخلي، إذا كان هذا الأخير لا يسمح بإعفاء المؤجر التمويلي من الضمان بسبب إهماله أو خطأه، حتى ولو كان غير جسيم أو غير عمدي. [1148] أي أنه يمكن التحفظ على ما ورد في الفقرة الثالثة واستبداله بما ورد في القانون الداخلي إذا كان القانون الداخلي لا يعف المؤجر التمويلي من الضمان حتى في الحالات التي لم يرتكب فيها خطأ جسيما أو حتى ولو كان إهماله غير متعمد[1149].

-الحالة الثالثة: وردت هذه الحالة في المادة 18 فقرة 1(ب) وتتعلق بإعفاء المؤجر التمويلي من تحمل مسؤولية الضرر الذّي قد تسببه الأصول المؤجرة للغير، وقد يمس هذا الضرر اما الشخص بوفاته أو جرحه كما قد يمس الضرر أموال الغير، بشرط أن يكون المتسبب للضرر

[1146]- الفقرة الثالثة من المادة 8 من اتفاقية أوتاوا، المرجع نفسه.

[1147]- إن الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من الاتفاقية، تتعلق بالنظام العام لعدم جواز الاتفاق على مخالفتها وهذا بصريح ما ورد في الفقرة الثانية من المادة الخامسة التي لا تسمح للأطراف الاتفاق على مخالفة ما ورد فيها، إلا أن الحكم الوارد في المادة من20 منها، لا يؤد إلى مخالفة الفقرة الثالثة من المادة الثامنة، بل يهدف إلى تقوية الضمان أكثر.

[1148]- المادة 20 من اتفاقية أوتاوا، المرجع نفسه.

[1149] - BOST Emmanuelle, op. cit. p. 122.

في هذه الحالة هي الأصول المؤجرة، الا ما تعلق بالأضرار التي نصت عليها اتفاقية بروكسل الموقعة في 29 نوفمبر 1969 حول المسؤولية المدنية لمالكي السفن، لكونها تحمل المسؤولية لمالكي السفن لتعويض الضرر الذي يصيب الغير بسبب التلوث.[1150]

4-توجّه الاتفاقية نحو منح المستأجر التمويلي الحماية القصوى في مسألة ضمان التعرض: جاء في المادة الثامنة في فقرتها الرابعة ما يلي:" *الأحكام المنصوص عليها في الفقرات 2،3 لا تمس بأي التزام بالضمان أكثر اتساعا بمقتضى القانون الواجب التطبيق، وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص التي لا يمكن مخالفتها*." .

ذهبت الأستاذة Bost Emmanuelle في هذه المسألة إلى القول أن تطبيق ما ورد في المادة الثامنة فقرة 4 يتطلب أولا البحث عن القانون الواجب التطبيق بحكم قاعدة الإسناد، ثم مقارنة ما جاء في هذا القانون مع ما ورد في الفقرة الثالثة من المادة 8، ثم نطبق من بينها الأحكام التي تمنح حماية أكثر للطرف الضعيف في عقد الاعتماد الايجاري وهو المستأجر التمويلي، إلا أن ما ورد في الفقرة الرابعة من المادة الثامنة يخرج عن نطاق الحضر إذ يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفته أي الأخذ بما جاء في الفقرة الثالثة، بدل الأخذ بما جاء في القانون الواجب التطبيق.[1151]

بعد دراستنا لالتزام المؤجر التمويلي بضمان التعرض فإننا نستنتج الإصرار الكبير لواضعي الاتفاقية، على عدم منح المؤجر التمويلي إمكانية الإعفاء من هذا الالتزام وهذا عن طريق ما جاء في الفقرة الثانية من المادة الخامسة، والتي لا تسمح لأطراف العقد في حالة الاستبعاد الجزئي للاتفاقية أن يستبعدوا ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة الثامنة، أي لا يمكن الاتفاق على إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان التعرض إذا كان هو السبب في التعرض بإهماله أو بخطأ منه، إلا أن المؤجر التمويلي يمكن أن يتنصّل من هذا الالتزام إذا أقنع

[1150]- ناصيف حسام الدين فتحي، التأجير التمويلي الدولي للمنقول.... ، المرجع السابق، ص 116.

[1151] - BOST Emmanuelle, op. Cit. p. 122.

المستأجر التمويلي على الاستبعاد الكلي للاتفاقية[1152]،وتطبيق قانون يسمح له بهذا الإعفاء على غرار ما فعله المشرع الجزائري الذي منح للمستأجر التمويلي إمكانية التنازل عن ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية في عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة،[1153] كما منح لأطراف عقد الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة إمكانية نقل الالتزامات الملقاة على عاتق المؤجر- ومنها الضمان- إلى عاتق المستأجر.[1154]

يتضح جليا أن الاتفاقية جاءت بأحكام تخدم مصلحة المستأجر التمويلي أحسن من تلك الموجودة في القوانين الداخلية على غرار القانون الجزائري الذي يكرس اختلالا كبيرا للتوازن خصوصا في مسألة إمكانية إعفاء المؤجر التمويلي من كل الالتزامات الملقاة على عاتقه، مما خلق تمييزا واضحا بين الأطراف لذلك نجد طرف قوي وطرف ضعيف العقد فأصبح وكأنه من عقود الإذعان.

[1152]- سبق وأن رأينا منح الاتفاقية لأطراف العقد إمكانية استبعاد تطبيقها استبعادا كليا، وهذا بموجب نص المادة الخامسة فقرة أولى.

[1153]- وهذا في المادة 18 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، والتي جاء فيها:

" يمكن أن يحتوي عقد الاعتماد الايجاري أيضا اشتراط ما يأتي: -تنازل المستأجر عن فسخ الإيجار أو .....

- تنازل المستأجر عن ضمان الاستحقاق وعن ضمان العيوب الخفية...."

[1154]- وهذا ما جاء في المادة 40 من أمر رقم 96-09، والتي نصّت على:" ..... يمكن للأطراف المعنية بعقد الاعتماد الايجاري أن تتفق فيما بينها ليتكفل المستأجر مقابل حقه في الانتفاع الذي يمنحه إياه المؤجر، بالتزام أو عدد من الالتزامات المتعلقة بالمؤجر، وأن يتنازل عن الضمانات الخاصة بسبب فعلي أو لوجود عائق أو عيوب أو عدم مطابقة الأصل المؤجر أو أن تكون هذه الضمانات محدودة، وتبعا لذلك يتنازل المستأجر عن المطالبة بفسخ عقد الاعتماد الايجاري أو تخفيض ثمن الإيجار بموجب هذه الضمانات."

الفرع الثاني

التزامات المستأجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري الدولي

تقع على عاتق المستأجر التمويلي الالتزامات التالية:

أولا-التزام المستأجر التمويلي بالوفاء بالأجرة: يعتبر الالتزام بدفع الأجرة من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المستأجر في عقد الإيجار[1155]، وتعتبر الأجرة في المفهوم الاقتصادي ريع العين المؤجرة وثمارها، وهي مقابل للانتفاع بها[1156]، إذ جاء في المادة 498 من التقنين المدني:" *يجب على المستأجر أن يقوم بدفع ثمن الإيجار في المواعيد المتفق عليها، ..... ."*

كما ورد هذا الالتزام في أمر رقم 96-09 يتعلق بالاعتماد الايجاري والذي جاء فيه:

" *يجب على المستأجر أن يدفع للمؤجر مقابل الانتفاع بالأصل المؤجر، وفي التواريخ المتفق عليها، المبالغ المحددة كإيجارات في عقد الاعتماد الايجاري"*[1157].

بل جعل المشرع الجزائري من عنصر الأجرة من البنود الملزمة في عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة، إذ يجب أن يشير عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة الموافق للاعتماد الايجاري المالي، تحت طائلة فقد هذه الصّفة إلى مدة الإيجار و مبلغ الإيجار وحق الخيار بالشراء الممنوح للمستأجر عند انتهاء العقد، وكذا إلى القيمة المتبقية من سعر اقتناء الأصل المؤجر. [1158]وهو الالتزام الذي ورد في اتفاقية أوتاوا التي نصت على أن عقد الاعتماد الايجاري الدولي يمنح للمستأجر التمويلي حقا في استعمال الأدوات مقابل الوفاء بالأجرة.[1159]

[1155] - PHILIPPOSSIAN Pascal, op.cit. p. 39.

[1156]- عبد الفتاح محمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 356.

[1157]- نص المادة 32 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[1158]- وهذا بموجب المادة 11 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، والتي وردت في القسم الثاني تحت عنوان: البنود الملزمة في عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة، ونتساءل هنا عن اقتصار هذا الشرط على الاعتماد الايجاري المالي فقط واستثناء الاعتماد الايجاري التشغيلي أو العملي.

[1159]- نص المادة الأولى فقرة أولى a من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

1-الأجرة في عقد الاعتماد الايجاري مقارنة بالقواعد العامة: إذا كانت الأجرة في عقد الإيجار تمثل مقابلا لاستغلال العين المؤجرة، لذلك فهي تخضع للتفاوض بين طرفي العقد، فان الأجرة في عقد الاعتماد الايجاري الدولي ليست مجرد مقابل للانتفاع فحسب، بل يأخذ بعين الاعتبار عند تحديدها مقابل اهتلاك الأصول مع هامش ربح للمؤجر التمويلي.[1160]

إن الأجرة التي يدفعها المستأجر التمويلي حسب المشرع الجزائري تحدد بالنظر إلى عدة عناصر[1161] وهي:

-أ-سعر شراء الأصل المؤجر مقسما إلى مستحقات متساوية المبلغ مضاف إليها القيمة المتبقية التي يجب دفعها عند مزاولة حق الخيار بالشراء، لذلك فان مدة العقد أيضا تحدد بالنظر إلى العمر الاقتصادي للأصل وهذا حتى تكون مناسبة من أجل استرداد المؤجر التمويلي لثمن شراءها. (ضرورة الرجوع إلى فكرة الإهلاك الاقتصادي والإهلاك المالي والإهلاك الضريبي)

-ب-أعباء استغلال المؤجر المتصلة بالأصل موضوع العقد، أو كل ما يتعلق بوضع الأصل تحت تصرف المستأجر التمويلي كالتركيب والنقل، ورسوم التسجيل إذا كان الأصل المؤجر من الطائرات أو السفن أو السيارات.

-ج-هامش يطابق الأرباح أو الفوائد المكافئة للمخاطر المترتبة على القرض والموارد الثابتة المخصصة لاحتياجات عملية الاعتماد الايجاري. [1162]

كما أشارت اتفاقية أوتاوا إلى أن الأجرة المنصوص عليها في عقد الاعتماد الايجاري يتم حسابها مع الأخذ بعين الاعتبار، بصفة خاصة الاستهلاك الكلي أو لجزء هام من سعر

[1160]-أنظر: السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 535، وأنظر أيضا:

BOST Emmanuelle, op. Cit. p. 129.

[1161]- ذكرتها المادة 14 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر.

[1162]- حمزي إبراهيم، المرجع السابق، ص 158، 159.

المعدّة[1163]، ولم تتطرق بعد ذلك إليه بالتفصيل بل تركت للأطراف الحرية في تحديد طريقة ومواعيد الوفاء به.

2-أنماط تحديد الأجرة: كما سبقت الإشارة إليه فان اتفاقية أوتاوا لم تنظم بالتفصيل كل ما يتعلق بالأجرةّ، وبالرجوع إلى أمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الايجاري، فان الإيجارات تحدد حسب نمط متناقص أو خطي استنادا إلى مناهج محددة حسب التشريع[1164]، كما تدفع الإيجارات حسب دورية تختارها الأطراف المعنية بعقد الاعتماد الايجاري.[1165]

يُطبّق النمط الخطي في عقود الاعتماد الايجاري التي تقل عن ثلاثة سنوات وتكون فيه الأجرة ثابتة من بداية العقد إلى نهايته، أما النمط المتناقص فيكون في العقود التي تكون مدّتها ثلاث سنوات أو أكثر، وهنا يراعى مرور إنتاجية الأصل بثلاثة مراحل، إذ تكون الإنتاجية في البداية مرتفعة لذلك ترتفع معها الأجرة، ثم تستقر وتستقر معها الأجرة، وفي المرحلة الأخيرة تنخفض الإنتاجية فتنخفض معها الأجرة،[1166] ولقد ترك المشرع الجزائري لأطراف العقد الحرية في تحديد دورية تسديد الأقساط، إذ قد تكون شهرية أو فصلية أو سداسية أو سنوية بحسب اتفاق الأطراف.

3- ضمانات المؤجر التمويلي لوفاء المستأجر التمويلي بالأجرة: بالرغم من تمتع المؤجر التمويلي بأقوى الضمانات لاستيفاء حقه من المستأجر التمويلي وهي احتفاظه بملكية الأصول المؤجرة، إلا أنه لا يكتف بهذا الضمان فقط بل يشترط على المستأجر التمويلي تقديم ضمانات أخرى للوفاء بالأجرة، وهذا بسبب صعوبة التمسّك بملكية الأصول في دولة أخرى قد لا تعترف بهذا الحق من جهة، ولعدم الاطمئنان ليسار المستأجر التمويلي الذي يتواجد في دولة

[1163]- وهذا في المادة الأولى فقرة 2 C، من اتفاقية اوتاوا، المرجع السابق.

[1164]- لم يصدر التشريع الذي ينظم تحديد أقساط الأجرة إلى يومنا هذا بالرغم من مرور 17 سنة كاملة من صدور أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري.

[1165]- المادة 15 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[1166]- حمزي إبراهيم، المرجع السابق، ص 161، 162.

أجنبية من جهة أخرى، لذلك يحتاج المؤجر التمويلي إلى ضمانات أكثر حتى يستوفي حقوقه من المستأجر التمويلي[1167]، مما يجعله يطلب منه تقديم تأمين عيني برهن المحل التجاري المملوك له و رهن الحصص المملوكة للمديرين في الشركة، كما قد يشترط المؤجر التمويلي تقديم كفيل يضمن الوفاء بالأجرة، وعادة ما ترد في البيانات التي يقدمها المستأجر التمويلي إمكانية تقديمه للكفيل،[1168] كما قد تطلب شركات الاعتماد الايجاري من المستأجر التمويلي التأمين على حياته حتى تتمكن من استيفاء حقوقها من شركات التأمين في حالة وفاته أو في حالة توقف نشاطه وعجزه عن التسديد .[1169]

لقد نص المشرع الجزائري على إمكانية تضمين عقد الاعتماد الايجاري شرط التزام المستأجر بمنح المؤجر ضمانات أو تأمينات عينية أو فردية،[1170] أما في فرنسا فقد تدخلت الحكومة من خلال جهاز يسمى الصندوق القومي لعقود الدولةCNME ، من أجل كفالة المشروعات لدى شركات الاعتماد الايجاري مما زاد من إقبال المؤسسات الصغيرة والمتوسطة على التمويل عن طريق الاعتماد الايجاري.[1171]

4-جزاء إخلال المستأجر التمويلي بالتزامه بتسديد الأجرة: يختلف الجزاء بحسب درجة إخلال المستأجر التمويلي بدفع الأجرة[1172]، إذ قد يكون إخلالا بسيطا أو إخلالا جوهريا:

أ-الإخلال البسيط بالالتزام: وهو في حالة العجز البسيط للمستأجر التمويلي والذي لا يؤدي إلى استحالة استمرار التعاقد، كأن يعجز عن سداد قسط من أقساط القيمة الايجارية

[1167]- عبد الفتاح محمد عبد الفتاح، المرجع السابق، 361.

[1168] - BRUNEAU Chantal, op. cit. p. 191 et 192.

[1169]- هذا ما يؤكد الطابع الشخصي لعقد الاعتماد الايجاري بحيث ينقضي العقد بوفاة المستأجر التمويلي، فتلجأ شركات الاعتماد الايجاري إلى شركات التأمين لاستيفاء حقوقها منها.

[1170]- وهذا ما جاء في المادة 17 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، والتي وردت تحت عنوان الشروط الاختيارية.

[1171]- دويدار هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي ..... ، المرجع السابق، ص 398، 399.

[1172] - MOLFESSIS Nicolas, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *Petites affiches*, n° 117,30 septembre 1998, p. 1.

أو أن يقوم بسدادها بعد الموعد المتفق عليه، وفي هذه الحالة يجب على المستأجر التمويلي الوفاء بقيمة الأجرة مع الفوائد التأخيرية والتعويضات[1173]، وتعتبر الفوائد التأخيرية والتعويضات مقابلا لإصلاح الضرر الذي لحق بالمؤجر التمويلي جراء التأخر في تسديد مستحقاته في وقتها.[1174]

نلاحظ أن حق المؤجر التمويلي في الفوائد والتعويض عن الضرر ليس مطلقا، إذ أن الاتفاقية اشترطت أن يكون المؤجر التمويلي قد قام بأخذ كافة الاحتياطات اللازمة للحد من خسارته التي تكبدّها[1175]، وهذا يعني أن الضرر الذي كان بإمكانه تفاديه un dommage ou une perte évitable غير قابل للتعويض أما ذلك الذي لا يمكن تفاديه فسيعوض،[1176] وهذا ما سيؤدي حسب الأستاذة BOST Emmanuelle إلى تعقيد مهمة المؤجر التمويلي الذي يجد نفسه ملزما بأخذ الاحتياط لتفادي الضرر من جهة، كما أنه ملزم بالتحفظ في المسائل التقنية المتعلقة بالأصول من جهة أخرى.[1177]

ب-الإخلال الجوهري بالالتزام: وهي حالة العجز الجوهري للمستأجر التمويلي عن السداد وهنا يكون الجزاء هو إما الوفاء المقدم للقيمة الايجارية التي أستحقها والتي لم يستحقها بعد أو فسخ العقد، ولا يعتبر المؤجر التمويلي ملزما بأخطار المستأجر التمويلي بأنه قد أخل

[1173]-نص المادة 13 فقرة 1 من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق، وللمزيد من التفاصيل حول مسألة التعويض في قانون التجارة الدولية أنظر:

REIFEGERSTE Stephan et WEISZBERG Guillaume, « Obligation de minimiser le dommage et « raisonnable » en droit du commerce international », *RDAI/IBLJ*, N°2, 2004, pp. 181-197.

[1174]- للمزيد من التفاصيل حول فوائد التأخير وطرق تحديدها أنظر: ناصيف حسام الدين فتحي، التأجير التمويلي الدولي للمنقول.... ، المرجع السابق، 104، 105.

[1175]- المادة 13 في فقرتها السادسة من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

[1176]- وهو نفس الحل الذي أخذت به اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع في المادة 77، والتي اشترطت على الطرف المتضرر من المخالفة أن يتخذ الإجراءات اللازمة لتفادي الخسارة.

[1177] - BOST Emmanuelle, op. cit. p. 138.

بالتزاماته،[1178] والجزاءان المقرران لهذه الحالة غير متلازمين مما يعني أنّه يجب على المؤجر التمويلي ان يختار أحدهما فقط، اما حلول أجل الإيجارات المستحقة أو فسخ العقد.

الملاحظ هو عدم تحديد الاتفاقية للمقصود بالعجز الجوهري حتى يتحدد إن كان الإخلال بسيط أو جوهري، ويرى الأستاذ السيد عبد المنعم حافظ السيد أن العجز الجوهري هو المخالفة الشديدة للشروط المتفق عليها في العقد من طرف المستأجر التمويلي، والذي يترتب عنه المساس بشكل خطير بما كان متوقعا من العقد، كأن يمنح المستأجر التمويلي مهلة لسداد القسط فتماطل في ذلك لمدة طويلة،[1179] لذلك يرى البعض أن تحديد العجز الجوهري متروك لتقدير أطراف العقد وللقاضي الذي يحكم وفقا للاتفاقية[1180]، والجزاء هنا صورتان يختار المؤجر التمويلي أحدهما: **أولهما**-الدفع المسبق للأجرة، **ثانيهما**- فسخ العقد وهنا يسترد المؤجر التمويلي الأدوات ويستوفي التعويضات التي تجعله يعود للحالة التي كان سيوجد فيها لو قام المستأجر التمويلي بتنفيذ العقد تنفيذا ملائما.[1181]

إلا أن اتفاقية أوتاوا قيّدت حق المؤجر التمويلي في المطالبة بالدفع المسبق للأجرة التي ستستحق أو فسخ العقد، إلا إذا منح للمستأجر التمويلي فرصة فعلية لتدارك تخلفه عن التسديد إذا كان ذلك ممكنا[1182]، وهذا الحل حسب رأينا يقيد المؤجر التمويلي من المبالغة في اللجوء إلى معاقبة المستأجر التمويلي في كل مرة، ومنحه الفرصة إذا كان بإمكانه تدارك عدم التنفيذ.

[1178]- إن السرعة والعناية التي يجب أن يحرص عليهما المؤجر التمويلي هو الذي منحه إمكانية اللجوء مباشرة إلى ممارسة الجزاء المخول له بموجب الاتفاقية دون اللجوء إلى إخطار المستأجر التمويلي، وهذا ما أخذ به القانون التجاري الموحد الأمريكي الذي أكد على أن المستأجر التمويلي العاجز لا يستفيد من الحق في الإخطار من المؤجر التمويلي، أما اتفاقية فيينا حول عقد البيع الدولي للبضائع فإنها ذهبت إلى عكس ذلك في المادة 71 فقرة 3 التي فرضت الإخطار المسبق قبل الفسخ.

