جامعة أمحمد بوقرة
بومرداس - الجزائر

كلية الحقوق

المسطرة الإجرائية لأشغال

الملتقى الوطني الرابع

حول

مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد

اعداد : د. حساين سامية

يومي 06 و07 نوفمبر 2017.
بقاعة المحاضرات الكبرى كلية الحقوق
جامعة بومرداس

بسم الله الرحمن الرحيم

رقم الإيداع نوفمبر 2019
ردمك 978-9931-680-21-5

العنوان المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني حول
مبدأ سلطان الإدارة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد
إعداد د. حساين سامية
الغلاف م. عثمان

عدد الصفحات 389
الطبعة الطبعة الأولى - 2019

بيت الأفكار
العنوان: الدار البيضاء - الجزائر.
هاتف / فاكس: 02 80 78 023
النقال: 20 95 96 0554
البريد الإلكتروني: beitelafkar@gmail.com

جميع الحقوق محفوظة

لا يجوز نسخ أو نقل أيّ جزء من هذا الكتاب في أيّ شكل من الأشكال أو وسيلة من الوسائل (سواء التصويرية أو الميكانيكية أو الإلكترونية) بما في ذلك النسخ الفوتوغرافي والتسجيل الصوتي على الأشرطة والأقراص المدمجة دون موافقة خطيّة من النّاشر.

كلمة افتتاح :

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ وبه استعين ، والصلاة والسلام على افضل الخلق وخاتم المرسلين.

الحمد لله والشكر لله على انه وفقنا لإتمام اعداد هذه **المسطرة الاجرائية** التي تضم أهم الاعمال والمداخلات التي عرضت بمناسبة الملتقى الوطني الموسوم بـ **" مبدأ سلطان الارادة في عقود الاعمال بين الحرية والتقييد"** والذي تم تنظيمه واجراؤه بكلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة ــ بومرداس يومي 06 و07 نوفمبر 2017، تحت الاشراف العام للسيد عميد الكلية الاستاذ "بن صغير عبد العظيم" وبالتنسيق مع "غرفة التجارة والصناعة الساحل ـ بومرداس".

شاركت في هذه التظاهرة العلمية نخبة من الباحثين والدكاترة والطلبة من كل أنحاء الوطن، حيث كان لنا شرف استقبال علاوة على جامعة بومرداس، 23 كلية من جامعات الوطن (تلمسان، الاغواط، قسنطينة، تيزي وزو، الجلفة، ادرار،غليزان، السعيدة، سطيف، تيارت، البليدة، ، البويرة، تيبازة ، الجزائر، بجاية، تيسمسيلت، البليدة، برج بوعريريج، المدية، سطيف، جيجل ، المدية)، فيما تم انتقاء بعض الاعمال منها، حيث قدموا من علمهم في مجال تخصصهم ما يفضي إلى تصحيح الرؤى في ممارسة عقود الاعمال، وقد لمسنا المستوى العالي من خلال النقاش والعرض وتبادل الأفكار، اظهروا فيه كفاءتهم بالقدر الذي يليق بمقامهم، وخرج الملتقى بتوصيات تصب كلها في تحسين الاحكام المتعلقة بإبرام وتنفيذ عقود الأعمال لاسيما في إطار بيئتها المخصصة لها.

تعود اهمية اشغال هذا الملتقى الى تنامي هذا النوع من العقود في الساحة الاقتصادية وذلك امام انفتاح الجزائر على اقتصاد السوق ما يدعو الى ضرورة تأطير احكام هذه العقود امام غياب نصوص فقانونية داخلية تنظمها، وعلى اساس ان المؤسس الدستوري وضمن مبادئ الدستور قد نص على ضرورة تحسين مناخ الاعمال ، وان الدولة هي من تتكفل بهذه المهمة فانه من الضروري معالجة هذا النوع من العقود من جميع الجوانب النظرية والتطبيقية توضيحا لكافة الاشكالات التي تطرح في اطارها.

تتضمن هذه المسطرة القانونية مداخلات وبحوث متعددة الرؤى، امتزج فيها قلم الأكاديميين بتجربة الفاعلين في السوق من خلال الحضور القوي لمهنيين وارباب العمل، فمن اجل تقريب وانفتاح الجامعة على الحقل الاقتصادي تم إشراك متعاملين اقتصاديين كمؤسسات خاصة نقلت لنا خبرتها في مجال إبرام وتنفيذ العقود، وكانت غرفة التجارة والصناعة الساحل ــ بومرداس هي القائمة والمشرفة على عملية التنسيق بين الشريك الاجتماعي والشريك الاقتصادي وتكفلت بدعوتهم إلى الملتقى حيث تدخلت الخبرة الميدانية من قبل المسيرين لمؤسسة فعالة في السوق و من بينها مؤسسة (GRG) بولاية بومرداس فيما حضر 16 مشاركا من مؤسسات خاصة اخرى.

فكل الشكر لإدارة الكلية وعلى رأسها السيد العميد، ولإدارة القسم الخاص ولكل الهيئات العلمية واخص بالذكر اللجان العلمية والتنظيمية للملتقى الذين اظهروا تعاضدهم ودعمهم وتشجيعهم، وكذلك للأساتذة من داخل الكلية وخارجها على مشاركتهم في انجاح هذه التظاهرة العلمية. وقد توج هذا النجاح بالحضور الشرفي لأستاذنا وقدوتنا في العلم والاخلاق البروفيسور "جعفور السعيد" القامة العلمية التي زادت لهذه التظاهرة وزنا.

اتمنى ان تكون هذه المسطرة الاجرائية في حلة هذا المنشور ذات إفادة للجميع واضافة للمكتبة الجامعية، والله ولي التوفيق.

الى روح الفقيد الدكتور "عيساني محمد " حكيم في صمت وكبير في التواضع . اللهم ارحمه وطيب ثراه واسكنه فسيح جناتك.

د. حساين سامية

إشكالية الملتقى :

تعتبر عقود الأعمال عصب تنشيط الحياة الاقتصادية لما تمثله من تلبية لاحتياجات المتعاملين الاقتصاديين فيما يتعلق بتوفير السيولة المالية والمعرفة والتكنولوجيا والخبرة لغرض الدخول والبقاء في الأسواق، فأمام عجز العقود الكلاسيكية كعقد العمل وعقد المقاولة و الوكالة في مسايرة مجال الأعمال، والى جانب حاجة المشاريع الكبرى إلى التوسع ومواكبة التطور التكنولوجي، توصل المتعاملون الاقتصاديون إلى استحداث هذه العقود الجديدة التي تتوافق و طبيعة مختلف المصالح الاقتصادية والتطور الذي ألت إليه، تتمثل هذه العقود في عقد التسيير، وعقد الفرانشيز، وعقد تحويل الفاتورة، وعقد الاعتماد الإيجار...الخ.

أظهرت التجربة أن ابرام عقود الأعمال تخضع لآليات استثنائية غير مألوفة عند ابرام العقود المدنية أو التجارية فيما يتعلق بمسالة الإجراءات وكذا الشكليات والتنفيذ لتلك العقود أمر أثر في المفاهيم الواجب اعتمادها فيما يتعلق بهذه العقود من أبرزها مفهوم مبدأ سلطان الإرادة الذي تأثر ومازال يتأثر بهذا الصنف من العقود ما جعل التشريعات عاجزة عن إيجاد الحلول المناسبة تاركة المسألة للممارسات العملية عند إبرام هذه العقود.

وإذا كانت حرية التعاقد هي على حال قوام العقود، وهي التي تقرر قواعد العقد وأصوله وأحكامه، إلا أن هنالك اعتبارات من شأنها أن تمس بهذه الحرية، وتجعل أحد العاقدين غير متمتع بها تمام التمتع وهو ما يعرف بـ "موضوعية الإرادة التعاقدية"، ففي ضوء التطورات الاقتصادية والاجتماعية ينبغي التخفيف من صرامة مبدأ سلطان الإرادة، ولقد تدخل المشرع الجزائري في مرحلة الإصلاحات الاقتصادية، وقنن عقود الأعمال بما يفيد هذا الفكر القانوني، إلا أنها تتميز بكونها تقنيات معقدة، ولم تكتمل قواعدها حتى في الدول المتطورة والتي ظهرت فيها، ومازالت محل للنقاش رغم اقتحامها لمجال الأعمال.

تتمحور الإشكالية المطروحة حول إعمال مبدأ سلطان الإرادة عند ابرام عقود الأعمال عموما وفي القانون الجزائري خصوصا وذلك بغرض الموازنة بين الحرية التعاقدية من جهة وتحقيق الغرض المرجو من ابرام عقود الأعمال، من جهة أخرى. **بصيغة أخرى الى أي مدى يعتد بمبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال في ظل تناقض المصالح الاقتصادية والأهداف المنتظرة من قبل كل متعاقد على ضوء تجسيد الحرية التعاقدية؟**

محاور الملتقى الوطني

المحور الأول: دراسة الانظمة القانونية لمختلف عقود الأعمال:

1- العقود المنصوص عليها في القانون الجزائري (عقد التسيير، عقد تحويل الفاتورة ،عقد الاعتماد الإيجاري..)
2- عقود الأعمال في القانون المقارن (عقد البوت، عقد الفرانشيز...)

المحور الثاني : تطور استخدام مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال.

1- مكانة مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال.
2- استخدامات مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال.

المحور الثالث: أشكال القيود المفروضة على الإرادة التعاقدية في عقود الأعمال..

1- في الشكلية.
2- في تدخل المشرع عند تنفيذ العقد وإنهائه.

3- في الطابع الخصوصي لعقود الأعمال.

<u>المحور الرابع</u>: آثار استخدام مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال.

1- بالنظر للعقود التجارية الدولية والقانون الواجب التطبيق.

2- بالنظر للعقود الالكترونية.

اهداف الملتقى :

1- تسليط الضوء عن المشاكل التي تحد من التعبير عن الإرادة في عقود الأعمال، ابراز موقف التشريعات والاجتهادات القضائية من التصدي لإشكالات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال وكذا موقف المشرع والاجتهاد القضائي .

2- التوقف عند الإشكالات العملية التي تحد دون تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال خاصة بالنسبة لأصناف خاصة من عقود الأعمال.

3- التوصل إلى إظهار مبررات الخروج عن تطبيق مبدأ سلطان الإرادة والتوجه نحو مبدأ الخضوع عند إبرام وتنفيذ العقود.

المشرفة على الملتقى الوطني

د. حساين سامية

أستاذة محاضرة "أ" كلية الحقوق

أعضاء اللجنة العلمية:

رئيس اللجنة العلمية : أ.د. حدوم كمال ـــــ مقرر اللجنة: حسين عمر

<u>رئيس اللجنة التنظيمية : أ / عباس فريد.</u>

- أ. د. دنيني يحي ، استاذ التعليم العالي، جامعة بومرداس
- إرزيل الكاهنة ، أستاذ التعليم العالي، جامعة تيزي وزو.
- د. البقيرات عبد القادر، أستاذ جامعة الجزائر.
- أ.د. يوسفي أمال، أستاذ التعليم العالي، جامعة بومرداس.
- د.حساين سامية ، استاذ محاضر ، جامعة بومرداس.
- د. حاحة عبد العالي، أستاذ محاضر، جامعة بسكرة.
- د. جقبوبي حمزة، أستاذ محاضر، جامعة بومرداس.
- د. زعبي عمار، أستاذ محاضر ، جامعة الوادي.
- د. العيد سعدية ، أستاذة محاضرة ، جامعة بومرداس.
- د. امعزوز لطيفة، أستاذة محاضرة، جامعة تيزي وزو.
- د.عثماني عبد الرحمان، أستاذ محاضر، جامعة السعيدة.
- د. طيبي سعاد، أستاذة محاضرة ، جامعة خميس مليانة.
- د. تبوب فاطمة الزهراء، أستاذة محاضرة جامعة بومرداس.
- د. بن عنتر ليلى، أستاذة محاضرة ، جامعة بومرداس.
- د. بلعابد نادية، أستاذة محاضرة ، جامعة بومرداس.
- د. ملاتي معمر أستاذ محاضر، جامعة بومرداس.
- د. قبايلي الطيب، أستاذ محاضر أ ، جامعة بجاية,
- د. حوالف عبد الصمد أستاذ محاضر أ ، جامعة تلمسان.

- بلقايد علي محمد لامين.
- سعيداني فايزة
- عكوش سهام
- بضليس عبد العزيز.
- عيشاوي هجيرة
- بقار سلمى
- شريفي عبد الغني .
- بسعدي يوسف.
- سلامي دليلة.

جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق

بدعم من غرفة التجارة والصناعة – الساحل–

ملتقى وطني حول :

مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد

يومي 6 و7 نوفمبر 2017

برنامج اليوم الأول: 6 نوفمبر 2017

الجلسات العامة : بقاعة المحاضرات الكبرى.

المداخلة الافتتاحية :د. حساين سامية.

«تطور النظام القانوني لعقود الأعمال في القانون »

الجلسة الأولى: (9.00 إلى 10.30)

رئيس الجلسة: أ. د/ جعفور محمد السعيد

المحور الأول / دراسة الأنظمة القانونية لعقود الاعمال

المداخلة 01 أ. د. إرزيل الكاهنة. جامعة تيزي وزو

« عن فكرة إخضاع عقد الأعمال للقانون».

المداخلة 02: د. قبايلي طيب. جامعة بجاية

« الطبيعة القانونية لعقد التسيير وفقا للقانون الجزائري».

المداخلة 03 د. لعجال لامية، جامعة بومرداس

« تحويل الفاتورة بين العقد والسند التجاري على ضوء التشريع الجزائري

المداخلة 04: أ. دقايشية زهور . جامعة تلمسان

« النظام القانوني لعقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع »

المداخلة 05: أ. بن زيد فتحي . جامعة سطيف

«عقد الفرنشايز في كل من الجزائر وتونس والمغرب وأهميته »

المداخلة 06: د. عاشور فاطيمة . المركز الجامعي، تيبازة

« تعدد العلاقات في عقد تحويل الفاتورة و تأثيره على مبدأ سلطان الإرادة »

الجلسة الثانية: 10.45 إلى 12.30

رئيس الجلسة : د.بلقيرات عبد القادر

"المداخلة 01: د. بلعزام مبروك، جامعة سطيف.

« عقد الفرنشايز بين الحرية التعاقدية والتنظيم التشريعي قانون ماكرون لـ 6 أوت 2015 نموذجا، حالة ولاية بومرداس ».

المداخلة 02: د. جبارة نورة ، جامعة بومرداس.

«الطبيعة القانونية لعقد الفرنشيز»

المداخلة 03: أ.د. إقلولي/ ولد رابح صافية، جامعة تيزي وز

« عن مدى تكريس عقود البوت في التشريع الجزائري».

المداخلة 04 د. حليمي ربيعة، جامعة بومرداس

« الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الايجاري».

المداخلة 05: د. بقار سلمى، جامعة بومرداس

« عقد تحويل الفاتورة سند تجاري أو مجرد ورقة تجارية ».

المداخلة 06: د. بن بريح امال، جامعة البليدة

« مكانة عقد الاعتماد الايجاري بين "مبدأ سلطان الإرادة" و" موضوعية الإرادة التعاقدية"».

نـقــاش مفتــوح (لمدة 20 د)

الفترة المسائية (13.30 إلى 16.30).

الجلسة الأولى: (13.30 إلى 15.00)

رئيس الجلسة : أ. د. ارزيل الكاهنة

المداخلة 01: د. بعجي محمد. جامعة الجزائر

« تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال».

المداخلة 02: د. ونوغي نبيل. جامعة سطيف

« اختيار المتعاقد في العقود الدولية بين الاعتبار الشخصي والضوابط الاقتصادية : عقد نقل التكنولوجيا نموذجا ».

المداخلة 03: د. بلجراف سامية. أ. شرف الدين وردة، جامعة بسكرة

« خصوصية الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي وانعكاسها على مراكز الأطراف ».

المداخلة 04: د. حابت آمال. جامعة تيزي وزو

« مبدأ سلطان الإرادة والتعاقد المؤتمت في عقود التجارة الالكترونية ».

المداخلة 05: د. بن عنترليلى. جامعة بومرداس

« عدم توازن الإرادة في عقد التأمين».

المداخلة 06: أ. د. ايت منصور كمال . جامعة بجاية

« النظام العام الاقتصادي في النص الخاص بعقد التسيير».

برنامج الورشتين / اليوم الأول: 6 نوفمبر 2017

برنامج الورشة الأولى(1) الفترة الصباحية بالقاعة الجانبية.

الجلسة الأولى: (10.00 إلى 10.45)

رئيسة الجلسة: د. امازوز لطيفة.

المداخلة 01: الط/ رحال ابتسام ، جامعة قسنطينة

«"تأثير الطبيعة القانونية لعقود الأشغال العامة على إرادة أطرافها"».

المداخلة 02 د.بوجلطي عزالدين جامعة الجزائر

«البعد القانوني والاقتصادي لعقد البوت »

المداخلة 03 : د. كسال سامية، جامعة تيزي وزو

« قصور تطبيق القواعد العامة للإيجار في عقد الاعتماد الإيجاري».

المداخلة 04 : د. دوار جميلة، جامعة برج بوعريريج

« المبادئ العامة لعقد اللزينغ في التشريع الجزائري».

_ المداخلة 05 :. الطالب أوكيد نبيل، تيزي وزو

« النظام القانوني لعقد الاعتماد الايجاري للعقارات »

المداخلة 06 :. د. حمادوش أنيسة، تيزي وزو

« حول الطابع الخصوصي لعقود الاعمال»

المداخلة 07: ا. لرجم امينة ،د. ثلجون شميسة، بومرداس

«عن ازمة القوة الملزمة للعقد في اطار تطبيق مبدأ سلطان الإرادة للعقد على عقود الأعمال».

الجلسة الثانية: (15.15 إلى 16.30)

رئيس الجلسة: ا. سايحي محمد.

المحور الثاني / تطور استخدام مبدأ سلطان الإرادة في عقود

"المداخلة 01: د..أيت ساحد كهينة ، تيزي وزو،

« مبدأ سلطان الإرادة في عقد الاعتماد الإيجاري».

لمداخلة 02 د. فتحي وردية ، جامعة تيزي وزو

« عن تأثر الإرادة في عقد تحويل الفاتورة »

لمداخلة 03 د. حمودي ناصر، جامعة البويرة

«إعمال مبدأ سلطان الارادة في مجال العقود الدولية الالكترونية: آلية أساسية أم بديل احتياطي أمام فكرة الفراغ التشريعي؟ »

المداخلة 04: أ. عبد الله ليندة، جامعة جيجل

« مكانة مبدأ سلطان الإرادة في الاعتماد المستندي»

المداخلة 05:.د.شيهاني سمير، البويرة

« الطبيعة القانونية لعقد البناء ولتشغيل والنحويل البوت في إطار سلطان الإرادة"»

المداخلة 06. الط/ بضليس عبد العزيز، عيشاوي هجيرة بومرداس

"تجسيد مبدأ سلطان الإرادة عند تنفيذ عقود الأعمال ، عقد الفرانشيز نموذجا»

نقـــــــاش مفتـــــوح (لمدة 20د)

الجلسة الثانية: (11.00 إلى 11.40

رئيس الجلسة :أ.د. معاشو نبالي فطة .

"المداخلة 01: أ. شويب أمينة، جامعة جيجل

«le leasing :un contrat de bail bilatéral et une promesse de vente unilatérale».

_ المداخلة 02: الط /شليحي كريمة ، جامعة البليدة

« خصوصية عقود الأعمال بين التمويل والضمان »

المداخلة 03: د. رابحي لخضر، الط/ عوامرية أسماء جامعة الاغواط.

« دراسة مقارنة في تأثير عقد الاعتماد الإيجاري على تغطية الفجوة الاقتصادية محليا ودوليا ».

المداخلة 4 0: أ. بوقطة فاطمة الزهراء، جامعة جيجل

«خصوصية عقد الاعتماد الإيجاري ».

"المداخلة 05: د. مجاهدي ابراهيم، جامعة البليدة

« طبيعة عقود البوت وأثارها القانونية ».

المداخلة 06: الط/ عرعور هناء، جامعة البليدة.

النظام القانوني لعقد البوت وموضوعية الإرادة التعاقدية فيه».

المداخلة 07 : د.عباس فريد، بومرداس.

«الطبيعة القانونية لعقد التمويل الرياضي " السبونسورينج"»

نقـــاش مفتـــوح (لمدة 40 د).

برنامج الورشة الأولى الفترة المسائية بالقاعة الجانبية

الجلسة الثالثة: (13.30 إلى 15.00).

رئيس الجلسة : د.عمورة رابـــح.

المداخلة 01 د. ايت وازو زاينة، جامعة تيزي وزو

« محدودية مبدأ سلطان الإرادة في مواجهة النظام القانوني الخاص بعقود الاعمال :مثال العقود المصرفية و المالية ».

لمداخلة 02: الط/ عصام صبرينة، ،تيزي وزو

« خصوصية مبدأ سلطان الإرادة في عقد البوت ».

لمداخلة 03 : الط/طاجين فوزية، جامعة ،بجاية

« سمو مبدأ سلطان الإرادة على عقود الأعمال: عقد البوت وعقد لفرنشيز نموذجا ».

المداخلة04 : د.عميش وهيبة،جامعة بومرداس

« مبدأ سلطان الإرادة مبدأ نسبي في إبرام عقد الاعتماد الإيجاري ».

المداخلة 05 : الطا/ بهلول ليلى، جامعة تيزي وزو

« مكانة مبدأ سلطان الإرادة في عقد الاعتماد الإيجاري لمنقولات »

المداخلة 06 : د. كمال بقدار،عكوش سهام ،جامعة معسكر، جامعة بومرداس.

« عقد الفرانشايز ودوره في الحركية الاقتصادية ».

المداخلة 07 : د. موفق نور الدين ،سطيف

« عقد الفرانشايز ودوره في الحركية الاقتصادية ».

برنامج الورشة الثانية (2) الفترة الصباحية القاعة العليا.

الجلسة الأولى: رئيس الجلسة : د.بـــلعابد نادية

المداخلة 01: د. شامي أحمد، جامعة تيارت

« أثر سلطان الإرادة على تعديل القواعد العامة للإيجار في عقد الإعتماد الإيجاري».

المداخلة 02: د. درماش بن عزوز، جامعة الجلفة

« مبدأ حسن النية في عقود الأعمال.

المداخلة 3: الط/ مريجة خديجة، جامعة البليدة.

« مكانة الحرية التعاقدية في عقد الفرنشيز عند اللجوء الى التحكيم».

المداخلة 4: الط/ بسعدي يوسف، أ.د. حدوم كمال .

جامعة بومرداس : « مركز الشاحن بين الحماية القانونية والحماية العقدية في النقل البحري للبضائع»

المداخلة 05: . الط/ حساك نعيمة ،بومرداس.

« إشكالية سريان شرط الإختصاص القضائي الوارد في عقد النقل البحري للبضائع في حق المرسل اليه»

المداخلة 06 : د. جقبوبي حمزة ،جامعة بومرداس

« الابعاد اللامحدودة لسلطة الناقل الجوي »

المداخلة 06: د.حسين فريدة ، جامعة تيزي وزو

UNE EXCEPTION AU PRINCIPE PACTA SUNT SERVANDA : LA THEORIE DE L'IMPREVISION

الجلسة الثانية:

رئيس الجلسة: د. داود إبراهيم.

المداخلة 1:. د. بن شنوف فيروز، جامعة تسمسيلت

« قيود الحرية التعاقدية في مجال الشرط الجزائي عند إبرام عقد الاعتماد الإيجاري»

المداخلة 2: د.العيد سعدية ، جامعة تيزي وزو،

« خصوصية العقد الالكتروني كصورة لتقييد إرادة الطرفين في عقود الأعمال »

المداخلة 3: الط/ حموتان ماليك، جامعة تيزي وزو.

« تأثير سلطان الإرادة على إجراءات التحكيم التجاري الدولي عند تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية »

المداخلة 04 : الط/ مفيصل يوسف، جامعة ورقلة

« أزمة الإرادة في عقود الاستثمار الدولية بين الحرية والنمطية»

المداخلة 05: الط/ العطافي مصطفى،جامعة سطيف

«تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (وفقا لأحكام المنظمة التجارة العالمية)»

المداخلة 06 : الط/ شيبان سامية، جامعة تيزي وزو

« القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولي »

المداخلة 07: الط/ بوقادة عبد الكريم، جامعة تلمسان

« تواز ن الاداءات في عقد الفرانشيز"

العودة إلى قاعة المحاضرات الكبرى

برنامج اليوم الثاني للجلسة العامة : 7 نوفمبر 2017

الفترة الصباحية: من الساعة 8.30 إلى الساعة 12.00

الجلسة الأولى: (8.30 إلى 10.00)

المحور الثالث: أشكال القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في عقود الأعمال

رئيسة الجلسة: أ. د/ معاشو عمار

المداخلة 01: د. أحلوش زينب. جامعة بومرداس

« مبدأ العدل والنفع في مواجهة مبدأ سلطان الإرادة في عقود عمال: نسبية وتراجع مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال ».

المداخلة 02: د.سي قاسي يوسف، د. مخلوف كمال،جامعة البويرة.

« القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال»

المداخلة 03 د. زبيري بن قويدر. جامعة الأغواط

ظاهر تراجع مبدأ سلطان الإرادة في عقد الاعتماد الإيجاري

المداخلة 04 د. بن جديد فتحي ، المركز الجامعي غليزان

« حق المستهلك في العدول عن العقد المبرم عبر الانترنت دون الطرف الآخر قيد على مبدأ سلطان الإرادة،».

لمداخلة 05: د.. بخالد عجالي، جامعة تيارت

« حدود استخدام سلطان الإرادة في عقود توزيع السياراتوالمركبات الجديدة في التشريع الجزائري».

لمداخلة 06: أ.بن قايد علي محمد لامين، د. سعيداني فايزة

« التحديد القانوني لعقد الفرانشيز».

الجلسة الثانية: (10.15 إلى 11.45)

رئيسة الجلسة: أ.د.حدوم كمال

المداخلة 01: د. بلحارث ليندة ، جامعة البويرة

« دور مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية».

المداخلة 02: د. أوباية مليكة، جامعة تيزي وزو

« نطاق العمل بمبدأ سلطان الإرادة في عقود الفديك».

المداخلة 03: د. سالمي وردة ، جامعة قسنطينة

« الشكلية تقييد للإرادة التعاقدية في عقود الأعمال».

المداخلة 04: د. شيخ ناجية، جامعة تيزي وز

« الشكلية كقيد للإرادة التعاقدية في عقد الاعتماد الايجاري ».

المداخلة 05 د. قوسم غالية، جامعة تيزي وزو

« الالتزام بالإعلام كقيد مفروض على الإرادة التعاقدية في عقود الأعمال».

المداخلة 06: د. حوالف عبد الصمد،شوقي لبيك، جامعة تلمسان.

« المفاضلة بين منهج تنازع القوانين والقواعد الموضوعية في مجال عقود التجارة الالكترونية.».

المداخلة 06: د. لعرج سمير،جامعة بومرداس

« تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية كنموذج لعقود الأعمال ».

نقـــاش مفتـــوح (لمدة 40 د)

الفترة المسائية (13.00 إلى 16.00).

الجلسة الأولى: (13 إلى 14.30.)

المحور الرابع : أثار استخدام مبدأ سلطان الارداة في عقود الأعمال.

رئيس الجلسة: أ. د/ سي يوسف حورية زاهية

"المداخلة 01 : د. بن حملة سامي، جامعة قسنطينة

« عدم التوازن العقدي في عقود الأعمال و معالجته في قانون المنافسة».

المداخلة 02: أ. د. صبايحي ربيعة، جامعة تيزي وزو

« جدوى التفاوض الاتفاقي كآلية لاسترجاع التوازن العقدي في عقود التسيير».

المداخلة 03: د. عسالي عبد الكريم، جامعة بجاية

« عقد الاعتماد الايجاري الدولي: بين قانون الإرادة والقواعد الموضوعية».

المداخلة 04 : د. هني عبد اللطيف، جامعة سعيدة

« إعادة التفاوض في العقود آلية لتجسيد مبدأ سلطان الإرادة».

المداخلة 05: د. تبوت فاطمة الزهراء، جامعة بومرداس

« القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الالكترونية».

المداخلة 06 د. والي نادية، جامعة البويرة

« اثار عقد الترخيص بالنظر لإرادة الأطراف».

المداخلة 08: حمزيزو محمد ،مديرتقني لشركة GRGT

« تطبق عقود الاعمال خبرة شركة GRGT بومرداس ».

نـقـــــــاش مفتـــــوح (لمدة 20د)

توزيع الشهادات و اختتام الملتقى

-المداخلة الافتتاحية لرئيسة الملتقى-

تطور النظام القانوني لعقود الاعمال في القانون

د.حساين سامية.

أستاذة محاضرة "أ" ، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة - بومرداس

مقدمة:

إن أساس العقد، هو سلطان الإرادة والذي يعتبر العنصر الجوهري لإنشاء الالتزامات الناتجة عن العقود المبرمة بين الأطراف في العصر الحديث. وكانت للعقود عموما نصيبا كبيرا في وجود وابرام التعاملات القانونية في شكل يضمن الحقوق في جو يسوده الرضا لاسيما منها اذا تعلق الامر بالعقود التجارية .

غير انه وباتساع التبادلات التجراية لاسيما امام الانفتاح امام العالم الخارجي واتعامل في اطار التجارة الخارجية ثبتت العقود الكلاسيكية عجزا على مسايرة التطورات العالمية الجديدة وعدم ملائمتها لمجال الأعمال الذي يتسّم بالتعقيد والتشّعب، ظهرت عقود حديثة مهمة تلائم هذا المجال .

ادى هذا الوضع الى انشاء نوعا جديدا من العقود يتناسب وطبيعة مختلف المصالح الاقتصادية الضيقة منها والواسعة ، الوطنية والدولية ، تدعى هذه التعاملات التي انشأت من مناخ المال والاعمال ب"عقود الأعمال" وهي عقود غير مسماة ولكنها تفرغ في قوالب من صنع الاطراف تأخذ شكلا معينا بالنظر الى المهمة التي يؤديها .

تتجسد عقود الاعمال في كل من عقد الإعتماد الإيجاري، عقد تحويل الفاتورة، عقد الفرانشيز وعقد التسيير....الخ وهي غير محصورة ، بل متنوعة تتنوع بالنظر الى نوع الخدمة المؤداة و واتساع النشاط الاقتصادي واختلاف نمطه من انتاج وتوزيع ، فلهذه العقود دور هام في المجال الاقتصادي ولها تأثير كبير من حيث تغيير مؤشرات الاقتصاد ، حيث أن كلا من عقد الإعتماد الايجاري وعقد تحويل الفاتورة يعتبران مصدران تمويليان حديثي في النظام التمويلي للمؤسسات الاقتصادية من خلال القيام بتمويل المشاريع الإنتاجية دون شروط قاسية كما هو الشأن في مصادر التمويل التقليدية

فيما تلعب انماط اخرى من العقود دورا في مساعدة المؤسسات على تحريك الاقتصاد من زوايا اخرى، واذا اخذنا على سبيل المثال نجد أن عقد الفرانشيز وعقد التسيير يعتبران تقنياتان تساعدا المؤسسات الاقتصادية في توسيع نشاطها من خلال الإستفادة من خبرات المتعاملين ذات شهرة عالمية مما يؤدي إلى تطوير الاقتصاد ككل .إلاّ أنه يتطلب لتحقيق هذا الدور وجود نظام قانوني فعال يحكم المراكز القانونية للاطراف واسلوب الاتفاق والابرام وتنفيذ العقد ...الخ.

يعتبر مبدأ سلطان الارادة في خضم التعاملات على ضوء هذه العقود محور اشكال على اساس انه يفترض حضوره بقوة ما يظهر لنا ان حية العاقد سيكون لها المجال الواسع في التطبيق الا ان المصلحة الاقتصادية تجعل منه اطار تضييق ما يستدعي تدخل بعض القواعد التي تستوحى من النظام العام ولا يحق مخالفها ، **فأمام اعتبار نشوء عقود الاعمال من بيئة الأعمال ومن ارادة الطراف وصنع المتعاملين الاقتصاديين بعيد عن الانظمة القانونية ، وامام ضرورة احترام المصلحة الاقتصادية التي تسعى الرها عقود الاعمال عند ابرامها الى اي مدى يمكن ان نصرح بخضوع هذه العقود الى مبدأ سلطان الارادة؟**

للإجابة على ذلك نتعرض الى :

مفهوم عقود الاعمال ودورها في المجال الاقتصادي (المبحث الاول)، مدى خضوع اشكال عقود الاعمال لمبدأ سلطان الارادة (المبحث الثاني)

المبحث الاول: مفهوم عقود الاعمال ودورها في المجال الاقتصادي

ان مفهوم عقود الاعمال مرتبط بمناخ الاعمال وبالمجال الاقتصادي والانشطة الاقتصادية وهو ما يجعله نوضح مبررات وجود هذا النوع من العقود في الساحة الاقتصادية وتعريفها (المطلب الاول) ثم التعرض الى خصائص هذه العقود (المطلب الثاني)

المطلب الاول: مبررات وجود عقود الاعمال وتعريفها.

ان العقود الخاصة بالأعمال غير خاضعة للقانون انما هي نتاج بيئة الاعمال والتشريعات غير قادرة على تطبيقها فهي نابعة من وجود اقتصادي يسمى الاعمال وتتطور وتعدد وفق لقواعد هذه البيئة ، رغم انه يوجد من التشريعات التي نظمت بعض النماذج منه وأخذت القواعد العرفية التي تعددت فيها بيئة الاعمال وسطرتها في اطار نصوص قانونية غير أنها ليست كل العقود اخذت ذلك الوضع القانوني .

مع العلم ان القانون الجزائري ايضا اخذ بعض العقود ووضع لها إطار قانوني، فقد تدخل المشرع الجزائري في ظل الاصلاحات الاقصادية ومطلع التسعينات وقنن البعض منها ووضع نظاما قانونيا لها رغم انها حديثة النشأة حتى في الدول الي لم تستقر قواعدها ولزالت محلا للنقاش والاختلاف الفقهي في الدول ذات النظام الليبرالي .

وقد اقبل المشرع على ادراج البعض منها في ظل القواعد لعامة واخرى في ظل القواعد الخاصة ، حيث ان هناك من أدرجها في القانون المدني مثل عقد التسيير (المناجمنت) ، وهناك من أدرجها في القانون التجاري مثل عقد الفاتورة وكان ادراجه في ظله بصيغة مختلفة تماما عن العقد المعروف في القانون الاقتصادي ، حيث تم إفراغه من محتواه وقد وجهت إليه انتقادات كثيرة وكان المشرع في هذه المرة قد جانب الصواب.

فيما قد تسمو الى نوع اخر من العقود بقانون خاص وأسس تنظيمه وتأطيره قانونيا ما جعلنا نختار عنوان لمداخلتنا النظام القانوني لعقود الاعمال ايمانا منا بان هناك من العقود من لها نظاما قانونيا خاصا بها.

ان بيئة الاعمال هذه تسمو عليها فكرة شاسعة هي المتعاملين الاقتصاديين، وهي نقطة المحور التي تنجذب اليها كل أشكال ونماذج عقود الاعمال، في هذه البيئة يوجد فيها :

- مؤسسات قوية واخرى ضعيفة
- مؤسسات جديدة واخرى قديمة
- منها من تملك التكنولوجيا والخبرة ومنها من لا تملك هذه التقنيات المعاصرة.
- منها من تملك الحقوق الفكرية واخرى غير مالكة لها.

وحتى يتحقق ما يسمى بالتوازن الاقتصادي و المساواة الاقتصادية، تدخل الواقع المتمثل في ضرورة تحقيق الربح لكل الاطراف وتدخلت أعراف فرضها التعامل الاقتصادي وانشأ فكرة عقود الاعمال التي لا تنتمي الى العقود المسمات في تقسيمات العقود وانما الى العقود غير المسماة.

فاذا اراد متعامل اقتصادي ان ينشط عليه ان يحدد الهدف والمتمثل في اما البحث عن الضمان او الشهرة او فرض وجوده في السوق ، كل ذلك من اجل تحقيق الربح وهي هنا تحرر عقود الاعمال بالنظر للحاجة التي أرادها المتعامل .

المطلب الثاني : خصائص عقود الاعمال وخصوصيتها

أظهرت التجربة أن ابرام عقود الأعمال تخضع لآليات استثنائية غير مألوفة عند ابرام العقود المدنية أو التجارية فيما يتعلق بمسالة الإجراءات وكذا الشكليات والتنفيذ لتلك العقود أمر أثر في المفاهيم الواجب اعتمادها فيما يتعلق بهذه العقود من أبرزها مفهوم مبدأ سلطان الإرادة الذي تأثر ومازال يتأثر بهذا الصنف من العقود ما جعل التشريعات عاجزة عن إيجاد الحلول المناسبة تاركة المسألة للممارسات العملية عند إبرام هذه العقود.

بهذه الصورة نقول ان الخصائص التي تتميز بها هذه العقود هي انها :

- عقود لا تعرفها النصوص القانونية (غقد بدون قانون) وهو شرط معروف في قواعد التجارة الخارجية ، ولكنها رغم ذلك خاضعة لقواعد السوق من الشفافية والنزاهة ...
- عقود غير محصورة يصبح لها تسمية وطابع بالنظر الى نوع العمل والحاجة التي تنشا لأجله من قبل المتعاملين.
- أطرافها دائما متعاملين اقتصاديين ولا يوجد متعامل إداري فيها.
- **تنشا** نتيجة عدم التوازن الاقتصادي(هناك من يسميه التنشيط الاقتصادي) وليس التوازن القانوني.
- عقود تخضع لقواعد السوق لا للقواعد القانونية ولهذا يرى البعض انها تفتقد للاخلاق .
- اطرافه يكونون من اصحاب التخصص في الانتاج او التوزيع او قديم الخدمات بالمفهوم الاقتصادي، وليس اصحاب المال فقط بل اصحاب خبرة فنية ، قد يكونوا من العام او من الخاص. اجنبي او وطني .
- تعد هذه العقود غير منظمة لا داخليا ولا وطنيا.
- عقود تنشأ بفعل الممارسة وتتكون ضوابطه بالنظر للتكرس الحقيقي لمبدأ سلطان الارادة الذي يتحكم في احكام العقد ابرامه تنفيذه وانتهائه.

ان محتواى هذه العقود يختلف حسب الزاوية والحاجة ، فإذا كانت الحاجة هي الاستفادة من الخبرة فاننا نكون امام عقود نقل التكنولوجيا.

اما اذا كانت الحاجة للمال فاننا نكون امام عقد تمويل الفاتورة والاعتماد التجاري او عقد اخر يدخل في اطار العقود الأموال او عقود التمويل

اما اذا كانت الحاجة للربح فاننا نقبل على ابرام عقد التوزيع للتجارة الالكترونية البيع التجاري....

واذا كانت الحاجة هي الاستفادة من الضمانات ، فاننا نبرم عقد التامين او ضمان الاستثمار..

مما سبق نلحظ ان خصوصية هذه العقود ان قوامها وجود فجوة اقتصادية في السوق بالنظر للخبرة الاقصادية، حيث يوجد متعامل اقتصادي له اسبقية في السوق نظير عون اقتصادي اخر سواء كان اسبقية مالية او تكنولوجيا، فسبب ابام هذا النوع من العقود هو حاجة متعامل اقتصادي الى معامل اقتصادي آخر.

المبحث الثاني: تطبيقات عقود الاعمال وخضوع مبدأ سلطان الارادة اليها

ان التطرق الى معرفة هذه العقود يدعونا الى التعرف على مختلف تطبيقاتها في النشاط الاقتصادي (المطلب الاول)، ثم التعرض الى معرفة دورها ف الاقتصاد ومدى خضوع سلطان الارادة اليها (المطلب الثاني).

المطلب الاول : تطبيقات عقود الاعمال.

أنشأ محيط الاعمال العديد من العقود لتلبية حاجات معينة، وهي متعددة تختلف باختلاف المجالات والحاجة التي انشأت لاجلها ، فهناك عقود التجارة ، عقود نقل التكنولوجيا وعقود التمويل .

1)- عقود نقل الكنولوجيا والخدمات : ويندرج ضمنها عقود الفيديك ، الكونيسيوسيوم (عقود لمناولة)، عقود التجارة من الباطن ، عقد الفانشيز ، عقد التسيير.عقود الاستثمار عموما.

2)- عقود التمويل : ومثل في عقود تحويل الفاتورة ، عقد الليزنغ ، وعقد الاعتماد المستندي، الاعتماد الايجاري.

3)- عقود التجارة : فهي تضم كل من عقود التجارة الالكترونية كعقد المؤتمت ، عقود النقل ...

4)- عقود الضمان : وتتضمن عقود التامين الموجه لضمان الاخطار التجارية.

لا يمكن ان تنحصر هذه العقود في هذا التصنيف اذ قد تتعدد اكثر وللبعض منها تطبيقات كثيرة نظرا لاهميتها ودورها في الاقتصاد وهو ما يجعلنا نتناول البعض منها:

- **عقود الكنولوجيا او عقود الليزينغ:** فمثلا إذا أراد متعامل ان ينتج أجهزة كمبيوتر وهو يملك ثروة مالية ولكن لا يملك التكنولوجيا التي عن طريقها يتم إنتاج هذه الأجهزة في هذه الحالة وأمام اقتصاد السوق لا يتجه الى الدولة من اجل تمنحه هذه التكنولوجيا، وإنما يتجه الى اشخاص او مؤسسات يملكون علم التكنولوجيا وهو متعامل اقتصادي له من الخبرات الفنية في المجال وهنا يقوم بابرام عقد عمل يسمى عقد التكنولوجيا.

مفاد هذا العقد انه اذا اراد شخص ان يفتح مصنع وهو يملك العقار ويملك التكنولوجيا(الخبرة) ولكنه لا يملك الآلات والتجهيزات المخصصة لنوع معين من الانتاج الذي يريد ان ينشط فيه هنا نتيجة خبرة اخرى الى متعامل اقتصادي لسحب هذه الآلات ويحول له كل ما يحتاجه في هذا الاطار عن طريق عقد التمويل التجاري ويسمى ايضا عقد الاعتماد الايجاري (الليزينغ).

- **عقود التسيير او عقود المناجمنت:** او مثلا شخصا يريد فتح مطاعم وفندق ذو سمعة كبيرة فهنا يعد هو بحاجة الى شهرة ، ويحتاج الى علامة تجارية معروفة وهي حق من حقوق الملكية الفكرية في هذا المناخ من الاعمال وحتى تكون له خدمات جيدة وتسيير محكم وبالتالي ربح أكيد يضاهي الجودة في الخدمة سيكون محتاج الى عمال متخصصين في الفندقة والاطعام وهنا يقوم متعامل اقتصادي اخر صاحب حق فكري تتمثل مثلا في علامة تجارية معروفة، من خالها يقوم بتدريب العمال مثلا وتكوين كل الطقم الخاص بالفندقة والاطعام مقابل ان يعطي له علامته التجارية ويكون ذلك من خلال نقل المعرفة الفنية وهو ما يسمى ايضا بعقد الفرنشير. وهو مشابه بالنسبة لعقد التسيير والمناجمنت.

ان القانون الجزائري شرع بعض العقود كما سبق الذكر حيث نجده بالنسبة لعقد التسيير ذكره في القواعد العامة في اطار القانون المدني فيما كان يجب ان يكون ادراجه في قانون خاص به وهو ادراج قد جانب الصواب فيه ونجده بموجب التعديل الخاص بـ 1989.

- **عقود تحويل الفاتورة** : اما بالنسبة لعقد تمويل الفاتورة فقد تم النص عليه في القانون التجاري ولكن اعتبره ورقة تجارية في حين انه وسيلة من وسائل التحويل وضمان لحياة الاعمال وليست وسيلة من وسائل الدفع. وهو موقف غريب اتخذه المشرع الجزائري جانب الصواب مرة اخرى.

بالنسبة لعقد الاعتماد الإيجاري فقد نص عليه الأمر 09/96 يتضمن قانون خاص او ما يسمى بعقد التحويل وهو أحسن عقد نظمه المشرع الجزائري .

- **عقود الفرانشيز:** اما بالنسبة لعقد الفرانشير فلم ينص المشرع الجزائري عليه وقد تناوله القانون الفرنسي حيث نص عليه في مادة واحدة تناول فيها اخطر مسالة يمكن ان يتعرض لها هذا العقد وهي مسالة الإعلام .

في هذا العقد يوجد ما يسمى بمستخدم المعرفة الفنية ومستخدم الحقوق الفكرية ، ويمكن لصاحب الفرانشير الذي يقوم بتعسف ضد من يستقبل المعرفة ويمتنع ان يقدم له كل المعرفة ويحدث هذا الأمر عادة في مرحلة المفاوضات فيحدث ما يسمى بتضليل مستقبل المعرفة على اساس انه حرمه من الاستفادة الكبرى التي هي محور عقد الفرانشير .

ظهر عقد الفرنشيز لتحقيق هدف اقتصادي محدد، يتمثل في تكوين شبكة تجارية هامة بنفقات مالية محدودة ، فهو يتيح الدخول الى أسواق جديدة متباعدة جغرافيا ، سواء على الصعيد الوطني أو الدولي ، بطريقة تضمن لمانح الفرنشيز سيطرته على عملية التوزيع ، و كذلك جذب المزيد من الزبائن الى منتوجاته أو خدماته .يستفيد المتلقي طيلة مدة العقد من خبرة المانح و معرفته الفنية التي لا يمكن للمتلقي الوصول اليها بمفرده.

يلعب الهدف الاقتصادي من هذا العقد دورا أساسيا في تحديد مفهومه ، و مختلف مظاهره ، و العناصر المحددة له، كما تؤثر في طبيعته القانونية و الالتزامات المتبادلة لأطراف هذا العقد .و من أهم المشاكل التي تواجه عقد الفرنشيز هو غموض الطبيعة القانونية له، وبالتالي عدم تحديد النظام القانوني سيؤدي الى اهدار الحقوق لاسيما الممنوح له على اعتبار أن الجزائر من الدول المتلقية للمعرفة الفنية.

لذا ذهب اتجاه فقهي الى أن عقد الفرنشيز ليس عقدا قائما بذاته بل هو تطبيق للعقود المشابهة له ، وذلك عن طريق مقارنته بهذه العقود ، ومنها ، عقد العمل ، عقد الايجار عقد الامتياز التجاري و عقد التوزيع.

في حين اعترف اتجاه فقهي أخر بطبيعة عقد الفرنشيز الخاصة ، فسار الى كونه عقد مركب من مجموعة من العقود ، وقد انقسم الى رأيين .رأي اعتبر عقد الفرنشيز عملية توريد بحكمها عقد الاطار ، ورأي أخر سار الى كونه عقد مختلط .وهي الآراء الفقهية المختلفة التي تناقش مدى صحتها في تحديد طبيعة عقد الفرنشيز القانونية.

- **عقود البوت :** يعتبر عقد البوت(BOT) من بين أهم الآليات التي يُعتمد عليها في إنجاز البنى التحتية التي يستحيل بدونها ممارسة معظم الأنشطة الاقتصادية، كالموانئ، الطرق، المطارات، شبكات الاتصال والكهرباء، خاصة في ظل تراجع عائدات الدول التي تعتمد على النفط كمصدر أساسي في بناء ميزانيتها من جهة، ومن جهة أخرى فإن الطرقات، الموانئ والمطارات والسكك الحديدية وشبكات الاتصال والكهرباء هي أكثر المشاريع تحقيقا للعائدات من خلال رسومات الاستخدام، وهي غالبا ما تكون مربحة.

لذلك فهي من أكثر المشاريع التي تستقطب القطاع الخاص. ولم تعد تقتصر عقود البوت على الاستثمار في مجال البنى التحتية الاقتصادي، بل امتدت حاليا إلى البنى التحتية الاجتماعية، كالصحة والتعليم. ومن المعلوم أن الدولة هي التي كانت تتولى إنجاز البنى التحتية نظرا لضرورتها للمجتمعات الحديثة؛ ويكون تقديم تلك الخدمات بالمجان أو تقوم بتسعير على أساس اعتبارات اجتماعية.

ولكن غالبا ما كانت هذه الخدمات تتسم برداءتها وارتفاع تكلفة انجازها، وإهمال صيانتها، الأمر الذي دعا إلى ضرورة الاستفادة من خبرة وكفاءة القطاع الخاص وإمكانياته المالية، وذلك من خلال إبرام عقود تمكن فيها السلطة الإدارية أحد أشخاص القانون الخاص(الشريك الخاص) من بناء وتشغيل وإدارة مرفق عمومي، وحق استغلاله تجاريا لمدة زمنية كافية تمكنه من استرداد تكاليف إنجاز المشروع وتحقيق أرباح مناسبة، على أن يعود المرفق العمومي إلى السلطة الإدارية(الشريك العام) بعد انتهاء مدة العقد دون أن تدفع أي مقابل وهو ما يسمى بعقد البوت(BOT). وبما أن السلطة الإدارية أصبحت تتعاقد مع الخواص لتوفير تلك الخدمات للمواطنين، فإنه يتعين عليها إتباع شروط وشكليات معينة في اختيار المتعاقد معها، إذ هي ليست حرة في التعاقد مع من تريد، كما تتمتع ببعض الامتيازات التي تمكنها من التعديل في الالتزامات التعاقدية من غير انتظار موافقة المتعاقد معها، بحجة تحقيق الصالح العام وحماية حقوق المنتفعين.

وعلى أساس ان القانون لا يستطيع ان يلزم المتعامل الاقتصادي او الطرف الذي يقدم المعلومات بتقديمها كاملة وضع له شروطا في اطار هذه المادة تتمثل في:

- السرية
- إمضاء تعهد في مرحلة المفاوضات انه وفي حالة عدم الاتفاق لا يفشي الإسرار.
- ان يلتزم بتقديم تعويض ودفع تعويض عند إفشاء الأسرار .

وبهذه الصورة ضمن للمستخدم المعرفة الفنية بل و ان تصل له كل المعرفة، ذلك ان القانون فيه واقع الاعمال لا يستطيع ان يلزم الأطراف على منح معرفتهم الفنية.

المطلب الثاني : خضوع عقود الاعمال لمبدأ سلطان الارادة جاءت هذه العقود إجابة لمحيط عملي يضمن المال والأعمال اتفق عليه المتعاملين الاقتصاديين بأنه يخلق قواعد عرفية بعيدة عن المشرع وعن تدخله، وهي عقود لا تتدخل الدولة فيها لا من قريب ولا من بعيد إلا إذا ما تعلق الأمر بالنظام العام كالشكلية.

هي عقود تمس مجال التوزيع والإنتاج والخدمات ولهذا فهي تسمى عقود الاعمال لان الهدف منها هو انجاز الاعمال affaire والمقصود بهذه الكلمة أكثر هو الصفقة المربحة على العموم

غير ان دورها هذا يجعلها تتأثر في ادائها على اساس ارتباطها بمبدأ سلطان الإرادة الذي يعد منذ القدم ملازم لحرية الفرد في توجيه إرادته نحو إبرام التصرفات القانونية، والتي تمس بالعقد في جانبين موضوعي متعلق بعلاقة نوع وموضع العقد بإرادة الأطراف والشروط التي يحددونها، وجانب شكلي متعلق بعدم تقييد الإرادة التعاقدية بشكل معين، وقد عرفت بعض العقود تطورا تاريخيا في جانبها الشكلي فبعدما كان المجال مفتوح لإبرام هذه التصرفات بكل الوسائل تم تقييدها فيما بعد بشكل محدد، ومن بين هذه العقود عقود الاعمال فكيف يتأثر عقد الاعمال بهذا المبدأ؟

من المظاهر الأساسية التي تظهر لنا خضوع عقود العمال الى مبدأ سلطان الارادة هو مدى تأثير قانون المنافسة على الالتزامات والعقود، فاذا كان العقد ـ كما يعبر عنه شراح القانون المدني ـ هو شريعة المتعاقدين فهو ينتج آثاره بين أطرافه، إلا أن الأمر ليس كذلك في مجال المنافسة إذ تتغير الاهداف بتطبيق المبدأ في عقود الاعمال ولا يمكن اهمال جانب اخر يمثل مبرر وجود ه النوع من العقود وهو حماية النظام العام الاقتصادي، وضمان المنافسة الشريفة بين الفاعلين الاقتصاديين .

أدت هذه المصلحة العامة الى جانب المصلحة الخاصة المحققة بتجسيد حرية التعاقد بالمشرع إلى سن قواعد تمنع كل الاتفاقات التي تنافي أو تقيد المنافسة، وفي هذا تعارض بين عدالتين، العدالة التعاقدية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة، والعدالة التنافسية التي تسموا الى تحقيق المصلحة العامة، لاسيما أنه في ميدان الأعمال ظهرت عقود جديدة أوجدتها مختلف المصالح الاقتصادية و الضرورة التي تكرس مبدأ التجارة في ميدان الأعمال.

إذا كان الفقه والتشريع المقارن قد استقرّا على الأخذ بقانون الإرادة، فإن هذا المبدأ ينبغي التخفيف منه في العقود الدولية في إطار القانون الواجب التطبيق وكافة الشروط المتعلقة بالعقد، لأن موضوعية الإرادة التعاقدية، تجعل أحد المتعاقدين غير متمتع بحرية تحديد قواعد العقد وأحكامه، هذا من جهة ؛ ومن جهة أخرى، فإن بعض الإشكالات الناتجة عند إبرام العقود الدولية وتنفيذها، خاصة فيما يتعلق بمسألة تنازع القوانين وتحديد القضاء المختص بالنظر في النزاع، تجعل من الصعب على إرادة الأطراف المتعاقدة تحديد القانون الواجب التطبيق والهيئة القضائية المخولة للفصل في النزاع، لأن كل طرف يتمسك بالقانون الذي يراه أنه كفيل بإنصافه أو حماية مصالحه. وقد تتعارض إرادة الأطراف مع النظام العام أو يلجأ أحد الأطراف إلى الغش نحو القانون.

ان الإرادة تلعب الدور الكبير في العقد سواء كان ذلك في العقد الداخلي أو العقد التجاري الدولي، إذ أن الإرادة في العمل القانوني الداخلي هي الأساس المكون له وهي التي تحدد آثاره ضمن القوانين الآمرة والنظام العام والآداب العامة ، أما على المستوى الدولي فيتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي بالرجوع إلى إرادة الأطراف المتعاقدة وفقا لمبدأ سلطان الإرادة.

الخاتمة :

مما سبق نلحظ ان عقود الاعمال هي العقود غير المسماة والتي لم يتناولها القانون الا نادرا ولكن هذا لا يمنع من تصبح منظمة بصورة قانونية وبأحكام تضبط التعامل فيها بموجب تشريعات لتدارك النقائص الواردة حاليا في تنظيم البعض منها مع ضرورة وضع نصوص مفصلة لمرحلة ما قبل التعاقد في عقود الأعمال بضرورة التركيز على استقبال اكبر قدر ممكن من المعلومات الفنية خدمة للاقتصاد الوطني ، مع ضرورة تخفيف الطابع الشكلي في عقود الأعمال بما ينسجم وطبيعة العقد بل ومع تحرير العقد من القيود تطبيق لمبدأ سلطان الارادة.

وفي اطار هذا الملتقى نسعى الى الاجابة على كافة الاسئلة التي تثار في شأن العقود سواء من حيث انماطها وشكلها او تطبيقها ونفيذها او مدى خضوعها لمبدأ سلطان الارادة وكيفية التأثر به وهذا من اجل الوصول الى جملة من التوصيات التي من شأنها تبقى اثرا علميا يستفاد به.

الطبيعة القانونية لعقد التسييروفقا للقانون الجزائري

د. قبايلي طيب ، استاذ محاضر "أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.

مقدمة:

عرفت الجزائر، مع حلول سنة 1988، نقطة انطلاق لإصلاحات اقتصادية هامة نتيجة تعرّض الاقتصاد الريعي لأزمة مالية في أول انهيار لأسعار النفط سنة 1986، الأمر الذي أدى بالسلطات العمومية إلى انهاء احتكار الدولة للنشاط الاقتصادي وإزالة التنظيمات المُعيقة لحرّية الاقتصاد[1]، ذلك بهدف التوجّه نحو اقتصاد السوق بإعادة بعث الاقتصاد الوطني واحتلال مكانة في السوق في ظلّ العولمة الاقتصادية.

أثّر هذا التوجه الجديد للدولة الجزائرية على قانون العقود بما يلائم مع المرحلة التي تمرّ بها بلادنا وحتى مع ما توصّلت إليه الممارسة الدولية من تقنيات التعاقد في مجال الأعمال، حيث تمّ منح أكثر مرونة لمبادرة المؤسّسات العمومية في تنظيم العلاقات الاقتصادية، ذلك بإنشاء عقد جديد نابع من عالم الأعمال يعكس الإصلاحات المُراد بلوغها[2].

في هذا الإطار، تُمّم القانون المدني الجزائري في سنة 1989 بموجب القانون رقم 89-01[3] بإضافة عقد جديد ضمن العقود الواردة على العمل واصطلح عليه "عقد التسيير"، وكان ذلك نتيجة سوء تسيير النشاطات الاقتصادية، اذ توصّلت السلطات العمومية، من خلال هذا العقد، إلى اقتراح اسناد إدارة هذه النشاطات إلى شركات متخصّصة وذات شهرة مُعترف بها.

نظّم المشرع الجزائري هذه الطائفة من عقود الأعمال تحت تسمية قاصرة، لا تترجم في الحقيقة معنى "المناجمنت" بالمفهوم الأنجلوساكسوني والذي يتضمن إلى جانب عوامل المؤسّسة، الذكاء والخبرات والمؤهلات التي تتطلبها المؤسسات الحديثة والمتطوّرة، الأمر الذي يستدعي بيان الطبيعة القانونية لهذا التصرّف القانوني الذي يعدّ الإطار العام للاعتراف بتحويل تسيير ممتلكات الدولة من طرف الخواص، لاسيما الأجانب، في ظلّ إعادة النظر في العلاقة التي تربط الدولة بالاقتصاد.

انطلاقا من هذا، يتعيّن التطرّق إلى تبني تقنية المناجمنت في إطار القانون المدني الجزائري **(أولاً)** بيان الحدود الفاصلة بين "التسيير" و"المناجمنت" وتقييم التعريف الذي وضعه المشرع لهذا العقد، ثم التعرض لتكييف عقد التسيير**(ثانياً)** انطلاقا من توضيح الفوارق الجوهرية بينه وبين بعض العقود التقليدية القريبة منه والمعروفة في إطار العقود المسماة.

---

[1] مرسوم رقم 88-201 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يتضمن الغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخوّل المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرّد بأيّ نشاط اقتصادي أو احتكار التجارة، ج.ر.ج.ج.، عدد 42، صادر بتاريخ 20 أكتوبر 1988.

[2] سعيدي مصطفى، مكانة عقد التسيير في تنظيم قطاع الخدمات، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2013، ص. 7.

[3] قانون رقم 89-01 مؤرخ في 7 فيفري 1989، متمّم للأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج.، عدد 6، صادر بتاريخ 8 فيفري 1989.

أولاً- تبني تقنية المناجمنت في القانون المدني:

تبنى المشرع الجزائري تقنية عقد المناجمنت بموجب القانون رقم 89-01 المتمم للقانون المدني وذلك ضمن الباب التاسع الذي يحمل عنوان "العقود الواردة على العمل" في إطار الفصل الأول مكرر تحت تسمية "عقد التسيير"، إلاّ أن المشرع اعتمد في الترجمة باللّغة الفرنسية على تسمية[1] «contrat de management» وليس «contrat de gestion» ، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل هل التسيير يعني المناجمنت؟ هذا من جهة.

من جهة أخرى، بالنظر إلى التعريف الذي وضعه المشرع الجزائري لعقد التسيير نجد أنه حصر مجال تطبيقه من حيث تحديد الطرف الوطني (الشركة المسيَّرة)، فضلا عن النصّ على شروط محدّدة لتكريس العملية العقدية، الشيء الذي يدفعنا لتقييم هذا التعريف.

1- هل التسيير يعني المناجمنت؟

حتى يتسنى لنا معرفة حقيقة العملية العقدية الناجمة من إبرام عقد التسيير و وضع معاني المصطلحات في موضعها الحقيقي، يجب منذ البداية البحث عن مضمون كلمتي "التسيير" و"المناجمنت".

يعتبر البعض من الفقه أن أصل كلمة "المناجمنت" لاتيني مشتقة من كلمة «Manus » «Main» أي اليد وهي توحي إلى فكرة القيادة والسلطة، وهناك من يرى أنها كلمة إيطالية «Managiare» تقابلها باللغة الفرنسية كلمة «Manœuvrer» والتي تعني التسيير والقيادة[2]. رغم هذا، فإن أغلبية الفقه يرى بأن "المناجمنت" مصطلح من أصل أنجلوساكسوني منذ سنة 1865[3].

لقد أعطي لمصطلح "المناجمنت" مفاهيم عدة، إلاّ أنها تحمل نفس المعنى، فقد أخذ في الولايات المتحدة الأمريكية معنى *"التحكّم في الشيء أو قيادة مشروع"*[4]. كما عُرّف بأنه *"فنّ الإدارة وهي مجموعة من المعلومات التي من شأنها الإسهام في تنظيم مؤسسة أو إدارتها من النواحي المهنية والفنية والاقتصادية"* كذلك يعني *"السيطرة والتحكّم والإدارة والتعامل اليدوي المادي أو إرشادات الإدارة عن طريق التوجيه أو وضع برامج"*[5].

إلى جانب ما سبق، هناك من يعتبر أن معنى "المناجمنت" يتجاوز معنى مجموعة تقنيات تنظيم وتسيير المؤسسة، فهو يعني مجموعة من الطرق والأنظمة وكذا القدرة على قيادة منظمة مهما كان حجمها، طبيعتها وبنيتها، تسييرها، تخطيط تطوّرها ومراقبتها مع الأخذ بعين الاعتبار خصائصها وبيئتها، الأمر الذي أدى بالفقه المعاصر إلى اعتبار

---

[1] جاء نص المادة الأولى من القانون رقم 89-01 باللغة الفرنسية بالصيغة الآتية:
«Le contrat de management est le contrat par lequel un partenaire qui jouit d'une réputation bien établie, dénommé gestionnaire (…) »

[2] أنظر حول الموضوع:
AMIEL (M), BONNET (F) et JACOBS (J), Management de l'administration, De Boeck Wesmail, Bruxelles, 1993, p. 5.

[3] لأكثر تفاصيل، راجع: أيت منصور كمال، عقد التسيير آلية لخوصصة المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي، أطروحة دكتوراه في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2009، ص. 83.

[4] سعيدي مصطفى، مرجع سابق، ص. 36.

[5] عبد الفتاح مراد، معجم مراد – القانوني والاقتصادي والتجاري، الهيئة القومية لدار الكتب، القاهرة (د. س)، ص. 1275.

"المناجمنت" فنّ وعلم في نفس الوقت، فهو فنّ لأنه يستند على الخبرة والقدرات الشخصية للأفراد، كما أنه علم لأنه يطبّق المعارف العلمية المستنتجة من النظريات العلمية[1]، فضلا عن توظيف الذكاء في استخدام وممارسة النشاطات الاقتصادية لتحقيق أهداف مسطّرة وفق منهجية محدّدة وهذا ما يميّز المناجمنت كفنّ إدارة المؤسّسات الحديثة الخاضعة للمنافسة الوطنية والدولية[2].

أما بالنسبة لمصطلح "التسيير" الذي يقبله باللغة الفرنسية كلمة «Gestion»، فإنه يستعمل بمعاني متعدّدة وفي ميادين مختلفة[3] وبصفة عامة يُقصد "بالتسيير" الإدارة والتوجيه، أي من اضطلع بعبء العمل، تولى إدارة مال أو كتلة أموال أو اهتم ببعض القضايا[4]. كما يمكن القول بأنه يعني قيام الأفراد بعملية التخطيط والتنظيم وإصدار الأوامر بأحسن الوسائل الممكنة وذلك من أجل تحقيق أهداف معيّنة. إلى جانب هذا، يمكن النظر إلى التسيير على أنه الطريقة أو الأسلوب الذي يتم من خلاله تنسيق توجيه الموارد الإنسانية والمادية لتحقيق الأهداف المسطّرة انطلاقا من عمليات محدّدة تتمثل في التخطيط، التنظيم، الإدارة والرقابة[5].

هكذا، فمضمون مصطلح "التسيير" «Gestion» ضيّق يشير فقط إلى تفاعل مجموعة من التقنيات في عملية التسيير التي تخضع لها المؤسسة، بينما "المناجمنت" يشمل هذا المفهوم الضيّق فضلا عن الكفاءات والمؤهلات والخبرات في تصميم وإعداد السياسة العامة التي يجب اتباعها بالإضافة إلى التسيير الداخلي واختيار سياسات الاستثمار والتسويق بهدف تحقيق الإستراتيجية المسطرة ليس فقط على المدى القريب بل لابد أن يتحقّق ذلك على المدى البعيد مع مراعاة الظروف المحيطة بالمؤسسة على جميع الأصعدة[6].

على هذا الأساس، فإن كل من المصطلحين "التسيير" و"المناجمنت" ليس مترادفين، لأن مفهوم الأول جزء من مفهوم الثاني، لذلك فمفهوم "المناجمنت" بالمعنى الأنجلوساكسوني يؤدي بطريقة أفضل المعنى الخاص بعقد التسيير أي التسيير بالمعنى الواسع (تسيير – استغلال)، ذلك لأن العملية العقدية تقوم على توظيف المعرفة الفنّية والكفاءة والخبرة لتحقيق هدف أساسي هو ادماج الشركة المسيّرة ضمن شبكة شركة التسيير وهو الهدف الذي أراد المشرع الجزائري بلوغه من تقنين عقد التسيير سنة 1989.

2- تقييم تعريف عقد التسيير وفقا للقانون الجزائري:

عرّف المشرع الجزائري عقد التسيير بموجب المادة الأولى من القانون رقم 89-01 المتمّم للقانون المدني، إذ جاء بالصيغة الآتية: "*عقد التسيير هو ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتميع بشهرة معترف بها، يسمى مسيّرا، إزاء*

---

[1] أنظر في الموضوع:

AMIEL (M), BONNET (F) et JACOBS (J), op.cit., p.5.

[2] راجع حول هذا التعريف "للمناجمنت":

MEZAACHE Ali, « Les aspects théoriques des concepts de ‘GESTION’ et de ‘MANAGEMENT’ des entreprises», revue IDARA n° 1, Alger 2001, p. 139.

[3] راجع حول مفهوم التسيير: أحمد الشرقاوي، إدارة الأعمال، الوظائف والممارسات الوظيفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص. 123.

[4] جبرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة: منصور القاضي، منشورات مجد، بيروت، 1998، ص. 101.

[5] سعيدي مصطفى، مرجع سابق، ص. 36.

[6] أيت منصور كمال، مرجع سابق، ص. 98-99.

مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد، بتسيير كل أملاكها أو بعضها، باسمها ولحسابها مقابل أجر فيضفي عليها علاماته حسب مقاييسه ومعاييره، ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع".

هذا وعند دراسة مشروع القانون، ورد في محضر الجلسة العلنية الرابعة والعشرين للمجلس الشعبي الوطني المنعقدة يوم 1989/01/19 مايلي: "*يهدف عقد التسيير إلى إدراج أحكام جديدة في القانون المدني تتعلق بنوع جديد من العقود الوارد على الخدمات (...)*"[1]. كما جاء في محضر الجلسة العلنية السادسة والعشرين المنعقدة يوم 1989/01/22 في تدخّل السيّد وزير العدل مايلي: "*أعتقد أنه يمكن من المُمكن استعمال هذا العقد في غير مجالي السياحة والفندقة، وهو ما أدى إلى ادراج هذا النص في القانون الدني بدل قانون آخر*"[2].

إلى جانب التعريف أعلاه، سبق للفقه أن قدّم تعريفا لعقد التسيير، فعلى سبيل الميثال عرّفه الفقيه MERLE Philippe، بعد حصر مجال تطبيقه في النشاط الفندقي، بأنه العقد الذي تبرمه شركة فرنسية ومجموعة أجنبية متخصّصة في تنظيم واستغلال الفنادق عبر العالم بهدف احداث تغييرات، تسيير، مراقبة أو استغلال المؤسسة الفندقية (الشركة) ويكون في نيّة الأطراف المتعاقدة أن تصبح المؤسسة عضواً في المؤسسة الأجنبية[3].

كما عرّفه الفقيه JEANTIN Michel بأنه ذلك العقد الذي بموجبه تعهد شركة مالكة لمباني وتجهيزات المؤسسة، التسيير لشركة متخصّصة في النشاط الذي تعمل فيه المؤسسة والتي تحوز قدراً من المعرفة الفنّية[4].

بالعودة إلى التعريف الذي قدّمه المشرع لعقد التسيير يتّضح مضمون العملية العقدية وشروط تجسيدها، فضلا الخصائص المميّزة للعقد والتي نردها فيما يلي:

- **غياب تحديد الشخص المسيّر:** اعتمد المشرع في تعريفه لعقد التسيير على عبارة "*متعامل يتمتّع بشهرة معترف بها*" دون اشتراط أن يكون وطنياً أو أجنبياً، وتبعاً لذلك يمكن أن يكون الشخص المسيّر وفقاً للقانون الجزائري شخصاً يحملُ الجنسية الجزائرية أو شخصاً أجنبياً، مع العلم أن عقود التسيير المبرمة لتسيير المؤسّسات الجزائرية بعد صدور قانون رقم 89-01 كان فيها الطرف المسيّر أجنبياً[5]. يمكن تفسير هذا الوضع بأن الجزائر تفتقد إلى قطاع خاص متخصّص في التسيير في مختلف قطاعات النشاط، الأمر الذي أدى إلى الاستعانة بالخبرة الأجنبية لتسيير المؤسّسات الاقتصادية الجزائرية التي لا تعاني من نقص الامكانيات المادية بقدر ما تفتقد إلى المعرفة الفنية وثقافة التسيير.

---

[1] الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، عدد 66، صادر بتاريخ 23 مارس 1989.

[2] الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، عدد 68، صادر بتاريخ 06 أفريل 1989.

[3] أنظر:

MERLE Philippe, « Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme », recueil Dalloz, Paris, 1975, p. 246.

[4] أنظر:

JEANTIN Michel, « Contrat de gestion d'entreprises », juris- classeur, fascicule 450, Paris, 1989, p.2.

[5] راجع أمثلة عن عقود التسيير المبرمة في الجزائر تطبيقاً لقانون رقم 89-01: تواتي نصيرة، الإطار التطبيقي لعقود الأعمال، مداخلة في الملتقى الوطني حول "عقود الأعمال ودورها في تطوير الاقتصاد الجزائري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 16 و17 ماي 2012، ص. ص. 382-385.

- **ضرورة تمتّع المسيّر بشهرة معترف بها:** اشترط المشرع أن يتمتّع المسيّر بالشهرة في النشاط الذي تباشره المؤسسة محلّ التسيير، فضلا عن ضرورة أن تكون تلك الشهرة معترف بها والتي تقاس على درجة سمعة المسيّر في مجال تخصّصه واتساع المجال الجغرافي الذي ينشط فيه.

هكذا، يُعبّر التخصّص والشهرة لدى المسيّر عن امتلاكه لمعرفة فنّية، بمعنى حيازته لخبرة وكفاءة ومهارة في مجال نشاطه تجعله متميّزاً عن باقي المسيّرين (شركات التسيير) في ذات النشاط، ذلك أن المشرع يستهدف، من خلال ابرام عقد التسيير، الابتعاد عن التسيير التقليدي واجتماع الكفاءات والمهارة التي تضمن للمؤسسة المسيّرة الفعالية الاقتصادية[1].

- **عدم حصر قطاع النشاط:** لم يحصر المشرع عقد التسيير في قطاع نشاط محدّد، بالتالي يمكن للمؤسّسة أن تبرم عقد التسيير مهما كان مجال النشاط الذي تعمل فيه، الأمر الذي من المفروض أن يخدم بشكل كبير المؤسّسات العمومية الاقتصادية الجزائرية التي تباشر نشاطها في قطاعات مختلفة حتى تحقّق المردودية والفعالية الاقتصادية المراد بلوغها عن طريق اللجوء إلى عقود التسيير.

- **إدماج المؤسّسة في شبكة المسيّر:** انطلاقاً من عبارة "(...) *فيضفي عليها علاماته حسب مقاييسه ومعاييره، ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع*"، يُفهم أن عقد التسيير يقوم على هدف أساسي يتمثل في إدماج المؤسّسة المُسيّرة في شبكة شركة التسيير، ذلك عن طريق جعل المؤسّسة تستفيد من المعرفة الفنّية التي يتمتّع بها المُسيّر في مجال تخصّصه حتى تضمن ولوج شبكته الخاصة بالترويج لسلعها أو خدماتها وبيعها[2].

- **اقتصار عقد التسيير على شركة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد:** يظهر جلياً من تعريف المشرع لعقد التسيير أن الشركة المُسيّرة تتمثل في شركة عمومية اقتصادية[3] أو شركة مختلطة الاقتصاد[4]، بمعنى أن طرفي عقد التسيير وفقاً لهذا التحديد هما المسيّر أو شركة التسيير من جهة ومؤسّسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد من جهة أخرى.

عملاً بالتحديد الذي وضعه المشرع للشركة المسيّرة، فإن العقد الذي ستبرمه شركة خاصة خاضعة للقانون الجزائري لتسييرها من قبل متعامل ذات شهرة معترف بها لا يُعد من قبيل عقد التسيير وفقا للمفهوم الذي جاء به المشرع الجزائري، لذلك فمن الضروري اعادة النظر في معنى عقد التسيير عن طريق الاكتفاء بالنصّ على "الشركة محلّ التسيير" دون تحديد طبيعتها الخاصة أو العامة أو المختلطة.

---

[1] أيت منصور كمال، الطبيعة القانونية لعقد المناجمنت في القانون الجزائري، مداخلة في الملتقى الوطني حول "عقود الأعمال ودورها في تطوير الاقتصاد الجزائري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 16 و17 ماي 2012، ص. 45.

[2] أيت منصور كمال، عقد التسيير آلية لخوصصة المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي، مرجع سابق، ص. 76.

[3] راجع أمر رقم 01-04 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، ج.ر.ج.ج عدد 47، صادر في 22 أوت 2001، متمّم بموجب أمر رقم 08-01 مؤرخ في 28 فيفري 2008 ج.ر.ج.ج عدد 11، صادر في 2 مارس 2008.

[4] راجع قانون رقم 82-13 مؤرخ في 28 أوت 1982، يتعلق تأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها، ج.ر.ج.ج.، عدد 35، صادر في 31 أوت 1982، معدّل ومتمّم بموجب قانون رقم 86-13، مؤرخ في 19 أوت 1986، ج.ر.ج.ج.، عدد 35، صادر في 27 أوت 1986 (ملغى).

ثانياً- تكييف عقد التسيير:

الظاهر أنه تنطبق على عقد التسيير بعض الخصائص المميّزة لبعض العقود التقليدية الواردة على العمل، الأمر الذي يجعل الحدود بينه وبين هذه العقود صعبة التحديد. من أجل هذا، ظهرت محاولات كثيرة من أجل تكييف عقد التسيير بأنه عقد مقاولة نظرا لأوجه الشبه العديدة التي يشتركان فيها، في حين ظهرت محاولة أخرى تفيد بأن عقد التسيير ما هو إلاّ عقد وكالة تجارية بالنظر إلى السلطات الممنوحة للمسيّر والوكيل على حدّ سواء، فهل يُمكن حقيقة تكييف عقد التسيير ضمن أحد هذه العقود الكلاسيكية؟ أم أن هذا العقد مستقل عنها؟

1- عقد التسيير وعقد المقاولة:

نظم المشرع أحكام عقد المقاولة في القانون المدني[1] وعرفه في المادة 549 منه بالصيغة الآتية: "*المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر*".

انطلاقا من هذا، فإن عقد المقاولة هو اتفاق بين المقاول ورب العمل على أن يقوم الأول بعمل معيّن لصالح الثاني مقابل أجر يدفعه رب العمل للمقاول، بالتالي يرد عقد المقاولة على محلّ لم يكن موجوداً أثناء التعاقد، إنما يعمل المقاول على إيجاده في المستقبل[2].

قد يثير مفهوم عقد المقاولة بالمعنى السابق خلطاً مع مفهوم عقد العمل لأن العقدين يردان على أداء عمل لصالح شخص آخر مقابل أجر، لكنهما يختلفان في العلاقة التي تربط أطراف العقد. ففي عقد العمل نجد علاقة التبعية بين العامل ورب العمل، إذ بموجب العقد يخضع العامل لإدارة رب العمل وإشرافه وتوجيهه ولا يعمل مستقلاً عنه، بل يتلقى منه تعليمات وأوامر عليه تنفيذها. أما في عقد المقاولة، فلا نجد علاقة الخضوع والتبعية لرب العمل، حيث أن المقاول يقوم بعمله مستقلاً عن المتعاقد معه ولا يخضع لإشراف أو توجيه منه[3].

يتمثل العنصر المشترك بين عقد المقاولة وعقد التسيير في الاستقلالية في أداء الأعمال، إذ كل من المسيّر والمقاول يمارس عمله بصفة مستقلة عن الشركة المسيّرة[4] ورب العمل، فضلا عن أن موضوع كلا العقدين هو القيام بعمل فهي من العقود الواردة على العمل ويقوم المسيّر والمقاول بهذا العمل لحساب الغير مقابل أجر معيّن. رغم ذلك، فإن أوجه الاختلاف بين العقدين كثيرة.

---

[1] وذلك ضمن العقود الواردة على العمل في الفصل الأول من الباب التاسع من الكتاب الثاني الخاص بالالتزامات والعقود في المواد من 549 إلى 570 من الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، معدّل ومتمّم، ج.ر.ج.ج.، عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

[2] شنب محمد لبيب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص. 26.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص. 11.

[4] يتمتع المسيّر بسلطة تسيير كاملة سواءً تصرفات القيادة، التنسيق، تنظيم المصالح وحتى مسك المحاسبة. ويتمتّع المسيّر بهذه الاستقلالية على أساس مهنية عالية ومعرفة وشهرة في تسيير الوحدة الاقتصادية المعهودة من المؤسّسة المالكة التي يحضر عليها أيّ تدخّل في أعمال التسيير. راجع التزامات المؤسّسة المالكة في قانون رقم 89-01.

بالنظر إلى مضمون العقد، فإن عقد التسيير ينصبّ على تسيير مؤسّسة أو شركة قائمة عن طريق قيام المسيّر بكافة الأعمال التي من شأنها تطوير المؤسّسة، سواءً كانت أعمالاً مادية أو أعمال قانونية[1]. أما عقد المقاولة فينصبّ على انجاز مشروع، حيث يقوم المقاول بأعمال مادية[2]، فحتى الأعمال التي يغلب عليها الطابع الفكري أو العقلي، فهي أعمال مادية وليس أعمال قانونية[3].

أما من حيث التمثيل، فبموجب عقد التسيير تتنازل الدولة عن تسيير المؤسّسة مع الاحتفاظ بالملكية وبموجب ذلك يقوم المسيّر باستغلال المؤسّسة باسمها ولحسابها وهو ما جاء في نصّ المادة الأولى من قانون رقم 89-01، بالنتيجة إذا كانت الأعمال المادية أو القانونية التي يؤديها المسيّر باسم المؤسّسة، فإن آثارها تنصرف إلى هذه المؤسّسة، الأمر الذي يجعل عقد التسيير عقد تمثيلي[4]. أما في عقد المقاولة، فيقوم المقاول بأعمال مادية لحساب الغير وهو يؤدي تلك الأعمال باسمه وليس باسم رب العمل، وبالنتيجة تنصرف آثار هذه الأعمال إليه.

أما بالنسبة لنهاية كل عقد، فنجد عقد التسيير ينتهي بانتهاء المدّة المحدّدة المتفق عليها[5]، بينما ينتهي عقد المقاولة بإتمام الأشغال المتفق عليها في العقد[6].

2- عقد التسييروعقد الوكالة:

نظم المشرع الجزائري عقد الوكالة في القانون المدني[7] وعرّفه بموجب المادة 571 منه كما يلي: "*الوكالة أو الإنابة*[8] *هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه*". بهذا المعنى، تنطوي الوكالة على منح الموكل للوكيل سلطة للقيام بشؤونه بسبب عدم اختصاص الموكل أو عدم توفره للوقت قصد القيام بها، ويؤدي الوكيل الأعمال محلّ الوكالة باسم ولحساب الموكل. وتتمثل أعمال الوكالة في التصرفات القانونية[9] التي تُسند للوكيل القيام بها، مبدئياً، دون عوض[10].

---

[1] أيت منصور كمال، عقد التسيير آلية لخوصصة المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي، مرجع سابق، ص. 76.

[2] راجع بشيء من التفصيل: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 14.

[3] أنظر: سعيدي مصطفى، مرجع سابق، ص. 185.

[4] راجع في هذا الشأن كل من: أيت منصور كمال، الطبيعة القانونية لعقد المناجمنت في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص. 50 و MERLE Philippe, op. cit., p. 246..51

[5] راجع المادة 9 من قانون رقم 89-01.

[6] راجع المادة 567 من القانون المدني الجزائري.

[7] وذلك في الفصل الثامن من الباب التاسع من الكتاب الثاني ضمن المواد من 571 إلى 589 من القانون المدني

[8] استعمل المشرع الجزائري مصطلح "الإنابة" خطأً، لأن لا يفيد معنى الوكالة بقدر ما يفيد أحد طرق انقضاء الالتزام، أما المصطلح الذي يفي بالمعنى هو" النيابة". أنظر كذلك في الاختلاف بين الوكالة والإنابة: محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، الوكالة في التصرفات القانونية، مكتبة المنى، القاهرة، 2007، ص. 44.

[9] راجع كل من: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 677. مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص. 94.

[10] تنص المادة 581 من القانون المدني أن: "*الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنيا من حالة الوكيل (...)*".

إذا علمنا أن عقد التسيير هو أحد أنواع عقود الأعمال، فإن تمييزه عن الوكالة هو في الحقيقة إشارة إلى الوكالة التجارية والتي يُطبّق بشأنها القواعد العامة الواردة في القانون المدني فيما يخصّ الوكالة، حيث نضمها المشرع في مادة وحيدة في القانون التجاري، إذ عرفها بأن "*يعتبر عقد الوكالة التجارية اتفاقية يلتزم بواسطتها شخص عادة بإبرام البيوع أو الشراءات وبوجه عام جميع العمليات التجارية باسم ولحساب تاجر، والقيام عند الاقتضاء بعمليات تجارية لحسابه الخاص ولكن دون ن يكون مرتبطا بعقد إجارة الخدمات*"[1].

يتفق عقد التسيير مع عقد الوكالة التجارية في أن كلاهما من العقود الواردة على العمل، كما أن كل من المسيّر والوكيل محترف ومتخصّص في مجال معيّن و يقوم بالأعمال المُسندة إليه باسم ولحساب الغير[2] وهو ما نصّ عليه المشرع في المادة 34 من القانون التجاري والمادة الأولى من قانون رقم 89-01.

في مقابل هذا، يختلف عقد التسيير عن عقد الوكالة التجارية في نقاط عديدة، تجعل من التصرفين منفصلين ولا يكمن بالتالي اضفائهما نفس التكييف القانوني، ويظهر ذلك من خلال مدى الاستقلالية في أداء الأعمال المُسندة لكل من المُسيّر والوكيل، إلى جانب اختلاف طبيعة الأعمال التي يؤديها كل منهما.

بالنظر إلى عنصر الاستقلالية في أداء العمل، نجد المسيّر في عقد التسيير مستقلاً عن المؤسّسة المالكة في القيام بأعمال التسيير، حيث تتنازل هذه الأخيرة عن كل أو جزء من أملاكها لصالح المسيّر بهدف تسييرها واستغلالها، الأمر الذي يلتزم بموجبه المسيّر باتخاذ كافة الأعمال التي من شأنها أن تطوّر الوحدة المسيّرة بتحسين مردوديتها الاقتصادية ودمجها في شبكة شركة التسيير[3]. هذا، ولا تتدخّل المؤسّسة المالكة في أعمال التسيير التي يستقلّ بها المسيّر لأن ذلك يُشكّل جوهر عقد التسيير عدا ما تعلق بوضع تحت تصرّف المسيّر الوسائل اللازمة لأداء مهمته والحفاظ على الملك المُسيّر[4].

أما بالرجوع إلى أحكام الوكالة، فالوكيل يلتزم بتنفيذ أعماله في حدود الوكالة وفق تعليمات الموكل، وبما أننا في إطار الوكالة التجارية، يتعيّن الرجوع إلى ما تضمنته القواعد العامة في المسألة. لقد نصّ المشرع في المادة 575 من القانون المدني على أن "*الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود المرسومة (...)*"، كما أن هناك إشارة إلى التعليمات في نصّ المادة 73 من القانون المدني التي تنص "*غير أنه إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة عن موكله (...)*". هكذا على الوكيل تنفيذ الوكالة استنادا إلى التعليمات الصادرة من طرف الموكل وإذا خالفها دون سبب جدّي، يحقّ للموكل رفض التصرّف الذي أجراه الوكيل. لم يتضمن القانون الجزائري هذا الحكم صراحة، على عكس القانون المصري[5]، إلاّ أنه يستفاد ضمنيا من النصوص الواردة في القواعد العامة السابق ذكرها.

أما بالنسبة لطبيعة الأعمال التي يقوم بها كل من المسيّر والوكيل، فإن الاختلاف واضح، حيث أن الأعمال التي يقوم بها المسيّر تتحدّد وفق العقد وطبيعة الأموال محلّ التسيير وأن تسييرها يتطلّب من المسيّر اتخاذ كافة الأعمال التي من شأنها الرفع من قدرات المؤسّسة المسيّرة، الأمر الذي يتطلب القيام بأعمال مادية وقانونية. أما العمل الذي يؤديه

---

[1] المادة 34 من الأمر رقم 75–59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، معدّل ومتمّم، ج.ر.ج.ج.، عدد 101، صادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975.

[2] راجع ما يخالف هذا الموقف: JEANTIN Michel, op. cit., p. 8.

[3] تنصّ المادة 4 من قانون رقم 89–01 على ما يلي: "*يلتزم المسيّر بتحسين المردودية الاقتصادية والمالية للملك واقتحام الأسواق الخارجية لاسيما عن طريق رفع شأن المنتوجات والخدمات المقدمة*".

[4] راجع المادة 3 من قانون رقم 89–01.

[5] راجع بالتفصيل: مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص. 115 وما بعدها.

الوكيل تنفيذا لعقد الوكالة، فهو عمل قانوني بمعنى أن محلّ الوكالة هو تصرّف قانوني يقوم به الوكيل لمصلحة موكله وليس عملاً مادياً بالرغم من ضرورة اتخاذ، في بعض الأحوال، بعض الإجراءات المادية تنفيذاً للتصرّف محلّ الوكالة [1].

بناءً على ما تقدّم، يتبيّن أنه من غير المُمكن تكييف عقد التسيير وادراجه ضمن طائفة العقود التقليدية المسماة المنصوص عليها في القانون المدني أو القانون التجاري، سواءً تعلّق الأمر بعقد المقاولة أو عقد الوكالة، ذلك أن محلّ العملية العقدية في إطار عقد التسيير تجعل هذا الأخير يستقلّ بخصائص ذاتية لانجدها في العقود الأخرى.

على هذا الأساس، يعدّ عقد التسيير من عقود الأعمال فرضته ظروف اقتصادية تستدعي الفصل بين الملكية والمناجمنت بغية تحقيق الفعالية الاقتصادية للمؤسّسات المسيّرة. إلى جانب هذا، فقيام المسيّر بمختلف أعمال التسيير، تنفيذا لالتزاماته العقدية، إنما يقوم بها بصفة مستقلة عن المالك، حيث أن توظيف المسيّر لمعرفته الفنية وخبراته وكفاءاته والعمل على ادماج المؤسّسة المسيّرة ضمن شبكته الخاصة بالترويج والبيع لا يمكن أن يتحقّق إلاّ إذا كان القائم بالتسيير يتمتّع بالاستقلالية في أداء أعماله. من أجل هذا نقول أن عقد التسيير ينفرد بأحكام خاصة تحقق له ذاتيته والتي تتوافق والبيئة التي نشأ فيها.

خاتمة:

نتوصّل في ختام هذه المداخلة أن تسمية المشرع لعقد التسيير تسمية غير دالة على المعنى الذي تحمله الكلمة ذات الأصل الأنجلوساكسوني "مانجمنت" «Management»، لذلك لا مانع من اعتماد تسمية عقد المانجمنت حفاظاً على المدلول الصحيح للعملية العقدية، كما أن اعتماد هذه التسمية يتوافق التسمية التي أخذ بها المشرع باللغة الفرنسية.

أما بالنسبة لأطراف عقد التسيير، فمن خلال قانون رقم 89-01 يتبيّن أن المسيّر متعامل يتمتّع بشهرة معترف بها وهو ما يناسب وأهداف الوحدة الاقتصادية التي تبحث عن الفعالية والمردودية والتطوّر من خلال حسن التسيير وليس التمويل، فلم يحصر المشرع الشخص المسيّر في مستثمر أجنبي، رغم ذلك، فعقود التسيير في الجزائر أُبرمت مع متعاملين أجانب دون غيرهم، الأمر الذي يُفسّر بعدم وجود قطاع خاص في الجزائر يتمتّع بشبكة ترويج وشهرة مُعترف بها في مجال تخصّصه، هذا من جهة.

من جهة أخرى، يُعاب على تعريف المشرع لعقد التسيير حصره للشركة محلّ التسيير في المؤسّسة العمومية الاقتصادية والشركة المختلطة الاقتصاد، الشيء الذي يُستبعد من خلاله الشركات الأخرى في القطاع الخاص، فكان من الأجدر تمكين هذه الشركات من الاستفادة من هذه التقنية التعاقدية في مجال الأعمال حتى تستفيد هي الأخرى من الخبرات والمعرفة الفنية في مجال تقنيات التسيير، خدمة لمصالحها ورفعا لمستوى الاقتصاد الوطني.

أما ما يخصّ تكييف عقد التسيير ضمن طائفة العقود المعروفة كعقد المقاولة أو عقد الوكالة، فقد فشلت كل المحاولات التي قيلت في هذا الصدد، نظراً للطبيعة القانونية الخاصة التي يتمتّع بها عقد التسيير والتي حقّقت له ذاتيته انطلاقاً من الخصوصية التي تتميّز بها أعمال التسيير ذاتها، حيث يفرض محلّ التعاقد التمييز بين الملكية وأعمال التسيير وأن هذه الأخيرة تنطوي على الاستقلالية في أدائها كعنصر جوهري في العقد، الأمر الذي يجعل عقد التسيير متميّز عن العقود محلّ المقارنة.

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 673.

عقد الفرانشيز بين الحرية التعاقدية و التنظيم التشريعي

-قانون ماكرون لـ 06 أوت 2015 نموذجا -

.د. بلعزام مبروك ، أستاذ محاضر

كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2.

مقدمة:

فرضت التطورات التي يعرفها مجال الأعمال و ما صاحبها من انتشار ظاهرة تركيز (La concentration)المؤسسات ، ظهور تقنيات و عقود حديثة و من بينها يحتل عقد الفرانشيز مكانة جد مرموقة ، ويرتكز نظام الفرانشيز على وجود نشاط اقتصادي ناجح أو ما يطلق عليه بالفكرة الممنوحة concept franchisé ، سواء في مجال الإنتاج أو الخدمات و يرغب صاحبها (المانح franchiseur) في التوسع و الانتشار دون أن يستثمر أمواله الخاصة، فيمكن مستثمر آخر (المتلقي franchisé) ، من استغلال فكرته و علامته التجارية أو ما يطلق عليه باستنساخ النجاح .

و قد عرف نظام الفرانشيز نجاحا منقطع النظير في مهد نشأته ، الولايات المتحدة الأمريكية في نهاية القرن التاسع عشر ، و منها لتنتشر في باقي أنحاء العالم ، لتعرف تطورا كبيرا في فرنسا في بداية السبعينات ، وبكل حرية دون أن تعرف أي تنظيم قانوني ، فاعتبرت عقدا غير مسمى ، لتعيش هذه التقنية عصرها الذهبي في الثمانينات من القرن الماضي ، إلا أنها عرفت تراجعا رهيبا مع بداية التسعينات ومن أسباب ذلك دخول مانحين غير جديين و الذين كانوا يبرمون عقود فرانشيز دون أن تكون لهم معرفة فنية حقيقية. و قد دفع هذا الوضع إلى إعادة النظر في تنظيم الفرانشيز و ترشيده، وتدخل المشرع الفرنسي لمواجهة هذا الوضع، وتنقية هذا النشاط ، فأصدر القانون رقم 1008/89 ، المؤرخ في 31 ديسمبر 1989، المسمى قانون Doubin الذي أسس للالتزام بالإعلام قبل التعاقد، و بذلك استعاد هذا النشاط عافيته مع بداية الألفية الحالية ، مولدا رقم أعمال يقارب 41 مليار أورو[1]. و بذلك أصبحت فرنسا تحتل الموقع الخامس عالميا و المرتبة الأولى أوروبيا من حيث رقم الأعمال الناتج عن الفرانشيز.

ما يميز النجاح الذي عرفه عقد الفرانشيز في التطبيق الفرنسي انه تم بعيدا عن تنظيم تشريعي لهذا العقد خاصة في مراحله الأولى ، فظهر هذا العقد و تطور في ظل حرية تعاقدية منقطعة النظير ، بحيث تكفلت تقنية العقود النموذجية بهذا الدور ، إلا أن هذا لم يمنع من ظهور محاولات من حين لآخر لأجل تنظيم هذا العقد ولكن اغلبها باءت بالفشل ، إلى غاية صدور القانون من اجل النمو و النشاط و مساواة الحظوظ الاقتصادية (المسمى قانون ماكرون loi Macron) بتاريخ 06 أوت 2015 ، و الذي نظم العلاقات العقدية بين شبكات التوزيع و تجار التجزئة المنضمين لهذه الشبكات بإضافته للكتاب الثالث من القانون التجاري الفرنسي عنوان "شبكات التوزيع التجارية "، حسب مادته 31 و التي أدمجت في المواد L341-1 L 341-2 من القانون التجاري . و دخلت هذه النصوص حيز النفاذ في اجل سنة بعد نشر القانون أي في تاريخ 07 أوت 2016.

قبل تناول محتوى هذا التدخل التشريعي ، ستتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم عقد الفرانشيز و في المبحث الثاني لمحتواه الاتفاقي كما صاغه التطبيق الفرنسي ، ثم نتناول في المبحث الثالث التدخل التشريعي بموجب قانون ماكرون لتنظيم عقد الفرانشيز.

[1]- FFF. Toute la franchise, 2005, les textes, les cluffres, les réseaux, p 54

المبحث الأول : مفهوم عقد الفرانشيز.

يقتضي تحديد مفهوم عقد الفرانشيز التطرق لتعريفه و صوره في المطلب الأول و خصائصه و عناصره في المطلب الثاني .

المطلب الأول : التعريف بعقد الفرانشيز وصوره

نتطرق في الفرع الأول لمختلف التعريفات الفقهية و القضائية و التشريعية ثم إلى صوره في الفرع الثاني.

الفرع الأول : التعريف بعقد الفرانشيز

عرفت الجمعية الدولية للفرانشيز ، عقد الفرانشيز بأنه "علاقة عقدية بين المانح Franchiseur و المتلقي، حيث يعرض الأول ويلتزم بحماية مصلحة مستترة في مواجهة تجارة الثاني في عدة مجالات مثل المعرفة الفنية و التكوين، ويقوم المتلقي بممارسة نشاطاته مستعملا علامة تجارية ، فكرة Concept، أو أساليب تجارية مختارة ومراقبة من طرف المانح وبموجبها يستثمر المتلقي رأس المال جوهري في تجارته وبمصادره الخاصة". هذا التعريف اعتمد على وصف شكلي للعملية، وجاء جد واسع، حيث أنه لم يعطي تحليلا قانونيا للعملية ، وهو ما حاولت مدونة السلوك الأوربية للفرانشيز تحقيقه من تعريفها للعملية بأنها"نظام تتجير Commercialisation، للمنتجات و/أو الخدمات و/أو التكنولوجيا، يركز على التعاون الضيق والمتميز بين مؤسسات متميزة ومستقلة قانونيا وماليا وهم المانح و المتلقون ، بموجبها يلتزم الأول بان يمنح للثانيين حق استغلال مؤسسة، ويفرض عليهم الالتزام باستعمالها طبقا لفكرته ،هذا الحق الممنوح يسمح للمتلقي ويلزمه في مقابل مساهمة مالية مباشرة أو غير مباشرة في استعمال، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة شعار و/أو علامة المنتوجات و/أو الخدمات، المعرفة الفنية وبقية حقوق الملكية الفكرية مدعومة بالمساعدة المستمرة في العملية التجارية و/أو التقنية في إطار و لمدة عقد الفرانشيز المكتوب والمبرم بين الأطراف لأجل هذا الهدف" .

وعرف الأستاذ Dominique Bashet، عقد الفرانشيز بأنه" عقد تعاون بين مؤسستين مستقلتين أحدهما يسمى المانح والأخر المتلقي، بموجبه يضع الأول تحت تصرف الثاني وفي مقابل دفع حق الدخول و الأقساط، علامات وإشارات جاذبة للزبائن،و ينقل إليه معرفة فنيه جوهرية وخاصة".[1]كما عرفه المشرع الفرنسي في قرار 29 نوفمبر 1973[2] الفرانشيز بعد أن أطلق عليها لفظ Franchisage " عقد بموجبه تمنح مؤسسة إلى مؤسسات مستقلة، في مقابل أقساط الحق في تمثيلها تحت اسمها وعلامتها من أجل بيع منتجات وخدمات هذا العقد يكون مرفقا عادة بمساعدة تقنية".

في حين عرفت لائحة الإعفاء الأوربية رقم 88/4087 لـ 30 نوفمبر 1988 عقد الفرانشيز بأنه: "مجموعة حقوق ملكية صناعية أو تجارية أو متعلقة بالعلامات، الأسماء التجارية الشعارات، الرسوم والنماذج الصناعية، حقوق المؤلف، المعرفة الفنية أو براءات الاختراع، موجهة لاستغلالها من أجل إعادة بيع منتوجات أو أداء خدمات للمستعملين النهائيين".

الفرع الثاني : صور الفرانشيز:

يمكن تقسيم عقد الفرانشيز حسب طبيعة النشاط إلى فرانشيز توزيعي و فرانشيز خدماتي و فرانشيز صناعي .

---

[1] - D. BASHET.La franchise,Guide Juridique,Conseils Pratique, Galino Edition, Paris 2005, p 23.

[2] - هذا القرار خاص بالمصطلحات الاقتصادية و المالية ،و الذي لم يكن موضوعه تنظيم عقد الترخيص التجاري و إنما كان يهدف إلى فرنسة بعض المصطلحات الأجنبية حيث ترجم عبارة franchisage إلى Franchising .

أولا: الفرانشيز التوزيعي : كما ذكرت اللائحة الأوربية ل 30 نوفمبر 1988، الترخيص التجاري التوزيعي يتعلق ببيع منتوجات، و في قرار Pronuptia لـ 28 جانفي 1986، محكمة العدل للمجموعة الأوربية عرفت الفرانشيز التوزيعي بأنه:" العقد الذي بموجبه يقتصر المتلقي على بيع المنتجات في محل يحمل شعار المانح..."[1].

فهذا النظام يهدف لتوزيع المنتوجات، سواء تلك المصنوعة من طرف المانح ، أو تلك المصنوعة من طرف الغير والتي لا يقوم المانح إلا باختيارها .

ثانيا-الفرانشيز الخدماتي:

في هذه الصورة من الفرانشيز يضع المانح تحت تصرف المتلقين نظام منقول بالكامل من اجل عرض خدمته للزبائن، يرتكز على شعارات لجذب الزبائن، وهذا النظام تم تجريبه في مؤسسات نموذجية، ويتضمن معرفة فنية خاصة ومزودة بمساعدة تقنية متواصلة[2].

ويعد الفرانشيز الخدماتي، النموذج الشائع للفرانشيز، إذ يمثل في سنة 2005 حوالي 40% من شبكات، أي حوالي 16000 متلقي[3]ويغطي مجالات من النشاطات جد متعددة.

ثالثا-الفرانشيز الصناعي:

عرفت محكمة العدل الأوروبية وفي قرارها pronuptia لـ 28 جانفي 1986 الفرانشيز الصناعي أو الإنتاجي بأنه "العملية التي بموجبها يصنع المتلقي بنفسه حسب توجيهات المانح المنتوجات التي يبيعها تحت علامته". فالفرانشيز الصناعي أو الحرفي، يتم بين صناعيين (أو حرفيين) فبموجبه يمنح الأول للثاني حق و إمكانية صناعة أو تتجير المنتوجات موضوع الاتفاق أي يقدم له معرفته الفنية و/أو يمنح له ترخيص ببراءته أو علامته، ويمنحه مساعدة تقنية، وكل هذا يكون مضمونا عند الاقتضاء بالصيانة، وحتى تقديم اداءات متعلقة بالهندسة[4]،وقد يتجسد في شكل " مصنع في اليد" أو "منتوج في اليد" ، ولكن الصورة الأولى هي الغالبة[5].

المطلب الثاني: العناصر الأساسية لعقد الفرانشيز و خصائصه:

نتطرق في الفرع الأول للعناصر الأساسية لعقد الفرانشيز و في الفرع الثاني لخصائصه.

الفرع الأول : العناصر الأساسية لعقد الفرانشيز:

يقوم عقد الفرانشيز على ثلاث عناصر أساسية وهي، وضع تحت تصرف المتلقي العلامة التجارية والإشارات الجاذبة للزبائن، تقديم المعرفة الفنية، وتوريد المساعدة الفنية.

أولا: العلامة والإشارات الجاذبة للزبائن:

يعتبر هذا العنصر من أهم العناصر المميزة لعقد الفرانشيز باعتباره يهدف أساسا إلى تكرار نجاح نموذج المانح، وتعد العلامة الصورة أو الشكل أو المظهر الخارجي المعبر عن هذا النجاح، حيث يلزم المانح بتمكين المتلقي من استغلال اسمه

---

[1] -D.Baschet,Op.Cit,p.36,N°=52.

[2] -Ph. Le Touneau, variétés du franchisage, Indépendance et domination dans le franchisage, droit de la concurrence et franchisaag,juriss- class , fasc.1045.N°=42

[3] -Hubert BENSOUSSAN, le droit de la franchise, Édition apogées, 1999 ,p2.

[4] -ibid, n°=90

[5] -ibid.

التجاري وعلامته وجميع العلامات التي تميز شركته و منتوجه أو التي أدت إلى نجاحه، في هذا القطاع التجاري والاقتصادي الذي يمارس فيه مهنته، وقد اهتم الفقه والقضاء الأوربي بهذا العنصر، ويعتبر من أهم العناصر التي يجب النص عليها في عقد الفرانشيز ، فلا يمكن بأي حال من الأحوال قبول تكييف عقد بأنه عقد فرانشيز في حالة ما إذا لم يمنح المتلقي الحق في استغلال حقوق الملكية الصناعية الخاصة بالمانح، حيث أن هذه الحقوق هي التي تجعله منتسبا إلى شبكة التوزيع".[1]

ثانيا : نقل المعرفة الفنية

يقصد بالمعرفة الفنية أو ما يطلق عليه ب Know-how كما عرفها الأستاذ J.M. Mousseron،[2] "مجموعة المعارف التقنية القابلة للانتقال وغير المتاحة للجميع وغير المشمولة ببراءة الاختراع". وتعد المعرفة الفنية عنصرا أساسيا في عقد الفرانشيز ، فبواسطتها يتم تمييز هذا العقد عن غيره من العقود المشابهة مثل:[3]الامتياز التجاري، والترخيص بالعلامات، ولهذا السبب نجد أن لائحة الإعفاء le Reglement d'exemption، ومدونة السلوك الأوربية Code de déontologie ، خصصا جزءا كبيرا للمعرفة الفنية، لأنه بدون هذا العنصر يصبح عقد الفرانشيز فارغا من محتواه وبالتالي لا يستفيد من تكييف عقد فرانشيز.[4]

ثالثا : المساعدة التقنية

يعرف بعض الفقه[5] المساعدة الفنية بأنها:" تشتمل على تلقين وتدريب المرخص لمستخدمي المتلقي على كيفية استغلال المعرفة الفنية المنقولة".فإذا كانت المعرفة الفنية كما رأينا جوهر نظام الفرانشيز والعنصر الرئيسي في محل العقد، فإن عملية نقل هذه المعرفة واستيعابها بشكل كامل وصحيح تتطلب قيام المرخص بتقديم المساعدة الفنية اللازمة للمتلقي للتأكيد من تمام استيعاب لهذه المعرفة المنقولة، وهو التزام جوهري على المانح لا يقل أهمية عن التزامه بنقل المعرفة الفنية، وهو ما يميز عقد الفرانشيز عن غيره من العقود الأخرى التي سيتم نقل المعارف من خلالها.[6]

الفرع الثاني : خصائص عقد الفرانشيز.

يمتاز عقد الفرانشيز بالاستقلال القانوني بين أطرافه ، هذا الاستقلال، لا يمكن أن يخفي تبعية اقتصادية مفروضة على المانح من طرف المتلقي ، ولكن هذه التبعية لم تمنع من قيام تعاون بين الطرفين ، حيث ينجلي لنا بوضوح طابع الاعتبار الشخصي لهذا العقد ، وكذا طابع الإذعان.

أولا : استقلالية الأطراف في عقد الفرانشيز:

إن من الأهداف والمزايا التي يصبوا إليها الأطراف في عقد الفرانشيز ويتمتعون بها، والتي تعد رهان هذا العقد هي الحفاظ على الاستقلال القانوني لهم، ذلك أن هذا العقد لا يهدف إلى دمج المتلقي كليا في مؤسسة المانح، حيث أنه لا يدخل تحت

---

1 - CA. Colmar. 10 juin 1982. b. 1982. Jor, P 553, Note,j. brust.
2 - J. M. Mousseron, aspect juridique de Know-how. Cahier du droit de l'entreprise. I. 1972. P2.
3 - Cass. Com.04 juin 2002. D2003. P 2432. Note Ferrier.
4 - D. Legeais, Franchise, juris-class. Com.fas 316. A jou 1er decmber.2006. N° 35.
5 - J.J. Brust, L'assistance technique dans les contra de transfert de technologie, contrat de communication de savoir faire est contrat de licence de brevet d'invention, Rec, DALLOZ 1974. N°1. P1.
6 - ياسر سيد الحديدي، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، منشأة المعارف الإسكندرية، ص 2007، ص 168.

نفوذه بل يبقى تاجرا مستقلا أو شركة متميزة عن مؤسسة المانح.لأن انعدام هذه الخاصية قد يؤدي إلى عدم تكييف العقد بأنه عقد الفرانشيز وإعطائه التكييف المناسب.[1]

ولهذا تنص مختلف القوانين المتعلقة الفرانشيز في العالم على ضرورة إظهار استقلالية المتلقي بشكل واضح باعتباره تاجرا مستقلا، وإعلام الجمهور بذلك.[2]

ثانيا : عقد الفرانشيزعقد تبعية

إلزامية استقلال المانح الذي يعد حقيقة مكرسة ومراقبة من طرف القضاء مع كل النتائج المترتبة عنها، يجب ألا يخفي أن هذا العقد يتضمن في الوقت نفسه هيمنة فعلية" للمانح على المتلقي[3] ولهذا يعد عقد الفرانشيز النموذج الشائع لعقود التبعية les Contras de Dependance[4] وهو ما عبر عنه الأستاذ Ph.Letournaux بقوله " الاستقلال القانوني لا يستبعد التبعية الاقتصادية فلا بد من تحقيق توازن دقيق بين هذين العنصرين،[5] ، حيث أن شبكة المتلقين تشكل نوعا من الاندماج الجزئي لمؤسسة المتلقي في مؤسسة المانح.[6] وهكذا فنظام الفرانشيز يكشف عن وجه تقنية قانونية مرنة للتمركز -بالمفهوم الضيق- للمؤسسات ولكنها توجد خارج قانون الشركات.[7]

ثالثا : عقد الفرانشيزيقوم على التعاون بين أطرافه

يعد عقد الفرانشيز من عقود المصلحة المشتركةContrat d'intérêt commun، وهذا يفرض تعاونا بين الأطراف من أجل تحقيق عمل مشترك، مع اهتمام كل واحد بمصالحه الخاصة مع بقائهم متحدين بصفة ضيقة،[8] وكما عبر عنه أحد الفقهاء" المصلحة المشتركة هي لقاء سعيد بين أنانيين".[9]

إلا أن مفهوم المصلحة المشتركة لا يعد كافيا، فالأمر يقتضي نقل عقود الفرانشيز غير العادلة والتابعة إلى عقود أكثر أخوية وأكثر عادلة، وهو ما يقودنا إلى واجب التعاون أي الشراكة،[10] فبهذه الخاصية يتفوق بدون شك عقد الفرانشيز على عقود المصلحة المشتركة الأخرى بافتراض التعاون بين أطرافه،[11]

رابعا : عقد الفرانشيزمن عقود الاعتبار الشخصي:

إن عقد الفرانشيز بتضمنه لعلامة وشعار وتقديم معرفة فنية ومساعدة تقنية فإنه يكون موسوم بالاعتبار الشخصي، فبالنسبة للمانح ليس نوع النشاط هو هدفه الوحيد، بل يكون حذرا تجاه صورة العلامة وشهرة الشعار ونوعية المعرفة

---

[1] - ph. Le Tourneau . Concession, éléments communs, rapport individuel, Juris- cls. Contrat distribution, Fasc. 1010 ed 1996. P 51.
[2] - D.Legeais , "Franchisage " juris-class commercial. Fasc 333.P .N° 52.
[3]- ph. Le Tourneau " Franchise " juris-class. contrats distribution. Fasc 1045 P23 .N° 126.
[4] -في تصنيف الاستاذ George virassamy: في رسالة دكتوراه بعنوان
."les contrats de dépendance" préface j ghestin L.G.D..J. paris. 1986..
[5] - Ph Le Tournau, "concession" juris-class. Fasc 1010…op.cit. P21 .N° 108.
[6] - C.Champand ,la concession commercial, R D.COM.1963. N° 5 .
[7]- عمر فارس، الإشكال الجديدة للتوزيع وتشريع الإيجارات، رسالة دكتوراه، جامعة كليرمون، فرنسا، ترجمت عام، 2008، ص 135.
[8] - Phr. Le Tournrnau, "concession" juris-class. contrats -distrubition. Fas 1015. P6 .N° 20
[9] - T. HASSLER , l'intérêt commun, RTD. Com. 1984. P 586.
[10] - Phr. Le Tournrnau, "concession" juris-class. contrats -distrubistion. Fas 1015. P6 .N° 20
[11] -Didier. Matray, introduction générale ,le contrat de franchise,séminaire organise a Liège ,le 29 september2000,Bruylant ,Bruxelles 2001,p 18.

الفنية كما أن المانح يختار المتلقين وفقا لكفاءتهم التجارية وقدراتهم في الاندماج في الشبكة،[1] وهو ما أكدته محكمة العدل الأوروبية في قضية Yves Roches، حيث ذهبت إلى أن حق المانح في اختيار متعاقد يمكنه قانونيا من استبعاد المترشحين الذين لا تتوفر فيهم الصفات الفردية لوضع المعرفة الفنية[2] على أن الاعتبار الشخصي يكون قيد للدخول إلى الشبكة، ويبرره تجنب المخاطرة.[3]

خامسا : عقد الفرانشيز عقد إذعان

بالنظر إلى معرفته الفنية ومساعدته وسلطة المراقبة الممارسة في الشبكة، فإن المانح وحده الذي يملك سلطة تحديد قواعد استغلال فكرته مما يجعل عقد الفرانشيز يحظي بشبه إجماع على أنه عقد إذعان، ما دام هذا العقد لا يكون الا تعبيرا عن إرادة واحدة هي إرادة المانح، حيث نلاحظ انعدام تساوي القوى، فالحرية التفاوضية لا تمارس إلا نادرا أو على الأقل يتم تحديدها، ومنه فإن العقد لا يعبر إلا إرادة واحدة، هي إرادة محرره ،الذي يحوز في هذا الإطار سلطة تنظيمية، وبهذه السلطة، يعتقد المانح بأن له الحق في فرض المقاييس Les Normes على كل المنخرطين في الشبكة،[4]

المبحث الثاني: المضمون الاتفاقي لعقد الفرانشيز

باعتبار عقد الفرانشيز عقدا ملزما للجانبين ، فإنه يولد التزامات بمناسبة تنفيذه (المطلب الأول) و أخرى بمناسبة انتهائه (المطلب الثاني).

المطلب الأول : التزامات أطراف عقد الفرانشيز عند تنفيذه :

نتناول التزامات المانح عند تنفيذ العقد في الفرع الأول ثم التزامات المتلقي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التزامات المانح:

يمكن تصنيف مختلف الالتزامات التي تقع على كاهل المانح إلى طائفتين: الأولى، تجمع الالتزامات الجوهرية لعقد الفرانشيز ،والتي يؤدي غيابها إلى إعادة تكييف العقد أو بطلانه ، أما الطائفة الثانية فتضم تلك الالتزامات التي لا يعد وجودها ضروريا لتكييف العقد بأنه عقد الفرانشيز ، لكنها توجد عادة في هذا النموذج من العقود وتعد ضرورية من الناحية العملية .

أولا : التزامات المانح الجوهرية في عقد الفرانشيز:

يمكن تقسيم التزامات المانح الجوهرية في عقد الفرانشيز إلى التزامات متعلقة بنقل الطريقة التجارية والتزامات متعلقة بصورة الشبكة .

أ- الالتزامات المتعلقة بنقل الطريقة التجارية

وتتجسد الالتزامات المتعلقة بنقل الطريقة التجارية في الالتزام بنقل المعرفة الفنية والالتزام بالمساعدة.

---

1 - Didier .Matry. Op. cit, P 23.

2 -Ph. Le Tourneau, " la concession commercial exclusive" . economic- proche.1994. P30.

3 - محمد محسن إبراهيم ، عقد الامتياز التجاري، دراسة في نقل المعارف الفنية،دار الجامعة الجديدة للنشر،2001.ص 141.

4 -Z. Merabet. Les comportements Opportunistes du Franchiseur : etude du droit civil et du droit international uniforme (2007) 41. R.J.T. 429. P 439.

1-الالتزام بنقل المعرفة الفنية :ويتم نقل المعرفة الفنية بعدة طرق، فقد تتم شفاهة، وبالكتابة أو عن طريق تسليم دليل شامل ويسمى" Bible " أو الكتاب المرجع أو بواسطة بطاقات او تنظيم حلقات[1]. وقد يتم نقل المعرفة الفنية عن طريق التكوين.

2-الالتزام بالمساعدة المستمرة :هذا الالتزام يفرض على المانح أن يورد مساعدة مستمرة على المستوى التقني والتجاري وكذلك المالي، بالنظر إلى التقدير الذاتي يلزم المانح بتقديم كل المعلومات الملائمة وكل النصائح المطلوبة من الملتقي والتي يمكنه أن يستعملها، كما يلزم بالاستمرار في هذه المساعدة من لحظة انطلاق الفرانشيز وخلال مدة تنفيذ العقد[2].

ب /الالتزامات المتعلقة بصورة الشبكة :

و تتمثل في التزامات متعلقة بحماية شهرة الشبكة،و أخرى متعلقة بحماية العلامة والشعار.

1-الالتزامات المتعلقة بشهرة الشبكة :لا يلتزم المانح بالحفاظ على شهرة الشبكة فقط وذلك عن طريق الرقابة، بل يجب عليه أن يسعى إلى تطويرها عن طريق الإشهار.

-الالتزام بالحفاظ على شهرة الشبكة أو الالتزام بالرقابة: وتتم ممارسة هذه الرقابة عند الزيارات التي يقوم بها المانح أو ممثلوه لمؤسسة الملتقي والتي تدخل في إطار تقديم المساعدة لهذا الأخير، كما يستغل المانح الفرصة لمراقبة مطابقة النشاط الملتقي مع المعرفة الفنية الممنوحة[3] .

- **الالتزام بتطوير شهرة الشبكة أو الالتزام بالإشهار** : يجب على المانح أن يقوم وعند الإمكان بشكل متكرر بحملات إشهارية و ترقوية لصالح مجموع الشبكة.

2-الالتزامات المتعلقة بالعلامة و الشعار:

باعتبارها من العناصر الأساسية الميزة لعقد الفرانشيز ، فإن المانح لا يلتزم فقط بتمكين الملتقي من حقوق على العلامة و الشعار طيلة مدة العقد ،بل يجب عليه كذلك أن يحافظ على العلامة والشعار من استعمال الغير لهما .

– **الالتزام بمنح الملتقي حقوق على الشعار و العلامة طيلة مدة العقد:** يفرض عقد الفرانشيز على المانح أن يمنح الملتقي حقوقا على الشعار أو على العلامة،لأجل ذلك فإنه يجب عليه أن يقوم بكل المساعي التي تسمح للمانح بالحصول من جانبه على حق استعمال العلامة،و في حالة الإخلال بهذا الالتزام يتحمل المرخص المسؤولية العقدية[4].

كما يجب على المانح أن يحافظ على الحقوق وعلى الإشارات الجاذبة للزبائن موضوع العقد طيلة مدة العقد، و لهذا فإنه يجب عليه أن يجدد تسجيل العلامة في الآجال القانونية (م 712- 1 قانون الملكية الفكرية الفرنسي).

- **الالتزام بحماية العلامة و الشعار تجاه الغير**:بحيث يفرض على المانح التصرف ضد الغير الذين يريدون اغتصاب استعمال العلامة أو الشعار إلا تحمل المسؤولية التعاقدية في مواجهة المتلقين [1].

---

[1]- Generosa BRAS MIRANDA“ le contenu obligationnel du contrat de franchise internationale en droit Quebecois . Revue juridique themis ,Faculté de droit. Université de Mantereal 1982- 32 – 817 – .p892.

[2]- Rapport explicatif, sur loi type sur lu divulgation des information en matiere de franchise, unidroit Rome, Septembre 2002,N°° 10 .p.72-74.

[3] - François-Luc SIMON, théorie et pratique du droit de la franchise JOLY édition, Paris. 2009.p176. n°248.

[4] -F.L. Simon , Theorie… Op. Cit. N= 254. p 180.

ثانيا : الالتزامات الأخرى التي تفرض عادة على عاتق المانح:

الالتزام بالتموين الحصري و الالتزام بالحصرية الإقليمية .

أ/- الالتزام بالتموين الحصري:

إذا كانت بنود التموين ليست جوهرية في عقد الفرانشيز[2]، إلا أنها مألوفة كثيرا و تعد نظامية في إطار عقد الفرانشيز التوزيعي، فعادة ما يلزم المانح بتزويد المتلقي، بالمنتوجات الموجهة للبيع أو المعدات الضرورية لهذا النشاط[3]، و يكتسي هذا البند أهمية كبيرة لكل المتدخلين في هذه العملية[4].

ب-الالتزام بالحصرية الإقليمية :

مؤدي الحصرية الإقليمية في عقد الفرانشيز هي أمران: **أولاهما** اختصاص المتلقي باحتكار استغلال نشاط المانح في حيز مكاني معين، والذي قد يكون شارعا أو حيا أو مدينة أو جزء من إقليم ، أو الإقليم بأكمله أو دولة ما أو مجموعة دول و **ثانيهما:** التزام المانح بعدم منافسة المتلقين أعضاء الشبكة داخل النطاق الإقليمي لهم، بامتناعه عن كل عملية بيع أو أداء خدمة سواء بتنفيذ أو بمنح امتياز آخر للغير لمحل العقد ذاته أي لا يستغل الفكرة الممنوحة بنفسه أو لحسابه.[5]

الفرع الثاني : التزامات المتلقي عند تنفيذ العقد

و تقسم كذلك إلى التزامات متعلقة بجوهر عقد الفرانشيز أي التزامات مكيفة و أخرى غير جوهرية .

أولا : الالتزامات المتعلقة بجوهر عقد الفرانشيز:

و تنحصر الالتزامات الجوهرية لعقد الفرانشيز في الالتزامات المالية والالتزامات المتعلقة باستنساخ نجاح المانح.

أ/ الالتزامات المالية:

1-دفع حق الدخول: و لأن الالتزام بدفع حق الدخول مقابل لنقل المعرفة الفنية، المساعدة الأولية وامتياز حقوق العلامة، فإنه يعد التزاما أساسيا لعقد الفرانشيز ، حيث يشكل أحد المعايير التي تميز أساسا هذا العقد ، عن الامتياز التجاريconcession وهكذا فإن وجود اشتراط يتعلق بحق الدخول يمكن أن يشكل إشارة مؤشرة على تكييف عقد الفرانشيز و أن انعدام دفع حق الدخول يمكن أن يستبعد هذا التكييف[6].

2-دفع الأقساط الدورية:إلى جانب حق الدخول يلتزم الملتقي بدفع أقساط دورية و يتم حسابها بعدة طرق وتكون مستحقة الدفع في وقت معين و يخضع المتلقي في ذلك لمراقبة ممارسة من المانح.

ب- الالتزامات المتعلقة بإعادة النجاح: من اجل ضمان نجاح تكرار فكرة المانح فانه تترتب على المتلقي في سبيل ذلك التزامات متعلقة بالمعرفة الفنية و التزامات متعلقة بالعلامة و الشعار.

---

[1] - CA paris. 1 fevr. 2006. juriss- data n= 309721.
[2] -D. Bashet. Op. Cit. N= 772. p 344.
[3] -D. Ferrier. « Franchise » R.D.com… Op. Cit. N= 60. p 10.
[4] -D. Baschet. Op. Cit. N= 741. p 328 ;
[5] -سبيل جلول، عقد الفرانشيز، موجبات الفر قاء، مطبعة صادر،2001.،ص62.، ياسر سيد الحديدي، المرجع السابق، ص250
[6] -CA. Colmar. 31 jain. 2006. juris- Dato n= 304798.

1- الالتزامات المترتبة تجاه المعرفة الفنية: بما أنه ملزم بالحفاظ على المعرفة الفنية فإن المتلقي يلزم بتطبيق كل التغيرات والتحديثات، و كل جديد يطرأ على المعرفة الفنية المقدمة من المانح،وفي كل ذلك هو ملزم بالكتمان وعدم إفشاء المعرفة الفنية.

2- الالتزامات المتعلقة بالعلامة أو الشعار: باعتبار هذه الالتزامات أحد العناصر الأساسية لعقد الفرانشيز وبحكم خاصية التعاون التي تجمع أطراف العقد،فإن المتلقي ملزم بحماية العلامة أو الشعار،وهذه الحماية تكون عن طريق استعمال هذه العلامة أو الشعار والقيام بالإشهار والدفاع عنها.

ثانيا : الالتزامات الأخرى التي تلقى عادة على كاهل المتلقي.

أ- التزامات الحصرية

يعد التزام المتلقي بالحصرية، نتيجة طبيعية لفرض هذا الالتزام أيضا على المانح، حيث أن التزام هذا الأخير بحصرية التموين يقابلها أيضا التزام الأول بها كذلك أو بند قصر الشراء، و التزام المانح بالحصرية الإقليمية يقابله التزام المتلقي بعدم المنافسة .

ب- الالتزامات المتعلقة بالبيع:

يمكن في إطار تناول الالتزامات المفروضة على المتلقي المتعلقة بالبيع،التمييز بين تلك البيوع الكلاسيكية أي تلك التي تتم في الواقع الحقيقي، والتي تعد مسالة أسعار إعادة البيع من أهم المشاكل التي تطرح في هذا المجال ، وبين تلك التي تتم في المجال الافتراضي أي على شبكة الانترنيت و مدى جواز قيام المتلقي بالبيع على هذه الأخيرة ، إضافة إلى أن هناك التزاما آخر يمكن أن يدرج في العقد و يقع على كاهل المتلقي ، ألا و هو التزامه بتحقيق نتائج معينة يتم تحديدها مسبقا ، و هو ما يعرف ببند الهدف.

المطلب الثاني : الالتزامات الناتجة عن انتهاء عقد الفرانشيز

إن انتهاء عقد الفرانشيز في الواقع لا يؤدي إلى انتهاء كل شيء بين طرفي العقد بل يؤدي إلى ميلاد التزامات بعد انتهاء العقد ،على كاهل الطرفين،بعضها تم النص عليها في العقد المنتهي، وبعضها ينتج مباشرة عن انتهاء العقد وتفرضه طبيعة هذا الأخير ويختلف موضوع هذه الالتزامات بحسب الطرف الملزم بها ،فبعضها يفرض على المانح وبعضها على المتلقي.

الفرع الأول : التزامات المتلقي

يتم عادة النص في عقد الفرانشيز على مجموعة الالتزامات وهي التزامات تهدف إلى حماية الشبكة بعد انقضاء العقد ، كما أن هناك التزامات ، تنشأ كنتيجة طبيعية لانقضاء عقد الفرانشيز وهي تصفية العلاقة العقدية و رد كل العناصر المادية والمعنوية المخصصة لاستغلال الفرانشيز .

أولا : التزامات الحفاظ على الشبكة :

وهي بند عدم المنافسة وبند عدم إعادة الانضمام و بند الكتمان .

أ – بند عدم المنافسة بعد انتهاء العقد : عن طريق بند عدم المنافسة يمتنع المتلقي عن ممارسة نشاط مماثل لذلك الذي كان يمارسه في الشبكة التي غادرها في وقت و مكان محددين، كما يعد هذا البند حاجزا يحول دون مواصلة المتلقي السابق استغلال المعرفة الفنية[1] ، و استقر القضاء على و جوب توافر ثلاث شروط مجتمعة[1]، فيجب أن يكون بند عدم

[1] - F.L.Simon, théorie …, Op.Cit,, n°552, p357.

المنافسة محددا في الزمان و المكان و محددا من حيث نوع النشاط الممارس كما يجب أن يكون تقيد المنافسة متناسبا Proportionnéمع المصالح المشروعة للدائن بالالتزام في مواجهة موضوع العقد[2].

ب- بند عدم إعادة الانضمام :يقصد ببند عدم إعادة الانضمام، ذلك البند الذي يلتزم بمقتضاه المتلقي بعد انتهاء العقد مهما كان سبب الانتهاء ، بعدم الانضمام أو الانخراط أو المشاركة بصفة مباشرة أو غير مباشر في شبكة محلية، وطنية،أو دولية منافسة لشبكة المانح السابق مهما كان شكلها(تعاونية،شبكة إدارية) ولا حتى ينشئها بنفسه[3].

ج- بند الكتمان بعد العقد:يلتزم المتلقي عند انقضاء العقد بالالتزام بكتمان المعرفة الفنية التي اطلع عليها بمناسبة انتمائه إلى الشبكة، ويستمر تطبيق هذا الالتزام لسنوات عديدة بعد ذلك.

ثانيا : الالتزام برد الأموال المادية و غير المادية :

بعد انتهاء عقد الفرانشيز مهما كان سبب ذلك يجب على المتلقي أن يرد كل العناصر المنقولة المادية منها والمعنوية ومنها المعرفة الفنية ومجموع الإشارات المميزة[4]،ويجب أن يتم الاسترداد ومباشرة بعد انتهاء العقد.

الفرع الثاني : التزامات المانح

إن انتهاء عقد الفرانشيز ، يرتب أثرين قانونيين يثيران الكثير من الجدل وهما:مدى إلزام المانح باسترداد المخزون من البضاعة التي لم يستطع المتلقي تصريفها خلال فترة التعاقد و أحقية المتلقي في الحصول على تعويض عند نهاية العقد.

أولا : استرداد المخزون

إذا كان القضاء الفرنسي أرسى مبدأ عدم وجود التزام باسترداد المخزون بقوة القانون فإن الأطراف عادة ما يحتاطون بالنص على إلزامية الرد أو استبعادها في العقد.

ثانيا : أحقية المتلقي في الحصول على التعويض عن الزبائن :

يعتبر التعويض من المسائل التي تفرض بصورة كبيرة عند انتهاء عقود التوزيع بصفة عامة، وعقد الفرانشيز بصفة خاصة، حيث يرغب المتلقين في الحصول على تعويض مستندين إلى الطبيعة الخاصة لهذا العقد والتكاليف الباهظة التي عادة ما تصاحب ممارسة نشاط الفرانشيز، والتي يترتب عليها إحداث تأثيرات بالغة على مؤسسة المتلقي بعد إنهاء العلاقات التعاقدية مع المانح،ولكن من المستقر في القانون الوضعي في فرنسا، عدم أحقية المرخص له في الحصول على تعويض عن الزبائن عند نهاية عقد الترخيص التجاري.

المبحث الثالث: تدخل المشرع الفرنسي لتنظيم الفرانشيز بموجب قانون ماكرون

كان قانون 06 أوت 2015 من اجل التنمية ، النشاط و تساوي الحظوظ الاقتصادية المسمى " قانون ماكرون"، يهدف إلى بالدرجة الأولى لتنظيم عقود شبكات التوزيع التجارية ، إرادة التنظيم هذه ، سبقتها إرادة سياسية (المطلب الأول) و تجدر الإشارة إلى أن قانون ماكرون لم يهدف إلى تنظيم نظام الفرانشيز فقط بل كان يستهدف كل شبكات التوزيع ، و نحن

---

[1] -D. Baschet , Op .Cit,n°900, p416.
[2] -F.L.Simon, théorie ,Op.Cit,n°724, p460 .
[3] -D. Baschet ,Op. Cit, N° 907 ,P421 .
[4] - Yasser AL SURAIHY, le fin du contrat de franchise, Thèse pour le doctorat en droit, présentée et soutenue publiquement, le 9 septembre 2008, Université de Poitiers.Faculté de droit et des sciences sociales.,P 353 ;

سنقتصر على تناول تلك المتعلقة بعقد الفرانشيز ، (المطلب الثاني) ، مع اخذ في عين الاعتبار ، أن قانون ماكرون جاء في سياق ، إخضاع عقود التوزيع لقانون المنافسة (المطلب الثالث).

المطلب الأول : وجود إرادة سياسية لتنظيم عقود الفرانشيز من طرف المشرع

المشرع تدخل من جهة من اجل حظر ممارسة عقود ذات مدد مختلفة بمنع الموزع من الخروج من الشبكة (الفرع الأول) و من جهة أخرى تنظيم بشكل دقيق لبنود عدم المنافسة ما بعد العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول : منع ممارسة تباين مدد العقود داخل الشبكة :

وضع قانون ماكرون حدا لإبرام عقود متباينة المدد من اجل منع الموزعين من الخروج من شبكة التوزيع[1]، هذا الإجراء تم الإشارة إليه من طرف هيئة المنافسة (Adlc) في رأيها بتاريخ 20 ديسمبر 2010[2] و التي دعت المتعاملين لتوحيد مدد مجموع العقود المشكلة لعلاقة تجارية ، و بعد ذلك مباشرة ، استجاب المهنيون لهذا الطلب و قاموا بتعديل مدونتهم للسلوك و أضيفت المادة 17 لمدونة السلوك الأوربية حول الفرانشيز التي حظرت هذه الممارسة. و بالرغم من هذا فإن المشرع قرر التدخل و نصت المادة 31 من قانون ماكرون على إن العقود التي تجمع بين رأس شبكة و الموزع " يجب أن تنص على انقضاء مشترك". كما أضافت أن " فسخ احد هذه العقود يؤدي إلى فسخ مجموع العقود المشكلة للشبكة "، أي أن العقود التي لها نفس الهدف يجب أن تنتهي في نفس الوقت .[3] و المشرع يهدف من هذا الإلزام بتوحيد آجال العقود من منع الشريك من الخروج من الشبكة في أي وقت يريد [4].

الفرع الثاني : وضع شروط صحة لبنود عدم المنافسة بعد العقد جد صارمة :

استجابة لسلطة المنافسة التي كانت قد طلبت في رأيها ل 20 ديسمبر 2010 " الحد من بنود عدم إعادة الانضمام و بنود عدم المنافسة بعد العقد في عقود الانضمام " ، تدخل المشرع الفرنسي بموجب قانون ماكرون و أضاف المادة 341-2 من قانون التجارة و التي أعادت صياغة شروط صحة هذه البنود المنصوص عليها في المادة 05 من لائحة الإعفاء الأوربية رقم 330-2010 للجنة الأوربية بتاريخ 20 افريل 2010 المتعلقة بتطبيق المادة 101 الفقرة 03 من معاهدة سير الاتحاد الأوربية لطوائف الاتفاقات الأفقية و الممارسات المدبرة .

و عليه و استثناءا ، يمكن إجازة البنود ما بعد العقدية التي تتضمن الشروط التالية :[5]

-يجب أن يتعلق البند بسلع و خدمات محل المنافسة و التي تدخل في موضوع العقد.

-يجب أن يكون البند محددة في الأماكن و المحلات التي يمارس فيها المستغل نشاطه.

- يجب أن يكون البند ضروري لحماية معرفة فنية savoir-faire جوهرية خاصة و سرية تنقل في إطار نفس العقد.

---

[1] Christophe Grison,la loi Macron du 06 aout 2015 :Le point de vue de la franchise , Revue des droits de la concurrence, n 1-2016 pp20-26,p 20.

[2] Aut,conc,avis n 10-A-26,du 7 décember 2010 , relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'aquisation de foncier commercial dans le secteure de la distribution alimentaire

[3] Leyla Djavadi ,Jean-Louis Fourgoux, « L éncadrement des réseaux de distribution : Les questions soulevées par l article L 341-1 de la loi Macron », Revue des droits de la concurrence, n 1-2016, p 17

[4] Simon Associés,La lettre des resaux n spécial, volet relatif aux relations contractuelles entre les resaux de distribution et les commerces de detail, p1.

[5] Simon Associés, Op.Cit , p 10, 16

- يجب ألا يتجاوز البند مهلة سنة بعد انقضاء أو فسخ العقد.

إعادة شروط اللائحة الأوربية من طرف قانون ماكرون ، يظهر بعض الحيرة ، فالشروط المحددة من طرف اللائحة تعتبر توافرها مجرد قرينة على صحة بند عدم المنافسة ، أي انه في حالة عدم توافر بند على هذه الشروط لا يؤدي إلى بطلان بقوة القانون ، فيمكن للمتلقي أن يثبت بان الشروط المنصوص عليها في اللائحة متوافرة[1]، لذلك كان الفقه يأمل بان المشرع يضع شروطا أكثر مرونة من تلك المنصوص عليها في القانون الأوربي ، لان الأغلبية الكبيرة من المانحين و المتلقين لم يبلغوا النسبة المحددة في اللائحة الأوربية ، و هو ما يقلل من احتمالات المساس بالمنافسة[2] .

كما نلاحظ أن الشروط المحددة من طرف المشرع ، أكثر تقييدا من تلك التي وضعها القضاء ، و هو ما يضعهما في حالة مواجهة ، لأنه سبق للقضاء إن وضع شروطا لصحة بنود عدم المنافسة ما بعد العقد و هي وجوب أن تكون محددة في الزمان و المكان و أن تكون متناسبة و مبررة بالمصالح المحمية . و قيام المشرع بوضع شروط لصحة هذه البنود ، سيؤدي بلا شك إلى تقييد السلطة التقديرية للقضاة .[3]

المطلب الثاني : مقاربة تشريعية تجاهلت التنوع قطاعي و خصوصيات الفرانشيز

من اجل تنظيم عقود التوزيع ، المشرع اعتمد المقاربة التالية ، من جهة التركيز على بعض ممارسات بعض المتعاملين في قطاع التوزيع الكبير الغذائي ، من اجل وضع قواعد قابلة للتطبيق على كل قطاع تجارة التجزئة (الفرع الأول) و من جهة أخرى تجاهل خصوصية نظام الفرانشيز التي ينفرد بها عن بقية أنظمة التوزيع (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : من قطاع التوزيع الكبير الغذائي إلى بقية قطاعات تجارة التجزئة :

بالرغم من أن رأي هيئة المنافسة كان يهدف أساسا إلى فضح بعض الممارسات الصادرة عن بعض المتعاملين في قطاع التوزيع الكبير الغذائي ، فإن قانون ماكرون عمم هذه التوصية على كل قطاعات تجارة التجزئة.[4]

تجدر الإشارة إلى أن القضاء الصادر في مجال بنود عدم المنافسة بعد العقد ، اشتهر بخصوصية فيما يتعلق بقطاع التوزيع الكبير الغذائي ، بالمقارنة مع بقية القطاعات ، بحيث أن هذه البنود كانت محل تحليل جد صارم من طرف قضاة الموضوع ، الذين كانوا يأخذون في الحسبان خصوصية هذا القطاع و أبطلوا بشكل يكاد يكون نظامي كل البنود[5] . و قد تم تأسيس هذا القضاء على أساس عدم وجود معرفة فنية في هذا القطاع و هو قضاء ينسجم مع موقف القانون الأوربي[6] .

الفرع الثاني : تجاهل قانون ماكرون لخصوصية الفرانشيز

إن قانون ماكرون بإبطاله للبنود عدم المنافسة بعد العقد ، يكون قد تجاهل خصوصية عقد الفرانشيز ، لان مثل هذه البنود تعد منسجمة مع هذا الأخير ، إلى درجة أنها تضمن حماية المعرفة الفنية المنقولة ، و تمنع المتلقين المنسحبين من الشبكة من استغلال المعرفة الفنية و إعادة التموقع في نفس منطقة الحصرية ، ما دام أن هذه البنود متلائمة مع الهدف المرجو .

---

[1] Christophe Grison, Op.Cit , p22
[2] Ibid, p22 .
[3] Ibid .
[4] Christophe Grison, Op.Cit , p22 .
[5] Ibid, p23
[6] Cass,com ,23 september 2014 , n 13-22624.

إذا كانت بنود عدم المنافسة ما بعد العقد غير ضرورية لبقية أنظمة التوزيع مثل تعاونية التوزيع ، فإن الأمر يختلف بالنسبة للفرانشيز ، لان هذه البنود لا تحمي فقط المصالح و الاستثمارات المحققة من طرف المانح ، بل تحمي كذلك بقية المتلقين ، من منافستهم من طرف متلقين سابقين باستعمال نفس المعرفة الفنية [1].

إن المشرع يهدف من خلال معالجة موحدة لمختلف أنظمة التوزيع للوصول إلى جعلها تنشط بشكل متجانس من اجل خلق الثروة و مناصب الشغل، متجاهلا طريقة عمل و متطلبات نظام الفرانشيز ، و هو ما عبر عنه احد البرلمانيين الذي اعتبر المتلقي مجرد " مستعمل بسيط للخدمات" في مقابل "التاجر التعاوني أو ألتشاركي " الذي يعتبر تاجرا مستقلا حقيقة و يتحمل مخاطر مؤسسته [2] ، و لا شك أن هذا يخالف ما نصت عليه مدونة السلوك الأوربية للفرانشيز في اعتبارها المتلقي تاجرا مستقلا قانونيا و ماليا ، فالمتلقين هم تجار مستقلين و ليسوا مجرد زبائن ، وهم يختارون و بكل حرية الفرانشيز من اجل تطوير مؤسساتهم ، متحملين المخاطر التي يتحملها أي صاحب مؤسسة .

و عليه فإن معرفة خصوصيات نظام الفرانشيز تبرر لنا وجود بعض البنود ، مثل بنود عدم المنافسة و عدم إعادة الانضمام التي لا تمنع المتلقي السابق من ممارسة نشاط آخر او نفس النشاط في جهة أخرى[3] .

المطلب الثالث : اتجاهات قانون ماكرون :

إن المتتبع لموقف المشرع الفرنسي من نظام الفرانشيز يلاحظ أن هناك ميل نحو إخضاع شبكات التوزيع لقانون المنافسة (الفرع الأول) و هو ما يظهر من خلال التأثير المتنامي لهيئة المنافسة (الفرع الثاني) و قانون ماكرون لم يحد عن هذا الاتجاه.

الفرع الأول : الاتجاه أكثر نحو التنظيم و التقليل من الحرية التعاقدية :

ما يميز القانون الوضعي الفرنسي اليوم هو أن قانون المنافسة أصبح متواجدا في كل المجالات ، و قد أكد قانون ماكرون الاتجاه المذكور سابقا و هو خضوع شبكات التوزيع لقانون المنافسة و الذي أدى بالضرورة إلى تراجع الحرية التعاقدية و اتجاه إرادة المشرع نحو مراقبة بشكل متزايد بنود عقود التوزيع . و هو ما جعل من قانون المنافسة مصدر خوف و لكن بصورة إيجابية من جانب أغلبية المؤسسات لأنه سمح بضمان منافسة سليمة و نزيهة .[4]

الفرع الثاني: التأثير المتنامي لسلطة المنافسة:

يتمثل الاتجاه الثاني و الذي كشف عنه قانون ماكرون ، في التأثير الذي تمارسه سلطة المنافسة و الذي أصبحت تزداد أهميته يوم بعد يوم ، عن طريق آرائها التي مافتئت تعبئ السلطة التشريعية و تلفت انتباهها لبعض الإشكاليات ، و التي يستعملها المشرع كأدلة عمياء في مجال المنافسة و النابعة من ثقته في سلطة المنافسة.[5]

خاتمة:

من خلال ما سبق نخلص إلى ان عقد الفرانشيز هو عقد حديث من عقود التوزيع المتكامل، يرتكز على استنساخ نجاح المانح من طرف المتلقي، بحيث يقوم هذا الأخير على تأسيس مؤسسته على ذات النسق و النظام المالي و الإداري و التجاري لمؤسسة المرخص

---

[1] Christophe Grison, Op.Cit , p24
[2] Ibid, p24 .
[3] Christophe Grison, Op.Cit ,p 24.
[4] Ibid,p 25
[5] Ibid,

المتتبع لتطور عقد الفرانشيز في التطبيق الفرنسي يلاحظ أن هذا العقد و كغيره من اغلب عقود الأعمال ، نمى و ازدهر و تطور في ظل حرية عقدية منقطعة النظير ، كما أن كل المحاولات لتنظيم هذا العقد قبل قانون ماكرون باءت بالفشل ، ما عدا قانون دوبان الذي نجح في التدخل لتنظيم المرحلة السابقة على التعاقد و خاصة الالتزام بالإعلام و قد كان الفضل لهذا القانون في إعادة بعث هذا العقد بعد أن كادت أزمة بداية التسعينات أن تعصف به .

إن قانون ماكرون و بالرغم من انه لم يهدف إلى تنظيم العقد ككل و إنما اقتصر في ذلك على مسالتين فقط و هما : أولا منع ممارسة تباين مدد العقود داخل الشبكة الواحدة و فرضه لمبدأ الانقضاء المشترك ، و ثانيا فرض شروط جد صارمة لصحة بنود عدم المنافسة بعد انتهاء العقد .

لاشك أن تدخل قانون ماكرون لم يأت من العدم ، بل جاء في إطار تيار جديد هو تيار الحد من الحرية العقدية و تدخل المشرع لتنظيم العقود و خاصة عقود الأعمال ، و تجلى ذلك من خلال المحاولات الكثيرة التي سبقت قانون ماكرون لتنظيم عقد الفرانشيز و في هذا الإطار يظهر قانون المنافسة كنموذج في هذا المجال . و قد تبنت هذا الاتجاه سلطة المنافسة التي ما فتئت عن طريق أرائها التي تصدرها في الدعوة إلى تنظيم بعض المسائل في هذا العقد مستغلة الثقة العمياء للمشرع .

إن تدخل المشرع الفرنسي عن طريق قانون ماكرون لتنظيم عقد الفرانشيز ، بالرغم أنها لها ما يبررها و هو الرغبة في تنظيم هذا القطاع من اجل خلق الثروة و مناصب الشغل ، إلا أنها لم تستقبل بعين الرضا من طرف الفقه و المهنيين ذلك للأسباب التالية :

- أن مبرر الاستجابة لرأي و توصيات سلطة المنافسة ليس مقنعا ، لان هذه الطلبات لقيت استجابة من طرف المهنيين عن طريق إدخالها في مدونات السلوك ، بل حتى من طرف القضاء .

- أكثر من ذلك إن توصيات هيئة المنافسة تم تحريفها ، بدليل أن هذه التوصيات و خاصة في مجال الانقضاء المشترك كانت موجهة لقطاع التوزيع الكبير للمواد الغذائية ، في حين أن المشرع عممها على كل عقود التوزيع و في كل المجالات.

- لم يتم مراعاة خصوصية عقد الفرانشيز باعتباره عقد يرتكز أساسا على المعرفة الفنية و التي لها خصائص تفرض حمايتها عن طريق بعض البنود العقدية لاسيما بند عدم المنافسة بعد انتهاء العقد ، كما انه لم يتم مراعاة خاصية أخرى يمتاز بها هذا العقد و هي استقلالية المتلقي عن رأس الشبكة -أي المانح- استقلالا قانونيا و تموينيا و تمويليا و ماليا .

و في الأخير نخلص إلى أن عقد الفرانشيز و إن كان في حاجة للحد من الحرية العقدية التي يتمتع بها من اجل حماية الأطراف و الغير و حتى الاقتصاد الوطني و لكن هذه الحماية لا يجب أن تكون عن طريق التنظيم Réglementation بل عن طريق وسيلة أخرى أكثر بساطة و فعالية ألا و هي الضبط عن طريق المهنيين La régulation par les professionnels و التي تظهر في مجال الفرانشيز في شكل مدونات سلوك ، هذه المدونات جد فعالة لأنها تنطوي على فهم جيد لخصوصية نظام الفرانشيز و تمكن من معرفة أحسن لكيفية ممارسته .

"عن مدى تكريس عقد البوت (B.O.T) في التشريع الجزائري."

أ. د. اقلولي صفية ، استاذ .
كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري . تيزي وزو

مقدمة:

إن تزايد حاجة المواطنين إلى المرافق العامة والبنية التحتية ، وضعف إمكانيات الدولة المالية ، دفع هذه الأخيرة إلى الاستعانة بالقطاع الخاص لإقامة المرافق العمومية والبنية التحتية الجديدة ، مع تخلصها من أعباء التمويل أو نفقات التشغيل وتفادي سلبيات الخوصصة ، و كذا بسبب الاختلال الكبير الذي يعرفه التسيير العمومي للمرافق العمومية ،الذي وجب إيجاد طروق أكثر مرونة و فعالية تبحث عن أكثر فعالية في التسيير و بأقل التكاليف ، مع تحسين نوعية الخدمة العمومية التي فرضها زيادة الوعي المدني لدى المواطنين من أجل الرقي بالخدمة العمومية . خاصة و أن التجربة الجزائرية برهنت على أن إدارة أشخاص القانون العام للمرافق العامة الاقتصادية لم تكن فعالة ، لأن طبيعة هذه المرافق لا تتناسب مع طبيعة الأشخاص العامة التي تخضع لقيود إدارية تكبل نشاطها وتمنعها من ممارسة النشاط الصناعي والتجاري وفقا لمتطلبات السوق وقواعده.

و يعد عقد البوت BOT أو ما يسمى بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، من أهم الوسائل التي استحدثت لتحقيق هذه الغاية، فعقد البوت ، كوجه لتفويض المرفق العام طريقة جديدة لإدارة المرافق العمومية تهدف إلى إنشاء مشاريع ضخمة تعهد بها الحكومة إلى القطاع الخاص دون فقدان ملكيتها. على هذا الأساس يطرح التساؤل عن مدى تكريس هذه العقود في التشريع الجزائري و عن نجاعتها في إدارة المرافق العمومية؟

أولا: مفهوم عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية

تعد عقود البوت من أهم العقود الاستثمارية التي تلجأ إليها الدول لاسيما النامية لإنشاء المشاريع الاستراتيجية التي وجدت فيها ملاذا لإقامة مشاريع البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص[1] خاصة في مجالات الاستثمار البترولي و الطرق السريعة و الماء و الكهرباء و الاتصالات السلكية و اللاسلكية[2]... وهذا من أجل تجنب الاقتراض أو الاستدانة من الخارج ، وتخفيف النفقات و الأعباء المالية التي تتحملها ميزانيتها.

1- تعريف عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية

لقد تعددت تعريفات عقد البوت بسبب تعدد صورها ، إلا أنها لم تختلف في جوهرها ، كونها تهدف الى غاية مشتركة و محددة.

عرف البعض عقود البوت:" **بأنها المشروعات التي تعهد بها الحكومة الى إحدى الشركات الوطنية كانت أو أجنبية ، سواء كانت شركة عامة أو خاصة (شركة المشروع)، لإنشاء مرفق عام و تشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة"** [3]

---

[1] محمد عبد الحميد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000، ص 49.

[2] محمد عبد الحميد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية و التحكيم فيها ، دار الكتاب ، مصر، 2003، ص 53.

[3] هاني صلاح سري الدين ، التنظيم القانوني و التعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001، ص 45.

كما عرفه البعض الآخر على أنه"**عقد إداري حديث ، يستهدف القيام بمشاريع ضخمة تعهد بها الدولة الى إحدى الشركات الوطنية و الأجنبية ، للقيام بإنشاء مرفق عام و تشغيله لحسابها الخاص ، مدة من الزمن ، على أن تلتزم بنقل ملكيته الى الدولة أو الهيئة العامة ، بعد انقضاء المدة المتفق عليها."**[1]

نستخلص من خلال ما سبق أن عقد البوت يقوم على عناصر أساسية يمكن إيجازها فيما يلي :

- قيام نظام البوت على إنشاء مشروع البنية الأساسية أو المرفق العام بتمويل خاص من المستثمر وطني أو أجنبي.
- تولي المستثمر تشغيل المشروع أو المرفق العام و استغلاله تجاريا طوال المدة المتفق عليها، بما يمكّنه من استرداد تكاليفه، مع تحقيق معدل ربحية مناسب.
- التزام المستثمر بنقل ملكية المشروع الى الجهة الحكومية المتعاقدة بعد انتهاء الفترة التعاقدية .
- استرداد المستثمر نفقات المشروع من الرسوم التي يدفعها المنتفعين من الخدمات بالإضافة الى الأرباح المتأنية من ذلك[2].

2- أشكال عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية

لا توجد عقود البوت في شكل واحد بل تتعدد لكن في إطار واحدن فالممارسة العملية ، هي التي أبرزت صور جديدة تختلف في بعض أو كل العناصر المكونة للعقد .و منها ما ينصب على مشاريع جديدة و أخرى تخص مشاريع قائمة بحاجة الى تجديد.

<u>من أشكال عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية المنصبة على مشاريع جديدة</u> نذكر ما يلي :

- عقود البناء و التشغيل و التملك و نقل الملكية .Buld,Operate,Owen,Trensfer,BOOT
- عقود البناء و التملك و التشغيل.Build,Operate,Owen BOO
- عقود البناء و التشغيل و تجديد الايجار.Build,Operate and Renew BOR
- عقود البناء و الاستئجار و التشغيل و التحويل.Build,Rent,Operate BORT
- عقود البناء و الايجار و نقل الملكية.Build,Lease,Trensfer BLT
- عقود البناء و نقل الملكية و التشغيل.Build,Trensfer,Operate BTO

أما **<u>أشكال عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية المنصبة على مشاريع قائمة</u>** ، نذكر مايلي :

-عقود التحديث و التملّك و التّشغيل و التّحويل.MOOT

- عقود الايجار و التجديد و التشغيل و التحويل .Lease ;Renewal ;Operate ;Transfer,LROT

---

[1] إلياس ناصف ،عقد BOT ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان، 2006، ص 81.

[2] عبد الله طالب محمد الكندري ، النظام القانوني لعقود البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009، ص 14.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من عقود البوت

نظراً للمزايا التي توفرها عقود البوت لاسيما في معالجة قصور التمويل الحكومي لمشروعات البنية الأساسية و المرافق العامة و الذي يؤدي الى رفع العبء عن الدولة من البنوك و مؤسسات التمويل الدولية ، فقد أصبح نظام البوت نظاماً عالميا تلجأ إليه معظم دول العالم لتحقيق خطط التنمية و الإصلاح[1] ، خاصة وأنه نظام تمويلي ، إذ يعتبر آلية من آليات التمويل الحديثة التي تقوم على فكرة تمويل المشروع ، بضمان سداد الديون من العائدات المتحقّقة من تشغيل المشروع ، دون التركيز على صاحبه ، لأن أغلب الدول التي تعاني من عجز في ميزانيتها، والتي لا تستطيع تلبية احتياجات شعوبها لتشييد مشاريع البنية الأساسية تختار نظام البوت للاستعانة بالقطاع الخاص للقيام بمشاريعها ، مستخدما في ذلك استثماراته مقابل منحه حق الاستغلال الكامل للمرفق الذي يُقيمه بتمويله الذاتي[2].

بالرغم من انتشار الواسع لعقود البوت في العالم ، إلا أن المشرع الجزائري لم يعرف في قوانينه مصطلح "البوت" ، خاصة وأن الجزائر فتحت المجال أمام القطاع الخاص للمشاركة في عملية التنمية الاقتصادية الوطنية سواء في دستور1996 الذي كرس مبدأ حرية الصناعة و التجارة (المادة 37 منه) أو في مختلف قوانينها وهي كثيرة و متعددة التي كرست مبدأ التكامل بين كل من القطاع العام و القطاع الخاص في القيام بمختلف المشاريع الاستثمارية ، و عليه نسأل عن ما إذا كان المشرع الجزائري يمهد لاستقبال نظام البوت ضمن تعاقدات الدولة سواء في الدستور أو في التشريع؟

1- **موقع نظام البناء و التشغيل و نقل الملكية في الدستور الجزائري :** بسب الأزمة المتعددة الأوجه التي عرفها الاقتصاد الوطني ، بسبب فشل النموذج الاقتصادي المتبع وانخفاض المداخل من العملة الصعبة نتيجة الانخفاض المأساوي للإيرادات النفطية التي كانت تخفي سوء التسيير وتركيب دواليب الاقتصاد ومظاهره السلبية، فكرت السلطات العمومية في ضرورة إيجاد طرق جديدة لإعادة هيكلة الاقتصاد الوطني من خلال إصلاح عميق يمس مختلف القطاعات والمجالات ، ووضع إطار ومنظومة تشريعية وتنظيمية جديدة للنظام الاقتصادي تندرج في إطار تكريس وترقية المبادرة الخاصة، وإعطائها الدور المنوط بها إلى جانب قطاع الدولة.

فالدولة أصبحت ملزمة بإعادة تنظيم الاقتصاد الوطني حسب مقتضيات الكلفة و الفعالية، ومن ثم وضع حد للاحتكار العمومي إذ أولت السلطات العمومية أهمية خاصة للقطاع الخاص الذي تم تهميشه لمدة طويلة ،حيث أصبح يشكل البديل والمخرج الوحيد والكفيل بإقامة اقتصاد قوي ومنافس. وقد تم تكريس مبدأ حرية الصناعة والتجارة في 1996[3].الذي فتح المجال أمام القطاع الخاص الوطني بكل حرية.حيث تنص المادة 37 منه على مايلي :" **حرية الصناعة و التجارة مضمونة ، و تمارس في إطار القانون."** كما كرس دستور 1996 الملكية الخاصة لوسائل

---

[1] حصايم سميرة ،عقود البوت : إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية ، مذكرة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2011 ، ص 23.

[2] إلياس ناصف ، مرجع سابق ، ص 89.

[3] مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76 صادر في 08 ديسمبر1996 المعدل و المتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أفريل 2004 يتضمن تعديل الدستور ، ج ر عدد 25 صادر بتاريخ 14 أفريل2002 ، معدل و متمم بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 يتضمن التعديل الدستوري ، ج ر عدد 63 صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008.

الانتاج، من خلال المادة 52 منه التي جاء فيها: " **الملكية الخاصة مضمونة**" بالتالي فقد أولى الدستور عناية بالغة لمبدأ حرية المبادرة ، حيث فتح المجال أمام القطاع الخاص الذي لم يعد يضطلع بدور ثانوي بالمقارنة مع القطاع العام .

2- موقع نظام البناء و التشغيل و نقل الملكية في التشريع الجزائري

لم يبادر المشرع الجزائري الى إصدار تشريع ينظم تعاقدات الدولة في مشاريع البنية الأساسية بتمويل القطاع الخاص سيما في مجال إنجاز الطرق ، المطارات ، النقل بالسكك الحديدية.... إلخ.

إلا أنه نجد في القوانين الجزائرية ما يوحي الى أن المشرع قد فتح المجال و لو دون قصد للتعاقد بأسلوب البوت في بعض مشاريع المرافق العامة أو البنية التحتية ، لاسيما في مجال الموارد المائية و مجال الكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات ، و في القانون المحدد لشروط و كيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية.

- **في قانون المياه**

إذاكان المشرع الجزائري لم يعرف في قوانينه تسمية " بوت" ، فإنه بالرجوع الى المادة 17 من القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه[1] نستشف صيغة من صيغ عقود البوت ، التي جاء فيها مايلي : "**تخضع كذلك للأملاك العمومية الاصطناعية للمياه ، المنشآت و الهياكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض للانجاز و الاستغلال ، المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضعا للقانون العام أو القانون الخاص.**"

يمكن استخلاص من محتوى المادة جميع المراحل المتضمنة في تنفيذ عقود البوت وهي التشييد أو الانجاز أو البناء و الاستغلال و تحويل الملكية الى الدولة بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض.

وتطبيقا لذلك استعملت هذه الصيغة في مجال تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح و المعادن من المياه المالحة طبقا لأحكام الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار[2].

استعملت الحكومة الجزائرية هذه الصيغة في مجال تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح و المعادن من المياه المالحة[3] ومن المشاريع الموقعة في هذا الاطار العقد المبرم بين شركة مياه تيبازة مع الشركة الكندية SNC Lavalin و الاسبانية Acciona

---

[1] قانون رقم 05–12 مؤرخ في 04/08/ 2005 ، يتعلق بالمياه، ج ر عدد 60 ، صادر في 04 سبتمبر 2005.

[2] – أمر رقم 01–03 مؤرخ في 2001/08/20 ،يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد47، صادر في 2001/08/22، المعدل و المتمم بالأمر رقم 06–08 المؤرخ في 2006/07/15 ، ج ر عدد 47 ، صادر في 2006/07/19 و الأمر رقم 09–01 المؤرخ في 2009/7/22، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر عدد 44 ، صادر في جويلية 2009(استدراك في ج ر ج ج ،عدد 53، صادر في 2009/09/13) و الأمر رقم 10–01 المؤرخ في 2010/08/26 ، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 ، ج ر عدد49 ، صادر في 2010/08/29 ، و القانون رقم 11–16 المؤرخ في 2011/12/28 ، يتضمن قانون المالية لسنة 2012 ، ج ر ، عدد 72 ، صادر في 2012/12/29.

[3] حصايم سميرة ، مرجع سابق ، ص 21.

Agua بقيمة 150مليون دولار[1].و من أهم المشاريع نجد ايضا إنشاء و تشغيل و صيانة محطة تحلية المياه بمستغانم بتكلفة 100مليون دولار ، و ذلك لمدة 25 عاما بمساهمة الوكالة الجزائرية للطاقة AEC.

- **في مجال الكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات**

يحمل مصطلح الامتياز المنصوص عليه في قانون الكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات ،[2] نفس المعنى ، حيث جاء في نص المادة 02 منه : "**.... الامتياز حق تمنحه الدولة لمتعامل سيشغل بموجبه شبكة و يطورها فوق إقليم محدد و لمدة محددة ، بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات.**"

و تضيف المادة 07 من نفس القانون مايلي : " **ينجز المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء و يستغلها كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام ، حائز رخصة للاستغلال .**" نستشف من خلال النصين (02-07)، ان المشرع الجزائري قد فتح المجال للتعاقد بنظام البوت لأن توزيع الكهرباء و الغاز يدخل ضمن نشاط المرافق العامة ، كونه أورد المراحل المتضمنة في عقود البوت و المتمثلة في الانجاز و الاستغلال ، ثم إعادة المشروع للدولة باعتبار أن توزيع الكهرباء و الغاز نشاطا للمرفق العام. ومن المشاريع الموقعة في هذا الاطار العقد المبرم بين شركة كهرباء سكيكدة التابعة لسوناطراك و سونلغاز و الوكالة الجزائرية للطاقة مع مجموعة SNC Lavalin بقيمة 600 مليون دولار، لتصميم و إنشاء و تشغيل محطة لتوليد الكهرباء لمدة 12 سنة، قابلة للتجديد لنفس المدة.

ما تجدر الاشارة إليه ان تمويل المشروع يكون من طرف الدولة و ليس من تمويل المستثمر ، و هو ما يبعد هذه العقود من المعنى الحقيقي لعقود البوت[3].

- **في مجال الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية.**

لقد فتح المشرع الجزائري التعاقد بأسلوب البوت في مجال الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية بموجب القانون رقم 08-04[4]، حيث تضمنت المادة 03 منه منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة لفائدة المؤسسات و الهيئات العمومية و الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص لاحتياجات مشاريع استثمارية.

كما أضافت المادة 07 من نفس القانون مشاريع الاستثمار القابلة لمنح الامتياز، منها تلك التي يكون لها طابع الأولوية و الأهمية الوطنية و المحدثة لمناصب الشغل و التي تساهم في تنمية المناطق المحرومة أو المعزولة.

الملاحظ من خلال هذا القانون ، أن المشرع قد مهد للتعاقد بنظام البناء و التشغيل و نقل الملكية على اعتبار أن انجاز المشاريع تطبيقا لهذا القانون يعود الى الدولة بعد انتهاء فترة الامتياز المحددة بمدة أدناها 33 سنة ، قابلة للتجديد مرتين و أقصاها 99 سنة.

---

[1] إقلولي محمد ، "في مدى استقبال القانون الجزائري عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق الجزائر ، عدد 2013/02 ، ص 10

[2] قانون رقم 02-01 مؤرخ في 2002/02/05، يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر عدد 08 ، صادر في 2002/02/06.

[3] إقلولي محمد ، نفس المرجع ، ص11.

[4] قانون رقم08-04 مؤرخ في 01/09/ 2008 ، يحدد شروط و كيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية ، ج ر عدد 49 ، صادر في 03 سبتمبر 2008.

بإصدار المشرع الجزائري لقانون رقم 08-04 يكون قد سمح باعتناق التعاقد بنظام البناء و التشغيل و نقل الملكية ، و هوما يجعلنا نقول أنه لا يوجد مانع من اللجوء الى هذا الأسلوب في تعاقدات الدولة مع القطاع الخاص.

الخاتمة

نستخلص مما سبق أهمية عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية في التنمية الاقتصادية ، خاصة بعد الاتجاه المتصاعد نحو اقتصاد السوق و فتح المجال للمبادرة الخاصة و سياسة الخوصصة و كذا مساهمتها في نقل التكنولوجيات الحديثة للقطاع العام ، فهي تهدف الى تجنب خوصصة المرافق العامة بحيث تضمن بقاء ملكية المرفق العام للدولة مع خوصصة الاستغلال و التسيير.

و بالنسبة للجزائر بالرغم من غياب تنظيم دستوري و تشريعي ينظم عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، إلا أنه يوجد بعض التطبيقات من هذا النوع في مختلف المجالات ،حسب ما ذكرناه في مداخلتنا هذه .

و عليه ندعو المشرع الجزائري الى إصدار قانونا خاص متكاملا ينظم التعاقد بأسلوب البوت يكون كفيلا بمعالجة مختلف التعاقدات التي تبرمها الدولة مع القطاع الخاص، بالتالي توفير بيئة قانونية ملائمة و حماية فعّالية للاستثمار في هذا النوع من المشاريع .

الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الإيجاري ـ دراسة مقارنة ـ

د. حليمي ربيعة ، أستاذ محاضر "ب"
كلية الحقوق ، جامعة امحمد بومرداس

مقدمة

يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري وسيلة فعالة لتمويل الاستثمارات والمشاريع، فهو وسيلة يلجأ إليها صاحب المشروع لتطوير معداته بطريقة أكثر ضمانا ووفرة ، فقد كان صاحب المشروع إذا رغب في تطوير مشروعه ، فإنه يلجأ إلى تجهيز مصنعه أو شركته بمعدات ذات تكنولوجية متقدمة ، وفي سبيل ذلك إما أن يلجأ إلى الاقتطاع من رأسمال المشروع بما يترتب عن ذلك من تجميد لجزء كبير من رأسماله، وإما أن يلجأ إلى القروض البنكية التي ستكلفه المغامرة والمخاطرة بمشروعه وبرأسماله.