[1179]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 538.

[1180]- ناصيف حسام الدين فتحي، التأجير التمويلي الدولي للمنقول.... ، المرجع السابق، ص 111.

[1181]- المادة 13 فقرة 2 من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

[1182]- المادة 13 فقرة 5 من اتفاقية أوتاوا، المرجع نفسه.

لقد منحت الاتفاقية في الفقرة الثالثة a لأطراف العقد إمكانية الاتفاق على تحديد طرق حساب التعويض عن الضرر في العقد، إلا أن هذا الاتفاق يجب ألا يؤدي إلى الحصول على تعويض مبالغ فيه مقارنة بما كان بإمكان المؤجر التمويلي تلقيه لو نفذ المستأجر التمويلي العقد تنفيذا معقولا.[1183] ولقد جعلت الاتفاقية من هذا الحكم متعلقا بالنظام العام إذ لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته أو تعديله، أي أنّه لا يمكن الاتفاق على منح تعويض مبالغ فيه ولو بشرط صريح في العقد وهذا حماية لمصلحة المستأجر التمويلي.

ثانيا-الالتزام بالحفاظ على الأصول المؤجرة: يعتبر الالتزام بالحفاظ على العين المؤجرة من بين الالتزامات التي فرضتها القواعد العامة في عقد الإيجار، وسنبيّن فيما يلي بعض العناصر التي نراها جوهرية:

أ-الالتزام يقع على عاتق المستأجر التمويلي دون الحاجة إلى اتفاق على ذلك: إن المشرع الجزائري لم يورد هذا الالتزام على عاتق المؤجر، بل أورده ضمن الشروط الاختيارية للعقد إذ يمكن أن يتضمن العقد: -إعفاء المؤجر من الالتزامات الملقاة عادة على عاتق صاحب ملكية الأصل المؤجر، وبصفة عامة يعد مقبولا من الناحية القانونية كل بند يجعل من المستأجر يتكفل بوضع الأصل المؤجر ويتحمل النفقات والمخاطر، كذلك الالتزام بصيانة الأصل وإصلاحه والالتزام باكتتاب تأمين.[1184]

أي أن الالتزام يقع على عاتق المؤجر التمويلي إلا أنه من الناحية القانونية يمكن نقله إلى المستأجر التمويلي، وبما أن الحياة العملية في هذا المجال تنقل غالبا هذا الالتزام إلى المستأجر التمويلي فان المشرع الجزائري أخذ بعين الاعتبار ذلك بمنح إمكانية تضمين العقد بندا ينص على ذلك.

[1183]- المادة 13 فقرة 3 b من اتفاقية أوتاوا، المرجع نفسه.

[1184]- نص المادة 17 فقرة رابعة من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، السابق الذكر، وللمزيد حول هذه المسألة أنظر:

PHILIPPOSSIAN Pascal, op.cit., p. 33.

أما اتفاقية أوتاوا فإنها خرجت عما ذهب إليه المشرع الجزائري لكونها فرضت الالتزام بالمحافظة على الأدوات والاعتناء بها وصيانتها واستعمالها في ظروف معقولة،[1185] على عاتق المستأجر التمويلي كأصل وليس كاستثناء، أي أنها التزامات تقع على عاتقه دون الحاجة إلى تضمين العقد بند يفرض عليه ذلك.

ب-مضمون الالتزام بالحفاظ على الأصول المؤجرة: حتى يحافظ المستأجر التمويلي على الأصول المؤجرة، يجب عليه أن يقوم بما يلي:

ب 1-استعمال الأصول وفقا لما أُتفق عليه في العقد: أي أنه يجب على المستأجر التمويلي استعمال الأصول استعمالا عاديا في الوجه المخصص له،[1186] إذ يلتزم المستأجر التمويلي خلال مدة الانتفاع بالأصل المؤجر باستعمال هذا الأصل حسب الاستعمال المتفق عليه، وأن يحافظ عليه مثلما يفعله رب الأسرة الحريص[1187]، سواء من حيث ساعات التشغيل أو المكان الذي توضع فيه، فهو ملزم بعناية الرجل العادي في استعماله للأصول المستأجرة. [1188]

كما يجب عليه استعمالها استعمالا شخصيا نظرا للطابع الشخصي الذي يميّز هذا العقد، لذلك لا يجوز له أن يتنازل عن حقه في الانتفاع بالأصول أو إعادة تأجيرها إلى الغير إلاّ إذا وافق المؤجر التمويلي على هذا التنازل[1189].

ب 2-تحمّل كل الأعمال المتعلقة بالصيانة: إذا كانت أعمال الصيانة في القواعد العامة تنقسم إلى أعمال الصيانة البسيطة (الصيانة التأجيرية) والتي يقوم بها المستأجر[1190]، وأعمال

[1185]- وهو ما جاء في نص المادة التاسعة من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

[1186]- وهو الالتزام الذي أورده المشرع الجزائري في عقد الإيجار في المادة 491 من القانون المدني، المرجع السابق.

[1187]- نص المادة 35 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[1188]- عبد الفتاح محمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 372.

[1189]- وهو الالتزام الذي ورد في الفقرة العاشرة من المادة 39 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، وكذا في نص المادة 14 فقرة 2 من اتفاقية أوتاوا.

[1190]- وردت في المادة 494 من القانون المدني التي جاء فيها:

الصيانة الضرورية وتقع على عاتق المؤجر[1191]، فان عقد الاعتماد الايجاري لم يميّز بينهما بالرغم من الطابع الايجاري للعقد[1192]، إذ لا يتحمل المستأجر التمويلي الالتزامات التي تتعلق بالصيانة التأجيرية فقط بل ملزم أيضا بالقيام بالإصلاحات الكبرى وعلى حسابه الخاص.[1193] لقد ورد هذا الالتزام في المادة 33 من أمر رقم 96-09، إلا أننا نلاحظ أن المشرع الجزائري أورد الالتزام بالصيانة ضمن التزامات المستأجر التمويلي، ولم يوردها ضمن التزامات المؤجر التمويلي، لكنه استعمل الصياغة التالية: *" يمكن أن يضع العقد على عاتق المستأجر الالتزام بالحفاظ على الأصل المؤجر وصيانته..."*، وهذا ما يفيد بأن الالتزام بالصيانة في الأصل يقع على عاتق المؤجر التمويلي، إلا إذا اتفق الأطراف على نقله إلى المستأجر التمويلي[1194]، لذلك نرى أنّه كان من الأفضل أن يرد هذا الالتزام ضمن التزامات المؤجر التمويلي مع منح إمكانية الاتفاق على خلاف ذلك، أو الاقتداء باتفاقية أوتاوا التي ألزمت المستأجر التمويلي بالقيام بالصيانة، دون الحاجة إلى الاتفاق على ذلك في العقد.[1195]

ب 3-التأمين على الأصل المؤجر: يمكن أن يضع عقد الاعتماد الايجاري على عاتق المستأجر التمويلي الالتزام بتأمين الأصل المؤجر على حسابه[1196]، ضد مخاطر الإتلاف الكلي أو الجزئي، والتي تحد أو تمنع الاستعمال المتفق عليه[1197]، إذ عادة ما تفرض عقود الاعتماد

" يلتزم المستأجر بالقيام بالترميمات الخاصة بالإيجار والجاري بها العمل ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك".

[1191]- والتي وردت في المادة 479 من القانون المدني وجاء فيها:

" على المؤجر أن يتعهد بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم ويجب عليه أن يقوم بالترميمات الضرورية دون الترميمات الخاصة بالمستأجر.....".

[1192]- حمزي إبراهيم، المرجع السابق، ص 169.

[1193] - MARIO Giovanoli, *Le crédit-bail en Europe (développement et nature juridique*), Litec, Paris, 1980, p. 239.

[1194]- وهو الالتزام الذي يقع على عاتق المستأجر في الإيجار التجاري، أنظر:

ROUQUET (Y), « Grosses réparations : transfert de la charge au preneur » *Recueil Dalloz* 2010, p. 2360.

[1195]- وهذا في المادة التاسعة من الاتفاقية والتي تفيد الإلزام وليس الاختيار.

[1196] - HEMARD Jean, op. cit. p. 37.

[1197]- نص المادة 34 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

الايجاري تبعة الهلاك الكلي أو الجزئي للأصول على عاتق المستأجر التمويلي، ولا يتوقف الأمر عند تبعة الهلاك الذي يتسبب فيه هو فقط، بل حتى تبعة الهلاك الذي يكون بسبب أجنبي والقوة القاهرة.[1198]

ان الغرض من التأمين هو تعويض المؤجر التمويلي من المخاطر التي قد تصيب الأصول المؤجرة خلال مدة العقد، إضافة إلى ذلك فهو يخفف عن المستأجر التمويلي عبئ قيامه هو بتعويض المؤجر التمويلي إذ تقوم شركة التأمين بالتعويض في حالة هلاك الأصل. وقد تمتلك بعض شركات الاعتماد الايجاري شركات تأمين خاصة بها مثلما فعلت شركة LOCAFRANCE، لذلك تطلب من المستأجر التمويلي التأمين لديها أو تقوم شركة الاعتماد الايجاري بالتأمين مع تحمل المستأجر التمويلي لنفقاته عن طريق دفع قيمة الأجرة التي دفعتها.[1199]

ثالثا-الالتزام بتحمّل المسؤولية المدنية تجاه الغير: إن استعمال الأصول المؤجرة طوال مدة عقد الاعتماد الايجاري قد يلحق أضرار بالغير، كأن تصيب آلة شخص فتسبب له إصابة أو تودي بحياته، كما قد تسقط البناية-محل العقد-فتؤدّي إلى إصابة أو موت أشخاص[1200]، فمن يتحمّل مسؤولية هذه الأضرار التي سببتها الأصول المؤجرة؟ هل يتحمّلها المؤجر التمويلي باعتباره مالك لها؟ أم يتحمّلها المستأجر التمويلي باعتباره مستعمل لها؟

لقد ترك المشرع الجزائري مسألة من يتحمّل مسؤولية الأضرار التي تسببها الأصول لاتفاق أطراف العقد ما لم تكن متعلّقة بالنظام العام، ومع ذلك فانّه يُفهم من خلال عدّة

[1198]- ورد في نموذج لعقد اعتماد إيجاري للأصول المنقولة محرر من طرف بنك البركة الجزائري، في المادة التاسعة ما يلي: " يقر العميل بصريح العبارة انه يتحمل وعلى نفقاته الخاصة كل الأخطار التي قد تتعرض لها الأصول المنقولة." كما جاء في المادة العاشرة: " يلتزم العميل بتأمين الأصول المنقولة ضد كافة الأخطار لفائدة البنك وتجديد التأمين طيلة مدة الإيجار."

[1199]- بن زيوش مبروك، المرجع السابق، ص 63.

[1200] -PHILIPPOSSIAN Pascal, op.cit. p. 38.

موّاد من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري،[1201] أن المستأجر التمويلي هو الذي يتحمل هذه المسؤولية، ففي المادة 17 منح المشرع إمكانية إعفاء المؤجر التمويلي من المسؤولية تجاه المستأجر التمويلي أو تجاه طرف آخر في كل المرات التي لا يحددّ فيها القانون هذه المسؤولية، على أساس أنّها من النّظام العام ويترتّب عنها بطلان الشّرط التّعاقدي.[1202]

ثم جاءت المادة 19 لتُؤكِد أيضا أنّه يستفيد المؤجر التمويلي من كل الحقوق القانونية المرتبطة بحق الملكية، لا سيما تلك المنشئة للبنود التي تعفي صاحب الملكية من المسؤولية المدنية.[1203] كما أحالت المادة 39 -في حالة عدم وجود اتفاق بين المتعاقدين-إلى تطبيق أحكام القانون المدني في تحديد الالتزامات التي تقع على عاتق المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري،[1204] مما يحيلنا إلى تطبيق المادة 138[1205]، والمادة 140[1206] من القانون المدني.

استنادا إلى ما قُلناه فان المؤجر التمويلي عادة ما يُضمّن عقد الاعتماد الايجاري شرط إعفاءه من تحمل تبعة الأضرار التي تسببها الأصول المؤجرة للغير ويحمّلها للمستأجر التمويلي.

الا أن اتفاقية أوتاوا كانت واضحة في هذه المسألة اذ نصت صراحة في المادة 18 فقرة 1 (ب) على اعفاء المؤجر التمويلي -باعتباره مالكا للأصول المؤجرة-من مسؤوليته المتعلقة بالأصول المؤجرة تجاه الغير، الذي قد يصيبه ضرر من جرّاء استعمال تلك الأصول، وبالتالي يتحمل

[1201]- وهذا عكس ما فعله المشرع المصري الذي أورد نصا واحدا يحمّل فيه تبعة الأضرار التي يلحقها الأصل المؤجر بالغير، وهذا في الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون 95 لسنة 1995.

[1202]- مضمون المادة 17 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[1203]- مضمون المادة 19 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع نفسه.

[1204]- للمزيد من التفاصيل أنظر: خدروش الدراجي، المرجع السابق، ص 142.

[1205]- والتي تحدد مسؤولية حارس الأموال.

[1206]- والتي تحدد مسؤولية حارس البناء.

المستأجر التمويلي التعويض عن كل ضرر قد تسببه الأصول المؤجرة للغير ما دام هو الذّي يستعملها.[1207]

رابعا-الالتزام برد الأصول إلى المؤجر التمويلي عند انقضاء العقد: بعد انقضاء عقد الاعتماد الايجاري وإذا لم يختر المستأجر التمويلي خيار شراء الأصول أو تجديد العقد لمدة أخرى، فانّه يقع على عاتقه التزام رد الأصول إلى المؤجر التمويلي وهذا جاء في أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري الذي نصّ على:

" يجب على المستأجر عند انقضاء مدة الإيجار في حالة ما لم يقرر حق الخيار بالشراء المتفق عليه، أو في حالة عدم تجديد الإيجار أن يردّ الأصل المؤجر على حالة اشتغال واستعمال توافق حالة أصل مماثل وحسب عمره الاقتصادي." [1208]

كما تضمنت اتفاقية أوتاوا هي الأخرى هذا الالتزام اذ على المستأجر التمويلي أن يلتزم برد الأدوات إلى المؤجر التمويلي في حالة جيدة وتحديدا بالحالة التي تسلّمها، مع الأخذ بعين الاعتبار ما يحدث من تلف ناجم عن الاستعمال العادي والمألوف للأصول، أو أيّ تغيير أو تعديل طرأ باتفاق بين الطرفين.[1209] فالعبرة إذا ليست برد الأصول فقط بل ردّها في الحالة التي سلّمت فيها مع الأخذ بعين الاعتبار استعمالها طوال مدة العقد، ولم تتضمن اتفاقية أوتاوا جزاء مخالفة المستأجر التمويلي لهذا الالتزام، كما لم ينص المشرع الجزائري على هذا الجزاء في حين أشارت إليه بعض التشريعات على غرار المشرع المصري الذي نص صراحة على أن إخلال المستأجر التمويلي بالتزامه برد الأصول يسري عليه أحكام المادة 341 من قانون العقوبات والمتعلقة بجريمة خيانة الأمانة.[1210]

[1207]- ناصيف حسام الدين فتحي، التأجير التمويلي الدولي للمنقول.... ، المرجع السابق، ص 116.

[1208]-نص المادة 36 من أمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري، المرجع السابق.

[1209]- المادة التاسعة فقرة 1 و2 من اتفاقية أوتاوا، المرجع السابق.

[1210]- السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 544.

خلاصة الفصل الثاني: تتجسّد معالم ذاتية عقد الاعتماد الايجاري الدولي في صعوبة خضوع أحكامه لقانون الارادة ممّا دفع الى ضرورة البحث عن توحيد للقواعد الموضوعية – وليس مجرد توحيد قواعد الاسناد-وهذا نظرا لعدّة أسباب تعود أساسا الى الطبيعة الخاصة للعقد، والتي أدّت الى اختلاف تكييفه القانوني في مختلف التشريعات، إضافة الى ضرورة احاطة شركات الاعتماد الايجاري الدولي بحماية خاصة نظرا للمخاطر التي تنجم عن ممارسة نشاط الاعتماد الايجاري الدولي خارج الحدود، إضافة الى مخاطر أخرى.

ان الحلول التي نتوصل اليها في إطار منهج قواعد الاسناد لا تتلاءم مع طبيعة العقد، في الوقت الذي ظهرت فيه أزمة سمّاها فقهاء القانون الدولي الخاص بأزمة قواعد الاسناد، فظهر منهج القواعد الموضوعية كمنهج بديل لحل مشكلة تنازع القوانين، يتلاءم مع طبيعة عقد الاعتماد الايجاري الدولي، لذلك بدأت الجهود تتضافر وصولا الى ابرام اتفاقية أوتاوا لسنة 1988 لتوحيد القواعد الموضوعية لعقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول، والتي تعتبر الإطار القانوني الدولي لهذا العقد.

لاتفاقية أوتاوا نطاق زمني ونطاق مكاني للتطبيق كما أن لها شروط موضوعية لتطبيق أحكامها، وما استنتجناه هو نطاقها الضيّق للتطبيق وطابعها الاختياري بالنسبة لأطراف العقد، وقد جاءت قواعدها كلّها قواعد موضوعية-ما عدى قاعدة واحدة للإسناد-كمُحاولة لإعادة التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، مراعية في ذلك عدم تساوي المراكز القانونية لأطراف العقد وتقسيم المهام بينهم.

خاتمة الباب الثاني: بالرغم من زيادة نصيب القواعد الموضوعية في تنظيم العقود الدولية وبالأخص عقد الاعتماد الايجاري الدولي، إلا أن منهج قواعد الإسناد يبقى دائما محتفظا بدور مهم في هذا المجال، خاصة في حالة عدم نجاح القواعد الموضوعية في إيجاد الحلول المناسبة وهذا لعدة أسباب قد تكون بسبب اختيار أطراف العقد عدم تطبيق أحكامها مادامت الاتفاقية منحت لهم امكانية استبعاد أحكامها كلية أو جزء منها، كذلك بسبب كثرة عقود الاعتماد الايجاري الدولي التي لا تخضع الى أحكام اتفاقية أوتاوا لكون الاتفاقية استثنها من الخضوع الى أحكامها بشكل صريح، كالعقود الواردة على عقار و العقود التي ليس لها طابعا ثلاثيا ، إضافة الى العقود التي يكون الغرض منها الاستعمال الشخصي أو العائلي، ففي كل هذه الحالات لا تطبق اتفاقية أوتاوا بل نعود الى الأصل وهو منح أطراف العقد حرية اختيار القانون الذّي يحكم عقدهم.

لذلك يمكن القول أن منهج القواعد الموضوعية لا يمكن أن يستغني عن منهج قواعد الإسناد، هذا ما دفع ببعض الفقهاء الى القول بأنه يجب خلق التزاوج و الجمع بين منهج قواعد الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية، عن طريق تقسيم الأدوار بينها حسب الضرورة ومقتضيات الصياغة الفنية للعقد.

ان زيادة ظاهرة اختلال التوازن في العقود الدولية بصفة عامة والاعتماد الايجاري الدولي بصفة خاصة، -حسب ما يراه الأستاذ سلامة فارس عرب-أفرغ الحكمة القائلة بأن العقد هو قانون الأطراف وأن كل ما هو تعاقدي سيكون عادلا من مضمونها، فقد باتت أغلب هذه العقود أقرب ما تكون إلى عقد الإذعان، أو كما يراها البعض أنها مجرّد مقياس لثوب جاهز إما نأخذه كما هو أو لا نأخذه.

إن الحديث عن وجود تناسب في محتوى الحقوق والالتزامات في عقد الاعتماد الايجاري الدولي لا يقصد به اصلاح التفاوت الاجتماعي والاقتصادي بين الأغنياء والفقراء، إنما المقصود هو إيجاد تناسب في محتوى الحقوق والالتزامات التي يكتسبها والتي يتحملها

كل طرف في العقد، وهذا ما حققته اتفاقية أوتاوا التي حاولت بشكل كبير معالجة الاختلال بين أداءات أطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي، حيث قامت الاتفاقية بتقسيم المهام بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي، فاحتفظ المؤجر التمويلي بدوره التمويلي لذلك منحته الاتفاقية جميع الضمانات التي يحتاجها لحماية حقوقه -باعتباره مالك الأصول- تجاه المستأجر التمويلي وتجاه الغير، في حين منحت الجانب التقني المتعلق باختيار البائع والأصول للمستأجر التمويلي مع منحه الضمانات الكافية لحماية حقوقه تجاه البائع والمؤجر التمويلي حتى تجاه الغير.

هذا على خلاف ما جاء في التشريعات الوطنية التي كرست وبشكل كبير اختلال التوازن بين أطراف العقد، مما جعل من المؤجر التمويلي يتمتع بحماية خاصة وهذا عن طريق منحه امكانية اعفاء نفسه من عدد كبير-حتى لا نقول كل-الالتزامات ونقلها الى المستأجر التمويلي، فأصبح هذا الأخير يتحمل كل الالتزامات وبالتالي سيكون مهدد في كل مرة يخل فيها بأحد التزاماته الكثيرة، بطلب المؤجر التمويلي فسخ العقد مع تحمله تبعة هذا الفسخ والتي عادة ما تكون باهظة.