لذلك لجأ الفكر القانوني إلى وسيلة تضمن لصاحب المشروع الحصول على المعدات اللازمة دون تحمل تكاليف شرائها دفعة واحدة، وبطريقة تضمن حقوق المؤسسة الممولة باحتفاظها بملكية المعدات ، حيث يلجأ صاحب المشروع إلى مؤسسة مالية تدعى شركة الليزنغ ويعرض عليها أن تقوم بشراء ما يحتاجه من معدات أو آلات أو تجهيزات من البائع الذي يحدده المشروع ، ووفقا للمواصفات المطلوبة وبالثمن المتفق عليه بين صاحب المشروع وبائع المعدات أو الآلات أو التجهيزات، على أن يتعهد صاحب المشروع باستئجارها لفترة محددة وبدل محدد ، مع التزام صاحب المشروع عند انتهاء مدة الإيجار بإعادة المعدات موضوع العقد، أو تجديد العقد بشروط جديدة أو شراء هذه اللوازم المتمثلة في التجهيزات أو الأدوات أو الآلات، فإذا وافقت شركة الليزنغ على عرض صاحب المشروع فإن ذلك يتطلب قيام عقدين ، الأول هو عقد بيع بين شركة الليزنغ والبائع الذي حدده صاحب المشروع ، والعقد الثاني هو عقد الإيجار التمويلي أو الاعتماد الإيجاري، وهو يتم بين شركة الليزنغ وصاحب المشروع المستفيد من ذلك العقد ، ويكون موضوعه الأموال المشتراة من شركة الليزنغ.

إذا رجعنا إلى التشريعات التي نصت على مثل هذه العقود كالمشرع الجزائري الذي نص عليه بموجب الأمر 96-09 والمؤرخ 1996/01/10 و المنظم لعقد الاعتماد الإيجاري، والقانون الفرنسي بموجب القانون رقم 66-455 ،والقانون المصري بموجب القانون رقم -95-95 لسنة 1995، فنجدها كلها اعتبرته عقد إيجار ذو طبيعة خاصة لكون انتهاء أجله مقرون بإمكانية تملك المستأجر للمعدات والأجهزة المستأجرة.إلا أنه بالرغم من ذلك فقد تضاربت الآراء الفقهية حول تحديد طبيعة هذا العقد ،لأن القوانين لم تبرز بوضوح الأحكام القانونية التي يجب تطبيقها على هذا العقد .

فطبقا لما سبق يبدو أن عقد الإيجار التمويلي عملية معقدة ، والسبب في ذلك أنها تنتج عن انصهار عدة تقنيات قانونية ، وهذا التعقيد يؤثر على طبيعة العقد ، وبالتالي يصعب تحديد الأحكام القانونية لهذا العقد، فهل تحكمه القواعد التي تحكم عقد الإيجار أم تحكمه القواعد التي تحكم عقد البيع ؟ أم هو عقد ذو طابع خاص؟

فلأجل الرد على هذه التساؤلات ولتحديد الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الإيجاري اعتمدت على تقسيم الموضوع إلى مبحثين المبحث الأول يتضمن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الإيجاري طبقا للعقود التقليدية،وقد احتوى على مطلبين ، المطلب الأول تضمن اعتبار عقد الاعتماد الإيجاري عقد إيجار مرتبط بوعد بالبيع، والمطالب الثاني تضمن اعتبار العقد عقد بيع.

والمبحث الثاني يتضمن تحديد طبيعة العقد في ظل النظريات الحديثة، وقد احتوى على مطلبين،المطلب الأول كان تحت عنوان عقد الاعتماد الإيجاري هو عقد مركب،والمطلب الثاني كان تحت عنوان عقد الاعتماد الإيجاري هو عقد ذو طبيعة خاصة

المبحث الأول ، تحديد طبيعة عقد الاعتماد الإيجاري في ظل العقود التقليدية

قبل البحث في طبيعة عقد الليزنغ يجب تعريفه وتحديد خصائصه التي تميزه عن غيره من العقود،

حيث أن المصطلح الأصلي لعقد الإيجار التمويلي هو عقد الليزنغ ، وترجم إلى الفرنسية باصطلاح le crédit-bail- أو الإئتمان الإيجاري، وقد استخدم هذا العقد منذ عام 1930 في الولايات المتحدة الأمريكية في المجال العقاري، وفي سنة 1950 تم استخدامه في مجال المنقولات، بينما في أوربا لم يتم التعامل به إلا في أواخر الخمسينات، ومنذ سن 1960 بدأ انتشاره في بقية الدول الأخرى.[1]

أما بالنسبة للجزائر فقد اعتمدته تحت تسمية الاعتماد الإيجاري وذلك من خلال الأمر96-09 المؤرخ في 1996/01/10 ولقد تم تعريف العقد من خلال المادة الأولى منه، ويلخص ذلك التعريف في أن عقد الاعتماد الإيجاري هو عملية تجارية ومالية يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركة مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب سواء كانوا أشخاص طبيعيين أم معنويين وهو قائم على عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر لمستأجر منقولات مشكلة من عتاد أوتجهيزات أو أدوات ذات استعمال مهني ، أوعقارات أو منشئات أو محلا تجاريا أو مؤسسة حرفية مقابل دفع قيمة إيجارية متفق عليها بين المؤجر والمستأجر.[2]

أما التعريف الفقهي لعقد الاعتماد الإيجاري فقد عرف في الفقه الغربي على أنه عمليات تأجير أدوات إنتاجية أو مجموعة عقارات مختارة من طرف المستأجر ومشتراة أو مبنية لهذا الغرض من طرف المؤسسة المالية المؤجرة ، بناءا على طلب المستأجر مقابل بدل الإيجار على أن يبرم العقد لمدة طويلة تعادل العمر الاقتصادي المفترض للأصل المؤجر ويقوم المستأجر عند نهاية مدة العقد إما بإرجاع الأصول المؤجرة أو شراء هذه الأصول بثمن يراعى فيه الأقساط المدفوعة خلال مدة الإيجار ، أوتجديد العقد بشروط جديدة.[3]

من خلال التعريف السابق يمكننا أن نستخلص الخصائص التي يتميز بها عقد الليزنغ عن العقود الأخرى، فهو عقد رضائي لا يحتاج إلى شكلية ما، وهو عقد تمويلي ويأتي ذلك من كون التأجير التمويلي يعد من وسائل تمويل الاستثمار الطويلة والمتوسطة الأجل، كما أن الرغبة في التمويل هي المحور الذي تدور حوله جميع أحكام هذا العقد، ويتغلب الطابع التمويلي على الطابع الإيجاري للعقد ، من ناحية أن المؤجر لا يقوم بشراء العين المؤجرة بقصد تأجيرها دون أن يظهر له المستأجر رغبته في الإيجار، كما هو الشأن في الإيجار العادي.[4] كما يعتبر عقد قائم على الاعتبار الشخصي ، فقيام العقد

---

[1]- أمال بن بريح- التأجير التمويلي وفقا لمؤسسة التمويل الدولية(IFC) – مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية المركز الجامعي لتمنغاست – العدد 3 جانفي 2013 – ص.156.

[2]- ليلى بعتاش- عقد الاعتماد الإيجاري- مجلة العلوم الانسانية – كلية الحقوق جامعة باتنة-عدد33 – 2010 –ص.217.

[3] -أمال بن بريح – مرجع سابق-ص.158،157

4- صخر أحمد الخصاونة- عقد الإيجار التمويلي -دراسة مقارنة في القانون الأردني مع الإشارة إلى الفقه الإسلامي- داروائل لنشر – عمان الأردن 2005 ص.178.

يرتبط ارتباطا وثيقا بالثقة المتبادلة بين طرفيه، حيث يراعي كل طرف الصفات الشخصية والفنية والمالية التي يتمتع بها الطرف الآخر.[1]

وأهم خاصية يتميز بها عقد الإيجار التمويلي الخيارات الثلاثة التي يتمتع بها المستأجر في نهاية العقد ، والتي تعتبر إحدى ضوابط تحديد طبيعة هذا العقد ، فلا يحق للمؤجر أن يحتفظ لنفسه بحق بيع الأشياء المؤجرة أو استردادها أو تجديد العقد، وإذا كان حق الخيار ممنوحا للمستأجر فإنه لا يتمتع به ولا يحق له استخدامه إلا إذا أوفى بكافة التزاماته المترتبة عليه بموجب العقد.[2]

بالإضافة إلى ماسبق فإن عقد الاعتماد الإيجاري لا ينحصر من الناحية الاقتصادية في طرفين فقط وإنما يتدخل طرف ثالث فنكون أمام مؤجر ومستأجر ومورد ، لكن من الناحية القانونية هذا العقد يشمل طرفين فقط كما تم النص عليه في المادة الأولى من الأمر09/96 المشار إليه أعلاه، كذلك وإن كان هذا العقد وسيلة تمويل إلا أن التمويل هنا لا يكون نقديا وإنما عينيا ،أي عقارات ومنقولات.[3]

فمن خلال الخصائص التي تم ذكرها فيما سبق يمكننا أن نحدد الطبيعة القانونية لعقد الليزنغ وبالتالي يمكننا أن نحدد نظامه القانوني حتى لا يتخطى للمتعاملين في مجال الاستثمار الحدود القانونية لهذا العقد.

في حقيقة الأمر أن مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الإيجاري كانت محل اهتمام الفقه والاجتهاد في فرنسا وفي العديد من الدول ، وذلك لحداثة هذا العقد إذ أنه لم تتحدد معالمه حتى الآن ، فهو مازال في طور التكوين، وعلى الرغم من أن القانون الفرنسي يعد من أسبق التشريعات تنظيما لهذا النشاط ، إلا أنه اقتصر تنظيمه على المشروعات العامة في مجال الاعتماد الإيجاري ، باعتبارها من مؤسسات الائتمان، حيث غفل عن تنظيم أحكام هذا العقد ، فترك الحرية للمتعاقدين في تحديد شروط العقد بما يوافق مصالحهم، لذلك حاول بعض الفقه البحث في عقد الاعتماد الإيجاري ضمن إطار عملية الاعتماد الإيجاري بما تتضمنه من عقود أخرى حتى تتحدد معالمه وبالتالي تتحدد أحكامه الخاصة به،[4] فكانت أول الآراء الفقهية تعتبر هذا العقد هو تطبيق للعقود التقليدية الشائعة كعقد الإيجار وعقد البيع وهذا ما سيتم التعرض إليه في المطلبين التاليين بصفة مختصرة نظرا لعدم قوة حجتها نظرا لكثرة الانتقادات التي وجهت لها.

<u>المطلب الأول:</u> عقد الاعتماد الإيجاري هو عقد إيجار مرتبط بوعد بالبيع

اعتبر بعض الفقه [5] أن العلاقة العقدية بين طرفي عقد الليزنغ تخضع لأحكام عقد الإيجار ، لأنه من الناحية القانونية يعتبر هذا العقد هو عقد إيجار ، ويكون هذا الأخير مصحوبا بوعد بالبيع تمنحه شركة الليزنغ للمستأجر الذي له الخيار في ممارسته عند نهاية العقد، وذلك بعد دفع المستأجر لجميع الأقساط،

فهو عقد إيجار، لكن يعتبر عقد إيجار غير عادي إذ هو عقد إيجار مقترن بوعد بالبيع ، حيث يكون للمستأجر في نهاية مدة الإيجار الحق في إعلان رغبته عن تملك المال المؤجر لقاء ثمن زهيد، إلا أن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا حول اعتبار

5- حنان كمال الدين ضيان- عقد الإيجار التمويلي وتطبيقاته المعاصرة- ماجستير من كلية القانون والعلوم الإسلامية – غزة 2015 - ص.33

[2]- حنان كمال الدين ضبان – مرجع سابق-ص34

[3]- زياد أبو حصوة- عقد التأجير التمويلي- دراسة مقارنة- دار الرأي بيروت، لبنان 2005-ص.23

[4]- زياد أبو حصوة- عقد التأجير التمويلي مرجع سابق-ص34

[5] -J.C.Calon- La location de bien d'équipement d'équipement ou leasing,Dalloz,1964,chr.p.97.n.2

أن هذا الوعد بالبيع ملزم للطرفين أم هو ملزم لطرف واحد، فمن يروا أنه ملزم لجانبين فذلك على أساس أن غالبية عقود الليزنغ تنتهي بشراء المستأجر للأموال موضوع العقد بعد أن يكون كلا الطرفين قد قاما بالالتزامات المحددة في العقد، ويلتزم المستأجر بدفع الثمن المتفق عليه مسبقا مع الاخذ بعين الاعتبار مجموع دفعات الإيجار المدفوعة خلال تنفيذ العقد وقد صدرت بعض الأحكام الفرنسية التي تؤيد هذا الرأي.[1]

وأما الرأي الذي يعتبره أن ملزم لجانب – وهو الرأي المرجح في الفقه والاجتهاد الفرنسي- فذلك على أساس أن المؤجر هو الملزم بالوعد بالبيع عند اختيار المستأجر شراء الاموال بالثمن المتفق عليه في عقد الليزنغ.[2]

غير أن هذا الرأي لم يسلم من النقد على أساس أنه لا يمكن اعتبار عقد الليزنغ هو وعد بالبيع، لأن عقد الليزنغ يتناول إيجار ، ولأن عقد البيع لا يتعامل به إلا في نهاية مدة العقد عند ممارسة المستأجر حق الخيار الممنوح له من شركة الليزنغ، مما يقودنا إلى القول بأن الوعد بالبيع هو أحد عناصر عقد البيع ولكنه لا يجمع كافة الخصائص الأخرى التي يتميز بها عقد الليزنغ.[3]

كما خلصت بعض المحاكم الفرنسية إلى أن إرادة المشرع الفرنسي اعتبرت أن عقد الليزنغ هو إيجار، وأن العلاقة الناشئة بين الشركة الممولة والمستأجر هي علاقة ذات طابع إيجاري.[4]

وكذلك اعتبر الفقه المصري أن المشرع المصري في القانون رقم 95/95 حدد طبيعة عقد الليزنغ باعتباره عقد إيجار ذا طبيعة خاصة نظرا لاستخدامه في مجالات تختلف عن مجالات عقد الإيجار العادي، فنظمه بقواعد خاصة تلائم هذا الاستخدام الجديد لعقد الإيجار.[5]

كما حاول جانب آخر من الفقه تكييف عقد الليزنغ بأنه وعد بالإيجار على أساس أن توقيع العقد يتم قبل شراء المعدات موضوع العقد ، فهذا الجانب من الفقه يعتبر أن عقد الليزنغ هو وعد ملزم للطرفين بالإيجار ثم يصبح عقد إيجار عند استلام المستفيد للأموال موضوع العقد من البائع ، وقد استند هذا الجانب الفقهي إلى أن تملك الأموال المؤجرة في نهاية العقد هو مجرد خيار لا يقدم المستأجر على استعماله في غالب الأحيان لعدم جدوى هذه الأموال بعد مدة الإيجار الطويلة التي تتطابق في كثير من الأحيان مع العمر الافتراضي لتلك الأموال، وبالتالي يعتبر عقد الليزنغ في مضمونه عبارة عن عقد إيجار.[6]

وقد ذهب البعض الآخر إلى تكييفه بأنه عقد إيجار يتضمن كثيرا من الشروط غير المألوفة في الإيجار ، ولكن ارتضاها الطرفان ليحقق كل منهما منفعة مشروعة وخاصة أن المستأجر لا يلزم بشيء بعد انتهاء مدة الإيجار.[7]

في حقيقة الأمر أن الآراء السابقة التي تقرب عقد الليزنغ من عقد الإيجار وبالتالي تعترف بخضوعه لأحكام عقد الإيجار ، كانت موضوع نقد لأن تكييف هذا العقد بهذا الشكل لا يعبر عن حقيقته على اعتبار أن قواعد عقد الإيجار لا تتفق مع

---

[1]- نادر عبد العزيز شافي- عقد الليزنغ – دراسة مقارنة – المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرتبلس، لبنان 2004-ص.555

[2]- نادر عبد العزيز شافي–مرجع سابق- ص.556

[3]- نادر عبد االعزيزشافي –مرجع سابق-ص.557

13- نادر عبد العزيزشافي- مرجع سابق- ص.544

14 - عبد الرحمن السيد قرمان –عقد التأجير التمويلي- دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي والنظام السعودي- دارالنهضة العربية - 2016 ص.40

[6] نادر عبد العزيز شافي- مرجع سابق-ص.546.

16-محمد الألفي – الإيجار المنتهي بالتمليك وصكوك التأجير- مجلة الفقه الإسلامي العدد 404/12- عن حنان كمال الدين ضبان – رسالة ماجستير كلية الشريعة و القانون –جامعة غزة 2010 –ص.42

اعطاء المستأجر الحق في امتلاك الأشياء المستأجرة في نهاية العقد، فإذا كان عقد الليزنغ يستمد بعض أحكامه من قواعد إيجار الأشياء إلا أن هذه القواعد لا تكفي لتنظيم بعض جوانب عقد الليزنغ، ولا سيما الضمانات التي يقدمها هذا العقد للمؤسسة المالية.[1]

هذا بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري قد استثنى بعض المواد التي يخضع لها عقد الإيجار العادي من تطبيقها على عقد الاعتماد الإيجاري وهي شملت أربعة عشر مادة كالمواد 472،470،469،467...

وهذا ما يدل على أن عقد الاعتماد الإيجاري لا يعتبر عقد إيجار بالمفهوم التقليدي .

المطلب الثاني:عقد الاعتماد الإيجاري هو عقد بيع

حاول أصحاب هذا الرأي تقريب عقد الليزنغ من عقد البيع وعلى الخصوص من بعض أنواع عقد البيع، كعقد البيع الإيجاري وعقد البيع بالتقسيط والوعد بالبيع.

حيث اتجه جانب من الفقه في فرنسا[2] إلى تقريب عقد الليزنغ من عقد البيع الإيجاري، باعتبار أن عقد الليزنغ هو خليط من الأحكام القانونية لعقدي الإيجار والبيع، وأن هناك تشابه بين العقدين من عدة وجوه، إذ أنه في كلا العقدين يحوز المستفيد على الأموال موضوع العقد على سبيل الإيجار ويلتزم بدفع أقساط دورية في فترة محددة، وتبقى الملكية بيد البائع طوال مدة الإيجار، ولا يستطيع المستأجر نقل تلك الملكية إلى الغير ، كما لا يستطيع المؤجر أن يسترد الشيء موضوع العقد من يد المستأجر إذا تأخر أو توقف عن دفع بدلات الإيجار المتفق عليها، ولا يستطيع المستأجر المطالبة بالمبالغ التي دفعت مقابل الانتفاع بالمال.[3]

إن محاولة تقريب عقد الليزنغ من عقد البيع الإيجاري أمر غير ممكن لأن عقد البيع الإيجاري يختلف عن عقد الاعتماد الإيجاري في أن ملكية المال محل عقد البيع الإيجاري تنتقل تلقائيا في نهاية مدة العقد إلى المستأجر إذا دفع هذا الأخير كل الأقساط الملزم بها، أما بالنسبة لعقد الليزنغ فليس بالضرورة أن يصبح المستأجر مالكا للمال محل العقد، إذ يكون للمستأجر الخيار مابين تجديد عقد الإيجار لمدة أخرى أو إعادة المال محل العقد إلى المؤجر، أو تملك المال المؤجر لقاء ثمن زهيد يؤخذ بعين الاعتبار عند تقديره مجموع الدفعات الإيجارية التي سبق الوفاء بها.[4]

كما حاول بعض الفقه تشبيه عقد الاعتماد الإيجاري بعقد البيع بالتقسيط مع احتفاظ البائع بملكية المبيع ، وذلك استنادا إلى أن المستفيد في هذا العقد يلتزم بدفع مبالغ محددة على فترات زمنية معينة في العقد وتبقى الملكية لمصلحة شركة التمويل، ويتزايد تشابه عقد الاعتماد الإيجاري مع عقد البيع بالتقسيط عندما يقرر المستأجر في هذا العقد شراء الأموال موضوع العقد، حيث يؤخذ بعين الاعتبار مجموع الأقساط التي دفعها للمؤجر، فيتشابه عقد الاعتماد الإيجاري في هذه الناحية مع عقد البيع بالتقسيط حيث يقسم ثمن المبيع إلى عدة أقساط يدفعها المشتري خلال الفترة المتفق عليها.[5]

17-إلياس ناصيف-عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن- منشورات الحلبي الحقوقية-2008-ص.55

18-J.C.Calon.op.cit.p.9-

19-نادر عبد العزيز شافي- مرجع سابق-ص.551

20- زياد أبو حصوة- مرجع سابق- ص.87-88

[5]-نادر عبد العزيز شافي- مرجع سابق-ص.553

لكن هذه المحاولة انتقدت أيضا على أساس أن المبالغ التي يتم دفعها في العقدين تختلف من ناحية طبيعتها القانونية ، فهي تمثل بدلات إيجار في عقد الاعتماد الإيجاري، بينما تمثل جزءا من ثمن البيع في عقد البيع بالتقسيط.[1]

كما حاول بعض الفقه أيضا تكييف عقد الاعتماد الإيجاري على أنه وعد بالبيع صادر عن الشركة التمويل، يمكن تنفيذه عند نهاية الإيجار.[2]

لكن مع أن الوعد بالبيع بالنسبة في عقد الاعتماد الإيجاري هو أحد العناصر الأساسية الداخلة في تكوينه والتي اندمجت فيما بينها لتعطينا هذا المزيج القانوني، إلا أنه في عقد الاعتماد الإيجاري يفقد بعض الخصائص التقليدية للوعد بالبيع، وذلك لأن شخصية صاحب المشروع تكون محل اعتبار في الوعد بالبيع من طرف شركة التمويل، بينما في الوعد بالبيع طبقا للقواعد العامة لا نجد دائما شخصية الموعود له محل اعتبار، إذ يجوز لهذا الأخير أن ينقل حقه إلى الغير سواء بمقابل أو بدون مقابل، حيث نجد في عقد الليزنغ أن شركة التمويل لا تقبل التعاقد مع صاحب المشروع إلا بعد فحص المستندات والأوراق التي تثبت قدرته على الوفاء بالتزاماته خاصة الالتزام بدفع الأجرة، وبناءا على ذلك فإن المستفيد لا يجوز له نقل حقه في شراء الأصول محل العقد إلى الغير.[3]

كما أن الوعد بالبيع خصيصة لعقد الليزنغ يكون للمستأجر أن يستخدمها ليتحول بالنتيجة إلى مالك للمال المؤجر، بإبرام عقد البيع مع المؤجر، وقد لا يختار المؤجر هذه الخصيصة إنما يختار تجديد عقد الإيجار، أو رد المال إلى شركة التمويل وبالتالي لا ينفذ الوعد بالبيع.[4]

فأمام المحاولات السابقة لتكييف عقد الاعتماد الإيجاري بالاعتماد على العقود المسماة التقليدية ، ظهرت موجة من الآراء الفقهية تفند الآراء السابقة لتحاول جعل من عقد الليزنغ عقدا يتماشى مع تطورات الحياة الاقتصادية وهذا ما سيتم تبينه في المبحث التالي.

المبحث الثاني : تحديد طبيعة عقد الإيجار التمويلي طبقا للنظريات الحديثة

بعد أن عجزت النظريات التقليدية على تحديد طبيعة عقد الليزنغ لأنها استندت على العقود التقليدية وبالتالي إدراجه ضمن نظام أحد هذه العقود، فإن كان هذا العقد يتفق مع بعض هذه العقود من نواحي متعددة كالإيجار والبيع وغيرها من العقود، فهذا لا يعني أنه يدخل ضمن النظام القانوني لتلك العقود فهو يتميز عنها بالرغم من أنه قد يخضع في كل مرحلة من مراحله لأحكام تلك العقود، كأن يخضع للقواعد العامة التي تنظم مرحلة المفاوضات قبل إبرام العقد، كما يخضع لأحكام عقد البيع عندما يمارس المستأجر حقه في شراء الاموال المؤجرة.[5] مما أدى إلى أن يعتبر أغلبية فقهاء الاتجاه الحديث أن عقد الاعتماد الإيجاري هو نوعا من العقود ذات الطبيعة الخاصة ، وأنه عبارة عن نظام قانوني مركب يستمد بعض قواعده من العقود التقليدية، ويتميز ببعض الخصائص المستمدة من مزج تلك القواعد القانونية مع بقائه مستقلا عنها، فهو عقد مركب يتميز بتعقيد عملياته.[6]فطبقا لما سبق يمكننا أن نلخص أفكار التوجه الحديث في

---

[1]-نادر عبد العزيز شافي- مرجع سابق-ص.553

[2]- زياد أبو حصوة- مرجع سابق- ص.94

[3]- حوالف عبد الصمد- مرجع سابق-ص.42

[4]- زياد أبو حصوة- مرجع سابق-ص94

[5]-نادر عبد العزيز الشافي- مرجع سابق- ص.572

[6]-إلياس ناصيف- عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي-منشورات الحلبي الحقوقية ط.2008- ص.87،86

تحديد طبيعة عقد الليزنغ من خلال نظريتين وهما النظرية التي تعتبر عقد الليزنغ هو عقد مركب والنظرية التي تعتبر هذا العقد هو عقد قائم بذاته ذو طبيعة خاصة ، وهذا ما سيتم التعرض إليه في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: عقد الاعتماد الإيجاري هو عقد مركب

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن عقد الليزنغ هو عقد مركب يتكون من عقود مختلفة اندمجت مع بعضها لتكون هذا العقد الجديد، وتبعا لذلك يتكون هذا العقد من عقود مختلفة وهي عقد البيع وعقد الإيجار وعقد القرض والوعد بالبيع، والوكالة ، بحيث اندمجت كل هذه العقود في كل واحد غير قابل للتجزئة .[1]

ويعد عقد الليزنغ طبقا لهذا الاتجاه تجمعا لعدة عقود ، بحيث يشكل قالبا قانونيا يضم مجموعة من العقود التي تتحد في هدفها ، وكل عقد من العقود الداخلة في تكوين هذا التجمع العقدي تساهم في تحقيق ذلك الهدف ، فانصبت هذه العقود جميعها على محل واحد وهو المعدات أو العقارات ، كما أنها انصبت على سبب واحد وهو حصول المستفيد على هذه الأموال للانتفاع بها، وتهدف إلى تحقيق هدف واحد وهو التمويل لشراء الأموال محل العقد ، وتمكين المستفيد من الانتفاع بها وضمان حصول الممول على كامل حقه ، فهذه النماذج الداخلة في تكوين العقد تسعى لتحقيق هذا الهدف.[2]

ويرى رأي آخر أنه بتحليل عملية الاعتماد الإيجاري تبدو عدم دقة هذا الرأي لأنه في حقيقة الأمر لا يوجد إلا عقدين ،وهما عقد البيع الذي يشمل شراء المال محل العقد من قبل المؤجر،ثم عقد الإيجار الذي يتضمن تأجير المال للمستأجر، وعلى الرغم من أهمية عقد البيع باعتباره وسيلة الممول لتملك المال محل العقد لتمكين المستفيد من الانتفاع به، مما حذا ببعض التشريعات المنظمة لهذا العقد إلى اشتراط تضمنه عقد شراء المال لأجل تأجيره إلا أنه ليس شرطا جوهريا لإبرام العقد، حيث أنه في بعض الأحيان يتم عقد الاعتماد الإيجاري دون أن يشترط سبق شراء المال، وذلك في حالة ما إذا كان المال محل العقد مملوكا أصلا للمؤجر وهذا ما فعله المشرع المصري ،وإن أساس العقد هو العلاقة الثنائية بين المتعاقدين وهي تتضمن عقد إيجار بالإضافة إلى الخيارات الثلاثة المرتبطة به ، أما إذا لم توجد هذه الخيارات معا لا نكون أمام عقد اعتماد إيجاري.[3]

وإذا سلمنا بأن عقد الإيجار التمويلي بأنه عقد مركب متكون من عدة عقود ، لا بد من معرفة الأحكام التي تطبق عليه وهو ما قد أثار بعض الإشكالات في هذا الجانب، لذلك اقترح بعض الفقه بعض الحلول لتحديد القواعد المطبقة على هذا العقد، منها تغليب قواعد العقد الأساسي بالبيع ،وإن كان عقد إيجار مرتبط بوعد بالبيع طبقت عليه أحكام هذا العقد ، لكن هذا الحل منتقد على أساس أن عقد الإيجار مع أنه يفسر الكثير من أحكام عقد الإيجار التمويلي ويعد أساس العملية، يفسر العلاقة الثنائية بين المتعاقدين، إلا أنه لا يشمل جميع أحكام العقد بحيث يعجز عن تفسير العلاقة السابقة على إبرام عقد الإيجار والتي تتضمن عملية شراء المال بما تشمله من عقود الوكالة والوعد بالإيجار والاستئجار وعقد شراء المال، كما لا يفسر العلاقة اللاحقة بعقد الإيجار والمتضمنة عقود الوعد بالبيع ، وحق تجديد العقد وعقد البيع، كما أن عقد الإيجار في عملية الإيجار التمويلي تتضمن تعديلات واسعة لأحكام عقد الإيجار التقليدي تبعده عن خصائص وطبيعة الإيجار التقليدي .[4]

---

[1]- صفاء عمر خالد- النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي 2005 – رسالة ماجستير- جامعة النجاح الوطنية – نابلس –فلسطين- ص35

[2]- صفاء عمر خالد- المرجع السابق- ص98

[3]- علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة-التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي- رسالة ماجستير – دار الثقافة ، عمان، الأردن-ص173

[4]- علاء الدين الخصاونة – مرجع سابق-ص.176

وأمام النقد السابق هناك رأي آخر من الفقه رأى أن يتم تحديد أحكام عقد الليزنغ على أساس الخدمات التي يحققها العقد المركب وما إذا كانت هذه الخدمات يمكن أن تقوم بذاتها بحيث تمثل بمقتضى عقد مستقل يمكن تطبيق أحكامه على هذه الخدمة ، فإذا كان الأمر كذلك فلا مانع من تطبيق قواعد كل عقد على حده ، بحيث تطبق قواعد العقد الذي يمثل كل خدمة بشكل مستقل ،[1] بحيث يتم في الأول تطبيق عقد الوكالة على العلاقة بين المستفيد والممول ، والذي بمقتضاه يوكل الموكل المستفيد في التفاوض على شراء المال وتحديد أوصافه وإبرام عقد شرائه، ثم تطبق قواعد عقد البيع على العلاقة بين الممول والبائع ، والذي بمقتضاه يشتري الممول المال من البائع ليتمكن من تأجيره للمستفيد ، ثم تطبق قواعد عقد الإيجار على العلاقة الثنائية التي تتم بين المستفيد صاحب المشروع والمؤجر، والتي تمثل نسبة كبيرة من عملية الليزنغ.[2]

لكن هذا الحل وإن كان ملائما في بعض الأحيان في حل النزاعات الناشئة عن عقد الليزنغ والعقود التي تتكون منها ، إلا أنه قد يكون قاصرا على بعض الحالات ، حيث نجد أن عقد الليزنغ يحتوي على بعض القواعد المستحدثة التي تتضمنها القواعد التقليدية التي يتكون منها ، كما أن تطبيق قواعد العقود التي يتكون منها عقد الليزنغ يكون بصورة انتقائية تهدف إلى تحقيق الغاية من العقد ، مما يؤدي إلى عدم تطبيق جميع العقود المكونة لعملية الإيجار التمويلي، حيث قد يتم استثناء بعضها باعتبارها تخالف طبيعة العقد ، ولا تحقق الغاية المرجوة منه مما يقودنا إلى القول أن الليزنغ يتضمن مجموعة من صيغ العقود التقليدية التي تجتمع لتكون وحدة خاصة لا يمكن تجزئتها ، وهذا ما سيتم تناوله فيما يلي.

المطلب الثاني: عقد الاعتماد الإيجار هو عقد ذو طبيعة خاصة

اعتبر أغلب الفقه في فرنسا[3] أن عقد الليزنغ من العقود ذات الطبيعة الخاصة التي تنشأ لسد الحاجات الاقتصادية ، وأنه يتميز ببعض الخصائص المستمدة من مجموعة قواعد بعض العقود التقليدية مع بقائه مستقلا عنها، إذ لا يمكن وضعه تحت أي من العقود المسماة التي نظمها المشرع ، فهو عقد ذو طبيعة خاصة يتميز بتعقيد عملياته، وهو يعتبر قبل كل شيء تقنية للتمويل مضمونة باحتفاظ المؤجر بملكية الأموال المؤجرة موضوع عقد الليزنغ طوال فترة الإيجار، وهوتقنية قانونية لخدمة حاجة اقتصادية.[4]

إلا أنه إذا سلمنا بهذا الاتجاه الحديث الذي يعتبر عقد الليزنغ ذا طبيعة خاصة تميزه عن العقود التقليدية المسماة، فلا بد من تحديد ماهية هذه الطبيعة حتى لا يبقى هذا المفهوم غامضا وغير محدد.[5]

فعقد الليزنغ هو من العقود الحديثة التي ابتكرتها البيئة التجارية ، وبالتالي فقد ولد من أجل تلبية الحاجات الاستثمارية بعد أن عجزت وسائل التمويل التقليدية عن سد بعض تلك الحاجيات ،و المتمثلة في تمويل المشروعات التجارية والصناعية .[6]

ومن الناحية الاقتصادية لا خلاف في اعتبار عقد الاعتماد الإيجاري عملية من عمليات التمويل، حيث تقوم المؤسسة المالية بدفع قيمة الآلات أو المعدات التي يستلزمها الإيجار لمدة طويلة توازي مدة العمر الافتراضي لهذه الأشياء، في مقابل

---

[1] -إلياس ناصيف- مرجع سابق-ص89، 90

[2] - علاء الدين الخصاونة- مرجع سابق-ص.177

[3] -Rives Jean-Louis , Lange Monique et Contamine Raynaud.- Précis de droit bancaire-Dalloz 1986-p.644

[4] - Collart Dutilleul et Delebecque-Contrats civils et commerciaux – Precis Dalloz ,5e ed.,2001,no.833

[5] -ناذر عبد العزيزشافي– مرجع سابق-ص.576

[6] - نجوى ابراهيم البدالي – عقد الإيجار التمويلي- دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية 2005–ص166

أقساط الإيجار التي يلتزم صاحب المشروع بسدادها ، والتي تبدو على أساس أنها توازي ثمن الأشياء مضافا إليها الفوائد والأرباح التي تسعى المؤسسة المالية إلى تحقيقها.[1]

أما من الناحية القانونية فقد استقر الفقه على اعتبار أن عقد الاعتماد الإيجاري ذو طبيعة خاصة ، وأن العقود المسماة سواء كانت تقليدية أم حديثة، لم تستطع أن تجمع كل الجوانب والخصائص المميزة لهذا العقد، وحتى بالنسبة للتسمية التي أطلقت على هذا النوع من العقود ، فلم تتوحد التشريعات في تسمية هذا العقد، فنجد البعض منها يسميه "عقد الائتمان الإيجاري"، والبعض الآخر يسميه"عقد الإيجار التمويلي" أو "عقد الخدمات" كما يطلق عليه أيضا تسمية "إيجار الاستهلاك"، والمشرع الجزائري يسميه "الاعتماد الإيجاري" باعتبار أنه عقد اعتماد من الناحية الاقتصادية ، وعقد إيجار من الناحية القانونية.[2]

فطبقا لما سبق قوله نجد من خصوصيات عقد الاعتماد الإيجاري اعتماده على تداخل العديد من العلاقات القانونية والتعاون الإيجابي بين أكثر من طرفي العقد التقليدي، حيث تتداخل تلك العلاقات بين ثلاثة أطراف أساسيين وهم: الطرف الأول وهو صاحب المشروع أو المستأجر، والطرف الثاني وهو شركة الليزنغ التي تتولى تمويل شراء ما يحتاجه الطرف الأول من تجهيزات أو معدات أو آليات، ثم تقوم بتأجيرها للطرف الأول ضمن شروط وأحكام عقد الليزنغ، أما الطرف الثالث فهو بائع أو مورد تلك الأموال موضوع عقد الليزنغ، بالإضافة إلى ما ينشأ عن تلك العلاقات من حقوق والتزامات ، منها ما يخضع للقواعد العامة للعقود، ومنها ما يخضع لأحكام وقواعد بعض العقود المسماة التقليدية، مع تعديل بعضها بشكل يتلاءم مع مقتضيات عقد الليزنغ، ومنها ما يخضع لقواعد وأحكام خاصة يتميز بها عقد الليزنغ عن غيره من العقود، كحق المستأجر بالرجوع مباشرة على مورد أ وبائع الأموال المستأجرة، بالرغم من عدم وجود علاقة تعاقدية مباشرة بين الطرفين، وهذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون المصري رقم 95/95 التي تنص على أنه:" على المستأجر أن يرجع مباشرة على المورد أو المقاول بجميع الدعاوى التي تنشأ للمؤجر عند العقد المبرم بينه وبين المورد أو المقاول فيما عدا دعوى فسخ العقد وذلك دون إخلال بحقوق المؤجر في الرجوع على المورد أو المقاول في هذا الشأن." وكذلك نصت المادة الخامسة من القانون اللبناني رقم 099/160 المتعلق بالليزنغ على نفس الحكم. [3]

إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الحكم في القانون المتعلق بالاعتماد الإيجاري .

ومن أبرز ما يميز عقد الاعتماد الإيجاري هو حق الخيار الذي تمنحه شركة الليزنغ للمستأجر بموجب العقد ، والذي يتمثل في الخيارات الثلاثة، وهي إما شراء الأموال المؤجرة بالثمن المتفق عليه في العقد مع الأخذ بعين الاعتبار ما تم دفعه من بدلات إيجار، وإما تجديد العقد بشروط جديدة تتناسب مع حالة المأجور وما تم استهلاكه وما تم تسديده من بدلات إيجار، وإما إنهاء العقد ورد الأموال المؤجرة إلى شركة الليزنغ باعتبارها مالكة لها.[4]

ويلعب حق الخيار دورا مهما في تكييف عقد الاعتماد الإيجاري ،إذ يعتبر شرطا أساسيا في وجود هذا العقد، حيث يشترط إعطاء المستأجر حق تملك الأموال موضوع العقد مقابل ثمن متفق عليه تحدد شروطه عند إجراء العقد مع الأخذ بالاعتبار ولو جزئيا بدلات الإيجار المدفوعة، وهذا ما تضمنته المادة الأولى من الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري في

---

[1]- حوالف عبد الصمد- الإطار القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري (الليزنغ) – رسالة ماجستير – جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان-ص.45

[2] حوالف عبد الصمد- مرجع سابق-ص.46

[3]-ناذر عبد العزيزشافي – مرجع سابق-ص578

[4]-نادر عبد العزيزشافي-مرجع سابق-ص.580

الجزائر، وكذلك ما تضمنته المادة الأولى من القانون الفرنسي المتعلق بالليزنغ رقم 455/66 ، والقانون المصري رقم 95/95.

فمن خلال هذه الخصوصية التي يستأثر بها عقد الليزنغ دون غيره من العقود يمكن اعتبار هذا العقد هو عقد مسمى قائم بذاته له تنظيم قانوني خاص يخضع له ويميزه عن العقود المسماة، مع إمكانية تطبيق القواعد القانونية التي تتلاءم مع طبيعة هذا العقد وفقا للقواعد العامة.

واعتبر المشرع الجزائري أن عقد الليزنغ ذو طبيعة خاصة بنصه في المادة 10 من الأمر 09/96 المشار إليه فيما أعلاه بأنه: لا يمكن أن يدعى العقد الإيجاري ، مهما كانت الأصول التي تعلق الأمر بها ومهما كان عنوان العقد ، إلا إذا حرر بكيفية تسمح بالتحقق دون غموض بأنه:

- يضمن للمستأجر الاستعمال والانتفاع بالأصل المؤجر خلال فترة دنيا وبسعر محدد مسبقا، وكأنه صاحب هذا الأصل.
- يضمن للمؤجر قبض مبلغ معين من الإيجار مدة تدعى "فترة غير قابلة للإلغاء"، لا يمكن خلالها إبطال الإيجار إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك،
- يسمح للمستأجر ، في حالة الاعتماد الإيجاري المالي فقط، وعند انقضاء الفترة غير القابلة للإلغاء الخاصة بالإيجار، أن يكتسب الأصول المؤجرة مقابل دفع قيمة متبقية تأخذ بعين الاعتبار الإيجارات التي تم قبضها، في حالة ما إذا يقرر مزاولة حق الخيار بالشراء، دون أن يحد ذلك من حق الأطراف المتعاقدة في تجديد الإيجار لفترة ومقابل قبض إيجار يتفق عليه ، ولا من حق المستأجر في استرجاع الأصل المؤجر عند نهاية الفترة الأولية من الإيجار."

فطبقا لنص المادة السابقة الذكر إذا كان العقد لا يتضمن العناصر السابقة لا يمكن اعتباره عقد اعتماد إيجاري، وبالتالي فإن هذا الأخير لا يمكن تصنيفه ضمن العقود التقليدية كالإيجار أو البيع، وكذلك من خلال الامتيازات التي يقررها هذا العقد بالنسبة لكل من المؤجر والمستأجر.[1]

ونجد نفس الحكم الذي أخذ به المشرع المصري في قانون 95/95 المتعلق بالإيجار التمويلي والقانون 16/2001 المعدل لأحكامه، إذ اعتبر أن عقد الإيجار التمويلي ذو طبيعة خاصة ، ويتضح ذلك من خلال المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الإيجار التمويلي التي جاء فيها:" إذاكانت العلاقات التي تنشأ عن عملية التأجير التمويلي في جملتها هي علاقات مزدوجة ثنائية حيث تقوم على علاقة بين المؤجر الذي يزاول هذا النشاط والمورد أو المقاول الذي يمده بالمعدات أو الآلات ، ثم تقوم علاقة أخرى بين المؤجر والمستأجر، فإن المشروع قد انتهج منهجا يقوم على أن الأصل هو استقلال كل علاقة بأوضاعها وأحكامها، وإن جاز في أحوال خاصة أن تنشأ ثمة علاقات تقتضيها طبيعة النشاط بين المورد والمستأجر."[2]

وبذلك يكون كل من المشرع الجزائري والمصري قد تجنبا الخلافات التي ثارت في الفقه والقضاء الفرنسيين حول تكييف هذا العقد،على اعتبار أن المشرع الفرنسي لم ينظم عقد الاعتماد الإيجاري ، و إنما انصب تنظيمه على

---

[1] - حوالف عبد الصمد- الإطار القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري- الليزنغ- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير 2008-2009- جامعة تلمسان ص.47

[2] - نجوى ابراهيم البدالي-مرجع سابق-ص.167

المشروعات العاملة في هذا المجال ، باعتبارها من مؤسسات الائتمان تاركا الحرية للمتعاقدين الاتفاق على ما يريدون من شروط في العقد لتحقيق مصالحهم، مما دفع الفقه الفرنسي إلى البحث في هذا العقد في إطار عملية الليزنغ، بما تضمنته من عقود أخرى حتى يصل إلى عقد الليزنغ ذاته ، باعتباره يربط المؤجر بالمستأجر فقط ، أما عقد شراء المعدات أو إقامة المنشآت ، فينظم علاقة المؤجر بالمورد أو البائع أو مقاول البناء وليس المستأجر طرفا فيه، أما إذا قام المؤجر بتوكيل المستأجر في التعاقد أو اختيار المال المؤجر ، سواء كان معدات أو إقامة منشآت باختيار الرسوم والنماذج ، فهذا ينظمه عقد وكالة بين المؤجر والمستأجر.[1]

من خلال ما سبق يبدو أن عقد الاعتماد الإيجاري هو عقد مسمى جديد له طبيعته الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود التي يتفق معها في بعض خصائصها كالإيجار والبيع، ويختلف عنها في بعضها الآخر.

خاتمة

نخلص من خلال الدراسة السابقة المتعلقة بتحديد الطبيعة القانونية في الفقه القانوني أنه:

لم يستطع أي تكييف فقهي فرنسي أن يلم بكل الجوانب القانونية لتحديد طبيعة عقد الليزنغ الذي فرضته ظروف اقتصادية على المشاريع التي لم تستطع تمويل نفسها بنفسها، والتي لم تستطع أساليب التمويل التقليدية تمويلها.

وقد لاحظنا عجز العقود التقليدية عن تفسير طبيعة العقد المعقدة لتركيزها على جوانب معينة في العقد وإغفالها للجوانب الأخرى ، حيث رأينا أن جانبا حاول تقريبه من عقد الإيجار فركز على فكرة تمكين المؤجر لصاحب المشروع من الانتفاع بالمال لمدة معينة مقابل أقساط محددة ، بينما ركز جانب آخر من الفقه على انتقال المال في العقد واعتبره عقد بيع ، على الرغم من الاختلاف الواضح بين العقدين، كما ركز من جهة أخرى بعض الفقه على الطابع المركب للعقد وتشابك العلاقات الداخلة في العقد لاعتباره عقدا مركبا.

تم في الأخير الوقوف عند الرأي الفقهي الذي يعتبر عقد الليزنغ هو عقد قائم بذاته له كيانه المستقل والمتميز عن غيره من العقود ، حيث يستقل بأحكام خاصة تلائم طبيعته، كما أنه يستقل عن القوالب العقدية التي يتكون منها، حيث تذوب هذه القوالب في الكيان الجديد والمستقل حتى تتلاءم مع طبيعته.

كما أن كل من المشرع الجزائري والمصري قد توصلا إلى تكييف عقد الاعتماد الإيجاري وذلك بحصر الشروط الذي يجب أن تتوفر فيه حتى يعتبر عقد تأجير تمويلي، وذلك ما تم الإشارة إليه من قبل في المادة 10من الأمر 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري في الجزائر، ومن خلال المذكرة الإيضاحية لمشروع عقد الإيجار التمويلي للقانون رقم 95/95 ، حيث من خلال ذلك اعتبر الاعتماد الإيجاري عقد مسمى قائم بذاته له خصوصيته القانونية والاقتصادية

[1]- حوالف عبد الصمد- مرجع سابق-ص.48

" عقد تحويل الفاتورة سند تجاري أو مجرد ورقة تجارية "

د. بقارسلمى ، أستاذة محاضرة "ب"

كلية الحقوق ، جامعة امحمد بوقرة. بومرداس.

مقدمــة:

تقوم الحياة التجارية على السرعة والائتمان التجاريين، ولذلك كان من الضروري إيجاد الآليات الملائمة لضمان هتان الخاصيتان، فعمد إلى التعامل بما يسمى بالسندات التجارية، وسعت مختف التشريعات – بما فيها التشريع الجزائري- إلى دعم التعامل بهذه الأخيرة وتعزيز الثقة بها وبحمايتها حتى تحظى بالقبول بين المتعاملين في الأسواق وتحل محل النقود في المعاملات التجارية.

حاول المشرع الجزائري تنظيم هذه السندات منذ صدور التقنين التجاري سنة 1975، حيث خصص الباب الرابع منه للسندات التجارية وحصرها في كل من السفتجة والسند لأمر والشيك، وتمثل السندات التجارية التقليدية المتعارف عليها دوليا.

لكن مع انفتاح الجزائر على اقتصاد السوق مطلع التسعينات، حاول المشرع مواكبة هذا الانفتاح بإضافة ثلاث سندات تجارية جديدة لتلك المتعارف عليها، وذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري[1]، والمتمثلة في سند الخزن، سند النقل وعقد تحويل الفاتورة.

كما أضاف إلى هذه المجموعة سنة 2005 ما يسمى ببطاقات الدفع والسحب، بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 6 فبراير 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري[2].

جاعلا بذلك من هذه الصكوك، العقود والبطاقات سندات تجارية بحكم القانون.

ومن بين هذه السندات المستحدثة ينصب اهتمامنا على عقد تحويل الفاتورة كون هذا الأخير أحد عقود الأعمال.

حيث يثار الجدل حول **مدى اعتبار عقد تحويل الفاتورة سندا تجاريا بالمفهوم المتداول؟ بغض النظر عن التصنيف الذي خصه به المشرع الجزائري؟**

بصيغة أخرى، **هل يعد عقد تحويل الفاتورة سندا تجاريا أم مجرد ورقة تجارية؟ وهل وفق المشرع الجزائري في تصنيفه ضمن السندات التجارية؟**

مع الأخذ بعين الاعتبار الملاحظة التي مفادها وجود أزمة مصطلحات في النصوص القانونية والمعاملات اليومية، حيث لابد من التفريق بين السند التجاري والورقة التجارية.

وفي هذا الخصوص لا بد من التوضيح بأنه يقصد بالسندات التجارية تلك الفئة الخاصة من الأوراق التجارية التي أخضعها المشرع لأحكام قانون الصرف، وبيّن أحكامها وإطارها القانوني والتشريعي في القانون التجاري، ولم يترك تنظيمها فقط للعرف[1].

---

[1]- ج ر عدد 27 مؤرخة في 27 أبريل 1993، ص 3.

[2]- ج ر عدد 11 مؤرخة في 09 فبراير 2005، ص 8.

وعليه فإن كل سند تجاري ورقة تجارية، لكن ليست كل ورقة تجارية سند تجاري.

وللإجابة ن الإشكالية المطروحة ارتأينا معالجة الموضوع وفق نقطتين رئيسيتين:

أولا: عقد تحويل الفاتورة ومبادئ قانون الصرف الموحد.

ثانيا: عقد تحويل الفاتورة والسندات التجارية التقليدية.

المبحث الأول: عقد تحويل الفاتورة ومبادئ قانون الصرف الموحد.

سبق التوضيح بأنه يقصد بالسندات التجارية تلك الفئة الخاصة من الأوراق التجارية التي أخضعها المشرع **لأحكام قانون الصرف**، وبيّن أحكامها وإطارها القانوني والتشريعي في القانون التجاري، ولم يترك تنظيمها فقط للعرف، كما بيّنا أنه صنّف عقد تحويل الفاتورة من ضمن هذه السندات في التقنين التجاري.

وسنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى لمحة موجزة عن كل من عقد تحويل الفاتورة وقانون الصرف الموحد في **مطلب أول**، ثم سنحاول إسقاط مبادئ قانون الصرف الموحد على عقد تحويل الفاتورة لاستخلاص مدى صحة تصنيفه في خانة السندات التجارية، كون هذه الأخيرة تخضع لمبادئه في **مطلب ثان**.

المطلب لأول: لمحة عن عقد تحويل الفاتورة وقانون الصرف الموحد

للتمكن من معالجة الموضوع لا بد من التطرق إلى لمحة وجيزة عن عقد تحويل الفاتورة من حيث التطور التاريخي لظهوره، وصولا إلى ضبط تعريف له من خلال الفقة والقانون المقارن والتشريع الجزائري (فرع أول).

كما لا بد من إعطاء لمحة عن قانون الصرف الموحد كونه القانون الذي يحكم السندات التجارية ويجعلها زمرة خاصة من الأوراق التجارية (فرع ثاني).

الفرع الأول: لمحة عن عقد تحويل الفاتورة

عقد تحويل الفاتورة من عقود الأعمال التي أوجدتها العقود والأعراف المستقرة في الساحة التجارية للاستجابة لحاجات المتعاملين فيها كوسيلة يراد بها المساهمة الفعلية والفعالة في رفع المستوى التجاري داخليا وخارجيا من خلال ما تقدمه مؤسسة تحويل الفواتير للمشروعات التجارية والصناعية من تمويل في شكل تعجيل لحقوقها على زبائنها قبل حلول أجل الاستحقاق[2].

يُعتبر عقد تحويل الفاتورة ترجمة للمصطلح الفرنسي "Affacturage"، وللمصطلح الإنجليزي "Factoring"، بينما يُستخدم في المشرق مُصطلح "وكالة تسويق" و"عقد الفاكتورينغ". وفي الجزائر أُستعمل مصطلح "عقد تحويل الفاتورة " في القانون التجاري، أما المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي فقد استخدم مصطلح "الفوترة الخارجية" في تقريره لسنة 2000 الخاص بمشروع إصلاح المنظومة المصرفية[3].

---

[1]- حمزي اعمر، السندات التجارية في منظور المشرع والتاجر الجزائريين- رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري- تيزي وزو- كلية الحقوق والعلوم السياسية، 20 جوان 2013.

[2]- موساسب زهير، ملائمة عقد تحويل الفاتورة لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة- المجلة الأكاديمية للبحث القانوني- جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية- مجلة سداسية محكمة: السنة الثالثة/المجلد 06/عدد 02-2012، ص: 188.

[3]- بن طلحة صليحة، معوشي بوعلام، مداخلة بعنوان: دور عقد تحويل الفاتورة في تمويل وتحصيل الحقوق، الملتقى الدولي حول: سياسات التمويل وأثرها على الإقتصاديات والمؤسسات-دراسة حالة الجزائر والدول النامية- بسكرة أيام 21 - 22 نوفمبر 2006، غير منشور، ص: 4.

إن الهدف الأساسي الذي كان وراء ابتكار نظام الفاكتورينغ (تحويل الفاتورة) هو حاجة المشاريع إلى السيولة النقدية اللازمة لتسيير نشاطاتهم أو توسيعها أو تطويرها، رغم امتلاكهم لديون مترتبة لهم بذمة مدينيهم. وتلك الديون تكون إما غير مستحقة، وإما ديونا مترتبة على مدينين يقيمون في بلد آخر، وتحتاج إلى وقت وإجراءات لتحصيلها.

وتقوم فكرة عقد الفاكتورينغ (عقد تحويل الفاتورة)، بشكل مبسط، على التزام الدائن بأن يقدم لمؤسسة الفاكتورينغ (الشركة الوسيط في القانون الجزائري) كافة فواتيره وديونه التجارية المترتبة له بذمة مدينيه، فتقوم هذه المؤسسة بانتقاء الفواتير والديون التي ترى إمكانية في تحصيلها أو عدم تعرضها كليا لمخاطر عدم تسديد المدين، تبعا لعدم مصداقيته، أو لضعف وضعه المالي والتجاري، أو عجزه كليا أو جزئيا عن تسديد الدين بتاريخ استحقاقه.

وإذا وافقت مؤسسة الفاكتورينغ على كل أو بعض تلك الديون، تقوم بشرائها لقاء تعجيل قيمتها للدائن قبل تاريخ استحقاقها، مقابل نسبة معينة من تلك الديون، وحقها في الحلول محل الدائن تجاه مدينيه، وضمان عدم الرجوع على الدائن في حالة عدم التحصيل، إضافة إلى تقديم بعض الخدمات الإدارية والقانونية والمعلوماتية لمصلحة الدائن.

وقد تبنى المشرع الجزائري عقد الفاكتورينغ بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، تحت تسمية " **عقد تحويل الفاتورة** "- كما سبق توضيحه- مبينا أنه عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة. تسمى "وسيط" محل زبونها المسمى "المنتمي"، عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج عن عقد، وتتكفل بتبعية عدم التسديد، وذلك كقابل أجر.

وأخضع هذا العقد لمبدأ سلطان الإرادة، حيث نص ذات المرسوم أن الوسيط والمنتمي ينظمان بكل حرية، وعن طريق الاتفاق، الكيفيات العملية لتحويلات الدفعات المطابقة لحواصل التنازل.

فيما حدد شروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفواتير بموجب المرسوم التنفيذي رقم 95-331 المؤرخ في 25 أكتوبر 1995[1].

الفرع الثاني: لمحة عن قانون الصرف الموحد[2]

يقصد بقانون الصرف الموحد التي الأحكام الموحدة المتعلقة بالسندات التجارية، والتي تضمنتها اتفاقيات مؤتمري جنيف الدوليين لسنتي 1930 و 1931، حيث أقر المؤتمران على التوالي مايلي:

- مؤتمر جنيف لعام 1930، أقر ثلاث اتفاقيات:

الأولى: تتعلق بالسند الإذني والسفاتج.

الثانية: القواعد التي يجب تطبيقها في حال تنازع القوانين.

الثالثة: تبحث في رسم الطابع المتعلق بهذه السندات.

- مؤتمر جنيف لعام 1931: وقعت فيه ثلاث معاهدات خاصة بالشيك، تماثل المعاهدات المتعلقة بالسفتجة والسند الإذني.

---

[1]- ج ر عدد 64 المؤرخة في 29 أكتوبر 1995، ص18.

[2]- سلمى بقار، محاضرات القانون التجاري- السندات التجارية- الملقاة على طلبة الحقوق سنة رابعة كلاسيك، جامعة امحمد بوقرة- كلية الحقوق بودواو، للسنة الدراسية 2011-2012، غير منشور، بدون صفحات.

فكل الدول التي حضرت المؤتمران وقبلت بالتوقيع على هذه الاتفاقيات، عمدت إلى تعديل تشريعاتها الداخلية بما يتفق والقواعد الموحدة التي أقرتها، وهكذا توحدت الأحكام الخاصة بالسفتجة والسند لأمر والشيك في أغلب البلدان تفاديا لتنازع القوانين وتسهيلا للمعاملات التجارية القائمة على السرعة والائتمان.

أما الجزائر فقد أخذت بمبدأ توارث الدول[1]، حيث ورثت أحكام قانون الصرف الموحد من القانون الفرنسي كونها كانت مستعمرة فرنسية.

وتتلخص مبادئ قانون الصرف الموحد في:

- مبدأ الكفاية الذاتية
- الشكلية
- مبدأ استقلال التواقيع
- مبدأ تطهير الدفوع
- رعاية حقوق حامل السند
- شدة أو قسوة تنفيذ الالتزام الصرفي

والتي ستعنى بالشرح والتفصيل في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: مدى تطبيق مبادئ قانون الصرف الموحد على عقد تحويل الفاتورة

تتلخص مبادئ قانون الصرف الموحد في: مبدأ الكفاية الذاتية، الشكلية، مبدأ استقلال التواقيع، مبدأ تطهير الدفوع، رعاية حقوق حامل السند، شدة أو قسوة تنفيذ الالتزام الصرفي.

والسؤال المطروح يتمثل في مدى تطبيق هذه المبادئ على عقد تحويل الفاتورة، باعتبار أن المشرع الجزائري اعتبره من قبيل السندات التجارية؟

للإجابة عن هذا السؤال لابد من دراسة كل مبدأ على حدا، والنظر في مدى إمكانية توافقه وتطبيقه مع عقد تحويل الفاتورة.

1- **مبدأ الكفاية الذاتية:** وهي أن يكون السند كافيا بذاته للدلالة على نفسه، وذلك بتضمنه جميع البيانات الإلزامية المنصوص عنها قانونا دون الحاجة إلى إثباته.

وقد تضمن القانون التجاري الجزائري عند تنظيمه السندات التجارية تبيان بدقة البيانات الواجبة التوافر في كل سند تجاري تحت طائلة البطلان في حالة التخلف أو عدم الصحة، من سفتجة، شيك سند لأمر، عقد النقل، عقد الخزن جاعلا منها سندات تتمتع بالكفاية الذاتية، حيث أن مجرد الإطلاع عليها كاف للدلالة عليها دون الحاجة إلى إثباتها، لاسيما أنه ركز في بعضها على ذكر تسمية السند على متنه تحت طائلة البطلان أو التحول إلى مجرد اعتراف بالدين، كتسمية سفتجة أو شيك...إلخ، فهي بيانات إلزامية.

[1]- د. صبحي عرب- محاضرات في القانون التجاري- الأسناد التجارية: الشيك، السفتجة، السند لأمر، منشورات الأندلس، الجزائر، دون سنة نشر، ص 24.

غير أنه أغفل ذكر هذه البيانات في عقد تحويل الفاتورة، والنص على إلزامية توافرها، أو تضمين العقد تسمية عقد تحويل لفاتورة تحت طائلة البطلان، واكتفى بالنص على تسمية أطراف العقد لا غير حيث سمى الشركة المتخصصة بـ" الوسيط"، وزبونها بـ" المنتمي"، بموجب المادة 543 مكرر 14 ق ت.

مما يستوجب الاستنتاج أن عقد تحويل الفاتورة يفتقد إلى الكفاية الذاتية التي تتمتع بها باقي السندات التجارية، سواء التقليدية أو المستحدثة بموجب المرسوم التشريعي 93-08.

2- **الشكلية:** هي شكلية بسيطة لا تتعارض مع المعاملات التجارية، وإنما على السند أن يكون مكتوبا ومتضمنا لبياناته. والشكلية للصحة وليس للإثبات لأن الإثبات في المواد التجارية يكون بكافة الطرق.

فيما نص القانون التجاري على اعتبار السفتجة، السند لأمر والشيك وكذا سند الخزن وسند النقل محررات مكتوبة بموجب المواد 391، 465، 477، 543 مكرر، 543 مكرر 8 منه على التوالي، إلا أنه لم يبين طبيعة عقد تحويل الفاتورة حيث نص أن عقد تحويل الفاتورة عقد، ودون أن يفرض بيانات الزامية معينة في هذا العقد على غرار باقي السندات.

وبالتالي لم يفرض المشرع شكلية معينة لهذا العقد، وعليه يفتقد عقد تحويل الفاتورة لثاني مبدأ من مبادئ قانون الصرف وهو الشكلية.

3- **مبدأ استقلال التواقيع:** هذا يعني أن كل من وضع توقيعه على السند فإنه ملزم شخصيا بوفاء قيمته متى طولب بها، ودلك في حالة تخلف المدين الأصلي على الوفاء في ميعاد الاستحقاق.

ويرتبط هذا المبدأ بمبدأ آخر وهو انتقال السندات التجارية من شخص إلى آخر عن طريق التظهير، وإن خضعت جل السندات التجارية لهذا المبدأ والذي يعد الطريق التجاري لانتقال الحقوق، فإن عقد تحويل الفاتورة لا ينتقل عن طريق التظهير ولا يخضع بذلك لمبدأ استقلال التواقيع

وعليه فإن عقد تحويل الفاتورة لا يخضع أيضا لثالث مبدأ من مبادئ قانون الصرف الموحد وهو استقلال التواقيع.

4- **مبدأ تطهير الدفوع:** يتفرع عن مبدأ استقلال التواقيع مبدأ تطهير الدفوع، والمقصود به انتقال الحق الثابت في السند التجاري من المظهر إلى المظهر إليه تظهيرا تاما خاليا من العيوب التي قد تشوب العلاقات القانونية التي تربط الموقعين السابقين على السند التجاري، وقد تقرر هذا المبدأ حتى يطمئن الحامل الحسن النية ولا يفاجئ بأي دفع ناشئ عن علاقات لا يعلمها.

وطالما ينتقل عقد تحويل الفاتورة عن طريق التظهير فلا مجال لإعمال مبدأ تطهير الدفوع بالنسبة إليه، وبالتالي على غرار سابقيه لا يطبق هذا المبدأ على عقد تحويل الفاتورة.

5- **رعاية حقوق حامل السند:** عنى قانون الصرف الموحد الحامل بحماية كبيرة تتمثل في مجموع الضمانات المخولة له والمتمثلة في: مسؤولية سائر الموقعين بالتضامن على وفاء قيمة السند للحامل، مقابل الوفاء، قبول المسحوب عليه...إلخ.

لا يشمل عقد تحويل الفاتورة على هذه الضمانات، كونه لا يخضع للقبول، ولا ينتقل بالتظهير بين عدة موقعين فلا يعنى بتضامن هؤلاء لوفاء قيمته في تاريخ الاستحقاق،...إلخ

6- **شدة أو قسوة تنفيذ الالتزام الصرفي**: يشتمل قانون الصرف على قواعد قانونية تتصف بالحزم والشدة، وتهدف غلى الضغط على المدين والدائن معا لضمان الوفاء بالالتزام الصرفي، وتمكين السند التجاري من أداء دوره في خدمة الحياة التجارية، ومن أهم مظاهر هذه القسوة:

- التزام المدين بدفع قيمة السند التجاري في تاريخ الاستحقاق مهما كانت ظروفه واستبعاد جواز منحه مهلة قضائية للدفع (كما هو الحال في القواعد العامة) نظرا لما تستلزمه المعاملات التجارية من سرعة وائتمان.
- فرض مبدأ التضامن على جميع الموقعين خلافا لما هو عليه الحال في القانون المدني.
- جواز توقيع الحجز التحفظي على جميع منقولات المدين. إضافة إلى العقوبات الجزائية التي يعرفها الشيك في حالة إصدار شيك بدون رصيد.
- الالتزام بمطالبة المدين بالوفاء في تاريخ الاستحقاق دون تأخير أو تماطل، وفي حالة امتناعه عن الدفع أمكن شهر إفلاسه إذ أنه متأخر عن دفع دين تجاري.
- الالتزام بتنظيم احتجاج عدم القبول.
- الالتزام بإخطار الملتزمين بالسند عند عدم وفاء المسحوب عليه في تاريخ الاستحقاق.
- الالتزام بالقبول الجزئي.
- الالتزام برفع دعوى الرجوع على الملتزمين بالسند عند الامتناع عن الوفاء خلال فترة بسيطة تحت طائلة السقوط بالتقادم.

إن أغلب هذه المظاهر لا يمكن تصورها بالنسبة لعقد تحويل الفاتورة كون هذا الأخير عقد يختلف من حيث أطرافه وطبيعته عن باقي السندات التجارية، كما سبق توضيحه بالنسبة لمختلف المبادئ المدروسة.

ومنه نستخلص أن عقد تحويل الفاتورة لا يمكن أن يخضع لمبادئ قانون الصرف الموحد والتي تعتبر القانون المرجعي المطبق على السندات التجارية.

المبحث الثاني: عقد تحويل الفاتورة وباقي السندات التجارية

إن للسندات التجارية خصائص ووظائف تجعلها متميزة عن باقي الأوراق التجارية، وتضفي عليها حماية قانونية لا تتمتع بها هذه الأخيرة، حيث يعنى القانون التجاري بحماية السند التجاري والحق المنبثق عنه أكثر من حمايته لأطراف هذا الأخير حماية للمعاملات التجارية والسرعة والائتمان القائمة عليها.

وإن مجمل خصائص السندات التجارية تمكننا من تمييزها عن بعض الأوراق التجارية التي تتكامل معها في إتمام العملية المصرفية وتسوية علاقات المديونية، ويتجلى هذا التمييز على الخصوص في الجوانب الشكلية التي عمد المشرع إلى تبيانها وتحديدها تحديدا دقيقا في السندات التجارية، بالإضافة إلى محلها، ودورها في المعاملات التجارية والأهم قابليتها للتداول بالطرق التجارية.

فهل يتمتع عقد تحويل الفاتورة بنفس هذه لخصائص والوظائف ليحظى بنفس الحماية؟ ويعد بحق سندا تجاريا وفقا لما كيّفه المشرع الجزائري؟

لإمكانية الإجابة عن هذا التساؤل لابد من التطرق إلى خصائص السندات التجارية ومحاولة إسقاطها على عقد تحويل الفاتورة في (**مطلب أول**)، ثم التطرق إلى وظائف السندات التجارية وإسقاط هذه الأخيرة على عقد تحويل الفاتورة في (**مطلب ثاني**)

المطلب الأول: مدى خضوع عقد تحويل الفاتورة لخصائص السندات التجارية

تتصف السندات التجارية بمجموعة من الخصائص نلخصها فيما يلي[1]:

1- **السندات التجارية صكوك تمثل حقا نقديا:** تمثل السندات التجارية دائما حقا مقدرا بمبلغ من النقود، لأن الصكوك التي تتضمن دفع مبلغ معين من النقود في أجل معين هي وحدها التي تصلح أن تكون بديلا للنقود في المعاملات، وتتمتع بحق التداول بين الناس.

وإن كان محل السندات التجارية هو مبلغ محدد من النقود دائما، فإن محل عقد تحويل الفاتورة بالنسبة للمنتمي، يتمثل في الحق الثابت في الفاتورة، أي نقل ملكية هذا الحق من المنتمي إلى الوسيط، كما أن محل العقد بالنسبة للوسيط هو التزامه بتعجيل قيمة الحق الثابت في الفاتورة، وغيرها من الالتزامات الأخرى، حيث أن المحل في هذه الحالة لا ينحصر في قيمة الدين، حيث يناط بعقد تحويل الفاتورة ثلاثة أنواع من الخدمات: التمويل المباشر والمرن، تسيير حسابات الزبائن، الوقاية والضمان من مخاطر عدم التسديد[2].

غير أنه بما أن محل الالتزام يدور حول الدين الثابت في الفاتورة، فإنه يشترط لصحة التزام الطرفين أن يكون هذا الدين موجودا ومحددا وتجاريا[3].

2- **السندات التجارية صكوك مستحقة الدفع بمجرد الاطلاع عليها، أو لأجل قصير:** ويستطيع حاملها أن يحصل على قيمتها بمجرد الإطلاع كالشيك، أو عن طريق خصمها لدى المصارف.

أما بالنسبة لعقد تحويل الفاتورة فنميّز نوعين من العقود من حيث طبيعة الوفاء[4]، تقوم أولاها على **عقود تحويل الفاتورة المعجلة الوفاء:** وهي الأكثر عملا بها ، وتقوم على فتح اعتماد مالي متحرك من قبل الوسيط للمنتمي، بحيث تختلف قيمة هذا الاعتماد بحسب اتفاق أطراف العقد، يمكن للمنتمي أن يحول حقوقه في حدود الاعتماد الممنوح له، ويقوم الوسيط بأداء ثمن هذه الحقوق للمنتمي بمجرد حصول عملية التحويل أي قبل حلول أجل استحقاق الدين.

في حين بالنسبة لثانيها والمتمثلة في **عقود تحويل الفاتورة لأجل:** لا يقوم الوسيط فيها بفتح اعتماد للمنتمي وبالتالي لا يقوم بأي وفاء معجل لحقوق المنتمي وإنما يكون الوفاء بعد حلول أجل استحقاق هذه الحقوق.

3- **السندات التجارية يجب أن يجري العرف على قبولها كأداة وفاء:** تقوم مقام النقود في المعاملات.

في حين يعد عقد تحويل الفاتورة من عقود الأعمال التي أوجدتها العقود والأعراف المستقرة في الساحة التجارية للاستجابة لحاجات المتعاملين فيها كوسيلة يراد بها المساهمة الفعلية والفعالة في رفع المستوى التجاري داخليا وخارجيا من خلال ما تقدمه مؤسسة تحويل الفواتير للمشروعات التجارية والصناعية من تمويل في شكل تعجيل لحقوقها على زبائنها قبل حلول أجل الاستحقاق، وبالتالي فهي أدات تمويل للمشاريع وليس للحلول محل النقود في المعاملات .

---

[1]- صبحي عرب، المرجع السابق، ص: 8-10 (بتصرف).

2- موساسب زهير، المرجع السابق، ص 195-198.

3- ميلاد عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة- أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بقايد – كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2011-2012، ص 162.

4- ميلاد عبد الحفيظ، نفس المرجع، ص 42-43.

4- **السندات التجارية صكوك قابلة للتداول بالطرق التجارية:** فهي تنتقل بطريق التظهير إذا كانت إذنية، أو عن طريق التسليم إذا كانت للحامل...إلخ، وقابلية السندات التجارية هي التي تحقق انتقالها السريع من يد لأخرى وتجعلها تحل محل النقود في المعاملات.

ولا ينتقل عقد تحويل الفاتورة بالظهير أيا كان شكل هذا التظهير، وهي أهم ميزة للسندات التجارية والتي يستحيل تطبيقها على هذا الأخير.

5- **السندات التجارية صكوك خاضعة لشكلية معينة:** وهي ضرورة توافر الشكل الذي حدده القانون بتوافر البيانات الواجب ذكرها في كل سند قانونا، وعلى ذلك فإن هذه السندات لا تنشأ إلا بالكتابة، والكتابة شرط للإنشاء والصحة وليس لإثبات. والحكمة من هذه الشكلية هو تحديد الالتزامات الثابتة بالسند التجاري، بحيث يكون هذا الأخير كافي كفاية ذاتية.

في حين لا يوجد في القانون الجزائري ولا في القوانين المقارنة، نصوصا قانونية تحدد شكليات معينة يتعين أن يبرم عقد تحويل الفاتورة وفقها، مما يجعلنا نكيف هذا العقد ضمن العقود الرضائية التي تقوم على أساس التراضي، لعدم وجوب كتابته خطيا، لا بسند عادي ولا بسند رسمي. ولكن رغم الطابع الرضائي لهذا العقد، إلا أن العرف والممارسات التجارية استقرت على ضرورة كتابة هذا العقد لحماية وإثبات الحقوق والالتزامات الثابتة فيه، والكتابة هنا لا تعدو أن تكون وسيلة للإثبات وليس لصحة الانعقاد، ومن ثمة لا يترتب أي جزاء على تخلف الكتابة في عقد تحويل الفاتورة[1].

واشترط المشرع بنص المادة 543 مكرر 15 ق ت تبليغ المدين بنقل حقوق الديون التجارية إلى الوسيط بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام، ولا تعد سوى شكلية لنفاذ العقد في حق المدين وليس لإنشاء العقد في حد ذاته.

وإذا كان عقد تحويل الفاتورة لا يخضع لشكلية معينة بصفة عامة، إلا أنه يخضع للشروط الشكلية التي تفرضها حوالة الحقوق إذا كان موضوع العقد سندات تجارية، فهو يخضه للشروط الشكلية التي تخضع لها عملية انتقال الحقوق أو الديون من الدائن (المنتمي) إلى الوسيط، مع الحفاظ على وجوب أن تكون عملية الانتقال بسيطة وسريعة وصحيحة[2].

6- **ثبوت الالتزام في السندات التجارية:** حيث يجب أن يكون الالتزام ثابتا في السند ويتمثل ذلك في تعيين مبلغ النقود تعيينا تنتفي معه الجهالة، مستحق الدفع في تاريخ معين أو قابل للتعيين، وعلى السند أن لا يحمل التزاما معلقا على شرط.

في حين تنص المادة 543 مكرر 17 ق ت على تنظيم الوسيط والمنتمي بكل حرية، وعن طريق الاتفاق، الكيفيات العملية لتحويلات الدفعات المطابقة لحواصل التنازل.

المطلب الثاني: عقد تحويل الفاتورة ووظائف السندات التجارية

1- نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكتورنغ (عقد شراء الديون التجارية) (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، الطبعة الأولى، 2005، ص 45-46.

2 -Christian GAVALA, AFFACTURAGE, Encyclopedie Dallos-com, 1996 –I-A-B, p5, n:36.

تتلخص وظائف السندات التجارية في أربع وظائف رئيسية[1] سنحاول إسقاط وظائف عقد تحويل الفاتورة عليها لاستخلاص مدى التطابق بينها، وتتمثل في:

1- **السندات التجارية أدوات إئتمان:** لأنها تحرر لأجل قصير، فتسهل للمشتري شراء ما يلزمه من السلع دون أن يكون مضطرا لدفع قيمتها آن الشراء، وهي تساعد البائع على تصريف بضاعته نتيجة التسهيلات التي يمنحها للمشتري في دفع القيمة، وإذا كان البائع بحاجة إلى النقود فإنه لا ينتظر حلول أجل السند للحصول على النقود، بل يمكن أن يلجأ إلى تظهير السند لشخص آخر للحصول عليها، وهكذا دواليك حتى يحل أجل الاستحقاق فيطالب الحامل الأخير.

إن كانت هذه هي الوظيفة الائتمانية للسندات التجارية، فإن جميع الفقهاء يشددون على الأهمية التمويلية لعقد تحويل الفاتورة، لأن "الوسيط" يقدم خدمة ائتمانية إلى "المنتمي" قبل حلول أجل استحقاق الديون موضع العقد أو قبل تحصيلها.

ويسمح عقد تحويل الفاتورة بحصول "المنتمي" على حقوقه المالية أو جزء كبير منها عبر تعجيلها من الشركة "الوسيط " التي تأخذ على عاتقها حقوق ومهمة تحصيلها، وبذلك يرتفع عن "المنتمي" عبء القيام بتحصيل الديون المالية ويتولى أحد المحترفين " الوسيط" دور القيام بتلك المهمة المالية وكل ما تتطلبه من إجراءات إدارية وقانونية وقضائية[2].

وإن منح الائتمان للعميل أو لمنتمي في عقد تحويل الفاتورة، يتم بضمان حقوق المدين قبل مدينه، ويتمثل هذا الضمان في نقل ملكية هذه الحقوق غلى مؤسسة الشراء، فنقل ملكية الحقوق، لا يؤدي وظيفة الضمان بالمعنى التقليدي في قانون التأمينات، بل يهدف إلى إلغاء وتقليل المخاطر التي تتعرض لها المؤسسة في استرداد الائتمان[3].

2- **السندات التجارية أدوات لنقل النقود:** من مزايا السندات التجارية أنها تساعد على نقل النقود من مكان إلى مكان آخر دون تحريك النقود ماديا، فتخفف بذلك من صعوبة نقلها، وخطر سرقتها، واجتناب مصاعب تحويلها إلى نقود أجنبية.

ويلعب عقد تحويل الفاتورة هذا الدور أيضا إلى حد ما، لكنها ليست مهمته الأساسية.

3- **السندات التجارية أدوات وفاء:** توفى بها الديون المستحقة في آجال قصيرة، وإن كانت هذه الأخيرة أدوات وفاء فإن عقد تحويل الفاتورة من العقود التي تبتكر أسلوب جديد من أساليب التمويل الحديثة، لأن الهدف منه تأمين التمويل المطلوب للدائنين الذين يملكون ديونا غير مستحقة أو ديونا تواجهها بعض عقبات التحصيل، أي تسييل الديون المجمدة. ويعتبر بعض الفقهاء الفرنسيين أن عقد تحويل الفاتورة يؤمن ثلاث خدمات[4]:

- **خدمة عمل:** تتمثل في قيام الوسيط بتحصيل الديون بدلا من المنتمي.
- **خدمة مالية:** تتمثل في الوفاء بقيمة الديون قبل تحصيلها.

1- صبحي عرب، المرجع السابق، ص 6-8 (بتصرف).

2- نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 122-123.

3- ميلاد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 35.

4- نادر عبد العزيز شافي، نفس المرجع، ص 122.

- **خدمة تأمينية:** تتمثل في تجنيب المنتمي خطر عدم تسديد الدين.

4- **السندات التجارية أدوات لتنفيذ عقد الصرف المسحوب:** لم ينص المشرع صراحة على إمكانية تنفيذ هذا العقد، لكن طالما ينظم الوسيط والمنتمي بكل حرية، وعن طريق الاتفاق، الكيفيات العملية لتحويلات الدفعات المطابقة لحواصل التنازل، فإن ليس هناك ما يمنع أن يكون عقد تحويل الفاتورة أداة لتنفيذ عقد الصرف المسحوب .(change tire).

خاتمـة:

عقد تحويل الفاتورة من عقود الأعمال الخاضعة لمبدأ سلطان الإرادة، لكنه لا يعد من السندات التجارية كونه لا يخضع لمبادئ قانون الصرف الموحد الذي يحكم هذه الأخيرة من جهة، ولا يتميز بخصائص هذه الأخيرة ولا يؤدي نفس الوظائف المنوطة بها من جهة ثانية. فهو وإن اعتبر ورقة تجارية، كون محله دينا تجاريا إلا أن ذلك لا يسمو به إلى مصاف السندات التجارية. إنما يعد عقد تحويل الفاتورة عقدا ائتمانيا ذو طابع خاص، وليس سندا تجاريا، فهو لا يتداول عن طريق التظهير، الذي يعد الطريق التجاري لانتقال الحقوق، ولا يمكّن الوسيط من الرجوع على المنتمي في حالة عدم سداد المدين للديون، وهما من أهم مميزات السندات التجارية.

رغم ذلك طبع عليه المشرع الجزائري صفة السند التجاري بقوة القانون، ويعاب على المشرع الجزائري ذلك، إذ أنه انتهج نهجا لم يسبقه إليه أحد من الفقه أو التشريع المقارن، عندما أضفى صفة السند التجاري على عقد تحويل الفاتورة بموجب أحكام القانون التجاري.

وبالتالي نخلص إلى القول بأن عقد تحويل الفاتورة ورقة تجارية وليس سندا تجاريا، والمشرع الجزائر مخطئ في تصنيفه.

مكانة عقد الاعتماد الايجاري بين "مبدأ سلطان الإرادة" و" موضوعية الإرادة التعاقدية

د. بن بريح امال ، أستاذة محاضرة "أ"
كلية الحقوق ، جامعة " علي لونيسي" البليدة 2.

مقدمة:

لما كانت عملية التطوير بحاجة إلى المقدرة المالية العالية والتي هي غالبا ما تكون عقبات تواجه أصحاب المشاريع, بحيث يعتبر التمويل من المسائل الأساسية التي شغلتهم ولا تزال تشغل اهتمام الأشخاص والمؤسسات والشركات والحكومات في مختلف القطاعات الإنتاجية والاقتصادية والمهنية، خاصة في عصرنا الحالي، الذي يشهد ثورة في التطور التكنولوجي المتسارع ودخول العالم نظاما جديدا لا يقف عند حدود جغرافية أو اجتماعية أو سياسية ، فتلاشت الحدود وحلت العولمة على جميع الأصعدة ، وأصبحت الشركات والدول تدير أعمالها و مشاريعها عن بعد بسهولة و إتقان .

هكذا كان التمويل بمثابة الضالة التي ينشدها جميع الأشخاص، طبيعيين أو معنويين على حد سواء، إذ يشكل أبرز عوامل النجاح والاستمرار، فلا يمكن لأي كان أن يقوم بأي مشروع ما لم يتوفر لديه العنصر المالي الكافي، حيث أن قرار الاستثمار هو في حقيقته قرار مالي بالدرجة الأولى. وما أن وسائل التمويل التقليدية، لم تعد قادرة على مسايرة الحياة التجارية والصناعية التي تتميز بالتغيرات الدائمة وبالتقدم التكنولوجي الذي لا يتوقف. فقد بدأ البحث عن وسائل تمويل بمفاهيم قانونية جديدة تلعب دور الوسيط بين كافة الأطراف لتأمين متطلباتهم، وحمايتهم ومساعدتهم على الالتحاق بما يستلزمه الواقع العملي والبيئة التجارية من تطور.

لذا واستجابة لطلب لم تتم تلبيته من وسائل التمويل التقليدية ظهر عقد الاعتماد الايجاري (الليزنغ) الذي يعتبر تقنية حديثة للتمويل، من ابتكار الفكر التمويلي و القانوني.

ومن بين أهم التعريفات الفقهية الكثيرة التي عرفت عقد الاعتماد الايجاري أنه: (عمليات تأجير أدوات إنتاجية أو مجموعة عقارات مختارة من طرف المستأجر، و مشتراة أو مبنية لهذا الغرض من طرف المؤسسة المالية المؤجرة ،وبناء على طلب المستأجر مقابل بدل الإيجار، على أن يبرم العقد لمدة طويلة تعادل العمر الاقتصادي المفترض للأصل المؤجر ،ويقوم المستأجر عند نهاية مدة العقد إما بإرجاع الأصول المؤجرة ، أو شراء هذه الأصول بثمن يراعى فيه الأقساط المدفوعة خلال مدة الإيجار،أو تجديد العقد بشروط جديدة) [1].أما بالنسبة للتعريفات التشريعية فقد عرفه المشرع الجزائري من خلال نص المادة الأولى من الأمر96-09 المنظم لعقد الاعتماد الايجاري [2].

---

[1] - A. Boudiot ; JC Frabort : Techniques et pratiques bancaires, 1978، Paris ، P296.

[2] . المؤرخ في 10يناير1996,الجريدة الرسمية رقم 25 العدد3.و التي تنص على: (يعتبر الاعتماد الايجاري موضوع هذا الأمر، عملية تجارية ومالية:. يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب، أشخاصا طبيعيين كانوا أو معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر..وتتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية).

علما أن هذا العقد يعد عملية جد معقدة، والسبب في ذلك أنها تنتج عن انصهار عدة تقنيات قانونية وليس عن طريق جمعها وهذا التعقيد ليس فقط طابعا بل طبيعة، مما يجعله ينفرد بعدة خصائص تميزه عن غيره من العقود، نذكر منها: أنه ذو طابع ثلاثي، ومالي، و قيامه على الاعتبار الشخصي، ولعل أكثر ما يميزه أنه يتميز بحق الخيار في نهايته[1].

كان هذا تعريف موجز لعقد الاعتماد الايجاري، وتعداد فقط لأهم خصائصه، ذلك أن موضوع مقالنا هذا ليس مفهوم هذا العقد بل محاولة تسليط الضوء على أثاره و مدى احترام التوازن العقدي فيه.حيث ما تجدر الإشارة إليه هو أن هناك إشكالات عملية تحد من تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في عقد الاعتماد الايجاري لصالح المؤجر و على حساب المستأجر مما يخلق نوعا من عدم التوازن بين حقوق و التزامات طرفيه. ويقضي على كل تكافؤ يمكن أن يتصور في العلاقات التعاقدية بين المؤجر التمويلي و المستأجر التمويلي لصالح الأول وعلى حساب الثاني.

فهل فعلا هناك ما يبرر الإخلال بالتوازن العقدي عند إبرام هذا العقد و تنفيذه وجعله يقترب من عقود الإذعان أم أن هذا يدخل ضمن ما أصبح يسمى بـ" موضوعية الإرادة التعاقدية " ؟

هذه الاشكالية سيتم الاجابة عليها و مناقشتها من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: الأثار المترتبة على المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري و مدى تأثيرها على التوازن العقدي.

المبحث الثاني: الأثار المترتبة على المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري و مدى تكافئها مع حقوق و إلتزامات المؤجر.

المبحث الأول: الأثار المترتبة على المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري و مدى تأثيرها على التوازن العقدي.

للبحث في مدى تكافؤ حقوق و التزامات طرفي عقد الاعتماد الايجاري، لابد أولا من التطرق للآثار المترتبة على طرفيه،و التي يمكن التعرف عليها من خلال الهدف الذي وجد من أجله ، هذا باعتباره أحد وسائل التمويل الحديثة، إذ يجب العلم بأن ابتكار هذا العقد جاء لتأمين الضمانات الكافية للمؤجر، وذلك عن طريق رفع أكبر قدر من المسؤولية عنه وتخفيف الواجبات التي يتحملها المؤجر العادي، مع إعطائه الوسائل اللازمة لضمان حقوقه وفسح المجال أمامه لتحقيق الفوائد المالية التي يريد الحصول عليها من وراء دخوله في عملية الاعتماد الايجاري.

وفي مقابل ذلك يجب النظر إلى الموقع القانوني الذي رضي به المستأجر من أجل حصوله على التمويل اللازم لمشروعه وتلبية احتياجاته، فتحمل بعض الالتزامات التي تكون عادة ملقاة على عاتق المؤجر في عقود الإيجار العادية، وتخلى عن بعض الحقوق التي تمنحها له تلك العقود. وهل فعلا رضي بهذا الموقع أم كان مرغما ؟، وفي هذه الحالة لا وجود لإرادته في هذا العقد و بذلك نكون أمام عقد إذعان لا عقد إعتماد ايجاري. هذا ما سيتم التطرق له من خلال هذا المبحث.

---

1. لأكثر تفصيل حول خصائص عقد الاعتماد الايجاري يمكن مراجعة مايلي:

. د/ هاني محمد دويدار: النظام القانوني للتأجير التمويلي، دراسة نقدية في القانون الفرنسي, الطبعة الأولى،دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة ، 1994، ص 484 .

Gvalda CI et Ouffet : Droit bancaire, Institutions- Comptes- Oprérations services Ed, 1992، N°5O3.et Didier R Martin : Crédit-bail mobilier , location et possession du bien loué et revendu, JCP1998، P538 et Cllart Datilleul et Delelebecque : Contrat civils et commerciaux, Précis Dalloz 5eme Ed, 2001 ، N°833.

المطلب الأول :حقوق المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري و التوازن العقدي .

تتمتع شركة الاعتماد الايجاري المتمثلة حسب الأمر 96-09 المذكور في البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا و معتمدة صراحة بهذه الصفة و التي تقوم بدور المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري، ببعض الحقوق التي تشكل الضمانات الأساسية من أجل تحقيق أهدافها المالية، وفي مقابل تلك الحقوق فهي تلتزم ببعض الالتزامات التي تساهم في إنجاح عملية الاعتماد الايجاري.

لكن ما يقال اليوم عن حقوق شركات الاعتماد الايجاري أنها تفوق بكثير إلتزاماتها اتجاه المستأجر، لدرجة أصبح البعض[1] يجزم على أن عقود الاعتماد الايجاري هي أحدث تقنية توصلت إليها ذهنية رجال الأعمال كطريقة (مشروعة) للتحايل على القواعد العامة لقوانين الالتزامات و العقود بدون الوقوع في فخ مخالفة النظام العام ، و مرتعا خصبا للشروط التعسفية التي تعمد شركات الاعتماد الايجاري إلى تضمينها في النماذج المطبوعة للشروط العامة لعقودها التي أصبحت تفرض على المستأجرين الذين يقبلونها تحت ضغط الحاجة إلى الاستثمار وأمام مطابقة عقود مختلف شركات الاعتماد الايجاري لبعضها البعض. فهل هذا الكلام صحيح أم أنه مبالغ فيه ؟ هذا ما سنحاول تحليله، لكن بعد التطرق لأهم حقوق شركة الاعتماد الايجاري.

إن أهم الحقوق التي يلتزم بها المؤجر هي حق الاحتفاظ بملكية الأموال موضوع عقد الاعتماد الايجاري و الذي يعتبر أحد أهم الضمانات الأساسية لشركة الاعتماد الايجاري.

و قد أشارت المادة 1/19 من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الإجاري المذكور سابقا إلى هذا الحق بالقول:(يبقى المؤجر صاحب ملكية الأصل المؤجر خلال كل مدة عقد الاعتماد الإيجاري إلى غاية تحقيق شراء المستأجر هذا الأصل، في حالة ما إذا قرر هذا الأخير حق الخيار بالشراء عند انقضاء فترة الإيجار غير قابلة للإلغاء).

هذا و قد كرست كافة عقود الاعتماد الايجاري المبرمة حق المؤجر في ملكية الأموال المؤجرة، حيث يتم إدراج بند في كل عقد يلزم المستأجر باحترام حق ملكية المؤجر للأموال موضوع هذا العقد، فلا تنتقل هذه الملكية إلى المستأجر إلا إذا مارس حق الخيار بشراء تلك الأموال عند نهاية العقد.

وتظهر أهمية احتفاظ المؤجر بحق ملكية المعدات أو التجهيزات أو غيرها موضوع عقد الاعتماد الايجاري في حالة إفلاس المستأجر، حيث يحق لشركة الاعتماد الايجاري استرداد تلك الأموال من تفليسة المستأجر و الاحتجاج بملكيتها في مواجهة دائني ذلك المستأجر المفلس، و لا يخضع الأصل المؤجر لأية متابعة من قبل هؤلاء الدائنين العاديين أو الإمتيازيين وهذا ما نصت عليه المادة 22 من الأمر 96-09 بالقول: (في حالة عدم قدرة المستأجر على الوفاء، 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 الإمتيازيين مهما كان وضعهم القانوني وصفتهم، سواء أخذوا بعين الاعتبار بصفة فردية أو على شكل كتلة في إطار إجراء قضائي جماعي).

كما تظهر أهمية احتفاظ المؤجر بملكية الأموال موضوع عقد الاعتماد الايجاري في حالة إلقاء الحجز سواء أكان حجزا تحفظيا أم تنفيذيا، على تلك الأموال من قبل دائني المستأجر.

---

[1].د/ رياض فخري : عقد الإيجار التمويلي ، منشورات مجلة الحقوق المغربية سلسلة " الدراسات و الأبحاث" الإصدار السادس ، المغرب، 2011، ص 521.

هذا بالإضافة إلى حقه الأساسي في تقاضي بدلات الإيجار في الآجال المحددة في العقد و عدم التعرض و المساس بحقوق ملكية الشركة، كالتصرف بالأموال المؤجرة بصورة تحرمها من حق ملكيتها، مثل حيازتها من شخص ثالث حسن النية، أو تأجيرها ثانية.

و لشركة الاعتماد الايجاري أيضا الحق في مراقبة التزام المستأجر في تنفيذ التزاماته لا سيما استعماله للتجهيزات أو المعدات أو غيرها من موضوع عقد الاعتماد الايجاري وفقا للغاية المخصصة لها والمحددة في ذلك العقد أو لما هو متعارف عليه مهنيا، بحيث لا يؤدي ذلك الاستعمال إلى هلاك تلك الأموال أو الإنقاص من قيمتها بشكل غير طبيعي.كما يمكن للمستأجر أن يدرج في عقد الاعتماد الايجاري بندا يشترط من خلاله الإعفاء من ضمان العيوب الخفية ،بالإضافة إلى الشرط الجزائي.

كانت هذه أهم حقوق المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري و التي يمكنا وضعها في هته المداخلة.

و كرد على التساؤل المطروح في مقدمة هذا المطلب حول تعسف شركات الاعتماد الايجاري نقول : أنه صحيح أن هته الأخيرة تمثل الطرف القوي في عقود الاعتماد الايجاري ، و أن الطرف الضعيف و المغلوب على أمره هو المستأجر لكن ليس إلى حد القول أن عقود الاعتماد الايجاري هي"أحدث تقنية توصلت إليها ذهنية رجال الأعمال كطريقة (مشروعة) للتحايل على القواعد العامة لقوانين الالتزامات و العقود" ، إذ و بالرجوع إلى تاريخ ابتكار هذه التقنية من طرف السيد " D.P.Boothe junior " في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1952 نجد أنها جاءت من أجل مساعدة المستثمر في تمويل مشاريعه ، و الذي يمثل المستأجر.

فالحاجة أم الاختراع و حاجة السيد " Boothe " أنذاك كانت التمويل عن طريق إيجار ما يحتاجه من معدات، لكن و عندما قوبل طلبه بالرفض ابتكر تقنية الاعتماد الايجاري ، فالعيب إذن ليس في عقد الاعتماد الايجاري كتقنية حديثة للتمويل بل في شركات الاعتماد الايجاري المتمثلة في المؤجر، هذا إذا كانت فعلا قد تعسفت في وضع شروط غير عادلة في بنود عقد الاعتماد الايجاري، ذلك وبالرجوع إلى منطق الأمور فإن كل الحقوق التي تتمتع بها شركة الاعتماد الايجاري هي مبررة من أجل ضمان عدم ضياع أموالها ، فهل يمكن تصور صرفها لأموال طائلة قصد شراء معدات هي ليست بحاجة إليها ولا من إختيارها بل تشتريها من أجل أن يستعملها المستأجر ولا تحتفظ بملكيتها كضمان لرد أموالها بإعادة بيعها في حالة نكول المستأجر عن تنفيذ إلتزاماته؟ !.

ضف إلى ذلك فالمستأجر هو من يقوم باختيار المعدات التي يطلب من شركة الاعتماد الايجاري التكفل فقط بدفع ثمنها، إذ هو من يقوم باختيارها و تعيينها و أكثر من ذلك فهو يتولى فحص و تجربة المعدات وكل ما يلزم من أجل إتمام عملية الشراء من بائع المعدات دون تدخل من شركة الاعتماد الايجاري التي لا يبقى لها دور في هذه العملية إلا دفع ثمن المعدات التي قد لا ترها أصلا إذ يتم تسليمها مباشرة إلى مستأجرها.

ولا تستطيع الشركة إلزام المستأجر بأموال اختارتها بنفسها أو كانت تملكها سابقا، حتى ولو كانت تلك الأموال متمتعة بنفس المواصفات التي يحتاجها المستأجر. و أمام إعفاء شركة الاعتماد الايجاري المؤجرة من التزام ضمان المال المأجور محل عقد الاعتماد الايجاري، ينشأ للمستأجر حق برفع دعوى مباشرة على بائع تلك الأموال. أفليس هذا مبرر للإعفائها من ضمان العيوب الخفية لتلك المعدات.

أما بالنسبة لإرادة المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري فإنها تكون مجسدة في البداية أي عندما يختار التعامل أو تمويل مشروعه بهذا العقد دون غيره من طرق التمويل الكلاسيكية الأخرى، إذ مادام اختار التمويل عن طريق هته

التقنية بمحض إرادته، فأكيد أنه قد أدرك أنها الأنسب له وأن شروطها أقل قسوة من شروط الطرق التمويلية الأخرى، و أنها ستعود عليه بالفائدة .

وإذا كانت بعض شركات الاعتماد الايجاري تستغل ضعف و حاجة المستأجر و تقوم بفرض شروط تعسفية ، مما يخل بالتوازن العقدي ، فهذا أمر تلام عليه شركة الاعتماد الايجاري وحدها و ليس تقنية الاعتماد الايجاري ، لأن هته الأخيرة ابتكرت في الأصل من أجل تسهيل عملية تمويل الاستثمار و مساعدة المستثمر ليس إلا .

بالإضافة إلى أن هناك نوعين من عقود الاعتماد الايجاري في الجزائر هما: الاعتماد الايجاري المالي و العملي فأما المالي فهو معرف من خلال المادة 2/2 من الأمر 09/96 المذكور سابقا على أنه: (تدعى عمليات الاعتماد الايجاري " باعتماد ايجاري مالي" في حالة ما إذا نص عقد الاعتماد الايجاري على تحويل، لصالح المستأجر ، كل الحقوق و الالتزامات و المنافع و المساوئ و المخاطر المرتبطة بملكية الأصل الممول عن طريق الاعتماد الايجاري ، وفي حالة ما إذا لم يمكن فسخ عقد الاعتماد الايجاري و كذا في حالة ما إذا يضمن هذا الأخير للمؤجر حق استعادة نفقاته من رأس المال و الحصول على مكافأة على الأموال المستثمرة).

أما الاعتماد الايجاري العملي فهو معرف من خلال المادة 3/2 من الأمر 09/96 المذكور سابقا على أنه: (تدعى عمليات الاعتماد الايجاري " باعتماد ايجاري عملي" في حالة ما إذا لم يحول ، لصالح المستأجر، كل أو تقريبا كل الحقوق و الالتزامات و المنافع و المساوئ و المخاطر المرتبطة بحق ملكية الأصل الممول ، والتي تبقى لصالح المؤجر أو على نفقاته).

من خلال الفقرتين أعلاه يتجلى أن المشرع الجزائري قد حاول حماية المستأجر من تعسف المؤجر بتنظيم نوعين للاعتماد الايجاري كل واحد منهما يبين بوضوح ما لكل طرف من حقوق و ما عليه من إلتزامات و تبقى الحرية للمستأجر في اختيار نوع الاعتماد الايجاري الذي يريد التعامل به إذا ما كان ماليا فيتحمل إلتزامات كانت في الأصل على عاتق المؤجر، أو الاعتماد الايجاري العملي و الذي تقل فيه إلتزاماته وتبقى على عاتق المؤجر. كل هذا بمحض إرادته، وهنا كذلك يتجسد مبدأ سلطان إرادة المستأجر(أي في اختياره لنوع الاعتماد الايجاري).

المطلب الثاني : إلتزامات المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري و التوازن العقدي.

لما كان الاعتماد الايجاري هو تأجير أصولا متشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الاستعمال المهني[1] أو أصولا ثابتة مهنية اشتريت أو بنيت لحساب شركة التأجير[2] بهدف تأجيرها مع الاحتفاظ بملكيتها شرط إعطاء المستأجر حق تملكها لقاء ثمن متفق عليه منذ البداية، فإن عقد الاعتماد الايجاري يرتب على شركة الاعتماد الايجاري بعض الالتزامات بصفتها مؤجرة وفقا للقواعد العامة لعقد الإيجار. هذا بالإضافة إلى التزامات أخرى نابعة من الطبيعة القانونية الخاصة التي تميز عقد الاعتماد الايجاري.

إذ عندما توافق شركة الاعتماد الايجاري على إبرام عقد الاعتماد الايجاري مع المستفيد من ذلك العقد، فإنها تتعهد بأن تشتري لحسابها التجهيزات والمعدات والآلات التي حددها المستفيد، و تقوم بدفع ثمنها لبائع تلك الأموال، و تضعها تحت تصرف المستفيد لينتفع بها بموجب عقد إيجار.

([1])- طبقا للمادة 7 من الأمر 96-09 المذكور و الخاصة بالاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.

([2])- طبقا للمادة 8 من الأمر 96-09 المذكور و الخاصة بالاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة.

و بعد أن تدفع شركة الاعتماد الايجاري ثمن الأموال المعينة من طرف المستفيد وتصبح مالكة لها، عليها أن تسمح لهذا الأخير باستعمال و الانتفاع بتلك الأموال على سبيل الإيجار خلال المدة المتفق عليها طبقا للمادتين 29 و 30 من الأمر 96-09 المذكور.

و بذلك يتضح أن شركة الاعتماد الايجاري تلتزم بتمويل المشروع , هذا و يركز الفقهاء على الطابع المالي لعقد الاعتماد الايجاري الذي يظهر من خلال حرص الشركة المؤجرة على استرداد كامل رأسمالها الذي استثمرته في شراء الأموال موضوع هذا العقد، بالإضافة إلى الفوائد و الزيادات المالية التي تحصل عليها مقابل تقديم الخدمة التمويلية للمستثمر المستفيد من ذلك العقد.وبذلك يظهر الالتزام الأساسي الملقى على عاتق المؤجر و المتمثل في القيام بالتمويل عن طريق شراء الأموال موضوع العقد و دفع ثمنها لبيع تلك الأموال.

بالإضافة إلى الالتزامات التي تفرضها عليها القواعد العامة بصفتها مؤجرة للأموال موضوع عقد الاعتماد الايجاري مع بعض الاختلاف تبعا للطبيعة الخاصة لهذا العقد.هذا وقد اهتم الفقه الفرنسي بالتزام التمويل في عقد الاعتماد الايجاري حيث رأى بعض الفقهاء أن عقد الاعتماد الايجاري شكل من الناحية الاقتصادية، عقد قرض يتم استهلاكه خلال هذا التأجير وذلك نظرا للدور التمويلي المهم الذي يقوم به المؤجر في ذلك العقد.

و قد اعتنق المشرع الجزائري هذا الرأي من خلال نص المادة 2 من الأمر 96-09 المذكور والتي نصت الفقرة الأولى منها على أنه: (تعتبر عمليات الاعتماد الإيجاري عمليات قرض لكونها تشكل طريقة تمويل اقتناء الأموال المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه، أو استعما وتتمثل هذه الأصول حسب المادة 1/ الأخيرة في الأصول المنقولة أو غير المنقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية و ذلك على سبيل الحصر.

و يرى البعض الآخر أن عنصر التمويل هو الالتزام الرئيسي الذي تقوم به الشركة المؤجرة، حيث تتعهد بشراء الأموال موضوع العقد و دفع ثمنها، و بذلك يرتب هذا العقد التزام التمويل على عاتق الشركة المؤجرة. و ينشأ هذا الالتزام على عاتق المؤجر بمجرد موافقته على عقد الاعتماد الايجاري، أي قانونا من تاريخ إبرام هذا العقد لأن هذا العقد يتضمن التزاما من الطرفين بالتأجير. ولكي تتمكن شركة الاعتماد الايجاري من تحقيق التزامها يجب عليها أن تتملك الأموال موضوع ذلك العقد لكي تصبح قادرة على تأجيرها، و هذا يعني أنه يتوجب عليها شراء تلك الأموال و دفع ثمنها، و إلا كانت مسؤولة على الإخلال بتنفيذ التزامها بالتأجير.

كان هذا أهم إلتزام يقع على عاتق شركة الاعتماد الايجاري . بالإضافة إلى التزام تسليم المأجور إلى المستأجر و الذي حددته المادة 2/38 من الأمر96-09 المذكور، لكن ليس وفقا لما تقتضيه المادة 478 من القانون المدني الجزائري[1]، و الالتزام بصيانة المأجور، و الإلتزام بالضمان(هذا في حالة الاعتماد الايجاري العملي دون المالي كما سبق شرح ذلك) وفي نهاية عقد الاعتماد الايجاري تلتزم الشركة المؤجرة اتجاه المستأجر بوعد منفرد ببيع الأموال موضوع العقد وفقا للنص المتفق عليه بتاريخ الإبرام .

و يعود تحديد التزامات المؤجر بشكل أساسي إلى عقد الاعتماد الايجاري الذي ينظم العلاقات القانونية بين شركة الاعتماد الايجاري و المستفيد من ذلك العقد، حيث يتم تحديد حقوق و التزامات الطرفين مع المحافظة على الالتزامات الجوهرية و الأساسية التي تحافظ على الطبيعة القانونية الخاصة لعقد الاعتماد الايجاري، حيث يعتبر الدور الأساسي للشركة المؤجرة في تمويل المستفيد صاحب المشروع للحصول على الأموال التي يريدها.

([1])- لأن المادة 478 من القانون المدني الجزائري قد وردت في المادة 42 من الأمر 96-09 المذكور ,ضمن الأحكام المخالفة لأحكام الاعتماد الايجاري .

وتقوم الشركة المؤجرة عمليا، بما لها من مركز قوي في عقد الاعتماد الايجاري، بنقل معظم الالتزامات إلى المستفيد ، إضافة إلى الالتزامات التي نقلها المشرع ووضعها على عاتق هذا الأخير.

المبحث الثاني: الأثار المترتبة على المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري و مدى تكافئها مع حقوق و إلتزامات المؤجر.

مقابل الحقوق التي يتمتع بها المؤجر (شركة الاعتماد الايجاري) و الواجبات الملقاة على عاتقه، يكتسب المستأجر . وفي حالة إذا ما اختار هذا الأخير تمويل مشاريعة الاستثمارية بطريقة الاعتماد الايجاري . ببعض الحقوق و يلتزم ببعض الالتزامات الناشئة على عقد الاعتماد الايجاري .

علما أن هذه الحقوق و الالتزامات تتفاوت بحسب نوع الاعتماد الايجاري المختار التعامل به من طرف المستأجر إذا ما كان ماليا أم عمليا . كما سبق الإشارة إلى ذلك أعلاه . و فيما يلي سنبحث هذه الحقوق و الالتزامات من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول :حقوق المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري و مدى تكافئها مع حقوق المؤجر.

يلعب المستأجر دورا أساسيا في إتمام عملية الاعتماد الايجاري و التي تتجلى في إبرام عقد الاعتماد الايجاري، إذ تسبق هذا العقد مرحلة غير قصيرة تتميز بدور كبير يلعبه المستأجر، فهو يبحث عن المعدات أو التجهيزات أو غيرها من الأموال التي تتوافق مع حاجاته بكافة تفاصيلها، ويحصل من مالك تلك الأموال (البائع فيما بعد) على عرض ببيع تلك الأموال (التي تصبح موضوعا لعقد الاعتماد الايجاري).

ثم يبحث المستأجر بعد ذلك عن ممول لشرائها، مما يجعل المستأجر يتصرف في بادئ الأمر و كأنه سيصبح مالكا لتلك الأموال، لذلك فهو يحتفظ في عقد الاعتماد الايجاري بحق اختيار المال موضوع العقد بحرية مطلقة، و هو الذي يعين مواصفاته ونوعه وطريقة تشغيله أو استعماله، كما يحتفظ المستأجر بحق الانتفاع بالمال المؤجر طوال مدة الإيجار بما يتفق مع حاجاته، مع إعطائه الضمان الكلي لممارسة هذا الحق.

و أمام إعفاء شركة الاعتماد الايجاري المؤجرة من التزام ضمان المال المأجور محل عقد الاعتماد الايجاري، ينشأ للمستأجر حق بالرجوع مباشرة على بائع تلك الأموال.

و فيما يلي نبحث في حق المستأجر في اختيار الأموال موضوع العقد، ثم حقه بالرجوع مباشرة على بائع تلك الأموال لضمان حق الانتفاع بها، على اعتبار أن هذين الحقين هما الجديد الذي جاء به عقد الاعتماد الايجاري و الذي ميزه عن عقد الإيجار العادي[1].بالإضافة إلى الحق الذي وضعه و تميز به عقد الاعتماد الايجاري و المتمثل في حق المستأجر في اختياره شراء الأموال المؤجرة أو إرجاعها إلى المؤجر الممول.

. فبالنسبة إلى حق المستأجر في اختيار الأموال موضوع عقد الاعتماد الايجاري فإنه يقوم باختيار الأموال اللازمة لحاجته بحسب المواصفات الفنية التي تتفق مع طبيعة نشاطه، و يتفاوض مع موردها أو بائعها دون أن يلتزم اتجاهه بأي التزام أو اتفاق، وعلى أثر ذلك يحصل المستأجر على عرض بيع لتلك الأموال التي اختارها.

([1])- لكن هذا لا يمنع أن هناك حقوق أخرى للمستأجر أوردتها القواعد العامة المتعلقة بالإيجار العادي وأقرها الأمر الخاص بالاعتماد الايجاري 96-09 المذكور وذلك من خلال المواد 29 و 30 و 31 والمتمثلة في حق انتفاع المستأجر بالأصل المؤجر وضمانات هذا الحق من خلال المؤجر والتي لا نوردها في هذه المداخلة لكثرة البحث فيها،ونكتفي فقط بدراسة الجديد الذي ميز عقد الاعتماد الايجاري عن عقد الإيجار العادي فيما يخص حقوق المستأجر.

ثم يقوم المستأجر بعد ذلك بطلب تمويل شراء تلك الأموال من إحدى شركات التمويل (التي يجوز لها ممارسة نشاط الاعتماد الايجاري و التي توافرت فيها شروط الإعتماد القانوني)[1].ويرفق المستأجر مع الطلب بعض المعلومات الخاصة بنشاطه و استثماراته ومشاريعه المستقبلية و الأسباب الذي دعته إلى تقديم طلب التمويل، بالإضافة إلى إرفاق عرض البيع الصادر عن بائع الأموال التي يريد الحصول عليها.

فإذا وافقت شركة الاعتماد الايجاري على طلب التمويل، يتم إبرام عقد الاعتماد الايجاري، وتلتزم الشركة بمقتضاه بشراء تلك الأموال التي اختارها المستأجر. وقد يتم الاتفاق بين هذا الأخير والشركة المؤجرة على إبرام عقد الاعتماد الايجاري يكون موضوعه الأموال التي يعود حق اختيارها للمستأجر مع وضع شروط لذلك الاختيار. و بذلك يتبين أن حق اختيار الأموال يعود للمستأجر، وتلتزم الشركة المؤجرة بشرائها، و إلا فإن المستأجر يستطيع إنهاء عقد الاعتماد الايجاري على مسؤولية هذه الشركة وفقا للقواعد العامة التي تحكم تنفيذ العقود.

ولا تستطيع الشركة إلزام المستأجر بأموال اختارتها بنفسها أو كانت تملكها سابقا، حتى ولو كانت تلك الأموال متمتعة بنفس المواصفات التي يحتاجها المستأجر.

هذا و يرجع الأساس القانوني لحق المستأجر في اختيار الأموال موضوع عقد الاعتماد الايجاري إلى الوكالة، سواء أكانت وكالة صريحة أو ضمنية، أو كانت حالية أم بأثر رجعي، يؤدي إلى إلزام المستأجر بالتزامات الوكيل طبقا للقواعد العامة والنصوص الخاصة بالوكالة (المادة 571 ق م ج وما بعدها).

مما يعني أن المستأجر يعتني بتنفيذ الوكالة عناية الرجل العادي (طبقا للمادة 576 ق م ج)، فيلتزم ببذل العناية الكافية في اختيار الأموال موضوع عقد الاعتماد الايجاري، ويتوجب عليه إعلام الشركة المؤجرة بجميع المواصفات الفنية و غير الفنية لتلك الأموال وكذلك كل المعلومات المتعلقة بها و المستندات المؤيدة لذلك بكل صدق و أمانة.

كما يلتزم المستأجر باختيار تلك الأموال بنفسه، إذا كان عقد الوكالة يقوم على الاعتبار الشخصي، و أن كافة الأعمال التي يقوم بها المستأجر بصفته وكيلا تسري بجميع آثارها على الشركة المؤجرة بصفتها الموكلة.إلا أن التزام المستأجر بالتزامات الوكيل و ما ينتج عن ذلك من آثار قانونية، يتناقض مع ظروف و غايات عقد الاعتماد الايجاري.حيث يقوم المستأجر باختيار الأموال التي تتلاءم و تتطابق مع احتياجاته هو، و ليس مع تلك التي تعينها الشركة المؤجرة، التي يقتصر دورها على القيام بتمويل المستأجر، وذلك عن طريق شراء الأموال التي يحددها هذا الأخير، دون أن يكون لها حق التدخل في تعيين مواصفاتها أو طريقة تشغيلها، حتى ولو هناك معدات أو تجهيزات أفضل برأيها من تلك التي اختارها المستأجر[2].

و ما يمكن قوله أن حق المستأجر في اختيار ما يحتاجه من معدات أو آلات أو غيرها، يستند إلى الاتفاق المبرم بين المستأجر و الشركة المؤجرة، أي إلى عقد الاعتماد الايجاري نفسه الذي يكون موضوعه الأموال التي اختارها أو

([1])- المنصوص عليها في النظام رقم 96-06 المؤرخ في 3 جويلية 1996، المتعلق بكيفيات تأسيس شركات الإعتماد الإيجاري، و شروط اعتمادها.

([2])- لذلك لا يمكن برأينا القول أن هناك وكالة صادرة عن شركة الاعتماد الايجاري للمستأجر في اختيار الأموال موضوع عقد الاعتماد الايجاري ، باعتبار أن المستأجر هو من يحدد مواصفات تلك الأموال، و لا يجوز للشركة أن تتدخل في ذلك التحديد، و هذا يخالف كليا شروط و قواعد الوكالة، حيث يقوم الموكل بتحديد العمل الذي يلتزم الوكيل بالقيام به.

سيختارها المستأجر. حيث يجوز أن يكون موضوع عقد الاعتماد الايجاري شيئا مستقبلا[1] و بعد أن يتم الاختيار و إبرام عقد الاعتماد الايجاري يستعمل المستأجر تلك الأموال لتحقيق حاجاته وأغراضه التي يبتغيها من وراء توقيع عقد الاعتماد الايجاري.

. أما فيما يخص حق المستأجر في الرجوع مباشرة على البائع أو المورد أم لا، فإن المشرع الجزائري كان موقفه غامضا حيث اعتبر المستأجر وكيلا للمالك (الشركة المؤجرة) الذي لا يقبل حق ملكيته للأصل المؤجرة أي تقييد أو تحديد من أي نوع كان وذلك في المادة 27 من الأمر 96-09 المذكور بقولها: (لا يقبل حق ملكية المؤجر الأصل المؤجر أي تقييد أو تحديد من أي نوع كان بسبب استعماله من قبل المستأجر أو بسبب أن العقد يسمح للمستأجر بالتصرف، بصفته وكيل المالك، في العمليات القانونية والتجارية مع الغير و المرتبطة بعملية الاعتماد الإيجاري.

و يطبق هذا بالأخص على تدخلات المستأجر في إطار العلاقات التي تربط المؤجر مع موردي أو مقاولي الأصل المخصص للإيجار عن طريق اعتماد إيجاري، و لو كان المستأجر قد حدد مباشرة مع الغير خصائص الأصول التي تستأجر أو تبنى بقصد إيجارها عن طريق اعتماد إيجاري). من هذا النص يفهم أن المشرع الجزائري قد أقر فيه عدم الإخلال بحقوق المؤجر في الرجوع على المورد أو المقاول أو أي تغيير للحقوق التي تترتب عن حق الملكية للأصل المؤجر لكن دون أن يسمح أو يمنع صراحة للمستأجر من حق الرجوع على المورد أو المقاول.

كما يمكن القول دائما فيما يخص حق المستأجر في الرجوع مباشرة على البائع أنه وفي مقابل إعفاء شركة الاعتماد الايجاري المؤجرة من الالتزام بالضمان اتجاه المستأجر، فقد أعطي هذا الأخير الحق بالرجوع على بائع الأموال موضوع عقد الاعتماد الايجاري بدعوى مباشرة من أجل حماية حقه في الانتفاع بتلك الأموال.

و بذلك فإن إعفاء الشركة المؤجرة من الضمان في هذا العقد لا يؤثر على حقوق المستأجر، إذ أن الشركة المؤجرة تشترط إعفاءها من المسؤولية و تضع بندا في العقد على ذلك الإعفاء، كما تضع بندا آخر تخول المستأجر بموجبه الحق في رفع دعوى مباشرة على البائع في حالة تأخره في التسليم، أو عند وجود عيوب خفية في الأموال محل العقد، أو في حالة عدم مطابقتها مع المواصفات المطلوبة.

و بذلك يصبح المستأجر في علاقته مع البائع في مركز المشتري، فيجوز له عندئذ القيام بكل ما لهذا الأخير من حقوق لكن مع وجود بعض التحفظات، حيث أن عقد الاعتماد الايجاري لا يتضمن من الناحية العملية حوالة كل حقوق شركة الاعتماد الايجاري من عقد البيع إلى المستأجر، بل تحتفظ هذه الشركة لنفسها ببعض الحقوق. حيث تسمح للمستأجر بمطالبة البائع بإنقاص الثمن أو بالتعويض، دون أن يكون له حق طلب إلغاء أو فسخ عقد البيع، و يبقى هذا الحق خاصا بالشركة المؤجرة و حدها. هذا كله يبرر و إلى حد بعيد إخلال التوازن العقدي في عقد الاعتماد الايجاري بين حقوق و إلتزامات طرفيه. كما سبق الإشارة إلى ذلك سابقا.

. أما بالنسبة لحق المستأجر في اختياره شراء الأموال موضوع عقد الاعتماد الايجاري أو إرجاعها إلى شركة التأجير الممولة فقد أعطى عقد الاعتماد الايجاري للمستأجر حق اختيار شراء الأموال موضوع هذا العقد و ذلك عند انتهاء المدة المتفق عليها، و يعتبر اختيار المستأجر للمال المؤجر هو الخيار الغالب والأكثر وقوعا في مثل هذه العقود.و هو الشيء الذي يميز و يتميز به عقد الاعتماد الايجاري كطريقة حديثة في تمويل المشاريع.

([1])د/ نادر عبد العزيز شافي: عقد الليزنغ ،المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان، 2004 ، ص 233.

إذ أن أمل المستأجر و هدفه من الدخول في الاعتماد الايجاري هما تملك الأموال التي يتعاقد عليها و يتحمل بدلات إيجار مرتفعة بالمقارنة مع ما يماثلها من أموال في عقود الإيجار العادية[1].وقد أقرت المادة 1/16 من الأمر 96-09 المذكور هذا الحق، كما حددت المادة 45 من نفس الأمر شروط نقل حق الملكية عند إقرار حق الخيار بالشراء. لكن و الجدير بالذكر أن التشريع الجزائري و فيما يخص حق المستأجر في شراء الأموال محل عقد الاعتماد الايجاري فإن المادة 4/10 من الأمر 09/96 قد أقرت هذا الحق في حالة الاعتماد الإيجاري المالي فقط (المعرف من خلال م 2/ 2 من الأمر 96. 09 المذكور سابقا).

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

وعليه يفهم من هذا النص أن الاعتماد الإيجاري العملي (المعرف من خلال م 2/ 3 من الأمر 96. 09 المذكور سابقا) لا يقر للمستأجر حق الخيار بالشراء.

من كل ما سبق ذكره فإن حق المستأجر في تملك أو شراء المال موضوع عقد الاعتماد الايجاري يعتبر من العناصر الأساسية لهذا العقد و هو النهاية الغالبة و الطبيعة عند حلول أجله.إلا أنه لا يشترط بالضرورة أن تفضي العلاقة و أن ينتهي عقد الاعتماد الايجاري بتملك المستأجر لتلك الأموال، و إنما يكفي أن يكون في مقدور المستأجر أن يتملكها و أن يكون من حقه أن يشتريها. و إذا أعلن المستأجر عند نهاية مدة عقد الاعتماد الايجاري، عن رغبته في شراء الأموال موضوع ذلك العقد، تنتقل ملكية تلك الأموال إلى المستأجر إذا قام بالوفاء بالثمن المتفق عليه في العقد أو في اتفاق لاحق و الذي يؤخذ فيه بعين الاعتبار انتقاص بدلات الإيجار التي تم دفعها سابقا.

و يترتب على ذلك، أن انتقال ملكية الأموال المؤجرة إلى المستأجر يتوقف على إعلان إرادي من جانبه في نهاية مدة عقد الاعتماد الايجاري، أما شركة الاعتماد الايجاري المؤجرة فتكون ملزمة بنقل ملكية هذه الأموال إلى المستأجر بمجرد أن يبدي المستأجر رغبته في ذلك.

المطلب الثاني : التزامات المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري و مدى تكافئها مع التزامات المؤجر.

يرتب عقد الاعتماد الايجاري على المستأجر العديد من الالتزامات، وذلك طبقا للقواعد العامة في عقد الإيجار العادي، بالإضافة إلى الالتزامات التي تلقيها شركة الاعتماد الايجاري على عاتق المستأجر بموجب بنود مدرجة في هذا العقد ، فوفقا للقواعد العامة لعقد الإيجار، على المستأجر أداء بدل الإيجار و الذي يعتبر من أهم الالتزامات الأساسية الملقاة على عاتق المستأجر باعتباره المستفيد من عقد الاعتماد الايجاري.فهذا الالتزام هو مقابل انتفاعه بالأصول المؤجرة سواء كانت منقولة أو غير منقولة، إذ أنه من الثابت أن البدل هو مقابل الانتفاع[2].

---

[1]-د/ نادر عبد العزيز شافي: عقد الليزنغ، المرجع السابق، ص 368.

[2]. د/ مروان كركبي: العقود المسماة ، العقود المسماة ،المنشورات الحقوقية صادر، الطبعة الثالثة، بيروت، 1998، ص 442.

بالإضافة إلى المحافظة على الأصل المؤجر و استعماله بحسب الغرض الذي أعد له أو الغرض الذي عين في العقد، مع تجنب الإفراط و سوء الاستعمال.

فإذا كانت القواعد العامة لعقد الإيجار العادي تفرض صيانة المأجور و ملحقاته على عاتق المؤجر، ذلك من أجل إبقائه على الحالة التي يتسنى معها للمستأجر استعمالها للغرض المقصود منه بحسب ماهيته أو بحسب التخصيص الذي اتفق عليه المتعاقدان.

و إذا تأخر المؤجر في إجراء الإصلاحات الواجبة عليه فللمستأجر أن يجبره على إجرائها بالطرق القضائية و إذا لم يفعل كان للمستأجر أن يستصدر إذنا من المحكمة المختصة لإجراء الإصلاحات بنفسه على أن يستوفي نفقتها من بدل الإيجار. فإن الطبيعة الخاصة لعقد الاعتماد الايجاري أدت إلى نقل التزام الصيانة من عاتق المؤجر ليصبح أحد الواجبات الأساسية التي يلزم بها المستأجر والذي هو في هذه الحالة المستأجر. وهذا ما ورد في المادة 39 من الأمر 96- 09 المذكور و أدرجت الشركات المؤجر تضمين العقد بنودا صريحة تلزم بموجبها المستأجر القيام بكل ما تحتاجه الأموال المؤجرة من صيانة وإصلاح مع كل ما يترتب على ذلك من نفقات و مصاريف ورسوم و ضرائب وغيرها. كل هذا انطلاقا من الدور المالي و الأهداف الاستثمارية للشركة المؤجرة، فهي تحرص على عدم تحملها أي التزام ذي طبيعة فنية خاصة بالأموال المؤجرة.

بالإضافة إلى أن المستأجر هو الذي يقوم باستلام هذه الأموال مباشرة من البائع وهو الذي يقوم بالتأكد من صحتها و خلوها من العيوب التي تؤثر في استعمالها، فيلتزم أيضا بصيانة و إصلاح الأموال موضوع العقد لما يتمتع به من خبرة في مجال تشغيلها و صيانتها أو في معرفة الأشخاص المختصين في ذلك.

وبذلك يمكن تحديد التزامات المستأجر الأساسية في أداء البدل، وفي استعمال المأجور في الغرض الذي أعد له أو الذي عين في العقد دون إجراء تغيير فيه وتجنب سوء الاستعمال و في المحافظة على الأصل المؤجر، ثم الالتزام برده في نهاية الإيجار إذا لم يمارس ممارسة حقه في شراء هذا الأصل.

وإضافة إلى هذه الالتزامات الأساسية الملقاة على عاتق المستأجر وفقا للقواعد العامة، فقد فرض الأمر 96-09 المذكور وكذا شركات الاعتماد الايجاري (بصفتها مؤجرة للأموال موضوع عقد الاعتماد الايجاري) على عاتق المستأجر، إلتزامات إضافية و منها تلك التي تعتبر في الأساس على عاتق المؤجر وفقا للقواعد العامة، و أصبح المستأجر ملزما أيضا باستلام الأصل المؤجر و عدم جواز التنازل عن التزاماته بدون الموافقة الخطية من المؤجر.

حيث وخلافا للقواعد العامة لعقد الإيجار العادي التي تفرض على المؤجر تسليم الأموال المؤجرة إلى المستأجر، جرى العمل في عقود الاعتماد الايجاري على إعفاء المؤجر من هذا الالتزام وفقا لما تم شرحه ضمن التزامات المؤجر. وقد حرصت جميع شركات الاعتماد الايجاري على أن تتضمن هذه العقود بنودا يتعهد المستأجر بموجبها باستلام الأموال موضوع ذلك العقد، و رفع مسؤولية المؤجر عن أي تأخير أو أخطاء ناتجة عن ذلك التسليم. و قد أعطى المشرع الجزائري (من خلال الأمر 96-09 المذكور) للمؤجر حق إعفائه من الالتزامات الملقاة عادة على عاتق صاحب ملكية الأصل المؤجر طبقا للمادة 4/17 من نفس الأمر.

مما يفهم إمكانية إدراج بند في عقد الاعتماد الايجاري يعفي المؤجر من الالتزام بتسليم المؤجر وجعله على عاتق المستأجر.و يعتبر إلتزام المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري بموجب استلام الأموال المؤجرة أمرا منطقيا تبعا لقيام المستأجر باختيار تلك الأموال طبقا للمواصفات الفنية و التكنولوجية التي تلبي حاجاته.

كما أن ذلك يسهل مطابقة المواصفات الموجودة في تلك الأموال مع تلك المدرجة في العقد، و مسألة المطابقة المشار إليها تدخل أساسا ضمن معرفة المستأجر تبعا لما يتمتع به من خبرة في مجال الأموال موضوع عقد الاعتماد الايجاري. إذ تكون تلك الأموال داخلة ضمن إطار عمل و مهنة المستأجر، كالمعدات الطبية التي تدخل ضمن مهنة الطبيب وهو الأصلح لمعرفة مطابقتها مع ما يناسب حاجاته المهنية، و كذلك هي الحال بالنسبة للمهندس أو المزارع أو لغيرهما.

و إضافة إلى تحمل المستأجر التزام استلام الأموال المؤجرة، فإنه يتحمل أيضا كافة الرسوم و الضرائب و النفقات المتوجبة لاستلامها و نقلها إلى المكان الذي يحدده هو، وكذلك يتحمل كافة المخاطر التي يمكن أن تنشأ من جراء ذلك الاستلام أو التأخير في إتمامه، أو تسليمه بشكل مخالف للأموال أو الأعراف المهنية.

و لكن تجدر الإشارة إلى أن التزام المستأجر باستلام الأصل المؤجر و إعفاء المؤجر من التسليم ليس إجباريا بل يعود لإرادة طرفي العقد إذ أن المادة 4/17 من الأمر 96-09 المذكور والخاصة بالأصول المنقولة، قد أقرت بإمكانية إعفاء المؤجر من هذا الالتزام بطريقة غير مباشرة.

وكذلك المادة 1/38 من نفس الأمر و الخاصة بالأموال غير المنقولة فبعدما أقرت بداية هذه الفقرة أن التسليم هو من التزامات المؤجر فقد استثنت نهاية نفس الفقرة (م 1/38) حالة وجود اتفاق بين المتعاقدين يقضي بخلاف ذلك. وعليه يفهم أن هته المادة جاءت مكملة غير آمرة, إذ يجوز مخالفتها إذا ما اتفق طرفي العقد على ذلك.ويبقى العقد في الأول و الأخير شريعة المتعاقدين.

خاتمة:

من خلال المقال السابق تبين لنا أن كل الحقوق التي تتمتع بها شركة الاعتماد الايجاري من حقها في تملك المعدات المؤجرة ، و إعفائها من ضمان العيوب الخفية و غيرها تبررها طبيعة عقد الاعتماد الايجاري(كما سبق توضيح ذلك في متن هذه المداخلة). أما فيما يخص بعض البنود التعسفية التي قد تشترطها بعض شركات الاعتماد الايجاري، فهذا أمر تلام عليه هته الشركات وحدها، ولا دخل للاعتماد الايجاري كتقنية ابتكرت في الأصل من أجل مساعدة المستثمر في تمويل مشاريعه الذي اختار التعامل بها دون غيرها من طرق التمويل الكلاسيكية الأخرى بمحض إرادته.

ورغم كل ما قيل حول تعسف المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري إلا أنه يبقى أحدث و أحسن طريقة لتمويل المشاريع، وما انتشاره عبر أعظم دول العالم و في وقت قياسي إلا خير دليل على ذلك. فهو عقد يحقق مصالح كل أطرافه، بما في ذلك المؤجر والمستأجر والبائع، كما يحقق فائدة كبرى للاقتصاد الوطني لأي دولة تتبنى هذا النظام، لذلك يجب تشجيع هذا النظام والحث عليه لتمويل الاستثمار وترقيته. وهو الأمر الذي يجب أن يأخذه بعين الاعتبار المستثمر باعتماده لعقد الاعتماد الاجاري كطريقة حديثة لتمويل مشاريعه الاستثمارية،خاصة أن الاعتماد الايجاري هو عقد استحدثه الواقع التجاري لتلبية الحاجات الاقتصادية و المالية للمشاريع الإنتاجية، وهو يقوم على التفريق بين القيمة الاقتصادية للأموال المؤجرة وقيمتها الطبيعية.

كما اعتبر عقد الاعتماد الايجاري أحد أهم عناصر دفع التنمية الاقتصادية لما يمثله من سبيل مهم لتمويل المشاريع المتعثرة، وعلاجا للقدرات المالية المحدودة في الدول النامية لما تواجهه من صعوبات في الحصول على التمويل المصرفي اللازم لتطويرها. كما أنه يفصل بين حق الملكية الوارد على الأموال وحق استعمال هذه الأموال من أجل مواكبة التطور التكنولوجي الهائل والسريع في وسائل الإنتاج. وهنا يصدق القول الذي قال أن: " الثراء الحقيقي يكمن في استعمال الشيء وليس في تملكه".

تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال

بعجي احمد

كلية الحقوق ، جامعة الجزائر1

تتميز عقود الأعمال[1]، عن غيرها من العقود بعدة خصائص، من ذلك أنها عقود لا تخضع كليا للنظرية العامة للعقد، و ذلك بحكم الدور الاقتصادي الذي تؤديه تلك العقود، و الذي يصعب على تلك النظرية، و بالأخص مبدأ سلطان الإرادة[2] مسايرة هذه العقود في غايتها،لكون غايتها اقتصادية بحتة ، من بينها ضمان تمويل المؤسسات الاقتصادية[3] ، و هذا ما يجعلها تلعب دور مهم في دفع التنمية الاقتصادية و الاجتماعية للدولة.

لأجل تحقيق ذلك الغرض، حرص المشرع على انتقاء أفضل المتعاملين لكي يجسدوا الغاية الاقتصادية المسطرة، و لكي يدفعوا بالتنمية الاقتصادية، فنجده يحدد من له الحق في التعاقد من عدمه، كما في اشتراطه أن يكون المتعاقد ذو اعتبارات شخصية ، و أن يكون الشخص ذو ملاءة مالية معتبرة، و أن يتأسس في شكل شركات تجارية، نظرا للدور الذي تلعبه تلك العقود،كما يلجا المشرع إلى تحديد و فرض الشخص المتعاقد الذي ينبغي التعاقد معه، و التعامل معه، كما هو الحال في اشتراط المشرع، أن يكون عقد الاعتماد الايجاري[4]، مبرما بين المستأجر و المؤجر، و هذا الأخير، الذي يجب

---

[1] تظهر الممارسة العملية في ميدان الأعمال، أربعة عقود من صنف عقود الأعمال، و هم عقد الاعتماد الايجاري، و عقد تحويل فاتورة، و عقد التسيير، و عقد فرانشيز، و هذا الأخير ليس منظم قانونا من جانب المشرع، أما بصدد موضوع تحديد صفة المتعاقد، فان الأمر يصدق بصورة أساسية على عقد الاعتماد الايجاري و تحويل فاتورة، و العقود المتبقية، لم يلجا فيها المشرع إلى تحديد صفة المتعاقد بصورة دقيقة، و محصورة، بل ترك المجال واسعا، كما هو الحال في مفهوم المتعامل المسير في عقد التسيير، و اقتصر على النص على الاعتبار الشخصي فقط لهذا المتعاقد، **لكن** في هذا المقام يهمنا الطرف الأساسي في عقود الأعمال الذي تولى المشرع تحديده و حصره حصرا دقيقا عن باقي المتعاقدين، و هذا ما يظهر في تحديد صفة المؤجر و صفة الوسيط.

[2] تقوم النظرية العامة للعقد في القانون المدني، على مبدأ سلطان الإرادة، و مفاده أن المتعاقد لا يتعاقد إلا إذا رضي بالتعاقد، و إذا ما أقدم على التعاقد فله الحرية في كيفية التعاقد، و الحرية في اختار المتعاقد معه، و كذلك الحرية في تحديد محتوى العقد، و قد ترتب عن هذا المبدأ نتائج في غاية الأهمية، انقسمت على مرحلتين، مرحلة تكوين العقد، و مرحلة تنفيذ العقد، فأما ما يشمل مرحلة تكوين العقد، فللمتعاقد الحرية الكاملة في اختيار كيفية التعاقد كما جاء في المادة 59ق.م، و من جهة أخرى له الحرية الكاملة في التعاقد من عدمه و أيضا الحرية في اختار المتعاقد الذي يتعاقد معه، و أيضا الحرية في تحديد مضمون العقد، طبقا للمادة 106 ق.م، إما مرحلة تنفيذ العقد، فتشمل جانبين، مبدأ القوة الملزمة للعقد،كما جاء في المادة 1/107 ق.م، و مبدأ نسبية العقد، طبقا للمادة 108 و 109 ق.م، راجع علي فيلالي، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد، موفه للنشر، الجزائر. الطبعة الثالثة 2013،ص 51 الى 54.

[3] عرّف القانون التوجيهي رقم 01/88 المتعلق بالمؤسسات العمومية الاقتصادية، المؤرخ في 12 جانفي 1988، ج.ر العدد 02، المؤسسة في المادة 03(تشكل المؤسسة العمومية الاقتصادية في إطار عملية التنمية الوسيلة المفضلة للإنتاج المواد و الخدمات و تراكم راس المال).كما جاء القانون رقم 12/08 المتعلق بالمنافسة المؤرخ في 25 جانفي 2008نج.رالعدد36. في المادة 03 بتعريف أخر للمؤسسة (كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد...) و على هذا الأساس يرى البعض، إن مفهوم المؤسسة ينبغي أن يشمل على ثلاث خصائص، هي خاصية المقاول، و الاستمرارية، و النشاط الاقتصادي، راجع في هذا الشأن، شلغوم رحيمة، ضمانات القرض لتمويل المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر-1 كلية الحقوق، 2015/2014، ص 18 إلى ص 24.

[4] لقد عرّف الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 يتعلق بالاعتماد الايجاري، ج.ر العدد 03، عقد الاعتماد الايجاري بأنه(يعتبر الاعتماد الايجاري موضوع هذا الأمر عملية تجارية و مالية: يتم تحقيقه من قبل **البنوك و المؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا و معتمدة صراحة بهذه الصفة**، مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب، أشخاص طبيعيين كانوا أم معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص....)

أن يتمثل في البنك، أو المؤسسة المالية أو إحدى شركات التأجير المعتمدة، أو تحديد من له صفة الوسيط في عقد تحويل فاتورة[1]، الذي ينبغي أن يكون إحدى شركات محولة الفواتير.

بمعنى أن المشرع لجا إلى تحديد من له صفة المتعاقد في عقود الأعمال،و هذا ما يجعل هذه العقود تخرج عن إطار مبدأ سلطان الإرادة، الذي يترك الحرية الكاملة للمتعاقدين في التعاقد من عدمه ، و الحرية في اختيار المتعاقد، **فمن هذه الزاوية القانونية**، يظهر أن هناك **تقييد لحرية المتعاقد في اختيار المتعاقد معه**.وفي التعاقد بشكل عام.

أما إذا نظرنا إلى ذلك، من زاوية أخرى، **و هي الزاوية الاقتصادية**، تظهر تلك **الأهمية في تحديد من له صفة المتعاقد في عقود الأعمال**، لكون الفعالية الاقتصادية للمؤسسات الاقتصادية، لا يحسن تأديتها أي متعاقد عادي، تتوافر فيه الشروط القانونية للتعاقد كأي متعاقد أخر، بل يؤدي الوظيفة الاقتصادية لتلك العقود، أشخاص معينة تتوافر فيهم صفات معينة للتعاقد، ولذلك نجد المشرع حريص على تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال، و هذا ما اجل ضمان تمويل المؤسسات الاقتصادية، سواء كانت صغيرة أو متوسطة، هذا من جهة، و من جهة أخرى ، المساهمة في دفع التنمية الاقتصادية للدولة، و هذا ما يظهر المنفعة التي تعود على المؤسسة و على الدولة، لان نجاح أي مؤسسة اقتصادية، ينعكس ذلك، دون شك ايجابيا على نجاح على اقتصاد الدولة ، خاصة مع بروز مفهوم الدولة الضابطة، التي من خلالها تراقب الدولة، مجموعة كبيرة من عقود الأعمال،من اجل أن تحرص على تجسيد الغاية الاقتصادية لهذه العقود.

من اجل تفصيل ذلك، نقسم الموضوع إلى جانبين:

أولا: تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال: تقييد لحرية المتعاقد في اختيار المتعاقد:

ثانيا: تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال: ضرورة لضمان الغاية الاقتصادية:

أولا: تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال: تقييد لحرية المتعاقد في اختيار المتعاقد:

لقد خالفت عقود الأعمال، النظرية العامة للعقد، فيما يخص مبدأ الحرية العقدية، فبدلا من ترك الحرية للمتعاقدين، في التعاقد من عدمه ، و أيضا الحرية في اختار المتعاقد الذي يتعاقد معه، و الحرية في تحديد مضمون العقد، عملت على التقييد قدر الإمكان من حرية المتعاقدين، و خاصة تحديد حرية المتعاقد في اختيار المتعاقد معه، فلا يمكن تصور إقدام المتعاقد على التعاقد دون تمكنيه من حقه في اختيار المتعاقد و تحديد محتوى العقد، لكن هذا لم يمنع المشرع من التقييد الصارم لحرية المتعاقد في اختيار المتعاقد معه، و بالتالي لجا إلى تحديد صفة المتعاقد في تلك العقود، ، لكون المشرع أحاط إمكانية التعاقد بشروط كثيرة ، لا يمكن لأي متعاقد توفيرها(**أولا**)، و نتيجة لذلك فالمشرع يريد توجيه المتعاقدين إلى التعاقد مع صفة معينة من المتعاقدين، و هو بذلك لا يترك حرية الاختيار بالنسبة للمتعاقدين في اختيار المتعاقد معهم، فالمتعاقد محدد في عقود الأعمال(**ثانيا**).

[1] لقد عرّف المشرع الجزائري عقد تحويل فاتورة في المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري" عقد تحويل فاتورة هو عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة، تسمى" **وسيط**" محل زبونها المسمى " **المنتمي**"، عندما تسدد فورا لهذه الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج عن عقد، و تتكفل بتبعة عدم التسديد، و ذلك مقابل اجر"

1/ تقييد حرية المتعاقد في التعاقد:البحث عن النوعية في صفة المتعاقد:

يلجا المشرع ضمن عقود الأعمال، إلى العمل على تقييد حرية المتعاقد في التعاقد، بشتى الطرق في ذلك، فهو لا يكتفي بالتعبير عن الرضا السليم الخالي من العيوب، و وجود الأهلية لازمة للتعاقد فقط، بل يشترط العديد من الشروط الأخرى، بحثا منه عن المتعاقد المناسب الذي يصبغ عليه صفة المتعاقد ضمن عقود الأعمال.

أ-فرض شكل قانوني على المتعاقد :

لقد حصر المشرع مهمة تنفيذ عقد الاعتماد الايجاري في صفة المؤجر، و حدد ثلاث أصناف من المتعاقدين، فإما أن تتمثل الصفة في البنك، أو المؤسسة مالية، أو شركة التأجير، ففيما يخص قيام البنوك و المؤسسات المالية بعمليات التأجير، فهذا ما هو واضح من خلال المادة 6/116 من الأمر رقم 09/96 (يمكن البنوك و المؤسسات المالية أن تجري العمليات التابعة لنشاطها كالعمليات التالية: ...- عمليات الإيجار العادي للأموال المنقولة و غير المنقولة فيما يخص البنوك و المؤسسات المالية المخولة بإجراء عمليات إيجار مقرونة بحق خيار بالشراء) كما تم التأكيد على ذلك في الأمر 11/03 المتعلق بالنقد و القرض[1] في المادة 2/68(تعتبر عمليات قرض، عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار الشراء لا سيما عمليات القرض الايجاري) .

و من جهة أخرى، حصر تكوين شركة التأجير ، في شكل قانوني محدد، الذي لابد أن يتأسس في شركة مساهمة ، و بذلك لا يمكن إنشاء شركات تعهد إليها مهمة حمل صفة المؤجر ، إلا إذا كانت شركات ذات أسهم، و هي تتخذ شكل شركة المساهمة،كما جاء في المادة 3 من النظام رقم 06/96(لا يمكن تأسيس شركات الاعتماد الايجاري المنصوص عليها في المادة 02 أعلاه، إلا على شكل شركة مساهمة طبقا للشروط المحددة في التشريع المعمول به) فيمنح المشرع صفة مؤسسة القرض للشخص المعنوي المؤجر، و هذا بالشروط المتعارف عليها في القانون التجاري بشان شركة المساهمة[2]، كما جاء في المادة 592 التي عرفت شركة المساهمة(هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم، و تتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم. و لا يمكن أن يقل عدد الشركاء اقل عن سبعة(07)...) كما تم تحديد الرأسمال الأدنى للحصول على الاعتماد للشركة المؤجرة، كما جاء في المادة 6 من نظام رقم 06/96 (الرأسمال الأدنى الذي تخضع له شركات الاعتماد الايجاري محدد بمائة مليون دينار جزائري(100.000.000دج) بدون أن يكون هذا المبلغ اقل من 50% من الرأسمال الخاص) فنظرا للطبيعة المالية لهذا العقد، فان تحقيق ذلك لا يمر إلا عبر البنوك و المؤسسات المالية، أو شركات التأجير كما رأينا، فهذا ما هو بارز من خلال إخضاع هذه الشركات إلى التنظيم رقم 06/96 الذي يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الايجاري و شروط اعتمادها[3] ، الحال لا يختلف كثيرا، بالنسبة لعقد تحويل فاتورة عن سابقه عقد الاعتماد الايجاري، بشان اشتراط المشرع مجموعة من الشروط في صفة المتعاقد الوسيط ، فمن الشروط المالية التي يتطلبها المشرع، أن تنحصر صفة الوسيط في إحدى شركات تحويل الفواتير، أي أن المشرع قد حدد شروط اكتساب صفة الوسيط في عقد تحويل فاتورة، كما جاء في المادة 543 مكرر 18 من المرسوم التشريعي رقم 18/93 (يحدد محتوى إصدار الفاتورات لأجل محدد و شروطه و كذلك شروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة عن طريق التنظيم) و قد تجسد محتوى هذا النص ، بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 331/95 يتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس

---

[1] الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 20 أوت 2003، ج.ر العدد 52.

[2] نوال قحموس، عقد الاعتماد الايجاري في ظل القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر-1- كلية الحقوق، 2013/2012، ص 133.

[3] نظام بنك الجزائر رقم 06/96 المؤرخ في 03 جويلية 1996 ، ج.ر العدد 66.

تحويل الفواتير[1] ،و قد جاء في المادة 02 من المرسوم التنفيذي المذكور(تعتبر محولة الفواتير التي تقوم في إطار مهنتها العادية، بعمليات تحويل الفواتير حسب مفهوم المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري، شركة تجارية تؤسس في شكل شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، و تخضع للتشريع و التنظيم المطبقين على الشركات التجارية) و بذلك تحمل محولة الفواتير صفة الوسيط[2] ،و التي تتمثل في شركة تجارية ، أي شخص اعتباري غير طبيعي، و هي إما تتخذ في شكل شركة مساهمة أو شركة ذات المسؤولية المحدودة، و هذا عكس ما اشترطه المشرع بشان شركة التأجير الذي حصره في شكل شركة مساهمة دون شركة ذات المسؤولية المحدودة.

يرى البعض[3] ،أن هذا الشكل يتماشى مع المشاريع الاستثمارية، في شتى المجالات، ما عدا المجال المصرفي ، الذي يتطلب وجود شركة مساهمة، كما أن حصر ممارسة النشاط على شركات الأموال، يفيد استبعاد وجود شركات الأشخاص، بدعوى أنهم لا يملكون من الإمكانيات المالية ما يساعدهم على القيام بالنشاط.

ب/ فرض الاعتبار الشخصي في صفة المتعاقد:[4]

لم يكتفي المشرع، في تحديد صفة المتعاقد بأن اشترط بعض الجوانب المالية، التي تعكس قدرة المتعاقد على تنفيذ تعهداته، بل امتدت شروطه إلى اشتراط بعض الجوانب الأخلاقية التي يجب أن يتصف بها مسيري شركة المؤجرة، فكما جاء في المادة 04 من النظام رقم 06/96 (لا يجب أن يكون المؤسسين و المسيرين أو الممثلين لشركة الاعتماد الايجاري محل منع المنصوص عليه في المادة 125 من قانون 10/90 و كذلك يجب أن يتمتعوا بالشروط المنصوص عليها في التنظيم 05/62[5]) كما تحث المادة 06 من النظام نفسه، على تحلي المسير بشروط النزاهة و الأخلاقيات، حال تعيينه أو في

---

[1] المؤرخ في 25 أكتوبر 1995، ج.ر العدد 64.

[2] يرى البعض أن هناك تناقض في فيما يخص تسمية الوسيط، ففي القانون التجاري يستعمل المشرع عبارة " الشركة الوسيط" أما في المرسوم التنفيذي رقم 331/95 فيستعمل عبارة" محولة فواتير" بالرغم من أن الشركة الوسيط، ليست محولة فواتير، لكونها لا تقوم بتحويل الفواتير بل هي من تحول الفواتير إليها عن طريق عقد تحويل فاتورة، عيادي فريدة، النظام القانوني لعقد تحويل فاتورة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، العدد 04 /2016ص 451.

[3] شلغوم رحيمة، المرجع السابق، ص 243.

[4] إن الاعتبار الشخصي هو ميزة تتميز بها عقود الأعمال، و هي تصدق على كلا أطراف العقد، ففي عقد الاعتماد الايجاري فالاعتبار الشخصي ، و إن كان يجب في المؤجر، فانه واجب في المستأجر بان يكون من بين المتعاملين الاقتصاديين، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص ، سواء وطنيين أم أجانب،الحال كذلك بالنسبة لعقد تحويل فاتورة، فان صفة الوسيط لا غرابة في اعتباره الشخصي، فان المنتمي كذلك لابد أن يكون محل اعتبار شخصي لكي يقبل الوسيط التعجيل له بقيمة الفواتير و تحمل خطر عدم الرجوع، فالوسيط يتحرى عن قدرة المؤسسة، التي يقبل دفع الفواتير عنها، و مدى ملاءتها، و وضعيتها من خلال التحري عن رأسمالها و شكلها القانوني، خاصة إذا كانت شركة مساهمة، و التحري عن رقم أعمالها، و نسبة الأرباح المحققة، و قابليتها للتطور، راجع محمودي بشير ، المرجع السابق، من ص 36 إلى ص 39. الحال كذلك يصدق على عقد التسيير ، فكما جاء تعريفه في القانون رقم 01/89 المؤرخ في 07 فيفري 1989 ج.ر العدد 06، في المادة الأولى(عقد التسيير هو العقد الذي يلتزم بموجبه **متعامل يتمتع بشهرة معترف بها، يسمى مسيرا**، إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد...) فالمشرع يحرص من خلال تعريفه لهذا العقد، أن يكون المسير ذو اعتبار شخصي يتمتع بمؤهلات و مهارات عالية، و أيضا بسمعة حسنة، من اجل منحه الحق في تسيير المؤسسة الاقتصادية العمومية أو المختلطة.

[5] نظام بنك الجزائر رقم 05/90 المؤرخ في 22 مارس 1992المتعلق بشروط الواجب توافرها في مؤسسي البنوك و المؤسسات المالية و مسيريها و ممثليها، ج.ر العدد08.

ممارسته لوظيفته، و على رؤساء و أعضاء مجلس الإدارة و المديرين العامين لهذه المؤسسات أن يثبتا توافر هذه الشروط بكل الطرق القانونية، تحت رقابة اللجنة البنكية لمدى احترام هذه الشروط .[1]

لعل هذه الشروط تعكس حرص المشرع، على محاربة المظاهر الغير أخلاقية في مجال الأعمال، لان ذلك ينعكس سلبا أو إيجابا على نجاح مناخ الأعمال، فتفشي مظاهر عدم النزاهة في وسط المسيرين، ينعكس على المتعاملين الاقتصاديين، الذين سيحجمون عن التعاقد، و بالتالي تعطيل عجلة التنمية، و أما وجود النزاهة و الأخلاق في وسط المسيرين، سيكون له دافع مهم في وسط المتعاملين، من خلال كسب الثقة و الائتمان في المتعاقد الأخر، و هو ما يزيد من فرص التمويل للمؤسسات.

كما أضاف المشرع بعض الضوابط التي يجب أن تتحلى بها الشركة المحولة لفواتير لدى مباشرة نشاطها، و هذا ما حددته المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 331/95، التي من بينها تقديم البيانات التفصيلية عن الوضعية المالية مرة في كل سنة، التي تسمح من التأكد من أن الشركة تملك الحد الأدنى من الأصول الصافية الفعلية المطلوبة، و المحافظة دائما على الحد الأدنى من الأصول الصافية الفعلية، كما تلزم الشركة بتمكين الأعوان الذين يعينهم الوزير المكلف بالمالية من الإطلاع على العقود المبرمة من العملاء.[2]

ج/ فرض الاعتماد الإداري لمنح صفة المتعاقد:

إن حرص المشرع و بجانبه الدولة، على الاختيار الأحسن لصفة المتعاقد المناسبة لكي يمكن أن تصبغ عليها صفة المتعاقد في عقود الأعمال، ادخل معه الأسلوب الإداري في تكوين و تحديد صفة المتعاقد المرخص له لمباشرة عقود الأعمال، و التي تتمثل في نظام الرخص و الاعتماد.

لقد اخضع المشرع ممارسة صفة المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري، إلى أسلوب الاعتماد الإداري، و هذا الاعتماد هو شكل خاص لكل من يريد ممارسة الأعمال المصرفية ،و إن كان الأمر واضح بالنسبة للبنوك و المؤسسات المالية ، كما جاء في المادة92 من قانون النقد و القرض، ألحق المشرع شركة التأجير بوجوب الحصول على الاعتماد، و لا يمكن لها مباشرة نشاطها إلا بعد الحصول على الاعتماد من جانب مجلس النقد و القرض، و لعل مرد اشتراط هذا الاعتماد، هو من اجل تمكن المجلس من الإطلاع على القدرة المالية الكافية و كافة الشروط القانونية الأخرى، من توافر الشكل القانوني المناسب لشركة المساهمة، و أيضا توافر الرأسمال الحد الأدنى، و بالتالي معرفة إمكانية ممارسة هذه الشركة النشاط من عدمه، و هذا ما يسمى بالرقابة القبلية السابقة.[3]

لأجل الحصول على الاعتماد المطلوب، ينبغي على المعني بالأمر، إن يرسل الملفات المتعلقة بطلب الاعتماد إلى مجلس النقد و القرض، و أيضا تقديم ملف يحتوي على أجوبة لمجموعة من الأسئلة المنصوص عليها في الملحق رقم (1) و (2) كما جاء في التعليمة رقم 96/97 [4] ، كما يجب أن يتضمن الملف رسالة موجهة إلى محافظ بنك الجزائر، تؤكد صحة المعلومات المقدمة، مع التعهد بإشعار المجلس بكل تغيير لاحق في المعلومات، كما يجب تقديم الملف إلى الجهة المختصة على مستوى بنك الجزائر، و منحه مدة شهرين تحسب من يوم استلام الملف و الطلب المتعلق بالاعتماد، كما جاء في المادة 9/2 من

---

[1] نوال قحموس، المرجع السابق، ص 134.

[2] عيادي فريدة، المرجع السابق،،ص 452.

[3] حدادي ريم شهاب، الوسائل القانونية الجديدة لتمويل المؤسسات في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر -1- كلية الحقوق، 2011/2010، ص22.

[4] المتعلقة بطرق او كيفيات انشاء شركات الاعتماد الايجاري و شروط الحصول على الاعتماد، المؤرخ في1996/11/22.

نظام رقم 06/96، بعد هذا يمكن مباشرة نشاط تأجير، بعد الحصول على الموافقة[1]، بموجب مقرر من جانب محافظ بنك الجزائر[2]، و نشر القرار في الجريدة الرسمية، مع إمكانية الطعن أمام الجهات الإدارية في حالة رفض منح الاعتماد، أو حالة رفض منح الاعتماد للبنوك و المؤسسات المالية.[3]

اشترط المشرع لاكتساب صفة الوسيط، و بالأخص شركة محولة الفواتير الحصول على الاعتماد قبل مباشرة نشاطها ، و هذا كما نصت عليه المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 331/95 السالف الذكر، انه يجب لتأهيل شركة محولة الفواتير الحصول على الاعتماد لمباشرة النشاط، و أما الجهة المانحة للاعتماد فهي تتمثل في الوزير المكلف بالمالية، و هذا بعد تقديم طلب كتابي يرفق ببعض المستندات كما نصت عليه المادة 02، تتمثل في القانون الأساسي للشركة، من اجل التحقق من صفة المسيرين، و مدى كفاءتهم، و قدرة المؤسسة للقيام بوظائفها،و كذلك حصيلة الافتتاح، و أيضا وصل التسجيل في السجل التجاري[4]،و طبقا لقاعدة توازي الأشكال، فان السلطة المانحة للاعتماد هي السلطة التي تمارس الرقابة على شركة محولة الفواتير، التي تخضع إلى رقابة الوزير المكلف بالمالية، الذي له الصلاحية في منح و سحب الاعتماد و قرار التأهيل، إذا جانبت الشركة النصوص القانونية المعمول بها، كما جاء في المادة 09 من المرسوم التنفيذي.

لقد أعاب البعض، على الجهة المختصة بمنح قرار الاعتماد و التأهيل بالنسبة لشركة محولة الفواتير، و حصر الصلاحية في الوزير المكلف بالمالية، لكونه تجاوز لمهام مجلس النقد و القرض، الذي يعد المؤهل الوحيد باتخاذ القرارات ، التي تتعلق بمنح التراخيص بفتح البنوك و المؤسسات المالية، و أيضا سحب اعتمادها، لكون شركة محولة الفواتير تقوم بأعمال مصرفية، كان يتعين إخضاع سلطة منح الاعتماد إلى مجلس النقد و القرض[5]، كما فسر البعض الأخر[6] ، أن شركة تحويل الفواتير هي شركة تجارية، و مع ذلك فهي تخضع إلى وصاية و رقابة وزارة المالية، أي حصر الصلاحية في الجهاز و السلطة التنفيذية المركزية، و هذا ما يخالف تأسيس البنوك و المؤسسات المالية التي تخضع إلى قانون النقد و القرض.

2/ تقييد حرية المتعاقد في اختيار المتعاقد معه: توجيه المتعاقد إلى الصفة المحددة:

إن اشتراط المشرع صفات و شروط معينة في صفة المتعاقد ، يترتب عنه نتيجة مفادها، أن المشرع يريد توجيه المتعاقد إلى صفة معينة للتعاقد معها، و معنى ذلك أن المتعاقد ليست له الحرية في اختيار المتعاقد معه، و يصدق الحال على المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري، و كذلك الأمر بالنسبة للمنتمي في عقد تحويل فاتورة، فحرية اختيار المتعاقد مقيدة و موجهة من جانب المشرع.

---

[1] يتضمن مقرر الاعتماد، بعض المعلومات، كالعنوان التجاري لشركة الاعتماد الايجاري، عنوانها، ألقاب و أسماء أهم مسيريها، مبلغ رأسمال و توزيعه بين المساهمين، كما جاء في المادة 10 من النظام رقم 06/96.

[2] المادة 09 من النظام رقم 06/96.

[3] المادة 11 من نظام رقم 06/96.

[4] ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، أطروحة دكتوراه، جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2012/2011.، ص 178، و عيادي فريدة، المقال السابق، ص 452.

[5] ميلاط عبد الحفيظ،المرجع نفسه،ص 179.

[6] عيادي فريدة، المقال السابق ، ص 453.

أ/ إعمال مبدأ احتكار صفة المتعاقد:

إن تحديد المشرع لصفة المتعاقد الذي يجب التعاقد معها ضمن عقود الأعمال ، معناه توجيه المتعاقد للتعاقد مع المؤجر، أو التعاقد مع الوسيط، وقد منح المشرع الاحتكار لممارسة عمليات الاعتماد الايجاري لثلاث أشخاص[1]، كما جاء في المادة2/1 من الأمر رقم 09/96(يعتبر الاعتماد الايجاري موضوع هذا الأمر عملية تجارية و مالية: يتم تحقيقه من قبل **البنوك و المؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا و معتمدة صراحة بهذه الصفة**) يظهر أن المشرع قيد حرية المستأجر في اختيار المتعاقد معه من المؤجر، لكون المؤجر هو محدد من جانب المشرع في إحدى المتعاقدين الثلاث المذكورين في المادة، و بذلك تنعدم حرية اختار المتعاقد، خلافا للحرية التعاقدية التي تمنح للمتعاقد في اختيار المتعاقد معه، و لكن خصوصية عقود الأعمال، و من ذلك عقد الاعتماد الايجاري، لا يمكن لأي متعاقد مباشرة هذه العقود إلا مؤسسات مالية ضخمة، تملك من الملاءة المالية ما يكفيها من تغطية كل الطلبات، أي أن هذا الشخص لا بد أن توافر فيه قدرات مالية معتبرة و ضخمة، لكي يمكنه مزاولة النشاط، لأنه مطالب باقتناء تجهيزات و معدات و آلات ذات قيمة مالية كبيرة، فضلا عن اقتناء العقارات.[2]

إن اقتصار الأمر على الصفات التي حددها المشرع، يذكرنا بالمبدأ المعروف في ممارسة النشاط المصرفي، بمبدأ احتكار الصفة ،و اقتصار الصفة على البنوك و المؤسسات المالية حسب العلميات[3]، فكما جاء في المادة 70من قانون النقد و القرض،(البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد 66 إلى 68 أعلاه، بصفة مهنتها العادية) أعطى المشرع للبنوك دون سواها الحق في القيام بجميع العليات المصرفية، و قد نص المشرع على الحظر من غير تلك الصفات لمزاولة النشاط، كما جاء في المادة 76 (يمنع على كل شخص طبيعي أو معنوي، من غير البنوك أو المؤسسات المالية ، حسب الحالة ، القيام بالعمليات التي تجريها تلك البنوك و المؤسسات بشكل اعتيادي...) إن هذا النص يؤكد فيه المشرع على احتكار مجال مزاولة النشاط المصرفي ، و بالتالي يوفر حماية للبنك و المؤسسة المالية ، من الأشخاص الآخرين سواء طبيعيون أو معنويون، ما لم تتوافر فيه شروط مباشرة النشاط، و أيضا ما لم يحصلوا على الاعتماد الواجب من جانب مجلس النقد و القرض[4]، و هذا ما يصدق على عقد الاعتماد الايجاري، كما نصت المادة 2 من الأمر 09/96(تعتبر عمليات الاعتماد الايجاري عمليات قرض لكونها تشكل طريقة تمويل اقتناء الأصول المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه، أو استعمالها...) و كبرهان على ذلك نصت المادة 68 من قانون رقم 11/03(تعتبر عمليات قرض، عمليات الإيجار المقرونة بحق الشراء لا سيما القرض الايجاري)

إن النتيجة المترتبة على عملية تحديد صفة المتعاقد الذي يجب التعاقد معها، تتمثل في عملية الإقصاء لكل شخص ليس لديه الصفة المحددة للتعاقد، كما يظهر أن المشرع قد استبعد الأشخاص الطبيعية من طائفة المؤجرين، لان مزاولة نشاط البنوك قاصر على الأشخاص الاعتبارية دون الأشخاص الطبيعية.[5]

كما قد حدد و حصر المشرع صفة المتعاقد في عقد تحويل فاتورة، الذي يلجا إليه المنتمي،المتمثل في شركة محولة الفواتير المعتمدة و المؤهلة بمزاولة النشاط، التي يصبغ عليها المشرع صفة الوسيط، و أيضا الخاصية الأساسية في صفة

---

[1] شامبي ليندة، الاعتماد الايجاري ،مداخلة ضمن الملتقى الوطني حول عقود الأعمال و دورها في تطوير الاقتصاد الجزائري يومي 16 و 17 ماي 2012، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص 173.

[2] محمودي بشير، النظام القانوني للوسائل الحديثة لتمويل المؤسسة الاقتصادية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر -1- كلية الحقوق، 2014/2013.ص 132، حدادي ريم شهاب، المرجع السابق، ص 20.

[3] شامبي ليندة، الائتمان المصرفي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر-1-، كلية الحقوق، 2011/2010، ص 31.

[4] شلغوم رحيمة، المرجع السابق، ص 203.

[5] محمودي بشير، المرجع السابق، ص 108 و 133.

الوسيط، انه هو المتعاقد الذي حدده المشرع لكي يتم التعاقد معه في عقد تحويل فاتورة، لما لهذه الصفة من أهمية،و لا يمكن للمنتمي اللجوء إلى متعاقد أخر غير المتعاقد الذي يحمل صفة الوسيط.[1]

ب-جزاء مخالفة مبدأ احتكارصفة المتعاقد:

لم ينص المشرع على جزاء مخالفة حضر احتكار صفة الوسيط، أي شركة محولة الفواتير،على خلاف ذلك نص المشرع على الجزاء المتعلق بحضر صفة البنك و المؤسسات المالية دون شركة التأجير، فتنص المادة 134 قانون النقد و القرض(تطبق العقوبات السارية على النصب، على كل شخص خالف في تصرفه، سواء لحسابه أو لحساب شخص معنوي، احد إحكام المواد 76، 80، 81 من هذا الأمر، و يمكن للمحكمة، زيادة على ذلك أن تأمر بغلق المؤسسة التي ارتكبت فيها مخافة المادة 76 أو المادة 81 من هذا الأمر) يشمل هذا الجزاء لتطبيق للنص المذكور:

قد يكون الجزاء جنائي، الذي يتمثل في جنحة النصب و الاحتيال المنصوص عليها في المادة 372 من قانون العقوبات ،و أما عن أركان الجريمة فان القانون نقد و القرض لم يحدد الأركان مما يتعين الرجوع إلى القواعد العامة في قانون العقوبات، كما يمكن للمحكمة اللجوء إلى الإجراءات التأديبية، و ذلك بالأمر بإغلاق المؤسسة، و يمكنها كذلك نشر الحكم كليا أو جزئيا في الصحف، و هذا على حساب المحكوم عليه.[2]

ثانيا/ تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال: ضرورة لضمان الفعالية الاقتصادية:

لا يمكن الحديث عن المجال الاقتصادي دون الحديث عن واقع الدولة المعاصر، و ما وصلت إليه من تطور، في وظائفها و آلياتها، التي تنعكس على التنمية الاقتصادية، و من جهة أخرى تأثير هذا التطور في وظيفة الدولة على عقود الإعمال، و بالأخص حول ضرورة تحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال**(1)** التي تنعكس إيجابا على فعالية و تطور المؤسسات الاقتصادية المتوسطة و الصغيرة[3] **(2).**

1/ تأثير تطور وظيفة الدولة على عقود الأعمال:

إن اهتمام المشرع بتحديد صفة المتعاقد في عقود الأعمال، إنما يعود إلى اهتمام و حرص الدولة على المجال الاقتصادي،و هو ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي[4]،الذي برز بعد اهتمام الدولة بالميدان الاقتصادي، و هو ما اثر على قانون العقود بصفة عامة، و بصفة خاصة على عقود الإعمال، بما أن الدولة تحرص من خلال أساليبها الإدارية على تحديد و المساهمة في تكوين صفة المتعاقد في عقود الأعمال، كما تجلى لنا ذلك بشان منح الاعتماد لمزاولة الأنشطة بالنسبة للمؤجر في عقد الاعتماد الايجاري، و بالنسبة للوسيط في عقد تحويل فاتورة.

تجلى ذلك من خلال اللجوء إلى آليات الضبط الاقتصادي، الذي ظهر بعد انسحاب الدولة من إدارة و توجيه الميدان الاقتصادي بشكل مباشر، و تخويل مهمة إدارة وضبط الاقتصاد إلى هيئات إدارية مستقلة، من خلال نظام الرخصة و الاعتماد الإداري، التي تبقى بعيدة نسبيا عن السلطة المركزية.

---

[1] محمودي بشير، المرجع نفسه، ص34.

[2] شامي ليندة، المرجع السابق، ص 44 و45.

[3] تنص المادة 04 من قانون رقم 01/89 على أن (يلتزم المسير بتحسين المردودية الاقتصادية و المالية للملك و اقتحام الأسواق الخارجية لا سيما عن طريق رفع شان المنتوجات و الخدمات المقدمة) يظهر أن المشرع يولي اهتمام واسع للطرف المسير ، من اجل مساهمته في تطوير المؤسسة الاقتصادية.

[4] يعرفه بعض بأنه " كل القواعد القانونية التي تنظم و تدير الاقتصاد الوطني، فهي القواعد التي تحمي المبادئ الأساسية و المصالح العليا للبلاد في الميدان الاقتصادي و الاجتماعي" علي فيلالي، المرجع السابق، ص 292.

لعل من بين أهم هيئات الضبط الاقتصادي في المجال المصرفي نجد، مجلس النقد و القرض ، و اللجنة المصرفية[1]، فكما رأينا سابقا، فان ممارسة و مباشرة نشاط الاعتماد الايجاري من جانب المؤجر، يستلزم الحصول على الاعتماد من جانب مجلس النقد و القرض، بالنسبة للبنوك و المؤسسات المالية، و بالتالي فالمرور ضروري على سلطات الضبط ، لإجراء الرقابة القبلية و السابقة، المتمثلة في التحقق من قدرة المتعاقد على مباشرة نشاطه، و هذا ما يصبغ على عليه صفة المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري.

أما بشان شركة محولة الفواتير، فان مهمة منح الاعتماد كما رأينا تكون في يد الوزير المكلف بالمالية، و هو ما لا يعزز استقلالية وظائف الضبط الاقتصادي، التي تتمثل أساس في الهيئات الإدارية المستقلة، لذلك كان على المشرع إخضاع سلطة منح الاعتماد إلى هيئة الضبط المتمثلة في مجلس النقد و القرض، عوض الوزير المكلف بالمالية من اجل تعزيز الاستقلالية لمؤسسات الضبط، و إضفاء الشفافية على القرار الإداري بعيدا عن الهيئات المركزية.[2]

2/ مساهمة صفة المتعاقد في تحقيق الفعالية الاقتصادية:

إن تحيد صفة المتعاقد تحقق غاية مزدوجة للمؤسسة الاقتصادية، فهي من جهة تعد كمصدر تمويل **(أ)** و من جهة أخرى تعد كوسيلة للحفاظ على بقاء المؤسسة**(ب)**.

ا/ صفة المتعاقد مصدرلتمويل المؤسسات الاقتصادية:

إن لجوء المشرع إلى تحديد صفة المتعاقد لكل من عقد الاعتماد الايجاري و عقد تحويل فاتورة لم يكن عبثا، لكونه يركز على هذه الصفة في المتعاقد، و يعول عليها في القيام بعدة مهام ذات طابع اقتصادي، فإذا تفحصنا عقد الاعتماد الايجاري، لوجدنا انه من بين الخصائص الأساسية لهذا العقد انه ذو وظيفة مالية، و هذا طبقا للمادة 1 من الأمر رقم 09/96، التي تعبر عن عمليات القرض و الاعتماد باعتبارهما عمليات مالية، تدخل ضمن اختصاص البنوك و المؤسسات المالية كما رأينا، و دورهما في تمويل المشاريع،و اقتناء الأموال المنقولة و العقارية على حد سواء، كما تتمثل الخاصية الثانية لهذا العقد في الوظيفة التمويلية[3]، كما جاء في المادة 2 من الأمر رقم 09/96(تعتبر عمليات الاعتماد الايجاري عمليات قرض لكونها تشكل طريقة تمويل الأصول و استعمالها...) يظهر من هذه النصوص أن الاعتماد الايجاري يعد بحق أداة لتمويل المؤسسات الاقتصادية ، سواء كانت صغيرة أو متوسطة، لكونه يساهم في دفع التنمية الاقتصادية و الاجتماعية، لهذه المؤسسات ، من خلال مدها بالتمويل الضروري، لاقتناء تجهيزات و آلات حديثة تساعد المؤسسة على تطير إنتاجها و طاقاتها.[4]

لهذا يعد الاعتماد الايجاري ، من أنجع الوسائل الاقتصادية و التمويلية ذات الصبغة التعاقدية، التي تساعد المؤسسة الاقتصادية في الحصول على ما يلبي احتياجاتها من أصول،لا تستطيع الحصول عليها إما لضعف مواردها المالية ، و إما لعدم قدرتها على الاقتراض، لعدم استجابتها لشروط البنك أو المؤسسة المالية[5]، و هذا لا يتأتى إلا إذا تم تحديد صفة

---

[1] المنشاة بموجب القانون 10/90 المؤرخ في 14 افريل، المتعلق بالنقد و القرض، ج.ر العدد 16، الملغى بموجب الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 20 أوت 2003، ج.ر العدد 52، المعدل و المتمم بموجب الأمر 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر العدد 50.

[2] إن مصطلح سلطات الضبط، يدل على السلطات الإدارية المستقلة، غير أن صلاحيات الموكلة للضبط ما تزال تتقاسمها مع هيئات مركزية و أهمها وزير المالية، كما هو الحال بالنسبة لمنح الاعتماد لشركة محولة الفواتير، بوجملين وليد، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر-1-، كلية الحقوق،2007/2006. ص 21.

[3] شلغوم رحيمة، المرجع السابق، ص 79.

[4] شلغوم رحيمة، المرجع نفسه، ص 84.

[5] محمودي بشير، المرجع السابق، ص 107.

المتعاقد المؤجر، الذي يلعب الدور الأساسي في عملية التمويل، فليس كل متعاقد يمكنه تحقيق هذه الغاية، و هذا المبرر من تقييد حرية المتعاقد في التعاقد و اختيار المتعاقد معه.

كما لاعتماد الايجاري ميزة جد مهمة، بالنسبة للمستأجر، حين يمنحه الخيار لدى انقضاء مدة الإيجار، و يخيره بين ثلاثة خيارات، فإما أن يشتري الأصل المؤجر مع دفع القيمة المتبقية بعد احتساب قيمة الأجرة المدفوعة، و إما يعيد إبرام إيجار بتحديد المدة من جديد، و أما الخيار الأخير فله أن يرد الأصل للمؤجر لدى انتهاء المدة المتفق عليها، و هذا ما جاء في المادة 16 من الأمر رقم 09/96، و يظهر أن هذه الخيارات خاصة الخيار الأول و الثاني، انه وسيلة جد فعالة لتمويل استثمارات المستأجر ، عوض لجوئه إلى القرض، لان المؤجر يضمن له إما شراء الأصل المؤجر أو إعادة تجديد الإيجار، و بالتالي تستمر حياة المؤسسة الاقتصادية، كما يمنح العقد للمستأجر فرصة لتمويل الاستثمار بقيمته الإجمالية، دون لجوء المستأجر إلى دفع تسبيقات شخصية، عكس القروض البنكية.[1]

ب/ صفة المتعاقد وسيلة للحفاظ على بقاء المؤسسة الاقتصادية:

إن الصفة التمويلية للمؤجر في عقد الاعتماد الايجاري، يقابلها صفة الوسيط، في عقد تحويل فاتورة، من خلال تحمل مخاطر عدم الدفع بالنسبة للمؤسسات الاقتصادية اتجاه المنتمي، فباعتبار الوسيط شركة تجارية معتمدة من جانب وزارة المالية، فان هذا الأمر يمنح الارتياح للمنتمي على قدرة الوسيط في تحمل قيمة الفواتير، لان هذا العقد يبسّط عملية عدم الدفع[2]، و هو بمثابة عقد قرض و ضمان،أو كما يظهر من خصائصه انه عقد ائتماني[3]، لان عملية تحويل الفواتير، له دور متعدد و متنوع، بحيث تؤدي إلى التمويل المسبق للحقوق المحولة، و من جهة أخرى تؤدي إلى ضمان تحمل تبعة عدم تسديد مهما كان سببه، سواء رجع ذلك إلى إعسار، أو مجرد عدم الوفاء في تاريخ الاستحقاق.[4]

لعل من بين الأمور التي تدل على الخاصية التمويلية و الضامنة لعقد تحويل فاتورة، هي النظر إلى التزامات الأساسية للوسيط اتجاه المنتمي، و التي تمثل حقوقا اتجاه هذا الأخير، و التي تتمثل في:

1-التعجيل بدفع قيمة الحقوق المحوّلة:

يلتزم الوسيط بان يعجل بدفع قيمة الحقوق للمنتمي المقبولة على مدينه،و للوسيط حق قبول الفواتير كلها أو بعضها ،و ذلك بالنظر إلى وضعية المشتري، و اعتباره الشخصي، و لكنه يلتزم بالوفاء بقيمة الفواتير المقبولة[5]، كما جاء في المادة 543 مكرر 14 ق.التجاري.، لذلك يقوم الوسيط بدفع قيمة الفواتير و السندات قبل تاريخ استحقاقها،إي يقوم بعملية تمويل لصالح المؤسسة ،و هو ما يسمح له بالحلول مكان المنتمي في الحقوق، كما ليس على الوسيط مهمة تحصيلها أو عدم تحصيلها، و ذلك بتحمله خطر عدم تسديد المدين، و المشرع ترك المجال للوسيط و المنتمي للاتفاق حول طريقة دفع العمولات و تحصيل المصاريف، من خلال البنود الاتفاقية في العقد،كما جاء في المادة 543 مكرر 17 ق.ت، و من

---

[1] حدادي ريم شهاب، المرجع السابق، ص 15.

[2] قد تلجا المؤسسة الاقتصادية إلى الاعتماد البنكي، لتغطية تكاليفها و مصاريفها، رغم الالتزامات المفروضة عليها من دفع الفوائد، و العمولات الباهظة التي يشترطها البنك أو المؤسسة المالية، كما قد لا تصل قيمة المبلغ إلى تغطية كامل احتياجات المؤسسة، لأجل ذلك و أمام هذه العقبات للمؤسسات الاقتصادية سواء كانت صغيرة أو متوسطة، و تجنبا لتعرضها إلى خطر التصفية، الذي قد يضر الاقتصاد الوطني، اظهر رجال الأعمال صيغ قانونية جديدة، و هي تعاقدية ، من شانها مساعدة المؤسسات على القيام بنشاطها في الوقت المحدد، التي من بينها نجد عقد تحويل فاتورة، راجع محمودي بشير، عقد تحويل فاتورة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، الجزائر، ص 09.

[3] شلغوم رحيمة، المرجع السابق، ص 241.

[4] محمودي بشير، المرجع نفسه،ص 24.

[5] محمودي بشير، الرسالة السابقة، ص 61.

جهة أخرى، فان المنتمي يهمه الأمر تحصيل الحقوق في الوقت المحدد أو حتى تعجيل تحصيل هذه الحقوق، و ضمان عدم تأخر المدين في الوفاء، و هذا الأمر ما يضمنه الوسيط.[1]

2- تحمل مخاطر عدم الرجوع على المدين:[2]

إن النتيجة المترتبة، على قبول الوسيط تحمل قيمة الفواتير، و تحصيل الحقوق إلى المنتمي، هو تحمل عدم وفاء المدين بقيمة الفواتير المقبولة، فالوسيط يضمن عدم الرجوع على المنتمي في حالة عدم تحصيل الحقوق،و هو ما يجعل ما يسمى بالالتزام بضمان عدم رجوع الوسيط في حالة عسر المدين على المنتمي. و هذا قمة الضمان الذي يحققه الوسيط في عقد تحويل فاتورة، كما أن مصدر هذا الالتزام هو العقد نفسه، أي بمقتضى الإتفاق و ليس بقوة القانون، من أجل المحافظة على مصالح المؤسسة الاقتصادية[3]، و يعود سبب ذلك لكون الوسيط لدى إبرامه عقد تحويل فاتورة قد تحرى جيّدا عن وضعية المدين و مركزه، و هذا ما يجعله يتحمل مخاطر عدم التسديد، كما جاء نص ذلك في المادة 543 مكرر14(...و تتكفل بتبعة عدم التسديد، ذلك مقابل اجر) كما يشترط في ضمان عدم رجوع الوسيط، أن لا يكون لإرادة المدين أو المنتمي دخل في عدم التحصيل، و يعفى الوسيط من الالتزام بالضمان إذا كان للمنتمي دخل في ذلك، سواء بخطئه أو غشه، أو تعلق الأمر بطبيعة الحق ذاته.[4]

الخاتمة:

ختاما، يظهر أن هناك تأثير قوي من جانب الاقتصاد على القانون، لكون أي تغيير في المجال الاقتصادي، يصاحبه دائما تغيير في المجال القانوني، ومن ذلك، نجد التغيير الذي مس مبدأ سلطان الإرادة، من خلال جوهره و هو الحرية التعاقدية، التي تكاد تنعدم ، خاصة في حرية المتعاقد في اختيار المتعاقد معه، و هذا من خلال تحديد المشرع لصفة المتعاقد ضمن عقود الأعمال، لذلك نعتقد ، أن القواعد الثابتة في نظرية العامة العقد، و بالأخص مبدأ سلطان الإرادة، ينبغي لها الانسياق نحو التغيير، لمراعاة المصلحة الاقتصادية ، و بالتالي الخضوع إلى التقييد الضروري في التعاقد، الذي لا مفر منه، من اجل مواكبة تطور المجتمع اقتصاديا و اجتماعيا، من اجل ذلك نفضل مبدأ خضوع المتعاقد إلى تحديد المتعاقد معه من جانب المشرع، لكون عقود الأعمال مجال محصور من حيث صفة المتعاقدين، لا مجال لكل المتعاقدين في مباشرة هذا العقود، و نحث المشرع في ذلك، على إصلاح القانون المدني، خاصة أحكام العقود المسماة، و إدراج أصناف عقود الأعمال ضمن تلك الأحكام، و نرى انه من بين السبل التي يمكن الاعتماد عليها، هو الأخذ في الحسبان تحديد صفة المتعاقد.

قائمة الهوامش:

1- تظهر الممارسة العملية في ميدان الأعمال، أربعة عقود من صنف عقود الأعمال، و هم عقد الاعتماد الايجاري، و عقد تحويل فاتورة، و عقد التسيير، و عقد فرانشيز، و هذا الأخير ليس منظم قانونا من جانب المشرع، أما بصدد موضوع تحديد صفة المتعاقد، فان الأمر يصدق بصورة أساسية على عقد الاعتماد الايجاري و تحويل فاتورة، و العقود المتبقية، لم يلجا فيها المشرع إلى تحديد صفة المتعاقد بصورة دقيقة، و محصورة، بل ترك المجال واسعا في مفهوم المتعامل المسير

---

[1] حدادي ريم شهاب، المرجع السابق، ص 61.

[2] يعرف البعض، الالتزام بالضمان بأنه" التزام الوسيط بعدم الرجوع على المنتمي بقيمة الحقوق الممثلة في الفواتير إذا لم يستطع الوسيط تحصيلها من المدين فهو إذا يتحمل تبعة عدم تسديدها" محمودي بشير،المرجع نفسه، ص66.

[3] محمودي بشير، المرجع نفسه، ص 64.

[4] محمودي بشير، المرجع نفسه، ص 69.

اختيار المتعاقد في العقود الدولية بين الاعتبار الشخصي والضوابط الاقتصادية (عقد نقل التكنولوجيا أنموذجا)

د. ونوغي نبيل ، أستاذ محاضر
كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سطيف 02

مقدمة:

عملية نقل التكنولوجيا والمعارف التكنولوجية لم تأخذ بعدها التنظيمي وإطارها القانوني إلا خلال العقود الأخيرة، كونها أصبحت إحدى أهم العمليات التجارية ذات البعد الوطني والدولي، لاحتوائها على نقل مختلف الخدمات المتعددة، وحقوق براءات الاختراع والمعارف والخبرات التقنية والفنية والأدوات المرافقة لها وبخاصة في مجال العلوم الصناعية المتقدمة، فبراءة الاختراع مثلا تكون كافة الحقوق الناجمة عنها قابلة للانتقال كليا أو جزئيا وهذا ما نصت عليه المادة[1] **36 " تكون الحقوق الناجمة عن طلب براءة اختراع أو براءة اختراع و / أو شهادات الإضافة المحتملة المتصلة بها قابلة للانتقال كليا وجزئيا "**.

لهذا فهي تشكل مطلبا هاما وأساسيا للدول النامية التي أدركت أنها تشكل ركيزة للتنمية والتطور التكنولوجي لما توفره من موارد وآليات تدفع بعملية التنمية الاقتصادية ككل، فَنْكَبَت الدول النامية جماعات من أجل امتلاك التكنولوجيا ولو تطلب الأمر استرادها ونقلها من الخارج فظهرت طرق وأساليب عديدة لنقلها، ومن بين هذه الطرق والتي لقيت رواجا نذكر عقد نقل التكنولوجيا والذي يعتبر محور هذه الورقة البحثية، و وجب تسليط الضوء على هذا العقد لما يكتسيه من خصوصية وكذا أهمية بالنسبة للدول النامية، فخصوصيته تكمن أن محل التعاقد فيه يقوم على جملة من الاعتبارات الشخصية التي يجب أن تراعى في العقد خاصة من جانب الالتزامات الملقاة على كاهل طرفيه.

أما أهميته فترتكز أساسا في البعد الاقتصادي التنموي والذي تحكمه جملة من الضوابط، من هنا يمكن طرح الاشكالية التالية: **خصوصية عقد نقل التكنولوجيا هل هي تقييد أم تتطلبها ضرورة مصالح المتعاقدين؟** وبطرح أخر: **إلى أي مدى يمكن للاعتبارات الشخصية والبرامج التنموية الاقتصادية أن تؤثر في عقد نقل التكنولوجيا؟**؛ ولإنجاز هذا العمل والإجابة على السؤال المحوري في الإشكالية ومعالجة هذا الموضوع نتبع منهجا علميا نظريا وكان بالأساس المنهج التحليلي الوصفي باعتباره الأنسب، ومن أجل الإجابة على هذه الاشكالية والتفصيل في هذه الورقة البحثية نستعرض كل ذلك وفق الخطة التالية:

المحور الأول: الإطار المفاهيمي لعقد نقل التكونولوجيا:

إن عقد نقل التكنولوجيا لا يعد عقدا كباقي العقود، بحيث أنه يعد في حد ذاته ظاهرة من أعمق الظواهر في الحياة المعاصرة لأن أهميته لا تقتصر فقط على دوره في التجارة الدولية بل أن أثاره تمتد إلى مختلف مراحل الإنتاج والخدمات وصناعة تكنولوجيا المعلومات والكشف العلمي والفني بل ويمتد تأثيره إلى قطاعات أخرى تعد من ركائز الدولة وسيادتها، ويعد هذا العقد الأداة الأساسية والأكثر شيوعا في تنفيذ جميع عمليات التجارة الدولية عموما وذلك نظرا لأنه يعبر عن

---

[1]- ف 01 المادة 36 من الأمر 03-07 المؤرخ 19 يوليو سنة 2003 المتعلق ببراءة الاختراع (ج.ر 44 المؤرخة في 23-07-2003) الجزائري.

الإرادة التعاقدية للطرفين المتعاقدين ولو كانت نسبية لتعارض المصالح أحيانا ووجود هيمنة من أحد الطرفين، وهذا كله تجسيداً لمبدأ سلطان الإرادة بحيث يصبح للعقد القوة الإلزامية سواء في مواجهة أطرافه أو في مواجهة لغير.[1]

وضمن دائرة نقل التكنولوجيا فإن العقد أصبح الأداة القانونية الأساسية والأكثر استخداما وشيوعا من أجل القيام بالمبادلات التكنولوجية بين الدول المتقدمة من جهة والدول النامية ومشروعاتها من جهة أخرى، لهذا يعرف عقد نقل التكنولوجيا بـ: عقد نقل التكنولوجيا اتفاق يتعهد ويلتزم بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات، أو أجهزة، أو لتقديم خدمات، ولا يعتبر نقلا لتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية، أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا، أو كان مرتبطا به، ويتضح من هذا التعريف أن جوهر اتفاق نقل التكنولوجيا ليس العناصر المادية التي يشملها محل الاتفاق، وإنما هو العنصر المعنوي الذي يتمثل في حق المعرفة أو المعلومات والخبرات أو الخدمات الفنية، وهذا ما ذهب إليه كذلك المشرع المصري في تعريفه لعقد نقل التكنولوجيا.[2]

كما تم تعريف عقود نقل التكنولوجيا في المدونة الدولية للسلوك بأنها: ترتيبات بين الأطراف متضمنة نقل المعرفة المنهجية لصناعة منتج أو لتطبيق عمليات أو لتقديم خدمات، ولا تشمل الصفقات المتضمنة وفقط بيع أو إيجار السلع وقد عددت المدونة، كل العقود التي تمثل عقود نقل التكنولوجيا في:

أ. نقل ملكية ترخيص كل أشكال الملكية الصناعية، باستثناء العلامات والأسماء التجارية ما لم تشكل جزءا من عقد نقل التكنولوجيا.

ب. التزويد بالمعرفة الفنية والخبرة التقنية.

ج. التزويد بالمعرفة التكنولوجية الضرورية لمشاريع تسليم المفتاح.

د. التزويد بالمعرفة التكنولوجية الضرورية لاكتساب واستخدام المواد الأولية والوسيطة أو كليهما.

وهذا التعريف بين أن عقد أو عقود نقل التكنولوجيا يمكن أن يشتمل على المعنى المادي والفني للتكنولوجيا، أي بجميع عناصرها ومكوناتها وفق ما يراه المتعاقدين مناسبا للنقل والتعاقد عليه، لذا فعقد نقل التكنولوجيا أو العقد الدولي لنقل التكنولوجيا، وأصبغناه بالصبغة الدولية لأن غالبية أطراف عقد نقل التكنولوجيا مختلفي الجنسية والمكان لاعتبار أن التكنولوجيا تنقل من الدول المتقدمة نحو الدول النامية فهو نقل خارج الحدود الواحدة، حتى ولو كان الأمر بالنسبة للنقل الداخلي الذي ذكرناه بحيث أن النقل داخلي بين الشركة وفروعها، فهما كيان اقتصادي وقانوني واحد، أما بين الدولة والشركة أو الدولة وأحد فروع الشركة باعتبار أن هذه الشركة في أصلها شركة متعددة الجنسيات، فيعتبر العقد في اغلب الأحوال عقد دولي[3] .

فعقد نقل التكنولوجيا كل اتفاق بين طرفين غير متساوين في التطور التكنولوجي، - دول متقدمة ودول نامية- يهدف من ورائه إلى نقل أو تسهيل نقل التكنولوجيا والمتمثلة في الظاهرة ككل أو البعض من العناصر المادية والمعنوية المكونة

---

[1] - مراد محمود مواجدة: المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص41.

[2] - إبراهيم سيد أحمد: عقد نقل التكنولوجيا فقها وقضاءً، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص09-10.

[3] - موسى خليل متري: العقود الدولية للتعاون الصناعي بين أطراف غير متساوية التطور-غرب ،جنوب-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فرانسوا رابليه في تور، 1993، ص236-237.

للتكنولوجيا والمندمجة في بعضها التي تكون في المستقبل معارف تساعد على إرساء قواعد التكنولوجيا بحيث أن نقل كل أو جزء من التكنولوجيا لا يكون في شكله الخام والجامد بل مع مجموعة المعارف والتقنيات والخبرات التي تسهم في إنعاش القطاع التكنولوجي للدولة المستوردة ومن بعد محاولة التحكم والإنتاج لوحدها وهذا وفق الحجم والكيف والقطاع والهدف المتفق عليه بين الطرفين بوجه يحفظ حقوق والتزامات كل طرف في عقد نقل التكنولوجيا، ومن أجل تبيان الضوابط الاقتصادية لعقد نقل التكنولوجيا التي تقوم أساسا على جملة من الخصائص وتتضمن بدورها الاعتبار الشخصي المرتبط بالأهمية الاقتصادية لهذا فإن **خصائص عقد نقل التكنولوجي ذات البعد الاقتصادي هي:**

1. عقد يرتكز على المعيار الشخصي: إن طرفا العقد وخاصة منه الطرف المتلقي للتكنولوجيا وفي هذا العقد يغلب الاعتبار الشخصي للدولة التي يود أن يتعاقد معها، فنية الدولة أو الطرف الذي يريد نقل التكنولوجيا تظهر جليا ومنذ إظهار رغبتها في نقل التكنولوجيا و محاولة منها في ركب التطور التكنولوجي، إلى اختيار الطرف المتعاقد معه وتركز على أن هذا الطرف يتمكن فعليا من التكنولوجيا، ويكون لها باع في هكذا مجالات ويكون هذا الطرف متحكما في هذه التكنولوجيا ومستقلا من التبعية التكنولوجيا صفة مطلقة، فمن هنا يظهر أن طرفا العقد وكلاهما يركز على الاعتبار الشخصي للمصدر والمتلقي للتكنولوجيا.

2. عقد طويل الأجل وذو طبيعة متطورة: وتختلف طول المدة وقصرها حسب موضوع العقد ذاته إلا أنه يمكن القول إنه عموما، يجب أن توافق هذه المدة الكافية لتحقيق موضوع العقد وسببه والنتائج والآثار المرجوة منه، ولما كان مطلب الدول النامية من مثل هذه العقود هو تحقيق التمكن التكنولوجي الحقيقي والفعلي، ففي هذا الصدد وغالبا ما تلجأ الدول المتعاقدة إلى إعطاء نظام خاص بهذه العقود ليتماشى مع طول المدة، والضوابط التي تحكم هذا العقد والشروط والأمور القابلة للتعديل، وفق مصالح الطرفين.

3. عقد تنموي يتأثر بالسياسة: يقوم هذا العقد على إعادة النظر بالأولويات في الدولة المتلقية حيث تدرس مدى مساهمة التكنولوجيا في اقتصادها وخططها التنموية، ومن هنا تظهر مهارة الدولة في قدرتها على اختيار أفضل التكنولوجيات،[1] وأكثرها ملائمة، وكذا يتأثر هذا العقد بالعوامل السياسية والتوجه السياسي والإيديولوجي للدولة المتلقية، ففي كثير من الأحيان تقف هذه العوامل عائق في وجه نقل التكنولوجيا والتطور التكنولوجي، خاصة في حالة وجود صراع سياسي داخلي أو خارجي بين الدولة المصدرة والدولة المتلقية للتكنولوجيا[2].

4. عقد ذو طابع دولي في غالبه: وتعد دولية هذه العملية من أهم صفات هذه العقود في غالب الأحيان مع أنه يمكن أن يكون عقد وطني، كون المشروع حدد النطاق الذي يشمله من خلال تحديد طبيعة طرفي العقد دون النظر إلى جنسية أي منهما بمعنى أن هذا العقد يعد دوليا إذا كان موضوع الاتفاق نقل التكنولوجيا عبر حدود دولة ما سواء، أكان طرفا الاتفاق يقيمان أم يمارسان نشاطا تجاريا أو صناعيا في نفس الدولة، أم في دولتين مختلفتين بمعنى أنه لا عبرة لجنسية الطرفين وهذا هو الضابط الذي تبناه مشروع التقنين الدولي لنقل التكنولوجيا، وبالرجوع إلى هذا المشروع نلاحظ في هذا الإطار أن التقنين قد أدخل تعديلا جوهريا بإجازته لكل دولة أن تقرر سريان التقنين على نقل التكنولوجيا إلى ما وراء حدودها[3].

---

[1]- صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن: عقود الدولة لنقل التكنولوجيا –دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين الشمس، 1993، ص 82.

[2]- وفاء مزيد فلحوط: المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 131.

[3]- وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن 2009، ص 43.

5. عقد ذو طابع تجاري: يعد عقد نقل التكنولوجيا من العقود التجارية، وممارسته تعد عملا من أعمال التجارة، وذلك راجع لخضوعه لنظرية التداول وبالرجوع للمشروع السالف الذكر والذي قرر على أن السلوك الدولي لنقل التكنولوجيا وفي المادة الأول منه: (إن عملية نقل التكنولوجيا عملية ذات طابع تجاري.)، وهذا يأتي في إطار أن الطرف الذي يمارس هذا العمل يقوم بها بصيغة الاحتراف والتداول، ويؤدي هذا إلى: اعتبار العمل تجاري سواء من حيث الإثبات أو من ناحية الاختصاص القضائي، أو من حيث التقادم .

المحور الثاني: إبرام عقد نقل التكنولوجيا وضوابطه:

تطورت عقود نقل التكنولوجيا في الآونة الأخيرة بشكل متسارع وأصبحت هذه العقود سمة للتجارة الدولية، كما أن عقد نقل التكنولوجيا يترجم إستراتجية أطرافه كما عبروا عنه في فترة سابقة على إبرامه، والتي ذكرناها على أنها مرحلة التفاوض وغالبا ما تكون معقدة ومشحونة وأنه فيها يتحدد مضمون العقد، من حيث تعيين أطرافه ومدة سريانه ونوع ومجال وحجم التكنولوجيا المراد نقلها، باعتبار أنها محل للعقد في حد ذاته وموضوع ما تعهد به أحدهما أن يمكن منه الطرف الآخر، كما يحدد الأطراف في هذه المرحلة أحكام تسوية النزاعات في حالة نشوبها والقانون الواجب التطبيق، وهذا يكون كله لغرض وضع الأرضية المناسبة والثابتة والتي ستبنى عليها العلاقة التعاقدية بين الطرفين، أي الدخول من مرحلة التفاوض بالأخذ والرد إلى مرحلة التطبيق والتنفيذ من خلال العقد في حد ذاته والذي هو بناء قانوني يعبر عن تنفيذ ما بناه وأعده الطرفان في مراحل سابقة، في شكل نهائي وملزم ويتحدد في هذه المرحلة الأداءات كعناصر في موضوع العقد ويتم تحرير العقد بالصياغة المتفق عليها بين الطرفين، وبما هو متعارف ومعمول به في هكذا عقود، ويعتبر إبرام العقد وتحريره في شكله النهائي من أشق الأمور على القانونيين بالنظر إلى الاعتبارات الفنية والهندسية والمحاسبية التي تكتنف موضوع العقد، ولذا فإن الاستعانة برجال الخبرة الفنية إلى جانب رجال القانون أمر لا محيص عنه لنجاح إبرام وصياغة مثل هذه العقود وما يترتب عليها .

أولا: تكوين عقد نقل التكنولوجيا بين الشروط التقييدية والأركان الموضوعية:

1. شروط عقد نقل التكنولوجيا ذات الطابع التقييدي: عقد نقل التكنولوجيا يكون في غالبه بين دول نامية مستورة للتكنولوجيا ودول متقدمة محتكرة ومصدره لها، ما يجعل هنا فرضية فرض شروط تعسفية من قبل الدول المحتكرة للتكنولوجيا، وهذا ما يجلها تضع جملة من الشروط المقيدة، حيث تحرص الدول والشركات المالكة للتكنولوجيا على ادراج شروط قاسية في عقود نقل التكنولوجيا وذلك بحجة ضمان سيطرتها على المعارف الفنية وتفوقها التكنولوجي، وهذا من أجل المراقبة والتفقد، والحقيقة أن النص في العقد على مثل هذه الشروط أو بعضها من شأنه تقييد مستورد التكنولوجيا ويجعله دائرا في فلك المورد وتابعا له.[1]

كما تعرف على أنها شروط ذائعة في العمل، يفرضها مورد التكنولوجيا على مستوردها لتقييد حريته في استعمالها أو التصرف في الانتاج الذي حصل عليه من استعمالها، بوجه احتكاري يقيد كل تطوير تكنولوجي وهذا ما يجعل هذه الشروط بابا تعجيزيا، للدول المستوردة للتكنولوجيا وهذا كله لا يتطابق والأحكام العامة للعقود المعاوضة والملزمة لجانبين، بل أدخلته في دائرة عقود الإذعان. وتتمثل هذه الشروط في:

1.1. تقييد حرية المتلقي في استخدام التكنولوجيا وتطويرها: وهذا الشرط بدوره ينقسم إلى ثلاث شروط فرعية؛

[1] - جلال وفاء محمدين: الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001، ص 73.

- تقييد حرية المتلقي في استخدام التكنولوجيا والطرق الكفيلة بذلك دون الخروج عن ما وضعه صاحب التكنولوجيا.[1]

- منع متقي التكنولوجيا من كل أشكال تطوير التكنولوجيا وإلا أعتبر ذلك مساسا بمحل العقد.

- تقييد حرية المتلقي بوضع أشكال الانتاج والمنافع.

2.1. قبول التحسينات التي يدخلها مورد التكنولوجيا وأداء مقابل هذه التحسينات حتى وإن لم يطلبها متلقى التكنولوجيا.

3.1. حظر إدخال تحسينات أو تعديلات على التكنولوجيا لتتلاءم مع الظروف المحلية.

4.1. تقييد حجم الانتاج أو ثمنه أو كيفية توزيعه وتصديره.

2. أركان عقد نقل التكنولوجيا: عقد نقل التكنولوجيا يترجم إستراتيجية أطرافه كما عبروا عنه في فترات سابقة عن إبرام هذا العقد، هذه المرحلة السابقة والتي غالبا ما تكون معقدة ومشحونة وطويلة الأمد، وأنه في هذه المرحلة يتحدد مضمون العقد من حيث تعيين أطرافه ومدة سريانه ونوع ومكونات محل هذا العقد وقيود الاستغلال والتزامات الطرفين، وجزاءات مخالفة الالتزامات وكيفية انقضائها، بالإضافة إلى أحكام أخرى يتم الاتفاق عليها، كتسوية النزاعات وتعيين القانون الواجب التطبيق، وهذا كله يعتبر كتمهيد للعقد النهائي والذي فيه تترجم النية النهائية للمتعاقدين ويقوم هذا العقد على:

1.2.التراضي: يعتبر هذا الركن أساسي في كافة العقود إذ لا يوجد عقد دون تراضي طرفي العقد فهو قوام العقد والتعبير المطلق لإرادة الطرفين، من أجل الدخول في هذه العلاقة التعاقدية وإنشاء أثارها المرجوة، وتبادل وجهات النظر المختلفة المطلوبة، وبما أن هذا العقد يتعلق بأمور سيادية وتنموية فيعطى له بالغ الأهمية وحتى له نظام خاص به، فهو يسبق بمراحل تمهيدية وينتهي بعقد نهائي، وتبين فيه مختلف شروط العقد فروح التعاقد عامة في حرية إرادة المتعاقدين تطبيقا لمبدأ شريعة المتعاقدين، وتثبت به لأطراف العقد الحق في المناقشة والجدل قبل إبرامه، ومتى أبرم العقد أصبح حجية على طرفيه لأن إرادة الطرفين الأصل، وكل منهما يراعي مصالحة العامة والخاصة والنظام العام الداخلي له وهذا حتى يتحقق الهدف المرجو من عقد نقل التكنولوجيا[2] .

وتعتبر الشروط في عقد نقل التكنولوجيا مجالا فسيحا، للبحث والمناقشة عند كثير من الفقهاء والمنظمات الدولية، وناقشها مؤتمر التجارة والتنمية التابع لهيئة الأمم المتحدة أثناء وضع مشروع المدونة الدولية لنقل التكنولوجيا، وكان هذا الموضوع نقطة اختلاف بين كثير بين الدول المشاركة، وهذا خوفا من أن هذه الشروط سيكون لها تأثير بالغ خاصة بالنسبة للدول الطالبة للتكنولوجيا فهذه الشروط التي يضعها محتكر التكنولوجيا تؤدي إلى انهيار اقتصاد الدول الطالبة للتكنولوجيا على نحو يختل به التوازن الاقتصادي للعقد ويرتكز ركن التراضي على أطراف العقد، وهذا غالبا ما يكون في حالة وجود مؤسسة أو شركة ناقلة للتكنولوجيا وتشتغل في نفس الدولة المستقبلة للتكنولوجيا ذاتها، وهذه الشروط تؤدي إلى احتكار هذه التكنولوجيا وتقضي على الهدف المرجو من هذه التكنولوجيا، وغالبا ما تسبب تناقضا مع حرية المنافسة لذا ففي هذا الإطار وخاصة فيما يخص الاحتكار المطلق وجدت بعض الميكانزمات المختلفة التوفيق بين هذا التناقض في المصالح لذا وجدت نظرية، "التسهيلات الأساسية" والتي تعتبر من بين الحلول المعمول بها للفصل في حالة وجود نزاع وظهرت هذه النظرية، في معاهدة دول الإتحاد الأوروبي، في المادة 82 منه في عام 1968 .

[1] - زينة غانم الصفار: الشروط المقيدة لحرية المتلقي في عقود نقل التكنولوجيا، 2012، ص 88.

[2] - وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 109.

-**أطراف العقد:** ينعقد عقد نقل التكنولوجيا بين مشروعين، الأول يعتبر طالب ومستورد التكنولوجيا، والثاني هو مورد أو مصدر التكنولوجيا والغالب أن يبرم العقد بين مشروعين أحدهما من الدولة الصناعية المتقدمة والمتحكمة في التكنولوجيا، والثاني من الدول النامية الطالبة للتكنولوجيا والتي تحاول اللحاق بالركب التكنولوجي، ورغم هذا الطرف فإنه لا يوجد مانع أن يكون طرفي العقد دولتين متقدمتين ومتطورتين ولكن يختلف حجم التحكم في التكنولوجيا لكل منهما، وغالبا ما يطلق على طرفي عقد نقل التكنولوجيا: المانح بالنسبة للطرف الأول والذي هو مالك وحائز التكنولوجيا، أما بالنسبة للطرف الثاني والذي يعتبر طالب التكنولوجيا، فيسمى بالمتلقي أي متلقي التكنولوجيا.

وعادة ما يذكر في ديباجة العقد مصدر ملكية وحيازة المصدر للتكنولوجيا، هل هو مبتكرها أم هو كذلك تلقاها بقد من عقود التنازل؟، وهل أساس ملكية المورد للتكنولوجيا[1] لان هذه الأمور تبين مدى احترام الطرفين للعقد وللالتزامات التي تنشأ عن هذا العقد فملكية الشيء ملكية مطلقة تخول صاحبه كافة السلطات والمزايا التي يمنحها القانون على هذا الشيء، وهذا دون تبعية للأخر الذي يعتبر كأجنبي عن العقد في حالة ما وجد .

2.2.محل العقد: يحرص أطراف العقد على وصف وتحديد التكنولوجيا لاعتبارها ومن هنا تأتي أهمية تحديد أوصاف التكنولوجيا المنقولة،[2] ويبين محل العقد وفي كثير من الأحيان يكون هذا الوصف والتحديد مفصلا وموثقا، ويكون في ملاحق ترفق بعقد نقل التكنولوجيا، فتشتمل على دقائق تلك التكنولوجيا والمعلومات العامة والجوهرية ومجموع الصور والتصميمات والخرائط ودليل الاستعمال والتعليمات، في حالة وجود أدوات ووسائل وملاحق بالمواد الأولية وقطع الغيار والإرشادات الخاصة بتركيب الأجهزة وإعدادها للتشغيل والصيانة لهذا فغالبا ما يركز على هذه الأمور وحتى القانون يركز عليها، فنجد المادة 74 فقرة 2 من قانون التجارة المصري تنص على "... ويجب أن يشتمل العقد على بيان عناصر المعرفة وتوابعها التي تنقل إلى مستورد التكنولوجيا، ويجوز أن يرد ذكر هذا البيان مصحوبا بدراسات الجدوى والتعليمات والتصميمات والرسومات الهندسية والخرائط والصور وبرامج الحاسب الآلي وغيرها من الوثائق الموضحة للمعرفة في ملاحق ترفق بالعقد وتعتبر جزءا منه."

ويشار أن نقل التكنولوجيا وغالبا ما يطلق عليه نقل المعرفة المنهجية، أي المعرفة الفنية وذلك لاستعمالها في إنتاج السلع أو لتطبيق طريقة صناعية أو لأداء خدمات، وعليه يعتبر داخلا طبقا لهذا الرأي: الترخيص بعناصر الملكية الصناعية مثل براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، والمعرفة الفنية والأسرار التجارية وعقود تسليم المفتاح والمساعدة الفنية والبحث والتدريب، وهذا كله سبق ذكره في عناصر التكنولوجيا لما تطرقنا لتعريف التكنولوجيا. فمحل عقد التكنولوجيا أو موضوعه، هو العناصر التي تحقق هدف أطرافه وفق ما تحددها التزامات وحقوق كل طرف، ويتم تحديد موضوع عقد نقل التكنولوجيا في موجز "افتتاحية العقد" وهي عبارة عن بضعة سطور تتضمن، المهام التي سيقوم بها كل طرف ويشار في هذه الافتتاحية، إلى الشروط والملاحق التي ستتحدد على أساسها التزامات الطرفين.[3]

---

[1]- جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 25.

[2]- دليل التراخيص المعد لصالح الدول النامية "دليل النواحي القانونية لمفاوضة وإعداد تراخيص الملكية الصناعية واتفاقات نقل التكنولوجيا المناسبة لاحتياجات البلدان النامية"، -WAPO-، منشورات الويبو رقم 620 "A"، جنيف، 1978، فقرة 135.

[3]- محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي ودار الجيب، القاهرة والأردن، 1995، ص 208.

3.2. سبب عقد: حتى يقوم العقد وفي كل العقود يجب أن تكتمل أركانه العامة،[1] ومن أركان عقد نقل التكنولوجيا كذلك ركن السبب، وهذا الركن هو الذي يبن نية الطرفين من إبرام هذا العقد والهدف من وراء هذا العقد والغاية منه سواء كانت هذه الغاية مباشرة أو غير مباشرة.

إلا أن ركن السبب لا يثير إشكالا بما أن الطرفين سيدان في اتخاذ ما يناسبهما وكما لاحظنها ففي غالبية الأمر يكون طرفي العقد دول ذات سيادة، فلها مطلق الحرية في التعاقد على أي أمر تراه يناسب نظامها العام ووفق رغبتها في التطور التكنولوجي واكتساب التكنولوجيا، ولكن ومما هو ملاحظ في الواقع من مختلف الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وكذا بعض قرارات هيئة الأمم المتحدة ومجلس الأمن الدولي، أنه يوجد حظر على بعض المواضيع والمجالات التي تعتبر من التكنولوجيا الماسة بالنظام الدولي والمهددة للسلم والأمن الدوليين والتي يعتبر نقل مثل هذه التكنولوجيا من صميم نقض بع المعاهدات، كمنع انتشار الأسلحة النووية أو اكتسابها، وأصبح المنع يمتد إلى منع نقل التكنولوجيات التي تتحكم فيها، من الدول التي سبق لها أن ملكتها وحازتها إلى دول أخرى نامية.

4.2.تحرير العقد (الكتابة والشكلية): بعد انتهاء مفاوضات أطراف العقد بنجاح يعبر كل طرف عن إستراتجيته بتحديد الخطوط العريضة، لبناء هذا العقد ومن بين هذه الخطوط ما تم تصوره للنصوص التي سيتضمنها العقد والمدة، التي سيستغرقها تنفيذه هذه الأمور وأخرى وجب كتابتها وتدوينها كلها وهذا من أجل الحفاظ على دلالتها وتفسيرها[2] .

وبعد هذا كله وجب إفراغ هذه الأمور كلها في قالب رسمي وتحرير محتوى العقد وتبيين نية وإرادة طرفيه، لأنه على أساسها تترجم المهام والواجبات التي تتعين على كل طرف القيام بها ويكون العقد هو طريقة تنفيذ هذه الإستراتجية بما يوضحه في نصوصه، وبما كان في مرحلة التفاوض تترجمها مرحلة الإبرام، لذا فهذا النوع من العقود غالبا ما يأخذ شكل اتفاقيات ومعاهدات مشكلة في شكل عقد اتفاقي يترجم تبادل الإرادتين، لذا فإن إبرام عقد نقل التكنولوجيا من أشق الأمور على القانونين نظرا لاحتوائه على اعتبارات فنية وهندسية ومحاسبية،[3] لذا وجب دائما الاستعانة برجال خبرة فنية إلى جانب جال القانون من أجل إنجاح صياغة مثل هذه العقود.

فبالنظر للواقع وغالبية القوانين الناظمة لمسألة نقل التكنولوجيا، نجد أنها تعتبر هذا العقد من قبيل العقود الشكلية، ومرد ذلك أن الكتابة في عقد نقل التكنولوجيا من أمور اللزوم العقلي، التي تستوجبها طبيعة هذا العقد وأهميته كما أن بدون الكتابة يستحيل عمليا على القضاء والفقه الرقابة على الشروط التي جاءت في العقد، كما أن نقل التكنولوجيا وعناصرها كبراءة الاختراع والمعارف التكنولوجية إلى المستورد، وتمكينه من السيطرة عليها يستوجب إفراغ هذه المعارف في مستندات وتعليمات مكتوبة وهذا ما نجده جليا في المادة 74 فقرة 01 من قانون التجارة المصري على أن: "يجب أن يكون عقد نقل التكنولوجيا مكتوبا وإلا كان باطلا"، وطبقا لهذه المادة فإن الكتابة في عقد نقل التكنولوجيا ليست لازمة لإثباته، بل وأصبحت ركنا من أركانه وشرطا من شروطه،[4] فأصبح يطلق على الكتابة الشرط الشكلي لانعقاد عقد نقل التكنولوجيا، ونصت المادة[5] 36 ف 02 "تشترط الكتابة في العقود المتضمنة انتقال الملكية أو التنازل عن حق استغلال أو توقف هذا الحق أو رهن أو رفع الرهن المتعلق بطلب براءة الاختراع أو ببراءة الاختراع وفقا للقانون الذي ينظم

---

[1] - محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 55-141.

[2] - المرجع نفسه، ص 140-141.

[3] - دليل التراخيص المعد لصالح الدول النامية "دليل النواحي القانونية لمفاوضة وإعداد تراخيص الملكية الصناعية واتفاقات نقل التكنولوجيا المناسبة لاحتياجات البلدان النامية"، مرجع سابق الفقرة 100-101-109.

[4] - هاني صلاح سري الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل أحكام قانون التجارة الجديد، دون دار نشر القاهرة، 2001، ص 44.

[5] - المادة 36 من الأمر 03-07 المتعلق براءة الاختراع.

هذا العقد، ويجب أن تقيد في سجل البراءات"، ومع التطور الحاصل التكنولوجيا الحديثة، وظهور التعاقد عن طريق الوسائط الالكترونية وخاصة التعاقد على طريق شبكة الإنترنيت، "العقد الإلكتروني"، و "التوقيع الالكتروني"،[1] يثور التساؤل حول مدى صلاحية الوسائط الالكترونية كدعامات مادية، مقبولة في تدوين محررات مكتوبة، وما يرتبط بذلك من الاعتراف القانوني بالتوقيع الإلكتروني، ومن خلال القوانين والمعاهدة المنظمة للعقد الالكتروني والتوقيع الإلكتروني، أصبح معترف بهكذا عقود والتكنولوجيا هي المجال الخصب لها .

ثانيا: صور عقود نقل التكنولوجيا: متى توافرت خصائص عقد نقل التكنولوجيا والأركان السابقة الذكر يتكون عقد نقل التكنولوجيا بمفهومه القانوني والاقتصادي ويرتب كافة الآثار القانونية المرجوة منه، وعقد نقل التكنولوجيا نقل هذه التكنولوجيا والذي يعتبر نقل المعارف الفنية والصناعية، بجميع عناصرها أو بعضها إلى الآخر ويعني ذلك أن محل هذا العقد يقتصر على مجرد نقل هذه المعرفة، وتنحصر العلاقات القانونية، بمجرد نقل المعرفة الفنية طبقا لما التزم به المورد عند التعاقد، وهذه الصور منتشرة والتي تعتبر صور عامة وبسيطة لعقد نقل التكنولوجيا ومن أهم هذه النماذج نجد:

1. عقد المساعدة الفنية والتدريب: تعتبر المساعدة الفنية عنصر جوهري في المعرفة الفنية وجرى استعمال هذا المصطلح في غالبية العقود الناقلة لتكنولوجيا، وتأتي المساعدة الفنية في العقد، كشرط في العقد الأصلي أو في عقد لاحق ومستقل للعقد الأصلي، وتتضمن من بين عناصرها تدريب موظفي وعمال والمهنيين في بعض أساليب التحكم في التكنولوجيا وتطويرها بتبيان عدد المتدربين ومكان ومناهج التدريب، لذا فالمساعدة الفنية هي: تقديم الخدمات اللازمة لوضع المعرفة الفنية المنقولة موضوع التنفيذ، لذا وغالبا ما يكون هذا العقد كشرط في نقل المعرفة الفنية والتكنولوجيا بصورتها العامة وهذا لأهمية هذا النوع من العقود، وبه يطبق التطور التكنولوجي، وكذا يركز كذلك على تدريب ورسكلة عمال وموظفي الدولة لمستقبلة للتكنولوجيا وهذا لكي يتمكن الطاقم الفني للمتلقي من استعمال التكنولوجيا بصورة فعالة، مع الأخذ بعين الاعتبار أن نوعية التدريب تتوقف على حسن انتقاء المدربين، والبرامج التي سوف تطبق عليهم ومدى ارتباط التدريب من الناحية النظرية بالتدريب العملي.

2. عقد الهندسة: يعتبر هذا العقد من أحسن الأدوات القانونية للتمييز بين الضروريات المادية للمجمع الصناعي، وبين العناصر غير المادية لنقل التكنولوجيا، ففي هذا العقد يلتزم المهندس بموجب هذا العقد أن يصمم أو ينشأ، منشآت ضمن شروط ومتطلبات العقد أو يقوم بأعمال أخرى مساعدة عن ذلك ومثالها :

- الدراسات التمهيدية ودراسات الجدوى.
- الدراسات الخاصة بطرق الصنع والمشروعات الابتدائية.
- الدراسات الخاصة بالمشروعات[2] .
- المساعدة الفنية والصناعية لمختلف هيئات الحرف.
- مراقبة أعمال التجمعات الصناعية.
- إجراء اختبارات التشغيل الأولى للتشغيل فيما يخص بعض الوسائل.

---

[1] - المادة 323 مكرر 01، الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[2] - نصيرة بوجمعة سعدي: عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، دون سنة نشر، الجزائر، ص 177.

3.عقد الترخيص: يأخذ هذا العقد صورتين وهذا حسب محل العقد والعنصر المركز عليه من عناصر التكنولوجيا، فالصورة الأولى يمكن أن يكون محل العقد أحد عناصر الملكية الصناعية كبراءة الاختراع لوحدها مثلا: فهنا يخضع الترخيص لهذا الشيء لوحده ويتعامل مع براءة الاختراع[1] كمحل للعقد ويطبق عليها أحكام ترخيص براءة الاختراع والحقوق التي تمنحها.

أما الصورة الثانية لعقد الترخيص، فهو ترخيص المعرفة الفنية فمحل العقد في هذه الصورة هو استعمال المعرفة الفنية غير المشمولة ببراءة اختراع، أو غيرها من حقوق الملكية الصناعية لأن المعرفة الفنية حتى وفي غيبة براءة الاختراع ي كون محلا لحق استئثاري، طبقا لاتفاقية "تريبس" ويخضع للحماية القانونية المقررة في المادة 10 مكرر من اتفاقية باريس،[2] لهذا يمكن أن تكون المعرفة الفنية محلا للبيع أو الإيجار.

4. عقد المفتاح في اليد: ظهر هذا النوع من العقود لأول مرة في و.م.أ بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية كأحد أحد الخيارات العاجلة للدول الأوروبية، التي أتت الحرب على البنية التحتية لها، وإعطاء دفعة للاستثمارات الأجنبية في هذه الدول من أجل نقل تكنولوجيات حديثة لربح الوقت والجهد لتعويض ما تم تدميره جراء الحرب، وفي هذا العقد لا يتحمل الممول أو المستثمر نتائج أخطار عملية الإنجاز ونقل المعارف والتكنولوجيا، وإنما المنشأ هو لوحده يتحمل تبعات نقل التكنولوجيا وتطبيقها، وهذا النوع لبى رغبة المستثمر في إعفاء نفسه من القيام بمجموع الأعمال اللازمة للاستثمار، ومن تحمل المخاطر التي تصاحب القيام بالإنشاء والتجهيز.

ومن أمثلة هذا العقد نجد: (التعاقد على تشييد المطارات وتقنياتها، مشروعات إنشاء معامل تكرير البترول ومصانع البتروكيماويات، عقود إنشاء مصانع المعدات الحربية الالكترونية).

المحور الثالث: أثارعقد نقل التكنولوجيا:

بما أن عقد نقل التكنولوجيا ملزم لجانبين، فهو بضرورة ما كان سيرتب أثارا قانونية والتي يعبر عنها بحقوق والتزامات طرفي هذا العقد، إلا أن التي يكون لها بالغ التأثير هي الالتزامات فما التزامات طرفي عقد نقل التكنولوجيا؟

أولا: التزامات صاحب التكنولوجيا (ناقل التكنولوجيا): صاحب التكنولوجيا يعتبر طرف في هذا العقد، بل وغالبا ما يكون هو الطرف الأقوى من الناحية العملية، ولكنه ورغم ذلك لا يمكن له أن يتخلى على التزاماته التعاقدية أمام المتلقي الذي ينتظر منه حسن أداءه لهذه الالتزامات، إلا في حالة وجود ظرف قاهر، وهذا الظرف لا يتواجد إلا من خلال شروط موضوعية في أضيق الحدود ولا تثار كثيرا هذه المسألة في مثل هذه العقود،[3] لهذا وجب على مورد التكنولوجيا أن يقوم بالتزاماته على حسن نية وتنفيذا لالتزاماته، وهذه الالتزامات هي:

1. الالتزام بنقل التكنولوجيا والعناصر المتفق عليها: إن أهم التزام يقع على كاهل ناقل التكنولوجيا وهو الالتزام الرئيسي الذي ترتكز عليه باقي الالتزامات الأخرى، هو التزام بنقل موضوع أو محل العقد، ألا وهو التكنولوجيا ذاتها وبالحالة التي يرغب فيها طالب التكنولوجيا من أجل تحقيق الهدف الرئيسي الذي يتوخاه طالب التكنولوجيا، وكذا نقل العناصر الأخرى المكونة للتكنولوجيا، (**وقد تكون هذه العناصر غير المادية: على غرار العمليات والمعارف الفنية،**

---

[1]- هاني صلاح سرى الدين: مرجع سابق، ص 52.

[2]- - المادة 10 ف 02، من إتفاقية باريس لعام 1967، "الادعات المخالفة للحقيقة في مزاولة التجارة والتي من طبيعتها نزع الثقة عن منشأة أحد المنافسين أو منتجاته او نشاطه الصناعي أو التجاري".

[3]- صالح بن بكر الطيار: العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، الطبعة الثانية، مركز الدراسات العربي الأوروبي.، ص 127.

والماهرات الصناعية ومختلف التعليمات المنقولة عبر الوثائق وجميع الحقوق التي تشكل الإطار العام للملكية الصناعية، لتعلقها بمبتكرات ذهنية وقدرتها على تقديم حلول متقدمة لمشكلات تقنية، وتكون أيضا هذه العناصر مادية: وهي تتمثل في مختف الخدمات، تسليم المعدات الصناعية والوسائل الأخرى، وإنشاء وبناء المصانع والمركبات الصناعية...إلخ)، وحين ينفذ المصدر التزاماته بشكل عادي،[1] فإن متلقي التكنولوجيا يصبح متمكنا ومسيطرا على التكنولوجيا المنقولة ويمكن له أن يطورها وفق احتياجاته، وتسمح له بالتدرج في التطور التكنولوجيا في مجال هذه التكنولوجيا.

2. الالتزام بالضمان: غالبا ما يكون عقد نقل التكنولوجيا مرتكزا على التزام تحقيق نتيجة فطالب التكنولوجيا يهدف من نقل التكنولوجيا تحقيق أهداف مسطرة سالفا، لذا وجب على مورد التكنولوجيا أن يكون أهلا لذلك، وأن يحقق هذا الهدف المتفق عليه في العقد، لهذا يجب على مصدر التكنولوجيا أن يوفي بهذا الالتزام ويحققه وإلا كان ملزما بالضمان حيث أنه عليه أن يضمن مطابقة التكنولوجيا والوثائق المرفقة بها للشروط المبينة في العقد، كما يضمن إنتاج السلعة أو أداء الخدمات التي اتفق عليها بالمواصفات المبينة في العقد، بالإضافة إلى الالتزام بضمان النتائج، بحيث يلتزم بضمان العيوب الخفية والتي غالبا ما يكون طالب التكنولوجيا جاهلا بها، وضمان الاستحقاق والتعرض، وهذا كله يعتبر واجبا قانونيا أملته طبيعة العقد الذي من شأنه أن ينقل الملكية أو الحقوق الأخرى المتفرعة والناتجة عنها.

3. الالتزام بالمساعدة الفنية والتدريب والتبصير: هذا الالتزام من الأمور الهامة في عقد نقل التكنولوجيا، سواء أكان عقد نقل تكنولوجيا أو عقد المساعدة الفنية، لأن هذا الالتزام من الأمور الداخلة في تطبيق المعارف والتكنولوجيا، وهذا حتى يتمكن متلقي التكنولوجيا من استيعاب مستندات حق المعرفة، سيما أن هذا العنصر يعني بالنسبة للمتلقي الشيء الكثير إذا كان يفتقر إلى الخبرة والدراية الكافية في مجال التكنولوجيا المنقولة،[2] وهذا يكون بتقديم المعارف اللازمة وكذا تدريب عاملي وفني ومهندسي المستورد للتكنولوجيا، وكذا تكوين طاقم محلي قادر على التعامل مع هذه التقنيات، هذا وعلى المصدر كذلك أن يكشف للمستورد كافة الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا ومدى تأثيرها ونوعه، ويبن له الوسائل اللازمة أو المحتملة لاتقاء هذه الأخطار ودرئها وهذا يكون بوجه تفصيلي وتأكيدي، وغالبا ما تراعى نسبة الضرر الذي تحدثه التكنولوجيا في زيادة هذا الالتزام .

4. الالتزام بالتحسينات والسرية: مما لا شك فيه أنه في الغالب من الأحوال، تكون للمستورد مصلحة مشروعة في الحصول على أية تحسينات،[3] يدخلها المورد على التكنولوجيا محل العقد في المستقبل، والتي غالبا ما تكون هذه التحسينات بعد العقد الذي نقل التكنولوجيا، وخاصة إذا ما كان مورد التكنولوجيا متطور ومتحكم في التكنولوجيا بقدر ما يكون يتمتع بقدرات وكفاءات فنية وقدرات تكنولوجية فائقة تسعر من عمليات تطوير التكنولوجيا وعناصرها، هذا ما يجعل هذه التكنولوجيا سريعة التطور مما يجعل التكنولوجيا السالفة في قبيل التخلف مقارنة بما وصلت إليه من تطور في المجال، فيعتبر حق المورد أن يعلم بهذه التحسينات حتى يرفع قدرته الإنتاجية وتطويرها.

ثانيا: التزامات المستفيد من التكنولوجيا (متلقي التكنولوجيا): المتلقي في عقد نقل التكنولوجيا والذي غالبا ما يكون من الدول النامية أو المتخلفة، وهو الذي يريد دخول مسار التطور التكنولوجي، ويصوره البعض الطرف الضعيف يتحمل كذلك في عقد نقل التكنولوجيا التزامات تقع على عاتقه وهذا كما هو الحال بالنسبة للطرف الآخر وهي:

---

[1]- أنس السيد عطية سليمان: الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية والمشروعات التابعة لها –دراسة في الإطار القانوني للنظام التكنولوجي الدولي السائد-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 120-123.

[2]- أنس السيد عطية سليمان، مرجع سابق، 123.

[3]- وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، 541.

1. الالتزام بأداء المقابل: كما رأينا فعقد نقل التكنولوجيا من عقود المعاوضة، فلابد للطرف الثاني أن يدفع مقابل لما تلقاه من الطرف الثاني، فيلتزم المستورد بدفع مقابل التكنولوجيا والتحسينات التي تدخل عليها، في الميعاد والمكان المتفق عليهما في العقد، ويعتبر هذا الالتزام بدفع المقابل هو أهم التزام يقع على جانب المستورد في عقود نقل التكنولوجيا، وذا يحرص الطرفان على تحديد المقابل ووضع و وضع الضوابط التي تحكمه وتحدده بإحكام شديد، فالثمن يعتبر مقابل التكنولوجيا المقبولة،[1] وهذا المقابل إما يدفع نقدا أو طبيعيا كما هو الحال في عقد التبادل، ويجب تحديد السعر الحقيقي للتكنولوجيا والذي يتعهد الطرف المستقبل للتكنولوجيا بدفعه لقاء تسلم ونقل هذه التكنولوجيا ويبدو منطقيا أن يكون الالتزام بدفع المقابل هو مقابل الالتزام بنقل التكنولوجيا وعناصرها، ويجب أن يكون هنالك نوع من التعادل بين قيمة التكنولوجيا المنقولة، والسعر الواجب دفعه والذي يكون إما مبلغا إجماليا يؤدى مرة واحدة أو على دفعات متعددة، كما يجوز أن يكون المقابل نصيبا من رأس مال المستثمر في تشغيل التكنولوجيا أو نصيبا من عائد هذا التشغيل.

2.الالتزام بالسرية: إن عقد نقل التكنولوجيا هو من العقود ذات التأثير الثنائي بين طرفين في غالب الأحيان، لذا وجب على كل من طرفيه أن يحتفظ بالسرية اللازمة التي تكتنف هذا العقد في كل مراحله، وتكتنف محل العقد والتحسينات التي تقع على التكنولوجيا وعناصرها، وكما أن هذا الالتزام يقع على مورد التكنولوجيا، يقع كذلك على متلقي التكنولوجيا حيث يلتزم متلقي التكنولوجيا بالمحافظة على سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها وعلى سرية التحسينات التي تدخل عليها، وفي حالة إفشاء هذه الأسرار يسأل عن الضرر الذي ينشا عن هذا الإفشاء، وهذا الالتزام يكون في كل مراحل العقد، وهذا الالتزام يقوم على تحقيق نتيجة فعليه أن يبذل متلقي التكنولوجيا قصارى جهده من أجل تحقيق هذا الالتزام، لذا فيلتزم المتلقي بهذا الأمر بعد إبرام العقد وتحدد مسؤوليته تعاقديا، كما يلتزم بذلك أثناء المفاوضات ويسأل تعاقديا وتقصريا عن الإخلال بهذا الالتزام .

3.الالتزام بتهيئة البيئة الملائمة وضمانات الاستثمار: يعد الطرف متلقي التكنولوجيا، هو طالبها والمحتاج لها في غالبية الأحيان، وهذا رغبة منه في ولوج التطور التكنولوجي والقضاء على التبعية والتخلف في المجال الذي تعاقدا عليه الطرفان،[2] لذا فهو غالبا الطرف المغلوب على أمر وخاصة ما إذ كان الطرف المصدر للتكنولوجيا محتكرا لها وله هيمنة مطلقة في مجالها، لذا وجب عليه هو أن يعد المناخ والبيئة المناسبة من اجل استقبال التكنولوجيا وخلق الإطار العام الذي يمكن أن يطمئن بها مصدر التكنولوجيا على ما توصل إليه، لذا فهذا الالتزام يخلق الأريحية في نفس مصدر التكنولوجيا ويكون مطمئنا على هذه التكنولوجيا، كما أنها تساعد على تنفيذ التزامات موردها على الوجه الذي يساعد على تحقيق المطلب التكنولوجي وهذا كله يتأتى من: خلق الضمانات التي يكفلها القانون الداخلي، عبر وسائل موضوعية وإجرائية نص عليها، ودولية كفلتها المعاهدات الدولية عبر نصوص وإجراءات نصت عليها المنظمات الدولية ضمن الاتفاقيات التي ترعاها ومثال ذلك :[3] كالالتزام المتلقي باطلاع المورد، على التشريعات الوطنية المتعلقة باستيراد التكنولوجيا وعناصرها، أو تعديلها في حالة ما إذ كان فيها تعارض كبير بينها وبين مصالح المصدر، أو فيها تضييق وتناقض بها تتعرض التكنولوجيا ومصدرها إلى عقبات تضر به وتجعل عقد نقل التكنولوجيا من عقود الإذعان، وكذا اتخاذ إجراءات تسوية النزاعات كتحكيم مثلا.

---

[1] - محسن شفيق: نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، 1984، ص 40.

[2] - جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، 76.

[3] - عبد الله عبد الكريم عبد الله: ضمانات الاستثمار في الدول العربية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص24.

4. الالتزام بحسن الاستعمال والتصرف: يعتبر هذا الالتزام أثر عادي لعقد نقل التكنولوجيا والتزام يقع على عاتق المتلقي، ويتخذ هذا التزام حسن الاستعمال صورتين: فمن ناحية يتعلق بحماية السمعة التجارية لمصدر التكنولوجيا، من خلال عدم قيام متلقي التكنولوجيا بتسويق منتجات ناتجة عن تطبيق واستعمال التكنولوجيا المستورة بأشكال معيبة، ودون أن يحترم القواعد التقنية والصناعية العملية على الوجه المتفق عليه، ومن ناحية أخرى يتعلق بالحفاظ على المواقع التجارية المتميزة لمصدر التكنولوجيا في أسواق وأماكن معينة، فإذا أراد المتلقي استهلاك واحتكار لنفسه تسويق المنتجات وما يتعلق بها، فإن ذلك لا ينبغي أن يكون على حساب مصدر التكنولوجيا، وخاصة ما إذا كان هذا شرطا في العقد، أو أن الهدف من عقد نقل التكنولوجيا أو نية المصدر كانت من أجل توسيع سوقها التجاري والصناعي ليكون أوسع من سوق المتلقي، ويتحقق هذا الالتزام غالبا عبر إعطاء مصدر التكنولوجيا الحق في الرقابة والمتابعة، هذا ويجب أن يكون هذا الالتزام محدد الضوابط سواء من ناحية الوقت أو النطاق الجغرافي الذي يحكمه ويحده، حتى يتمكن متلقي التكنولوجيا من تحقيق هدفه من إبرام هذا العقد، من الحصول على الاستقلالية التكنولوجية وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

الخاتمة: مما سبق فإن عقد نقل التكنولوجيا يعتبر من العقود واسعة الذيوع، في الآونة الأخيرة وهذا لما أصبح يشكله من بعث التنمية الاقتصادية وتحصيل التكنولوجيا للقضاء على الفجوة التكنولوجية، بين الدول المتقدمة والدول النامية، فالتطور التكنولوجي الحاصل في عديد من القطاعات أصبح ضرورة لكل الدول، وهذا ما تسعى الدول النامية لتحقيقه من خلال جلب هذه التكنولوجيا وتحيينها وفق استراتيجياتها وبرامجها التنموية، وهذا في اطار قانوني منظم وبواسطة عقود نقل التكنولوجيا، هذه العقود التي لها جملة من الخصائص التي بها تخلف عن ما سواها من عقود سواء وطنية أو دولية، وهذا أنها تمر بمرحلة جد مهمة تسبق مرحلة التعاقد، ألا وهي مرحلة التفاوض والتي تكتسي أهمية بالغة ولها الدور الكبير في حسم مسألة التعاقد، على اعتبار أن اختيار الطرف المتعاقد معه يكمه الاعتبار الشخصي بصفة كبيرة، لاعتبار أنه وفي غالب الأحيان هو محتكر لهذه التكنولوجيا.

خصوصية الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي و انعكاسها على مراكز الأطراف

د. : سامية بلجراف ، أستاذة محاضرة ، وردة شرف الدين ، طالبة دكتوراه
كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر. بسكرة

مقدمة:

إن عقد التأجير التمويلي من الأنظمة القانونية المهمة التي استحدثها الواقع التجاري و التي تتمتع بأهمية كبيرة في التجارة الداخلية و الخارجية ، و يهدف هذا العقد إلى تشجيع التجارة و توفير التمويل اللازم للمشروعات التجارية و الصناعية و الزراعية و المهنية و الخدماتية التي تبحث عن تمويل لنشاطها لغرض شراء الآلات و المعدات أو التجهيزات سواء في مرحلة التأسيس أو عند تجديد أصولها القائمة مقابل تأمين عيني يتمثل في احتفاظ شركة التأجير التمويلي بملكيتها لهذه الآلات و المعدات إلى حين انتهاء العقد ، أو تملك هذه المعدات من قبل المشروع المستفيد .

يتمتع عقد التأجير التمويلي بذاتية وخصوصية معينة تجعل منه عقدا مميزا له أحكامه و قواعده الخاصة به و التي ينفرد بها عن غيره من العقود ليشكل نظاما قانونيا متميزا ذا طبيعة خاصة ، و تتركز ذاتية و خصوصية هذا العقد في التراضي و انعقاد العقد و ما يستلزمه ذلك من شروط خاصة فضلا عن الآثار القانونية التي يرتبها هذا العقد و التي تختلف عما هو متعارف عليه من قواعد و أحكام العقود التقليدية .

و تأتي هذه الورقة البحثية لتتناول مظاهر خصوصية هذا العقد و مراكز الأطرف فيه من خلال بيان نظامه القانوني في التشريع الجزائري من خلال الأمر 96 / 09 ،خاصة و أن عملية التأجير التمويلي تمتاز بعدم التوازن العقدي ، مما يفرض ضرورة بيان مواطن النقص التشريعي و مقترحات لتداركه و سيتم تناول الموضوع من خلال ثلاث محاور أساسية:

المحور الأول : نتناول فيه ماهية عقد التأجير لتمويلي من خلال تحديد مفهومه القانوني و الاقتصادي و أهميته في تمويل المشروعات و خصائصه القانونية ، و المزايا التي يوفرها لأطراف العقد .

المحور الثاني : نتناول فيه الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي في القانون الجزائري من وجهة نظر قانونية لبيان مدى تطابق أحكامه مع القواعد العامة .

المحور الثالث : فسنخصصه للحديث عن آثار عقد التأجير التمويلي بالنسبة لمراكز الأطراف في العقد أي النسبة لكل من الأعوان الاقتصاديين المستفيدين من التعاقد و بالنسبة لشركات التأجير التمويلي .

المحور الأول ماهية عقد التأجير التمويلي

إن التوجه نحو اقتصاد السوق و تبني سياسة الخصخصة بهدف منح القطاع الخاص دورا في اقتصاديات الدول دفعت إلى البحث على أساليب جديدة لتوفير تمويل كاف للأصول الرأسمالية دون اللجوء إلى الاقتراض أو زيادة الأعباء الاستثمارية الإضافية و التعرض لمخاطر السوق .

أولا : تعريف عقد التأجير التمويلي :

يطلق عليه الائتمان التجاري ، أو التمويل بالاستئجار ، أو التمويل التأجيري ، أو الإيجار التمويلي ، و غير ذلك من المسميات التي تختلف بحسب الزاوية التي ينظر فيها للتأجير التمويلي ، إلا أنها تتفق جميعا في العناصر الأساسية المكونة له ، و تصب في جوهرها في كونه مصدرا تمويليا مبتكرا حديثا نسبيا يوفر للمشروعات الاستثمارية أصولا رأسمالية إنتاجية لآجال طويلة ، عن طريق التأجير دون حاجة إلى شرائها أو تملكها أو تحمل تبعات تمويلها ، و هي بذلك تحقق

للمستأجر ميزتين أساسيتين : الأولى : سرعة الحصول على الأصول الرأسمالية الإنتاجية المطلوبة للتشغيل و الانتفاع بها ، و الثانية زيادة الاستثمارات و ذلك من خلال تخفيف الأعباء على الموارد المالية للعميل المستأجر و توفيرها للاستخدامات الأخرى بالمنشأة ، في حين توفر للمؤجر في المقابل مجالا واسعا للاستثمار بعوائد مناسبة و بضمان كاف قوامه ملكية الأصول الرأسمالية المؤجرة .[1]

يعرف بأنه تأجير عيني لأصول رأسمالية بمقتضى علاقة تعاقدية بين المؤجر و المستأجر مقابل قيمة إيجاريه يدفعها المستأجر للمؤجر خلال فترة زمنية معينة .[2]

عرفه مجلس معايير المحاسبة الأمريكي بأنه اتفاق تعاقدي بين المؤجر و المستأجر ينتقل بمقتضاه إلى المستأجر حق استخدام ملكية معينة متمثلة في أجهزة أو معدات أو آلات إنتاجية مملوكة للمؤجر مدة محددة من الزمن مقابل العائد المتعاقد عليه .[3]

كما عرف بأنه " 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 إيجاريه محددة للمؤجر خلال فترة زمنية محددة مقابل استخدام و تشغيل هذا الأصل ، و يحتفظ المؤجر في ظل هذه العلاقة التعاقدية بحق ملكية الأصول الرأسمالية المؤجرة ، و يكون للمستأجر في نهاية مدة العقد أن يختار بين البدائل التالية :

. شراء الأصل المؤجرة مقابل مبلغ يتفق عليه و يراعي في تحديده ما سبق سداده من قبل .

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

. إرجاع الأصول المؤجرة إلى الشركة المؤجرة ".[4]

أما من الناحية الاقتصادية فيعرف بأنه "عقد من خلاله يلتزم أحد الأطراف (المستأجر) بالتسديد للطرف الآخر (المؤجر) سلسلة من الدفعات الدورية التي مجملها يفوق ثمن شراء الأصل موضوع العقد و عادة هذه الدفعات تمتد لتغطي الجزء الأكبر من الحياة الاقتصادية للمقتنى " ، أي أن الاعتماد الإيجاري هو التزام تعاقدي بحيث يدفع المستأجر الأقساط الإيجارية للمؤجر ، بالمقابل يتحصل على حق الانتفاع من الأصل موضوع العقد ، حيث أن المؤجر يحافظ على الملكية القانونية للأصل ، و لا يمكن للطرفان فسخ العقد ، كما لا يحق للمستأجر إعادة تأجير الأصل دون إذن المؤجر.[5]

---

[1]. بسام أحمد عثمان ، النقل التأجيري التمويلي و دوره في تفعيل مشروعات بالسكك الحديدية ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية ، المجلد 27 العدد الثالث 2011 ، ص 604 .

[2]. عمر مفتاح الساعدي ، مدى تطبيق و نجاح التأجير التمويلي في المصارف الليبية (دراسة في مصرف التنمية) ، العدد 38 ، المجلد العاشر ، آذار 2015 ، ص 51 .

[3]. بسام احمد عثمان ، المرجع السابق ، ص 604 .

[4]. عسالي عبد الكريم ، عقد الإعتماد الإيجاري الدولي ، أطروحة دكتوراه جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، السنة الجامعة 2014. 2015 ، ص 42 .

[5]. بالمقدم مصطفى و آخرون ، التمويل عن طريق الإيجار كاستراتيجية لتغيير العمل المصرفي ، المؤتمر العلمي الرابع الريادةة و الإبداع في استراتيجيات الأعمال في مواجهة تحديات العولمة ، 15. 16 / 03 / 2005 ، كلية العلوم الإدارية و المالية ، جامعة فلاديلفيا ، ص 6 .

كما عرفوه أيضا بأنه " وسيلة تمويل بمقتضاها تقوم مؤسسة مالية بتأجير بعض التجهيزات و الآلات إلى عملائها مع تطبيق أحكام عقد الإيجار في العلاقة بينهما ".[1]

يتبين من هذه التعاريف ضرورة توافر ثلاث أركان أساسية هي : المؤجر أو الجهة التي تقدم خدمة التأجير سواء كانت البنك أو شركة التأجير و المستأجر (العميل) ، و الأصل الرأسمالي الذي يكون محل العقد أو التمويل و ذلك في ظل شرطين :[2]

*. مدة زمنية محددة.

*. إيجار متفق عليه

وكل واحد من هؤلاء يصنف العقد بشكل مختلف عن الآخر ، و إن تطابقت الشروط إذ يمكن النظر إليه على أنه تأجير رأسمالي من وجهة نظر المستأجر ، في حين يعد تأجيرا تمويليا من وجهة نظر المؤجر .

و يعرفه المشرع الجزائري في المادة 01 من الأمر 96 / 09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري بأنه " يعتبر الاعتماد الإيجاري موضوع هذا الأمر عملية تجارية و مالية يتم تحقيقها من قبل البنوك و المؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا و معتمدة صراحة بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب أشخاصا طبيعيين كانوا أو معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر و تتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية " .

و لقد عرفت الجزائر منذ سنة 1988 سلسلة من الإصلاحات في المجال الاقتصادي و القطاع المصرفي بصفة خاصة و ذلك عن طريق إزالة التنظيم و انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي لصالح السوق فقام المشرع بالتخلي عن الأنظمة القانونية القديمة في مقابل ذلك ظهرت أنظمة أخرى حديثة كبورصة القيم المنقولة و حرية التجارة و الصناعة و المنافسة و تقنية الاعتماد الإيجاري ، حيث يعتبر القانون 90 / 10 المتعلق بالنقد و القرض أول قانون يتضمن هذه التقنية و ذلك في المادة 112 ، ثم جاء بعد ذلك القانون 91 / 26 المتضمن المخطط الوطني لسنة 1992 ، إلا أن الإطار القانوني الخاص بعقد الائتمان الإيجاري لم يصدر إلا سنة 1996عن طريق الأمر 96 / 09 الذي حدد كيفيات تأسيس شركة الاعتماد الإيجاري و شروط اعتماد الإيجاري ، و بعد صدوره تم اعتماد مجموعة من شركات الاعتماد الإيجاري كالشركة الجزائرية لتأجير التجهيزات و العتاد " سالم " التي اعتمدت سنة 1997 و الشركة العربية للإيجار المالي التي اعتمدت سنة 2002 إضافة إلى شركات أخرى ، مع قيام بعض البنوك بنشاط الإعتماد الإيجاري كبنك سيتلام و بنك البركة ، و بنك سوسيتي جنرال فكان أولوية الحكومة منح المؤسسات الصغيرة و المتوسطة إمكانية التمويل و دعم دورها و نشاطها في الاقتصاد .[3]

ثانيا : صور التأجير التمويلي :

يتخذ عقد التأجير التمويلي صورتين :[4]

---

[1]. حنان كمال الدين جمال ضبان ، عقد التأجير التمويلي و تطبيقاته المعاصر (دراسة فقهية) ، مذكرة ما جستير ، قسم الفقه المقارن ، الجامعة الإسلامية غزة ، ص 6 .

[2]. بسام أحمد عثمان ، المرجع السابق ، ص 605 .

[3]. عسالي عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ص 27 . 28 .

[4]. عمر مفتاح الساعدي ، المرجع السابق ، ص ص 54 . 55 .

1. التأجير التشغيلي :

يمتاز هذا العقد بقصر مدة العقد نسبيا ، حيث لا تغطي هذه المدة العمر الاقتصادي للأصل الرأسمالي محل العقد ، و يغلب تطبيق هذا العقد على الآليات و المعدات و الأجهزة التي تكون في تطور و تغير مستمر بسبب التقدم التكنولوجي المتواصل مما يجعل المستأجر يميل إلى العقود قصيرة المدة ، و عدم الإلتزام بعقد طويل الأجل يقيد فعاليته تقنيا ، مما يحتم قصر مدة العقد لمواكبة التطور و الحداثة ، و مما يميز هذا النوع أنه يعطي الممول فرصة إعادة التأجير للأصل ، في حين يمنح المتمول فرصة تجديد الأصل عند انتهاء مدة العقد ، و يبقى الممول ملتزما بتبعات الصيانة و التأمين .

2. التأجير التمويلي :

يمتاز هذا العقد بطول مدته و التي عادة ما تقارب العمر الفني للأصل الرأسمالي محل العقد مما يحقق للممول فرصة استرداد قيمة الأصل مع هامش معقول عن طريق الدفعات الإيجارية ، كما أن هذا العقد يتصف باتفاق أطرافه على عدم قابليته للإلغاء قبل انتهاء مدته المحددة في العقد ، و غالبا لا يلتزم الممول بتبعات الصيانة و لتامين في حين قد يتفق الطرفان على أن تؤول ملكية الأصل في نهاية مدة العقد للمتمول بالآلية التي يتم الاتفاق عليها و لهذا فإن لهذا العقد ما يميزه عن عقد الإيجار العادي و عن عقد البيع العادي ، الأمر الذي يجعله عقدا مستحدثا ذو طبيعة خاصة يستدعي الوقوف على حقيقته و مدى شرعيته .

ثالثا : أهمية التأجير التمويلي :

يعد التأجير التمويلي من أهم الصيغ الإستثمارية التي ابتدعه الفكر الإقتصادي و المالي ، و أكفئها في رفع معدلات النمو الإقتصادي نظرا لطبيعته و سهولة تطبيقه و استجابته للاحتياجات التمويلية للشركات الإنتاجية الخدمية و لاسيما أنه يعد بديلا جيدا لها في حالات قيامها بالتوسع الإنتاجي و التشغيلي ، بدلا من لجوئها للاقتراض من البنوك أو قيامها بطرح أسهم جديدة أو بحثها عن شركاء جدد و ما يكتنف ذلك من صعوبات و مصروفات مختلفة كونه يقدم تمويلا كاملا بنسبة 100%لقيمة الأصول الرأسمالية المراد الحصول عليها و هو ما لا يتوافر عادة في أي من الأساليب التمويلية الأخرى (ففي حالة التمويل بالإقراض لا يتطلع المقرض إلا بنسبة لا تتجاوز 85 % من حجم التمويل الإجمالي) ، ومن ثم فهو يركز على مفهوم مضمونه أن استخدام الأصل الرأسمالي هو الذي يحقق الربح ليس الملكية في حد ذاتها ، و بذلك فإن أهمية التأجير التمويلي تبرز من خلال ما يتمخض عنه من ميزات و تسهيلات لكلا الطرفين (المستأجر / المؤجر) .[1]

1. بالنسبة للمستأجر:

استخدم المشرع من خلال الأمر 96 / 09 مصطلح المتعامل الإقتصادي دون أن يبين المقصود به ، لكن و بالرجوع إلى القانون 04 / 02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية نجده قد عرف العون الاقتصادي بأنه كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها .[2]

و يحقق عقد الإئتمان الإيجاري للمستأجر المزايا التالية :[3]

---

[1]. بسام أحمد عثمان ، المرجع السابق ص ص 610 ، 611 .

[2]. حسني صلاح الدين ، شروط تكوين عقد الإعتماد الإيجاري ، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال المقارن ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، السنة الجامعية 2011. 2012 ، ص ص 80 ، 81 .

[3]. بسام أحمد عثمان ، المرجع السابق ، ص 611 .

*. إمكانية حصول الشركات المستأجرة على تجهيزات رأسمالية حديثة لنشاطها الإنتاجي دون الحاجة إلى تملكها ، و من ثم فإن المستأجر لا يحتاج إلى تجميد جزء كبير من رأسماله إذا ما قام بتوظيفها في شراء الأصول ، مما يتيح له سيولة أكبر يستخدمها في أوجه أخرى .

*. يسهل التأجير التمويلي عمليات الإحلال و التجديد و مواكبة التطور التقني مما يسهم في زيادة قدرته التنافسية دون القيام باستثمارات إضافية .

*. يساعد التأجير التمويلي على تجنب مخاطر التقادم الفني للأصول الرأسمالية بالنسبة للشركات المستأجرة ، و من ثم حل مشكلة التناقض بين العمر الفني و الإقتصادي لهذه الأصول .

*. يساعد التأجير الشركات المستأجرة على الوجود المستمر في كل من السوق المحلية و العالمية .

*. يمكن للمستأجر سداد إيجار الأصول الرأسمالية من عوائد إنتاجيتها و هي في حالة التشغيل الكامل و من ثم يقل ما تحمله من أعباء مالية .

*. الاستفادة من الميزات الضريبية لعملية التأجير ، إذ أن قيمة إيجار الأصل يتم استقطاعه من الوعاء الضريبي للمستأجر بوصفها تكاليف لازمة للحصول على الدخل الخاضع للضريبة ، ومن ثم يصبح العميل المستأجر في غنى عن الالتجاء إلى أساليب التباطؤ في استهلاك الأصول الرأسمالية التي تلجأ إليها بعض المنشآت أحيانا خاصة خلال السنوات الأولى للمشروعات لضمان أن يكون إجمالي الاستهلاكات أقل من الأرباح المحققة .

* . تعد شروط التأجير أكثر يسرا و ملاءمة من الإقتراض لاسيما أن المخاطرة تصبح مشتركة بين كل من المؤجر و المستأجر .

*. حماية المستأجر من مخاطر التضخم في المدى القصير و ذلك بالنسبة للأصول الرأسمالية المستأجرة حيث يتم الاتفاق بشروط محددة ثابتة مدة طويلة .

*. لا يعد التأجير عائقا للاقتراض ، إذ يمكن للمستأجر الاقتراض للقيام بالتوسعات الرأسمالية .

2 . بالنسبة للمؤجر:

إن المؤجر في الأمر 96 /09 هي ما يصطلح على تسميته مؤسسات القرض و التي تشمل المؤسسات المالية ، البنوك و شركات الاعتماد الإيجاري ، و تشترك هذه المؤسسات الثلاثة في أن لها الحق في إبرام العمليات المصرفية ، و العملية المصرفية هي كل عملية تتم بين البنك و و المؤسسة المالية وزبائنها و يندرج ضم العمليات المصرفية القروض و التي يعتبر عقد الإعتماد الإيجاري أحد أنواعها ، و من هنا فإن هذه المؤسسات لا تمنح قروض عادية و لا تؤجر إيجارا عاديا فهي تجمع بين مفهوم القرض و الإيجار و لعل هذا ما دفع المشرع إلى تسميته بالقرض الإيجاري ضمن الأمر 03 / 11 المتعلق بالنقد و القرض.[1]

و يوفر عقد التأجير التمويلي للمؤجر المزايا التالية:[2]

*. يضمن أسلوب التأجير التمويلي مجالا واسعا للاستثمار بعوائد مناسبة و بضمان كاف قوامه ملكية الأصول الرأسمالية المؤجرة ذاتها .

---

[1] . حسني صلاح الدين ، المرجع السابق ، ص 21 .

[2] . بسام أحمد عثمان ، المرجع السابق ، ص 611 .

*.تخفيف العبء الضريبي عن طريق :

. خصم قيمة استهلاك الأصل الممول تأجيره من الوعاء الخاضع للضريبة

. إعفاء المؤجر من جزء من الضريبة مستحقة عليه في حدود نسبة معينة من قيمة الأصل المشتراة في السنة الأولى لتشغيله .

*.يعد تأجير الأصل أفضل للمؤجر من نظام البيع بالتقسيط نظرا إلى سهولة تطبيقه .

*. يؤدي التأجير إلى زيادة مبيعات الأصول المؤجرة ، نظرا إلى وجود بعض المستأجرين الراغبين في اقتنائها بعد تجربتها و استخدامها .

*.يعد التأجير وسيلة تمويل يمكن إضافتها إلى نطق الخدمات التي تقدمها المؤسسات المالية لعملائها .

كما يوفر الاعتماد الإيجاري مزايا اقتصادية عديدة فهو يساهم في دفع عجلة التنمية الإقتصادية ، ذلك أن التأجير التمويلي لا يتطلب التمويل الكامل لتشغيل أصول رأسمالية تمثل إنتاجيتها إضافات للناتج القومي حيث تتسم طبيعة هذا التأجير بطول الأجل و توفر إمكانيات التحفيز و تحريك الصناعات الإنتاجية مما يدفع برامج التنمية ، كما يحد من آثار موجات التضخم على تكلفة عملية التوسع أو المشرعات الجديدة ، فالتأجير التمويلي يقضي على فترات الانتظار التي تحتاج لها المنشأة لتكوين احتياطات أو طرح أسهم جديدة ، أو تعديل هيكل رأس المال مما يؤدي إلى ارتفاع تكلفة التوسع المزمع إجراؤه عما لو تم التعاقد على الأصول اللازمة لذلك التوسع دون انتظار و ذلك عن طريق التأجير التمويلي .[1]

رابعا : خصائص عقد التأجير التمويلي :

من خلال استقراء نصوص التشريعات المقارنة التي نظمت عمليات التأجير التمويلي ، و بعد تحديد مفهومه و صورها توصلنا إلى أن لعقد التأجير التمويلي خصائص يمكن تلخيصها في نقاط محددة و هي كالتالي :[2]

*. أنه من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها مجرد التراضي فلم تشترط أي من التشريعات المقارنة وجوب اتخاذ رضا الطرفين شكلا معينا سواء كان سندا رسمي أو عرفيا لذلك فإن الكتابة لا تعد ركنا من أركان هذا العقد ، و من ثم لا تعد لازمة لقيامه من الناحية القانونية .

و على الرغم من ذلك فقد استقر الواقع العملي على ضرورة كتابة هذا العقد لتثبيت الحقوق و الالتزامات الواردة فيه حماية لمصالح طرفيه ، فضلا عن أن جل التشريعات المقارنة استوجبت نشر العقد في سجلات رسمية خاصة و عدت ذلك شرطا لسريان العقد و الاحتجاج به تجاه الغير ، و من المعلوم أنه لا يمكن نشر العقد دون كتابته .

*. أنه من عقود المعاوضة التي يأخذ فيه كل طرف مقابل ما يعطيه إذ يتحمل كل طرف غرما ماليا و هو الأداء الذي سيتلقاه فالمؤجر يقوم بتجهيز الأموال المراد تأجيرها و يضعها تحت تصرف المستأجر لقاء قيام الأخير بدفع أقساط الأجرة المتفق عليها .

---

[1] .بان ياسين مكي ، الآثار الإقتصادية لعقد التأجير التمويلي ، مجلة الخليج العربي ، المجلد 40 ، العدد 1 و 2 سنة 2012 ، ص 14 .

[2] . دانة حمة باقي عبد القادر ، عقد التأجير التمويلي (مفهومه و طبيعته القانونية دراسة مقارنة) ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد 14 العدد 51 السنة 2016 ، ص ص 73.72 .

*. أنه من العقود الملزمة لجانبين لأنه منذ إبرامه ينشئ التزامات متقابلة في ذمة المتعاقدين و بعبارة أخرى فإن كل من طرفي العقد يعدان في الوقت نفسه دائنا و مدينا للطرف الآخر ، بحيث أن إخلال أحدهما بتنفيذ التزاماته يعطي للطرف الآخر الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ أو فسخ العقد .

فالمؤجر يلتزم بتجهيز الأموال المراد تأجيرها و تسليمها للمستأجر و تمكينه من الانتفاع بها من خلال ضمان التعرض الشخصي أو الصادر من الغير ، كما يتحمل تبعة هلاك الأموال متى كان ذلك راجعا إلى أسباب لا دخل للمستأجر فيها ، و عند نهاية مدة العقد يلتزم بنقل ملكية هذه الأموال إذا أبدى المستأجر رغبته في شرائها لقاء الثمن المتفق عليه .

وفي المقابل يرتب عقد التأجير التمويلي في ذمة المستأجر جملة من الالتزامات تتمثل في أداء بدل الإيجار المتفق عليه و الالتزام باستعمال الأموال محل العقد في الغرض المعد له ، و بذل العناية اللازمة لحفظها و القيام بصيانتها على نفقته الخاصة كلما كان ذلك ضروريا فضلا عن التزامه بإعادة هذه الأموال إلى المؤجر في نهاية المدة المتفق عليها إذا لم يمارس حقه في خيار شرائها أو تجديد العقد لمدة أخرى .

*. أنه من العقود الزمنية مستمرة التنفيذ الذي يعد الزمن عنصرا جوهريا في تنفيذها بحيث يتوقف على هذا العنصر تحديد مقدار محل الالتزام فالمنفعة المرجوة من هذا العقد لا يمكن توقعها بدون مدة ، و لذلك فإن مدة عقود التأجير التمويلي تحدد عادة على أساس العمر الاقتصادي المفترض للأموال المؤجرة و هي المدة التي يستغرقها اندثار هذه الأموال من الناحية المالية و التي على أساسها تجري الجهة الممولة (المؤجر) حساباتها الإقتصادية حول جدوى عملية الإيجار التمويلي و حصيلتها ، و بتعبير آخر فإن المدة التي يتم تحديدها تعد أداة الحساب المالي و الإقتصادي للعملية التمويلية برمتها ، و هذا ما يفسر وصف هذا العقد بأنه " تأجير للمدة اللازمة لاندثار الأصول المؤجرة " .

*. أنه عقد ثنائي الأطراف رغم أن بعض الفقه يرى أن البائع أو المورد الأموال محل العقد يعد طرفا في العقد و هذا غير صحيح ، إذ يجب التمييز في هذا الصدد بين عقد التأجير التمويلي ، و عملية التأجير التمويلي فالبائع يدخل طرفا في الأخيرة لغرض إتمامها و ذلك بإبرام عقد البيع مع المؤجر و لكن دون أن تربطه بالمستأجر أية رابطة عقدية .

و تجدر الإشارة هنا إلى أن التشريعات المقارنة اشترطت أن يكون المؤجر في عقد التأجير التمويلي مؤسسة مالية تتخذ شكل شركة تجارية خاضعة للنظام القانوني الذي تخضع له لمؤسسات المالية و المصرفية نظرا للدور الائتماني الكبير الذي تقوم به حماية للائتمان المالي و الاقتصاد الوطني بشكل عام قد خص المشرع الفرنسي بموجب قانون الإشراف و الرقابة على نشاط المؤسسات الائتمانية رقم (84.46) لسنة 1984 الأشخاص المعنوية من الشركات و المؤسسات التي تتخذ من عمليات البنوك حرفة معتادة لها و التي تتبع النظام القانوني للبنوك و المؤسسات المالية بالقيام بنشاط التأجير التمويلي و الذي عده المشرع الفرنسي من عمليات الائتمان .

*. العقد الذي يمكن أن يرد عليه عقد التأجير التمويلي يمكن ن يكون عقارا أو منقولا سواء كانت منقولات مادية أو معنوية كحقوق الملكية الصناعية من براءات الاختراع و التصاميم الطبوغرافية للدوائر المتكاملة أو المعرفة الفنية و غيرها و أيا كان نوع هذه الأموال فإنه يشترط أن يكون التأجير لأغراض الاستخدامات الإنتاجية و الاستعمال المهني ، أما إذا كانت لأغراض استهلاكية غير إنتاجية فلا تعد من قبيل عقود التأجير التمويلي لذلك يفضل البعض استخدام مصطلح (الأصول لإنتاجية و الثابتة) على الأموال محل عقود التأجير التمويلي و التي تعني الأموال التي تقتنيها المنشآت ليس لغرض إعادة بيعها و إنما لغرض استخدامها لفترات طويلة نسبيا كالأرض و المباني و الآلات و الأثاث .

*. أنه من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي شأنه شأن سائر عقود الائتمان الأخرى ، فالثقة المتبادلة بين الطرفي العقد و مدى سمعة وملاءة و كفاءة الطرفين تؤخذ كلها بنظر الاعتبار عند إبرام هذا العقد للاطمئنان على الوفاء

بالالتزامات الناشئة عنه ، لذلك يمتنع على المستأجر التنازل عن حقوقه بموجب هذا العقد للغير إلا بموافقة المؤجر كما يعد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه في حال موت أو إعسار أو إفلاس المستأجر أو انقضائه إذا كان شخصا معنويا .

المحور الثاني :الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي في القانون الجزائري

اعتبرت المادة 01 من الأمر 96 / 09 عقد التأجير التمويلي بأنه عملية تجارية و مالية فهو عملية مصرفية و الأعمال المصرفية بموجب المادة 02 من القانون التجاري هي أعمال تجارية بحسب الموضوع كما أن العمليات المصرفية تصدر من البنوك و المؤسسات المالية و مؤسسات القروض و شركات الاعتماد الإيجاري ، و هي شركات تجارية و التي بدورها اعتبرتها المادة 03 من القانون التجاري الجزائري أعمالا تجارية بحسب الشكل ، و رغم قيامه على عقد إيجار إلا أنه يختلف عن عقد الإيجار المدني و التجاري معا كما يقترب من القرض لكن له خصوصيته .

و من هنا فإن أطراف عقد التأجير التمويلي هي :[1]

. المؤجر الذي يقوم بشراء الأصل الذي يطلبه المستأجر بغرض تأجيره له .

. المستأجر و هو الذي يستأجر الأصل للاستخدام مقابل سداد أقساط الإيجار .

. المنتج (المورد) و هو الذي يصنع الأصل محل التأجير بناء على مواصفات المستأجر لحساب المؤجر أو البائع للأصل .

و بذلك قد حددت المادة الأولى من الأمر 96 / 09 أطراف العقد بالمؤجر (البنك أو المؤسسة المالية ، شركة الإعتماد الإيجاري) معتمدة صراحة بهذه الصفة ، و المستأجر (المتعامل الإقتصادي) ، و قد استبعد المشرع كليا المورد كطرف في العقد باعتبار أن عقد الليزينغ يجمع فقط المستأجر و المؤجر .

و قد طح التساؤل حول الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي هل هو عقد بيع أم عقد إيجار أو هو من طبيعة مختلطة ؟

فمن اعتبره عقد إيجار فيرى أن عقد الإيجار يتكون من ركنين أساسيين و هما دفع بدل الإيجار الذي يعد أهم التزامات المستأجر ، و تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر ، و هو يشكل التزاما أساسيا بالنسبة للمؤجر ، و بالرجوع للأمر 96 / 09 نجد أنه في عقد الاعتماد الإيجاري لا نجد نصا يلزم المؤجر بتمكين المستأجر من الأصول التي تشكل محل التعاقد ذلك أن الذي يلتزم بالتسليم هو البائع الأول الذي يسلم الشيء المبيع للمستأجر الذي يتسلمه كوكيل عن المؤجر طبقا للشروط المنصوص عليها في عقد الشراء المبرم بين كل من البائع و المؤجر ، و ذلك على نفقة المستأجر وحده ، و لا يتحمل المؤجر أية مسؤولية عن تأخر التسليم بالنسبة للمواعيد المتفق عليها ، و بذلك فإن المستأجر المستفيد يتسلم الأصول المنقولة من البائع باعتباره وكيلا عن المؤجر ، لكن لحسابه الخاص ، و بذلك تزدوج صفته فهو يتسلم المنقول المبيع بوصفه وكيلا عن المؤجر و يتسلم لحسابه الخاص بصفته مستأجر ، و بازدواج هاتين الصفتين يتحمل المستأجر وحده مصاريف الاستلام و كذا مخاطره ، و لا يستطيع الرجوع على المؤجر ، و إلا أثار في وجهه المسؤلية عن خطأ الوكيل في تنفيذ وكالته سواء تلك الخاصة باختيار الأصول المنقولة أو تلك التي تتعلق بالاستلام ، بينما الأمر ليس كذلك في عقد الإيجار العادي أين يتحمل المؤجر البعض منها فقط و عند انتهاء المدة المحددة في عقد الإيجار العادي يغادر المستأجر الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد بينما يكون للمستأجر في عقد الاعتماد الايجاري

[1] . عمر مفتاح الساعدي ، المرجع السابق ، ص 55 .

ثلاث خيارات تتمثل إما في تمليك المال المؤجر مقبل ثمن يؤخذ بعين الاعتبار ما تم دفعه من بدلات الإيجار و إما رد المال المؤجر إلى المؤجر ، كما له أيضا أن يمدد العقد مقابل بدل الإيجار يتم الاتفاق عليه من جديد.[1]

أما من اعتبره عقد بيع فيرى أن عقد الاعتماد الإيجاري يسبقه عقد بيع بين كل من المؤجر و المورد أو البائع للأصول يكون للمستأجر دور فيه و ذلك باختياره للأصول المنقولة و تحديد مواصفاتها وفق ما يتماشى و حاجيات مشروعه ثم يختار المورد (البائع) الذي سيمكنه من هذه الأصول و يتم التفاوض معه حول التجهيزات و مواصفاتها و كذا سعرها إلى أن يتم الاتفاق بينهما ثم يبحث المستفيد عن ممول لهذا المشروع الذي يجب أن يكون إما البنك أو المؤسسة المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا لذلك ، فيقدم لها طلبا بالعرض المقدم من المورد بشأن مواصفات المعدات و التجهيزات و أسعارها بالإضافة إلى البيانات المتعلقة بالمشروع الذي ينوي المستفيد إطلاقه و عند موافقة الممول على طلب المستفيد هنا نكون بصدد عقد إيجار يضمن للمستأجر حق الاستعمال و الانتفاع بالأصل المؤجر خلال فترة دنيا و بسعر محدد مسبقا و كأنه صاحب ملكية للأصل ، كما يضمن العقد للمؤجر حق قبض مبلغ معين من الإيجار لمدة تدعى (المدة غير قابلة الإلغاء) ، لا يمكن خلالها إبطال الإيجار إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك و من هنا فعقد الاعتماد الايجاري ليس عقد بيع و إنما سبقه عقد بيع .[2]

المحور الثالث : آثار عقد التأجير التمويلي بالنسبة لمراكز الأطراف في العقد

إن تناول هذا المحور يكون من خلال بيان آثارها بالنسبة لكل من المؤجر المستأجر ، و بناء على بيان هذه الآثار تتضح لنا مراكز الأطراف في العقد ، و رغم تشابه هذه الآثار مع تلك المترتبة عن عقد الإيجار العادي إلا أن له خصوصية واضحة .

أولا. آثار عقد التأجير التمويلي بالنسبة للمؤجر:

يلتزم المؤجر بمجموعة من الالتزامات تجاه المستأجر تتمثل فيما يلي :

1. التزام الشركة بالتمويل :

إن الهدف الأساسي لإبرام عقد الاعتماد الإيجاري هو تمويل المشاريع الإقتصادية ، و لهذا السبب يلجأ المتعامل الاقتصادي المستأجر) إلى المؤجر (الممول) من أجل تمويل مشروعه ، و إذا كانت عملية الاعتماد الايجاري تبدأ بعقد شراء يبرم بين المورد و المؤجر (الممول) بعد اختيار الأصول المنقولة من قبل المستفيد و التفاوض حول مواصفتها و كذا سعرها نيابة عن المؤجر و ذلك وفقا لأحكام القواعد العامة ، و عند إبرام العقد دفع الثمن من الممول اعتبر بذلك قد وفى بالتزاماته التمويلية تجاه المؤجر.[3]

2. التزام الشركة بالتسليم :

يتميز عقد الاعتماد الإيجاري عن عقد الإيجار العادي فيما يتعلق بالتسليم أن الأموال محل التعاقد ليست مملوكة للمؤجر ابتداء بل يشتريها بغية تأجيرها ، و في سبيل إتمام عملية التمويل فإنه يفوض المستأجر للتفاوض على ثمن الأموال مع المورد أو المقاول بل أكثر من ذلك فالمستأجر هو الذي يقوم بالاستلام مباشرة من المورد أو المقاول في أغلب الأحيان ، و قد يتم التسليم مباشرة من المؤجر إلى المستأجر ، و قد يتم التسليم بطريق غير مباشر ، و هي حالة تسلم المستأجر الأموال المؤجرة من المورد و المقاول و هذا باتفاق المؤجر و المستأجر على ذلك ، و هي الصورة الغالبة في

---

[1]. الواسعة زرارة صالحي ، المرجع السابق ، ص ص 145. 146 .

[2]. نفس المرجع ، ص 146 .

[3]. الواسعة زرارة صالحي ، المرجع السابق ، ص 352 .

الإعتماد الإيجاري ، و يتم إثبات الاستلام بمحضر يثبت فيه مدى مطابقة المال المؤجر كما تم الاتفاق عليه ، و لمحضر الاستلام أهمية كبيرة فهو يدل على معرفة المشروع بالمال المستأجر و قبوله له على حالتها التي تسلمها عليه ، و بالتالي يجب على المشروع المستأجر بذل عناية الرجل الحريص في فحص و اختيار الأصول الإنتاجية محل العقد ، و يترتب على هذا القول انحصار دور المؤجر في التمويل فقط ، دون الدخول في تفاصيل مواصفات هذه الأصول فإذا ظهرت عيوب في المؤجر بعد الاستلام نتيجة تقصير في فحصها من قبل المستأجر أدت إلى مطالبة المستأجر بفسخ العقد بينه و بين شركة الاعتماد الإيجاري ، و يمكن لهذه الأخيرة طلب التعويض عن الأضرار التي لحقتها جراء فسخ العقد ، و يتمثل هذا التعويض في الأقساط التي دفعها المستأجر في الفترة السابقة لفسخ العقد .[1]

3.الإلتزام بالضمان :

كرس المشرع ضمان التعرض في المادة 38 من الأمر 96 / 09 التي وضعت ضمانات على المؤجر ومنحت للأطراف حق الاتفاق على خلافها مع عدم إمكانية الإعفاء من المسؤلية الشخصية و مسؤولية تابعيه و تتمثل هذه الضمانات فيما يلي:[2]

*.ضمانات توفر الصفات التي تعهد المؤجر بتوفيرها في عقد الائتمان الإيجاري .

*.الالتزام بضمان عدم التعرض أو القيام بأي تصرف من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالمال المؤجر و انتقاص منه يقلل من الانتفاع به .

*.التزام بضمان عيوب الأصل المؤجر و نقصانه و التي تحول دون الانتفاع بالمال المؤجر باستثناء العيوب و النقائص التي يسمح العرف بها ، أو التي يعلمها المستأجر وقت إبرام عقد الإعتماد الإيجاري .

*.الالتزام بنقل الملكية : حيث يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من تملك العين المؤجرة في نهاية مدة العقد مع احتفاظ هذا الأخير بحقه في شراء هذا الأصل بناء على عقد مستقل موثق مقابل دفع ما تبقى من قيمته أو أن يعيد تجديد الإيجار لفترة محددة مقابل دفع بدل الإيجار يتم الاتفاق عليه ، و إما أن يرد الأصل المؤجر للمؤجر .

4.الإلتزام بالصيانة :

إن الإلتزام بالصيانة يقع على عاتق المستفيد و ليس على المؤجر و ذلك للطبيعة الخاصة للعقد ، سيما و أن المستفيد يستمر في الانتفاع بالأصول المؤجرة حتى انتهاء عمرها الإفتراضي ، فضلا عن ذلك فإن هذه الأصول المؤجرة في الغالب ستكون ملكا للمستفيد إذا استعمل حقه في شرائها لذلك جرى العرف على تحمله تبعة الملكية منذ انتفاعه بالأصول المؤجرة .[3]

وتحرص المؤسسات المالية على عدم تحمل أي مسؤولية أو التزام من طبيعة فنية خاصة بالأموال المؤجرة لذلك جرت العادة على أن تدرج في العقد من الشروط ما يجعل المستفيد يتحمل المسؤولية .

---

[1] .حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص ص 92.91 .

[2] .الواسعة زرارة صالحي ، المرجع السابق ، ص ص 354.353 .

[3] .ميثاق طالب عبد حمادي ، الأحكام الخاصة بعقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة في ذاتية العقد و خصائصه) المؤتمر العلمي الثاني ، مجلة الكوفة ، عدد خاص ، ص 205 .

ثانيا . آثار عقد التأجير التمويلي بالنسبة للمؤجر:

إن الطبيعة الخاصة لعقد التأجير التمويلي قد أضفت خصوصية على التزامات المستفيد ، ففيما يتعلق بالالتزام بدفع الأجرة يشكل الإلتزام الأساسي للمستأجر في مقابل تمكينه من قبل شركة التأجير بالانتفاع بالأصول المالية المؤجرة ، و تتمثل خصوصية هذا الالتزام في أن مقدار الأجرة التي يلتزم بدفعها المستفيد يتم تحديدها على أساس ثمن الأصول المؤجرة ، بحيث تغطي أقساط الأجرة بمجموعها ثمن الشراء أو الجانب الأكبر منه ، أما إذا استعمل المستفيد خياره بالشراء يكون الثمن هو مقابل القيمة التي تغطيها أقساط الأجرة ، و إذا اختار المستفيد تجديد العقد تكون القيمة الإيجارية في المدة الجديدة مخفضة عن المدة السابقة ، لذلك أجازت بعض التشريعات المقارنة تخفيض القيمة الإيجارية إذا تم تخفيض ثمن شراء الأصول المؤجرة لوجود عيب فيه أو غير ذلك ، فضلا عن أنه يكون ملزما بدفع أقساط الأجرة حتى و لو لم يستفد من الأصول المؤجرة ما لم يكن عدم الانتفاع راجع لشركة التمويل .[1]

المستفيد يلتزم برد الأصول المؤجرة في نهاية العقد إلا أن المستفيد و خلافا لما هو متعارف عليه في القواعد العامة يلتزم برد الأموال المؤجرة بالحالة التي المتفق عليها و ليس بالحالة التي كانت عليها وقت الإستلام ، لأن طبيعة عقد التأجير الخاصة تفرض على المستفيد رد الأصول المؤجرة عند انتهاء مدة العقد أي عند انتهاء عمرها الإفتراضي مما يعني أن هذه الأصول في نهاية لعقد قد أصبحت في حالة سيئة تختلف عما كانت عليه و قت التعاقد ، و نود أن نبين أن المستفيد في عقد التأجير التمويلي فضلا عما تقدم و نظرا للاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه العقد يكون ملتزما بعدم النزول لغيره عن العقد لا إذا وافقت شركة التأجير التمويلي صراحة على ذلك كي لا تجبر الأخيرة على التعامل مع غيرها لم تختره و لم تتأكد من ملاءمته ، و بذلك فإن عقد التأجير التمويلي خرج عن القواعد العامة في هذا المجال .[2]

ومن هنا و من خلال ما تقدم نستطيع القول أن الطبيعة القانونية الخاصة العقد التأجير التمويلي قد انعكست على التزامات الطرفين حيث خرجت في مضمونها عن القواعد العامة المتعارف عليها في العقود التقليدية .

خاتمة :

يعتبر عقد التأجير التمويلي تقنية مالية وضعت لخدمة المؤسسات الصغيرة و المتوسطة بهدف توفير التمويل لها ، وهي توفر مزايا لكل من المؤجر و المستأجر و المورد ، و هو أسلوب يحل محل و سائل التمويل التقليدية ، و يتميز بخصوصية سواء فيما يتعلق بمحله أو أطرافه ، حيث يجب أن ينصب العقد على أموال إنتاجية و غير استهلاكية ، كما حصر المشرع أطرافه خاصة فيما يتعلق بالمؤجر في الأشخاص المعنوية (البنوك ، المؤسسات المالية وشركات التأجير التمويلي) ، أما المستأجر فيجب أن يكون عونا اقتصاديا بالمفهوم المحدد في القانون .

و يمنح عقد التأجير التمويلي امتيازات للمؤجر تتمثل في استمرار ملكيته للأصول المالية مما يمكنه من استردادها في حال امتنع المستفيد من دفع الأجرة ، كما منح القانون لشركات التأجير التمويلي حق تضمين العقد ما تراه مناسبا من شروط و بنود تعاقدية من خلال التحديد المسبق لها ، و ما على المستفيد سوى قبولها كما حددتها شركة التأجير ، و لعل من بين أهم مبررات وجود هذه الامتيازات للمؤجر إمكانية إفلاس أو إعسار المستفيد.

و يتمتع العقد بخصوصية تتمثل في مدته التي لا يمكن إلغائها و الخيارات التي يستفيد منها المستأجر عند انتهاء عقد الإيجار ، و رغم هذه الامتيازات فإن عقد التأجير التمويلي لا تستفيد منه المؤسسات ذات الوضع الميئوس منه ، و يبدو

---

[1] . ميثاق طالب عبد حمادي ، المرجع السابق ، ص ص 205.206 .

[2] . نفس المرجع ، ص 207 .

للوهلة الأولى أن هذا العقد من قبيل عقود الإذعان خاصة و أن شركة التأجير تُضمِّن العقود كل الشروط التي من شأنها أن تحمي مصالحها كعدم ضمان التعرض و الالتزام بالصيانة غير أن ذلك يبدو منطقيا إذا علمنا أن المؤجر لا يشارك في مرحلة انعقاد العقد حيث يتولى المستأجر اختيار الممول و التفاوض بشأن العقد بينه و بين المستأجر ، كما لا يتدخل في مرحلة التسليم و من ثم فإنه من المنطقي أن لا يتحمل أي مسؤولية .

و رغم كون التأجير التمويلي آلية تمويل حديثة إلا أنها تبقى بعيدة عن تحقيق أهدافها المرجوة و نحن في هذا المجال نقدم التوصيات التالية:

. ضرورة وجود إطار قانوني مناسب ينظم كل ما يتعلق بهذا العقد خاصة و أن التطبيق العملي أفرز العديد من الإشكالات التي لا بد أن يتصدى لها المشرع بنصوص خاصة ، باعتبار أن الأمر 96 / 09 المنظم لهذا العقد يعتبر قديم نسبيا مقارنة بالتطورات الاقتصادية الحاصلة.

. منح ضمانات كافية للمستأجرين باعتبار تضمن القانون الحالي بعض النصوص التي أثقلت كاهلهم بالالتزامات .

إعطاء البنوك حرية أكبر في مجال التعامل بالبدائل و الصيغ التمويلية الحديثة و المبتكرة بدل اللجوء إلى القروض الربوية .

. ضرورة العمل على توعية أصحاب المؤسسات الصغيرة و المتوسطة و إقناعهم بجدوى هذه الصيغة التمويلية و فوائدها و دعوتهم إلى الاستفادة مما تمنحه لهم من مزايا .

مبدأ سلطان الإرادة والتعاقد المؤتمت في عقود التجارة الالكترونية

د. حابت امال ، أستاذ محاضر
كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري . تيزي وزو

مقدمة:

إن العقد الإلكتروني، في الواقع، لا يخرج في بنائه وتركيبة وأنواعه ومضمونه عن لسياق العقود التقليدية ، ومن ثم فهو يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد، وهو من العقود غير المسماة حيث لم يضع المشرع تنظيماً خاصاً له ، لكنه بالمقابل يخرج عن المألوف في العقود التقليدية انه يتم عن بعد وعبر وسائل الكترونية. وقد تكون هذه الوسيلة مجرد ناقل للإرادة ونكون أمام تعاقد بين شخصين قانونيين، وقد تكون هذه الوسيلة هي المعبرة عن إرادتها أي طرف في التعامل ونكون بذلك امام ما يدعى بالتعاقد المؤتمت الذي يعتمد عليه كثيرا في عقود التجارة الالكترونية .والتي تعد اليوم البديل العصري في التعامل بين كبار رجال الأعمال، فمعظم الشركات التجارية العالمية ترفض التعامل بالطرق الكلاسكية وتفرض على عملائها أسلوب الاتصال الرقمي. هذا الأخير افرز كما اشرنا اليه سالفا أنواعا جديدة من العقود منها التعاقد المؤتمت أو التعاقد التلقائي وهو تصرف يصدر عن حاسب آلي مبرمج دون تدخل الفرد الطبيعي أو العنصر البشري وقد أقرت أغلبية التشريعات هذا النوع من التعاقد ورتبت عليه نفس الآثار المترتبة على التعاقد البشري. نتساءل في هذا العمل عن صلاحية الكمبيوتر للتعبير عن الإرادة وهل بالفعل يعبر عن إرادة مالكه. بتعبير أخر هل هناك إخلال بمبدأ سلطان الإرادة إذا ما فرضنا على شخص تنفيذ عقد ابرمه حاسبه الآلي.

أولا: ماهية العقد المؤتمت

لابد اولا ان نعرف المصطلح والذي يعد مصطلحا غريبا في القانون وقبل ذلك في اللغة العربية

أتمَتَ يؤتمت ، أَتْمَتَةً ، فهو مؤتمِت ، والمفعول مؤتمَت -: أتمَتَ الماكينةَ جعلها أوتوماتيكيّة ، تعمل بالتشغيل الذاتيّ أو الآليّ :- تعمل مصلحة الجمارك بنظام جمركيّ مؤتمَت ، -أخذ دورة تدريب في التشفير وأتمتة البيانات.

المؤتمتة أو التشغيل الآلي بالإنجليزية :(Automation :هو مصطلح مستحدث يطلق على كل شيء يعمل ذاتيا بدون تدخل بشري فيمكن تسمية الصناعة الآلية بالأتمتة الصناعية مثلا. وهي تعني حتى في أتمتة الأعمال الإدارية، وأتمتة البث التلفزيوني .وهي عملية تهدف إلى جعل المعامل أكثر اعتمادا على الالآت بدلا من الإنسان .يعتبر التشغيل الألي نوع من أنواع الروبوت لكنها ما زالت بحاجة إلى الإنسان لتكملة عملها. تهدف الأتمتة إلى زيادة الإنتاج حيث تستطيع الآلة العمل بسرعة ودقة أكبر من الإنسان ووقت أقل بمئات المرات. ففي السابق برغم وجود الآلات لكنها كانت تحتاج إلى وقت طويل للإنتاج ، وكذلك الإنتاج لم يكن بالدقة المطلوبة على يد الإنسان. كذلك يمكن للإنسان العامل أن يمرض ويغيب عن العمل ، ولكن الألة تعمل ولا تمرض ، ولا تأخذ أجازات.

المكننة لغوياً مشتقة من كلمة "ماكنة/ ماكينة" اللاتينية وتعني بالعربية: الآلة. أما دلالياً فمعناها: إدخال الآلة في العمل وتحويله من عمل يدوي إلى آلي. ويقابل مكننة بالعربية: تأليل.

الأتمتة هي استخدام الكمبيوتر والأجهزة المبنية على المعالجات أو المتحكمات والبرمجيات في مختلف القطاعات الصناعية والتجارية والخدمية من أجل تأمين سير الإجراءات والأعمال بشكل آلي دقيق وسليم وبأقل خطأ ممكن. الأتمتة هي فن جعل الإجراءات والآلات تسير وتعمل بشكل تلقائي.

وقد عرف القانون التجاري الأمريكي الموحد UCC في المادة الثانية منه ، والقانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية UETAالوكيل الإلكتروني في المادة (6/2) من القسم رقم (401) بأنه " برنامج حاسوبي أو إلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى أعد لكي يبدأ عملاً أو الرد على تسجيلات إلكترونية أو أداء معين بصفة كلية أو جزئية بدون الرجوع إلى شخص طبيعي" .(1) وهناك تعريف مماثل مستخدم في المادة (19) من قانون كندا الموحد بشأن التجارة الإلكترونية.
كما جاء بمشروع الاتفاقية الخاصة بالعقود الدولية المبرمة برسائل بيانات إلكترونية في المادة الخامسة أنه يقصد بمصطلح وكيل إلكتروني " برنامج حاسوبي أو وسيلة إلكترونية أو وسيلة مؤتمتة أخري تستخدم للبدء في عمل أو للاستجابة كلياً أو جزئياً لرسائل بيانات دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يبدأ فيها النظام عملاً أو يقدم استجابة .(2)

كما عرف القانون التجاري الأمريكي الموحد UCC برنامج الكمبيوتر بأنه " مجموعة من الإرشادات أو التعليمات التي تستخدم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في نظام معالجة المعلومات لكي تحدث نتيجة معينة .(3) وعرف هذا القانون أيضاً مصطلح إلكتروني بأنه " تقنية كهربية ، أو رقمية ، أو مغناطيسية ، أو بصرية ، أو الكترومغناطيسية ، أو أي شكل آخر من أشكال التكنولوجيا يضم إمكانيات مماثلة لتلك التقنيات .

أما قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية فقد عرف في المادة (2) الوسيط الإلكتروني المؤتمت بأنه " برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب ألي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل ، كلياً أو جزئياً ، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له " . كما عرف هذا القانون المعاملات الإلكترونية المؤتمتة بأنها " معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية ،والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل أي شخص طبيعي ، كما في السياق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات .

يتضح من التعريفات السابقة أنها تتفق على جواز إبرام التعاقد الإلكتروني ما بين شخص طبيعي ووكيل إلكتروني ممثلاً في جهاز كمبيوتر مبرمج مسبقاً أو أحد مواقع الويب علي الشبكة ، أو ما بين جهاز كمبيوتر وآخر.
ويتم إعداد وإنشاء الوكيل الإلكتروني عبر ثلاث خطوات هي كالأتي:

-1قرار يتُخذ بواسطة إنسان لبرمجة الكمبيوتر للرد بطريقة معينة ، وهو ما يعني أن إنسان طبيعي سواء كان بالأصالة عن نفسه أو ممثل قانوني عن شخص معنوي قد اتخذ قراراً إرادياً بتجهيز وإعداد وكيل إلكتروني للقيام بالعمليات الإلكترونية المؤتمتة.
-2يقوم صانع البرنامج ببرمجة الكمبيوتر للرد حسب القرار السابق اتخاذه ، لأن البرنامج المعلوماتي يعمل حسب المعلومات التي يتم تزويده بها.

-يقوم الكمبيوتر بالرد بطريقة أتوماتيكية حسب البرمجة التي تم عليها
ويلاحظ هنا أن الكمبيوتر لا يفاوض أو يحاور الطرف الآخر ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو كمبيوتر آخر ، لأنه لا يخرج عن حدود ما تم برمجته عليه . وبذلك فإنه يمكن التسوق والشراء من خلال صفحات الويب Web Pages على الإنترنت وفقاً لبرنامج يكون المستخدم قام بإعداده سلفاً بجهاز الكمبيوتر ، حيث يقوم الجهاز بالبحث والتسوق في شبكة الإنترنت والشراء وفق البرنامج الموضوع بداخله دون الرجوع إلى العنصر البشري أو الحصول على موافقته .
ومع ذلك فإنه يعيب الكمبيوتر المبرمج مسبقاً أنه وإن كان يستطيع شراء السلع أو البضائع أو الخدمات المبرمج على شرائها ، إلا أنه قد يشترى منتجاً أو خدمة لا يتفق أو يتناسب مع ذوق العميل ، علي الرغم من أن تلك السلعة أو الخدمة تكون مطابقة للشروط الموضوعة في الكمبيوتر ، كما أنه من السهل الاحتيال والنصب على الكمبيوتر بعدة

وسائل عن طريق قراصنة الكمبيوتر ، وهو أيضاً لا يستطيع أن يعرف متى يكون التعامل معه جاداً ومتى يكون هزلاً ؟ ولكن مع ذلك لا يمكن خداع الكمبيوتر المبرمج مسبقاً من نواحي أخرى، وخاصة من الناحية الحسابية هذا بالإضافة إلى أنه ملتزم بما لديه من تعليمات لا يتجاوز عنها ولا يخالفها

ثانيا : النظام القانوني للعقود المؤتمتة

المقصود بالوسيط الالكتروني كما قلنا سابقا هو برنامج الحاسب الآلي أو أي وسيلة أخرى الكترونية تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابـــة لإجراء بقصد إنشـــاء أو إرسال أو تسلم رسالة

بيانات [1] . ويصطلح على المعنى السابق لفظ الوسيط المؤتمت، وقد جاء هذا المصطلح في القانون الإماراتي بالضبط في المادة 02 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية ، ونعني به برنامج أو نظام الكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف بشكل مستقل ، كليا او جزئيا ، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له[2].

جاء كذلك في القانون البحريني لفظ الوكيل الالكتروني[3] كتعبير عن الوسيط الالكتروني، فقد نص قانون 28-2002 المتعلق بالمعاملات الالكترونية على أن الوكيل الالكتروني هو برنامج يستخدم في إجراء تصرف ما كليا أو جزئيا دون مراجعة أو تدخل من أي فرد في وقت التصرف.

تتفق جميع التعاريف السابقة على أن هذا النوع من التصرفات تصدر عن حاسب آلي دون تدخل الفرد الطبيعي أو العنصر البشري ، كما أقرت هذه التشريعات صلاحية هذه الوسيلة في التعبير عن الإرادة في التعاقد الالكتروني ورتبت عليها نفس الآثار المترتبة على التعاقد البشري العادي[4](أ) بالرغم من الخلاف الفقهي القائم حول المركز القانوني للحاسب الآلي(ب).

أ-مدى صلاحية الكمبيوتر للتعبير عن الإرادة في بعض التشريعات وتكييف التعاقد التلقائي:

طبقا للقواعد العامة في إبرام العقود فانه يستلزم أن تكون الإرادة التعاقدية صادرة من شخص قادر قانونا على إبرام العقد ، وهذا أمر يسهل التأكد منه في التعاقد التقليدي، لكن في التعاقد الالكتروني يثور التساؤل حول تحقق التراضي مع صدور الرضى أو الإرادة من وسيط الكتروني(1) ولو أجزمنا بصلاحيته في ذلك فبأي صفة يقوم الكمبيوتر بذلك(2)؟

1- صلاحية الكمبيوتر للتعبير عن الإرادة :

بالعودة الى بعض القوانين نجد أنها أعطت صلاحية إتمام التعاقد الكترونيا لوسائط الكترونية مبرمجة مسبقا وجعلت من هذه العقود عقودا صحيحة ونافذة [5].

---

(1) وهو مضمون نص المادة 02 من قانون2004-40 اليمني الخاص بالمعاملات الالكترونية ، نفس المعنى جاءت به المادة 02 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني.

(2) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الانترنت، دار الفكر الجامعي، مصر،2007،ص 228.

(3) نفس هذا المصطلح استعمله قانون المبدلات الالكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1999 بنصها على :" **الوكيل الالكتروني برنامج حاسوبي أو أية وسيلة الكترونية أخرى تستخدم للبدا في عمل او للاستجابة كليا او جزئيا للرسائل الالكترونية أو لتدابير دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يبدأ فيها النظام عملا أو يقدم استجابة**". نفس المعنى تضمنته المادة 19 من قانون كندا الموحد للتجارة الالكترونية .

(1) عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص178.

(2) الملاحظ في هذا المجال أن هذا الشكل من التعاقد ليس غريبا تماما بل توجد في العالم المادي طرق تشبه التعاقد عبر الوسيط الالكتروني تستخدم بصورة شائعة في الدول الأوروبية وهي عبارة عن ماكينات مبرمجة تقدم سلعا استهلاكية أو خدمات كبيع

فعلى صعيد التشريعات العربية نجد المادة 14 من قانون إمارة دبي في شأن المعاملات والتجارة الالكترونية رقم 02 لسنة 2002 تجيز التعاقد بوسائط الكترونية حيث نصت فقرتها الأولى على أنه : " يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط الكترونية مؤتمتة متضمنة نظامي معلومات الكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهمات ويتم التعاقد صحيحا ونافذا ومنتجا آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة".

وتأكيدا لمبدأ جواز التعاقد الالكتروني وصحته نصت المادة 1/7 من نفس القانون على:" لا تفقد الرسالة الالكترونية أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها جاءت في شكل الكتروني" ،كما أجاز المشرع الأردني إبرام العقود إلكترونيا بواسطة الرسائل الالكترونية بتقريره في المادة 13 من قانون المعاملات الالكترونية رقم 85 لسنة 2001 : "تعتبر الرسالة الالكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".

ونظرا لتوسط أجهزة الكترونية في الإرادة وخشية من إسناد الإرادة لشخص لم تصدر منه (خطأ أو غشا واحتيالا) لا بد من التأكد من إسناد الإرادة في التعاقد المؤتمت أو التلقائي، فتنص المادة 15 من القانون الإماراتي المتعلق بالمعاملات الالكترونية على انه : تعتبر الرسالة الالكترونية صادرة من المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أصدرها بنفسه ، وفي العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه تعتبر الرسالة الالكترونية صادرة عن المنشئ إذا أرسلت:

- من شخص له صلاحية التصرف...
- من نظام معلومات "مؤتمت" ومبرمج للعمل تلقائيا من قبل المنشئ او نيابة عنه.

بالنسبة للقانون الجزائري لا نجد أي نص يتضمن مثل هذا التعاقد، لكن بالرجوع للقواعد العامة لا نجد أيضا ما يمنع من التعبير عن الإرادة بواسطة الوسيط الالكتروني على اعتبار إمكانية إدراجه ضمن إحدى صور التعبير عن الإرادة طبقا للقواعد العامة وهي التعبير عن الإرادة بأي وسيلة لا تدع ظروف الحال شكا في دلالتها على التراضي.

2- تكييف التعاقد التلقائي:

إذا كانت القوانين تعترف للكمبيوتر بصلاحيته لإبرام العقود فلا بد من معرفة الصفة التي يكتسبها هذا الأخير باعتباره برنامجا مبرمج مسبقا لإتمام صفقات، بتعبير أخر كيف تكيف العلاقة بين هذا الكمبيوتر المبرمج وصاحبه؟

سنحاول التكييف بحسب القوانين التي نظمته لنجد أن القانون الأردني استعمل عبارة مفادها أن الوسيط الالكتروني هو نائب عن المنشئ حيث يفهم ذلك من عبارة وردت بالشكل التالي: وسيط الكتروني معد للعمل اتوماتكيا بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه، أما القانون البحريني والذي اتسم المشرع فيه بجرأة واستخدم مصطلح الوكيل الالكتروني تعبيرا عن الوسيلة في التعاقد ،عليه اعتمد تكييف هذه الصورة على أنها تعاقد بالوكالة [1].

التذاكر أو التقاط صور فوتوغرافية وغيرها، وتختلف الطريقتين في أن التعاقد المؤتمت يمكن أن يكون بين وسيطين الكترونيين في حين لا يمكن تصور ذلك في التعامل مع الماكينات،أنظر في ذلك: امانج رحيم احمد، مرجع سابق،ص128.

(1) إن استخدام تعبير الوكلاء الإلكترونيين أحدث نوع من التماثل بين النظام المؤتمت و وكيل المبيعات بشكل غير ملائم، ومن ثم فإن المبادئ العامة لقانون الوكالة (مثل المبادئ التي تتضمن تحديدا لمدى المسئولية كنتيجة لسلوك مخطئ من جانب الوكيل)لا يمكن استخدامها فيما يتصل بتشغيل هذه النظم.

أما قانون إمارة دبي اكتفى بإيضاح معنى الوسيلة دون أن يحسم تكييفها[1].

كيّفت العلاقة بين الكمبيوتر وصاحبه على أنها نيابة او وكالة ، الى أنه نرى أنها اقرب للنيابة عن الوكالة-إذا سلّمنا بالشخصية القانونية للكمبيوتر طبعا - ، على اعتبار أن البرنامج الذي كلّف بالتعاقد له نوع من الحرية في اختيار المتعاقد معه، فهو يختاره أوتوماتكيا، فالوسيط الإلكتروني بحكم تعريفه قادر على المبادرة والاستجابة والتحاور مع أطراف أخرى أو مع وكلائها الإلكترونية بمجرد تشغيله من قبل طرف ما، وعليه يتفق في ذلك مع معنى النائب الذي يعبر عن إرادته هو لصالح الأصيل، بينما الوكيل ما عليه إلى تنفيذ ما أوكل إليه دون أي تدخل لإرادته.

وان كان ومن الجانب الفقهي هناك من ينكر عن الكمبيوتر تعبيره عن الإرادة فكيف لجهاز عديم الإرادة أن يبرم عقد وكالة أو نيابة بينه وبين صاحبه، ثم كيف سنطبق قواعد المسؤولية المنية الناشئة عن إخلال الوكيل أو النائب بالتزاماته الناشئة عن عقد الوكالة أو النيابة ، فالوكالة والنيابة تصرف قانوني والتصرف القانوني يتطلب توفر إرادة لدى عاقديه[2].

ب-الخلاف الفقهي حول المركز القانوني للكمبيوتر في التعاقد :

إذا كانت التشريعات المتعلقة بالمعاملات الالكترونية أجازت التعبير عن الإرادة من طرف وسائط الكترونية، فكيف ينظر الفقه إلى هذه المسألة ؟

نلاحظ اختلافا في وجهات النظر لدى الفقه حيث تعددت المحاولات الفقهية التي ترمي إلى تبرير التعاقد الكترونيا وما يترتب على ذلك من صحة إبرام العقد. فهناك من يذهب إلى اعتبار الكمبيوتر شخص قانوني(1)، وهناك من ينكر عليه هذه الصفة بل يعتبره مجرد وسيلة فقط(2).

1 -إسناد الشخصية القانونية للكمبيوتر:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى منح الشخصية القانونية إلى الجهاز الالكتروني الذي يتم بواسطته إبرام العقد، ومن هنا يعتبر هذا الرأي الجهاز الالكتروني بمثابة الشخص القانوني، والشخص القانوني يتمتع بأهلية إبرام العقد. بدعوى ان الكمبيوتر سوف يكون ذو كفاءة خيالية ، و أن الأجيال القادمة من نظم الحاسوب المؤتمتة قد تزود لدى إنشائها بالقدرة على أن تعمل بشكل مستقل وليس فقط بشكل آلي وهذا يعني أنه يمكن من خلال تطورات الذكاء الصناعي، أن يكون الحاسوب قادرا على أن يتعلم من خلال التجربة وأن يعدل التعليمات التي يتضمنها برنامجه الخاص، بل وأن يستنبط تعليمات جديدة وتحليل المعلومات والصور كما يفعله العقل البشري[3].

بغض النظر عما يستند إليه هذا الاتجاه [4]، فالقول بإسناد الشخصية القانونية للكمبيوتر غير مستساغ من الناحية القانونية، فالشخصية القانونية مرتبطة بالذمة المالية والجهاز الالكتروني ليس له ذمة مالية. ومن ثم فلن تكون له

---

(1) وان كان غريب تسمية لفظ مؤتمت، لأكثر تفصيل أنظر د/ أسامة ابو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص171.

(2) صابر راشدي، المركز القانوني للكمبيوتر في التعاقد الالكتروني، مجلة معارف الصادرة عن المركز الجامعي العقيد أكلي محند اولحاج ،العدد09، البويرة، ديسمبر 2010، ص20

(1) د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص73.

(2) فهناك من يرى العكس على الأقل إلى يومنا هذا فالكمبيوتر عالم غبي يتسم بكفاءة عالية في معالجة المعطيات ، لكن لا يتسنى له ذلك إلى إذا برمج وضبط بصفة سليمة أي خطأ صغير أو بسيط لن يعمل هذا الكمبيوتر أو يعالج المعطيات بطريقة خاطئة.ضف لذلك الفيروسات التي تصيبه والتي تؤدي إلى تعطيله الكامل ، وعليه فلن يضاهي أبدا الكمبيوتر العقل البشري.

شخصية قانونية وتنعدم أهليته القانونية ، ناهيك عن كون الاعتراف الذي يضفى على الشخص الاعتباري الشخصية القانونية مقصور على مجموعات الأشخاص والأموال ولا يمتد إلى الأجهزة والآلات .

2-الكمبيوتر مجرد وسيلة :

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى تشبيه الجهاز الالكتروني بالهاتف والفاكس، فهو مجرد أداة أو وسيلة اتصال تربط بين المتعاقدين، وبالتالي الجهاز لا يبرم عقدا لحساب شخص ما وإنما الشخص هو الذي يبرم العقد باستخدام الحاسب الآلي الذي يقتصر دوره على نقل الإرادة من متعاقد إلى آخر.

وقد انتقد هذا الاتجاه أيضا على أساس أنه يحمّل المتعاقد الأخطاء في البرمجة وتشغيل البرامج الالكترونية[1] التي تقوم بعملية التعاقد فما يصدر من الجهاز يعد كأنه صدر من المتعامل نفسه مباشرة .

وفي سبيل البحث عن رأي يفض هذا الخلاف القائم ذهب بعض أغلبية الفقه إلى أن الجهاز الالكتروني لا يخرج عن كونه أداة أو وسيلة في يد المتعاقد ، يستعملها كما يستعمل الأوراق والأقلام في التعبير عن إرادته ، فالجهاز مجرد وسيلة للتعبير عن إرادة المتعاقد وإعلانها للمتعاقد الآخر ، فإذا استخدم المتعاقد جهازا الكترونيا فإن الإرادة التعاقدية سواء كانت إيجابا أم قبولا لا تنسب إلى الجهاز وإنما تنسب إلى المتعاقد الذي استخدم الجهاز وسخره لخدمته[2]، وهذا التكييف لدور جهاز الكمبيوتر في ابرام العقد يتماشى مع ما اخذ به قانون الاونسترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية حيث جاء في المادة 13 منه :" تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه". كذلك عند إعداد مشروع الاونسترال لاتفاقية التعاقد الالكتروني استعمل مصطلح النظام الحاسوبي الأوتوماتيكي بدلا من أي مصطلح آخر كالوكيل أو النائب[3].

إن جواز التعاقد بين وسائط الكترونية على الرغم من عدم التدخل البشري وقت إبرام العقد لا يعني انساب الإرادة إلى الكمبيوتر بل الإرادة تسند لصاحب الكمبيوتر-المنشئ-[4] ، من هنا ينشأ لنا مبدأ جديد جاء به التعاقد الالكتروني وهو وجوب إسناد الإرادة في التعاقد الالكتروني.

---

(3) فمعد البرامج الالكترونية هو في العادة شخص متخصص في الإعلام الآلي وليس المتعاقد سواء مشتري او بائع

(1) د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية ،المرجع السابق، ص77

(2) امانج رحيم احمد، مرجع سابق، ص134

(3) والدليل على ذلك نجده في العديد من المواد منها: المادة 13 من القانون البحريني المتعلق بالمعاملات الالكترونية فقد جاء تحت عنوان الإسناد :

1 ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك بين منشئ السجل الإلكتروني والمرسل إليه ، فإن السجل الإلكتروني يسند إلى المنشئ إذا كان :

أ- قد أرسل من المنشئ .

ب- قد أرسل بناءً على موافقة صريحة أو ضمنية من قبل المنشئ ، أو من قبل وكيل عادي أو وكيل إلكتروني للمنشئ

ج- قد أرسل من شخص ، تمكّن من خلال علاقته بالمنشئ ، أو بأي وكيل له ، أن يصل إلى طريقة يستخدمها المنشئ للإشارة إلى أن السجل الإلكتروني خاص به ، وذلك ما لم يثبت المنشئ أن الوصول إلى الطريقة ليس راجعاً إلى إهماله . ..." نجد نفس الحكم في الفقرة ب من المادة 13 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية حيث تنص على:" في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت....ب- من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ او نيابة عنه للعمل تلقائيا"

عدم توازن الارادة في عقد التأمين

د. بن عنترليلى ، أستاذة محاضرة
كلية الحقوق ، جامعة امحمد بوقة - بومرداس

مـقدمـــة:

ارتبط تطور المنظومة الاقتصادية بتطور المنظومة القانونية التي أصبح من الضرورة الملحة تكيفها مع المحيط الذي تأطره وهو ما أنتج نوعا جديدا من أنواع العقود ، المعروفة بميلها إلى تغليب المصالح التجارية و الاقتصادية الخاصة لأحد الأطراف على حساب الآخر ودون مراعاة لتوازن العقد ، وكذا تغليب المصالح الخاصة للمتعاقدين في بعض الأحيان على المصلحة العامة.

تدخل المشرع الجزائري لتنظيم الكثير من أنواع هذه العقود بما يكفل به تحقيق التوازن العقدي بين الأطراف و يضمن احترام النظام العام و الآداب العامة التي تجسد العنصر الأخلاقي الغائب في عقود الأعمال عموما، نظرا لطغيان فكرة الربحية المطلقة عليها. مما يجعل بعض من عقود الأعمال تدخل ضمن طائفة العقود المنظمة كعقد التأمين، و عقد تحويل الفاتورة. في حين لا تزال عقود أخرى بعيدة عن التنظيم القانوني الخاص بها كعقد الفرانشيز ،وهو ما يؤدي إلى جعل تطبيق القواعد العامة في التعاقد ابسط إذا تعلق الأمر بواحد منها ،و في المقابل يؤدي إلى مشاكل ناتجة عن تضارب مصالح أطراف العقد، مما يحوله إلى عقد إذعان تطغى فيه إرادة الطرف القوي و مصالحه على حساب الطرف الآخر ، مقارنة مع العقود التي حظيت بتنظيم قانوني خاص بها، أين تظهر إرادة المشرع في محاولة إيجاد التوازن العقدي الذي يكفل احترام النظام العام.و عليه لا يمكن الحديث عن عقد التأمين باعتباره من عقود الأعمال بعيدا عن النصوص القانونية التي نظمته، وقيدت من خلال هذا التنظيم حرية الأطراف في إبرامه.

أبقى المشرع الجزائري على تنظيم سوق التأمين من خلال القانون رقم 62-1157 الذي مدد سريان القوانين الفرنسية لينتقل في المرحلة اللاحقة إلى العمل على استرجاع القطاع و فرض هيمنة الدولة عليه من خلال مجموعة من الإجراءات التي حصرت من خلالها الدولة إرادة الشركات لاسيما الأجنبية منها في ممارسة نشاط التأمين ،وهي المرحلة التي امتدت من تاريخ صدور قانون 63-201 2لغاية سنة 1990.وحدث فيها إجبار شركات التأمين الأجنبية على ترك ما معدله 10% من محفظتها المالية لصالح شركة التأمين الجزائرية "CAAR"3،كما قامت الدولة بموجب الأمر رقم 66-4127باحتكار كل عمليات التأمين لصالح المؤسستان العموميتان الوطنيتان "CAAR" و "SAA". كما تم تكوين الشركة المركزية لإعادة التأمين"CCR" سنة 1975 ، و بموجب ذلك أصبح لزاما على شركات التأمين أن تقتطع جزءا من أرباحها لصالح هذه الشركة5.كما ألزم المشرع في مرحلة لاحقة شركات التأمين بالتخصص أكثر في مجال معين من الأخطار، مثل شركة "CAAT" التي تخصصت في أخطار النقل، و "CAAR" التي اهتمت بالأخطار الصناعية، غير أن الدولة سرعان ما

---

[1] – قانون رقم 62–157 مؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1962 يتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية، ج.ر.ع 02 مؤرخة في 11 جانفي 1963.ملغى بموجب أمر رقم 73–29 مؤرخ في 05 جويلية 1973،ج.ر.ع 62 مؤرخة في 03 أوت 1973.

[2] – قانون رقم 63– 201 مؤرخ في 08 يونيو 1963 يتعلق بالالتزامات و الضمانات المطلوبة من مؤسسات التامين التي تمارس نشاطا بالجزائر،ج.ر.ع 39 مؤرخة في 14 يونيو 1963.

[3] – صفي وليد،السياسة الصناعية في صناعة التأمين الجزائري،رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية،تخصص الاقتصاد الصناعي، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية ،جامعة محمد خيضر ،بسكرة 2010/2009.ص 107.

[4] – أمر رقم 66–127 مؤرخ في 27 مايو سنة 1966 ، يتضمن إنشاء احتكار الدولة لعمليات التأمين،ج.ر.ع 43 مؤرخة في 31 مايو سنة 1966.

[5] – صيفي وليد، مرجع أعلاه، ص 107.

تراجعت عن التدخل في هذه الشركات ، و إجبارها على التخصص من خلال القوانين التي ضمنت استقلال المؤسسة العمومية1.

بحلول سنة 1995 ظهرت مرحلة جديدة تم التراجع فيها رسميا عن احتكار الدولة لنشاط التأمين من خلال أمر 95-207، وسمح بإنشاء شركات تأمين خاصة، و إدخال وسطاء التأمين و التعاضديات3 والسماسرة في ممارسة النشاط بعدما كانوا قد اختفوا في مرحلة الاحتكار.

استمر المشرع الجزائري على هذا المنوال من خلال النص الجديد الذي نظم نشاط التأمين سنة 42006، والذي ميز من خلاله بين عقد التأمين الاستهلاكي وبين عقد التأمين باعتباره من عقود الأعمال، أي التأمين على النشاطات التجارية و الاقتصادية الذي تباشره منشآت وهيئات مملوكة للأفراد أو لمجموعة منهم أو للدولة في صورة شركات أو تعاونيات أو جمعيات يحكمها القانون الخاص الذي ينظم المعاملات المالية و الاستثمارية في الدولة5،بحيث لم يسمح لشركة التأمين ممارسة نشاطات التأمين الاستهلاكي (التأمين الصحي ، التأمين المرتبط بمدة الحياة البشرية، ومساعدة الأشخاص) وممارسة التأمين التجاري في آن واحد6 ومنه ميز بين التعاضديات التي لا تهدف لتحقيق الربح و ذات هدف غير تجاري و بين شركات التأمين التجارية.كما فتح النص الجديد المجال لفروع شركات التأمين و اعادة التأمين الأجنبية .

ورغم ما كرسه النص الجديد من دعم للقطاع إلا أن السوق الجزائرية لا تزال تتميز بالضعف، الذي يرجع لعدة أسباب أهمها عدم وضوح الشروط المكتوبة في العقد من الناحية القانونية و من الناحية الاجتماعية ، بالإضافة إلى عدم وضوح الحماية المقررة في العقد و الآثار الناتجة عنه ،خاصة و أن الغالبية الساحقة من عقود التأمين تعتمد على شكل العقود النموذجية المتعارف عليها دوليا في مختلف القطاعات، كوثيقة التأمين البحري التي وضعها مجمع مكتتبي التأمين البحري في لندن"Lloyd's standard Policy"7.

و نتيجة لذلك فان عقد التأمين يخضع لأطر قانونية مختلفة، الأصل فيها مبدأ سلطان الإرادة استنادا إلى الطابع التعاقدي. أما الاستثناء فهو خضوعها للقانون و العقود النموذجية ،غير أن الدراسة المتأنية لعقد التأمين تجعلنا نقر بعدم توازن العقد بالنسبة لطرفيه مما يمس بمبدأ سلطان الإرادة كأصل ، و يقلب الكفة لصالح الاستثناء المتمثل في الشروط الأحادية المنشأ ،و العقود المنظمة التي تتغلب فيها إرادة المشرع على إرادة الطرفان المتعاقدان ، و هو ما يمنح مركزا ممتازا لأحد طرفي العقد مقارنة بالطرف الآخر.الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن القيود المفروضة على عقد التأمين ، وما مدى مساسها بمبدأ سلطان الإرادة فيه؟

و للإجابة عن الإشكالية المطروحة سيتم التطرق للنقاط التالية:

- المساس بركن الرضا من خلال فرض إجبارية التأمين

---

[1] – قانون رقم 88-01 مؤرخ في 12 يناير سنة 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية،ج.ر.ع 02 مؤرخ في 13 يناير سنة 1988.

[2] – أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالتأمينات ،ج.ر.ع 13 مؤرخة في 08 مارس سنة 1995.

[3] – مرسوم تنفيذي رقم 09-13 مؤرخ في 11 يناير سنة 2009 يحدد القانون الأساسي النموذجي لشركات التأمين ذات الشكل التعاضدي ،ج.ر.ع 03 مؤرخة في 14 جانفي سنة 2009.

[4] – قانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يعدل و يتمم الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير سنة 1995 و المتعلق بالتأمينات،ج.ر.ع 15 مؤرخة في 12 مارس سنة 2006.

[5] – كمال رزيق،خصوصية قطاع التأمين و أهميته لدى المؤسسات الصغيرة و المتوسطة(حالة الجزائر)الملتقي الدولي السابع حول " الصناعة التأمينية ،الواقع العلمي و آفاق التطوير – تجارب الدول-"جامعة حسيبة بن بوعلي، كلية العلوم الاقتصادية، العلوم التجارية و علوم التسيير، الشلف يومي 03-04 ديسمبر 2012.ص 05.

[6] – وهو ما تنص عليه أحكام المادتين 23 و 24 من قانون 06-04 المذكور أعلاه.

[7] – محمود سمير الشرقاوي،العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية، القاهرة 1992،ص 16.

- الخروج عن مبدأ التعاون و الاتجاه نحو مبدأ الربحية المطلقة
- الشروط الأحادية المنشأ

أولا/ المساس بركن التراضي من خلال فرض إجبارية التأمين:

يجمع الدارسون لمجال التأمين على تكييف عقد التأمين باعتباره من عقود "الإذعان"1, الذي يحرره أحد المتعاقدين ويعرضه على المتعاقد الآخر والذي لا يملك إلا أن يقبله, دون أن يشارك في وضع بنوده أو فرض شروطه, ولا يستطيع حتى مناقشتها أو التفاوض عليها, فإرادته قبلت العقد مرغمة. و عليه فإن إرادة المتعاقد في عقد التأمين قد تكون معيبة بعيبين من عيوب الإرادة.

إن عدم توازن عقد التأمين يظهر من خلال عدم توازن إرادة طرفيه, ففي حين يملك المؤمن حرية كاملة في ممارسة نشاط التأمين فإن المؤمن له يخضع للإكراه في توجيه إرادته لإبرام عقد التأمين.و الإكراه في عقد التأمين لا ينطبق مفهومه على الإكراه الوارد في أحكام القانون المدني لاسيما المادة 88 منه التي تنص على " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق"

فعقد التأمين الإجباري ينشأ عن تطبيق قاعدة قانونية آمرة تلزم الشخص بإبرام عقد تأمين اقتصادي على الكوارث2 الطبيعية ,"إكراه قانوني" إن صح التعبير ,وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، إذا ما أدى الإكراه إلى زوال الإرادة كلية, يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا ,أما إذا أدى الإكراه إلى عيب في الإرادة دون أن يعدمها كلية فيكون العقد قابلا للإبطال3.

شرعت الجزائر في تطبيق نظام إلزامية التأمين ضد الكوارث الطبيعية منذ سبتمبر 2004عن طريق إفراده بنظام قانوني خاص به خارج عن القانون الذي يؤطر نشاط التأمين في الجزائر (أمر 95-07 المعدل والمتمم)وتضمن هذا النظام صدور العديد من النصوص القانونية4 لاسيما منها المرسوم التنفيذي رقم 04-270 الذي يحدد البنود الخاصة التي تضمنها عقود التأمين5.

يعتبر التأمين الإجباري على الكوارث الطبيعية منتوج تأميني جديد ،ذو طابع اقتصادي يهدف إلى تأمين الممتلكات، و ليس الأشخاص، عن طريق تحديد القانون للممتلكات التي تشملها إجبارية التأمين من التي تخرج عن دائرة الإجبارية.غير أن الملاحظة التي يمكن الوصول إليها من خلال تحديد هذه الأملاك المشمولة بالإلزامية و المستثناة منها هي توجيه المشرع لإرادة المؤمن لهم نحو المشاركة في تحمل تبعات نوع محدد من الكوارث الطبيعية و دفع أصحاب العقارات المبنية إلى التكفل بجزء من تكاليف الأضرار الناجمة عن تحقق خطر كارثة طبيعية و مشاركة الدولة في التضامن الوطني دون منحهم حق مناقشة هذا التأمين .

---

[1] – برغوتي وليد, تقييم جودة خدمات شركات التأمين وأثرها على الطلب في سوق التأمينات الجزائرية (1995-2009), دراسة تطبيقية للشركة الجزائرية للتأمينات SAA , كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير جامعة الحاج لخضر,باتنة سنة 2013 -2014 , ص41, هندي أسيا يسمينة, النظام العام والعقود, مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجيستير في الحقوق, فرع العقود و المسؤولية , كلية الحقوق , جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر ,ص 28.

[2] –الكارثة كلمة مشتقة من اليونانية catastrophe يقصد بها وقوع حادث مدمر وفجائي يصيب جماعة, وهي كل حادث غير عادي يصنفه تصريح رسمي صادر من قبل السلطة على أنه كارثة طبيعية.محي الدين شبيرة, التأمين على الكوارث الطبيعية في الجزائر, فعل اقتصادي لعقلية التضامن وترشيد الموارد ,مجلة العلوم الإنسانية العدد 33 ,جامعة منتوري قسنطينة سنة 304,2014

[3] –هندي آسيا يسمينة ,مرجع سابق .ص 60.

[4] – لا سيما أمر رقم 03-12 مؤرخ في 26 غشت سنة 2003، يتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية و بتعويض الضحايا،ج.ر.ع 52 مؤرخ في 27 غشت 2003. و كذا مجموع المراسيم التنفيذية الصادرة في الجريدة الرسمية رقم 55 منها المرسوم التنفيذي رقم 04-268، 04-269و 04-04،270-271.

[5] –مرسوم تنفيذي رقم 04-270 مؤرخ في 29غشت سنة 2004, يحدد البنود النموذجية الواجب إدراجها في عقود التأمين على آثار الكوارث الطبيعية،ج.ر.ع 55 مؤرخة في أول سبتمبر 2004.

حيث يحدد أمر 03- 12 العقارات المستثناة من هذا الإجبار ، وتشمل مجموعة من البنايات و الأخطار ذات طبيعة اقتصادية ، ومنها:

- الأخطار والممتلكات الفلاحية ، وهذا الاستثناء مقبول نظرا لخضوع هذه الأخيرة لنصوص تشريعية خاصة بها.
- هياكل المركبات الجوية و البحرية و كذا السلع المحمولة من قبلها ، نظرا لخضوعها لتنظيم قانوني خاص بها ايضا.
- المحاصيل غير المخزنة ،المزروعات المواشي المجمعة خارج مبنى.
- كل البنايات الموجهة للنشاطات الصناعية أو التجارية أو السكن التي أقيمت بعد سنة 2003 مخالفة لقواعد البناء.

البنايات طور التشييد، و الأضرار غير المباشرة.

كما حدد أمر 03-12 الممتلكات المشمولة بالتأمين و هي:

- المنشآت الصناعية و التجارية بما فيها محتوياتها، أي العقارات و التجهيزات و السلع و العتاد و غيرها.
- الممتلكات العقارية.

إن إجبارية التأمين المفروض على المؤمن لهم يعد في حد ذاته مساسا بركن التراضي في العقد لصالح شركات التأمين، ناهيك عن التمييز في جعله إجباريا على عقارات دون أخرى. غير أن شركات التأمين قد ترد على عدم التوازن المفروض قانونا لصالحها بأن الأقساط التي يدفعها المؤمن لهم هي ضئيلة جدا مقارنة بحجم المخاطر التي يغطيها التأمين مقابل ضخامة التعويض الذي يستفيد منه المؤمن لهم، الأمر الذي يجعل العقد متوازن خاصة و أن القانون يمنع شركة التأمين من رفض أي طلب تأمين.

غير أن هذا الفرض بعيد عن الصحة لأنه متعلق بخطر كارثة طبيعية قد لا تقع أصلا ، أو تقع في مدى زمني بعيد جدا يسمح بتجميع مبالغ طائلة كلما لم يتحقق خطر الكارثة الطبيعية، بالإضافة إلى أن مجموع العقارات التجارية و الصناعية كبير جدا مما يجعل مبلغ الأقساط كبير جدا أيضا.ضف إلى ذلك أيضا أن استفادة المؤمن له معلقة على شروط واقفة، أهمها تحقق الكارثة الطبيعية وفقا لما يحدده المرسوم التنفيذي 04-268 المتضمن تشخيص الحوادث الطبيعية ، والذي نصت المادة 02 منه على أن الكارثة الطبيعية تشمل الزلازل،الفيضانات و سوائل الوحل، العواصف و الرياح الشديدة، و تحركات قطع الأرض.غير أن هذا التحديد يستثني الكثير من الكوارث الطبيعية و التي من أهمها الحرائق التي تشتعل صيفا و تأتي على الأخضر و اليابس.كما أن الكوارث الطبيعية تحمل طابعا خاصا، بحيث يجب أن تمس عددا كبيرا من المنشآت و الأملاك في آن واحد، وفي فضاءات متباعدة الأمر الذي يؤكد استحالة تعرض كل هؤلاء و في نفس الوقت للكارثة، و بالتالي فإن هذا الكل أي جميع المؤمن لهم يساهمون في تغطية أخطار البعض جراء وقوع كارثة لا يد لهم فيها و لا تخدم مصالحهم الاقتصادية1 و لا يريدون بإرادتهم المساهمة في تغطيتها من خلال أقساطهم.

كما أن استفادة المؤمن لهم يتوقف على شرط شكلي متمثل في ضرورة صدور قرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالجماعات المحلية و الوزير المكلف بالمالية يتضمن إعلان حالة الكارثة الطبيعية و تاريخ و قوعها و البلديات المعنية بها حيث يسقط حق المؤمن له في التعويض بدون تحقق هذا الشرط،كما لا يسرى مفعول الضمان إلا بعد نشر القرار في الجريدة الرسمية.

---

[1] – محي الدين شبيرة، مرجع سابق،ص 321.

يظهر الإذعان في عقد التأمين على الكوارث الطبيعية أيضا من خلال قيام المشرع بفرض بنود إجبارية يتم إدراجها في عقد التأمين، و اعتبارها بنود نموذجية تمنح شركات التأمين حقوقا حصرية في رقابة عقود التأمين التي يبرمها المؤمن له، و حساب أقساط التأمين بإرادة منفردة نظرا لاعتبارها عملية تقنية قد يجهلها المؤمن له، و تتمثل هذه البنود في:

البند الأول:يشترط ضرورة تحديد موضوع الضمان، والمتمثل في تعويض مالي عن الخسائر المادية المباشرة الناتجة عن الكارثة.

البند الثاني:يتضمن تحديد تغطية الضمان و تكلفة الخسائر التي يغطيها،حيث يمنح البند الحق الحصري للمؤمن (شركة التأمين) بحسابها وحده و إدراجها في العقد.و في المقابل قيد حق المؤمن من خلال تقيده للتعريفات و الإعفاءات المطبقة في مجال التأمين على الكوارث الطبيعية، لاسيما ما ورد منها بموجب القرار المؤرخ في مارس 2017 المحدد لمعايير التعريفات المطبقة على آثار الكوارث الطبيعية1، حيث تؤكد المادة 03 منه على أن قسط التأمين لا يمكن أن يقل عن مئة وخمسين دينار(150 دج) بالنسبة لتأمين الأملاك العقارية، و مئتين و خمسون دينار(250دج) بالنسبة لتأمين المنشآت التجارية و/أو الصناعية،كما أن تغطية الخسائر و الأضرار المباشرة بالنسبة للمنشآت التجارية و الصناعية لا تتجاوز 50% من الأموال المؤمن عليها، وهو بذلك ليس بتأمين كلي بل جزئي.

البند الثالث: ربط الاستفادة بشرط صدور قرار من السلطة بإقرار الكارثة الطبيعية.

البند الرابع:يحتفظ المؤمن له بجزء من التعويض الواجب دفعه بعد وقوع الحادث.

البند الخامس:يلزم المؤمن له بالتبليغ عن كل حادث ينجر عنه الضمان في أجل لا يتعدى (30) يوما من نشر النص التنظيمي، كما يبلغ المؤمن له عن جميع التأمينات التي أبرمها و التي تسمح له بالحصول على تعويض عن أضرار الكارثة. كما يقع عليه التزام ملأ استمارة معلومات يعدها المؤمن قبل أن يتم إبرام العقد.

البند السادس:يلتزم المؤمن بتسليم التعويض خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تسليم تقرير الخبرة.

البند السابع:في حالة عدم قبول المؤمن له نتائج الخبرة ، يجوز له طلب خبرة مضادة في أجل (15) يوما ، و يتحمل هو تكاليفها، و في حالة احتجاج احد الطرفين يجوز اللجوء لخبرة ثالثة بالتراضي أو عن طريق القضاء.

كما تجدر الإشارة إلى أن القانون حدد المدة الدنيا لعقد التأمين بموجب نص المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 04-269 ، و التي تنص على "لا يمكن أن تقل مدة التأمين عن سنة".بحيث يعتبر عقد التأمين من العقود التي يتم تجديدها كل سنة،دون أن يتمكن الطرفان من إلغائها بأثر رجعي ، لأنها تنتهي بالتنفيذ2.

ثانيا/الخروج عن مبدأ التعاون والاتجاه نحو مبدأ الربحية المطلقة:

اعتمدت فكرة التأمين في نشأتها على مبدأ التعاون غير أن هذه الفكرة سرعان ما تغيرت نتيجة للرغبة الملحة في تحقيق الربح وظهور مخاطر جديدة لم تكن معروفة تطورت بتطور النشاط التجاري والصناعي.

عرف نشاط التأمين مراحل تاريخية مهمة في تطور فكرته، حيث كان ظهوره في البداية يأخذ شكل التأمين التعاوني1، ذلك أن مصطلح التأمين لم يكن معروفا قديما في حين كانت فكرة التعاون و التضامن و التبادل هي السائدة

[1] – قرار مؤرخ في 19 مارس سنة 2017 يعدل القرار المؤرخ في 31 أكتوبر سنة 2004، الذي يحدد معايير التعريفة أو التعريفات و الإعفاءات المطبقة في مجال التأمين على آثار الكوارث الطبيعية،ج.ر.ع 43 مؤرخ في 30 يوليو 2017.

[2] - MERABET Nabil,Techniques d'assurance,univercité Virtuelle de Tunis,Tunis2006.P46

وسط المجموعة،نظرا لمساهمة الأسرة و المجتمع و السلطة جميعا في التكفل بإصلاح الضرر و تعبئة المدخرات من أجل تمويل المشاريع المنتجة عموما2.وفي التأمين التعاوني(التبادلي) يجتمع عدة أشخاص معرضين لأخطار متشابهة ، يدفع كل واحد منهم أقساط معينة ، تخصص لأداء التعويض المستحق لمن يصيبه الضرر ، بحيث لا يهدف الأطراف من وراءه لتحقيق الربح3،و عادة ما يقوم بهذا النوع من التأمين الجمعيات و التعاونيات و صناديق التأمين الخاصة.و هو المفهوم الذي ينطبق مع التعريف الوارد بموجب نص المادة 619 من القانون المدني الجزائري التي تعرف التأمين بأنه" عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد و ذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".حيث تظهر الالتزامات المتقابلة بين الطرفين اللذان تتجه إرادتهما لإبرام العقد.

يعتبر التأمين التعاوني وليد الحضارات القديمة ، ففي سنة 916 قبل الميلاد تم إصدار قانون رودس المتضمن الخسارة العامة، و الذي يقضي بتوزيع الخسارة الناجمة عن رمي البضائع في البحر لتخفيف وزن السفينة على جميع الركاب4، كما جاء في مقدمة ابن خلدون أن العرب كانوا يتفقون على تعويض الجمل الذي يهلك أو يموت أو من كسدت تجارته في الرحلة التجارية كل حسب نسبة رأسماله5.أما التأمين التعاوني في شكل الشركات و التعاونيات فذكر البعض أنه ظهر في ألمانيا نهاية القرن الخامس عشر، أما البعض الآخر فقد أكد ظهوره بلندن ثم باريس.

و قد أكد المشرع الجزائري تبنيه لهذا النوع من التأمين مكرسا الطبيعة غير الربحية للشركات ذات الشكل التعاضدي،أي عدم الضمان بعوض-نقل الخطر بعوض- 6، حيث تنص المادة الأولى من ملحق المرسوم التنفيذي 09-13 المؤرخ في 11 جانفي 2009 على "...شركة ذات شكل تعاضدي تتمتع بالشخصية المعنوية وذات هدف غير تجاري".كما يعتبر المستأمن شريك في التعاونية يساهم كغيره في دفع أقساط تغطي المخاطر دون عوض.