خاتمة

خاتمة

إن خصوصية عقد الاعتماد الايجاري الدولي تبدأ من حيث بروزه كفكرة جاءت استجابة إلى الحاجة الملّحة إلى التمويل، حيث يشكل هذا الأخير أهم عقبة تعترض سبيل المشاريع الاستثمارية الكبيرة منها وحتى الصغيرة،[1211] في وقت لم تكن وسائل التمويل الأخرى تتناسب مع تلك الظروف التي كانت تحيط بالصّفقة التي عُرضت على السيّد BOOTH ،هذا العنصر الجوهري كان السبب الكافي لانتشار وانتقال الاعتماد الايجاري إلى مختلف دول العالم، وعلى الخصوص في قطاعي النقل الجوي والنقل البحري، والسبب في ذلك هو التكلفة الباهظة جدا لأسعار الطائرات والسفن ممّا يكلّف شركات الطيران والنقل البحري رصد أموال طائلة تعجز في أغلب الحالات عن توفيرها لتوسيع نشاطها ممّا أدى إلى إفلاس العديد منها.

يقوم عقد الاعتماد الايجاري الدولي-عند ابرامه-على أساس فكرة الايجار (الملكية الاقتصادية) وليس على أساس فكرة التملّك (الملكية القانونية)، مع إمكانية نقل الملكية القانونية عند انقضاء العقد إذا ما اختار المستأجر التمويلي الشراء، فهو تجسيد لفكرة الفصل بين الملكية والاستعمال التي كان ينادي بها أرسطو.

إذا كان المستأجر التمويلي هو المستفيد الأكبر من عقد الاعتماد الايجاري الدولي لكونه تحصّل على تمويل كامل لاستثماره (عادة ما يكون من شركة أجنبية)، وبأقل المخاطر التي كانت ستعترضه لو اختار وسائل التمويل الأخرى نظرا للامتيازات التي يمنحها له الاعتماد الايجاري، وبطريقة تسمح له بمواكبة التطور التكنولوجي الهائل والسريع في وسائل الإنتاج التي يحتاج اليها، لكونه استأجرها فقط ولم يشتريها وبالتالي كلّما ظهرت وسائل أكثر تطورا منها سيقوم باستئجارها، وبذلك سيتمكن من المحافظة على قدرة مشروعه على المنافسة في السّوق.

[1211] - إن قيام أي مشروع اقتصادي واستمراره لا يمكن أن يستغني عن أهم عنصر وهو رأس المال الذي يشكل أهم عقبة في وجه المستثمرين، أنظر:

TRABELSI – EL GHARBI Myriam, Le *choix de la source de dettes par les grandes firmes : le cas français*, Thèse de Doctorat, Université d'Orléans et Université de Tunis, 2009, p. 1 .

خاتمة

فان المؤجر التمويلي هو الاخر سيستفيد من عقد الاعتماد الايجاري الدولي لأنّه موّل صاحب المشروع بأقل المخاطر، من خلال احتفاظه بملكية الأصول المؤجرة للمستأجر التمويلي على سبيل الضمان- وهو من أقوى الضّمانات والتي لا توفّرها الوسائل الأخرى للتمويل-، إذ أن الملكية تؤمّن حق المموّل في استرداد المبلغ الذي دفعه في التمويل ولا يرد شرط الاحتفاظ بالملكية صراحة في الاتفاق بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي لكونه يختفي وراء فكرة الإيجار، لهذا يُطلق على هذا العقد تسمية القرض الايجاري أو التأجير التمويلي، حيث يظل المؤجر التمويلي مالكا للأصول طول مدة العقد، ومن ثم فإنه بإمكانه أن يستردها من تفليسة المستأجر التمويلي في حالة تعرّضه للإفلاس ،كما لا يمكن للمستأجر التمويلي أن يتصرف فيها وإلا عُدّ مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة.

إن عقد الاعتماد الايجاري الدولي يتضمن العديد من خصائص العقود التقليدية لأنّه يحمل في طيّاته عدّة تقنيات تعاقدية كلاسيكية كعقد البيع والإيجار والوكالة والوعد بالبيع من جانب واحد، إلاّ أنه يحتفظ بخصوصياته التي لا نجدها حتى في تلك العقود التي يتضّمنها، هذا ما جعل منه عقد له ذاتيته الخاصة به لكونه ليس مجرّد تطبيق لتلك العقود، فقد اشتق منها-بصفة انتقائية- بعض الأحكام والاثار التي تتلاءم مع طبيعته ومع الوظائف التي يؤدّيها[1212]، كما تم استبعاد تلك الأحكام التي تخالف طبيعته وأهدافه، لذلك نجد أن المشرع الجزائري يستبعد صراحة تطبيق بعض أحكام القانون المدني المتعلقة بالإيجار، على عقد الاعتماد الايجاري وهذا ما نجده في المادة 42 من أمر رقم 96-09، كما تم استبعاد تطبيق بعض المواد من القانون التجاري في تنظيم العلاقة بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي -ماعدا أحكامها الموافقة لبيع المحلات التجارية المؤجرة بمقتضى عقد اعتماد إيجاري-، ممّا يؤكد أن العديد من الأحكام المتعلقة بعقد الإيجار لا تتناسب مع خصوصية عقد الاعتماد الايجاري.

[1212] - القلاب بسلم هلال مسلم، المرجع السابق، ص 372.

خاتمة

لذلك فان الاعتماد الايجاري حسب تعبير الأستاذ الخصاونة " يشكّل عملية واحدة متكاملة غير قابلة للتجزئة تنصب على محل واحد وسبب واحد وتسعى لتحقيق هدف واحد"، [1213] وهذا ما عبّر عنه بعض الفقهاء بفكرة انصهار لعدة قوالب عقدية لتشكل عقد جديد وبمواصفات وخصوصيات جديدة.

ان القاعدة المعروفة في أغلب التشريعات في العالم هي خضوع العقود الدولية بصفة عامة الى قانون الإرادة، استنادا الى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين التي تمنح أطراف العقد الدولي اختيار القانون الذّي يحكم عقدهم، وبالتالي فان عقد الاعتماد الايجاري الدولي يخضع هو الاخر لهذه القاعدة لذلك لابد من الرجوع إلى قواعد الإسناد المعروفة في القانون الدولي الخاص والتي تُخضع العقد الدولي في الأصل إلى قانون الإرادة[1214].

حتى لو اختار أطراف العقد قانونا ليحكم عقدهم-قانون الإرادة-فان نطاق تطبيقه ضيّق جدا، سواء من حيث الجوانب العقدية أو الجوانب العينية من عقد الاعتماد الايجاري الدولي، اذ أن عدة مسائل من العقد وردت في شأنها قواعد امرة لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها كخضوع الاهلية لقانون جنسية الشخص وخضوع شكل العقد لقانون محل ابرامه وبالتالي لا تخضع لقانون الإرادة، كما أن الطبيعة الخاصة لهذا العقد أدت الى الاختلاف في تكييف هذا العقد في إطار القوانين الوطنية، إضافة الى المخاطر التي تعيق ابرام الاعتماد الايجاري الدولي كخطر افلاس أحد أطراف العقد وخطر سعر الصرف، مع ضرورة حماية شركات الاعتماد الايجاري حماية خاصة باعتبارها المالكة للأصول المؤجرة، مع العلم أن تلك الأصول ستنتقل من دولة الى أخرى وسيحوزها مستأجر تمويلي ليس مالك لها.

يعتبر الاعتماد الايجاري من العقود التي يجب أن يكون المؤجر التمويلي فيها إما بنكا أو مؤسسة مالية أو شركة اعتماد إيجاري مؤهلة قانونا، لذلك عادة ما يطبق قانون المؤجر

[1213] - الخصاونة علاء الدين عبد الله فواز، المرجع السابق، ص 210.

[1214] - نص المادة 18 من التقنين المدني الجزائري، المرجع السابق.

خاتمة

التمويلي باعتباره من القواعد ذات التطبيق الضروري، على اعتبار أن الدول تحيط العقود المتعلقة بالتمويل بنوع من الطابع الحمائي نظرا لارتباطها بالاقتصاد الوطني مما يحول دون تطبيق قانون الإرادة.

ان العلاقة بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي ينطبق عليها ما قاله الأستاذ POCAR Fausto، الذي يرى أن كل عقد يحتوي على قدر من اختلال التوازن بين أطرافه، لأن كل طرف له بعض مواطن الضّعف في مُواجهة الطرف الآخر عند إبرام العقد ، ونرى بأن المستأجر التمويلي لا يلجأ إلى إبرام عقد الاعتماد الايجاري الدولي إلاّ لكونه في حاجة إلى تمويل، في حين عادة ما يكون المؤجر التمويلي في حالة أفضل منه بكثير-لكونه بنك أو مؤسسة مالية أو شركة اعتماد إيجاري-، لذلك يظهر عدم التناسب في الأداءات في عقد الاعتماد الايجاري الدولي بالشكل الذي بيّناه سابقا، و نظرا لزيادة ظاهرة اختلال التوازن في العقود الدولية بصفة عامة[1215] والاعتماد الايجاري الدولي بصفة خاصة، ونظرا للانتشار الكبير جدا لعقود الاعتماد الايجاري الدولي في العديد من النشاطات الاقتصادية وبالخصوص في مجال الطيران والنقل البحري، دفع إلى ضرورة وضع إطار قانوني دولي يحكم هذا العقد الدولي، وهو ما تجسد من خلال اتفاقية أوتاوا لسنة 1988 حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول، والتي تعتبر النظام الإطار un régime cadre الذي لم ينظم كل الجوانب المتعلقة بالعقد بل نضّم أبرزها وترك للأطراف الاتفاق على التفاصيل في العقد.

وبعد دراستنا لأحكام اتفاقية أوتاوا توصلنا الى جملة من الاستنتاجات سنحاول ابرازها كما يلي:

[1215] - قال مندوب الهند في أحد المؤتمرات الدولية التي كان موضوعها: من أجل نظام تجاري واقتصادي دولي جديد قائم عل المساواة والتوازن بين أطراف العقود الدولية: **"إذا أردنا الوصول إلى عدالة ومساواة وتوازن في العلاقات التجارية والاقتصادية الدولية نأخذ فيها بجانب الطرف الضعيف. فعلينا أن نبدأ بمعاملة غير متساوية بين غير المتساويين."**

خاتمة

أولا-ان نطاق تطبيق اتفاقية أوتاوا محدود جدا هذا ما يتضح من خلال الشروط التي وضعتها الاتفاقية نفسها من أجل تطبيقها:

1-فمن حيث نطاق التطبيق المكاني فان الاتفاقية لا تطبق إلا إذا كان المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي مؤسسة تقع داخل دول مختلفة، وأن تكون هذه الدول-بما فيها دولة المورد-من الدول المتعاقدة، أو أن يخضع عقدي البيع والاعتماد الايجاري لقانون دولة متعاقدة، كما يمكن تطبيق الاتفاقية إذا اختار أطراف العقد تطبيق قانون دولة صادقت على الاتفاقية،

2-أما من حيث التطبيق الزمني فان اتفاقية أوتاوا ليس لها أثر رجعي مما يجعل من العقود التي أبرمت قبل المصادقة عليها لا تخضع لأحكامها.

3-وضعت اتفاقية أوتاوا شروط موضوعية لتطبيقها مما جعل الكثير من العقود لا تخضع لأحكامها، كالعقود الواردة على العقارات والعقود التي لا تتضمن ثلاثة أطراف والعقود التي يكون الغرض منها شخصي أو عائلي، إضافة الى ذلك فان الاتفاقية منحت حرية لأطراف العقد لاستبعاد تطبيق أحكامها استبعادا كليا أو جزئيا، مما جعلها ذات طبيعة اختيارية،

كما نصت الاتفاقية أيضا في المادة 16 على إمكانية استبعاد تطبيق بعض أو كل أحكامها، وهذا في حالة إبرام أو في صدد إبرام اتفاقية ذات صبغة عالمية أو إقليمية، وبالخصوص فان الاتفاقية يجب ألا تمس بمسؤولية الأشخاص الناجمة عن اتفاقية أُبرمت أو في صدد الإبرام.

ثانيا-ان تعدد حالات عدم تطبيق أحكام اتفاقية أوتاوا يفرض اللّجوء في كل حالات استبعادها الى الأصل وهو تطبيق قانون الإرادة، لذلك يتأكد عدم إمكانية الاستغناء عن منهج قواعد الاسناد-على الرغم من المساوئ العديدة التي يحتويها-وبذلك ظهرت فكرة خلق

خاتمة

الجمع بين منهج قواعد الاسناد ومنهج القواعد الموضوعية وتطبيقها بشكل يتناسب مع الظروف المحيطة بالعقد وكل الجوانب الفنية المتعلقة بكل عقد.

ثالثا-لقد كان الهدف الذي سعي اليه واضعو اتفاقية أوتاوا هو توحيد القواعد القانونية التي تحكم عقد الاعتماد الايجاري الدولي، وذلك لتفادي تطبيق القوانين الوطنية على هذه العقود من جهة، ومن جهة ثانية من أجل محاولة إعادة التوازن في المراكز القانونية بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي، هذا الاختلال كرسته جميع الأنظمة القانونية الداخلية.

لذلك أخذت اتفاقية أوتاوا بعين الاعتبار الوظائف التي يؤدّيها كل طرف في عقد الاعتماد الايجاري الدولي، من خلال ما تسمّيه الأستاذة BOST Emmanuelle **بتقاسم المهام** الذّي يؤطر العلاقة بين الأطراف، وما دام الهدف الأساسي الذي جاء في ديباجة الاتفاقية هو إعادة التوازن بين أطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي فإننا توصلنا في هذه المسألة الى الاستنتاجات التالية:

1 -لقد قامت اتفاقية أوتاوا بتنظيم العلاقة التي تجمع بين كل من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي من جهة وبائع الأصول من جهة أخرى، تنظيما مفصلا مع تحديد الوظيفة التي يقوم بها كل طرف منهما في عقد البيع.

2-يقوم المؤجر التمويلي بالوظيفة التمويلية فقط لذلك منحت له الاتفاقية إمكانية اعفاء نفسه من اختيار البائع والأصول وذلك بشرط أن لا يتدخل في خذه المسألة، كما أعفته من تسليم تلك الأصول للمستأجر التمويلي، بل أكثر من ذلك منعته الاتفاقية من المساس بحقوق المستأجر التمويلي الناتجة عن عقد البيع (وهو عقد شراء الأصول من البائع)، سواء بالفسخ أو بالتعديل الا إذا وافق المستأجر التمويلي على ذلك وهذا بموجب المادة 11 من اتفاقية اوتاوا، وهذا حماية لمصلحة المستأجر التمويلي الذي ليس من مصلحته تعديل بنود عقد البيع، ما دام هو الأدري بطبيعة الأصول التي يريدها والمواصفات التي يحتاج اليها.

خاتمة

3-ان عدم تدخل المؤجر التمويلي في اختيار الأصول والبائع يعتبر تنازلا منه عن صلاحيات يفترض أنه هو الذي يقوم بها ما دام هو الذي سيدفع ثمنها لكونه سيكون مالك لها، لذلك لا يستطيع تحمل مسؤولية عدم صلاحية تلك الأصول أو عدم تناسبها مع رغبة المستأجر التمويلي، لذلك قامت الاتفاقية بحماية المؤجر التمويلي عن طريق اعفاءه من جميع المسؤولية المتعلقة بالأصول.

4-يؤدي المستأجر التمويلي الوظيفة التقنية فقط لذلك منحته اتفاقية أوتاوا حق المبادرة باختيار البائع والأصول بالمواصفات التي يريدها، ثم تسلّم تلك الأصول مباشرة من البائع دون المرور على المؤجر التمويلي، الا أن اتفاقية أوتاوا قامت بتقييد سلطة المستأجر التمويلي بعدم منحه إمكانية فسخ أو إبطال عقد البيع بدون موافقة المؤجر التمويلي، وهذا ما جاء في المادة 10 فقرة 2 من الاتفاقية.

5-ان تحميل المستأجر التمويلي مسؤولية اختيار الأصول والبائع ثم تسلّمها مباشرة من البائع، مع اعفاء المؤجر التمويلي من مسؤولية هذا الاختيار وهذا التسليم، لا يعني ضياع حقوق المستأجر التمويلي فكان لا بد من إيجاد وسيلة قانونية لمنحه حق الرجوع على البائع وهذا ما جسدته الاتفاقية في المادة 10 فقرة 1 عن طريق منح المستأجر التمويلي إمكانية رفع الدعوى المباشرة ضد بائع الأصول، وهي الدعوى التي تمكّنه من التمسك بالدفوع التي كان بإمكان المؤجر التمويلي-باعتباره المشتري للأصول- في مواجهة البائع، مما يمنح حماية للمستأجر التمويلي في عقد البيع.

6-لقد منحت اتفاقية أوتاوا في المادة 12 فقرة 1(ب) للمؤجر التمويلي من أجل تفادي فسخ عقد الاعتماد الايجاري وهذا في حالة عدم التزام البائع بتسليم الأصول أو في حالة عدم التزامه بتسليم أصول مطابقة، فرصة من أجل قيامه بتسليم -للمستأجر التمويلي-أصولا مطابقة لتلك المتفق عليها في العقد وذلك خلال مدة زمنية معقولة، وهذا تجسيد لحماية المؤجر التمويلي من الفسخ.

خاتمة

7-لقد كانت اتفاقية أوتاوا واضحة في تحديد القواعد الآمرة التي لا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على استبعادها، وذكرتها على سبيل الحصر وهي: المادة الثامنة فقرة 3، المادة الثالثة عشر فقرة 3 ب، والمادة الثالثة عشر فقرة 4، وهي كلّها مواد متعلقة بالنظام العام.

8- لقد جاءت اتفاقية أوتاوا في مسألة ضمان التعرض بأحكام تمنح حماية أكثر للمستأجر التمويلي أحسن من تلك الموجودة في القوانين الداخلية، وهذا ما يمكن استخلاصه في ثلاثة نقاط:

أ-حصرت الاتفاقية إمكانية اعفاء المؤجر التمويلي من الضمان في حالتين فقط،والتالي فالأصل هو عدم جواز اعفاءه الا في حدود الحالتين فقط، وهما حالة كون التعرض ناتج عن إهمال المستأجر التمويلي أو تصرفه،وحالة التعرض الذي لا يكون بسبب إهمال أو فعل عمدي أو خطأ جسيم من المؤجر التمويلي، اضافة الى اعفاء المؤجر التمويلي من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأصول في مواجهة الغير.

ب - نصت الاتفاقية على ضرورة تطبيق القانون الذي تحدده قواعد الاسناد في حالة تضمنه لحماية أكثر للمستأجر التمويلي في مسألة الضمان.

ج- منعت الاتفاقية على أطراف العقد إمكانية مخالفة أحكامها أو تعديلها بشكل يؤدي الى عدم مساءلة المؤجر التمويلي عن فعله وإهماله غير العمدي أو عن خطئه الجسيم وهي الحالة التي رودت في المادة الثامنة فقرة 3 من الاتفاقية.

9-ان اتفاقية أوتاوا عالجت مسألة هامة جدا تتعلق بطلب فسخ العقد من طرف المؤجر التمويلي وتحميل المستأجر التمويلي تبعة هذا الفسخ، وهي من أكثر الاختلالات التي نجدها في التشريعات الداخلية للدول بما فيها القانون الجزائري، ونميز هنا بين حالتين، الا أن اتفاقية أوتاوا نظمت هذه المسألة بأن ميّزت بين حالتين:

<u>الحالة الأولى</u> تتعلق بالإخلال البسيط بالالتزامات من طرف المستأجر التمويلي وفي هذه الحالة يجب على المستأجر التمويلي الوفاء بقيمة الأجرة مع الفوائد التأخيرية والتعويضات،

الا أن حق المؤجر التمويلي في الفوائد والتعويض عن الضرر ليس مطلقا، إذ أن الاتفاقية اشترطت في المادة 13 فقرة 6 أن يكون المؤجر التمويلي قد قام بأخذ كافة الاحتياطات اللازمة للحد من خسارته التي تكبدّها، لذلك لا يعوض عن الخسارة التي كان بإمكانه تفاديها، وهذا ما يمنح حماية أكثر للمستأجر التمويلي بعدم تحميله جميع الاضرار التي تلحق بالمؤجر التمويلي.

الحالة الثانية: الإخلال الجوهري بالالتزام من طرف المستأجر التمويلي وهنا يكون الجزاء هو إما الوفاء المقدم للقيمة الايجارية التي أستحقها والتي لم يستحقها بعد أو فسخ العقد، الا أن اتفاقية أوتاوا في المادة 13 فقرة 5، قيّدت حق المؤجر التمويلي في المطالبة بفسخ العقد أو بالدفع المسبق للأجرة التي ستستحق، إلا إذا منح للمستأجر التمويلي فرصة فعلية لتدارك تخلفه عن التسديد إذا كان ذلك ممكنا، وهذا الحل حسب رأينا يقيد المؤجر التمويلي من المبالغة في اللجوء إلى معاقبة المستأجر التمويلي في كل مرة، ومنحه الفرصة إذا كان بإمكانه تدارك عدم التنفيذ.

10-لقد منحت اتفاقية أوتاوا في المادة 13 فقرة 3 (ب) لأطراف العقد إمكانية الاتفاق على تحديد طرق حساب التعويض عن الضرر في العقد، إلا أن هذا الاتفاق يجب ألا يؤدي إلى الحصول على تعويض مبالغ فيه مقارنة بما كان بإمكان المؤجر التمويلي تلقيه لو نفذ المستأجر التمويلي العقد تنفيذا معقولا. ولقد جعلت الاتفاقية من هذا الحكم متعلقا بالنظام العام إذ لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته أو تعديله.

رغم كل هذه الاحكام التي تضمنتها اتفاقية أوتاوا والتي حاولت أن تعيد التوازن بين أداءات أطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي، الا أن الحديث عن إعادة الاتفاقية للتوازن بين أداءات الطرفين بشكل كامل غير ممكن حسب ما تراه الأستاذة BOST Emmanuelle ، لأن طبيعة عقد الاعتماد الايجاري تقوم أساسا على عدم المساواة بين المؤجر التمويلي الذّي

له عدّة حقوق وعليه بعص الالتزامات، والمستأجر التمويلي الذّي عليه عدّة التزامات وله بعض الحقوق.[1216]

أما بالنسبة للقانون الجزائري وبعد دراستنا لأحكام أمر رقم 96-09، المتعلقة بعقد الاعتماد الايجاري سجلنا بعض الملاحظات وهي:

1-استعمال المشرع الجزائري في أمر رقم 96-09 في النسخة العربية لمصطلحي المؤجر والمستأجر، في حين نجده في النسخة الفرنسية من نفس الأمر يستعمل مصطلح المؤجر التمويلي Crédit-bailleur والمستأجر التمويلي Crédit-preneur، فهل تأثُر المشرع الجزائري بالطابع الايجاري هو الذي دفعه إلى استعمال مصطلحات لها علاقة بعقد الإيجار، وإذا كان الأمر كذلك فلماذا لم يتأثر بذلك في النص باللّغة الفرنسية. وبذلك -حسب اعتقادنا-فان المشرع الجزائري قد وقع في خطأ مرّتين: **المرة الأولى** حينما استعمل مصطلح المؤجر والمستأجر، **والمرة الثانية** حينما أورد تناقض بين النسخة الفرنسية -التي تدارك فيها خطأه- والنسخة العربية التي تركها على حالها.

2-إن المشرع الجزائري تأثرا كثيرا بالطابع الايجاري لعقد الاعتماد الايجاري لذلك كرر عدّة مرات في أمر رقم 96-09، استعمال كلمات تؤكد تأثّره بعقد الإيجار، فقد استعمل نفس المصطلحات التي تستعمل للدلالة على عقد الإيجار في عدة مناسبات، فقد استعمل كلمات ***"علاقة إيجار"***، " ***شكل إيجار"*** و***"عقد إيجار"*** من أجل تحديد العلاقة التي تربط أطراف العقد، ثم استعمل كلمات***"إيجارات ومبلغ الإيجار"*** من أجل تحديد التزام المستأجر التمويلي بدفع المبالغ المستحقة عليه، ثم استعمل مصطلح المؤجر والمستأجر لتحديد أطراف العقد.

3- إن المشرع فصل بين **عملية** الاعتماد الايجاري ، و**عقد** الاعتماد الايجاري، ولقد أصاب- حسب رأينا- في هذه المسألة باعتبار أن عملية الاعتماد الايجاري تختلف عن عقد الاعتماد الايجاري، فعملية الاعتماد الايجاري تتضمن عقد الاعتماد الايجاري إضافة إلى عقد البيع (

[1216] -BOST Emmanuelle,op.cit.p. 456.

الذي يبرم بين المؤجر والبائع)، والعلاقة الاقتصادية التي تجمع بين المستأجر والبائع، إلا أنّه بالرجوع إلى مختلف التعاريف التي أوردها لا نجد أثرا لهذا الفرق بين العملية و العقد، فلم يذكر تماما العلاقة التي تجمع بين المؤجر والبائع، ولا العلاقة التي تجمع بين المستأجر والبائع ممّا يجعلنا نقول أن هذا الفصل بين المفهومين كان شكلي فقط.

4-لقد ميّز المشرع الجزائري في مسألة خيار الشراء بين عقد الاعتماد الايجاري المالي والذي يتمتع فيه المستأجر التمويلي بهذا الخيار، وعقد الاعتماد الايجاري العملي الذي لا يتمتع فيه المستأجر التمويلي بخيار الشراء.

5 لقد جاء أمر رقم 96-09 بأحكام تجسد بشكل صريح اختلال التوازن في حقوق والتزامات كل من المؤجر التمويلي، حيث حدد المشرع التزامات المستأجر التمويلي والتي تتمثل في الالتزام بدفع الأجرة والالتزام بالحفاظ على الأصل المؤجر والالتزام برد الأصول الى مالكها عند انقضاء العقد، دون منح المستأجر التمويلي إمكانية اعفاء نفسه من أي التزام، في مقابل ذلك حدد التزامات المؤجر التمويلي وهي الالتزام بتسليم الأصول والالتزام بصيانتها والالتزام بالضمان.

الا أن المؤجر التمويلي يمكن أن يعفي نفسه من جميع هذه الالتزامات ونقلها الى المستأجر التمويلي، وهذا ما نجده في المادة 40 من أمر رقم 96-09 التي نصت على أنّه يمكن للأطراف المعنية بعقد الاعتماد الايجاري أن تتّفق فيما بينها على أن يتكفل المستأجر التمويلي -مقابل حقّه في الانتفاع الذي يمنحه إيّاه المؤجر التمويلي-بالتزام أو عدد من الالتزامات المتعلّقة بالمؤجر التمويلي...وتبعا لذلك يتنازل المستأجر التمويلي عن المطالبة بفسخ عقد الاعتماد الايجاري، أو تخفيض ثمن الإيجار بموجب هذه الضمانات.

6-لقد تضمن أمر رقم 96-09 ضمانة أساسية لحماية حق المؤجر التمويلي في ملكيته للأصول، وذلك بمنحه إمكانية التمسك بالملكية في مواجهة دائني المستأجر التمويلي، وهذا ما نجده في المادة 22.

خاتمة

7-لقد ترك المشرع الجزائري مسألة من يتحمّل مسؤولية الأضرار التي تسببها الأصول لاتفاق أطراف العقد ما لم تكن متعلّقة بالنظام العام، الا أن المستأجر التمويلي هو الذي يتحمل هذه المسؤولية، ففي المادة 17 منح المشرع إمكانية إعفاء المؤجر التمويلي من المسؤولية تجاه المستأجر التمويلي أو تجاه طرف آخر في كل المرات التي لا يحددّ فيها القانون هذه المسؤولية، على أساس أنّها من النّظام العام ويترتّب عنها بطلان الشّرط التّعاقدي.

8-لقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 13من أمر رقم 96-09 على عدم إمكانية إلغاء العقد خلال مدّة الإيجار غير القابلة للإلغاء، لذلك نص على عقوبة فسخ العقد خلال هذه الفترة، إذ أنّ فسخ العقد من أحد الأطراف تمنح الطرف الآخر حقّ التعويض، الذّي يمكن تحديد مبلغه في أحد بنود العقد، الا أن الملاحظ في عقود الاعتماد الايجاري في الجزائر هو نقل جميع الالتزامات من المؤجر التمويلي الى المستأجر التمويلي، لذلك يصبح الأول بعيد تماما عن الاخلال بالتزاماته-لكونه أعفي منها جميعا- في حين يجد الثاني نفسه مهدد بإخلال التزاماته في أي لحظة –بسبب كثرتها- لذلك يمكن القول –حسب اعتقادنا-أن طلب فسخ العقد سوف لن يكون الا من طرف المؤجر التمويلي.

أما بالنسبة لقاعدة الاسناد الواردة في المادة 18 من القانون المدني الجزائري فلنا ملاحظتين حولها وهما:

الأولى: إن نص المادة من القانون المدني18 جاء واضحا بما لا يدع مجالا للشك بأن المشرّع الجزائري أورد ضابط إسناد أصلي وهو قانون الإرادة، وإذا غاب قانون الإرادة يطبّق القاضي الجزائري ضوابط الإسناد الاحتياطية الجامدة، والتي تتمثل في قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة إذا اشترك الأطراف فيها، أمّا إذا اختلفوا في الموطن وفي الجنسية يطبّق القاضي قانون محل إبرام العقد، إلا أن ما جاء في نص المادة 60 من التقنين المدني

خاتمة

يدفعنا إلى القول بإمكانية البحث عن الإرادة الضمنية، حيث أجازت أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

الثانية: إن المشرع الجزائري كان قبل تعديل القانون المدني في 20 جوان2005، يطلق الحرية لأطراف العقد لكونه لم يشترط ضرورة وجود صلة بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد، فكان بإمكان الأطراف اختيار أيّ قانون ولو لم يكن له أيّ صلة بالمتعاقدين أو بالعقد أيضا.

أما بعد تعديل القانون المدني في 20 جوان 2005 والذي مسّ المادة 18 التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فان المشرع الجزائري منح الحرية لأطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، إلا أنّه ربط هذه الحرية في الاختيار بضرورة أن تكون لهذا القانون المختار صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد[1217]، وهذا ما يعتبر تقييدا لحرية الأطراف في الاختيار.

بعد عرضنا لمختلف الاستنتاجات التي توصلنا اليها بعد دراسة وتحليل أحكام اتفاقية اوتاوا وكذا أمر رقم 96-09، يمكن لنا أن ننهي بحثنا برفع الاقتراحات التالية:

1- يجب إعادة النظر في المصطلحات التي استعملها المشرع الجزائري في أمر رقم 96-09، في النسخة العربية، واستعمال مصطلحات المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي بدل المؤجر والمستأجر، وهي المصطلحات التي استعملها في النسخة باللغة الفرنسية.
2- يجب تحديد العلاقة الموجودة بين جميع أطراف الاعتماد الايجاري وذلك بتحديد العلاقة بين المؤجر التمويلي والبائع، ثم بين المستأجر التمويلي والبائع، وذلك عن طريق ابراز كيفية تدخل المستأجر التمويلي في عقد البيع.

[1217]- صيغت المادة 18 في تعديل 2005 كما يلي:" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد...".

3- يجب الإشارة الى جزاء عدم التزام المستأجر التمويلي برد الأصول الى المؤجر التمويلي، أو ردها في حالة غير قابلة للاستعمال، وذلك باعتبار عدم رد الأصول جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات وهي جريمة خيانة الأمانة.

4- اعادة النظر في العلاقة التي تجمع بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي، وفي هذا الصدد أقترح أخذ ما جاء في اتفاقية أوتاوا بعين الاعتبار وبذلك نخلق نوع من التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، ويتجسد ذلك بمنح حماية قانونية لكل طرف في إطار تقاسم المهام بينهما، هذا ما سيزيد-حسب اعتقادنا-من ازالة التخوف من هذا العقد خاصة من جانب المؤسسات الصغيرة والمتوسطة مما سيزيد من حجم الاقبال على هذا العقد كوسيلة للتمويل.

5- أقترح العمل على زيادة حجم نشاط الاعتماد الايجاري عن طريق شرح هذه التقنية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، بشكل يؤدي الى توضيح جميع المسائل المتعلقة بالحقوق والالتزامات والضمانات التي يتمتع بها المستأجر التمويلي.

6- ان الجزائر لم تُصادق على اتفاقية أوتاوا لسنة 1988حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقولات-ولسنا ندري سبب ذلك-بالرّغم من مُصادقة أغلب الدول بما فيها الدول العربية، الا أن قواعدها مُلزمة التّطبيق من طرف القاضي الوطني إذا عُرض عليه نزاع حول عقد اعتماد ايجاري دولي، وكان القانون واجب التطبيق هو قانون دولة صادقت على اتفاقية أوتاوا، باعتبارها قواعد موضوعية لتلك الدولة التي أشارت قاعدة الاسناد الوطنية لاختصاص قانونها.

.

قائمة المراجع

-باللّغة العربية :

أولا-الكتب:

1. **أبو العلا طه محمد**، الإيجار التمويلي الحقيقي للمعدات الإنتاجية، منشأة المعارف، الإسكندرية،2005.

2.**أبو الليل إبراهيم دسوقي**، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، مطبوعات الجامعة، الكويت، 1984.

3. **أبو حصوة زياد**، عقد التأجير التمويلي – دراسة مقارنة -، دار الرأي للنشر، بيروت، 2005.

4.**الأهواني حسام الدين كامل**، عقد الإيجار في قوانين إيجار الأماكن، د. د. ن، القاهرة، 2008.

5. **الأودن سمير عبد السميع**، تسويق الشهرة التجارية(الفرانشيز) ودور التحكيم في منازعاتها، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.

6.**البدالي نجوى إبراهيم**، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005.

7.**الجمّال مصطفى محمد، عكاشة محمد عبد العال**، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

8.**الحجازي عبيد علي أحمد**، تمويل الاستثمارات في مجال النقل الجوي (دراسة اقتصادية قانونية مقارنة)، دار الهاني للطباعة، القاهرة، 1992.

9.**الحداد حفيظة السيد**، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.

10. **الخصاونة صخر أحمد**، عقد التأجير التمويلي-دراسة مقارنة ف القانون الأردني مع إشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي، دار وائل للنشر، عمّان، 2005.

11. **الخصاونة علاء الدين عبد الله فواز**، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي- دراسة مقارنة -، دار الثقافة، عمّان، **2002**.

12. **السنهوري عبد الرزّاق**، النظرية العامة للالتزامات-نظرية العقد-دار الفكر، بيروت، د س ن.

13. **السيد السيد عبد المنعم حافظ**، عقد التأجير التمويلي الدولي-دراسة تحليلية مقارنة في القانون الدولي الخاص-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، **2010**.

14. **الشرقاوي محمود سمير**، العقود التجارية الدولية-دراسة خاصّة لعقد البيع الدولي للبضائع-، دار النهضة العربية، القاهرة، **1992**.

15. **الشهاوي قدري عبد الفتاح**، قانون التأجير التمويلي ل سنة**1995** -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة،**2005**.

16. **الشوابكة محمد عايد**، عقد التأجير التمويلي -دراسة مقارنة -دار الثقافة للنشر، عمّان، **2011**

17. **الشواربي عبد الحميد**، أحكام عقد الإيجار وفقا للقواعد العامة للقانون المدني وفقا لأحكام القوانين الاستثنائية وإيجار الأراضي الزراعية والتأجير التمويلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، **2002**.

18. **الصغير حسام الدين عبد الغني**، الإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، **1994**.

19. **الصغير حسام الدين عبد الغني**، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، **2001**

20. **الطيّار صالح بن بكر**، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، الطبعة الثانية، مركز الدراسات العربي الأوربي، باريس، **1999**.

21. **الفطافطة حسن محمد**، التأجير التمويلي في الدول العربية-التجربة ومتطلبات التطوير-، دار الشعلة للبحوث والاستشارات، عمّان،**2007**.

22. **القاضي خالد محمد**، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002.

23. القلاب بسام هلال مسلم، التأجير التمويلي، دار الراية للنشر والتوزيع، عمّان، 2009.

24. **القصبي عصام الدين**، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية-دراسة تطبيقية خاصة بالاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

25. **الكعبي هادي حسين عبد علي**، احتفظ البائع بملكية المبيع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.

26. **الهمشري وليد عودة**، عقود نقل التكنولوجيا-الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية دراسة مقارنة-دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 2009.

27. **الهندي منير إبراهيم**، إدارة البنوك التجارية، المكتب العربي الحديث، القاهرة، 1996.

28. **الهندي منير إبراهيم**، الفكر الحديث في مجال مصادر التمويل، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

29. **الهواري أحمد محمد**، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

30. **برهام محمد عطا الله**، عقد إيجار الأماكن، د ن، القاهرة، 2004.

31. **ثابت عنايات عبد الحميد**، تنازع القوانين ذو الطابع الدولي، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، القاهرة، 2001.

32. **جعفور محمد سعيد**، مدخل إلى العلوم القانونية-الوجيز في نظرية القانون-، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1999.

33. **جمال الدين علي عوض**، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن.

34. **جواد محمد علي**، العقود الدولية، مفاوضاتها-إبرامها-تنفيذها، مكتبة دار الثقافة، عمّان، 1997.

35. **.حسانين طلعت حلمي**، دور الإرادة في العقود الدولية-دراسة في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص-، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن.

36. **حمد الله حمد الله محمد**، النظام القانوني لإيجار الطائرة، دار النهضة العربية، القاهرة، **2000.**

37. **حمدان بسّام أحمد مسلّم**، التزام المؤجر بضمان التعرّض والاستحقاق في عقد التأجير التمويلي، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمّان، **2012.**

38. **حمدي أحمد سعد**، البيع الايجاري، دراسة قانونية مقارنة بأحكام عقد الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، القاهرة، **2011.**

39. حسانين طلعت حلمي، دور الإرادة في العقود الدولية-دراسة في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص-، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن.

40. **دويدار هاني محمد**، الأرض كموضوع للتأجير التمويلي، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، **1999.**

41. **دويدار هاني محمد**، النظام القانوني للتأجير التمويلي، "دراسة نقدية في القانون الفرنسي"، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، **1994.**

42. **زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، (تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة في القوانين العربية والقانون الفرنسي)، د ن، الجزائر، **2008.**

43. **زمزم عبد المنعم**، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية دار النهضة العربية، القاهرة، **2011.**

44. **زمزمي إبراهيم بن أحمد بن سعيد**، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، **2009.**

45. **زيد محمد عبد العزيز حسن**، الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر في المؤسسات المصرفية والمالية الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، 1996.

46. **شيحة رشدي مصطفى**، الاقتصاد النقدي والمصرفي، الدار الجامعية الجديدة للنشر الإسكندرية، 1985 .

47. **صديق رمضان**، التأجير التمويلي (تأثير فكرته القانونية في معاملته الضريبية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

48. **صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد**، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

49. **طه مصطفى كمال**، أصول القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، 1992.

50. **عبد الحكيم مصطفى**، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

51. **عبد الكريم سلامة أحمد**، العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية (دراسة تأصيلية انتقاديه)، الجزء الثاني، دار النّهضة العربية، القاهرة 1989.

52. **عبد الكريم سلامة أحمد**، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، -دراسة تحليلية تطبيقية-، دار النهضة العربية، القاهرة 1985.

53. **عبد الكريم سلامة أحمد**، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية-قانون الإرادة وأزمته)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

54. **عبد المجيد منير**، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000.

55. **عشوش أحمد عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، 1989.

56. **عكاشة محمد عبد العال**، قانون العمليات المصرفية الدولية، الدار الجامعية، بيروت 1994.

57. **عليوة السيد**، مهارات التفاوض والعقود والتحكيم الدولي، دار الأمين، القاهرة، 2001.

58. **فايز نعيم رضوان**، عقد التأجير التمويلي، د ن، د ب ن، 1997.

59. **فهمي محمود محمّد**، التأجير التمويلي-الجوانب القانونية والمحاسبية والتنظيمية-، دار النهضة العربية، القاهرة،1997.

60. **قاسم علي سيد**، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن.

61. **قرمان عبد الرحمان السيد**، عقد التأجير التمويلي طبقا للقانون 95 لسنة 1995-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

62. **مبروك حسين**، المدونة البنكية الجزائرية مع النصوص التطبيقية والاجتهاد القضائي والنصوص المتممة، دار هومة، الجزائر،2005.

63. **محسن شفيق**، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع"، دراسة في قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

64. **محمد عبد العزيز سمير**، التأجير التمويلي ومداخله المالية، المحاسبية، الاقتصادية التشريعية، التطبيقية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2001.

65. **محي الدين إسماعيل علم الدين**، أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (1984-2000)، الطبعة الأولى، د د ن، القاهرة، 2002.

66. **مرقس سليمان**، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، د د ن، د م ن، 1984.

67. **نادر عبد العزيز شافي**، عقد اللّيزينغ-دراسة مقارنة-الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2004.

68. **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002.

69. **ناصيف الياس**، عقد الليزينغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

70. **ناصيف الياس**، عقد الليزينغ في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1999.

71. **ناصيف حسام الدين فتحي**، التأجير التمويلي الدولي للمنقول -دراسة للقواعد المادية وقواعد تنازع القوانين الواجبة التطبيق على التأجير التمويلي الدولي في القوانين الوطنية واتفاقية أوتاوا الموقعة سنة 1988-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

72. **ناصيف حسام الدين فتحي**، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

73. **نبيه نسرين عبد الحميد**، العقود الدولية وما تجده من مشكلات في الدول العربية منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010.

74. **هشام خالد**، البنوك الإسلامية الدولية وعقودها (مع إشارة خاصة لنظام التأجير التمويلي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

75. **هشام خالد**، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2001.

76. **هشام خالد**، ماهية العقد الدولي-دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأنظمة القانونية الأنجلو سكسونية-اللاتينية-العربية والاتفاقيات الدولية-منشأة المعارف بالإسكندرية، د س ن.

77. **هشام علي صادق**، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2007.

78. **ياقوت محمود محمد**، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية-دراسة تحليلية مقارنة-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، **2004**.