غير أن التأمين التعاوني لم يحقق أي ربح لشركات التأمين التي فضلت فصل ذمتها المالية عن ذمة المؤمن لهم حتى تستطيع تحقيق الربح ،وهو ما جعل فكرة التأمين التعاوني تتراجع و تضعف أمام قوة الشركات التجارية للتأمين، التي يعتبر توزيع الفائض التأميني على المؤمن لهم في التأمين التعاوني ، و احتفاظ شركة التأمين التجاري بهذا الفائض،جوهريا للتميز بينهما.الأمر الذي يؤثر على الالتزامات التعاقدية التي تجعل المؤمن لهم غير قادرين على استرجاع مبالغ اشتراكاتهم الفائضة .

يقوم التأمين التجاري على نقل المخاطر بمقابل، بحيث تتجلى فيه المصالح الاقتصادية بصورة واضحة تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد، نتيجة عدم التعادل بين ما يلتزم به كل طرف فيه7.غير أن القانون المدني أقر بفكرة التأمين على المصالح الاقتصادية حتى و لو لم يقع الخطر، حيث تنص المادة 621 من القانون المدني على"تكون محلا للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من دون وقوع خطر معين". غير أن هذا المبدأ لا يمكن تطبيقه في عقود

---

[1] – براحلية بدر الدين،التأمين في ظل المرسوم التنفيذي 09-13 بين التجاري و التعاوني، ندوة حول مؤسسات التأمين التكافلي و التأمين التقليدي بين الأسس النظرية و التجربة التطبيقية، مخبر الشراكة و الاستثمار في المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الفضاء الأورومغاربي، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير ، المركز الجامعي سوق أهراس، الجزائر أفريل سنة 2001.ص 02.

[2] – كمل زريق، محمد لمين مراكشي،خصوصية قطاع التأمين و أهميته لدى المؤسسات الصغيرة و المتوسطة(حالة الجزائر)، الملتقى الدولي السابع حول "الصناعة التأمينية ، الواقع العلمي و آفاق التطور– تجارب الدول–،كلية العلوم الاقتصادية ، العلوم التجارية و علوم التسيير، جامعة حسيبة بن بوعلي ، الشلف ، الجزائر يومي 03-04 ديسمبر 2012.ص 02.

[3] –علي المشاقبة ، ادارة الشحن و التأمين، الطبعة الأولى، دار صفاء للنشر و التوزيع، عمان سنة 2013.ص 71.

[4] – براحلية بدر الدين، مرجع سابق،ص02.

[5] – عبد الرحمن بن محمد ابن خلدون،مقدمة ابن خلدون، الطبعة الثانية،المكتبة العصرية ، بيروت ، لبنان سنة 2009.ص 550.

[6] – براحلية بدر الدين، أعلاه سابق،ص 08.

[7] – مندي آسيا يسمينة، مرجع سابق، ص62.

التأمين الاقتصادية التي تهدف لتحقيق الربح المشروط بتغطية الخطر الواقع فعلا ،لاسيما منها التأمين على الأملاك الصناعية و/ أو التجارية ضد الكوارث الطبيعية، و التأمينات البحرية.

إن تطبيق فكرة التأمين التجاري في مجتمع مسلم جعلت هذا النوع من التأمين يتراجع ، نظرا لانتشار قرارات مجمعات الفقه الإسلامي التي لا تجيز هذا النوع من العقود لما فيه من غرر كبير مفسد للعقد1، بحيث لا يتجه إليه المؤمن لهم إلا تحت وطأة الإكراه المعنوي أو الحاجة الماسة لعقد التأمين لتعلقه بباقي نشاطات المتعامل الاقتصادي التي قد لا تتم بدون عقد التأمين،الأمر الذي يجعل إرادة المتعاقد معيبة و يخل بالتوازن العقدي.غير أن نظام التأمين التجاري القائم على نقل المخاطر بعوض لم يعد محل رفض من قبل المتعاملين الاقتصاديين المسلمين، بحيث أعتبر من أحد أكبر الأسباب التي أدت إلى الأزمة المالية العالمية الأخيرة، وهو ما أدى إلى إفلاس أكبر الشركات الأمريكية للتأمين على الودائع المصرفية AIG، رغم احتكارها لهذا النشاط2،الأمر الذي جعل الدول الغربية قبل الإسلامية تعتبر التأمين التعاوني كحل بديل عن التأمين التجاري، وهو ما حاول المشرع الجزائري تكريسه في سنة 2009 من خلال إصدار المرسوم التنفيذي رقم 09-13 الذي يسمح بإنشاء شركات تأمين تعاضدية التي تعتبر أولى بوادر ظهور نظام تأمين تكافلي إسلامي.

ثالثا/الشروط الأحادية المنشأ:

الأصل في إبرام العقود مبدأ سلطان الإرادة الذي يرتكز على قاعدتين أولهما أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة ، وثانيهما أن الإرادة ليست مصدرا للالتزامات التعاقدية فقط، بل هي مصدر لجميع الآثار الناتجة عن العقد3 .غير أن تطور عمليات التصنيع و الرأسمالية الاقتصادية أدى إلى ظهور طائفة المتعاقدين المحترفين، الذين فرضوا سرعة المعاملات من خلال الإعداد المسبق للعقود التي يبرمونها و تضمينها من البنود و الشروط التي تخدم مصالحهم الاقتصادية بشكل أوسع،ما ساهم في اتساع مجال التعاقد وفق شروط موحدة، عامة مجردة و معدة مسبقا من قبل أحد المتعاقدين دون مشاركة الباقي4.و هو ما يعرف بشروط أحادية المنشأ .

تستمد الشروط أحادية المنشأ قوتها من إرادة واضعها و من مدى انصراف إرادة المتعاقد الآخر إلى الالتزام بها خاصة اذا كانت تضر بمركزه التعاقدي ، من خلال الإنقاص من الضمانات والحقوق الممنوحة له، أو فرض شروط تقنية ،أو شروط تعفي أو تخفف مسؤولية واضعها في حالة تأخره في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

صحتها تستوجب علم المتعاقد بها:

ان انصراف إرادة الطرف الضعيف في العقد إلى الالتزام بالشروط التي لم يساهم في وضعها تجد لها ترجمة تطبيقية تبدأ من خلال علمه بمضمونها، ويتوقف علمه بها على طريقة صياغتها التي يشترط أن تكون واضحة ، و مكتوبة بشكل ظاهر و بارز على حد تعبير المطة 03 من نص المادة 622 من القانون المدني ، بحيث يكون من الممكن إدراك

---

[1] – قرار رقم 02 صادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره الثاني بجدة بشأن الأمين و إعادة التأمين،أما بعد:.....أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد.و لذا فهو حرام شرعا. براحلية بدر الدين، مرجع سابق،ص 05.

[2] – براحلية بدر الدين، مرجع سابق،ص 02.

[3] – ذكرى محمد حسي، نصير صبار،الحماية المدنية من الشروط المألوفة في العقود التجارية ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية ، المجلد الأول ، العدد الأول، كلية الحقوق ، جامعة بابل، العراق سنة 2009.ص 85.

[4] – منصور حاتم محسن،إيمان طارق مكي،القوة الملزمة للشروط الحادية المنشأ في العقد،مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، المجلد الأول ، العدد الأول،سنة2009.ص 184.

مضمونها، وهو ما يفرض علم و رضا المتعاقد بها.فالعلاقة واضحة بين الصياغة الواضحة الظاهرة للشروط أحادية المنشأ و افتراض علم المتعاقد بمضمونها ومنه إلتزامه بها1.

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري على غرار المشرع العراقي و المصري2 قد تشدد فيما يتعلق بضرورة صياغة شروط عقد التأمين بشكل ظاهر و بارز يسمح بلفت نظر المتعاقد لها، و رتب عليها البطلان كجزاء، حيث نصت المادة 622 من القانون المدني على:"يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم ...
- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.
- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر و كان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط
- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة
- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه".

و عليه فإن المشرع قام بإبطال نوعين من الشروط شرط السقوط أو البطلان ما لم يظهرا بشكل بارز ، و شرط التحكيم ما لم يتخذ صورة اتفاق خاص و منفصل عن الشروط العامة.

إن كتابة الشروط الواردة في عقد التأمين بطريقة غير واضحة لا تلفت نظر المؤمن لها ، و لا تحقق علمه بها يجعل القاضي قادرا على التدخل لإبطال هذه الأخيرة ، وهو ما درج عليه القضاء الفرنسي "بشأن وثائق التأمين المحررة بحروف دقيقة يصعب قراءتها، بحيث استلزم كتابتها بطريقة واضحة و متميزة عن باقي الشروط الأخرى3".

إن حماية المشرع للتوازن العقدي من خلال فرض شروط شكلية للإقرار بصحة الشروط أحادية المنشأ لم يأخذ بعين الاعتبار عدم خبرة المتعاقد و عدم قدرته على فهم المقصود من الشروط وقت إبرام العقد رغم علمه بها نظرا لاعتبارها شروط فنية و دقيقة يصعب على غير المتخصص إدراك مفهومها، كما لم يعتبر عدم خبرة المتعاقد عيبا من عيوب الإرادة4 .وهو ما يجعل فكرة الإذعان التقليدية غير قادرة على استيعاب جميع أوجه عدم التوازن العقدي ، الذي لا ينتج فقط من احتكار الطرف القوى اقتصاديا ، احتكارا قانونيا أو فعليا و إنما نتج عن عدم قدرة المتعاقد على مناقشة شروط العقد المفروضة من قبل الطرف الآخر نظرا لقلة خبرته أمام تفوق الطرف الآخر5.

تطبيقها يؤدي إلى تغيير مضمون الإذعان:

نظرا لعدم قدرة المفهوم التقليدي لعقد الإذعان على استيعاب جميع الأوجه التي تؤدي بأحد المتعاقدين إلى قبول العقد دون مناقشته ،رغم علمه بوجود بنود تعسفية تخل بالتوازن العقدي كنقص خبرته في مناقشة البنود التقنية التي لا يعرفها إلا أهل الاختصاص ، أدي إلى ظهور مفهوم جديد لعقد الإذعان يتضمن اعتباره كل عقد اختل

---

[1] – منصور حاتم محسن،إيمان طارق مكي،مرجع سابق،ص 187.

[2] – وهو مضمون نص المادة 985 من القانون المدني العراقي،و نص المادة 750 من القانون المدني المصري. منصور حاتم محسن،إيمان طارق مكي،مرجع أعلاه،ص 187.

[3] – Cass.civi28oct 1970,Bull.civ.1970 p233

[4] – مندي آسيا يسمينة ، مرجع سابق،ص 48.

[5] – منصور حاتم محسن،إيمان طارق مكي،مرجع سابق،ص203.

توازن إرادة المتعاقدان فيه نظرا" لقيام أحد المتعاقدين بإعداده مسبقا 1" كما عرفه الأستاذ جاك غستان بأنه" انضمام لعقد نموذج يحرره أحد المتعاقدين بصورة أحادية الجانب و ينضم إليه المتعاقد الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله"2.وهو بهذا التعريف يشمل العقود النموذجية التي تعتبر من قبيل عقود الاذعان.

غير أن بعض عقود التأمين تنتفي فيها خاصية الإذعان ، لاسيما منها عقود التأمين البحرية التي انتقد الفقه و على رأسهم الفقيه "Ripert ريبير" اعتبارها من عقود الإذعان التي يختل فيها توازن إرادة المتعاقدان ، بحجة أن جميع المتعاملين في مجال التأمينات البحرية متخصصون و مجبرون على معرفة تفاصيل العقد، و بالتالي لا وجود لشروط تفرض عليهم ،بالإضافة إلى تدخل المشرع بقواعد آمرة محددة لأهم الالتزامات ، كما أن التعاقد في مجال التأمين البحري يقوم على أساس مبدأ حسن النية ، خاصة مع اعتباره من العقود الدولية التي تفرض منافسة شديدة لإرضاء المؤمن لهم ما يقلل من احتمال وجود الشروط التعسفية المضرة بمركز المؤمن له التعاقدي .وعليه فإن وصف عقد التأمين البحري باعتباره من عقود الإذعان غير صحيح نظرا للقواعد التفسيرية المنظمة له3.

غير أن هذا الرأي لا يجد أية مبرر لوجود العقود النموذجية التي يكتفي فيها المؤمن له بالتوقيع دون التفاوض، كما لا يبرر وثقتي التأمين البحري على البضائع و السفن التي أقرهما أمر 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المعدل و المتمم4 و الواردتان في الملحقين بالأمر. خاصة و أن نص المادة 97 من قانون التأمينات لا تعتبر الشكلية ركن لانعقاد عقد التأمين البحري و إنما هي مجرد وسيلة إثبات، حيث أن عقد التأمين البحري ينعقد في مرحلة سابقة عن كتابته ، أي بموجب وثيقة التأمين، وقبل إصدار المؤمن للوثيقة المثبتة للعقد5.

خاتمة:

إن اعتماد عقد التأمين على مبدأ حسن النية ليس بالأمر الكافي للقول بتوازن العقد ،نظرا لأن تفاوت المصالح الاقتصادية يؤدي إلى تغليب مصلحة الأكثر منها قوة في أغلب الأحيان.

لقد أثبتت التجارب العلمية في مختلف العقود أن المساس بركن التراضي الذي يجعل كفة العقد تميل لصالح المتعاقد القوي يؤدي دائما إلى بحث الطرف الضعيف عن طرق ، وحيل من أجل الحصول على ما تم سلبه منه من حقوق، أو يتهرب من إبرام مثل هذه العقود حتى ولو أجبره عليها القانون.

وهو الحال في عقد التأمين الاقتصادي على الممتلكات الصناعية و التجارية، الذي و بالرغم من فرض الطابع الإجباري للتأمين على الممتلكات الصناعية و التجارية ، و بالرغم من أن الأقساط التي يدفعها المؤمن لهم تبقى ضئيلة مقارنة بالشئ المؤمن عليه إلا أن هذا العقد لم يلقى الاستجابة اللازمة،فحسب الأمين العام للمجلس الوطني للتأمين، فإن عدد المكتتبين في هذا التأمين لا يمثل سوى 02%من إجمالي المؤمن لهم6، و أن التأمين على الكوارث الطبيعية لا يمثل سوى 02% من رقم أعمال شركات التأمين الناشطة في القطاع، و لم يتم تسجيل إلا 40 ألف عقد تأمين سنة 2010، حيث أكد الأمين العام لإتحاد شركات التأمين و إعادة التأمين(UAR) أن 80% من المؤمن لهم في تأمين الكوارث الطبيعية لم يبرموا عقودهم هذه بإرادتهم بل مرغمين على ذلك حتى يتمكنوا من القيام بتأجير أو بيع أو استغلال

---

[1] – نفس المرجع أعلاه،ص 204.

[2] – نفس المرجع أعلاه،ص 204.

[3] – باهي زواوية ،الوثيقة العائمة في التأمين البحري على البضائع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون البحري، كلية الحقوق، جامعة وهران، سنة 2012،2011,ص 22.

[4] – أمر 95-07 يتعلق بالأمينات ، معدل و متمم ، مذكور سابقا.

[5] – باهي زواوية، مرجع أعلاه،ص 24.

[6] – محي الدين شبيرة، مرجع سابق،ص 322.

أملاكهم العقارية، نظرا لما فرضه القانون عليهم من عقوبات قد تصل لحد المنع في التصرف في أملاكهم العقارية و الصناعية إذا لم يبرموا عقد تأمين على الكوارث الطبيعية.

إن عملية الوقاية من الأخطار الطبيعية و ربطها بالنظام التأميني القائم على فكرة المساهمة في التضامن الوطني ليس منطقيا فيما يتعلق بالأملاك الصناعية و التجارية ، لأن الوقاية عن طريق التضامن لا يمكن أن تكون من مهام الخواص و المؤسسات و الشركات التي تهدف من وراء إبرام العقد لتحقيق مصالح اقتصادية ربحية خاصة، بل هو من صميم مهام الدولة، خاصة و أن أقساط تأمينات الكوارث الطبيعية ليست اشتراكات تقنية،، بل هي اشتراكات حدد القانون نسبتها و جعلها تضامنية .

أدى تحول فكرة التأمين التعاوني (التبادلي) إلى فكرة التأمين التجاري، إلى تغليب المصالح الخاصة و التأثير على العلاقات الناشئة عن العقد، بحيث يعتبر توزيع الفائض التأميني على المؤمن لهم أساسيا في عقد التأمين التعاوني، في حين أن شركة التأمين في عقود الأعمال تحتفظ بالفائض التأميني، مما يجعل المؤمن لهم غي قادرين على استرجاع اشتراكاتهم، وهو ما أدى بالكثير من الدراسات إلى المناداة بضرورة الابتعاد عن مثل هذه العقود نظرا لما تحمله من غرر كبير ما أدي لتحريمها شرعا نظرا لعدم توافقها مع مبادئ الشريعة الإسلامية، و الدعوة إلى الرجوع لعقد التأمين التكافلي[1].

لم يعد المشرع الجزائري يتدخل في نطاق العقد من حيث تنفيذه أو إنهائه فقط، بل أصبح في مرتبة المتعاقد الثالث ، من خلال قيامه بتحديد مجموعة من الشروط و البنود التعاقدية تحت تسمية " البنود النموذجية" الإجبارية كأصل عام لا يمكن التعاقد خارج إطارها ، في حين أن الأصل هو إرادة المتعاقدين في وضع شروط العقد الذي يفترض أنه يجمع بين عونين اقتصاديين يهدفان إلى تحقيق مصالحهما الربحية و يفضلان إبرام عقد تأمين شامل لكل المخاطر. وهو ما يعزز فكرة العقود المنظمة التي تجسد أهداف الدولة و توجهاتها في حماية النظام العام الاقتصادي دون أن تكون هناك حدود لنطاق تدخلها،مما يوسع من دائرة التدخل بقواعد غير متوازنة تضر بمصالح أحد المتعاقدين على حساب الآخر.

إن تطبيق أحكام النظرية العامة للعقد الواردة بموجب أحكام القانون المدني على عقد التأمين، لا يمكنه أن يغطي جميع العيوب التي قد تمس بإرادة المتعاقدين، حيث أن القانون المدني لا يعتبر عدم خبرة المؤمن له عيب من عيوب الارادة، حيث أن عقد الأعمال من العقود التقنية التي لم يمكن للرجل العادي غير الخبير مناقشة بنودها ، ما يجعله عاجزا عن التفاوض ، كما أن عقد التأمين يبرم في شكل عقد نموذجي تتكفل شركة التأمين بوضع بنوده و حساب الأقساط دون تدخل من المؤمن له، الذي يتم إعلامه بالعقد ليكتفي بالتوقيع عليه، و هو ما يجعل الإذعان في عقد التأمين الاقتصادي واردا " اذعان من نوع خاص"رغم عدم استيعاب النظرية العامة للعقد لمثل هذا الإذعان لتقوم بتكريس قواعد تحمي إرادة المؤمن له.

[1] – وهي من أحد التوصيات التي خرج بها الملتقى الوطني للتأمين التعاوني المنعقد بمعهد الحقوق بالمركز الجامعي محمد الشريف مساعدية المنعقد يومي 12 و 13 أفريل سنة 2011.

مبدأ سلطان الإرادة وعقد الاعتماد الايجاري

د. ايت ساحد كهينة ، أستاذة محاضرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري . تيزي وزو

مقدمة:

يستوجب تكوين الاعتماد الايجاري تداخل مجموعة من التقنيات التعاقدية من بيع ووكالة ووعد بالبيع وإيجار، إلا أن عقد الإيجار يبقى العقد الأساسي فيها، والتكييف القانوني له في الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري[1]، لذلك تخضع معظم العلاقات الناشئة بين طرفيه إلى أحكام عقد الإيجار.

إلا أنه نظرا للطبيعة الخاصة والمميزة للاعتماد الايجاري، والمتمثلة في كونه عملية قرض من الناحية الاقتصادية، فإنه لا يمكن إخضاعه إلى كل الأحكام الخاصة بالإيجار، لاسيما التزامات الطرفين، نظرا للتناقض الموجود بين هذه الأخيرة وأحكام عقد القرض، الأمر الذي يستوجب الأخذ في عين الاعتبار عند صياغة أحكام الاعتماد الايجاري الطابع المالي له، وهو ما لا يكون سوى باستغلال الطابع المكمل لأحكام عقد الإيجار، وتكريس مبدأ سلطان الإرادة في أحكام الأمر 09/96 سالف الذكر**(أولا)**، ولكن مع مغالاة المشرع في تطبيق هذا المبدأ، استغلت شركات الاعتماد الايجاري ذلك في صالحها، وهو ما أدى إلى التأثير سلبا على عقد الاعتماد الايجاري**(ثانيا)**.

أولا: تكريس مبدأ سلطان الإرادة في الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري

رغم الوضع الظاهر للاعتماد الايجاري بكونه عقد إيجار، على الأقل قبل أن يستعمل المستأجر حقه في الخيار بالشراء عند نهاية العقد، وبالتالي الخضوع لأحكام عقد الإيجار، إلا أنه نظرا لكون الأطراف تهدف من ورائه إلى تحقيق غاية اقتصادية تتمثل في التمويل، فإن هذه الأحكام لم تعد ملائمة له، الأمر الذي دفع المشرع إلى تكريس مبدأ سلطان الإرادة أثناء تنظيمه لأحكام الاعتماد الايجاري في الأمر 09/96 سالف الذكر**(1)**، وهو ما يظهر سواء أثناء ابرام العقد، أو تنفيذه، أو حتى إنهائه**(2)** .

1- مبررات تكريس مبدأ سلطان الإرادة في الأمر 09/96

يبرر تكريس مبدأ سلطان الإرادة في الأمر 09/96 سالف الذكر بالطابع المالي للاعتماد الايجاري**(أ)**، وبكل ما يترتب عن ذلك من عدم تلاؤم أحكام عقد الإيجار مع أحكام عقد القرض**(ب)**.

أ-الطابع المالي للاعتماد الايجاري

يظهر الطابع المالي للاعتماد الايجاري في كونه أسلوبا للتمويل من جهة المستأجر

(أ-1)، وفي كونه عملية قرض من جهة المؤجر**(أ-2)**.

أ-1 –الاعتماد الايجاري أسلوب للتمويل بالنسبة للمستأجر

يلجأ المستأجر كلما كانت أمواله غير كافية لشراء ما يحتاج إليه في مشروعه الاستثماري، أو كلما أراد تحديث معداته لمواكبة التطور التكنولوجي إلى بنك أو مؤسسة مالية، أو شركة للاعتماد الايجاري من أجل تمويل مشروعه، إلا أن هذا التمويل لا يكون نقدا كما هو الحال في القروض التقليدية، ولا في شكل اعتماد كما هو الحال في القروض المصرفية،

[1]- أمر رقم 09/96 مؤرخ في جانفي 1996، يتعلق بالاعتماد الايجاري، ج ر عدد 03، صادر في 14 جانفي 1996.

وإنما سيتحصل على تمويل عيني، بحيث لا تقدم له مؤسسات الاعتماد مالا، وإنما تمول له عملية شراء كل ما يحتاج إليه من أجهزة ومعدات إنتاجية أو حتى عقارات من أجل ممارسة نشاطه التجاري أو الصناعي، دون أن يدفع ثمنها، على أن يسدده في شكل أقساط للإيجار، يخصم ثمنه عند شراء الأصول المؤجرة في نهاية العقد في حالة إعمال حقه في الخيار بالشراء[1].

أ-2 – الاعتماد الايجاري عملية قرض بالنسبة لشركة الاعتماد الايجاري

إذا كان المستأجر يتحصل على مال من شركة الاعتماد الايجاري في سبيل تمويل مشروعه، فإن ذلك يكون على سبيل القرض، بما أنه سيسدده خلال فترة الإيجار، وهو ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 68 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض[2] و التي تنص على أنه " يعتبر بمثابة قرض عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار الشراء لاسيما عمليات القرض الايجاري..."، وكذلك المادة 37 منه التي تنص على أنه " ...مع طبيعة عقد الاعتماد الايجاري الذي يعتبر كعملة قرض حسب المفهوم المحدد بمقتضى هذا الأمر".

ويظهر الطابع المالي بالنسبة للشركة فيما يلي:

1-عدم قبول شركة الاعتماد الايجاري تمويل العملية، إلا بعد دراسة المركز المالي للمستأجر، والتأكد من توافر سيولة نقدية لديه لتحمل الأعباء المفروضة عليه، ومدى تحقيقه للأرباح[3].

2- تعد الدفعات النقدية التي يدفعها المستأجر طوال مدة الإيجار، ردا لثمن الأصل الذي سبق لشركة الاعتماد الايجاري أن دفعه عنه للبائع، مضافا إليه فائدة عن توظيف الشركة لأموالها[4].

3- يتضمن عقد الإيجار بنودا لا يمكن أن يتضمنها عقد الإيجار، ولا يمكن فهمها سوى من الناحية المالية مثل:

-احتفاظ هذه الشركات بملكية الأصول المؤجرة كضمان لسداد أقساط الإيجار لغاية استردادها كامل رأسمالها المستثمر.

- مدة الإيجار غير القابلة للإلغاء وهي مدة يمنع فيها المستأجر من فسخ عقد الاعتماد الايجاري قبل انتهائها.

4- كما يبرر الطابع المالي للاعتماد الايجاري بالنسبة للشركات في إخضاعها لذات الأحكام والقوانين التي تخضع لها البنوك و المؤسسات المالية، و بالتالي لأحكام قانون النقد و القرض[5].

---

[1]- أيت ساحد كهينة، اختلال توازن الالتزامات في عقد الاعتماد الايجاري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، التخصص: القانون، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2005، ص ص190،191.

[2]- أمر 11/03 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52، صادر في 27 أوت 2003، معدل ومتمم.

[3]- يقدم المستأجر للشركة طلب الاستئجار مرفقا بميزانية السنوات الثلاثة السابقة عن تاريخ التعاقد، لكي تتمكن الشركة من أخذ فكرة عن مردودية النشاط الذي يمارسه، كما يمكن لها الحصول على معلومات من بنكه حول حساباته ومدى يسره، بالاضافة إلى التأكد من عدم تعرضه لصعوبات في دفع مستحقات البنك . انظر في ذلك: حمزي ابراهيم، النظام القانوني للاعتماد الايجاري للأصول المنقولة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001، ص ص 126، 127.

[4]- CALAIS-AULOY Jean, « crédit-bail. Leasing », encyclopédie Dalloz commercial, III, Paris, 1990, p 111.

[5]- أيت ساحد كهينة، مرجع سابق، ص 195.

ب- التناقض بين أحكام عقد القرض و أحكام عقد الإيجار

يبرر اللجوء إلى مبدأ سلطان الإرادة في عقد الاعتماد الايجاري بعدم تلاؤم أحكام عقد الايجار مع الوظيفة التمويلية للاعتماد الايجاري، نظرا للتناقض الموجود بين أحكام القرض و الإيجار، و التي تظهر فيما يلي: التناقض الموجود بين استغلال الأصل و الاحتفاظ به على سبيل الضمان(ب-1)، و عدم تلاؤم أحكام عقد القرض مع أحكام عقد الإيجار(ب-2)، واختلاف أساس تحديد الأجرة(ب-3).

ب-1 -التناقض الموجود بين استغلال الأصل و الاحتفاظ به على الضمان

تقوم شركات الاعتماد الايجاري بعملية قرض لصالح المستأجر، لذلك يفترض نقل ملكية

الأصول إلى هذا الأخير،على أن يرد مثلها في نهاية القرض[1]، إلا أن ذلك يتناقض مع أحكام عقد الإيجار التي يتمتع فيها المستأجر سوى بحق استغلال الأصول المؤجرة والانتفاع بها طوال مدة الإيجار، باعتبار أن الاعتماد الايجاري يكيف على أساس إيجار، فإنه لا يمكن تطبيق قواعد العقدين معا، لذلك يلجأ المشرع في مثل هذه الأحوال إلى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة للأخذ بالطابع المالي لعقد الاعتماد الايجاري.

ب-2 –اختلاف مركز المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري عن مركزه في عقد الايجار العادي

رغم تكييف المشرع الجزائري في الأمر 09/96 سالف الذكر بعقد إيجار، و باتخاذ المستفيد من عملية الاعتماد الايجاري بوصف المستأجر، إلا أن ذلك لا يعني اتخاذه نفس المركز القانوني، و بالتالي عدم خضوعه لنفس الحكام المطبقة على المستأجر التقليدي، وهو ما يؤكده المشرع من خلال استبعاد تطبيق أحكام عقد الإيجار التقليدي صراحة في مواده، منها ما تنص عليه المادة 42 من الأمر 09/96 سالف الذكر، أين يستبعد فيما يخص الأصول غير المنقولة تطبيق المواد 467،469، 470، 472،...إلخ، كما لا يمنح المستأجر إمكانية المطالبة بحق البقاء في الأماكن عند نهاية العقد، إلا إذا تم الاتفاق على عقد وبثمن جديد وفقا للمادة 44 من نفس الأمر[2].

ب-3 –اختلاف أساس تحديد الأجرة في عقد الاعتماد الايجاري عنه في عقد الايجار التقليدي

يكون تحديد الأجرة في عقد الإيجار التقليدي على أساس المنفعة، وليس على قيمة الشيء محل الإيجار، فإذا نقصت نقص مبلغ الإيجار والعكس صحيح [3]، أما في عقد الاعتماد الايجاري، فإن الطابع المالي الذي يتميز به، وبصفة خاصة ما يتضمنه من احتمال نقل ملكية الأصل المؤجر إلى المستأجر عند انتهاء العقد، فإن الأجرة لا تتحدد على أساس المنفعة، وإنما على أساس ثمن شراء الأصل المؤجر، وهو ما يعني تغطية أقساط الأجرة ، مضافا إليه القيمة المتبقية للتملك إذا أراد المستأجر شراء الأصل في نهاية الإيجار [4].

---

[1]- بن عزوز ربيعة، عقد الإيجار التمويلي كوسيلة للتمويل، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2008، ص 180.

[2]- تنص المادة 44 من الأمر 09/96 سالف الذكر على أنه " لا يمكن المستأجر أن يطالب بحق البقاء في الأمكنة المؤجرة عند انتهاء فترة الإيجار غير القابلة للإلغاء، المحددة في عقد الاعتماد الايجاري، إلا إذا تم الاتفاق على عقد إيجار جديد مع المؤجر، يحدد مدة الإيجار الجديد و ثمنه".

[3]- أسامة أبو الحسن مجاهد، عقد التأجير التمويلي(أحكامه الخاصة مقارنا بعقد الإيجار)، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1999، ص 112.

[4]- هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، دراسة نقدية في القانون الفرنسي، ط 02، مكتبة الاشعاع الفني، الاسكندرية، 1998، ص28.

يمكن القول أن اللجوء إلى مبدأ سلطان الإرادة يبرر بالتخفيف من التناقض الموجود بين أحكام عقد القرض التي تطبق على عقد الاعتماد الايجاري وأحكام عقد الإيجار، بما أنه لا يمكن جمعها في عقد واحد في حالة احتفاظ كل منهما بخصائصه المميزة له، بما أن أحكام الإيجار لا تتلاءم مع الطابع المالي للاعتماد الايجاري.

2- مظاهر تكريس مبدأ سلطان الارادة في عقد الاعتماد الايجاري

كرس المشرع الجزائري مبدأ سلطان الإرادة في عقد الاعتماد الايجاري من خلال أحكام الأمر 09/96 سالف الذكر في كل مراحله من إبرامه (أ)، إلى تنفيذه (ب)، إلى إنهائه (ج).

أ- تكريس مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة إبرام العقد

كرس المشرع الجزائري مبدأ سلطان الإرادة في عقد الاعتماد الايجاري، بدليل منحه الحرية التامة في التعاقد أو عدمه، كما له الحرية في التعاقد مع المؤجر الذي يرغب في التعامل معه، بالإضافة إلى حريته التامة في اختيار الأصول التي يحتاج إليها ، و حتى حرية في اختيار المورد. ولا يتم إبرام عقد الاعتماد الايجاري إلا بعد تراضي طرفيه على ماهية العقد ومحل العقد وسببه، بالإضافة على وجوب الاتفاق على عنصر أساسي يتميز به هذا العقد وهو الخيار الممنوح للمستأجر بشراء الأصل عند نهاية الإيجار أو رده أو تحديد العقد.

كما يجب الاتفاق على الأجرة وعلى مدة العقد، خلافا لما هو في الإيجار التقليدي، أين لا يستوجب القانون ذلك، بما أن القانون يتكفل بتحديد أجرة المثل والمدة في حالة عدم الاتفاق عليها، في حين تعد في عقد الاعتماد الايجاري من العناصر الجوهرية التي لا يجوز إبرام العقد بدونها[1].

كما يظهر تكريس مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة إبرام العقد من خلال نص المشرع على عدم تجديد العقد ضمنيا ولا امتداده، لأن ذلك يعني احترام المشرع لإرادة المتعاقدين في تحديد مدة العقد، فلا يجوز افتراضها ولا إهدار اتفاق الطرفين بشأنها.

ب- تكريس مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة تنفيذ العقد

تتعلق هذه المرحلة بما يترتب عن العقد من التزامات، فيظهر تطبيق مبدأ سلطان الإرادة جليا فيها، إذ يلجأ إليه كثيرا، وهو ما يظهر في كل الالتزامات التي يخضع لها المستأجر خاصة، كون الأحكام الخاصة بالإيجار العادي لا تنطبق على عقد الاعتماد الايجاري، باعتباره عملية ائتمانية، فالحل الوحيد هو الطابع المكمل لهذه القواعد.

يخضع تحديد مبلغ الإيجار الاتفاق بين المتعاقدين وفقا لنص المادة 32 من الأمر 09/96 سالف الذكر التي تنص على أنه " يجب على المستأجر أن يدفع للمؤجر مقابل الانتفاع بالأصل المؤجر، و في التواريخ المتفق عليها المبالغ المحددة كإيجارات في عقد الاعتماد الايجاري". و الفقرة 01 من المادة 39 من الأمر نفسه التي تنص على أنه " يدفع الإيجار حسب السعر و المكان و التواريخ المتفق عليها".

كما يلتزم المستأجر باستعمال الأصل ، وصيانته، والاعتناء به ، وفقا لما تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين تطبيقا لنص المادة 35 و 04/39 من الأمر09/96 سلاف الذكر[2].

---

[1]-أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص 56.

[2]- تنص الماد 35 من الأمر 09/96 سالف الذكر على أنه " يلتزم المستأجر خلال مدة الانتفاع بالأصل المؤجر، باستعمال الأصل حسب الاستعمال المتفق عليه وأن يحافظ عليه مثلما يفعله رب الأسرة الحريص "،

كما تخضع أحكام الضمان سواء التعرض و الاستحقاق أو ضمان العيوب الخفية لمبدأ سلطان الإرادة، إذ بإمكان الطرفين الاتفاق على تعديلها سواء بالإعفاء أو التخفيف منه، وفقا للمادة 17 من الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري التي تنص على أنه " يمكن أن ينص عقد الاعتماد الايجاري، باختيار من الأطراف المتعاقدة الشروط المتعلقة بما يلي: إعفاء المؤجر من الالتزامات الملقاة عادة على عاتق صاحب ملكية الأصل المؤجر..."، و المادة 40 من نفس الأمر التي تنص على أنه "بغض النظر عن أحكام المادتين 38 و 39 من هذا الأمر، يمكن الأطراف 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 بوجود عائق أو عيب أو عدم مطابقة الأصل المؤجر أو أن الضمانات محدودة...".

ج- مرحلة إنهاء العقد

يظهر جليا تكريس مبدأ سلطان الإرادة من خلال منح الطرفين إمكانية الاتفاق على فسخ عقد الاعتماد الايجاري، وذلك بإدراج شرط فاسخ صريح في العقد، يمكن طرفيه من طلب فسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء، إذا ما أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية، أو في حالة شهر إفلاسه أو تعرض شركته للتصفية، إذا كان المستأجر اعتباريا، وفقا لنص المادة 20 من الأمر 09/96 سالف الذكر.

ثانيا: تأثير مبدأ سلطان الإرادة في عقد الاعتماد الايجاري

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة هو الحل الأمثل لإعادة التوازن إلى أي عقد فقد توازنه، فإن الأمر مختلف في عقد الاعتماد الايجاري، لأن تطبيقه يؤثر كثيرا فيه، ويمس بالتوازن العقدي، وهو ما يظهر من خلال عدم المساواة بين المستأجر والمؤجر**(1)**، ووجود اختلال في توازن التزامات طرفيه**(2)**.

1-عدم وجود مساواة بين الطرفين

ينشأ عقد الاعتماد الايجاري عن علاقة ثلاثية الأطراف بين كل من البائع (المورد أو المقاول) و المؤجر والمستأجر، لكن من الناحية القانونية، فإن أطرافه تنحصر في المؤجر و المستأجر. فإذا كان هذا الأخير هو الشخص المنتفع بالأصل المؤجر، فإنه لم يشترط فيه المشرع شروطا معينة يجب توافرها فيه، لذلك قد يكون المستأجر شخصا طبيعيا أو معنويا لا يملك الأموال التي يرغب في استعمالها في مشروع معين، فالشرط الوحيد الذي يضعه هو أن يكون الهدف من هذا التمويل هو مباشرة نشاط إنتاجي وليس استهلاكي[1].

إلا أن الطرف الثاني في العقد الذي هو المؤجر، فإن المشرع قد حصره في أشخاص معنوية تتمثل في البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الايجاري، وهذا يعني استبعاده من نطاق الاعتماد الايجاري الشخص الطبيعي مع فرضه جزاء على كل من يخالف هذه القاعدة، و الحكمة من هذا الاشتراط هي ممارسة مثل هذه الأعمال من قبل هؤلاء يبررها الدور التمويلي الذي يقوم به المؤجر، للاستثمارات الطويلة الأجل التي تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة، قد يعجز الأشخاص الطبيعيون عن توفيرها [2].

وتنص المادة 04/39 من الأمر نفسه على أنه" الالتزام باستعمال الأصل المؤجر حسب ما وقع الاتفاق عليه وبطريقة مطابقة لغرضه، وذلك في حالة سكوت عقد الاعتماد الايجاري عن الموضوع ".

[1]- صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي- دراسة مقارنة في القانون الأردني مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي، دار وائل، عمان، 2005، ص 86، انظر أيضا: بن عزوز ربيعة، مرجع سابق، ص 118.

[2]- صخر أحمد الخصاونة، مرجع سابق، ص 83

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد اشترط أن تتخذ هذه الشركات شركات مساهمة، باعتبارها شركات أموال، بما أن نشاط هذه الأخيرة ينصب على استغلال الأموال، وأنها الأقدر من غيرها على القيام بعمليات التمويل الضخمة التي يتطلبها نشاط الاعتماد الايجاري، نظرا لرأسمالها الكبير الذي يتناسب مع النشاط الاقتصادي الذي تسعى إلى ممارسته لتحقيق أهدافها[1].و يمكن القول إذن أن تمتع المؤجر بهذه المواصفات تجعله في مركز أقوى من مركز المستأجر من الناحية الاقتصادية، سواء من حيث الإمكانات أو القدرات المالية أو الفنية، الأمر الذي يجعله يستغل ذلك وينفرد بوضع القواعد التي تحكم العقد، و يفرضها على الطرف الآخر.

2- اختلال توازن الالتزامات في عقد الاعتماد الايجاري

لما كانت شركات الاعتماد الايجاري الطرف الاقتصادي القوي في العقد، والمستأجر هو الطرف الضعيف فيه، وجدت مبدأ الإرادة المكرس من المشرع الجزائري في الأمر 09/96 سالف الذكر منفذا لها لوضع شروط تخدم مصالحها الشخصية ولو كان ذلك على حساب المستأجر، كما هيمنت على المضمون الاتفاقي للعقد، فعمدت إلى التنصل عن الكثير من التزاماتها وتحميلها للمستأجر،الأمر الذي يؤدي إلى اختلال في توازن الالتزامات.

يظهر اختلال التزامات أطراف عقد الاعتماد الايجاري عموما في كثرة الالتزامات المفروضة على عاتق المستأجر مقارنة بتلك الملقاة على شركات الاعتماد الايجاري، و بالتحديد فيما يلي:

- يفرض عقد الاعتماد الايجاري على المستأجر دفع مبالغ إيجار مرتفعة مقارنة بتلك التي يدفعها المستأجر العادي، بما أنها لا تقابل الانتفاع بالأصل فقط، وإنما تمثل أيضا مقابلا لخدمة القرض التي تقدمها له شركات الاعتماد الايجاري [2].

- أما عن التزام المستأجر بحماية الأصل المؤجر، فإنه فيما يخص الاستعمال يقيده المؤجر بالاستعمال الشخصي للأصل، باعتبار عقد الاعتماد الايجاري من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، إذ لا يوافق المؤجر على العقد إلا بعد التأكد من الوضع المالي للمستأجر ومن ثقته فيه على قدراته المالية على الوفاء بالتزاماته[3].

أما فيما يخص التزامه بالصيانة، فإن الاختلال يظهر في إعفاء شركات الاعتماد الايجاري من القيام بكل الترميمات الضرورية للحفاظ على الأصل و التي تضمن استمراريته في أداء وظائفه، رغم كونها مالكة لتلك الأصول ، و تحميلها للمستأجر، تطبيقا لنص المادة 10/39 من الأمر 09/96 سالف الذكر[4]، كما تبقى شركات الاعتماد الايجاري بذلك بعيدة عن كل مسؤولية يمكن أن تنشأ عن الانتفاع بالأصل، إضافة إلى إمكانية فرض تأمين عن هذه الأخطار لدى شركات التأمين تطبيقا لنص المادة 34 من الأمر نفسه [5]، الذي أصبح في الواقع العملي التزاما على المستأجر تفرضه معظم شركات الاعتماد الايجاري، منها ما تفرضه المادة 09 من عقد التمويل بالاعتماد الايجاري الذي تبرمه عقد البركة و التي تنص على أنه " يلتزم العميل بتأمين الأصول غير المنقولة ضد كافة المخاطر موسعة للكوارث الطبيعية لفائدة البنك و تجديد التأمين طيلة مدة الإيجار".

---

[1]- المرجع نفسه، ص 85.

[2]- فايز نعيم رضوان، عقد الايجار التمويلي، 1997، ص 209.

[3]- أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص 114، أنظر أيضا: حسام الدين عبد الغني الصغير، الايجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 28.

[4]- تنص المادة 10/39 من الأمر 09/96 سالف الذكر التي تنص على أنه " الالتزام بالقيام على نفقته بكل الترميمات التي لم يضعها القانون صراحة على المؤجر".

[5]- تنص المادة 34 من الأمر 09/96 سالف الذكر التي تنص على أنه " يمكن أن يضع عقد الاعتماد الايجاري أيضا على عاتق المستأجر التزام بتأمين الأصل المؤجر لحسابه ضد مخاطر الإتلاف الكلي أو الجزئي والتي تحد أو تمنع الاستعمال المتفق عليه".

- كما يظهر الاختلال أيضا في إمكانية إعفاء شركات الاعتماد الايجاري من التزامها بالضمان، بحكم قيامها بعملية التمويل فقط، وابتعادها عن كل بالأصل التي يقوم بها المستأجر(مثل اختيار الأصول و المورد، واستلامه للأصول مباشرة من المورد)، فضلا عن ذلك لم ينص المشرع الجزائري على رجوع المستأجر على المورد أو المقاول بالضمان.

-أما فيما يخص حق المتعاقدين في فسخ العقد، فالمشرع الجزائري قد منحه للمتعاقدين في حالة إخلال أحدهما بتنفيذ التزاماته التعاقدية، إلا انه يكون نادرا من جهة المستأجر ، نظرا لقلة الالتزامات المفروضة على الشركات، وبالتالي قلة فرص إخلالها بالالتزامات، وصعوبة إثارة مسؤوليتها وإثباتها، وحتى إن كان بالإمكان ذلك، فإن شركات الاعتماد الايجاري تقيد من حق المستأجر في الفسخ بشروط معينة تجعله يعزف عن استعمال حقه في أغلب الأحوال[1]، وذلك بأن يقيد طلب الفسخ بعدم استعماله طوال المدة غير القابلة للإلغاء وفقا للمادة 03/10 من الأمر 09/96 سالف الذكر، والتي توافق مدة الإيجار وفقا للمادة 01/12 من الأمر نفسه. كما يمكن أن تشترط شركات الاعتماد الايجاري إخطارها بالفسخ خلال مواعيد معينة، مع تقديم مشتر للأصل أو مستأجر له لصالح شركة الاعتماد الايجاري.

خاتمة:

نستخلص ممّا سبق أن عقد الاعتماد الايجاري من عقود الأعمال التي لجأت إلى تكريس عقد الاعتماد الايجاري صراحة في الأمر المنظم له، و التي منحت بذلك الحرية للمتعاقدين في إبرام العقد، و في تحديد مضمونه، وفي كيفية إنهائه، ومن خلال استقراء أحكام هذا الأمر نجد أن المشرع الجزائري قد تغالى في هذه الحرية، وهو ما أدى إلى خلق عدم مساواة بين المستأجر و شركة الاعتماد الايجاري، باعتبارهما طرفا هذا العقد، نظرا لاستغلال هذه الأخيرة مركزها القوي فيه وفرض ما يتناسب مع مصالحها الشخصية استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة، وبالنتيجة اختلال في التزامات الأطراف، إذ تعمل معظم شركات الاعتماد الايجاري على إعفاء نفسها من الالتزامات المفروضة عليها، وتحميلها للمستأجر، إضافة إلى ما على عاتقه من التزامات.

إذا كان الغرض من اللجوء إلى مبدأ سلطان الإرادة هو منح الحرية للمتعاقدين، وإعادة التوازن إلى العقد، فإنه لا يجب أن يكون ذلك بصفة مطلقة، بل يجب تقييده في بعض الحالات من أجل منح الطرفين نفس الفرص في هذا العقد، عن طريق وضع قواعد آمرة يلتزم بها الطرفان.

[1]- غزيول محمد برادة، عقد الائتمان الايجاري على المنقولات بين الفقه والقضاء، دار نشر المعرفة، الرباط، 1998، ص 112.

عن تأثر الإرادة في عقد تحويل الفاتورة

د. فتحي ليندة ، أستاذة محاضرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري. تيزي وزو

مقدمة:

يعتبر عقد تحويل الفاتورة من أقوى عقود الأعمال التي تهدف إلى تمويل وضمان النشاط الاقتصادي في شقة التجاري، وقد تطور هذا الدور إلى درجة أصبح فيها هذا العقد لصيق بالتجارة انطلاقا من قاعدة تجارية هي تحويل الفاتورة: التمويل و الضمان.

وهنا يبرز الدور الذي منح لشركات متخصصة في المجال و المسماة شركات تحويل الفاتورة التي تتدخل لمساعدة البائعين في التجارة الداخلية و الخارجية على الحصول على السيولة المالية التي يحتاجونها من حيث التكفل بالديون المتواجدة لدى المشترين في وقت مناسب وسريع، الأمر الذي يسمح بإزالة مخاوف هؤلاء البائعين من عدم الحصول على الدين في مواجهة خطر عدم الدفع.

غير أن ما يميز عقد تحويل الفاتورة هو الفجوة الاقتصادية القائمة بين شركات تحويل الفاتورة والبائع بالنظر إلى السيولة المالية التي تتمتع بها تلك الشركات وهو ما يجعلها في أغلب الحالات هي التي تضع الشروط المسبقة لإبرام العقد من خلال نماذج العقود يصدرها في هذا الإطار وما على البائع إلا قبولها. مسألة قد تؤثر بشكل أو آخر على رضا الطرف الضعيف اقتصاديا في العقد وهو البائع و الذي يجعله في وضعية خضوع تام لمتطلبات شركات تحويل الفاتورة بالنظر إلى حاجاتها الكبيرة لها. و السؤال المطروح هل فعلا إرادة البائع أو المستفيد في عقد تحويل الفاتورة تتأثر بالرغم من أن الفجوة الموجودة بينه وبين شركات تحويل الفاتورة هو فرق اقتصادي.

أولا: تأثر الإرادة في عقد تحويل الفاتورة: يتميز عقد تحويل الفاتورة من حيث أطرافه، حيث يجمع بين شركات متخصصة في المجال ذات سيولة مالية وطرف منتمي يصبو للحصول على الضمان فهو يجمع إذن بين طرفين يتواجدان في وضعيات مختلفة اقتصاديا مما يفتح المجال للتأثير على الطرف الأضعف في هذه المعادلة، من خلال التأثير على إرادته في مثل هذه العقود، من خلال تقييد حريته في التعاقد ومنعه من الحق في التفاوض كنتيجة حتمية لمبدأ سلطان الإرادة.

1- تفاوت المركز المالي لأطراف عقد تحويل الفاتورة: مدخل للفجوة الاقتصادية.

يشكل عقد تحويل الفاتورة أحدث وأنجع وأنجح الوسائل الحديثة التي ابتكرت لمواجهة مشكلة تمويل المؤسسات الاقتصادية. لقد تعددت التعاريف التي جاء بها الفقه لهذا العقد رغم أنها لم تتوصل لتعريف موحد له. ومنها ما قدمه الأستاذ هاني دويدار بأنه « ***العقد الذي بمقتضاه يتولى أحد المتخصصين ويسمى المحصل تحصيل حقوقه لحسابه الخاص كانت ثابتة للمتعاقد معه وقام بالوفاء بقيمتها وذلك مقابل التزام المتعاقد معه بدفع عمولة غير محدودة***». كذلك عرفه المشرع الجزائري على أنه « ***عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة تدعى" وسيط " محل زبونها المنتمي. عندما تسدد لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج عن عقد وتتكفل بتبعة عدم التسديد وذلك مقابل أجر***».[1]

[1]-راجع المادة 543 مكرر 14 من المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 24 يونيو 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج رج ج عدد 27، صادر بتاريخ 27 سبتمبر 1993.

يعتبر عقد تحويل الفاتورة من العقود الرضائية التي تتطلب الإيجاب والقبول لانعقادها وفقا لأحكام القانون المدني، غير أن ما يميز هذا العقد الذي يقوم على الاعتبار الشخصي بالنظر الى طبيعة الأطراف التي يجمعها والتي يكشف الواقع عن التفاوت القائم في مراكزها المالية. فعقد تحويل الفاتورة يجمع بين شركات تتميز بالملاءة والمركز المالي الهام وهي التي تدعى بالوسيط وطرف اخر هو المنتمي الذي وإن كان بعيدا عن حالة التوقف عن الدفع. إلا أنه في الغالب في وضعية الحاجة إلى التمويل والضمان فهما الدافعان إلى التعاقد وللرضوخ إلى الشروط العامة أو الخاصة الواردة به دون ثبوت الحق في التفاوض ومن ثم تأثر الإرادة ولانحصارها فهذا التفاوت في المراكز والحاجة لمثل هذه الضمانات تبرر غياب عنصر التفاوض، وهو ما يكشف عن الاتوازن في مثل هكذا عقد.

فعقد تحويل الفاتورة يضم أطراف متميزة في مركزها المالي، فشركات تحويل الفاتورة التي تفرض شروطها في مثل هذه العقود تتميز بالملاءة وعدم امكانية تعرضها للإفلاس كونها مسبقا خاضعة لإجراءات صارمة لممارسة نشاطها والمتمثلة أساسا في خضوعها لرقابة مالية من قبل مؤسسات القرض في القانون الفرنسي والوزير المكلف بالمالية في الجزائر من جهة مع التحديد المسبق لرأسمالها الاجتماعي الذي يسمح بضمان ملاءتها وممارسة نشاطها في السوق، فهو يمثل أصول متوفرة لا يمكن في أي حال من الأحوال التصرف فيه [1].

لا يستطيع في الغالب ممارسة دور الوسيط في هذا العقد سوى المؤسسات المالية الضخمة التي عادة ما تتخذ شكل المؤسسات المالية أو الشركات التجارية المساهمة و ذات المسؤولية المحدودة [2]، فهو الطرف الممول في هذه العملية الأمر الذي يسمح له بإملاء شروطه.

وبالنسبة للمنتمي باعتباره الطرف الثاني في عقد تحويل الفاتورة فهو طرف أساسي في هذا العقد غير أن مركزه أضعف فيه، فإن كان هو الذي يسعى إلى إبرام هذا العقد إلا أن مبرر ذلك هو حاجته إلى بيع ديونه التجارية المترتبة على مدينيه وذلك بغرض الحصول على التمويل.

لم يضع المشرع الفرنسي شروطا خاصة للمنتمي ما عدا اشتراطها أن يكون موضوع عقد تحويل الفاتورة متعلق بنشاطه وهو الوضع بالنسبة للمشرع الذي اشترط فقط الصفة التجارية في الديون المحولة وذلك في المادتين 543 مكرر 15 ومكرر16 من القانون التجاري. غير أن الفقه الفرنسي أكد على أن المنتمي عادة ما يكون مؤسسات صغيرة أو متوسطة لأن مثل هذه العقود تتلاءم مع الأعمال المتوسطة الحجم ويلبي حاجتها إلى التمويل كما أن هذه الأخيرة عكس المؤسسات الكبيرة ليس لها في الغالب ادارات متخصصة في متابعة المدينين وتحصيل حقوقها منهم مما يضطرها إلى طلب التمويل من خلال تحويل ملكية هذه الحقوق للوسيط [3] مما يكشف عن حاجتها لمثل هذه العقود التي تقبل في الغالب شروطها دون مناقشتها فواقعها الاقتصادي يفرض عليها ذلك، مما يؤثر على ارادها فالفجوة الاقتصادية من شأنها أن تضعفها.

إن مصلحة المنتمي في الحصول على التمويل واستيفاء قيمة ديونه معجلة وضمان مخاطر عدم الوفاء أو الإفلاس أو الإعسار تبرر لجوئه لابرام هذا العقد والتزامه بالشروط العامة المدرجة فيه دون مناقشتها ، فهي شروط محددة مسبقا

---

[1]-إرزبل الكاهنة، "عقد تحويل الفاتورة والمؤسسات الاقتصادية" ، مداخلة في الملتقى الوطني حول عقود الأعمال ودورها في تطوير الاقتصاد الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص ص 432-433.

[2]- مرسوم تنفيذي رقم 95-133 مؤرخ في 25 أكتوبر 1995، يتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة، ج ر ج ج عدد 64 صادر بتاريخ 29 أكتوبر 1995.

[3]- ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011 – 2012 ، ص 180.

ضمن نموذج يشير صراحة إلى طبيعة العقد وشروطه وحقوق والتزامات كل طرف فيه لتبقى الشروط الخاصة قابلة للمناقشة، فهي مرنة تتفق وخصوصيات كل مؤسسة اقتصادية.

2-غياب التفاوض في عقد تحويل الفاتورة: عقد تحويل الفاتورة عقد يفترض اتفاقا إراديا بين أطرافه، فهو من العقود الرضائية التي تتطلب الإيجاب والقبول لانعقاده وفقا لأحكام القانون المدني. فهو ينعقد إذن بمجرد تراضي الطرفين غير أن هذا العقد في حد ذاته يوصف من زاوية أخرى أنه عقد إذعان مطبوع بالاعتبار الشخصي.[1]

ففي عقد تحويل الفاتورة تطبق الشروط الموضوعية من قبل الوسيط على المنتمي الذي لا يملك مناقشتها باستثناء بعض الشروط الاستثنائية أو الخاصة.أكثر من ذلك فإن العقود التي تجريها البنوك و المؤسسات المالية غالبا ما تكون مطبوعة مسبقا في نماذج معبئة، وما على المتعاقد إلا الاستسلام للشروط الواردة بها. فكثرة العمليات اليومية التي يقوم بها لا تخول مفاوضة عميقة بشأن كل عملية على حدى.

ويعتبر عقد إذعان بالنسبة للمنتمي لكونه الطرف الذي يذعن ويخضع للشروط الموضوعة من قبل الوسيط، وينضم إليها، وهذا على غرار كل العقود التي تبرمها البنوك و المؤسسات المالية مع عملائها.كذلك يقوم هذا العقد على الاعتبار الشخصي بالنسبة لنفس الطرف، حيث يأخذ الوسيط بعين الاعتبار شخص المنتمي وتحديدا الوضع أو المركز المالي للمؤسسة المنتمية وكذا مركزها الاقتصادي.

غالبا ما تحرص كذلك هذه المؤسسات المالية أو شركة الفاكتورينغ على تأكيد حقها في إنهاء العقد دون إنذار في حالات معينة كما لو أخل العميل إخلالا جسيما أو اضطرابا مركزه اضطرابا خطيرا ينذر بإعلان إفلاسه[2]. فيستفيد الوسيط من إمكانية فسخ العقد في حالة التغيير أو التعديل الهام أو المعتبر في الهيكلة المالية أو القانونية المؤسسة المنتمية كما يمكنه إنهاء العقد في كل حالة يطرأ فيها حادث يمس بشخص المنمي.

فعقد تحويل الفاتورة كغيره من العقود يرتكز على أركان أساسية عامة يستوجب توافرها ضمانا لصحته ولترتيب آثاره وهي التراضي و المحل و السبب وذلك طبقا لأحكام القانون المدني[3] و التراضي في عقد تحويل الفاتورة هو أساس العقد، فلا بد من اتجاه إرادة الشخص إلى إبرام مثل هذا التصرف القانوني. وإن كانت إرادة المنتمي جزء في إنشاء العقد في بعض الحالات إلا أنها مقيدة بشروط تتجلي في شروط موضوعية عامة يفرضها الوسيط في نموذج خاص يقدم لكل طالب للتعاقد وما على هذا الأخير إلا القبول أو الرفض. و إن كان في الغالب ما يقبل طالب الإئتمان بهذه الشروط المسبقة دون امتلاك الحق في التفاوض حولها أو مناقشتها وذلك لحاجته الماسة إلى التمويل لتجنب ما قد يتعرض له مركزه المالي من عجز أو نقص.[4]

ففي عقد تحويل الفاتورة تكون إرادة المنتمي غير معدومة وإنما مقيدة في الحدود التي رسمها لها الوسيط، ويحصل قبول المنتمي بمجرد تسليمه بالشروط المقررة التي وضعها الوسيط، والتي لا يقبل المناقشة فيها.[5]

---

[1]- ماديو ليلى، مرجع سابق، ص 71.

[2]-مصطفى تركي حومد الجوراني، آثار عقد الفاكتورينغ، لعقد شراء الديون التجارية في التشريعين الأردني و العراقي، دراسة مقاربة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2015.

[3]-المواد 59 و 92 و 97 من التقنين المدني الجزائري.

[4]-نادية فوضيل، ص 147.

[5]-راجع ميلاط عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 161.

فعقد تحويل الفاتورة، بغض النظر عن الشروط الموضوعية و الشكلية لنشأته وتكوينه، قد درجت مؤسسات تحويل الفاتورة على صياغته في نموذج متفق حوله مسبقا، حيث يتضمن هذا النموذج صراحة طبيعة العقد وشروطه، وحقوق و التزامات كل طرف.

يتحدد المضمون التعاقدي إذن بصفة كلية أو جزئية بطريقة عامة ومجردة قبل المرحلة التعاقدية، فهو يتضمن جملة من الشروط التي تفرض من طرف الوسيط و التي لا يملك المنتمي مناقشتها. فشركات الفاكتور تضع عقود نموذجية في الغالب فتخضع المنتمي بصفة خاصة لشروطها العامة. وهناك اتجاه واسع نحو توحيد الحقوق و الالتزامات المتبادلة وهو ما يمكن تحقيقه في غياب النصوص القانونية الضابطة لأجزاء هذه العملية.[1]

أدى غياب التفاوض في مثل هذه العقود بالعديد من الفقهاء إلى تكييفه على أنه عقد إذعان يقترحه الوسيط للمتعاقد معه حيث تكون الشروط بصفة عامة غير قابلة للتفاوض.

مع ذلك يبقى هذا العقد رضائي مادام أنه ينشأ برضا الأطراف و لا تشترط فيه أية شكلية خاصة لصحته.

ثانيا : مبررات انحصار مبدأ سلطان الإرادة في عقد تحويل الفاتورة

ساعدت عدة مبررات في انتكاس مبدأ سلطان الإرادة ومنها بروز المذهب الاجتماعي وتطور الفقه والقانون المقارن، فجاء هذا المذهب بفلسفة جديدة يقوم على أساسها العقد والمبنية على الجانب الاجتماعي والاقتصادي لا على إرادة أطرافها فقط وهو بالنتيجة ما أدى إلى ضرورة الحد من الإعمال المطلق لمبدأ سلطان الارادة إضافة إلى اعتبارات أخرى يمليها العقد نفسه كما هو الحال في عقد تحويل الفاتورة

فإن كان عقد تحويل الفاتورة من العقود الرضائية التي تلعب الارادة دورا كبيرا في انشائه إلا أن الواقع يكشف عن التفاوت الاقتصادي بين طرفيه الذي يجد مبرره في الطابع الخصوصي لهذا العقد والضمانات التي يوفرها للطرف الضعيف في هذه العلاقة والذي يكون في موضع الحاجة إلى السيولة مواجهة لمقتضيات السوق لاسيما الأسواق الدولية، وهو ما سيتم ابرازه من خلال الوقوف عند تأثر الإرادة في مثل هذه العقود بفعل التطورات الاقتصادية والاجتماعية وكذا عند دور هذه الضمانات في معالجة الاختلال العقدي فيه.

1 – تراجع مبدأ سلطان الارادة بفعل التطورات الاقتصادية والاجتماعية

تتمحور النظرية التقليدية للعقد حول تقديس الفرد وتكريس المجتمع لخدمته وهي مسألة ترجمها في مبدأ أساسي قانوني وهو مبدأ سلطان الارادة ومفاده أن الإنسان لا يلزم إلا بمحض إرادته وفي الحدود التي يريدها وبالكيفية التي يختارها، فالإرادة الحرة هي مصدر الحقوق والواجبات وهي التي تنشأ الالتزام وتحدد مضمونه وتكسبه قوته الالزامية. ويحكم هذا المبدأ كقاعدة عامة العقد في تكوينه وأثاره [2] .

غير أن التطور الحاصل في المجالين الاقتصادي والاجتماعي كشف عن نقائص المذهب الفردي وما نتج عنه من مبادئ وقواعد تحكم العقد كمبدأ سلطان الارادة حيث اقتضى هذا التطور تقييده لاعتبارات أسمى وهو الوضع بالنسبة لعقد تحويل الفاتورة أين تترجم ذلك خصوصيته وضماناته وغاياته.

---

[1]-HENNI NARIMANE, La convention d'affacturage ou droit français et Algérien, Mémoire pour l'obtention du diplôme de magister en droit comparé des affaires, faculté de droit, université d'ORAN-ES SENIA ; 2008-2009, PP 24-25.

[2]- علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 52.

فإن كانت الحرية وهي أساس العقد تقتضي المساواة بين طرفي العقد غير أن الواقع يفرض حتما تفاوتا بين المتعاقدين ، ومن ثم إبرام العقد لن يتم في الواقع بحرية كاملة، لذا لا بد من التخفيف من حدة القوة الملزمة للعقد لصالح المتعاقد الضعيف كما يجب على المتعاقد الأخر ان يأخذ بعين الاعتبار مصالح المتعاقد الأخر ولو بالتضحية ببعض مصالحه تضامنا مع المتعاقد الأخر في العقد وهو ما أطلق عليه بالتكافل التعاقدي الذي يقتضي العمل على التوفيق بين مصالح المتعاقدين بالتوزيع العادل بينهما لكل التكاليف والأرباح المترتبة على العقد[1].

هذا ناهيك عما أكده المذهب الاجتماعي من مبررات تجعل من مبدأ القوة الملزمة للعقد محدودا وغير مطلق وذلك بإعطاء المشرع والقاضي سلطة التدخل للموازنة بين المصالح الاقتصادية والاجتماعية للرابطة العقدية[2].

لقد أفرز الواقع حاجات وطرق جديدة للتعامل كما ظهرت إلى الوجود عقود جديدة فرضتها مستجدات وتطورات الحياة الاقتصادية والتي تفرض ضرورة التراجع عن المبادئ التقليدية للعقد والتي وضعتها النظرية التقليدية، الأمر الذي استوجب ادخال تغييرات علة القواعد التي تحكم منها العقد أهمها الحد من الحرية التعاقدية بطرق مختلفة مثل التعاقد الإجباري أو فرض مضمون العقد أو فرض أحكامه وشروطه، وهو الوضع بالنسبة لعقد تحويل الفاتورة الذي تبرره التطورات الاقتصادية وخصوصية المصالح التي يحققها.

2 – تقرير ضمانات خاصة

لاشك بأن الضمانات الخاصة التي يوفرها ويحققها عقد تحويل الفاتورة من شأنها أن تقلص التفاوت الاقتصادي الناجمة عنه وعن طبيعته الخاصة، فهو يمثل إحدى القنوات التي لا يمكن للمؤسسات الاقتصادية بصفة خاصة أو المنتمي عامة تجاهلها أو الاستغناء عنها بالنظر إلى حاجتها إلى التمويل والضمان وكذا استعادة حقوقها، فهي تضمن لها البقاء في السوق خاصة في ظل الأزمة المالية الراهنة التي مست الأسواق الدولية، فما يوفره إذن هذا العقد من ضمانات من شأنه أن يساهم في معالجة تأثر الارادة في مثل هذه العقود على غرار عقود الأعمال الأخرى التي تصبو إلى حماية مصالح جماعية تمتد إلى المصالح الاقتصادية للدولة ولا تقتصر على المصالح الشخصية لطرفيه، ولعل أهم هذه الضمانات التي يوفرها تتجلى في المسائل الموضحة أدناه وعلى النحو التالي:

أ- ضمانة التمويل:

غالبا ما تكون المؤسسات الاقتصادية بحاجة إلى التمويل وذلك بهدف القيام بمختلف عمليات الانتاج والتوزيع في ظل سوق متميزة بكثرة النقائص وكثرة الزبائن المعروفين وغير المعروفين، الأمر الذي يبرر حاجتها إلى تقنيات تحقق لها ذلك وتؤمن لها حاجتها للسيولة للقيام بعملياتها التجارية خاصة عندما يتعلق الأمر بالصفقات الكبرى كعقود الأشغال والعقود المتوسطة والبعيدة المدى التي تتطلب المزيد من الاتفاق[3]، وأهم الخدمات التي يقدمها هذا العقد هو تمويل المؤسسات، وذلك بتسبيق قيمة الحقوق والذي يضمن تغطيتها على أن هذا التمويل ليس مجردا فهو يفترض دائما وجود لدى المؤسسة فواتير تبين تسليم بضاعة أو تقديم خدمة، ومتى كانت هذه الفواتير بحوزة شركة الفواتير فإنها تبرر الوفاء للمنتمي من المجموع الناتج عن هذه الحقوق، وهذا التمويل المسبق لا يمكن أن يفرض على المنتمي وإنما هو ميزة

---

[1]- المرجع نفسه، ص 56.

[2]- حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، ص 30.

[3]- إرزيل الكاهنة، عقد تحويل الفاتورة والمؤسسات الاقتصادية، مرجع سابق،ص 427.

ممنوحة له يمكنه استعمالها في أي وقت في حدود العقد للحصول على السيولة في ظرف قياسي لا يتجاوز غالبا 48 ساعة بعد تسليمها الفواتير [1].

وفي هذا الصدد يوصف هذا العقد على أنه عقد فرض غير أنه ليس بقرض عادي، فعقد القرض يحل مشكلة تحصيل الحقوق التجارية في أحد أبعادها وهو التمويل في حين أن عقد تحويل الفاتورة، يحل جميع أبعاد المشكلة المتمثلة في التحويل والتمويل والتحصيل والضمان والتنظيم[2].

وهو ما يجعله عقد متميز، يضمن التمويل ليحقق أبعاد أخرى غيره، فشركات تحويل الفاتورة بوصفها وسيطة في السوق تمنح تلك المؤسسات الاقتصادية أو بصفة عامة المتبني الأموال التي يحتاجها في الوقت المناسب بلجوئها إلى التعاقد في صيغة عقد تحويل الفاتورة، وهو ما يفيده التعريف المقدم لهذا الأخير باعتباره تقنية بمقتضاها تتعهد هيئة متخصصة تدعى وسيط بأن تحصل على عاتقها وبدون رجوع الوفاء بكل أو بعض الحقوق التجارية لممون السلع أو الخدمات والناتج عن عقد، فهي تقنية حديثة من الخدمات المالية تقوم بها هيئات متخصصة[3].

وعلى حد تعبير المشرع الجزائري فهو "عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى الوسيط محل زبونها المسمى " المنتمي" عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام للفاتورة..."

بهذا فعقد تحويل الفاتورة تقنية للتمويل تمثل بالنسبة للمؤسسة مخرجا مناسبا يسمح لها بأن تحول ديونها التجارية إلى هيئة متخصصة تقوم بشرائها بصفة كلية دون الرجوع إلى المحيل في حالة عدم الدفع عند حلول آجال الاستحقاق، فتتكفل هذه الشركة بقيمة البضاعة بنسبة 100% دون انتظار أجل استحقاق الدين.. وهنا تظهر صفة التمويل التي تسمح بالحصول المسبق للمنتمي على المبلغ الذي يمكنه من التواصل والتوسع في السوق، فهي آلية تسمح لها بالحصول على تدفقات مالية دون اللجوء إلى الوسائل التقليدية للتمويل.

كذلك يعد عقد تحويل الفاتورة في التجارة الدولية من أهم وسائل التمويل التي تضاف إلى باقي وسائل التمويل المعروفة والموجهة أساسا إلى تمويل الصادرات على أساس قاعدة منح آجال لدفع الديون التي تكون أحيانا طويلة الأمد مما يسمح للمصدرين بأداء نشاطهم بكل راحة، فمثل هذه الهيئات تعد مثابة وسيط مالي يضاف إلى البنوك والمؤسسات المالية تساهم في توفي السيولة لزبائنه[4].

تحقق مثل هذه العملية التمويلية ميزة أساسية تتجسد في وفرة الأموال disponibilité des fonds)) فبعد تلقي الوسيط للفواتير من المنتمي وتفحصها، يلتزم بوضع كل أو جزء من المبالغ المتوفرة تحت تصرفه عن طريق قيدها بالجانب الدائن من الحساب الجاري للمنتمي في دفاتر الوسيط، ويتحقق ذلك بواسطة الشيك أو التحويل للمنتمي أو السند لامر أو غيرها[5].

---

[2] - محمودي بشير، عقد تحويل الفاتورة، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعنال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2000-2001، ص 71.

[2] -ميلاط عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص55.

[3] - بن عيشى آمال، دور عقد تحويل الفاتورة في تمويل وتحصيل الديون، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، ص 2013، 2014.

[4] - ارزيل الكاهنة، تأمين القرض عند التصدير، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2010، ص249.

[5] -راجع تفاصيل ذلك أماديو ليلي، مرجع سابق ، ص 19 .

على هذا الأساس، فعقد تحويل الفاتورة أداة لضمان التمويل عن طريق التحصيل المسبق للديون بما يضمن الاستمرار في السوق والقدرة التنافسية للمؤسسة المعنية، ويجنبها مخاطر التوقف عن الدفع ومن ثم الإفلاس. فعقد تحويل الفاتورة يعد بديل تمويلي مستحدث لنظام التمويل التقليدي ولمشاكله.

فهو بهذا إحدى الحلول المشكلة التمويل وتحصيل الديون التي تعاني منها المؤسسات، ونمط جديد لتحقيق مستلزمات تمويل المؤسسات الاقتصادية.

ب – حاجة للمؤسسات للضمان:

إن القاعدة المتعارف عليها في السوق تتجلى في " لا قروض بدون أخطار ولا أخطار بدون ضمانات " تجد هذه القاعدة تطبيقها ومجالها الخصب في عملية تحويل الفاتورة، فهذه الأخيرة وإن كانت تضعف في مفهومها التعاقدي من مبدأ سلطان الإرادة إلا أنها في مضمونها توفر ضمانات تساهم في إعادة التوازن لمثل هذا العقد، ولا شك أن أهمها تترجم في كونها تقنية لضمان، فإلى جانب تكفل الوسيط بوفاء الحقوق المخولة إليه من طرف المنتمي حتى قبل تواريخ استحقاقها، فإنه يتحمل أيضا تبعة عدم التسديد الناتج عن إعسار المدين أو عدم وفائه في تاريخ الاستحقاق،. فهذه يضمن ملاءة المدين وهو ما يسمى بضمان حسن نهاية الحقوق المحولة [1].

ومثل هذا الضمان وإن يجعل نشاط الشركة الضامنة نشاطا سلبيا إلا أنه يوفر للمنتمي ضمانة هامة من خلال تحمل هذه الأخيرة لتبعة عدم التسديد وضمان عدم الرجوع عليه.

يسمح مثل هذا الضمان للمؤسسات الاقتصادية إزالة أهم العقبات في نشاطها الانتاجي والتوزيعي في السوق والمتمثل في خطر عدم التسديد أو التحصيل أو عدم الدفع مما يفتح لها المجال للتوسع في نشاطها دون تخوف، ومثل هذا الضمان في الحقيقة يعد من أهم أسباب ظهور عقد تحويل الفاتورة في القرن الثامن عشر بالولايات المتحدة الأمريكية نتيجة الهجرة الكثيفة للصناعيين الانجليز الذين يبحثون عن الحصول عن ضمان لدفع المستحقات ذات الصلة بأقمشتهم المختلفة وتغطية البضائع التي ترسل إلى أماكن عند معروفة بتأسيس أول شركة سميت ببيت الوسطاء وكان شعارهم " بيعو ونحنوا نقوم بالباقي"[2].

إن خصوصية عقد تحويل الفاتورة لا تتجلى فقط في تعجيل الوفاء بحقوق الدائن على مدينه بل يمتاز هذا العقد بفرض التزام على الوسيط يمنعه من الرجوع على عميلها في حالة تعذر تحصيل الديون من المدين، فالشركة تقدم على شراء الديون وهي على علم بأنها تتحمل مخاطر تحصيل الديون من المدين، فالمؤسسة تقدم على شراء الحقوق وهي علم بأنها تتحمل مخاطر تحصيلها وبغض النظر عن تلك المخاطر التي ستواجهها عند رجوعها على المدين. على أن هذا الضمان يبقى ذو نطاق محدد، حيث تتحمل المؤسسة بعض الحالات دون البعض الأخر، فغالبا ما ينص هذا العقد على تجريد الوسيط من الضمان في حالات عجز المدين عن الوفاء الراجع إلى الحروب والثورات والقرارات السياسية [3]، مما يضعف في الحقيقة من هذه الضمانة.

---

[1]- ماديو، ليلى، مرجع سابق، ص 22

[2]- ارزيل الكاهنة ، عقد تحويل الفاتورة والمؤسسات الاقتصادية، مرجع سابق ، ص 429.

[3]-راجع المادة 543 مكرر 14 من المرسوم التشؤيعي رقم 93-08 المؤرخ في 24 يونيو 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج رج ج عدد 27، صادر بتاريخ 27 سبتمبر 1993.

من هنا يتم الكشف عن المبررات التي تحمل المنتمي إلى الرضوخ إلى الشروط العامة لعقد تحويل الفاتورة دون مناقشتها، فتأثر الإرادة في مثل هذه عقود تجد مبررها في الضمانات التي يوفرها وحاجة المؤسسات لها مما يسمح لها بالتعامل مع الواقه الاقتصادي والتطورات التي يمليها.

خاتمة:

يعد مجال الأعمال من المجالات الأكثر تشعبا، حيث تعجز العقود الكلاسيكية عن حماية المصالح التي يطرحها والتي تمتد للمصالح الاقتصادية للدولة، مما استوجب استحداث عقود الأعمال بما يسمح بتجاوز التفكير الضيق للعقود الكلاسيكية وكذا الأثر النسبي لها.

تسمح عقود الأعمال باستحداث طرق جديدة تسمح للمؤسسات الاقتصادية بتطوير أساليب تسيير نشاطها وتوسيعه مما يضمن الارتقاء باقتصاد الدولة

تتميز عقود الأعمال عن العقود الكلاسيكية، فتخرج عن قواعدها ومبادئها بما يسمح بتحقيق أغراضها وحاجات المؤسسات لها. ذات الوضع ينطبق على عقد تحويل الفاتورة الذي يكشف عن حدود سلطان الإرادة وعن لا توازن عقدي لكن يجد تبرير في ضماناته التي تكشف عن خصوصيته وعن تميز عقود الأعمال.

فعقود الأعمال وإن كانت اتفاقات تؤول جذورها إلى القانون المدني إلا أنها تتميز في بعض قواعدها وطبيعة الأنشطة التي تتناولها والتي تفرض تميزها وتنوعها من عقود للتمويل وعقود للتوزيع.

وعقد تحويل الفاتورة من أهم عقود الأعمال الذي وإن سجل خروجا عن أحكام القانون المدني وعن مبادئه كمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد إلا أنه يشكل أهم القنوات التي تسمح بتمويل المؤسسات الاقتصادية ودرء مخاطر افلاسها وضماه من قدرتها التنافسية في السوق، والتي لا يمكن لها الاستغناء عنها لما توفر من ضمانات لا سيما ضمانة استرجاع الحقوق. مع هذا يبقى ضمانها محدود لا يمتد إلى المشاريع التي تقيمها هذه المؤسسات وذات المدى البعيد التي تلعب فيه العقود الأخرى دورا هاما مثل عقد الاعتماد الإيجاري . كذلك تقوم المحدودية من حيث نطاق الضمان الذي يقدمه الوسيط فلا يمتد الى الاخطار السياسية والحروب التي يشترط في الغالب اعفائها منه.

يبقى كذلك هذا العقد يعاني في الجزائر حيث لم تؤسس أية شركة لتحويل الفاتورة مما يعدم من جدوى مثل هذا العقد في مجال الأعمال.

إعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الإلكترونية الدولية:
آلية أساسية أم بديل احتياطي أمام فكرة الفراغ التشريعي؟

د. حمودي ناصر، أستاذ محاضر"أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة آكلي محند ألحاج- البويرة

مقدمـــــة

مع عصر المعلوماتية وظهور فكرة عقود التجارة الإلكترونية الحديثة في مجتمع حديث عرف بمجتمع المعرفة، والذي أوجد اقتصاده المعرفي الحديث الذي أضحى يكتسب كل يوم أرضا جديدة، معتمدا بالأساس على التقنيات المعلوماتية والإلكترونية في إبرام العقود وإجراء التعاملات، وفي بعض الأحيان تنفيذها من خلال القنوات نفسها. ولأن كل هذه التقنيات تعتمد على تقنية رئيسية وهي الإنترنت؛ هذا الكشف العلمي الذي فاق كل خيال، والذي أجمع أغلب الدارسين على أنه فضاء جديد لا يعترف لا بالمرتكزات المادية ولا بفكرة الحدود الجغرافية، ويأبى الخضوع لسلطات الدول ويرفض حتى فكرة سيادتها، كونها تقنية لا تعترف سوى باللغة الرقمية اللامادية العالمية، التي تأبى الخضوع للنظم القانونية الإقليمية المعتمدة بالأساس على عنصري الوقت والمكان والارتكاز الإقليمي. مما أثار بعض المشاكل بخصوص تنظيم هذه الشبكة وحل بعض المشاكل التب تثار في مرحلة إبرام هذا النوع من العقود.

كما أن الخصائص والمميزات التي أضحت تتمتع بها العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت، والمتسمة في الغالب بالطابع الدولي، بالنظر لتخطيها حدود الدولة، وكذا لاحتوائها على العنصر الأجنبي في العلاقة، جعلها في الغالب ما تثير مشكلة التنازع القانوني والقضائي، فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وكذا تحديد الجهة القضائية المختصة بحل نزاعاته في حال ما إذا أثيرت مثل هذه النزاعات، خاصة في ظل اللامادية التي تتميز بها والتي دفعت البعض من الفقه ينادي بتوقيع شهادة وفاة منهج تنازع القوانين وفسح المجال أمام قانون إلكتروني موضوعي جديد، يأخذ بعين الاعتبار خصوصيات هذه العقود وطبيعة النزاعات التي تثيرها.

ولأن مجال المال والأعمال الدوليين يعرفان منذ القدم مبدأ بموجبه يتم تخطي العوائق القانونية الوطنية؛ وهو مبدأ سلطان الإرادة؛ الذي تعاظم دوره مع مرور الوقت بالنظر لتكيفه مع بيئة التجارة الدولية وطبيعة ما تثيره من مشاكل وما يعترضها من عوائق، فسوف نقوم من خلال هذه المداخلة ببحث وضع ودور ومكانة مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الدولية الحديثة التي أفرزتها الثورة المعلوماتية، مركزين على بحث ما إن كان هذا المبدأ يشكل آلية أساسية تجعل من سلطان الإرادة يتساوى مع سلطان القانون؛ وقد يتفوق عليه أحيانا؛ في ظل ما يسود عالم التجارة الإلكترونية من غياب تنظيم قانوني متكامل ومتناسق، وفي ظل تعارض قوانين الدول بخصوص تنظيم الموضوع، أم أنه يبقى مجرد بديل احتياطي لا يمكن اللجوء إليه وإعماله إلا في حالات استثنائية نادرة قد يسمح بها القانون نفسه، أو لأنه لم يخصها بالتنظيم؟ نقول ذلك؛ لأنه كان يقال بأن سلطان الإرادة (آلة لصنع القانون) مع تجارة مادية تقليدية منظمة بالكثير من القوانين الوطنية والاتفاقات الدولية، فهل ستظل له مثل هذه القيمة مع عقود مستحدثة كانت نتاج ثورة معلوماتية لم

تقابل بتطور المنظومة القانونية، أم يتم الاستغناء عن المبدأ وتحييده بإيجاد حلول قانونية مبتكرة لمواجهة ظاهرة تجارية ذات تداعيات قانونية غير مسبوقة؟

الحقيقة التي يشهد بها كل دارس لموضوع العقود التجارية الدولية عموما، والعقود الإلكترونية خصوصا، أنه مع الأولى كان الحديث عن مبدأ سلطان الإرادة يثار فقط – في غالب الأحيان- عند الحديث عن القانون الواجب التطبيق وتحديد الجهة القضائية المختصة، لكنه مع النوع الثاني؛ أضحى الحديث يكثر عن المبدأ منذ بدء التفاوض على العقد الإلكتروني ومرحلة انعقاده، لغاية مرحلة تنفيذه وحل ما قد يثار بشأنه من نزاعات، بل أنه أصبح ينظر للمبدأ أنه الملاذ في تنظيم حتى شكة الإنترنت في ظل استقلاليتها وعالميتها ورفضها الخضوع للنظم القانونية الوطنية. لعل ذلك ما يدفعنا للقول بأنه مبدأ له مفهوم متطور بأبعاد متجددة (**مبحث أول**).

كما أن الحقيقة التي يشهد بها كل من تناول شبكة الإنترنت بالدراسة؛ وأيا كانت الزاوية التي تنطلق منها الدراسة، وأيا كان التخصص الذي يتضمنها؛ هي أن الإنترنت لا تعترف بعنصري الزمان والمكان ولا بأي معيار أو ضابط مادي ملموس، في حين أن القانون الدولي الخاص المتضمن نظرية مناهج حل تنازع الاختصاص بنوعيه، مبني كله على اللامادية والمكانية والإقليمية والسيادة، مثل هكذا تعارض يدفعنا للتساؤل ما إن كان يتعين هجر مناهج تنازع القوانين، ويكون البديل مبدأ سلطان الإرادة (**مبحث ثان**).

المبحث الأولمبدأ سلطان الإرادة والعقود الإلكترونية: أهداف متطورة وأبعاد جديدة

جرت العادة أن يكون الحديث عن مبدأ سلطان الإرادة كلما أثير موضوع القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي أو تحديد الجهة المختصة بحل نزاعاته، لكن دخول الإنترنت مجال الاستعمالات التجارية وظهور العقود الإلكترونية التي اتخذت العديد من الخصائص الحديثة التي تطبع وسيلة الإبرام نفسها – الإنترنت-مثل الدولية واللامادية وعنصر البعد، وكذا تميز الإنترنت بالعالمية والاستقلالية وعدم الخضوع للنظم القانونية الوطنية، وغياب جهة محددة مالكة أو سلطة منظمة، أضحى الحديث يثار بخصوص إرادة الأطراف حتى بخصوص تنظيم وسيلة الإنترنت، وهو ما يشكل الدور المتطور لهذا المبدأ (**مطلب أول**).

كما فسح المجال واسعا للمبدأ المجال وأصبح يكتسب كل يوم أرضية جديدة في ظل التعظيم والتمجيد الذي كان يحظى به من قبل وزاد أكثر، وتم الركون إليه حتى بخصوص حل مشاكل قانونية في مرحلة انعقاد العقد والتفاوض حوله، بالرغم من وجود نظريات تقليدية متكاملة في القوانين المدنية، مما يشكل أبعادا جديدة لمبدأ سلطان الإرادة (**مطلب ثان**).

المطلب الأول مبدأ سلطان الإرادة وسيلة للتنظيم

مبدأ سلطان الإرادة؛ مبدأ معروف منذ وقت مبكر من ظهور التجارة الدولية، بل أن حتى القوانين الداخلية تعطي له الأولوية في الكثير من الأحيان، لكن مضمونه في نطاق هذه القوانين يختلف عن مضمونه في مجال العقود

الدولية؛ ففي الأولى يقصد به حرية الإرادة في تحديد مضمون العقد وآثاره، بينما مضمونه في نطاق العقود الدولية يتوسع ليشمل بالإضافة لما سبق، حرية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد والجهة المختصة بحل نزاعاته. لكن مع ظهور العقود الإلكترونية الدولية اكتسب مضمون مبدأ سلطان الإرادة بعدا آخرا جديدا وغير مألوف، ألا وهو أنه لم يعد مجرد آلية لتحديد مضمون العقد والتزامات الأطراف وتحديد القانون الواجب التطبيق، بل أنه أضحى يحدد طريقة التعامل عبر شبكة الإنترنت العالمية التي تتنافى طبيعتها والخضوع للقوانين الوطنية، هذه الأخيرة التي أثارت خلافا فقهيا كبيرا نتيجة عنصر المفاجأة الذي ظهرت به وسرعة تطورها، خلاف كان له انعكاسات على تعظيم مبدأ سلطان الإرادة وأضحى وسيلة للتنظيم توازي القوانين (**فرع أول**)، اصة في ظل غياب التنظيم القانوني للإنترنت(**رع ثان**).

الفرع الأول انعكاسات الطبيعة القانونية للإنترنت على مكانة مبدأ سلطان الإرادة

في ظل الانفتاح العالمي للإنترنت والحرية التي تميز التعامل معها، وأمام تجاهلها للنظم القانونية الوطنية نتيجة تجاهلها لفكرة الحدود والإقليمية والتركيز، وفي غياب سلطة أو هيئة حاكمة لها تنظم التعاملات التي تبرم عبرها، وأمام تجددها وتطورها المستمر والمتسارع، وهي فكرة لم تألفها القوانين وأعجزتا على ملاحقة وتنظيم واستيعاب مستجدات الإنترنت، ثار السؤال بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للإنترنت وما إن كان يمكن إخضاعها للتنظيم القانوني، وما هذا التنظيم الذي يمكن إخضاعها له؛ إن أمكن ذلك. كما تم البحث عن دور الأطراف بخصوص هذا التنظيم.

رأى البعض؛ بخصوص تحديد طبيعة الإنترنت أنها عالم من الخيال بدأ يتجسد مانحا إمكانات وفرصا غير مسبوقة للاتجار وأضحى اليوم عالما قائما ومستقلا يختلف شكلا ومضمونا عن عالمنا المادي الملموس[1]. بينما ذهب البعض الآخر إلى القول، بأنها مجرد وسيلة اتصال يمكن أن نطبق عليها بعض القوانين التي نظمت وسائل الاتصال السابقة عليها[2]. كما ثار الجدل بخصوص إمكانية إخضاع الإنترنت للقانون، وما إن كانت منطقة خاضعة للقانون أم أنها منطقة بلا قانون ترفض ذلك مثلما رفضت الخضوع للسيطرة والتملك والحكم.

الاتجاه القائل بأن الإنترنت فضاء أو عالم جدد مستقل عن كل الفضاءات الأخرى، بما فيها فضاءنا المادي الملموس، هو فضاء يؤطر حياة جد حضارية[3]، وتشكل عالم غير مقسم إلى أقاليم وتنعدم فيه الحدود الجغرافية المادية المتعارف عليها تقليديا. بل هناك من قال بأن الإنترنت لا توجد في الفضاء بل هي الفضاء[4]، وتشكل عالما من نوع خاص له إقليمه الافتراضي وجماعاته الافتراضية التي لكل منها نشاطاتها ومصالحها وقواعدها ولغة تتخاطب بها[5]، عالم ألغى

---

[1] - راجع: LEVY Pierre, « *qu'est-ce que le virtuel ?* » la découverte, poche 1998, p :

[2] – أنظر :

VIVANT Michel, *Commerce électronique cherche droit*, droit et patrimoine, n° 55, décembre 1997p: 86.

[3] - KAHN Philippe, *l'exploitation commerciale de l'espace*: droit positif, droit prospectif, LITEC, Paris 1992, p: 92-.

[4] – راجع:

TRUDEL Pierre, *droit de cyberespace*, Montréal, Thémis, 1997, 1-13 pp:

[5] - راجع:

2002, p :29.

مفاهيم الارتكاز المكاني ومفاهيم الحدودية، كما ألغى مفهوم الوقت أيضا[1]، وهو عالم واسع في غياب المادية التي كانت معيارا للقياس، وهو في منأى عن أي تبعية للدول، وبالتالي لا يمكن إخضاعه للقانون كونه مجال ما فوق الدول[2].

أما الاتجاه القائل بأن الإنترنت مجرد وسيلة اتصال شانها شأن وسائل الاتصال الأخرى[3]؛ كل ما في الأمر أنها وسيلة اتصال افتراضية من خلال تبادل المعلومات والبيانات الرقمية[4]. ويضيف أنصار هذا الاتجاه[5]، أنها وسيلة للانتقال من العالم الحقيقي إلى العالم الافتراضي، تمكن من تخطي الحدود التقنية والمعطيات الرقمية بطريقة افتراضية، كما توفر إمكانية التجول بداخل هذا العالم الافتراضي.

نلاحظ أن الرأيين السابقين يلتقيان حول نقطة؛ وهي أن الإنترنت وسيلة اتصال بين عالمين مختلفين، العالم التقليدي الحقيقي المادي، والعالم الرقمي اللامادي الذي لا يعرف التعامل إلا بالبيانات الرقمية، مما خلق بعض الاستفهامات القانونية والكثير من الجدل الفقهي، أجبر رجل القانون على إعادة التفكير وتقييم معارفه وصياغتها من جديد، خاصة وأنها معارف اكتسبها في إطار الحدود والمفاهيم المرتكزة على عوامل الوقت والمكان والورق، وذلك ليس بالأمر الهين في ظل بطء تطور العملية القانونية مقابل سرعة تطور التكنولوجيا. وبالتالي فسح المجال لإرادة الأطراف هو الحل الوحيد القادر على مواكبة سرعة تطور هذه التقنية العالمية ذات الطبيعة اللامادية، كون الإرادة نفسها من طبيعة لا مادية، وبالتالي هي قادرة على التكيف مع خصائص اللامادية والافتراضية وتجاهل الحدود الجغرافية وعراقيل اختلاف النظم القانونية، فالقانون التقليدي ليس بإمكانه أن يحيد بسهولة الدعائم والمرتكزات التقليدية، لكن الإرادة بإمكانها ذلك، كونها آلة لصنع القانون

الفرع الثاني : مبدأ سلطان الإرادة كبديل لغياب التنظيم القانوني للإنترنت

في غياب رأي حاسم بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للإنترنت، ثار خلاف فقهي آخر أكثر حدة؛ يتعلق بمدى خضوع هذه التقنية للقانون ؟ فهل هي منطقة فراغ قانوني، أم منطقة خاضعة له، وإن كان الأمر كذلك فما هو هذا القانون؟ وما دور مبدأ سلطان الإرادة في المسألة؟

---

[1]LEVY GAUTRAIS Vincent, *le contrat électronique international : encadrement juridique*, 2éme éd revue BRYLANT Pierre, Op. Cit, p: 18

[2] - راجع تفصيلا في ذلك:
SYLVETTE Guillemard, , *le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial* , Thèse de Doctorat, faculté des études supérieures de l'université LAVAL , QUEBEC et l'université PATHEON-ASSAS , PARIS II, janvier 2003 et en ligne : http://www.ulaval.ca/pp:266-267

[3] - راجع IBID, pp:268-372.

[4] - انظر:
BOCHURBERG Lionél, : *Internet et commerce électronique*, 2 éme édition DELMAS Paris 2001. P 19

[5]SYLVETTE Guillemard,Op.Cit, p:275.

بخصوص الشق الأول من السؤال، والمتعلق عن مدى خضوع الإنترنت للقانون، فإن الموضوع أثار الكثير من الجدل الفقهي والقضائي، وعلى العديد من المستويات؛ سواء المحلية أو الإقليمية أو الدولية، خاصة في ظل تحرر الإنترنت ورفضها فكرة التملك والسيطرة. لذا نجد الفقه قد انقسم إلى اتجاهين، أحدهما يرى استحالة التنظيم القانوني للإنترنت، والثاني يرى عكس ذلك، حيث وإن لم يكن ذلك بالقانون، فبوسائل أخرى جديدة تماما تتناسب وطبيعة هذه التقنية.

الاتجاه القائل بأن الإنترنت منطقة بلا قانون؛ وهو رأي فقهاء المذهب الحر[1]، الرافض لفكرة التعامل القانوني مع الإنترنت، وحجتهم في ذلك هي: إن سلمنا بضرورة إخضاع الإنترنت للقانون، فما السلطة التي بإمكانها أن تسهر على فرض أحكامه، في ظل استقلالية شبكة الإنترنت وانفلاتها من مفهوم الخضوع؟ وحتى وإن وجد هذا القانون الذي يحكم الإنترنت، فإنها تبقى منطقة بلا قانون لاستحالة إخضاعها للتدخل التنظيمي التقليدي للدول، كونها تتسم بطابع عالمي مفتوح ذي علاقة بقوانين كل الدول، وبالتالي يتعذر إخضاعها لقانون واحد[2].

أما الاتجاه المنادي بقابلية الإنترنت للتنظيم القانوني، والذي سمي بالمذهب القانوني، يرى إمكان التعامل قانونا مع ظاهرة الإنترنت، وذلك بالتعاون ما بين رجال القانون وعلماء التقنية الذين تمكنوا من إخضاعها تقنيا، وأنه هناك العديد من النصوص القانونية التقليدية الموجودة قابلة للتطبيق عليها[3]، وهو الرأي الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي في رأيه القائل: " **لا يجب أن نصنع قانونا خاصا بالإنترنت، بل يجب أن ننسق بين القوانين التي تضعها الدولة والتنظيم الذاتي الذي يضعه المتعاملين** "[4]، في إشارة منه للقواعد الموضوعية التي وضعها متعاملي الإنترنت. وفي ذلك خطوة يمكن القول معها أنه أصبح لسلطان الإرادة دورا موازيا لدور المشرع في سن القوانين[5]. وكان ذلك دافعا لبعض

---

[1]– حول حجج وأسانيد هذا الاتجاه، راجع:

CAPRIOLLI Eric A, *sécurité technique et cryptologie dans le commerce électronique en droit français*, 1999,sur le site : http://www.lex-electronica.com

[2]– راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص: 11 وص: 20، وانظر:

BARBARY Eric, *comportement éthique des acteurs et utilisateurs de l'Internet*, in groupe des écoles des télécommunication, éthique et société de l'information, sous la direction de D.BAHU-LEYSER et P. FAURE , doc.fr ,2000, p :115

وسماها البعض " المنطقة غير الراغبة في القواعد" راجع: VIVANT Michel, Op Cit, p : 51.

[3]- BOURRIE-QUENILLET martine « *les aspects juridiques du commerce électronique sur Internet* » en ligne. http://www.univ-montp2.fr/cahiers/3/pdf

وانظر: BOYER Joël *la révolution d'Internet* , petites affiches du 10/11/1999 N°224. p :15.

[4]- راجع تفصيلا: BOURRIE-QUENILLET marine Op.Cit.

[5]- LECLERC Henri « *la liberté d'expression et Internet* » Op.Cit. p :32.

خاصة وأن البعض يرى بأنه من الصعب على الدول والحكومات لوحدها أن تنظم الإنترنت بصفة مستقلة ومنفردة، خاصة مع التحدي الذي تمثله التكنولوجيا التي تعد في نفس الوقت مصدرا للتحدي ومصدرا للحلول، وأن إعداد قانون يستدعي سنوات والتكنولوجيا تتطور باستمرار مما يجعله عديم الجدوى عند صدوره، راجع:

R. FENOUL HET Timothy, *la co-régulation: une piste pour la régulation de la société de l'information?* Les petites affiches , n° 38 du 21/02/2002,pp : 12/13.

الدول لتتبني بعض الوسائل غير القانونية لحكم الإنترنت، من أهمها بعض المحاولات الذاتية من قبل مستعملي الإنترنت نابعة عن ضميرهم، مثلما حدث في فرنسا بين المتعاملين الفاعلين الذين اجتمعوا في تنظيم سمي ب "المحاولة الفرنسية-إنترنت "[1]. وهو ما أدى إلى إيجاد القواعد المادية الإلكترونية التي كانت وليدة التنظيم الذاتي والتعاقدي للإنترنت.

وبالتالي في ظل انفلات الإنترنت من التملك وسيطرة الدول، وغياب هيئة تتولى تنظيمها، وفي ظل بطء تطوير المنظومة القانونية مقابل سرعة تطور الظاهرة التقنية، فلا مناص من الاستعانة بمحاولات التنظيم الذاتي والحلول التقنية، في انتظار استكمال قانون افتراضي معلوماتي جديد متكامل سمي ب: cyberlaw الذي يعني: " ذلك الفرع من القانون الذي يعتني بالموضوعات القانونية المرتبطة بالإنترنت وخدمات الاتصال"[2]، أو ما يسمى قانون تكنولوجيا المعلومات أو القانون الافتراضي[3].

المطلب الثاني دور سلطان الإرادة في مرحلة إبرام العقد (أبعاد جديدة)

فرضت الطبيعة الحديثة للعقود الإلكترونية الراجعة بالأساس لحداثة التقنية المستعملة في إبرام العقد والمختلف حول تحديد طبيعتها ومدى خضوعها للقانون، إلى اتجاه الأبحاث لحماية هذه العقود وجعلها قانونية بما لا يتعارض وإرادة الطرفين المتعاقدين، والعمل على جعل التقنية توافق المتطلبات القانونية في مجال انعقاد العقود وإحداثها لآثارها القانونية، بل العمل على الاستفادة من الوسائل التقنية الحديثة في مجال التنظيم القانوني للعقود حماية إرادة الأطراف التي تعد مرحلة المفاوضات أول تجسيد لها، لكن واليوم أضحى التفاوض يتسم بدوره بالطابع الإلكتروني، فهل في ذلك أثر على مبدأ سلطان الإرادة، سواء كان ذلك الأثر بالسلب أو بالإيجاب(**فرع أول**). ثم المرحلة الأساسية الثانية من مراحل تكوين العقد، وهي مرحلة انعقاد العقد والتراضي على بنوده وآثاره، والتي كانت منذ القدم وباتفاق الفقه محكومة بمبدأين أساسيين هما حسن النية وحرية التعاقد، فهي اليوم تعرف بعض الصعوبات في مجال

---

[1] – L'initiative française Internet, voir IBID. p :06.

وراجع في بعض المحاولات الرامية لتنظيم الإنترنت:

MIREILLE Antoine, GOBERT Didier et SALAUN Anne, *le développement du commerce électronique : les nouveaux métiers de la confiance* , in droit des technologies de l'information – regards prospectifs, cahiers de C.R.I.D , n° 16 bruyant, Bruxelles, 1999,pp : 3-32.

[2]- انظر: د. محمد سامي الشوا: " ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1998، ص: 4.

[3]- أنظر في المعنى: د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص: 35 وما بعدها، ود فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص: 108 وبخصوص ضرورة وجود قانون افتراضي راجع تفصيلا:

LE TOURNEAU Philippe, *Contrats informatiques et électroniques*, 3 éme édition remaniée et augmentée, DALLOZ, Paris 2004, p : 1

العقود الإلكترونية، سيما فيما يخص التقاء الإيجاب والقبول وتحديد مجلس العقد وتحديد زمان ومكان انعقاده، بالنظر لما لهذا التحديد من آثار قانونية هامة (**فرع ثان**).

الفرع الأول "مظاهر سلطان الإرادة في مرحلة المفاوضات العقدية

باتخاذ التفاوض الطبيعة الإلكترونية في مجال العقود الإلكترونية، هيمن مبدأ سلطان الإرادة على هذه المرحلة المهمة، حيث أضحى كل طرف يملك مطلق حريـــته في الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها أو قطعها، واختيار طريقتها والأسلوب الأنسب لإدارتها[1]. وإن كان للتفاوض أهمية كبرى في مجال العقود الدولية التقليدية[2]، فأهميته اليوم تعاظمت، حيث مكنته الإنترنت من أن يتخذ طابعا إلكترونيا ذلل الكثير من الصعوبات التي كانت تعترض أطراف العقد في ظل المفاوضات المادية التقليدية، حيث وفرت الجهد والوقت وألغت فكرة الانتقال، كما مكن من إلغاء العقبات الفنية والقانونية التي تواجه العقود الإلكترونية، وأضحى التفاوض اليوم ضرورة بين أطراف لا يتعارفان وينتميان لنظم قانونية مختلفة لا سبيل لتجاوزها سوى بالتفاوض الذي يقضي على عدم اليقين والشك ويزيل كل غموض يكتنف تحديد شخصية المتعاقد الآخر أو تحديد أهليته وتبين دقيق لمحل العقد، بل يمكن للطرفين حتى الاستعانة بالخبراء الفنيين والقانونيين في هذه المرحلة، مما يمكنهم من إزالة كل العقبات والمخاوف التي تلف العقود الإلكترونية المستحدثة[3].

وأضحت بالتالي المفاوضات الإلكترونية مرحلة أساسية لإعمال مبدأ سلطان الإرادة بكل أبعاده وأهدافه، ووسيلة مهمة لتفسير العقد لاحقا، لدرجة أن البعض نادى بضرورة أن تكون جزءا من العقد المبرم عبر الإنترنت؛ بل شرطا أساسيا لانعقاده؛ لا مجرد مرحلة سابقة تخضع للتقلبات والاجتهادات[4]. ومن مظاهر مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة المفاوضات الإلكترونية، أن الدعوة للتفاوض لا ترتب التزاما حقيقيا على طرفيه، حيث تعتبر مجرد عملا ماديا لا يلزم أحدا، فلا تلزم عارضها بالبدء في المفاوضات ولا متلقيها بقبول الدعوة[5]، ولا إلزام في حال قبولها في الاستمرار فيها، فيمكن قطعها في أية مرحلة دون أن يرتب ذلك مسؤولية على عاتقه. وأضحت حرية المفاوضات من المبادئ الدولية في مجال إبرام

---

[1] - عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق، المركز الجامعي بالبويرة، 2012. ص: 8 وما بعدها.

[2] - راجع تفصيلا بخصوص التفاوض: حمودي ناصر، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود امعمري، تيزي وزو، 2002

[3] - راجع: أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت –دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص: 99 وكذا: د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص: 97 ود. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص: 44 .

[4] - راجع: أحمد خالد العجلوني، المرجع نفسه، ص: 103 وخالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006. ص: 270

[5] - د. محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة للبحوث، الرياض، 1995، ص: 27 .

العقود، كون الإرادة هي جوهر وأساس الالتزام التعاقدي والمتحكمة في زمام هذه المرحلة وغيرها، كما تعاظم دور المبادئ الأخرى المرتبطة وهي: مبدأ الحرية العقدية، مبدأ القوة الملزمة للعقد، مبدأ نسبية أثر العقد[1].

كما أن حرية التفاوض لا تتعلق فقط باللجوء إليه من عدمه ووقته ومدته، بل بالموضوعات المتفاوض عليها وإجراءات العملية، وفي كل ذلك تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة وتكريسا للإرادة المشتركة للطرفين، وكل ما يحد من هذه الإرادة هي قيود تخدم الإرادة لا تحد منها وترسخ مناخ الثقة، مثل مبدأ حسن النية القاضي بالالتزام بالنزاهة والشرف والأمانة والثقة المتبادلة، وهي متطلبات التجارة الدولية عموما والإلكترونية خصوصا في ظل تباعد الطرفين، وبالتالي نرى أنه في كل ذلك إعلاء قوي وتجسيد فعلي لمبدا سلطان الإرادة في هذه المرحلة.

الفرع الثاني : دور مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة انعقاد العقود الإلكترونية

تنعقد العقود الإلكترونية كغيرها من العقود بتلاقي إيجاب بقبول، لكن مع خصوصية وطبيعة الوسيلة التي تبرم بها العقود الإلكترونية، طرحت العديد من الإشكالات المتعلقة بالكيفية التي تتلاقى بها هاتين الإرادتين في بيئة رقمية افتراضية عالمية. وبما أنها عقود تبرم في الغالب بين طرفين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، فإنها تطرح إشكالات بخصوص زمان انعقاد العقد. وهو الإشكال الأكبر حيث ثبت قصور الحول والنظريات التقليدية التي كان بموجبها يتم مثل هذا التحديد[2]، هنا تحتم أن يتم إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد المسألة، وهو أمر كرسته معظم القوانين النموذجية والوطنية[3].

أما بخصوص تحديد مكان انعقاد العقد؛ فقد ثبت أيضا بما لا يدع مجالا للشك قصور النظريات التقليدية التي كان يعمل بها في مجال تحديد هذا المكان بخصوص العقود المنعقدة بين غائبين التقليدية، بالرغم من أهمية تحديد هذا المكان وما يترتب عليه من نتائج، وقد تعاظمت هذه المسألة مع العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت التي ثبت في الكثير من الأحيان أنها تتجاهل العناصر المكانية وأنها أوجدت مفاهيم جديدة مثل التعاصر الزماني والتباعد المكاني، فبتحديد هذا المكان يتوقف تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وتحديد الجهة المختصة بحل النزاعات المتولدة عنه، خاصة وأن الإنترنت تربط بين أطراف ينتمون لأنظمة قانونية مختلفة. لذا اتجه الفقه الحديث إلى التفكير في تسوية المسألة بالإمكانيات التي توفرها الإنترنت، واقترحوا حلولا فقهية أثبت الواقع قصورها بدورها، مما عظم من جديد من دور سلطان الإرادة في حل الإشكال[4].

---

[1] - حمودي ناصر، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، مرجع سابق، ص: 31

[2] - راجع تفصيلا في ذلك، رسالتنا، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وز، 2009، ص: 273 وما بعدها.

[3] - راجع في ذلك، عتيق حنان، مرجع سابق، ص: 71 وما بعدها.

[4] - راجع رسالتنا، المرجع نفسه، ص: 220 وما بعدها.

من الحلول التي قدمها الفقه الحديث؛ الاعتماد على مكان إقامة الموجب أو مكان إقامة القابل، وسبق لنا القول بأن الإنترنت تأبى المفاهيم المكانية، مما عجل بفشل هاتين النظريتين وقوبلتا بانتقادات شديدة[1]، ولم يكن هناك من مناص سوى القول بضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة مرة أخرى لتحديد مكان انعقاد العقد، وهو أمر تم التوصل إليه في دراسة لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، حيث تم التوصل إلى أنه يتعين على الأطراف الاتفاق على قانون يكون معروفا لديهم، وليس هناك ما يمنعهم من الاتفاق على زمان ومكان انعقاد العقد[2]، كما أن الإجماع الفقهي منعقدا بخصوص المسألة[3]. خاصة وأن كل القوانين المنظمة للموضوع؛ سواء التقليدية أو الحديثة، هي نصوصا مكملة لإرادة الأطراف، بل أن إعطاء الحرية للإرادة في تحديد مكان انعقاد العقد كان معمولا بها في ظل العقود التقليدية وتعاظم دورها اليوم، سيما في ظل عقود مستحدثة تعرف فراغا تشريعيا رهيبا حتى في الدول التي أفردت قوانين خاصة لهذا النوع من العقود.

وبالتالي أضحت الهيمنة لمبدأ سلطان الإرادة؛ سواء في مرحلة المفاوضات العقدية، أين أصبح الفضل للإرادة في بلورة وصياغة بنود العقد وتحديد التزامات الطرفين، ومع العقود الإلكترونية أزيلت عقبة كبيرة من أمام المبدأ حيث أضحى بالإمكان إجراء المفاوضات عن بعد باستعمال الطرق الإلكترونية، وهنا تكريس للحرية ببعد آخر، حيث لم يعد المتفاوض مضطرا لقطع المسافات وتكبد المصاريف. أما فيما يتعلق بمرحلة إبرام العقد، التي تثار فيه المشكلة الأكبر المتعلقة بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد، وأمام قصور كل النظريات التقليدية التي كانت تنظم المسألة سابقا، هنا ظهر البعد الجديد لمبدأ سلطان الإرادة الذي تفوق على القوانين بكل وضوح

المبحث الثاني : مبدأ سلطان الإرادة ومناهج تنازع القوانين والاختصاصات: بديل تقليدي ووظائف مستحدثة

من الأسباب الرئيسية لوجود القانون الدولي لخاص؛ هو إيجاد قواعد تنظم مناهج حل تنازع القوانين والاختصاص بين مختلف الجهات القضائية، في كل عقد يتضمن عنصرا أجنبيا يجعل من العقد في علاقة مع أكثر من قانونين، وهو منهج نجد أن الفقه نادى بضرورة هجره مع عقود التجارة الدولية التقليدية، فما البال مع العقود الإلكترونية المتميزة بالطابع المعقد والبعد الدولي العالمي الافتراضي اللامادي الرافض للخضوع لقواعد الإسناد المحايدة الوطنية. خاصة وأن هذا النوع من العقود مستجد جاء كنتيجة لكشف علمي كبير، والأصل أن كل كشف علمي يتعين أن يكون موضوع تأطير قانوني خاص يراعي خصوصياته ومستجداته، إلا أنه في ظل غياب حلول قانونية مبتكرة تواجه إشكالات عقود التجارة الإلكترونية الدولية المستحدثة؛ سيما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليها وتحديد الجهة المختصة بحل نزاعتها، يتعين إعطاء مبدأ سلطان الإرادة معنى جديد متطور ووظائف أخرى مختلفة؛ بل ومستحدثة؛ أو

---

[1] - راجع: بشار طلال أحمد المومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر 2003، ص: 77 وما بعدها، إيمان مأمون أحمد سليمان، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2006/2005.، ص: 149 وما بعدها.

[2] - مشار له لدى: بشار طلال أحمد المومني، المرجع نفسه، ص: 82.

[3] - راجع تفصيلا في ذلك، رسالتنا، مرجع سابق، ص: 224.

على الأقل أن تكون هناك قراءة أخرى متجددة له (**مطلب أول**). مما يقود إلى إعطاء هذا المبدأ وظيفة قانونية قضائية جديدة قد تجعل منه بديل أساسي في بيئة عقود التجارة الإلكترونية الدولية الحديثة، أو على الأقل جعله بديل احتياطي لكن بأبعاد وأهداف جديدة (**مطلب ثان**).

المطلب الأول : مبدأ سلطان الإرادة والقانون الواجب التطبيقبديل تقليدي وتفعيل متجدد

الحقيقة التي يشهد بها التاريخ؛ أن مبدأ سلطان الإرادة أضحى منذ وقت مبكر من المبادئ الأساسية المعتمد عليها في مجال التجارة الدولية لتخليصها من سلطان القوانين الوطنية التي ثبت عدم وملاءمتها لحاجات التجارة الدولية. لكن ومع البيئة الافتراضية الرقمية اللامادية المتجاهلة للحدود الجغرافية للدولة، والمتناسية لكل المعايير المادية المرتكزة على فكرة المكان، وفي ظل تردد بعض الدول في إيجاد بيئة قانونية مناسبة تحكم التجارة الإلكترونية وعقودها، رأى جانب كبير من الفقه ضرورة إعادة النظر في مبدأ سلطان الإرادة والعمل على تكريسه وتجسيده بكل حرية ودون أية ضوابط أو قيود، والخروج عن كل الأحكام والمبادئ التي كانت تنظمه في ظل عقود التجارة الدولية التقليدية، كوننا بصدد عقود يستحيل معها الركون إلى الحلول البديلة التقليدية، ولا مناص من إعطاء الدور الأكبر للإرادة في عقود لا مادية؛ خاصة وأن الإرادة نفسها من طبيعة غير مادية، مما يجعل من الإرادة وحدها القادرة على مواجهة الافتراضية التي تتميز بها العقود الإلكترونية، وبالتالي ضرورة تفعيل دور مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد الوسيلة المثلى لمواجهة مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية. فما أسباب ضرورة تفعيل مبدأ سلطان الإرادة وما آليات ذلك (**فرع أول**)، وما أهمية هذا التفعيل ونتائجه وآثاره (**فرع ثان**).

الفرع الأول : أسباب ضرورة تفعيل دور سلطان الإرادة وآليات ذلك

دخول الإنترنت مجال التعاقد وظهور فكرة العقود الإلكترونية المتصفة بالصفة الدولية واللامادية التي لا يمكن معهما توطينها مكانيا، ولا حصرها جغرافيا، ومع غياب نظام قانوني متكامل وشامل ينظم كل الجوانب القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية وعقودها، خاصة فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، كانا السببين الرئيسيين الذين دفعا أغلب الفقه بضرورة تعظيم دور مبدأ سلطان الإرادة وإعطاءه مكانة وأبعاد جديدة تمكنه من تجاوز فكرة الفراغ القانوني، والمادية التي تقوم عليها نظرية مناهج القوانين.

تفعيل مبدأ سلطان الإرادة، أضحى ضرورة حتمية خاصة وأن الإرادة في مجال العقود الإلكترونية صنعت قانونا إلكترونيا حديثا به قضت على المشاكل التي كانت تثيرها قواعد الإسناد، وهذا القانون هو القانون الموضوعي الإلكتروني الذي لعبت فيه إرادة المتعاملين عبر الإنترنت دورا كبيرا في بلورته، ليحل كبديل عن القوانين الوطنية التي لا تتلاءم وعالمية العقود الإلكترونية[1]. وبالتالي كيف يمكن للإرادة أن تصنع قانونا يراعي خصوصيات العالم الافتراضي دون تمكينها

[1] - راجع في تفاصيل هذا القانون: د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، القانون الإلكتروني، القانون السياحي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000؛ ص:44- ،45 ولنفس المؤلف "نظرية العقد الدولي الطليق"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص: 268 وخالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006. ، ص:311. وكذلك:

من اختيار هذا القانون، ولعل هذا أمر كاف لوحده لفسح المجال واسعا أمام مبدأ سلطان الإرادة لا تفعيله فحسب. ويتعين بالتالي أن تكون آلية تفعيل دور مبدا سلطان الإرادة بتحرير خيار المتعاقدين من كل قيد، وسلب كل سلطة من القاضي بهذا الخصوص، وأن يفترض دوما بأن الأقدر على اختيار قانون العقد هم الأطراف أنفسهم دون افتراض أي غش من جانبهم، وأن يكون للإرادة دوما الدور المتقدم في تنظيم العقود الدولية الإلكترونية.

الفرع الثاني : نتائج وآثارتفعيل مبدأ سلطان الإرادة

من نتائج وآثار فسح المجال لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، أنه يمكنهم من إخضاعه لأكثر من قانون، وإن كان ذلك أمر غير مرغوب فيه مع العقود الدولية التقليدية، فهو اليوم أمر مستحب وغير متعارض تماما مع العقود الإلكترونية، في ظل اختلاف الدول في تنظيمها لمختلف جوانب التجارة الإلكترونية، وبالتالي ما كان منتقدا سابقا -بحجة الحفاظ على وحدة العقد وعدم اختلال توازنه- أضحى أمرا مرغوبا فيه اليوم مع عقود جديدة متميزة بطبيعة خاصة[1]. بل هناك من يرى أن فكرة تجزئة العقد في مجال العقود الكترونية فكرة حتمية[2]، بل هي تفرض نفسها بالنظر للروابط المتعددة التي يخلقها العقد، مثل الموضوع والشكل والأهلية والعقار...؛ وهي أمور تتباين القوانين بخصوصها كثيرا[3]. ويضيف البعض؛ أن مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية لن يتحقق إلا من خلال المرونة النسبية للقواعد التي تسمح بالتجزئة وإسناد كل جانب من جوانب العقد لقانون معين، على أن تكون تجزئة منسجمة لا تخل بانسجام الرابطة العقدية في مجملها، وبما لا يجعل من التجزئة وسيلة إفلات من الأحكام الآمرة للقوانين المختارة[4]. بالتالي يكون في السماح للمتعاقدين بتجزئة الرابطة العقدية تجسيدا فعليا لمبدأ سلطان الإرادة.

وأما النتيجة الثانية؛ هي أنه بإعمال قانون الإرادة يمكن تفادي لزوم أن تكون هناك علاقة (صلة) بين القانون المختار والعقد، حيث لا يمكن الركون للضوابط التي كانت تعمل في مجال تحديد هذه الصلة، وهي صلة وإن كان لها دور كبير في مجال العقود التقليدية؛ فيصعب تصورها اليوم مع العقود الإلكترونية المتصلة بكل الدول، وبالتالي يصعب تحديد الرابطة السابقة في هذه الحالة[5].

من نتائج وآثار تطبيق قانون الإرادة؛ تطبيق القانون الإلكتروني الموضوعي، الذي يعد من صنع المتعاملين أنفسهم لتنظيم بيئة لامادية افتراضية تتطلب مجموعة من القواعد والأحكام والمبادئ الذاتية والتي تلبي حاجات نمو

MAYER Pierre, *droit international privé* 1998, p : 5. Et LUCAS André, *les questions épineuses : responsabilité, compétence, loi applicable*, in les droits intellectuelles dans la société de l'information , conférence donnée le 29 janvier 1998, p :254 .Et HUET Jérôme, *quelle culture dans le "cyber-espace" et quels droits intellectuels pour cette " cyber- culture* ", D.S 1998 chronique, p: 185

[1] - في المعنى: د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2006، ص: 275

[2] - د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص: 187

[3] - د. إبراهيم السعيد الزمزمي، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر 2006، ص: 93

[4] - د. صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص: 277

[5] - د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، مرجع سابق، ص: 114 هامش رقم 1

وتطور مبادلات التجارة الإلكترونية الدولية، من أمثلتها حماية البيانات الشخصية المتبادلة عبر الإنترنت، ومحاربة برامج التجسس، وكذا العمل على تعاون الدول على العقاب عن هذه الأفعال[1]. ويقوم على مبادئ عامة يرتكز عليها قيام مجتمع المعلوماتية تأخذ بعين الاعتبار خصوصية هذا المجتمع وتميز علاقاته[2].

المطلب الثاني : حل نزاعات العقود الإلكترونية: وظائف تقليدية بأساليب جديدة لمبدأ سلطان الإرادة

كان لمبدأ سلطان الإرادة دورا كبيرا في تحديد الجهة المختصة بالفصل في النزاعات التي تثيرها العقود الدولية منذ القدم، وجرت عادة الأطراف رغبة منهم في تحرير عقودهم من قبضة القضاء الوطني، أن يختاروا الوسائل البديلة لحل النزاعات، وأهمها التحكيم التجاري الدولي. كما يختص القضاء الوطني بالفصل في نزاعات هذه العقود بناء على معايير معينة ومعروفة في نظرية تحديد الاختصاص القضائي، لكنها معايير جلها مادية ترتكز على مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو مكان إقامة أحد الأطراف أو جنسياتهم، وهي معايير سبق لنا في أكثر من مرة القول بأنها اثبتت قصورها في مجال العقود الإلكترونية، ذلك؛ لأن الأخيرة تأبى التركيز المكاني، كما ترفض فكرة الحدود الإقليمية،مقابل كل هذه الأمور تحرر مبدأ سلطان الإرادة (**فرع أول**).

أما الجديد في مجال عقود التجارة الكترونية، هو أن الوسيلة التي أبرم عبرها العقد أضحت ذاتها وسيلة حل نزاعاته، وهنا اتخذت الطرق البديلة لتسوية النزاعات بدورها الطبيعة الإلكترونية، مما أفقد القضاء الوطني مكانته فاسحا المجال لهذه الوسائل، هنا أضحت لمبدأ سلطان الإرادة وظائف جديدة جعلــته المبدأ المهيمن (**فرع ثان**).

الفرع الأول : تحرر مبدأ سلطان الإرادة في اختيار الجهة القضائية المختصة بحل النزاع

القضاء الوطني يجسد سيادة الدولة، لذا نجد كل دولة تنفرد بوضع تنظيمه وتحديد ضوابط اختصاصه، مع منح الأطراف في مجال العلاقات الدولية حرية معينة في حدود وضوابط متفق عليها فقها وقضاء. وفي ظل الوضع التقليدي، كانت حرية الإرادة أساس أولي في تحديد الجهة المختصة بحل نزاعات العقود الدولية، بشروط وضوابط بسيطة، أهمها ضرورة أن يكون بين العقد والجهة المختارة علاقة أو صلة، وذلك أمر متفق عليه دوليا ووطنيا[3]. مع تقييد الإرادة، سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي، بقيود يقتضيها النظام العام والمصلحة العامة، كما أن العائق الأكبر أنه هناك اتفاقات وقوانين تشترط أن يكون اتفاق الأطراف على تحديد الجهة المختصة بحل نزاعهم مكتوبا، وذلك بهدف التأكد من اختيار الطرفين – مثال ذلك اتفاقية بروكسل لسنة 1968 بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ

---

[1] - د. صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص: 315

[2] - مشار لهذا الرأي لدى: عتيق حنان، مرجع سابق، ص: 122

[3] - راجع: عتيق حنان، مرجع سابق، ص: 131 وما بعدها ورسالتنا، ص: 450 وما بعدها.

الأحكام الأجنبية[1]- وألا يكون الاختيار منطويا على غش بغرض التهرب من أحكام القواعد الأمرة في قانون الدولة التي من المفروض أن محكمتها مختصة فعلا بنظر النزاع[2].

غير أن استخلاص مثل هذه الصلة يكون دوما بإعمال معايير مكانية ترفضها الإنترنت، وبالتالي لا يمكن إعمال ما كان معمولا به في مجال التجارة الدولية التقليدية في مجال التجارة الإلكترونية، أو القياس على ذلك[3]. الأمر الذي دفع بعض الفقه يرى وجوب الاستغناء عن هذه الشروط التقليدية وتحرير الإرادة من كل قيد[4]

وبالتالي؛ لا مناص أمام أطراف العقود الإلكترونية سوى التفاوض جيدا بخصوص الجهة القضائية المختصة بنظر النزاعات التي من الممكن أن تنشأ عن عقدهما، متجنبين قضاء أي دولة لا يعترف قانونها بالمعاملات الإلكترونية، مختارين حلا يحقق رغبتهم المشتركة، وبالتالي نلحظ أن مبدأ سلطان الإرادة تحرر مما كان موضوعا عليه من قيود، واكتسب أرضا جديدة، ولم يبق يقيده سوى القواعد المتعلقة بحماية المستهلك وكذا احترام النظام العام لدولة القاضي لذي سوف ينظر في النزاع[5].

الفرع الثاني : هيمنة مبدأ سلطان الإرادة في ظل الطبيعة الجديدة للوسائل البديلة

وجد متعاملو التجارة الدولية ومنذ القدم، ضالتهم في الوسائل البديلة لحل النزاعات كبديل عن القضاء الذي يتصف بالبطء والتعقيد وصعوبة تنفيذ الأحكام والكلفة العالية، لدرجة أن حلت هذه الوسائل حلولا فعليا محل القضاء الوطني. ومع نزاعات البيئة الرقمية الإلكترونية أضحت الحاجة أكثر لهذه الوسائل خاصة وأنها وسائل أمكن تكييفها بسرعة مع الطابع الإلكتروني الرقمي وأخذت هذه الطبيعة، مما قضى على الكثير من المشاكل بخوص اختيار الجهة المختصة بحل نزاعات العقود الإلكترونية وقلل من التكاليف ووفر الوقت وسهل تنفيذ الأحكام الصادرة مما رفع عقبات كبرى من أمام الأطراف وعظم من سلطان إرادتهم.

فمع الوسائل البديلة الإلكترونية لحل النزاعات، هيمن مبدأ سلطان الإرادة وتعاظم دوره، خاصة وأن الكثير من الدول لا تزال لم تسن نصوصا تنظم كل جوانب العقد الإلكتروني، وبالتالي هيمن المبدأ في مجال القضاء على هذه العقبة، الأمر الذي حيد القانون وأحل محله إرادة الأطراف، التي أضحى خيارها الأمثل هو اختيار هذه الطرق التي مثلما حيدت القضاء الوطني فهي هيمنت أيضا على الوسائل البديلة في شكلها التقليدي. خاصة وأنها طرق تعتمد على أشخاص ذوي خبرة قضوا على عقبة عدم تخصص القضاة.

---

[1] - المبرمة في 27-09-1968 وتحولت إلى تنظيم أو توجيه أوروبي يحمل رقم 44/2001

[2] - راجع في تفصيل ذلك: د. عادل أبو هشيمة محمود حوتة، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص: 333-334

[3] - محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص: 143

[4] - د. صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص: 281.

5 - راجع في تفصيل ذلك: عتيق حنان، مرجع سابق، ص: 38 وما بعدها.

لذا يمكننا القول؛ في ختام هذا المبحث؛ أن سلطان الإرادة هيمن على القوانين الداخلية التي تتميز بالانطواء والانحياز للاعتبارات الداخلية، وعلى القضاء الوطني موضع الريبة والتحيز، وهو ما سهل التعامل بالعقود الإلكترونية التي تتطلب السرعة وقلة التكلفة والمرونة والبساطة في القواعد والإجراءات، مما جعل فعلا قانون سلطان الإرادة يتحرر من القيود التي كانت تخنقه بها القوانين. خاصة وأنه وجد قانون موضوعي ذاتي إلكتروني يراعي خصوصيات التجارة الإلكترونية ومن صنع المتعاملين أنفسهم، مما ذلل كل العقبات المعروفة بخصوص القانون الواجب التطبيق. واتخاذ الطرق البديلة لحل النزاعات الصبغة الإلكترونية، ذلل كل العقبات من أمام تحديد الجهة المختصة بحل نزاعات العقود الإلكترونية، كل ذلك تحت رعاية سلطان الإرادة.

خاتمـــــــة

تعاظم دور مبدأ سلطان الإرادة اليوم مع العقود الإلكترونية في ظل نتيجة توصل إليها غالبية الفقهاء المهتمين بالموضوع، وهي قصور القواعد القانونية التقليدية لحكم العقود الإلكترونية، مما أدى إلى غياب التنظيم القانوني المتكامل والشامل للتعاملات الإلكترونية، وكل ما وجد من قوانين؛ فهي قوانين جزئية تكتفي بتنظيم جانب من الجوانب دون بقيتها، وبالتالي لم تعد العقود الإلكترونية تحتاج إلى قواعد قانونية بقدر ما تحتاج إلى تعظيم إعمال إرادة الأطراف وإعطاءها المكانة الرائدة، سواء في إبرام العقد وتنظيم وسيلته، أو بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على عقودهم الإلكترونية أو حل النزاعات الناشئة عنها.

حيث قضى المبدأ على مشاكل انعقاد العقد وحل موضوعات تحديد زمان ومكان انعقاده، وهيمن أكثر في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة المختصة بحل نزاعات هذا النوع من العقود. بل تفوق عما كان عليه في السابق بالنظر لكون الوسائل الإلكترونية أضحت ترفض كل المعايير التي كان معمولا بها مع العقود الدولية التقليدية، وهي معايير تتنافى وخصوصية الوسيلة التي تبرم بها العقود الإلكترونية، مما جعل من الإرادة أن أضحت تساهم في إيجاد قانون جديد من نوع جديد، وتساهم في تنظيم الإنترنت، كل ذلك جعل منها آلية جوهرية لإمداد نظرية العقد الراسخة منذ القدم بالحلول. فبعدما كانت القوانين هي التي تحدد نطاق ومدى سلطان هذه الإرادة انعكس الأمر وأضحت الإرادة هي الراسمة لحدود تدخل القانون.

وبالتالي مع العقود الإلكترونية الحديثة يتعين إعطاء دور جديد لمبدأ سلطان الإرادة، حيث بعدما كان للإرادة وظيفة قضائية؛ أضحى لها وظيفة تنظيمية وموضوعية، كوننا بصدد عقود تتطلب قواعد فنية تعجز القواعد القانونية على حلها، عقود مستحدثة تقتضي حلولا قانونية مبتكرة؛ الإرادة وحدها قادرة على صنعها، فأصل الإنترنت وعقودها التحرر، وبالتالي لا سبيل في تنظيمها سوى بإعمال الإرادة الحرة، في بيئة لا مادية لا يمكن سوى للإرادة ذات الطبيعة اللامادية أيضا إمدادها بالحلول.

الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) في إطار مبدأ سلطان الإرادة

د. شيهاني سمير ، أستاذ محاضر "أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة البويرة

مقدمة:

إن عقد البوت "B.O.T" من حيثُ المصطلح والتنظيم القانوني حديث النشأة؛ إذ يعتبر أول تطبيق لمثل هذه العقود في إطار ما يسمى بالخصخصة "Prévatisation" ما قامت به بريطانيا في عهد رئيسة الوزراء "مارغريت تاتشر" "*Margaret THATCHER*" سنة 1979[1]، على أن تسمية البوت "B.O.T" لم تُعرف إلا في بداية 1980، حيث أطلقها رئيس الوزراء التركي السابق "تورجوت أوزال" "Turgote OZAL" عند اجتماعه برجال الأعمال والمستثمرين وأصحاب الشركات والمقاولين الخواص، عقب نجاحه فيه الانتخابات وعرضه لبرنامجه الاقتصادي الجديد بضرورة إسناد المشاريع المتعلقة بالبنى التحتية إلى القطاع الخاص من أجل النهوض بعملية التنمية[2]، حتى أصبح يسمى معادلة أوزال[3].

فالتوجه إلى إبرام العقود وفق صيغة أو أسلوب "البوت" (B.O.T) كان بعد انهيار الاشتراكية، واتجاه كثير من الدول إلى الخصخصة وتحرير التجارة الدولية، وانتشار العولمة، والتطور المتسارع في مختلف المجالات، وعدم قدرة بعض الدول على النهوض ببعض المشاريع التنموية أو صيانتها بسبب تكلفتها الكبيرة، أو لما تتطلبه من تكنولوجيا متطورة لا تمتلكها؛ فظهرت الحاجة إلى اعتماد أساليب عديدة في التعاقد تهدف إلى تحقيق هذه التنمية على مختلف المستويات: العلمية مثل عقود نقل التكنولوجيا، والاقتصادية، والاجتماعية...الخ.

هذا النوع من العقود يقتضي إشراك القطاع الخاص في مجالات الاستثمار ذات الأهمية الكبرى، لا سيما البنى التحتية أو تلك التي لها علاقة بالتنمية، مع الدولة أو الجهات الحكومية.

فعقد "البوت" "B.O.T» «Build Operate Transfer» أو "C.E.T" «Construire, Exploiter et Transférer»، أو ما يسمى بعقود البناء والتشغيل أو الاستغلال، وإعادة أو نقل أو تحويل الملكية، مقتضاه أن تقوم شركة تدعى بشركة المشروع

---

(1) – ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص49.

أما بخصوص عقود الامتياز، فلعل من أوائل وأشهر العقود التي تمت بنمط عقد البوت (B.O.T) هو عقد إنشاء قناة السويس بمصر بتاريخ 1854/11/30، والذي منح الامتياز لمدة 99 سنة للسيد "فرديناند دوليسبس" "Ferdinand DE LESSEPS".

انظر: أنجلو سماركو، قناة السويس تاريخها ومشكلاتها وفقا للوثائق المصرية والأوروبية غير المنشورة، ترجمة: ولاء عفيفي عبد الصمد وآخرون، مطبعة دار الكتب والوثائق القومية، القاهرة، مصر، 1436هـ- 2015م، ص183 وما بعدها؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص93؛ إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص41.

(2) - ذكر ذلك: إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص64؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص92- 93؛ حصايم سميرة، عقود البوت B.O.T إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير، فرع القانون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2011/04/12، ص3؛ صبوع صهيب، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2012- 2013م، ص7.

(3) - NIJEL. J. Smith, engineering project mangment, blackwell science Ltd, 2 edition, 2002, P.308.

ببناء مرفق عام وتشغيله واستغلاله مدة من الزمن بتمويل خاص منها، وبعد انتهاء هذه المدة تعيد هذا المشروع وتنقل ملكيته – أو بالأحرى حيازته- إلى الدولة أو الهيئة الإدارية المانحة لهذا المشروع، وتكون قد استوفت شركة المشروع حقها من خلال تشغيل واستغلال ذلك المشروع[1].

ويرجع البعض وجوده إلى ما بين القرن السابع عشر[2] والتاسع عشر إثر التطور الحاصل في عقد الامتياز[3]. أو ما يسمى بعقود الالتزام التي ظهرت في مجال إنشاء القنوات والجسور، والمياه والنقل...الخ

إلا أن فكرته تعود إلى زمن ليس بالقريب؛ حيث عرف هذا النمط من التعاقد – أي البناء أو تمويل مشروع واستغلاله ثم إعادته بعد فترة إلى مانح المشروع- إلى الفترة الرومانية؛ حيث كان القطاع الخاص يمول مشاريع الطرق والجسور، ويُحصّلون ما أنفقوا من عند المنتفعين بخدمات تلك المشروعات[4]. كما أن الفقه الإسلامي منذ ما يزيد عن 12 قرنا ورد فيه ما يشير إلى ذلك؛ حيث ورد في مصنف ابن أبي شيبة بأن محمدًا كان يكره أن يستأجر الرجل العرصة فيبني فيها من أجرها[5]. والعرصة هي الأرض البيضاء أو الأرض البور، يقوم أحد باستئجارها ولا يدفع لصاحبها شيئا، بل يقوم ببنائها والانتفاع بهذا البناء مدة من الزمن، ثم يردّ الأرض والبناء لمالك الأرض، فتكون قيمة البناء وقت التسليم هي الأجرة[6]. وورد ذلك أيضا في الذخيرة للقرافي، من أنه إذا أعار شخص أرضا عشر سنين يغرس فيها، ويأخذ غلتها، ثم يعيدها إلى صاحبها بغرسها، جاز ذلك عند أشهب مثل جواز البنيان إذا سمي مقدار الشجر[7].

إن عقود "البوت" (B.O.T) تتطلب أطرافا لتحقيقها، والطرف البارز فيها هو الدولة أو إحدى الإدارات أو الهيئات العامة فيها من جهة، ومن جهة ثانية، أحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، محليين أو أجانب أو مشتركين. كما أنها تمر بمراحل متعدّدة، تبدأ بمرحلة التحضير للمشروع واختيار الملتزم بهن وتنتهي بمرحلة إعادة المشروع وأصوله إلى مانحه،

---

(1) – جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص6؛ ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص17؛ إلياس ناصيف، عقد الـ B.O.T، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006، ص82- 84.

(2) Euloge Anicet NKOUNKOU, les projets bu/ld, opera te and transfer (BOT): une démarche contractuelle efficace dans les investissements internationaux, une démarche contractuelle efficace dans les investissements internationaux, Maître en P16. droit, option recherche et droit des affaires, Faculté de droit, Université de Montréal, Novembre 2002,

(3) - إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه منشورة، دون ذكر دار نشر، القاهرة، مصر، 1424هـ-2003م، ص1- 3؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص92.

(4) – ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص47- 48.

(5) - عبد الله بن محمد بن إبراهيم بين أبي شيبة، المصنف، تحقيق: أسامة بن إبراهيم بن محمد، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1429هـ- 2008م، مج7، ص624، رقم 23556.

(6) - ناهد علي حسن السيد، حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، ورقة بحثية مقدمة إلى المؤتمر التاسع عشر لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والذي أقيم في الفترة من (1- 5 جمادي الأولى 1430هـ) الموافق (26-30 أبريل 2009م)، بإمارة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ص21.

(7) - أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1994م، ج6، ص143.
وهناك من يذكر بأن عقد "البوت" (B.O.T) ما هو إلا تطوير غربي لصور الوقف غير التقليدية في الفقه الإسلامي، مثل: التحكير، الإجارتين، المرصد، الاستصناع، المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك لمؤسسة الوقف، الإجارة التمويلية للوقف.
انظر في ذلك: ناهد علي حسن السيد، المرجع السابق، ص23- 26.

وتتوسط المرحلتين مراحل عدة؛ مما يجعل العلاقة التعاقدية شديدة التعقيد، والالتزامات كثيرة ومتشعبة، وهذا طبعا له بالغ الأثر في تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد؛ هل يعتبر من العقود الإدارية أي من عقود القانون العام، أم هو من عقود القانون الخاص بالنظر إلى التطور الحاصل في هذا المجال، والذي يقتضي الخروج عن عقود الامتياز التقليدية التي تكون فيها الإدارة صاحبة السلطة المطلقة، وبالتالي يمكن اعتباره من عقود القانون الخاص، والذي تلعب في الإرادة دورًا جوهريا في مختلف مراحل العقد، من إنشائه إلى حين انتهائه؟

المبحث الأول: البوت "B.O.T" عقد إداري

يرى جانب من الفقه والقضاء والتشريع بأن عقد البوت (B.O.T) من العقود الإدارية، أي إنه من عقود القانون العام، يتعلق أساسًا بإدارة المرافق العامة، حيث يكون فيه طرفان غير متساوين، أحدهما يمثل الدولة أو أحد هيئاتها – في الغالب- والثاني أحد أشخاص القانون الخاص؛ وهذا يقتضي وجود إجراءات خاصة لإبرام مثل هذه العقود، تختلف عن العقود التي تبرم في ظل القانون المدني أو التجاري (مطلب أول)، وللإدارة فيه حقوق في مواجهة الطرف المتعاقد معها، تختلف عن تلك الموجدة في عقود القانون الخاص (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول: عقد البوت (B.O.T) له خصائص العقد الإداري

يرى اتجاه بأن عقد البوت (B.O.T) لا بد أن تكون الإدارة طرفا فيه، وأن يتعلق بنشاط مرفق عام، وأن يتضمن شروطًا غير مألوفة[1]، وبالتالي فهو عقد إداري ما دام قد استجمع أركان العقد الإداري الثلاثة[2]، بل هناك من يكتفي بأحدها فقط ليصنفه بأنه عقد إداري[3]. وهذا ما أشارت إليه محكمة القضاء الإداري في مصر من أن: «التزام المرافق العامة ليس إلا عقدا إداريا يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة من الزمن واستيلائه على الأرباح...»[4].

كما نص المشرع الفرنسي في الأمر 2004- 559، المتعلق بعقود الشراكة[5]، بأن العقود المبرمة مع أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، المنصوص عليها في المادة 6 من القانون 2003 – 591 المتعلق بتمكين الحكومة من تبسيط القانون[6]، والتي من بينها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية؛ **عقود إدارية**.

---

(1) – راجع: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص137؛ جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص53؛ ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص157-158.

(2) – انظر: ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص158.

(3) – انظر: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص51- 52.

Maurin, André, droit administratif, Dalloz, 10 éd, 2016, P100.

(4) – ذكره: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص53- 54.

(5) - Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JORF n°141 du 19 juin 2004, p.10994.

(6) - LOI n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, JORF n°152 du 3 juillet 2003, p.11192.

فارتباط هذا النوع من العقود بالمرفق العام من ناحية الإنشاء أو الصيانة أو التجديد، والذي يحقق مصلحة عامة، يضفي عليه الصفة الإدارية؛ فلا يعقل مثلا أن نكون أمام إنشاء مطار أو ميناء (مدني أو عسكري) وفق أسلوب البوت "B.O.T"، ثم نطبق عليه أحكام القانون الخاص، ونقول بأن طرفي التعاقد في مركزين متساويين؛ فهذا الأمر يمس بسيادة وأمن الدولة مانحة المشروع، لا سيما إن كان الطرف المتعاقد أجنبيًّا[1].

وقد نص المشرع الجزائري صراحة في المادة 10 من الأمر 08- 04 على أن الامتياز المتعلق بالمشاريع الاستثمارية التي تكون على أراضي أملاك الدولة، يكون بموجب عقد إداري تعدّه إدارة أملاك الدولة[2]، كما نص في المادة 76 من قانون 05-12 المتعلق بالمياه[3]، على أن امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه من عقود القانون العام حتى ولو كان المتعاقد من أشخاص القانون الخاص؛ مما يعني أن الإدارة في تعاقدها مع المستثمرين وفق نظام البوت "B.O.T" في الجزائر تتمتع بامتياز السلطة العامة، حيث تقوم هي بوضع بنود وشروط العقد وفق ما تراه يحقق مصلحتها (الصالح العام) كما سنوضحه لاحقا.

واعتبار عقد البوت (B.O.T) بأنه من العقود الإدارية، يعني أنّ التراضي فيه سيتم وفقًا لإجراءات ومراحل معينة تختلف عن العقود العادية، منها: وضع الدولة أو الجهة المانحة للمشروع شروط العقد وإعطاء التراخيص، صدور تشريع خاص بذلك، التصديق عليه من السلطة التنفيذية أو من السلطة التشريعية... لا سيما بخصوص تلك العقود التي تتعلق بالاستغلال في مجال المحروقات، أو ذات الاستراتيجية الخاصة (الأمنية والعسكرية)، أو عقود نقل التكنولوجيا[4].

على أن تفاصيل هذا الأمر تختلف عن المعهود في القوانين الخاصة، لا سيما وأن الدولة عندما تتعاقد مع شخص من أشخاص القانون الخاص إما أن تتعاقد بنفسها من خلال من يمثلها، وإما أن تقوم بإبرامها أحد الأجهزة التابعة لها؛ فنكون أمام المشاريع العامة الإدارية ذات الطابع المصلحي أو الإداري التي تخضع للقانون العام واستثناءً للقانون الخاص، أو أمام المشاريع العامة الاقتصادية التي تكون فيها الأنشطة مماثلة لأنشطة الأفراد العاديين وتخضع للقانون الخاص[5].

لكننا نشير إلى أن تبادل وتطابق الإيجاب والقبول بين المتعاقدين لا يخرج عمّا هو معروفٌ في القواعد العامة للقانون المدني؛ فيكون الإيجاب غالبا من طرف الدولة أو أحد أجهزتها، حيث تطرح المشروع للتعاقد، ويتم القبول عن طريق الدخول لهذا العرض من طرف الخواص الذين تتوفر فيهم الشروط المحددة، أو تكون الدعوة إلى التعاقد من الطرف الجهة الحكومية، ويكون الإيجاب بتقديم العطاءات من الخواص؛ ليرسو الأمر على أحدهم.

---

(1) – صبوع صهيب، المرجع السابق، ص61.

(2) – نصت المادة 10 من الأمر 08- 04 على الآتي: «يُكَرَّسُ الامْتِيَازُ المَذْكُورُ فِي المَادَّةِ 4 أَعْلاَهُ بِعَقْدٍ إِدَارِيٍّ تُعِدُّهُ إِدَارَةُ أَمْلاَكِ الدَّوْلَةِ...».

(3) – قانون 05-12، مؤرخ في 04 أغسطس 2005، يتعلق بالمياه، معدل ومتمم، جريدة رسيمة عدد 60، صادرة في 04 سبتمبر 2005، ص3.

(4) – ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص98- 99.

(5) – انظر في تفصل ذلك: ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص102- 106.

وعلى ذلك، يتم التعاقد بأسلوب البوت "B.O.T" عموما بطريقتين: الأولى دعوة المستثمرين إلى تقديم عطاءات عن طريق المناقصة أو المزايدة تطرحها الجهة الحكومية[1]، وتضع فيها شروطها، ويقدم المستثمرون عروضهم ويضمنونها خطّة إعداد المشروع والجدول الزمني التفصيلي لإنجازه، والنواحي الفنية والمالية له، ليتم بعدها اختيار المتقدّم بأحسن عرض، لكن هذا ليس ملزما للإدارة، بل لها إلغاء المناقصة أو المزايدة أو العدول عنها إذا ما رأت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك. مع الإشارة إلى أنه لا يشترط أن تطبق على عقد البوت "B.O.T"، القوانين الخاصة بالمناقصات والمزايدات، بشرط توافر عنصري المنافسة العلانية[2]؛ أما الثانية فهي عن طريق الاتفاق المباشر دون مراعاة الإجراءات والشروط الشكلية التي تتطلبها المناقصات[3].

وبخصوص الجزائر، التعاقد بأسلوب "B.O.T" وفقًا للنصوص القانونية، يكون بموجب عقد امتياز تمنحه الدولة أو أحد هيئاتها، مدة طويلة من الزمن تصل إلى 99 سنة وفق ما نص عليه الأمر 08- 04[4]، الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية[5]، لإحدى المؤسسات أو الهيئات العمومية أو لأحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص لأجل إنجاز مشاريع استثمارية، وهذا ما نص عليه الأمر 08- 04, وهذا الامتياز يمنح على أساس دفتر شروط عن طريق التراضي[6]. فمدة العقد محددة من طرف واحد هو الإدارة، وتجديد العقد من عدمه تتحكم فيه الإدارة كذلك، وشروط العقد تحددها الإدارة وتجعلها ضمن دفتر شروط، فيكون الرضاء من طرف المتعاقد الثاني بالتسليم لتلك الشروط.

---

(1) – كان المشرع الجزائري يأخذ بنظام المزايدة المفتوحة أو المقيدة في المادة 3 من الأمر 08-04، قبل تعديها، ثم بقي منح الامتياز عن طريق التراضي.

(2) – جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 111 وما بعدها؛ ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص74 وما بعدها.

(3) – ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص86-87.

(4) – مؤرخ في 1 سبتمبر 2008، جريدة رسمية عدد 3، صادرة في 3 سبتمبر 2008، ص3.

(5) – نصت المادة 4 من الأمر 08-04 على أن مدة الامتياز لا تقل عن 33 سنة قابلة للتجديد، لكن لا يظهر منها أن التجديد يقتصر على الامتياز الذي تكون مدته 33 سنة، وأن الامتياز إما أن يكون 33 سنة وإما ضعفي المادة أي 66 سنة، فيجدد لـ 33 سنة أخرى فقط، أو يعقد من البداية لمدة 99 سنة، لكن يتوضح ذلك من خلال نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي 09- 152، الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (مؤرخ في 2 مايو 2009، جريدة رسمية عدد 27، صادرة في 6 مايو 2009، ص4)؛ حيث قرر المشرع أن هذه المدة (أي مدة 33 سنة) قابلة للتجديد مرتين، وهذا حتى لا يستمر الامتياز لأكثر من 99 سنة في كافة الأحوال.

كما نص في المادة 75 من المرسوم التنفيذي رقم 12- 427، الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، مؤرخ في 16 ديسمبر 2012، جريدة رسمية عدد 69، صادرة في 19 ديسمبر 2012، ص14؛ على أن مدة الامتيازات المتعلقة بالأملاك العمومية المخصصة للاستعمال المشترك بين الجمهور يجب أن لا تتجاوز 65 سنة، ولم يحدد المدة الدنيا، وهل يمكن تجديده أم لا. في حين نص في المادة 37 من المرسوم التنفيذي 07- 69، سالف الذكر، بأن مدة الامتياز هي 20 سنة قابلة للتجديد، لكنه لم يحدد المدة القصوى لذلك.

وهذه المدد المقررة للامتياز - في اعتقادي- تشكل خطرًا على الأملاك الخاصة للدولة؛ فهي طويلة حتى دون تجديد، وتجعل المستثمر شبه مالك للأراضي التي تم إنجاز المشروع عليها، فما بالك بإعادة تجديد العقد.

(6) – المادة 3 من الأمر 08-04، المعدلة بموجب المادة 15 من القانون 11-11، المتضمن قانون المالية لسنة 2011، مؤرخ في 18 يوليو 2011، جريدة رسمية عدد 40، صادرة في 20 يوليو 2011، ص4.

وقبل التعديل كان الامتياز يمتح عن طريق المزاد العلني (المفتوح أو المقيد)، وإما عن طريق التراضي.

وقد وضحت المادة 5 من القانون 08-04 سالف الذكر، المعدلة بنص المادة 34 من القانون 12-12 المتضمن قانون المالية لسنة 2013[1]، بأن ترخيص الامتياز بالتراضي يكون **بقرار من الوالي**، بعد استشارة بعض الهيئات ذات الصلة، وموافقة الوزير المكلف بتهيئة الإقليم بالنسبة للأراضي الواقعة داخل حدود المدينة الجديدة، وموافقة الوكالة الوطنية لتطوير السياحة بالنسبة للأراضي التبعة لمناطق التوسع السياحي.

المطلب الثاني: سلطات الإدارة في مواجهة صاحب المشروع

إن الهيئة المانحة للمشروع تتعاقد بصفتها سلطة عامة، وتُخضِعُ الملتزم إلى القواعد التي تنظم سير المرفق العام؛ ولها في إطار ذلك حق الرقابة والتوجيه (فرع أول)، ولها كذلك تعديل العقد بل وفسخه بإرادتها المنفردة (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: للإدارة حق الرقابة على استغلال وتشغيل المشروع

بما أن الإدارة هي التي منحت حق الامتياز لشركة المشروع، وهي من وضعت شروطه وبنوده؛ فإن لها الحق في مراقبة صاحب الامتياز، وأن تتحقق من تنفيذه للعقد وفق ما تم الاتفاق عليه، وأن المشروع وقت إنجازه، وبعد إنجازه – أي في مرحلة التشغيل- يسير بشكل حسن. بل يكون للإدارة ذلك حتى ولو لم ينص عقد الامتياز على ذلك، استنادًا إلى الطبيعة الذاتية للعقد الإداري[2].

وتشمل الرقابة النواحي المالية، الإدارية والفنية، ومن ذلك مثلا أن تقدم شركة المشروع للهيئة المانحة كشوف وبيانات الحسابات عند طلبها، بل وللإدارة أن تقوم بفحصها في أي وقت شاءت[3]. ولها أيضا أن تتدخل في التنفيذ فتطالب صاحب المشروع مثلا بالإسراع في معدل التنفيذ أو تعديل طريقته أو وجوب الاستعانة بعمال آخرين[4].

وفي هذا الصدد نجد المشرع الجزائري قد نص في المادين 45 و46 - على التوالي- من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بالحقوق والواجبات المرتبطة بامتياز استعمال واستغلال المياه الحموية:

«تَحْتَفِظُ السُّلْطَةُ المَانِحَةُ [مانحة] الاِمْتِيَازِ، فِي أَيِّ وَقْتٍ، بِحَقِّ القِيَامِ بِالتَّفْتِيشَاتِ الضَّرُورِيَّةِ لِلْسَّهَرِ عَلَى التَّنْفِيذِ الكَامِلِ لِأَحْكَامِ دَفْتَرِ الشُّرُوطِ هَذَا.

يَجِبُ عَلَى صَاحِبِ الاِمْتِيَازِ، فِي هَذَا الشَّأْنِ، مَنْحُ الأَعْوَانِ المُؤَهَّلِينَ وَالمُعْتَمَدِينَ قَانُونًا كُلَّ التَّسْهِيلاَتِ لِأَدَاءِ مَهَامِّهِمْ.

---

[1] – مؤرخ في 26 سبتمبر 2012، جريدة رسمية عدد 72، صادرة في 30 ديسمبر 2012، ص2.

وقبل التعديل كان ترخيص الامتياز الذي يجري عن طريق المزاد العلني يمنح بقرار وزاري؛ فيكون بقرار من وزير السياحة إذا ما وقع على عقار بالسياحة، وبقرار من وزير الصناعة إذا ما وقع على عقارات تابعة للهيئات العمومية المكلفة بالضبط والوساطة العقارية، وبقرار من الوزير المكلف بتهيئة الإقليم، إذا ما كان العقار تابعًا لمحيط مدينة جديدة، وبقرار من الوالي المختص إقليميا.

[2] – جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص199- 200؛ نوفان العقيل العجارمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لـ B.O.T وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني، دراسات، الشريعة والقانون، المجلد 40، ملحق 1، 2013، ص1054- 1055؛ محمد صلاح، دور الشراكة بين القطاعين العام والخاص في رفع عوائد الاستثمار في البنى التحتية للاقتصاد وفق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية – حالة بعض اقتصاديات الدول العربية- أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة الشلف، 2014- 2015، ص242- 243.

[3] – محمد صلاح، المرجع السابق، ص243.

[4] – جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص198- 199.

Maurin, André, droit administratif, Dalloz, 10 éd, 2016, P100.

كَمَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَيْضًا، أَنْ يُرْسِلَ إِلَى الْمُؤَسَّسَاتِ الْمُكَلَّفَةِ بِالْمُرَاقَبَةِ، كُلَّ الْمَعْلُومَاتِ وَالْمُعْطَيَاتِ التِي تَطْلُبُهَا».

«...يَخْضَعُ لِمُرَاقَبَةِ السُّلْطَةِ المَانِحَةِ [مانحة] الاِمْتِيَازِ الّتِي يُمْكِنُهَا أَنْ تَتَأَكَّدَ فِي كُلِّ وَقْتٍ مِنْ أَنَّ النَّشَاطَاتِ تَمَّتْ بِعِنَايَةٍ».

وهذا أمر طبيعي؛ فكون الامتياز ممنوحًا من قبل جهة حكومية لأجل تحقيق مصلحة عامة، لكافة المواطنين أو لفئة معينة، خلال فترة معينة، يقتضي منها السّهر على تحقيق تلك المصلحة، وهذا لا بد له من القيام برقابة نشاط وعمل صاحب الامتياز عند إنشاء المشروع وعند استغلاله وتسييره، ولهذا في سبيل ذلك ممارسة هذا الحق في أي وقت شاءت، وللطرف الآخر تقديم كافة التسهيلات لإتمام عملية الرقابة، وإعطاء كافة التوضيحات التي تطلبها مصلحة الرقابة.

الفرع الثاني: حق الإدارة في تعديل أو إنهاء العقد بإرادتها المنفردة

للإدارة - فوق حقها في الرقابة- أن تقوم بتعديل بنود العقد لا سيما قواعد تنظيم واستغلال المرفق، كأن تقوم بتعديل أسعار استغلال المرفق بما يناسب المستفيدين منه أو من خدامته، أو بما يخفض قيمة الأرباح الكبيرة التي تجنيها شركة المشروع حتى تعود إلى حد مقبول. ولها إنهاء العقد بإرادتها المنفردة إذا كان هناك إخلال أو تقصير من شركة المشروع[1]، بل لها استرداد المشروع وذلك في حالة ما إذا كانت المصلحة العامة تقتضي استغلاله وتشغيله مباشرة من طرف الإدارة[2].

في هذا الصدد نصت المادة 1/76 من المرسوم التنفيذي 12- 427، الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة على الآتي: «يَبْقَى شُغْلُ الأَمْلاَكِ العُمُومِيَّةِ المُخَصَّصَةِ لاِسْتِعْمَالِ الجُمْهُورِ شُغْلاً خَاصًّا لَهُ طَابَعٌ تَعَاقُدِيٌّ، شُغْلاً مُؤَقَّتًا **وَقَابِلاً لِلْنَّقْضِ. وَتَمْلِكُ الإِدَارَةُ حَقَّ إِلْغَائِهِ بِدَافِعِ المَنْفَعَةِ العَامَّةِ، وَحُرِّيَّةَ إِبْرَامِ العَقْدِ أَوْ رَفْضِ إِبْرَامِهِ، أَوْ الاِعْتِرَاضِ عَلَى تَجْدِيدِهِ بِدَافِعِ المَنْفَعَةِ العَامَّةِ**، مَا عَدَا الحَالاَتِ التِي يَنُصُّ عَلَيْهَا القَانُونُ». وهذا يُظهر بأن مبدأ سلطان الإرادة في هذا العقد مقيّد بشكل كبير؛ فأحد الطرفين يضع شروطه ويفرضها على الآخر، فتكون إرادته هي المسيطرة، والثاني يذعن لتلك الشروط ويسلّم لها، فتكون إرادته تابعة لإرادة الأول.

---

[1] – ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، 158.

[2] – محمد صلاح، المرجع السابق، ص243.

وقد طبق القضاء الفرنسي مبدأ حق الإدارة في إنهاء العقد دون أن يرتكب المتعاقد معها أي خطأ، في حالة القوة القاهرة، أو في حالة اختلال التوازن المالي للعقد. انظر على سبيل المثال القرارين:

CE Ass. 9 déc. 1932, compagne des tramways de Cherbourg (Rec. 1050, concl. Josse; D. 1933.3.17, concl., note Pelloux; RD publ. 1933.117, concl., note Jèze; S. 1933.3.9, concl., note P. Laroque).

Long, Marceau et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 20 éd, Paris, 2015, pp175- 176.

CE Ass. 2 Mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Rec. 246; AJ 1958.II.282, concl Khan; D. 1958.730, note de Laubadère.

Long, Marceau et autres, op. cit, p117.

كما أن للجهة الإدارية الحق في توقيع غرامات التأخير إذا ما تقاعس الملتزم (صاحب المشروع) عن الوفاء بالتزاماته أو عن تنفيذ المشروع خلال المدة المتفق عليها، كما لها التدخل لتحديد الرسوم التي يقوم بدفعها المستفيدون من خدمات المرفق، بل ولها أن تحلّ محلّ صاحب المشروع إذا مر رأت تقصيرًا منه في تشغيله وتسييره[1].

على أن هذا العقد الإداري ذو طبيعة خاصة؛ لذا جاء في القرار المشار إليه أعلاه ما يأتي: «فَالاِلْتِزَامُ عَقْدٌ إِدَارِيٌّ ذُو طَبِيعَةٍ خَاصَّةٍ، وَمَوْضُوعُهُ إِدَارَةُ مِرْفَقٍ عَامٍّ، وَلاَ يَكُونُ إِلاَّ لِمُدَّةٍ مَحْدُودَةٍ، وَيَتَحَمَّلُ الْمُلْتَزِمُ بِنَفَقَاتِ الْمَشْرُوعِ وَأَخْطَارِهِ الْمَالِيَّةِ وَيَتَقَاضَى عِوَضًا فِي شَكْلِ رُسُومٍ يُحَصِّلُهَا مِنَ الْمُنْتَفِعِينَ...»[2].

وهذا يعني أنه حتى مع اعتباره من عقود الإدارة العامة إلا أنّ له خصوصية تتعلق بالامتيازات الممنوحة لشركة المشروع، وبالالتزامات الواقعة عليها؛ كونه واردًا على نشاط اقتصادي، وبالتالي قد يصبح الأمر معقدًا إذا ما مارست الإدارة سلطتها في تقدير المشروع أو رفضه أو حرمان صاحبه من الامتيازات[3]. فيكون عليها تعويض صاحب المشروع إذا لم يصدر منه أي تقصير أو إخلال[4].

وحتى لو لم يتم إدراج شروط استغلال المرفق العام (المشروع) وكيفية سيره في العقد، أو تم استبعادها، فإنها تبقى سارية في حق صاحب المشروع – وكل من تربطه علاقة بالجهة المانحة- ولا يمكن اعتبار أنه تم التنازل عنها كليا أو جزئيًّا[5]؛ وما النص على أن للإدارة الحق في تعديل العقد، أو أن لها استعمال سلطاتها بشكل عام باعتبارها إدارة، إلا أمرًا كاشفا لحقها في ذلك وليس مُنشِئًا له[6].

---

[1] – صبوع صهيب، المرجع السابق، ص61.

[2] – ذكره: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص54.

وقد نص المشرع الجزائري صراحة في المادة 43 من دفتر الشروط النموذجي، المتعلق بالحقوق والواجبات المرتبطة بامتياز استعمال واستغلال المياه الحموية، على أن صاحب الامتياز يتحمل كافة الأضرار التي تلحق الغير بسبب الامتياز، وعليه أن يكتتب جميع عقود التأمين المنصوص عليها في القوانين المعمول بها.

انظر: الملحق الثاني للمرسوم التنفيذي 07-69، مؤرخ في 19 فبراير 2007، يحدد شروط وكيفيات منح امتياز استعمال واستغلال المياه الحموية، جريدة رسمية عدد 13، صادرة في 21 فبراير 2007، ص14.

[3] – ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص159.

[4] – نصت المادة 2/76 من المرسوم التنفيذي 12- 427 على أن: «لِصَاحِبِ الاِمْتِيَازِ...الحَقُّ فِي الحُصُولِ عَلَى تَعْوِيضٍ إِذَا غَيَّرَتِ الإِدَارَةُ عَقْدَ الشُّغْلِ أَوْ أَلْغَتْهُ قَبْلَ اِنْقِضَاءِ الأَجَلِ المُتَّفَقِ عَلَيْهِ، غَيْرَ أَنَّهُ يُرْفَضُ الحَقُّ فِي التَّعْوِيضِ إِذَا فُسِخَ العَقْدُ بِسَبَبِ عَدَمِ اِحْتِرَامِ الشَّاغِلِ لِلْشُّرُوطِ التَّعَاقُدِيَّةِ». في حين نصت المادة 12 من الأمر 08- 04 على خلاف ذلك: «يَتَرَتَّبُ عَنْ كُلِّ إِخْلاَلٍ مِنَ المُسْتَفِيدِ مِنَ الاِمْتِيَازِ لِلْتَّشْرِيعِ السَّارِي المَفْعُولِ وَلِلْاِلْتِزَامَاتِ الّتِي يَتَضَمَّنُهَا دَفْتَرُ الأَعْبَاءِ اِتِّخَاذُ إِجْرَاءَاتٍ مِنْ أَجْلِ إِسْقَاطِ حَقِّ الاِمْتِيَازِ... تَدْفَعُ الدَّوْلَةُ نَتِيجَةَ إِسْقَاطِ حَقِّ الاِمْتِيَازِ تَعْوِيضًا مُسْتَحَقًّا...».

[5] – انظر: أمال بولغاب، عقد البوت (B.O.T) بين سلطة الإدارة وسلطة الإرادة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتمنغاست، العدد 3، جانفي 2013، ص146 - 147.

[6] – وهذا هو الرأي الراجح في الفقه الفرنسي، وما قرره القضاء المصري. انظر في ذلك: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص202- 205.

وانظر في القضاء الفرنسي قرار محكمة التنازع مثلا:

TC 2 mars 1987, société d'aménagement et de développement de Briançon-Montgenèvre c. commune de Montgenèvre, RFDA 1987.191, note F.M.

V: Long, Marceau et autres, op. cit, p118.

ويترتب على اعتبار عقد الـ "B.O.T" عقدا إداريا خضوعه لمراجعة مجلس الدولة إذا زادت قيمته على حدٍّ معين، كما يخضع للقضاء الإداري إذا لم يتضمن شرطًا أو نصًّا يقضي بالتحكيم[1].

وخلاصة القول، أن هذا الاتجاه يقرر بأن عقد البوت "B.O.T" من العقود الإدارية، وما هو إلا نمط حديث من عقود الامتياز التقليدية؛ يُبرم بين جهة حكومية وبين أحد أشخاص القانون العام أو الخاص، تتمتع فيه الجهة الحكومية بامتيازات السلطة العامة، وتعلو فيه إرادتها على إرادة المتعاقد معها، بحجة تحقيق المصلحة العامة، ويخضع في أحكامه لقواعد القانون العام.