79. **ياقوت محمود محمد**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، -دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص-، منشأة المعارف، الإسكندرية، **2000**.

ثانيا-الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- الرسائل الجامعية:

1. **أبو العنين أحمد هاني محمد السيد**، الفحص والإخطار كواجب على المشتري في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، **2005**.

2. **أبو مغلي مهند عزمي مسعود**، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق -جامعة عين شمس، مصر، **2005**.

3. **أحمد الهلالات محمد علي**، التزامات أطراف عقد التأجير التمويلي، -دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني والمصري-، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، **2010**.

4. **السيد السيد عبد المنعم حافظ**، عقد التأجير التمويلي الدولي-دراسة تحليلية مقارنة في القانون الدولي الخاص-رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة حلوان، مصر، **2006**.

5. **الشربيني محمد أحمد حسن محمود**، النظام القانوني للعقد الدولي، رسالة للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، د س.

6. **المحضار فتح محمد عمر**، محاسبة عقود الإيجار-دراسة تطبيقية في شركة طيران الخطوط الجوية اليمنية-، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الاقتصاد، كلية الاقتصاد جامعة دمشق، **2005**.

7. **المطيري خالد رميح تركي**، النظام القانوني للتأجير التمويلي وآثاره المالية والاقتصادية رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، **2011**.

8. **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، (دراسة تأصيلية)، رسالة لنيل دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، **1997**.

9. **اليمني محمد بن عبد العزيز بن سعد**، الأثر الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الدراسات الإسلامية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية،.**2005**

10. **أمازوز لطيفة**، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-، **2011**.

11. **أيت منصور كمال**، عقد التسيير الية لخوصصة المؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-**2009**.

12. **أيت وازو زينة**، مواجهة الأخطار المصرفية في ضل القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-، **2012**.

13. **بن زيوش مبروك**، الاحتفاظ بملكية المنقول المادي في عقد الاعتماد الايجاري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري-قسنطينة-، **2007**.

14. **حشماوي محمد**، الاتجاهات الجديدة للتجارة الدولية في ظل العولمة الاقتصادية، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، **2006**.

15. **حواس صالح**، التوجه الجديد نحو معايير الإبلاغ المالي الدولية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2008.

16. **خالد أحمد عبد الحميد**، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق-جامعة القاهرة-، 2000.

17. **زروتي الطيب**، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، ج 2، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية -جامعة الجزائر-، 1990-1991.

18. **سلامة فارس عرب**، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1998.

19. **سليم بشير**، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر-باتنة-،2012.

20. **شويرب خالد**، القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة -جامعة الجزائر-، 2008-2009.

21. **صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد**، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2000.

22. **طالبي حسن**، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006.

23. **طرح البحور علي حسن فرج**، تدويل العقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، د س.

24. **عبابنة علاء الدين محمد ذيب**، القانون واجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الأردني والمقارن، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة عُمان العربية للدراسات العليا، 2004.

25. **عبد الفتاح محمد عبد الفتاح**، نظام التأجير التمويلي في القانون المصري طبقا للقانون 95 لسنة 1995رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2004.

26. **فخري رياض**، الآليات القانونية المميّزة لعقد الإيجار التمويلي «دراسة تحليلية"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، د س.

27. **فرحان سامي مصطفى**، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية-دراسة مقارنة-، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2006.

28. **قحموس نوال**، عقد الاعتماد الايجاري في ظل القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011-2012.

29. **قصوري رفيقة**، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر-باتنة-، 2010-2011.

30. **مخلوفي عبد الوهاب**، التجارة الالكترونية عبر الانترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر-باتنة-، 2011-2012.

31. **مسيحة أشرف شوقي**، القواعد المادية الدولية وانكماش السيادة التشريعية الوطنية، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2007-2008.

32. **معاشو عمار**، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998.

33. **منصوري الزين**، آليات تشجيع وترقية الاستثمار كأداة لتمويل التنمية الاقتصادية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، د س.

34. **موسى عمر مبارك ألو محيميد**، مخاطر صيغ التمويل الإسلامي وعلاقتها بمعيار كفاية رأس المال للمصارف الإسلامية من خلال معيار بازل 2، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم المصرفية، كلية العلوم المالية والمصرفية، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، 2008.

35. **ميلاط عبد الحفيظ**، النظام القانوني لتحويل الفواتير، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان-، 2011-2012.

36. **نرمين محمد محمود صبح**، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2002-2003.

ب-المذكرات الجامعية:

1. **أحمد فتحي محمد خليفة**، أثر الإفلاس على التزامات وحقوق الأطراف في عقد التأجير التمويلي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2008.

2. **الجبوري ميثاق طالب عبد حمادي**، النظام القانوني لعقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2009.

3. **الشماسنة محمد أحمد عبد الله**، مواءمة قواعد الإسناد لأعراف التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2005.

4. **انوجال نسيمة**، عقد الفرانشيز في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون المؤسسات، كلية الحقوق-بن عكنون-جامعة الجزائر، د س.

5. **أيت ساحد كاهنة**، الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2004.

6. **بلعاوي صفاء عمر خالد**، النواحي القانونية في التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في المنازعات الضريبية، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2005.

7. **بن عزوز ربيعة**، عقد التأجير التمويلي كوسيلة للتمويل، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة دمشق، سوريا، 2008.

8. **حمزي إبراهيم**، النظام القانوني لعقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق-جامعة مولود معمري تيزي وزو-2001/2000.

9. **حمودي ناصر**، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق –جامعة مولود معمري تيزي وزو-2002.

10. **خدروش الدراجي**، النظام القانوني لعقد الاعتماد الايجاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري-قسنطينة-، 2008-2009.

11. **زايف عبد الله**، التقنين الدولي لنقل التكنولوجيا، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري -تيزي وزو-، 2002-2003.

12. **شامبي ليندة**، المصارف والأعمال المصرفية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001-2002.

13. **طالبي خالد**، دور القرض الايجاري في تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، دراسة حالة: الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة منتوري-قسنطينة-، 2010-2011.

14. ضياء خالد عمر محيرز، عقد التأجير التمويلي (مفهومه ونظامه القانوني)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عدن، الاردن، 2001.

15. **عسالي عبد الكريم**، حماية الاختراعات في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-2005.

16. **قحموس نوال**، شركة الاعتماد الايجاري في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001.

17. **ماديو ليلى**، النظام القانوني لعملية تحويل الفواتير في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-2001-2002.

ثالثا-المقالات والوثائق:

أ- المقالات:

1. الخياط أمينة، "واقع وافاق التنظيم القانوني للعقود الدولية في القانون الدولي الخاص المغربي"، المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، العدد الاول، 2011، ص ص 15-23.

2. الجبوري حازم خلف، " العقد الدولي لتحصيل الحقوق المحالة"، مجلة المنصور، العدد 15 لسنة 2011، جامعة الموصل، ص ص 101-129.

3.الزعبي محمد يوسف،" التزام المؤجر بضمان تعرّضه الشخصي في القانون الأردني"، مجلّة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الخامس، العدد الثاني لسنة 1990، ص ص 1-20.

4.العربيد نضال، "التوجيه المحاسبي للتأجير التمويلي في البنوك التجارية السورية"، مجلة جامعة دمشق، المجلد 1، العدد الأول لسنة 2000، ص ص 115-137.

5.المصري محمد وليد هاشم، " العقد الدولي بين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة "، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد 20، الصادر في جانفي 2004، ص ص 155-184.

6.أشرف وفا محمد، " الإيجار التمويلي في القانون الدولي الخاص"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد السادس والخمسون، لسنة 2000، ص 119 وما بعدها.

7.أشرف محمد دوابه، " إشكالية تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الدول العربية "، مجلة البحوث الإدارية، مركز الاستشارات والبحوث والتطوير، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، عدد 4 لسنة 2006، ص ص 29-42.

8.بالمقدم مصطفى وآخرون، " التمويل عن طريق الإيجار كاستراتيجية لتغير العمل المصرفي"، المؤتمر العلمي الرابع: استراتيجية الأعمال في مواجهة تحديات العولمة، جامعة فيلادلفيا، 15-16 مارس 2005، مقال مأخوذ من الموقع: www. Philadelphia .edu.jo

9.بعتاش ليلى، " عقد الاعتماد الايجاري"، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، عدد 33، جوان 2010، ص ص 215-226.

10. بن زيوش مبروك، " نطاق تطبيق القواعد العامة على التزامات المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 8، ديسمبر 2007، ص ص 231-256.

11. بن طلحة صليحة، معوشي بوعلام،" دور عقد تحويل الفواتير في تمويل وتحصيل الحقوق"، الملتقى الدولي حول: سياسات التمويل وأثرها على الاقتصاديات

والمؤسسات -دراسة حالة الجزائر والدول النامية-بسكرة أيام 21 -22 نوفمبر 2006، ص ص1-16.

12. حبيب مزهر، " الطبيعة القانونية لعقد اللّيزينغ"، مقال مقدم إلى أعمال المؤتمر السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت تحت عنوان: الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص ص 21-37.

13. حمليل نوارة، " عقد البيع بالإيجار"، مجلة الباحث، عدد 5 لسنة 2007، ص ص 173-182.

14. حمد الله محمد حمد الله، النظام القانوني لإيجار الطائرة (دراسة مقارنة)، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد 22، 1999، ص ص 115-125.

15. دويدار هاني، " عقد الإيجار التمويلي للمنقولات في ظل القانون اللبناني"، مجلة الدراسات القانونية، العدد الأول لسنة 2005، كلية الحقوق -جامعة بيروت-، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ص 109-165.

16. رايس أمينة، " النظام العام والغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري"، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، كلية الحقوق، جامعة عمار ثليجي الاغواط، أيّم 8-9-10 أفريل 2007، ص ص 1-18.

17. زرارة صالحي الواسعة، " عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة "، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 27-28، نوفمبر 2012، جامعة محمد خيضر، -بسكرة-، ص ص 341-360.

18. زروتي الطيب" مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 1-1997، ص ص 64-107.

19. زغيب مليكة " استخدام قرض الإيجار في تمويل المؤسسات المتوسطة والصغيرة "، مجلة العلوم الإنسانية، العدد السابع، فيفري 2005، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص ص 1-16.

20. سروار هوبوم، " المشروعات الصغيرة والمتوسطة في التنمية الاقتصادية-تجربة اليونيدو-"، مجلة التعاون الاقتصادي بين الدول الإسلامية، 2002، ص ص 21-71.

21. سليمان ناصر وعواطف محسن، " تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالصيغ المصرفية الإسلامية،"، بحث مقدم إلى الملتقى الدولي حول الاقتصاد الإسلامي، الواقع ورهانات المستقبل، أيّام: 23-24 فيفري 2011، المركز الجامعي لغرداية، ص ص 1-16.

22. سويلم سامي بن إبراهيم، " الخيار التبعي لشراء الأصول وثمن الوعد بالتمليك في عقد التأجير"، ندوة البركة التاسعة والعشرون للاقتصاد الإسلامي، المعهد الإسلامي للبحوث -البنك الإسلامي للتنمية-، جدة 6-7 سبتمبر 2008، ص ص 1-15.

23. شبة سفيان، " حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، دفاتر السياسة والقانون، عدد 4، جانفي 2011، ص ص 223-231.

24. شحاتة حسين، " التأجير التمويلي في ضوء الشريعة الإسلامية "، سلسلة بحوث ودراسات في الفكر المحاسبي الإسلامي، ص ص 1-12، www.darelmachora.com

25. عسالي عبد الكريم، " ماهية عقد الاعتماد الايجاري الدولي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة -بجاية- عدد 2 لسنة 2010، ص ص 133-143.

26. عسالي عبد الكريم، " الطبيعة الخاصة والمميّزة لعقد الاعتماد الايجاري الدولي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة -بجاية، عدد 1 لسنة 2013، ص ص 49-67.

27. عليان عدة،" توازن الأداءات في عقد الاعتماد الايجاري"، الملتقى الوطني حول عقود الأعمال وتأثيرها على الاقتصاد الوطني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية-. ص ص 280-295.

28. فهمي محمود محمد، " بحث في التأجير التمويلي كوسيلة من وسائل التمويل"، مجلة مصر المعاصرة، السنة 75، العدد 396، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، القاهرة، ص ص 61-120.

29. فهمي طارق، " الحصص السوقية لشركات التأجير التمويلي لسنة 2012»، يومية تقارير البورصة، العدد 348 ليوم الأربعاء 30 ماي 2012، ص 4، WWW.ALBORSANEWS.COM.

30. قحف منذر، " الإجارة المنتهية بالتمليك وصكوك الأعيان المؤجرة "، بحث مقدّم في دورة مجمع الفقه الإسلامي الدولي الثانية عشر، مدينة الرياض أيام 12-27 سبتمبر 2000، ص ص 1-64.

31. مصطفى كمال السيد طايل، " دور التأجير التمويلي في تنمية المشروعات الصغيرة والمتوسطة"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، عدد 22 لسنة 2002، ص ص 306-318.

32. مقابلة علي وجودة محفوظ، "معوقات التأجير التمويلي في الأردن"، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد 18، عدد 4 لسنة 2004، جامعة مؤتة، الأردن، ص ص 80-91.

33. محمد عبد الحليم عمر، " التأجير التمويلي من منظور إسلامي"، ورقة عمل مقدمة إلى الحلقة النقاشية السابعة المنعقدة بمركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، سبتمبر 1998، ص ص 1-21.

34. نجلاء توفيق نجيب فليح،" الجوانب القانونية لعقد الإيجار التمويلي (دراسة مقارنة) "، مجلة رسالة الحقوق العلمية، الأردن، المجلد الأول، العدد الأول 2009، ص ص 1-18.

35. ياقوت محمود محمد،" معايير دولية العقد"، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق - جامعة طنطا-عدد 20، أفريل 2000، ص ص 495-522.

36. ياقوت محمود محمد، " الاختيار المتعدد لقانون العقد الدولي "، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق -جامعة طنطا-عدد 21، ج 2، أوت 2000، ص 615 وما بعدها.

37. ياقوت محمود محمد،" التطور التاريخي لقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة"، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق -جامعة طنطا-عدد22، يناير 2001، ص ص 1-12.

38. يحياوي مفيدة،" تحديد الهيكل المالي الأمثل للمؤسسات العمومية الاقتصادية الجزائرية "، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر-بسكرة-العدد الثالث، أكتوبر 2002، ص ص 86-101.

ب -الوثائق :

1. الشبيلي يوسف، " عقد التأجير التمويلي (دراسة شرعية مقارنة بنظام الإيجار التمويلي)"، دورة عقد التأجير التمويلي المنعقدة بتاريخ 19-20-21 ديسمبر 2009، بمركز عدل للتدريب القانوني، مقال مأخوذ من الموقع: w w w . adel.edu.sa

2. فهمي محمود محمد، التأجير التمويلي: وسيلة جديدة للتمويل وتنشيط سوق المال، مطبوعة صادرة عن وزارة شؤون الاستثمار والتعاون الدولي، القاهرة، د س.

3. كارتر لورانس، تطوير التأجير التمويلي: إرشادات للاقتصاديات الناشئة، مطبوعة خاصة بمؤسسة التمويل الدولية، واشنطن، 2005.

4. نشرة صادرة عن وزارة التجارة والاقتصاد المصرية، مقدمة إلى ندوة التأجير التمويلي، مركز الدراسات القانونية والاقتصادية جامعة عين شمس، القاهرة، 2003.

5. النظام الأساسي للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص المؤرخ في 15 مارس 1940.

رابعا-النصوص القانونية :

أ-النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 156/66، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم،
2. أمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07، مؤرخ في 13 مايو 2007، ج ر عدد 31 لسنة 2007.
3. أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.
4. أمر رقم 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمّن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر عدد 30 لسنة 1975.
5. قانون رقم 89-01، مؤرخ في 7فيفري 1989، المتمم للأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 لسنة 1989.
6. قانون رقم 90-10، مؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلّق بالنقد والقرض(ملغى).
7. قانون رقم 91-26 مؤرخ في 18 ديسمبر 1991، يتضمن المخطط الوطني لسنة 1992، ج ر عدد 65 لسنة 1991.
8. مرسوم تشريعي رقم 93-08 مؤرخ في 25 أفريل 1993، المتمم للأمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 27 لسنة 1993.
9. مرسوم تشريعي رقم 93-18 مؤرخ في 29 ديسمبر 1993، يتضمن قانون المالية لسنة 1994، ج ر عدد 88، صادر في 30 ديسمبر 1993.
10. أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 9 صادر بتاريخ 8 فيفري 1995، (ملغى).

11. أمر رقم 95-27 مؤرخ في 30 ديسمبر 1995، يتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج ر عدد 82، صادر في 31 ديسمبر 1995.
12. أمر رقم 96-09 مؤرخ في 10 جانفي 1996، المتعلق بالاعتماد الايجاري، ج ر عدد 3 لسنة 1996.
13. قانون رقم 2000-06 مؤرخ في 23 ديسمبر 2000، يتضمن قانون المالية لسنة 2001، ج ر عدد 80، صادر بتاريخ 24 ديسمبر 2000.
14. أمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43 الصادر في 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر عدد 36 صادر بتاريخ 2جويلية 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 10-05، مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46 صادر بتاريخ 18 أوت 2010.
15. أمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنّقد والقرض، ج ر عدد 52، صادر في 27 أوت 2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 09-01، مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر عدد 44 صادر بتاريخ 22 جويلية 2009، وبالأمر رقم 10-04، مؤرخ في 26 اوت 2010، صادر بتاريخ 1-9-2010.
16. قانون رقم 13-08، مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر عدد 68، صادر بتاريخ 31 ديسمبر 2013.

ب-النصوص التنظيمية :

1. مرسوم تنفيذي رقم 92-134، مؤرخ في 07/04/1992 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 76-62 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، ج ر 26 لسنة 1992.
2. مرسوم تنفيذي رقم 95-331 مؤرخ في 25 أكتوبر 1995، يتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس عملية تحويل الفواتير، ج ر عدد 64 لسنة 1995.

3. مرسوم تنفيذي رقم 105/01، مؤرخ في 2001/4/23، يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، ج ر عدد 25، صادر في 29 أفريل 2001، المعدل والمتمم.
4. مرسوم تنفيذي رقم 05-468 مؤرخ في 10 ديسمبر 2005، يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، ج ر عدد 80، صادر في 11 ديسمبر 2005.
5. مرسوم تنفيذي رقم 06-90، مؤرخ في 20 فيفري 2006، يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة، ج ر عدد 10، صادر بتاريخ 26 فيفري 2006.
6. مرسوم تنفيذي رقم 06-91، مؤرخ في 20 فيفري 2006، يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة، ج ر عدد 10، صادر بتاريخ 26 فيفري 2006.
7. قرار وزاري مشترك صادر في 31 أوت 2009، يحدد قائمة المعدات الفلاحية المنتجة في الجزائر والمقتناة في إطار القرض الايجاري والتي يعفى إيجارها من الرسم على القيمة المضافة، ج ر عدد 59، صادر في 14 أكتوبر 2009.
8. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 28 فيفري 2012، يحدد قائمة المعدات الفلاحية المنتجة في الجزائر والمقتناة في إطار القرض الايجاري والتي يعفى إيجارها من الرسم على القيمة المضافة، ج ر عدد 62، صادر بتاريخ 1 نوفمبر 2012.
9. نظام رقم 90-06 مؤرخ في 30 ديسمبر 1990، يتضمن إنشاء صندوق لتثبيت الصرف، ج ر عدد 23، صادر في 25 مارس 1992.
10. نظام رقم 91-03 مؤرخ في 20 فيفري 1991، يتعلّق بشروط القيام بعمليات استيراد سلع للجزائر وتمويلها، ج ر عدد 23، صادر بتاريخ 25 مارس 1993.

11. نظام رقم 92-05، يتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيّريها وممثّليها، ج ر عدد 8، صادر بتاريخ 7 فيفري 1993 (ملغى).
12. نظام رقم 93-01، مؤرخ في 3جانفي 1993، يحدد شروط تأسيس بنك ومؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية، ج ر عدد 17، صادر بتاريخ 14مارس 1993، (ملغى).
13. نظام رقم 94-11، مؤرخ في 12أفريل 1994، المعدل والمتمم للنظام رقم 91-03، ج ر عدد 72، صادر بتاريخ 6 نوفمبر 1994.
14. نظام رقم 94-13، مؤرخ في 2 جويلية 1994، يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر عدد 72، الصادر بتاريخ 6 نوفمبر 1994، (ملغى).
15. نظام رقم 95-06، مؤرخ في 19 نوفمبر 1995، يتعلق بالشروط التابعة للبنوك والمؤسسات المالية، ج ر عدد 81، الصادر بتاريخ 27 ديسمبر 1995.
16. نظام رقم 96-06، مؤرخ في 3 جويلية 1996، يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الايجاري وشروط اعتمادها، ج ر عدد 63، الصادر بتاريخ 3 نوفمبر 1996.
17. نظام رقم 2000-02، مؤرخ في 2 أفريل 2000، المعدل والمتمم للنظام رقم 93-01، ج ر عدد 27، الصادر بتاريخ 10 ماي 2000.

ج-قرارات فردية:

1. مقرر محافظ بنك الجزائر رقم 97-03، مؤرخ في 28جوان 1997 المتضمن اعتماد الشركة الجزائرية لتأجير التجهيزات والعتاد، ج ر عدد 71 لسنة 1997.
2. مقرر محافظ بنك الجزائر رقم 02-02، مؤرخ في 20 فيفري 2002، يتضمن اعتماد الشركة العربية للقرض الايجاري، ج ر عدد 72 لسنة 2002.

3. مقرر محافظ بنك الجزائر رقم 06-02، مؤرخ في 11 مارس 2006، يتضمن اعتماد شركة المغاربية للإيجار المالي، ج ر عدد 22 لسنة 2006.

د-الاتفاقيات الدولية:

1. اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون القانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، المبرمة في لاهاي سنة 1955.
2. اتفاقية لاهاي حول القانون واجب التطبيق على انتقال الملكية في عقد البيع الدولي للمنقولات المادية، المبرمة في لاهاي بتاريخ 15 أفريل 1958.
3. اتفاقية لاهاي حول لقانون واجب التطبيق عل عقود الوساطة والوكالة، المبرمة في لاهاي بتاريخ 14 مارس 1978.
4. اتفاقية فيينا حول عقد البيع الدولي للبضائع، المبرمة في فيينا بتاريخ 11 أفريل 1980.
5. اتفاقية روما حول القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، المبرمة في روما بتاريخ 19 جوان 1980، والمعدلة بنظام الاتحاد الأوربي رقم 593-2008، حول القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والذي يُطلق عليه اسم "**روما 1**" الصادر في 17 جوان 2008.
6. اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص المتعلقة بعقد الاعتماد الايجاري للمنقولات، المبرمة بأوتاوا الكندية بتاريخ 28ماي 1988.
7. اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص المتعلقة بعقد تحويل الفواتير الدولي، المبرمة بأوتاوا الكندية بتاريخ 28 ماي 1988.

ثانيا-باللّغة الفرنسية:

1. Ouvrages :

1. **ACCAOUI LORFING Pascale**, *La renégociation des contrats internationaux*, édition BRUYLANT, Bruxelles, 2011.

2. **ALFANDARI Elie**, *Droit des affaires*, Litec, Paris, 1993.
3. **ATTAL Michel, BAUCHY Julie**, *Code de droit international privé*, 1e édition, BRUYLANT, Bruxelles, 2011.
4. **AUDIT Bernard**, *La vente internationale de marchandises- Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, Collection Droit des affaires, Paris, 1990.
5. **AULOY Jean -Calais**, *Le contrat de leasing, nouvelles techniques contractuelles*, Litec, Paris, 1971.
6. **BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul**, *Droit international privé*, Tome 2, 7e édition, L.G.D.J, Paris, 1983.
7. **BENCHENAB Ali,** *Mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie*, O.P.U., Alger, 1984.
8. **BENCHENEB Ali**, *Le droit Algérien des contrats (données fondamentales),* EUD, Dijon, 2011.
9. **BLOUGH Rachel**, *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, PUAM, Marseille, 2011.
10. **BONNEAU Thierry**, *Droit bancaire*, 9e édition, Lextenso édition, Paris, 2011.
11. **BOUYACOUB Farouk,** *L'entreprise et le financement bancaire*, Editions Casbah, Alger, 2001.
12. **BRUYNS François**, *La location - financement ou leasing mobilier (quarante ans de jurisprudence*), Editions Larcier, Bruxelles, 2008.
13. **BUREAU Dominique, MUIR-WATT Horatia**, *Droit international privé*, 2e édition, PUF, Paris, 2007.
14. **BUSSY Jack**, *Droit des affaires*, Presse de sciences po.et Dalloz, Paris, 1998.
15. **CARREAU Dominique**, **Patrick Juillard**, *Droit international économique*, 4e édition, L.G.D.J. Paris, 1998.
16. **CHAMOULAUD-TRAPIERS Annie**, *Droit des affaires*, 2e édition, édition Bréal, Paris, 2007.
17. **BRUNEAU Chantal**, *Le crédit-bail mobilier (la location de longue durée et la location avec option d'achat)*, Banque éditeur, Paris, 1999.
18. **CHANTLLON Stéphane**, *Le contrat international*, 4eédition, Vuibert, Paris, 2011.
19. **CHATILLON Stéphane**, *Le contrat international*, Vuibert, Paris.

20. **CLAVEL Sandrine**, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 2009.
21. **COHAIN Alain**, *Le crédit-bail immobilier (régime SICOMI)*, Masson, 1989.
22. **CORINNE Renault-Brahinsky**, *L'essentiel du droit des contrats*, Gualino éditeur, Paris, 2000.
23. **CREMIEUX-ISRAEL Daniel**, *Leasing et Aspect juridiques comptables et fiscaux*, Dalloz, Paris, 1975.
24. **DELEBECQUE Philippe, SIMLER Philippe**, *Droit civil, les suretés, la publicité foncière*, Dalloz, Paris, 2012.
25. **DERRUPE Jean, LABORD Jean pierre,** *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 2011.
26. **DERRUPPE Jean**, *Droit international privé*, 13éme édition, Dalloz, Paris, 1999.
27. **ELMOKHTAR Bey**, *De la symbiotique dans le leasing et crédit-bail mobiliers*, Dalloz, Paris, 1970.
28. **FERRY Claude**, *La validité des contrats en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 2006.
29. **FOUCHARD Philippe, GUILLARD Emmanuel, et GOLDMEN Berthold,** *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996.
30. **GARRIDO Eric**, *Le cadre économique et réglementaire du crédit-bail*, Tome 1, Banque Edition, Paris, 2002.
31. **GAVALDA Christian, ELMOKHTAR Bey,** *Le Crédit-bail mobilier,* P. U. F., Paris, 1981.
32. **GERVAIS Jean François**, *Les clés du leasing*, Editions d'organisation, Paris, 2004.
33. **GIOVANOLI Mario**, *Crédit-bail (leasing) en Europe : développement et nature juridique*, Litec, Paris, 1980.
34. **GOYET Charles**, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit - bail et du bail superficiare*, L.G.D.J, Paris, 1983.
35. **GUILLAUME Johanna**, *L'affaiblissement de l'état-nation et le droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 2011.
36. **GUTMANN Daniel**, *Droit international privé*, 2e édition, Dalloz, Paris, 2000.
37. **GUYON Yves***, Droit des affaires*, Tome 1, 9e édition, Economica, Delta, Paris, 1996.

38. **HEMARD Jean**, *Le crédit-bail (leasing) en Europe : développement et nature juridique*, Litec, Paris1980.
39. **HESS-FALLON Brigitte, ANNE-MARIE Simon**, *Droit des affaires*, 12e édition, Dalloz, Paris.
40. **HESS-FALLON Brigitte, ANNE-MARIE Simon**, *Droit des affaires*, 19e édition, Dalloz, Paris, 2012.
41. **HEUZE Vincent**, *La vente internationale de marchandises- droit uniforme, Collection Traité des contrats*, LGDJ, Paris, 2000.
42. **JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe**, *Droit du commerce international*, Dalloz, 3e édition, Paris, 2002.
43. **JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe,** *Droit du commerce international*, 2e édition, Dalloz, Paris, 2000.
44. **JACQUET Jean-Michel**, *Le contrat international*, Dalloz, Paris, 1992.
45. **LE TOURNEAU Philippe, LOIC Cadiet**, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 2002.
46. **LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre**, *Droit international privé*, 5éme édition, Dalloz, Paris, 1996.
47. **MANSOURI Mansour**, *Système et pratiques bancaires en Algérie*, éditions Houma, Alger, 2005.
48. **MELIN François**, *Droit international privé*, 4e édition, L.G.D.J., Paris, 2010.
49. **MOUSSERON Jean Marc, RAYNARD Jacques**, *Droit du commerce international,* 2e, Litec, Paris, 2000.
50. **PHILIPPOSSIAN Pascal**, *Le crédit-bail et le leasing, outils de financements locatif*, SEFI, Montréal, 1998.
51. **PIEDELIEVRE Stéphane**, *Instruments de crédit et de paiement*, 6e édition, Dalloz, Paris, 2010.
52. **POCAR Fausto**, *La protection de la parie faible en droit international privé*, Recueil des cours-la-Hay, 1984, Volume 7, Tome 188.
53. **RENE David**, *Le droit du commerce international*, Economica, Paris, 1987.
54. **RIGALLE-DUMETZ Corinne,** *La résolution partielle du contrat*, Dalloz, Paris, 2011.
55. **TERKI Noureddine**, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, O.P.U., Alger, 1999.

56. **TOUBIANA Annie**, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1972.
57. **TRARI TANI Mostépha, PISSOORT William, et SAERENS Patrick**, *Droit commercial international (conforme aux conventions internationales ratifiées par l'Algérie*), Berti édition, Alger, 2007.
58. **VALCHAERTS Marie-Christine, DE CLIPPELE Olivier**, *Leasing Immobilier*, Edition Larcier, Bruxelles, 2008.
59. **WALTER Roland**, *Qu'est-ce que le leasing ?,* Dunod, Paris, 1973.

2. Thèses et mémoires :

A- Thèses :

1. **AMARAL Pedro**, *Le contrat de franchise au brésil*, Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier 1, France, 2010.
2. **ARFAOUI Besma**, *L'interprétation arbitrale du contrat de commerce international*, Thèse de doctorat en droit, Université de LIMOGES, 2007-2008.
3. **BELLETTRE Ingrid**, *Les choix de financement des Très Petites Entreprises*, Thèse de doctorat et en Sciences de Gestion, Université Lille 2, 2010.
4. **BOST Emmanuelle**, *La location financière en droit international privé - étude comparative de la convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur le crédit-bail mobilier international - (droit français et droit américain)*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris 1- Panthéon Sorbonne, Paris, 2003.
5. **BOUALEM Fatima**, *L'investissement direct à l'étranger le cas de l'Algérie*, Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier I, 2010.
6. **BRUNEAU Laurent**, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, Thèse de doctorat en droit, Université des sciences sociales de Toulouse, 2005.
7. **STERLIN Caroline**, *L'essor de la protection accordée au franchisé dans ses Relations avec le franchiseur aux stades de l'exécution du contrat et de sa rupture*, Thèse de doctorat en droit, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Université Lille 2 Droit et santé, http://edoctorale74.univ-lille2.fr.
8. **CAUMES Clémentine**, *L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux*, Thèse de doctorat en droit Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 2010.

9. **CHAHOUD Jessica**, *L'assurance-crédit interne*, Thèse de doctorat en droit, Université MONTPELLIER I, 2010.
10. **CHARBONNEL Lionel**, *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Thèse de doctorat en droit, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 2010.
11. **CREMIEUX-ISRAEL *Daniel***, *Les problèmes juridiques, comptables et fiscaux du leasing et du crédit-bail mobilier,* Thèse de doctorat en droit, Université de droit d'économie et de sciences sociales de Paris, 1974.
12. **HOCINE Farida**, *L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international*, Thèse de doctorat en droit, Faculté de droit et sciences politiques, Université Mouloud MAMMERI, Tizi-Ouzou, 2012.
13. **JAOUA Aïda**, *La finance peut-elle être solidaire ? Le cas de la Banque Tunisienne de Solidarité "BTS"*, Thèse du doctorat en Sciences de Gestion, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2011.
14. **LAETITIA Franck**, *Les contrats de location financière dans les procédures collectives d'apurement du passif en droit français et Allemand comparés*, Thèse de doctorat en droit privé, Faculté de droit et sciences économique, Université Nancy 2, 2011.
15. **MARTINEZ-BELLET Laurence** *La convention d'Ottawa sur le crédit-bail international*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris 1- panthéon Sorbonne, Paris, 2000.
16. **NDIAYE Guirane-Samba**, *Institutions Financières et Développement Economique*, Thèse de doctorat en Sciences économiques, Faculté de Sciences Economiques et de Gestion, Université d'Auvergne, Clermont-Ferrand 1, 2008.
17. **NDONGO MEBOMETA**, *L'intervention de la banque mondiale et la reconfiguration institutionnelle au niveau local : analyse de huit projets de développement urbain au Sénégal (1972-2006),* Thèse de doctorat, université du Québec à Montréal, 2010.
18. **NGUYEN Minh-Hang**, *La convention de vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises et le droit vietnamien de la vente*, Thèse de doctorat en droit, Université François - Rabelais, 2009.
19. **PACE Gilbert**, *Economie et technique financière du crédit-bail*, Thèse de doctorat, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 1975.

20. **PADE Olivier**, *Le crédit-bail immobilier*, Thèse de doctorat en droit, faculté de droit et des sciences sociales et politique, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2000.
21. **PALVADEAU Emmanuelle**, *Le contrat en droit pénal,* Thèse de doctorat en droit, PAPY Romain, *L'aviation commerciale et le droit antitrust***,** Université Montesquieu -Bordeaux IV, 2011.
22. **SALAMA Saber**, *Acte de gouvernement contribution à l'étude de la force majeur dans le contrat international*, Thèse de doctorat en droit, Université lumière Lyon 2, 2000.
23. **TRABELSI – EL GHARBI Myriam**, *Le choix de la source de dettes par les grandes firmes : le cas français*, Thèse de Doctorat en droit, Université d'Orléans et de l'Université de Tunis, 2009.

B- Mémoires :

1. **BELLABAS Okba-Lemdjed**, *Le navire : les particularités de son financement*, Mémoire pour le D.E.S.S. en droit Maritime et des transports, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 2008.
2. **MOREAU Nathalie**, *La formation du contrat électronique : dispositif de protection de cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits (M.A.R.C.)*, Mémoire de DEA en Droit des contrats, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Université de Lille 2, 2003.
3. **SMAILI Nabila**, *Pratique du crédit-bail, analyse de la situation Algérienne*, Mémoire de magistère en sciences économique, Faculté des sciences économiques, de gestion et des sciences commerciales, Université Mouloud-MAMMERI, Tizi-Ouzou, 2011-2012.

3. Articles:

1. **ABDELGAWAD Walid**, « Le commerce équitable et la société civile internationale : une chance pour la mondialisation d'un droit de l'économie solidaire. », *Revue Internationale de Droit Économique - 2003* - pp. 197-232.
2. **ALAIN Capiez**., « Évaluation du crédit-bail : vers une approche unifiée du risque », *Revue française de gestion* 2002/3-4, n° 139, www.cairn.info.com. , pp. 73-89.

3. **ALAIN Testart**, « Propriété et non-propriété de la Terre. L'illusion de la propriété collective archaïque » (1re partie), *Études rurales* 2003/1-2, N° 165-166, www.cairn.info.com. , pp. 209-242.
4. **AMOUSSOU-GUÉNOU Roland**, « Perspectives des principes Asean (ou asiatiques) du droit des contrats », *RDAI/IBLJ*, N°5, 2005, pp. 573-591.
5. **ANCEL Marie-Élodie**, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *Communication Commerce électronique* n° 1, Janvier 2008, chrono, pp. 1-24.
6. **BARRIERE-BROUSSE Isabelle**, « Le Traité de Lisbonne et le droit international privé », *Journal du droit international* (Clunet) n° 1, Janvier 2010, pp. 1-25.
7. **BASS Jacqueline, HENDERSON Katrena**, « crédit- bail : une nouvelle option pour les institutions de microfinance », conférence tenue en février 2000 au Mali sur les programmes de microfinance, *Note technique* n°6, pp. 1-15.
8. **BENGLOUN Mohamed-Amine**, « Evolution et perspective du crédit- bail au Maroc », Premières *assises nationales du crédit-bail*, Maroc le : 14 mai 2002, pp. 1-6.
9. **BERAUDO Jean-Paul**, « Le nouveau droit du crédit-bail international et de l'affacturage international (1mai 1995) », *J.C.P.*, nº. 17, 1995 pp. 185 et s.
10. **BETTO Jean-Georges**, «Sommaire de sentences arbitrales internationales », *RDAI/IBLJ*, N° 1, 2002, pp. 111-114.
11. **BOLLÉE Sylvain**, « La monnaie dans les relations privées internationales », *Journal du droit international (Clunet)* n° 4, Octobre 2010, pp. 1-3.
12. **BONELL Michael-Joachim**, «Les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : vers une nouvelle *lex mercatoria ? », RDAI/IBLJ*, N° 2, 1997, pp. 145-163.
13. **BORTOLOTTI Fabio**, «Les contrats modèles de la CCI : une approche nouvelle dans la rédaction des modèles de contrats pour le commerce international », *RDAI/IBLJ*, N°8, 2001, pp. 969-988.
14. **BOULOC Bernard**, « Franchisage : nécessité d'un prix déterminé et objectif. », *RTD Com*. 1990 p. 458.
15. **CADET Isabelle**, «La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux. », *Revue Internationale de Droit Économique* – 2010 – pp.401-439.

16. **CHABERT Cyril**, « Du nouveau en matière de protection internationale du consommateur en ligne », *Communication Commerce électronique* n° 2, Février 2006, pp. 25-29.
17. **CHABERT Cyril**, « Le choix d'une loi par un consommateur doit être explicite », *Communication Commerce électronique* n° 12, Décembre 2005, pp. 30-32.
18. **CHATELAIN Jean-Bernard, TEURLAI Jean-Christophe**, « Le recours au crédit-bail permet-il d'identifier des entreprises à l'origine du canal du crédit ? », *Revue économique*- vol. 54, N° 4, juillet 2003, pp. 811-834.
19. **CHERIF Chakib**, « Le leasing », *R.A.S.J.E.P.*, volume 34, n° 3 1996, pp. 411-415.
20. **CHERIF Chakib**, « Le leasing **»,** *RASJEP*, n° 3, 1996, pp. 411-415.
21. **CYRIL Nourissat, MENJUCQ Michel**, « Droit du commerce international », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 36, 6 Septembre 2010, pp. 23-32.
22. **CYRIL Nourissat**, « Faillites internationales », », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 36, 6 Septembre 2010, pp. 29-30.
23. **CYRIL Nourissat**, « Les opérations financières internationales : Les nouvelles règles uniformes CCI en matière de garanties sur demande », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 36, 6 Septembre 2010, pp. 25-26.
24. **D' AVOUT Louis, PERREAU-SAUSSINE Louis**, « Droit international des contrats : la CJCE n'aurait-elle pas déjà un train de retard ? *», La Semaine Juridique Edition Générale* n° 50, 7 Décembre 2009, 550, Document 79 de 724, pp 135-140.
25. **D'AVOUT Louis**, « Les lois de police étrangères devant le juge français du contrat international », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 19, 10 Mai 2010, pp. 194-198.
26. **DAOUDI Amar**, « La garantie financière et le développement de la PME en Algérie », *colloque sur : le financement de la PME dans les pays de Maghreb*, Alger le 11-12 mars 2009, pp. 1-22.
27. **DENOIX DE SAINT-MARC Valéry**, « La liberté contractuelle et l'égalité des parties : une relation difficile », *Gazette du Palais*, 27 octobre 2009 n° 300, P. 21.
28. **DERAINS Yves, GHESTIN Jacques**, « La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms », *Rev. Crit. D.I.P,* 1990 p. 860et sui.

29. **DESHAYES Béatrice**, « Le « lieu de livraison » au sens de l'article (5-1 b) du règlement Bruxelles I **»,** *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 48, 29 Novembre 2010, pp. 12-21.
30. **DIESSE François**, « Travaux des organisations internationales (Droit du Commerce international) Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI », *RDAI/IBLJ*, N° 1, 2001, pp. 98-108.
31. **DJOUDI Karim** Ministre délégué chargé de la réforme financière, *El Watan Economie,* du 13 au 19 février 2006, pp. 3-4.
32. **El-MOKHTAR Bey**, « Crédit-bail immobilier », *Juris-Classeur*, nº2, 2001, Fasc. 651, pp. 1-11.
33. **FARGE Michel,** « Mise en exergue du caractère universel de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 *», La Semaine Juridique Edition Générale* n° 48, 23 Novembre 2009, p.141.
34. **FERJANI Nabil, HUIT Véronique**, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, Juillet 2010, pp.108-124.
35. **FERRARI Franco**, « La sphère international d'application de la convention d'Ottawa de 1988 sur l'affacturage international », *R.D.A.*, nº 8,1999, pp. 895-909.
36. **FERRARI Franco**, « Quelle sources de droit pour les contrats de vente internationale marchandises ? Des raisons pour lesquelles il faut aller au-delà de la CVIM », *RDAI/IBLJ*, N°3, 2006, pp. 403-429.
37. **FILARETO Marie-Christine**, « Les déterminants du taux débiteur exigé par le crédit-bail leur : une étude empirique sur le marché français », *Économie et Prévision* 2004/1, n° 162, www.cairn.info.com. , pp.111-128.
38. **GAVALDA Christian**, « Crédit- bail », *Rép. Internat. Dalloz*, Paris, 1998, pp. 1-6.
39. **GAVALDA Christian, CREMIEUX-ISRAEL Danièle**, « Crédit-bail international et leasing en Europe *», Juris-Classeur*, nº 1-2001, Fasc.643, pp. 1-24.
40. **GAVALDA Christian, CREMIEUX-ISRAEL Danièle**, « Crédit-bail mobilier », *Juris-Classeur*, no 8-2000, Fasc.641, pp. 1-40.
41. **GAVANON Isabelle**, « Validité des clauses limitatives de responsabilité et la salutaire nécessité d'un équilibre contractuel contrôlé par les juges », *La*

Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 24, 17 Juin 2010, act. 331, Document 41 de 724, pp. 179-183.