المبحث الثاني: عقد البوت (B.O.T) ليس عقدًا إداريًّا خالصًا

في مقابل الاتجاه الأول، يرى جانب آخر من الفقه بأن عقد "البوت" "B.O.T" ينتمي إلى عقود القانون الخاص، حيث إنه لا يحتوي على الشروط المميزة للعقد الإداري بل فيه مواصفات عقود القانون الخاص (مطلب أول)؛ إذ حتى يعتبر العقد إداريًّا يشترط الفقه الإداري – في فرنسا ومصر- بأن تجتمع فيه الشروط الثلاثة السابق ذكرها معًا، في حين أننا لا نجدها هنا مجتمعة. ويرى فريق آخر بأن هذا العقد له طبيعة خاصة تختلف من حالة إلى حالة، فقد ينتمي أحيانا إلى عقود القانون العام وأحيانا إلى عقود القانون الخاص (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول: احتواء عقد البوت (B.O.T) على مواصفات عقود القانون الخاص

من أهم ما يميز عقود القانون الخاص أنها تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، أي أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن طرفيه يقفان على قدم المساواة، وعقد البوت (B.O.T) لا يخرج عن هذا المبدأ، فهو من الناحية العملية يقوم على أساس حقوق والتزامات متوازنة بين الطرفين، وليس فيه للجهة الحكومية تلك السلطات التي تميزها عن الطرف الآخر، وليس فيه كذلك تلك الشروط الاستثنائية التي لا تكون عادة في العقود التي تنتمي إلى القانون الخاص، بل يكون التعاقد على قدم المساواة[2].

كما أن عقد (B.O.T)، من العقود المصبوغة بالصبغة الاقتصادية، فهو عقد لأجل إنشاء وتشغيل مشروع مُموَّل من طرف القطاع الخاص، وحينها لابد للدولة أن تتعاقد معه طبقا لآليات اقتصاد السوق، والتي تحتّم عليها أن تتنازل عن امتيازات السلطة العامة والتعامل مع الطرف الآخر على قَدم المساواة، وهذا طبعًا لأجل تشجيع الاستثمار الخاص وتيسير التعامل، والانتقال من الاقتصاد الموجّه إلى اقتصاد السوق[3].

جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية: «اِلْتِزَامُ المَرَافِقِ العَامَّةِ هُوَ عَقْدٌ الغَرَضُ مِنْهُ إِدَارَةُ مِرْفَقٍ عَامٍّ **ذِي صِفَةٍ اِقْتِصَادِيَّةٍ** وَيَكُونُ هَذَا العَقْدُ بَيْنَ جِهَةِ الإِدَارَةِ المُخْتَصَّةِ بِتَنْظِيمِ هَذَا المِرْفَقِ وَبَيْنَ فَرْدٍ أَوْ شَرِكَةٍ يُعْهَدُ إِلَيْهَا بِاسْتِغْلاَلِ المِرْفَقِ

---

[1] – ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص159- 160.

[2] – ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص177.

[3] – ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص178- 179.

فَتْرَةً مُعَيَّنَةً مِنَ الزَّمَنِ، فَإِذَا اِنْتَهَتْ مُدَّةُ الاِلْتِزَامِ وَعَادَ المِرْفَقُ إِلَى الإِدَارَةِ فَإِنَّ هَذِهِ الأَخِيرَةَ لاَ تُعْتَبَرُ بِمَثَابَةِ خَلَفٍ خَاصٍّ أَوْ عَامٍّ عَمَّنْ كَانَ يَقُومُ بِإِدَارَتِهِ وَمِنْ ثَمَّ فَلاَ تَلْتَزِمُ بِمَا عَلِقَ مِنْ دُيُونٍ أَوْ اِلْتِزَامَاتٍ فِي ذِمَّةِ المُسْتَغِلِّ بِسَبَبِ إِدَارَةِ المِرْفَقِ[1].

يضاف إلى ذلك أنه لا يمكن اعتبار العقد إداريا إذا لم يكن أحد طرفيه شخصًا من أشخاص القانون العام، حتى ولو تعلق بنشاط مرفق عام[2]، وعقد البوت (B.O.T) لا يحوي دائمًا على شخص من أشخاص القانون العام بل قد يكون طرفاه من أشخاص القانون الخاص، وقد أجمع الفقه على أن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه ينتمي إلى أشخاص القانون العام، لا يكون عقدًا إداريًّا مطلقًا[3].

وحتى لو كان أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام، فإنه يتعاقد مع أحد أشخاص القانون الخاص دون أن يتضمن العقد شروطًا استثنائية تجعله في نطاق القانون العام، وهذا الأمر فرضته متطلبات التجارة الدولية بأن تجعل الدولة تتنازل عن سلطاتها الإدارية في العقود الإدارية لتصبح شأنها شأن الأفراد العاديين، لا سيما إن كان الطرف المتعاقد أجنبيا حيث يفترض أن يكون على قدم المساواة مع الإدارة، وبالتالي فالمنازعات التي قد تثور بشأنها تخضع للقانون الخاص، وينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء العادي[4].

وقد قرر القضاء الفرنسي في مرات عديدة بأن العقد الذي يكون أحد أطرافه من أشخاص القانون الخاص يبقى دائمًا من العقود الخاصة، حتى ولو تضمن شروطًا استثنائية، أو كان يشير إلى الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأسواق العامة، أو كَثُرَت في العقد عبارات تدلُّ على أنَّ الاتفاق مبرمٌ مع شخص من أشخاص القانون العام[5].

---

(1) – الطعن رقم 148 لسنة 23 قضائية جلسة 1957/05/30، المكتب الفني، السنة الثامنة، العدد 1، القاعدة رقم 59، ص546.

(2) – انظر قراري مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 20 ديسمبر 1961 و 13 ديسمبر 1963 وقرار محكمة التنازع بتاريخ 3 أفريل 1969: ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص164.

«Lorsqu'un contrat est passé entre deux personnes de droit privé, il reste un contrat de droit privé, même s'il contient une clause exorbitante de droit commun»..CE. 20 dec.1961, Sté d'Autoroute Esterel Côte d'Azur

«Un contrat passé entre deux personnes privées n'est pas un contrat administratif même si l'une d'entre elle est chargée d'une mission de service public». TC 03 av.1969, Sté Interlait, CE 13 dec.1963, Syndicat des Praticiens de l'art dentaire.

Les contrats administratifs: http://concoursattache.canalblog.com/docs/Lescontratsadministratifs.doc

تاريخ الاطلاع على الموقع: 2017/08/03.

وانظر في خلاف ذلك قرار محكمة التنازع:

TC. 9 Mars. 2015. Mme Rispal c/ société des autoroutes du sud de la France. RFDA 2015. 265, concl. Escaut, note Canedo-Paris; AJ. 2015.1204, chr. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe; CMP mai 2015, n°110 Devillers; DA mai 2015, n° 34 Brenet; JCP Adm. 2015.2156, note Sestier et 2157, note Hul.

وهو قرار يبرز حالة استثنائية اعتبر فيها العقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص عقدًا إداريا، ولم يحدث ذلك في تاريخ القضاء إلا في قرار صدر عن محمة التنازع بتاريخ 8 جويلية 1963في قضية "Entreprise Peyrot ".

V: Long Marceau et autres, op. cit, p.p936-938.

(3) – انظر في ذلك: ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص185.

(4) – انظر: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص50- 51؛ ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص160- 161.

(5) - (CE sect. 26 janv. 1951, SA minière, Rec.49; CE 14 nov. 1973, société du canal de Provence, Rec. 1030; TC 10 janv. 1983, centre d'action pharmaceutique c, Rec. 535, JCP 1983. II. 19938, concl. Gulphe; AJ 1983.359, note J. Moreau)

ويجدر التنبيه إلى أن عقد البوت (B.O.T) من العقود غير المسماة، وهذا يقتضي خضوعه للقواعد العامة في النظرية العامة للالتزامات، والتي أهم ما فيها مبدأ سلطان الإرادة، حيث تكفي الإرادة للإنشاء الالتزام بمجرد تطابق الإيجاب والقبول من الطرفين؛ ويتضمن ذلك أن للطرفين الحرية في التعاقد من عدمه، وحرية وضع شروط العقد، وتحديد الالتزامات الناشئة عنه، والتي ينبغي أن تنفذ وفقا لما أراده الطرفان، ولا يكون للقاضي حينها أن يتدخل إلا في نطاق معين، مثل حالة تفسير العقد، حيث يبحث عن الإرادة الحقيقية لهما. بل لا يجوز تعديل العقد أو نقضه إنهاؤه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي قررها القانون[1]، وفقا لما تقضي به المادة 106 من التقنين المدني.

كذلك، بما أن عقد البوت "B.O.T" قد يكون من العقود الدولية إذا كان يضم طرفا أجنبيًّا، فإنه يخضع لقواعد تنازع القوانين، وهذه الأخيرة تقضي بتطبيق قانون الإرادة في جوانبه الموضوعية[2]. بل إنّ متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تتعاقد مع الطرف الأجنبي دون امتيازات السلطة العامة وإنما وفق أسلوب القانون الخاص؛ لأن سيادة الدولة تقف عن حدود إقليمها الجغرافي، وغير ذلك يعني إحجام المستثمرين الأجانب عن إبرام عقود البوت[3].

المطلب الثاني: عقد البوت (B.O.T) تختلف طبيعته من حالة إلى حالة

عقد البوت (B.O.T) لا يمكن وصفه بأنه عقد إداري بصفة مطلقة، ولا بأنه عقد ينتمي إلى القانون الخاص، بسبب الطابع الاقتصادي والتجاري له؛ ذلك أنه أحيانا تغلب عليه الصفة الإدارية فتطبق عليه أحكام القانون الإداري، وأحيانا تغلب عليه الصفة الاقتصادي والتجارية، فتطبق عليه قواعد القانون الخاص – المدني والتجاري على الأخص- بل أكثر من ذلك، إذا عرض الأمر على القاضي الإداري، لا مانع من أن يلجأ إلى تطبيق قواعد القانون الخاص لحل النزاع المعروض عليه[4].

وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري، لم يعتبر عقود الامتياز – المبرمة وفق أسلوب البوت – من عقود القانون العام بشكل مطلق، بل كانت له بعض المرونة في هذا الشأن؛ ولهذا نجده قد نص في المادة 81 من القانون 05-12 المتعلق بالمياه على إمكانية منح الامتياز فيما يتعلق بالمياه طبقا لأحكام الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار. مما يعني أنه أراد أن يحدث بعض التوازن بين ضرورة السير الحسن للمرفق العام بما يكون للدولة من سلطة الرقابة والتوجيه، وبين ضرورة جلب رؤوس الأموال المحلية والأجنبية[5] بمنح تحفيزات للمستثمرين من خلال منحهم امتيازات تخرج في العادة عن إطار ما تتميز به عقود القانون العام، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 11 من الأمر 01-03 من إعفاءات في جوانب متعددة (حقوق نقل الملكية، ضريبية، حقوق التسجيل، حقوق جمركية).

V: Long Marceau et autres, op. cit, p.p141-142.

[1] – ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص149- 150.

[2] – انظر: أمال بولغاب، المرجع السابق، ص147.

[3] – ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص179- 180؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص139.

[4] – انظر في المعنى: أمال بولغاب، المرجع السابق، ص146.

[5] – انظر في المعنى: صبوع صهيب، المرجع السابق، ص71.

كذلك ما يلاحظ على هذا النوع من العقود أنه يتضمن في طياته ما يشير إلى طبيعته، ومن ذلك تضمينه بأن الاختصاص بفض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين لا ينعقد لمجلس الدولة بل يتم الفصل فيها عن طريق التحكيم أو عن طريق القضاء العادي[1]. وهنا يمكننا الإشارة إلى أن اتفاقيات الاستثمار المبرمة مع الدولة الجزائرية – الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار- ومع العديد من الشركات الأجنبية وحتى المحلية، نصت على الالتجاء إلى التحكيم لحل الخلافات بين الطرفين، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 18 من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الشركة الوطنية لتطوير الاستثمار، وبين شركة "Hamma Water Desalination"، حيث تم الاتفاق على أن الفصل النهائي في الخلافات يكون أمام المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار "CIRDI"، وأن التحكيم يتم في فرنسا وباللغة الفرنسية[2]. وهذا يعني بأن امتياز السلطة الذي نجده في العقود الإدارية أو عقود القانون العام، قد تزحزح بسبب محتوى عقود الاستثمار هذه، فهذه ليست شروطا موضوعة من قبل الجهة الإدارية الجزائرية بل من قبل الطرف الآخر (المستثمر)، لاسيما مسألة التحكيم في فرنسا وإجرائه باللغة الفرنسية؛ مما يعني أن إرادة الطرف الثاني "شركة المشروع" تقف مساوية لإرادة الجهة الحكومية.

وهذا يؤثّر على سلطات الإدارة المعروفة في العقود الإدارية؛ فلا تستطيع الجهة الإدارية توقيع الجزاءات ذات الصبغة الإدارية في حال إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، كأن توقعها بنفسها دون اللجوء إلى القضاء ودون حاجة إلى وجود نص بذلك في العقد. كما ليس لها أن تسترد المرفق قبل انتهاء المدة المتفق عليها ما لم يتم النص على ذلك صراحة في العقد، مقابل دفع تعويض عادل[3].

وبخصوص سيطرة إرادة الهيئة الإدارية على العقد من حيث التعديل والإلغاء أو الفسخ، فإن هذا أصبح غير مسلم به، إذ يمكن أن توضع شروط بخلاف ذلك، وهذا ما لمسناه في اتفاقيات الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وبين بعض الشركات الاستثمارية، مثل: شركة "Hamma Water Desalination"، وشركة "أقواس سكيكدة"، بخصوص تحلية المياه، حيث ورد في الاتفاقيتين الموقعتين معهما عدمُ جواز تعديلهما إلا بوثيقة مكتوبة وموقعة من الأطراف، وذلك بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار؛ مما يعني أن حق تعديل العقد بالإرادة منفردة للجهة الإدارية المعروفة في عقود القانون العام قد تم التنازل عنه، وأنه لم يعدّ شكلاً مميزًا لامتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية[4]. وحتى لو سلّما بحق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، فإن هذا لا يكون إلا بخصوص الشروط اللائحية التي يتضمنها العقد وليس الشروط التعاقدية، كما لا يحق لها التعديل إلا إذا وُجدت ضرورة مُلجئة[5].

---

(1) – ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص180.

(2) – ذكر ذلك: صبوع صهيب، المرجع السابق، ص71- 72.

(3) – انظر: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص210- 212.

Maurin, André, droit administratif, Dalloz, 10 éd, 2016, P100.

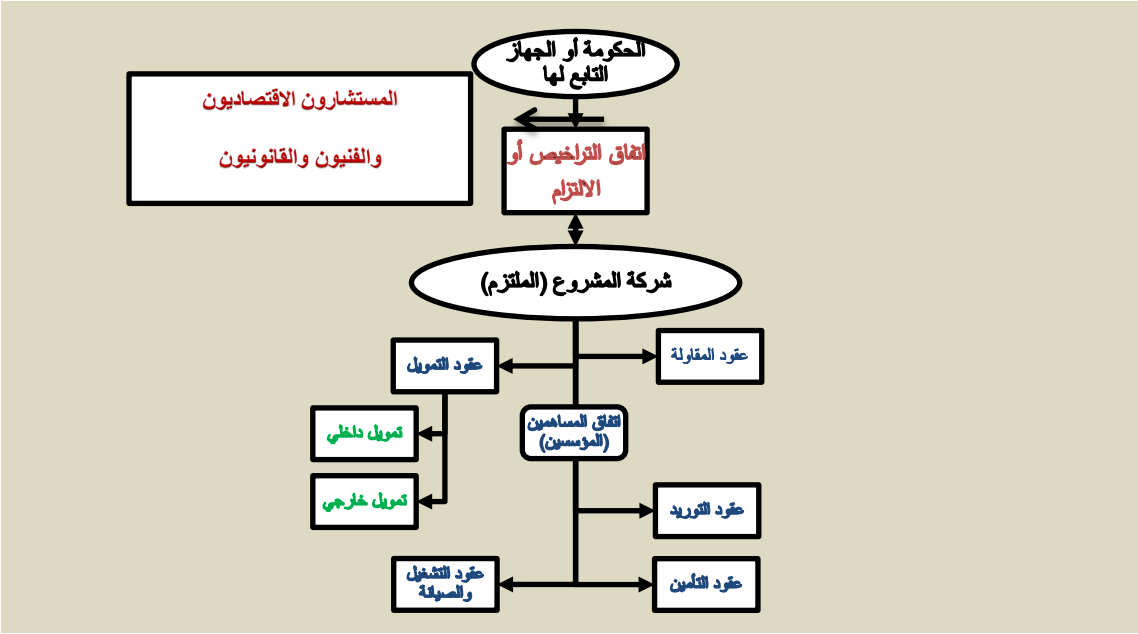
(4) – صبوع صهيب، المرجع السابق، ص72.

(5) – وهذا ما قرره القضاء المصري. أما القضاء الأردني فيمنع أي تعديل: انظر: نوفان العقيل العجارمة، المرجع السابق، ص1055- 1056.

Maurin, André, droit administratif, Dalloz, 10 éd, 2016, P100.

ضف إلى ذلك أن عقد البوت "B.O.T" لا يقتصر على العلاقة الموجودة بين مانح المشروع وبين صاحب المشروع، بل العلاقات فيه متشعّبة ومعقّدة؛ حيث يرتبط صاحب المشروع مع الجهة المانحة للمشروع – والتي تكون في الغالب إدارة- كما يرتبط مع عدّة أطراف أخرى لأجل إنجاز هذا المشروع، مثل: المقاولين الأصليين الفرعيين، والممولين الذين يمنحون القروض لصاحب المشروع، سواء كانوا من محليين أو دوليين، والموردين للمواد اللازمة لإنجاز المشروع، وشركات التأمين وإعادة التأمين، والشركات أو المؤسسات التي تتكفل بعملية تشغيل المشروع وصيانته...وهذه العقود لا شك بأنها عقود تنتمي إلى القانون الخاص. فحتى لو فرضنا أن العقد مع الجهة المانحة للمشروع هو عقد إداري، فإن باقي العقود هي عقود خاصة، وعقد البوت (B.O.T) هو أسلوب يقتضي أن يشمل جميع هذه العقود وليس العقد الأول فقط، فإذا كان المنطق القانوني يقضي بتطبيق قواعد القانون الإداري في العلاقة بين شركة المشروع وبين الجهة الإدارية التي منحته، إذا تبيّن من خلال بنود العقد وشروطه بأنه عقد إداري، فإنه يقضي كذلك بتطبيق قواعد القانون الخاص – وبالأساس القانون التجاري – فيما يتعلق بباقي العقود، ولا يثير ذلك أي إشكال لدى الأطراف ولا لدى القاضي.

جدول يمثل نمطًا للعلاقات المتشابكة والمعقدة المرتبطة بإنشاء وتنفيذ عقد البوت[1].



وحتى لو نظرنا إلى الطرفين الرئيسيين في العقد، فإننا نجد شركة المشروع، وهي شركة تجارية، محلية كانت أم أجنبية -، وبالتالي تخضع لأحكام القانون التجاري. يبقى أمامنا الطرف الثاني – مانح المشروع- الذي إما أن يكون شخصًا ينتمي إل ى القطاع الخاص، وحينها يكتسب صفة التاجر باعتبار أن المشروع اقتصادي، أو كان يعمل بالتجارة على وجه الاحتراف، فيطبق عليهما القانون التجاري باعتبارهما يكتسبان صفة التاجر معًا، فإن لم يكن كذلك اعتبر العمل بالنسبة إليه مدنيا، فتطبق على كل طرف أحكام القانون الخاصة به. أما إن كان صاحب المشروع شخصًا من أشخاص

[1] – أورد هذا الجدول (متصرف فيه): جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص44؛ محمد صلاح، بشير عبد الكريم، أسلوب البوت كآلية لتشييد مشروعات البنية التحتية – تجارب دولية وعربية مختارة، أبحاث اقتصادية وإدارية، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، العدد 17، جوان 2015، ص184.

NIJEL. J. Smith, op. cit, p.309.

القانون العام – وهو الغالب- وتعاقد مع الطرف الآخر دون تمتعه بامتيازات السلطة العامة، واضعًا نفسه على قدم المساواة مع الأفراد، وأصبح غرضها تحقيق الربح زيادة على تحقيق المصلحة العامة، أمكن اعتباره من أشخاص القانون الخاص، فالصفة التجارية تنسحب عليه رغم أنه في الأصل ينتمي إلى القانون العام[1].

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة يظهر لنا أن مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقد البوت (B.O.T) ليست بالأمر اليسير لاسيما مع التطور الذي نشهده في النواحي القانونية والاقتصادية والسياسية، والترابط الكبير الذي أصبح بينها؛ حيث لم يعد للدولة أو الجهات الإدارية ذلك المركز القانوني الذي لا ينزاح عنها تحت أي ظرف، بل أصبحت تتعامل مع الغير، سواء أكانوا أشخاص محليين أم أجانب، بشكل مختلف عما كان سائدا في زمن قريب؛ ولهذا فقد وجدنا أن الإدارة تتعاقد مع الغير وفق أحد الأنماط الآتية:

- إما باعتبارها شخصًا من أشخاص القانون العام، وتتمتع بامتيازات السلطة العامة؛ فلها أن تتراجع عن إبرام العقد أو تنفيذه، ولها أن تعدّل في شروطه أو في طريقة تنفيذه، ولها كذلك فسخه، بإرادتها المنفردة، فتكون بذلك إرادة الجهة الإدارية هي المسيطرة وإرادة الطرف الآخر تابعة لها، وينعقد الاختصاص القضائي للقضاء الإداري. وأعتقد أن هذا النمط من التعاقد قليل في وقتنا الحاضر بالنسبة لعقود البوت (B.O.T)، كونه يجعل المستثمرين ينفرون ويحجمون عن التعاقد بهذه الشروط.
- وإما أن تتعاقد على قدم المساواة مع الطرف الآخر فتعتبر شخصًا من أشخاص القانون الخاص، فيكون سلطان الإرادة هو السائد بين الطرفين، وتكون لهما حقوق والتزامات متساوية، وتطبق عليهما أحكام القانون الخاص، وتطبق في كثير من الأحيان قوانين الاستثمار باعتبار أن العقود المبرمة مع الدولة وفق أسلوب البوت (B.O.T) في إطار إنجاز مشاريع البنية التحتية ذات ميزانيات ضخمة، وتتطلب تقنيات ومهارات عالية، لا تملكها في الغالب إلا الشركات الأجنبية، وبالتالي فالعقود فيها تخضع لمفاوضات شاقة تبين أن لسلطان الإرادة دور كبير، ويقف فيها المستثمر ندًّا للنّد أمام الحكومة أو الجهة الإدارية.
- إما باعتبارها شخصًا من أشخاص القانون العام، ولكنها تتنازل عن كثير من الامتيازات التي تمتلكها السلطة العامة كما معروف في القانون الإداري، وهذا التنازل أملته ضرورة التعامل الاقتصادي وجلب رؤوس الأموال المحلية والأجنبية لتطوير البنى التحتية والحصول على تنمية فعلية، دون الحاجة إلى إنهاك الخزينة العمومية بتمويلها. وهنا يكون بعض التوازن بين أطراف العقد، لا سيما إن تضمّن العقد بعض الشروط التي أبداها الطرف المتعاقد مع الإدارة، كشرط التحكيم، وشرط عدم تعديل العقد أو إنهائه إلا باتفاق الطرفين؛ فيكون العقد الرئيسي بينهما ذو صبغة إدارية إن تبين من خلال بنود العقد ذلك، لكن العقود الأخرى التي يبرمها صاحب الامتياز مع أشخاص آخرين كالموردين، والمقاولين وغيرهم، تعتبر عقودًا تنتمي إلى القانون الخاص (مدنية أو تجارية)؛ وهذا يجعل لعقد البوت(B.O.T) طبيعة خاصة تختلف في مجملها عن العقود الإدارية البحتة، كما تختلف عن العقود المدنية أو التجارية الصرفة.

---

[1] – ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص208- 210.

والذي يظهر من خلال النصوص التي تم الاطلاع عليها في القانون الجزائري، أن عقود البوت (B.O.T) التي تتم في الجزائر ما هي إلا تطوير لعقود الامتياز التقليدية، والتي تتمتع فيها الجهة الإدارية بامتيازات السلطة العامة، وقد وصفها المشرع بأنها عقود إدارية، ومعنى ذلك أن الاختصاص فيها ينعقد للقضاء الإدارية، وأن إرادة الإدارة تعلو على إرادة المتعاقد الآخر، لكنه مع ذلك كان مرنًا بهذا الخصوص، فأعطى الحق للمتعاقدين أن يضمّنا العقد شرط التحكيم، مما يجعل اختصاص الفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن العقد يكون للمحكمين الذين قد يكون من الجزائر أو خارجها، كما قد يجري التحكيم داخل أو خارج الجزائر. كما منع على الإدارة تعديل أو إنهاء العقد بإرادة منفردة إلا إذا نص العقد على ذلك صراحة، مما يظهر معه إن لإرادة المتعاقد مع الإرادة دور فعال في تكوين والعقد وفي تنفيذه.

كما نشير إلى أن هذا لا يعني أن عقد (B.O.T) في الجزائر مقتصر على عقود الامتياز هذه، بل يمكن تصوره خارجها، لا سيما إن علمنا أنه يمكن أن يتم بين الخواص، إذْ لا يقتصر على الدولة أو أحد هيئاتها. فإن كان غالبا ما يتمّ بين الدولة أو أحد ممثليها من جهة، وبين شخص من أشخاص القانون الخاص؛ فإنه لا يوجد ما يمنع من أنْ يتم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، ما دام ينطوي على العناصر المميزة لهذا العقد من إنشاء شخص لمشروع على أرض يملكها هذا شخص آخر، بتمويل من الأول، ثم القيام بتشغيله واستغلاله مدة من الزمن، ثم يعيد الأرض وما تم إنشاؤه عليها إلى صاحب الأرض، بعد أن يكون قد عوّض ما أنفقه على المشروع وزاد عليه بالفائدة خلال الفترة التي استغله فيها. ويطبق حينها على العقد أحكام القانون الخاص، وفق الشروط التي قد وضعاها بإرادتيهما والمتقابلتين، ويكون مبدأ سلطان الإرادة هو السائد.

وقد لاحظنا على النصوص التي تنظم عقود الامتياز في الجزائر- والتي تمثل أحد أنماط عقد البوت (B.O.T)- عدم التوحيد في الشروط والمُدَد الزمنية التي يتم خلالها إنشاء واستغلال المشروع أو المرفق، ونعتقد أنه من الأحسن أن يوحّد تلك المُدَد والشّروط أو يقارب بينها، لا سيما فيما يتعلق بالامتيازات الممنوحة للسلطة العامة، بخصوص تعديل العقد وإنهائه، والرقابة والتوجيه.

"قصور تطبيق القواعد العامة للإيجار على عقد الاعتماد الايجاري"

د. كسال سامية ، أستاذة محاضرة "أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري . تيزي وزو

مقدمة

ظهر عقد الاعتماد الايجاري في الدول الرأسمالية، نظرا لما يتمتع به الأفراد من الحرية التعاقدية واعتمادهم على مبدأ سلطان الإرادة في ابرام العقود، فهي وسيلة حديثة للتمويل، تلجأ إليها المؤسسات العاجزة عن تمويل استثماراتها بنفسها، عن طريق ابرام عقود ايجار مع مؤسسات مالية متخصصة، التي تمنحها تمويلا خلال مدة العقد، وبعد انتهاء المدة تمنح للمستأجر خيارات ثلاثة وهي إما تجديد عقد الايجار لمدة أخرى، أو شراء الأصول المؤجرة، أو رد المال إلى الشركة المؤجرة.

إن التقنيات التعاقدية التقليدية كالبيع والقرض والإيجار والوكالة .. وغيرها لا تستجيب مع متطلبات اقتصاد السوق والعلاقات المالية والاقتصادية المتطورة التي فرضتها ظاهرة العولمة الاقتصادية، لذلك تدخل المشرع الجزائري، اثرى الاصلاحات الاقتصادية التي قام بها في بداية التسعينات، لتنظيم أحكام عقد الاعتماد الايجاري بموجب الأمر رقم 96 . 09 المتعلق بالاعتماد الايجاري[1]، تنظيما مستقلا عما يشابهه من عقود كعقد الايجار وعقد البيع بالتقسيط وعقد القرض...رغم التشابه في الأحكام في بعض الأحيان.

إن جوهر وأساس عقد الاعتماد الإيجاري هو الإيجار، فتكون شركة الاعتماد الإيجاري مؤجرة، والمؤسسات الاقتصادية التي تطلب منها التمويل، مستأجرة، إلا أنه نظرا للطبيعة التجارية والمالية الخاصة لعقد الاعتماد الإيجاري، ونظرا لخصوصية عنصر الإيجار في هذا العقد، فإن أحكام عقد الإيجار العادي، باعتبارها قواعد مكمّلة، لا تستجيب مع الغرض من وجود عقد الاعتماد الإيجاري. فتستغل شركة الاعتماد الإيجاري التقنيات التعاقدية المعروفة في القواعد العامة بما يخدم مصالحها ويحقق أهدافها، وبذلك فإنها تفرض بنودا في العقد بما يتعارض مع خصوصيات عقد الإيجار العادي، تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود من جهة، واستغلالا للطابع المكمّل لقواعد عقد الإيجار من جهة أخرى.

وتهدف هذه الدراسة إلى البحث عن التكييف القانوني لعقد الإعتماد الإيجاري، مركّزين في ذلك على الرأي القائل بأن عقد الإعتماد الإيجاري إيجارا ماليا أو أنه عقد إيجار مقترن بوعد بالبيع. وهو الرأي الذي أخذت به غالبية التشريعات من بينها التشريعين الجزائري والفرنسي، لذلك سوف يتم مناقشة هذا الرأي مبرزين مدى وجود قصور في الأحكام العامة لعقد الإيجار لعدم تطبيقها على عقد الإعتماد الإيجاري، أو بالأحرى لماذا وُضع هذا العقد في قالب ايجار، ومع ذلك فإن غالبية القواعد العامة للإيجار العادي مستبعدة.

[1] أمر رقم 96-09 مؤرخ في 10 جانفي 1996 يتعلق بالاعتماد الايجاري، جريدة رسمية عدد 3 صادرة بتاريخ 14 جانفي 1996.

ونتيجة لذلك فإن الإشكالية المطروحة هي: **ما أوجه القصور الوارد في الأحكام العامة لعقد الايجار لعدم تطبيقها على عقد الاعتماد الايجاري؟**

للإجابة على الاشكالية نتعرض إلى ما يلي:

. أهمية نظرية الإيجار المالي في تحديد طبيعة عقد الاعتماد الايجاري (**المبحث الأول**)

- أوجه قصور القواعد العامة لعقد الايجار واستبعاد تطبيقها على عقد الاعتماد الايجاري (**المبحث الثاني**)

المبحث الأول : أهمية نظرية الإيجار المالي في تحديد طبيعة عقد الاعتماد الايجاري

لتحديد الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الايجاري، يحاول جانب من الفقه الفرنسي تقريب عقد الاعتماد الايجاري من عقد الايجار العادي، فكيّفه بأنه ايجار مالي، فما هو مضمون هذه النظرية؟ (المطلب الأول)، وما مدى صحتها ؟(المطلب الثاني).

المطلب الأول : مضمون نظرية الايجار المالي

عقد الاعتماد الايجاري عملية مركبة من علاقات تعاقدية أو قوالب قانونية معروفة في القواعد العامة، ويعتبر الايجار من العناصر الأساسية والجوهرية التي يقوم عليه هذا العقد، وهذا ما كرسته غالبية التشريعات من بينها التشريع الجزائري (الفرع الأول) وهو ما يؤدي إلى نتائج تؤثر على القواعد المطبقة على عقد الاعتماد الايجاري (الفرع الثاني).

الفرع الأول : المصدر التشريعي للنظرية

من استقراء النصوص المنظمة لعقد الاعتماد الايجاري يتبين أن أساس العلاقة القائمة بين المؤجر (شركة الاعتماد الايجاري) والمستأجر (المستفيد)، تقوم على عقد أساسي هو عقد الإيجار، وهذا ما تؤكده صراحة المادة 2/1 من الأمر رقم 96 . 09 سالف الذكر، والتي تنص على ما يلي: "**يعتبر الاعتماد الإيجاري، موضوع هذا الأمر، عملية تجارية ومالية: ... تكون قائمة على عقد ايجار ....**"

والمادة 9 من الأمر نفسه التي تنص على أنه: "**يعتبر عقد الاعتماد الايجاري المتعلق بمحل تجاري .....يمنح من خلاله طرف يدعى "المؤجر" على شكل تأجير، مقابل الحصول على إيجارات ....**"

والمادة 4/3/10 من الأمر نفسه التي تنص على أنه: "**...يضمن للمستأجر الاستعمال والانتفاع بالأصل المؤجر.....يضمن للمؤجر قبض مبلغ معين من الايجار مدة تدعى "الفترة غير القابلة للإلغاء" لا يمكن من خلالها إبطال الايجار...**".

وبالرجوع إلى القواعد العامة، جاء تعريف عقد الايجار في المادة 467 من التقنين المدني[1] كما يلي: "**الايجار عقد يمكّن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل ايجار معلوم**".

يستفاد من هذا التعريف أن عناصر الايجار العادي هي التّمكين من الانتفاع والأجرة والمدة، فبالإضافة إلى التراضي والمحل والسبب، يتضمن عقد الايجار تمكين المستأجر من الانتفاع بالمال خلال مدة محددة، مقابل أجرة محددة متفق عليها.

وعند تقريب عقد الاعتماد الايجاري من عقد الايجار العادي، يلاحظ احتوائهما لنفس العناصر، فعقد الاعتماد الايجاري، يسمح للمستأجر الانتفاع بالمال محل العقد، خلال مدة محددة يلتزم من خلالها المستأجر دفع أقساط ايجارية دورية، مقابل تسلّم المال المؤجر من قبل شركة الاعتماد الايجاري (المؤجر).

---

[1] قانون رقم 07 . 05 مؤرخ في 13 ماي 2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 75 . 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 31 صادر بتاريخ 13 ماي 2007.

فعلى الرغم من تعدد القوالب التعاقدية التي يتشكل منها عقد الاعتماد الايجاري، إلا أن المشرع الجزائري عرّفه بأنه عقد ايجار يتضمن وعد بالبيع، يسمح فيه للمستفيد بتملك الأصل المؤجر في نهاية مدة الايجار[1]، وهذا تقليدا بالمشرع الفرنسي الذي كرّس ذلك في قانون 2 جويليه 1966 المعدل والمتمم[2].

فبعد صدور هذا القانون تبلورت نظرية الايجار المالي في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الايجاري في فرنسا، وحظيت بقبول واسع من جانب الفقه، كما تبناها القضاء الفرنسي في غالبية أحكامه المتعلقة بعقد الاعتماد الايجاري[3].

وبذلك يرى الفقه[4] أن عقد الاعتماد الايجاري هو عقد ايجار طبقا لإرادة المشرع، وساير القضاء الفرنسي هذا التكييف القانوني متأثرا بموقف المشرع الفرنسي، حيث كيّف عقد الاعتماد الايجاري بأنه عقد ايجار مقترن بوعد بالبيع بإرادة منفردة[5].

الفرع الثاني : نتائج نظرية الايجار المالي

بما أن القواعد العامة لعقد الايجار تتسم بالطابع المكمل لإرادة المتعاقدين، فإن ذلك يسمح لشركة الاعتماد الايجاري بتنظيم العلاقة العقدية وبفرض شروطها في العقد بما يتناسب مع مصالحها وأهدافها.

فاستغلال قالب الايجار يخوّل شركة الاعتماد الايجاري حماية فعالة ضد خطر تصرف المستفيد في المنقول المؤجر. كما يمثل عقد الايجار السند القانوني لاحتفاظ الشركة بملكية الأصل طوال مدة العقد، فضلا عما يقرره من جواز الاحتجاج بالملكية في مواجهة الغير[6].

ويرى أصحاب نظرية الايجار المالي، أن عقد الاعتماد الايجاري يقترب من عقد الايجار نظرا لما يجمع بين العقدين من خصائص، إذ يلاحظ أن بعض خصائص عقد الايجار واردة في بنود عقد الاعتماد الايجاري، ويمكن تلخيص أهمها فيما يلي:

.كلا العقدين لهما نفس الأركان ونفس الخصائص مثلما بيناه سابقا.

.التزامات المؤجر تتشابه في كلا العقدين، إذ يلتزم المؤجر في عقد الايجار العادي بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمال محل العقد، وتسليمها في حالة صالحة للاستعمال، وهو الالتزام الرئيسي في عقد الاعتماد الايجاري، وفقا للمواد 29 و30 و31 من الأمر رقم 09.96 المتعلقة "بحق انتفاع المستأجر وضمانات هذا الحق من قبل المؤجر".[7]

---

[1] تنص المادة 11 من الأمر رقم 09.96 سالف الذكر، على ما يلي: "**يجب أن يشير عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة ....إلى مدة الايجار ومبلغ الايجاروحق الخيار بالشراء الممنوح للمستأجر عند انتهاء العقد ....**"

[2] Loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail

[3] Cour d'appel de Lyon ; 31 janvier 1980, Quotidien juridique, 3 février 1981, P.3

نقلا عن: هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مكتبة الاشعاع القانونية، الطبعة الثانية، الاسكندرية، 1998، ص 586 هامش 1.

[4] BEY et GAVALDA, Le crédit – bail immobilier, collection que sais – je, PUF, PARIS, 1981 ; p.94.

نقلا عن: هاني دويدار، المرجع نفسه، ص 587 هامش 1.

[5] Cassation commerciale, 30 mai1989, JCP 1989 IV 283 .

نقلا عن: هاني دويدار، مرجع سابق، ص 592 هامش 1.

[6] المرجع نفسه ، ص 596.

[7] يلاحظ أن عنصر تسليم العين المؤجرة في النصوص الخاصة بالاعتماد الايجاري يختلف عن التسليم في القواعد العامة، فالأصل أن يلتزم المؤجر نفسه بتسليم المال للمستأجر، حيث يتم تسليم المال بداية إلى المؤجر من المورد بمقتضى عقد بيع مبرم بينهما، ثم يقوم المؤجر بتسليمه للمستأجر بمقتضى عقد ايجار، لكن في عقد الاعتماد الايجاري قد يكون التسليم مباشرا، لكن في الغالب ما يكون التسليم غير مباشر، بحيث يتسلّم المستأجر الأصل من المورد أو المقاول بعد اذن مسبق من المؤجر ونيابة عنه.

. التزامات المستأجر تتشابه في كلا العقدين، إذ يلتزم المستأجر وفقا للقواعد العامة لعقد الايجار باستعمال العين المؤجرة بحسب ما أعدت له، وحسب ما تم الاتفاق عليه، والمحافظة عليها بعناية الرجل العادي، وقد أكدت عليه المادة 39 من الأمر رقم 09.96 سالف الذكر.

. يلتزم المستأجر بدفع بدل الايجار الذي يحدّد مقداره من قبل الطرفين المؤجر والمستأجر وفقا لقواعد العامة، ويلتزم المستأجر كذلك في عقد الاعتماد الايجاري بدفع أقساط دورية للمؤجر، يتم تحديدها باتفاق الطرفين وفقا للمادة 2/39 من الأمر رقم 09.96 سالف الذكر.

. عند نهاية عقد الايجار العادي يلتزم المستأجر برد العين المؤجرة بالحالة التي كانت عليها وقت تسلمها، وكذلك الحال بالنسبة للمستأجر في عقد الاعتماد الايجاري، حيث يلتزم برد المال المؤجر إذا لم يرغب في استعمال خيار الشراء أو تجديد العقد، وهذا طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 39 من الأمر رقم 09.96 سالف الذكر.

المطلب الثاني : تقييم نظرية الايجار المالي

اعتمدت نظرية الايجار المالي على حجج قانونية للتقريب بين عقد الايجار العادي وعقد الاعتماد الايجاري (الفرع الأول) غير أن جانبا من الفقه يرى اختلاف وتعارض بين العقدين (الفرع الثاني)

الفرع الأول : موقف الرأي المساند للنظرية

يرى جانب من الفقه [1] أن عقد الاعتماد الايجاري هو عبارة عن عقد ايجار عادي يقوم بمقتضاه المؤجر بتمكين المستأجر (المستفيد) من الانتفاع بالمال محل العقد لمدة محددة، ومقابل أقساط محددة تمثل بدلات الايجار، ويُمكّن هذا العقد المستفيد من تملّك المال بمقتضى الوعد بالبيع.

ويرى البعض الآخر أن جوهر وأساس عقد الإعتماد الايجاري هو عقد الإيجار[2].

ويؤكد على ذلك جانب من الفقه بالقول: " إن عقد الايجار هو محور عملية الايجار التمويلي ويشكل أساس العلاقة الثنائية بين طرفي العقد، والتي تدور حولها التزامات الطرفين، فهو وسيلة يلجأ إليها لتحقيق الغاية من العقد، فالمستأجر يريد الحصول على المال، سواء أكان من المعدات أو العقارات، واستخدامها في مشاريعه للانتفاع بها دون أن يتحمل نتائج ملكيته لهذا المال، ودون أن يضطر إلى دفع ثمن شراء المال، بينما يريد المؤجر بالمقابل توظيف أمواله واستثمارها بوضع المال محل العقد تحت تصرف المستفيد، وضمان حصوله على حقه باسترداد المبالغ التي قدمها في تمويل عملية شراء المال محل العقد"[3].

يذهب رأي في الفقه الفرنسي[4] إلى أنه يجوز استغلال قالب الايجار في التعبير عن علاقة ائتمان، فالائتمان في مفهومه الأساسي هو التفاوت الزمني بين أداءين متقابلين، ويتضمن الايجار في مضمونه ائتمانا، نظرا للتفاوت بين مدة الانتفاع بالأصل وتاريخ استحقاق الأجرة، لكن المراد من الايجار في علاقات الائتمان (كعقد الاعتماد الايجاري أو عقد البيع

---

[1] الياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد الليزنغ في القانون المقارن، دون دار النشر، لبنان، 1999، ص106 فايز نعيم رضوان، عقد التأجير التمويلي، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص46. نقلا عن: علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، التكييف القانوني لعقد الايجار التمويلي، "دراسة مقارنة"، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص32.

[2] هاني دويدار، مرجع سابق، ص 586.

[3] علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، مرجع سابق، ص 33.

[4] GOYET Charles, « Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit – bail et le bail », LGDJ ; Paris, 1983; P3 ; N°5.

نقلا عن: هاني دويدار، مرجع سابق، ص595 هامش 2.

بالايجار) هو تمكين المستأجر من اكتساب ملكية الأصل المؤجر، ليس في وقت ابرام العقد وإنما بعد سداد مقابل التملك، فالإيجار هو سبيل المستأجر في اكتساب ملكية الأصل المؤجر.

ومن هنا يظهر أهمية الايجار وطابعه المميّز في عقد الاعتماد الايجاري، فهو من جانب الأساس القانوني لاسترداد شركة الاعتماد الايجاري أصل رأس المال والحصول على عوائده، وهو يسمح من جانب آخر للمستفيد باكتساب ملكية الأصل المؤجر بصفة مجزأة.[1]

الفرع الثاني : موقف الرأي المعارض للنظرية

انتقدت نظرية الايجار المالي على اعتبار أن الايجار في إطار عقد الاعتماد الايجاري ليس ايجارا تقليديا محضا، وغالبية الأحكام العامة لعقد الايجاري العادي مستبعدة.

فبالنسبة للقول بأنه يتم تطبيق خصائص الايجار أثناء مدة العقد التي ينتفع خلالها المستأجر بالأصل، فيرد البعض من الفقه على ذلك بالقول بأن: "الايجار هو "ثوب" الاعتماد الايجاري من حيث الشكل، إلا أنه يعبر في جوهره عن علاقة مالية، ليست من قبيل علاقات الائتمان التقليدية، وانما هي علاقة من نوع خاص، فالايجار قالب تعاقدي تتحقق من خلاله علاقة الائتمان هذه، مما يقتضي تهيئة أحكام الايجار للتعبير عن الجانب الائتماني في العلاقة" [2]

"... فقد تم استغلال الطبيعة المكملة لقواعد عقد الايجار، حيث يمكن القول أنه تم استبعاد أحكام الايجار المتعارضة مع الطبيعة الائتمانية المحضة لعقد الاعتماد الايجاري، كما تم تضمين عقد الاعتماد الايجاري من الأحكام ما يتفق مع تلك الطبيعة، وما كانت الأحكام العامة للايجار لتقضي بها، فمثلا تم اعفاء الشركة الممولة من عبئ الصيانة أو ضمان العيوب الخفية، كما تم اضفاء طابع الاعتبار الشخصي على العقد أو تحديد التعويض الاتفاقي على نحو يقربه من الاتفاق على سقوط الأجل"[3]

وباعتبار أن هيمنة قواعد القانون الخاص (القرض، الايجار، والوعد بالبيع والبيع...) على عقد الاعتماد الايجاري يتوقف على مدى تحقيق شركة الاعتماد الايجاري الغاية من وجودها، فلا تطبق قواعد الايجار العادي إلا في الحدود التي تحقق الهدف من تنفيذ العقد، وبذلك فإن قواعد الايجار العادي يعجز تطبيقها عند تنفيذ العقد أو لأهداف أخرى كضمان المخاطر ...

إن الخدمات التي تقدمها شركة الاعتماد الايجاري إلى المستفيد هي ذات طابع مالي، يميزها اكتساب الشركة واحتفاظها بملكية الأصل محل التمويل طوال مدة العقد على سبيل الضمان، فالعلاقة القانونية الرئيسية التي تنشأ بين الشركة والمستفيد علاقة ايجارية والايجار في صورته التقليدية سبيل لاستغلال ملكية أحد الأموال عن طريق تمكين شخص آخر من الانتفاع به، ولا يعبّر بحسب الأصل عن علاقة تمويل أو ائتمان تنشأ بين المؤجر والمستأجر، ويترتب على ذلك أن افراغ عقد التأجير التمويلي في قالب الايجار عمل ايرادي مُصطنع لا يمكن الارتكان إليه من الوجهة الموضوعية في سبيل تحديد النظام القانوني للعقد[4].

قد يقول البعض أن العبرة في الوقوف على الطبيعة الايجارية للعلاقة تكون بمدى توافر الأركان الرئيسية لعقد الايجار فيها، من عين مؤجرة ومدة وأجرة، ولا شك أن عقد الاعتماد الايجاري يتضمن، ولو بصفة ظاهرة تلك العناصر، فالشركة الممولة تمكّن المستفيد من الانتفاع بالأصل خلال مدة يحددها العقد، مقابل دفع أقساط الأجرة من قبل المستفيد. لكن مع ذلك لا يكفي مجرد توافر تلك العناصر الثلاثة لإضفاء الطبيعة الايجارية على العلاقة، لأنه عند هذا الحد قد لا

---

[1] هاني دويدار، مرجع سابق، ص590

[2] المرجع نفسه، ص 588.

[3] المرجع نفسه، ص589

[4] هاني دويدار، مرجع سابق، ص237.

تسمح تلك العناصر بالتمييز بين عقد الايجار وعقد البيع بالتقسيط مع احتفاظ البائع بالملكية على سبيل الضمان، فقد يأخذ الأصل وصف المبيع والأجرة وصف أقساط الثمن، وتكون المدة مدة الوفاء بهذه الاقساط، وانما على ضوء مقصود الطرفين من العقد تتحدد طبيعة الأداءات الناشئة عنه، وتتحدد بالتالي الطبيعة القانونية للعقد.[1]

المبحث الثاني : أوجه قصور القواعد العامة لعقد الايجار لاستبعاد تطبيقها على عقد الاعتماد الايجاري

نظرا للطبيعة الخاصة لعقد الاعتماد الايجاري، يصعب تطبيق كل القواعد العامة لعقد الايجار العادي على أطراف هذا العقد (المطلب الأول)، خاصة مع وجود أحكام خاصة لعقد الاعتماد الايجاري التي تستبعد صراحة تطبيق عقد الايجار العادي وتُحمّل المستأجر التزامات جديدة غير مألوفة (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الطبيعة الخاصة لعقد الاعتماد الايجاري

سبق القول أن التشريع والقضاء الفرنسي قد كيّفا عقد الاعتماد الايجاري بأنه عقد ايجار يقترن به وعد منفرد بالبيع، غير أنه من الناحية العملية نجد أن شركة الاعتماد الايجاري، عند وضعها شروط العقد، أفرغت عقد الايجار في صورته التقليدية من مضمونه، وبالرغم من تمسّكها بهذا القالب العقدي لم تشأ ترتيب آثاره التقليدية، ومن بين أسباب ذلك، تمتع عقد الاعتماد الايجاري بخصوصيات معينة وبطبيعة خاصة، فهو وسيلة تمويل (الفرع الأول) وقرض وائتمان (الفرع الثاني) بالنظر إلى غايته الاقتصادية وطبيعته المالية.

الفرع الأول : عقد الاعتماد الايجاري وسيلة تمويل

يعد عقد الاعتماد الايجاري أسلوب تمويل بالنسبة للمستأجر، وما الايجار سوى الاطار القانوني الذي يسمح له بالحصول على الأصول المراد تمويلها[2].

يتمثل جوهر عقد الاعتماد الايجاري في تمويل يضمنه حق ملكية الأصل محل الاستثمار، وهذا ما أدى إلى اقحام الانتفاع بالأصل في العلاقة الناشئة بين شركة الاعتماد الايجاري والمستفيد، إلا أن الشركة لم تشأ مع ذلك تحمل أعبائها والمخاطر التي قد تنشأ عنه، فلجأت إلى الأحكام الاتفاقية للعقد لتحقيق ذلك بما يتوافق مع مصالحها[3]

الواقع أن الايجار هو تعبير عن استغلال مال عن طريق تمكين الغير من الانتفاع به بعوض، وهو ما لا يتوافر في عقد الاعتماد الايجاري، حيث لا تكتسب هذه الأخيرة ملكية الأصل وتحتفظ بها على سبيل الضمان ضد مخاطر اعسار المستفيد، ويعني ذلك أنه في نظر الشركة الممولة ينشأ التزام بدفع اقساط الأجرة استقلالا عن انتفاعه بالأصل، وإنما يجد الالتزام سببه في التمويل الذي قامت بمنحه له في صورة دفع ثمن الأصل الشراء أو تكلفة البناء.[4] وباعتبار أن دور الشركة هو تمويل الأصل، فمن البديهي أن يتم إعفاؤها من الالتزامات التي تشغل كاهل المؤجر التقليدي، كما يجب إعفاؤها من المخاطر التي قد تنشأ عن استعمال الأصل داخل مشروع المستفيد.[5]

فعادة ما تحرص شركة الاعتماد الايجاري (المؤجر) على تجنب المخاطر الاقتصادية المرتبطة بالعملية التمويلية، فتدرج في عقد الاعتماد الايجاري شروطا تعفيها من الالتزامات القانونية التي تنصب في ذمتها كمؤجر، والتي نصت عليها في القواعد العامة لعقد الايجار، فيقتصر دورها إذن على أداء وظيفة تمويلية بحتة، تتمثل في تقديم الأموال اللازمة لشراء

---

[1] المرجع نفسه، ص593

[2] هاني دويدار، مرجع سابق، ص95.

[3] المرجع نفسه، ص 572

[4] هاني دويدار، مرجع سابق، ص593.

[5] المرجع نفسه، ص590.

المعدات وتأجيرها للمستأجر[1]. وهذا الدور الذي تلعبه الشركة المؤجرة يقتصر على مجرد ترك المستأجر ينتفع بالأصول المؤجرة التي اختارها بنفسه وتسلمها من المورد نيابة عنها. وكلّ ما يعنيها هو الحصول على أقساط الأجرة الدورية، فلا تضمن العيوب الخفية ولا تكلف بأعمال الصيانة وتنقل تبعة الهلاك إلى المستأجر، فحق الملكية يتحوّل إذن إلى مجرد تأمين عيني يضمن للمؤجر استرداد الأموال التي تكبدها لتنفيذ الصفقة.

على هذا الأساس قررت محكمة النقض الفرنسية" أن شركة الاعتماد الايجاري (المؤجرة) توفي بكل التزاماتها عندما تضع الأشياء تحت تصرف المستأجر[2].

وينتج كذلك عن كون عقد الاعتماد الايجاري وسيلة تمويل، ارتفاع قيمة الأجرة التي يدفعها المستأجر، مقارنة بالأجرة التي يدفعها هذا الأخير في الايجار العادي، وذلك لأنه في عقد الاعتماد الايجاري لا تمثل الأجرة مقابل الانتفاع فحسب وإنما يُؤخذ بعين الاعتبار عند تقديرها ثمن الشراء والمصاريف وهامش الربح[3].

الفرع الثاني : عقد الاعتماد الايجاري وسيلة ائتمان وقرض

لتفسير التناقض الظاهر بين الطبيعة المالية الحقيقية لعقد الاعتماد الايجاري وتكييفه بأنه عقد ايجار، يذهب البعض إلى القول بأن الاعتماد الايجاري من الوجهة الاقتصادية قرض نقدي يتم اهلاكه واستيفاء عوائده خلال مدة الايجار، فلا تبين الطبيعة المالية لهذه العملية ثلاثية الأطراف (المؤجر، المستفيد، المورد) إلا باختراق ثوبها القانوني المتمثل في الايجار.[4]

وينتج عن الطبيعة الائتمانية لعقد الاعتماد الايجاري ما يلي:

أولا: مدة الايجار غير قابل للالغاء في عقد الاعتماد الايجاري:

ينص المشرع الجزائري في المادة 12 من الأمر رقم 96 . 06 على أن عقد الاعتماد الايجاري غير قابل للإلغاء، والهدف من وراء ذلك تجنب لجوء المستأجر إلى طلب الفسخ قبل انتهاء مدة العقد، والسماح لشركة الاعتماد الايجاري بالحصول على مقابل الايجار خلال هذه المدة، والتي تحددها بنفسها مراعية في ذلك طبيعة الأصل المؤجر وقيمة الأرباح التي قد تحصل عليها خلال المدة الايجارية. إضافة إلى ذلك، قد يتم الاتفاق على شرط جزائي في حالة فسخ العقد بخطأ من المستأجر قبل انتهاء مدة عقد الايجار، وإلزام المستأجر بتعويض يقابل قيمة أقساط الايجار المتبقية، وفقا للمادة 13 من الأمر رقم 96 . 06.[5]

---

[1] فيلالي بومدين، " الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الايجاري في ضوء أحكام التشريع الجزائري"، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 1 ، 26 مارس 2016، ص79.

[2] Cass. com., 10 décembre, 1976, Gazette de Paris, 1977, p 644, note BEY ; Cass. com., 3 janvier, 1972, Dalloz 1972, note TROCHU.

[3] بخيت عيسى، "طبيعة عقد الايجار التمويلي وحدوده القانونية . دراسة مقارنة."، مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية، جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق، بومرداس، 2011، ص46.

[4] GAVALDA et BEY, le crédit bail mobilier, op.cit. p.07 et 30

نقلا عن : هاني دويدار، مرجع سابق، ص 589 هامش2

[5] تنص المادة 10 فقرة 2 الأمر رقم 96 . 06 على أنه :"**... يضمن للمستأجر الاستعمال والانتفاع بالأصل المؤجر خلال فترة دنيا...وكأنه صاحب ملكية هذا الأصل**". فاستخدام النص عبارة "الفترة الدنيا " للتعبير على الفترة غير القابلة للإلغاء إلا باتفاق الطرفين، قد يوحي للقارئ بأنه توجد فترة دنيا وأخرى قصوى للعقد. كما استعمل النص تعبير "...**المستأجر...وكأنه صاحب ملكية الأصل**" . ومن الحقوق التي يتمتع بها صاحب ملكية الأصل، حق التصرف فيه ببيعه أو هبته أو رهنه، وهذا ما لا يستطيع المستأجر القيام به وإلا خالف المبادئ الأساسية لعقد الاعتماد الايجاري . كما جاءت المادة السالفة الذكر كذلك في فقرتها الثالثة بأن " **يضمن للمؤجر قبض مبلغ معين...لمدة...لا**

- ثانيا : اختلاف أساس تحديد المدة في عقد الاعتماد الايجاري:

تؤجر شركة الاعتماد الايجاري للمستأجر الأصول المالية بناء على طلبه، ووفقا للمواصفات التي حددها، وهذا لمدة معينة هي عادة العمر الاقتصادي لهذه المعدات. هذه المدة هي أيضا كافية لاستهلاك الأصول ماليا. فعلى أساسها تجري الشركة المؤجرة حساباتها الاقتصادية وتتأكد من جدوى عملية الاعتماد الايجاري وحصيلتها، هي إذن أداة الحساب المالي والاقتصادي للعملية التمويلية، لذلك فإن عقد الاعتماد الايجاري يتضمن عددا من البنود التي تكفل استمراريته لحين انتهاء المدة المتفق عليها. وبالتالي تفرض شروطا جزائية على طرفي العقد في حالة فسخ أحدهما هذا الأخير قبل انتهاء مدته، إضافة إلى الزامه بتعويض يساوي قيمة أقساط الايجار المتبقية[1].

.ثالثا. استرداد قيمة الأصل المؤجر:

تستغل شركة الاعتماد الايجاري قالب الايجار في سبيل الاحتفاظ بملكية الأصل المؤجر من جهة، وفي سبيل استرداد أصل رأس المال والحصول على فوائده، من جهة أخرى.

فملكية الأصل تمثل ضمانا بالنسبة لشركة الاعتماد الايجاري ضد مخاطر اعسار المستأجر المستفيد، وهذا الأخير يوفي في حقيقة الأمر ثمن الأصل المؤجر من خلال أقساط الأجرة، ويترتب على ذلك أنه من البديهي بل أنه من العدل أن يسمح للمستفيد بتملك الأصل في نهاية مدة الايجار.[2]

وتعتبر الأجرة مقابل لاسترداد رأسمال شركة الاعتماد الايجاري، حيث تختلف مبالغ الايجار فيه عن الايجار العادي، إذ تكون قيمة الايجار مرتفعة جدا، وهذا منطقي نظرا للوظيفة التمويلية لعقد الاعتماد الايجاري، وقد برر القضاء الفرنسي ارتفاع بدلات الايجار بالنظر إلى الأخطار التي تتعرض لها الشركة، كاستردادها للآلات والمعدات المؤجرة بعدما تكون قد استعملت، مما يصعب عليها إعادة تأجيرها أو التصرف فيها[3].

والحقيقة أن مبالغ الايجار في عقد الاعتماد الايجاري لا تمثل مقابل الانتفاع بالأصل المؤجر فحسب، بل زيادة إلى ذلك تمثل ثمن شراء الأصل المؤجر إضافة إلى هامش ربح للمؤجر.

رابعا . استبعاد تطبيق قواعد الايجار العادي بنصوص صريحة يتضمنها القانون الخاص للاعتماد الايجاري: وهو ما تضمنته المواد 42 و44 من الأمر رقم 96. 09 سالف الذكر.

المطلب الثاني : فرض التزامات جديدة على عاتق المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري

يتحمل المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري التزامات جديدة كالالتزام بالصيانة (الفرع الأول) وضمان العيوب الخفية (الفرع الثاني) وتحمل تبعة هلاك الأصل المؤجر بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ(الفرع الثالث)، وهي التزامات لا تفرض على المستأجر في الايجار العادي، وهذا ما جعل البعض[4] يرى اختلال التوازن العقدي في عقد الاعتماد الايجاري نظرا لثقل كاهل المستأجر بالتزامات كثيرة.

يمكن، خلالها، إبطال الإيجار..." . وقد استعمل المشرع الجزائري تعبير إبطال الإيجار للإشارة إلى فسخ العقد بالإرادة المنفردة (من طرف المؤجر) نقلا عن: فيلالي بومدين، مرجع سابق، ص74.

[1] فيلالي بومدين، مرجع سابق، ص 78.

[2] هاني دويدار، مرجع سابق، ص590

[3] Tribunal com. La Vachelle 26 juin 1964 . JCP 1965 II 14331 note JM Leloup

نقلا عن: بن زيوش مبروك، " الاحتفاظ بملكية المنقول المادي في عقد الاعتماد الايجاري"، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008، ص68، هامش 4.

[4] DOWIDAR Hanny ; « Du déséquilibre des prestations dans la convention de crédit –bail », Thèse de doctorat en droit , Université de Bordeaux 1, Paris, 1990

الفرع الأول : صيانة العين المؤجرة وإصلاحها

طبقا للقواعد العامة للايجار هناك نوعان من الصيانة، صيانة تأجيرية تقع على عاتق المستأجر، وصيانة ضرورية تقع على عاتق المؤجر، غير أن عقد الاعتماد الايجاري لا يميز بين هذين النوعين من الصيانة في المادة 17 والمادة 33 من الأمر رقم 96 . 09 سالف الذكر، فيتعين على المستأجر القيام بجميع أعمال الصيانة من إصلاح وترميم، وإلا قامت مسؤوليته في مواجهة شركة الاعتماد الايجاري.

وبذلك فإنه خروجا عن القواعد العامة لعقد الايجار، يعفى المؤجر من الترميمات والاصلاحات الضرورية للحفاظ على الأصل المؤجر، ويتحمل مصاريفها المستأجر.

الفرع الثاني : ضمان العيوب الخفية

يمكن أن يحتوي عقد الاعتماد الايجاري بندا يتضمن إعفاء الشركة المؤجرة من الالتزام بضمان العيوب الخفية اعفاءا تاما، وهذا وفقا للمادة 2/18 من الأمر رقم 96 . 09 سالف الذكر، كما يمكن للمستأجر التنازل عن حقه في الرجوع على المؤجر في هذه الحالة طبقا للمادة 40 من الأمر نفسه، وبالتالي يتنازل عن حقه في طلب الفسخ أو تخفيض الأجرة، وهذا خروجا عن القواعد العامة لعقد الايجار المقررة في المادة 489 من التقنين المدني.

وبذلك يحرص المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري على تجنب المخاطر المرتبطة بالعملية التمويلية[1]، ولعلّ سبب ذلك هو كون الأصل المؤجر يتسلمه غالبا المستأجر نفسه من المورد، وذلك بوكالة من المؤجر وبإذن منها، وبالتالي فإن المستأجر هو الذي يتولى فحص المال المؤجر والتأكد من مطابقته للمواصفات اللازمة لحسن الاستعمال وللغرض المعد له.

الفرع الثالث : تحمل تبعة هلاك الأصل المؤجر

إذا كانت القواعد العامة في عقد الايجار العادي تقضي بفسخ العقد بقوة القانون إذا كان هلاك الأصل كليا بفعل القوة القاهرة أو بسبب لا يد للمستأجر فيه، كما تقضي بحق المستأجر في طلب إنقاص ثمن الايجار أو فسخ العقد، إذا كان الهلاك جزئيا أو إذا أصبحت العين المؤجرة في حالة لا تصلح للانتفاع الذي أعدت لأجله[2]، فإنه على خلاف ذلك، يتحمّل المستأجر في عقد الاعتماد الايجاري كافة هذه المخاطر وتبعة الهلاك الكلي والجزئي. ونتيجة لذلك يقع على عاتقه التزام بتأمين الأصل المؤجر على حسابه، ضد هذه المخاطر، وفقا للمادة 34 من الأمر رقم 96 . 09 السالف الذكر.

ونتيجة لكثرة الالتزامات التي تثقل كاهل المستأجر، يرى البعض[3] أنه لا بأس من الخروج على القاعدة المكملة والاعتداد بدور الارادة المنفردة في تنظيم جانب من العلاقة على وجه مخالف لحكم القاعدة القانونية، لكن في مجال الاعتماد الايجاري نلاحظ اهدارا كليا لأحكام عقد الايجار برمتها أدى إلى تشويه الايجار فيه، مما يحتم إعادة النظر في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الايجاري [4]

الخاتمة

ايت ساحد كهينة، "اختلال توازن الالتزامات في عقد الاعتماد الايجاري"، أطروحة دكتوراه علوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.

رياض فخري، "التوازن العقدي بين الواقع والنظري في عقد التأجير التمويلي"، القاهرة، 2009 مقالات قانونية منشورة على الموقع التالي: http://articledroit.blogspot.com/2009/12/blog-post_9613.html

[1] صفاء عمر خالد بلعاوي، " النواحي القانونية في التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي"، مذكرة ماجستير في المنازعات الضريبية، جامعة النجاح الوطنية، فلسطن، 2005، ص74.

[2] المادة 481 من التقنين المدني الجزائري.

[3] GOYET ; op. cit. P50 ; N°98

[4] هاني دويدار ، مرجع سابق، ص592

رغم اختيار قالب الايجار لتسيير عقد الاعتماد الايجاري، إلا أن ذلك "الثوب" يكون بمقاس المؤجر وليس المستأجر، بمعنى أنه يُؤخذ من عقد الايجار العادي ما يناسب شركة الاعتماد الايجاري المؤجرة، فلا يسري عليها من أحكام الايجار العادي إلا ما يخدم مصالحها الاقتصادية.

لذلك حرصت شركة الاعتماد الايجاري على استغلال الطابع المكمل لقواعد عقد الايجار لتستبعد كل حكم مخالف لمصالحها أو مخالف للغاية الاقتصادية لعقد الاعتماد الايجاري، ونتيجة لذلك فرضت على المستأجر التزامات جديدة لم تكن مألوفة في القواعد العامة لعقد الإيجار العادي من بينها الالتزام بالصيانة، وتحمل تبعة الهلاك وضمان العيوب الخفية.

وعلى الرغم من كون عنصر الايجار عنصرا أساسيا وجوهريا في عقد الاعتماد الايجاري، إلا أن وظيفته الجديدة كوسيلة تمويل وقرض وائتمان، أدى إلى استبعاد الآثار التقليدية لعقد الايجار، وإعمال مبدأ سلطان الإرادة في ابرام العقود، واستغلال القواعد المكملة لعقد الايجار لفرض شروط وبنود قد تكون قاسية على المستأجر، خاصة ما يتعلق منها بشروط الاعفاء من الضمان والشرط الجزائي.

ولعلّ عدم تدخل المشرع في تنظيم العلاقة العقدية بين شركة الاعتماد الايجاري والمستفيد في أضيق الحدود، وسّع من فجوة اختلال التوازن العقدي بين أطراف العقد، فلم تطبق قواعد الايجار العادي إلا في النطاق الذي يناسب شركة الاعتماد الايجاري، مما جعل غالبية الفقه ينكر تكييف هذا العقد بأنه عقد ايجار مقترن بوعد بالبيع.

حول الطابع الخصوصي لعقود الاعمال: عقد الفرنشيز نموذجا .

د. حمادوش انيسة ، أستاذة محاضرة "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري . تيزي وزو

مقدمة

إن حاجة المشاريع الاقتصادية الكبرى إلى التوسع و مواكبة التطور التكنولوجي وأمام عجز العقود التقليدية (الكلاسيكية) في مسايرة مجال الاعمال ، قام المتعاملون الاقتصاديون باستحداث عقود جديدة تتوافق و تتلاءم مع طبيعة المصالح الاقتصادية و التطور الذي آلت إليه. و من بين هذه العقود عقد التسيير ، عقد تحويل الفاتورة ،عقد الفرنشيز وعقد الاعتماد الايجاري .

تتميز عقود الاعمال بعدم تفنين أحكامها، حيث ترك تنظيمها للمعاملات ، فهي بذالك خاضعة لقانون الأعمال مع السماح باللجوء إلى تطبيق بعض الأحكام الخاصة في العقود التقليدية أو الكلاسيكية. إن الإصلاحات التي عرفتها الجزائر في مختلف المجالات، لاسيما الاقتصادية دفعت بالمشرع الجزائري إلى تقنين أحكام بعض هذه العقود، باستثناء عقد الفرنشيز. ومع أن هذه العقود تتميز ببعض التقنيات المعقدة، إلا أنها اقتحمت بصفة معتبرة مجال الأعمال، فهي سر نجاح المشاريع الاقتصادية الكبرى سواء على الصعيد الوطني أو الدولي و هذا راجع بالدرجة الاولى إلى طبيعة هذه العقود . **من هنا كان التساؤل حول الطابع الخصوصي لعقد الفرنشيز كنموذجا لعقود الاعمال** ؟ و الاجابة عن هذه الاشكالية يكون من خلال النقاط التالية:

أولا : خصوصية عقد الفنشيز من حيث المفهوم .

ثانيا: خصوصية عقد الفرنشيز من حيث شروط ابرامه.

ثالثا: خصوصية عقد الفرنشيز من حيث أثاره.

أولا: من حيث مفهوم عقد الفرنشيز:

كنموذج للتعاون بين مؤسسات مستقلة، تعتبر عقود الفرنشيز أحد المظاهر الرئيسية لتطور التجارة منذ أكثر من 30 عامًا[1]. فعقد الفرنشيز، يعتبر نظاما جديدا لتسويق البضائع والخدمات، فهو عقد نشأ في الولايات المتحدة الأمريكية تحت اسم« franchise » [2] على يدّ رجال الأعمال لغرض تسهيل تطوير مؤسساتهم.

إن تطور هذا النظام والمزايا التي تطبعه، أدى إلى انتشار استخدام هذا الأسلوب الجديد للتسويق. والتوزيع هو الاحترافية وروح المبادرة، مما ساعد على انتشاره في النطاق الدولي[3] . فما هو مضمن عقد الفرنشيز(1) ما هي الخصائص المميزة له (2) . ونضرا لعلاقة هذا عقد الفرنشيز بالعقود الأخرى، ثار خلاف حول طبيعته القانونية (3).

---

1 - LE LOUP (Jean Marie), la franchise, droit et pratique, 4ème édition, DALMAS, Parie, 2004, p.9 et 10.

2 - le nom franchising et issu d'un mot français qui signifié « être libre de servitude », ses origines peuvent être cherché chez « les associés gérant ». voir :LE LOUP (Jean Marie), la franchise…, op.cit, p.10.

3 - Huet (Jérôme), traité de droit civil, les principaux contrats de spéciaux, presses universitaire de France (PUF), Paris, 1996, p.469.

1– مضمون عقد الفرنشيز:

عقد الفرنشايز ، هو العقد الذي يتعهد بموجبه شخص يدعى المانح « Le franchiseur » وهو المنتج أو الممون، بتلقين الكفاءة إلى شخص آخر يدعى المتلقي « Le Franchisé » وهو الموزع وإفادة هذا الأخير بالخبرة والمعرفة وشهرة العلامة وتموينه بالمنتوجات والخدمات، مع تعهد المتلقي على حسن استخدام واستغلال ذلك مع الوفاء بمقابل[1].

فأساس عقد الفرنشيز هو السماح للمتلقي الذي لا يملك خبرة كافية في الأعمال، تحمل مسؤولية تابعة للشبكة، وذلك باستعمال واستخدام وسائل المانح وهو المنتج والممون. وأما المتلقي الموزع، فلا يعد في هذه الحالة مديرا مأجورا بمعنى مسير مستأجر، بسبب الاستقلال المالي الذي يتمتع به[2].

وعقد الفرنشيز يصنف ضمن عقود الانضمام أو الانتساب contrat d'affiliation ، ويعني كل اتفاق يصبح بموجبه كل تاجر شخص طبيعي أو معنوي منظم أو مرتبط بشبكة التوزيع عن طريق التزامات وتعهدات، لذا يعتبر هذا النموذج من التوزيع ، نوع من تبادل الكفاءات والخبرات الفنية[3].

فاعتمادا على دوافع المتعاملين الاقتصاديين والمتطلبات الاقتصادية لهذا النموذج الجديد من التوزيع، فضلا عن توصيات القضاء الفرنسي في هذا المجال، يجب تعريف عقد الفرنشيز على هذا النحو:

« C est un contrat synallagmatique à exécution successive, par lequel une entreprise, dénommée franchiseur confère à une ou plusieurs autres entreprises, dénommées franchisées, le droit à réitérer soit l'enseigne du franchiseur, à l'aide de ses signes de raillement de la clientèle et de son assistance continue, le système de gestion préalablement expérimenté par le franchiseur …….. »

لقد تبنى الفقه الفرنسي هذا التعريف[4]، وتم تأييد ذلك من قبل القضاء[5]. فحسب قرار مجلس استئناف باريس[6]، يعرف عقد الفرانشيز على أنه: أسلوب من التعاون بين مؤسستين تجاريتين أو أكثر، الأولى معفية « franchisant » بموجبه تقوم الأولى، مالكة لاسم أو غرض أو للخدمات ومعرفة فنية خاصة، وتضع تحت تصرف الثانية حق استغلالها واستخدامها بمقابل، لغرض تحقيق أكبر تأثير في السوق، زيادة عن تطوير النشاط

---

[1] - نعيم مغبغب، الفرنشايز، دراسة في القانون المقارن منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص13 و14.

[2] - سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، الطبعة الثانية دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص210.

[3] - LE LOUP (Jean Mariel, la franchise..., op.cit, pp.11 et 12.

راجع كذلك : يعقوبي نادية، النظام القانوني لعقود التوزيع الدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005-2006، ص.ص. 39 و40.

[4] - LE LOUP (Jean Marie), la franchise…, op.cit, p.12.

[5] - BENNAMI (M) le contrat de franchise et de redressement et la liquidation judiciaire, thèse doctorat, université de Lausanne, dec 2003, p.58.

[6] - CA. Amien, ch.com, 6 oct 200, R.G, n° 96/ 2089. Voir LE LOUP (Jean Maire), la franchise …, op.cit, p.12.

التجاري للمؤسسات المعنية.وهو التعريف الذي به الفيدرالية الفرنسية للفرانشايز[1] وتقريبا نفس التعريف الذي أتى به تنظيم رقم 88/4081 المتعلق بتطبيق المادة 85 فقرة 3 من الاتفاقية الخاصة بالإعفاء[2].

من خلال مختلف تعاريف عقد الفرنشيز، يمكن استخلاص العناصر الأساسية والمشتركة لكل أنواع عقود الفرنشيز والتي لا يمكن تصور انعقاد العقد في غيابها و التي تتمثل فيما يلي :

– المعرفة الفنية: le savoir faire

وتعتبر العنصر الأساسي والأهم في عقد الفرنشيز[3]، إذ يترتب عن تخلف هذا العنصر بطلان العقد. وتتمثل المعرفة الفنية في مجموعة من المعلومات أو الخبرات التي تم ابتكارها من طرف المانح le franchiseur، وتجارب تجارية وتقنية، ثم تطويرها من طرف هذا الأخير. ويستوجب في المعرفة الفنية أن تكون حقيقة ومعروفة (identifiée)، سرّية ولكن غير مرخصة (nom breveté)[4].

– المساعدة الفنية: assistance technique

يقصد بالمساعدة الفنية أو التقنية أو التجارية، التكوين المستمر للمتلقي ولعماله وموظفيه. حيث سيمكن هذا التكوين من تحكم المتلقي في المعرفة الفنية للمانح وحسن استخدامها وكذا التحكم في قواعد الاستغلال التجارية: « les normes d'exploitation commerciale ».

وتشمل المساعدة التقنية كذلك، تقديم المانح للمتلقي المعايير التي يجب أن يتبعها لضمان تماشيها مع التخطيط والشكل والمظهر الموّحد للشبكة، ونقل تقنيات الإنتاج، وبرامج التدريب على البيع أو طرق الخدمة ما بعد البيع، و مساعدته في الحملات الاشهارية والاستشارات القانونية، خاصة في المجال الاجتماعي والجبائي، وأحيانا عن طريق تقديم مساعدات وضمانات مالية، سواء تعلق الأمر بالإدارة أو المستخدمين أو بدراسة السوق[5].

والمساعدة الفنية والتقنية التي يلتزم المانح بتقديمها يمكن أن تكون على مستويين، المستوى الأول قبل مباشرة النشاط التجاري في شكل« prestation d'ingénierie » [6]. أما المستوى الثاني، فيكون بعد فتح مؤسسة المتلقي، فيلتزم المانح هنا بتقديم المساعدة الفنية والتجارية خلال مدة تنفيذ العقد.

ولتحقيق ذلك يتعين على المانح حسن اختيار المتلقي، بالنظر إلى المؤهلات المهنية التي تسمح له باستيعاب وفي فترة وجيزة المعرفة الفنية وهذا شرط أساسي لإنشاء والمحافظة على سمعة الشبكة[7].

---

1 - Arrêt de la cour d'appel de Paris du 28 avril 1978, voir : LESKEL (Emilie), master 2 – recherche de droit des affaires, université de Paris II, panthéon Assas 2006 – 2007, pp.15 et 16.

2 - règlement CEE n° 4087/88 de la commission du 30 novembre concernant l'application de l'article 85/3 du traité des catégorie d'accords de franchise JOCE, 28 décembre 1988, N° L 359, p.461. voir : VOLBEl (Batta), la discrimination à l'encontre des distributions en droit de la concurrence, thèse de doctorat, l'université de Paris I, 1997 – 1998, p.4.

3 - يطلق على المعرفة الفنية في الثقافة الإنجليزية بـ: know how to do it راجع:
MOUSSERON (Jean Maric), problème juridique du krow how, J.C.P, entreprise 1972, n° 01.

4 - VOLB , la distribution …, op.cit, p.46.

5 - Ibid, p.47.

6 - LE TOURNEAU (Phillippe), le franchise, J.C.P, éd C.I, 1980, n° 13362.

7 - CJCE 28 janvier 1986 off. 161/84 pronoptia Rec CJCE, 1986, p.353 att. Voir : VOLBE (Batta), la discrimination…, op.cit, p.48.

3 – العلامة التجارية: la marque commerciale

باعتبارها منقولا معنويا تمثل العلامة التجارية ،عنصرا جوهريا في الذمة المالية لمالكها، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا[1].

ولكن العلامة لصيقة بالسلعة أو الخدمة المقدمة، فهي تنتقل مع هذه الأخيرة لتصل إلى الزبائن في أي مكان يحوزها، فالعلامة وشهرتها هي التي تجذب العملاء.

وإذا كانت علامة المعطي هي بمثابة تعبير عن نجاحه اعتمادا على المعرفة الفنية التي يملكها، فإنها تمثل في الوقت ذاته وسيلة لبسط نفوذه وسيطرته بحجة حمايتها وحماية كل ما يرتبط بها من سمعة تجارية[2].

2– خصائص عقد الفرنشيز:

باعتباره نظاما جديدا لتسويق البضائع والخدمات يتميز عقد الفرنشيز، بأنه عقد غير منظم قانونا (peu réglementé)، فهو عقد ملزم للطرفين، يقوم على الاعتبار الشخصي ، لكن إلى جانب ذلك فهو عقد يتميز بالتعاون بين طرفي العقد، حيث يحتفظ كل طرف باستقلالية كاملة أثناء إبرام العقد.

باعتباره نظاما جديد لتسويق البضائع والخدمات، يتميز عقد الفرنشيز بعدة خصائص أهمها:

1 – عقد الفرنشيز من عقود الاعتبار الشخصي: يظهر من خلال دراسة بعض عقود الإعفاء، أن شخصية المعطي له ذات أهمية كبيرة عند إبرام العقد، فرغم وجود طريقة خاصة لاختيار الطرف المتقاعد معه، إلا أن أغلب عقود الفرنشيز تحمل كلها عبارة « le présent contrat est conclu ..... »[3] . يفهم من هذه العبارة ، أن الصفات الشخصية للمتلقي هي من الأسباب الأساسية التي دفعت المانح للتعاقد معه.

أما بالنسبة للمانح، فإن هذا الشرط غير ضروري باعتبار هو الذي يختار المتعاقد معه[4] ،وذلك باعتبار أن المتلقي شخصا طبيعيا كان أو معنويا ،إنما يندمج وفقا شروط في شبكة ،أكثر من كونه يشترك مع شخص أخر. لذا فإن الاعتبار الشخصي هي ميزة أو خاصية تطبع دائما عقود الإعفاء التجاري.

2 – استقلالية ومسؤولية المتعاقد به: تخضع عقود التوزيع بصفة عامة وعقد الفرنشيز بصفة خاصة إلى القواعد العامة لصحة العقود، وبالأخص شرط الأهلية. فعادة ما يحتوي عقد الفرنشيز في بنوده شرط استقلالية ومسؤولية الأطراف وبالأخص استقلالية المتلقي (le franchisé)، ونعني باستقلالية الأطراف، حرية المتعاقدين في تحديد الحقوق والواجبات المتبادلة بكل حرية.

فالمتلقي كمقاول حر أثناء مزاوله نشاطه التجاري، يعتبر بمثابة تاجر حر[1] . يترتب عن ذلك أن المانح(franchisé) لا يتحمل مسؤولية الأعمال التي قام بها المتلقي[2] رغم الرقابة التي يمارسها والمساعدة الفنية التي يقدمها للمتلقي.

---

[1] - حمادي زوبير، حماية العلامة التجارية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجزائري، جامعة تيزي وزو، 2003 – 2004، ص 66.

[2] - محمد حسني ابراهيم النجار، عقد الامتياز التجاري، دراسة في نقل المعارف الفنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، للإسكندرية، 2001، ص 338.

[3] -PEREZ (Michel), les contrats de franchises …, op.cit, p.20.

[4] - Ibid, p.20.

وعليه ، يشترط إعلام الغير مسبقا باستقلالية المتلقي[3]، وذلك بطريقة صريحة وواضحة على الوثائق الخاصة بالإعلام لاسيما الاشهارية منها، وذلك سواء داخل أو خارج مكان البيع[4] .لكن بإمكانه مناقشة وتحديد استقلالية المتلقي في الحالة التي يكون فيها المانح شريك في الشركة المنشأة في إطار الفرنشيز[5] ، خاصة في الحالة التي يملك فيها المانح سلطة محدودة (minorité de blocage) ، أو في الحالة التي يكون فيها المانح وكيلا ، فيقوم بتوزيع وتسويق منتجاته وخدماته عن طريق المتلقي بصفته موكل، أو الحالة التي يكون فيها المانح مؤجر مسير للقاعدة التجارية التي منحت في إطار إيجار التسيير للمتلقي[6].

3 – عقد الفرنشيز من عقود الإذعان: عادة ما زتضمن عقود الإعفاء شروط الإذعان، وتظهر هذه الخاصية من خلال تمتع المانح وهو الطرف القوي في العقد، باحتكار فعلي وقانوني يمنحه سيطرة كاملة ومستمرة على طرف المتلقي، فهذه السيطرة تسمح له بفرض ما يراه مناسبا من شروط، مستندا إلى احتكاره[7]. ونظرا لأن سوق التكنولوجيا تتميز بالطبيعية الاحتكارية و هي الركيزة الأساسية في هذا النوع من العقود، ولأن العلامة التي يستفيد منها المتلقي هي ضرورة اقتصادية لنجاحه ، فيجد هذا الأخير نفسه يرضخ إلى ما يميله المانح من شروط[8].

4 – الحصرية الموضوعية والإقليمية: تعتبر خاصة الحصيرية (l'exclusivité) عنصر أساسي في عقود الفرنشيز، إلى درجة أنه تم القضاء في بعض المنازعات المعروضة على القضاء، أن لا يشترط إدراج عنصر الحصيرية في العقد ،لأنه يعتبر بمثابة نتيجة حتمية لنظام التوزيع « système de commerciale »[9] وخاصية الحصرية تنطبق على:

الحصرية الموضوعية، وهي ضرورة يمليها العقد يتجدد مضمونها بالنظر إلى العناصر الجوهرية في محل العقد، وذلك من خلال المقومات المادية، من بضائع ومهامات . لذا فالحصيرية الموضوعية تستند إلى المضمون التكنولوجي ، الامر

---

[1] - « Il a été juge que le franchisé qui s'installe bénéficie d'un régime fiscale des entreprises nouvelles », C.E, 8sept 1999, DIDIER(Ferrier), les droit de la distribution..., op.cit, p.315.

[2] - Cass.com,3juill.1990,bull.civ.IV. n° 201, paris, 11juill 1989 : d.1990. somm, p.368. Voir : FERRIER(Didier), Droit de la distribution…,op.Cit, p.315

[3] - Arrêté du 21 fevrier 1991.,JO. 21mars, reprenant une exigence du règlement n°4087-1988, art4.C. Voir :FERRIER (Didier), le droit de la distribution…, Op.Cit, p.315.

[4] - On trouve en général plus au moins les mêmes termes : »le franchisé demeurant seul responsable en qualité de commerçant (artisan) indépendant ,de la bonne marche de son commerce ou (entreprise) – conserve seul les risques et avantages de son entreprise et ne s'aurait prétendre a une participation du franchiseur aux frais et dépenses engagées pour son fonctionnement.. ».Voir :PEREZ (Michel),les contrats de franchises…, op.Cit, p.20.

[5] - Tb Marseille.,22 janv.2001.Voir :FERRIER (Didier),le droit de la distribution…,op.Cit,p.315.

[6] - PEREZ(Michel)contrats de franchise…,op.Cit ,p.41.

[7] – سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 42.

[8] – حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 104. ويعقوبي نادية، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 42.

[9] - PEREZ (Michel),contrats de franchise…,op.Cit,p. 41.

الذي دفع الفقه ويسانده في ذلك القضاء إلى استعباد البضائع والمهامات، لكونها لا تعتبر أساسا في محل العقد، كما أنه لا تعدد سببا له[1].

أما الحصيرية الإقليمية ، فالملاحظ أن غالبية عقود الإعفاء تتضمن تحديد أو حدود جغرافية يمتنع فيها المانح القيام بأية عملية بيع أو أداء خدمة في نطاق مخصص للمتلقي فقط ، لذا يقوم أطراف العقد بضبط هذه الحدود داخل الشبكة وعلى الأطراف احترام هذه الحدود الجغرافية ولا يجوز لأحد تجاوز نطاق الإقليمي[2].

3_الطبيعية القانونية لعقد الفرنشيز:

لقد ظهر عقد الفرنشيز نتيجة الممارسة العملية (la pratique) ، فهو عقد غير مسمى لا يعرف نظاما قانونيا خاصا[3] ، الأمر الذي جعل الكثير يعتبر عقد الفرنشيز بمثابة عقد بيع، لأن المتلقي يقوم بشراء المنتجات من المانح. لكن تعرض هذا التكييف إلى انتقادات نظرا للاختلاف بينه و بين عقد البيع. فعقد الفرنشيز هو عقد ينضم عملية التوزيع ككل ، فهو عقد يتضمن نقل المعرفة الفنية[4].

فعقد الفرنشيز هو قبل كل شيء هو عقد ، يقوم بموجبه المانح بمنح معلومات ومساعدة فنية هامة ومحددة .فما يميز عقد الفرنشيز هو قيام المانح بوضع تحت تصرف المتلقي حقوق الملكية الفكرية،مع التزام المتلقي بتوزيع منتجات المانح و بأن يؤدي مهمة العناية الممكنة .

فعقد الفرنشيز هو عقد إطاري، ينظم العمليات التجارية المستقبلية بين مانح الفرنشيز و المتلقي ، فهو سيتضمن النقاط التي تحكم علاقتهم في المستقبل، أي كيفية تقديم المساعدة الفنية من مانح الفرنشيز إلى المتلقي ، ثم تأتي بعد ذلك دور عقود التطبيق و هي عقود الشراء المتعاقبة و التي يقوم بها متلقي الفرنشيز بشراء منتجات صاحب الفرنشيز و التي تختلف عن العقد الإطاري الذي ينظم شكل التعامل ا[5].

ثانيا : خصوصية عقد الفرنشيز من حيث شروط ابرامه:

القاعدة العامة هي أنه إذا توفرت أركان العقد و المتمثلة في : الرضا، المحل ، السبب ، كان انعقاد العقد صحيحا. وباعتبار عقد الفرنشيز من عقود التوزيع الدولية، فإنه يشترط بالإضافة إلى الأركان العامة لكل العقود وكذا الشروط العامة المتمثلة في شرط المدة وشرط تحديد الثمن والضمان والسّرية، توفر شروط خاصة وهو ما يجعله ينفرد بنوع من الخصوصية عن العقود الأخرى المتشابهة.

---

[1] - محمد ابراهيم النجار، عقد الامتياز التجاري، دراسة في نقل المعارف الفنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001، ص 238.

2 - PEREZ (Michel),contrats de franchise…,op.Cit,p. 41 ; LE TOURNEAU, le franchissage …, Op.Cit, p78.

3 - LESREL(Emelie), contrat de franchise opération de concentration, master, universitaire Paris II, Pantheon Assas, 2006 – 2007, p.16.

[4] - نادية يعقوبي، النظام القانوني لعقود التوزيع...، مرجع سابق، ص 41.

[5] - أحمد أنور محمد ، المحل في عقد الامتياز التجاري ، دراسة مقرنة، منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان 2010،ص ص63الى 66.

1– الحصرية الإقليمية: الموزع الحصري هو من يتولى بيع ما يشتريه من بضاعة وخدمات باسمه ولحسابه الخاص. ولكن شرط أن يكون العقد الذي يربطه بالمانح أي ممون البضاعة أو الخدمة له صفة الموزع الوحيد يشترط الحصر. وتنصب الحصرية على تحديد الإقليم، وكذا على طبيعة التعامل بين الطرفين[1].

2– التراخيص: عقد الفرنشيز كباقي عقود التوزيع قد يتضمن على ترخيص باستعمال علامة المانح، ويتمثل هذا الترخيص في الرابطة الموجودة بين أعضاء الشبكة الذين ينشطون تحت العلامة نفسها والتي عادة ما تظهر على اللافتة[2].

على هذا الأساس فإن المنتوج أو الخدمة المقدمة من المانح تكون معروفة وتباع مسبقا للجمهور، وبذلك يكون المتلقي أو الموزع مرتاحا باعتباره لا ينشغل بالبحث عن الزبائن لتسويق منتجاته وخدماته بل يكتفي فقط باستعمال علامة المانح[3].

3– التعاون والمساعدة: يشمل عقد الفرنشيز على شرط هام يتمثل في المساعدة والتعاون. وتتمثل في قيام المانح بحملات إشهارية وطنية، في حين يلتزم المتلقي على التعاون داخل الإقليم في العمليات التنموية والحملات الإشهارية. فغالبا ما يلتزم المانح بتقديم المساعدة الفنية والتقنية للمتلقي، كما يؤمن له الاستقرار عن طريق المساعدات والقروض المالية لإنشاء قاعدته التجارية، كما يؤمن له أيضا مصادر التموين بالسلع والبضائع والخدمات كما يوفر كل المساعدات اللازمة في مجال المحاسبة والتسيير وكل المساعدات القانونية والتقنية لنجاح نظام الفرنشيز[4].

4– الرقابة: يتمتع المانح في عقد الفرنشيز بحق مراقبة رقم المبيعات العائد للمتلقي والتدقيق في السجلات والمستندات الخاصة، كما له حق مراقبة أي عمل من الأعمال على نفقته وضمن أوقات العمل الاعتيادية[5]. بالمقابل يلتزم المتلقي بتقديم الحسابات السنوية التي سيتم تدقيقها من قبل مفوض الرقابة.

فضلا عن ذلك يحق للمانح إرسال شخصا ثالثا لزيارة مؤسسة المتلقي لمراقبة سير العمل فيها مرة أو عدة مرات حسب ما يتم الاتفاق عليه في العقد.

خامسا – عدم المنافسة إن الهدف من تضمين عقد الفرنشيز شرط عدم المنافسة، هو حماية شرط الحصرية خلال فترة تنفيذ العقد من جهة، والتزام المانح بعدم صناعة أو تسويق السلع والخدمات موضوع عقد بعد نفاذه من جهة أخرى. هذا ما نصت عليه المادة18 في العقد المبرم بين الشركة الجزائرية ALDAPH والشركة الألمانية ROCHE. ورغم تضمين العقد شرط عدم المنافسة، إلا أن ذلك غير كاف لمواجهة حالات المنافسة غير المشروعة.

ثالثا: خصوصية عقد الفرنشيز من حيث الآثار:

---

[1] - أعلاه حول خصائص عقد الإعفاء التجاري.

[2] - لكن يستثنى من ذالك عقود التوزيع الانتقائي، حيث يسمح للموزع في هذا النوع من العقود ببيع مختلف العلامات. راجع: نادية يعقوبي، النظام القانوني...،مرجع سابق، ص 55.

[3] -FERRIER (Didier), les réseaux de distribution ; Op.Cit, p.504.

[4] - BEAUCHARD(Jean), droit de la distribution et de la consommation, Presses universitaire de France, Paris, 1996, p.56.

[5] – في إطار حق الرقابة التي يمارسها المعطي على أعمال المعطى له ،يمكن للطرف الأول الاستعانة بأشخاص آخرين يعملون في إطار السرية المهنية، راجع في هذه النقطة: نعيم مغبغب، الفرنشايز...، مرجع سابق، ص 206.

لما كان هدف عقد الفرنشيز هو تحقيق النجاح التجاري للمتلقي، فإن هذا العقد سيسمح للموزعين بأن يصبحوا أحسن وأفضل منافسين في السوق، لذا أعتبر نظام الفرنشيز أحد عوامل المشجعة للمنافسة . كما أن التطور التجاري للمتلقي يفرض على الطرفين المانح(1) والمتلقي(2) التزامات ثقيلة، لذا يستوجب عند تحرير العقد بين الطرفين تحديد حقوق وواجبات كل طرف بدقة و وضوح، وذلك بمراعاة العوامل والأهداف الاقتصادية والاجتماعية والمالية لكلا الطرفين لتحقيق الأهداف المرجوّة.

1_التزامات المانح : بالإضافة إلى الالتزامات العامة التي تقع على طرفي العقد، يخضع المانح في عقد الفرنشيز إلى التزامات خاصة ناجمة عن طبيعية العقد وتتمثل في:

_ **الالتزام بالإعلام:** نظرا للطبيعية الخاصة لكل عقود التوزيع الدولية بما فيها عقد الفرنشيز، ألزمت جلّ التشريعات[1] الطرف المانح بإعلام المتلقي قبل التعاقد بكلّ المعلومات الضرورية الخاصة بالمشروع، باعتباره عارضا للسلعة أو الخدمة ، لذا يعتبر الإعلام المسبق شرطا أساسيا وضروريا لإنشاء وانعقاد عقد الفرنشيز، ويمكن أن يشكل سببا للمطالبة بإبطال العقد.

وتعتبر المعلومات التي يقدمها المعطي الحجر الأساسي لإقناع المتلقي بالتعاقد معه بغية استثمار نشاط معين، ولا يكفي تقديم المعلومات، بل يجب إرفاقها بمستندات تثبت صحتها، سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي وتشمل هذه المعلومات ما يلي: معلومات خاصة بالمانح، معلومات خاصة بالشبكة ،معلومات خاصة بالعقد المراد إبرامه

_**الالتزام بالتموين** يلتزم المانح في عقد الفرنشيز بتموين المتلقي بالبضائع والخدمات، حسب الكيفية المتفق عليه في العقد، لتفادي فراغ المخزون واستمرار المشروع[2]. فخلافا لعقود التوزيع الأخرى، يلتزم المانح الممون بتموين المتلقي الذي يتمتع بحصرية الشراء والإعفاء، أكثر من ذلك يلتزم المانح بعدم التعاقد مع الغير وتموينه بالبضائع في إقليمهم ،كما يمنع عليه حق البيع شخصيا للجمهور وهذا احتراما لحق الحصرية الإقليمية الممنوحة له[3].

إلى جانب هذا الالتزام المادي، يلتزم المانح في نقل كل المعلومات الخاصة بالمعرفة الفنية والمساعدة التقنية وذلك عن طريق تسليم المستند أو كراس الخاص بذلك« manuel d'instruction » [4]. فضلا عن ذلك ، يلتزم المانح بإعداد المتلقي وتدريبه على الأساليب والطرق الإنتاجية. ويشتمل الالتزام بالتموين كذلك، نقل تقنيات البيع مع أهم الأهداف التي يطمح المتلقي الحصول عليها.

---

[1] – ففي القانون الفرنسي ألزم القانون رقم 89 – 1008 المؤرخ في 31 ديسمبر 1989 المعروف بقانون «دوبات» الخاص بتنظيم الالتزام بالإعلام في نص المادة 1. راجع:

VIRASAMY(George), la moralisation des contrats de distribution par la loi doubin, Economica, Paris, 2001, P.66.

وفي القانون المصري، نصت المادة 1/77 على الالتزام بالإعلام. راجع نزية محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 208.

أما في ايطاليا، فإن الالتزام بالإعلام المسبق يشكل إحدى الثوابت الرئيسية لعقد الفرنشايز، وقد اعتمدته أنظمة الفدرالية الإيطالية للفرنشايز عام 1995. راجع: نعيم مغبغب : الفرنشايز...، مرجع سابق، ص 138.

[2] - FERRIER(Didier), les contrats de distribution…, Op.Cit, p.100.

[3] - على خلاف عقود التوزيع الانتقائي (la distribution sélective) أين يلتزم فيها جميع الممونين الذي تعاقد معهم الموزع بتموينه بالبضائع والسلع المتفق عليها، في حين لا يتمنع عليهم من توزيع نفس السلع لموزعين آخرين في نفس المنطقة.

[4] - FERRIER (Didier), droit de la distribution…, op.cit, p.313.

_ **الالتزام بالضمان:** يعد هذا الالتزام، بمثابة التزام فرعي متفرع عن الالتزام الأصلي المتمثل في الالتزام بالتموين، وهو كذلك التزام مستمد من القواعد العامة لعقود البيع ويتفرع هذا الضمان إلى ضمان العيوب الخفية، ضمان عدم التعرض، وضمان المطابقة والنتيجة. لكن تجدر الملاحظة أنه يمكن للطرفين الاتفاق على إدراج شرط يجعل تعرض الممون مشروعا لا يرتب التزاما بالضمان، كما هو الحال بالنسبة للعقد المبرم بين الشركة الألمانية ROCHE والشركة الجزائرية ALDAPH ، وفي حالة صدور التعرض سواء من المانح أو الغير، يمكن للمتلقي إقامة دعوى ضدهم من أجل الحصول على حكم يحمي حقه[1].

2_التزامات المتلقي: على غرار الالتزامات التي تقع على عاتق المانح، يخضع المتلقي لالتزامات لا تختلف عن التزامات المشترى في عقد البيع، فبالإضافة إلى الالتزامات العامة، ثمة التزامات خاصة تفرضها طبيعة عقد الفرنشيز استجابة في ذلك لحقوق المانح.

_**الالتزامات المالية** عقد الإعفاء هو عقد تجاري، يسعى إلى تحقيق الربح، لذا يجب على الطرفين الاتفاق على الموجبات المالية التي يلتزم بها كلّ منهما، فيلتزم المعطى له بتقديم حق الدخول، والعائدات، والنسب المؤوية الواجب دفعها، والمساهمة في تكاليف الدعاية وغيرها.

عادة ما يتم الاتفاق بين الطرفين على تحديد حق الدخول، وهو المبلغ الواجب دفعه من طرف المتلقي مقابل السماح له بالاستثمار في نشاط المانح، فحق الدخول يتم مقابل دخول المتاقي في شبكة المانح.

تأسيسا على ذلك يلتزم المتلقي بالوفاء بالثمن في الميعاد المحدد لذلك في العقد، وتحديد الثمن في عقد الإعفاء تتوقف على عدّة عوامل، كدرجة توازي قوى الطرفين أثناء التفاوض، طبيعة السلعة والبضاعة والمعرفة الفنية والمساعدة التقنية المراد نقلها وتحسيناتها، ودرجة التقدم الذي أحرزته السلعة أو المعرفة موضوع العقد. أما عن طرق تحديد الثمن والدفع ، فهي تختلف باختلاف العقود، ففي عقد الإعفاء التجاري، عادة ما يكون الدفع بأقساط أو دفعات ،جزء منها يدفع عند إبرام العقد، والباقي في مواعيد لاحقة نظير الخدمة والتحسينات المطبقة[2].

_**الالتزام بعدم التعاقد من الباطن دون موافقة المانح :** إن التنازل عن الحقوق أو تحويل الالتزامات إلى شخص آخر في أي عقد ،وفق ما تم الاتفاق عليه من الأطراف ،غير جائز إلا باتفاق الأطراف المتعاقدة، فعليه يجب أن تضل العلاقة ثنائية، أو إذا رغب المتلقي التنازل عن تنفيذ العقد للغير عن طريق عقد باطني، فإنه يتعين عليه إخبار المانح والحصول على موافقته وذلك حفاظا لالتزاماته العقدية[3].

لكن في حالة ما إذا حصل المتلقي على موافقة المانح، فإن ذلك سيسمح بإنشاء شبكة توزيع فرعية تكون تابعة له داخل إقليمه، ويكون هؤلاء الموزعين مالكين للحصرية داخل أقاليمهم، بصفتهم وكلاء أو موظفين للموزع الرئيسي[4].

---

[1] - حسب محكمة النقض الفرنسية هناك ثلاثة طرق، الأولى هي دعوى المنافسة غير المشروعة، الثانية هي دعوى الإشهار الكاذب، أما الدعوى الثالثة فتقام على أساس أن الغير قام بمتاجرة غير مشروعة في منتوج أو علامة لم يحصل على رخصة لاستعماله راجع: la liberté de la distribution, PUF, Paris, 1988, p.71 FERRIER(Didier) ,

.

[2] – نادية يعقوبي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 80.

[3] - Didier Ferrier, droit de la distribution …, Op.Cit, p.792.

وهو ما ذهبت إليه المادة 14 من العقد المبرم بين الشركة الألمانية « ROCHE » والشركة الجزائرية « ALDAPH » "لا يجوز للطرف الموّزع التنازل عن هذا العقد لطرف ثالث بدون موافقة الممون..." راجع: الملحق رقم 01.

[4] - يعقوبي نادية، النظام القانوني لعقود التوزيع...، مرجع سابق، ص 81.

_**الالتزام بالسّرية:** تفرض المؤسسات المموّنة في عقود التوزيع بصفة عامة وعقد الفرنشيز بصفة خاصة على المتلقي المحافظة على السّرية خلال مرحلة المفاوضات وبعدها، سواء تم إبرام العقد أو لم يتم، وذلك لغرض المحافظة على تقنياتها ومعارضها، لذا نصت معظم القوانين على ضرورة حماية المعارف، والمعلومات والأفكار والتقنيات السّرية.

_ **الالتزام ببذل عناية :** يتمثل هذا الالتزام في ضرورة قيام المتلقي على السهر على حسن الأداء، أي القيام بكل ما من شأنه لتحسين عملية التوزيع وترقيتها، حفاظا على سمعة العلامة والخدمة، فعلى المتلقي السهر على حسن عملية تخزين المواد والدّقة في استخدام التقنيات والمعرفة للوصول إلى نتائجها وصيانة الأجهزة.

الخاتمة :

عقد الفرنشيز من العقود التي ابتكرها رجال الاعتمال ، باعتبارها وسيلة لتصريف منتجاتهم و توسيع دائرة نشاطاتهم و مشاريعهم التجارية .فهذا الأسلوب يسمح للطرف المتلقي في عقد الفرنشيز بالعمل باسم أو علامة أو السمعة التجارية المملوكة أو المرتبطة بمانح الفرنشيز.

فعقد الفرنشيز عقد فريد من حيث نوعه و تكوينه القانوني، فيعتبر عقدا إطاريا يضم تحت مظلته العديد من العقود مثل عقد بيع ، عقد الترخيص باستغلال حقوق الملكية الفكرية، عقد التوزيع ،عقد تقديم المساعدة الفنية ...إلخ. فضلا عن ذلك ، يشمل عقد الفرنشيز العديد من الأنظمة القانونية، مثل القانون المدني ، القانون التجاري ، القوانين الخاصة بالملكية الفكرية إلى غيرها من الأنظمة. كما أن الطابع المركب و المميز لمحل عقد الفرنشيز جعله ينفرد بنوع من الخصوصية ، فهو يعد الوسيلة المناسبة لحماية سرية المعرفة الفنية محل العقد.

يمثل عقد الفرنشيز إحدى الآليات العقدية ذات الفعالية الكبيرة في تحيد توجهات النظام الاقتصادي العالمي الجديد الرامي إلى إعادة تشكيل العلاقات الاقتصادية فيما بين المشروعات باختلاف مستوياتها و نشاطاتها .

غير إن غيب تنظيم قانوني خاص بعقد الفرنشيز يثير إشكالات حول قدرة النظام القانوني في استيعاب هذه الآلية الجديدة أي نظام الفرنشيز ، الأمر الذي يدفع أطراف هذا العقد إلى تنظيم كل التفاصيل في العقد و اللجوء إلى القضاء أو التحكيم في حالة وجود نزاع.

بالنتيجة ، يظهر من الضروري سن تشريع خاص بعقد الفرنشيز ، ينظم أحكامه و يضع الإطار القانوني للالتزامات المترتبة على أطراف العقد ، مع توفير حماية أكثر للطرف المتلقي في عقد الفرنشيز لكونه يمثل الطرف الضعيف في العقد ، خاصة و أن الجزائر قد فتحت بابا واسعا لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية للنهوض بالاقتصاد الوطني الذي يعاني من ركودا ضخما و في مجالات عديدة .

محدودية مبدأ سلطان الإرادة في مواجهة النظام القانوني الخاص بعقود الاعمال: مثال العقود المصرفية و المالية

د. آيت وازو زاينة ، أستاذة محاضرة "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري. تيزي وزو

مقدمة :

الأصل في عقود الأعمال أن العقد شريعة المتعاقدين، حيث تختار الأطراف بنود التعاقد و تتفق عليها، محددة الحقوق و الإلتزامات ، لكن الملاحظ انه مع تطور المعاملات في مجال الأعمال ظهرت أشكال عديدة و متنوعة من العقود، لا تنحصر آثارها فقط على المصالح الخاصة للأطراف بل أصبحت تتعدى غلى مصلحة الدولة بل و تجاوز مصلحة الدولة الواحدة لتمس بمصالح الدول ، كون أن طريقة إبرامها و تنفيذها و حتى من حيث بيئة تحقيقها تتطلب تدخل عدة أنظمة قانونية تمس بمجالات إقتصادية متعددة كما هو الشأن بالنسبة للعقود المبرمة في مجال التجارة الدولية، أو الإستثمار أو ما ارتبط بمجال حقوق الملكية الفكرية.

و يعتبر مجال العقود المصرفية و المالية ابرز الصور التي تظهر من خلالها محدودية تكريس مبدأ سلطلن الإرادة نظرا للطابع الخصوصي لهذه العقود و خصوصية المصالح التي تمس بها هذه العقود.

فحرية التعاقد أساس عقود الأعمال خصوصا في الأنظمة الإقتصادية الليبرالية،إذ اصبح من حق العون الإقتصادي التعاقد بكل حرية مع من اتفقت معه مصالحه الإقتصادية ووفقا للشروط التي يختارها هو و من اتفق معه، وحرية التعاقد مظهر من مظاهر التحرر الاقتصادي، لكن الملاحظ هو أن هذا لا ينطبق على كل الأنشطة الإقتصادية ، حيث نجد تلك التي ترد عليها قيودا تحد من هذه الحرية في التعاقد، كما هو الأمر في المجال المصرفي و المالي. و هذا راجع الى كزن العقود المبرمة في هذا المجال تخضع لنظام قانوني يوصف بالإستثنائي. و ما جعله استثنائيا هو وجود عوامل تعتبر قيودا على تكريس مبدأ سلطان الإرادة في العقود المصرفية و المالية.

و تتمثل هذه العوامل المقيدة لحرية التعاقد في المجال المصرفي و المالي في:

1- كون النشاط من الأنشطة المقننة:

يعتبر النشاط المصرفي من النشاطات المقننة[1]، فالنشاطات المقننة هي تلك النشاطات التي تتدخل الدولة في تنظيمها و تنظيم أدائها، حيث تستوجب الحصول على ترخيص مسبق من الهيئات المعنية لممارستها.

إذ يخضع الشخص الذي يريد ممارسة هذا النشاط إلى نظام الترخيص المزدوج،حيث يقدم المعني طلب الترخيص للدخول في النشاط من طرف مجلس النقد و القرض، ثم بعد حصوله على الترخيص يجب أن يتحصل على اعتماد من محافظ البنك المركزي.

[1] - يعتبر نشاط أو مهنة مقننة كل نشاط أو مهنة يخضعان للقيد في السجل التجاري و يستوجبان بطبيعتهما و بمحتواهما و بمضمونهما و بالوسائل الموضوعة حيز التنفيذ توفر شروط خاصة لممارستها. إن تصنيف نشاط أو مهنة ضمن الأنشطة أو المهن المقننة منوط بوجود انشغالات او مصالح جوهرية تتطلب تاطيرا قانونيا و تقنيا مناسبا.حيث ترتبط هذه المجالات ب: النظام العام،امن الأشخاص و الممتلكات،حماية الصحة العمومية،حماية الاداب و الاخلاق،حماية حقوق الخواص و مصالحهم المشروعة،حماية الثروات الطبيعية و الممتلكات العمومية المكونة للثروة الوطنية،احترام البيئة و المناطق و المواقع المحمية و الاطار المعيشي للسكان،حماية الاقتصاد

كما ترتبط العمليات المصرفية في أغلبها بترخيص البنك المركزي لأدائها، على الرغم من أن هذه العمليات تنصهر في شكل عقود تتم بين البنك و المتعاملين معه، تقوم على أساس الشروط الشكلية و الموضوعية للعقود الخاضعة للقانون الخاص. و هذا إجراء يحد من حرية البنك في التعاقد مع المتعاملين معه.

في حقيقة الأمر يجد البنك نفسه يخضع لنظام قانوني مزدوج، أولهما القانون الخاص و المقصود القانون المدني و القانون التجاري و ماينظمانه من أحكام تتعلق بالعقود الرضائية، و هذا النظام القانوني يعنى بالمصالح الخاصة للمتعاقدين و ثانيهما يهتم بالموازنة بين المصالح الاقتصادية للمتعاقدين و مصلحة الدولة و هو القانون المصرفي و المالي.

تجدر الإشارة إلى أنه يتمتع المتعاقدان في المجالات المخصصة للأنشطة المقننة بطابع خاص. و هذا يرجع لإخضاع هذه الأنشطة إلى قواعد قانونية خاصة يتدخل المشرع في وضعها، و تنظيمها و تأطيرها بشكل يجعل علاقتهما تخضع لنظام عقدي استثنائي.

و ما يلاحظ، أن هذه العلاقة تطغى عليها إرادة المشرع أكثر من طغاء إرادة الأطراف. فهذه الأخيرة تكون حبيسة القواعد التي تحد من حريتهما في وضع شروط العقد ، فكلا الحريتين تخضعان لإرادة المشرع أو السلطة الضابطة للنشاط فكثيرا ما تتدخل السلطة الضابطة لإعمال قواعد الحيطة و الحذر للمحافظة على المصلحة العامة و المرفق العام أو الخدمة ذات الطابع المرفقي العام. فالأنشطة المقننة كثيرا ما تعنى بمرافق ذات طابع مرفقي خدماتي، كما هو الشأن في المجال المصرفي و المالي، التأمين، الصيدلة، و غيرها...

فهذه المجالات تختص بكونها مجالات تخضع لنظام الترخيص و التقيد بالنظم الخاصة بطبيعة القطاع المعني، هذا على الرغم من اعتراف المشرع بإقحام هذه الأنشطة في دائرة القانون الخاص و بذلك إخضاعها لقانون العقد الذي يعمل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

و عليه تبقى حرية المتعاقدين في انتقاء بنود العقد التي يرياها مناسبة لمصلحتهما جد محدودة حيث تكاد تكون هذه العقود عقود إذعان في مصلحة مقدم الخدمة الطرف في العقد.

2- الوزن المالي في العقد: هناك عامل اخر يتدخل ليؤثر على حرية التعاقد و اختيار بنود العقد ، و فرض شروطه، و هو عامل الوزن المالى للمتعاقدين ووزنه في السوق.

فالوزن المالي له أثر على المصلحة الاقتصادية في العقد. و هو عامل يأخذ به في عقود الأعمال على اعتبارها من العقود الإقتصادية ، و هذا شائع في العقود المتعلقة بالأنشطة ذات الطابع الاقتصادي عموما، و المالي و المصرفي خصوصا.

3-طغاء الطابع التنظيمي على العلاقة التي تربط بين المتعاقدين:

تتمتع العقود التي تبرم في اطار الأنشطة المقننة لاسيما عندما يتعلق الامر بالمجال المصرفي او المالى كالتامين او البورصة بنظام استثنائي من حيث الحقوق و الالتزامات. ففي هذا النوع من العقود يتدخل المشرع و الهيئة الضابطة لقطاع النشاط بترتيب هذه الحقوق و عدم تركها لإرادة الأطراف المتعاقدة.

إن تدخل المشرع و الهيئة الضابطة في هذا المجال و تقييد حرية التعاقد يأتيان للحفاظ على المصلحة العامة لكل المتدخلين في العقد، دون إغفال ضرورة الحفاظ على سلامة و سيرورة الخدمة التي تتميز بالطابع المرفقي في هذا النوع من

الشركات[1] ، وبذلك تحقيق الموازنة بين مصلحة المتعاقدين و مصلحة المرفق التي تعتبر من مصلحتهما خصوصا عندما يتعلق الامر بالجانب المالي.

و تجب الإشارة هنا إلى أن الخدمات التي تقدمها البنوك و شركات التأمين خدمات ذات طابع مرفقي ، و لربما هذا ما يفسر اعتناء المشرع الشديد و السلطة الضابطة المكلفة بالمجال. اضافة للمصلحة الاقتصادية التي تحققها للمستهلك في العقد فهي تمثل أيضا مصلحة اقتصادية جوهرية للدولة ، و العمليات و الصفقات التي تتم على مستوى هذه الشركات تأثر في النظام الإقتصادي للدولة، بل تؤثر في النظام العام الاقتصادي للدولة، و عليه تدخل المشرع و الهيئة الضابطة يأتي عن ضرورة اقتصادية.

ففي العقود المبرمة في المجال المصرفي و المالي تأخذ الالتزامات التي يتحملها مقدم الخدمة كالبنك او شركات التامين شكل قواعد تكيف على انها قواعد حذر و حيطة، يجب احترامها تحت طائلة المسئولية و لو كان ذلك حلى حساب الحرية التعاقدية للمتعاقدين.

و قواعد الحيطة و الحذر قواعد حددها المشرع و الهيئة الضابطة للقطاع من اجل التأكد من سلامة المركز المالي للمستهلك طالب الخدمة الذي غالبا ما لا يكون مستهلكا بسيطا بل عونا اقتصاديا ، يكون لنشاطه ووجوده في السوق تاثيرا على هذا الأخير و على اقتصاد الدولة.

حيث يتأكد على مدى قدرته على استحقاق ما يقع عليه من ديون مالية عندما يحين اجل دفعها. و هنا اعمال لقاعدة في مجال الأعمال ، و هي قاعدة اعرف عميلك، حيث انه من انجع الاليات لمواجهة الاخطار التي ترافق العلاقة التعاقدية هو التأكد من يسر المستهلك[2] لدرء مفاجأة عدم الدفع، فالبنوك و المؤسسات المالية لا تتعامل مع المعسرين، او ذوي السمعة الاقتصادية السيئة، فالشركات ذات الطابع المصرفي و المالي تتعامل مع الذين يتمتعون بملاءة مالية.

يعتبر الالتزام بقواعد الحيطة والحذر من أهم الالتزامات المعمول بها في المهنة المصرفية نظرا لما يرتبه هذا الالتزام من آثار على العملية المصرفية وتبعاتها، وهو التزام مكرس في التشريع المصرفي الجزائري فكل البنوك والمؤسسات المالية التي تخضع لهذا القانون ملزمة بالحيطة والحذر في إطار ممارسة المهنة المصرفية[(3)].

و على اعتبار أن هذه القواعد ترتب التزامات على عاتق مقدم الخدمة الذي يعتبر الطرف الاخر في العقد، فإن هذه الإلتزامات تعتبر ، بالمقابل ، حقوقا لمستهلك الخدمة.

و من اهم الحقوق التي يتمتع بها المستهلك في هذا النوع من العقود:

الحق في الإعلام والنصيحة: بدأت ملامح هذا الالتزام تتبلور في الاجتهاد الفرنسي ي العقود الأخيرة من القرن الماضي وسرعان ما أصبح هذا الالتزام مكرسا فقها واجتهادا خصوصا في مجال المهن المرتبطة بالخدمات، وقد جاء ذلك

---

[2] المستهلك في العقود المصرفية يطلب قرضا او تمويلا، في المجال التامين يطلب تغطية خطر معين مقابل دفع أقساط التامين.

[3] - نظام رقم 91-09 مؤرخ في 04 أوت 1991 يحدد قواعد الحذر في تسيير المصارف والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية عدد 24، صادر في 25 مارس 1992، المعدل والمتمم بموجب النظام رقم 95-04 المؤرخ في 20 أفريل 1995، الجريدة الرسمية عدد 39، صادر في 23 جويلية 1995. راجع أيضا: نص المادة 56 مكرر من الأمر رقم 03-11، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 10-04، مرجع سابق، في المادة 05 منه، حيث يراقب بنك الجزائر مدى اتخاذ البنوك والمؤسسات المالية للتدابير اللازمة لضمان سلامة أنظمة الدفع.

نتيجة للتطور المطرد الذي شهدته الحياة الاقتصادية وخصوصا في الجوانب التقنية منها، بحيث أصبح الممتهن يملك الكثير من المعطيات حول الخدمات التي يقدمها والتي تغيب جزئيا أو كليا عن الطرف الآخر المتعاقد مع الممتهن أي المستهلك[1].

وبالرغم من توجه الاجتهاد والفقه، رفقة النصوص القانونية سواء في المجال المصرفي أو الاقتصادي، إلى وضع الالتزام بالإعلام والنصح على عاتق المهني لصالح المستهلك إلاّ أن ذلك لم يحل دون استفادة المتعاقدين الممتهنين من هذا الالتزام، بحيث أصبح هذا الالتزام مفروض على المهنيين بمواجهة الممتهنين الآخرين ضمن شروط معينة.

وقد وسع الفقه والاجتهاد من نطاق تطبيق هذا الالتزام ليشمل القطاع المصرفي، بحيث أصبح الالتزام بالإعلام والنصح التزاما من الالتزامات الأساسية المفروضة على البنوك تجاه العميل سواء أكان ممتهنا أم لا.

وقد استمد الاجتهاد الفرنسي هذا الالتزام من مبادئ حسن النية والإنصاف والعدل وترعى إنشاء وتنفيذ العقود بشكل عام[2] إذ أنه استنادا إلى هذه المبادئ فإنه على الطرف الذي يملك معلومات متعلقة بموضوع العقد والظروف المحيطة به، أن ينقلها إلى الطرف الآخر الذي يجهلها كليا أو جزئيا، بحيث يقدم على التعاقد وهو على نية من أمره. فالهدف الأساسي من هذا الالتزام هو تأمين قدر معقول من المساواة بين الأطراف من حيث المعلومات بحيث يتم إبرام وتنفيذ العقد في بيئة على قدر من التوازن. والبنك نتيجة لموقعه المتميز اقتصاديا ومهنيا هو الذي يمتلك بشكل أساسي المعلومات سواء تلك المتعلقة بظروف التمويل أو بشروطه ووسائله المتنوعة التي تزداد باطراد أثر تطور الخدمات المصرفية[3].

وتطبيقا لمبادئ حسن النية، أرسى الاجتهاد الفرنسي على عاتق البنك التزام نقل المعلومات التي يمتلكها البنك إلى العميل، وهو التزام موضوعي، بمعنى أن عملية النقل هذه تتم دون تدخل البنك فهو يتمثل في تمرير المعلومة الخام في صورتها البسيطة دون أي فعل إيجابي من البنك.

في حين يتمثل الالتزام بالنصح بعمل إيجابي يقوم به البنك حيث يقضي بتوجيه العميل وحثه على الاختيار بين عدة خيارات مطروحة، فجوهر هذا الالتزام هو قيام البنك بملاءة المعلومات الخام التي يملكها مع الهدف الذي ينتظره العميل من العملية المصرفية، وتحذيره من المخاطر المحتملة، بطريقة توفر للعميل أفضل الظروف التقنية والشروط الموضوعية للتعاقد[4].

وفي إطار العمليات المصرفية بشكل عام، يعتبر الالتزام بالإعلام والنصح، موجودا ضمنيا في العقود التي ترعى هذا النوع من العمليات، ومنه فهو التزام ذو طبيعة عقدية[5]. ملحق بالخدمة نفسها، فهو يكملها ويحقق الهدف المنتظر منها[6].

---

[1] - BERNARD DE SAINT AFRIQUE J., *De l'obligation de conseil*, Edition Defronis, Paris, 1995, pp. 49 et s.

[2] - نص المادة 1135 من التقنين المدني الفرنسي الجاري.

[3] - ROUTIER R., *La responsabilité du banquier*.L G D J ; Paris 1997,p. 102, voir aussi, SAFA J., *Devoir de vigilance du banquier*, Edition Sader, Paris, 1996, pp. 49 et s.

[4] - LUDOVIC Vignieon,conditions de fhnancement de la PME et relations bancaires , thèse pour obtenir le grade de Docteur de l'université de LILLE 2 en sciences de gestion.France 2008, pp 25 et s.

[5] - LETOURNEAU Ph., CADIET L., La responsabilité civile et professionnelle, Economica, Paris, 1995, p 426.

[6] - Idem.

الحق في عدم التدخل: يشكل مبدأ التدخل حدا هاما للالتزام بالحيطة والحذر، ويعني هذا المبدأ أنّ البنك محكوم في إطار تنفيذه لالتزاماته بعدم تجاوز نطاق عمله إلى نطاق يبقى خاصا بأعمال العميل بحيث يلزم البنك بعدم التدخل بها.

وقد تم إقرار هذا المبدأ بهدف تحديد مسؤولية البنك تجاه عميله، ولهذا المبدأ أثر مزدوج، فهو يضمن من جهة حرية العميل في التصرف بأعماله دون تدخل من البنك وهو بالتالي يحدد إطار مسؤولية البنك تجاه العميل، وهو من جهة أخرى يضمن عدم إقحام البنك في مجالات ليست من اختصاصه مما قد يرتب مسؤوليته أيضا تجاه الغير[1].

فقد تشعبت الاتجاهات بين من يرى بأن هذا المبدأ يشكل امتدادا لسرية الأعمال بحيث يتعين على البنك احترام سرية أعمال عميله وعدم التدخل فيها، وهذا تطبيقا لأحد أهم المبادئ المعمول بها في النشاط المصرفي، ألا وهو مبدأ السرية المصرفية[2]، وبين من يؤسس على مبدأ احترام الحياة الخاصة المكرس دستوريا والذي يمنح كل فرد الحق بالتمتع بسلطة على أعماله الخاصة وإدارتها وفقا لرغباته دون تدخل من أحد، مما يوجب على البنك، صونا لهذا الحق عدم التدخل بشؤون عميله في حين يذهب رأي آخر إلى تأسيس هذا الالتزام على الظروف العملية والمهنية التي ترعى النشاط المصرفي، حيث تتعدد العمليات التي تجري يوميا وتتنوع مما يمنع البنك عمليا من التدخل في كل عملية على حدى.

لكن يرفض رأي آخر هذه الأسس مجتمعة، ويرى هذا المبدأ يجد أساسه الأقوى في أحكام المسؤولية بشكل عام. ذلك أنه، واستنادا إلى هذا الرأي إذا كان مبدأ عدم التدخل يستخدم أساسا كوسيلة لرسم حدود مسؤولية البنك سلبا أو إيجابا. وإذا كانت مسؤولية البنك تفترض خطأ ارتكبه البنك، يتمثل في خرق قاعدة سلوك معينة، فإن مبدأ عدم التدخل يكمن في تحديد هذه القواعد التي يجب عدم تخطيها مع الأخذ في الاعتبار الظروف المهنية والقانونية التي تحيط بالعمل المصرفي.

بالتمعن، إنّ أساس مبدأ عدم التدخل يمكن في هذه الآراء مجتمعة، إذ لكل منها دور أكيد في إرساء مفهومه فكون مبدأ عدم التدخل يشكل حدود البنك في ممارسته للالتزام بالحيطة والحذر، يعني أن المبدأ نفسه يرتكز في جوهره على حدود معينة ينبغي عدم تغطيتها، وهذه الحدود هي قواعد السلوك التي يقتضي على البنك احترامها وعدم تجاوزها في إطار التزامه بالحيطة والحذر، ومن أجل تعريف هذه القواعد وتحديد عناصرها، لابد من أن يتم ذلك في ظل وعلى ضوء المبادئ المتعلقة بسرية الأعمال وبقدسية الحياة الخاصة، مع الأخذ في الاعتبار، وبصورة موضوعية، مدى إمكانية البنك ممارسة الالتزام بالحيطة والحذر على ضوء حجم العمليات المصرفية التي تتم يوميا.

4: إخضاع أطراف التعاقد لشروط استثنائية تحقيقا للمصلحة الاقتصادية في العقد:

تتميز العقود التي تبرم في اطار الأنشطة المقننة لاسيما في أنشطة كالنشاط المصرفي و المالي، باحكام خاصة تكرس التزامات ذات طابع استثنائي، كرسها المشرع إعمالا للمصلحة الاقتصادية في العقد. و تعتبر هذه الشروط قيدا على حرية المتعاقدين في التعاقد بشكل عام، و تقييد لحرية المستهلك في التفاوض على شروط العقد، فالطرف الثاني كثيرا ما

---

[1] - راجع في الموضوع: نعيم مغبغب، مرجع سابق. راجع أيضا،

CAPOEN Anne Laure, La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté, thèse en vue de l'obtention d'un doctorat en droit, université de Toulouse I, France 2008 p. 210.

[2] - أصبح هذا المبدأ موضوع نقاش، خصوصا إثر الأزمة العالمية المالية التي هزّت المصارف منذ أواخر 2007 والتي لا تزال آثارها سارية إلى يومنا هذا، وكذا مع تطور آليات مكافحة جرائم التهريب المالي، وتبيض الأموال وتمويل الإرهاب، التي أصبحت تلزم المجتمع الدولي بتوفير السبل والإطار الملائم لتسهيل التحريات والمتابعات، وخصوصا البنوك التي لم يعد يأت لها التحجج بهذا المبدأ في مواجهة السلطات المختصة بالتحري في مثل هذه الجرائم.

يتحجج بهذه الشروط التي التي املاها التنظيم ليبرر رفضه أو تباطأه في قبول بعض البنود التي يقترحها المستهلك طالب الخدمة أو يتخذها ذريعة لفرض شروطه.

و اهم هذه الشروط و الالتزامات تتمثل في:

- **شرط الترخيص:** تتوقف العقود المبرمة في المجالات المخصصة للأنشطة المقننة على شرط الترخيص و الإعتماد، الذي تمنحه السلطة المختصة بذلك. فعلى سبيل المثال ، و في مجال العقود المتعلقة بتحويل رؤوس الأموال، لا يتوقف قرار قبول التعاقد على إرادة البنك، فلأجل كل عملية تحويل يجب على البنك العودة إلى البنك المركزي للحصول على موافقة لإتمام عملية التحويل لصالح المستهلك.[1]

كذلك في عقود القرض، لا يتوقف ابرام العقد على إرادة الأطراف وحدها بل يجب الحصول على ترخيص بالقرض من طرف البنك المركزي.

-**قبول العقد النموذجي:** غالبا ما تعرض على المستهلك طالب الخدمة عقودا نموذجية، تحدد فيها مسبقا بنود العقد و الشروط التي يلتزم بها كلا الطرفين، فالسلطة الوصية هي التي تحدد مسبقا هذه الشروط، و عليه يجد المستهلك نفسه أمام واحد من أمرين، إما قبوا العقد جملة أو رفضه جملة.

لذلك تظهر هذه العقود على أنها عقود إذعان.

إلا أنه و في المجال المالي، أو في مجال الأعمال عموما، يؤثر الوزن المالي لطالب الخدمة و و مكانته الاقتصادية من العقد على ابرام العقد، ففي هذه الحالة، ستمكن السلطة الوصية هذا الشخص من مناقشة بنود العقد و إعمال إرادة الأطراف المتعافدة و هكذا و في هذه الحالة يكون العقد المبرم رضائيا

-**الدفع الكامل لثمن الخدمة:** يلتزم طالب الخدمة بالدفع المسبق لمستحقات الخدمة قبل اتمامها خروجا عن قاعدة تقابل الإلتزامات و الحقوق،فعلى سبيل المثال و في مجال التأمين يلتزم المؤمن له بدجفع كل أقساط التأمين الممتدة على مدة عقد التأمين دفعة واحدة، مع أن المؤمن لم يحقق بعد التزاما واحدا من التزاماته، و في مثال اخر، وفي مجال القروض العقارية، يلزم البنك طالب القرض العقاري ، البدأ في دفع مستحقات القرض المتعلقة بالتأمين و فارق معدل الفوائد قبل أن تدفع قيمة العقار إلى المرقي العقاري، و هنا أيضا خروج عن قاعدة تقابل الحقوق و الإلتزامات. و لا يملك المستهلك سلطة الخيار أو مناقشة هذه الشروط.

-**التأمين:** يطالب طالب الخدمة في العديد من العقود المتعلقة بالمجال المالي و المصرفي بتأمينات خاصة إضافة إلى التأمينات العينية أو الشخصية التقليدية، و هذا تشديدا للضمان. و من أهم هذه التأمينات، تأمين القرض، تأمين الكفالة، تأمين الكفالة المصرفية، التأمين على الحياة. و تعتبر هذه الشروط شروطا تثقل كاهل المستهلك الذي تفرض

[1] يخضع المستهلك طالب خدمة التحويل لرقابة البنك المركزي الذي سيتأكد من صحة المعاملة موضوع التحويل، و فعليتها و جدواها الإقتصادية و التأكد أيضا من الملاءة المالية له و هذا إعمالا لقواعد الحيطة و الحذر في ممارسة النشاط المصرفي و المالي.

عليه بنود لا يرتضيها لكن يقبلها لعدم وجود خيار، و هنا يكون في مركز إذعان، لا يتحلل منه إلا إذا كان يتمتع بمركز مالي قوي في العقد.

-الالتزام بمدة العقد تحت طائلة عقوبة فسخ العقد: يشترط في العقود ذات الطابع المالي و المصرفي أن يلتزم المستهلك بمدة العقد، بمعنى إذا نص العقد على مدة خمس سنوات لدفع قيمة المبلغ المقترض، فلا يمكنه دفعه قبل ذلك و إلا سيتعرض لما يعرف بغرامة الفسخ و التي تعتبر في الحقيقة عقوبة فسخ، و سيحتسب عليه البنك قيمة الفوائد الموزعة على السنوات المتبقية من العقد.

و يعتبر هذا تعسفا من قبل البنك أو المؤسسة المالية إذا ما حللنا الفكرة من منظور قانون الإستهلاك.

كما توجد شروط أخرى قد تدرج في العقد كشرط تحمل المستأجر أضرار المحل المستأجرة في عقود الاعتماد الايجاري على الرغم من ان هذه المحل المستأجرة تكون ملكية لشركة الاعتماد الايجاري، أو كادراج الزام المستأجر في عقد الإعتماد الايجاري بشراء المحل المستأجرة بعد انتهاء مدة العقد، على الرغم مكن ان القانون يمنع الزامه على دلك، و هكذا تظهر هذه الشروط من قبيل الشروط التعسفية بمفهوم قانون حماية المستهلك.

خاتمة:

تخضع العلاقة التعاقدية في العقود المصرفية و المالية لنظام قانوني مزدوج: التنظيم و قانون العقد،مما جعلها أقرب إلى إعتارها عقود إذعا من إعتبارها عقودا تستجيب لمبدأحرية التعاقد.

و قد يرجع السبب في ذلك إلى كون نشاط البنوك والمؤسسات المالية يخص قطاعا إقتصاديا حساسا في الدولة ، لا يمكن أن يسمح فيه ببمارسة النشاط على أساس التكريس المطلق لمبدأ سلطان الإرادة. فهذا النشاط، و بالأخص في الجزائر لا يمكن ان يستجيب فقط للمصالح المتعلقة بأطراف العلاقة العقدية، بل يجب أن تستجيب العلاقة العقدية في العقود التي تبرمها البنوك و المؤسسات المالية إلى مصالح تحددها سياسات إقتصادية تسطرها السلطة الضابطة المعنية بالمجال و هذا في إطار ما يسمى ببرامج التنمية الاقتصادية الوطنية، و عليه لا يمكن أن تبنى معاملات البنوك على قواعد السوق و القواعد المعمول بها في القانون الخاص، التي تهتم بالمصالح الخاصة للأطراف المتعاقدة، بل يجب تستجيب هذه المصالح العقدية أيضا للمصلحة المالية للدولة. و لتحقيق هذا التوازن بين مصلحة المتعاقدين و مصلحة الدولة لا يمكن تصور تكريس مطلق لحرية التعاقد، فالحرية التعاقدية ستصبح محدودة في مواجهة تدخل الدولة لحماية مصالحها.، هذا من جهة.

و من جهة أخرى و حتى و إن لم ترد مصلحة الدولة المالية في العقد، فإن حرية التعاقد ستكون أيضا محدودة في مواجهة المركز المالي القوي لأحد أطراف العقد.

عقود نقل التكنولوجيا بين التفاوض والاذعان

د. موفق نور الدين ، أستاذ محاضر
كلية الحقوق جامعة لمين دباغين سطيف 2

مقدمة :

تعد الحياة الاقتصادية و التجارية في الوقت الراهن عصب حياة الدول، و هي مقياس القوة و التطور الذي يساهم في استقلالية الدولة و اعطائها السيادة الكاملة ، خاصة في إطار معاملتها الاقتصادية و المبادلات التجارية الدولية ، التي تعتمد على قواعد قانونية دولية و عقود تبرم وفق هاته القواعد ، عن طريق التفاوض من اجل الوصول الى ارضية اتفاق و توقيع عقد تجاري ، عموما و خاصة فيما يخص عقود نقل التكنولوجيا التى تحتاج إلى مفاوضات خاصة و لا تكون الاطراف المتعاقدة على قدم المساواة ، و على هذا الاساس جاءت اشكالية البحث حول هل عدم التكافؤ في عقود نقل التكنولوجيا يخل بمبدأ سلطان الارادة ؟ و هل هي عقود إذعان مقنعة ؟

المبحث الأول : ماهية عقود نقل التكنولوجيا

عقود نقل التكنولوجيا عقود يبدأ الاختلاف فيها من التعريف ، فهي من العقود التي من الاهمية بمكان وقوف التشريعات على إعطائها تعريف قانوني مفصل حتى تتضح الرؤية للدول متلقية التكنولجيا و الدولة مصدرة التكنولوجيا ، و من هنا اصبح التعريف لهذا النوع مهم و يجب التطرق إليه

المطلب الأول : تعريف عقود نقل التكنولوجيا

يرى الفقه أن عقود نقل التكنولوجيا ليست عقود بسيطة بلي هي مركبة و لا تعتمد فقط على نقل المعرفة و المعلومة و هو الحركية للتقنيات و التكنولوجيات المرتبطة بالمعرفة بين الاطراف المتعاقدة (افراد ، معاهد ، شركات) لغاية تطوير المعارف و الخبرات للطرف المتلقي[1]

و هناك من يرى أن عقد نقل التكنولوجيا هو بناء قانوني يشير إلى توافق إرادة أطرافه على تعهد الطرف الذي يملك أو يحوز التكنولوجيا بنقلها إلى الطرف الآخر بمقابل. و طبقا للقواعد القانونية فإن محل العقد هو التكنولوجيا[2]، فعمليات نقل التكنولوجيا تنصب في غالب الأمر على مجموعة من عقود متباينة ، لكل منها طبيعته الخاصة و نظامه القانوني المتميز كعقود البيع و المقاولة بما ذلك عقود الادارة و التسيير و التشغيل و الصيانة أي أنه حزمة عقود في وحدة متكاملة [3]

من هذا يتضح أنه لا يوجد تعريف جامع مانع لعقود نقل التكنولوجيا ، و هناك من يرى بأنها تشمل نقل المعرفة و التكنولوجيا الحديثة و فقط ، و هناك من يرى أنها تتعداها إلى المتابعة و الصيانة و خدمة ما بعد البيع ، و تجدر الإشارة في هذا الشأن أن هناك فرق بين نقل التكنولوجيا و نشرها فنقل التكنولوجيا يكون بين طرفين دوليين أين يتم نقل التكنولوجيا من دولة مصدرة إلى دولة متلقية نامية ، اما نشر التكنولوجيا فيكون على المستوى الداخلي بين معاهد و شركات الدولة النامية .

---

[1] Naima ABBADI , transfert des technologies, quel model pour l'Afrique ,triennale de l'éducation et formation, ADEA , février 2012 p 15

[2] سميحة القليوبي، عقد نقل التكنولوجيا ، ورقة عمل بملتقى مركز التكنولوجيا ، مصر ، 2008 ، ص 1

[3] هاني صلاح سري الدين ، عقد نقل التكنولوجيا في ظل أحكام قانون التجارة الجديد ، المؤسسة الفنية للطباعة و النشر، مصر ، 2001 ، ص 40

أما على مستوى التشريع فنجد أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا لهذا النوع من العقود عكس المشرع المصري و الاردني ، فقد عرف المشرع المصري عقود نقل التكنولوجيا في قانون التجارة بموجب المادة 73 على ان " عقد نقل التكنولوجيا اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لانتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات. و لا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع، و لا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا اذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطا به" [1]

كما جاء في نص المادة 09 من قانون المنافسة غير المشروعة و الاسرار التجارية الأردني ما يلي :

" أ – يعتبر باطلا كل نص أو شرط مقيد للمنافسة يرد في عقد ترخيص يتعلق بأي من حقوق الملكية الفكرية قد يكون له اثر سلبي على التجارة و قد يعين نقل التكنولوجيا و نشرها و بصفة خاصة ما يلي :

إلزام المرخص له بعدم نقل التحسينات التي يجريها على التكنولوجيا التي يشملها عقد الترخيص إلا للمرخص (النقل العكسي للتكنولوجيا المحسنة)...." و يعتبر هذا النص الاول المنظم لتقييد المنافسة في عقود نقل التكنولوجيا لينظر إلى هذا النوع من العقود من زاوية تبين حجم الوصاية الممكن ان تفرض في هذا النوع من العقود من طرف الدول موردة التكنولوجيا و هذا ما يبين لنا أن هناك مميزات و خصائص لهذا النوع من العقود سيتم التطرق إليها في المطلب الثاني

المطلب الثاني : أنواع و مميزات عقود نقل التكنولوجيا

سيتم التطرق أولا ألى أنواع العقود التي تخص نقل التكنولوجيا، ثم نبرز اهم مميزاتها

1- **أنواع عقود نقل التكنولوجيا :**

هناك العديد من صور العقود التي تنعقد لنقل التكنولوجيا نذكر منها :

أ – **عقود تراخيص الاختراع** : هذا النوع من الاتفاقات يسمح فقط باستغلال الاختراع ، و لا يتم نقل او دعم فني أو تكنولوجي و يراه البعض أنه عقد رضائي يتم بين الطرفين يمنح بمقتضاه الطرف الاول (المرخص) إذنا إلى الطرف الثاني (المرخص له) ، أن يتمتع بحق أو أكثر من حقوق الملكية الصناعية التي يمتلك الطرف الاول أهلية منح هذا الإذن بشأنها [2]، بينما يراه الفقه التجاري التقليدي على أنه " حق يعطى من سلطة مختصة لمباشرة عمل لا يعتبر مشروعا دون ترخيص " [3]

ب – **العقود المركبة في نقل التكنولوجيا** : إذا كان عقد ترخيص الاستغلال من العقود البسيطة التي تنعقد و يكون الأداء فيها يشمل الترخيص الذي هو محل العقد، فهناك نوع من العقود مركب و تمتد فيه إلتزامات المتعاقد بالإضافة إلى المعرفة الفنية بأداءات أخرى كتقديم الخدمات اللازمة للإنتاج ، و المواد الأولية ، و تشييد الوحدة الصناعية ، و المساعدة الفنية[4]، و يعمل بهذا النوع أغلب الدول النامية المفتقرة إلى التكنولوجيا بهدف انشاء وحدات صناعية متكاملة في حالة تشغيل إضافة إلى تكوين الاطارات لاستمرارية تشغيله.

---

[1] المادة 73 من قانون التجارة المصري ، نقلا عن هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق، ص 41

[2] ماجد عبد الحميد عمار ، عقد الترخيص الصناعي و أهميته للدولة النامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهر، مصر ، 1984، ص 17

[3] محسن شفيق ، المشروع ذو القوميات المتعدد، مطبعة جامعة القاهرة، مصر ، 1978 ، ص 44

[4] صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا ، دراسة في إطار القانون الخاص و القانون التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 108

ج- **عقود تسليم المفتاح** : يقصد به تجهيز وحدة صناعية " مجمع صناعي" و تسليمه جاهز إلى مستورد التكنولوجيا ، و تستخدمه الدول النامية حتى في إنشاء الموانئ و المطارات المتكاملة عالية التكنولوجيا، و يمثل هذا النوع من العقود التي يتحمل الطرف الاجنبي كافة الالتزامات من تقديم المعدات و التشييد و تقديم المعرف الفنية و تكون له مسؤولية لا تزول إلا باثبات قيام سبب الإعفاء القانوني و الاتفاقي[1]

مما سبق يتجلى أن الرضائية في هذه العقود بين المد و الجزر لما لها من قيود و شروط و تراخيص لأجل استعمال التكنولوجيا من طرف المتلقي، رغم أن هذه العقود وفقا للقواعد القانونية تعتبر من العقود الرضائية التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة إلا أن هناك قيود قانونية و اتفاقية ، كالشكلية في عقود نقل التكنولوجيا و القيود الزمانية و المكانية ، كمنع التصدير أو الخدمة في حيز حغرافي معين لمدة معينة، و شرط السرية و عدم الافصاح بالتكنولوجيا المستوردة ، و الشراء الاجباري لبعض أو كل مستلزمات الانتاج منه او من احدى الجهات التابعة له بحجة ضمان الجودة، و الاستخدام الأمثل للتكنولوجيا [2]، و هذا ما يجعل لهذا النوع من العقود خصوصية بالنظر إلى العقود التقليدية سوف يتم التطرق اليها فيما يلي

2- **خصائص عقد نقل التكنولوجيا** :

من أهم خصائص هذا النوع من العقود أن محله ينصب على نقل المعرفة و ليس على بضائع او سلع ، و يمتاز هذا النوع من العقود بخاصية مهمة جدا و لم تتطرق لها جل التشريعات و هي مرحلة تسبق التعاقد (مرحلة المفاوضات) و التي من شأنها أن تحقق نوع من التكافؤ نظرا لتفاوت المراكز القانونية للطرفين المتعاقدين، التي في الغالب تكون دولا و ليس افراد ، و على هذا نجمل بعض الخصوصيات كما يلي :

أ- **عقود نقل التكنولوجيا عقود دولة** : تبرم الدولة عقد نقل التكنولوجيا استنادا إلى القانون الخاص بحيث تتدخل هي أو أحد المؤسسات العامة كطرف في العقد و هذا ما يبرر وجود شرط مثل ضرورة الحصول على الإذن أو الترخيص، كما ينعكس في الغالب هذا التدخل على موضوع العقد فيكون غالبا يتعلق بمصلحة عامة

ب- **اختلال التوازن التكنولوجي** : و هنا يكون هذا الفرق في اكتساب التكنولوجيا ضامن لبعض المزايا لصالح مقدم التكنولوجيا خاصة في حالة الدخول بشركة مشتركة بين الطرفين ، أين يتجسد ذلك في منح تخفيضات أو إعفاءات ضريبية، أو فرض قيود تشريعية (كشرط الثبات التشريعي) و يختلف اختلال التوازن هذا من عقد لآخر، إذ لا تحصل كل الدول النامية على التكنولوجيا ذاتها بنفس الشروط فهناك نوع من عدم المساواة ما بين البلدان المستقبلة للتكنولوجيا ذاتها [3]، و لعل هذا ما يجعل من المرحلة التفاوضية من الأهمية بمكان كما يستوجب أن تنظم في تشريع يحكم هاته المرحلة في عقود نقل التكنولوجيا.

ت- **المحل** : إن المحل في العقد يشكل أحد اركانه [4]، و هو لشكل عام الموضوع الذي ينصب عليه اتفاق الاطراف، و هو في عقود نقل التكنولوجيا يتمثل في النقل مهما كانت صور هذا النقل، و يجب أن يكون هذا المحل موجودا و ممكنا و معينا او قابل للتعيين، و أن يكون مشروعا [1]، و ينطبق هذا على المستوى الداخلي أو الدولي.

---

[1] Mustapha K . BOUGUERA, le Commerce technologique entre pays d'inégal développement, CERIC, presses universitaires, Marseille, France, 1977 p 99

[2] وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات حلبي الحقوقية ، لبنان، 2008 ، ص ص 325-324

[3] صالح أبو بكر الطيار ، عقود نقل التكنولوجيا ، مركز الدراسات العربي الاوروبي ، 1999 ، ص 119

[4] هنا لا ندخل في الجدل المتعلق باعتبار المحل هو ركن في الالتزام و ليس ركن في العقد

ث- **المفاوضات** : عرفها البعض على أنها " قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات و المساومات و الدراسات و التقارير الفنية و الاستشارات القانونية، و مناقشة الاقتراحات التي يضعانها سوية أو ينفرد بوضعها أحدهما ليكون كل منهما على بينة مما يقدمان عليه للوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما، و للتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق و التزامات" [2].

فمن هنا تتجلى ضرورة المفاوضات و التي تبرر ضرورتها أسباب منطقية للحد من النزاع و الاختلاف ، و اسباب اقتصادية و هي الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد، و تبرز أهمية هذه المرحلة في عقود نقل التكنولوجيا لأنها تعد تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة بوجهيه الايجابي و السلبي، فإذا خلصت المفاوضات إلى ابرام الصفقة ، تجسد هذا المبدأ بجلاء في القوة الملزمة للعقد عملا بالقاعدة الشهيرة العقد شريعة المتعاقدين (المادة 106 من القانون المدني)، و إذا لم تسفر المفاوضات عن بلوغ الغاية فإن مبدأ سلذان الإرادة يضل في صيغة إضفاء الشرعية على الامتناع في التعاقد[3]، من جهة أخرى تسهم مرحلة التفاوض في تفسير الصيغ الغامضة لبعض العقود و خاصة الدولية منها.

المبحث الثاني : نقل التكنولوجيا بين الرضائية و الاذعان

إن تطور وسائل الاتصال و تكنولوجيا المعلومات شكل تحول في الحياة بصفة عامة و الحياة التجارية و الاقتصادية العابرة للحدود بصفة خاصة، و أثرت حتى على أساليب التعاقد التقليدية فأحدثت جدلا فقهيا بين فقهاء القانون فيما يخص التعاقد الالكتروني و مجلس عقده و الرضائية فيه

المطلب الأول : الرضائية في عقد نقل التكنولوجيا التقليدي و الالكترونية

سنتطرق إلى الرضائية في العقود التقليدية ثم العقود الالكترونية

1- **عقد نقل التكنولوجيا التقليدي** :

تمر مرحلة ابرام عقود نقل التكنولوجيا بمرحلة لا توجد في بعض العقود و هي مرحلة تسبق العقد (التفاوض) و يحكمها مبدأ سلطان الإرادة رغم عدم تعرض أغلب التشريعات المعاصرة لتنظيم هذه المرحلة السابقة على العقد بشكل عام ، و المفاوضات بشكل خاص. و يقوم هذا المبدأ على فكرة بسيطة مفادها أن للإرادة السلطان الأكبر في بناء كيان تعاقدي و التحكم فيه نشوءا و استمرارا و انتهاءا، بل و في كل أثر قانوني يترتب على العقود حتى و لو خرج هذا الأثر عن دائرة التعاقد [4] ، و كما نصت المادة 73 من القانون التجاري المصري على أن " عقد نقل التكنولوجيا هو اتفاق ..." أي أنه يخضع للرضائية كقاعدة عامة و يجب أن تتطابق إرادة المورد للتكنولوجيا مع مستوردها.

إلا أن المادة 74 من نفس القانون فقد نصت " يكون عقد نقل التكنولوجيا مكتوبا و إلا كان باطلا" و حكم هذا النص اعتبار الشكلية و الكتابة في عقود نقل التكنولوجيا يترتب على تخلفها البطلان، كما لم يتوقف المشرع المصري من الحد من الرضائية بل اشترط في نفس المادة 74 في فقرته الثانية على وجوب أن يشتمل العقد على بيان عناصر المعرفة التي تنقل إلى مستورد التكنولوجيا و توابعها، و لعل المقصود من هذه النصوص هو حماية الطرف متلقي التكنولوجيا باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة مورد التكنولوجيا و تحديد التزامات الأطراف كتابة بكل دقة منعا للخلافات التي

---

[1] من أمثلة المحل غير المشروع نقل تكنولوجيا الاسلحة المحظورة دوليا عن طريق الاتفاقيات الدولية، مثل اتفاقية الارهاب النووي

[2] شيراز عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، عمان ، دس، ص 336

[3] نبيل اسماعيل الشبلاق ، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية ، المجلد 29، العدد الثاني، 2013، ص 312

[4] محمود محمود عبدا الله ، الموجز في التصرف القانوني المجرد ، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 1997، ص 23

غالبا ما تكون لصالح مورد التكنولوجيا[1] ، ذلك أن بنود عقد نقل التكنولوجيا تتضمن شروطا تصنف إلى ثلاث مجموعات ، شروط مجحفة يتعين التفاوض لعدم ايرادها و التدخل حتى تشريعيا لإبطالها أو جعلها قابلة للإبطال على الأقل، و شروط منصفة لا تخلق أي إشكال قانوني ، و طائفة من البنود تدور بينهما ، فقد تكون جائرة في جزء و عادلة في جزء آخر تبعا لكل حالة على حدا.

و عليه استوجب إبرام عقود نقل التكنولوجيا الإحاطة بأركانه و الاهتمام بمرحلة الرضائية التي تعتبر حجر الزاوية في وضع الالتزامات التعاقدية لكلى الطرفين نظرا لحساسية هذا النوع من العقود، و إبطال أي شرط يكون له أثر سلبي أو ضرر بالمصالح التجارية و الاقتصادية للدولة النامية متلقية التكنولوجيا.

و تجدر الإشارة هنا أنه في العقود التقليدية لا يثور أي إشكال عن توقيع العقد و مجلس العقد الحقيقي طالما يكون واقعا وفقا لقواعد القانون المدني.

2- **عقود نقل التكنولوجيا الالكترونية :**

من الأمور التي أثارت جدل محاولة وضع تعريف للتجارة الالكترونية و العقود الالكترونية لتشعبها و تنوعها[2] ، و بالرجوع إلى القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية نجدها عرفت العقد الإلكتروني بموجب المادة 2/أ على أنه " المعلومات التي يتم انشاؤها أو ارسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو التلكس "[3] ، أما المشرع الكندي فقد عرفه على أنه " تعاقد تاجر و مستهلك بدون تواجد مادي بينهما سواء في حالة الايجاب أو القبول حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين" [4] ، أما بالنسبة للتشريع الجزائري فرغم صدور القانون رقم 15- 04 ، المتعلق بالتوقيع و التصديق الالكترونيين المؤرخ في 01 فيفري 2015 إلا انه لم يعرف لنا العقد الالكتروني بل عرف التوقيع الالكتروني فحسب ، و على ضوء التعريفات السابقة يمكن القول أن الاركان التي يتطلبها العقد التقليدي من رضا و محل و سبب ، تتفق مع ما يتطلبه العقد الالكتروني و أنه يقوم على توافق إرادتي المتعاقدين أي تطابق الايجاب و القبول إلا أن خصوصية العقد الالكتروني تتجلى في الوسيلة التي تستخدم في نقل إرادة كل طرف للآخر أو التفاوض على بنود العقد. فيتجلى الاختلاف من حيث المحل في العقود الالكترونية اين نجد هناك عقود تتم على الخط " en ligne" و هذا يتم في العقود التي يكون محلها غير مادي و متاحة على الخط ، كعقود الخدمات المصرفية و الاستشارات القانونية، و منها ما يبرم على الخط لكن تنفيذه يكون خارج الخط عندما يكون محل العقد شيء مادي، فهنا تكون الشبكة وسيلة للتعاقد[5].

و لا شك أن الحالة الأولى خاصة بالعقود الالكترونية ، و المحل في هذا النوع من العقود لا يتعرف عليه بسهولة لبعد المسافة، كما تختلف من حيث طريقة التعبير عن الإرادة فهي بوسيلة إلكترونية لا يحكمها مجلس العقد و تطابق الايجاب و القبول و بالتالي يعتبر مجلس العقد في العقود الالكترونية مجلسا حكميا كونه من العقود التي تبرم عن بعد[6]، و رغم بعد المسافة فهو تعاقد صحيح يتضمن أركان و شروط العقد و لا تتعارض مع الأحكام العامة للعقد، فالتعاقد

---

[1] محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي، مصر ، 1984، ص 51

[2] Jean BAPTISTE (M). Créer et exploiter un commerce électronique. Ed. lite. 1996 p 89

[3] المادة 2 فقرة أ من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية 1996

[4] بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الالكتروني، رسالة دكتوراه ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، قسم الحقوق ، 2014-2015، ص 25

[5] انظر الموقع www. Eridia.com /blaisé

[6] إبراهيم الدسوقي ابو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، 2003 ، ص 72

عن طريق الأنترنت هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان غائبين من حيث المكان، و يمكن أن نتصور فيه كذلك مساومات و هذا ما سيتم التطرق له في المطلب الثاني

المطلب الثاني : عقد نقل التكنولوجيا عقد إذعان [1]

تعرف عقود الإذعان على أنها " العقود التي يسلم فيها القابل بشروط مقررة يضعها الموجب، و لا يقبل مناقشتها و ذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق"[2].

يمكن القول أن هناك اختلافات واضحة في عقود نقل التكنولوجيا المتشعبة بحيث عجزت الجهود الدولية على إيجاد عقد نموذجي لنقل التكنولوجيا، و غياب هذه الصيغة يفرض على الدول النامية السعي إلى التحرر و التعبير عن إرادتها و وضع شروط العقد و تعديلها لكي تنفي عنه وصف الإذعان، و قد تفائل البعض بالاعتقاد أنه لم يعد مقبولا في العلاقات الاقتصادية و التجارية الدولية في الوقت الراهن القول بأن للمتعاقد الأجنبي أن يفرض إرادته على الدولة المتعاقدة، بسبب نفوذه التكنولوجي و المالي، لأنها تصده بسلطتها السيادية كدولة، و تبعد العقد عن الإذعان.

إلا أن البعض يرى أن الطرف المورد في عقد نقل التكنولوجيا هو الطرف الأقوى و يتمتع باحتكار قانوني و فعلي للتكنولوجيا ما يمكنه من السيطرة المستمرة على الطرف المتلقي، الذي لا يملك البديل في ظل الظروف الاحتكارية التي تغطي سوق التكنولوجيا[3]، و حتى السلطة السيادية هنا للدولة تكون منقوصة لأنها مجبرة على التبعية نظرا للعوامل التاريخية الاستعمارية، و حاجتها الملحة للتكنولوجيا من أجل النهوض بالاقتصاد ، و هذا ما يجعل الايجاب يأتي من طرف الدولة المتقدمة في صيغة عامة و نموذجية بحيث لا تستطيع الدولة النامية التعديل في شروطه، و هكذا تتوفر جميع الشروط القانونية لوصف عقد ما بانه عقد إذعان.

هذا فيما يخص العقود التقليدية ، فهل يمكن تصور الإذعان في العقود الالكترونية أم لا ؟

حيث يثور التساؤل بشأن هل هو عقد مساومة يخضع لمبدأ سلطان الإرادة و التراضي بين الأطراف أم هو عقد إذعان ، لا يكون للمستهلك فيه حرية الإرادة ، فانقسم الفقه إلى قسمين

الاتجاه الأول : يرى أنصاره أن العقود الالكترونية عقود إذعان ، و بدأ فكر حديث يميل إلى عدم التشدد في تحديد فكرة عقود الإذعان و لا يشترط تعاقد العقد بالسلع الضرورية أو ان تكون هذه السلع و الخدمات محل احتكار فعلي و قانوني، بل يكفي ان يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقا بواسطة احد المتعاقدين بحيث لا يقبل المناقشة في الشروط الواردة فيه، و أن يتفوق طرف على طرف من حيث القدرة الاقتصادية و الأجهزة المهنية [4].

أما المفهوم الحديث للإذعان قد تطور ليتضمن ضرورة حماية المستهلك في مواجهة مجتمعات الانتاج الضخمة، إذ يتوافر ضعف الطرف المذعن من مجرد أن إعداد العقد قد تم مسبقا بواسطة الطرف الأخر، الذي يقوم بتحديد الحقوق و الالتزامات عن العقد بالصورة التي تحقق مصلحته و لا يقبل المناقشة أو التفاوض.

---

[1] ذهب البعض إلى القول أن عقد الإذعان ليس عقدا في الحقيقة إنما هو قانون يفرضه الطرف الأقوى على الأخر الذي ينظم إليه، لكن الراجح في الفقه الفرنسي أنه عقد

[2] صلاح الدين جمال الدين ، مرجع سابق، ص 293

[3] وفاء مزيد فلحوط ، مرجع سابق ، ص 145

[4] ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، ماهيته و كيفية مواجهته، مدى حجيته في الإثبات، دار النيل ، مصر، 2001، ص 67

طبقا للمفهوم الموسع للاذعان ذهب البعض إلى اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان بالنسبة للمستهلك، باعتباره الطرف الضعيف دائما و انه بحاجة للحماية ، و ما يعاب على هذا الرأي أنه لم يبين طبيعة العقد إذا تم بواسطة طرق التعاقد الالكترونية الأخرى كالبريد الالكتروني أو غيرها ، دون ملأ فراغات او إمضاء يكون على موقع معين.

الاتجاه الثاني : يذهب جانب من الفقه على أن العقود الالكترونية عقود مساومة ، حيث يستطيع كل طرف مناقشة بنوده و الاتفاق يتم بعد التفاوض و المساومة، فعملية المساومة ما زالت تسود العقود الالكترونية على اختلاف أنواعها ، و الموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفا ، بل له مطلق الحرية في التعاقد مع أي مورد اخر ، اذا لم تعجبه الشروط المعروضة على شاشة الانترنت و يستطيع الانتقال من موقع لآخر و الاختيار ما يناسبه ، و عليه الرضائية هي التي تسود العقود الالكترونية[1]

و من هنا يتضح أنه لا يوجد إجماع فيما يخص الرضائية و مبدأ سلطان الارادة فيما يخص عقود نقل التكنولوجيا سواء كانت على الصيغة التقليدية أو الالكترونية.

خاتمة :

إن الرضائية في العقود التي تخص عالم الاعمال و الاقتصاد لهي حجر الزاوية ، خاصة إذا كانت هذه العقود لها مصلحة عامة تخص المجتمع او الدولة ككل ، مما يجعل من الأهمية بمكان الاهتمام بكل شروط العقد و مناقشتها و العمل في ارضية المفاوضات على تحصيل أكبر قدر من التكافؤ خاصة و ان الطرف مورد التكنولوجيا دائما في مركز المتفوق تكنولوجيا و ماليا و اقتصاديا، و أنه يسعى لتحقيق مصالحه على حساب مصالح الدول النامية حتى لو أظهر غير ذلك ، لهذا تجده يضع شروط نموذجية في العقود و لا يقبل المناقشة فيها ، و تكون في بعض الاحيان هاته الشروط تدخل في الشؤون الداخلية لتلك الدول، كشرط خفظ اليد العاملة ، او شرط ضمان عدم الغاء التشريعات السارية المفعول و هي تسعى بكل الطرق لجعل تلك الدول مذعنة و في تبعية دائمة ، و هذا من المفروض ما يدفع الدول النامية للبحث على آليات تحميها ، و عليه يمكن أن نسرد بعض من التوصيات منها :

- تعديل القانون التجاري و إدراج نصوص تتعلق بعقد نقل التكنولوجيا، و توضيح تعريفه تشريعيا بصفة دقيقة.
- تشريع نص خاص يتعلق بمرحلة ما قبل العقد (مرحلة المفاوضات) و معالجة كل النقاط التي تهم مسألة التفاوض و مبدأ حسن النية ، و الحماية التي تحكم الامتناع عن التعاقد.
- مناقشة الشروط وفقا للمصلحة العامة للدولة دون الرضوخ إلى الشروط المجحفة في هذا النوع من العقود، حتى لا تقع هذه الدول النامية في فخ ابرام عقود نقل تكنولوجيا هي ليست في حاجة إليها أصلا
- العمل الدولي على ترسيخ مبدأ سلطان الارادة في عقود نقل التكنولوجيا، حتى لا تكون هناك تجاوزات تجعل من الدول النامية مجرد حاويات للنفايات التكنولوجية للدول المتقدمة ، و يصبح هذا بمثابة ارهاب اقتصادي برؤية جديدة.

[1] ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مرجع سابق ، ص 248

أثر سلطان الإرادة على تعديل القواعد العامة للإيجار في عقد الاعتماد الايجاري.

د. أحمد شامي ، أستاذ محاضر "أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابن خلدون - تيارت -

مقدمة :

تتسم عقود الاعتماد الايجاري بطابع خاص تمتزج فيه عناصر تعاقدية متعددة صانعة لهذا التنظيم المتميز عن العناصر القانونية الداخلة في تركيبه بهدف تحقيق عملية تمويلية بسيطة من الوجهة الاقتصادية، وعند محاولة تسليط الضوء على دور الإرادة في هذا العقد، نلاحظ مدى التعسف الذي تمارسه المؤسسات المالية المؤجرة باستقلالها في فرض مضمون العقد، وذلك بتعديلها للقواعد العامة للعقود (لاسيما عقد الإيجار) بما يحقق مصالحها، ويوفر لها الأمان على حساب العدالة العقدية، مما يجعل هذا المبدأ - سلطان الإرادة في تزايد مستمر - ذلك أن المؤجر يتدخل إما بالزيادة أو النقصان من بعض الأحكام إلى درجة تشويهها، فنلاحظ مدى التعسف الذي ينطوي عليه هذا العقد المتضمن العديد من الخروقات.

لكن الملاحظ هو أن المشرع الجزائري من خلال الأمر رقم 96 – 09 قد كرس ما كان موجودا من شروط تعسفية وأحكام عقدية مفروضة مسبقا من شركات الاعتماد الايجاري (العقود النموذجية المطبوعة سلفا) بحكم خبرتها بالموضوع، وذلك على غرار الشروط المعفية من الضمان تلك المعدلة لقواعد التسليم والمسؤولية المعروفة في القواعد العامة، والتي صاغتها الشركات الممارسة للاعتماد الايجاري بما يخدم ويحقق مصالحها في العملية، مما يؤدي في الواقع إلى اختلال في الأداءات بين المؤجر والمستأجر.

وعليه فالإشكالية التي تطرح في هذه المداخلة تتعلق، **بمدى تدخل المؤجر بما له من قوة وتفوق ليعمل سلطان إرادته بتعديل قواعد عقد الإيجار المكملة بما يجنبه كل التزام وإن كان ذلك على حساب المستأجر؟**

من هنا نقسم هذه الدراسة إلى المطالب الآتية:

المحور الأول: تشويه ملامح الالتزامات الأساسية لأطراف عقد الاعتماد الايجاري.

المحور الثاني: خصوصية التزامات المستأجر.

المحور الثالث: خصائص الإيجار في عملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات

المحور الأول : تشويه ملامح الالتزامات الأساسية لأطراف عقد الاعتماد الايجاري.

تشهد عملية الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة عدة روابط بين أطرافها، لكن العلاقة الرئيسية في العملية هي تلك الرابطة بين المؤجر (المؤسسة المالية أو شركة التأجير) والمستأجر (المشروع المستفيد). ولقد اعتبرت هذه العلاقة إيجارية رغم الاعتراضات الحادة التي أبداها البعض[1] لهذا التصور، فلقد اعتمد المشرع الجزائري على المصطلحات[2]

[1] - Mario Giovanoli, Le crédit-bail (Leasing) en Europe : op.cit., p. 34 : « L'analogie du Leasing financier avec le contrat de location classique est plus superficielle que réelle... »

[2] - انظر المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري: " ... تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالشراء...."

الخاصة بعقد الإيجار العادي من ناحية، كما أنه لا شك في أن إرادة الأطراف تتوجه ألى أن يبدو الإيجار المحور الرئيسي للعملية، لأن فائدة الرجوع لهذه التقنية تمثل امتيازا للأطراف او بالأحرى للطرف الأقوى على فرض إرادته بمضمون العقد ، ومن هنا تبدأ القواعد غير المألوفة مقارنة بالقواعد العامة لعقد الإيجار.