42. **GOODE Roy**, «Les clauses de cession dans les contrats internationaux », *RDAI / IBLJ*, N°3/4, 2002, pp. 389-406.
43. **GRANGEREAU Pascal, HAROUN Mehdi**, « Financements de projets et financements islamiques Quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », Revue *BANQUE & DROIT* n° 97 – septembre-octobre 2004, pp. 52-61.
44. **GRANIER Thierry**, « Le contrat de franchisage à l'épreuve du droit de la concurrence *», RTD Com.* 1991 p. 358.
45. **GRILLET Paul**, « Quelles solutions pour financer le développement de son activité ? », *5éme forum de la création d'entreprise*, chambre de commerce et d'industrie de la Haute-Savoie, pp. 1-25.
46. **GUSTIN Manuel**, « Le transfert des risques et l'impossibilité d'exécution dans la CVIM *», RDAI/IBLJ*, N°3/4, 2001, pp. 379-400.
47. **HATEL Bernard**, « Entre « Rome II » et « Bruxelles I » : l'interprétation communautaire uniforme du règlement « Rome I », *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, Juillet 2010, pp.125-144.
48. **HEUZÉ Vincent**, «La formation du contrat selon la CVIM : quelques difficultés », *RDAI/IBLJ*, N°3/4, 2001, pp. 277- 291.
49. **JEBALI Salah**, « Le leasing en Tunisie », *Premières assises nationales du crédit-bail,* Panel I : Regards croisés sur le crédit-bail, Maroc, le 14 mai 2002, pp. 1-4.
50. **JOLIVET Emmanuel**, « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : l'annulation du contrat par les arbitres dans l'arbitrage CCI », *Gazette du Palais*, n° 349,15 décembre 2005, P. 14.
51. **LAGARD Paul**, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *R.C.D.I.P.*, n°2, 1991, pp. 283-490.
52. **LAHLOU Yasmine et MATOUSEKOVA Marina**, «Chronique de droit international privé appliqué aux affaires. », *RDAI/IBLJ*, N°4, 2007, pp. 542-556.
53. **LAHLOU Yasmine, MATOUSEKOVA Marina**, « Chronique de droit international privé appliqué aux affaires. », *RDAI/IBLJ,* N°6, 2007, pp. 813-831.

54. **LE NABASQUE Hervé**, « Clause de prix insérée dans les promesses d'achats de droits sociaux », *Revue des sociétés* 2005, p. 593.
55. **LEGROS Cécile**, « Loi applicable à défaut de choix**. »,** *Journal du droit international (Clunet)* n° 1, Janvier 2010, pp. 110-120.
56. **LOBEZ Frédéric, STATNIK Jean - Christophe**, « Une décision de crédit-bail peut aussi être un bon signal », *Revue économique* 2007/4, Volume 58, www.cairn.info.com. , pp. 941-951.
57. **MEDINA Ramirez**, « L'importance économique des opérations de leasing », *Cahiers de droit fiscal international*, Stockholm, 1990, pp. 327-337.
58. **MEKKI Mustapha**, « Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? *», La Semaine Juridique Edition Générale* n° 49, 6 Décembre 2010, pp. 1-9.
59. **MÉNARD Claude, OUDOT Jean-Michel**, « L'évaluation préalable dans les contrats de partenariat », Revue *française d'administration publique* nº 130, 2009, pp. 349-364.
60. **MOLFESSIS Nicolas**, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat *», Petites affiches*, 30 septembre 1998 n° 117, pp. 1-12.
61. **MONTERAN (T.)**, « L'influence des procédures collectives sur la poursuite et la fin des contrats » : *Gaz. Pal.* n° 273, 2003, p. 2 et s.
62. **PASSA Jérôme**, « Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions », *Communication Commerce électronique* n° 5, Mai 2005, pp. 37-55.
63. **RAOUYA (A.)**, « La fiscalité : un levier pour booster l'investissement », *bulletin d'information de la direction générale des impôts, la lettre de la D.G.*I., Nº 45, www.mfdgi.gov.dz., pp. 1-6.
64. **REIFEGERSTE Stephan, WEISZBERG Guillaume**, « Obligation de minimiser le dommage est raisonnable en droit du commerce international », *RDAI/IBLJ*, N°2, 2004, pp. 181-197.
65. **ROESCH Marc** « BIM : crédit moyen terme : leasing et retro leasing, l'exemple de l'ANED en Bolivie », *Synthèse produite par la FAO sur des études de cas de crédit moyen terme* (BIM du 13-12-2003), roesch@cirad.fr.pp. 1-4
66. **ROUQUET (Y.)**, « Grosses réparations : transfert de la charge au preneur » *Recueil Dalloz* 2010 p. 2360.

67. **SEGHERS Natasha, WALSCHOT Francis**, « Les contrats types en rapport avec la CVIM », *RDAI/IBLJ*, N°3/4, 2001, pp. 415-463.

68. **SUCHANKOVA Martina**, « Les principes d'Unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations », *RDAI/IBLJ*, N° 6, 1997, pp. 691-702.

69. **TETCHIADA Sylvestre**, « Le crédit-bail en questions», *Africain Business, Novembre* - Décembre 2009, p 60.

70. **TEURLAI Jean-Christophe**, « Investissement corporel et coût du financement externe : identification de différents régimes et rôle du crédit-bail. », *Économie et Prévision* 2003/1, n° 15, www.cairn.info.com , pp. 51-70.

71. **TOLSTOY Stéphane**, « L'importance économique du crédit-bail », *Cahiers de droit fiscal international*, Stockholm, 1990, pp. 44-71.

72. **TORSELLO Marco**, « Les relations entre les parties au contrat d'affacturage régi par la convention d'Unidroit de 1988 Sur le factoring international », *RDAI/IBLJ,* N° 1, 2000, pp. 43-59.

73. **TOUSSAINT Olivier**, «Zoom sur credit Agricole leasing- factoring, *brochure Credit Agricole Leasing & Factoring*, pp. 1-22.

74. **TROCHU Michel,** « Les clauses d'offre concurrente du client le plus favorisé et le premier refus dans les contrats internationaux. », *RDAI/IBLJ*, N°3/4, 2002, pp. 303-320.

75. **VANDOMME Laurent**, « La négociation des contrats internationaux », *RDAI / IBLJ*, N°5, 2003, pp. 487-501.

76. **VAN-WUNNIK Luca,** «Les limites de l'investissement direct étranger manufacturier comme moteur de développement économique», Lavoisier / *Géographie Économie Société,* 2008/4 - Volume 10, www.cairn.info.com , pp. 391-427.

77. **VEILLARD Isabelle**, « Le caractère général et commercial des principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce *», RDAI/IBLJ,* N°4, 2007, pp. 479-492.

78. **VENEZIANO Anna**, « Non- conformité des marchandises dans les ventes de internationales, étude de la jurisprudence actuelle sur la CVIM. », *RDAI/IBLJ*, N° 1, 1997, pp. 39-65.

79. **VOULGARISI.**, « Le crédit- bail et les institutions analogues en droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1996, pp. 319 et s.

80. **YAHIA Lydia**, « Marché du leasing en Algérie », *Bimensuel de l'économie et de la finance*, L'éco n°60 / du 16 au 28 février 2013, pp. 29-54.
81. **ZOUAIMIA Rachid,** « Remarques critiques sur la technique du factoring en droit algérien », *RASJEP*, n^{O}2, 2006, pp. 5-29.

4- Jurisprudences :

1. **Cass. Civ.,** 6 juillet 1959, L'arrêt société des fourrures Renel c. Allouche.
2. **Cass. Civ**. 27-1-1931, *Rev.crit.dr.int.pr.,* 1931, p.516 et 517.
3. **Cass.** 14-2-1934 *D.P.* 1934 pp. 1-73
4. **Cass. Civ**. 2-5-1966, *Rev.crit.dr.int.pr*. 1967, p.553, **note GOLDMAN.**
5. **Tribunal de commerce de Vervins**, 18 avril 1967, *J.C.P*. 1967, II, 15291, **note GOYET Charles.**
6. **Lyon** 3 October 1968, *RTD Com*. 1970. 188., **note J. HEMARD**.
7. **Rouen** 7 avril 1970, D. 1970, 676, *RTD Com*. 1971.**note Trochu**.
8. **Cass. Crim.** 23 mars 1971, *Bull. Crim*, no 99, p. 254.
9. **Cass. Com**. 3 janvier 1972. D. 1972, p. 649, **note, Trochu**.
10. **Comm. Bruxelles**, 22 septembre 1975, *J.C.B*., 1976, p. 701.
11. **Com**. 20 October 1975, D. 1976. *I R*. 6.
12. **Cour d'appel** de Lyon, 31 janvier 1980, Revue de droit quotidien, 23/2/1981.
13. **Paris** 13 février 1980, *Gaz. Pal.* 1980, p.351, **note Bey**.
14. **Cas. Civ**. 1 juillet 1981, soc. Total Afrique c. Serrure et autres, *J.D.I*., 1982. 148. **note Bourel**.
15. **Cour d'appel de Paris** 15 ch. A 22 avril 1992, *Recueil Dalloz*, 1995, p.289.
16. **C. Cass**. **1re Civ**. 30 juin 2004 : Société Behr France c. Société Romay AG, *Gazette du Palais*, 22 février 2005 n° 53, p. 17.
17. **L'arrêt de la Cour de cassation** du 16 mars 2010 (Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21.511 : Juris Data n° 2010-002032 ; *JCP* G 2010, note 530, **D. Bureau et L. d'Avout.).**
18. **Cass. Com**., 19 oct. 2010, n° 09-69.246, P+B, SAS JFA chantier naval : Juris Data n° 2010-019100 (CA Rennes, 2e ch., 2 juin 2009). - Rejet. in : *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 47, 25 Novembre 2010, 2011, p. 22.

19. **Cass. 1re civ**., 12 juill. 2005, n° 02-16.915, Pl. c/ Ph., *Juris -D*ata n° 2005-029439.

5- Documents :

1. ALC/spa Notice d'Information, www.arableasing-dz.com.
2. Actes de la conférence Diplomatique, vol. 1, Etude LIX-Doc, 48, Spéc. nº 68, pp. 52-53.
3. ANDI, Développement de l'investissement en Algérie, Atelier 2, Alger le 11 mai 2011, pp. 1-15.
4. Brochure Crédit Agricole Leasing, www.ca.leasing.fr, pp. 1-33.
5. Brochure PACCAR Financial, www.paccarfinancial.be.
6. Brochure, UBS Leasing « Avec le leasing, préservez votre liquidité », www.ubsleasing.ch. pp. 1-12.
7. « Leasing : tendances actuelles », Publication de Crédit Suisse Economic Research, 18 octobre 2006, www.crédit-suisse.com/entreprises, pp. 1-30.
8. Notaires de France, Le financement : les moyens de ses projets-la maitrise des risques, 107e congrès des notaires de France, Cannes 5-8 juin 2011, *BANQUE et ASSURANCES*, Paris, 2011.

الفهرس

قائمة المختصرات

مقدمة.....ص6

الباب الأول

الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص12

الفصل الأول

الاعتماد الايجاري الدولي: فكرة قديمة في قالب عقدي جديد.....ص14

المبحث الأول: مفهوم عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص15

المطلب الأول: تطور الاعتماد الايجاري: من العقد الوطني إلى العقد الدولي.....ص16

الفرع الأول: نشأة وتطور الاعتماد الايجاري.....ص16

أولا-فكرة تأجير المعدّات الإنتاجية كانت موجودة منذ العصور القديمة.....ص16

ثانيا-ظهور الاعتماد الايجاري في الولايات المتحدة الأمريكية

بسبب عجز طرق التمويل التقليدية عن تلبية الحاجة إلى التمويل.....ص18

ثالثا-انتقال الاعتماد الايجاري إلى دول أوروبا.....ص21

رابعا-انتقال الاعتماد الايجاري إلى الدول النّامية بسبب حاجتها إلى التمويل.....ص23

1-ظهور الاعتماد الايجاري في المغرب.....ص25

2-ظهور الاعتماد الايجاري في مصر.....ص26

3-ظهور الاعتماد الايجاري في الجزائر.....ص27

الفرع الثاني: العوامل المُساهمة في خروج

عقد الاعتماد الايجاري من الطابع المحلي إلى الدولي.....ص29

أولا-الدور الكبير لقطاع الطيران في اتخاذ الاعتماد الايجاري طابعا دوليا.....ص30

ثانيا-ظهور مؤسسات دولية متخصصة في الاعتماد الايجاري ومشجّعة له.....ص33

1-مؤسسة التأجير الأوربية LEASE EUROPE ص33
2-الاتحاد الأوربي لشركات التأجير التمويلي.....ص34
3-مؤسسة التمويل الدولية.....ص35
المطلب الثاني: تعريف عقد الاعتماد الايجاري الدولي ص37
الفرع الأول: أهم المحاولات لتعريف عقد الاعتماد الايجاري.....ص38
أولا-تعدد المجالات المهتمة بالاعتماد الايجاري.....ص38
1-تعريف فقهاء الاقتصاد للاعتماد الايجاري ص38
2-التعريف المحاسبي للاعتماد الايجاري.....ص40
3-تعريف فقهاء القانون للاعتماد الايجاري.....ص41
أ-من الفقهاء من يركز على العلاقة الايجارية في العقد.....ص41
ب-تركيز البعض الآخر على الجانب الاقتصادي والمالي للعقد.....ص42
ج-تركيز طائفة أخرى على الطّابع المركب للعقد.....ص42
4-تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية لعقد الاعتماد الايجاري.....ص44
ثانيا-تعريف بعض القوانين لعقد الاعتماد الايجاري.....ص44
1-تعريف عقد الاعتماد الايجاري في الأنظمة الأنجلو سكسونية.....ص45
أ-تعريف عقد الاعتماد الايجاري في القانون الأمريكي.....ص45
ب – تعريف عقد الاعتماد الايجاري في القانون الإنجليزي.....ص46
2-تعريف الأنظمة اللاّتينية لعقد الاعتماد الايجاري.....ص47
3-تعريف المشرع الجزائري لعقد الاعتماد الايجاري.....ص49
الفرع الثاني: المعايير المكرسّة للطابع الدولي لعقد الاعتماد الايجاري.....ص51
أولا-المعيار القانوني.....ص51

1-المعيار القانوني التقليدي.....ص52
2-المعيار القانوني الحديث.....ص53
ثانيا-المعيار الاقتصادي.....ص54
1-معيار تحرك الأموال (دخول وخروج الأموال) ص55
2-معيار تجاوز العقد للإطار الاقتصادي الداخلي.....ص55
3-معيار اشتراك مصالح الاقتصاد الدولي.....ص56
ثالثا-المعيار المزدوج.....ص57
رابعا-المعيار الأنسب لتحديد الطابع الدولي لعقد الاعتماد الايجاري.....ص57
1-معيار مكان استعمال الأصول المستأجرة.....ص57
2-معيار مقر نشاط أطراف العقد.....ص58
3-المعيار الذي أخذت به كل من اتفاقية أوتاوا والمشرع الجزائري.....ص59
أ-المعيار الذّي أخذت به اتفاقية أوتاوا.....ص59
ب-المعيار الذّي أخذ به المشرع الجزائري.....ص62
المبحث الثاني
خصائص عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص63
المطلب الأول: عقد الاعتماد الايجاري الدولي ثنائي الأطراف أم ثلاثي الأطراف؟ ص64
الفرع الأول: المستأجر التمويلي.....ص64
الفرع الثاني: المؤجر التمويلي ص66
الفرع الثالث: المورد أو المقاول.....ص68
المطلب الثاني: الخيارات الثلاثة المتاحة للمستأجر التمويلي.....ص70

الفرع الأول: إمكانية شراء الأصل المؤجّر.....ص71

الفرع الثاني: إمكانية تجديد عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص74

الفرع الثالث: ردّ المال المؤجر الى المؤجر التمويلي.....ص75

المطلب الثالث: الاعتبار الشخصي والطابع التجاري لعقد الاعتماد الايجاري ص77

الفرع الأول: الاعتماد الايجاري الدولي من العقود ذات الاعتبار الشخصي.....ص77

الفرع الثاني: الاعتماد الايجاري الدولي من العقود التجارية.....ص79

المطلب الرابع: الصور المتعددة لعقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص81

الفرع الأول: صور عقد الاعتماد الايجاري الدولي بحسب طبيعة الأصل المؤجر.....ص81

أولا-عقد الاعتماد الايجاري الدولي الوارد على منقول.....ص81

ثانيا-عقد الاعتماد الايجاري الدولي الوارد على عقار.....ص83

الفرض الأول.....ص84

الفرض الثاني.....ص84

أولا -الحصول على الأرض.....ص85

ثانيا-بناء لعقار.....ص85

ثالثا-عقد الاعتماد الايجاري الدولي الوارد على محل تجاري

أو مؤسسة حرفية.....ص86

الفرع الثاني: صور عقد الاعتماد الايجاري الدولي

بحسب انتقال الحقوق والالتزامات.....ص87

أولا-عقد الاعتماد الايجاري الدولي المالي.....ص87

ثانيا- عقد الاعتماد الايجاري الدولي العملي(التشغيلي).....ص88

المطلب الخامس: الطابع العيني للعقد ومدّته غير القابلة للإلغاء.....ص90

الفرع الأول: عقد الاعتماد الايجاري الدولي تمويل عيني وليس تمويل نقدي.....ص90

الفرع الثاني: مدّة عقد الاعتماد الايجاري الدولي غير القابلة للإلغاء.....ص92

خلاصة الفصل الأول.....ص95

الفصل الثاني

عقد الاعتماد الايجاري الدولي: انصهار لعدة قوالب عقدية.....ص96

المبحث الأول: تكييف عقد الاعتماد الايجاري الدولي ص97

المطلب الأول: تمييز عقد الاعتماد الايجاري الدولي عن باقي عقود الأعمال.....ص98

الفرع الأول: عقد الاعتماد الايجاري الدولي وعقد التسيير.....ص98

أولا-أوجه التشابه بين العقدين.....ص99

ثانيا-أوجه الاختلاف بين العقدين.....ص99

الفرع الثاني: عقد الاعتماد الايجاري الدولي وعقد الفرانشيز الدولي.....ص100

أولا-أوجه التشابه بين العقدين.....ص102

ثانيا-أوجه الاختلاف بين العقدين.....ص103

الفرع الثالث: عقد الاعتماد الايجاري الدولي وعقد تحويل الفواتير الدولي.....ص103

أولا-أوجه التشابه بين العقدين.....ص105

ثانيا-أوجه الاختلاف بين العقدين.....ص107

المطلب الثاني: عقد الاعتماد الايجاري الدولي

يتضمن بعض العقود التقليدية.....ص108

الفرع الأول: عقد الاعتماد الايجاري الدولي يتضمن فكرة البيع.....ص108

أولا-عقد الاعتماد الايجاري الدولي يتضمن فكرة البيع بالإيجار.....ص108

1 – أوجه الشّبه بين العقدين.....ص109
2 – أوجه الاختلاف بين العقدين.....ص110
ثانيا-عقد الاعتماد الايجاري الدولي يتضمّن فكرة البيع بالتقسيط.....ص111
1– أوجه الشّبه بين العقدين.....ص112
2 – أوجه الاختلاف بين العقدين.....ص113
الفرع الثاني: عقد الاعتماد الايجاري الدولي يتضمّن فكرة الإيجار.....ص114
أولا-أوجه الشّبه بين العقدين.....ص114
ثانيا-أوجه الاختلاف بين العقدين.....ص115
الفرع الثالث: عقد الاعتماد الايجاري الدولي يتضمّن فكرة القرض.....ص117
أولا-أوجه الشّبه بين العقدين.....ص118
ثانيا-أوجه الاختلاف بين العقدين.....ص119
المطلب الثالث: أهم المحاولات الفقهية لتكييف عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص121
الفرع الأول: نظرية العقد المنشئ للملكية الاقتصادية.....ص121
أولا-مضمون نظرية العقد المنشئ للملكية الاقتصادية.....ص122
ثانيا-تقدير نظرية العقد المنشئ للملكية الاقتصادية.....ص123
الفرع الثاني: نظرية العقد المركب.....ص125
أولا-مضمون نظرية العقد المركب.....ص125
ثانيا-تقدير نظرية العقد المركب.....ص127
الفرع الثالث: نظرية عقد التمويل بضمان الملكية غير الحيازية.....ص128
أولا-مضمون نظرية عقد التمويل بضمان الملكية غير الحيازية.....ص128

ثانيا-تقدير نظرية عقد التمويل بضمان الملكية غير الحيازية.....ص130

المبحث الثاني

الطبيعة الخاصة والذاتية لعقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص132

المطلب الأول: مراحل عقد الاعتماد الايجاري الدولي والوظائف التي يؤدّيها.....ص133

الفرع الأول: المراحل التي يمر بها عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص133