واستقراء مضمون العقد تبدو فائدته من خلال مقارنة التزامات طرفي عقد الإيجار في عملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات بالتزاماتهما في الإيجار التقليدي، ما يسمح لنا بادراك الأسباب التي أدت الى تجاوز التزامات الطرفين الحدود المترتبة على عقد الإيجار في صورته التقليدية.[1] لذلك سنتناول هذا التجاوز أولا بالنسبة للتزامات المؤجر ثم بالنسبة للتزامات المستأجر، لنعرض أخيرا لتحول خصائص الإيجار في ذلك العقد:

أولا- نطاق تجاوز التزامات المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات: لما كان الإيجار عقدا يلتزم المؤجر بمقتضاه بأن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينه ولقاء أجر معلوم، فإن التزامات المؤجر تدور حول التزامه بتسليم المال المؤجر، وتعهد هذا المال بالصيانة التي تجعله صالحا دائما لأداء الغرض المخصص له، كما أن المؤجر يضمن للمستأجر التعرض سواء الصادر منه أو من الغير، بالإضافة إلى ضمانه العيوب الخفية التي تظهر خلال مدة الإيجار ويكون من شأنها أن تحول دون انتفاع المستأجر بالمال المؤجر، أو أن تنقص منه انتقاصا كبيرا. كل هذه الالتزامات مقابل حقه في الحصول على الأجرة المتفق عليها. ولكن هل يلتزم المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات بكل هذه الالتزامات؟ أم أن طبيعة هذا العقد ووظيفته التمويلية قد عدلت من ذلك؟

ثانيا - ما يتعلق بالتزام المؤجر بالتسليم: يضع المشرع الجزائري التزام المؤجر بتسليم الأصل المؤجر إلى المستأجر في طليعة الآثار التي يرتبها عقد الإيجار،[2] ولا يخرج عقد الاعتماد الإيجاري عما تفرضه القواعد العامة في عقد الإيجار، حيث تلتزم مؤسسة الاعتماد الإيجاري بأن تسلم الأصل المؤجر وملحقاته في حالة صالحة لأداء الغرض الذي أجر من أجله[3] حتى يتمكن من الانتفاع به بما يتفق وطبيعة نشاطه.[4] ويمكن أن يكون المنقول المؤجر مملوكا للمؤجر[5]، أو أن يكون قد اشتراه لتأجيره للمشروع المستأجر. وفي حالة الشراء يكون المنقول محل الإيجار لدى المورد أو البائع، فيقوم المؤجر باستلامه ثم تسليمة إلى المستأجر. وقد ترك المشرع للطرفين حرية الاتفاق على كيفية تنفيذ الالتزام بالتسليم من حيث الزمان والمكان الذي يتم فيه التسليم.

وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك في العقد يجري على الالتزام بتسليم العين المؤجرة مايجري على الالتزام بتسليم العين المبيعة من أحكام على الأخص فيما يتعلق منها بزمان ومكان تسليم الشيء المؤجر.[6]

ويجب تحديد ميعاد التسليم في العقد لما يمثله من أهمية خاصة، إذ به تتحدد بداية تنفيذ[7] عقد الاعتماد الإيجاري من حيث تسليم الأصول المنقولة محل العقد إلى المستفيد، وبالمقابل كذلك بداية أداء المستأجر لأقساط الإيجار المتفق عليها في العقد، ويتم إثبات تاريخ الاستلام بواسطة محضر التسليم الذي يحرره المستفيد.[1]

---

[1]- د\ عبد الفتاح محمد عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 304.

[2]- تنص الفقرة الأولى من المادة 476 من التقنين المدني الجزائري على أنه: " يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح للاستعمال المعد لها طبقا لاتفاق الطرفين."

[3]- انظر المادة 29 من الأمر رقم 96-09.

[4]- د\ نجوى إبراهيم البدالي، مرجع سابق، ص 308.

[5]- د\ عبد الرحمان السيد قرمان، مرجع سابق، ص 97.

[6]- انظر المادة 478 من التقنين المدني الجزائري.

[7]- انظر المادة 29 من الامر رقم 96-09.

وبالتالي تعتبر الأنظمة القانونية المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري مسؤولا عن المشاكل المتعلقة بالمعدة أو الأصل المؤجر وذلك باعتباره مالكا له، فبالتالي تلزمه بتسليمه للمستأجر بصفته مطابقا للمواصفات وذلك تطبيقا للقواعد العامة للإيجار.

لكن ونظرا لما يحيط بعقد الاعتماد الإيجاري من ظروف، ككون اختيار المال المنقول المؤجر يتم غالبا بواسطة المستأجر الذي يحدد مواصفاته الفنية، فإن مؤسسات الاعتماد الإيجاري ومن خلال إعمال سلطان الارادة، تخرق القواعد القانونية المكملة لعقد الإيجار للتملص من هذا الالتزام، وتوكل المستأجر في استلام المنقولات المؤجرة مباشرة من المورد أو البائع في التاريخ والمكان المحددين، وتعفي نفسها من تحمل أية نفقات بسبب التأخر في التسليم لكل جزء من الأصول المنقولة- بالنسبة للمواعيد المتفق عليها مع البائع الأول- . وهكذا فقد جرى عرف شركات الاعتماد الإيجاري على نقل الالتزام بالتسليم للمستأجر،[2] وحينها تنتفي مساءلتها على انتفاء التسليم المطابق أو بسبب العيب الخفي المؤثر الموجود بالأصل المنقول المؤجر.[3]

ومن ثم، فإن على مؤسسة الاعتماد الإيجاري إذ رغبت في الإفلات من تلك المسؤولية أن تضمن عقودها شروطا بهذا المعنى، لكن بشرط أن تكون الأموال المؤجرة قد تم اختيارها بمعرفة المستأجر[4].

وتسمح المادة 40 من الأمر رقم 96 - 09[5] والمندرجة ضمن القسم الخاص بالأصول غير المنقولة، للأطراف المعنية بالعقد بالاتفاق فيما بينها لكي يتكفل المستأجر - مقابل حقه في الانتفاع الذي يمنحه إياه المؤجر- بالتزام أو بعدد من الالتزامات المتعلقة بالمؤجر. وهذا يستفاد منه بأن المستأجر قد يقوم -إذا اتفق على ذلك- باستلام المال المؤجر نيابة عن المؤجر الذي يلتزم أصلا بالتسليم إلى المستأجر، وعلى ذلك تنطبق على تنفيذ هذا الأخير للاستلام القواعد العامة للوكالة، حيث أنه على المستأجر القيام بفحص ومعاينة المال المؤجر للتأكد من كونه مطابقا للمواصفات المتفق عليها بين المؤجر والمورد والتي سبق للمستأجر تحديدها. ويتم إثبات الاستلام بموجب محضر un procès-verbal de livraison يوضح فيه مدى مطابقة المال المؤجر لما هو متفق عليه.

ثالثا- ما يتعلق بالتزام المؤجر بضمان التعرض: تدور التزامات المؤجر في عقد الإيجار حول فكرة أساسية هي تمكين المستأجر من الانتفاع بالأصل محل الإيجار طوال مدة الإيجار، وتحتوى هذه الفكرة على التزام المؤجر بتسليم الأصل للمستأجر بالمواصفات المطلوبة حسب استعمال الأصل المؤجر على النحو السالف بيانه.

كما يلتزم المؤجر بضمان الانتفاع، إذ يلتزم بالامتناع عن كل أمر يحول بين المستأجر وبين الانتفاع بالأصل المنقول، أو يقلل من الفائدة التي تعود عليه من استعماله له، فالتزام المؤجر بالضمان إذن يشمل تمكين المستأجر من الاستمتاع الهادئ بالأصل.

ففيما يخص الاستمتاع والحيازة الهادئة للأصل، يلتزم المؤجر هو نفسه بعدم المساس بحيازة المستأجر، وفي هذا الإطار يجب أن يمتنع عن كل ما يؤدي إلى تعكير صفو حيازة المستأجر، أو إلى حرمانه من المزايا التي كان من حقه أن

---

[1] - د\ نجوى إبراهيم البدالي، مرجع سابق، ص 309؛ وانظر كذلك المادة الثانية من دفتر الشروط العامة لشركة SALEM.

[2] - Cass. 1re civ. 14 févr. 1998, préc.; Cass. com. 10 mai 1982, Gaz. Pal. 1982.2. panor. 370, obs. A. Piedelièvre, RTD com. 1983.275, obs. J. Hémard et B. Bouloc.

[3] - د\ حسام الدين فتحي ناصف، التأجير الدولي للمنقول، دار النهضة العربية، 2003، ص 113 و114.

[4] -د. عبد الرحمن السيد قرمان، المرجع السابق، و د. حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 115 وما بعدها.

[5] - انظر كذلك المادة 2-1 من دفتر الشروط العامة لشركة SALEM.

يعول عليها، بحسب ما أعد له الأصل والحالة التي كان عليها عند العقد.[1] وهذا هو ما يسمى ضمان الفعل الشخصي، فالأمر يتعلق بالتزام سلبي، وهو يتعلق في نفس الوقت بالتعكير المادي والتشويش القانوني.

كما يلتزم المؤجر أيضا بمنع الغير من المطالبة بحق ما على الأصل محل الإيجار، إذا كانت هذه المطالبة مضرة باستمتاع المستأجر وهذا هو ضمان تعرض الغير. وبمقتضى القواعد العامة، لا يضمن المؤجر إلا التعرض المبني على سبب قانوني فقط دون التعرض المادي[2].

وفي الحالة التي يحدث فيها التعرض من الغير، وجب على المستأجر المبادرة بإخطار المؤجر حتى يتمكن من الدفاع عن مصالحه، وقد ينظم إليه المستأجر لمساعدته في الدفاع عن حقوقه لأن له مصلحة في رد تعرض الغير واستمراره في الانتفاع بالأصل المؤجر. أما إذا عجز المؤجر عن رد التعرض، فإن مسئوليته تنعقد في مواجهة المستأجر، وبالتالي يمكن لهذا الأخير طلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن اقتضى الحال ذلك[3]. وهذا هو الرجوع بضمان الاستحقاق، ويقع باطلا كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان[4].

والحقيقة أن عقود الاعتماد الإيجاري لا تذكر صراحة ضمان التعرض عند نصها على إعفاء المؤجر من الضمان، والأخذ بحرفية النصوص يبقي على المؤجر مسئولية حسن انتفاع المستأجر بالأصل. مما يترتب عن عنه أنه لا يجوز إعفاء شركة التأجير من التزامها بتمكين المستأجر من الانتفاع بالأصل وإلا امكن للمستأجر طلب فسخ العقد. بينما يرى الفقه المناصر لإعفاء المؤجر من الضمان في هذا المجال، أن هذا التحليل لا يستقيم الا باعتبار عقد الاعتماد الإيجاري من قبيل عقود الإيجار أما اذا أخذنا في الاعتبار طابعه المالي، فلا يمكن إثارة مسئولية المؤجر عن ضمان التعرض الصادر عن الغير بعد أن قام بتمويل الأصل. ولا يستثنى من ذلك إلا حالات التعرض الشخصي.[5]ويضيف بأنه يمكن مد إعفاء المؤجر من ضمان العيوب الخفية إلى الإعفاء من ضمان التعرض، لأن ذلك لا يتعارض مع القواعد العامة المكملة للإيجار التي تلزم المؤجر بضمان التعرض للمستأجر. محتجين أيضا بأن الإطلاع على الشروط العامة لعقود الاعتماد الإيجاري يتبين معه أن شروط الإعفاء تلي دائما البنود المنظمة لالتزامات المستأجر في مجال التسليم.

والحقيقة أنه وطبقا لنص المادة 31 من الأمر 96 - 09، فإن التزام المؤجر بالضمان لا يختلف عن القواعد العامة. ولكن نظرا لخصوصية عقد الاعتماد الإيجاري، نص المشرع على التزام المؤجر بالضمان بشكل يتفق مع الطبيعة القانونية الخاصة لهذا العقد والتي منها تدخل طرف ثالث في تنفيذ هذا العقد. كما يلتزم المؤجر بضمان التعرض الصادر من الغير أو من المورد أو المنتج إذا كان من شأن هذا التعرض أن يحول دون انتفاع المستأجر بالأصول المؤجرة[6].

ومع ذلك، لا يجب أن يغيب عن بالنا أن عقود الاعتماد الإيجاري تتضمن شروطا ثلاثة وهي: توكيل المستأجر في اختيار المنقول وبائعه أو منتجه، وشرط إعفائها من الالتزام بالضمان، وشرط حوالة حقوقها إلى المستفيد بالرجوع

---

[1] - انظر المادة 483 من التقنين المدني الجزائري.

[2] - Malaurie, L.Aynès et (P-Y) Gautier, Contrats spéciaux, Defrénois, Lextenso éditions, Paris, 4ème éd. 2009, p. 435, n° 685.

[3] - أنظر المادة 484 من القانون المدني.

[4] - أنظر المادة 490 من القانون المدني؛ وفي هذا الاتجاه، أنظر د\ عبد الرحمان السيد قرمان، المرجع السابق، ص103 ، د\عبد الفتاح محد عبد الفتاح، الرجع السابق، ص 315.

[5] - د| هاني محمد دويدار، الرجع السابق، ص303.

ولا يعتبر إلزام المؤسسة المالية للمستفيد بوضع لائحة على الآلات محل العقد تفيد بملكيتها لهذه الأشياء تعرضا صادرا من المؤسسة المالية، بل إمعانا منها في إعلام الغير بحقيقة حيازة المستفيد لهذه الأشياء.

[6] - أنظر المادة 31 من الأمر رقم 96-09.

بالضمان على البائع، تأكيدا منها على اقتصار وظيفتها على دور الممول لا غير. ولكن طبقا لمبدأ نسبية أثر العقد، وكذا طبقا لمبدأ استقلال عقد البيع عن عقد الإيجار، فإنه يجب تضمين هذا الأخير شرطا صريحا تحول بمقتضاه المؤسسة المؤجرة دعوى الضمان ضد المورد أو المنتج (وتعفي نفسها منها) لصالح المستفيد.

كما أن الإطلاع على الشروط العامة لعقود اعتماد إيجاري يبين لنا أن شروط الإعفاء تلي دائما البنود المنظمة لالتزامات المستأجر في مجال التسلم، حيث أن المؤجر لا يسأل عن المشاكل التي تثور بمناسبة تسليم الأصل واستعماله، وتضيف مباشرة شرط تحويل الضمان للمستأجر الذي يسمح لهذا الأخير بالرجوع على البائع أو المنتج. والحقيقة أن هذا الشرط جائز طبقا للقواعد العامة لعقد الإيجار، بشرط مراعاة نص المادة 490 من التقنين المدني والتي تنص على أنه:" يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان."

رابعا - ما يتعلق بالتزام المؤجر بضمان العيوب الخفية: تلزم القواعد العامة المؤجر بضمان العيوب الخفية إذا كان العيب مؤثرا في أداء المال المؤجر للغرض الذي أجر من أجله، وإذا كان خفيا لا يعلمه المستأجر أو لم يستطع اكتشافه بالفحص أو المعاينة المعتادة،[1] ولما كان عقد الإيجار من العقود المستمرة، فإن المؤجر ملزم بضمان العيب الذي قد ينشأ حتى بعد التسليم، وهذا ما نصت عليه المواد 488[2] و489 من القانون المدني.

صحيح أن هذه النصوص على غرار النصوص التي تنظم العيوب الخفية في مختلف التشريعات هي نصوص مكملة وليست آمرة،[3] بشكل يسمح بتعديلها بالزيادة أو بالنقصان، إلا أن شركات الاعتماد الإيجاري قد استغلت هذا الطابع المكمل للقواعد المنظمة للعيوب الخفية، وأدرجت في عقودها شروطا تعفيها من الضمان، ولذلك نتساءل عن دواعي ونطاق هذا الإعفاء:

1 - مبررات إعفاء المؤجر من ضمان العيوب الخفية: عادة ما تنص عقود الاعتماد الإيجاري على أن المؤجر هو معفى تماما من ضمان العيوب الخفية وأن المستأجر يتعهد بعدم الرجوع ضده بمناسبة المطالبة بضمان العيوب الخفية، مبررة ذلك بأن المستأجر هو من يقوم باختيار الأصول المنقولة واختيار موردها،[4] كما أنه هو من يحدد مواصفاتها ويقوم باستلامها مباشرة من المورد دون المرور عبر المؤجر، الذي يبدو بعيدا في الغالب عن اختيار الأصل المؤجر بل إنه قد لا يراه أصلا ولا يعاينه.[5] لذلك يكون من المنطقي أن يجري العمل على أن يشترط المؤجر إعفائه من ضمان العيوب الخفية التي توجد في هذا الأصل. وعلى هذا الأساس ترى شركات الاعتماد الإيجاري أنه على المستأجر تحمل كل مخاطر ونتائج اختياره الذي تم بحرية وبعيدا عن حضورها أو تدخلها.

---

[1] - أما إذا كان الأمر متعلقا بعيب لا يستطيع المستأجر اكتشافه، فإن ضمان المؤجر عن العيب الخفي يصبح قائما.

[2] - تنص هذه المادة على ما يلي: " يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها، أو تنقص من هذا الانتفاع نقصا محسوسا .... كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك "

وانظر كذلك المادة 654 من قانون الالتزامات والعقود المغربي

[3] - انظر في عدم تعلق أحكام العيوب الخفية في عقد الإيجار بالنظام العام:

F. C. Dutilleul et Ph. Delbecque, Contrats civils et commerciaux, op. cit., p. 396, n° 503.

[4] - لقد جرت العادة على أن المؤجر يفوض المستأجر في معاينة وفحص الأصول المؤجرة، انظر المادة الرابعة من دفتر الشروط العامة لبنك البركة.

5- إذ يرى البعض أن المؤجر دوما يبقى قابعا في لعب دوره التمويلي:

D. Crémieux Israël, op. cit., p. 57: «... le rôle de la société de crédit-bail s'étant limité à en prévoir la réalisation sur le plan économique et financier...»

2 - نطاق إعفاء شركة الاعتماد الإيجاري من ضمان العيوب الخفية: عادة ما تقضي عقود الاعتماد الإيجاري بإعفاء المؤجر من كل التزام بضمان العيوب الخفية، وهو إعفاء تحاول هذه العقود أن تجعل منه هذه العقود تاما[1] لا حدود له سوى فعل المؤجر الشخصي لكونه يتعلق بالنظام العام.[2]

وقيام عقود الاعتماد الإيجاري بإعفاء المؤجر من كل التزام، وخرقه للقواعد العامة للقواعد العامة للقانون المدني ذات الصلة بالموضوع وتحمل المستأجر في لحظة من العقد بالمسئولية في حالة تدمير، تعيب التشغيل أو سوء المردودية الراجع لعيب في الأصل. وبالتالي يجد المستأجر نفسه في وضعية يتخلى بموجبها عن المطالبة بكل تعويض أو فسخ للاتفاق في مواجهة المؤجر، إذا كان الأصل غير مطابق لأي سبب كان، بالإضافة إلى مواصلة دفعه لأقساط الإيجار.[3]

وهكذا يبدو بأن إعفاء المؤجر في مادة العيوب الخفية هو تام وكامل، بما أنه لا يسأل مهما كان الضرر اللاحق بالمستأجر، ومهما كان التاريخ الذي يظهر فيه العيب الذي أضر به، والمستأجر يتخلى عن كل رجوع ضد المؤجر سواء كان بالتعويض أو بفسخ عقد الاعتماد الإيجاري أو بتخفيض الأجرة، وكما سبق الذكر فإن الفعل الشخصي للمؤجر هو الوحيد الذي لا يمكن أن يعفيه من كل مسئولية.

لكن في الممارسة يظل الفعل الشخصي صعب الحدوث، ذلك لكون الأصل المنقول لا يمر أبدا في حيازة المؤجر في أية لحظة من مدة العقد. لكن قد يحصل أثناء تنفيذ المراقبة التي يقوم بها المؤجر أن يحدث ما يضر بالأصل.

المحور الثاني : خصوصية التزامات المستأجر في عقد إيجار الاعتماد الإيجاري

يترتب على المستأجر وفقا للقواعد العامة التزامان أساسيان هما أداء بدل الإيجار، والمحافظة على المال المؤجر واستعماله بحسب الغرض الذي أعد له، أو الغرض الذي عين في العقد، إلا أنه فضلا عن هذين الالتزامين، نجد أن المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري يظل هو من يتحمل في النهاية مسؤولية الضرر اللاحق بالغير، سواء كان الضرر راجع لعيب داخلي في الشيء أو لاستعماله:

أولا - الالتزام بالوفاء بالأجرة: يرد عقد الإيجار طبقا للقواعد العامة على الانتفاع بالعين المؤجرة، والوفاء بالأجرة يعد التزاما يقع على عاتق المستأجر مقابل انتفاعه بتلك العين، وإذا لم يتفق على الأجرة في العقد فهذا الأخير يعتبر عارية لا إيجاراً[4]، لأن الأجرة من العناصر الأساسية لعقد الإيجار. وتعد الأجرة في مفهومها القانوني ثمارا مدنية للشيء محل الإيجار، وريعا للعين المؤجرة في مفهومها الاقتصادي.

ويخضع تحديد مقدار الأجرة في عملية الاعتماد الإيجاري لتأثير قانون العرض والطلب والمساومة بين الطرفين المتعاقدين: الشركة المؤجرة والمشروع المستأجر. لذلك حتما فإن أحكام عقد الاعتماد الإيجاري في شأن التزام المشروع المستأجر بالوفاء بالأجرة قد لا تتسق وذلك المفهوم المبدئي لعقد الإيجار في صورته التقليدية[5]. فطريقه حساب الأجرة[1] في

---

[1] - مثلا تقضي المادة 3-11 من دفتر الشروط العامة لشركة Salem على أنه : " نظرا للحرية التي اتسم بها المستأجر وبدون أي تدخل من جانب المؤجر في كل ما هو تقني وحسب احتياجات المستأجر، يعفي المستفيد المؤجر من كل مسئولية ضمان ويتعهد بعدم اقحامه صراحة إذ عليه التخلي عن أي رجوع عليه".

[2] - J. Caillot, op.cit., p. 171.

[3] - انظر المواد 12-3 و17-3 من دفتر الشروط العامة لشركة Salem.

[4] - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج6، ص 128.

[5] - د. هاني دويدار، المرجع السابق، ص 378؛

الاعتماد الإيجاري تختلف وتبتعد شيئا ما عن معايير وضوابط السوق الإيجارية، ولتوضيح هذا الابتعاد والاختلاف، كان لابد من تحديد العناصر الداخلة في تكوين هذه الأجرة.

إن شركة الاعتماد الإيجاري عندما توفي بثمن شراء الأصل المنقول - الذي سوف تتملكه - من أجل تأجيره، فإنها تكون قد قامت بتوظيف رأسمالها - استثمارا ماليا- وبالتالي، فإنها تبحث عن تغطية ما دفعته من خلال استرداد رأسمالها فضلا عن عوائده - الأرباح -، أي من خلال مردوديته، لأن هدفها الرئيسي هو تحقيق الربح باعتبارها مشروعا تجاريا.

وعليه، فالأجرة التي يدفعها المستأجر تمثل في جزء منها رأس المال المستثمر بالإضافة إلى الفوائد المستحقة مقابل هذا الاستثمار. وباعتبار شركات الاعتماد الإيجاري تجارية، فإنه في حالة لجوئها إلى الاقتراض لتمويل مشروعاتها، فإنها تتحمل مصروفات ونفقات ضرورية لتنفيذ نشاطها ولتسييرها. وفي سبيل تغطية هذه النفقات العامة والمالية، فإن المستأجر يدفع لشركات الاعتماد الإيجاري أقساطا بالإضافة إلى هامش ربح يدخل كجزء في الأجرة[2].

فإجمالي الأجرة التي يدفعها المستأجر للمؤجر طوال مدة الإيجار غير القابلة للإلغاء، يجب أن تسمح بإهلاك رأس المال النقدي المستثمر من قبل المؤجر، وغطاء نفقاتها المالية مصدر للربح الذي تختصه لنفسها، مع الإشارة بأن أقساط الأجرة يتم تحديدها على ضوء العمر الاقتصادي للأصل المنقول ومدة العقد من جانب، ومعدلات هذه الأقساط المتفق عليها من جانب آخر. ويمكن الاتفاق على مراجعة الأجرة الأساسية بإعادة تقديرها سنويا، وهو ما يترتب عليها تقييم أقساط الأجرة[3]. ولما كانت مدة الإيجار في الاعتماد الإيجاري غير قابلة للإلغاء، فهذا يسمح بضمان إهلاك كامل رأس المال المستثمر في تمويل الأصل مع التحفظ في شأن ثمن التملك (القيمة المتبقية).

ولهذا تجدر الإشارة بأن شركات الاعتماد الإيجاري تنص في بعض الأحيان في عقودها النموذجية على أن أن تحديدها للأجرة كما هو مبين في العقد ليس تحديدا نهائيا، ذلك أنها وعلى ضوء التزاماتها تجاه مؤسسة الائتمان التي تعتزم الإقتراض منها سوف تتولى تحديد مقدار الأجرة لاحقا وبصفة نهائية. هذا ما يؤكد بأن تحديد الأجرة يتم على ضوء اعتبارات مالية بحتة، ولا يؤخذ في الاعتبار مطلقا القيمة الإيجارية السوقية للأصل المنقول المؤجر.

وهذا الأمر[4] - تجاوز الأجرة النهائية لما تم تحديده في العقد - لا يبرر طلب المستأجر بفسخ الاعتماد الإيجاري، لأن هذا لا يشكل تعديلا جوهريا لعقد الاعتماد الإيجاري، خاصة أنه وبالرجوع للقواعد العامة[5] يكفي في عقد الإيجار أن تكون الأجرة قابلة للتحديد، ولا يلزم أن تكون محددة فعلا في العقد، وتبعا لذلك فإنه لا يجوز للمستأجر الامتناع عن الوفاء بالأجرة المحددة من طرف شركة الاعتماد الإيجاري (الثمن المراجع)، وإلا تعرض لطلبها بفسخ العقد وإلزامه برد الأصل المؤجر ودفع التعويض المقرر لها بموجب الشرط الجزائي المضمن في العقد.

ثانيا- الالتزام بصيانة وإصلاح الأصول المؤجرة: ولما كان الغرض من عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات هو إمداد المستفيد من العقد بآلات ومعدات ذات خصائص تكنولوجية متطورة، ولكي يستطيع المستفيد الانتفاع بهذه الأصول

P. Ancel, op. cit, p . 109, n° 166

[1] - وتجدر الإشارة بأن الأجرة من البنود الملزمة في عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات حسب نص المادة 11 من الأمر 96- 09.

[2] - أنظر المادة 14 من الأمر 96 – 09 .

E. M. Bey, op. cit, p. 123

[3] - أنظر المادة 12 من الأمر رقم 96-09، وانظر المادة الرابعة من دفتر الشروط العامة لبنك البركة.

[4] - J. Coillot, Initiation au leasing ou crédit-bail,. Delmas, 2 ème éd., 1969, p. 129.

[5] - قارن المادة 471 وما بعدها من القانون المدني قبل إلغائها بالقانون رقم 07-05.

المنقولة طوال مدة العقد، فإنه يتوجب على المؤسسة المالية أن تسلم للمستفيد آلات أو معدات تفي بهذه الأغراض، ليس فقط عند التسليم بل تضمن صيانة هذه الأشياء طوال مدة الإيجار حتى تستمر في تحقيق الهدف من استئجارها.

وإذا كان الاصل وفقا للقواعد العامة في عقد الإيجار هو التزام المؤجر بإجراء الصيانة الضرورية للمال المؤجر[1]، فإن العمل قد جرى في فرنسا على الرغم من ذلك على إيراد نص صريح في عقد الاعتماد الإيجاري تعفى بموجبه الشركة المؤجرة من الالتزام بإجراء الصيانة الضرورية واللازمة للمحافظة على المال المؤجر، وجعل هذا الالتزام يقع بنص صريح على عاتق المستأجر.

وخروجا عن حكم المادة 479 الفقرة الأولى من القانون المدني يتحمل المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري جميع النفقات الناشئة عن إصلاح الأصل وصيانته، وهذا ما صرحت به عبارات المادة 17 الفقرة الثالثة من الأمر رقم 96-09.

ولذلك يلتزم المستأجر بالقيام بجميع أعمال الصيانة اللازمة للحفاظ على صلاحية الأصل للاستعمال في الوجه المخصص له، وكذلك يلتزم بإجراء أعمال الصيانة الضرورية والتي من شأنها المحافظة على الكيان المادي للأصل، كاستبدال الأجزاء التي أدت إلى العطل. وجميع القطع التي نستبدل بالمنقول تصبح ملكا لشركة الاعتماد الإيجاري، رغم تحمل المستأجر لجميع نفقات الصيانة.

ثالثا - مسؤولية المستأجر الناشئة عن الانتفاع بالأصل: إذا كان من الجلي أن شركة الاعتماد الإيجاري تتعمد عدم الالتزام بكل ما يتعلق بانتفاع المستفيد المستأجر بالأصل المنقول، فإنها من باب أولى تسعى إلى البقاء بعيدا عن كل مسئولية يمكن أن تنشأ عن الانتفاع بالأصل. إلى ذاك أن تزيد في نطاق الالتزامات المفروضة على المستفيد واعتباره مسئولا عن كل ما ينشأ عن انتفاعه بالأصل من أضرار.

المحور الثالث : خصائص الإيجار في عملية الاعتماد الإيجاري للمنقولات

إن الخصائص المميزة تقليديا لعقد الإيجار يلحقها في عملية الاعتماد الإيجاري تغيير جذري بما يتفق ودورها كوسيلة لتمويل الاستثمارات الإنتاجية. ذلك ما أدى ببعض الفقه إلى القول أن عقد الإيجار لم يعد الوصف القانوني الصحيح لعلمية الاعتماد الإيجاري، فتغيرت خصائص الإيجار، إذ بعد ما كان الإيجار متتالي التنفيذ، ملزما للجانبين ورضائي، أصبح عقدا فوريا، ملزما لجانب واحد وعينيا:

أولا - تحول عقد الإيجار إلى عقد فوري: إن عقد الإيجار عقد زمني لأنه يقع على المنفعة، والزمن عنصر جوهري فيه لأنه هو الذي يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها. فهناك ارتباط وثيق بين الأجرة والمدة التي تعد مقياسا للانتفاع بالشيء المؤجر. والإيجار كعقد من عقود المدة، يعتبر من العقود الزمنية ذات الأداءات المستمرة، حيث يتم تنفيذ كلا الطرفين لالتزاماتهما شيئا فشيئا، كل يوم وكل شهر وكل سنة من مدة الإيجار لا في فترات دورية، ليستغرق مدة الإيجار كلها. فالالتزامات الرئيسية الناشئة عنه ولو أنها تنشأ فور إبرام العقد، إلا أن تنفيذها لا يتم إلا خلال مدة تستمر زمنا قد يطول وقد يقصر حتى ينقضي الإيجار. فالزمن عنصر جوهري في تحديد التزامات كلا الطرفين[2].

---

[1]- وبخصوص القواعد العامة، انظر المادة 1719 من التقنين المدني الفرنسي؛ كذلك نصت المادة 479 من ق.م.ج على أنه "على المؤجر أن يتعهد بصيانة العين المؤجرة لتبقى في الحالة التي كانت عليها وقت التسليم، و يجب أن يقوم بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات الخاصة بالمستأجر..."

[2] - Malaurie, L.Aynes et (P-y) Gautier. Contrats spéciaux, op.cit., p. 187.

وما يميز الإيجار ويضفي عليه خاصية العقد المتتالي التنفيذ، هو أن المؤجر يلتزم في عقد الإيجار بجعل المستأجر يحصل على الاستمتاع في كل لحظة، إذ يقع عليه التزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر، ويلتزم بإجراء الترميمات الضرورية. كما يلزمه القانون بضمان العيوب الخفية التي تجعل الأصل غير صالح للاستخدام الذي أعد له.

ومع ذلك فمن الشائع في كل عقود الاعتماد الإيجاري أن شركات الاعتماد التجاري تعفي نفسها من أغلب هذه الالتزامات التي تضعها القواعد العامة على عاتق المؤجر، مستندة إلى الطبيعة المكملة لقواعد الإيجار. والقضاء ثابت في هذا الاتجاه إلى درجة أنه يذهب إلى القول بأن الالتزام بجعل المستأجر يستمتع بالشيء ليس من جوهر الإيجار.بالإضافة إلى أن بعض الفقه[1] لا يرى أن في خرق القواعد العامة أي نوع من التعسف في الحرية التعاقدية ولا استغلالا لوضعية المؤجر القوية في العلاقة العقدية. وبأن إعفاء المؤجر لنفسه من الكثير من الالتزامات لا يضر بالمستأجر، لأنه يسمح للبائع أن يحل محل الشركة المؤجرة في الكثير من هذه الالتزامات بشكل يجعل المستأجر - وإن كان عاجزا عن الاستفادة من ضمان الإيجار - قادرا علن إثارة ضمان البيع بفعل السياق العام المتناسق والمتناغم للعملية، رغم أن واقع علاقات المؤجر بالمستأجر في عملية الاعتماد الإيجاري يكذب ذلك.

وهكذا أصبح كل ما تلتزم به الشركة الممولة ينحصر في دفع ثمن الأشياء المؤجرة ووضعها تحت تصرف المستفيد، وهو التزام لا يكون ممتدا من حيث، الزمن.

وإن كانت هذه الحقيقة تبدو متعارضة وطبيعة هذا العقد على أنه واحد من العقود الملزمة للجانبين والتي يستمر تنفيذها من حيث الزمن.

ومن ثم يبدو أن تحديد مسؤولية كل طرف في عملية الاعتماد الإيجاري بدقة أمر صعب وذلك راجع لطبيعة العملية التي تستخدم عدة تقنيات تصعب تجزئتها. فإذا كان الإيجار(في القضية) قد تم حله، فذلك لا يرجع لعدم تنفيذ المؤجر لالتزاماته - لأنه لا يتحمل أي التزام - بل لأن عقد البيع قد تم حله وفقد الإيجار محله وسببه.

ومن زاوية أخرى، لا يمكن تشبيه الأجرة في الإيجار العادي بالأجرة في عملية الاعتماد الإيجاري. ففي الإيجار العادي يمنع القاضي إرجاع الأجرة لأن الأطراف أنفسهم هم من حدد ثمن الاستمتاع. أما في الاعتماد الإيجاري وبالعكس تكون الأجرة تعويضا ولو جزئيا على الأقل عن اقتناء الأصل[2]. ومن ثم ففي الحالة التي تلغى فيها عملية الاعتماد الإيجاري يعود للقاضي تعويض ما يتحمله المستأجر عن استمتاعه بالأصل لمدة معينة إذا كان له موجب. ويجب أن يكون هذا التعويض أقل من مبلغ الأجرة المتعاقد عليها، لأن المستعمل لم يوافق على أجرة الاعتماد الإيجاري إلا وهو يتوقع التنفيذ الكامل لعقد الاعتماد الإيجاري حتى نهاية مدته والوصول به إلى نهايته الطبيعية. مع الأخذ بعين الاعتبار أن أجرة الاعتماد الإيجاري أكثر تكلفة من الأجرة العادية، والمستأجر لا يقبل على الاعتماد الإيجاري إلا لأنه كان الوسيلة الوحيدة الأصلح لتمويل استثماره.

وكما في حل عقد البيع (الذي هو عقد فوري)، حيث يؤخذ بعين الاعتبار الفائدة التي عادت على المشتري من استعمال الأصل لمدة معينة في تحديد ما يجب على البائع إرجاعه، نفس الرد الذي يلي حل عقد البيع في الاعتماد الإيجاري، يجب أن يعتد بالاستمتاع الحقيقي الذي استفاد منه المستأجر. فالبائع يجب أن يعوض المؤجر عن خسائره،

---

[1] - E.M . Bey, op.cit., p.183

[2] - الأجرة التي يدفعها المستأجر التمويلي لا تقابل الانتفاع وحده، بل تتضمن جزء من ثمن شراء الأصول الإنتاجية المؤجرة، فمتي رغب المستأجر في شرائها عند نهاية العقد، عليه دفع ثمن يؤخذ عند تقديره مجموع الأقساط التي دفعها طوال مدة الإيجار.

والمؤجر يجب أن يرجع الأجرة للمستأجر. لكن من العدل أن يتحمل هذا الأخير تعويض البائع حتى لا يكون استعماله للأصل مجاني خلال كل المدة التي استعمله فيها، وهو تعويض يقل بالضرورة عن القيمة الإيجارية لأنه يقابل الانتفاع وحده دون الاستهلاك المالي وهامش الربح الذي تضمنته الأجرة في عقد الاعتماد الإيجاري.

وبالتالي يبدو الإيجار في الاعتماد الإيجاري عقدا فوريا وليس متتالي التنفيذ.

فما دام دور المؤجر سلبيا منذ أن يدفع الثمن للمورد، هذا ما يؤكد على اعتبار عقد الإيجار في عملية الاعتماد الإيجاري فوري وليس متتالي التنفيذ. وذلك راجع للتدخل التقني والمالي الذي يتحكم توزيع الأدوار في الاعتماد الإيجاري.

وإذا كان عقد الاعتماد الإيجاري ينقل مع كل قسط دوري من أقساط الأجرة جزءا من منفعة الشيء المؤجر أو جزء من جوهر هذا الشيء المؤجر، بحيث تنتقل إلى المستفيد عند انتهاء مدة العقد (تقترب عادة من العمر الاقتصادي للأصل المؤجر) كل القيمة الاقتصادية المرجوة منه، فإنه العقد فوري وإن كان تنفيذه يتراخي إلى أجل أو آجال لاحقة[1]، و أنه يقترب من العقود الفورية ويبتعد عن دائرة العقود الزمنية أو المستمرة.

ثانيا- تحول عقد الإيجار إلى عقد ملزم لجانب واحد: بمجرد أن يسلم المؤجر الأصل، فإنه يعتبر قد نفذ كل ما عليه، ذلك أنه لا يلتزم بشيء آخر غير وضع الأصل تحت تصرف المستأجر. لذلك أمكن اعتبار عقد الاعتماد الإيجاري عقدا ملزما لجانب واحد، لكن هذا الوضع يكون في لحظة معينة من وجود العقد، فعندما تنقضي التزامات أحد الأطراف بتنفيذها، يظل الطرف الآخر هو الوحيد الملزم[2].

و يرى بعض الفقه[3] بأنه لا فرق بين هذين العقدين، بل إنهما يعبران عن لحظتين مختلفتين في حياة نفس العقد أكثر ما يعتبران عقدين مختلفين في الطبيعة.

إن العقد المتتالي التنفيذ مرتبط بأداءات الطرفين، وفي عقد الإيجار يتجاوب الإيجار مع الأجرة ، وبالتالي وبخلاف العقد الفوري، يصبح الطابع الملزم للجانبين في العقد المتتالي التنفيذ مهما بالضرورة وغير قابل للتغيير طوال مدة العقد.

فالعقد المتتالي التنفيذ لا يستطيع في أي لحظة أن يصبح ملزما لجانب واحد، لأنه في كل لحظة يتولد التزام أحد الأطراف من التزام الآخر. فإذا كان من الممكن وصف الاعتماد الإيجاري بعقد يصبح ملزم لجانب واحد عندما يضع المؤجر الأصل تحت تصرف المستأجر، فلأنه ثبت وصفه بالعقد الفوري، وإن كان مفهوم العقد الملزم للجانبين الذي يتحول إلى ملزم لجانب واحد من خلال تنفيذ أحد الأطراف لكل التزاماته غير مفيد في أغلب الحالات، إلا أنه بالعكس يصبح مهما ومفيدا خاصة وأنه يعتبر (الاعتماد الإيجاري) إيجارا بنص القانون.

فلما كانت شركات الاعتماد الإيجاري تعفي نفسها من كل الالتزامات التي يتحملها عادة المؤجر وخصوصا جعل المستأجر يتمتع بالأصل، ذلك أدى إلى توقف أن يكون الإيجار عقدا متتالي التنفيذ، بالإضافة إلى ذلك تحمل المستأجر بمخاطر الأصل. وهو الأمر الذي تعتبره هذه الشركات مطابقا لروح عملية الاعتماد الإيجاري، لأنه يلغي احتمالات المخاطر التي يتسم بها الإيجار التقليدي ويؤمن توافق الائتمان مع الإيجار.[4] وإذا كانت مدة الإيجار غير قابلة للإلغاء وغير قابلة[1]

---

[1] - د. علي سيد قاسم، الرجع السابق، ص67.

[2] - هذا التميز بين العقد الملزم للجانبين أو الملزم لجانب واحد كان سائدا في الفقه التقليدي و لم يعد اليوم يجد له صدى كبيرا في الفقه الحديث.

[3] - هو الأستاذ Houin، مشار إليه في د. على سيد قاسم، المرجع السابق 68.

[4] - انظر في إجماع الفقه الحديث على نعت المؤسسة القانونية للاعتماد الإيجاري، بانها ايجار كعقد وائتمان كعملية:

للرجوع فيها، فإن عدم القابلية للرجوع هذه تفهم أساسا من عجز المستأجر عن التوقف عن دفع الأجرة حتى في حالة فقد الأصل بسبب القوة القاهرة. فإن شركات الاعتماد الإيجاري تستطيع أن تطبق على تحديد الآجال ومبالغ الأقساط حسابا ماليا. وبالتالي، فقد تم استخدام تقنية الإيجار القانونية لهدف مالي، وأصبح من الممكن أن يكون الإيجار دعامة لعملية ائتمان. فالواضح أن الطابع الحاسم لمدة الإيجار هو عنصر حاسم في تكييف الاعتماد الإيجاري، ويبدو أن تطبيق القواعد العامة للمخاطر هو الذي يمنح الطابع الحاسم للإيجار في الاعتماد الإيجاري ويعطيه قوته النادرة وطبيعته الأصيلة.

ويعد خرق إيجار الاعتماد الإيجاري لقواعد الشريعة العامة في الإيجار واضح جدا. حيث أن الإيجار التقليدي لا يمكن أن يكون ملزما لجانب واحد، كما لا يمكن تقبل أن يكون إيجارا وفوري التنفيذ، بما أن الطابع المتتالي التنفيذ لا يسمح للمؤجر بأن ينفذ كل التزاماته مرة واحدة. ولهذا السبب لا يمكن أن يكون في الإيجار التقليدي المستأجر هو الملتزم الوحيد.

والقول بأن الاعتماد الإيجاري يخرق القواعد العامة للإيجار أو القول بأنه عقد فوري وملزم لجانب واحد عندما يكون الأصل المؤجر تحت يد المستأجر، فهذه المفاهيم متساوية وتعبر عن نفس النتيجة القانونية. وإذا كان المفهوم الأول لا يثير أي اعتراض، لكن المفهوم الثاني يخلق صعوبة، لأن خصائص الإيجار المعروفة هي التي تترجم طبيعته. وكل خرق لأي من خصائصه يرتب لصاحبه حقا مكملا، وإذا أخذت كل الخروقات مجتمعة، فإنها تؤدي إلى تشويه طبيعة عقد الإيجار.

وهكذا باعتبار عقد الاعتماد الإيجاري عقدا فوري وملزما لجانب واحد عندما يكون الأصل المؤجر تحت تصرف المستأجر، يصبح عقد الاعتماد الإيجاري خاضعا لجاذبية عقد القرض أكثر منه إيجارا، هذه الجاذبية التي تطابق غايته. إلا أن هاتين الخاصيتين تستدعيان خاصية ثالثة وهي الطابع العيني للإيجار. فالإيجار في الاعتماد الإيجاري يكون إذا ملزما لجانب واحد منذ تكوينه وليس فقط بعد تنفيذ الالتزام بالتسليم: فالعقد العيني هو ذلك الذي يكون فيه تسليم المحل شرطا لتكوين العقد.

ثالثا - تحول عقد الإيجار إلى عقد عيني: العقد العيني لا يتم بمجرد التراضي، بل يجب لتمام العقد فوق ذلك تسليم العين محل التعاقد[2]، مع الإشارة بأن القانون الجزائري يشترط لانعقاد عقد الإيجار صحيحا ضرورة توافر الرسمية[3] تحت طائلة البطلان، إلا أنه لا يعتبر الإيجار من العقود العينية كالقرض والعارية والوديعة والرهن الحيازي.

ويكفي لإبرام الإيجار تراضي الطرفين بالإضافة إلى الشكلية (الرسمية) ، إلا أن إرادة الأطراف قد تضمّن عقد الاعتماد الإيجاري وبوسائل غير مباشره محاولة منها الحصول على نتائج قريبة لتلك التي يخلفها الطابع العيني للعقود والتي يمنحها القانون هذه الصفة. وما سنحاول دراسته وفهمه هو أن عقد الاعتماد الإيجاري يظهر أحيانا كعقد عيني غير مباشر حاملا شكل تقنية العقود الرضائية، والحقيقة أن القانون لا يمنع الأطراف من الاتفاق على إبرام عقد عيني ولو لم يعتبره القانون كذلك.

د/رياض فخري، عقد الائتمان الإيجاري بين مدونة التجارة والقانون المنظم لمؤسسات الائتمان، مجلة الحقوق المغربية، الرباط، العدد السادس أكتوبر 2008، ص 92.

[1] - أنظر المادة 11 من الأمر 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

[2] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ص 49.

[3] - أنظر المادة 324 الفقرة الأولى من القانون المدني، المادة 187 الفقرة الأولى من القانون التجاري.

إذن قد يتفق على السمو بهذا الشرط (العينية) إلى مرتبة شرط صحة العقد نفسه ، ويصبح بالتالي شرطا لتكوين العقد.

وقد تظهر خلال فترة تكوين عقد الاعتماد الإيجاري بعض النزاعات صعبة التجاوز، خاصة في عملية ثلاثية كهذه. فعقد الاعتماد الإيجاري يعاني منذ مرحلة إبرامه من فجوة بين حقيقته الاقتصادية وبين الترجمة الناقصة الممنوحة له قانونا. ووعيا منها بهذه الثغرات، تحاول شركات الاعتماد الإيجاري من خلال مقتضيات خاصة، إيجاد رابطة بين تكوين عقد البيع وتكوين عقد الإيجار.

إن المؤسسات المالية المتخصصة في عمليات البيع والاعتماد الإيجاري، درجت على تضمين عقودها شرطا[1] يقضي بأن عقد الإيجار المبرم مع المستفيد المستأجر لا ينتج أثره إلا من لحظه تسلم المستأجر للأشياء المؤجرة، وعلى المستأجر تحرير محضرا بتسلمه لهذه الأشياء من البائع باعتباره وكيلا يعمل لحساب المؤسسة المالية المشترية ولحساب نفسه كمستأجر لهذه الأصول الإنتاجية. ومن وراء هذا الشرط، تسعى المؤسسات المالية المشترية إلى تفادي المنازعات التي قد تثور حول موعد التسليم، وشروط وبداية استحقاق أقساط الأجرة. ويضيف الفقيه Bey إلى هذا: " أن ميلاد الالتزام في الإيجار كما في البيع يكون خاضعا لتحقق شرط واقف أساسي: هو محضر الاستلام الذي بدونه لا يمكن أن يكون هناك عقد إيجار ولا عقد بيع".

وقد يحصل أن يقدم المرشح للتمويل عن طريق الاعتماد الإيجاري طلبا نهائيا للبائع، بدون انتظار تعهد الشركة الممولة. وفي حالات أخرى يتم البدء في تنفيذ الإيجار وتدفع الأجرة قبل تسليم الأصل، الذي قد لا يتم تسليمه أبدا[2].

والحقيقة أن الشرط هو بمثابة وقاية من نزاع محتمل. والهدف الذي تسعى المؤسسات المالية الوصول إليه هو أنها لا تريد أن تلتزم إلا منذ اللحظة التي تكون فيها كل العمليات الأولية قد انتهت لتوافق على شخص المستأجر وتقبل المبدأ وتحدد شروط شراء الأصل المطلوب منها تمويله والاتفاق على شروط الإيجار والوعد المنفرد بالبيع وتحرير وصل الطلبية.

غير أنه ومهما كانت هذه الاتفاقات فهي لا تكفي لجعلها تلتزم؛ فهي ليست سوى مفاوضات سابقة على التعاقد. ولذلك يجب أن يكون الأصل قد سلم من قبل المورد للمستأجر، وأن يكون هذا الأخير قد استلمه. ففي هذه اللحظة فقط، يصبح البيع كما الإيجار نهائيا، ويصبح الثمن واجب الدفع على شركة الاعتماد الإيجاري للبائع، والأجرة واجبة الدفع على المستأجر للمؤجر.

فمن خلال تسليم الأصل يبدأ ميلاد العقد، حيث يكون المؤجر قد نفذ كل ما عليه عن طريق وضع الأصل تحت تصرف المستأجر، ليكون بعد ذلك العقد ملزما لجانب واحد، وغير قابل للتكوين إلا بالتنفيذ التام لالتزامات شركة الاعتماد الإيجاري، ليصبح المستأجر بعد ذلك وحده الملزم تجاهها. لكن يتصور العقد العيني في العقد الملزم للجانبين أكثر منه في العقد الملزم لجانب واحد حتى وإن كان الطابع الملزم لجانب واحد أو الملزم للجانبين ليس سوى تنويعات لنفس العقد. وكل هذا الضغط يحرك عقد الاعتماد الإيجاري ليقربه من عقد القرض، فمثله لا يكون ملزما لجانب واحد إلا نتيجة للتموضع والتواجد في لحظة تكوين العقد.

ولا يمكن وصف الشرط الذي نحن بصدد الكلام عنه بأحد تطبيقات مفهوم الشرط الواقف، لأن نظام الشرط الواقف لا يطابق إرادة الأطراف في الاعتماد الإيجاري. فإذا تحقق الشرط، فإن العقد يعتبر موجودا منتجا لآثاره من يوم

[1] - أنظر، المادة الرابعة من دفتر الشروط العامة لبنك البركة.

[2] - Lamy, droit du financement, 2005, op.cit., n°3251.

إبرامه. في حين أن الهدف الذي يتوخاه أطراف الاعتماد الإيجاري ليس هو تقديم لحظة ميلاد اتفاقاتهم، بل بالعكس تأخيرها ما أمكنهم ذلك.

فالعقد أصبح عينيا لأنه لا يستطع إنتاج آثاره إلا انطلاقا من اللحظة التي يقتني فيها المؤجر صفة وامتيازات مالك الأصل المخصص للإيجار، وعندما يكون ميلاد الالتزام من الإيجار كما في البيع خاضعا لتحقق شرط واقف أساسي هو محضر الاستلام التي تكون فيها كل العمليات الأولية قد انتهت لتوافق على شخص المستأجر وتقبل المبدأ وتحدد شراء الأصل المطلوب منها تمويله وشروط إيجاره للمستأجر.

خاتمة:

لما كانت القواعد التي تحكم الإيجار متسمة بالطابع المكمل، وبمقتضى شروط تستند إلى مبدأ سلطان الإرادة، فقد تم استغلال هذا الطابع واستبعاد ما يتعارض من أحكام عقد الإيجار التقليدي مع الطابع الائتماني لعقد الاعتماد الإيجاري، وإدراج القواعد والأحكام التي تتفق مع هذا الطابع. والهدف من ذلك هو تمكين المؤجر من التخلص من الالتزامات الناتجة عن صفاته كمالك وكمؤجر للسماح للإيجار من أداء وظيفته كوسيلة لتمويل الاستثمارات وأداة قانونية من أدوات الائتمان.

وهكذا يتبين لنا مدى الخروقات للقواعد العامة التي تمارسها شركات الاعتماد الإيجاري بهدف ملاءمة عقد الإيجار لأداء وظيفة تمويلية في عقد الاعتماد الإيجاري الأمر الذي شكل وجعل منه عقدا مشوها بالتعديلات التي أدخلت عليه، وبالتالي فبدل أن يكون رضائيا، ملزما للجانبين ومتتالي التنفيذ، أصبح عقدا فوريا، ملزما لجانب واحد وعينيا. كل هذا قرب عقد الإيجار من عقد القرض، خاصة وأن القواعد العامة للإيجار أصبحت غير كافية للإلمام بالنظام القانوني الذي يخضع له الإيجار في الاعتماد الإيجاري، الأمر الذي دفع الكثير من الفقه إلى محاولة تأسيس نظرية ترى في الاعتماد الإيجاري عقد قرض.

حسن النية في عقود الأعمال.

د. درماش بن عزوز، أستاذ محاضر "أ"
كلية الحقوق جامعة الجلفة

مقدمة :

لم يعد العقد تلك العملية البسيطة التي نقوم بها يوميا بشكل روتيني متضمنا التزامين بسيطين. بل أصبح ظاهرة معقدة تتفاعل وتتشابك فيها عناصر عدة. وقد ازداد هذا التعقيد حدة مع الانتقال الذي شهده قانون العقود من العقود التقليدية إلى عقود الأعمال، تماشيا مع الواقع الاقتصادي الحديث وما ميّزه من تطور تكنولوجي رهيب وتدفق خيالي للسلع والخدمات.

هذا الأمر جعل التشريعات تتصدى لتنظيم عقود الأعمال وجعلها أكثر موائمة مع الواقع المستجد. غير أنها أبقت في تنظيمها على القواعد العامة التي تحكم العقود والمستمدة في غالبها من مبدأ سلطان الإرادة، لاسيما الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد. الأمر الذي جعل عقود الأعمال – كسابقاتها - عرضة لاختلال التوازن، وانتشار الشروط التعسفية، وغياب العدالة. من هنا كان التفكير متجها في الاستعانة بآليات كفيلة بكبح جماح الإرادة ومحاولة تهذيبها بهدف تحقيق العدالة.

من أهم الآليات التي تبناها المشرع وطبقها القضاء في عقود الأعمال، مبدأ حسن النية la Bonne Foi الذي نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة 1 من المادة 107 والمشرع الفرنسي في الفقرة 2 من المادة 1134. حيث استخدم هذا المبدأ كنافذة نفذت من خلالها الأخلاق إلى العقد مكرسة بذلك فكرة أخلقة العقد Moralisation du Contrat

ويتيح مبدأ حسن النية في عقود الأعمال، تخطي الفجوة العميقة بين النزعة الفردية التي تهيمن على الحرية التعاقدية والصرامة التي تصاحبها، وفلسفة التضامن وتحقيق المصالح الاجتماعية والاقتصادية. ويظهر بهذا الوصف كأهم الوسائل المتاحة للتخفيف من صرامة التطبيق الحرفي لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

لكن يبقى التساؤل منصبا حول كيفية استخدام هذا المبدأ في عقود الأعمال لإحالتها أكثر موائمة ومتطلبات العدالة وأكثر واقعية وانسجاما مع المستجدات الاقتصادية والاجتماعية، لذلك سنعرض للتحوّل الذي عرفه مفهومه (المبحث الأول)، ثم من خلال تطبيقاته في عقود الأعمال (المبحث الثاني).

المبحث الأول : مفهوم حسن النية

يعتبر حسن النية من بين أهم المبادئ التي اقترحت بديلا عن الإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد، وقد جاء التنصيص عليه متلازما مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، حيث ذُكر بعده مباشرة من خلال المادة 107 في فقرتها الأولى" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية". أما في القانون الفرنسي فقد تضمنتهما نفس المادة، 1134.[1]

[1] - Art 1134 du code civil français : « Les conventions légalement formées, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elle ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise.
Elle doivent s'exécuter de bonne foi ».

ببداية سبعينيات القرن الماضي، بدأ القضاء في فرنسا يبنى تصورا جديدا لفكرة حسن النية، مختلف تماما لتلك النظرة الضيّقة، التي حبسه فيها أنصار النظرية التقليدية للعقد. وقد شكّل هذا التصور منعطفا هامّا في دور حسن النية، حيث تكرّس كمبدأ حقيقي وأساسي لتنفيذ العقود. بل أيضا كقاعدة لتكوين العقد وتفسيره[1].

على ضوء التطور الذي عرفه حسن النية. انقسم الفقهاء في تصوّرهم لمفهومه. مما أدى إلى تكريس المفهوم المزدوج : مفهوم تقليدي، ذاتي، مطابق لإرادة المتعاقدين، بحسب اتفاقهم المبدئي المشترك

(المطلب الأول)، ومفهوم حديث، موضوعي، يُنظر إليه من خارج الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وقد يتعارض معها(المطلب الثاني).

المطلب الأول : المفهوم الذاتي لحسن النية

من خلال الفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، والتي تنص على وجوب تنفيذ الاتفاقات بحسن النية. نلاحظ بوضوح أن واضعي القانون المدني بتوجهاتهم الليبرالية، لم يحتاطوا جيدا للنتائج التي يمكن استنباطها من فقرة كهذه، والتي أصبحت تهدد بشكل كبير الأسس التي أقاموا عليها القانون المدني.

بالنسبة لهم، لم تكن الغاية الأساسية من وضع هذه القاعدة، سوى تجنب التفرقة الرومانية القديمة، بين عقود القانون الخالص أو المحض، والتي يكون مضمونها محدّد بالمعنى الحرفي للمصطلحات المستخدمة. وعقود حسن النية، التي يمكن تفسيرها على نطاق واسع. وبظهور مبدأ الرضائية في العقود، ترسّخت فكرة مفادها أن كل العقود، هي عقود حسن النية. وهذا ما قصده المشرع المدني الفرنسي من وضعه للفقرة الثالثة من المادة 1134[2]. لكن قصر دورها في هذا الإطار في كونها مجرد قاعدة تقنية بسيطة، ليس لها مدلول جوهري، يُستعان بها فقط لتفسير إرادة الأطراف[3].

تبعا لذلك كرّست المدرسة التقليدية لمفهوم حسن النية، رؤية ذاتية. لذلك اقتصرت على ربط النية بإرادة الأطراف، وعرّفته بالاستناد إلى الإرادة المشتركة لهما. سواء باعتبار حسن النية مرادفا للمقصد المشترك للمتعاقدين. أو باعتبارهما ممتزجين، مع افتراض وجود قرينة على إرادة ذلك. وبهذا المعنى لا يتجاوز دور حسن النية، سوى كونه وسيلة لحماية المقصد المشترك للطرفين، وإقصاء كل محاولة للخروج على هذا المقصد[4].

لكن المقصد المشترك يثير إشكالا، وفي بعض الأحيان يكون غير ثابت. يقول الفقيه Esmein :

" لا يتضح مقصد الأطراف بصفة جلية من خلال النص الكتابي مادام يتحتم علينا البحث عنه في حالة الغموض، أو لبس في العبارات المستعملة، والتي لا تفي بغرض التعبير عنه"[5].

---

[1] - Y. Picod, Contrats Et Obligations. - Effet obligatoire des conventions. - Exécution de bonne foi des conventions, JurisClasseur Civil Code > Art. 1134 et 1135, Date de fraîcheur, 10 Avril 2013, n° 04, p 05.

[2] - F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les Obligations, 6e éd, D. 1999, n° 414, p. 347.

[3] - J. Flour, J.L. Aubert, E. Saveaux, Droit Civil, Les Obligations, 1. L'acte Juridique, 13 ed Dalloz, Paris, 2008, n° 378 p. 340.

[4] - حسين بن سليمة (تعريب محمد بن سالم)، حسن النية في تنفيذ العقود " حسب أحكام الفصل 243 من المجلة المدنية، المطابع الموحدة، مجموعة سداس، تونس 1993، ص ص 23، 24.

[5] - نفس المرجع، ص 24.

لذا يعلق الفقيه Capitant بأنه " لا يمكّن مقصد الأطراف وحده من التأويل الحر لنص العقد، وإنما يجب البحث وراء هذا المقصد المشترك للأطراف، في ماهية الإتفاق"[1]

الواقع أنه لا يمكن فصل هذا التصور لحسن النية، وما يترتب عنه في الجانب العملي، عن باقي النتائج السلبية المترتبة عن التطبيق الصارم لأحكام مبدأ سلطان الإرادة من مظالم، واستغلال للطرف الضعيف، وانتشار اختلالات التوازن بين الالتزامات والحقوق على أوسع نطاق. لذا كان من المناسب، النظر إلى حسن النية من خارج إطار العقد، بغية معالجة اختلال التوازن في مضمونه، وتحقيق العدالة.

المطلب الثاني : المفهوم الموضوعي لحسن النية

على النقيض من التصور الذاتي لحسن النية، يرتكز التصور الموضوعي، على واجب ملقى على عاتق المتعاقدين، يلزمهما بتنفيذ التزاماتهما بحسن النية. بمعنى أن يراعي كل منهما تجاه الآخر في تنفيذ التزامه، سلوك الأمانة، والنزاهة، وشرف التعامل، بعيدا عن كل غش، أو تحايل، أو خداع.

وعلى هذا النحو يعرف حسن النية بأنه " الاعتقاد الخاطئ، بأن التعامل مطابق للقانون (الذي يستند إلى مظهر مضلل، أو جهل بأحد العناصر) الذي يبرر قدر من الرأفة والشفقة من القانون". أو " أنه السلوك القائم على الشرف والنزاهة، الذي يجب على كل فرد تبنيه، عند قيامه بتصرف قانوني تجاه الآخرين".[2]

كما عرّفه الفقيه الفرنسي George Cornu بأنه " الوضع الذي يترجم الاعتقاد، أو الإرادة بالخضوع للقانون، الذي يسمح لصاحبه، بالإفلات من التطبيق الصارم للقاعدة القانونية."[3]

لكن فصل حسن النية عن القصد المشترك لطرفي العقد، يجعله مجرد من القوة الملزمة. لذلك دأب الفقه والقضاء على البحث عن أسس بديلة، يستمد منها هذا المبدأ قوته الإلزامية. فتارة ألحقوا مفهومه بقواعد النظام العام، وتارة أخرى بقواعد الإنصاف. لكن الأساس الأكثر انتشارا يتمثّل في قواعد الأخلاق. لذلك سوف نقتصر على هذه القواعد في علاقتها بمبدأ حسن النية.

لكل من القانون والأخلاق الطابع المميّز له. فكل السلوكيات التي تقتضيها الأخلاق ليست بالضرورة مفروضة قانونا.[4] ومع ذلك تمثّل مبادئ الأخلاق المختلفة، بنيانا هاما وركيزة أساسية للمجتمع الإنساني. لذا نجد واضعي القوانين في كل الدول، في إطار نشاطهم التشريعي، متأثرين إلى حد بعيد بالمبادئ والقواعد الأخلاقية. وفي أحيان كثيرة، يستعينون بها، فيعمدون إلى فرض بعض الواجبات الأخلاقية، ويضفون عليها الصبغة القانونية الملزمة، لإشاعة روح التعاون والتضامن بين المتعاقدين وتهذيب النفس البشرية من الأثرة والأنانية والاستغلال. بالتالي فوجود مبدأ حسن النية في مجال العقود يعكس بشكل كبير تأثير الأخلاق أو بعض قواعدها على القانون. والالتزام بهذا المبدأ في التعامل، بوصفه مبدأ راسخا في نظرية العقد، له أثر كبير وفعّال في تحقيق التوازن والعدالة في العقود.

---

[1] - نفس المرجع، ص 24.

[2] - R. Cabrillac, Dictionnaire du Vocabulaire Juridique, 2ème éd, juris classeur, LexisNexis, Litec, " Bonne Foi", p. 52.

[3] - Ph. le Tourneau, Bonne Foi, Rép. Civ. Dalloz. Janvier 2009, n° 01, p 03.

[4] - B. Starck, H. Rolland et L. Boyer, *Introduction au droit*, 3e éd., Paris, Litec, 1991, p. 10. Cité par B. Lefebvre, La justice contractuelle, op cit, p. 23.

وفقا لهذه الرؤية، يشكل حسن النية أساسا جيدا للقاضي، يقتضي من خلاله وجود قدر من التوازن في العقد. بمعنى أنه يساهم في تحقيق تقسيم متناسق للحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد. بالإضافة إلى دوره في ضمان الحفاظ على التوازن أثناء تنفيذ العقد. ودوره أيضا كأهم الأسس لمراجعة اختلال التوازن بفعل الظروف الطارئة.

من خلال ازدواجية تعريف مبدأ حسن النية، نجده في المقام الأول يحقق المصالح المشروعة للمتعاقدين في مناخ تسوده الأمانة والثقة. ومن جانب آخر، أن الفرد ما دام عضو في المجتمع، فعليه أن لا يقصي مصالح المجتمع الذي يعيش فيه، خاصة وأن مصلحته الخاصة جزء مرتبط بمصالح مجتمعه،

المبحث الثاني : تطبيقات حسن النية في عقود الأعمال

إن مضمون عقود الأعمال يمثل مجموع الحقوق والالتزامات التي تسمح بتحقيق التبادل في العملية الاقتصادية[1]. لكنه في المقابل يعتبر هذا المضمون عنصر مركب.

في الواقع أن عقود الأعمال بالإضافة إلى اعتبارها تمثل مجموع الحقوق والالتزامات التي تسمح بتحقيق التبادل الاقتصادي، فإنها من جهة أخرى تمثل التبادل الاقتصادي ذاته بين الاداءات. من ثم يمكن القول أن مضمون هذه العقود يشمل عدة عناصر، تتداخل وتتفاعل في ما بينها، منشأةً لمبدأ الترابط بين الالتزامات Principe d'interdépendance des Obligations.[2] هذا المبدأ يسمح بتفسير مجموعة من القواعد مثل الدفع بعدم التنفيذ، والفسخ لعدم التنفيذ، ونظرية السبب.

لذلك أصبح ينظر لهذه العقود على أنها نظام يتضمن عناصر مترابطة ومتداخلة فيما بينها، وهذا النظام يبدو أكثر أو أقل تعقيدا بحسب تحديد وتنوع العناصر المكونة لمضمونها، وهذا المضمون أيضا يمكن أن يكون معقدا أو أقل تعقيدا بحسب أهمية هذه العقود.

في إطار عقود الأعمال تدرج التعقيد من اشتمال العملية الاقتصادية المراد تحقيقها العديد من المشارطات التي تبين: طرق الدفع، مسؤولية الأطراف في حال عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي، الإجراءات المتخذة في حال حدوث نزاع. ليصبح هذا التعقيد يزداد حدة في بعض الطوائف من عقود الأعمال التي تشهد انتشار كبير مع التطور الاقتصادي، كعقود الفرنشيز، وعقود البوت بأنواعها وعقود التجارة الدولية، وعقود نقل التكنولوجيا. حيث نجدها مليئة بالأحكام والشروط التي يتفق الأطراف على احترامها، كتلك التي تنص على القانون الواجب التطبيق، وآجال التنفيذ، ومقتضيات خاصة لجودة المنتوجات والخدمات، والنقد المستعمل، وشروط التحكيم، تحيين الأسعار، وشرط Hardship في حال تغيّر الظروف،[3] وشرط عدم المنافسة، إلى غير ذلك من الشروط. فللأطراف كامل الحرية في تخفيف أو تشديد التزاماتهم.

الواقع أنه في ظل هذا التعقيد، وبالنظر للمصالح المتعارضة للأطراف، حيث يبغي كل منهما تحقيق أكبر قدر من المكاسب بغض النظر عن مصالح الطرف الآخر أو المصلحة الاقتصادية المراد تحقيقها. فرض مبدأ حسن النية نفسه

---

[1] - L. Fin-langer, l'équilibre contractuel, Th, LGDJ 2002, p. 157. n°227.

[2] - F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les Obligations, 6e éd, D. 1999, n° 60, p 55.

[3] - يسمى الظرف الطارئ L'imprévision في الفقه الانجليزي Le Hardship. وهو ذلك الحادث الذي لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلا كما هو الحال في القوة القاهرة، لكنه يبقى ممكن التنفيذ، إلا أن تنفيذه بالشروط التي تضمنها العقد، تحمّل المدين أعباء مالية وخسارة جسيمة. فهو ينتج عن تغيير جذري يطال الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، سواء كانت اقتصادية، اجتماعية، أم سياسية، لها أثر مباشر على التوازن الأساسي للعقد، ومن ثم تقود إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي الذي يجب أن يتمتع به العقد خلال مدة تنفيذه. M. Fontaine, La Clause de Hardship , D P C I 1976 , T.2 , n° 1 , p. 7. Et F. Chabas. Les Clauses de Hardship " ,Thèse Montpellier 1981.

كآلية فعالة لتهذيب هذه الاتفاقات وتوجيهها لتحقيق الأهداف الاقتصادية المرجوة وحماية مصالح الأطراف في جميع المراحل التي يمر بها العقد، ولاسيما في مرحلة المفاوضات

(مطلب أول) ومرحلة التنفيذ (مطلب ثاني).

المطلب الأول : في مرحلة المفاوضات

تكتسي مرحلة المفاوضات أهمية كبرى في عقود الأعمال، نظراً لما تتسم به من تعقيد وإجراءات خاصة غير مألوفة في العقود الكلاسيكية على النحو الذي ذكرناه. وتخضع المفاوضات وفقا لمبدأ سلطان الإرادة كأصل عام لحرية التفاوض أو العدول عنه في أي مرحلة بحسب مصلحة كل طرف.

لكن استعمال هذه الحرية على إطلاقها يتضمن مخاطر بالغة في عقود الأعمال. من ذلك أن يكون مقصد المفاوض ينطوي على التحايل للإطلاع على الأسرار المهنية للطرف الآخر أو تفويت فرصة التعاقد عليه بقصد الإضرار به. لذلك كان لزاما وضع ضمانات تقتضيها اعتبارات العدالة ووجوب حماية مصالح الطرف الآخر.

في هذا الإطار ظهر الالتزام بالتفاوض بحسن نية وما يتفرع عنه كالالتزام بالإعلام، والالتزام بالسرية، عنصرا أساسيا وجوهريا يكفل لهذه المرحلة قدرا كبيرا من النزاهة والأمانة والثقة.

وقد عرّف جانب من الفقه الالتزام بالتفاوض بحسن النية بأنه " التعامل بصدق واستقامة مع الطرف الآخر بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة التي تم من أجلها التفاوض، والتزم بها كل من طرفي التفاوض، بحيث لا تؤدي إلى إضرار الطرف الآخر دون مسوغ قانوني، بل يتوصل كلا الطرفين الى حقه بأمانة."[1] وعرفه البعض بأنه " الأمانة بالفعل ومراعاة المعايير التجارية المعقولة بشأن التعامل النزيه في التجارة"[2]

اما في الجانب التشريعي فبالرغم من النص على حسن النية في معرض تنظيم مرحلة تنفيذ العقود كما هو الحال في المادة 2/107 في القانون المدني الجزائري والمادة 1134 في القانون المدني الفرنسي. إلا أن معظم الفقه العربي والفرنسي يكاد يتفق على أن مبدأ حسن النية لا يقتصر تطبيقه على مرحلة التنفيذ فقط، بل أنه ينسحب إلى المرحلة السابقة على التعاقد، بحيث يحكم أيضا مرحلة التفاوض.

هذا الأمر أكدته بعض الاتفاقيات الدولية، كتلك المنظمة لعقود التجارة الدولية. فقد أشارت اتفاقية فينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع الصادرة عام 1980 في نص المادة 01/07 على انه " يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة التوحيد في تطبيقها، كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية. "[3]

وقد تبنى القضاء هذا التوجه، ففي القرار القضائي الصادر عن محكمة الاستئناف الألمانية في 22 / فبراير/1995 في القضية رقم950222 ما يوضح الاتجاه نحو التوسع في تطبيق حسن النية وعدم قصره على التفسير، حيث نص على "أن السماح للمشتري بإلغاء العقد بعد سنتين ونصف من إتمامه يعد انتهاكاً لمبدأ حسن النية المقرر في نص المادة01/07 من اتفاقية فينا ."

---

[1] خالد العامري، كيف تجري مفاوضات ناجحة، دار الفاروق للنشر، الاردن، 2000 ، ص 18

[2] هادي سعيد عرفه، حسن النيه في العقود في الشريعة الاسلامية والقانون المدني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة القاهرة، العدد الاول، السنة الاولى، 1986 ص 151

[3] Article 7/1 L' interprétation de la présente Convention doit tenir compte de son caractère international et de la nécessité d'uniformiser son application et d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international .

وكذلك الحكم الصادر من المحكمة ذاتها في 21 / سبتمبر /1995 في القضية رقم 49871 إلى أنه " يجب أن يتسم سلوك الأفراد بحسن النية من أجل الوصول إلى مفاوضات ناجحة وطرح كافة المسائل الخاصة بالعقد النهائي وعدم تجنبها".

ومن مظاهر حسن النية في المرحلة السابقة على إبرام عقد تحويل الفاتورة، اعتبر الفقه الفرنسي[1]، أن التزام المنتمي[2] بإعلام الوسيط بمخاطر التحصيل، هو تطبيق لمبدأ اللياقة العام Principe Général de Loyauté وهو من المبادئ التي تفرض نفسها في كافة العلاقات بين المتعاقدين.

تطبيقا لهذا الالتزام، تطلب مؤسسة تحويل الفاتورة من المنتمي الإجابة على عدة أسئلة، تصنفها في نموذج خاص لمن يرغب بالتعاقد معها في إطار نظام تحويل الفاتورة. فعقد تحويل الفاتورة من العقود التي تعتمد فيها المؤسسة عند إبرامها، اعتمادا كليا على المعلومات والبيانات التي يدلي بها العميل المرتقب. لذلك يتعين على الراغب في التعاقد مراعاة حسن النية المطلق، وهو يدلي بالبيانات المتعلقة بحقيقة وضعه المالي ومراكز مدينيه المالية، وكافة المخاطر التي تحيط بتحصيل الحق.

غير أن المنتمي، وفي الكثير من الأحيان وبغية خداع الوسيط ودفعه للتعاقد معه، يلجأ إلى تقديم معلومات أو بيانات خاطئة حول مركزه المالي، وانتظام معاملاته المالية والتجارية وتعدد زبائنه، مما يوحي للوسيط بمدى أهمية هذا العميل، ويجعله يقبل التعاقد معه.

ولإن كان خطأ المنتمي، في هذه الحالة يأخذ الشكل الايجابي، أي وفاءه بالتزامه بتقديم المعلومات والبيانات المالية حول مركزه المالي ومركز مدينيه، حتى إن كانت مغلوطة ومجانبة لحقيقة الأمر، فإنه في حالات أخرى، يأخذ شكل سلبي بالامتناع عن تقديم البيانات، بإخفائها وكتمانها عن الوسيط، رغم علمه بمدى أهميتها في تكوين رأيه بخصوص التعاقد.

كذلك في عقد الفرانشيز فإن المبدأ الأساسي يتمثل في ضرورة إدارة المفاوضات بحسن نية، لذا يلتزم كل طرف بإطلاع الطرف الآخر وبكل دقة على المعلومات التي من شأنها التأثير في قراره.

من هذا المنطلق ألزم المشرع الفرنسي المانح بإعطاء الممنوح في الفترة التي تسبق العقد، وثيقة تضم معلومات عن القيمة التجارية للاسم والعلامة التجارية، قبل 20 يوما على الأقل من توقيع عقد الفرنشيز، وذلك من خلال المادة 330من قانون التجارة الفرنسي.

يتضح إجمالا أن التزام الأطراف في عقود التجارة الدولية بحسن النية عند التفاوض يحقق غرضا بالغ الأهمية، يتمثل في إقامة نوع من التوازن بين مبدأ الحرية التعاقدية الذي لا يلزم الأطراف بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي، وبين توفير الحد الأدنى من الثقة والاستقرار والجدية عند التفاوض، بحيث يكون كل مفاوض حريصاً على مصالح المفاوض الآخر كحرصه على مصالحه الشخصية قدر الإمكان.

المطلب الثاني : في مرحلة التنفيذ

---

[1]- Dominique legeais: Affacturage,édition du juris- classeur, 2002, Fascicule 361, p 4, n 11.
ذكره ميلاط عبدالحفيظ مرجع سابق ص 294

[2] المنتمي في عقد تحويل الفاتورة، هو الدائن الأصلي في العلاقة الأصلية التي نتج عنها الحق محل التحويل وهو في الأساس عبارة عن بائع أو مورد لسلع أو خدمات؛ فهو يخضع للأحكام المذكورة بالقانون 04-02 ، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

في مرحلة تنفيذ عقود الأعمال يظهر مبدأ حسن النية من خلال الالتزام بالتعاون، وهو التزام أخلاقي، يقتضي أن لا يقوم الدائن بإجبار المدين على التنفيذ في ظروف مرهقة لا تعود بالفائدة عليه، وعليه أيضا بمقتضى هذا الالتزام ألاّ يستفيد مما قد يعتري المدين من ضعف أثناء تنفيذ العقد. ويفرض التزام التعاون أيضا قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه بأحسن طريقة وأفضلها، وأن يبذل قصارى جهده لجعل هذا التنفيذ مفيدا ونافعا بالنسبة للمتعاقد الآخر وأن يستعمل في تنفيذ ذلك الوسائل الأكثر أمانا وسرعة[1].

من جانب آخر ألاّ يتمسّك المتعاقد بنصوص العقد الحرفية، طالما أن تنفيذ الالتزامات يحقق المقصود من إبرام العقد[2]، وبالتالي سيؤدي ذلك لا محالة، إلى تحقيق العدالة والإنصاف بين أطراف العلاقة التعاقدية.

بالنظر لنص المادة 106 في القانون المدني الجزائري والمادة 1134 في القانون المدني الفرنسي.

نجده يتضمن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، الذي يعتبر من أهم المبادئ التي تحكم العقود، لدرجة أن الفقه يطلق عليه قانون العقود. ولما كان هذا المبدأ يعطي لأي من المتعاقدين حق التمسك بما ورد في العقد حرفيا، مما يؤدي إلى الإضرار بالطرف الآخر، أو أحيانا يغالي في التمسك بحقوقه الناشئة عن العقد، كحق الإبطال، والفسخ، وحق المطالبة بتنفيذ التزام ما. كان لزاما أن يوجد إلى جانب هذا المبدأ، مبدأ آخر يخفف من شدّته وصرامته، وهو الدور المنوط بمبدأ حسن النية، ليقف حائلا أمام غلو أحد أطراف العقد، بتمسكه بحرفية ما جاء فيه، أو يرهق المتعاقد الآخر بطلبات معينة، يتضمنها الاتفاق.

فمبدأ حسن النية على هذا الوجه، يؤدي إلى الموائمة بين تنفيذ العقود طبقا لما تقضي به قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، تلك التي تعطي للمتعاقد حق التمسك بجميع ما ورد في العقد، وبين مبدأ عدم الإضرار بالغير في التصرفات. وهذه الموائمة تتم من خلال اعتبار مبدأ حسن النية هو الإطار، والروح التي يجب أن تسود تفسير العقود وتنفيذها.

ففي حالة تعدد طرق تنفيذ العقد، وتعددت معانيه، فهنا يجب أن يختار من الطرق ما تقتضيه الأمانة، والاستقامة، والشرف، والعدالة، والنزاهة.[3]

وفي إطار تفسير العقد، نصت المادة 111 من القانون المدني على أنه "..أما إذا كان هناك محل للتأويل، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات". ويقصد بالأمانة والثقة في نص المادة 111، حسن النية.

فالمادة 111 من القانون المدني، جاءت بمجموع من الوسائل يستهدي بها القاضي للوصول إلى تفسير يخدم جميع الأطراف. أو ما يعبر عنه بالإرادة المشتركة للمتعاقدين. فالقاضي يستهدي بطبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات. والملاحظ أن أغلب هذه العوامل موضوعية، تؤدي إلى التفسير الموضوعي الذي يهدف إلى تحقيق أغراض موضوعية. كحماية حسن النية والعدالة. وذلك على أساس إلزام القاضي

---

[1] - مارغريت نقولا أنطوان ماروديس، العنصر الأخلاقي في الفقه، المنشورات الحقوقية " صادر"، بيروت2006، ص 138.

[2] - أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ " الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن "، المكتبة المصرية، القاهرة 2007، ص ص 24، 25.

[3] - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 319.

بالبحث عن النية المشتركة، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ. وأن عدم احترام هذا النهج قد يؤدي إلى إقصاء أو إجحاف في حق أحد الأطراف.

ومنه يمكن القول أن تفسير العبارة الغامضة يعتبر بمثابة قيد على الإرادة، لأن القاضي لا يأخذ بما يريده صاحب الإرادة، وإنما بما توصل إليه هو، وذلك بطبيعة الحال بالاستعانة بالوسائل التي مكّنه منها المشرع، والتي تُعد مرشدة للقاضي في تقديراته المختلفة. وفي ذلك تحقيق لاستقرار المعاملات، وكذا أخذ العدالة العقدية بعين الاعتبار[1] فالواقع أن القضاء رغم اتصافه بالتجرد والحياد، لم يتوان عن مخالفة الإرادة العقدية كلما كان احترامها حرفيا يؤدي حتما إلى إخلال في التوازن العقدي، ولو كان ذلك الاختلال مبررا.[2]

إن أهم مظهر لحسن النية عند مرحلة تنفيذ عقود الأعمال يتمثل في الإدلاء بكافة البيانات والمعلومات الضرورية واللازمة لضمان تنفيذ فعال للعقد على النحو الذي ينتظره كل متعاقد. فالواقع أن أغلب عقود الأعمال كعقود الفرنشيز، وعقود البوت وعقود التجارة الدولية، وعقود نقل التكنولوجيا وعقد تحويل الفاتورة والعقود الالكترونية، عرف اختلال التوازن فيها مظهرا جديدا، تمثّل في التفاوت المعرفي بين طرفي العقد، وأثّر بشكل كبير في اتساع الهوة بينهما، وأصبحت العلاقة بذلك أكثر اختلالا. تبعا لذلك نجد المتعاقد يقبل على إبرام العقد لإشباع رغباته دون معرفة بكيفية تحقيق ذلك على الوجه السليم. خاصة عندما يكون في مواجهة طرف أكثر احتراف، يمتاز بالخبر والدراية والعلم والتخصص، على نحو يفتقد فيه العقد لأبسط عوامل التوازن.

من هذا المنطلق، كان ظهور الالتزام بالإعلام كآلية أساسية متفرعة عن حسن النية لتحقيق قدر من العدالة التعاقدية وتحقيق المصلحة الاقتصادية المنتظرة، من خلال إعادة المساواة في العلم بين الطرفين المقبلين على التعاقد، على نحو يستطيع فيه الطرف الأقل خبرة، والذي تقرّر هذا الالتزام لمصلحته، الوقوف على مدى ملائمة العقد لتطلعاته ورغباته المشروعة. ففي عقد تحويل الفاتورة يلتزم الوسيط بالإدلاء بالمعلومات والاستشارات التجارية اللازمة، ولا يقتصر دور الشركة الوسيط، على أداء الحقوق وضمانها، وهو الجانب المادي في عقد تحويل الفاتورة؛ وإنما يمتد دور الوسيط إلى الجانب التقني والفني، وهو الذي يتعلق بتقديم المعلومات والاستشارات للمنتمي،

والتي تتعلق بالسوق والزبائن، سواء كان ذلك داخليا أو خارجيا.

ويقوم هذا الالتزام على اعتبارين اثنين، يتمثل الأول في كون الشركة الوسيط أو مؤسسة الائتمان توظف مجموعة كبيرة من الخبراء والمستشارين الماليين، الذين لا يكفون عن دراسة السوق الداخلي والخارجي؛ وهذا يدخل طبعا في نطاق عمل مؤسسة الائتمان بصفة عامة، وليس فقط فيما يخص إبرام عقود تحويل الفاتورة. وبالتالي فإن مؤسسة الائتمان تكون على دراية دائمة، بكل صغيرة وكبيرة حول المؤشرات المالية والاقتصادية، التي تحكم السوق[3]. أما الاعتبار الثاني، فيتمثل في قرب شركة الوسيط من متعاملي أو مديني المنتمي، على عكس هذا الأخير الذي عادة ما يتواجد في بلد آخر؛ هذا القرب يسمح للشركة محولة الفواتير، من مراقبة زبائن المنتمي ومتابعة وضعهم المالي عن قرب.

في المقابل يقع على عاتق المنتمي التزام وثيق الصلة بحسن النية وهو الالتزام بتقديم جميع الفواتير للوسيط، وهو ما يعرف اختصارا ب" مبدأ الجماعية أو القصر". يمثل هذا الالتزام روح العقد، وبدونه يختل توازن الآداءات، لمصلحة

---

[1] - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 298.

[2] - سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني في القانونين اللبناني والفرنسي المقارن، دار الفكر اللبناني، ط 1، بيروت 1987، ص 543 .

[3] ميلاط عبدالحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان 2011-2012 ص 192.

المنتمي. ويلتزم المنتمي بمقتضى مبدأ الجماعية، بأن يقدم للمؤسسة جميع فواتيره على مدينيه، على أن يلتزم الوسيط بتعجيل قيمة حقوق العميل على مدينيه من جهة، والالتزام بضمان عدم الرجوع من جهة ثانية. والسبب المباشر، في إلزام المنتمي بأن يعهد إلى الوسيط بجميع فواتيره الخاصة لدى مدينيه المشترين، هو سد الطريق أمام تحايل المنتمي، حتى لا يعهد إلى الوسيط بديونه الضعيفة أي التي يرى صعوبة في تحصيلها، ويحتفظ لنفسه بالحقوق الأخرى التي يضمن سهولة تحصيلها، فيحرم الوسيط بذلك من عمولته عن هذه الأخيرة.[1]

أما في عقد الفرنشيز فيأخذ حسن النية طابعا سلبيا وهو المحافظة على السرية حيث يلقى على عاتق الممنوح التزاما بعدم إفشاء أية معلومات سرية خاصة بالفرنشيز، سواء كانت تتعلق بالمستندات أو البراءة أو أية أساليب أو طرق، أو كيفية الاستعمال إلى ما شابه من معلومات تعتبر سرية، بحيث إذا تم إفشاؤها يمكن أن يوقع الضرر بشبكة الفرنشيز.

الخاتمة:

في ختام هذه الورقة يمكن القول أن عقود الأعمال باعتبارها من العقود المستحدثة في الواقع التجاري، أو لنقل أنها نتاج التمازج بين تطور الواقع القانوني والواقع الاقتصادي التجاري، أصبحت عرضة لاختلال التوازن، نظرا لاختلال موازين القوى بين أطرافها في بعده الاقتصادي والأخطر من ذلك بعده المعرفي، بفعل التشابك والتعقيد الذي يزداد حدة يوما بعد يوم في عقود الأعمال.

في ظل هذا التعقيد عادت المبادئ المتفرعة عن سلطان الإرادة لتحكم قبضتها على عقود الأعمال فضاعت العدالة بين الأطراف وانحرفت هذه العقود عن الأهداف الاقتصادية التي أنشأت من أجل تحقيقها

لذلك اتجهت كل الجهود التشريعية والفقهية والقضائية على النحو الذي عالجناه سابقا نحو تدعيم أكبر لفكرة حسن النية وتطبيقها على أوسع نطاق على جميع المراحل التي تسود عقود الأعمال بداية بالتفاوض مرورا بالتنفيذ وأحيانا حتى بعد انتهاء بعض العقود من خلال الالتزام بعدم المنافسة.

وقد اتضح لنا أن تكريس مبدأ حسن النية هو إعلاء للمعطى الأخلاقي كمكوّن أساسي للقاعدة القانونية. حيث لا يعتبر مجرد مبدأ ذاتي، بمعنى قيدا أخلاقيا على حرية التعاقد. وإنما يظهر كقاعدة تربوية يُنفّذ العقد بمقتضاها بشكل ملائم، دون وجود لنية الخداع أو التضليل أو التحايل. وبذلك فهو يمثّل أحد الخطوط الأخلاقية، التي لا تجيز المحاكم تخطّيها.

ختاما إذا جاز لنا أن نقترح فإن ذلك سيكون موجها للمشرع الجزائري، خصوصا وأنه قد تأخر في تنظيم الكثير من عقود الأعمال على غرار عقد الفرنشيز والبوت بأنواعه وتحويل الفاتورة وغيرها، ولعل ذلك يكون قريبا بالنظر للظروف الاقتصادية الصعبة التي يمر بها اقتصادنا وضرورة البحث عن موارد بديلة عن المحروقات. نقترح أثناء تنظيم هذه العقود إعطاء حسن النية مكانة خاصة، وجعلها أساسا يقوم عليه تنظيم عقود الأعمال. خصوصا وأن أحكام ومظاهر حسن النية من نزاهة وثقة وأمانة تعتبر من صلب ديننا وعقيدتنا، فمما لا شك فيه أيضا أن نجد في أحكام الشريعة الإسلامية، الحث على مبدأ الأمانة في المعاملات. أكثر من ذلك هناك في الفقه الإسلامي نمطا من العقود يقوم أصلا على الأمانة بكل ما تعنيه هذه الكلمة من معنى، حتى أن الفقهاء القدامى درجوا على تسميتها بيوع الأمانة، وهي بيع المرابحة، التولية، وبيع الاسترسال.

[1] نفس المرجع ص 186.

UNE EXCEPTION AU PRINCIPE PACTA SUNT SERVANDA : LA THEORIE DE L'IMPREVISION

HOCINE Farida Maître de conférences -A
UMMTO

Introduction

Dans son article 106, le code civil Algérien consacre la théorie de l'autonomie de la volonté selon laquelle les parties peuvent choisir d'exercer leur liberté afin de se lier et de conclure un contrat, une volonté qui engendre un autre principe qui est la force obligatoire de l'acte conclu, Cela signifie que le libre jeu de la volonté individuelle ne peut que réaliser la justice. Chaque individu étant le meilleur juge de ses intérêts. On peut présumer que ceux-ci sont parfaitement respectés par les engagements qu'il a volontairement souscrits en effet, Si une obligation imposée peut être injuste, une obligation acceptée ne peut pas l'être.

La force obligatoire du contrat repose ainsi, sur deux idées essentielles. La première, c'est l'idée morale du respect de la parole donnée ; L'autre idée, c'est que le respect de la parole donnée permet à chacun de compter sur l'avenir. Le contrat est prévision ce qui rassure les contractants et les encouragent à s'engager dans des transactions, nationales ou internationales.

Ceci dit, et bien que largement admis et adopté par la doctrine à une certaine époque, Le principe de l'autonomie de la volonté n'est plus appliqué de manière absolue, il n'a cependant pas disparu et la volonté des parties demeure toujours le fondement du contrat à ceci près qu'elle n'est pas souveraine mais contrôlée afin de préserver l'équilibre contractuel, d'où la théorie de l'imprévision qui vise l'adaptation du contrat suite à un déséquilibre entre les prestations des parties après la survenance de circonstances imprévisibles et non imputables à la partie qui s'en prévaut.

Une exception prévue par le code civil dans son article 107/3, ce qui nous amène à nous poser la question de savoir en quoi consiste la théorie de l'imprévision ? Le contrat doit-il être exécuté par le débiteur même si les circonstances ont changé? Que prévoit l'imprévision quant au devenir du contrat?

Nous tenterons d'aborder ces questions en examinant successivement les aspects suivants :

I. Le fondement de la théorie de l'imprévision.

II. Les critères et formes d'application de la théorie de l'imprévision.

I. Le fondement de la théorie de l'imprévision.

La vie des affaires s'inscrit dans un courant mondialement changeant. La stabilité n'est pas chose établie, l'actualité change continuellement, l'imprévisible ne cesse de surprendre même les opérateurs les plus avertis. Ce risque de changements imprévus et parfois soudains est incompatible avec le droit des contrats, qui tend davantage à immobiliser les obligations dans le marbre. Ceci étant, la réalité économique, politique et sociale est de nature à avoir des conséquences évidentes sur l'économie du contrat qu'il soit national ou international et à ce titre, il est

indispensable que les contractants pensent à rendre leurs contrats plus flexibles, plus souples. La révision du contrat serait dans ce cas leur clé de survie.

En droit Algérien, le principe coutumier *pacta sunt servanda*[1] selon lequel les parties au contrat sont tenues par leurs engagements, c'est à dire qu'il existe un lien contraignant entre celles-ci puisqu'elles se sont obligées à respecter certaines normes prévues aux termes de ce dernier, s'explique à la simple lecture de l'article 106 du Code civil, qui dispose notamment que : « Le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué, ni modifié que de leur consentement mutuel ou pour les causes prévues par la loi », pour peu que l'accord auquel elles sont parvenues n'est pas affecté par une cause d'invalidité. La raison en est que le contrat est un instrument juridique de l'échange ; son contenu est défini par les parties, reflet de l'autonomie de leur volonté et il constitue en conséquence la loi des parties[2]. A partir de ce moment là, chacune d'elles est tenue d'assumer les engagements qu'elle a pris librement malgré toute difficulté rencontrée lors de son exécution et de bonne foi qui implique de s'abstenir de commettre un abus de droit. En effet, il est tout à fait permis au titulaire d'un droit d'en tirer un avantage. Cependant, il ne peut en abuser.

En outre, Le principe *pacta sunt servanda*[3] a pour conséquence qu'un contrat peut être modifié ou résolu lorsque les parties le décident. La modification ou la résolution sans accord sont au contraire l'exception et ne peuvent par conséquent être admises que lorsqu'elles sont conformes aux dispositions du contrat ou lorsque cela est expressément prévu par la loi.

Ceci étant, même si l'autonomie de la volonté était, à l'origine, fondée sur une prétendue égalité des contractants, elle demeure une égalité juridique sans plus, car il s'est avéré, au cours du XIXe siècle, que l'égalité socio- économique entre les parties n'existait presque plus. A partir de cette constatation, le législateur doit intervenir pour encadrer ces inégalités de fait, et éviter ou sanctionner les abus. Il intervient pour rétablir l'équilibre contractuel, en dirigeant ou imposant les contrats. Il intervient également dans l'exécution du contrat, dispensant parfois le débiteur de remplir ses engagements ou les alléger. La liberté contractuelle est donc réduite par le législateur

---

[1] *Expression latine qui signifie littéralement "les pactes doivent être respectés". Elle est composée du substantif neutre pactum (pacta au pluriel), contrat, accord ; du verbe servo (adjectif verbal servandus qui marque l'obligation, et de sunt, verbe être à la troisième personne du pluriel. En droit général et en droit international public, la locution pacta sunt servanda affirme le principe selon lequel les traités, et plus généralement les contrats doivent être respectés par les parties qui les ont conclus. Définition à trouver sur le site : http://www.locutio.net. Consulté le 12/08/2017.*

[2] *V. I. FETZE KAMDEM : L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux. Revue les cahiers du droit. Vol 40, N°0 3, 1999. PP 645–663.*

3V. GILLIARD. François : La relation sujet-objet et ses avatars dans la genèse du juridique. Librairie Droz, paris, 2002. P 98 et s.

suite à des facteurs économiques et sociaux indus par une mondialisation galopante et qui sont à l'origine de l'évolution de la théorie générale du contrat dans sa globalité[1].

Nous avons tendance aussi à dire que le juge est au service du contrat, si un litige apparaît le juge doit s'efforcer de rechercher quelle a été la commune intension des parties. Cela signifie que le juge n'a pas le pouvoir de substituer sa propre volonté à celle des parties. Hors cette présentation ne correspond plus à la réalité. Ce qui signifie que le juge n'hésite plus à intervenir dans l'exécution du contrat en cas de litige. Il arrive que le juge face produire au contrats des effets qui n'ont pas été voulu par les parties; L'un des instruments favori de cet interventionnisme judiciaire réside dans l'article 107/3 du même code qui stipule : « Toutefois, lorsque, par suite d'évènement exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse, de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle[2].

Autrement dit, à partir du moment où il y a un déséquilibre (dans la lésion, le déséquilibre existe à la formation du contrat et non en cours d'exécution) important qui entraine des difficultés d'exécution, la partie pour qui cela devient excessivement onéreux et qui n'a pas prévu d'en assumer le risque, peut demander au juge de revenir sur l'équilibre contractuel ; le juge prendra alors en considération l'imprévision.

L'argument avancé pour l'admission de la théorie de l'imprévision est que les parties auraient contracté en considération de certaines circonstances qui constituent la cause de leur engagement, or cette cause ne doit pas être seulement présente au moment de la formation du contrat, elle doit continuer à exister lors de son exécution. Si dès lors, les circonstances économiques étaient amenées à changer de manière significative, le contrat s'en trouverait privé de cause ce qui justifierait, qu'une obligation de renégociation pèse sur les parties.

L'imprévision n'est pas la force majeure, et ne doit pas être confondue avec. La force majeure rend l'exécution du contrat impossible. Ce n'est pas le cas de l'imprévision, elle rend l'imprévision difficile, voire extrêmement difficile.

---

[1] *Voir en ce sens : Ch. KOHLER : L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme. In académie de droit de LAHAY Online. Vol 19. 2013.*

[2] *» Cette disposition se trouve également dans le Code Civil égyptien depuis 1948 son article 147/2.*

"ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وأن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا آل اتفاق على خلاف ذلك" .

L'imprévisibilité comme son nom l'indique se dit de l'événement que l'on ne peut pas prévoir[1]. Si on parvient à prédire la survenance de la catastrophe, celle-ci ne pourra être un cas de force majeure. En effet, on pourra prendre les mesures appropriées qui permettront d'éviter ou de limiter le préjudice.

L'imprévision se distingue également de la simple inexécution, l'imprévision résulte de facteurs extérieurs à la personne du débiteur.

II. Les critères et formes d'application de la théorie de l'imprévision.

Cerné la théorie de l'imprévision exige de comprendre ses critères d'application et ses formes.

II.1. Critères

Trois critères doivent être réunis pour la mise en œuvre des dispositions de l'article 107/3 :

- Le contrat doit être soumis à un changement d'équilibre qui était imprévisible. Dans ce sens, il convient de préciser tout que l'imprévision désigne ce que les parties ne pouvaient pas prévoir et non ce qu'elles n'ont pas prévu. Il appartient donc au débiteur voulant s'exonérer de son obligation de montrer que l'événement était imprévisible au moment de la conclusion du contrat et non postérieurement ce qui résume le critère d'imprévisibilité[2]. A noter que le terme « changement » est général et neutre et impossible à quantifier dans son ampleur ou sa brutalité.
- Ce changement doit rendre l'exécution excessivement onéreuse : la simple augmentation dans l'exécution ne suffit pas, il faut qu'elle soit sévère.
- Le contrat ne doit pas contenir de clause d'acceptation des risques liés au changement de circonstances : en effet, l'imprévision peut être contrée par des clauses prévues dans le contrat.

Ainsi, cette disposition interdit à la partie qui souffre de l'onérosité de l'exécution de son obligation de se défère de ses obligations de manière unilatérale tel que suspendre leur exécution, ou les réduire. Enfin, et ce n'est pas sans inconvénient pour un contrat international qui serait soumis à la loi algérienne, ce texte dispose que « toute convention contraire est nulle », et donc que cette disposition a un caractère impératif qui ne peut donc être méconnu[3].

---

[1] *V. R. GUILLAUMOND : La gestion des difficultés d'exécution résultant de force majeure ou d'imprévision. In colloque international « les contrats internationaux » organisé à Alger le 26/05/2014.*

[2] *V.D. PHILIPPE : La force majeur et le HARDSHIP. Disponible sur le site : www.philippelaw.eu. P4/25. Consulté le 22/09/2017.*

[3] *V. N.E. TERKI: L'imprévision et le contrat international dans le code civil Algérien. .RASJEP, V19, 1982. PP 479-496.*

Dans le cadre de l'article 107 du Code civil, le législateur Algérien a, à la fois, réunit le principe de l'intangibilité du contrat (alinéa 1 et 2) et la possibilité de réviser le contrat pour l'imprévision (alinéa 3).

Toutefois, l'ingérence du juge suppose la réunion de deux conditions : la survenance d'évènements exceptionnels, généraux et imprévus et ceux-ci doivent rendre l'exécution de l'obligation, qui, à l'origine, pas impossible mais si onéreuse que le débiteur subirais une perte excessive. Vraisemblablement, l'exceptionnalité et l'imprévisibilité sont amalgamées tant que l'évènement imprévu est certainement exceptionnel. Mais elles sont divergentes considérant que l'évènement exceptionnel ne soit forcément pas imprévu, attendu que l'exceptionnalité peut référer à la rareté qui peut demeurer ordinaire. Ainsi, le déluge d'une rivière chaque année dans un temps précise est réputé exceptionnel mais non imprévu sauf s'il arrive soudain dans un temps fortuit.

Quant aux « événements », ils désignent un ensemble de faits extérieurs à la personne, qui affectent l'exécution du contrat. On ne devrait pas a priori prendre en compte les circonstances intrinsèques ou personnelles au débiteur par exemple sa maladie.

En plus, la généralité exigée par le texte signifie que la circonstance imprévue soit commune et non particulière au débiteur. Par conséquent, la maladie de celui-ci ne sera pas considérée générale sauf si elle était une conséquence d'une épidémie.

Concernant les pertes excessives, on peut se poser la question de savoir pour le juge où se situe la frontière entre l'exécution excessivement onéreuse et celle qui ne l'est pas ? Car la notion d'onérosité est subjective ce qui pourrait pousser les parties à subir l'arbitraire du juge auquel les parties pourront toutefois se prémunir en définissant elles-mêmes, dans leur contrat, les exécutions considérées comme trop coûteuses. Toujours est-il qu'il s'agit d'apprécier un rapport coût/avantage, la différence entre la valeur que l'on fournit et celle que l'on reçoit. Le bon sens veut qu'un contrat génère un minimum de rentabilité/ avantages pour les deux cocontractants. Le juge se référera utilement à l'économie générale de la convention, son équilibre commercial et les perspectives de rentabilité mutuelles profitant aux parties en exécution du contrat.

Ajoutons à cela deux conditions implicites à savoir, un lien de causalité et l'absence de faute du débiteur. En effet, Le caractère « excessivement onéreux » ne doit pas résulter d'une faute ou d'un fait du débiteur. Celui-ci devra par ailleurs prouver un lien de causalité entre le changement de circonstance et l'exécution « excessivement onéreuse ».

L'introduction de l'imprévision en droit Algérien n'est pas le fruit du hasard, n'est pas non plus une solution totalement nouvelle, d'autres droits l'ayant déjà adoptée, et s'inspire en réalité largement des Principes UNIDROIT applicables aux contrats du commerce international[1] qui admettent l'imprévision et la faculté pour le

1Site officiel :http://www.unidroit.org/, consulté le 12/08/2017.

tribunal, à défaut d'accord entre les parties, de mettre un terme ou d'adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations[1] .

En effet, Il existe dans le commerce international une réalité qu'on ne peut ignorer quant à l'exécution des contrats internationaux de longue durée à savoir qu'ils soulèvent des difficultés considérables au même temps que s'éloigne leur date de conclusion pour la bonne raison qu'ils s'insèrent dans un environnement économique et politique qui connait de régulières évolutions pouvant engendrer des obstacles pour l'une des parties au contrat puisqu'elles en modifient les charges[2] à tel point qu'elles rendent son maintien problématique[3]. Ainsi, la multiplication de ces contrats dans un climat économique de plus en plus instable a conduit à la consécration de la révision judiciaire du contrat pour imprévision.

II.2. FORMES

Bien avant la consécration de la théorie de l'imprévision par le droit positif[4], les opérateurs économiques s'étaient déjà dotés d'un arsenal efficace pour faire face aux situations d'imprévision économique. De nombreuses techniques contractuelles, telles que les clauses de hardship[5], les clauses d'adaptation de prix et les clauses de renégociation étaient déjà des outils très pertinents pour faire face aux aléas économiques sans attendre la réforme du droit des contrats.

L'intérêt de prise en compte de cette théorie pour ces opérateurs se reflète également dans les dispositions du code des marchés publics qui prévoient l'imprévision dans les contrats de longue durée en stipulant dans son article 138/3 ce qui suit : « L'avenant ne peut être conclu et soumis à l'organe de contrôle externe des

---

1 L'article 6.2.3 (Effets) des Principes Unidroit : 1) En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée. 2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations. 3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal. 4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable : a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; ou b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations.

[3] V. B. OPPETIT : l'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances ; la clause de Hardship. JDI, 1974. P795, à consulter sur le site : trans-lex.org. 1/14.

[4] A titre d'exemple, la jurisprudence française a refusé de réviser le contrat en cas d'imprévision au nom du principe d'intangibilité des conventions. Or, cette possibilité de révision a été finalement admise par l'ordonnance du 10 février 2016 dans l'article 1195 du code civil.

[5] أنظر تعريف حسن علي كاضم، إشتراطات الهاردشيب و أثرها على تعديل العقود الدولية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء،العدد 2 ، 2011 ، ص42: " هو قيد إرادي يرد على الحقوق الناشئة عن العقد مقتضاه إعادة التوازن للعلاقة العقدية نتيجة الخلل الذي تعرض له جراء ظروف إستثنائة تؤدي الى جعل اداأت الاطراف غير متوازنة" .

marchés compétent que dans la limite des délais contractuels d'exécution. Néanmoins, cette disposition ne s'applique pas dans les cas suivants : -lorsque des raisons exceptionnelles et imprévisibles indépendantes de la volonté des deux parties entraînent la rupture substantielle de l'équilibre économique du contrat et/ou le déplacement du délai contractuel initial ».

Le texte vise les hypothèses où du fait d'un changement de circonstances, indépendant de la volonté des parties, le contrat devient déséquilibré, rendant très difficile l'exécution de son obligation par l'une des parties. Le texte proposé exige que l'exécution du contrat devienne excessivement onéreuse pour l'une des parties, en raison d'un changement imprévisible.

Les clauses de renégociation sont très répandues dans les contrats internationaux[1]. Elles permettent aux parties de se ménager une échappatoire au cas où les termes initiaux du contrat se trouveraient affecter par un événement non voulu par les parties, des clauses destinées à atténuer la rigueur du principe de la force obligatoire.

La forme par excellence de ce type de clause est la clause hardship (terme signifiant « épreuve » en anglais) qui prémunit les cocontractants contre une rigueur injuste[2] . Parfois appelée clause de sauvegarde ou d'imprévision, cette dernière a également pour objet d'appréhender un évènement venant modifier l'équilibre du contrat[3]. A la différence de la clause d'indexation, qui entraine une modification automatique du prix, la clause de hardship implique une renégociation du contenu même de la convention. Bien plus, cette clause complète la clause de force majeure, puisqu'à côté des cataclysmes naturels ou administratifs, elle tend à faire un sort aux bouleversements économiques[4].

Toutes ces clauses d'adaptation non automatique du contrat, permettent aux parties de prévoir, non le résultat ou le contenu, mais les modalités de l'évolution du contrat du fait de la survenance de circonstances imprévues à la date de signature du contrat[5].

De la sorte, les parties peuvent anticiper l'imprévision par des clauses prévues au contrat qui peuvent tenir compte des déséquilibres qui interviendraient dans l'exécution du contrat : il s'agit tout d'abord des clauses générales de hardship en vue de l'adaptation du contrat et, en matière de force majeure, en vue de sa résiliation ou de sa suspension. A cela s'ajoute un certain nombre de clauses spécifiques permettant

---

[1] *Cf. PH. KAHN : « Lex mercatoria » et pratique des contrats Internationaux, in: Le Contrat Economique International, Bruxelles, Paris 1975. P 205 et s.*

[2] *Voir pour plus de détails :*
موكة عبد الكريم، تأثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقد التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016

[3] *V.O. CACHARD : les clauses de hardship dans les contrats maritimes. Prévisions et imprévisions ! Disponible sur le site : www.arbitrage-maritime.org/. Consulté le 10/05/2017.*

[4] *V. PH. KAHN. Op cit. P206.*

[5] *Cf. T. TITONE, F. COULON : circonstances économiques et déséquilibre contractuel. In semaine juridique- entreprise et affaires- n°23, 2011. P1435.*

d'apprécier et de quantifier en termes économiques et financiers les conséquences de l'événement sur le contrat dont, notamment, la variation des coûts générés. Parmi les clauses d'adaptation automatique, on peut enfin citer les clauses d'indexation, également appelée clause d'échelle mobile, permet de faire varier le prix du contrat en fonction d'un indice de référence[1] (ex : prix du pétrole…). Cette variation du prix est automatique, les parties n'ont besoin ni d'engager de négociations, ni de modifier le contrat par avenant. S'y ajoutent les clauses dites de l'offre concurrente[2] et du client le plus favorisé[3].

A souligner que l'article 107/3 tout en prévoyant le mécanisme de révision judiciaire n'a pas pris en considération l'exigence d'un mécanisme de révision contractuel préalable dans le sens ou il n'est pas nécessaire de passer d'abord par la renégociation des termes du contrat contrairement à certaines législations qui ont introduit l'obligation de renégociation en cas de bouleversement de l'économie contractuelle à l'instar du droit français par exemple, une obligation basée sur la notion de bonne foi dans l'exécution des contrats[4] et qui est essentielle à leur stabilité mais aussi à leur efficacité économique sans oublier qu'elle maintien l'esprit de dialogue entre les parties en vue de réaliser le but initial convenu à savoir l'exécution totale des obligations réciproques.

CONCLUSION

La clause *rebus sic stantibus* est une doctrine juridique qui dit que les éléments d'un contrat ne restent applicables que pour autant que les circonstances essentielles qui ont justifié la conclusion de ces actes demeurent en l'état et que leur changement n'altère pas radicalement les obligations initialement acceptées. Elle permet donc aux traités ou contrats de devenir inapplicable en raison d'un changement fondamental de circonstances.

Dans la coutume internationale, une telle clause de sauvegarde, reprise en substance à l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969), constitue une exception au principe dit pacta sunt servanda, selon lequel les conventions doivent être respectées, codifié à l'article 26 de la même convention.

Pour que le juge rétablisse l'équilibre du contrat, il a trois possibilités ; soit la réduction de l'obligation du débiteur ; soit l'augmentation de celle du créancier ou l'octroi d'un délai de grâce au débiteur. Dans chaque cas de figure, il ne peut porter atteintes aux intérêts du créancier à la faveur du débiteur, mais il faut, tenu compte de

---

[1] *V. J. MESTRES, J.-C. RODA : Les principales clauses des contrats d'affaires. LEXTENSO éditions, 3ème édition, 2011. P 473.*

[2] *Lorsqu'un acheteur, lié à un vendeur par un contrat d'approvisionnement à long terme pour un prix donné, trouve une autre source d'approvisionnement plus avantageuse, par cette clause, le vendeur est tenu par les conditions de l'offre concurrente.*

[3] *Cette clause prévoit que si le vendeur accorde certaines conditions plus avantageuses à l'un de ses clients, il doit les accorder également au client qui a inclus ce type de clause dans le contrat.*

[4] *V. D. PHILIPPE : Op cit. P 24/25.*

la situation du débiteur, considérer les besoin et les intérêts des deux parties en adoptant leur logique contractuelle. En effet, La nécessité, dans le contexte économique de ces dernières années, de limiter les défaillances d'entreprises et de lutter contre l'accroissement du chômage semble indispensable et exige d'avantage de justice par le rééquilibrage du contrat. C'est un débat très ancien que celui de l'équilibre entre la sécurité juridique et la justice ou l'équité

Enfin, le législateur Algérien considère manifestement que la révision judiciaire du contrat pour imprévision représente une exception à la force obligatoire du contrat, en conséquence, il dispose que l'intervention du juge pour imprévision est fondamentalement prévue pour protéger la force obligatoire du contrat, dans la mesure où elle est consécutive à la survenance d'un déséquilibre objectif des prestations échangées et qu'elle traduit la recherche d'un équilibre entre le juste et l'utile.

Ceci dit, pour les praticiens, une extrême vigilance s'impose s'agissant de la rédaction, la gestion et la mise en œuvre des clauses d'imprévision surtout pour les contrats à long termes afin de prévenir toute révision judicaire par un juge qui, par sa profession, n'est pas un comptable, un fiscaliste, un économiste, ou un homme d'affaire et qu'il lui sera en pratique très difficile d'analyser et de comprendre l'ensemble des paramètres constituant l'économie du contrat, et de réparer ou résoudre utilement un déséquilibre contractuel.

مبدأ العدل و النفع في مواجهة مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال
(نسبية و تراجع مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال)

د. احلوش زينب ، أستاذة محاضرة "أ"
كلية الحقوق ، جامعة امحمد بوقرة – بومرداس.

مقدمة

في مواجهة العجز الذي شهدته العقود الكلاسيكية في المجال الاقتصادي و نظرا للحاجة الماسة لممارسة المشاريع الكبرى و مواكبة للتطور الاقتصادي و الاجتماعي و حتى التكنولوجي فقد فتحت الجزائر المجال أمام المتعاملين الاقتصاديين على غرار الدول المتطورة لإبرام عقود خاصة كعقد الفرانشيز(عقد الامتيازcontrat de concession) وعقد التسيير و عقد الاعتماد الإيجاري ... و غيرها من العقود التي تعرف بعقود الأعمال .

و رغم سعي المشرع الجزائري إلى تقنين البعض من هذه العقود بقي البعض منها من دون نصوص قانونية يعتمد في تنظيمها و تسييرها على القانون الاقتصادي بعمومه (قانون الجمارك، القانون التجاري، قانون الجباية، قانون الضرائب، قانون التأمينات، قانون الاستهلاك، قانون المنافسة...) و قد يعتمد في إنشاء هذه العقود التي تمتاز بالخصوصية على القواعد العامة للقانون المدني لاسيما منها مبدأ سلطان الإرادة الذي يقر حرية التعاقد باعتبار أن الإرادة وحدها هي التي تملك إنشاء العقد و هي وحدها التي تحدد أثاره.

و قد استقر مبدأ سلطان الإرادة في العقود وأصبح دعامة تبنى عليها النظريات القانونية غير أن مبدأ سلطان الإرادة قد قام على أساس اقتصادي (الاقتصاد الحر) إلا أنه تراجع و انتكس متأثرا في ذلك بعوامل اقتصادية أيضا إذ لو تركت الإرادة حرة على إطلاقها في العقود لاسيما في عقود الأعمال سيؤثر حتما بالسلب على الاقتصاد الوطني .

وإن كان الأصل في العقود الرضائية التي فتحت الباب واسعا لمبدأ سلطان الإرادة و الذي تقدس من خلاله مبدأي العقد شريعة المتعاقدين و القوة الإلزامية للعقد ، فاستثناءا و لاعتبارات اقتصادية ، اجتماعية و سياسية مراعاة للتوازن العقدي و لاعتبارات النظام العام ، تحقيقا للنفع و العدل في العقود لاسيما عقود الأعمال ظهرت مبادئ تحد من مبدأ سلطان الإرادة من بينها مبدأ أو نظرية العدل و النفع le principe du juste et de l'utile لغرض تحقيق الموازنة بين الحرية التعاقدية من جهة و الأهداف و المصالح الاقتصادية المنتظرة من العقود المبرمة من جهة أخرى .

فإشكالية هذه المداخلة تتمحور حول/ ما آل إليه مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال في ظل القيود الواردة عليه تجسيدا وتكريسا لمبدأ النفع والعدل في العقود.

و أمام هذا الطرح ارتأيت الإجابة على الإشكالية من خلال التطرق إلى المحاور التالية /

- **عقود الأعمال بين الرضائية و ومبدأ سلطان الإرادة (توضيحا لبعض المفاهيم).**
- **ظهور مبدأ النفع والعدل للحد من مبدأ سلطان الإرادة**
- **بعض القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة تحقيقا و تجسيدا لمبدأ النفع و العدل في عقود الأعمال**

1/ عقود الأعمال بين الرضائية و مبدأ سلطان الإرادة :

إن العقد باعتباره تصرفا قانونيا يعد تعبيرا إراديا عن النية المشتركة للمتعاقدين في إنشائه و يرتب عليه القانون آثارا قانونية تحقيقا لتلك النية أي أن إرادة المتعاقدين انصرفت فعلا إلى إحداث الآثار القانونية التي يرتبها القانون و هو لا يرتبها إلا لأن هذه الإرادة انصرفت إلى ذلك. فالقانون في هذه الحالة يعتبر في خدمة المتعاقدين لأنه يساعد إرادتهم فيما انصرفت إليه ، فليس القانون من ينشئ العقد و إنما إرادة المتعاقدين هي التي تنشؤه بمساعدة القانون ، فركن **التراضي le consensuel** ضروري و هو ركن موضوعي و أساسي في نشأة العقد عموما ، إذ يعرف العقد على أنه تطابق للإرادتين[1] فهو اتجاه إرادي مشترك لإحداث أثار قانونية[2] .

و لعل العقد باعتباره أداة لإقامة العلاقة بين المتعاقدين فقد ظهر نظامه القانوني منذ عهد القانون الروماني[3] بوصفه مصدرا للالتزام و تطورت أحكامه عبر التاريخ متأثرة بمختلف النظريات و النزعات الفقهية المختلفة كوسيلة قانونية وصولا إلى إقامة المشاريع الاقتصادية الكبرى، فالعقد بات دوره أساسيا ومعتبرا في المجال القانوني. فقد شهدت نظرية العقد تطورا كبيرا بمختلف الأحكام التي تنظم هذه الوسيلة القانونية للتعاقد أي العقد، و من الثابت قانونا أن إرادة الإنسان حرة و أن المتعاقد لا يلتزم إلا بما أراده. **فالإرادة la volenté** تعتبر أساس للعقد من حيث نشأته ومن حيث تحديد أثاره و هذا ما يعبر عنه الفقه القانوني بمبدأ سلطان الإرادة **l'autonomie de la volonté** إذا كانت هذه الإرادة وحدها دون أي اعتبار آخر هي مصدر العقد و مصدرا لآثاره .

و قد كان لظهور **مبدأ سلطان الإرادة** تأثيرا واضحا على جانبين من جوانب العقد هما الجانب الشكلي و الجانب الموضوعي للعقد إذ أن **مبدأ الرضائية principe du consensualisme** طغى على العقود فأصبح يشكل المبدأ و الدعامة الحرة الكافية التي يستند إليها مبدأ سلطان الإرادة و مؤداها أن الإرادة الحرة كافية وحدها و بذاتها لإبرام العقود دون حاجة إلى أن تفرغ هذه الإرادة في شكل معين هذا من الجانب الشكلي أما فيما يتعلق بموضوع العقد فإن مبدأ سلطان الإرادة يقتضي أن الأطراف المتعاقدة **حرة** في إبرام ما تشاء من العقود و أنهم أيضا أحرار في تحديد مضمون هذه العقود و لهم أن يختاروا ما يشاءون من شروط ضمن عقودهم تتناسب مع إرادتهم و لهم وحدهم الحق في ترتيب ما يريدون من التزامات ناشئة مباشرة عن العقد[4] .

وقد كان ينظر إلى مبدأ حرية التعاقد في المجال الاقتصادي و مبدأ سلطان الإرادة في ظل النظام الاشتراكي الذي عاشته الجزائر بعد الاستقلال كمبادئ مخالفة للسيادة الوطنية فباعتماد النظام الاشتراكي هيمنت الدولة على جميع مجالات النشاط الاقتصادي و احتكرت غالبية النشاطات و همشت المبادرات الخاصة من المشاركة في اقتصاد البلاد.

غير أنه و لدواعي مواكبة التطور الاقتصادي و الاجتماعي العالمي و لتزايد الاحتياجات الوطنية لمختلف السلع و الخدمات ارتأت الجزائر إلى الانسحاب تدريجيا من النشاط الاقتصادي ، فوضعت قواعد جديدة ذات صبغة ليبرالية تعرف باقتصاد السوق فطغى على السوق الطابع التنافسي و قواعد العرض و الطلب و مبدأ سلطان الإرادة التنافسية الحرة[5] .

لقد كرس الدستور الجزائري مبدأ حرية التجارة و الصناعة تجسيدا لاقتصاد السوق و فتح باب المنافسة في المجال الاقتصادي من خلال نص المادة 37 من دستور 1996 التي عوضتها المادة 43 من الدستور الجديد لسنة 2016 [6] و إلى جانب هذا التكريس فقد أصدر المشرع الجزائري مجموعة كبيرة من النصوص تقر حرية التعاقد في المجال الاقتصادي و في مقابل ذلك تقلص من تدخل الدولة و تحد من هيمنتها و احتكارها للاقتصاد [7] ومن أهم القواعد و الأحكام التي يقوم عليها اقتصاد السوق و الذي أرادت الجزائر انتهاجه من خلال هذه النصوص القانونية هو تشجيع و ترك المبادرة للخواص في تنشيط و تدعيم الحركة و الحياة الاقتصادية من خلال تكريس الحرية الفردية في ممارسة النشاطات الاقتصادية و المعاملات المالية و التجارية تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يقر بأن الحرية التعاقدية هي أساس النشاطات الاقتصادية و التي تشكل الإرادة مظهرها .

وقد أصبح هذا المبدأ (أي مبدأ سلطان الإرادة) و ما ينتج عنه حرية التعاقد مبدأ ثابتا في غالبية النظم القانونية ، خاصة ذات النزعة الفردية و لم يقتصر الاعتراف بهذا المبدأ على القوانين الوطنية بل تبنته العديد من الاتفاقيات الدولية و كرسته الجهات التحكيمية الدولية كقاعدة هامة من قواعد التجارة الدولية[8] .

و إذا كان العقد قائما على مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه هذا يعني حتما أن الإرادة تشرع بنفسها لنفسها و تنشئ بذلك التزاماتها لذاتها مما سيعطي لهذه الإرادة الحق في تحديد و ترتيب الآثار التي تريدها للعقد فلا تتقيد في هذه الحال بما يرتبه القانون و قد وصل الأمر إلى الاعتراف لأطراف التعاقد على مستوى العقود الدولية -التي عرف فيها مبدأ سلطان الإرادة رواجا كبيرا – بحرية إبرام مختلف العقود و تنظيمها و حتى باختيار القانون الذي يحكم العقد و قد تأكد ذلك من قبل تشريعات وضعية عديدة[9] و من ضمنها التشريع الجزائري من خلال نص المادة 18 من القانون المدني[10] .

و يترتب عن **مبدأ سلطان الإرادة** إن اتخذ على إطلاقه في **عقود الأعمال** سيجعل **الرضائية** أساسها، تتجلى في حرية الشخص في التعاقد و عدم التعاقد دون أي قيد أو شرط و أن **تراضي** المتعاقدان يكفي وحده لترتيب الالتزامات إذ يعتبر أنصار سلطان الإرادة أن الشكلية في العقود تقييد للحرية التعاقدية التي يروا أنها قائمة على **الرضائية فقط** .

أنا أرى في هذا المبدأ (أي مبدأ سلطان الإرادة) غلوا إذا ترك على إطلاقه سيؤدي حتما إلى الاختلال الاقتصادي و عدم التوازن في الاقتصاد الوطني أين ستصبح الإرادة وحدها هي التي تتحكم في أنماط الحياة الاقتصادية و هذا أمر غير مقبول تماما في ظل التطور الاقتصادي و ظهور الصناعات الكبيرة .

فأمام تعقد الحياة الاقتصادية و كثرة المشاريع و الممارسات التجارية و تنامي العقود الاقتصادية و بين مبالغة أنصار مبدأ سلطان الإرادة في إطلاقه إلى أوسع الحدود و أنصار الاتجاه الاشتراكي الذين لا يؤمنون بالمبدأ ، ظهر رأي فقهي قانوني وسط و معتدل يسعى إلى وضع الأمور في مسارها الصحيح الذي يقبله العقل و لا تنفيه مصلحة الفرد و الجماعة[11] ، إذ يدعو هذا الرأي إلى العمل بمبدأ سلطان الإرادة ضمن ضوابط و حدود ، و قد تأثرت القوانين الوضعية لاسيما منها القانون الجزائري بهذا الرأي الوسط و إن اختلفت في تحديد نطاقه و مداه تبعا لاختلاف الأنظمة السياسية و الاقتصادية المتبعة .

و قد كان للفقيه الفرنسي **Jaques Ghestin**[12] الدور الكبير في إرساء هذا الفكر القانوني الوسطي الجديد من خلال تأكيد مبدأ جديدا في العقود في مواجهة مبدأ سلطان الإرادة و هو **مبدأ العدل و النفع** في العقود **Principe du juste et de l'utile** .

2/ ظهور مبدأ العدل و النفع للحد من مبدأ سلطان الإرادة:

لقد تأثرت نظرية العقد نتيجة تطور المجتمع خاصة في المجالين الاقتصادي و الاجتماعي و حتى الفكري، إذ أصبحت الدولة تهتم بالميدان الاقتصادي مما جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد و ذلك بتقييد إرادتهم من عدة جوانب ، فقد يحل القانون و لو جزئيا محل إرادة الأطراف في تكوين العقد وفي تحديد مضمونه، فتكفل الدولة بحماية المتعاقد الضعيف اقتصاديا جعل العقد يخرج من نزعته الفردية القائمة على مبدأ سلطان الإرادة إلى نزعة جماعية، إذ أصبح العقد يهم المجتمع أيضا باعتباره وسيلة من وسائل الحياة الاجتماعية و أداة لتحقيق النفع العام[13] .

وفي ظل هذه الأوضاع تراجع مبدأ سلطان الإرادة و ظهرت مبادئ أخرى تحد منه لدواعي المصلحة العامة من بينها مبدأ أو نظرية العدل والنفع **Le principe ou la théorie du juste et de l'utile** إذ يقول في ذلك الفقيه الفرنسي **Jaques Ghestin** : "لا يكون العقد إلزاميا إلا إذا كان عادلا و نافعا" فالإرادة و إن كان لها دورا فعالا في إنشاء العقد غير أن العدالة فوق الإرادة، فهي (أي الإرادة) مرتبطة بالعدالة في إطار تحقيق المنفعة المرجوة من العقد و التي ينبغي أن تتجسد

من خلال توجيه القانون لإرادة المتعاقدين فيما يتعلق بشروط العقد و بالآثار المترتبة عنه[14] . فالعقد لا يتمتع بقوته الإلزامية إلا لكونه نافعا وعادلا، فالمنفعة حسب الفقيه Ghestin نوعان الأولى تعود على الشخص المتعاقد بعينه و الثانية عامة يستفيد منها المجتمع. والقانون الوضعي لا يمنح للعقد قوته الإلزامية إلا لكونه يحقق فعلا المنفعة الاجتماعية التي تعتبر ضرورية و حتمية في العقود و هذا لا يعني حسب هذا المبدأ القضاء على الإرادة التعاقدية و إنما جعلها أكثر موضوعية و مفيدة بالقانون الوضعي[15]، بالإضافة إلى النفع يجب أن يكون العقد عادلا أي أنه لا يكون ملزما إلا إذا حقق التوازن و العدالة و ذلك بتوافر عنصري المساواة بين المتعاقدين و المساواة بين الأداءات التعاقدية[16] . فالعقد وظيفته الأساسية تكمن في كونه أداة لتبادل الأموال و الخدمات، مما يستدعي أن يتلقى كل طرف من أطرافه معادلا لما أعطاه للطرف الأخر و هذا هو الذي يحقق المنفعة المرجوة من العقد و التي يسعى المتعاقدين إلى تحقيقها و لن تتحقق إلا بإقامة التوازن المقصود منه في العقود.

إن غايات العقد تعددت و تنوعت، لم تعد فيها الحرية العقدية تسعى للمصلحة الفردية فقط بل أصبح لإمتيازية المصلحة العامة دور في الضغط على هذه الحرية و تقييدها إلى غاية وصول العقد إلى مرحلة فرض التعايش بين المصلحتين إلى درجة التركيب بينهما و جعلهما(أي المصلحتين الخاصة و العامة) في صيغة موحدة كما هو الشأن بالنسبة لما خلقه قانون الأعمال من تعايش فيما يتعلق بعقود الاستهلاك و قانون المنافسة(من جهة حماية الطرف المستهلك و من جهة أخرى فتح مجال للمهنيين و المحترفين للمنافسة)[17] .

و قد اعتبر الفقه الحديث و كانت التشريعات متأثرة بموقفه أن العدالة و المنفعة التعاقدية أساس للعقود يضاف إلى أساس الإرادة ، فلا تترك الإرادة على إطلاقها بل إن العدالة و المنفعة العقدية تصحح ما تذهب إليه الإرادة و تكبح امتدادها في العقد فإذا كان للإرادة دور في خلق و تعديل و انقضاء الرابطة العقدية ، فإن هذه الإرادة ليست مطلقة ولا يحتمل القانون استعمالها بما ينافي العدالة و المنفعة[18] لاسيما في مجال جد حساس كعقود الأعمال التي تمس بالاقتصاد الوطني.

و لعل أن التصور الاقتصادي الجديد للعقد انعكس جليا على القانون الوضعي، و هذا يفسر من خلال الكم الهائل للنصوص التي أصدرها المشرع الجزائري في مجال المعاملات و المبادلات الاقتصادية و التجارية بما يسمى بقانون المعاملات أو قانون الأعمال الذي يعتبر الصورة المعاصرة للعلاقات الاقتصادية و التجارية[19] .

فعندما أصبح العقد أداة لضبط السوق، ظهرت العديد من المبادرات التشريعية للحفاظ على حرية الجميع في ظل المنافسة و فتح مجال أكبر للمتعاملين الاقتصاديين لكن في نفس السياق أريد بهذه النصوص ضمان ترقية و تفعيل قواعد حمائية للمتعاقدين و المتعاملين من جهة و للاقتصاد الوطني أي المجتمع من جهة أخرى.

لعل المنظومة القانونية التي سادت منذ 1989في إطار القانون 10/90 المتعلق بالنقد و القرض و القانون 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار و القانون06/95 الملغى بموجب القانون03/03 المتعلق بالمنافسة و المعدل بموجب القانون 12/08 و غيرها من النصوص هي التي فتحت المجال أمام المعاملات و المبادلات الاقتصادية و التجارية في ظل عجز العقود التقليدية عن تلبية متطلبات الاقتصاد الوطني، و ذلك من خلال ما يعرف بعقود الأعمال غير أن هذه العقود في حد ذاتها لم تترك تحت قداسة و هيمنة مبدأ سلطان الإرادة الذي ساد في فترة قد مضت و أصبح حاليا لا يتواءم مع متطلبات العصر الذي انتشرت فيه العديد من العقود، و التي تحتاج في تنظيمها لدرجة تركيبها إلى العديد من النصوص الخاصة .

و إن كان للإرادة دور في إنشائها باعتبار أن الإرادة قوام العقود إذ يعتبر التراضي ركن فيها تحت طائلة البطلان، غير أنه كما سبق الإشارة إليه فإن **الرضا Le consentement** و إن كان ركنا جوهريا في العقد فهذا لا يعني أن الإرادة تكون على

إطلاقها بل يجب تقييدها ببعض الأحكام مراعاة للعدل والنفع في العقود توفيقا بين المصلحة العامة للمجتمع والمصلحة الخاصة للمتعاقدين مراعاة للتوازن الاقتصادي،ولن يتحقق هذا المنطق إلا من خلال تفعيل وفاعلية هذه القيود في مواجهة المتعاقدين للحد من إرادتهم التعاقدية .

3/ بعض القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال تجسيدا للعدل و النفع في عقود الأعمال:

قد يكون من المناسب قبل التطرق إلى القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال، وضع هذه المعالجة في إطارها من حيث الإشارة إلى معالجة هذه المسألة تحتاج إلى تجسيدها من خلال البحث في نصوص ذات صلة بعقود الأعمال حتى لا تكون المعالجة كلاسيكية كتلك المرتبطة بالعقود التقليدية فلخصوصية مجال عقود الأعمال فقد أفردت لها النصوص القانونية الخاصة بهذا المجال قيودا تليق بضخامة و كبر مجال هذه العقود تعدت العقود المدنية الكلاسيكية باعتبار أنها عقودا لممارسة المشاريع الكبرى الاقتصادية لذا سوف أشير إلى بعض هذه القيود و تطبيقاتها التي تضمنتها العديد من النصوص القانونية المتشعبة باعتبار أن عقود الأعمال يعتمد في تنظيمها على ما يسمى بالقانون الاقتصادي بتنوع نصوصه (قانون المنافسة ، قانون الجمارك ، قانون النقد و القرض ، القانون التجاري ، قانون الاستهلاك قانون تنظيم الممارسات التجارية...).

بناءا على المنطق الجديد الذي يشهده المجال الاقتصادي طرأت تغييرات في مجال نظرية العقد و ما تعلق منها بمبدأ سلطان الإرادة ، إذ من هذا المنطلق فقد وضع حدا للحرية التعاقدية عن طريق فرض مضمون العقود أو البعض من أحكامها وشروطها أو الوصول أحيانا إلى درجة فرض التعاقد الإجباري و فرض أيضا شكليات معينة و شروط و إجراءات محددة لإبرام بعض القيود، و يعتبر النظام العام و الآداب أيضا من القيود الأساسية التي وقفت في وجه الإرادة الحرة التعاقدية و قد ظهر في نفس السياق ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي الذي يدير و يحمي الاقتصاد لاسيما الفئات الضعيفة في المجتمع و في أغلبها فئة المستهلكين.

أصبح العقد أداة تتدخل فيه الدولة حتى تقوم المعاملات الاقتصادية على دعامة و أسس فأصبح هذا العقد في ظل التطور الاقتصادي و الاجتماعي في إطار عقود الأعمال مؤسسة قانونية تنظم و تسير من خلاله العلاقات الاقتصادية، فسعى المشرع من خلال سن القوانين بوضعه لقيود يضبط من خلالها مبدأ سلطان الإرادة بغرض إقامة التوازن الاقتصادي رغم أنه يدعومن خلال هذه النصوص إلى حرية الاستثمار و التجارة و اقتصاد السوق في إطار ما يسمى بموضوعية عقود الأعمال[20] .

و من بين أهم القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة و التي تحد من إرادة المتعاقدين ما يلي:

***النـظام العــام**: يقصد بالنظام العام " مجموعة النظم و القواعد التي يقصد بها المحافظة على حسن سير المصالح العامة للدولة و إلى ضمان الأمن و الأخلاق في المعاملات بين الأفراد حيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفاقاتهم"[21]. و يفهم من ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة في العقود لا يجب تركه على إطلاقه، فالمصلحة الخاصة للمتعاقدين لا تتفق على الدوام مع المصلحة العامة، الأمر الذي جعل المشرع يفرض بعض القواعد الآمر التي لا يجوز لأطراف التعاقد الخروج عليها و ذلك بفرض حماية المصلحة العليا للمجتمع من أنانية الذات و هي القواعد المسماة بقواعد النظام العام[22] . وقد شهدت هذه القواعد تطورا في مجال العقود تماشيا مع التطور الاقتصادي، إذ ظهر ما يسمى **بالنظام العام الاقتصادي** الذي يتناول المسائل المرتبطة بالاقتصاد الوطني فيما يتعلق بحرية التجارة و الصناعة و حرية المنافسة ومنع الاحتكار و حماية الأسعار و حماية المستهلك...الخ.

و يتمثل هذا النظام في **نظام عام اقتصادي توجيهي** و **نظام عام اقتصادي حمائي** ، الأول يتعلق بالمصلحة العليا المرجوة من العقد و هي النفع أي أن يكون (العقد) **نافعا للاقتصاد الوطني** و بالتالي للمصلحة العامة للمجتمع ، أما الثاني (الحمائي) يتمثل في حماية الأطراف المتعاقدة أي من خلال إحقاق العدالة التعاقدية[23] .

و في هذه الفكرة نرى جليا التكريس الفعلي لمبدأ العدل والنفع السالف ذكره الذي ظهر مؤخرا للحد من مبدأ سلطان الإرادة ، ولعل أبرز أوجه النظام العام الاقتصادي التوجيهي تتمثل في ما جاءت به نصوص قانون المنافسة 03/03 [24] المعدل و المتمم بالقانون 12/08 [25] و القانون 05/10 [26] ، و إن كانت هذه النصوص في ظاهرها تدعو إلى حرية المنافسة و حرية التعاقد غير أن صلب هذه النصوص و مضمونها يتضمن المحافظة على التوازن الاقتصادي من خلال فرض عدم الاحتكار و المنافسة النزيهة قصد زيادة الفعالية الاقتصادية و تحسين ظروف المستهلكين و هذا ما أكدت عليه المادة الأولى من هذا القانون[27] .

و قد تلازم قانون المنافسة مع القانون 02/04 [28] المعدل و المتمم بالقانون 06/10 [29] الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية فقد وضعت هذه النصوص الإطار القانوني الذي يمثل النظام العام الاقتصادي من خلال تدخل الدولة و الحد من مبدأ سلطان الإرادة عن طريق الحد من الممارسات المخلة بالمنافسة كالاتفاق و التعسف في استغلال الهيمنة الاقتصادية و التجميعات الاقتصادية و ذلك عن طريق آليات المنع و الرقابة للحد من كل الإنتهاكات[30] .

أما أبرز وجه لتجسيد النظام العام الاقتصادي الحمائي للحد من سلطان الإرادة هو ما جاءت به النصوص المتعلقة بالاستهلاك على رأسها القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش[31] حيث تضمن هذا القانون قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها في سبيل حماية فئة المستهلكين في المجتمع، فأصبح بذلك النظام العام الاقتصادي بصورتيه التوجيهية و الحمائية قائما في مواجهة مبدأ سلطان الإرادة تجسيدا للعدل و النفع و بالتالي تحقيقا للتوازن الاقتصادي .

***الشـكـلـية:** يعد ركن الشكلية في العقود حالة استثنائية إذ الأصل فيها أن العقود رضائية و يتجلى ذلك من خلال المادة 59 من القانون المدني الجزائري[32] ، غير أنه إذا كانت تكفي الرضائية في العقود البسيطة بين المتعاقدين المدنيين فإن ذلك لا يليق و لا يصلح لما تكون العقود مركبة، و في حالة المشاريع الاقتصادية الكبرى التي لها خصوصية المساس بالاقتصاد الوطني كعقود الأعمال.

لاعتبارات المصلحة الفردية للمتعاقدين و أيضا ما تعلق بالمنفعة العامة للمجتمع فرضت الشكلية ففي عقود الأعمال و تجسيدا للمصلحة الخاصة للمتعاقدين فإن الشكلية تشجعهم على الائتمان من جهة و تجنبهم إنكار التزاماتهم التعاقدية من جهة أخرى، فالشكلية في العقود تحقق العدل بين المتعاقدين إذ يقول في ذلك الفقيه الألماني (IHRING إهرينغ) :" الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة"[33] ، فهي كفيلة بحماية إرادة المتعاقدين و سلامة رضائهم خاصة إذا تمثلت في الكتابة الرسمية .

كما أن دواعي المصلحة العامة تستدعي إفراغ عقود الأعمال في شكل معين ، باعتبار أن الدولة تهتم كثيرا بهذه العقود التي تمس بالاقتصاد الوطني مما يجعلها تهتم بكل المعاملات القانونية التي يقوم بها المتعاملون الاقتصاديون العموميون و الخواص ضمن السياسة الوطنية التي تنتهجها البلاد ، فهناك عمليات تحظى بتشجيع الدولة لها و هناك أخرى تمنعها لتعارضها مع السياسة الاقتصادية التي انتهجتها إذ في هذا السياق و تجسيدا للمنفعة العامة فإن الشكلية تحقق مداخيل لخزينة الدولة عن طريق الرسوم و الضرائب التي تفرضها في عمليات تسجيل العقود و عمليات نقل الأموال و الثروات و في مختلف المعاملات التجارية و الاقتصادية التي تستدعي أيضا ضمانات لاسيما فيما يتعلق باستيفاء و تحصيل الديون[34] .

لقد اعتمدت لتجسيد الشكلية كقيد لمبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال ، التطرق إلى عقد الاعتماد الإيجاري و هو عقد متداول في مجال عقود الأعمال باعتباره نمط من أنماط التمويل المعمول به حديثا .

فتجسيد الفكرة ليس من باب الشرح و الاستفياظ في عقد الاعتماد الإيجاري و إنما كمثال للوقوف على مسألة الشكلية في عقود الأعمال .

إن عقد الاعتماد الايجاري قد نظمه الأمر 09/96 الصادر في 10 جانفي 1996 [35] و اعتبره عملية تجارية و مالية يتم تحقيقها من قبل البنوك و المؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا و معتمدة صراحة بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب ، أشخاص طبيعيين كانوا أو معنويين تابعين للقطاع العام أو الخاص ،قائمة (أي العملية) على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن -أي أن الأمر اختياري و هنا تظهر إرادة المتعاقدين غير أنها مقيدة- حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر وتتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية[36] ، و في ذات الصلة بمسألة الشكلية فإن عقد الاعتماد الإيجاري يشترط فيه إضافة إلى الشروط الموضوعية للعقود عموما (الرضا ، المحل و السبب) وأخرى موضوعية أيضا لكن خاصة مرتبطة بهذا العقد[37] ، شرط الشكلية الذي يجب توفره في هذا العقد، حيث تنص المادة6 من الأمر 09/96 المنظم لعقد الاعتماد الإيجاري على ضرورة إخضاع عمليات الاعتماد الإيجاري إلى الشهر وترك النص كيفية تحديد هذا الشهر إلى التنظيم و بالفعل فقد صدر في هذا الشأن مرسومين تنفيذيين هما المرسوم 90/06 المتعلق بكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة و المرسوم 91/06 المتعلق بكيفية إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة[38] .

و إن كان نص المادة 6 من الأمر 09/96 لم ينص بصفة مباشرة وصريحة عن ضرورة كتابة عقد الاعتماد الايجاري غير أن ذلك يبدو منطقيا باعتبار أن اشتراط الشهر يستلزم حتما وجود الكتابة بل يجعلها ضرورية، و لعل عدم ذكر صراحة شرط الكتابة يدعونا إلى أن المشرع جعل من القاعدة العامة التي جاء بها نص المادة 324 مكرر1 من القانون المدني أساسا إذ، يلزم هذا النص إفراغ عقود المعاملات التجارية و الاقتصادية و الصناعية و الزراعية في الكتابة الرسمية، و ما يمكن أن يؤكد فكرة اشتراط الكتابة في عقد الاعتماد الايجاري ما نصت عليه المادة3 من المرسوم 90/06 من خلال احتساب أجل قيد عقود الاعتماد الإيجاري من تاريخ إمضاء العقد، والإمضاء لا يتأتى إلا إذا كان العقد مكتوبا هذا من جهة ومن جهة أخرى اشترطت المادة2 من المرسوم 91/06 أن يعين الموثق محرر عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة وفي ذلك يفهم أن هذه العقود تشترط فيها الكتابة الرسمية التي يضفيها عليها الموثق[39]. ومما لا شك فيه أن هذه الشكلية اشترطت لحماية المتعاقدين ولحماية المجتمع (الغير في العقد) ولا يمكن للمتعاقدين الاتفاق على مخالفة النصوص التي اشترطت الشكلية ضمن المرسومين 90/06 و91/06باعتبار أنها جاءت في صيغة الأمر(يجب) تأكيدا لأهمية شهر عقود الاعتماد الايجاري، إلا أنه يجب الإشارة إلى أن المشرع لم ينص صراحة على أن هذه الشكلية هي ركن لانعقاد العقد أو شرط لإثباته و إنما ما هو مؤكد هو اشتراطه للشهر وهذا الأخير (أي الشهر) فهو لنفاذ العقود أي لتقرير حجية التصرف القانوني في مواجهة الغير (L'opposabilité) ولعل في ذلك تجسيدا العدل والنفع في العقود عموما وفي صميم عقد الاعتماد الايجاري خصوصا.

***العقود الإجبارية:** إضافة إلى قيد النظام العام وقيد الشكلية اللذان يحدان من مبدأ سلطان الإرادة تكريسا لمبدأ العدل والنفع في العقود، هناك قيود أخرى تقلص من إرادة المتعاقدين في عقود الأعمال وتجعلها أكثر موضوعية بما يتماشى مع ضرورة حماية الاقتصاد الوطني وحماية الطرف الضعيف في العقد وحماية المستهلكين، و من بين هذه القيود أيضا هناك العقود الإجبارية التي يلزم بها القانون المستثمرين و المتعاملين الاقتصاديين والتجار والصناعيين والحرفيين ....تتمثل أساسا في التأمينات الإجبارية على مختلف المشاريع الاقتصادية .

وإن كانت الإرادة حرة ومختارة في التعاقد من عدمه غير أنها أمام هذا النوع من العقود تصبح مرغمة على التعاقد إذا توافرت في أصحابها الشروط والصفة التي يلزمهم وإياها القانون باكتتاب عقود تأمين إجبارية ، وقد تناول هذه المسألة قانون التأمينات الصادر بموجب الأمر 07/95 المعدل والمتمم بالقانون 04/06 لاسيما الباب الثاني منه بعنوان التأمينات الإلزامية إذ جاء في نص المادة 163 من القانون بصيغة الإلزام: " يجب على الشركات و المؤسسات التابعة للقطاعات الاقتصادية المدنية، التأمين على مسؤوليتها المدنية تجاه الغير " وتضيف المادة 164 : " يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي ، يستغل محلا أو قاعة أو مكانا مخصصا لاستقبال الجمهور و/أو يكون هذا الاستغلال خاصا بالنشاطات التجارية أو الثقافية أو الرياضية أن يكتتب تأمينا لتغطية مسؤوليته المدنية تجاه المستعملين و الغير".

وتعد بذلك التأمينات الإجبارية في عقود الأعمال أيضا شكلا من أشكال تقييد لمبدأ سلطان الإرادة تجسيدا للنفع والعدل في العقود لما في ذلك من ضمان لجبر الأضرار التي يمكن أن تخلفها هذه العقود الاقتصادية التي تلعب دورا فعالا ومهما في الاقتصاد الوطني[40] .

الخـــــاتـمـة

إن المعاملات المالية بما فيها العقود أصبحت عرضة دائما لمجاراة التطور و مسايرته و لو كان ذلك بواسطة خلق قواعد و مبادئ جديدة قد تتعارض حتما مع ما هو معترف به و مستقر عليه باعتباره أمرا ثابتـــا إذ أن عقود الأعمال بتنوعها و إن كانت بحاجة ماسة إلى مبدأ سلطان الإرادة باعتبار أنها عقـــودا تمتـــاز بالحركية بما تشمله من تلبية الاحتياجات الاقتصادية إذ تعد المحرك الأساسي للاقتـــصـــاد الوطـــني و العالمي إلا أنه يجب أن لا تبسط الإرادة دائما سلطانها في هذه العقود التي تمتاز بالخصوصية حيث لاعتبارات اقتصادية ، اجتماعية و سياسية مراعاة للتوازن العقدي و النظام العام من شأنها أن تقيـد من هذه الحرية التعاقدية.

فأمام هذه المعطيات و الحقائق وإن كنا نقر الفضل الذي تلعبه عقود الأعمال في تطوير الاقتصاد الوطني و دعمه غير أن هذا الفضل لا يجب أن يسمح بالحرية المطلقة لهذه العقود ، فإذا كان مجال الحرية التعاقدية مفتوحا أمام المستثمرين و المتعاملين و التجار و الصناعيين و الحرفيين و غيرهم غير أنه يجب ضبط الإرادة التعاقدية حتى لا يضار الاقتصاد الوطني كونها لو تركت على إطلاقها تختار ما تشاء من آثار ترتبها على العقد بما يسمى بسلطان الإرادة التعاقدية **L'autonomie de la volonté** سيجعل ذلك حتما مصلحة المتعاقدين فوق كل اعتبار ، لذا دعت الحاجة إلى ظهور في مجال نظرية العقد عموما و في مجال العقود الحديثة ما يعرف بعقود الأعمال مبادئ أخرى تدعو إلى تقييد هذه الإرادة من خلال الاحتكام إلى ما هو عادل و نافع في المجال التعاقدي ، فبواسطة هذه المبادئ التي تنادي باحترام و تجسيد الجانب الحمائي و العدلي للعقود من جهة و الجانب المصلحي و النفعي لها من جهة أخرى فهي تقلص من دور الإرادة في العقود و بالتالي تراجع مبدأ سلطان الإرادة في سبيل حلول مبدأ العدل و النفع **Le principe du juste et de l'utile** ، غير أنه لا يمكن تجسيد هذا المبدأ في العقود عموما وفي عقود الأعمال خصوصا إلا بتدخل القانون وبسط سلطانه على هذه العقود لتنظيمها و وضعها في إطارها السوي والصحيح خدمة للفرد والمجتمع لدى أدعو من خلال هذه المداخلة إلى :

- ضرورة تفعيل دور المشرع الجزائري في ضبطه للنصوص القانونية والتنظيمية التي تعالج المسائل الاقتصادية برفع اللبس والثغرات التي تتخلل ثنايا بعض النصوص والذي يجعل تطبيقها صعبا لما فيها من شك وتأويل .

- ضرورة رسم خطة تشريعية قانونية وتنظيمية اقتصادية بما يتلاءم مع متطلبات المجتمع الجزائري لاستعادة التوازن الاقتصادي الوطني والسعي على استقراره للخروج من الأزمة الاقتصادية التي تعيشها البلاد.

- ضرورة تفعيل وتطوير وتحديث آليات المراقبة الاقتصادية لضبط النشاطات الاقتصادية كمجلس المنافسة ومختلف الوكالات الوطنية لمراقبة النشاطات الاقتصادية ومختلف هيئات الضبط كسلطة ضبط البريد والمواصلات وهيئة ضبط التأمينات والهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته وغيرها من آليات وهيئات مراقبة الاقتصاد و ضبطه .

وبذلك يمكن بالموازاة تشجيع الاستثمار وفتح المجال للمعاملات والمشاريع الاقتصادية في ظل تجسيد دولة القانون والحريات الفردية لتحقيق المصلحة الخاصة و العامة على السواء.

- قائمة الهوامش /

1. أنظر المادة 54 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم.
2. حمدي محمد إسماعيل، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي "، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص 32.
3. أنظر تطور مبدأ سلطان الإرادة من خلال مرجع الدكتور صوفي حسن أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1963.
4. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2000 ، ص 157.
5. عبد الحفيظ بوقندورة ، حماية المستهلك في إطار السياسة العمومية للمنافسة في الجزائر :محاولة للتأصيل و المقاربة ، مجلة الاجتهاد القضائي ، العدد الرابع عشر ، لأفريل 2017 ، جامعة بسكرة الجزائر ، ص.ص 659-673.
6. القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري الجريدة الرسمية عدد14 المؤرخة في7مارس2016. المادة 43 من الدستور تنص: "حرية الاستثمار و التجارة معترف بها و تمارس في إطار القانون –تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، و تشجيع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية – تكفل الدولة ضبط السوق، و يحمي القانون حقوق المستهلكين. – يمنع القانون الاحتكار و المنافسة غير النزيهة."
7. هنـــاك مـجموعة من النصوص في هذا السياق من بينها: -قانون 12/93 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار الجريدة الرسمية عدد94 المؤرخة في 10أكتوبر 1993
– قانون 06/95 المؤرخ في 25 يناير1995المتعلق بالمنافسة ، الملغى بموجب القانون 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة ، الجريدة الرسمية عدد 43 المؤرخة في 20 يوليو 2003 و المعدل بموجب القانون 12/08 المؤرخ في 25يونيو 2008 ، الجريدة الرسمية عدد 36 المؤرخة في 2 يوليو 2008 و المعدل بموجب القانون 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 الجريدة الرسمية عدد 46 المؤرخة في 18 أوت 2010 المتعلق بالمنافسة
- القانون 10/90 المؤرخ في 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقض و القرض الجريدة الرسمية عدد 16 المؤرخة في 18 أفريل 1990 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 01/01 المؤرخ في 27 فبراير 2001 الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 18 فبراير 2001 والأمر 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 الجريدة الرسمية عدد 52 المؤرخة في 27 أوت 2003 .

- الأمر 04/01 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001 و المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وخوصصتها الجريدة الرسمية عدد 47 المؤرخة في 22 أوت 2001 .

– القانون 18/01 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 و المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسة الصغيرة و المتوسطة الجريدة الرسمية عدد 77 المؤرخة في 15 ديسمبر 2001 .

والقائمة لا تزال طويلة.....

8. ماجد حسن، المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة و القيود الواردة عليه، مجلة دنيا الوطن بتاريخ 2017/02/06 عل الرابط: http://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/428361.html .

9. خالد شويرب ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية ، جامعة الجزائر كلية الحقوق 2009/2008 ، ص3.

10. القانون المدني الصادر بموجب الأمر 58/75 المعدل و المتمم.

11. عبد الرؤوف دباش و حملاوي دغيش ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة و القانون، مجلة العلوم الإنسانية العدد 44 ، جوان 2016 ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، ص.ص257-273

12. - Jaques Ghestin est né à Lille , il est un professeur émérite de Droit Français et spécialiste du droit des obligation à l'université Paris1 Panthéon Sorbonne , il est également fondateur du centre de Droit des obligations et le directeur de la « Bibliothèque de Droit privé » ainsi que de la collection « Droit des affaires de la librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J) » et un membre du centre d'études pour la rédaction d'un projet de code civil européen (centre mandaté par le parlement européen . Jaques Ghestin est aussi connu pour ses nombreux travaux portant essentiellement sur la formation du contrat … pour plus de détails sur Jaques Ghestin consultez le lien : http://fr.wikipedia.org/wiki/JaquesGhestin#biographie.

13. علي فيلالي ،الالتزامات ،النظرية العامة للعقد ، طبعة منقحة و معدلة ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر 2008 ، ص 53.

14- Jaque Ghestin, Le contrat en tant qu'échange économique, Revue d'Economie Industrielle, volume 92 numéro1 année 2000, p.p. 81-100..**15** -Brégitte Lefebre, La justice contractuelle: Mythe ou réalité, Les cahiers de droit, volume 37, numéro1, 1996, Edition Erudit, Faculté de droit de l'université du Québec, Canada p.p. 17-30.

16 -Op.cit p96 et 99 Jaques Ghestin,

17. زمام جمعة ، العدالة العقدية في القانون الجزائري أطروحة دكتوراه في الحقوق قسم القانون الخاص ، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق 2013-2014 ، ص 226 .

18. Brigitte Lefebre , op.cit, p 21 أنظر أيضا : منصور حاتم حسن ، التغيير في جزء من أجزاء العقد و أثره في العدالة التبادلية ، دراسة مقارنة ، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ، المجلد 23 ، العدد 4 لسنة 2015 ، ص.ص 1676-1700 .

19. أنظر في ذلك الهامش رقم 7 من هذه المداخلة .

20Guido Alpa,les nouvelles frontières du Droit des contrats, Revue Internationale de Droit Comparé (RIDC), volume50,numéro4 année 1998 pp1015-1030.

21.علي فيلالي ، مقدمة في القانون ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر 2008 ، ص 106. و قد ذكر الكاتب تعريف للنظام العام الذي تطرق إليه عبد الحي حجاري في كتابه نظرية الإلتزامات، مطبوعات جامعة الكويت ، 1982 ، الجزء الأول ، ص 341 ،(أنظر هامش 257 من ص 106 من مرجع علي فيلالي) .

22. حمدي محمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 202 .

23Michelle Cunyn, Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle, leur finalité, leur efficacité, Revue Juridique Thémis (R.J.T), volume 41, numéro1, année 2007, université de Montréal, canada.
أنظر أيضا لأكثر تفصيل زمام جمعة المرجع السابق ص 272.

24. الأمر 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية عدد 43 المؤرخة في 20 يوليو 2003.

25. القانون 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008 المتعلق بالمنافسة ، الجريدة الرسمية العدد 36 المؤرخ في 2 يوليو 2008 .

26. القانون 05/07 المؤرخ في 15 أوت 2010 المتعلق بالمنافسة ، الجريدة الرسمية عدد 46 المؤرخة في 18 أوت 2010 .

27. تنص المادة 1 من قانون المنافسة: " يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق و تفادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة و مراقبة التجمعات الاقتصادية قصد زيادة الفعالية الاقتصادية و تحسين ظروف معيشة المستهلكين " .

28. القانون 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد 41 المؤرخة في 27 يونيو 2004.

29. القانون 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 يعدل و يتمم القانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، الجريد الرسمية العدد 46 المؤرخة في 18 أوت 2010 .

30. أنظر قانون المنافسة 03/03 المعدل و المتمم و أيضا القانون 02/04 المعدل و المتمم السالف ذكرهما.

31. أنظر القانون 03/09 المؤرخ في 29 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 8 مارس 2009. أنظر لاسيما الباب الثاني من هذا القانون إذ تضمن سبعة(7) فصول و التي تناولت أحكاما صارمة لحماية المستهلكين.

32. المادة 59 من القانون المدني:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

33. علي فيلالي ، النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص 292 .

34. علي فيلالي ، النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص 293 .

35. الأمر 09/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بالاعتماد الإيجاري ، الجريدة الرسمية عدد 03 المؤرخة في 14 جانفي 1996 .

36. أنظر نص المادة الأولى من الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري .

37. أنظر في ذلك المواد 3،7، 11، 12 و غيرها من الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري ، و التي تناولت الشروط الموضوعية الخاصة بهذا العقد .

38. المرسوم التنفيذي 90/06 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة . و المرسوم التنفيذي 91/06 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة . الصدران بتاريخ 20 فبراير 2006 ، الجريدة الرسمية عدد 10 المؤرخة في 26 فبراير 2006.

39. تنص المادة 3 فقرة 2 من المرسوم 90/06 المتضمن إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة على : " ... يجب أن يتم القيد في أجل ثلاثين 30 يوم عمل إبتداءا من تاريخ إمضاءالعقد" و تنص أيضا المادة 2 من المرسوم 91/06 المتضمن إشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة على : " ... يجب أن يبين عقد اكتساب العقار موضوع الاعتماد " -" تعيين الموثق محرر عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة..." فكلا النصان يوحيان بضرورة إخضاع العقد قبل إشهاره للكتابة الرسمية و تتأكد الكتابة الرسمية فيما يتعلق في النص الخير .

40. إطلع في ذلك على الأمر 07/95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات ، الجريدة الرسمية العدد 13 المؤرخة في 7 شوال 1415 المعدل و المتمم بالقانون 04/06 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات الجريدة الرسمية العدد 15 المؤرخة في 12 مارس 2006 و قد تضمن الكتاب الثاني من هذا القانون التأمينات الإجبارية بعنوان التأمينات الإلزامية.

الشكلية كقيد للارادة التعاقدية في عقد الاعتماد الايجاري

د.شيخ ناجية، استاذ محاضر "أ "
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو

مقدمة:

يُعدّ الاعتماد الإيجاري من العقود الحديثة نسبيا، إذ أنه لم يظهر في الواقع العملي إلا بعد التطور الذي عرفته البنية التجارية الحالية.

لقد ذكر مصطلح "الاعتماد الإيجاري" لأول مرة في المنظومة القانونية الجزائرية بموجب القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض[1] والملغى لاحقا، لاسيما المادة 112 منه التي تطرقت له بتسمية "الإقراض مع إيجار"، أمّا في النسخة الفرنسية من هذا القانون، فقد ورد تحت تسمية "Le crédit bail"، ثم لاحقا، صدر الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري[2]، الذي أضفى على العقد تسمية: "الاعتماد الإيجاري"، بينما استعمل في النسخة الفرنسية منه عبارتي "Le crédit bail" أو "Le leasing"، لأجل الدلالة عليه، ثم أعقبه النظام رقم 96-06 المحدد لكيفيات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها[3]، إضافة إلى وجود أحكام قانونية تتعلق بشهر الاعتماد الإيجاري بموجب مرسومين تنفيذيين صادرين في 2006 بالنسبة للأصول المنقولة[4] وغير المنقولة[5].

وفي الأخير صدر الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، الذي ألغى أحكام القانون رقم 90-10 السابق ذكره، وفيه تمّ ترجيح تسمية "القرض الإيجاري" للدلالة على الاعتماد الإيجاري[6].

ونظرا لخصوصية العقد، كونه من العقود المركبة التي تتضمن العديد من الالتزامات في ذمة كل من طرفي العقد، فإّن اقتران الإيجاب بالقبول لإبرامه صحيحا لم يعد يكفي، حيث لا يمكن أن يبرم عقد "الاعتماد الإيجاري" بمجرد تراضي الطرفين، وإنّما ثمة قيود تحدّ من رضائية هذا العقد، وهي الحاجة الملحة إلى إفراغ مثل هذه العقود في شكل معين يجعله مخالفا لغالب العقود التجارية الأخرى.

والإشكال المطروح هنا، بصدد هذه الدراسة، يكمن في: كيف تُساهم الشكلية في الحدّ والتقييد من مبدأ سلطان الإرادة في عقد الاعتماد الإيجاري؟

أولا – شرط الكتابة الرسمية لعقد الاعتماد الإيجاري:

---

[1] - أمر رقم 90-10 مؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية، عدد 16، صادر بتاريخ 18 أفريل 1990، (ملغى).

[2] - أمر رقم 96-09 مؤرخ في 10 جانفي 1996، يتعلق بالاعتماد الإيجاري، جريدة رسمية، عدد 03، صادر بتاريخ 14 جانفي 1996.

[3] - نظام رقم 96-06 مؤرخ في 03 جويلية 1996، يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها، جريدة رسمية، عدد 66، صادر بتاريخ 3 نوفمبر 1996.

[4] - مرسوم تنفيذي رقم 06-90 مؤرخ في 20 فيفري 2006، يحدد كيفيات إشعار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، جريدة رسمية، عدد 10، صادر بتاريخ 26 فيفري 2006.

[5] - مرسوم تنفيذي رقم 06-91 مؤرخ في 20 فيفري 2006، يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة، جريدة رسمية، عدد 10، صادر بتاريخ 26 فيفري 2006.

[6] - طبقا للمادة 02 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم.

يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري مثلما سبقت الإشارة إليه، أنّه عقد من العقود الرضائية التي تتطلب توافر أركان العقد العامة المألوفة من رضا صادر من الطرفين، بعد تطابق الإيجاب والقبول، ومحل مشروع وسبب حقيقي ومشروع أيضا.

غير أنه، وبالنسبة لعقد الاعتماد الإيجاري فإنّ طبيعة المال محل العقد يستوجب إفراغه في شكل عقد رسمي مكتوب، كون أن أغلب التشريعات تقضي بضرورة خضوع أي تصرف يكون محله عقار إلى إجراءات الشهر العقاري، ونظرا لكون شهر العقار يتطلب وجود عقار مكتوب، فإنّ هذا جعل الكتابة الرسمية ضرورية عملا بالقاعدة الأصولية التي تقضي بأنّ: « كل ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب »[1].

عليه، فإنّه وبالرغم من عدم النص صراحة في القانون الجزائري على شرط الكتابة الرسمية في عقد الاعتماد الإيجاري للعقارات، فإنّ القانون الجزائري – دائما – يجعل الكتابة الرسمية بمثابة عنصر جوهري وضروري، وهو ما يستمد من أحكام القانون المدني[2]، وبالنسبة لضرورة الكتابة، فإنّها ترجع بنظرنا إلى كون عقد الاعتماد الإيجاري من العقود المركبة والمعقدة التي تتضمن العديد ن الالتزامات في ذمة كل من طرفي العقد، فبالتالي،

لا بدّ من الكتابة حتى يعلم كل طرف ما هي الالتزامات المترتبة في ذمته وأن يراجعها كلما اقتضى ذلك.

ثانيا – شرط الشهر لعقد الاعتماد الإيجاري:

يعرف نظام الشهر العقاري، أنه ذلك النظام الذي يرمي إلى إعلان التصرفات القانونية التي تهدف إلى إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها، ويتم هذا الشهر بإثبات التصرفات القانونية المذكورة في سجلات يمكن الاطلاع عليها من قبل الغير، وأخذ إفادة بما جاء فيها من بيانات وبنود[3].

عليه، فإنّ عملية الشهر العقاري لا تعدّ ركنا في العقد، حتى يكون وينشأ صحيحا، بينما يمكن فقط اعتبار أنّ هذا العقد لا ينتج أي أثر إن لم يتم شهره.

ولقد حذا المشرع الجزائري بشأن مسألة "الشهر" حذو المشرع الفرنسي، حيث أشار في المادة 06 من الأمر رقم 96-09 السابق المتعلق بالاعتماد الإيجاري على إلزامية خضوع عقود الاعتماد الإيجاري بنوعيها من عقارية ومنقولة إلى عمليات الشهر، وذلك بالنص على أنّه: « تخضع عمليات الاعتماد الإيجاري إلى إشهار، تحدد كيفياته عن طريق التنظيم».

وحقا، فإنّ هذا التنظيم صدر لاحقا، وبعد وقت طويل، حيث تأخر في الصدور إلى غاية 2006، أي بعد عشرة (10) سنوات، وذلك في شكل مرسومين تنفيذيين:

الأول – رقم 06-90 المؤرخ في 20 فيفري 2006 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة،

والثاني – رقم 06-91 المؤرخ في 20 فيفري 2006 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة.

---

[1] - حرة عماد، دور عقد الاعتماد الإيجاري في الاستثمار العقاري وفقا للقانون الجزائري، مذكرة ماستر، فرع قانون الأعمال، جامعة الوادي، 2015/2014، ص 14.

[2] - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.

[3] - حرة عماد ، مرجع سابق، ص14.

وما تجدر الإشارة إليه هنا، هو أن إجراءات الشهر العقاري في العقد قد أحالت إليه المادة 06 من الأمر رقم 96-09 السابق إلى التنظيم، المتمثل في المرسوم التنفيذي رقم 06-91 أعلاه، الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة، غير أن ما يثير الانتباه هنا، هو إحالة هذ الأخير بدوره إلى قوانين الشهر العقاري الأخرى، خاصة ما يتعلق بالأمر رقم 75-74 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي، وتأسيس السجل العقاري[1]، وكذا المرسومين رقم 76-62 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام[2]، والمرسوم رقم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري[3].

وهنا حقا لا ندري لماذا تم انتظار المرسوم الجديد رقم 06-91، والذي أخذ مدة عشر (10) سنوات، ما دام أنه لم يأتِ بجديد، كونه أحال مباشرة بموجب المادة 06 من الأمر رقم 96-09 إلى المراسيم المتعلقة بإعداد مسح الأراضي العام، وتأسيس السجل العقاري.

وما يمكن ملاحظته هو أن المشرع قد ميّز بين إجراءات شهر عقود الاعتماد الإيجاري للمنقولات، وعقود الاعتماد الإيجاري للعقارات مثلما موضح أدناه:

1 – إجراءات شهر عقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات:

لقد تطلب المشرع الجزائري، إعداد سجل عمومي خاص كضمان الشهر القانوني لعمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة والاعتماد الإيجاري المتعلق بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية في المركز الوطني للسجل التجاري، وألزم أعوان الملحقات المحلية للمركز على مسك هذه السجلات مع السماح للجمهور بالإطلاع عليها تحت سلطتهم المباشرة[4].

كما جعل قيد عقد الاعتماد الإيجاري على عاتق المؤسسة المالية المؤجرة، إذ أنّها صاحبة المصلحة في إعلام الغير بملكيتها للأشياء المؤجرة،

أمّا عن مكان الشهر، فيكون على مستوى ملحقة المركز الوطني للسجل التجاري التي تم لديها تسجيل الأصل المؤجر.

وإذا طرأ أي تعديل فعلى المؤسسة المالية المؤجرة أن تعيد نشر العقد في سجلات ملحقة المركز الوطني للسجل التجاري المختصة إقليميا.

أما في خصوص البيانات والمعلومات التي يجب تقديمها للقيام بعملية القيد، فلقد نصت المادة 04 من المرسوم السابق أنّه: « يجب أن يقدم طلب تسجيل عقود الاعتماد الإيجاري المذكورة في المادة 02 أعلاه على جداول طبقا للنماذج المحددة في الملحقين الأول والثاني بهذا المرسوم ».

---

[1] - أمر رقم 75-74 مؤرخ في 17 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية، عدد 02، صادر بتاريخ 18 نوفمبر 1975.

[2] - مرسوم تنفيذي رقم 76-62 مؤرخ في 25 مارس 1976، يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، جريدة رسمية عدد 30، صادر بتاريخ 13 أفريل 1976.

[3] - مرسوم تنفيذي رقم 76-63 مؤرخ في 25 مارس 1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية، عدد 30، صادر بتاريخ 13 أفريل 1976.

[4] - حوالف عبد الصمد، الإطار القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري، (الليزنغ)، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، فرع: عقود ومسؤولية، جامعة تلمسان، 2009/2008، ص 68 .

وهي جداول تحتوي على معلومات خاصة لطرفي العقد من مؤجر ومستأجر، وكذا معلومات خاصة بتاريخ العقد والمبلغ المستحق للأصل المؤجر، ومدة الإيجار... الخ.

ولقد نصت المادة 06 من المرسوم – دائما – أنّ هذا التسجيل يظل ساريا بدون تحديد مدته، إلى أن يتم شطبه، ولا يتم الشطب إلاّ باتفاق الطرفين أو بحكم أو قرار اكتسب قوة الشيء المقضي فيه أو بانقضاء الإيجار عن طريق التنازل وكذا في الحالات المذكورة في المادة 15 من الأمر رقم 96-09 السابق.

ويترتب على إشهار عقد الاعتماد الإيجاري، احتجاج المؤسسة المالية (المؤجرة) بملكيتها للأشياء موضوع العقد تجاه دائني المستأجر، وخلفه العام، ويسري هذا الأثر من تاريخ نشر العقد في السجل المخصص لذلك.

2 – إجراءات شهر عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة (العقارات):

تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 06-91 على أنه: « يجب أن يُبين عقد اكتساب العقار موضوع عملية الاعتماد الإيجاري، المعد وفقا لأحكام المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم والخاضع للإشهار في الحفظ العقاري.

لقد حددت المادة 08 من الأمر رقم 96-09 أنّ هذه العناصر الجوهرية هي:

- تعيين الموثق محرر عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة،

- تاريخ عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة ورقمه،

- تعريف المستفيد من القرض،

- مدة عقد الاعتماد للأصول غير المنقولة،

- النص على إمكانية خيار الشراء لصالح المستفيد من القرض، عند الاقتضاء،

- التاريخ الأقصى المحدد لتبليغ خيار الشراء عند الاقتضاء ».

وتضيف الفقرة الأولى من المادة 03 أنه « يتعين على المؤجر أن يقوم بنشر كل عقد اعتماد إيجاري للاصول غير المنقولة المذكورة في المادة 02 أعلاه، لدى الحفظ العقاري التابع له العقار المعني بعملية الاعتماد الإيجاري ».

ويتضح من خلال هاتين المادتين أنّ المشرع ألزم المؤجر (شركة الاعتماد الإيجاري) بأن تسعى لشهر عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة، لدى الحفظ العقاري التابع له العقار المعني بهذه العملية.

بذلك أوجب المشرع أن يكون العقد رسميا حينما اشترط تعيين الموثق محرر العقد، وكل تعديلات مادية كانت أو قانونية، فتعد طبقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 75-63 السابق.

واشترط المشرع أن تكون العقود منظمة بواسطة مأمور رسمي (كاتب العدل).

وتزول آثارالنشر كما يأتي:

- بموجب حكم أو قرار حاز قوة الشيء المقضي فيه،

- بانقضاء الإيجار عن طريق التنازل تنفيذا للوعد بالبيع من جانب واحد،

وعند عدم النشر، فإنّ المؤسسة لا يمكنها الاحتجاج لملكيتها على العقارات محل العقد في مواجهة الغير.

خاتمة:

يمكن التوصل في الأخير إلى أن عقد "الاعتماد الإيجاري"، ليس من العقود الرضائية البحتة التي يكفي فيها التراضي بين الأطراف ليكون الانعقاد والإبرام للعقد صحيحا.

كما يمكن التوصل إلى أن مثل هذا العقد ليس من العقود الشكلية، لاسيما أن المشرع الجزائري لم يشترط الكتابة في مثل هذه الطائفة من العقود، ولم يضع لها البطلان كجزاء عن تخلف الكتابة.

غير أنّه، وبتفحص المنظومة القانونية التي تكرس بموجبها مثل هذا العقد، فإنّه يستخلص أن طبيعة عقد الاعتماد الإيجاري تفرض هذا الأمر، أمام ضرورة التعريف بأطراف العقد، وتحديد الأقساط الواجبة الدفع، والثمن الواجب الدفع... الخ، وكلها تفاصيل لا يمكن للمتعاقدين الاستغناء عن كتابتها.

وبالتالي تكون الكتابة وسيلة لإثبات العقد وليس ركنا للانعقاد.

إلاّ أن المشرع تطلّب شرط "شهر" هذا العقار حماية للغير، وحماية لدائني شركة الاعتماد الإيجاري، ومن هذا وأمام ضرورة شهر عقد الاعتماد الإيجاري، فتظهر وتتأكد ضرورة كتابة جميع عقود الاعتماد الإيجاري، دون أن ترقى وأن تصبح ركنا من أركان العقد، طالما أن المشرع الجزائري لم ينص عليها صراحة، وهو ما يجعل الرسمية مجرد شرطا للإثبات.

حدود استخدام سلطان الإرادة في عقود توزيع السيارات والمركبات الجديدة في التشريع الجزائري

د. عجالي بخالد ، أستاذ محاضر"أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بن خلدون*تيارت

مقدمة:

تعد إرادة الإنسان أهم مظهر من مظاهر حريته ولذلك فهي أساس كل عقد وقوامه.وقد كان من نتائج شيوع المذهب الفردي في نهاية القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر ظهور مبدأ سلطان الإرادة الذي يقدس الإرادة ويتيح لها كامل الحرية في إنشاء العقد وتحديد مضمونه وأثاره، وذلك نظرا لما فرضته النهضة الاقتصادية وتطلبته الثورة الصناعية.

غير أنه في نهاية القرن العشرين وبدايات هذا القرن دفع التطور الاقتصادي والتكنولوجي المتسارع إلى ظهور ما يسمى بعقود الأعمال في معظم مناحي الحياة إلى أن أصبح النشاط الاقتصادي هو عصب الحياة اليومية للأفراد والتجمعات والدول،وهذا ما غير نظرة الاقتصاد لكثير من المفاهيم القانونية ومنها مبدأ سلطان الإرادة. حيث لم يصبح التطور الاقتصادي وسيلة لتوسيع مبدأ سلطان الإرادة –كما كان عليه الأمر إبان الثورة الصناعية-بل أداة لتضييق نطاقه ووسيلة من وسائل حصر تطبيقاته.

ومن عقود الأعمال التي ظهرت على الساحة التشريعية الجزائرية حديثا ما يسمى بعقود التوزيع في الفقه الدولي وقد ظهرت صورة من صوره بمناسبة بيع وتسويق السيارات والمركبات الجديدة ابتداء من سنة 2007 تاريخ صدور المرسوم التنفيذي 390/07 إلى أن ألغي وأستبدل بالمرسوم58/15.

إن المطالع لهذا النوع من عقود الأعمال وهذا النمط من أنماط التعاقد يدرك أن عملية التعاقد وتبادل الإرادتين لم تعد بذلك الشكل البسيط الذي سنه المشرع متأثرا بالمذهب الفردي في نص المادة 59 من التقنين المدني الجزائري، ولا يمثل صورة من صور التعاقد بالإذعان الذي كان نتاج المذهب الاشتراكي، بل غدا يشكل صورة حديثة من صور عقود الأعمال التي يمتزج فيها المذهبان. ويكاد مبدأ سلطان يختفي من هذا النوع من العقود ليس فقط بالنسبة للوكيل المعتمد الذي يمتهن بيع المركبات وتوزيعها،بل أيضا بالنسبة للمستهلك الذي كاد التطور الاقتصادي يسلبه حريته التعاقدية تحت وطأة تحول الكماليات إلى ضروريات.

فالموزع لا يمكنه ممارسة النشاط إلا وفقا لدفتر شروط تعده الوزارة بشكل منفرد دون مناقشة الموزعين ولا حتى المستهلكين ، كما لا يجوز الشروع في عملية الاستيراد والبيع والتسويق إلا بنظام رخص مسبقة. وهذه الإجراءات وإن اتضح لأول وهلة أنها في صالح المستهلك ولكنها في حقيقة الأمر تقضي على حرية التعاقد بالنسبة للطرفين.

وتأتي هذه الورقة البحثية لتساهم في فتح النقاش حول اهتمام التشريع الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال في ظل تداخل المصالح الاقتصادية مع الحرية التعاقدية.من خلال مبحثين، نتناول في الأول منهما سلطان الإرادة في بيئة التشريعات الاقتصادية وذلك بالتطرق لمفهومه وأساسه الاقتصادي وتأثير النظام العام العقدي عليه، لنعالج في المبحث الثاني مكانة سلطان الإرادة في عقود توزيع المركبات عبر التطرق لطغيان الجانب التنظيمي في هذا العقد على الجانب الإرادي وتأثير النظام العام التوجيهي والحمائي على التزامات الطرفين، ونختم هذه الدراسة باستعراض نتائجها وتوصياتها.

المبحث الأول : سلطان الإرادة في بيئة التشريعات الاقتصادية

لقد كان القرن الثامن عشر مهدا لبزوغ فكرة سلطان الإرادة , حيث تم التأسيس لهذا المبدأ من مختلف مناحي الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية أيضا , فإثر قيام الثورة الفرنسية سنة 1789 أقر علماء الاقتصاد قاعدة: **دعه يعمل دعه يمر** , أما علماء الاجتماع فقد وصلوا إلى إقرار حرية الفرد من خلال تقديس حقوق مطلقة لا قيود عليها , أما السياسيون فوجدوا في هذا المبدأ مخرجا لإقرار نظرية العقد الاجتماعي بين الحاكم والمحكوم.[1]

وبتضافر هذه العوامل تبلور مبدأ سلطان الإرادة كفكرة قانونية تهيمن على التصرفات القانونية وتجعل مناطها وقوامها الإرادة وحدها.[2]

وفي هذه الأجواء المشحونة بالحرية الفردية والمناداة بإطلاقها من كل القيود , شاع مبدأ سلطان الإرادة في العقود بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية التي كان العالم يتطلع إليها .غير أنه من غرائب التطور وعجائب الفكر الإنساني أن تكون التنمية الاقتصادية والنشاط الاقتصادي الذي بعث بمبدأ سلطان الإرادة إلى الوجود ونفخ فيه الحياة هو نفسه ما يحد منه ؛ فالتشريعات الاقتصادية في نهاية القرن العشرين وبداية هذا القرن بدأت تتجه إلى الحد من سلطان الإرادة بالتدخل في العقود وتوجيهها بشكل كادت الإرادة الحرة تختفي منها.

وفي هذا المبحث نتطرق لمبدأ سلطان الإرادة وأثره في العقود وتأثره بالتشريعات الاقتصادية من خلال مطلبين ؛ نتناول في الأول منهما مفهوم المبدأ ودوره في إبرام العقود بهدف بعث الحركية الاقتصادية , لنعالج في المطلب الثاني تأثير التشريعات الاقتصادية على سلطان الإرادة.

المطلب الأول : مفهوم مبدأ سلطان الإرادة ودوره في العقود

في ظل الشكلية المفرطة التي كان يعرفها القانون الروماني ,لم يكن للإرادة وحدها أن تنشأ عقدا أو تحدد أثاره , غير أنه بعد ازدياد حركة التعامل وتطور النشاطات الاقتصادية ظهر هذا المبدأ بقوة وازدهر في نهاية القرن الثامن عشر الميلادي. وتوسع نطاقه وصار دعامة من دعائم نظرية العقد بل وهيمنت عليها ,فلا يوجد عقد يحفل به القانون إلا إذا كان للإرادة الحظ الأوفر منه .ولا يتوقف سلطان الإرادة عند إنشاء العقد ,بل يمتد إلى أثاره . وفي هذا المطلب نتناول مفهوم مبدأ سلطان الإرادة في الفرع الأول، لنعالج في الفرع الثاني الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الأول : مفهوم سلطان الإرادة

رغم اهتمام الفقهاء بمبدأ سلطان الإرادة وتحديد مداه والحديث عن أساسه الفلسفي والاجتماعي , فإنهم لم يلتفتوا إلى وضع تعريف محدد له, غير أنه يمكن من خلال الإطلاع على خلاصة ما كتبوه عن هذا المبدأ القول بأن مدلول مبدأ سلطان الإرادة يتجسد في أنه يكفي توافق الإرادتين لإنشاء العقد ,وأن إرادة الالتزامات التي يرتبها العقد ,وهذا ما يعني أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة.[3] كما يتجلى مدلول مبدأ سلطان الإرادة في أن أساس العقد ومصدر

1- راجع في ذلك: د/ عبد القادر العرعاري ,مصادر الالتزام ,الكتاب الأول ,نظرية العقد ,دار الأمان ,الرباط , المملكة المغربية ,الطبعة الرابعة ,ص 56 ,57؛ د/ نبيل إبراهيم سعد ,النظرية العامة للالتزام ,مصادر الالتزام ,دار الجامعة الجديدة ,مصر,2012, ص 36 ,37

[2]- د/عبد الرزاق السنهوري ,الوسيط في شرح القانون المدني ,منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ,لبنان ,المجلد 1 .نظرية الالتزام بوجه عام , الطبعة الثالثة ,2011 ص 156 .

3.د/ بلحاج العربي ,النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ,الجزء الأول, التصرف القانوني ,ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ,1995 ص43 .

قوته الملزمة هو الإرادة المشتركة لطرفيه ,فهي التي تنشئه في ذاته وتحدد أثاره ,وينحصر دور القانون في تحقيق الغاية التي قصدتها الإرادة.[1]

وإذا كانت الإرادة الحرة هي جوهر العقد وأساس قوته ومصدر الالتزام به , فإنه يترتب على هذا المبدأ مجموعة من الأفكار التي أثرت في التقنيات المدنية ,منها حرية التعاقد والتي مؤداها أن الفرد حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد , وإذا ما تعاقد كان حرا في تحديد شروط العقد وحرا في إنهاءه أيضا.[2] فالحرية التعاقدية تفيد أنه لا يمكن إجبار شخص ما على التعاقد , كما أنه على القاضي احترام إرادة الأطراف عند تغييره لبنود العقد من خلال إلزامه بالبحث عن النية المشتركة للطرفين[3].

وينبني على حرية الفرد في أن يتعاقد إلزامه بالعقد الذي أبرمه ,ومن هنا أظهرت فكرة أن العقد متى نشأ صحيحا وارتضاه أطرافه صار بمثابة القانون بين طرفيه وقد رأى أنصار مبدأ سلطان الإرادة أن إقرار القوة الملزمة للعقد ما هو إلا إقرار لقواعد العدالة والإنصاف التي تقضي بعدم جواز تحلل أحد الأطراف من الرابطة العقدية إلا إذا وافق الطرف الآخر على ذلك أو كان القانون يقر ذلك.[4]

وقد اعتنقت معظم التقنيات المدنية المبدأ القاضي المبدأ القاضي بالقوة الملزمة للعقد ومنها التقنين المدني الفرنسي التي جاء في المادة **1134** منه على مايلي "**الاتفاقيات التي تبرم على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لمبرميها** ".[5] وعبرت عنها التقنيات العربية بالقول : "**العقد شريعة المتعاقدين** .....".[6] .

وإذا كان الالتزام بالعقد ناتجا عن تطابق الإرادات الحرة للأطراف المتعاقدة ,فإن القوة الملزمة للعقد نابعة أساسا من التصور الإرادي للعقد الذي ينشأ بالإرادة الحرة.[7] وإذا كان هذا هو الجانب التقني لمبدأ سلطان الإرادة , فإن جانبه الفلسفي يقوم على مجموعة من الدعائم أهمها , أن مبدأ سلطان الإرادة هو تعبير عن جانب أخلاقي هام في الحياة الإنسان ,فالعقد هو تعبير عن إرادة الأفراد وذلك كان لابد أن يكون مطابقا لمصالحهم فالإنسان لا يسعى بحريته إلا إلى ما يحقق المنفعة له.[8] كما يرى أنصار المذهب الفردي أن الحرية العقدية المبنية على سلطان هي خير سبيل لتحقيق

4.د/ محمد صبري السعدي ,الواضح في شرح القانون المدني ,النظرية العامة للالتزامات ,مصادر الالتزام ,العقد والإرادة المنفردة ,الطبعة الرابعة,دار الهدى ,عين مليلة ,الجزائر ,ص 44

5.د/ محمد وحيد الدين سوار,الاتجاهات العامة في القانون المدني ,المكتبة القانونية ,دار الثقافة للنشر والتوزيع ,عمان ,الأردن المطبعة الثانية ,2011 ,ص 20

6.د/عبد الرحمان الشرقاوي ,القانون المدني ,الكتاب الأول ,مصادر الالتزام ,الجزء الأول ,التصرف القانوني ,مطبعة المعارف الجديدة الرباط, المملكة المغربية ,الطبعة الثانية ,2014 ,ص 43 .

4.د/عبد القادر العرعاري ,مصادر الالتزام ,المرجع السابق ,ص57

8. جاءت صياغة الفقرة الأولى من المادة 1134من التقنين المدني الفرنسي كما يلي:

« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi a ceux qui les ont faites ..... »

9-راجع في ذلك : المواد 106 مدني جزائري ,147 مدني مصري ,في حين تنص المادة 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على مايلي: " **الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئيها .....**"

10- لمزيد من التفصيل حول القوة الملزمة للعقد راجع : علاق عبدالقادر ,أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها ,مذكرة ماجستير في القانون الخاص ,جامعة تلمسان ,2007, 2008 ,غير منشورة.

11- حمدي محمد إسماعيل سلطح,القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية ,دار الفكر الجامعي , الإسكندرية ,مصر 2007, ص11.

الانتعاش الاقتصادي , فهي المحرك الرئيسي للحياة الاقتصادية ,فحرية الإرادة هي التي تبعت النشاط الاقتصادي إلى الوجود.[1]

الفرع الثاني : الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة

اتجه أنصار المذهب الفردي إلى أن الإرادة وحدها هي التي يجب أن تسيطر في الميدان الاقتصادي وأن العقود لا تخضع في تكوينها وفي الآثار التي تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين.[2] وقام سلطان الإرادة على أساس اقتصادي بالدرجة الأولى ودعامته فكرتان أساسيتان هما: ارتباط مبدأ سلطان الإرادة بالحرية الاقتصادية ,وارتباط الحرية التعاقدية بالمنفعة الاجتماعية.[3] فمبدأ سلطان الإرادة وفقا لأنصار المذهب الفردي ما هو إلا انعكاس للحرية الاقتصادية في نطاق القانون الخاص وروابطه ,وهي تكمن أساسا في السماح للأشخاص بتبادل الثروات والخدمات بمحض اختيارهم , وترجمة هذه السياسة في نطاق نظرية العقد تتجسد عندما يسمح للأفراد بأن يتعاقدوا كما يشاؤون وهذه هي خير وسيلة لقيام علاقات أكثر عدلا فيما بينهم كما أنها أكثر فائدة لتحقيق مصلحة الجماعة.[4]

إن طبيعة العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بين الأفراد تقتضي استبعاد أية عوائق أمام الحرية التعاقدية , فبواسطة العرض والطلب وحرية النشاط الاقتصادي تتحقق عدالة التعاقد وقد جمع الفقيه **fouillée** في النصف الثاني من القرن التاسع عشر مناط ذلك في عبارة كل ما هو تعاقدي فهو عادل ونقل بعض عنه قوله : من قال عقدا قال عدلا .[5] ويعتقد أنصار المذهب الفردي الذي حملوا لواء : دعه يعمل,دعه يمر, أن حرية المبادرات الفردية تضمن تلقائيا ازدهار التوازن الاقتصادي إذ عن طريق المنافسة يتم تكييف الثمن مع القيمة ,والمنتجات مع الاحتياجات .[6]

كما أن خضوع الدولة لمبدأ دعه يعمل دعه يمر يجعلها تحترم سلطان الإرادة الذي بواسطته تتحقق الحرية الاقتصادية.[7]

وعلى هذا يرى أنصار الحرية الاقتصادية أن المصلحة العامة ليست في الحقيقة إلا مجموعة من المصالح الفردية , فالحرية الاقتصادية تقوم بشكل أساسي على اعتقاد مفاده أن الأفراد في سعيهم مصالحهم الشخصية عن طريق إبرام العقود إنما يقومون بخدمة الصالح العام.

وقد كان التوجه الليبرالي ينادي بالحرية الاقتصادية قانونا طبيعي ,وقد ذهب أنصاره إلى أنه لو تركت للناس الحرية الكاملة في ممارسة النشاط الاقتصادي ,وفتحت أبواب المنافسة بينهم ,فإن كافة أمور المجتمع ستستقر عن طريق سلطان إرادة الأفراد ولا يجوز للمشرع أن يتحكم في أوجه نشاطهم.[8]

---

[1]- د/ نبيل إبراهيم سعد ,المرجع السابق ,ص37.

[2]- د/عبدالرزاق السنهوري ,نظرية العقد ,الجزء الأول , منشورات الحلبي الحقوقية ,بيروت ,لبنان ,1998 ,ص 97

[3]- د/ نبيل إبراهيم سعد ,المرجع السابق ,ص37

[4]- د/ نبيل إبراهيم سعد ,المرجع نفسه ,ص 37

[5]-علاق عبد القادر ,أساس القوة الملزمة للعقد ,المذكرة السابقة ,ص24

[6]-علاق عبد القادر ,المرجع نفسه ,الموضع نفسه ,د/ نبيل إبراهيم سعد المرجع السابق ,ص 38

[7]-د/ محمد بودالي ,مكافحة الشروط التعسفية في العقود ,دار الفجر للنشر والتوزيع ,القاهرة ,مصر 2007 ص 06.

[8]-د/ عبد الرزاق السنهوري ,نظرية العقد ,المرجع السابق ,ص 96, 97

وبهذا جعل أنصار الحرية الاقتصادية الروابط العقدية ملزمة من حيث تكوينها الإرادي وتستمد قوتها الملزمة من الحرية المطلقة للإرادة من كل قيد , ثم قرر وأضفوا التقنيات أن العقد متى نشأ صحيحا صار بمثابة القانون ,فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين , فلا يجوز هدم ما تم الاتفاق عليه .

فبدون إطلاق الحرية للإرادة لن تتحقق الثقة والائتمان الاقتصادي ولن تستقر المعاملات إلا إذا كانت الإرادة مطلقة من كل قيد ، وبهذا فقط يحتفظ العقد بكونه وسيلة لتبادل الثروة وأداة لتحريك النشاط الاقتصادي.

المطلب الثاني : تأثير التشريعات الاقتصادية على مبدأ سلطان الإرادة

رغم التأثير الكبير الذي تركه مبدأ سلطان الإرادة وأنصار المذهب الفردي والحرية الاقتصادية على التقنيات المدنية ونظرية العقد في مختلف التشريعات، فإن اعتناق المذهب الفردي والأخذ بمبدأ سلطان الإرادة لم يكن مطلقا؛ فالأفكار الاجتماعية التي كانت تنادي بضرورة تدخل الدولة في تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم نتجت عن تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي نشأ في ظلها المذهب الفردي وازدهر ،وسارت التشريعات نحو تهذيب الإرادة ووضعها في قوالب اجتماعية تحد من سلطانها بهدف منع تسلط الطرف القوي في العقد على الطرف الضعيف فيه, كما اتسع مفهوم ومجال النظام العام في نطاق نظرية العقد ,ولم يعد ينظر إلى التصرف القانوني في جانبه الإرادي فقط بل أصبح ينظر فيه إلى الجانب الاجتماعي. وفي هذا المطلب نتناول أوجه تأثير التشريعات الاقتصادية على مبدأ سلطان الإرادة من خلال فرعين: نتناول في الأول منهما تقلص مبدأ سلطان الإرادة في العقود لنعالج في الفرع الثاني تطور التشريع وأثره على العلاقات التعاقدية.

الفرع الأول : تقلص مبدأ سلطان الإرادة في العقود

إذا كان انتشار مبدأ سلطان الإرادة في العقود يرجع بالدرجة الأولى إلى عوامل اقتصادية ,فإن هذه العوامل ذاتها هي التي أدت إلى تراجع هذا المبدأ وانتكاسه .[1]

ذلك أن الإفراط والغلو في استخدام سلطان الإرادة أدى إلى اختلال التوازن في العلاقات التعاقدية ولذلك كان منطقيا تراجع استخدام سلطان الإرادة في العقود وتضييق حدوده حرصا على مصلحة الجماعة وضبطا للنشاط الاقتصادي حتى لا تعم الفوضى .ففي مرحلة تكوين العقد أدى انتكاس مبدأ سلطان الإرادة إلى انتكاس نظرية الإرادة الباطنة التي كانت سائدة في الفقه الفرنسي , واتسع المكان لنظرية الإرادة الظاهرة ذات الأصل الألماني التي تهدف إلى استقرار المعاملات والوقوف عند المعنى الظاهر بدلا من الاجتهاد في البحث عن النوايا.[2]

وفي مرحلة التكوين أيضا لم يعد مسموحا للأفراد باسم مبدأ سلطان الإرادة التعاقد بشكل يخالف النظام العام أو الآداب العامة أو مقتضيات الخطر الاقتصادية فتطور الفكر الاقتصادي أنتج عنه ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي الذي يرسم ما هو صالح للمجتمع من الناحية الاقتصادية وما هو خلاف لذلك.

كما امتد النظام العام ليشمل السبب في العقد, فلم يعد يشترط في المحل فقط أن يكون موافقا للنظام العام بل امتدت القوانين إلى اشتراط موافقة السبب الباعث على التعاقد للنظام العام .فالفلسفة التشريعية المدنية أصبحت تتطلب في العقد أن يكون نافعا مفيدا لا لطرفيه فقط بل للصالح العام .[3]

---

[1]-د/ عبد الرزاق السنهوري , الوسيط , المرجع السابق ,ص 158

[2]-د/ نبيل إبراهيم سعد ,المرجع السابق ,ص43

[3] -د/ محمد وحيد الدين سوار, الاتجاهات العامة , المرجع السابق ,ص 52 .

واتجه التشريع إلى إلغاء حرية التعاقد أو عدم التعاقد واعتنق ما يسمى بالعقود الجبرية كعقود التأمين على السيارات والمركبات ,وعقود التضرع بالعمال لدى الضمان الاجتماعي.

وبعد أن كان النظام العام يؤدي دورا سلبيا في إلغاء أثار العقود المخالفة , أصبح للنظام العام دور إيجابي إذ بإسم النظام العام يتم تحديد مضمون العقد والتزامات الطرفين وخير دليل على ذلك عقود بيع المركبات الجديدة التي نعالجها في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

وأمام كثرة التدخلات التشريعية في عملية التعاقد وإحاطتها بضوابط كثيرة وبنصوص آمرة ذهب جانب من الفقه إلى القول باختفاء الصفة الإرادية في العقد وتحوله إلى الصفة النظامية.[1]

أي أن العقد الذي كان يجسد الإرادة الفردية أصبحت تتدخل فيه إرادة الدولة بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه ,وقد يحل القانون ولو جزئيا محل إرادة طرفيه.[2] غير أن البعض يرى هذا التدخل المتزايد للمشرع في تنظيم العقد ما هو إلا خدمة للتوازن الذي يجب أن يعم العقود :فتراجع مبدأ سلطان الإرادة في العقود ,فالعقد لا يكون عقدا جديرا بالحماية القانونية إلا إذا خضع للقانون وتدخل القانون في مسائل العقد يجب أن ينظر إليه من زاوية التدرج بين أحكام النظام القانوني وتدرج القواعد التشريعية فالنصوص الآمرة تعلو على النصوص التي تضعها الإرادة.

إن النظر إلى العقود المدنية خاصة عقود الأعمال من منظار مبدأ سلطان الإرادة بصورة مجردة يجعل من الصعب جدا اعتبار هذه التصرفات عقودا بالمعنى المعروف في نظرية العقد التقليدية ,فالمتعاقد لا يمارس حريته بالشكل المطلق . أما التصورات الحديثة للعقد فتنظر إلى أن التشريع الحديث وبضغط من عوامل اقتصادية كثيرة جعل الإرادة مقيدة بقيود اقتضتها المصلحة العامة ,فالتطورات الاقتصادية والاجتماعية هي التي فرضت تلك القيود على مبدأ سلطان الإرادة .

الفرع الثاني : تطور التشريع وأثره على العلاقات التعاقدية

خلافا للأوضاع الاقتصادية التي كانت سائدة في القرن الثامن عشر والتي نشأت في ظلها مبدأ سلطان الإرادة ,فإن الحياة الاقتصادية منذ العشرية الأخيرة للقرن العشرين عرفت توسعا مذهلا في العلاقات والروابط القانونية وظهرت أنماط جديدة للتعاقد لم يكن منظر والمذهب الفردي يعرفونها ولم تخطر لهم على بال.

كما سيطرت المنافسة الحرة على النشاطات الاقتصادية وأصبح لها قانون يحكمها إنتاجا وتوزيعا واستهلاكا.[3]

ومن المحيط الاقتصادي قفزت فكرة حماية المستهلك إلى الساحة التشريعية و أصبح القائمون على أمور التشريع يفكرون في وضع الأدوات القانونية الكفيلة بضبط التوازن الاقتصادي في العقود وبدأ سلطان الإرادة يخبو إلى أن كاد يختفي وأصبح هاجس حماية المستهلك عاملا أساسيا و سببا وجيها دفع بمعظم المشرعين في مختلف الأنظمة القانونية إلى تبني تشريعات جديدة شكلت ثورة على كثير من المفاهيم التي كانت سائدة منذ القرن الثامن عشر ميلادي وفي مقدمة تلك المفاهيم مبدأ سلطان الإرادة.[4] ففي ظل إعمال مبدأ سلطان الإرادة مطلقا من كل قيد على الوجه الذي نادى به أنصار الحرية الاقتصادية تصبح التشريعات المبنية على أساسه تكرس وصفا غير عادل بين المستهلك والمهني ,فالمساواة الفعلية بين الطرفين وتطبيق المبدأ أو إطلاق الحرفين وتطبيق المبدأ أو إطلاق الحرية من كل قيد تجعل أحد الطرية من

---

[1] - مندي أسيا يسمينة , النظام العام والعقود ,مذكرة ماجستير ,فرع العقود والمسؤولية , جامعة الجزائر ،2009 ,ص20وما بعدها

[2] - فاضل خديجة عيممة العقد ,أطروحة دكتوراه ،غير منشورة،,جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق , نوقشت بتاريخ 2016/01/21 ,ص 03

[3] - علاق عبدالقادر ,المرجع السابق ,ص71

[4] - د/ عبدالرحمان الشرقاوي ,المرجع السابق ,ص 46

كل قيد تجعل أحد الطرفين ضحية للآخر ولذلك كان منطقيا تدخل المشرع ليمنع الاحتكار ويقضي ولو بصفة نسبية على التفاوت الكبير بين الأداءات المالية وحماية الطرف الضعيف في العقد.[1]

ونظرا للتطور الاقتصادي السريع وحركية النشاط الاقتصادي تعد الوسائل التقليدية المعروفة في القواعد العامة كافية لحماية الفئة الكبيرة من المتعاقدين كنظرية التعسف في استعمال الحق وقواعد تفسير العقود وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية وقواعد نظريه الإرادة ,ولذلك كان إلزاما على التشريع وضع قواعد وضوابط جديدة تكفل الحد من الإغراق في سلطان الإرادة إلا النظام العام.

غير أن مدلول النظام العام في ظل التطور الاقتصادي قد تغير ,ففي العهد الذي ساد فيه المذهب الفردي سادت معه حرية التعاقد ولم يكن ممكنا بأي حال من الأحوال المساس بها ,غير أنه بازدياد اهتمام الدولة بالاقتصاد ,ازداد تدخلها في تنظيم السوق والمنافسة والعرض والطلب وهو ما يعني بالضرورة تدخل الدولة في حرية التعاقد.

ويحمل النظام العام الاقتصادي الفكرتين اللتين تعكسان العوامل التي تتأرجح بينهما الحياة الاقتصادية والاجتماعية , فعندها يكون المجتمع في حاجة إلى توجيه الفرد وتسييره فيجبر على المساهمة في تحقيق هدف اقتصادي أو اجتماعي ,وحينما يكون الفرد في حاجة إلى الحماية من اضطهاد الأقوياء توفر له الدولة تلك الحماية ولهذا فإن النظام العام الاقتصادي له وجهان : نظام عام اقتصادي توجيهي ونظام عام اقتصادي حمائي.[2]

فأما النظام العام التوجيهي فهو يهدف إلى تنظيم الاقتصاد الوطني عن طريق القواعد التشريعية التي تحمي المبادئ الأساسية للمجتمع في الميدان الاقتصادي والاجتماعي.[3]

وقد ظهر هذا النوع من النظام العام بصورة واضحة مع بداية الدولة المتدخلة ,إذ أصبحت الدولة منشغلة بالمجال الاقتصادي تتولى تنظيمه وتضع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الاقتصاد الوطني.[4]

وأما النظام العام الحمائي أو ما يطلق عليه النظام العام الاجتماعي فيهدف إلى حماية الفئات الضعيفة اقتصاديا التي لا تستطيع أن تتمسك بحقوقها تجاه طرف قوي اقتصاديا ما يجعل العقود غير متوازنة والتزامات الأطراف التعاقدية غير متعادلة,

وهنا يتدخل النظام العام الحمائي لكبح هذا التفاوت وخلق توازن بين أداءات الأطراف المتعاقدة.[5]

ويكفل المشرع تطبيقا لأحكام النظام العام الاقتصادي عن طريق البطلان المطلق لكل عقد أو علاقة تمس أو تخالف أحكامه.

وتطبيقا لأحكام النظام العام الاقتصادي الحمائي يتدخل المشرع في العقود ,إما بوضع قانون أساسي يحدد حقوق الأطراف والتزاماتهما بصفة كليا لا تدع مجالا لحرية الأطراف ,وإما عن طريق تحديد بعض الالتزامات على الأطراف تجنبا لتعسف أحد الطرفين.[6]

---

[1]-.د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ،ص 46.

[2]. د/ علي فيلالي ,الالتزامات ,النظرية العامة للعقد ,موفم للنشر ,الجزائر ,2010,ص 281

[3]. - د/ محمد وحيد الدين سوار ,المرجع السابق ,ص40

[4]- د/ علي فيلالي ,مقدمة في القانون ,موفم للنشر ,الجزائر ,2010,ص 147

[5]-د/محمد وحيد سوار،المرجع السابق،ص37؛ د/ علي فيلالي ,مقدمة في القانون، المرجع السابق،ص 148.

[6] -. د/ علي فيلالي ,الالتزامات ,النظرية العامة للعقد،المرجع السابق،ص 286،285.

وإذا كانت أحكام النظام العام التقليدي تقتصر على الممنوعات التي يجب احترامها ,فإن الدولة في النظام العام الاقتصادي لا تحدد ما يجب الامتناع عنه فحسب , بل تحدد أيضا ما يجب القيام به , فهي تتدخل بنصوص دقيقة وتفرض سلوكات معينة يجب إتباعها في إطار علاقات التبادل الاقتصادي من إنتاج وتوزيع واستهلاك.[1]

يتجلى مما سبق أن الحرية الاقتصادية والمذهب الفردي هو الذي أسس أرضية سياسية واقتصادية واجتماعية لمبدأ سلطان الإرادة إلى أن ازدهر وأصبح دعامة لقانون العقود لا تقوم من بدونه , وبعد تطور اقتصادي استمر قرابة قرنين ونصف, جاءت عجلة التنمية الاقتصادية لتحد من هذا المبدأ باسم النظام العام الاقتصادي.

المبحث الثاني : مكانة سلطان الإرادة في عقود توزيع المركبات الجديدة

منذ سنة **1988** تبنت الجزائر سياسية اقتصادية مبنية على اقتصاد السوق بعد تخليها عن النظام الاشتراكي , وبموجب تعديل الدستور سنة **1996** تم تكريس مبدأ حرية التجارة و الصناعة وفتح الباب أمام المبادرات الخاصة وتشجيع الاستثمار الخاص وجاء تعديل الدستور سنة **2016** ليعزز الإطار التشريعي الذي يضمن حرية الاستثمار ويهدف إلى حماية الاقتصاد الوطني والحركية الاقتصادية .

وتبعا لذلك أصبحت جميع النشاطات والقطاعات الاستثمارية مفتوحة للخواص تكريسا لمبدأ حرية التجارة والصناعة , غير أنه بسبب طبيعة المجتمع واتجاه الدولة نحو الدولة الضابطة أخضع المشرع العديد من النشاطات الاقتصادية وعقود الأعمال لشروط محددة قانونا أصبحت تندرج تحت ما يسمى بالنشاطات المقننة.[2]

والنشاطات المقننة تعتبر مفهوما جديدا نسبيا عن الساحة التشريعية لم يكن معروفا من قبل سنة 1993, ونشاط بيع المركبات الجديدة يعد من قبل النشاطات المقننة التي تخضع لنصوص تنظيمية لمختلف جوانب التعاقد , غير أن هذا لا يعني اختفاء سلطان الإرادة فيها بشكل مطلق.

وفي هذا المبحث نعالج عقود توزيع المركبات الجديدة ومكانة سلطان الإرادة فيها من خلال مطلبين ؛ نعالج في الأول منهما الإطار المفاهيمي لعقد توزيع المركبات الجديدة ونتولى في المطلب الثاني بيان أثار هذا العقد.

المطلب الأول : الإطار المفاهيمي لعقد توزيع المركبات الجديدة

عقد التوزيع عموما هو ذلك العقد الذي يتعهد بموجبه المنتج أو الممون بتلقين الكفاءة إلى الموزع ويمكنه من الاستفادة من خبرته ومعرفته بغرض قيام الموزع بتسويق سلع وخدمات ينتجها الصانع الممون على أن يتعهد الموزع بحسن استخدام واستغلال ذلك مع دفع مقابل.[3]

وعرفه البعض بأنه العقد الذي بموجبه تقوم الشركة صاحبة الامتياز بمنح شركة أخرى أو مجموعة شركات تتلقى الامتياز الحق في إعادة نشاطها باستعمال علامتها وبفضل المظاهر التي يعرفها به المستهلك.[4]

ورغم شيوع هذا النوع من العقود منذ سبعينيات القرن العشرين , فإن معظم الدول ومنها الجزائر لم تضع قانونا خاصا ينظم هذا العقد وكذلك لم تفعل الدول الأوربية.[1] وقد عبر المشرع الجزائري عن العقد الذي يربط موزع السيارات

---

[1]- د/ علي فيلالي ,الالتزامات ,النظرية العامة للعقد،المرجع السابق،ص ،288-

[2]- دومة نعيمة، النشاطات المقننة في الجزائر، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق،2016،ص04.

[3]- عروسي ساسية، الطبيعة القانونية لعقد الفرانشيز، مذكرة ماجستير غير منشورة، جامعة سطيف 2، 2015،ص6.

36- مختور دليلة ،تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع ،أطروحة دكتوراه ،غير منشورة ،جامعة تيزي وزو،نوقشت بتاريخ 2015/01/24.ص 151.

والمركبات الجديدة ,بالصانع في المادة 2 من المرسوم 58/15 الذي يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاط وكلاء المركبات الجديدة[2] بأنه عقد وكالة يتنازل بموجبه الصانع مانح المركبات الجديدة للوكيل عن حق تسويق منتجاته على التراب الوطني ولمدة معينة.وفي نفس النص المخصص للتعريفات أشار إلى عقد التوزيع بأنه عقد امتياز بعد أن وصفه بعقد الوكالة إذ جاء في التعريف نشاط الوكيل بأنه كل نشاط يقوم على استيراد مركبات جديدة من أجل بيعها على أساس عقد امتياز يربط الوكيل بالصانع.

وقد اشترط المشرع في المرسوم المذكور أن يكون عقد الامتياز الذي يربط الوكيل بالصانع المانح مطابقا لأحكام التشريع والتنظيم الجزائريين لا سيما الأمر **03/03** المتعلق بالمنافسة[3]. وبعد أن يتعاقد الموزع مع المانح أو الصانع أو المنتج يبدأ نشاط الاستيراد ثم التوزيع وتبدأ العلاقة مع المستهلك.

وفي هذا المطلب نعالج الإطار المفاهيمي لعقد التوزيع من خلال فرعين؛ نتناول في الأول منهما الجوانب التنظيمية لنشاط توزيع المركبات الجديدة ,ونعالج في الفرع الثاني أشكال إبرام عقد توزيع المركبات الجديدة.

الفرع الأول : الجوانب التنظيمية لعقد توزيع المركبات الجديدة

عقد بيع السيارة أو المركبة الجديدة هو عقد بيع كباقي العقود من المفروض أن يخضع في تنظيمه لأحكام المواد من **351** إلى **410** من القانون المدني والأحكام العامة للالتزامات والعقود في المواد من 54 وما بعدها وبما أنه عقد استهلاكي دائما فمن الطبيعي خضوعه لأحكام القانون **03/09** المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش وللقانون **02/04** المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم.

غير أنه ونظرا لتضخم نشاط بيع السيارات الجديدة وتضخم فاتورة استيرادها كان لزاما على المشرع أن يصدر نصا خاصا ينظم مختلف جوانب هذا النشاط وتبعا لذلك أصدر المشرع المرسوم **390/07** [4] كأول نص ينظم هذا النوع من النشاط وبغرض ضبط كيفيات ممارسة نشاط تسويق المركبات الجديدة صدر عن وزير الصناعة والمناجم القرار الوزاري المؤرخ في **2015/03/23** محددا دفتر شروط وأعباء ممارسة نشاط وكلاء السيارات[5].

وفضلا عن ذلك يعتبر نشاط تسويق وبيع المركبات الجديدة من قبل النشاطات التقنية ،حيث لا يكفي لممارستها القيد في السجل التجاري ،بل يجب الحصول على لممارسة هذا النشاط[6] حيث لا يتم القيد في السجل التجاري بصفة نهائية إلا بعد الحصول على الاعتماد النهائي من قبل وزارة الصناعة[1].

37-تشير بعض الدراسات المتخصصة بأنه رغم كثرة التعامل بعقود التوزيع وعقود الفرانشيز فإن التشريعات لم تفرد هذا العقد بنظام قانوني خاص رغم أن وزارة التجارة الجزائرية أعدت مشروع قانون خلال شهر ديسمبر 2009 يتكون من 11 مادة استجابة لتذمر عدد من رجال الأعمال الأجانب بأن الساحة التشريعية لا تحفز على الاستثمار راجع : عروسي ساسية ،مذكرة الماجستير السابقة ،ص02 .

[2]-صدر هذا المرسوم في 2015/02/08 جريدة رسمية رقم 05 ليوم 2015/02/08.ص13 -

39- الأمر 03/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بالقانون 12/08 المؤرخ في2008/06/25 والمعدل والمتمم بالقانون 05/10 المؤرخ في 2010/08/15

40- صدر هذا المرسوم التنفيذي بتاريخ 2007/12/12 يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة .جريدة رسمية عدد 78 مؤرخة في 2007/12/12 ص19.وألغي بالمرسوم التنفيذي 58/15 المؤرخ في 2015/02/08 .جريدة رسمية عدد 05 مؤرخة في 2015/02/08.ص13.

[5]-.صدر هذا القرار بالجريدة الرسمية عدد 16 ليوم 2015/04/01 ص17

42- راجع في ذلك :أستاذنا الدكتور مقني بن عمار ،مقاله الأطر القانونية لممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة في الجزائر،دون مكان النشر، ص 77

ويرى بعض الباحثين بأن النشاطات المقننة هي نشاطات حرة لكنها مقننة بشكل بسيط ،ويعتبر التقنين المقياس الأدنى لتدخل الدولة وفرض أقل القيود على الحرة الاقتصادية[2]. والتقنين بالنسبة لهذا النوع من النشاطات لا يعد قيدا على حرية التعاقد وسلطان الإرادة بقدر ما يهدف إلى ضبط السوق والرقابة ،الفعالة عليها ،فالحرية فيها تخضع للموافقة المسبقة للإدارة ،لكنها غير ممنوعة.

وبعد القيد في السجل التجاري والحصول على رخصة النشاط من الوزير المختص يشرع صاحب النشاط في عملية بيع المركبات الجديدة التي تبدأ بعرضها عن طريق إيجاب موجة للجمهور بداية من عرضها وعرض أثمانها ومواصفاتها كما يتم الإشهار بكل الوسائل المتاحة. ويجب على البائع أن يكون شركة تجارية ،إذ لا يمكن ممارسة النشاط إلا من طريق شركة مهما كان نوعها وفقا لنص المادة 3 من المرسوم **58/15** . وعقد بيع المركبات الجديدة هو عقد شكلي إذ لا يمكن التعاقد على بيع مركبة جديدة إلا بتحرير سند طلب من طرف المشتري الذي يعبر فيه عن رغبته وإرادته في التعاقد ويكون هذا بمثابة القبول الذي يوافق الإيجاب الموجه إلى الجمهور. وقد نصت المادة **29**من المرسوم **58/15** والمادة **16** من دفتر الشروط المحدد لكيفيات ممارسة نشاط بيع المركبات على أن سعر البيع يجب أن يحدد في سند الطلبية ويكون ثابتا غير قابل للمراجعة ولا للتعيين عند الزيادة ،ويجب أن يحرر مع احتساب كل الرسوم ،وهذا ما يجعل التفاوض حول ثمن المركبة غير متصور ،إذ يقوم البائع بتحديد السعر سلفا ومن تحرير سند الطلبية انعقد العقد.

كما يلاحظ بأن عقد بيع المركبات الجديدة هو عقد إذعان يحصل القبول فيه بمجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل منافسة فيها[3].

وينبني على اعتبار العقد من قبل عقود الإذعان تمتع البائع بصفة الاحتكار وامتياز وضع الشروط. كما يترتب على ذلك جواز تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية وتفسير العقد في حالة غموضه وفقا لمصلحة الطرف المذعن ،وهذا ما يجعل أيضا عقد بيع المركبة الجديدة عقد استهلاك وما ينجم عن هذا الوصف من حماية للمستهلك.

وفي ظل هذه الأوصاف لعقد بيع المركبة الجديدة يكاد سلطان الإرادة بالنسبة للطرفين يختفي ،فإن كان سلطان الإرادة يقوم على ثلاثة دعائم ،أولها أن يكون المتعاقد حرا في أن يتعاقد أو لا يتعاقد ،وثانيها أن يكون حرا في اختيار موضوع العقد وثالثها أن يختار مع من يتعاقد ،فإن هذه العناصر الثلاث لمبدأ سلطان الإرادة تنتقص شيئا فشيئا بسبب تدخل الدولة في تحديد شروط العقد وطريقة إبرامه.

الفرع الثاني : أشكال إبرام عقد بيع المركبات الجديدة

لا يلجأ القائمون على أمور التشريع في الجزائر بنشر الأعمال التحضيرية لأي نص تشريعي مهما كانت قوته ودرجته ، كما لا تنشر أسباب من أي نص تشريعي ،ولذلك تصعب دراسة وبحث المغزى الذي كان يقصده المشرع ونيته.لأي عمل تشريعي. نقول ذلك لأن المرسوم **07/ 390** الذي كان ينظم عملية بيع السيارات الجديدة استبدل بالمرسوم **58/15** وجاء دفتر الشروط المنشور بمقتضى قرار وزاري يشرح ويفصل بعض أحكام المرسوم بل ويكرر أحيانا ما جاء واضحا في المرسوم لا يحتاج إلى بيان. وأول ما يلاحظ على المرسوم **58/15** أنه استعمل مصطلح المركبات الجديدة في تسمية المرسوم ومجال تطبيقه بعد أن كان المرسوم **390/07** يستعمل مصطلح السيارات الجديدة.

43- تخضع ممارسة النشاطات المقننة لأحكام المرسوم التنفيذي 234/15 المؤرخ في 2015/08/29 جريدة رسمية عدد48 ص07. وهو المرسوم المحدد لشروط وكيفيات ممارسة الأنشطة والمهن المنظمة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري.

44- دومة نعيمة ،النشاطات المقننة ،الرسالة السابقة ،ص24.

45-وهذا ما جاء في المادة 69 من التقنين المدني الجزائري -

وفي النص المخصص للتعريفات عرف المرسوم **58/15** المركبة الجديدة بأنها المركبة التي لم تكن موضوع إجراء ترقيم على الإطلاق في أي بلد كان وأنها التي يجب ألا يتجاوز الفارق بين تاريخ صنعها وتاريخ دخولها التراب الوطني **12** شهرا وألا تكون المسافة المقطوعة بها تقل عن **100** كلم للسيارات الصغيرة **1500** كلم للشاحنات والحافلات. وهذا ما يعني أن المرسوم **58/15** اعتبر السيارات الصغيرة والشاحنة والحافلة مركبات ولذلك عمم المصطلح على المرسوم وعلى دفتر الشروط. ولذلك يكون عقد بيع المركبة هو كل عقد يشمل مركبة جديدة أيا كان نوعها.ويكون محل العقد المركبة الجديدة التي يتم استيرادها وفقا للنصوص المنظمة للاستيراد ومنها الأمر **04/03** المتعلق بالقواعد المطبقة على عمليات استيراد البضائع[1] (46) وكذا المرسوم التنفيذي 306/15 المؤرخ في **2015/12/06**[2].

ثم عرف المشرع المركبة بأنها وسيلة نقل بري مزودة بمحرك للدفع أو غير مزودة لذلك تسير على الطريق بوسائلها الخاصة أو تدفع أو تجر ،سيارة مقطورة ونصف مقطورة وآلة متحركة وجاء دفتر الشروط ليعيد هذا التعريف كما ورد في المرسوم **58/15** .

أما البائع فيكون أحد أربعة أصناف حددها المرسوم **58/15** ؛ فضلا عن وجوب تمتع البائع بصفة الشركة التجارية فإن البائع يصنف في ثلاث فئات ،إذ يعطي لكل نشاط رمز يقيد به في المركز الوطني للسجل التجاري[3].

فإما أن يكون البائع في صورة وكيل بيع المركبات ،وهو كل شخص معنوي يقوم بنشاط استيراد مركبات جديدة من أجل بيعها بموجب عقد الفرانشيز أو عقد التوزيع الذي يربطه بالصانع أو المنتج. وقد سبق القول بأن المشرع الجزائري على غرار مشرعي الدول الأوربية لم ينظم هذا العقد ،بل اشترط فقط خضوعه للقانون الجزائري.

وإما أن يكون البائع موزعا وليس وكيلا ،والموزع يرتبط بعقد مع الوكيل وليس مع الصانع ،كما يمكن أن يكون البائع معيدا معتمدا للبيع، مرتبطا بعقد مع الوكيل أو مع الموزع ويشكل الوكيل والموزع ومعيد البيع المعتمد شبكة توزيع لنوع معين من المركبات أو عدة أنواع[4]

ووفقا لنص المادة **19** من المرسوم **58/15** يلزم الوكيل بتوثيق العلاقات التعاقدية التي تربطه بالموزعين ومعيدي البيع في شبكته ،غير أن هذا العقد لا يعفيه من المسؤولية تجاه الزبون النهائي عن أي إخلال ببنود دفتر الشروط. ولا يمكن للوكيل أن يستورد إلا المركبات المذكورة في دفتر الشروط كما يجب عليه أن يدرج في برنامج استيراده حصته من السيارات التي تسير بوقود غاز البترول المميع تحت طائلة العقوبات ،كما يمنع على الوكيل استيراد مركبات لحساب وكلاء أو موزعين خارج شبكة التوزيع التابعة له. ويظهر من خلال تنظيم المشرع لممارسة مهنة بيع المركبات الجديدة وتدخله بشكل دقيق في مرحلة إبرام العقد بتحديد محله وصفة أطرافه أن مبدأ سلطان الإرادة ينحصر فقط في لحظة اختيار إبرام العقد أما مرحلة الإبرام فتخلو من أي مظهر من مظاهر الإرادة الحرة.

المطلب الثاني : آثارعقد بيع المركبات الجديدة

مزج المشرع الجزائري من خلال المرسوم **58/15** بين وجهي النظام العام الاقتصادي ؛ فقد تضمن هذا المرسوم قواعد توجيهية تهدف إلى حماية الاقتصاد الوطني وضبط هذا النشاط ضمن مجموعة من المبادئ التي يراها المشرع كفيلة بحفظ الميدان الاقتصادي والاجتماعي وهذا ما يسمى بالنظام العام التوجيهي. كما تضمن المرسوم **58/15** نظاما عاما

---

[1]- الأمر 04/03 المؤرخ في 19/ 2003/07 المعدل والمتمم،جريدة رسمية عدد 43 مؤرخة في 2003/07/20.

[2]المتضمن تحديد شروط وكيفيات تطبيق أنظمة رخص الاستيراد أو التصدير للمنتوجات.

[3]- د/مقني بن عمار ،المقال السابق ،ص 79

[4]د/مقني بن عمار ،المقال السابق ،ص 81

حمائيا هدفه حماية الطرف الذي يلجأ إلى اقتناء مركبة جديدة. وفي هذا المطلب نعالج أثار النظام العام التوجيهي على التزامات البائع في عقد توزيع المركبات ، لنعالج في الفرع الثاني حقوق المشتري في هذا العقد.

الفرع الأول : أثار النظام العام التوجيهي على التزامات البائع

طبقا لأحكام المرسوم **58/15** المتعلق بممارسة نشاط توزيع المركبات الجديدة يلتزم كل متدخل في بيع المركبات سواء كان وكيلا عن الصانع أو موزعا أم مجرد معيد بيع بدفتر الشروط الملحق بالقرار الوزاري. وطبقا لدفتر الشروط فإنه يجب أن يكون لدى طالب ممارسة نشاط الوكيل الإمكانيات المادية والبشرية والمنشآت الملائمة للعرض وخدمات ما بعد البيع وقطع الغيار والتخزين ،كما يجب أن يغطي نشاطه الجهات الأربع للوطن وهي الشمال والجنوب والشرق والغرب[1]. ومن مظاهر تدخل النظام العام التوجيهي أن المشرع تدخل في تحديد مساحات العرض ومساحة حظيرة التخزين ومساحة ورشة خدمات ما بعد البيع. حيث يلزم الوكيل بتوفير مساحة تخزين تقدر بـ **500** متر مربع لعرض السيارات الجديدة ،ومساحة **3800** متر مربع على الأقل للتخزين ،ومساحة **1000** متر مربع على الأقل لورشة خدمات ما بعد البيع ومساحة **200** متر مربع لقطع الغيار.

كما ألزم دفتر الشروط الوكيل خلال مدة سنة واحدة من حصوله على الاعتماد بضمان شبكة توزيع على كامل التراب الوطني.

وتدخل قانون المالية لسنة **2014**[2] في المادة **73** منه لإلزام وكيل بيع المركبات باستيراد وتسويق حصة من السيارات ذات محرك يسير بالغاز المميع وقد تم تحديد الحصة بنسبة 10 بالمائة من مجموع السيارات والمركبات المستوردة. كما تدخل قانون المالية لسنة **2014** فألزم وكيل بيع السيارات في حالة استيراده للسيارات السياحية والنفعية أن يكون مقيما في الجزائر وأن يكون شخصا معنويا وأن يكون حاصلا على الاعتماد المطلوب.

وتطرق دفتر الشروط لأجهزة الأمان التي يجب أن تكون في السيارة وهي نظام الكبح المغلق ،ونظام التحكم في الثبات الالكتروني ، ونظام تحديد السرعة ،وأربع وسائد هوائية للسيارات الخفيفة ووسادتان هوائيتان للشاحنات ،وتوفير أحزمة الأمان التي تستجيب للمعايير الدولية ومساند الرأس وتقنية إزالة الصقيع من الزجاج الأمامي للسيارة إلى جانب نظام مراقبة ضغط العجلات .

ويلاحظ بأن هذه الالتزامات ما هي إلا تدخل من المشرع باسم النظام العام التوجيهي للحد من حوادث المرور والقضاء على تضخم الحظيرة الوطنية للسيارات التي تشكل خطرا على حياة الأفراد جراء انعدام متطلبات السلامة الجسدية في السيارات التي كانت تستورد قبل صدور دفتر الشروط.

ولصعوبة توفير كل هذه المستلزمات في السيارات صدر قرار وزاري في **2015/05/12** للتخفيف من بعض الشروط[3] واكتفى بالنص على أن تطبق نفس المواصفات والمعايير في السيارات المستوردة كتلك المتطلبة في سيارة سامبول الجزائرية ومنها الاقتصار على وسادتين هوائيتين بدلا عن أربعة[4].

50- د/مقني بن عمار ،المقال السابق ،ص86 .

[2]- القانون 08/13 المؤرخ في 2013/12/30 يتضمن قانون المالية لسنة 2014 .الجريدة الرسمية ،رقم 68 مؤرخة في 2013/12/31.

[3]- نشر هذا القرار الوزاري في الجريدة الرسمية رقم 24 ليوم 2015/05/13 ص32

[4]- د/ مقني بن عمار ،المقال السابق ،ص100.

وبناء على النظام العام التوجيهي أيضا تم إلزام وكلاء بيع وتوزيع المركبات الجديدة بالاستثمار في نشاط صناعة السيارات والصناعة الميكانيكية في أجل أقصاه **2016/12/31** أي أنه بداية من هذا التاريخ يكون كل وكيل توزيع مركبات جديدة ملزما بتطوير صناعة السيارات[1]. وفي حالة عدم الاستجابة يتم سحب الاعتماد من الوكيل. يلاحظ بأن النظام العام التوجيهي قد قضى بصفة كلية على أي مظهر من مظاهر سلطان الإرادة بالنسبة لبائع المركبات الجديدة فمتى تقدم منه زبون راغب في شراء مركبة وسلمه سند الطلب أصبح ملزما لا ببنود العقد بل بنصوص قانونية آمرة مقترنة بجزاء.

الفرع الثاني : قوق المشتري في عقد بيع المركبات الجديدة

باسم النظام العام الحمائي وبفرض حماية الفئات التي تلجأ إلى اقتناء مركبات جديدة ،تدخل المشرع في تنظيمه لحقوق المشتري[2] بداية من مكان العرض والتخزين وصولا إلى تحديد أجزاء من الثمن وصولا إلى خدمات ما بعد البيع . فسعر المركبة يجب أن يكون محددا سلفا في سند الطلب ثابتا وغير قابل للمراجعة ولا للتعيين..،كما يجب أن يحرر مع احتساب كل الرسوم بما فيها الرسم على اقتناء السيارة الجديدة الذي فرض بموجبه قانون المالية التكميلية لسنة **2008**[3]

وحماية للمشتري تراقب الدولة أسعار السيارات من خلال إلزام المستورد بتحرير فاتورة مع الصانع وفقا لنص المادة 26 من المرسوم **58/15**[4]

ووفقا للمادة **30** من المرسوم **58/15** والمادة **17** من دفتر الشروط الملحق بالقرار الوزاري فإنه في حالة طلب الوكيل أو الموزع أو معيد البيع دفع مبلغ تسبيق عند تحرير الطلبية فإن مبلغ التسبيق لا يجب أن يتجاوز 10 بالمائة من سعر بيع السيارة والقاطرة ونصف القاطرة و20بالمائة من سعر الآلة المتحركة.

وطبعا يمكن للمشتري إذا أراد أن يدفع المبلغ كاملا عند تحرير سند الطلب ولكن لا يمكن للبائع إجباره على ذلك. تدخل المشرع أيضا في أجال التسليم ،فإذا كان المشتري قد دفع التسبيق أو لم يدفعه فأن أجل تسليم المركبة لا يمكن أن يتجاوز **45** يوما بالنسبة للسيارة أو القاطرة ونصف قاطرة و**90** يوما بالنسبة للآلة المتحركة.

غير أنه لا يمكن تحديد هذه المدة باتفاق الطرفين بوثيقة مكتوبة وهذا ما قضت به المادة **31** من المرسوم **58/15**. أما إذا كان المشتري قد دفع المبلغ كاملا بناءا على رغبته فإن الوكيل ملزم بتسليمها في أجل **7** أيام الموالية لدفع الثمن كاملا.

وقبل تسليم المركبة للمشتري يلزم الوكيل بفحصها بغرض التأكد من مطابقتها للطلبية كما للمشتري أن يتأكد من ذلك. كما يلزم البائع بتزويد المشتري بكمية من الوقود تسمح له بالسير مسافة **50** كلم على الأقل كما يسلمها له نظيفة وجاهزة للاستغلال.

54- نصت على ذلك المادة 52 فقرة 3 من قانون المالية لسنة 2014 المذكور سابقا.

55- نفضل استخدام مصطلح المشتري بدلا من مصطلح المستهلك في هذا المقام؛ فمن يشتري مركبة جديدة لا يكون بالضرورة مستهلكا نهائيا لها، فقد يشتريها اليوم أو يشتري عدة مركبات ويعيد بيعها على حالتها ،فقد لاحظنا انتشارا واسعا في السوق الموازية لبيع السيارات الجديدة في أماكن مخصصة أو في أسواق السيارات المستعملة دون أدنى رقابة وهذا ما يضعف المنافسة وينبغي على المشرع التدخل لحماية وكلاء البيع.

3- القانون رقم 02/08 المؤرخ في 2008/07/24 .الجريدة الرسمية رقم 42 مؤرخة في 2008/07/27 ص03.

57- المرسوم التنفيذي 468/05 المؤرخ في 2005/12/10 يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك،الجريدة الرسمية العدد80 .ص18 .

وزيادة في الضمان وفضلا عن أحكام عقد البيع ،فرض المرسوم **58/15** على البائع بالتكفل بعيوب التصنيع والعيوب الخفية والظاهرة واستبدال قطع الغيار واللوازم غير الصالحة. وحدد مدة الضمان بـ **100** ألف كلم أو**36** شهرا للمركبات و**5000** كلم أو **12** شهرا للدراجات المتحركة. وبعد البيع وبعد عملية التسليم يلزم البائع بتوفير خدمات ما بعد البيع والصيانة عن طريق مستخدمين يتمتعون بكفاءة مميزة حددها القرار الوزاري الصادر عن وزارة الصناعة[1].

وإذا تطلب أمر إصلاح المركبة توقفها أكثر من**7** أيام فإن المرسوم **58/15** قد ألزم البائع بأن يضع تحت تصرف المشتري سيارة للقيام بشؤونه إلا إذا وجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك[2].

وفي حالة تخلف البائع عن تسليم السيارة فإنه يمكن للطرفين أن يتفقا على حل بالتراضي وفي حالة رفض المشتري الحل المقترح ،توجب على البائع أن يقوم في أجل **8** أيام الموالية بإرجاع مبلغ التسبيق أو المبلغ الإجمالي المدفوع حسب الحالة مع غرامة 10 بالمائة من سعر المركبة. يلاحظ بأن المشرع قد ركز على حماية المشتري وكاد أن يهمل مصالح البائع كما كاد سلطان الإرادة يختفي في هذا العقد وهذا ناجم عن النظرة الاقتصادية التي يحدثها نشاط توزيع المركبات الجديدة إذا بقي دون تنظيم ،على أن كل ما سبق من أحكام لا يخل ولا يجب أن يفهم أنه يناقض الأحكام الرامية إلى حماية المستهلك في القوانين المتعلقة بذلك وقانون المنافسة.

خاتمة :

أدى تدخل الدولة في مجال التعاقد ،سواء في الاقتصاد الحر أو في الاقتصاد الموجه إلى اضمحلال سلطان الإرادة وكادت التشريعات الاقتصادية تلغي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ،فأصبحت الدولة تسيطر على النظام الاقتصادي بموجب قواعد آمرة وباسم النظام العام تم التدخل حتى في الأمور التي يجب أن يتراضى الطرفان عليها. وتحول العقد من أداة إرادية لتحقيق التبادل الاقتصادي للثروات إلى وسيلة بيد المشرع يفرض بها السياسة الاقتصادية في مجالات كثيرة.

وتنازلت الأطراف المتعاقدة عن حقها في تحديد العقد وعن دوره في تحديد مضمون العقد. كما وقفت الإرادة مشلولة عن تحديد أثار العقد أيضا.وفي عقد توزيع السيارات والمركبات الجديدة يتوقف دور الإرادة لدى البائع في كونه اختار هذا النشاط وحصل على الاعتماد لممارسته، وبعد ذلك يجد دفتر شروط لم يضعه ولم يشارك في وضعه يكبل إرادته في التعاقد ويوجهها

ويحدد للبائع حتى مقدار الالتزامات التي تتبعه بعد إتمام العقد.

أما المشتري لمركبة جديدة فالواضح أن النصوص التي وضعت من أجل حمايته أصبحت تعيق إرادته وحريته في التعاقد، إذ فقد حقه في المساومة والتفاوض على محل العقد وثمنه ، فالسيارة المستوردة قد لا يملك حتى اختيار لونها، كما أنه لم يشارك في وضع دفتر الشروط، وأجاز المشرع لنفسه التعاقد نيابة عنه.

و هكذا يلاحظ بأن شيوع سلطان الإرادة كان بسبب الطفرة الاقتصادية التي سادت أوربا خلال نهاية القرن الثامن عشر ،ثم جاءت نهاية القرن العشرين لتحد من سلطان الإرادة بحجة التنمية الاقتصادية وبعث الروح الفردية وتكريس مبدأ حرية التجارة والاستثمار.

ولذلك تخلص هذه الدراسة إلى النتائج التالية:

58- المؤرخ في 2008/04/20 يحدد الكفاءات المكتسبة للمستخدمين لدى الوكلاء، الجريدة الرسمية رقم 49 مؤرخة في 2008/09/03.ص10

2- المادة39 من المرسوم 58/15 سابق الذكر.

1-وجوب التخفيف من تدخل النظام العام الاقتصادي في العقود بإفساح المجال للحرية التعاقدية التي تبعث المنافسة والحركية الاقتصادية فسيظل العقد الوسيلة الاقتصادية الأكثر استخداما لتبادل الثروة.

2-ضروة تفعيل مشاركة المستهلك من خلال الجمعيات مع ممثلة وكلاء السيارات في صياغة ووضع دفتر الشروط الذي ينظم عملية البيع والتزامات الطرفين. فلا يعقل أن يوضع دفتر الشروط من طرف الوزارة بعيدا عن الطرفين.

3-وضع أصناف متعدد وتراتبية لدفاتر الشروط تختلف من نشاط إلى نشاط، إذ من غير المعقول أن ينظم بيع السيارات الخفيفة مع الدراجات النارية مع شاحنات الوزن الثقيل. وذلك حتى تتباين الالتزامات من عقد لأخر.

4-ضرورة استحداث هيئة وطنية للتحكيم في المنازعات التي تقوم بين الموزعين أو بينهم وبين المستهلكين أو حتى بينهم وبين الإدارة.

التحديد القانوني لعقد الفرانشايز

أ . بن قايد علي محمد لامين ،استاذ مساعد (أ) / د. سعيداني فايزة، أستاذ محاضر"ب"
كلية الحقوق ، جامعة امحمد بوقرة بومرداس

مقدمة

ساهمت العولمة و التفتح الاقتصادي على العالم في توسع نطاق ممارسة التجارة الدولية التي تلجأ اليها الدول عبر شتى الاتفاقيات التي تتضمن في اغلبها تقنيات يكون الغرض منها تسهيل التعامل التجاري وتكثيف النشاط الاقتصادي على المستوى الافقي.

وقد تحتاج التجارة الخارجية اكثر ما تحتاج الى العديد من عقود الاعمال ومن بين اهم عقود الاعمال استعمالا هي عقد الفرنشايز ، والذي بعرف انتشارا واسع المدى بحيث اعتبر من بين الوسائل التي من خلالها يتم توسيع كافة المشاريع ذات الطابع التجاري خاصة في ما يتعلق بنقل التكنولوجيا و المعرفة الفنية تحت اسم و علامة تجارية مستعملة من قبل شركة ناجحة [1].

ظهر عقد الفرنشايز كتقنية لتوسيع التعاملات التجارية في الولايات المتحدة الامريكية سنة (1871)التي من خلالها ظهرت عدة نظريات تجعله اداة تسويقية واداة لانماء الانشطة الاقتصادية، يتسم هذا النوع من العقود كبقية العقود بالطابع التعاقدي. وقد ساهم التفتح نحو العالم والعولمة وارساء قواعد السوق او الاقتصاد الحر في توسع نطاقات تطبيقه لاسيما في بيئة التجارة الدولية اليت تحتل مكانة مرموقة و باتت قوة العالم في المال والاعمال وفي كل ما ينشط الاقتصاد، حيث يلجأ الفاعلين الاقتصاديين عبر شتى الاتفاقيات والبتبادلات التجارية الى هذا النوع من التقنيات التي تسهل التعامل التجاري وتكثف النشاط الاقتصادي

انطلاقا من هذه المعطيات بالذات فإن جل الاتفاقيات المبرمة والعقود الممثلة في عقد الفرانشايز ، يفترض فيها وجود على الاقل طرفين ينحصران من الناحية القانونية : المانح او ما يطلق عليه تسمية FRANCHISEUR و هو صاحب المعرفة الفنية المختبرة والممنوح له FRANCHISE وهو المتعهد الذي يرتبط بعقد الفرنشايز مع المانح . وكلاهما طرفي العقد المزمع إبرامه ، يكون هدفه استخدام العلامة التجارية و توابعها التي صاحبه المانح مقرون بنقل المعرفة الفنية و بالمساعدات الفنية، وفي المقابل يلتزم الممنوح له بدفع رسوم الدخول لاكتساب صفة العضوية في شبكة الفرنشايز التي تكون محددة في رقعة جغرافية معلومة و لمدة معينة وفقا للشروط المتضمنة بالعقد .

ان هذا النوع من العقود لم ينث عليه القانون الجزائري خلافا للقانون الفرنسي ولكن هذا لا يمنع من التعامل به في اطار العلاقات التجارية الدولية وفي اطار الاستثمارات وبالمقابل يكون هذا العقد وسيلة لجذب الاستثمارات التي تجلب التكنولوجيا المتقدمة، ووسيلة لتطوير اليد العاملة الوطنية.، وما احوجنا الي تطوير الاستثمار وتقوية الاقتصاد .

وعلى هذا الاساس و على باعتبار عقد الفرنشايز من العقود التبادلية و الملزمة لجانبين يظهر من خلاله احد الاطراف في مركز قوة، **فهل مبدأ المساواة و سلطان الإرادة في مثل هذه العقود مردود فيه وبعبارة اخرى هل يمكن القول ان**

[1] - دعاء طارق بكر البشتاوي، عقد الفرنشايز و أثاره- ماجستير قانون خاص، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين 2008 ، ص 12.

هذا النوع من العقد يخضع لمبدأ سلطان الارادة والمساواة بين الاطراف ام انه معرض الى اختلال التوازن يكون فيه احد الاطراف مقيدا ؟

و للإجابة على هذا التساؤل سنتطرق لمعالجته إلى تقسيم البحث الى مبحثين اثنين، نعالج في الاول التحديد القانوني لعقد الفرنشايز ، لنبين في المبحث الثاني كيف يكون مبدأ سلطان الارادة بين التقييد و الحرية .

المبحث الأول : التحديد القانوني لعقد الفرنشايز.

إن اللجوء إلى مثل هذه العقود يستوجب وجود طرفين هما المانح صاحب العلامة التجارية، و الممنوح له الذي يود استغلال و استخدام هذه العلامة التجارية مرفوقة بالمعرفة الفنية التي يجب على المانح تقديم كافة المساعدات المقرونة بها. و عليه فبمجرد نشوء العلاقة التعاقدية بين الطرفين السالفة الذكر فانه يصبح لزاما نشوء الالتزامات بين الطرفين وترتب الاثار القانونية، ومن اجل التطرق إلى تحديد المفاهيم المتعلق بعقد الفرنشايز ، يتعين علينا معرفة ظهور هذا النوع من العقد و التعريف الذي اعتمده رجال القانون والقضاء مع تبيان و استظهار خصائصه التي تميزه عن بقية العقود سواء منها المسماة أو تلك المشابهة له.

ففي هذا المبحث بداية نتطرق الى نشأة وتعريف عقد الفرنشايز(المطلب الاول) ، ثم خصائصه (المطلب الثاني)

المطلب الأول : نشأة عقد الفرانشايز وتعريفه.

يستدعي منا معرفة كل من نشأة العقد على المستوى العالمي والعربي (الفرع الاول) ، ثم التطرق الى تعريفه (الفرع الثاني).

الفرع الاول : نشأة وتعريف عقد الفرانشيز

مع تطور التبادلات التجارية على مستوى العالمي والاقليمي ، أصبحت الضرورة تلح على اللجوء إلى عقود ذات طبيعة جديدة استحدثت تماشيا و التطور الذي عرفته الساحة الاقتصادية من جهة و استكملته التطورات في مجال التكنولوجيا لما لها من دور فعال عبر العولمة من جهة أخرى، فباتت المشاريع ذات الطابع الاقتصادي و التجاري تعتمد على الأساليب التعاقدية من بينها اللجوء الى عقود الفرانشايز الذي أصبح يعد بمثابة الوسيلة و المكنة القانونية التي من شانها تساهم و تساعد على نقل التكنولوجيا عن طريق استعمال العلامة التجارية، و كذا الاسم التجاري المرجو في قطاع من القطاعات الاستثمارية .

ما يفيد ان هذا البيئة الاقتصادية هي من ساهمت في انشاء وظهور هذا النوع من عقود الاعمال الذي لم يكون له جذورا في العقود بالمفهوم التقليدي وهو ما سنوضحه في سياق هذه المداخلة.

يعتبر عقد الفرنشايز من العقود المستحدثة مؤخرا ، وقد كان اول لجوء إليه هو من الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1871، حيث أظهرت النتائج أن الولايات المتحدة هي الرائدة في هذا المجال، وصاحبة خبرة في هذا النظام، إذافادت الاحصائيات انه يتم افتتاح محل يعمل بنشاط الفرنشايز كل 8 دقائق في كل يَوم عمل، وأن حوالي % 41 من مبيعات السوق القطاعي على صعيد الولايات المتحدة تباع من خِلال الحملات الخاضعة لنظام الفرنشايز[1].

[1] العقاد عابد عبد الله، منشاتنا الصغيرة والامتياز التجاري نشر على الموقع، نشر بتاريخ 2008/07/28
http://www.Abidnet.8m.com

تجدر الاشارة الى ان الولايات المتحدة الامريكية تعد الرائدة في اللجوء اليه لما له من أهمية بالغة في بعث الأنشطة التجارية و النهوض بها إلى الأفاق التي تضطلع لها [1] ، أهمها هو البحث عن تطوير النشاط التجاري ، واستقلالية المشروع الممنوح له عن المانح ما يدعم ثوابت اقتصاد السوق ، إلزامية المانح بدعم المنوح له في إطار شبكة التوزيع ، وهذه الخطوات كلها انما تساهم في تنشيط الاقتصاد وتقويته والمشي على مبادئه.

لعل ما جعل الولايات المتحدة الأمريكية رائدة في هذا المجال هو إنشائها للجمعية العالمية للفرنشايز جمعية ذات طابع دولي و التي من خلالها بينت وكرست الأهمية التي يكتسبها هذا النوع من الأساليب و التقنيات لتوسيع الأنشطة و المشاريع ذات الطابع التجاري.

ثم انتقل الى فرنسا سنة 1971 حيث اتحد مجموعة من الاشخاص وانشأوا اتحادية الفديراليين للفرانشايز ، وفي الاطار اين بدأ منتجو السيارات في فرنسا اللجوء إلى عقود الفرنشايز تهربًا من قوانين المنافسة،[2] ثم ما لبث أن شاع استعمال هذا العقد في القطاعات الاقتصادية الأخرى و بخاصة في الخدمات والتوزيع . وقد عرف العقد قفزة نوعية لاستعماله بحيث اصبح بمثابة تقنية جديدة تستعمل في ممارسة بعض الأنشطة ذات الطابع التجاري[3].

وفي بداية السبعينات ايضا انتقل الى الدول العربية وبالتحديد في لبنان عام 1973 مع " شركة كنَتاكي للدجاج " وشركات ، (Hard Rock Café) ثم شركة بيبسي كولا، وشركة هَارد روك ، (KFC) المَقليوشركات النفط مع محطات ، (McDonalds)وشركة ماكدونالد ، (Pizza Hut) بيت ا ز هات الوقود، وغيرها[4].

مع العلم انه على المستوى العربي لم يلق نفس الصدى الذي عرفته الدول المتطورة ، بحيث ان العلامات التجارية لم تعرف رواجا إلا مؤخرا ، و لعل آخر مثال عرفته هذه الدول هي العلامتان " Pepsi" وcoca cola "، زيادة إلي بعض الشركات في مجال النفط مع تقديم الخدمات على مستوى محطات الوقود.

و رغم ذلم يمكن القول أن المنطقة العربية أصبحت مخبرا ملائما لترويج و توسيع الفرنشايز ، لما يتوفر عليه من عناصر إنجاحه سواء من حيث الخدمات او حتى من حيث الخبرات العلمية و الفنية.

الفرع الثاني : تعريف عقد الفرانشايز.

صعب تحديد مفهوم عقد الفرنشايز عند ظهوره و استعماله في المجال التجاري و الاقتصادي لما عرفه من تطور عبر الأنظمة العالمية سواء على مستوى الولايات المتحدة الأمريكية ، ويعد المُشرع الأمريكي أول من قنن هذا العقد، فصدر " قانون الكشف الكلي .عامDisclosure Act 1979 ، فيما لا توجد قوانين خاصة به في بريطانيا ، فيما انتظر الوضع القانوني الى غاية 1986 عندما صدر قانون دوبان في فرنسا وكان له الفضل في اعطاء اطار قانونا من خلال فرض واجب الاعلام على مانح الفرانشايز بغرض حماية المستهلك[5] . ، فبما لم نجد له اي اثر في القانون الجزائري وهو ما يجعلنوجه انتقادات في الشأن فعلى الاقل يحذو حذو القانون المصري الذي اشار الى العقود التي تعني بنقل التكنولوجيا

---

[1]- Francoise VIDTS-Le contrat de franchise et les droits intellectuels-seminaire organise a LIEGE LE CONTRAT DE FRANCHISE 29 09 2000 PAGE61-62 .

[2] - جلول سيبل، عقد الفرنشايز، مكتبة صادر الحقوقية. بيروت - لبنان، 2001 ، ص،14

3 دعاء طارق بكر البشتاوي –المرجع السابق ص 09

4 .مغبغب نعيم،الفرنشايز، منشو ا رت الحلبي الحقوقية، ط1 ، 2006،ص،29

[5] جلول سيبل،عقد الفرنشايز، مكتبة صادر الحقوقية. بيروت - لبنان، 2001 ، ص16 .

بصورة كلية او جزئية ، وهذا على غرار ايضا القانون السوري الذي خلا من اي تنظيم لحقوق والتزامات الطرفين في عقد الفرانشايز [1].

و على هذا الأساس و بناء على التطور التاريخي الذي عرفه الفرنشايز الذي نعتبره ظاهرة جديدة يمكن أن نعرفه على أساس انه اتفاق بين شخصين يتولى احدهما ادارة اعمال شخص معين بموجب ما يمملكه من مهارات معينة وذلك بمقابل .

وقد عرقته الجمعية البريطانية للفرانشايز " انه عقد يتم بين شخصين يسمى المانح franchiseur و شخص آخر يسمى المنوح له franchise على أن يمارس المانح سيطرة و رقابة مستمرة خلال مدة الفرنشايز على الأعمال التي يقوم بها الممنوح له و بالمقابل يلتزم المانح بتزويده بكافة المعلومات و الطرق و كذا التقنيات التي تساعده على استغلال ملك المانح و يكون ذلك طبعا بعد السماح هذا الأخير للمنوح له خلال فترة زمنية معينة[2].

كما يعرف على أساس انه علاقة تعاقدية بين طرفين هما المانح و الممنوح له، يلتزم بمقتضاه الأول بنقل المعرفة الفنية للممنوح له الذي يعمل تحت رقابة المانح باسم معروف على أن يستثمر هذا الأخير أمواله في العمل على حسابه من حيث تحقيق النتائج[3].

أما قضائيا ، فعرف على انه العقد الذي بموجبه يضع المانح تحت تصرف الممنوح له اسمه التجاري والعلامة التجارية و المعرفة الفنية في آن واحد على أن يستعملها وفقا لإجراءات و طرق فنية موحدة تطبق على كافة الممنوح لهم إن وجدوا و ذلك تحت رقابة المانح.

باختلاف التعاريف و كثرتها (الاصطلاحية القانونية و القضائية)، فانه يمكن تعريف عقد الفرنشايز بأنه ذلك العقد الذي بموجبه يتكفل شخص يسمى المانح بتلقين شخص ثاني و هو الممنوح له المعرف الفنية و العلمية على أن يتكفل الممنوح له باستثمار في هذا المجال على ان يكون ذلك باستعماله العلامة التجارية و كذا التزود من الممون مقابل دفع ثمن للالتحاق بشبكة التوزيع و الالتزام بعدم المنافسة و المحافظة على السرية ، فمن هذا التعريف يمكن أن نستنتج ما يلي :

عرفه الاتحاد الفرنسي للفرانشايز انه طريق تعاون بين مشؤوع المانح وبين مشروع او عدة مشاريع للمنوح له ويفترض فيه ملكية مركز رئيسي بالاضافة الى عدد من عناصر المحل التجاري ، ومجموعة منتجات او خدمات، [4] ومنه يكون الفرنشايز علاقة عقدية تستظهر من خلالها طرفين هما المانح من جهة و الممنوح له من جهة أخرى سيطرة و هي من المانح على الطريقة و الكيفية التي تمنح للممنوح له من اجل مباشرة مشروعه يترتب على العقد التزامات متبادلة استقلالية مشروع الممنوح له عن المشروع الأصلي اي للمانح .

مع العلم ان للفرانشايز عدة انواع ؛ فرانشايز التصنيع ، التوزيع ، البنيان التجاري ، الخدماتي ، الاستثماري [5].

---

[1] الحكيم جاك / عقد الترخيص التجاري، مجلة نقابة المحامين السورية ، دمشق،(العددان الخامس والسادس، نيسان.، 1998 ، ص420

[2] Association Britanique de la franchise

[3] International Franchising Association ، .الكندري محمود أحمد أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري، ص5 .

[4] - الحديدي ياسر سيد، عقد الامتياز التجاري ،دار الفكر العربي 2006 ، ص 19 ، وما بعدها

5- .الصغير حسام الدين عبد الغني:الترخيص باستعمال العلامة التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة،1993 .،ص ،8

و خلاصة القول يمكن أن نخلص إلى أن عقد الفرنشايز هو اتفاق قانوني مبرم بين طرفين الذي من خلال يتم تحديد الشروط و كذا الإجراءات التي يجب احترامها لآجل استغلال المشروع المنتظر على ان هذا العقد يتسم بجملة من الخصائص التي تميزه عن بقية العقود الأخرى.

المطلب الثاني : خصائص عقد الفرنشايز.

يمارس الفرنشايز في إطار تعاقدي ، و بالتالي يتولد عنه عقد يسمى بعقد الفرنشايز الذي بموجبه ينشأ اتفاق بين طرفين المانح و الممنوح له لتنفيذه و انطلاقا من هنا و نظرا للطابع التعاقدي الذي يتسم به الفرنشايز من جهة و تواجدنا أمام عقد المذكور آنفا الذي يعتبر من بين عقود التوزيع فانه يتميز بجملة من الخصائص تجعله مختلفا و مستقلا عن بقية العقود الأخرى .

تتمثل هذه الخصائص[1] يمكن ذكرها على النحو الآتي:

- عقد الفرنشايز عقد غير مسمى .
- عقد الفرنشايز من العقد غير المسماة بحيث أن القانون لم ينظمها و لم يحدد الأطر القانونية الخاصة بها مما يجعلها خاضعة للأحكام العامة للعقود بوجه عام
- عقد الفرنشايز عقد رضائي : و يراد بذلك انه يستلزم تواجد إيجاب و قبول متبادلين بين أطراف العقد و انه بمجرد تطابق الاثنين أي الإيجاب و القبول ينعقد العقد بقوة القانون
- عقد الفرنشايز ملزم لجانبين : فبما انه عقد يرتب التزامات متبادلة بين كل من المانح و الممنوح له
- عقد الفرنشايز عقد معاوضة : بمعنى انه العقد الذي ينشأ عنه التزام إرادي حر بين المتعاقدين بأداء التزاماتهما المتقابلة أخذا وعطاء لتملك عين أو الاستفادة من منفعة أو خدمة أو اكتساب حق مالي مقابل ثمن.بمعنى أن يدفع الممنوح له للمانح عند إبرام العقد حق الدخول و الالتحاق بشبكة التوزيع
- عقد الفرنشايز عقد اذعان : وهي صيغة من صيغ إبرام العقود التي تعتمد على استخدام نموذج معين للعقد يعده أحد الطرفين بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه دون ان يكون له ان يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط والأحكام التي يتضمنها .

و بعملية إسقاط على عقد الفرنشايز يتضح أن عنصر الإذعان متوفر بحيث يظهر المانح في مركز قوة يتمتع من خلاله السيطرة على الطرف الآخر من خلال احتكاره القانوني و في المقابل يجد الممنوح له نفسه بدون بديل خاصة و ان الامر يتعلق بالمعرفة الفنية لا غير . وفي الصدد نشير ان الطرف الثاني في العقد وهو الممنوح له محاصر بسبب ضعف مركزه التعاقدي بحيث يعتبر مجرد متلقي لتعليمات المانح الصادرة إليه عبر سلسلة من الشروط المقيدة ما يجعله اقرب الى عقد اذعان وهو رأي وفاء فلحوظ [2] .

1- انظر : حسام الدين كامل الأهواني: مصادر الالت ا زم. غير مذكور دار النشر، 1991- 1992 ، ص 56، انظر ايضا .الصغير حسام الدين عبد الغني:الترخيص باستعمال العلامة التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة،1993 ص ،8

2- انظر : .فلحوط وفاء مزيد: المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية.ص. 8 . نشر بتاريخ 07/09/2006.

إلا انه تجدر الإشارة إلى أن عقد الفرنشايز في حقيقة الآمر ليس بعقد إذعان بمعنى الكلمة و إنما يقترب إليه بحيث أن الهدف منه هو بقاء الممنوح عليه الحصول على الخبرة طوال مدة العقد و منه يستفيد بقدر اكبر على ما توصل إليه المانح الذي في حقيقة الآمر كان له نفس المركز القانوني للممنوح له سابقا .

المبحث الثاني : عقد الفرنشايز بين مركز القوة للمانح و تجسيد فكرة مبدا حرية التعاقد

إن عقد الفرنشايز من العقود التبادلية من جهة، و ملزمة للطرفين من جهة أخرى و هو ما تم استظهاره أنفا فانه يرتب اثارا بالنسبة للطرفين سواء كان المانح أو الممنوح له هي في الوهلة الأولى تظهر متعادلة و تسوي المركز القانوني لكلاهما .

الا انه من الناحية العملية يتبين أن طرفا في العقد و هو المانح يستفيد أكثر بقليل من الممنوح له[1] على أساس أن الهدف من عقد الفرنشايز هو سماح المانح للممنوح له [2] باستخدام العلامة التجارية و جميع لواحقها و ما على الممنوح له إلا تقديم المقابل المالي الذي يخوله أحقية الالتحاق و الدخول لشبكة الفرانشايز و عليه فبمجرد انعقاد العقد من الناحية القانونية من المستفيد منه بالدرجة الأولى و هو ما سنبينه من خلال نقطتين رئيستين: (مطلب أول من حيث الاثار القانونية الالتزامات ، مطلب ثاني من حيث ارادة الطرفين ومدى استقلالية الطرفين عند إبرام العقد)

المطلب الاول : من حيث الاثار القانونية (من حيث الالتزامات).

يرتب عن الطبيعة القانونية لعقد الفرنشايز باعتباره عقد معاوضة و ملزم لجانبين أثارا قانونية بمجرد إبرامه، و لعل هذه الآثار تتمحور حول ما يتحمله كل منهما باعتبارهما ملزمين بما احتواه هذا العقد من التزامات تقع على عاتق كل من المانح (الفرع الاول)و الممنوح له التزامات المانح (الفرع الثاني)[3].

الفرع الاول : التزامات المانح.

إن المانح في عقد الفرنشايز يتحمل جملة من الالتزامات التي تترتب حتما من لحظة إبرام العقد إلى غاية تنفيذه وتتمثل في الالتزام بنقل المعرفة الفنية و المساعدة التقنية للممنوح له (اولا) الالتزام بالسماح للمنوح له باستعمال العلامة التجارية (ثانيا). وهما التزامين رئيسيان ينتجهما عقد الفرنشايز، بما أن هذا الأخير ينصب أساسا على استخدام الممنوح له للعلامة التجارية و كافة توابعها المملوكة حصريا للمانح لما تكتسيه من سرية التي تعد عنصرا جوهريا فيها[4]. الى جانب الالتزام بالبيع و التمون الحصريان (ثالثا)، الالتزام بتدريب العاملين (رابعا).

اولا :الالتزام بنقل المعرفة الفنية و المساعدة التقنية للممنوح له .

لعل ما يجب التأكيد عليه في هذا العنصر المهم هو تحديد المصطلحات، بحيث يقصد بالمعرفة الفنية كل المعلومات المرتبطة بيع المنتجات أو تقديم الخدمات و كيفية ربط العلاقات مع الزبائن .

أما المساعدة التقنية فيراد بها كافة البضائع المقدمة من المانح و هو ما يدخل في إطار تدريب المانح كافة أعضاء الشبكة و كيفية استغلال المتقن للمعرفة الفنية .

---

[1] - من ميزات عقد الفرنشايز انه عقد الاذعان انظر : جلول سيبل عقد الفرنشايز، مكتبة صادر الحقوقية. بيروت - لبنان،2001 ،.ص32

[2] المعرفة الفنية و المساعدات التقنية التي تقع على عاتق المانح دون سواه

[3] - دعاء طارق بكر البشتاوي – المرجع السابق ص 76

[4] - يمكن ادراج أي التزام يراه المانح مهما في العقد

و منه نستنتج انه من خلال تحديدينا للمصطلحات يتبين باسها بان كلا النقطتين مرتبطتين ارتباط وطيد، بحيث أن الأولى تولد الثانية مع فارق أن المعرفة الفنية تقوم على عنصر الخبرة الشخصية الحصرية. أما المعرفة التقنية فيمكن لآي كان أن يستعمل كافة الوسائل عن طريق الدوارات التدريبية.

ثانيا: الالتزام بالسماح للممنوح له باستعمال العلامة التجارية .

و هو الالتزام الأصلي الناتج عن عقد الفرنشايز يراد به السماح للممنوح له باستعمال العلامة التجارية و كافة لواحقها التي من خلالها تجعل المنتوج أو الخدمة المقدمة متميزة عن مثيلاتها المعروضة في السوق مما يخلق نوع من المنافسة. و بعبارة أخرى يسمح للممنوح له باستعمال كل من : العلامة التجارية ، الاسم التجاري، الشعار ، عنوان الشركة ، الرسوم و النماذج الصناعية .

على ان العناصر الثلاثة الأولى تلعب دورا كبير في الترويج و الإشهار و كذا جذب الممنوح لهم على أساس جودة المنتوج.

كل هذه العناصر تتسم بالطابع الشخصي يحتكرها المانح لوحده الذي يسمح للممنوح له اللجوء الى استعمالها في إطار شبكة الفرنشايز من جهة ، و يجعل الممنوح لهم يركزون في البحث عن العلامة قبل المنتج.

ثالثا: الالتزام بالبيع و التموين الحصريان.

يجب التأكيد على ان هذا الالتزام يترتب في ذمة المانح و يجسد بالعقد على ان يسمح المانح للمنوح له أن يكون الموزع الحصري و ذلك في منطقة جغرافية معينة .

و يترتب قانونا عن ذلك أن العلاقات العقدية بين كل من المانح و الممنوح له تكون على أساس عدم التعامل مع متعاملي الممنوح له من جهة و من جهة أخرى يمكن أن يكون طرفا حكما في إطار شبكة التوزيع على أن يجعل دوره في حل كافة النزاعات التي تطرا في الشبكة المذكورة آنفا كل ذلك في اطار و كنف قواعد المنافسة الشفافة .

أما فيما يتعلق بالتموين الحصري فيراد به بند يدرج في العقد على ان يصبح للممنوح له الحق في التزود و التمون من الشبكة الخاصة و الرسمية للمانح ليس إلا حفاظا على الطابع الشخصي للسلع و الخدمات التي يستأثر بها المانح لوحده دون منازع.

رابعا : الالتزام بتدريب العاملين.

و هو التزام نوع ما حتمي يدرج في عقد الفرنشايز لما للمانح من حق استئثاري على العلامة التجارية التي هي موضوع هذا العقد قصد استعمالها و استخدامها من قبل الممنوح له في حدود العقد و بنوده .

تجدر الإشارة ان التدريب يأخذ صورتين إما تدريب نظري الذي يكون في المراكز المخصصة لذلك المنشاة و تحت رعاية المانح و أما تدريب عملي الذي يفترض ان يكون دائما في منشآت المانح على ان يتخللها حصص تدريبية محددة الزمن يسهر عليها مشرفين يتسمون بنوع من الخبرة في التقنيات الممنوحة للتدريب لما هذا التدريب من أهمية قصوى في اكتسابها

الفرع الثاني : التزامات الممنوح له .

الممنوح له هو بمثابة الطرف الثاني في العلاقة العقدية التي تنشا بموجب عقد الفرنشايز بالتالي يتحمل التزامات اتجاه المانح بما انه طالب لاستغلال و استخدام المعرفة الفنية آو العلامة التجارية و ملحقاتها .و التزاماته تنحصر في الالتزام بدفع رسوم الدخول للشبكة(اولا)، الالتزام بتطبيق الجانب التقني للمعرفة الفنية وفقا لتعليمات المانح (ثانيا).

اولا : الالتزام بدفع رسوم الدخول للشبكة.

هو المقابل الذي يدفعه الممنوح له يمثل كافة الإتاوات التي تفرض عليه للالتحاق بشبكة التوزيع التي هي ملك حصري للمانح .

و مقابل هذه الإتاوات يصبح الممنوح له مرتبط بنقطتين أساسيتين :

- الأولى مرتبطة بالشهرة التي تتمتع بها العلامة المراد استخدامها و استغلالها من قبل الممنوح له من جهة ،
- الثانية لما للرقعة الجغرافية من أهمية التي تعود على الممنوح له.

نشير ان الممنوح له يمكن ان يدفع هذه الإتاوات إما جزافة بعد تحديدها من قبل المانح آو بالاتفاق بينهما على أن يكون نسبيا بحسب النتائج المحققة و المنتظرة بموجب عقد الفرنشايز.

ثانيا : الالتزام بتطبيق الجانب التقني للمعرفة الفنية وفقا لتعليمات المانح

لعل هذا الالتزام الذي يتحمله الممنوح له يبين صراحة تبعية هذا الأخير لما يمليه عليه المانح من تعليمات و أوامر في شكل بنود في العقد التي من خلالها تبين له الإجراءات و القواعد الواجب احترامها من قبل الممنوح له .

و الهدف من هذا الالتزام هو تقييد الممنوح له من التصرف المطلق في المعرفة الفنية الممنوحة له و المسموح له باستخدامها محترما قواعد السرية بما أن الآمر يتعلق أساسا بمعرفة فنية شخصية يستأثر بها المانح لوحده مع التأكيد على عدم السماح للغير الحصول على المعلومات المرتبطة بالعلامة في حد ذاتها.

زيادة إلى ذلك استقلالية مشروع الممنوح له تماما عن مشروع المانح من حيث التمويل و المستخدمين .

الجدير بالملاحظة هو أن عدم احترام الممنوح له لبنود العقد سيمنح الحق للمانح بوضح حد نهائي للعقد عن طريق فسخه و أحقيته بالتعويض في حالة إلحاق الضرر بالمانح .

المطلب الثاني : من حيث مدى استقلالية الطرفين عند تنفيذ العقد.

بما أن الأمر يتعلق أساسا بعلاقة تعاقدية تنشئ عند إبرام عقد الفرنشايز الذي بموجبه يهدف المانح إلى إثبات سيطرته عن طريق المعرفة الفنية و لواحقها من جهة، و ما يفرض على الممنوح له من شروط يجب الالتزام بها و التقيد بها قانونا و إلا عد العقد باطلا.

أكثر من ذلك لما للمنوح له من فوئد تعود عليه باللجوء إلى شبكة الفرنشايز و المكانة التي قد يكتسبها من خلالها و الحصول على المعرفة الفنية التي تضمن له الحصول على الحصرية وفقا للرقعة الجغرافية من جهة أو حتى من حيث السلع و الخدمات من جهة أخرى .

إلا انه من الناحية العملية نجد أن في اغلب الأحوال تغليب مصلحة المانح بدرجة كبيرة على مصلحة الطرف الثاني بحيث يلتزم هذا الأخير بتقديم تعهد مكتوب يلتزم بموجبه المحافظة على سرية المعلومات التي سيتحصل عليها و عدم استخدامها الا فيما تم الاتفاق عليه في العقد، و أن هذا التعهد يعده مسبقا المانح بحيث لا يترك للممنوح له التفاوض ومناقشة بنوده[1] .

---

[1] فهو صورة من صور العقود الملزمة لجانب واحد

كما إن المانح قد يلجا إلى إبرام عقود مسبقة في شكل اتفاقيات تمهد لإبرام العقد النهائي و من هنا نجد أنفسنا أمام حالة عدم التفاوض على بنود العقد و ما على الممنوح له إلا الامتثال لمثل هذه العقود الأولية للحصول علة المعرفة الفنية ملك المانح [1].(2)

و عليه من خلال كل هذه المعطيات تتأكد صفة الإذعان في عقد الفرنشايز بحيث يجد الممنوح له نفسه أمام حالة إبرام العقد بقبوله لكافة البنود و الشروط دون مناقشتها بمعنى قبولها كلية او رفضها كلية .

هذا و إن تصرف الممنوح له كذلك لا يعني على الإطلاق أن رضاه و إراداته معيب لأنه يعد من قبيل الإكراه و لكن في الحقيقة ليس الإكراه الذي يعيب الرضا و إنما إكراه تفرضه الغاية في الحصول على شيء من قبل الممنوح له هو في أمس الحاجة إليه[2] .

و نتيجة لكل ذلك يجد الممنوح له نفسه أمام حتمية إبرام العقد دون مفاوضات و من ثم قبوله لكاف الشروط التي يمليها مسبقا المانح باعتباره الطرف القوي في العقد.[3] ، لكن عمليا فان الممنوح له سوف لن يخسر أي شيء في مثل هذه الأحوال بقدر ما سيستفيد من خلاله من استغلال و استخدام العلامة التجارية المرجوة و أكثر من هذا الحصول على خبرة واسعة التي كان يستحال عليه الحصول عليها لوحده و هو ما يجعله يؤمن بفكرة تقييد حريته في إبرام عقد الفرنشايز مقابل الحصول على فوائد تترتب قانونا عن العقد.[4]

و عليه نتيجة لكل ما سبق يتضح باسها بان حرية التعاقد التي تتسم بها كافة العقود الرضائية غير مطبقة بإطلاقها عند إبرام عقد الفرنشايز و ذلك لما يتميز به هذا الأخير عن بقية العقود الأخرى.

الخاتمة

على ضوء المعطيات السالفة الذكر و بناء على الهدف من معالج هذا الموضوع تبين لنا ان عقد الفرنشايز عقد من العقود التجارية حتى و إن لم يحض بإطار قانوني خاص به ينظمه قانونا إلا انه يعتبر من وسيلة فعالة تستخدم للاستثمار في المجال التجاري عبر الحصول على حق استغلال و استعمال المعرفة الفنية و توابعها الميزة التي تجعله يختلف تماما عن بقية العقود.

إضافة إلى ذلك لمسنا أن المعرفة الفنية التي ملك لأحد الأطراف اي المانح الذي يظهر في مركز قوة و بالتالي يملي جملة من الشروط و الإجراءات التي ما على الممنوح له إلا التأقلم معها دون مناقشتها مما يجعل من المبدأ الجوهري في إبرام العقود و المتمثل في حرية التعاقد و سلطان الإرادة نسبي في هذا الإطار و هذا ربما ما يجعل هذا العقد نوع ما مغايرا تماما عن بقية العقود المشابهة له على ان يبقى الباب دائما مفتوحا لتأطريه من الناحية القانونية لتجنب الإشكالات التي قد تطرأ من تاريخ إبرامه إلى غاية تنفيذه .

---

[1] عروسي ساسية – الطبيعة القانونية لعقد الفرانشيز –ماجستير في القانون الخاص –كلية الحقوق جامعة سطيف 2 2015 ص 13

[2] عبد الرزاق السنهوري –نظرية العقد ج1 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 1998 ص 91-92

[3] Francoise VIDTS – op cit page 77

[4] Regis FABRE – reglementation legislative du contrat de franchise dans d'autre pays l'esquisse d'une philosophie – seminaire sur le contrat de franchise liege Belgique 2000 page 112

"تحويل الفاتورة بين العقد والسند التجاري على ضوء التشريع الجزائري "

د. لعجال لامية ،استاذ محاضر
كلية الحقوق ، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس .

مقدمة :

تعتبر الشركات التجارية القلب النابض الذي يعبر عن تطور الدول، لذلك تسعى هذه الاخيرة إلى تنظيم هذه الشركات وتأطيرها على نحو يواكب التطور المشهود في كافة المجالات، وبالرغم من ذلك فإن الأزمة العالمية خلفت أثار سلبية مست حتى بعض الدول المتطورة (فرنسا ،اسبانيا)، وبالمقابل أخدت الدول السائرة في طريق النمو (مثل الجزائر) نصيبها من الأزمة بسبب انهيار أسعار البترول على نحو لم يشهد له نظير.

ولأجل بلوغ الجزائر ركب الدول المتطورة ينبغي أن يكون اقتصادها قائماً على أسس متينة بالاعتماد على التقنيات الحديثة للنهوض به، ومواكبة مصاف الدول المتطورة من خلال البحث عن حلول تكفل تحقيق استقرارا اقتصاديا غير قائم على ريع البترول، وتنظيم الشركات التجارية وكذا العقود التي تبرمها والمسماة بعقود الأعمال، وهذا من خلال ترسنتها في اطار قانوني موحد و محكم خال من الثغرات التي تصلح أن تكون مفراً للعديد من الاعوان الاقتصاديين أو المستثمرين غير النزهاء، ولا يتم ذلك إلا بوضع أُطر تسمح بتمويل المشاريع، قصد بلوغ أرباح تعود بالنفع على الشركة بحد ذاتها وعلى الدولة أيضا، و تدرج تقنية تحويل الفاتورة ضمن عقود الأعمال هدفها تحصيل الديون التجارية التي لم يحن أجلها للشركات التجارية الدائنة بغرض ضمان سيولة دائمة، وضمان سيرورة مشاريعها الاقتصادية، وعلى ضوء ذلك فإن لهذه التقنية أهمية بالغة في مجال الأعمال و يعتمد عليها الكثير من الاعوان الاقتصاديين لتحصيل ديونهم .

ولذلك ينبغي تحديد معنى عقد تحويل الفاتورة للتوصل إن كان لمبدأ سلطان الارادة تأثير على تحويل الفاتورة كعقد أو سند تجاري ، وهذا انطلاقا من التشريع الجزائري مع التعرض الى القواعد العامة الواردة في القانون المدني لبحث الاطار القانوني لهذه التقنية، وذلك بالاعتماد على الأسلوب التحليلي بتحليل النصوص المنظمة لتقنية تحويل الفاتورة والاسلوب الوصفي في بعض الاحيان ، ومنه اشكالية هذه الدراسة تمحورت **حول مدى تأثير مبدأ سلطان الارادة على تقنية تحويل الفاتورة من عدمه ؟**

ولمعالجة هذا التساؤل وجب التعرض بداية لتحديد تعريف عقد تحويل الفاتورة من خلال تبين ان كان عقد أم سند تجاري للوصول إلى تحديد إن كان لمبدأ سلطان الارادة تأثير على تقنية تحويل الفاتورة.

والخطة المقترحة في هذه الدراسة تقوم على المحورين التاليين :

المبحث الأول : فكرة العقد و السند التجاري لتحويل الفاتورة

المبحث الثاني : علاقة مبدأ سلطان الارادة بتقنية تحويل الفاتورة

المبحث الأول : فكرة العقد و السند التجاري لتحويل الفاتورة

إن تقنية تحويل الفاتورة حسب المشرع الجزائري هي عقد لكن في نفس الوقت وضعها المشرع ضمن الاسناد التجارية فهل هي عقد أم سند تجاري؟ سنحاول التفصيل في هذا التساؤل من خلال تعريف هذه التقنية بداية ثم توضيح تأرجح هذه التقنية بين العقد و السند التجاري .

المطلب الأول : تعريف عقد تحويل الفاتورة

عرف مصطلح تحويل الفاتورة في التشريع الجزائري لأول مرة في المرسوم التشريعي رقم 08/93 المؤرخ في 25 أبريل سنة 1993 [1] المتمم و المكمل للقانون التجاري في المواد من 543مكرر 14 إلى 543مكرر 18 في الكتاب الرابع من القانون التجاري المعنون بالسندات التجارية ، في الباب الثالث المعنون بسند الخزن وسند النقل

وعقد تحويل الفاتورة ، وعُرف في المادة 543 مكرر 14 التي تنص على ما يلي : " **عقد تحويل الفاتورة هو عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة ، تسمى "وسيط " محل زبونها المسمى " المنتمي " عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج عن عقد ، وتتكفل بتبعة عدم التسديد ، وذلك مقابل أجر".**

يتبين من خلال هذه المادة أن عقد تحويل الفاتورة يهدف إلى تحصيل المبالغ المالية للمنتمي والتي هي في شكل دين بحوزة مدينه إثر علاقة مديونية سابقة تربط بين المنتمي ومدينه، لكن أجل هذا الدين لم يحن بعد، وطالما أن التعامل بعقد تحويل الفاتورة يكون بين التجار وكذا الشركات التجارية، فإن هؤلاء بحاجة دائمة إلى سيولة قصد النهوض بمشاريعهم وصفقاتهم التجارية من خلال ذلك يسمح للمنتمي الذي هو زبون وَفي للبنك أن يطلب من هذا الأخير تحويل فواتيره والتي يكون فيها بصفة دائن ، قصد تحصيلها من مدينه لدى بلوغ أجل استحقاقها وتمكينه من قيمة هذه الحقوق حالاً مقابل أجر متفق عليه يمنحه للشركة الوسيط ، فينتج عن ذلك علاقة ثانية بين الشركة المتخصصة و مدين المنتمي ، بعد تحويل الفاتورة باسم الشركة المتخصصة كدائنة بدلا عن المنتمي(زبونها) وتطالب مدين هذا الاخير بقيمة الدين لدى حلول أجل استحقاقه .

وقد نظم عقد تحويل الفاتورة بمقتضى مراسيم تنفيذية وهي المرسوم التنفيذي 95-311 المؤرخ في 23 اكتوبر سنة 1995 المتعلق بتأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفواتير[2] ، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 05-468 المؤرخ في 10 ديسمبر سنة 2005 المحدد لشروط تحرير الفاتورة و سند التحويل و الفاتورة الاجمالية وكيفيات ذلك[3] فهذه المراسيم جاءت منظمة للشركة التي تعهد لها صلاحية ممارسة نشاط تحويل الفاتورة، وهي شركات أموال كما اصطلح على هذه الشركات تسمية محول الفواتير[4] وقد حددت بيانات الفواتير محل تحويل [5] .

أما المشرع الفرنسي فقد تناول تحويل الفاتورة التي يصطلح عليها تسمية الفاكتورينغ ضمن الملحق المرفق باللائحة المتعلقة بتعريف الاصطلاحات الاقتصادية والمالية الصادرة بتاريخ 11/29/ 1973 و الصادرة في الجريدة الرسمية الفرنسية بتاريخ 3 جانفي سنة 1974 ، بأنه : " عملية أو تقنية للتسيير المالي تقوم بمقتضي اتفاق حيث تتمكن هيئة متخصصة تنظيم(ارصدة زبائنها) أي الشركات بتحصيل اموال هذه الاخيرة عن طريق تملك هذه الحقوق بمنح الشركات مقابلها وتحصيلها لحسابها ، وتحمل الخسائر المحتملة إذا كان هذا التعامل مع عملاء معسرين ، هذه الخدمة تسمح للشركات تحسين ممتلكاتها المالية والتقليل من مصاريف التسيير...."[6] .

وقد وردت عدة تعريفات فقهية لعقد تحويل الفاتورة نوجزها كالتالي :

"اتفاق بين الشركة الوسيط (كما عبر عنها المشرع الجزائري) عبارة عن مؤسسة مالية أو بنك تجاري تتوافر لديه هذه الخدمة مع عميلها (المنتمي) عادة ما يكون عبارة عن مؤسسة صغيرة أو متوسطة الحجم تقدم بموجبه هذه الاخيرة كافة فواتيرها وديونها التجارية المترتبة لها بذمة مدينها ، وفي المقابل تقوم الشركة الوسيط بانتقاء واختيار الفواتير التي ترى امكانية تحصيلها ، فإذا وافقت الشركة الوسيط على كل أو بعض هذه الديون تقوم بشرائها لقاء تعجيل قيمتها للمنتمي قبل تاريخ استحقاقها أو حسب الاتفاق بين الطرفين مقابل نسبة معينة في شكل عمولة مع حقها أي الشركة الوسيط في الحلول محل المنتمي والتزامها بعدم الرجوع عليه في حالة تخلف ،افلاس او ،اعسار المدين"[7].

المطلب الثاني : تأرجح فكرة العقد و السند التجاري كطبيعة قانونية لتحويل الفاتورة وفقا لما هو وارد في القواعد الخاصة (القانون التجاري):

لقد عرف المشرع عقد تحويل الفاتورة في المادة 543 مكرر 14 من ق ت المنصوص عليها سابقا فمن خلال هذا النص سنحاول تدريجيا استنباط تحديد الطبيعة القانونية لتحويل الفاتورة وهذا وفقا للنقاط التالية :

- بداية، المشرع قد فصل في تحديد تحويل الفاتورة و اعطى لها صفة العقد بصريح النص متناسيا في ذلك انها تقنية بنكية بامتياز، وهي خاصية اساسية بل مُلازمة لتحويل الفاتورة ، ومادام أن تحويل الفاتورة عقد فإنه يشترط توافر أركان العقد المحددة في القواعد العامة ، ألا وهي توافر ارادتي أطراف العقد و خلوها من أي عارض يؤدي إلى المساس بالعقد ومن ثمة بطلانه ، كما يشترط محل وسبب مشروعان .

-وبما أن المشرع قد صنف تحويل الفاتورة ضمن الاسناد التجارية وادرجها في المرسوم التشريعي رقم 93-08 رفقة سند النقل وسند الخزن كإضافة للأسناد التجارية المعروفة والتي هي السفتجة، سند لأمر والشيك، فإن التساؤل المطروح هل حقيقة تحويل الفاتورة هو سند تجاري؟ أم أنه عقد مثل ما صرح به المشرع في المادة 543 مكرر 14 ق ت؟

إن الجواب على هذا السؤال ينبغي التعرض أولا للترجمة المتخذة من قبل المشرع الجزائري في المواد و العناوين المنظمة لتقنية تحويل الفاتورة ، فقد استعمل في اللغة العربية في عنوان الفصل الثالث اصطلاح عقد تحويل الفاتورة ، بينما العنوان باللغة الفرنسية جاء كالتالي «Du Factoring » يتبين جليا خلو العنوان من عبارة عقد « Contrat » مما يؤكد وجود خطأ في الترجمة ، و لا يمكن ادراجه في باب السهو لأن التسميات المتخذة من قبل السباقين في هذه التقنية لم تستعمل مصطلح عقد ولا حتى الدول التي نظمت هذه التقنية بعد ظهرها بسنوات عدة ، فمصطلح عقد تحويل الفاتورة من ابتداع المشرع الجزائري ، وفي ذلك نتساءل لما لم يدرج عقد الفاتورة مع باقي العقود كعقد الشركة او العقود التجارية الاخرى .

والمعروف في الاسناد التجارية أنها من الأعمال التجارية بحسب الشكل وهي النقطة التي تتشابه فيها مع تقنية تحويل الفاتورة كون ان هذه الاخيرة تقنية بنكية ومن العمليات المصرفية التي يعتبرها المشرع أيضا من الأعمال التجارية لكن بحسب الموضوع[8] .

إضافة إلى ذلك لو أسلمنا بأن تقنية تحويل الفاتورة سند تجاري لماذا المشرع لم يشدد في تحديد بياناتها الالزامية مثل ما فعل للسفتجة او السند لأمر في القانون التجاري؟ بل ترك الامر للمرسوم التنفيذي رقم 05-468 الذي جاء متضمنا لبيانات تقنية تحويل الفاتورة دون تأكيد على مدى الزاميتها أو دون تشديد مثلما عهدناه في السفتجة ، كما ان خاصية التظهير غير واردة لتقنية تحويل الفاتورة عكس باقي الاسناد التجارية ، وإن قلنا أن التعامل بالسفتجة عمل تجاري بغض النظر عن محررها، فهل هذا أيضا ينطوي على تحويل الفاتورة ، وإن جزمنا بذلك فإنه لا يجوز للشخص غير التاجر أن يتعامل بتقنية تحويل الفاتورة لأن ذلك سيضفي على عمله طابعا تجاريا ، ومن ثمة لا تقدم الشركات المتخصصة هذه الخدمة إلا للتجار فقط فما دون ذلك لا يسمح له بطلب تحويل فواتيره على مدينه ، علاوة على ذلك فإن الشركات المتخصصة أصلا شركات تجارية و بصفة أدق شركات أموال (شركات مساهمة ، شركات ذات مسؤولية محدودة)[9] .

بالنتيجة ومن خلال تفحص القانون التجاري يتبين أن تقنية تحويل الفاتورة لا تتعلق أساسا بالعقد فقط بل يمتد الأمر لتشمل مجموعة من الخدمات التي تقدمها الشركة المتخصصة و المتعلقة بإدارة الديون و تسديد الحقوق التابعة بالفواتير ، و تسيير الحسابات ، وعليه يمكن القول أن تحويل الفاتورة ليس عقدا تقليديا فهو عقد ذو طابع خاص لأنه في حقيقة الأمر تقنية بنكية شبيهة بالقرض ، ولكون أنه ينبثق عنه جملة من العقود الكلاسيكية (وكالة ، بيع ...)مما يجعله من العقود المركبة ذو طبيعة خاصة .

المبحث الثاني : علاقة مبدأ سلطان الارادة بتقنية تحويل الفاتورة

إن تناول موضوع مبدأ سلطان الارادة وعلاقته بتقنية تحويل الفاتورة يقتضي بنا بداية ضرورة تحديد مبدأ سلطان الارادة في التشريع الجزائري ،للتوصل إن كان لهذا المبدأ تأثير على عقد تحويل الفاتورة ، وهذا تبعا للتسلسل الموالي:

المطلب الأول : مبدأ سلطان الارادة في التشريع الجزائري

إن لمبدأ سلطان الارادة أساس في التشريع الجزائري وكذا استثناءات لذلك سنحاول تبينهم من خلال التحليل الموالي :

الفرع الأول : أساس مبدأ سلطان الارادة في التشريع الجزائري

لقد تناول المشرع مبدأ سلطان الارادة في المادة 106 من ق م ،التي جاء نصها كالتالي : " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون " .

وفقا لهذا النص مبدئيا لا يمكن تعديل بنوذ العقد من قبل أي كان سواء الغير او من قبل أحد الأطراف بصفة انفرادية دون اعلام الطرف الاخر، أو حتى من قبل القاضي ،غير أن النظر بتمعن في هذا النص نجده ينص على أحوال أمكن فيها نقض أو تعديل العقد وهي حالتين محددتين تكمن في اتفاق الأطراف أو أسباب يقررها القانون .

الفرع الثاني : استثناءات مبدأ سلطان الارادة في التشريع الجزائري

رغم توجه المشرع نحو الطابع التعاقدي للعلاقات القانونية ومنح الأطراف الحرية اللازمة لإبرام اتفاقهم، فإن المادة 106 من ق م تضمنت في شطرها الثاني مكنة تدخل المشرع لتعديل بعض العقود وإعادة تنظيمها ، كلما تبين أن هناك خلل في توازن الالتزامات العقدية، وإن اعتُبر ذلك مساسا مباشرا بقداسة العقد فإنه يهدف إلى حماية الطرف الضعيف في مختلف العقود [10] كالعامل في عقد العمل ، أو المستهلك إذا كان العقد إذعان يتضمن شروط تعسفية ، فيمنح النص القانوني للقاضي مكنة التدخل عن طريق تعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف الضعيف فيها وهو الطرف المذعن وفقا للمادة 110 ق م علاوة على ذلك قد تكون الموازنة بين المصالح والحقوق والواجبات وضمان العدالة الاجتماعي دافعا يأخذ به المشرع قصد التدخل في مجريات العقد على نحو يكفل نقضه أو تعديله .

وفي هذا الصدد سنأخذ نموذجين لتوضيح فكرة الاستثناءات الواردة على مبد أسلطان الارادة و المتمثل في تدخل التشريع في مجال العقود التي تبرمها الأفراد و يتمثل هذين النموذجي في الايجار المدني و التجاري :

أ-الايجار المدني :

كان المشرع في فترات سابقة ينظم الايجار المدني وفق أسس مغايرة لما هو عليه الان فقد كان ينص على مبدأ جد هام وهو حق البقاء في الأمكنة ذات الاستعمال السكني ، وهذا في المادة 509 من ق م ، من الأمر رقم 75-58 [11] المتضمن القانون المدني ، وكان هدف المشرع آنذاك هو حماية المستأجر الشاغل للسكن باعتباره طرفا ضعيفا ، ولاعتبارات إنسانية واقتصادية واجتماعية تمثلت خصوصا في حماية الأسرة والتخفيف من حدة أزمة السكن في ظل النمو الديمغرافي الذي كانت تشهده الجزائر غداة الاستقلال .

غير أنه بتغير السياسة التشريعية للبلاد نحو تشجيع الاستثمار في النشاط العقاري وتماشيا مع مقتضيات التحولات الاقتصادية بالانتقال إلى اقتصاد السوق ، تراجع المشرع عن تدخله في عقد الإيجار تاركا الحرية والمبادرة

للمتعاقدين في إدراج ما يتناسب ومصالحهم في هذ العلاقة العقدية ، ذلك أن حماية المشرع في مرحلة معينة لشاغل الأمكنة كان عائقا كبيرا بالنسبة للمؤجرين مما أدى بهم إلى العزوف عن الإيجار، وبالتالي التقليص من حجم النشاطات العقارية.

فتدخل المشرع بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 93-03 [12] و ألغى ضمنيا ما يعرف بالتمديد القانوني لعقد الإيجار بنصه في المادة 20 من المرسوم المذكور على ما يلي :"

لا تطبق المواد 471 و 472 و 509 وكذلك المواد من 514 إلى 537 من الأمر 75-58.... والمتعلقة بحق البقاء في الأمكنة على عقود الإيجار ذات الاستعمال السكني المبرمة بعد تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي ... " ، كما نص في المادة 22 من المرسوم التشريعي نفسه على أنه : " إذا انقضى أجل عقد إيجار مبرم قانونيا يتعين على المستأجر أن يغادر الأمكنة ".

وقد أعاد المشرع النظر في الإيجار بتنظيم العلاقة العقدية الرابطة بين المؤجر والمستأجر بموجب القانون رقم 05-07 [13] فأقر لهما حقوقا وفرض عليهما التزامات وألغى صراحة الحق في البقاء بموجب المادة 08 منه التي نصت على: " تلغى المواد 470 و 471 و 472 و 473و 474 و 475 و 504 ومن 508 إلى 537 من الامر 57-58 وتلغى كذلك وتلغى كذلك المادة 20 والفقرتان 2 و 3 من المادة 21 والمادة 22 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 ...." ، من هذه النصوص يظهر تدخل التشريع في المجال العقدي ومن ثمة استثناء لمبدأ سلطان الارادة ، لكن الهدف من هذا التدخل هو الموازنة بين حقوق وواجبات أطراف العلاقة العقدية ، ومحاولة تكييف أحكام عقد الايجار مع مقتضيات الاقتصاد الوطني و توفير أكبر قدر من الضمانات في المعاملات بين الأفراد[14] .

ب- الايجار التجاري :

لقد أقر المشرع بداية في مجال المعاملات التجارية وبالتحديد الايجارات ذات الاستعمال التجاري بتمديد عقود الإيجار من أجل تكريس حق التمسك بالتجديد بموجب المادة 172 وما بعدها من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري [15] ، فقد كان المشرع يهدف آنذاك إلى استقرار المعاملات التجارية ودعمها وحماية حق التجديد، وتفاديا لتعسف المؤجر فإن المشرع قيّد رفض التجديد بالتعويض الاستحقاقي بما يناسب القيمة الإيجارية .

غير أن المشرع تراجع عن فكرة التقييد لعزوف المؤجرين عن تأجير المحلات التجارية وفسح المجال لإرادة المتعاقدين ، فأصبح حق البقاء في العين المؤجرة و التنبيه بالإخلاء و التعويض الاستحقاقي مرتبطان بإرادة المؤجر والمستأجر وفقا للمادة 187 مكرر فقرة 2 من القانون رقم 05-02 [16] المعدل و المتمم للقانون التجاري التي جاء نصها كالتالي : "... يُلزَم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون حاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء ودون الحق في الحصول على تعويض الاستحقاق المنصوص عليه في هذا القانون ، ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك" .

يتبين من خلال ما سبق أن المشرع قد يخالف مبدأ سلطان الارادة لكن ذلك يتطلب تحقق أسباب تجعل من العلاقة العقدية ترهق كاهل أحد الاطراف فيؤدي ذلك إلى وجود تفاوت كبير في مركز المتعاقدين وهذا ما فعله المشرع من خلال الايجار التجاري الذي مر بمراحل اخذ المشرع فيها بعين الاعتبار تغير الظروف ، وحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية .

المطلب الثاني :عدم تأثير مبدأ سلطان الارادة على عقد تحويل الفاتورة

إن عقد تحويل الفاتورة عبارة عن تقنية بنكية تدخل ضمن عمليات البنوك والتي يعتبرها المشرع عمل تجاري بحسب الموضوع وفقا للمادة 2 من ق ت ، ومادام أن عقد تحويل الفاتورة يشمل أساسا تحصيل الحقوق التجارية عن طريق إحداث تغيير في علاقة عقدية قائمة على أساس دين كأصل تجاري يتمثل هذا التغير في صفة الدائن الذي يصبح شركة وسيط في مواجهة المدين، ومن ثمة ينبثق عن تحويل الفاتورة عدة عقود (قرض ....) تجعل من هذه التقنية عقد لكن ليس ككل العقود وانما عقد مركب ذو طابع خاص .

وللنظر في موضوع مدى تأثير مبدأ سلطان الارادة على تقنية تحويل الفاتورة على أساس أنها عقد مركب ذو طابع خاص ، ينبغي البحث في النصوص القانونية التي تنظم هذه التقنية من خلال التعرض إلى بعض الاشكالات والثغرات الواردة في نصوص القانون التجاري وهذا في النقاط التالية :

- بداية ما يعاب على المشرع أنه أعطى تسمية العقد لهذه التقنية وهو بذلك يخالف التسميات التي وضعتها التشريعات وحتى الفقه المقارن، فالتشريعات العربية تداولت على العموم التسميات التالية :عقد شراء و تحصيل الحقوق التجارية ، وكالة التسويق ، العقد الدولي لتحصيل الديون التجارية [17] ، وبذلك نجد إشكالا في فهم تحديد المشرع الجزائري لمركز هذه التقنية .

- كما يتبين من خلال المادة 543 مكرر 14 ق ت ، أنه كي نكون امام عقد تحويل الفاتورة يتطلب الأمر وجود طرفان أساسيان وهما الشركة المتخصصة(الوسيط) والتي عادة تكون عبارة عن بنك والزبون المدعى المنتمي ، مع العلم أن المشرع لم يشر في تعريفه إلى طرف أساسي وهو المدين أي مدين المنتمي ، وهو طرف مهم في العلاقات التعاقدية سواء تلك المتعلقة بعقد تحويل الفاتورة أو العلاقة المديونية التي تربطه بالدائن، وطالما أن دوره مهم ، نجد أن المشرع قد أهمله في عقد تحويل الفاتورة ، بل بالكاد نجده قد أشار إليه في المادة 543 مكرر15 ق ت ، وهي التي تقر بكفاية الاعلام من جهة المدين بنقل الحقوق لصالح الشركة الوسيط دون حاجة إلى إقرار قبوله أو رفضه، فالمهم أن يتم إبلاغه فقط ، وهذا الأمر مخالف لمقتضيات مساوات أطراف العلاقة العقدية.

- وحتى و إن لم يكن المدين طرفا أصيلا في عقد تحويل الفاتورة ، فلما يتم ابلاغه طالما أنه لا يملك التعبير عن الحالة التي آل إليها عقده الذي أبرمه مع المدين ، وليس مع الشركة الوسيط ، فكان من المفروض أن يجعل المشرع المدين طرفا في العلاقة العقدية كي نكون أمام مساواة في حقوق كل طرف يهمه تحصيل الديون التجارية ، ومن ثمة يستخلص أن لاوجود لإرادة المدين في عقد تحويل الفاتورة ، وهو بذلك دليل على عدم امكان تطبيق مبدأ سلطان الارادة في هذا العقد، على أساس هذا المبدأ يقوم على فكرة المساوات العقدية ، بين كل من له صلة بالعقد .

- إضافة لذلك فإن الزبون لا يقدم على ابرام عقد تحويل الفاتورة بكل حرية ، ففي العديد من الحالات يكون ملزما كحاجته للسيولة مثلا ، كما قد تفرض الشركات المتخصصة عمولة لا تتفق مع قدراته ، فلا يجب أن ننسى أن البنك بالرغم من أنه لا يضارب (مضاربة) في اطار عقد تحويل الفاتورة ، إلا أنه لا يخسر، فيكون دائما طرفا قويا في العلاقة العقدية ، وكأن العقد هنا يتحول إلى عقد اذعان في مواجهة المنتمي(الزبون)

- و ما يعاب على المشرع فيما يخص أطراف عقد تحويل الفاتورة أنه سمى مُحصل الحقوق بالوسيط ، فالوسيط هو ترجمة لمصطلح intermédiaire ، فيقصد بالوسيط في الاصطلاح القانوني الشخص الذي يتعامل باسم ولحساب الغير ، بينما محصل الحقوق يتعامل باسمه ولحسابه الشخصي فهو طرف أصيل في العقد و ليس وسيط، وهذا أمر

يحدث خللاً إن اعتبرنا أن لمبدأ سلطان الارادة تأثير على تقنية تحويل الفاتورة طالما أن دور الوسيط يكمن في تقريب وجهات النظر لا غير ، فلا علاقة له بالعقد .

- كما أن الشركة الوسيط ليست مجبرة على قبول طلب زبونها لتحصيل الحقوق التجارية فالشركة الوسيط أصلا بنك وهي تفضل التعامل مع الزبائن ذوي ائتمان و ملاءة ، عن الزبون المعسر الذي عادة لا تثق فيه .

- وحتى وإن اعتبرنا تحويل الفاتورة عقد مركب ذو طابع خاص فإن أطرافه لا يكونون على قدم المساواة ، ويميل هذا العقد إلى عقود الاذعان ، مما يجعل عادة أحد أطرافه في مركز ضعيف نتيجة فرض بعض الشروط من قبل الشركة المتخصصة ، والتي قد تتحذ شكل الشروط التعسفية .

- بالنتيجة عقد تحويل الفاتورة لا يخضع لمبدأ سلطان الارادة سواء قبل الابرام أو عند الابرام حيث يكون الزبون عادة في ضيق فهو بحاجة لسيولة يضطر من خلالها الى التعامل مع الشركة المتخصصة مقابل عمولة قد تفوق قدراته ،إلى جانب أن الشركة الوسيط و إن كانت في مركز قوة فهي تختار زبونها الذي لديه ائتمان وفير ، وتستبعد الزبون المعسر، كما أن المدين ليس له سوى الرضوخ لعقد تحويل الفاتورة وسداد قيمة الدين ليس لدائنه وإنما للشركة الوسيط .

خاتمـة :

ختاما لهذه الدراسة التي تم التعرض فيها إلى تقنية تحويل الفاتورة كعقد من عقود الأعمال محاولين تسليط الضوء على فكرة مدى تأثير مبدأ سلطان الارادة عليها آخذين في ذلك اعتبار المشرع أنها عقد وتصنيفها ضمن الاسناد التجارية، كما تم التعرض لجملة من التساؤلات والتي تمحورت في اقتراحات نوجزها كالتالي :

- عقد تحويل الفاتورة يهدف إلى تحصيل المبالغ المالية للمنتمي والتي هي في شكل دين بحوزة مدينه إثر علاقة مديونية سابقة بين الدائن والمدين ، وفي ذلك تساءلنا لماذا المشرع استعمل تسمية عقد وخالف العديد من الدول المنظم لهذه التقنية .فقد استعمل في اللغة العربية في عنوان الفصل الثالث اصطلاح عقد تحويل الفاتورة ، بينما العنوان باللغة الفرنسية جاء كالتالي «Du Factoring » فنجد خلو العنوان من عبارة عقد « Contrat » مما يؤكد وجود خطأ في الترجمة ، و لا يمكن ادراجه في باب السهو لأن التسميات المتخذة من قبل السباقين في هذه التقنية لم تستعمل مصطلح عقد ولا حتى الدول التي نظمت هذه التقنية بعد ظهورها بسنوات عدة ، فمصطلح عقد تحويل الفاتورة من ابتداع المشرع الجزائري ، وفي ذلك نتساءل لما لم يدرج عقد الفاتورة مع باقي العقود كعقد الشركة او العقود التجارية الاخرى

أن الاسناد التجارية تعد من الأعمال التجارية بحسب الشكل وهي النقطة التي تتشابه فيها مع تقنية تحويل الفاتورة كون ان هذه الاخيرة تقنية بنكية ومن العمليات المصرفية التي يعتبرها المشرع أيضا من الأعمال التجارية لكن بحسب الموضوع.

-إضافة إلى ذلك تساءلنا حول إن كانت تقنية تحويل الفاتورة سند تجاري لماذا المشرع لم يشدد في تحديد بياناتها الالزامية في مثل ما فعل للسفتجة او السند لأمر في القانون التجاري؟ بل ترك الامر للمرسوم التنفيذي رقم 05-468 الذي جاء متضمنا لبيانات دون تأكيد على مدى الزاميتها أو دون تشديد مثلما عهدناه في السفتجة ، علاوة على ذلك خاصية التظهير تنفرد بها الاسناد التجارية دون سند تحويل الفاتورة .

- أن عقد تحويل الفاتورة لا يخضع لمبدأ سلطان الارادة سواء قبل الابرام أو بعد الابرام حيث يكون الزبون في ضيق فهو بحاجة لسيولة يضطر من خلالها الى التعامل مع الشركة المتخصصة مقابل عمولة قد تفوق قدراته ، إلى جانب ذلك فإن الشركة الوسيط و إن كانت في مركز قوة فإنها تختار زبونها الذي لديه ائتمان وفير ، وتستبعد الزبون

المعسر ، كما أن المدين ليس له سوى الرضوخ لعقد تحويل الفاتورة وسداد قيمة الدين ليس لدائنه وإنما للشركة الوسيط.وعليه على المشرع توضيح نقاط لتفادي الغموض نوجزها فيما يلي :

- كان لزاما على المشرع أن يلتزم بتسمية هذه التقنية وفقا لما تعبر عنه أي وفقا لمدلولها طالما أنها تهدف لتحويل الحقوق أو تحصيل الديون التجارية، مثلما فعلت على الأقل التشريعات العربية .

- كان لزاما على المشرع أن يتفادى إدراج تقنية تحويل الفاتورة مع الأسناد التجارية على أساس أنها لا تعتبر سنداً تجارياً ، ولا تخضع لأحكامه ، ومن ثمة نتفادى الخلط الذي يقودنا إلى اعتبار أن هذه التقنية تخضع لمبدأ سلطان الارادة ، لأن تقنية تحويل الفاتورة من الاعمال المصرفية الصادرة عن المؤسسات البنكية الحاملة لصفة شركات أموال، والمعبر عنها بتسمية الشركة المحولة ، ومن ثمة تصرفاتها تقتضي الشكلية التي لا يقوم عليها مبدأ سلطان الارادة .

هوامش :

[1] جريدة رسمية عدد 27 صادرة بتاريخ 27 ابريل سنة 1993

[2] جريدة رسمية عدد 64 صادرة بتاريخ 29 اكتوبر سنة 1995.

[3] جريدة رسمية عدد 80 صادرة بتاريخ 11 ديسمبر سنة 2005.

[4] راجع المادة 01 من المرسوم التنفيذي 95-311

[5] راجع المادة 13 من المرسوم التنفيذي 05-468

[6] « affacturage : Opération ou technique de gestion financière par laquelle , dans le cadre d'une convention, un organisme spécialisé gère « les comptes clients » d'entreprise en acquérant leurs créances en assurant le recouvrement pour son propre compte , et en supportant les pertes éventuelles sur des débiteurs insolvables , Ce service , qui permet aux entreprises qui y recourent d'améliorer et de réduire leurs frais de gestion …… » www.legifrance.gouv.fr منشور في الموقع الالكتروني الالكتروني

[7] عمارة عمور "الأوراق التجارية وفق القانون التجاري " دار الخلدونية ،الجزائر ،ط2008، ص 292.

[8] المادة 02 فقرة 14 من ق ت التي تنص :" يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه :-.....،-كل عملية مصرفية أو عملية صرف"

[9] راجع المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 95-331 المتعلق بتأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة

[10] علاق عبد القادر "أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها " دراسة مقارنة ،مذكرة ماجستير ،قانون خاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2008/2007 ص 60.

[11] الامر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني المعدل والمتمم، ج . ر،ع. 78 ، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

[12] المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 ، المتعلق بالنشاط العقاري، ج ر،ع 14 ، المؤرخ في 03 مارس 1993،

[13] القانون رقم 07- 05 المؤرخ في 13 ماي 2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني ج ر رقم 31 المؤرخة في 13 ماي سنة 2007 .

[14] علاق عبد القادر ، مرجع سابق، ص 62، 63.

[15] الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون التجاري، ج.ر،ع 101 ، المؤرخة في 19 سبتمبر 1975 .

[16] القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 57-59 المتضمن القانون التجاري ، ج . ر ، ع 11، المؤرخة في 09 فبراير 2005 .

[17] ميلاط عبد الحفيظ ،مرجع سابق ، ص30.

مكانة مبدأ سلطان الإرادة خلال مرحلة التفاوض في عقود التجارة الدولية

د. بلحارث ليندة، أستاذة محاضرة .
كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج امحند اكلي ، البويرة

مقدمة :

تعتبر الإرادة مشتركة للطرفين هي أساس كل عقد، مهما كان نوعه، لكونها تنشئ وتقيم ذلك العقد، بالإضافة إلى تحديد آثاره، وهذا ما يعرف **بمبدأ سلطان الإرادة**.

ومن أبرز هذه العقود، عقود التجارة الدولية، هذه الأخيرة التي تتسم بإلزامية التفاوض قبل ابرامها، حيث ومع بروز مبدأ التعاون الدولي وتطوّر التجارة الدولية وظهور المنظمات التجارة الدولية، وكذا تنوع العلاقات الاقتصادية والتجارية الدولية، نظرا لتداخلها وتضارب مصالح أطرافها، ناهيك عن التطور التكنولوجي الهائل وسيطرة نظام اقتصاد السوق بهدف الوصول إلى تحقيق ما يسمى بالعولمة الاقتصادية والتجارية، نظرا لكل هذه العوامل وغيرها أصبح فن التفاوض يحض بأهمية واهتمام بالغين لأنه بنجاحه ينجح العقد التجاري الدولي وبفشله يفشل ذلك العقد.

لأنّ التفاوض يعد مرحلة هامة من خلاله يتم تحديد ومناقشة العقد التجاري الدولي وشروطه، فهو عبارة عن حوار ملتزم بين الطرفين، يحاول كل واحد منهما عن طريقه الوصول إلى اتفاق يهدف إلى وضع قواعد والتزامات متبادلة بين الطرفين عليهما التقيد من خلال ابرام العقد التجاري الدولي، حتى يتمكن الطرفان من الوصول إلى اتفاق لتبادل أو تحقيق لمصلحة مشتركة مع وجود أكيد مصالح متعارضة[1].

إذا كان التفاوض في عقود التجارة الدولية يقوم على التعبير عن إرادة كل طرف أو أكثر حول مسألة من مسائل التجارة الدولية من خلال عرض وتبادل وتقريب وجهات النظر مع استخدام أساليب الاقناع للحفاظ على المصالح القائمة لكل طرف والوصول إلى اتفاق يفي بمصالح الطرفين معا، فهذا يعني وجود لمبدأ سلطان الإرادة خلال هذه المرحلة المهمة قبل أن يقبل الطرفين على ابرام العقد التجاري الدولي. لهذا سوف نحاول من خلال هذه المداخلة إبراز مكانة مبدأ سلطان الإرادة خلال هذه المرحلة التمهيدية لعقود التجارة الدولية، من خلال تسليط الضوء على نقطتين هامتين:

الأولى: توضيح فكرة مبدأ سلطان الإرادة.

الثانية: ابراز دور هذا المبدأ في مرحلة التفاوض في عقود التجارة الدولية.

أولا: ما هو مبدأ سلطان الإرادة؟ حتى نتمكن من معرفة ما هو هذا المبدأ، لا بدّ من تفكيكه إلى عدّة عناصر، نستخلص من خلالها ونتوصل إلى معرفة هذا المبدأ على حقيقته.

1. تعريف مبدأ سلطان الإرادة: لا يوجد تعريف قانوني لمبدأ سلطان الإرادة، وإنّما يتم استنباطه فقط من خلال الدور الذي تؤديه الإرادة في التعاقد.

غير أنّ بعض الفقه عرّف المبدأ بقوله:<< **إنّ أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، هذه الأخيرة هي التي تنشئه في ذاته وهي التي تحدّد آثاره، ثم يأتي القانون بعد ذلك، ليعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة**

(1) صالح صافي خالص، الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص ص، 125، 126.

المشتركة>>[1]. في حين عرّفها البعض الآخر من الفقه من خلال أنّ: << **الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود دون التقيّد بالأنواع التي ينظمها القانون، كما تتمتع هذه الإرادة بحرية الدخول في التعاقد من عدمه وفي تحديد آثارهذا التعاقد وتعديله أو إنهائه في ظل احترام قواعد النظام العام والآداب العامة>>**[2].

2. مميزات مبدأ سلطان الإرادة:

من خلال التعاريف السابقة، يمكننا استخلاص هذه المميزات، التي تتمثل فيما يلي:

أ. حرية الشخص في التعاقد: حيث أنه لا يلزم أحد اتجاه غيره إلا إذا أراد هو ذلك بحريته واختياره، إذ يمكن للفرد إنشاء ما يريد من عقود ويحدّد آثارها حسب إرادته الحرّة.

ب. عدم تعارض حرية المتعاقد مع حرية الطرف الآخر: حيث أنّ هذه الحرية نسبية، وذلك حتى يتحقق التوازن مع حرية الطرف المتعاقد الآخر، وصولا إلى تحقيق المصلحة العامة بمبدأ عدم المساس بحريات الآخرين وحقوقهم.

ج. تضييق دور القانون في الرقابة على حرية الفرد في التعاقد: حيث لا يتدخل القانون أو حتى القضاء في التضييق من حرية المتعاقدين والالتزام، بحكم اتباع قواعد العدالة والنظام العام[3]، طالما أن إرادة الطرفين اتجهت إلى تحمّل تلك الالتزامات، فيسهر هذان الأخيران فقط على احترام كل طرف لحرية الطرف الآخر وعدم المساس بحريات الآخرين.

3. الأساس القانوني والاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة:

أ. الأساس القانوني لمبدأ سلطان الإرادة: تبنت معظم التشريعات القديمة وكذا الحديثة هذا المبدأ[4]، وكرّسه وأقرّه حسب خصوصية كل دولة، لاسيما القانون المصري والفرنسي وكذا الجزائري[5].

ب. الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة: حيث يرتبط هذا المبدأ بالحرية الاقتصادية من جهة وبفكرة المنفعة الاجتماعية من جهة أخرى.

فبالنسبة للحرية الاقتصادية فهي تقوم على مبدأ **دعه يعمل، دعه يمرّ**، والذي نجد له وجود في مبدأ سلطان الإرادة والذي يسمح الأفراد بالتعاقد كما يشاؤون، فأي تدخل من الدولة في النشاط الاقتصادي بهدف فرض الحماية ووضع القيود سيؤدي إلى اضطراب النشاط الاقتصادي.

فكل ما هو تعاقدي فهو عادل حسب رأي الفقيه **Fouillée** [6].

4. المبادئ التي يرتكز عليها مبدأ سلطان الإرادة: يقوم هذا المبدأ على مجموعة من الركائز وهي:

أ. مبدأ الرضائية: ونقصد به ان التراضي وحده كاف لإبرام أي عقد بين الطرفين، والذي ينشأ بمجرد توافق ارادتيهما، إذ يتم ابرام العقد لمجرد توافق ارادتي الايجاب والقبول دون أن يطلب الأمر افراغ ذلك في شكل رسمي أو خاص[1].

---

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 44.

(2) محمد حسن منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2000، ص 48.

(3) فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، الجزء الأوّل، مصادر الالتزام، ط3، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001، ص ص، 6- 7.

(4) عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص ص، 42، 43.

(5) المادة 106 من الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدّل والمتمم.

(6) FLOOR Jaques , LUCAUBERT Jean, Droit civil, les obligations, Dalloz, Paris, 2000, PP 78 , 79.

ولقد كرّس المشرع الجزائري بدوره هذا المبدأ من خلال نص المادة 59 من القانون المدني حيث ينص على أنه:<< **يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية>>.**

ب. مبدأ الحرية في تحديد مضمون العقد: حيث يحق لكل متعاقد أن يتعاقد حسب ما يريد وبالشروط التي يراها مناسبة له، شرط عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة، فأطراف الحرية في الاتفاق على ما يريانه يحقق مصالحهما في إطار القانون، كالاتفاق على فسخ العقد إذا ما أخل أحدهما بالتزاماتهما التعاقدية، أو الاتفاق على الزيادة في الضمان أو الانقاص منه أو إسقاطه، أو الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية التي تترتب عن الإخلال بالعقد[2].

ج. مبدأ الحرية في تحديد آثار العقد: إذا كان طرفا العقد يتمتعان بالحرية في تحديد مضمون العقد وشروطه، كونهما يلتزمان بذلك دون غيرهم، فإنهما أيضا يتمتعان بسلطة تحديد آثار العقد، وفقا لقاعدة **العقد شريعة المتعاقدين** وقاعدة **نسبية آثار العقد.**

فبالنسبة لقاعدة **العقد شريعة المتعاقدين**، حيث يخضع الطرفان لسلطان العقد في حدود النظام العام والآداب العامة، فطالما التزم المتعاقد بمحض بإرادته فوجب عليه تنفيذ ما ألزم به، فلا يجوز له نقضه أو تعديله أو إنهائه دون الحصول على موافقة الطرف الآخر.

أمّا بالنسبة لقاعدة **الأثر النسبي للعقد**، فمعناه أن العقد المبرم بين طرفيه لا يرتب آثارا إلا إليهما أي لا يمتد إلى الغير[3]، بناءً على قاعدة أنّ الفرد لا يُلزم إلا بإرادته الحرّة.

ثانيا: مدى تطبيق قواعد مبدأ سلطان الإرادة خلال مرحلة التفاوض في عقود التجارة الدولية

تؤدي المفاوضات دورا بارزا في عملية ابرام عقود التجارة الدولية، فمن خلالها يمكن للعقد أن ينجح أو أن يفشل، فهي المؤشر القانوني الذي يحدّد حقوق والتزامات الطرفين.

تعكس المفاوضات في عقود التجارة الدولية مدى حسن النية عند الطرفين وفي اتفاق الطرفين المتعاقدين أو ما يسعى بإرادتهما بخصوص جزئيات العقد الدولي التجاري، كما يتوقف عليها نجاح أو فشل العقد، لأن مبدأ حرية التعاقد قد يتبع مبدأ حرية التفاوض[4].

فالعقود التي تسبقها المفاوضات لا يتوقف قيامها على إرادة ومشيئة أحد المتعاقدين بل على ارادتهما معا، وإن إدارة عملية المفاوضات لها دور فعّال في الحدّ من المنازعات في المستقبل.

كما تبرز أهمية المفاوضات في تفسير العقد وتحديد مقاصد أطرافه عند غموض عبارات العقد، فإذا مثلا لم يجد القاضي تفسيرا داخل العقد يمكنه الرجوع إلى مرحلة المفاوضات، كما يحق للمتفاوض ابطال العقد لعدم احترام المتعاقدين لواجب حسن نية المفروض عليهم اتباعه خلال تلك المرحلة.

---

(1) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 45.

(2) خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في انشاء العقد وتنفيذه، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1987، ص ص، 39- 40.

(3) ينشئ من الغير هنا: الخلف العام والخلف الخاص، لأنهما تابعان لطرفان المتعاقدان.

فالخلف العام هو: من يخلف السلف في ذمته المالية، أمّا الخلف الخاص فهو: من يتلقى ما سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقا عينيا على هذا الشيء.

(4) أسامة محمد خليل عثمان، تحديد قانون الواجب التطبيق كل النزاع في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي: أنظر، http:/www.svdaneselaw.net/forum/newthread,php

فمرحلة التفاوض هي أساس بناء العقد التجاري الدولي فيما بعد، فأي خلل فيها يأدي إلى انهيار العقد، فهي ترتكز على فكرة الحرة التعاقدية التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة، فكل مسألة في العقد هي قابلة للتفاوض بين الطرفين، فالمفاوضات الجيدة هي خير ضمان لقيام أي عقد ولا تثور منازعات بصدد تنفيذه.

كما يعدّ التفاوض وسيلة فعالة لإعادة التوازن العقدي في الظروف غير المنتظرة التي تؤدي إلى اختلال الأداءات الاقتصادية التي نصت على التفاوض في حالة تغيير الظروف[1].

إذن نلاحظ جليا أن مبدأ سلطان الإرادة يلعب دورا بارزا خلال مرحلة التفاوض، وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال مجموعة من النقاط نُبرزها فيما يلي:

1- في تعريف التفاوض: إذا رجعنا إلى تعريف التفاوض، لغة أو اصطلاحا، لوجدنا مدلول مبدأ سلطان الإرادة فيه:

أ- في التعريف اللغوي للتفاوض: يُقال فُوض تفويضا إليه الأمر، صيره إليه وجعله الحاكم فيه.

والمفاوضات هي جانبي الأخذ والعَطي، الحديث بادله القول، وفي المال شاركه تثميره، تبادل الرأي من ذوي الشأن فيه بغية الوصول إلى تسوية واتفاق[2].

فالمفاوضة لغة هي المساواة والمشاركة، وتعني باللغة الفرنسية Négociation، والتي تحمل معنيين :

الأوّل: **المتاجرة Commerce** وهي عملية الشراء والبيع.

الثاني: **التفاوض على العملية** التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر، وبذل العديد من المساعي من الطرفين بغاية التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معيّنة[3].

كما يعرّف التفاوض بأنه عملية وضع الشروط أو المعايير الخاصة بالاتفاق بين طرفين أو أكثر، ويمكن تحقيقها من خلال الاجتماعات والمباحثات والمداولات[4].

ب- في التعريف الاصطلاحي: التفاوض عبارة عن حوار ملتزم بين الطرفين يحاول كل طرف عن طريقه

الوصول إلى اتفاق يُبنى على مجموعة من القواعد والالتزامات والحقوق، شرط توفر الرغبة في الوصول إلى هذا الاتفاق[5] ، فهو عملية تتم بموجبها وضع مقترحات محدّدة وواضحة بهدف التوصل إلى اتفاق لتبادل أو تحقيق مصلحة مشتركة مع وجود مصالح متعارضة، كما يتفاعل من خلاله الطرفان اللذان لديهما اعتقاد بوجود مصالح مشتركة ومتداخلة.

نلاحظ إذن وجليا بروز فكرة مبدأ سلطان الإرادة في تعريف التفاوض في عقود التجارة الدولية، حيث يتفق الجميع على أنه عبارة عن حوار بين المتعاقدين لأجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق الإرادتين أي اتجاه الحقوق والالتزامات التي تمثل محل العقد، وإن لم يكن هناك إيجاب بالعقد يمكن قبوله وإنما توجد عروض فحسب وعروض مضادة.

---

(1) أحمد كريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ص، 62- 63.

(2) مأخوذ من مرجع: أحمد علي صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 46.

(3) بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة لنيل درجة ماجستير، جامعة ورقلة، 2006، ص 10.

(4) جمال حواش، التفاوض في الأزمات والمواقف الطارئة، دون دار وبلد النشر، 2005، ص 05.

(5) صالح صافي خالص، الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 125.

وإن كانت إرادة الطرفين غير ثابتة على عكس مرحلة ابرام العقد، غير أن صدور الإيجاب خلال هذه المرحلة يعني الوصول إلى مرحلة الالتزام.

2- في الطبيعة العقدية للتفاوض: يتفق أغلبية الفقه على إضفاء الصيغة العقدية على التفاوض، فحيثما يوجد تفاوض على العقد سيتم الاتفاق وابرام العقد.

فمجرد توافق إرادتي الطرفين على الدخول في عملية التفاوض يكونان قد عقدا فيما بينهما عقدا دون أن يصرّحا بذلك أحيانا، وهذا العقد يرتكز طبعا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة وكذا مبدأ حسن النية في التعاقد، كما أن هذا العقد هو الذي يحكم العلاقة بينهما سواء أثناء التفاوض أو عند فشله، وهذا ما يجعل ما ينشأ من مسؤولية عن التفاوض ذات طبيعة عقدية.

فاتفاق التفاوض يمكن تسميته بعقد التفاوض الذي يترتب عنه التزام الطرفين بما تم الاتفاق عليه

خلال هذه المرحلة بما يحقق المصالح المشتركة لكليهما.

3- في الالتزام بحسن النية خلال التفاوض: يعتبر هذا الالتزام العنصر الأساسي في سير العملية التفاوضية.

حيث يترتب على اتفاق التفاوض نشوء التزام بالبدء في التفاوض يقع على عاتقه طرفيه، والذي يعدّ التزاما بتحقيق نتيجته، والمتمثل في إلزامية الدخول في عملية التفاوض والشروع فيها ومتابعتها من خلال اتباع جميع الإجراءات اللازمة لفتح هذه العملية خلال المدة المتفق عليها[1]، حيث يلتزم الطرفان بمناقشة شروط العقد التي تجري المفاوضة بشأنها بهدف التوصل إلى العقد النهائي.

أمّا الاتفاق على التفاوض فيرتب التزاما ببذل عناية، لأنه لا يعني بالضرورة التوصل لإبرام العقد. ويعدّ الالتزام بحسن النية مطلبا رئيسيا لنجاح التفاوض، وتكاد جميع التشريعات أنها قنّنت مبدأ حسن النية الذي يحكم سلوك أطراف العقد.

فالالتزام بالتفاوض بحسن النية يجد مصدره في اتفاق التفاوض لأنه التزام إرادي يفرضه اتفاق الطرفين على التفاوض بناءً على مبدأ سلطان الإرادة، وليس التزاما قانونيا يفرضه القانون.

كما أنه التزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين معا، حيث يكون كل منهما دائنا بهذا الالتزام ومدينا في نفس الوقت[2].

يشترط في التفاوض حسن النية أن يكون صادقا في أقواله، مخلصا في عملية التفاوض، وأن يقوم سلوكه على الشرف والثقة والنزاهة، لكن لا يعني الالتزام بحسن النية الالتزام بإبرام العقد النهائي، لأنه يحول دون تحقيق مبدأ حرية التعاقد وبالتالي المساس بمبدأ سلطان الإرادة، لاسيما في عقود التجارة الدولية التي لا تستطيع أية دولة أن تفرض التفاوض الجبري على دولة أخرى، لأن المُفاوض يظل يتمتع بكامل حريته في التعاقد من عدمه[3]، فيجوز له أن ينسحب من المفاوضات في أية لحظة شرط أن يتم ذلك في إطار حسن النية، لأن الاتفاق على التفاوض هو مجرد اتفاق تمهيدي يهدف فحسب إلى الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائي.

---

(1) رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص ص، 413- 416.

(2) عبد الحليم عبد اللطيف التوني، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المصري، مصر، 1997، ص 86.

(3) رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص ص، 19- 22.

كما أن هذا الالتزام لا يمنع المتفاوض من اجراء ما يسمى **بالمفاوضات المتوازنة** مع الغير، طالما تقتضيه مبدأ حرية المنافسة، حيث جرت العادة في عقود التجارة الدولية أن يجري المتفاوض أكثر في مفاوضة واحدة مع أكثر من شخص في نفس الوقت، حتى يتمكن من اختيار الشخص المناسب.

4- في الالتزام بالإعلام: من أبرز قواعد مبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض أن يقوم كل طرف بالإفضاء إلى الطرف الآخر بجميع ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بعقد التفاوض، وذلك حتى يتسنى للطرف الآخر أن يُقدّم على التعاقد بإرادته سليمة وواضحة.

فالالتزام بالإعلام في التفاوض على العقد دور ايجابي، لاسيما أن عقود التجارة الدولية تحوي على جوانب حسن نية عندما تستغرق هذه المفاوضات وقتا طويلا، الأمر الذي قد يُفسد من السلعة محل التفاوض مثلا.

يجب إذن الالتزام بالإعلام أساسه في الالتزام الرئيسي بالتفاوض بحسن النية، وهو ما يحدث مثلا عندما يلتزم المتفاوض بالتحذير أو بالتضحية أو بالنصيحة[1].

5- في الالتزام بالتعاون: حيث يلتزم كل طرف متفاوض بكل ما يكفل للوصول إلى نتيجة مرضية، لاسيما في احترام المواعيد المحدّدة كليات التفاوض، والمرونة والليونة في مناقشة جدول الأعمال مع الامتناع عن التعليق في الرأي مثلا، واحترام العادات والأعراف التجارية المعروفة في المعاملات التجارية الدولية[2].

6- في الالتزام بمواصلة التفاوض: حيث يتمتع كل متفاوض بكامل الحرية في التعاقد من عدمه، أين يحق له أن يقطع المفاوضات في أي وقت يريد دون أن يعني ذلك الانسحاب منها متى رأى في ذلك ضرورة، فالمتفاوض يحاول دائما بذل العناية اللازمة للاستمرار في التفاوض بهدف انجاحه دون أن يلتزم بتحقيق نتيجة وهي إنجاح التفاوض.

خاتمة

نخلص إلى القول بأن مبدأ سلطان الإرادة له دور فعّال خلال مرحلة التفاوض في عقود التجارة الدولية، على الرغم من أن هذه المرحلة قد تفضي إلى عدم ابرام العقد.

لكن تطبيق هذا المبدأ لاسيما تكريس مبدأ حسن النية فيه يؤدي إلى تنظيم هذه المرحلة تنظيما متقنا مع زيادة فرص نجاحها وكذا حماية المصالح المشتركة الأطراف المتفاوضة في مواجهة جميع المخاطر التي قد تحيط بهم خلال هذه المرحلة التي تكون النتيجة المنتظرة منها هي الاتفاق على عقد التفاوض، هذا الأخير الذي ينشئ التزاما عقديا بالتفاوض فيوفر عنصري الأمان والجدّية في التفاوض مع حماية الأطراف من مخاطر التفاوض.

لذلك نوصي بأن يحرص المفاوض دائما على أن يكون العقد صريحا ومفصلا بالالتزامات القانونية الواجب احترامها، وأن يرتبط التفاوض بشرط التعاقد مع تجسيد مبدأ حسن النية كونه الالتزام الرئيسي، بالإضافة إلى الالتزامات الأخرى لاسيما الالتزام بالإعلام.

---

(1) رجب كريم عبد الله، مرجع نفسه، ص ص، 429، 430.

(2) المرجع نفسه، ص ص، 446، 447.

"نطاق العمل بمبدأ سلطان الارادة في عقود الفديك"

د. اوباية مليكة ، أستاذة محاضرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري. تيزي وزو

مقدمة:

تتعدد أنواع عقود الأعمال تبعا لتعداد حاجات المشاريع الاقتصادية، إذ يتم اللجوء لبعضها لتجهيز المشروع بما يحتاجه من عتاد وتجهيزات، أو لإيجاد التمويل الكافي للمشروع، أو لإيجاد تقنيات التسيير المثلي للرفع من مستوى المشروع وتنافسيته، وقد يكون الغرض منها بناء وتشيد المشروع في حد ذاته.

عندما تكون مشاريع البناء والتشييد ضخمة فإن عقد المقاولة البسيط يكون عاجزا على توفير التأطير القانوني الكاف لها خاصة وأنه عادة ما يكون أحد أطرافها شركات مقاولاتية أجنبية أو متعددة الجنسيات.

بغرض توحيد الإطار القانوني لعمليات البناء والتشييد هذه وتحديد التزامات أطراف العلاقات التعاقدية وفقا لأسس قانونية تقدم حلول توافقية لمختلف مصالح الأطراف، قام الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين Federation Internationals des Ingénieurs Conseils بصياغة نماذج لهذه العقود وضح فيها التزامات المتعاقدين ومسؤولياتهم أطلق عليها تسمية عقود الفيديك "Les contrats FIDIC"[1].

انتشر استخدام هذه النماذج من العقود بشكل كبير في العالم لتأطير عمليات المقاولاتية والبناء[2] بكونها تحدد أطر تعاقدية شبه متكاملة ومسبقة للتعامل تعفي المقاولين من الخضوع للقوانين الوطنية خاصة في الدول النامية والتي يعتبرونها غير مواكبة للتحديات المصاحبة لتنفيذ مشاريع الإنشاء البناء خاصة الكبيرة منها والتي تتطلب إمكانيات كبيرة وفترات زمنية طويلة وظهور مخاطر أثناء الإنجاز غير متوقعة.

استطاعت عقود الفيديك بأنواعها المختلفة أن توفر نماذج تعاقدية فعالة لكل ما تتطلبه أعمال البناء والتشييد لشمولية نصوصها النموذجية وتحديدها للعديد من القواعد الأساسية وحتى التفاصيل الجزئية التي تحكم هذه العقود، لكن من دون أن يجعل منها ذلك عقود إذعان يقتصر فيه دور العميل على قبول العقد جملة واحدة أو رفضه دون الحق في مناقشة شروطه، بل على العكس فإنه من خصوصيات عقود الفيديك فتح فيها مجال للأطراف لتعديل بنود العقد وتطويره بما يتلائم مع مصالحهم المتناقضة والمتغيرات والظروف المتسارعة[3].

وعليه سنحاول من خلال هذه المداخلة إظهار نطاق العمل لمبدأ سلطان الإرادة في عقود الفيديك النموذجية التي اهتم المختصون بصياغة بنودها بشكل دقيق في عدة نماذج؟

وتقتضي الإجابة عن هذه الإشكالية دراسة نطاق الأخذ بإرادة الأطراف المتعاقدة عند إنشاء عقد الفيديك (المبحث الأول) وعند تنفيذ هذا العقد والذي يتميز بخصوصيات لا نجدها في العقود الأخرى (المبحث الثاني).

---

[1] - محمد إبراهيم إبداح، عقود المقاولات الدولية، الأسس القانونية والفنية لصياغة عقود المقاولات الدولية ضمن معايير عقود الفيديك FIDIC، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 22.

[2] - إذ قامت بعض الدول بفتح تكوين في مجال هذه العقود منها فرنسا حيث يوفر المعهد (FORHOM) تكوين لمدة أسبوعين للمهتمين والمختصين في مجال البناء والتشييد لفهم هذه العقود والتعامل معها بشكل صحيح، وللتوضيح أكثر اطلع على الموقع: www.forhom.com .

[3] - عصام أحمد البهجي، عقود الفيديك FIDIC وأثرها على التزامات المقاول والمهندس ورب العمل، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008، ص 21.

المبحث الأول - نطاق الأخذ بإرادة الأطراف المتعاقدة عند إنشاء عقد الفيديك:

عقود الفيديك عقود نموذجية صاغها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين[1] من أجل توحيد مختلف الأحكام العامة والخاصة لعمليات البناء والتشييد الدولية وحتى المحلية، إلا أن هذا لا يعني أنها عقود إذعان يوجد فيها طرف قوي يملي القواعد وطرف ضعيف يرضخ لتلك القواعد وتقتصر إرادته في الأخذ بكل العقد جملة واحدة أو رفضه بل على العكس فعقود الفيديك عقود رضائية يتساوى المركز القانوني للطرفين فيه ويحق لكل منهما قبول العقد أو رفضه أو تعديل بعض شروطه بما يحقق مصلحته، كما له أن يأخذ ببعض شروط العقد وتترك بعضها الأخر إذ يبقى للإرادة دور في تحديد وسريان الأحكام والشروط الواردة في هذه العقود في حدود النماذج المقترحة[2].