الفرع الثاني: الوظائف التي يؤديها عقد الاعتماد الايجاري الدولي ص135

أولا-وظائف عقد الاعتماد الايجاري بالنسبة للمستأجر التمويلي.....ص135

1-عقد الاعتماد الايجاري الدولي وسيلة لتمويل الاستثمارات.....ص136

أ-التمويل الكامل للاستثمار.....ص136

ب-استبدال الأصول الإنتاجية لمواكبة التطور التكنولوجي.....ص139

ج-تحسين صورة الميزانية.....ص141

د-الاستفادة من الحوافز الضريبية.....ص141

2-عقد الاعتماد الايجاري الدولي وسيلة لنقل التكنولوجيا.....ص143

أ –تعريف نقل التكنولوجيا.....ص144

ب -علاقة عقد الاعتماد الايجاري الدولي بنقل التكنولوجيا.....ص145

ثانيا-وظائف عقد الاعتماد الايجاري الدولي

بالنسبة للمؤجر التمويلي وبالنسبة للمورّد.....ص146

1-وظائف عقد الاعتماد الايجاري الدولي بالنسبة للمؤجر التمويلي.....ص146

أ-ائتمان مضمون بأقوى الضّمانات.....ص147

ب-الاستفادة من المزايا الضريبية.....ص149

ج-الإعفاء من المسؤولية.....ص149
2- وظائف عقد الاعتماد الايجاري الدولي بالنسبة للمورد.....ص151
المطلب الثاني:
الضمانات التي يتمتع بها المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص153
الفرع الأول: احتفاظ المؤجر التمويلي بملكية الأصول المؤجرة.....ص153
الفرع الثاني: قيام جريمة خيانة الأمانة في حالة
تقصير المستأجر التمويلي أو عدم ردّه للأصل عند انقضاء العقد.....ص160
الفرع الثالث: الطابع الخاص للأجرة في عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص162
خلاصة الفصل الثاني.....ص164
خاتمة الباب الأول.....ص165
الباب الثاني
عقد الاعتماد الايجاري الدولي: بين قانون الإرادة والقواعد الموضوعية ص166
الفصل الأول
إمكانية خضوع عقد الاعتماد الايجاري الدولي لقانون الإرادة ص169
المبحث الأول
التحديد التنازعي للقانون واجب التطبيق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص170
المطلب الأول: إمكانية اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق
على عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص171
الفرع الأول: اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم عقد الاعتماد الايجاري الدولي
بشكل صريح.....ص171

أولا-تكريس مبدأ حرية أطراف العقد في الاختيار.....ص172

ثانيا-أهمية الاختيار الصّريح للقانون واجب التطبيق على العقد.....ص174

الفرع الثاني: اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم عقد الاعتماد الايجاري الدولي بشكل ضمني.....ص175

أولا-انقسام الفقهاء بين مؤيّد ومعارض لفكرة الإرادة الضمنية.....ص175

الرأي الرّافض للإرادة الضمنية.....ص175

الرأي المؤيّد للإرادة الضمنية.....ص176

ثانيا-القرائن المحددة للإرادة الضمنية لأطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص177

1-تحديد الإرادة الضمنية استنادا إلى القرائن الذاتية.....ص177

2-تحديد الإرادة الضمنية استنادا إلى القرائن الخارجية.....ص178

ثالثا-موقف المشرع الجزائري من الإرادة الضمنية.....ص179

الفرع الثالث: حدود مبدأ سلطان الارادة في اختيار القانون الذي يحكم عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص181

أولا-الاختيار المطلق للقانون واجب التطبيق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي (النظرية الشخصية) ص181

ثانيا-الاختيار المقيّد للقانون واجب التطبيق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي (النظرية الموضوعية) ص184

ثالثا-النظرية الازدواجية: محاولة للتوفيق بين الإطلاق في الحرية والتقييد منها.....ص186

رابعا-إشكالية اختيار عدة قوانين أو قانون واحد في عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص187

1-تجزئة عقد الاعتماد الايجاري الدولي وإخضاعه لأكثر من قانون واحد.....ص187

أ-بالنسبة لعقد البيع في حالة كونه عقد دولي.....ص188

أ-1 -إمكانية تطبيق اتفاقية فيينا حول عقد البيع الدولي

للبضائع الموقعة في 11 أفريل 1980.....ص189

أ-2-إمكانية تطبيق اتفاقية لاهاي لسنة 1955 حول القانون

واجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية.....ص191

ب-بالنسبة لعقد الاعتماد الايجاري -بالمعنى الضيّق-إمكانية تطبيق

اتفاقية أوتاوا حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقولات.....ص192

2-وحدة القانون المختار الذي يحكم عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص193

خامسا-موقف المشرع الجزائري: من الإطلاق في الحرية إلى التقييد منها.....ص194

المطلب الثاني: إمكانية عدم اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق على عقد

الاعتماد الايجاري الدولي.....ص195

الفرع الأول: ضرورة البحث عن قانون الدولة الأكثر صلة

بعقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص196

أولا-كيفية تحديد قانون الدولة الأكثر صلة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص196

1-التحديد التشريعي للقانون واجب التطبيق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص196

أ-أهم الضوابط في التحديد التشريعي.....ص197

ب-موقف المشرع الجزائري من التحديد التشريعي.....ص198

2-التحديد القضائي للقانون واجب التطبيق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص199

ثانيا-كيفية تحديد القانون الأكثر صلة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص200

1-تحديد مركز الثقل في العقد: يتم على أساس العناصر الشخصية

أو على أساس العناصر الموضوعية؟ ص200

2-تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد: بين ترجيح

الوظيفة الايجارية أو الوظيفة التمويلية لعقد الاعتماد الايجاري؟ ص201

الفرع الثاني: خضوع عقد الاعتماد الايجاري الدولي للقانون الذي يحكم

الأداء المميّز في العقد.....ص202

أولا-المقصود بفكرة الأداء المميّز.....ص202

1-أصل فكرة الأداء المميّز.....ص202

2-تمييز فكرة الأداء المميّز عن فكرة القانون الأوثق صلة بالعقد.....ص204

ثانيا-إشكالية تحديد صاحب الأداء المميّز في عقد الاعتماد الايجاري الدولي؟ ص204

الاتجاه الأول: المستأجر التمويلي هو المدين بالأداء المميّز في العقد.....ص204

الاتجاه الثاني: المؤجر التمويلي هو المدين بالأداء المميز في العقد.....ص205

المبحث الثاني

انكماش دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص208

المطلب الأول: خروج بعض الجوانب في عقد الاعتماد الايجاري الدولي

عن نطاق تطبيق قانون الإرادة.....ص209

الفرع الأول: خروج أهلية التعاقد عن نطاق تطبيق قانون الإرادة.....ص209

1-القانون الذي يحكم أهلية المورد وأهلية المستأجر التمويلي.....ص209

2-الطّابع الخاصّ لأهلية المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص210

أ-بالنسبة للبنك أو المؤسسة المالية.....ص210

ب-بالنّسبة لشركات الاعتماد الايجاري.....ص211

الفرع الثاني: خروج الوكالة وشكل العقد عن نطاق تطبيق قانون الإرادة.....ص213

أولا-خروج الوكالة بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي عن نطاق قانون الإرادة.....ص213

ثانيا-خروج شكل عقد الاعتماد الايجاري الدولي عن نطاق قانون الإرادة.....ص213

1-الأحكام المتعلّقة بشهر عقد الاعتماد الايجاري في القانون الجزائري.....ص214

2-تنازع الاختصاص بين قانون محل إبرام العقد وقانون موقع الأصول؟ ص215

3-القانون الذي يحكم شكل عقد التوريد أو عقد البيع في حالة كونه دوليا.....ص217

أ-شكل العقد إذا كان خاضعا لاتفاقية فيينا حول عقد البيع الدولي للبضائع ص217

أ1-الأصل هو خضوع العقد في جانبه الشّكلي

للقاعدة الواردة في المادة 11 من الاتفاقية.....ص217

أ2-الاستثناء الوارد في المادة 12 من الاتفاقية ص217

ب-شكل العقد إذا كان خاضعا لأحكام اتفاقية لاهاي حول

القانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية.....ص218

الفرع الثالث: خروج انتقال ملكية الأصول من البائع إلى

المؤجر التمويلي عن نطاق تطبيق قانون الإرادة.....ص219

أولا-انتقال الملكية يتم بتسليم المبيع إلى المشتري أو بمجرد التراضي على العقد؟ ص219

ثانيا-اختلاف التشريعات في كيفية انتقال الملكية يُثير إشكالا في

القانون الدولي الخاص.....ص220

1-الحل المعمول به في الاتفاقيات الدولية.....ص220

2-بعض الحلول الفقهية في مسألة القانون الذي يحكم انتقال الملكية.....ص221

الفرع الرابع: القانون الذي يحكم الاحتجاج بملكية

المؤجر التمويلي للأصول في مواجهة الغير.....ص222

أولا-ترجيح تطبيق قانون موقع الأموال على الاحتجاج بالملكية.....ص223

ثانيا-الحلول التي تبنّتها اتفاقية أوتاوا في مسألة

القانون واجب التطبيق على الاحتجاج بحق ملكية المؤجر التمويلي للأصول.....ص223

ثالثا-عدم إمكانية احتجاج المؤجر التمويلي بملكيته للأصول

بسبب عدم شهر العقد.....ص224

المطلب الثاني: استبعاد تطبيق قانون الإرادة على

عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص226

الفرع الأول: استبعاد تطبيق قانون الإرادة لمصلحة القواعد القانونية

ذات التطبيق الضروري.....ص226

أولا-تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري.....ص227

ثانيا-الأولوية في التّطبيق لقواعد الإسناد أو للقواعد ذات التطبيق الضروري؟ ص228

ثالثا-القواعد ذات التطبيق الضروري هي فقط تلك

الواردة في قانون القاضي أو حتى تلك الواردة في القانون الأجنبي؟ ص229

أ-من الرّفض المطلق إلى الأخذ بالفكرة.....ص230

ب-انقسام الفقهاء حول مسألة تطبيق القاضي الوطني للقواعد الأجنبية

ذالت التطبيق الضروري.....ص231

رابعا-ارتباط عقد الاعتماد الايجاري الدولي بالقواعد ذات التطبيق الضروري.....ص232

1-مُمارسة نشاط الاعتماد الايجاري يقتصر على البنوك

والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الايجاري.....ص232

2-تدخُل الدولة بقواعد قانونية ذات طابع حمائي في

تنظيم نشاط الاعتماد الايجاري.....ص233

الفرع الثاني: استبعاد تطبيق قانون الإرادة في

حالة مخالفته للنظام العام والآداب العامة في الجزائر.....ص234

أولا-الفرق بين الدفع بالنظام العام وتطبيق القوانين ذات التطبيق الضروري.....ص234

ثانيا-ارتباط النظام العام بالنّظام السّائد في المجتمع.....ص235

ثالثا-أثر إعمال الدّفع بالنظام العام.....ص235

1-الأثر السلبي للدفع بالنظام العام.....ص236

2-الأثر الايجابي للدفع بالنظام العام.....ص236

3-الأثر المخفف للدفع بالنظام العام.....ص236

خلاصة الفصل الأول.....ص238

الفصل الثاني

خضوع عقد الاعتماد الايجاري الدولي لأحكام اتفاقية أوتاوا.....ص240

المبحث الأول

اتفاقية أوتاوا: الإطار القانوني لعقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص241

المطلب الأول: الحاجة الى وضع قواعد موضوعية

خاصة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص242

الفرع الأول: أسباب اللّجوء إلى وضع قواعد موضوعية

خاصة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص242

أولا-الطبيعة الخاصّة لعقد الاعتماد الايجاري الدولي

فرضت ضرورة توحيد قواعده القانونية.....ص242

1-اختلاف التشريعات الوطنية في مسألة تكييف

عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص243

2-ضرورة منح المؤجر التمويلي أقصى حماية ممكنة.....ص245

3-الطابع الدولي لعقد الاعتماد الايجاري يزيد من المخاطر الناتجة عن ابرامه.....ص245

أ-الخطر المرتبط بإفلاس المؤجر التمويلي أو المستأجر التمويلي.....ص246

ب-مخاطر مرتبطة بالأصول المؤجرة.....ص247

ج-خطر تقلبات أسعار العملة.....ص248

د-خطر الاضطرابات السياسية والحروب.....ص249

ثانيا-عدم ملائمة الحلول الناتجة عن منهج قواعد الإسناد.....ص250

ثالثا-ظهور منهج القواعد الموضوعية كبديل لمنهج قواعد الإسناد.....ص255

الفرع الثاني: اتفاقية أوتاوا: محاولة لوضع قواعد موضوعية موحدة

لعقد الاعتماد الايجاري الدولي ص259

أولا-ظهور معهد دولي متخصص في توحيد القانون الخاص.....ص259

ثانيا-دور المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في وضع قواعد
موضوعية خاصة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص261
ثالثا-دور التحكيم التجاري الدولي في تفعيل أهمية القواعد الموضوعية.....ص263
المطلب الثاني: نطاق تطبيق اتفاقية أوتاوا المتعلقة
بعقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول.....ص264
الفرع الأول: نطاق تطبيق اتفاقية أوتاوا المتعلقة بعقد
الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول من حيث الزّمان والمكان.....ص264
أولا-نطاق تطبيق اتفاقية أوتاوا من حيث الزمان.....ص265
1-تاريخ دخول اتفاقية أوتاوا حيّز النّفاذ.....ص265
2-بالنسبة للعقود المبرمة بعد دخول الاتفاقية حيّز النفاذ.....ص265
3-العبرة بتاريخ تكوين عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص266
4-استبعاد تطبيق أحكام الاتفاقية بموجب المادة 16.....ص267
ثانيا-نطاق تطبيق اتفاقية أوتاوا من حيث المكان.....ص268
1-الحالة الأولى: اختصاص اتفاقية أوتاوا على أساس
مقر نشاط مؤسسة أطراف العقد ص269
2-الحالة الثانية: اختصاص اتفاقية أوتاوا بمُوجب قواعد الإسناد.....ص271
الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لتطبيق اتفاقية أوتاوا
حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول.....ص274
أولا-استثناء بعض العقود من نطاق تطبيق الاتفاقية.....ص274
1-استثناء العقود التي ليس لها طابعا ثلاثيا من نطاق تطبيق الاتفاقية.....ص274

2-خضوع العقد لأحكام الاتفاقية سواء تضمّن الخيارات

الثلاثة المتاحة للمستأجر التمويلي أو لم يتضمّنها.....ص276

3-خروج العقود المتعلّقة بالعقار عن نطاق تطبيق الاتفاقية.....ص277

4-استثناء العقود التي يكون الغرض منها الاستعمال الشخصي أو العائلي.....ص277

5-مدى خضوع عقد التأجير التمويلي من الباطن

والاستئجار التمويلي من الباطن لأحكام الاتفاقية؟ .....ص 279

ثانيا-منح أطراف العقد إمكانية استبعاد أحكام الاتفاقية.....ص280

1-إمكانية الاستبعاد الكُلّي لأحكام اتفاقية أوتاوا.....ص281

2-إمكانية الاستبعاد الجزئي لأحكام اتفاقية أوتاوا.....ص282

المبحث الثاني

حقوق والتزامات أطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي

اتفاقية أوتاوا: محاولة لإعادة التوازن بين أطراف العقد؟ ص285

المطلب الأول: علاقة كلّ من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي بالمورد.....ص286

الفرع الأول: المستأجر التمويلي طرف في عقد التوريد أم أنّه من الغير؟ ص286

أولا-تقاسُم المهام بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي في عقد البيع.....ص286

أ-تدخّل المؤجر التمويلي يقتصر على الجانب التمويلي في عقد البيع.....ص287

ب-تولّي المستأجر التمويلي الجانب التّقني لعقد البيع.....ص288

ثانيا-تدخُّل المستأجر التمويلي في عقد التوريد مطلق أم مُقيّد؟ ص289

1-عدم جواز مساس المؤجر التمويلي

بحقوق المستأجر التمويلي النّاتجة عن عقد البيع.....ص290

2-تقييد سلطة المستأجر التمويلي بعدم منحه

إمكانية فسخ أو إبطال عقد البيع بدون موافقة المؤجر التمويلي.....ص291

الفرع الثاني: أساس تدخّل المستأجر التمويلي في عقد البيع؟ ص293

أولا-مدى مُلائمة فكرة الوكالة لتفسير تدخل المستأجر التمويلي في عقد البيع؟ ص293

1-ترجيح أغلب الفقهاء لفكرة الوكالة لتحديد أساس تدخل المستأجر التمويلي.....ص293
2-خروج الوكالة في الاعتماد الايجاري عن القواعد العامة للوكالة.....ص294
ثانيا-الفائدة العملية لتوكيل المؤجر التمويلي للمستأجر التمويلي في عقد البيع.....ص296
1-عدم دراية المؤجر التمويلي بالأمور التّقنية للأصول الإنتاجية.....ص296
2-عدم تدخّل المؤجر التمويلي في الاختيار يُعفيه من
المسؤولية الناتجة عن الأصول.....ص297
3-انتقال حقوق المؤجر التمويلي في مواجهة

البائع إلى المستأجر التمويلي (الدعوى المباشرة) ص297

المطلب الثاني: العلاقة بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي:

توازن أو اختلال التوازن في الحقوق والالتزامات؟ ص299

الفرع الأول: التزامات المؤجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص299
أولا-التزام المؤجر التمويلي بتسليم الأصول إلى المستأجر التمويلي.....ص299
1-تسليم الأصول يتم من البائع إلى المستأجر التمويلي مباشرة.....ص300
2-نتائج عدم التزام المؤجر التمويلي بالتسليم.....ص302
3-منح المؤجر التمويلي فرصة معالجة أو تدارك إخلاله بالالتزام بالتسليم.....ص303
ثانيا-التزام المؤجر التمويلي بالضمان.....ص304
1-التقليص من التزام المؤجر التمويلي بالضمان
في عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص304

2-مضمون التزام المؤجر التمويلي بضمان عدم التعرض.....ص305
أ-التعرض الصادر عن المؤجر التمويلي.....ص307
ب-التعرض الصادر عن الغير.....ص307
3-التضييق من حالات إعفاء المؤجر التمويلي من الضمان.....ص307
4-توجّه الاتفاقية نحو منح المستأجر التمويلي
الحماية القصوى في مسألة ضمان التعرض.....ص309
الفرع الثاني: التزامات المستأجر التمويلي في عقد الاعتماد الايجاري الدولي.....ص311
أولا-التزام المستأجر التمويلي بالوفاء بالأجرة.....ص311
1-الأجرة في عقد الاعتماد الايجاري مقارنة بالقواعد العامة.....ص312
2-أنماط تحديد الأجرة.....ص313
3-ضمانات المؤجر التمويلي لوفاء المستأجر التمويلي بالأجرة.....ص313
4-جزاء إخلال المستأجر التمويلي بالتزامه بتسديد الأجرة.....ص313
أ-الإخلال البسيط بالالتزام.....ص313
ب-الإخلال الجوهري بالالتزام.....ص315
ثانيا-الالتزام بالحفاظ على الأصول المؤجرة.....ص317
أ-الالتزام يقع على عاتق المستأجر التمويلي دون الحاجة إلى اتفاق على ذلك.....ص317
ب-مضمون الالتزام بالحفاظ على الأصول المؤجرة.....ص318
ب 1-استعمال الأصول وفقا لما أُتفق عليه في العقد.....ص318
ب 2-تحمّل كل الأعمال المتعلقة بالصيانة.....ص318
ب 3-التأمين على الأصل.....ص319
ثالثا-الالتزام بتحمّل المسؤولية المدنية تجاه الغير.....ص320
رابعا-الالتزام برد الأصول إلى المؤجر التمويلي عند انقضاء العقد.....ص322
خلاصة الفصل الثاني.....ص323
خاتمة الباب الثاني.....ص324
خاتمة.....ص326

قائمة المراجع.....ص341

الفهرس.....ص380

- الملخص -

يعتبر عقد الاعتماد الايجاري تجسيد لفكرة أرسطو بأن الثّراء الحقيقي لا يتجسّد في امتلاك الشّيء انّما في استغلاله، لذلك جاء هذا العقد متأثرا بشكل كبير بفكرة الايجار وكذا بباقي العقود الأخرى التي يتضمّنها لكنّه احتفظ بذاتيته في قالب يتماشى مع مجال الأعمال.

ان القانون واجب التطبيق على عقد الاعتماد الايجاري الدولي هو قانون الإرادة، الا أن هناك عدّة عوامل دفعت الى ضرورة وضع إطار قانوني دولي ينظّم أحكامه وهذا ما تجسّد في اتفاقية أوتاوا لسنة 1988 حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول التي جاءت بغرض توحيد قواعده الموضوعية.

-Le résumé -

Le crédit-bail est en quelque sorte la concrétisation de l'idée d'Aristote selon laquelle la vrai richesse ce n'est pas d'être le propriétaire de la chose mais de savoir en tirer profit.

Le contrat s'est inspiré du bail classique et d'autres contrats en gardant sa spécificité qui s'adapte au climat des affaires.

Le contrat de crédit-bail international est régit par la loi de la volonté des parties. Toutefois, plusieurs facteurs ont conduit à la nécessité d'établir un cadre juridique international, concrétisé par la convention d'Ottawa de 1988 sur le crédit-bail international mobilier dans le but d'unifier ses règles matérielles.