وحتى نوضح نطاق تدخل إرادة الأطراف في إنشاء هذه العقود، يتعين بداية تحديد مفهوم عقود الفيديك (المطلب الأول)، ثم بيان دور إرادتهما في تحديد بنود وشروط هذا العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول – مفهوم عقود الفيديك:

تعتبر عقود الفيديك من عقود الإنشاء والبناء الدولية استحدثها الاتحاد من أجل توحيد القواعد التي تحكم عمليات البناء والتشييد وتشجيع التعاون بين المهندسين الاستشاريين من مختلف الدول، ولذلك تبنت أحكامها بعض الدول وخاصة الدول الأنجلوساكسونية وشجعت التعامل بها، بينما كان إقبال الدول العربية والنامية بشكل عام، بشكل تدريجي ومحتشم، إذ أخذت ببعض أحكامها في القواعد العامة كالقانون الجزائري الذي نظم عقد المقاولة في القانون المدني[3]، وأصدر قانون خاص لتأطير مهنة المهندس[4]، لكن من دون أن يشير فيهما بشكل صريح لعقد الفيديك، وأخذ يتعامل بهذه العقود، وخاصة في السنوات الأخيرة مع عدة شركات مقاولاتية دولية ومكاتب دراسات هندسية عالمية[5].

الفرع الأول – أطراف عقد الفيديك:

يشكل أطراف العلاقة العقدية في عقود الفيديك مثلثا متكون من ثلاثة أشخاص هم:

---

[1] - تأسس الاتحاد في سنة 1913 في بلجيكا بمساهمة كل من الجمعية الفرنسية للمهندسين الاستشاريين، الجمعية السويسرية للمهندسين الاستشاريين والجمعية البلجيكية للمهندسين الاستشاريين، قام الاتحاد باعتباره أعلى هيئة دولية في مجال البناء والتشييد بصياغة البنود التعاقدية لعقود الفيديك، فأصدر عدة كتب تحمل نماذج مختلفة لهذه العقود، كما قام بتعديل هذه النماذج عدة مرات حتى تتماشى مع التطورات والتغيرات التي يشهدها مجال البناء والمقاولاتية على المستوى العالمي، وقد انضمت للاتحاد ما يقارب 68 دولة، انظر:

ZHUANG Paquan, Les inégalités des conditions FIDIC et les applications dans le marche chinois, mémoire du master Genie, université de Marne la vallée, Paris, p 6.

[2] - محمد إبراهيم إبداح، مرجع سابق، ص 20.

[3] - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1978، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ 20 يونيو 2005، وبموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

[4] - مرسوم تشريعي رقم 94-07 مؤرخ في 18 ماي 1994، يتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج ر عدد 32، لسنة 1994، معدل ومتمم، بموجب القانون رقم 04-06 المؤرخ في 14 أوت 2004، ج ر عدد 51، صادر في 15 أوت 2004.

[5] - مثال ذلك: العقد المبرم بين شركة الخطوط الجوية الجزائرية والشركة الكندية المجموعة SM الدولية للبناء.

- صاحب العمل: الشخص أو الجهة مقدمة المناقصة والممول المالي للمشروع، كما يعتبر بمثابة همزة وصل ما بين المقاول المهندس، قد يكون شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص. وقد اكتفت الشروط العامة لعقد الفيديك على اعتباره "الشخص المسمى بصاحب العمل في ملحق عرض المناقصة وكذا خلفائه القانونيين[1].

- المقاول: اكتفت الشروط العامة للعقد على اعتباره الشخص المسمى في كتاب عرض المناقصة المقاول والذي وافق عليه صاحب العمل[2]، كما يشمل أيضا المقاول من الباطن ومستخدمي المقاول، لم يعرف القانون المدني الجزائري المقاول وإنما اكتفى بتعريف عقد المقاولة وبتحديد التزامات المقاول، هناك من عرّف المقاول على أنه شخص يتعهد لقاء أجر القيام بعمل يتعلق بالبناء والتشييد وفقا للتصميم الذي وضعه المهندس وتعليماته[3].

- المهندس: يعتبر المهندس محور جوهري لتنفيذ عقد الفيديك وقد عرّفته الشروط العامة للعقد على أنه الشخص الذي يعينه صاحب العمل للقيام لمهام المهندس لأغراض هذا العقد، وعليه فهو مهني يعهد إليه وضع التصميم والرسومات والنماذج لإقامة البنيات وصيانتها والإشراف على حسن إنجازها[4]، وقد اعتبره القانون الجزائري شخص معتمد يتولى تصور إنجاز البناء ومتابعته[5].

ومن خصوصيات عقود الفيديك تمتع المهندس بسلطة في تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد، وكذا بسلطة إصدار أوامر التغير في أعمال البناء لمواجهة الظروف المتغيرة التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد[6].

الفرع الثاني - أنواع عقود الفيديك:

من أجل فتح المجال واسعا للمتعاقدين لاختيار النموذج المناسب لعقدهم اقترح الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين عدة نماذج لعقود الفيديك. أطلق عليها تسمية قوس قزح الفيديك وتتمثل أساسا في في[7]:

- **الكتاب الأحمر:** هو أكثر العقود استخداما، يتضمن نموذج الشروط العقدية لمقاولات أعمال الهندسة المدنية المصممة من قبل صاحب العمل أو المهندس، ويقتصر فيها دور المقاول على تنفيذ أعمال البناء وفقا لتصميمات المهندس وتحت إشرافه، ولقد تعرض هذا النموذج لعدة تعديلات[8].

- **الكتاب الأصفر:** يتضمن الشروط التعاقدية لأعمال المقاولاتية الميكانيكية والكهربائية المصممة من المقاول، والذي يتولى فيها عملية التوريد والتنفيذ وفقا لمتطلبات صاحب العمل، تعرض هذا النموذج بدوره لعدة تعديلات كان

---

[1] - سمير حامد عبد العزيز الجمال، "القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك"، الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد 52، أكتوبر 2012، ص 89.

[2] - يقصد بالمقاول من الباطن (Sous traitane) أو المقاول الفرعي: كل شخص يتم تعيينه من المقاول لتنفيذ جزء من العمل، ويلتزم المقاول الأصلي تجاهه بكافة التزامات صاحب العمل، بينما يتبقى المقاول الأصلي ملتزما في مواجهة صاحب العمل الحقيقي.

[3] - محمد إبراهيم إبداح، مرجع سابق، ص 69.

[4] - المرجع نفسه.

[5] - مرسوم تشريعي رقم 94-07، مرجع سابق.

[6] - سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص ص 67 – 68.

[7] - محمد السعودي أحمد تقي الدين، "عقد الفيديك لمشروعات التصميم والبناء والتشغيل"، مداخلة مقدمة خلال المؤتمر الكويت الأول لعقود الفيديك، الكويت، من 1 إلى 3 ماي 2012، ص ص 36 – 43.

[8] - ZHUANG Daquan, op.cit, p 9.

آخرها في 2008 بصدور الكتاب الذهبي الذي يعد امتداد له، ويهدف إلى التوسيع من نطاق التزامات المقاول إلى تجهيز المشاريع الصناعية بشكل كلي[1].

- **الكتاب البرتقالي:** هو عقد التصميم والتشديد وتسليم المفتاح يتولى فيه المقاول الأعمال المتكاملة المدنية الميكانيكية والكهربائية تسليم المفتاح، ودور المهندس فيه شبه تحكيمي في مجلس فض المنازعات[2].

- **الكتاب الأخضر:** يوفر نموذج لعقود البناء والأعمال الهندسية ذات القيمة الصغيرة نسبيا والتي يتم إنجازها في مدة قصيرة، يقتصر فيها دور المقاول على القيام بأعمال البناء والمدنية والميكانيكية والكهربائية، وفقا للتصميم الذي عرضه عليه صاحب العمل[3].

الفرع الثالث – تمييز عقد الفيديك عن بعض العقود المشابهة:

يعتبر عقد الفيديك من عقود البناء والتشييد، ولهذا يشبه في بعض أحكامه بعض العقود الأخرى في المجال، ولكن يتميز عنها في أحكام أخرى ولهذا سنميزه عن كل من عقد البوت ومن عقود الكونسورتيوم، وعن عقد المشروع المشترك.

أولا – عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية: BOT يقترب عقد الفيديك من هذا العقد في كونه من عقود الإنشاء والبناء الضخمة، ولكنه يختلف عنه في كون صاحب المشروع في عقد الفيديك هو من يتولى تمويل المشروع والذي ينجزه له ولمصلحته المقاول وفقا لتصاميم المهندس، أما عقد البوت فهو شكل من أشكال التمويل غير المباشر تلجأ إليه الدولة نظرا لعجزها المالي على توفير التمويل الكافي لإنجاز المشروع، ولذلك تمنح امتياز إنجاز هذا المشروع للمستثمر الخاص، ويقوم هذا الأخير بإنجاز المشروع وتشغيله وإدارته واستغلاله تجاريا لعدة سنوات تكون كافية لاسترداد تكاليفه وتحقيق الأرباح المناسبة، وفي نهاية هذه المدة تنتقل ملكية المشروع إلى الدولة دون أي مقابل أو بالمقابل المتفق عليه[4]، كما تصلح عقود الفيديك للمشروعات العامة والخاصة، فيما تقتصر عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على المشروعات العامة لإنشاء المشاريع الاستراتيجية والبنية الأساسية والمرافق العامة[5].

ثانيا – تميزه عن عقد الكونسورتيوم: هو نوع من أنواع عقود البناء يبرمه صاحب العمل مع مجموعة من المقاولين، يختص كل واحد منهم بتشييد مرحلة من مراحل إنجاز المشروع، ينشأ بين هؤلاء المقاولين نوع من التضامن في إنجاز الأعمال، دون أن يؤدي ذلك إلى اتحادهم قانونيا وإنشاء شخص معنوي[6].

يتميز هذا العقد عن عقد الفيديك أساسا في أهمية التصاميم وطريقة إعدادها، حيث لا يبرم عقد الفيديك إلا بوجود تصاميم كاملة للمشروع تقدم للمقاول بغرض التنفيذ، أما في عقد الكونسورتيوم فإنّه تقدم التصاميم تدريجيا في بداية كل مرحلة من مراحل الإنجاز[1].

---

[1] - محمد إبراهيم إبداح، مرجع سابق، ص 25.

[2] - المرجع نفسه، ص 24.

[3] - محمد السعودي أحمد تقي الدين، مرجع سابق، ص 38.

[4] - سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 35.

[5] - حصايم سميرة، عقود البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، 2011، ص ص 09 – 10.

[6] - مثال ذلك العقد الذي وقعته شركة سوناطراك مع الشركة الإيطالية سنامبروحيتي والشركة اليابانية تشودا كورب لسيناء مصنع للغاز الطبيعي المسال في منطقة أرزيو، أطلع على الموقع: www.elaph.com

ثالثا – تميزه عن عقد المشروع المشترك Contrat Jont venture: هو عقد ينشأ بمقتضاه شخصية قانونية ناجمة عن اتحاد أكثر من شركة مقاولاتية لغرض إنجاز مشروع معين كبناء المدن والمجمعات السكنية، ويكون هذا الشخص المعنوي قائمة إلى غاية انتهاء المشروع، وبالمقابل يتحمل الأعضاء فيه تقاسم الأرباح والخسائر، أما في عقد الفيديك فإنّ المقاول أو المقاولين أشخاص قانونية مستقلة عن بعضها البعض، ولكل واحد منهم التزاماته المحددة.

المطلب الثاني – نطاق تدخل إرادة الأطراف في وضع بنود عقد الفيديك:

يعتبر العقد النتيجة النهائية لما اتجهت إليه إرادة الأطراف، يتميز عقود الفيديك بوجود نماذج معدة مسبقا تحتوي على بنود وشروط عديدة تم استنباطها من أركان العقد والتزامات الأطراف فيه، وتنقسم هذه الشروط إلى شروط عامة تتميز بكونها شاملة وعالمية وملزمة تنطبق على كل أنواع العقود لذلك تدخل إرادة الأطراف في تعديلها أو الاستغناء عنها (الفرع الأول)، وشروط خاصة ترتبط بخصوصيات كل مشروع وبالمواصفات التي يريد صاحب العمل إدراجها، فهي إذن شروط مستوحاة من الشروط العامة ولكن بعد تعديلها بإرادة الطرفين (الفرع الثاني).

الفرع الأول – في الشروط العامة لعقد الفيديك:

أراد الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين من إعداده لعقود الفيديك توفير نماذج تعاقدية مرنة تحتوي جميع الأحكام التعاقدية الضرورية، والتي يمكن استخدامها في أشغال البناء والهندسة تحت ظروف وترتيبات إدارية معينة. وعليه، فإن أراد الأطراف التعاقد في إطار عقود الفيديك، فإنّه ينبغي أن يستوفي هذا العقد شروطا عامة عديدة[2]، والتي سنحاول جمعها في النقاط التالية:

1 – صياغة العقد بشكل دقيق واستعمال فيه عبارات واضحة: كانت العقود في البداية تصاغ فقط باللغة الإنجليزية، ولكن مع تطور عقود الفيديك سمح بصياغتها بلغات أخرى، ولكن ترجمتها دائما إلى اللغة الإنجليزية، وتعتبر لغة العقد هي نفسها اللغة التي حرر بها ملحق عرض المناقصة[3].

2 – تحديد أطراف العقد بدقة: يلقب أطراف العقد بالفريق والذي يتكون من:

- المقاول: والذي يجب تحديده بشكل دقيق، كما يجب تحديد ممثليه القانونيين (المقاولين الفرعيين، المستخدمين...).

- صاحب العمل: يجب أن يحدد بشكل دقيق في عقود الفيديك من هو صاحب العمل، ومن هم ممثليه القانونيين.

- المهندس: يلعب المهندس في عقد الفيديك دورا جوهريا، فمهامه لا تنتهي بإعداد المخططات والتصاميم الضرورية لإنجاز المشروع، بل تمتد إلى الإشراف على تنفيذ المشروع من قبل المقاول حتى تكون مطابقة لتلك التصاميم، لذلك ينبغي تحديده بدقة في العقد وإن كان له ممثلين فيجب أيضا تحديدهم.

---

[1] - سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 43.

[2] - وزارة الأشغال العامة والإسكان الأردنية: عقد مقاولة الفيديك الموجز منشور على الموقع:

https://jorfan-lawyer.com

[3] - انظر كل من: سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص ص 37 – 40.

محمد إبراهيم إبداح، مرجع سابق، ص 47.

3 – تحديد التزامات كل طرف: يجب أن تحدد في العقد الالتزامات الأساسية لكل طرف، وذلك لتحديد المسؤوليات، وعليه، يجب أن تحدد بدقة:

- التزامات صاحب العمل.

- التزامات المقاول والتزامات المقاولين الفرعيين.

- التزامات المهندس والصلاحيات المنوطة به، لاسيما ما تعلق منها بسلطاته في تسوية المنازعات، وكذا إصدار أوامر التغيير.

4 – المخططات والتصاميم: تعد المخططات الهندسية اللبنة التي سيقوم عليها المشروع والخطوة الأولى لتحقيقه على أرض الواقع، وتشمل هذه المخططات كل التصميمات الهندسية للمشروع، وقد تقدم تلك المخططات من قبل صاحب العمل، كما هو الشأن في نموذج الكتاب الأحمر، وقد يتم الاتفاق على تقديمها من قبل المقاول، كما هو الشأن في العقود التي يتم الاتفاق على تقديمها من قبل المقاول، كما هو الشأن في العقود التي تأخذ شكل الكتاب الأصفر، ولكل من الحالتين الأحكام القانونية والعقدية الخاصة لها والمسؤوليات المترتبة عنها[1].

5 – كتاب عرض المناقصة: يعد هذا الكتاب بمثابة الإيجاب المقدم من قبل المقاول والذي يبين فيه موافقته والتزامه القانوني بنود الاتفاقية الخاصة بالمشروع، ويتعين أن يتضمن هذا الكتاب كافة مستندات العطاء وملحقاتها، وكذا الجداول التي تتضمن قوائم بيانية تشتمل على أنواع وكميات وكلفة الأعمال، والمواد المراد استخدامها في المشروع والتي يتعين على المقاول التقيد بها عند الإنجاز[2].

6 – كتاب القبول: يشكّل هذا الكتاب الموافقة الرسمية لصاحب العمل على العرض الذي قدمه المقاول، يجب أن يرد هذا الكتاب على نفس وثيقة كتاب عرض المناقصة[3]. يعد عقد الفيديك نافذا من الناحية القانونية من تاريخ صدور هذا القبول.

7 – تحديد المواعيد: يلعب الزمن في عقد الفيديك دورا أساسيا في تحديد التزامات الأطراف، ولذلك يتعين أن يحدد في العقد:

- الفترة الزمنية المحددة لإنجاز الأشغال.

- تاريخ بداية الأشغال وهو نفسه تاريخ توقيع اتفاقية العقد، ولذلك يتعين على المهندس أن يرسل إلى المقاول إشعار بتاريخ المباشرة قبل 7 أيام على الأقل ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك في الشروط الخاصة، فإنّه يجب أن تباشر الأعمال خلال 42 يوما التي تلي تسليم كتاب القبول[4].

- تاريخ تسليم المشروع، هو التاريخ الذي يفترض أن تنتهي فيه الأشغال ما لم يتفق الطرفان مسبقا على تمديد مدة الإنجاز. كما يجب تحديد غرامة التأخير بشكل دقيق[5].

---

[1] - محمد إبراهيم إبداح، مرجع سابق، ص ص 38 – 39.

[2] - المرجع نفسه، ص ص 36 و39.

[3] - محمد إبراهيم إبداح، مرجع سابق، ص 37.

[4] - المرجع نفسه، ص 51.

[5] - وزارة الأشغال العامة والإسكان، مرجع سابق.

8 – تحديد قيمة العقد والدفعات: أي تحديد القيمة الإجمالية للأشغال باتفاق الطرفين، كما يتعين أن يحدد بشكل دقيق قيمة الدفعات وتاريخ دفعها للمقاول، وكذا تحديد العملة التي يتم بها الدفع.

9 – تحديد المسؤوليات والمخاطر التي يتحملها كل طرف في العقد، ولا يجوز إعفاء أي طرف من مسؤولياته.

10 – تحديد طرق تسوية المنازعات الناشئة بين الطرفين، لاسيما صلاحيات المهندس في تسوية النزاعات وطرق التسوية المعتمدة وإجراءاتها.

الفرع الثاني – الشروط الخاصة بالعقد:

تعتبر هذه الشروط مكملة للشروط العامة، تعتمد لإدخال إضافات أو إلغاءات أو تعديلات على بنود الشروط العامة باتفاق الطرفين، وتتمثل هذه الشروط أساسا في[1]:

1 – إعداد وتقديم عروض المناقصات: يتعين على كل من يريد الاشتراك في المناقصة أن يقوم بزيارة موقع العمل، وأن يتحصل بنفسه وعلى نفقاته على كل المعلومات الضرورية لتقديم العروض وكل الأمور الأخرى التي لها علاقة بالمناقصة.

2 – توضيح الالتباس والغموض: إذا كان هناك التباس أو غموض في وثائق العطاء، فعلى المناقص تقديم طلب خطي إلى لجنة العطاءات من أجل التوضيح وإزالة اللبس.

3 – ضمان الأداء: يتعين على المقاول أن يقدم ضمان الأداء إلى صاحب العمل خلال 14 يوما من تاريخ تسلمه لكتاب القبول إلا إذا اتفق على غير ذلك وأن يرسل نسخة من هذا الضمان إلى المهندس.

يجب أن يكون ضمان الأداء صادر من دولة موافق عليها من صاحب العمل وأن يقدمه المقاول حسب النموذج المحدد في الشروط الخاصة لعقود الفيديك وإذا كان الضمان كفالة بنكية فإنه يجب إصداره من قبل بنك محلي أو بنك أجنبي مرخص له.

4 – الالتزام بإجراءات السلامة: يتعين على المقاول وصاحب العمل الالتزام بأمور السلامة العامة والأمور المتعلقة بها

5 – يمكن لصاحب العمل اشتراط نظام الجودة في الأشغال ولذلك يتعين في حينه إيداءه في ملحق عرض المناقصة أو في الشروط الخاصة.

6 – تعيين المستخدمين والعمال وذلك وفقا للقوانين المحلية الخاصة بالعمل واستخدام العمال الأجانب.

المبحث الثاني - نطاق العمل بإرادة الأطراف عند تنفيذ عقد الفيديك:

إذا كان المبدأ في العقود بشكل عام يقتضي أن يتقيد الأطراف بتنفيذ العقد وفقا لما اتجهت إليه إرادتهما عند إبرامه (المطلب الأول)، فإنّه من خصوصيات عقد الفيديك مخالفة هذا المبدأ العام والخروج عن مبدأ سلطان إرادة الأطراف عند التنفيذ، وذلك باعتماد أوامر تغيير البناء التي يصدرها أحد الأطراف، مما يفرض الخروج على ما تم الاتفاق عليه لاستكمال الأشغال بالشكل الصحيح (المطلب الثاني).

---

[1] - مديرية الأصول وسلسلة التزويد الأردنية، دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية، الشروط الخاصة، طبعة ثالثة، 2010، على الموقع: www.gantenders.gov.jo .

المطلب الأول – تنفيذ العقد وفقا لما تم الاتفاق عليه:

سايرت عقود الفيديك المبدأ العام للتعاقد والذي يقتضي أن يتم تنفيذ العقد وفقا لما تم الاتفاق عليه. ولذلك يتعين على كل طرف في عقد الفيديك أن ينفذ التزاماته وفقا لما تم الاتفاق عليه في بنود العقد ولا يجوز إعفائه من المسؤوليات الناجمة عنها.

الفرع الأول – تنفيذ المقاول لالتزاماته العقدية:

يفرض تنفيذ عقد الفيديك على المقاول مجموعة من الالتزامات تتمثل أساسا في:

1 – تنفيذ العقد بحسن نية: يقع على عاتق المقاول إنجاز المشروع وفقا لما تم الاتفاق عليه وأن يقوم بذلك بحسن نية ولهذا يتوجب عليه:

- أن يتولى تنفيذ العقد بنفسه لذلك فرضت الشروط العامة تحديد مسبقا كيفيات تنفيذ العقد، فإذا كان المقاول ورب العمل قد اتفاقا أن يتم التنفيذ من قبل المقاول، فإنّ ذلك يمنع على هذا الأخير التعاقد مع مقاولين من الباطن، وفي حال الاتفاق على الاستعانة بمقاولين من الباطن، فإنّه يجب التقيد بالمقاولين من الباطن المحددة أسمائهم في العقد ومقدار العمل المسند لهم.

وفي حالة عدم وجود اتفاق مسبق يحدد كيفيات التنفيذ فإنّه لا يجوز للمقاول التعاقد مع مقاولي من الباطن إلا بعد الموافقة المسبقة للمهندس، وفي كل الأحوال يبقى المقاول مسؤولا أمام صاحب العمل عن العمل المنجز من المقاولين من الباطن[1].

- أن ينجز الأشغال وفقا لما تم الاتفاق عليه: يلتزم المقاول في عقود الفيديك حسب شروطها العامة بتنفيذ العقد وفقا لما تم الاتفاق عليه. ما لم يكن التنفيذ مستحيلا، الأمر الذي يفرض عليه أن يشيد البناء وفقا للمواصفات المتفق عليها وأن يستعمل في ذلك المواد من الجودة المتفق عليها، وهو ما يفرض عليه أن يقدم للمهندس كافة وثائق المطابقة قبل مباشرة تنفيذ أي مرحلة من مراحل التصميم[2].

- تنفيذ تعليمات المهندس: من مميزات عقود الفيديك تمتع المهندس بسلطة الإشراف والمتابعة لعمل المقاول، ولذا يتعين على هذا الأخير التقيد بكل التعليمات التي يصدرها المهندس ما دامت تهدف إلى إنجاز الأشغال وفقا لما تم الاتفاق عليه.

- بذل عناية الرجل الحريص عند إنجاز الأشغال: يفرض هذا الالتزام على المقاول تنفيذ التزاماته العقدية بأقل قدر ممكن من التكاليف مع التقيد بالمواصفات الواردة في العقد، والخضوع للقوانين والتنظيمات المعمول بها، وكذا اكتتاب كل التأمينات الضرورية لضمان سلامة الأشخاص والعتاد عند إنجازه.

2 – الالتزام بالتسليم وإخلاء الموقع: بعد انتهاء المقاول من الأشغال المطلوبة منه يتعين عليه أن يسلم المشروع لرب العمل بشكل يمكّن هذا الأخير من الانتفاع به بدون عوائق[3]، ويجب أن يقع هذا التسليم في المواعيد المتفق عليها في

---

[1] - عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص ص 90 – 91.

[2] - محمد محمود حزام الغنيمي، بحث في استراتيجيات عقود المقاولات وفض النزاعات، بحث مقدم لنيل شهادة مهندس مدني، جامعة عين شمس، 2014، ص 3.

[3] - عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص ص 165 – 166.

العقد. وفي حالة التخلف عند هذه المواعيد فإنّه يجب الرجوع للشروط العامة لعقد الفيديك، والتي قدمت حلولا تختلف باختلاف المتسبب في التأخير[1].

تفرض إتمام عملية التسليم على المقاول إخلاء الموقع ولقد وردت في الشروط العامة لعقد الفيديك طريقة الإخلاء التي يتعين على المقاول التقيد بها ما لم يتفق الطرفان في العقد على خلاف ذلك.

3 – إصدار شهادة الإبراء: بعد أن يتقاضى المقاول كل مستحقاته المالية يقع لزاما عليه أن يسلم لصاحب العمل إقرار خطيا يثبت فيه المستخلص النهائي بشكل التسوية الكاملة والنهائية لكافة المبالغ المستحقة للمقاول بموجب العقد[2].

الفرع الثاني – تنفيذ صاحب العمل لالتزاماته العقدية:

على غرار المقاول يتعين على صاحب العمل تنفيذ التزاماته وفقا لما تم الاتفاق عليه في بنود العقد، ولذلك يصبح لزاما عليه القيام أساسا بما يلي:

- الالتزام بإخلاء الموقع: بمجرد ما يتفق الطرفان في العقد يقع لزاما على رب العمل إخلاء الموقع بالقدر المعقول ليتمكن المقاول من مباشرة أعماله في الموقع. وفي حال استخدامه للموقع خلال فترة شغله من المقاول فإنّه سيلتزم بتعويض عن كل الأضرار الناجمة عن هذا الاستخدام[3]. كما يلتزم بنقل المعدات والمواد الزائدة والنفايات من الموقع.

- الالتزام بتحمل المخاطر: باعتبار صاحب العمل هو مالك المشروع منذ البداية ولأن المقاول مجرد مشيد لهذا المشروع مقابل أجر يتقاضاه على ذلك، ولهذا فإنّه في حال ما تعرض المشروع للمخاطر بسبب الحروب أو أعمال الشغب أو الثورات الداخلية، أو لأي سبب آخر لا يد للمقاول فيه تحمل رب العمل تبعة ذلك بمفرده[4].

- الالتزام بالتأمين وتعويض الأضرار: إضافة إلى التزام المقاول باكتتاب التأمينات الضرورية أقرت المادة 2/21 من الشروط العامة لعقد الفيديك أن هذه التأمينات تكتتب باسم المقاول ورب العمل معا، ويجب أن تغطي هذه التأمينات الأضرار التي قد تحدث للمقاول ولرب العمل، ولذلك يقع لزاما على هذا الأخير اكتتاب هذه التأمينات وضمان استمراريتها طوال فترة سريان العقد في حال لم يقم بذلك المقاول، إضافة إلى التزامه بتعويض الغير عن كل خطأ يرتكب من التابعين له والعاملين تحت مسؤوليته[5].

- الالتزام بتسديد مستحقات المقاول: يلتزم رب العمل بتسديد المبلغ المتفق عليه كمقابل للأشغال التي ينجزها المقاول، إضافة إلى ما يطرأ من تعديلات فيه، والتي من شأنها أن تغير من هذا المبلغ بالزيادة، لاسيما ما تعلق منها بتكاليف المواد والآلات والبضائع التي تكبدها المقاول والمبالغ المستحقة الدفع عن الأضرار التي تسبب بها رب العمل أو أحد تابعيه[6]. أما عندما تكون هذه الزيادة نتيجة لسوء تقدير قيمة العقد منذ البداية أو لأن التصميمات كانت ناقصة، ولذلك أدخلت عليها بعض التعديلات، مما أدى إلى ارتفاع نفقات المشروع، مثلما حدث في ما بين شركة الخطوط الجوية الجزائرية وشركة البناء.

---

[1] - بشأن الشروط العامة لعقد الفيديك. انظر فيما يتعلق بالتأخر عن التسليم راجع: محمد إبراهيم إبداح، مرجع سابق، ص ص 125 – 127.

[2] - المرجع نفسه، ص 178.

[3] - عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 332.

[4] - المرجع نفسه، ص ص 318 – 320.

[5] - سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 130.

[6] - عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 339.

فإنّه في مثل الحالات يصعب رضا صاحب على قبول هذه الزيادات ولهذا ثار خلاف بين الطرفين وعرض للتحكيم من أجل الفصل فيه[1]:

- الالتزام بتسلم المشروع: بعد تأكد رب العمل والمهندس من مطابق العمل المنجز للأعمال المتفق عليها في العقد، يتعين على رب العمل استلام المشروع وتقبل العمل والموافقة عليه، ويعتبر رضا صاحب العمل عن العمل في هذه المرحلة أساسيا لحدوث عملية التسلم، لأنه يصعب حدوث التسلم قبل التقبل في مجال عقود الفيديك.

المطلب الثاني – إصدار أوامر التغير:

إذا كان الأصل أن يلتزم المقاول وصاحب العمل بتنفيذ التزاماتها حسبما تم الاتفاق عليه، فإنّ واضعي عقود الفيديك[2]، سمحوا بالخروج عن مبدأ سلطان إرادة الطرفين في رسم التزاماتهم لاستكمال أعمال البناء والتشييد بطريقة صحيحة ومرضية لجميع الأطراف، ولهذا أقروا اللجوء إلى أوامر التغير التي يتخذها أساسا المهندس (الفرع الأول)، كما قد يتخذها أحد طرفي العقد، فيغير بإرادته المنفردة من التزامات الطرف الآخر (الفرع الثاني).

الفرع الأول – إصدار أوامر التغير من قبل المهندس:

يعد المهندس طرفا مسمى في عقد الفيديك وليس طرفا موقعا عليه، ويلعب المهندس دورا محوريا في تنفيذ العقد من قبل أطرافه الأصليين، إذ يتولى إلى جانب عمله التقني المتعلق بإعداد التصميم متابعة تجسيد هذا التصميم من قبل المقاول. ولذلك يتمتع بصلاحيات وسلطات واسعة في إعطاء التعليمات والتوجيهات للمقاول لضمان تنفيذه لالتزاماته[3]. وهو ما يمنحه سلطة متابعة تنفيذ المقاول للأشغال، رفض الأعمال غير المطابقة، قبول تعيين المقاولين من الباطن، وقف الأشغال المخالفة واستيعاب كل من يسيء التصرف...، هذا وكما يتمتع المهندس بصلاحيات خاصة في عقد الفيديك وهي إصدار أوامر تغير البناء.

عرّفت عقود الفيديك هذه الأوامر على أنها أي تغير في الأعمال يتم إصدار التعليمات به والموافقة عليه كتغير، فيما عرّفه أحد المؤلفين على أنه أمر خطي يصدره المهندس للمقاول بمبادرة من المهندس نفسه أو بناءً على طلب من صاحب العمل أو باقتراح من المقاول بهدف إضافة أو حذف بعض محل العقد أو تعديله من حيث مدة الإنجاز، التكلفة، المواد المستعملة... وذلك أثناء تنفيذ العقد وقبل صدور شهادة تسليم الأعمال[4].

تحدث هذه الأوامر أساسا تغيرات في التزامات المقاول بالإنقاص منها أو بالزيادة، كما يمكن أن تغير من التزامات صاحب العمل أو في القيود التي يفرضها للدخول للموقع، ولكن لا يجب أن تؤدي هذه الأوامر إلى إعفاء أحد المتعاقدين من التزاماته العقدية[5].

يتخذ المهندس أوامر التغير لأحد الأسباب التالية[1]:

---

[1] - راجع بشأنه:

MECHTI Lyes, Une première séance de plaidoire debut aout, Litige AIR ALGERIE –SMI, publier dans EL Watan, le 20/07/2014.

[2] - عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 363.

[3] - خلف صالح عبد الفتاح الرهايفة، أساليب تسوية الخلافات التعاقدية في عقود فيديك النموذجية، رسالة لنيل درجة الماجستير في الهندسة، جامعة مؤتة، 2007، ص 33.

[4] - سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 47.

[5] - خلف صالح عبد الفتاح الرهايفة، مرجع سابق، ص ص 47 – 48.

- أوامر التغير لمواجهة القوة القاهرة.

- أوامر التغير لمواجهة صعوبات مالية غير متوقفة لدى صاحب العمل.

- أوامر التغير بسبب خطأ في التصميم سواء وقع هذا الخطأ من المهندس عند إعداده للتصميم أو المقاول عند تصميمه لبعض الأجراء والتفاصيل[2].

- أوامر التغير تجسيدا لرغبات صاحب العمل في إدخال بعض التعديلات على المشروع أو إصلاح لأخطائه بسبب إصداره تعليمات متناقضة لنقص خبرته.

- أوامر التغيير لأسباب تتعلق بأعمال الهندسة المدنية.

- أوامر تغير فرصتها طول مدة عقد الفيديك وتغير الظروف التي كانت تحيط بالعقد وقت إبرامه منها عند تنفيذه.

أيا كان سبب إصدار هذه الأوامر فإنّه يجب أن تتوفر فيها الشروط التالية:

- الشكلية أي تصدر مكتوبة ويتم إخطار المقاول بها.

- وجود بند في العقد يمنح للمهندس صلاحية إصدار هذه الأوامر.

- أن تكون هذه الأوامر ضرورية وفي حدود معقولة.

- أن تصدر أثناء تنفيذ الأشغال وقبل إتمامها.

الفرع الثاني – إصدار أوامر التغير من قبل طرفي العقد:

بعدما كان حق إصدار أوامر التغير حق مقرر للمهندس فقط، وأجازت عقود الفيديك بعد تعديلها في 1999[3] لصاحب العمل إصدار هذه الأوامر، كما سمحت حق للمقاول اقتراح إصدار مثل هذه الأوامر.

تسمح أوامر التغير لصاحب العمل من تعديل أعمال البناء أثناء التنفيذ بما يتوافق على تطور قدراته المالية واحتياجاته، وذلك بحذف بعض الأعمال شرط عدم إسنادها لمقاول آخر، أو إضافة بعض الأعمال دون معارضة من المقاول، ولإصدار هذه الأوامر يجب:

- أن تكون هذه التغيرات غير جوهرية ولا تعيد النظر في محل العقد بشكل جوهري.

- الحصول على التراخيص اللازمة لإنجاز هذه التغيرات.

- نحمل جميع المصاريف والنفقات الإضافية بسبب هذه التغيرات.

هذا وكما يجوز للمقاول اقتراح بدوره أوامر التغير، وذلك سواء لسرعة إنجاز العمل، تخفيض تكلفته... لكن لا يتقيد المقاول بهذه التغيرات ولا ينفذها إلا بعد أن يعرضها على المهندس ليوافق عليها[4].

خاتمة:

---

[1] - سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص ص 53 – 55.

[2] - ZHUANG Da Quan, op.cit, pp 14 – 15.

[3] - محمد السعودي أحمد تقي الدين، مرجع سابق، ص 38.

[4] - سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 89.

تعتبر عقود الفيديك عقود نموذجية وضعها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، حرص عند إعدادها على استيعاب مختلف أعمال البناء والتشييد وتوفير إطار تعاقدي مسبق يتضمن قواعد موحدة وعادلة تتلاءم مع الإرادة المشتركة لطرفيه، ولهذا اقترح عدة نماذج للتعاقد وعمل على تطويرها وعصرنتها حتى تتناسب مع التطورات العالمية التي يشهدها مجال البناء والتشييد.

لا تعد عقود الفيديك عقود إذعان، بل عقود يتفق الطرفان عند إبرامها على صياغة بنودها، في إطار النماذج المحددة بما يتناسب مع إرادتهما المشتركة وينفذان هذا العقد وفقا لما تم الاتفاق عليه ولأوامر التغيير التي صدرت عند تنفيذه.

تسمح هذه العقود للدولة ومؤسساتها بإنجاز وتشييد مشاريع البنية التحتية والمنشآت الاقتصادية الهامة وفقا لأساليب حديثة بالاستعانة بأكبر شركات البناء والمقاولاتية العالمية وأهم مكاتب الهندسة والدراسات، ولقد أبرمت في الجزائر عدة عقود فيديك أهمها عقود بناء عدة سدود وعقد بناء المقر الاجتماعي الجديد لشركة الخطوط الجوية الجزائرية...

رغم ذلك ما تزال هذه العقود تفتقر إلى تنظيم تشريعي في الجزائر، فرغم تنظيم عقد المقاولة في القانون المدني وجود نص قانوني خاص بالمهندس المعماري، إلا أننا نعتبر هذه القواعد غير كافية ولا تتلاءم مع الطبيعة المركبة والمتطورة لعقود الفيديك لاسيما إذا كان أحد أطرافها أجنبيا أو يتمثل في إحدى الشركات العالمية أو المتعددة الجنسيات.

عدم التوازن العقدي في عقود الأعمال و معالجته في قانون المنافسة

د. بن حملة سامي ، أستاذ

كلية الحقوق ، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة.

مقدمة:

لقد أدى الانفتاح الاقتصادي على المنافسة إلى إتساع مجال العلاقات التعاقدية في السوق الذي يشكل البيئة الملائمة للحريات الاقتصادية، و هذا ما أدى إلى ازهار مبدأ سلطان الارادة و اتساع مجال الحرية العقدية في السوق مما نتج عنه اتساع العلاقات التعاقدية بين المتدخلين لاسيما بين المنتجين و الموزعين، فظهرت فئة جديدة من العقود على غرار عقود التوزيع التي تندرج ضمن صور عقود الأعمال.

غير أن هذه العلاقات بقدر ما أنها تخضع لمبدأ سلطان الارادة، فإنها تميزت بعدم التوازن العقدي بين المتعاقدين نتيجة التفاوت الذي يظهر بينهما في المراكز الاقتصادية في السوق لاسيما إذا كان أحد المتعاقدين يحتل وضعية هيمنة أو وضعية احتكار مما ينتج عنه تبعية المتعاقد الآخر و تعرضه للممارسات التعسفية التي تمس بمركزه القانوني و كذلك الاقتصادي في السوق ناهيك عن المساس بحرية المنافسة.

و لحماية المتعاقد في هذا الاطار باعتباره شريكا تجاريا أو حتى منافسا، تصدت تشريعات المنافسة الحديثة لهذه الممارسات التعاقدية التعسفية ومنها المشرع الجزائري[1]، و هذا ما تجلّى في الأحكام المتعلقة بالممارسات المُقيّدة للمنافسة[2].

و عليه يطرح التساؤل عن مدى محاولة تشريعات المنافسة التصدي لهذه للممارسات التعاقدية التعسفية التي تُخل بتوازن العلاقات التعاقدية في السوق، و ماهي الآليات المتاحة في قانون المنافسة الجزائري في ظل وجود أحكام القانون المدني التي تهدف إلى اعادة التوازن العقدي بين المتعاقدين في العقد؟

للاجابة على هذه التساؤلات، سوف نتطرق لدراسة المحاور التالية:

- ازدهار مبدأ سلطان الارادة في مجال العلاقات التعاقدية السوقية

- مظاهر عدم التوازن العقدي في العلاقات التعاقدية السوقية

- معالجة مظاهر عدم التوازن العقدي في العلاقات التعاقدية السوقية

أولا : ازدهار مبدأ سلطان الارادة في مجال العلاقات التعاقدية السوقية

بالرغم من حداثة قواعد قانون المنافسة لم تستغن تشريعات المنافسة الحديثة على العقد كمفهوم أساسي ترتكز عليه قواعد السوق و تدور حوله مختلف الممارسات و التصرفات التي تبرم بين المتعاملين الاقتصاديين، سواء كانوا متنافسين أو شركاء تجاريين.

أ- مبررات ازدهار مبدأ سلطان الارادة في العلاقات السوقية

---

[1] الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو 2003 الذي يتضمن قانون المنافسة المعدل و المتمم بالقانونين رقم 08-12 والقانون 10-05.

[2] أنظر المواد من 6 إلى 14 من قانون المنافسة.

يعتبر قانون المنافسة المجال الذي تلتقي فيه الحريات الاقتصادية بالحرية العقدية التي يُكرّسها قانون العقود و التي تشكل أحد مبادئه في ظل سيطرة النزعة الفردية لسلطان الارادة، حيث تجد الحرية العقدية مجالا واسعا في السوق الذي يعتبر المجال الطبيعي للحريات الاقتصادية و خصوصا حرية المنافسة، لذلك يرتبط كل من قانون المنافسة و القانون المدني بالحرية العقدية la liberté contractuelle سواء فيما يتعلق بحرية الفرد في التعاقد أو عدم التعاقد من جهة، و كذلك حريته في تحديد مضمون العقد من جهة أخرى.

و نتيجة لذلك ظهر توافق و مُواءمة بين قانون المنافسة و قانون العقد، بحيث يعتبر العقد في هذا الاطار كآلية قانونية لتحقيق النظام الاقتصادي الذي يرتكز على المفاهيم الأساسية التي يتضمنها القانون الخاص: كالملكية و العقد، مما أدى الى ظهور تعايش بين القانون الاقتصادي و القانون المدني على اعتبار أن السوق يمثل حلبة و ميدان لتجاذب حقوق الملكية و انتقالها بكل حرية عن طريق العقد، لذلك انتشر مبدأ الحرية العقدية و أصبح متغلغلا في مجال المنافسة .

و حسب الفقه، يعتبر قانون العقود الأداة المُثلى للمبادلات في السوق نتيجة للتماثل الذي يظهر بين حرية المنافسة و الحرية العقدية، لذلك اعتبرت الفقيهة P. Salin أن الحديث عن ميدان المنافسة يعني الحديث عن ميدان الحرية العقدية ، كما أن التنظيم الجيد و الفعّال للسوق لا يكون ممكنا إلا إذا كان القانون يحمي الائتمان و الثقة من خلال احترام العقود المبرمة. فاستقلالية الارادة و القوة الملزمة للعقد يعتبران دائما عناصر للسير الحسن للسوق، ذلك أن تنظيم العلاقات الاقتصادية لا بد أن تترك حصريا للأفراد و لسلطان الارادة و الحرية العقدية و الملكية الخاصة ، فهذه هي غاية ممارسة و ابرام العلاقات الاقتصادية، وهذا ما يؤدي إلى ضبط آلي أو ذاتي للمنافسة في السوق عن طريق حرية السوق و الحرية العقدية بالرغم من انتقاد هذا الرأي من قبل جانب من الفقه في كون أن تدخل قانون المنافسة جاء لحماية ممارسة الحريات العقدية، و هذا ما أدى الى نشوء نزاع بين المبادئ التقليدية للقانون المدني و حتميات المنافسة .[1]

و مهما يكن، فقد عرف العقد تصورا جديدا من منظور قانون المنافسة من خلال مختلف التصرفات التعاقدية التي تصدى لها لاسيما في ظل حرية المنافسة التي يهدف قانون المنافسة إلى حمايتها .

لذلك تضّمن قانون المنافسة على غرار تشريعات المنافسة الحديثة مفهوم العقد ضمن أحكامه سواء نص على ذلك صراحة أو في إطار مفهوم الاتفاق و كذلك العلاقات التجارية.

فعلى سبيل المثال نص قانون المنافسة على مفهوم العلاقات التجارية التي تدل على وجود علاقات تعاقدية نشأت في السوق مثلما نصت عليه الفقرة 05 من المادة 11 من قانون المنافسة : " ... قطع **العلاقات التجارية** لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة ...". و هذا ما يعكس الاصطلاح الجديد للعقد نتيجة تطور الحياة الاقتصادية مما أدى إلى ظهور أنماط جديدة للتعاقد في ظل تنوع العلاقات التجارية سواء بين المنتج و الموزع أو ما بين باقي المتدخلين في السوق، و بالتالي أصبح العقد يحتل مكانة هامة ضمن قانون المنافسة بالرغم من تجرده من مفهومه الاصيل و اصطلاحه مثلما هو منصوص عليه في القانون المدني.

و تطبيقا لذلك، نصت المادة 10 من قانون المنافسة على العقد في اطار حظر الممارسات الاحتكارية أو الاستئثارية من خلال ما يلي: " يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو الاخلال بها و يحظر كل عمل أو **عقد** مهما كانت طبيعته و موضوعه ....".

[1] Patrice Rien. La Notion de Transparence dans le Droit de la Concurrence, éd, Le Harmattan, Paris ,2002. pp.87.91.

و بهذا يتضح اتساع مفهوم العقد في الحياة الاقتصادية مما دفع بالمشرع إلى استخدام مفاهيم تعكس التطور الذي تعرفه الحياة الاقتصادية و التصرفات التي تنشأ في السوق، و هذا ما عبّر عنه المشرع بالعلاقات التجارية و الاتفاقات التي تأخذ الطابع التعاقدي طالما أنها تبرم بين أشخاص طبيعية أو معنوية مستقلة تؤدي الى إحداث آثار قانونية. بحيث تكتسي هذه الأخيرة الطابع التعاقدي متى أدت الى إحداث تغيير في الوضعية القانونية للمتعاقدين و ذلك باكتساب حقوق و تحمل التزامات جديدة[1].

ب- ارتباط القوة التعاقدية بالمراكز الاقتصادية للمتعاقدين

أصبح الفقه حديثا يهتم بالمراكز التعاقدية لأطراف العقد لاسيما بالنسبة للعلاقات التعاقدية التي تظهر في السوق و هذا ما دفع ببعض المشرعين إلى وضع أحكام خاصة تأخذ بعين الاعتبار القدرة التعاقدية للمتعاقد puissance contractuelle و مدى تأثيرها على توازن العقد.

فبالنسبة لقانون العقود لا يعتد بوضعية المتعاقد و قدرته التعاقدية فيما إذا كان طرفا قويا أو طرفا ضعيفا ، فالأطراف متساوية في العملية العقدية سواء كان أحدهم في وضعية قوة أو أنه في وضعية ضعف على اعتبار أن مسألة الحرية العقدية مسألة بديهية و مسلم بها، حيث تكون العلاقات التعاقدية مجردة عن الواقع و الوضعيات التعاقدية و كذلك علاقات القوة، لذلك لا يؤخذ بعين الاعتبار حالة القوة و حالة الضعف عند تطبيق المبادئ التعاقدية[2]. ذلك أن قواعد قانون العقود تأخذ بالمساواة النظرية بين أطراف العقد دون الأخذ في الحسبان المراكز و الوضعيات الاقتصادية و المالية للمتعاقدين، في حين تترك مسألة تحقيق العدالة العقدية للقاضي في إطار عقود الاذعان[3].

و بالمقابل أصبحت التشريعات الحديثة على غرار قانون المنافسة تأخذ بواقع و حقيقة العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق سواء قبل أو عند أو أثناء تنفيذ العقد و هذا نتيجة لظهور تفاوت بين أطراف العلاقة التعاقدية من جهة، و عدم فعالية قانون العقد نتيجة لهذا التغير من جهة أخرى .

فتوجه القانون اليوم و تطوره بالنظر لوضعية المتعاقد الذي قد يتعرض للتعسف تتم معالجته في اطار القواعد الخاصة التي تأخذ بعين الاعتبار وضعيات و مراكز القوة التعاقدية في حين يبقى القانون المدني كقانون متزامن و معاصر لهذه الأحكام.

و قد انتقد الفقه قانون العقود في كون أنه لا يؤخذ بالحقيقة العقدية و لا بمسألة حماية الطرف الضعيف في العقد، ليتمّ معالجة هذا النقص في إطار القواعد الخاصة (قانون المنافسة) التي تؤخذ بعين الاعتبار وضعيات أو مراكز القوة التي يتمتع بها المتعاقد. و مرد عدم أخذ قانون العقود بقوة المتعاقد و قدرته التعاقدية و تدخله لحماية الطرف الضعيف تعود لاعتبارات تتعلق بالعدالة الاجتماعية، ذلك أن هذا التدخل قد يؤدي إلى تخريب و المساس بأمن العلاقات التعاقدية لاسيما العلاقات الاقتصادية، فالحيادية عامل أساسي لتكوين العملية التعاقدية شريطة عدم تعسف الطرف القوي بالنظر لوضعيته بهدف انتزاع مزايا و فوائد لصالحه[4].

---

[1] علي فيلالي ، **الالتزامات: النظرية العامة للعقد** ، موفم للنشر، الجزائر، 2012.ص 47.

[2] Géorgoire Loiseau, La Puissance de du Contractant en Droit Commun des Contrats .A.J.C.A. décembre , 2015.p 496.

[3] انظر المادة 110 من القانون المدني .

[4] Georgoire Loiseau . op.cit p.496.

لذلك أصبح قانون المنافسة يُملي أحكامه على التصرفات التعاقدية و معالجته للممارسة التعسفية مع المحافظة على الحرية العقدية [1].

فحسب قانون المنافسة تأتي القدرة أو القوة التعاقدية من وضعيتين:

- المكانة الاقتصادية للمتعاقد في السوق بالنظر للمتعاقد الآخر و كذلك باقي المتدخلين في السوق، فإذا امتلك حصة معتبرة في السوق فإن ذلك يعتبر مؤشرا على هيمنته و قوته في السوق و هذا ما يشكل بالنسبة له منطقة أمان .
- أما الوضعية الثانية فهي تتعلق بالعلاقات التعاقدية غير المتوازنة عندما يكون لطرف القدرة على فرض شروطه التجارية على الآخر بالرغم من أن قانون المنافسة لا يتدخل في المفاوضات التجارية على اعتبار أنه يهدف الى حماية السوق [2] .

و مهما يكن، تبقى الأحكام الخاصة التي جاءت من أجل التكيّف مع هذه الوضعيات لا تُؤثر على مجال تطبيق قانون العقود [3] .

ثانيا: مظاهر عدم التوازن العقدي في العلاقات التعاقدية السوقية

قد ينشأ العقد صحيحا غير أنه قد يشكل ممارسة مقيدة للمنافسة عندما يكون مصدرا للتعسف نتيجة للوضعية الاقتصادية التي يتمتع بها أحد المتعاقدين في السوق .

أ- **المظاهر المتعلقة بالممارسات التعاقدية المقيدة للمنافسة**

تعتبر الممارسة المقيدة تصرف تعاقدي تعسفي تصدر عن متعامل بغرض الاضرار بشريكه المتعامل معه فهي تؤدي الى تفجير علاقة الثقة التي نشأت عن العقد بواسطة التعسف، لذلك فهي تندرج في اطار العلاقات الاقتصادية غير المتوازنة من خلالها يمارس أحدهم سلطته و هيمنته على الآخر [4] .

و بعبارة أخرى تُعبّر الممارسة المقيدة في حالة عدم انتظام داخلي للعلاقة التجارية التعاقدية المنظمة و التي تشكل تعسف لحق بالعقد المبرم بينهما، لذلك تعتبر الممارسة المقيدة تصرف تعاقدي تعسفي ينتج عن الاستغلال المفرط لامتياز أو حق أو حالة واقعية، و الذي وجد بيئة ملائمة في إطار قانون المنافسة، لذلك أصبح هذا الأخير يعرف بقانون التعسف un droit de l'abus .

---

[1] Guillaume Mallen .L'appréhension des Pratiques Restrictives pour les Autorités Françaises et Européennes de la Concurrence .éd. l'harmattan .Paris. 2014.p.24.

[2] Frédéric Puel, Virginie Rebeyrotte, A.J.C.A. Décembre, Abus de Puissance Contractuelle et Pratique Anticoncurrentielle. 2015.pp.499.500.

[3] Georgoire Loiseau .op.cit.p.p.496.498.

[4] Guillaume Mallen .op.cit.p.19.

فالممارسة المُقيدة تعتبر تعسفية على اعتبار أنها غيّرت و أساءت و شوهت القدرة التنافسية للمتعامل الذي تفاجئ بها و الذي يعتبر كمتعامل متعاقد في مواجهة صاحب التصرف التعاقدي، لذلك يشكل العقد في هذا الاطار ناقلا أو حاملا للتعسف le vecteur .

فجميع الممارسات المقيدة لها طابع اتفاقي بحيث يعتبر العقد البيئة المناسبة لظهور الممارسات المقيدة، لذلك عرف العقد فشلا في العلاقات السوقية لأنه لا يُعبّر في هذا الاطار عن مصالح مشتركة بين المتعاملين المهنيين و هذا ما يظهر في عدم التوازن بين المتعاقدين، أي أنه يعتد بالحتمية الاقتصادية للمتعاقد.

كما أن الممارسات المقيدة تأخذ بالمفهوم الواسع للاتفاق و التي يمكنها أن تظهر في جميع مراحل التعاقد حتى قبل العقد و هذا ما يظهر في حالة رفض التعاقد [1]، أو عند تنفيذ العقد كالتمييز في شروط البيع [2]. و كذلك عند انهائه في حالة القطع الانفرادي للعلاقة التجارية [3]. هذه الحالات التي يقوم بها المتعامل إنما ترجع إلى قدرته الاقتصادية .

و في هذا الاطار تعتبر الممارسة المقيدة جزءا من تركيبة العقد فتصبح عنصر أساسي في العقد بعدما تم إدراجها بصفة منفردة من قبل صاحبها مما يشكل اضرارا مباشرا بالمتعاقد، أما إذا كان التعسف منعزل و بسيط فيجب الأخذ في الحسبان الاطار التعاقدي لأن التعسف قد ينتشر بصفة سلبية في مجال المنافسة كما قد يتعدى المتعاقد فيصبح العقد في هذا الاطار سلاحا خطيرا في مواجهة السوق [4].

خلافا لباقي المُمارسات المحظورة في قانون المنافسة تتميز الممارسات المقيدة بطابعها المنفرد بالرغم من ظهورها في مجال العقد لاسيما في اطار العلاقات التعاقدية الافقية. و في هذا الاطار يتم تقدير عدم التوازن العقدي على أساس وجود امكانية التفاوض و ليس على أساس علاقة القوة بين الطرفين لذلك يظهر عدم التوازن في عقود الاذعان.

و بالرغم من ذلك، فإن عدم المساواة التي تنتج عن القوة الاقتصادية للمتعاقد أو المركز الاقتصادي للمتعاقد قد تؤثر على قدرة التفاوض، لذلك فلا يستبعد عدم التوازن في هذا الاطار أي في العقود التي تمّ التفاوض حولها طالما أن العلاقة غير متوازنة. فقد يظهر عدم التوازن حتى في الاتفاقات التي تمّ التفاوض حولها، لذلك يعتبر الاجتهاد القضائي بأن أي علاقة اقتصادية غير متوازنة تشكل دليلا على وجود ممارسة مقيدة مما يستدعي دراسة الغاية من تحقيق التوازن العام للعقد بعيدا عن علاقة القوة بين الطرفين [5].

و في هذا الاطار تتميز عقود الاذعان[6] بالسرعة و الشكلية الموحدة استجابة للحياة الاقتصادية كعقود التوزيع مثلا على اعتبار أنها تحقق الانسجام التجاري لاسيما إذا كانت تنتمي لشبكة توزيع حصرية فيكون لجميع المتعاملين نفس الشروط التعاقدية.

---

[1] انظر الفقرة 2 من المادة 11 من قانون المنافسة التي نصت على حظر رفض البيع بدون مبرر شرعي.

[2] انظر الفقرة 3 من المادة 11 من قانون المنافسة و كذلك الفقرة 5 من المادتين 6 و 7.

[3] انظر الفقرة 5 من المادة 11 من قانون المنافسة.

[4] Guillaume Mallen .op.cit.pp.19.22et 457.

[5] Mary Claude Mitchell, Tiphaine de Lannoy, Abus de Puissance Contractuelle et Pratiques Commerciales Restrictives .A.J.C.A. Décembre 2015.p.p.504.506.507

[6] لمزيد من التفصيل حول عقد الاذعان ، ارجع ، علي فيلالي، المرجع السابق، ص 7 و ما بعدها.

لذلك تكون عقود الاذعان فرصة لإقحام الممارسة المقيدة ضمن العقد بطريقة منفردة من خلال إدراج شروط عقدية مُنافية للمنافسة كون أن عقود الاذعان تعتبر كإتفاق لم يتم التفاوض عليه فيكون مضمون العقد محددا بصفة كلية أو جزئية قبل التعاقد [1] .

كما يعتبر العقد الاطار le contrat cadre إطار تعاقديا ناجعا من أجل ارتكاب الممارسات المنافية للمنافسة و إدراج شروط غير قانونية بصفة صريحة أو ضمنية، كذلك الحال بالنسبة للعقود النموذجية contrats type التي تعتبر نوع من عقود الاذعان لاسيما في إطار عقود التوزيع على اعتبار أنها تُعد مُسبقا من قبل المؤسسات الاقتصادية الكبرى في شكل نموذج تتضمن شروطا عامة للعقد تدمج فيها شروط مُقيدة .

و بذلك يتجلّى توحيد الارادة العقدية في إطار هذه العقود على اعتبار أنها تهدف إلى تسهيل إبرام العقود بسرعة و الابتعاد عن مناقشة شروط العقد بحيث لا يمتلك المتعاقد الآخر إلا أن ينضم إليها أو عدم الانضمام لذلك سُميّت هذه الفئة من العقود بعقود السوق contrats des marché، و بالرغم من ذلك تبقى عقود الاذعان كاتفاق رغم أنه محدد بصفة منفردة [2]. في ظل عجز قواعد قانون العقد عن معالجة مظاهر التعسف التي تظهر في العلاقات التعاقدية السوقية تدخلت قواعد قانون المنافسة للتصدي لحالات التعسف التي تنتج عن حالات التبعية الاقتصادية، فضلا عن الوضعيات الاقتصادية التي تنتج عنها حالات عدم توازن عقدي.

ب- عدم التوازن العقدي الناتج عن وضعية التبعية الاقتصادية للمتعاقد

خلافا لأحكام قانون العقد التي تضمّنها القانون المدني الجزائري، تصدّت بعض التشريعات المقارنة على غرار قانون العقود الفرنسي [3]. لمسألة التعسف الناتج عن التبعية الاقتصادية بالرغم من تصدي تشريعات المنافسة لهذه المظاهر التعسفية في إطار حظر الممارسات المنافية للمنافسة و المقيدة لها [4] .

فأصبح يعتد بالإكراه الناتج عن التعسف في حالة التبعية الى جانب عيوب الارادة، بحيث أصبحت هذه الحالة كصورة للإكراه مثلما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي اعتبر الاكراه الاقتصادي كإكراه و ليس كغُبن بالرغم من وجود حالة الضعف situation de faiblesse في جانب المتعاقد الآخر الذي يعتبر في وضعية تبعية [5] . فعدم التوازن يظهر عند الاستغلال التعسفي لمركز القوة و التي يقابلها خضوع الطرف الآخر في ظل قدسية القوة الالزامية للعقد و الحرية العقدية على حساب عدم التوازن العقدي الذي قد يكون مُبتغى الأطراف المتعاقدة دون أن يُعتبر كحالة مرضية، فعندئذ لا يتم مُعاقبة هذه الوضعية [6] .

و لم يسلك المشرع الجزائري هذا المنحى ضمن أحكام قانون العقد المتعلقة بالإكراه [7]، التي لم تضع أي آلية للقاضي للتصدي لحالات الاكراه الناتجة عن الهيمنة الاقتصادية لاسيما إمكانية إبطال العقد خلافا للقواعد الجديدة التي

---

[1] Guillaume Mallen .op.cit.p.p.457.458.

[2] ibid, pp. 460.463.

[3] ارجع في هذا الاطار لنص المادة 1143من القانون المدني الفرنسي التي أشارت إلى مفهوم الاكراه الاقتصادي violence économique ضمن القواعد العامة للعقود في إطار تعديل 16 فيفري 2016 بالرغم من أن المادة لم تنص عليه صراحة.

[4] انظر المواد: 6 . 7 . 11 من قانون المنافسة .

[5] Muriel Chagny. Les Contrats d'Affaires à l'épreuve des nouvelles Règles sur l'Abus de l'état de Dépendance et le Déséquilibre Significatif .A.J.C.A, Paris, 2016, pp.115.116.

[6] Sarah Bros, Article 1169.Le Déséquilibre Significatif, Revue des Contrats n : 3 septembre 2015 .p .761.

[7] انظر المواد: 88- 89 من القانون المدني

تضمّنها التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي ضمن المادة 1143 التي نصت على[1] : " il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif."

و عليه، فقد أصبح الاكراه يتعلق بتعسف المتعاقد الناتجة عن حالة الضرورة أو التبعية التي يتواجد فيها المتعاقد الآخر الذي يستغل وضعيته هذه من أجل الحصول على تعهد منه، بحيث لولا هذه الوضعية لما تحصل عليه و بالتالي يكون قانون العقد خلافا للمشرع الجزائري قد وضع أحكام لمعالجة حالة الاكراه الاقتصادي الذي يظهر في العقد بالرغم من الجدل الذي ظهر حول طبيعته و كذلك حول أثره في العقد .

و يرى البعض بأن الاكراه الاقتصادي لا يعتبر سببا لإعادة النظر في العدالة العقدية للعقد طالما أن المتعاقد الآخر قبل بشروطه. و قد قدم الاجتهاد القضائي الفرنسي تعريفا للإكراه الاقتصادي في 03 أفريل 2002 على أنه استغلال تعسفي لوضعية تبعية اقتصادية تعمل على جلب مصلحة من خلال إلحاق أذى يهدد بصفة مباشرة المصالح المشروعة للشخص الذي شاب رضاه عيب الاكراه [2] .

و بالتالي فقد اعتبر القضاء هذا النوع من العيب على أنه اكراه و ليس غُبن بالرغم من التقارب الذي يظهر بينهما، في حين أطلق عليه البعض تسمية الغبن المصنف lésion qualifiée الذي يظهر نتيجة الاستغلال التعسفي لحالة الضعف بما يسمح للطرف القوي من الحصول على امتياز حصري على حساب الطرف الآخر المتضرر [3].

بحيث يشترط لتوافر هذه الحالة أن يكون الاكراه قد صدر عن استغلال حالة التبعية الناتجة عن وضعية الهيمنة و أن يحصل على فوائد و مزايا يجنيها لصالحه فالتعسف في وضعية التبعية يعتبر عاملا أساسيا في ظهور عيب الاكراه [4] .

هذا، و يعتبر مفهوم الاكراه الاقتصادي مفهوما واسعا يتضمن جميع صور حالات التبعية الاقتصادية التي تتعلق بالتوازن المالي للعقد، و في هذا الاطار يظهر أثره فقط على المتعاقد الآخر دون الغير خلافا لقانون المنافسة الذي تصدى للتعسف الناتج عن وضعيات الهيمنة [5] ، و كذلك وضعيات التبعية الاقتصادية [6] ، التي تظهر في العلاقات التعاقدية بين المتعاملين الاقتصاديين في السوق سواء كانوا منافسين أو شركاء تجاريين.

أما عن أثر الاكراه الاقتصادي على العقد، فقد اعتبر الفقه بأن محاولة بعض التشريعات للتصدي لحالة الاستغلال الناتجة عن الاكراه قد تمس بالأمن القانوني في المجال العقدي بالرغم من أنها تسعى إلى تحقيق الحد الأدنى من العدالة العقدية طالما أن عدم التوازن الاقتصادي يؤدي إلى عدم التوازن العقدي و الذي يعطي للقاضي امكانية مراجعة العقد كما هو الحال في بعض التشريعات الاوروبية، بالرغم من وجود الحلول التقليدية التي يرجع فيها الطرف الضعيف إلى طلب إبطال العقد خلافا لباقي عيوب الإرادة التي تظهر فيها إمكانية الإبقاء على العقد [7].

---

[1] Art.1143, ordonnance n, 2016-131 , jo 11 févr.2016, Réforme du droit des obligation, Dalloz,2016.

[2] Géorgoire loiseau .op. cit .pp.496.498.

[3] Pascal Angel « Article 1142 : Violence économique « Revue des Contrats, n 03 septembre 2015, p747.

[4] Georgoire loiseau .op. cit .p .498.

[5] انظر المادة 7 من قانون المنافسة

[6] انظر المادة 11 من قانون المنافسة

[7] Pascal Angel .op .cit .p. 747.

و عليه، و بغض النظر عن معالجة الاكراه الاقتصادي ضمن القواعد العامة تبقى الحلول التي يُتقدمها قانون العقد بعيدة عن تلك التي يتضّمنها قانون المنافسة لاسيما إذا كان المتعاقد الضعيف يرغب في الابقاء على العلاقة التعاقدية.

ثالثا : معالجة مظاهر عدم التوازن العقدي في العلاقات التعاقدية السوقية

لقد ظلت مسألة معالجة عدم التوازن العقدي محل اهتمام الفقه لاسيما مع التطور الذي عرفته العلاقات التعاقدية في الحياة الاقتصادية و ما تبعه من ظهور أحكام خاصة سواء ضمن قانون المنافسة أو قانون الاستهلاك التي تهدف إلى حماية المتعاقد المتضرر جراء هذه الوضعية في ظل قصور أحكام قانون العقد بالرغم من أن هذه الأخيرة تضمنّت أحكاما تهدف إلى تحقيق العدالة العقدية في إطار عقود الاذعان.

أ- حظر الممارسات التعاقدية المقيدة للمنافسة

نتيجة لمظاهر عدم المساواة بين المتعاملين في السوق، أقر المشرع في إطار قانون المنافسة حظر الممارسات المقيدة التي تمس بتوازن العلاقات التجارية، حيث تأتي هذه الأحكام لضمان توازن العلاقات بين المهنيين مهما كان شكلها.

و في هذا الاطار تصبح الممارسات المقيدة كممارسات تعسفية لتندرج في إطار نظرية التعسف في استعمال الحق على اعتبار أنها تُشكل تعسف في المركز التعاقدي للمتعامل الاقتصادي في مواجهة المتعاقد الآخر.

لذلك تهدف هذه الأحكام إلى حماية المتعامل الضعيف و البحث عن توازن العلاقات التعاقدية في ظل تمتع المتعاقد بمركز تعاقدي قوي في مواجهة المتعاملين معه بالرغم من أن عدم التوازن الجوهري ينتج في الغالب عن الشرط التعسفي خلافا لحالة امتلاك المركز الاقتصادية الذي قد لا يُؤدي إلى عدم التوازن.

و لم يعالج القانون المدني الجزائري حالة عدم التوازن العقدي الناتجة عن عدم التوازن الاقتصادي و استغلال مراكز القوة الاقتصادية تاركا ذلك للأحكام الخاصة التي تضمّنتها قانون المنافسة المتعلقة بحظر التعسف في وضعية الهيمنة و كذلك التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية إذا كانت هذه الشروط التعاقدية تمس بحقوق و التزامات المتعاقد و تجعلها غير متكافئة، و هذا في ظل استبعاد تطبيق الاحكام المتعلقة بالشروط التعسفية التي نصت عليها المادة 30 من القانون 04-02 المعدل و المتعلق بالممارسات التجارية في العلاقات بين المتعاملين الاقتصادية و حصرها فقط في العلاقات التعاقدية التي تنشأ بين المهنيين و المستهلكين، خلافا للمشرع الفرنسي الذي تدارك المسألة منذ تعديل قانون المنافسة لسنة 2008 ليُوسع مجال تطبيق الحظر على الشروط التعسفية لتشمل كذلك العلاقات بين المهنيين [1] .

فبهذا النص يكون المشرع الفرنسي خلافا للمشرع الجزائري قد تمّ وضع حد للتجاوز و التعدي على الحرية العقدية ضمن قانون المنافسة في حالة وجود تفوق اقتصادي في العلاقات بين المهنيين.

و منه، فإن معالجة مسألة عدم التوازن الجوهري تشمل كذلك العقود التي تم التفاوض فيها بكل حرية من خلال تمكين القاضي من فرض رقابة على العقد المبرم بين الافراد خلافا للأحكام الخاصة التي وضعت جزاءات لعدم التوازن الجوهري مما يطرح عدة اشكالات تتعلق بسلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية[2].

---

[1] لقد تم تعديل المادة 442-6/° من قانون التجارة الفرنسي بموجب القانون 04 أوت 2008 المتعلقة بحظر عدم التوازن الجوهري، انظر:

- Pascal léhuédé Droit de la concurrence .éd .Bréal. Paris .2012. p. 159.

[2] Pascal léhuédé. op.cit p. 761

كما لا يزال عقد الاذعان محل جدل فقهي و كذلك تشرعي في ظل وجود أحكام خاصة حاولت معالجة مظاهر عدم التوازن العقدي التي يفرزها عقد الاذعان فيما إذا تضمّن شروطا تعسفية بالموازاة مع الأحكام التي تضمّنها قانون العقود [1].

و خلافا للمشرع الجزائري فقد ميّز المشرع الفرنسي بين العقد الرضائي le contrat de gré à gré الذي يبرم عن طريق المفاوضات بين أطرافه و بين عقد الاذعان الذي تحدد شروطه الأساسية من قبل أحد أطرافه، و هذا ما نصت عليه المادة 1110 المعدلة من القانون المدني الفرنسي [2].

و منه، فإن عدم التوازن العقدي قد يظهر فقط في العقد الذي لم يتم التفاوض حوله أي في عقد الاذعان عندما يتعرض المتضرر لتعسف من الطرف الآخر فيحدث عدم توازن في العقد نتيجة استغلال مركزه القوي بهدف الحصول على امتيازات أو فرض التزامات على المتعاقد الآخر دون مقابل اقتصادي، لذلك يرى البعض أنه من الضروري حصر عدم التوازن العقدي في التعسف الذي ينتج عن عقود الاذعان [3].

و في هذا الاطار نجد بأن المشرع الجزائري يعتبر بأن الشرط التعسفي الذي يتضمنه عقد الاذعان هو الذي يؤدي إلى عدم التوازن العقدي مثلما نصت عليه المادة 110 من القانون المدني. و خلافا لذلك وسّع المشرع الفرنسي مفهوم عدم التوازن العقدي ليرتبط بحالة عدم التوازن الجوهري le déséquilibre significatif في الحقوق و الالتزامات بين طرفي العقد دون الشرط التعسفي.

و هذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1171 من القانون المدني في إطار تعديل 16 فيفري 2016 ، حيث نصت على [4]:

" dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principale du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation."

و عليه، يمكن للمتعاقد المتضرر إلغاء الشروط التي تشكل عدم توازن جوهري في العقد مع استثناء حالتي الغبن و عدم ملائمة السعر [5].

غير أن إدراج هذا النص ضمن القواعد العامة قد يطرح مسألة تحديد مجال و نظام و مفهوم عدم التوازن الجوهري. ذلك أن إدراج مفهوم عدم التوازن الجوهري في القانون المدني يمنح للقاضي سلطة تنقيح و حذف الشروط التي تؤدي إلى هذه الوضعية، غير أن خضوع أغلب العقود لقانون الاستهلاك و كذلك قانون المنافسة يجعل أحكام قانون المدني غير مُفيدة في معالجة عدم التوازن العقدي إلا في الحالات التي تخرج عن الأحكام الخاصة التي ترتكز على عنصر التبعية ضمن قانون المنافسة و حماية المستهلك ضمن قانون الاستهلاك، و بالتالي فقد جاءت أحكام القانون المدني للأخذ

---

[1] انظر المواد : 70، 110 ، 112 من القانون المدني

[2] Romain Boffa : Article 1108 : le Contrat D'Adhésion. Revue des Contrats, n : 3 septembre, 2015, Paris, p.736.

[3] Sarah Boss .op.cit. p. 761.

[4] Art.1171, ordonnance n, 2016-131 , jo 11 févr.2016, Réforme du droit des obligation, Dalloz,2016.

[5] Sarah Bros .op. cit .p 761.

بحالة الضعف la faiblesse التي تعتبر شرطا لمراقبة عدم التوازن الجوهري في جميع العقود التي تخرج عن القواعد الخاصة [1].

و في هذا الاطار تجب الاشارة إلى أن الرقابة المفروضة على الشروط التعسفية في إطار القانون المدني تهدف إلى حماية الاطراف المتعاقدة حتى في عقود الاعمال أي في العقود المبرمة بين المهنيين في اطار عقود الاذعان خلافا للشروط التي تمّ وضعها وفقا لحرية التفاوض، بحيث يمكن أن يستفيد المتعاقد من الجزاءات التي أقرها قانون العقود إلى جانب الجزاءات التي تتضّمنها القواعد الخاصة، و بالتالي يبقى لقانون العقود دور في علاقات الاعمال في ظل الحلول التي يتضّمنها قانون المنافسة[2].

و عليه، فقد أصبح عقد الاذعان يمثل مجالا لمعالجة عدم التوازن العقدي ضمن قانون العقود في العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق حماية للمتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية في ظل غياب نص عام يعالج حالة عدم التوازن العقدي خارج عقود الاذعان ضمن قانون العقود الجزائري.

ب - البطلان الجزئي كجزاء للممارسات التعاقدية غير المتوازنة

نصت المادة 13 من قانون المنافسة على البطلان كجزاء للممارسات التي تمس بالمنافسة و بتوازن العلاقات التعاقدية في السوق، حيث نصت على : " دون الاخلال بأحكام المادتين 8 -9 من هذا الأمر ، **يُبطل** كل إلزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة ..."

و بهذا يتجلى اعتماد قانون المنافسة على البطلان الذي يعتبر جزاء مدني يُطبق على التصرفات التعاقدية التي تتخلف أحد أركانها أو شروطها. بمعنى أن البطلان ضمن القواعد العامة يعتبر كعقاب للمتعاقدين و إن كانت كلمة الجزاء لا تعني حتما الردع و العقاب المسلط على الفرد بل يقصد بها النتائج القانونية المترتبة على التصرفات التي تمت مخالفة للقانون [3]. بالرغم من أن سبب اقراره كجزاء في مجال المنافسة ليست هي نفس الأسباب المؤدية للبطلان ، فالبطلان المقرر في إطار قانون المنافسة سببه المساس بالمنافسة و المساس بتوازن العلاقات التعاقدية و مبدأ المساواة و الشفافية في مجال المنافسة .

و إذا كانت القواعد العامة التي تحكم البطلان تقسم هذا الأخير إلى بطلان نسبي و بطلان مطلق استنادا لمعيار المصلحة بحيث يكون البطلان المطلق مقرر لحماية المصلحة العامة في حين البطلان النسبي مقرر لحماية المصلحة الخاصة[4]. فإن البطلان الذي نصت عليه المادة 13 من قانون المنافسة هو بُطلان مطلق على اعتبار أن البطلان المقرر في هذا الاطار أي في مجال المنافسة هو جزاء للمساس بالنظام العام التوجيهي [5]. ذلك أن القاعدة التي تمّ خرقها و مخالفتها تتعلق بالمصلحة العامة و ليس لعيب في العقد [6] .

---

[1] Rafael Amaro, le Déséquilibre Significatif en Droit Commun des Contrats ou les incertitudes d'une double filiation .Revue C.C.C., Paris, 2014.pp.6-7.

[2] Mariel Chaany .op.cit .p. 117.

[3] علي فيلالي . المرجع السابق، ص 317.

[4] لمزيد من التفصيل انظر : علي فيلالي، المرجع السابق، ص 318 و ما بعدها

[5] Pascal Lehuéde .op. cit. p .200.

[6] Guillaume Mallen .op. cit .p.86.

و في هذا الاطار يقرر الطلان بقوة القانون بحيث لا يملك القاضي السلطة التقديرية في اقراره، و يترتب على ذلك أن إثارة البطلان لا تنحصر في المتضرر فقط بل و يمكن لباقي أطراف العقد إثاره .

و فضلا عن ذلك، فإنه يمكن للوزير المعني بالاقتصاد إثارته على اعتبار أن دعوى البطلان تندرج في إطار حماية السوق [1]. لذلك يعتبر البطلان في مجال قانون المنافسة كنتيجة للحظر الذي أقره المشرع على الممارسات التعسفية التعاقدية .

فطالما أن العقد يعتبر موطنا للفعل التعسفي يبقى البطلان كطريق فعّال لردع التصرفات التعسفية التعاقدية و آلية مُكملة للمنظومة العقابية في قانون المنافسة بالرغم من أنه آلية تقليدية في القانون المدني[2] .

و عليه، فإن اقرار قانون المنافسة للبطلان كجزاء للممارسات التعاقدية الماسة بالمنافسة سواء تعلق الأمر بالممارسات المنافية للمنافسة أو الممارسات المقيدة لها، يعتبر مسلكا جديدا و خروجا عن القواعد العامة في قانون العقود التي تقرر بطلان العقد لتخلف أحد أركانه أو عدم مشروعية محل العقد و سببه، كأن يكون العقد مخالفا للنظام العام مثلا، بحيث يترتب على مخالفة أحكام النظام العام الاقتصادي التوجيهي بطلان العقد بطلانا مطلقا [3] .

من بين أهم خصوصيات البطلان الذي تضّمنه قانون المنافسة إمكانية إقرار البطلان الجزئي للعقد، و الذي يعتبر مقصد المشرع في ظل القواعد الجديدة خلافا للقواعد العامة في قانون العقود التي تقر بالبطلان الكلي للعقد.

فبالرجوع للمادة 13 من قانون المنافسة نجد بان المشرع فتح المجال لإقرار بُطلان الالتزام أو الشرط التعاقدي إلى جانب إمكانية إبطال العقد ككل.

و عليه، تظهر إمكانية إبطال الشرط أو الالتزام الذي يشكل مساسا بحرية المنافسة و إخلالا بتوازن العلاقة التعاقدية مما يؤدي إلى المحافظة على العقد خلافا للقواعد العامة التي يؤدي إبطال الشرط فيها إلى إبطال الاتفاق ككل.

و حسب الفقهية cathiard يجب على القاضي الأخذ بعين الاعتبار قرار طرفي العقد و رغبتهما في إلغاء الشرط المنافي للمنافسة و كذلك أهميته بالنسبة لهما، و هذا ما يسمح للقاضي بتقدير مدى ضرورة الابقاء على العلاقة التعاقدية بالنسبة للطرف المتضرر و كذلك الطابع الجوهري و عدم قابلية تجزئة الشرط بالنسبة للعقد ككل . أما إذا تجّلت إرادة الطرفين الصريحة في الابقاء على الاتفاق ، ففي هذه الحالة يمكن القاضي إقرار البطلان الجزئي الذي يسمح بالمحافظة على العقد[4] .

لذلك انتقد الفقه البطلان كجزاء في مجال المنافسة في كونه إجراء مُعرقل لديناميكية قانون المنافسة و مُؤثر على حقوق المتعاقدين في الحالة التي يطالب فيها الغير بالبطلان مما يؤدي بالمساس بالروابط العقدية، و هذا ما يُشكل تعدي من قبل قانون المنافسة على آليات القانون المدني و انتصار للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة مما يؤدي إلى الشعور بعدم الأمن القانوني في كون أن متعامل خارجي عن الاطار العقدي يمكنه بكل حرية المساس بقانون المتعاقدين[5] .

الخاتمة :

---

[1] Pascal Lehuéde .op. cit .p. 86 et 178

[2] Guillaume Mallen .op. cit .p.p 198.-199.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 289.

[4] Guillaume Mallen op.cit. p. 202-203.

[5] Ibid, pp ,247 et 260.

بالرغم من أن قانون المنافسة أصبح يُشكل البيئة الملائمة لازدهار مبدأ سلطان الارادة في العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق في اطار عقود الأعمال نتيجة لتكريس حرية المنافسة، إلا أن ذلك أدى إلى ظهور صور جديدة لعدم التوازن العلاقات التعاقدية و مجالا جديدا لتقييد مُمارسة الحرية العقدية في عقود الاعمال

و بالتالي تأثرت العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق بالوضعيات الاقتصادية للمتعاقدين و كذلك حالة المنافسة، و التي نتجت عنها عدة اشكالات تجّلت خصوصا في تحديد مفهوم العقد من جهة، و مختلف مظاهر التعسف التي تنتج عن الوضعيات التعسف في الهيمنة و كذلك حالات التبعية الاقتصادية من جهة أخرى في ظل قصور قواعد القانون المدني في معالجتها.

و هذا ما جعل من قواعد قانون المنافسة باعتبارها قواعد خاصة تسعى إلى تحقيق التوازن العقدي في العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق استجابة لمتطلبات السوق و البيئة الاقتصادية التي تتطلب الأخذ بواقع العلاقات التعاقدية و بالمراكز و الوضعيات الاقتصادية للمتعاقد.

و هذا ما يُبرر تدخل المشرع في توظيفه للبطلان الجزئي كجزاء لمصلحة المتعاقد الضعيف في العقد من جهة. و للحفاظ على النظام العام الاقتصادي الجديد الذي يهدف إلى حماية السوق من جهة ثانية.

و بالرغم من محاولات المشرع الجزائري التصدي لهذه الممارسات التعسفية في اطار أحكام قانون المنافسة، تبقى هذه الأخيرة قاصرة في بعض المسائل التي يستلزم على المشرع الجزائري تداركها على غرار اقرار حماية المتدخلين في السوق من الشروط التعسفية.

جدوى التفاوض الاتفاقي كآلية لاسترجاع التوازن العقدي في عقود التسيير

أ.د. صبايحي ربيعة ، أستاذ
كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ـ تيزي وزو

مقدمة:

سجلت سنة 1988 في الجزائر نهاية احتكار الدولة للنشاط الاقتصادي والمبادرة بجملة من الإصلاحات الاقتصادية للتوجه نحو نظام اقتصاد السوق انسجاما مع مشروطية المنظمات الدولية ومتطلبات العولمة الاقتصادية، وقد تطلب هذا الوضع إيجاد مؤسسات اقتصادية بكل النتائج التي أثرت على نظامها القانوني ومحيطها الاقتصادي، وكان لكل ذلك أثر عميق على المنظومة القانونية لنظرية العقود التي عدلت وأضيف إليها صنف من عقود الأعمال ألا وهو عقد التسيير الذي حاول من خلاله المشرع التركيز على عنصر المرونة في تبني أحكامه ليكون قالبا قانونيا يستلهم مبادرات المؤسسات العمومية الاقتصادية في تنظيم شؤونها وتسيير ممتلكاتها لغرض تطويرها ورفع مردوديتها ومستوى الأداء لديها الذي يؤهلها لاقتحام الأسواق الخارجية.

أدرج عقد التسيير في المنظومة القانونية الجزائرية بموجب القانون رقم 89-01 المتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني[1]، وذلك في إطار الفصل الأول مكرر من الكتاب الثاني- الباب التاسع المعنون بالعقود الواردة على العمل.

على الرغم من أصالة وانتماء عقد التسيير إلى طائفة عقود الأعمال، فانّ رغبة المشرع كانت واضحة في ترتيبه ضمن طائفة العقود الخاصة تأكيدا على مرونته وديناميكيته في تسيير دفة شؤون جميع القطاعات الاقتصادية، بحيث يمكن العمل به في قطاع الصناعة والتوزيع والفندقة خصوصا وأنّ تشغيل الفنادق المملوكة للمؤسسات العمومية أو الشركات المختلطة الاقتصاد بموجب عقد التسيير من قبل شبكات دولية للفندقة جدير بالرفع من معدل مردوديتها وتأكيد سمعتها.

تصمن الفصل المتقدم ذكره عشرة مواد توضح الالتزامات القانونية للأطراف بالإضافة إلى الأحكام الخاصة بوقف سريان هذا العقد، وجملة الأحكام تعكس رغبة المشرع في خلق مناخ من الثقة عند تسليم ممتلكات المؤسسات العمومية الاقتصادية أو شركات الاقتصاد المختلط إلى المسير، وبهذا الشكل يكون عقد التسيير في الجزائر جزء من العقود الخاصة لخضوعه من حيث المبدأ لأحكام القانون المدني، وفي ذات الوقت هو من عقود الأعمال يحتكم في خصوصه إلى مقتضيات التجارة الخارجية، وهو ما يثبت قابليته للتطور أكثر في إطار العلاقات الدولية وخاصة في إطار التعاون شمال –جنوب، وأنّ تكريس هذا العقد جاء عقب فشل بعض العقود التي تنطوي على نقل التكنولوجيا مثل عقود المفتاح في اليد.

من الناحية العملية، وبالنظر إلى الخصوصيات التي تميز عقد التسيير[1]، فانه يشكل مجالا خصبا للتفاوض بين طرفيه أي المؤسس (المؤسسات العمومية الاقتصادية أو شركات الاقتصاد المختلط) والمسير وذلك بحكم الطابع العمومي

[1]-ج.ر عدد 06 الصادر في 1889/02/08

للأملاك التي تحوّل إليه، مع التزامه بتطويرها مراعيا كل الظروف المحيطة، مما يفرض الاهتمام العميق بالتفاوض لدراسة مختلف العناصر المكوّنة للعقد و الأثر المترتب عنها من حقوق والتزامات(المحور الأول)، وطالما عقود التسيير تأخذ طابعا دوليا ويستغرق تنفيذها زمنا طويلا فانه يكون من باب الأهمية أن تتجه إرادة الأطراف نحو الاتفاق على بنود التفاوض التي تسمح بمراجعة العقد متى طرأت ظروف جوهرية وكان لها تأثير سلبي على مجرى العقد أو توازنه الاقتصادي(المحور الثاني).

المحور الأول- التفاوض حول العناصر الجوهرية للعقد:

تلتزم الشركة المالكة والمسير في عقد التسيير باحترام القانون رقم 89-01 المتعلق بعقد التسيير باعتباره الإطار العام الذي تحددت فيه العناصر الجوهرية التي تشكل موضوع التفاوض طبقا لما تمليه المبادئ العامة (النقطة الأولى) إلاّ أنّ الطابع الدولي يفرض الإحالة على بعض المبادئ التي تنسجم مع متطلبات التجارة الدولية بخصوص ضبط هذه العناصر (النقطة الثانية)

النقطة الأولى- التفاوض الاتفاقي حول العناصر الجوهرية للعقد طبقا للقواعد العامة:

إنّ محل الالتزام في عقد التسيير هو الاستغلال قبل المسير الذي تسلم له كل أو جزء من ملكية المؤسسة العمومية الاقتصادية، أي مجموعة اقتصادية تحتوي على عقارات ومنقولات تعني بالنسبة للمسير القيام بتصرفات متنوعة تساهم في تنفيذ التزامه بتطوير تلك المجموعة وصيانتها مع مراعاة كل الظروف الاقتصادية والاجتماعية المحيطة بها.

إنّ العملية القانونية التي تشكل قوام عقد التسيير تتطلب من المسير القيام بأعمال مادية مثل تسيير المستخدمين والأعمال القانونية[2]المتعلقة بها باسم ولحساب المالك مثل توظيف العمال، وكل هذه الأعمال سواء كانت مادية أو قانونية لها محلا واحدا وتساهم معا في تحقيق السير الحسن للمؤسسة العمومية الاقتصادية، لأنّ عقد التسيير واحد، غير قابل للتجزئة، وفي نفس الوقت هو عقد مركب، والتركيب فيه ناتج عن الطابع الثنائي لمهمة المسير وللبنود التي يحتويها العقد والتي ترتبط في مضمونها بعقود أخرى، كل هذا يفرض منح اهتمام واسع للمفاوضات لدراسة مختلف البنود التي تكوّن العقد والتي يترتب عنها حقوق والتزامات يتحدد على أساسها المركز القانوني لكل طرف في العقد.

التفاوض كأسلوب للنظام والمراكز العادلة، ظهر منذ أن خلق الإنسان على وجه هذا الكون، حيث لازمه في تسوية تصرفاته اليومية، ولا يتوقف العمل به عند مجرد الالتقاء في مجلس العقد من أجل إبرام العقد، بل أنّ مجال التفاوض واسع لدرجة أنه يتسع لمناقشة أية قضية مهما كانت طبيعتها، ولأهميته في حسم الخلافات والإشكالات بطريقة ودية سليمة وثابتة تحوّلت الأنظار إليه باعتباره أسلوب لضبط تفصيلات العقود التي يبرمها الشركات الخاصة مع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأغراض التسيير والاستغلال.

---

[1]–ينفرد عقد التسيير بخصوصيات تميزه عن باقي العقود الواردة في القانون المدني وعلى وجه الخصوص العقود المنتمية إلى طائفة العقود الواردة على العمل، ونذكر من أهمّ خصوصياته أنه يحقق نقل للسلطات من الشركة المالكة إلى الشركة المسيرة، مع الفصل بين المسؤولية وسلطة التسيير والإدارة.

[2]–العمل القانوني هو العمل الذي يصدر بقصد ترتيب آثار قانونية، أمّا العمل المادي فلا يرتب أثار قانونية، والفرق بينهما أنّ الأول يمكن إلغائه بينما الثاني لا يقبل الإلغاء باعتباره واقعة. أنظر: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول والجزء الثاني، ط2، دار الهدى، الجزائر، 2004.

لم يتطرق القانون المدني إلى تعريف التفاوض على الرغم من أهميته في إبرام العقود وحسم كل الإشكالات العالقة بها، وباعتبارها عنصرا جوهريا يجسد أساسيات مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، ولكن كان للفقه نصيب معتبر في تعريفه[1].

العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين[2] هو بمثابة التزام يختلف في صوره بحسب طبيعة العقد، وفي عقد التسيير يكيّف الالتزام فيه على أنه التزام بفعل شيء، وتلك هي خاصية عقود أداء الخدمات.

عقد التسيير – على غرار كل العقود- أساسه الإرادة المشتركة لطرفيه والتي تكون سببا لنشأة هذا العقد وهو ما يطلق عليه بالرضائية، كما أنّ هذه الإرادة لها الحرية في تعيين الأثار المترتبة على العقد، وقد أشارت معظم القوانين إلى كل هذه الأساسيات التي تشكل جوهر مبدأ سلطان الإرادة[3] الذي يؤسس عليه مبدأ التفاوض الاتفاقي.

حرية التفاوض الاتفاقي تنسجم كثيرا مع تطبيقات عقد التسيير التي تتحدد بالمجال الاقتصادي الذي هو محيط متشابك في معطياته ومتغيّر في ظروفه، كما تنسجم تلك الحرية مع طبيعة عقد التسيير في حدّ ذاته لأنه لا يشكل قالبا واحدا يطبق كنموذج على كل المؤسسات العمومية الاقتصادية وان كانت الشروط العامة فيه مشتركة ومتشابهة، فانّ الكثير من المسائل والقضايا فيه تحتاج إلى التركيز عليها ومناقشتها بين أطراف العقد لأنّ حلّها يختلف من مسيّر إلى آخر ومن مؤسسة مالكة إلى أخرى.

طبقا للمادة 65 من القانون المدني الجزائري[4] إذا تمّ حسم المسائل الجوهرية بين المتعاقدين ينعقد العقد صحيحا ويرتب أثره حتى في غياب الاتفاق على المسائل التفصيلية[5]، على شرط أن تتجه الإرادة نحو تأجيل هذا الاتفاق إلى زمن لاحق مع الامتناع عن توقيف أثر العقد بحجة عدم وقوع مثل هذا الاتفاق[6].

يقوم التفاوض في عقد التسيير على مراعاة الأحكام الواردة في القانون رقم 89-01 الذي حددّ الإطار العام لحماية المؤسسة العمومية الاقتصادية، وركزّ على حقوق والتزامات الطرفين، وعليه فانّ التفاوض حول هذه الأخيرة يكون حول كيفية تنفيذ الالتزامات بكل تفاصيلها باعتبارها العناصر الجوهرية التي تتجه إليها إرادة الأطراف بشكل جدي، ومن أمثلة

---

[1]–ذهب أغلب الفقه إلى القول أنّ التفاوض هو نوع من الحوار وتبادل الاقتراحات والدراسات بين أطراف العقد من أجل إبرام عقد في المستقبل. أنظر: أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص.5. وجانب من الفقه عرفه على أنه المناقشة المشتركة بين أطراف متقابلة بصدد عناصر عقد مستقبل، وهذه المناقشة المشتركة هي التي ترتب بعض الالتزامات على عاتق الأطراف المتنافسة. أنظر: محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية لإدارة المفاوضات وإبرام العقود، ط1 مكتبة فهد الوطنية، 1995، ص.22.

[2]– المادة 54 من القانون المدني الجزائري.

[3]–أشارت إلى هذا المبدأ في القانون الجزائري المادة 106 من القانون المدني، وفي القانون المصري المادة 147 من القانون المدني وفي القانون الفرنسي المادة 1134 من القانون المدني.

[4]–تنص المادة 65 على: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا ثار خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فانّ المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة."

[5]–معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (عقود المفتاح والإنتاج في اليد) أطروحة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص.286.

[6]– أيت منصور كمال، عقد التسيير، دار بلقيس، الجزائر، 2012، ص.98.

العناصر الجوهرية في عقد التسيير[1] نذكر ما يلي: بند الاستئثار، البند المتعلق بعدم المنافسة، البند المتعلق بمدة العقد من حيث تحديد المدة الأولية وعدد التجديدات ومدة كل فترة، البند المتعلق بتقسيم التكاليف والأداءات، البند المتعلق بحق المالك في الرقابة والتفتيش، البند المتعلق بأجرة الشركة المسيّرة، البند المتعلق بالفسخ، البند المتعلق بالعلامة، البند المتعلق بالتأمينات...الخ.

النقطة الثانية- التفاوض الاتفاقي حول العناصر الجوهرية للعقد طبقا لمتطلبات التجارة الدولية:

احتاط المشرع الجزائري في تكريسه لنصوص القانون رقم 89-01 المتعلقة بعقد التسيير، بحيث جعل أحكامه مرنة تنسجم مع المتطلبات الداخلية والضرورات الاقتصادية على المستوى الدولي، لأنّ رغبة المشرع اتجهت منذ البداية نحو تعميم العمل بموجب عقد التسيير ليغطي أغلب القطاعات الاقتصادية لبعث فعاليتها ورفع مستوى الأداء لديها.

إلاّ أنّ الرغبة في تعميم العمل بموجب عقد التسيير على المستوى الداخلي لم تحضي بمعدل مقبول لعدم توفر المؤسسات والشركات الوطنية الخاصة على المعرفة والإمكانيات التقنية التي تؤهلها لتتولى مهام التسيير لأموال المؤسسات العمومية الاقتصادية، مما دفع بالشركات المالكة إلى عقد عقود تسيير مع شركات أجنبية تتمتع بالشهرة على المستوى العالمي[2]، وعليه فانّ وجود العنصر الأجنبي ضمن تركيبة أطراف عقد التسيير يضفي عليه الطابع الدولي ويجعله يستلهم أكثر أحكامه من أعراف وقواعد التجارة الدولية.

كما أنّ وجود الطرف الأجنبي في عقد التسيير يترجم صراحة رغبة المشرع في أن تكون الشركة المسيّرة متخصصة في مجال اقتصادي محدّد، تتمتع بقدر معتبر من المعرفة الفنيةّ، ذات شهرة دوليا ولديها علامة وشبكة ترويج ومعرفة بالأسواق، ولغياب هذه الشروط في المؤسسات المحلية فانّ ذلك فتح المجال أمام الشركات الأجنبية لبرام عقود تسيير في الجزائر[3].

السؤال المطروح: إذا كان التفاوض في عقد التسيير من الطابع الوطني ينعقد تبعا لمقتضيات المادة 65 من القانون المدني، فهل تسري نفس المقتضيات على التفاوض في عقد التسيير ذو الطابع الدولي، أم تتحكم فيه مبادئ من مصدر أوسع؟

طبقا لنص المادة 65 من القانون المدني الجزائري فانّ اتفاق المتعاقدين على العناصر الجوهرية للعقد هي دلالة على انعقاد العقد صحيحا بين المتعاقدين، ومثل هذا الحكم ينسجم كثيرا مع العقود التي تجمع متعاملين وطنيين ومن مركزين متساويين، وعليه فانّ إمكانية تطبيق حكم المادة على عقد التسيير يقتصر فقط على الأحوال التي يجمع فيها هذا العقد شركة مالكة ومسيّر جزائري من شركة جزائرية لأنّ المصلحة الاقتصادية هي واحدة بالنسبة للطرفين.

ولكن في الأحوال التي يكتسي فيها عقد التسيير طابعا دوليا، بحيث يكون أطرافه شركة مالكة ومسيّر أجنبي يملك الشهرة والمقومات الفنية والتكنولوجية العالية، فانّ اختلال التوازن في المراكز القانونية بين الطرفين يضحى بارزا، وفي نظرنا

---

[1] -Contrats de gestion dans les pays en développement: analyse de leurs dispositions fondamentales, Library undocuments @ unog.fr, p.5.

[2]–أيت منصور كمال، مرجع سابق، ص. 87.

[3]–في مجال الفندقة تمّ إبرام عقود تسيير مع الشركة العالمية ACCORالمتخصصة في المجال، وتمّ دمج فندق SOFITEL للشبكة العالمية للشركة سنة 1992، واستفاد الفندق من أنظمة الحجز العالمية التي تمتاز بها والمسماة RESINTER والتي تجلب زبائن من فئة رجال الأعمال. أنظر: صلاح الدين سيني، السياحة: التسيير الدولي(مقال)، مجلةL'ECONOMIE ، عدد 1994/16 تصدر عن وكالة الصحافة الجزائرية.

فانّ نص المادة 65 لا يقوى لمواجهة هذا الاختلال، ولهذا فانّ المسألة تتطلب عند تفاوض الطرفين الخروج عن تطبيق القواعد الكلاسيكية في القانون المدني والأخذ بمرجعيات التجارة الدولية من مبادئ وأحكام بدليل أنّ اكثر قرارات التحكيم الدولي مؤسسة على أعراف و قواعد التجارة الدولية، والحكم الدولي يبحث عن القانون الأنسب والأكثر ملاءمة عند الفصل في النزاع انسجاما مع مبدأ التطبيق الجمعي للمبادئ المشتركة في القوانين.

ومن قبيل القواعد والمبادئ التي أفرزتها متطلبات التجارة الدولية في مجال التفاوض والتي نالت الاستحسان من قبل أغلب الشركات المستثمرة على المستوى الدولي لأهميتها في تسوية المراكز القانونية المختلفة نذكر ما يلي:

1- ضرورة التفاوض حول المسائل الثانوية في العقد خاصة في مجال نقل التكنولوجيا، بحيث لا يعدّ العقد مبرما إلاّ عند تمام الحصول على التراخيص الخاصة باستغلال براءة الاختراع والمعارف الفنية وكذا التراخيص الإدارية لبدأ التنفيذ.

2- الإقرار بشروط مرنة لحالات القوة القاهرة وهي شروط تخالف في مضمونها مضمون الشروط الواردة في القوانين الداخلية التي لا تستوعب في عمومها الحالات والأوضاع ذات الطابع الاقتصادي والتكنولوجي في العقود الدولية.

3- السماح بمراجعة بنود العقد لاسترجاع التوازن العقدي المختل، وهي كذلك نظرية تختلف في مضمونها عن المضمون الذي وردت عليه في القوانين الداخلية والتي تعجز عن معالجة ما ينجم من تغير الظروف في العقود الدولية فهي تكتفي بإعطاء القاضي – وهو ليس طرف في العقد- سلطة تعديل العقد، في حين أنه في عقد التسيير الدولي فانّ مسألة المراجعة مخوّلة للأطراف وإذا فشلت مساعيهم وثار النزاع بين الطراف، فحينها يعرض الأمر على التحكيم.

المحور الثاني- تحليل أهمّ بنود التفاوض لمواجهة أبرز الإشكالات الناجمة عن تنفيذ عقد التسيير:

تتعدد بنود التفاوض على حسب طبيعة العقد ومحله ومصلحة الأطراف ومتطلباتهم من العقد، وكذا الظروف الاقتصادية المحيطة بتنفيذ العقد، لذلك نكتفي في هذا المحور بدراسة وتحليل أهمّ البنود التي شاع تبنيها من قبل الأطراف المتعاقدة لأهميتها في مواجهة أخطر الإشكالات التي يفرزها تنفيذ عقد التسيير والتي قد تكون سببا للإعلان عن انقضائه، الأول يتعلق ببند إعادة التفاوض لاسترجاع التوازن العقدي (النقطة الأولى) وبند التفاوض لتسوية النزاعات وديا (النقطة الثانية).

النقطة الأولى- بند إعادة التفاوض لاسترجاع التوازن العقدي:

تتميز عقود التجارة الدولية عن العقود الداخلية بطول مدّتها، ومرجع ذلك يكون إمّا اتفاق الأطراف واتجاه نيتهم المشتركة نحو تحقيق الاستقرار في التعامل كما في عقد الامتياز وعقود التوريد، أو يكون مرجعه طبيعة العقد وخصوصيته التي تنطوي على ضخامة الأعمال المطلوب القيام بها كما في عقود نقل التكنولوجيا وعقود تشييد البنايات الجاهزة والطرق الدولية، ويدرج عقد التسيير ضمن نفس هذه الفئة من العقود، يستغرق تنفيذه مدة زمنية معتبرة من أجل إنجاز محله الذي هو وظيفة اقتصادية موضوعها أداء عمل من قبل المسيّر لغرض تحسين المردودية وتفعيلها على مستوى المؤسسة العمومية الاقتصادية.

تصنيف عقد التسيير على انه من العقود الزمنية يجعله من الناحية العملية عرضة لبعض الظروف والأحداث الداخلية والدولية التي قد تؤثر في قدرة الأطراف على تنفيذ التزاماتهم[1]، وغذا كانت التغيرات في الظروف المحيطة بالعقد لها أثرها الواضح على المستوى الداخلي، فانّ هذا الأثر يتعاظم ويزداد خطورة على المستوى الدولي بفعل الملايسات ذات الصلة بالتجارة الدولية.

وإزاء قصور التشريعات الوطنية - بما فيها التشريع الجزائري- في معالجة الإشكالات التي يثيرها تطبيق عقد التسيير الذي يقوم في أساسه على استيراد التكنولوجيا ومختلف الإمكانات التقنية المستحدثة في مجال استغلال الأملاك في سبيل النهوض بالقطاعات الاقتصادية وتفعيلها، أوجد واقع العقود الدولية ومتطلبات التجارة الدولية حلولا اعترف من خلالها للأطراف المتعاقدة بالحرية الواسعة في تنظيم عقودهم والتفاوض حول كيفية التغلب على الصعوبات لاسترجاع التوازن العقدي[2]، سواء تمّ ذلك بمقتضى التعديل التلقائي[3]، أو باستعمال بند إعادة التفاوض بين الأطراف، ولا جدال في أهمية هذا الشرط واتساع العمل به الذي يتوقف على شرط إدراجه ضمن البنود الجوهرية للعقد.

يهدف بند أو شرط إعادة التفاوض بين الأطراف إلى تعديل بعض بنود العقد لتجاوز الصعوبات وبعض أسباب المؤدية إلى اختلال التوازن العقدي[4]، وبالتالي يعتبر هذا البند من أبرز البنود وأكثرها أهمية على الصعيد العملي يتسع نطاقه لإجراء مراجعة عامة وشاملة على خلاف التعديل التلقائي.

---

[1]–باعتبار عقد التسيير ملزم للجانبي، فانه يرتب التزامات على عاتق الأطراف نص عليها القانون رقم 89–01، على المؤسسة المالكة (طبقا للمواد 2 و3 فهي تلتزم بالمحافظة على الأملاك المسيرة أثناء فترة الاستغلال خالية من القيود ماعدا تلك التي تؤثر في السير الحسن) والتزامات على عاتق المسيّر(طبقا للمواد 4 و5 يلتزم بتسيير الوحدة الاقتصادية باستعمال تقنيات التسيير مطابقة للمستوى المطلوب)، والواقع هذا هو جوهر عقد التسيير الذي ينفذ وفقا لمقتضيات حسن النية (المادة 107 من القانون المدني الجزائري) يلتزم فيه الأطراف ليس فقط بما يمليه العقد بل وكذلك القانون والعرف والعدالة كتوابع أساسية مكملة للعقد، كما أنّ التطابق والتربط في الالتزامات بين الطرفين ينتج عنها أثار تثبت للقوة الملزمة للعقد. أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات– نظرية العقد– منشورات بيروت – لبنان ص.167.

[2]– يعدّ شرط استرجاع التوازن في الأداءات الاقتصادية بين الطرفين من بين أهمّ الشروط العامة التي تقتضيها الأعراف في التعامل الدولي، ونصه: " إنّ روح الاتفاق تقتضي أن يحفظ دائما التوازن المالي لأداءات المتعاقدين، لذا من المناسب عند وقوع أحداث هامة تخلّ بشكل كبير بهذا التوازن أن يتفاوض المتعاقدين لإعادة التوازن إلى أداءتهم"، أنظر: جاد الله عبد الحفيظ عوض، الشروط التجارية الدولية المعتمدة من قبل غرفة التجارة العالمية، دار الثورة للطباعة والنشر، بنغازي، 1996، ص.85.

[3]–إنّ شرط التعديل التلقائي الذي فرضه العرف الدولي يخالف تماما مضمون المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي نصت على إمكانية نقض وتعديل العقد ولكن على شرط أن يكون هذا التعديل متفق عليه وليس تلقائيا.

[4]–فكرة الاختلال في التوازن العقدي ليست غريبة عن النظم القانونية الوطنية، لاسيما تلك التي يعترف قانونها الداخلي أو قضاؤها بنظرية الظروف الاستثنائية أو الطارئة، ويعالج القانون المدني الجزائري النظرية في المادة 2/107 ومقتضاها أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد حوادث استثنائية عامة لم يكن في مقدور المتعاقدين توقع حصولها وحجم الأضرار المترتبة عنها، من ذلك أن أصبح تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين أو كليهما مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، فانّ للقاض أن

يمكن تعريف بند إعادة التفاوض على أنه شرط يدرجه الأطراف في العقد يتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم بقصد تعديل أحكام العقد عندما تقع أحداث معينة من شأنها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر جسيم[1].

ومن خصوصيات بند إعادة التفاوض لاسترجاع التوازن العقدي أنه شرط اتفاقي يعقد للإرادة وحدها السلطة في صياغته وإدراجه، بالتالي فهو يستمد قوته الإلزامية من سلطان الإرادة[2]، ولضمان التطبيق الجيّد لهذا البند يفرض الواقع على الأطراف إدراجه على تفصيل دقيق لكل العناصر والشروط المكونة له، ولعلّ أبرزها ما يلي:

1- تحديد الوقائع والظروف التي تثير العمل بهذا البند، بحيث أنّ وقوعه يؤدي إلى الإعمال به وتطبيقه، ومما هو جدير للتذكير به أنّ الظروف المخلّة بالتوازن العقدي هي كثيرة ومن طبيعة معقدة، قد تكون اقتصادية، سياسية أو مالية[3]، وبذلك فهي قد ترجع إلى تغيرات في الأسواق، تكاليف الإنتاج أز برامج التنمية والتكنولوجية المستوردة، ويسري على هذه الوقائع والظروف من الشروط ما يسري على القوة القاهرة من شروط كما هي منصوص عليها في القواعد العامة[4].

2- تحديد درجة الاختلال في التوازن العقدي لسريان مفعول إعادة التفاوض لاستجاع التوازن العقدي، مبدئيا لا يسري العمل بالبند بمناسبة كل الظروف التي تعترض تنفيذ العقد، بل تطبيقه يقتصر على الظروف والأحداث الجوهرية التي يصل تأثيرها إلى حدّ الإخلال بالتوازن العقدي، وهو الإخلال الذي ينتج عنه ضرر يتصف بالخطورة وعدم الإنصاف لحد الطرفين أو كليهما، ويعدّ هذا الاختلال مرحلة تتوسط الاستحالة في التنفيذ الناتجة عن القوة القاهرة، ومجرد التغيير البسيط الذي لا يمنع تنفيذ العقد أو يرهق كاهل المدين به، بحيث أنّ المخاطر المترتبة عنه لا تتجاوز معدل المخاطر العادية والمألوفة ومثالها ارتفاع أسعار البترول تحولت حاليا على خطر عادي لا يؤدي في أي حال من الأحوال إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد.

ينقص الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول إن اقتضت العدالة ذلك وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، ويقابل مضمون هذه المادة في القانون المدني المصري المادة 2/147.

[1]–اتسع العمل بالتفاوض من أجل استرجاع التوازن العقدي في إطار عقود التجارة الدولية وهو ما يصطلح عليه بـ : HARDSHIP ولم يصل الفقه الفرنسي إلى إيجاد المصطلح المقابل له والذي يترجم معناه الحقيقي، وبذلك تعددت المصطلحات المستعملة نذكر منها: الظرف الطارئ CLAUSE IMPREVISION شرط المراجعة CLAUSE DE REVISION شرط الإنصاف CLAUSE D'EQUITE وشرط التحفظ CLAUSE DE SAUVEGARDE. أنظر: أيت منصور كمال، مرجع سابق، ص.101.

[2] -ULL MANN (h)، Droit et pratiques des clauses de HARDSHIP dans le système juridique Américain ;revue de droit ;1988 ;p.891.

[3]–سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون للتجارة الدولية، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق –جامعة القاهرة، 1988، ص.105.

[4]–تتمثل شروط القوة القاهرة في: –أن تكون خارجة عن إرادة الأطراف –غير متوقعة – غير ممكن دفعه.

3- تحديد مصير العقد أثناء فترة التفاوض، والذي قد يكون وقفا للتنفيذ أو الاستمرار فيه[1]، مع تحديد مصير العقد في حالة فشل المفاوضات[2].

يتغيّرّ مضمون بند التفاوض من عقد إلى لآخر على حسب توجهات الأطراف ونيتهم المشتركة وطبيعة الظروف المرافقة لإبرام العقد وتنفيذه، وأنّ المفهوم الاتفاقي للبند يقدم مزايا عديدة للمتعاملين بموجب العقود الدولية، لأنه يترك لهم الحرية الكاملة في صياغة الشرط وتحديد كافة عناصره، الأمر الذي يخفف من الجمود الذي يمكن مواجهته فيما لو كان الشرط منصوص عليه ضمن القوانين الوطنية أو الاتفاقيات الدولية.

النقطة الثانية: الاتفاق على بند التفاوض لتسوية النزاعات وديا

في أكثر الأوضاع ينعقد عقد التسيير بعنصر أجنبي بحكم مؤهلاته الفنية التي يقتضيها القانون لصحة العقد، مما يجعل طرفيه غي متكافئين في المراكز القانونية (حقوق والتزامات) والإمكانيات الفعلية، هذا التفاوت في المراكز القانونية أضفى على عقد التسيير -على غرار العقود الدولية- استقلالية تميزه عن باقي التصرفات الأخرى التي يكون محلها أداء خدمات (المقاولة-الوكالة...إلخ) ويخضع من ثم إلى نظام قانوني ذاتي مستمد من مبدأ سلطان الإرادة.

يجد المبدأ المتقدم قوته الإلزامية فيما استقرت عليه الأعراف التجارية الدولية أنه بخصوص القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالآثار المترتبة عن تنفيذ العقد الدولي أو عدم تنفيذه، وتحديد القانون الواجب وكذا الجهة المختصة بالفصل في النزاعات ومختلف الإشكالات المحتملة والناجمة عن تنفيذ العقد، يكون ضروريا إخضاعها إلى قانون الإرادة ويعني بذلك كل ما تتفق عليه الإرادة.

فسح المجال لتطبيق قانون الإرادة يعني فتح المجال للتفاوض والاتفاق حول إدراج بند التسوية الودية للخلافات الناجمة عن تنفيذ العقد، وبموجب هذا الاتفاق تصبح التسوية الودية أمرا إجباريا ولا يسوغ لأحد من الطرقين الاحتجاج بعدم تطبيقها.

الاتفاق على بند التسوية الودية قد يعبر عنه صراحة ويحرر كبند بشكل يجعل التسوية الودية تسبق مرحلة عرض النزاع على القضاء أو التحكيم الدولي، وقد يستخلص البند بطريقة ضمنية كأن يفيد مضمون البند على أنه في حالة فشل المفاوضات يعرض النزاع على القضاء[3].

---

[1]–يخوّل بند إعادة التفاوض لاسترجاع التوازن لطرفي العقد مهمة التصدي للظروف الطارئة المؤثرة على التوازن العقدي بأحد الحلول المذكورة في المتن، وهذه الخاصية تختلف عن الميزة المستخلصة من نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني والتي تخول للقاضي سلطة التدخل في المضمون العقدي لتعديله أو فسخه، وهذا ما لا يستوعبه عقد التسيير الذي يعقد في غالب الأحوال في الجزائر مع شركات أجنبية لا يتكافأ مركزها التقني مع مركز الشركة المالكة.

[2]– نظرا لتوسع دائرة العمل ببند إعادة التفاوض لاسترجاع التوازن العقدي في مجال العقود الناقلة للتكنولوجيا وعلى وجه الخصوص عقد التسيير، اهتمت غرفة التجارة الدولية بوضع الشرط في شكل نموذج لتسهيل الاستعانة به من قبل الأطراف المتعاقدة، وفي 1987 أصدرت الغرفة لائحة لتنظيم تدخل الغير في حالة فشل الأطراف في التفاوض. أنظر: محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي (صورها وأحكامها)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول/2005، ص.145.

[3]-تتفق معظم الاتفاقيات الدولية (اتفاقية لاهاي للأعوام: 1955–1964–1977، واتفاقية فيينا لسنة 1980 واتفاقية منظمة الدول الأمريكية لسنة 1994) على أنّ اتفاق إرادة الأطراف صراحة على بعض الإشكالات الناجمة عن تنفيذ العقد

وفي تقدير أهمية إدراج بند التفاوض للتسوية الودية للنزاعات، يعترف بأهميته لسببين أساسيين: الأول يتعلق بخصوصية عقد التسيير الذي محله نقل التكنولوجيا من أجل الاستغلال والتسيير وهو عقد مركب، تنفيذه يتطلب إدخال العديد من العقود ذات الطابع الفني، وبالتالي فإن الإشكالات التي تنجرّ عنه تأخذ هي الأخرى طابعا فنيا لا يسطر على تسويتها إلاّ أطرافه، وأمّا السبب الثاني فيتعلق بإحجام الأطراف المتعاقدة عن خوض إجراءات التقاضي أمام القضاء أو التحكيم لتكلفتها المرتفعة والإجراءات الطويلة والمعقدة.

خاتمة:

في ظل الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي يعيشها العالم حاليا فقدت الصراعات مكانتها في كسب الاستثمارات والاستئثار بالحقوق وتسوية النزاعات إضافة إلى نتائجها الوخيمة المادية والنفسية، لكل هذه الأسباب اتجهت الأنظار نحو التفاوض كأسلوب فني وتقني للتعاقد وحسم المسائل العالقة به في جميع المجالات وأكثر أنواع العقود.

وحتى يكون التفاوض آلية فاعلة وناجحة في تحقيق التوازن العقدي على مستوى عقد التسيير لابدّ أن يتم على نسق وانسجام كاملين، وأن يكتسي طابعا عمليا وواقعيا، وأن يتم في إطار الشفافية والجدية، بحيث يتعين على الأطراف المتعاقدة أن يعرفون متى يقدمون على التفاوض ومتى يحجمون عنه، ومتى يمكن الانسحاب عن مجلس التفاوض من غير أن تلحق به أضرار، لأن التفاوض باعتباره آلية تثبيت التوازن العقدي يقوم في أساسه على عناصر توفرها يثبت فعاليته وهي:

- التركيز الشديد من أجل إيجاد حلول جديدة وملائمة.
- المرونة في التحاور وحسن الاستماع للأطراف المتعاقدة.
- الابتعاد عن الصراعات.

هو القاعدة، وفي حالة تخلف الإرادة الصريحة يبحث في الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة على ضوء الوقائع وظروف وملابسات العقد.

عقد الاعتماد الايجاري الدولي: بين قانون الإرادة والقواعد الموضوعية

د. عسالي عبد الكريم ، أستاذ محاضر
كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.

مقدمة

عرف الاعتماد الايجاري انتشار واسعا كوسيلة من وسائل التمويل، مباشرة بعد ظهوره في الولايات المتحدة الأمريكية على يد السيد بوث جونيور، صاحب مصنع المواد الغذائية المعلبة، وبدأت الدول بذلك في وضع الإطار القانوني لهذا العقد، وعلى الرغم من التباين الذي لمسناه بين النظامين الانجلوسكسوني واللاتيني، إلا أن المطلع على جميع القوانين الوطنية-دون استثناء- يجد أنها كرّست نوع من الاختلال بين حقوق والتزامات أطراف هذا العقد، اختلال دفع ببعض الفقهاء إلى القول أن هناك معاملة تفضيلية للمؤجر التمويلي على حساب المستأجر التمويلي، وهذا ما يمكن تسميته بتراجع مبدأ سلطان الإرادة في عقد الاعتماد الايجاري.

إن صعوبة دراسة عقد الاعتماد الايجاري كعقد وطني تعود أساسا إلى تعدد المواضيع التي تتضمنها العملية، حيث نجد عقد البيع وعقد الوكالة وعقد الإيجار، الوعد بالبيع من جانب واحد وعقد القرض، لذلك تصبح المسألة أكثر تعقيدا حين نكون أمام دراسة عقد الاعتماد الايجاري الدولي، حيث تتنازع عدة قوانين واجبة التطبيق على عقد واحد، لذلك ظهرت الحاجة إلى وضع إطار قانوني دولي لعقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول،[1] والذي تجسّد في اتفاقية أوتاوا حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول وهذا نظرا لتأثير الطبيعة الخاصة لهذا العقد على تطبيق قانون الإرادة(المطلب الأول)، كما أن الاتفاقية كان الهدف الأساسي من إبرامها حسب ما جاء في ديباجتها،[2] هو توحيد القواعد الموضوعية التي تحكم هذا العقد من جهة، و إعادة التوازن بين مصالح أطراف العقد من جهة ثانية(المطلب الثاني).

المطلب الأول : تأثير الطبيعة الخاصة لعقد الاعتماد الايجاري على تطبيق قانون الإرادة

سنحاول الإجابة على هذا التساؤل من خلال دراسة مسألتين جوهريتين، وهما اختلاف التشريعات الوطنية في تكييف عقد الاعتماد الايجاري(الفرع الأول)، ثم بعد ذلك تعدد العقود المكونة لعملية الاعتماد الايجاري(الفرع الثاني).

الفرع الأول : اختلاف التشريعات الوطنية في تكييف الاعتماد الايجاري

أولا- تركيز بعض التشريعات على الطابع الايجاري للاعتماد الايجاري: ذهبت عدة تشريعات وطنية إلى تغليب الطابع الايجاري لعقد الاعتماد الايجاري على غرار القانون الفرنسي،إذ يرى غالبية الفقه الفرنسي و يتزّعمهم الأستاذ EL MOKHTAR –BEY،[3] أن الإيجار هو النواة الأساسية لعملية الاعتماد الايجاري، ويستندون في ذلك إلى موقف القضاء الفرنسي حول اعتبار عقد الاعتماد الايجاري عقد إيجار مقترن بوعد منفرد بالبيع ويتجلى ذلك في قرار محكمة la

[1] - إن عقد الاعتماد الايجاري الدولي الوارد على عقار لا يثير إشكالات معقدة كالعقد الوارد على منقول، كون الأول يخضع عادة لقانون الدولة التي يقع فيها العقار، هذا ما يفسر اهتمام اتفاقية أوتاوا بالمنقولات دون العقارات.

[2] - جاء في الفقرة الأولى من ديباجة اتفاقية أوتاوا أن الدول أطراف الاتفاقية تعترف بضرورة إزالة بعض العراقيل القانونية لعقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول، و بضرورة خلق توازن بين مصالح أطراف هذا العقد.

[3] - الذي قام بصياغة نظريته حول الطبيعة الايجارية لعقد الاعتماد الايجاري عقب صدور القانون الفرنسي الصادر في 2 جويلية 1966، المتعلق بالاعتماد الايجاري.

rochelle الصادر في 26 جوان 1964،[1] ثم بعد صدور قانون 1966 كرّس القضاء الفرنسي الطبيعة الايجارية للعقد في العديد من القرارات المتتالية،[2] كما انتشر هذا الرّأي أيضا في ألمانيا أين يسيطر الطابع التمويلي لهذا العقد، إذ يعد الاعتماد الايجاري من عقود الإيجار وفقا للقانون المدني الألماني(عقد إيجار خاص).

إن تغليب الطابع الايجاري في الاعتماد الايجاري سيؤدي إلى تطبيق قانون المستفيد من العقد وهو قانون المستأجر التمويلي، فالمستأجر التمويلي هو الذي يحرّك العقد و هذا الأخير إنما يبرم لمصلحته هو، فهو الذي يحدد للمؤجر التمويلي مواصفات المعدات المطلوب الانتفاع بها، وهو الذي يملك الخيارات الثلاثة عند انقضاء العقد، ويختار بحرية تامة ما ينفعه.

ثانيا- تركيز بعض التشريعات على الطابع التمويلي للاعتماد الايجاري: ذهبت عدة تشريعات إلى وصف الاعتماد الايجاري بأنه عملية ائتمان(قرض) كالقانون الألماني، مما دفع ببعض الفقهاء إلى محاولة تكييف عقد الاعتماد الايجاري بأنه عقد قرض يفرغ في شكل تمويل عيني يرد على آلات ومعدات إنتاجية ، ويتزعم هذا الاتجاه الأستاذ calon ، الذي يعرّف عقد الاعتماد الايجاري بأنه:***" عقد قرض تمنحه شركة الاعتماد الايجاري إلى المستفيد".***[3]

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول أن غاية المؤجر التمويلي من الحصول على الملكية القانونية للأصول المؤجرة هي تمويل المستأجر التمويلي نظير 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،[4] مما يرجح تطبيق قانون المؤجر التمويلي لكونه قانون الملتزم بتقديم الأداء الأكثر تميزا في العقد.

الفرع الثاني : تعدد العقود المكونة لعملية الاعتماد الايجاري الدولي

إن تشكل عملية الاعتماد الايجاري من مجموعة من العقود أدى إلى صعوبة تحديد القانون واجب التطبيق، هل يخضع كل عقد لقانون مستقل(تجزئة العقد)، أم تخضع جميع العقود المشكلة للعملية إلى قانون واحد(وحدة القانون)،

أولا- تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون واحد: يدعم هذا الرأي الفقهاء الذين يتمسكون بضرورة احترام حرية أطراف العقد، لذلك يجب منحهم الحرية في التجزئة انأ رادو ذلك،[5] ويدافع أصحاب هذا الرأي عن فكرتهم بما تقرره اتفاقية روما حول القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980، والتي تمنح لأطراف العقد إمكانية تجنيب جزء أو أجزاء محددة من العقد، وإخضاعه لقوانين مختلفة.[6]

---

[1]- 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.

[2]- إن القانون الفرنسي الصادر في 2 يوليو 1966 يؤكد الطابع المركب لعقد الاعتماد الايجاري ويعد الإيجار مركز وصف هذه العملية.

[3]- نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2005، ص 158.

[4]- أشرف وفا محمد، "الإيجار التمويلي في القانون الدولي الخاص"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد السادس والخمسون، لسنة2000 ، ص 147.

[5]- حسام الدين فتحي ناصيف، التأجير التمويلي الدولي للمنقول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 50.

[6]- وهذا ما ورد في المادة 3 فقرة 1 من اتفاقية روما لسنة 1980.

ثانيا- وحدة القانون الذي يحكم عقد الاعتماد الايجاري الدولي: إن إمكانية تجزئة الاعتماد الايجاري الدولي وإخضاع كل جزء من العملية إلى قانون معيّن، يعد تكريس لمبدأ سلطان الإرادة، لذلك لا يمكن القول أنه لا يمكن التجزئة، إلا أن الترابط الوثيق بين العقود المشكلة للاعتماد الايجاري تجعل من التجزئة تؤدي إلى نتائج قد تحول دون تحقيق الغاية من إبرام عقد الاعتماد الايجاري،[1] لذلك يدافع أغلب الفقهاء على ضرورة توحيد القانون الذي يحكم عقد الاعتماد الايجاري الدولي، حتى يتحقق التناسق في النظام القانوني الذي يحكم العقد، وذلك لتحقيق وحدة الوظيفة التي تقوم بها العلاقات المترابطة داخل هذا العقد من جهة، و كذا تحقيق التفاعل العضوي بين أطراف هذا العقد، وبالتالي فان وحدة القانون ستؤدي إلى عدم الإخلال بالانسجام والترابط الموجود في مجموع العملية.[2]

حتى نتأكد من النتائج السلبية التي قد تترتب من تجزئة العملية وإخضاعها لأكثر من قانون واحد، لا بأس أن نتصور المثال التالي: يمنح عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمستأجر التمويلي الحق في تسلّم الأصول المؤجرة وفقا للمواصفات التي حددها هو في عقد البيع المبرم بين المؤجر التمويلي و البائع، كما يمنحه الحق في التمسك بحقوق المؤجر التمويلي عن طريق الرجوع على البائع بموجب الدعوى المباشرة، وإذا حدث أن جزّأنا العقد فقد يكون القانون الذّي يحكم عقد البيع لا يعترف بتلك الحقوق الثابتة للمستأجر التمويلي، في حين يعترف بتلك الحقوق القانون الذي يحكم الاعتماد الايجاري.[3]

المطلب الثاني : اتفاقية أوتاوا: الإطار القانوني الدولي لعقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول

إن إخضاع عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول إلى قانون الإرادة (القانون الذي يختاره أطراف العقد)، يصطدم بعدة صعوبات تعود إلى اختلاف التشريعات الوطنية في تكييف العقد، والى ضرورة إخضاع هذا العقد إلى قانون واحد احتراما للصلة الوثيقة التي تجمع العقود المشكلة للعملية،[4] لذلك جاءت اتفاقية أوتاوا لتحقيق هذه الغاية، بإخضاع عقد الاعتماد الايجاري الدول للمنقول إلى قواعد موضوعية موحدة (الفرع الأول)، ثم مراعاة مصالح كل طرف من الأطراف لتحقيق التوازن بينها(الفرع الثاني)

الفرع الأول : اتفاقية أوتاوا: الحل لتوحيد القواعد الموضوعية التي تحكم عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقول

---

[1] - BOST Emmanuelle, la location financière rn droit international privé, Thèse pour l'obtention de doctorat en droit, Université Paris 1-Panthéon Sorbonne, 2010, p 429.

[2] - السيد عبد المنعم حافظ السيد، عقد التأجير التمويلي الدولي-دراسة تحليلية مقارنة في القانون الدولي الخاص- ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، 121.

[3] - لقد أدى تطبيق قواعد الإسناد إلى عدة صعوبات عملية، بسبب اختلاف ضابط الإسناد من دولة إلى أخرى من جهة، واختلاف التشريعات الوطنية من جهة أخرى، 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***."، أنظر في هذه المسألة: أشرف شوقي مسيحة، القواعد المادية الدولية وانكماش السيادة التشريعية الوطنية، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2007-2008، ص 215

[13] - السيد عبد المنعم حافظ السيد، مرجع سابق، ص 123، 124.

أولا-حاجة عقد الاعتماد الايجاري الدولي الى قواعد موضوعية: لقد بدأت القواعد الموضوعية في الانتشار منذ القرن الخامس عشرة، ثم تزايدت في الانتشار في القرن التاسع عشر، حينما أصبحت المعاملات الاقتصادية الدولية تعرف تطورا سريعا، ودائم لذلك فهي في حاجة إلى الأمن القانوني حتى تزيد تطورا، ففي القديم كانت هذه المعاملات تتميز بالبساطة بل كانت نادرة الإبرام لذلك كانت القوانين الوطنية تناسبها، أما العقود الحديثة -وعلى رأسها عقد الاعتماد الايجاري الدولي- فهي معقدة لذلك فهي في حاجة إلى قواعد قانونية متطورة تلبي احتياجاتها ولا تعيق إبرامها، يحتاج الى قواعد قانونية وجدت خصيصا من أجل حكم العلاقات الخاصة الدولية وتتمثل في القواعد الموضوعية(المادية).[1]

ثانيا-المقصود بالقواعد الموضوعية الواردة في اتفاقية أوتاوا:تعرّف القواعد الموضوعية بأنها:" *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."*[2]

لذلك جاءت قواعد اتفاقية أوتاوا قواعد موضوعية لغرض توحيد الحلول في مسألة عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقولات، لا يشترط لتطبيق أحكامها سوى أن يكون عقد الاعتماد الايجاري عقدا دوليا، ويكون كذلك إذا كان مقر نشاط المؤجر التمويلي يختلف عن مقر نشاط المستأجر التمويلي، أي أن يكون المؤجر التمويلي يمارس نشاطه في دولة والمستأجر التمويلي يمارس نشاطه في دولة أخرى، بغض النظر عن مقر نشاط البائع.[3]

ثالثا- تعريف عقد الاعتماد الايجاري الدولي في اتفاقية أوتاوا: عرّفت اتفاقية أوتاوا عقد الاعتماد الايجاري 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.[4]

الفرع الثاني : بعض الحلول التي جاءت بها اتفاقية أواتاوا لإعادة التوازن بين مصالح أطراف العقد

سنحاول من خلال هذا الفرع التركيز على أهم الحلول التي تبنتها اتفاقية أوتاوا حتى تكرس توازنا بين مصالح أطراف عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقولات.

أولا- التقاسم العادل للمهام بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي: يعتبر عقد البيع الذي يبرمه المؤجر التمويلي مع بائع الأصول، المحرك الأساسي لعملية الاعتماد الايجاري، وحتى تتضح مهام ومسؤولية كل طرف قامت اتفاقية أوتاوا بتحديد وظيفة كل طرف في عقد البيع، وذلك بأن جعلت المؤجر التمويلي يقوم فقط بوظيفة التمويل، ولا يتدخل تماما

---

[1]- يستعمل الفقهاء تسمية القانون المادي أو القواعد المادية إلا أن البعض يفضّل تسمية القانون الموضوعي(Règles substantielles) كالأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة، إذ يرى أنه من الأحسن أن نقول قواعد موضوعية ويقابلها قواعد إجرائية، أما إذا قلنا قواعد مادية فيقابلها قواعد معنوية.

[2]- هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 9.

[3]- نص المادة الثالثة من اتفاقية أوتاوا حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقولات.

[4]- المادة الأولى فقرة 2 من اتفاقية أوتاوا المتعلقة بعقد الاعتماد الايجاري الدولي، المبرمة سنة 1988.

في اختيار الأصول ولا حتى في اختيار البائع، رغم أنّه هو المشتري وهو الذي سيدفع ثمنها ثم يتملّكها، وكلّما أبعد نفسه من الاختيار رفع المسؤولية على نفسه في مسألة ضمان الأصول المؤجرة.[1]

أما المستأجر التمويلي فانّه على الرغم من كونه ليس طرفا في عقد البيع إلا أن اتفاقية أوتاوا منحته الحرية في اختيار البائع وفي اختيار الأصول، لكونه هو الذي سيستعملها وبالتالي فهو أدرى بما يحتاجه من الأصول، كما سيقوم هو بتسلّم الأصول المشترية مباشر من عند البائع، حتى ترفع المسؤولية تماما من عاتق المؤجر التمويلي، وتقع على عاتق المستأجر التمويلي.[2]

ثانيا- منح كل من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي ضمان ضد تعسف أحد الأطراف تجاه الأخر: منحت الاتفاقية لكل طرف حماية في مواجه الأخر:

1-حماية المستأجر التمويلي من تعسف المؤجر التمويلي: حرصت اتفاقية أوتاوا على تكريس حماية عادلة ومتكافئة لطرفي عقد الاعتماد الايجاري، إذ بعدما منحت للمستأجر التمويلي الحق في التدخل في جميع الجوانب التقنية للعقد، منعت المؤجر التمويلي من القيام بتعديل أحد شروط العقد التي تفاوض عليها المستأجر التمويلي إلا بموافقة هذا الأخير، وفي حالة عدم موافقته يترتب عن ذلك عدم سريان هذا الاتفاق في حقه.[3]

2- حماية المؤجر التمويلي من تعسف المستأجر التمويلي: يعتبر المؤجر التمويلي المشتري القانوني للأصول المؤجرة ومالكها وهو الذي يدفع ثمنها، لذلك كان لا بد من حمايته من تعسّف المستأجر التمويلي الذّي قد يلجأ إلى طلب فسخ عقد البيع، مما سيؤدي بالتبعية إلى استرداد البائع للأصول فينفسخ عقد الاعتماد الايجاري أيضا، لذلك منعت اتفاقية أوتاوا المستأجر التمويلي في المادة العاشرة فقرة 2 ،[4] القيام بطلب فسخ عقد البيع أو طلب إبطاله إلا إذا وافق المؤجر التمويلي على ذلك.

ثالثا- حماية مصلحة المستأجر التمويلي بمنحه حق الرجوع مباشرة على البائع: بعد تقاسم المهام بين المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي، بأن يقوم الأول بالتمويل فقط، وقيام الثاني بجميع الجوانب التقنية، كان لا بد من منح المستأجر التمويلي ضمان أخرى في عقد البيع من أجل ضمان سلامة ونوعية الأصول التي تم شراءها، فهو لا يمكنه الرجوع على المؤجر التمويلي لكونه لم يقحم نفسه في اختيار البائع ولا في اختيار الأصول،[5] لذلك منحته اتفاقية أوتاوا حق رفع الدعوى المباشرة تجاه البائع، حتى يتمكن من التمسك بالدفوع التي كان بإمكان المؤجر التمويلي(باعتباره المشتري)، تجاه

---

[1]- قاسم علي سيد، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص 53.

[2]-نظرا لتدخل المستأجر التمويلي في الاختيار بدل عن المؤجر التمويلي رغم أنه ليس طرفا في عقد البيع وصفت الأستاذة BOSTEmmanuelle إرادة المؤجر التمويلي بقولها:

«Conditionnement Technique de la volonté du crédit bailleur»

[3]- 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."

[4]- 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".

[5]- بسام أحمد مسلم حمدان، التزام المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق في عقد التأجير التمويلي، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمّان، 2009، ص223.

البائع، وهي الدعوى التي تحقق عدة مزايا باعتبارها ستختصر أطراف النزاع وتصلح الضرر بسرعة قصوى، كما أنها ستحقق التوازن بين مصالح أطراف العقد، كما ستحول هذه الدعوى دون تواطؤ المؤجر التمويلي مع البائع.[1]

وللإشارة فان المشرع الجزائري لم يمنح المستأجر التمويلي إمكانية رفع الدعوى المباشرة، باعتبار أن أمر رقم 96-09 لم يشر إلى ذلك.

رابعا- وضع الاتفاقية حدود للشرط الجزائي: لقد أشارت اتفاقية أوتاوا إلى مسألة في غاية الأهمية ، أثارت جدالا وسعا في التشريعات الوطنية، وهي المبالغة في التعويض الذي يفرض على المستأجر التمويلي في حالة فسخ عقد الاعتماد الايجاري، إذ جاء في اتفاقية أوتاوا أنه لا ينبغ أن يؤدي الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد إلى الحصول على تعويض مبالغ فيه، إذ يمكن الاتفاق في العقد على شرط جزائي لكن بشرط أن لا يؤدي إلى تعويض مغالى فيه.[2]

خاتمة:

لقد أدى الانتشار المتزايد لعقد الاعتماد الايجاري الدولي في كل أنحاء العالم وعدم وجود اتفاقية دولية في هذا الشأن، إلى تطبيق قانون الإرادة على هذا النوع من العلاقات وعادة ما يكون القانون الذي تحدده إرادة الأطراف هو قانون المؤجر التمويلي(الشركات العالمية للاعتماد الايجاري)، مما أدى إلى منح المؤجر التمويلي حماية قصوى على حساب مصالح المستأجر التمويلي الذي أصبح الطرف الضعيف في العقد، لذلك أصبح لا بد من التفكير الجدي في تأطير هذه الوسيلة للتمويل في إطار دولي، وهو ما تجسد في اتفاقية أوتاوا التي لم تقم بتوحيد قواعد الإسناد بل جاءت بحلول موضوعية موحدة(قواعد موضوعية)، تطبق مباشرة على النزاع، قواعد موضوعية وضعت خصيصا لتأطير عقد الاعتماد الايجاري الدولي وتتناسب مع الغاية من إبرام هذا النوع من العقودّ، كما أخذت الاتفاقية بعين الاعتبار جميع مصالح أطراف العقد، لذلك حاولت أن تمنح لكل طرف الحماية التي يحتاجها في مواجهة الطرف الأخر.

مما حقق نوع من التوازن بين مصالح كل من المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي، توازن لا نجده في كل التشريعات الوطنية، بل أن هذه الأخيرة كرست اختلالا كبيرا بين مصالح الأطراف.

---

[1]- أنظر بالتفصيل هذه المسألة: عسالي عبد الكريم، "إعفاء المؤجر التمويلي من التزاماته العقدية-دراسة نقدية للأمر رقم 96-09، يتعلق بالاعتماد الايجاري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، عدد 2 لسنة 2016.

[2]- نص المادة 13 فقرة 3 ب من اتفاقية أوتاوا حول عقد الاعتماد الايجاري الدولي للمنقولات.

إعادة التفاوض في العقود: آلية لتجسيد مبدأ سلطان الإرادة.

د. هني عبد اللطيف ، أستاذ محاضر
بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة د/ مولاي الطاهر سعيدة.

مقدمة

إن مسألة تغير ظروف تنفيذ العقود من المسائل التي تختلف في معالجتها التشريعات الحديثة، وذلك إما تنظيما لها كالقانون الجزائري من خلال نظرية الظروف الطارئة والألماني من خلال نظرية انهيار الأساس العقدي والإنجليزي من خلال نظرية الفشل التعاقدي، أو رفضا لتنظيمها كما في القانون المدني الفرنسي قبل آخر تعديل له –ماعدا طبعا نظرية الظروف الطارئة بخصوص العقد الإداري-، تاركا الأمر للحرية التعاقدية، وذلك تبعا لتفسير خاص لمبدأ سلطان الإرادة.

غير أنه نظرا للقيمة الاقتصادية التي تتحلى بها عقود الأعمال، والتي لم تتعد تتماشى معها الأطر التقليدية (نظرية الظروف الطارئة، الفشل التعاقدي، انهيار الأساس التعاقدي)، بخصوص مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد، دفع بمبدأ سلطان الإرادة إلى تبوء بعد جديد في حل هذه المشكلة من خلال فكرة إعادة التفاوض.

وتبعا لذلك ظهرت أداة عقدية جديدة لمواجهة الاختلال الناتج عن تغير ظروف تنفيذ العقد تتمثل في إعادة التفاوض، وذلك بالاستناد على مبدأ سلطان الإرادة، أين تتبدى من خلال هذه التقنية التعاقدية مواكبة القيم العقدية للقيم الاقتصادية للعقد؛ حيث أبان الفقه عن فعاليتها مقارنة بالأطر التقليدية الآنفة الذكر من خلال إعمال أدوات التحليل الاقتصادي للعقد.

كما ان فعالية تقنية إعادة التفاوض ترجمت من خلال انتقال هذه التقنية من مجالها الطبيعي المتمثل في عقود التجارة الدولية إلى العقود الداخلية، مما يدفعنا إلى النظر من جديد في الدور الجديد الذي تلعبه الارادة في تحقيق التوازن العقدي. هذا ما يدفعنا إلى بحث ماهي الضوابط التي تقوم عليها تقنية إعادة التفاوض في العقود؟ وما حدود الإرادة في ذلك؟.

ولمعالجة هذه الاشكالية سيتم التطرق إلى محورين أساسين الأول منهما يعالج الإطار النظري لهذه الفكرة وانتقالها من مجال العقود الدولية إلى العقود الداخلية، أما الثاني فيتناول أحكام هذه الفكرة.

المبحث الأول: دور الارادة من خلال فكرة إعادة التفاوض في حل مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد

إن العبرة من الناحية العملية والاقتصادية في حياة العقود تتصل بمرحلة تنفيذ العقد، والتي قد تعترضها بعض المشاكل والعقبات ممثلة في حوادث غير متوقعة، ويختلف دور الارادة المتعاقدين من خلال تقنية إعادة التفاوض في تجاوزها باختلاف الأنظمة القانونية (مطلب أول)، كما أنّ إعمال فكرة إعادة التفاوض يرتبط بمجموعة من الشروط(مطلب ثاني)، والتي من شأنها أن تسمح للمتعاقدين بترتيب مراكزهم العقدية من جديد.

المطلب الأول: إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية والقوانين الوطنية.

انطلاقا من المبدأ القانوني المشهور "العقد قانون المتعاقدين" أو ما يعبر عنه أيضا بالعقد شريعة المتعاقدين، فإن للإرادة دور مهم في ترتيب الأحكام العقدية، غير أنّ الامر يختلف بخصوص مرحلة تنفيذ العقد، وبصورة أخص في إطار ما يسمى "مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد"، حيث تختلف الأنظمة القانونية في الاعتراف لها بدور في إطار هذه المسألة من عدمه، إبتداءا من عقود التجارة الدولية (فرع أول)، ووصولا إلى القوانين الوطنية (فرع ثاني).

الفرع الأول: فكرة إعادة التفاوض في ظل عقود التجارة الدولية

تعد عقود التجارة الدولية الميدان الأصيل لفكرة إعادة التفاوض وذلك من أجل تجاوز ما يعتري تنفيذ العقد الدولي من عقبات تعيق هذا التنفيذ تنفيذا حسنا، ولقد ظهرت أولى الدراسات القانونية الكاشفة عن مدة اتساع تطبيق هذه الفكرة في إطار هذه العقود سنة 1976 من خلال العمل الذي قام به فريق بحث تحت رئاسة الأستاذ[1] Marcel Fontaine، والذي أبرز من خلالها عن ميل المتعاقدين إلى إقرار شروط عقدية تدعى les clauses de Hardship[2] من شأنها أن تسمح للمتعاقدين في حالة طروء حدث يؤثر على تنفيذ عقدهم بالالتقاء مجددا من أجل مناقشة مصير عقدهم؛ بحيث تُعرف هذه الشروط على أنها:" شروط عقدية تهدف إلى ضبط حالة ما إذا تغيرت ظروف تنفيذ العقد بطريقة غير متوقعة بصورة لا دخل لإرادة الأطراف فيها، والتي تفقد العقد توازنه"[3].

ويتضح من خلال هذه التقنية العقدية مدى أهمية إرادة المتعاقدين في تسيير أمورهم ومراكزهم العقدية، وذلك بالنظر إلى الأهمية الاقتصادية لعقود التجارة الدولية والتي لا تواكبها الأطر القانونية المتبناة من قبل القوانين الداخلية أو الوطنية، ذلك أنه على خلاف النظرية العامة للعقد في القوانين الداخلية والتي تجعل من مرحلة إبرام العقد أساسا لنظرية العقد[4]، فإن أساس العقود الدولية يتمثل في مرحلة تنفيذها، بالنظر إلى خصوصية هذه العقود.

وتبعا لذلك فإن عقود التجارة الدولية تمتاز بخصوصية الزمن فيه مقارنة بالعقود الداخلية، حيث يتراخى تنفيذها في الزمن نتيجة إما لاتفاق الأطراف بغية تحقيق قدر من الاستقرار في معاملاتهم الاقتصادية، أو أن طبيعة العقد تقتضي ذلك بالنظر إلى ضخامة الأعمال المطلوب إنجازها كما في عقود الطاقة والتصنيع والمنشآت القاعدية الكبرى[5].

كما يضاف إلى ذلك ما تمتاز به أيضا هذه العقود من الطبيعة المعقدة لمحلها والتي تستدعي في عديد من الأحيان أن يتم الاتفاق على جميع عناصرها عبر مراحل زمنية متلاحقة، وذلك ما يفسر طول فترة المفاوضات التي تسبقها[1].

---

[1] M. FONTAINE, « les clauses de hardship » aménagements conventionnels de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme, D.P.C.I., Mars 1976, P. 42.

[2]. لقد انقسم الفقه الفرنسي و الفقه العربي في ترجمة هذا المصطلح من اللغة الانجليزية إلى اللغة الفرنسية واللغة العربية ، إذ ترجمت بشرط عدم التوقع L'imprévision، وشرط الحماية clause de sauvegarde، وشرط المراجعة clause de révision، شرط العدالة clause de l'équité[2]، وأمام هذا الاختلاف في الترجمة فإنَّ الكثير من الفقه الفرنسي احتفظ بالمصطلح كما هو la clause de hardship

انظر:

R.ALACHKAR, clause de hardship et clause d'amiable composition, paris 2, 2010, p.57

أما بخصوص الفقه العربي فقد عُبر عن هذا المصطلح بمصطلح شرط المشقة أو شرط الطوارئ، غير أن الترجمة السليمة في اعتقادنا هو ما ذهب إليه الاستاذ شريف محمد غنام، والمتمثلة في شرط إعادة التفاوض، وذلك بالنظر إلى الأثر المترتب عن إعمال هذه الشروط والمتمثل في إعادة التفاوض بشأن العقد.

انظر كلا من :

محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، (بدون طبعة)،(بدون دار نشر)، 1988، ص.418، شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، ط.2007، مصر

[3] M. ALMEIDA PRADO, Le hardship dans le droit du commerce international, Bruylant, 2003. p.119

[4]. يكفي النظر إلى التنظيم القانوني للعقد للكشف عن ذلك في القوانين الوطنية، فمثلا القانون المدني الجزائري خصص العديد من النصوص القانونية المنظمة لمرحلة إبرام العقود، وذلك ابتداءا من المادة 60 إلى غاية نص المادة 98؛ بينما لم يُخصص لمسألة تغير ظروف تنفيذ العقد سوى فقرة واحدة من المادة 107 ق م ج والمتعلقة بنظرية الحوادث الاستثنائية أو ما يسمى بالظروف الطارئة.

[5]. انظر كلا من:

شريف محمد غنام، مرجع سابق،ص.1

S. CHATILLON, le contrat international, Vubert, 3 Ed., Paris, 2007, p.197

وبذلك يتضح الأهمية الاقتصادية لعقود التجارة الدولية والتي تدفع أطرافها إلى العمل سوية على إنجاح العملية الاقتصادية محل العقد[2]، وبذلك يتجلى أن الدور الذي تلعبه الارادة من خلال إعادة التفاوض في حالة حدوث أي طارئ يعيق تنفيذ هذه العقود كالتزام يقع على عاتق المتعاقدين فرضه المنطق الاقتصادي، فهو أي اعادة التفاوض يمثل ممارسة اقتصادية تحولت إلى تقنية قانونية، وما يدعم ذلك أن مصطلح Hardship ذو الأصل الانجليزي كما يرى الأستاذ ULLMAN ليس مصطلحا قانونيا وإنما هو وصف لحالة واقعية تتمثل في العقبة التي تواجه الصفقة الاقتصادية المبرمة[3].

وبناء على ذلك يتضح أن الالتزام بإعادة التفاوض يستند على إرادة الاطراف المتعاقدة كأساس قانوني له، حيث أن إعمال هذا الالتزام يكون بناء على شروط عقدية تسمى شروط إعادة التفاوض، والتي بناءا على الدراسة التي قام بها الأستاذ FONTAINE والتي شملت أكثر من 50 شرطا فقد لاحظ أن بنية هذه الشرو وإن اختلفت إلا أنها تشمل إطاريْن اثنيْن: الأول عبارة عن الفرضية التي يُراد بها الحدث المخل بتوازن العقد في مرحلة تنفيذ العقد، ويليه الجزء أو الإطار الثاني الذي يتناول أحكام هذا الشرط والتي تطبق في حالة تحقق الفرضية الواردة في الإطار الأول[4].

غير أنه تجدر الاشارة إلى أن عملية إعادة التفاوض في عدة حالات أخرى تتم بدون وجود شروط عقدية تقضي بذلك، حيث تجد أساسها وفق الفقه على أساس مبدأ حسن النية والذي بدوره يعود إعماله إلى النية الحسنة للمتعاقدين وبالتالي لإرادة المتعاقدين بطريق غير مباشر، وهذا ما قضت به غرفة التجارة الدولية CCI في قرارها رقم 6219 الذي عنونت إحدى فقراته "الالتزام بالتفاوض بحسن نية" أنَّه: "بوجود شبه توقف للدفع الخارجي من الدولة (أ)، كان على (ب) البحث بحسن نية مع مدينته العمومية عن الطرق والوسائل لتسوية معوقات مديونيته، حيث يجد هذا الالتزام مصدره في مصطلحات العقد أولا ثم في المبادئ العامة لقانون التجارة الدولية...التي تفرض على المتعاقدين في حالة حدوث مشكلات تعيق تنفيذ العقد التباحث والتعاون الإيجابي من أجل بحث سبل تجاوزها...إنَّ الأزمة البالغة للديون الدولية في بداية الثمانينات والتي عانت منها الدول السائرة في طريق النمو، دفعت بدائنيها مهما كانت طبيعتهم وطبيعة ديونهم وبنجاحات متفاوتة إلى إجراء عدة عمليات إعادة تفاوض وعقد عدة اتفاقات لتمديد آجال ديونهم"[5].

الفرع الثاني: إعادة التفاوض في ظل العقود الداخلية.

---

[1] . M.FONTAINE et F. DELY, droit des contrats internationaux, Bruylant, 2 Ed., p.346

[2] J-Q. DECUPER et W. PETER, renegociation of long term international agreements and flexibility : consideration the ground of GHANA/ VALCOO case, RDAI, N° 7, 1995, p784

[3] H. ULLMAN, droit et pratique des clauses de hardship dans le système juridique américain, RDAI, N°, 1988, p.890

[4] M.FONTAINE, Op.cit, p.7 et S.

[5] « A/- L'obligation de négocier de bonne foi : «…En présence de la quasi-cession des paiements extérieurs de l'état X, Y était tenue de rechercher de bonne foi, avec sa débitrices publique, les voies et moyens d'un aménagement des échéances de créance cette obligation résultait d'abord des termes du contrat et découle en outre des principes généraux du droit du commerce international... qui imposant aux parties, lorsque l'exécution du contrat se heurte à des graves difficultés de ce concerter et de coopérer activement pour rechercher les moyens de les surmonter... La grave crise de l'endettement international, qui affecte, depuis le début des années 80, un certain nombre de pays en voie de développement à engendrée chez leur créanciers, quelles que soient leur qualité et nature de leur créance, un tel comportement, et à donner lieu, avec des succès divers, à de nombreuses renégociations et à plusieurs accords de rééchelonnement de leur dettes ».
. V. CCI., N° 6219, Clunet 1990, p. 1050.

تجد فكرة إعادة التفاوض لدى دراستها في إطار العقود الداخلية موقفين اثنين من قبل القوانين الوطنية، تعود بالأساس إلى موقف هذه القوانين من مبدأ سلطان الإرادة بحد ذاته كناظم لمسألة تغير ظروف تنفيذ العقد، يتمثل الأول في الموقف السائد لدى أغلب التشريعات الوطنية الرافض لئن تلعب الارادة دورا في هذه المسألة (أولا)، والثاني في وجود بداية لتأسيس دور لإرادة المتعاقدين في إطار هذه المسألة (ثاني).

أولا- رفض فكرة إعادة التفاوض في العقود في إطار التشريعات الوطنية.

لقد ابتدعت التشريعات الحديثة العديد من الحلول لمواجهة مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد بصورة لم تسمح معها لأن يكون إعادة التفاوض جزءا من هذه الحلول، وفيما يلي أهم النظريات القانونية المنظمة لمسألة تغير ظروف تنفيذ العقد:

أ- **موقف القانون الجزائري:** لقد فصل المشرع الجزائري من خلال نص الفقرة 3 من المادة 107 من القانون المدني في مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد تاركا مسألة تعديل العقد للقاضي مع مراعاة مصلحة المتعاقدين، حيث قضت: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك'

يتضح من خلال هذه المادة أن عدم اعتراف المشرع الجزائري لإرادة المتعاقدين بأي دور للمتعاقدين في حل مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد، بل ذهب إلى أكثر من ذلك في جعل القاعدة الواردة في المادة أعلاه من النظام العام التي لا يجوز مخالفتها.

غير انه بالرغم من ذلك ذهب بعض الفقه ممثلا في الاستاذ علي بنشنب إلى عدم مخالفة شروط إعادة التفاوض لنص المادة 3/107 ق م ج على اعتبار ان المادة أصلا لم تأتي مخالفة لنص المادة 106 ق م ج المتضمنة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، حيث يرى انه يجب التخفيف من آثار فكرة النظام العام المرتبطة بها المادة 107 في إطار ما يسمى النظام العام المخفف l'ordre public modéré[1].

ب- **موقف القانون الألماني:** يكرس القانون المدني الألماني B.G.B مبدأ القوة الملزمة للعقد غير أن القضاء الألماني كرس نظرية تسمى انهيار الأساس العقدي والتي يتم بموجبها كقاعدة عامة تعديل العقد وكاستثناء فسخه وإنهاء العقد[2]، كما انه ليس هناك ما يمنع في القانون الألماني على المتعاقدين من إدراج لشروط إعادة التفاوض التي تتيح لهم تعديل عقدهم[3].

ت- **موقف القانون الانجليزي:** لا يتضمن القانون الإنجليزي ما يعالج به مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد غير أن القضاء ابتدع نظرية "الفشل التعاقدي" the frustration والتي من خلالها يتدخل القضاء إذا ما أدت حوادث

---

[1]. A. BENECHENEB, le droit algérien des contrats, Ed. AJED, 2011, p.250 et 251

[2] P. ANCEL, la théorie du fondement contractuel et son intérêt pour le droit français, R.C, 2006/3, p.897 , R.SPARWASSER ,Rapports nationaux Allemagne, in « les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles », sous la direction de R.RODIERE et les réflexions comparatives de D.TALLON, Ed. A.Pedon, Paris, 1984, p. 124

[3] R.SPARWASSER , Op.cit, p.131

معينة إلى تغيير جوهري في الالتزامات تجعل من المستحيل تنفيذها، فهي بهذا المفهوم تشمل حالات أكبر من حالة ما يعرف في القانون الفرنسي بالقوة القاهرة[1].

ثانيا- التأسيس لفكرة إعادة التفاوض

تبدأ بداية التأسيس لفكرة إعادة التفاوض من القانون الفرنسي الذي عدل من قواعد القانون المدني[2] من خلال نص المادة 1195 التي قضت بأنَّه " إذا صار تنفيذ العقد جد مرهقا لأحد المتعاقدين بسبب تغير للظروف غير متوقع عند إبرام العقد، ولم يقبل هذا المتعاقد تحمل هذا الخطر، فيمكنه طلب إعادة التفاوض من المتعاقد الآخر مع استمراره في تنفيذ التزاماته طيلة فترة عملية إعادة التفاوض.

وفي حالة رفض أو فشل عملية إعادة التفاوض فللأطراف وباتفاق مشترك طلب تدخل القاضي لتعديل العقد، وفي حالة عدم الاتفاق فلكل طرف الحق في اللجوء إلى القاضي لطلب إنهاء العقد وفق الأجل والشروط التي يحددها".

ويأتي هذا التعديل بعد ان كان القانون المدني الفرنسي خاليا من أي نص قانوني ينظم مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد وإن كان القضاء الفرنسي في عدة أحكام قبل صدور هذا التعديل قد تبنى فكرة إعادة التفاوض كحل لهذه المسألة، مبرزا دور الارادة العقدية في هذا الإطار[3].

ويأتي هذا التوجه التشريعي الفرنسي بناء على نظرة جديدة لمشكلة تغيير ظروف تنفيذ العقد تستند على أدوات التحليل الاقتصادي للقانون، إذ أن المشرع الفرنسي في مفاضلته بين الحلول القانونية الموجودة سواء في القانون الفرنسي ككل كنظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري أو في القوانين المقارنة المشار إليها سابقا اعتمد الحل الأكثر مردودية اقتصاديا، بمعنى أن الاطراف المتعاقدة هي الأقدر مقارنة بالقاضي ذي التكوين القانوني على فهم المسائل الاقتصادية للعقد، إضافة إلا انهما الاكثر حرصا دون غيرهم على إنجاح العملية الاقتصادية التي يتضمنها العقد[4].

المطلب الثاني: شروط إعمال الالتزام بإعادة التفاوض

تتعلق شروط إعمال الالتزام بإعادة التفاوض أولا بالحدث المخل بالعقد في مرحلة تنفيذه (فرع أول) أو ما يعبر عنه بحدث ال**Hardship** ، كما تتعلق بأثر هذا الحدث على توازن العقد ثانيا(فرع ثاني).

الفرع الاول: الشروط المتعلقة بالحدث المخل بالعقد

تتعلق الشروط المرتبطة بالحدث المخل العقد بطبيعته (أولا)، وكذا بمدى عدم توقعه واستقلاله عن إرادة المتعاقدين (ثانيا).

أولا: طبيعة الحدث المخل بالعقد

---

[1] R. WYNNE-GRIFFITHS, rapport national sur l'Angleterre, in 'les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles', Op.cit, p. 143

[2] Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[3] انظر في هذه الأحكام القضائية ما أورده الأستاذ DENIS MAZEAUD

D. MAZEAUD, renégociation du contrat, RC, 2004/3, p. 642

[4]. انظر في هذا المعني

L. THIBIERGE, le contrat face à l'imprévu, Economica, Paris

تسمح شروط إعادة التفاوض للمتعاقدين بتحديد الاحداث التي من شأنها أن تؤثر على تنفيذ العقد مستقبلا، ويكون هذا التحديد إما عاما أي تكون الاخطار المتوقعة عامة (أ)، او تحديد دقيقا بحيث يقتصر المتعاقدون على مخاطر معينة (ب).

أ- المخاطر العامة

وهي تلك المخاطر التي يتناولها المتعاقدون بالتوصيف العام أي بعبارات عامة مثل الشرط الذي يقضي بأن :"يتفق الأطراف في حال عقد يتراخى تنفيذه في الزمن على أنَّه لا يمكن توقع جميع المخاطر التي من الممكن أنْ تقع في مرحلة التنفيذ لذا فإن الأطراف متفقة على العمل سوِّية وفقا للعدالة دون إضرار طرف بآخر، كما أنَّه في حالة وقوع مخاطر تضر بأحد المتعاقدين أثناء تنفيذ هذا العقد فعلى الأطراف بذل قصارى جهدهم من أجل القيام بكل ما هو ضروري لتجاوز هذا الضرر أو تخفيفه أو إزالته"[1].

ب- المخاطر الخاصة

وهي المخاطر التي تتناولها شروط إعادة التفاوض بصورة دقيقة مثل الشرط الذي قضى بانه في حالة حدوث تغيُّرات هامة في النظام النقدي العالمي، والتي من شأنها أنْ تؤدي إلى اختلال في العلاقة بين العملات المعتمدة كمرجع في العقد على المشتري والبائع الالتقاء في أقرب وقت ممكن لبحث التعديلات الممكنة في إطار اتفاق مشترك، مع الإشارة إلى أنَّ هذه التعديلات ترمي إلى تفادي استفادة أحد الأطراف من ميزة في مواجهة الطرف الآخر جراء هذا الوضع الجديد"[2].

الفرع الثاني: عدم توقع الحدث واستقلاله عن إرادة المتعاقدين

ان عدم توقع الحدث المخل بالعقد من المسائل التي تتفق عليها القوانين الداخلية وقواعد التجارة الدولية على حد سواء، وإن كانت غرفة التجارة الدولية في شرطها النموذجي لإعادة التفاوض لسنة 2003 قد أجازت أن تندرج حتى الأحداث التي تقع أثناء إبرام العقد شريطة عدم علم المتعاقدين بها[3].

---

[1] « In entring in this long term agreement, the parties hereto agree that it is impracticable to make provision for every conting ency wich may arise during the terme therof and the parties hereby agree it to their intention that this agreement shall operate between then with fairness and without subtancial and disproportionate prejudice to the to the interests of either, and that if in the course of the performance of this agreement unfairness or substancial and disproportionate prejudice to either party is expected or disclosed, then the parties will use their best endeavors to agree upon such action as may be necessary to remove or modify such unfairness or prejudice ».V. D. PHILIPPE ,« Pacta Sunt Servanda » et « Rebus sic stantibus », in l'apport de la jurisprudence arbitrale, Séminaire le 7 et 8 Avril 1986, Publication de la C. C. I., p. 253.

[2] « Dans le cas de modifications importantes pouvant affecter le système monétaire international, modifications notamment susceptibles d'entraîner des distorsions sérieuses dans les relations entre les monnaies auxquelles il est références dans ce contrat, l'acheteur et le vendeur conviennent de se rencontre le plus rapidement possible afin d'étudier les modifications éventuelles à apporter d'un commun accord au présent contrat. Il reste entendue que ces modifications auront pour but d'éviter que situations ainsi crée »
V. D. PHILLIPPE, Pacta …, Op.cit, p. 246.

[3] Clause de force majeure, clause de hardship ICC 2003, publication CCI2003, p .17.

كما أشارت العديد من شروط إعادة التفاوض إلى هذه الخاصية كالشرط الذي قضى بأنه: "يعتبر الأطراف بأنَّه بالنظر إلى المدة التي يستغرقها تنفيذ هذا العقد فإنَّ ظروفا غير معروفة عند إبرام العقد..."[1].

بالمقابل فإنه يشترط إضافة إلى عدم توقع الحدث المخل بالعقد استقلاله عن إرادة الأطراف حيث أشارت العديد من شروط إعادة التفاوض إلى ذلك كالشرط الذي قضى بأنه:" في حالة تغيُّر الظروف الاقتصادية أو السياسية أو التقنية غير متوقعة من قبل الأطراف عند إبرام العقد، وخارجة عن إطار رقابتهم..."[2]،

الفرع الثاني: أثر تغير ظروف تنفيذ العقد

يميل المتعاقدون في بعض الأحيان إلى التركيز على ما يرتبه تحقق الحدث المخل بالعقد من أثر على هذا الأخير، وذلك بالإشارة إلى اختلال توازن العقد تارة أو إلى صيرورة التزام المدين مرهقا له، كالشرط الذي قضى بأنه:" في حالة تغيرات في الظروف...مما ينتج عنه اختلال اقتصاد المشروع..."[3]، أو الشرط الذي قضى بأنه:"...وإذا أدَّت هذه التغيُّرات إلى عبء اقتصادي جوهري ومستمر لأحد أو كلا المتعاقدين على الأطراف التحادث..."[4].

المبحث الثاني: أحكام إعادة التفاوض في العقود

إن دور الارادة في تعديل العقد من خلال إعادة التفاوض يتم وفق أطر واضحة في إطار ما يسمى عملية إعادة التفاوض (مطلب أول)، كما أنه ينجم عن هذه العملية مجموعة من الآثار سواء في حالة نجاحها او فشلها (مطلب ثاني).

المطلب الأول: سير عملية إعادة التفاوض

تتم عملية إعادة التفاوض من قبل المتعاقدين[5] من خلال إخطار المتعاقد المتضرر من تغير ظروف العقد للمتعاقد الآخر (فرع أول)، من أجل الالتقاء ومناقشة مدى توافر حالة الـ**hardship** الموجب لإعادة التفاوض (فرع ثاني).

الفرع الأول: الإخطار بوقوع الحدث المخل بالعقد

من الطبيعي أن يقع عبء الإخطار على المتعاقد المتضرر والمتمثل في المدين المتضرر (أولا)

كما يقع على عاتق المتعاقد الآخر التزام بالرد على هذا الإخطار(ثاني).

---

[1]- «….les parties considèrent qu'en raison de la durée pendant laquelle le présent accord sera en vigueur, des circonstances inconnues des parties au moment de signature…»
V. M. ALMEIDA PRADO, Le hardship dans le droit du commerce international, Bruylant, 2003, p. 132

[2]- « Au cas de circonstances économiques politiques ou techniques imprévisible pour les parties au moment de la conclusion du contrat et échappent à tout contrôle de leur part …»
V.Ibid, p 134.

[3] « En cas de modification des conditions…ayant pour conséquence de bouleverser l'économie du projet…»
V. M.ALMEIDA PRADO, le Hardship…Op.cit, p. 136.

[4] « …and if these changes result in a substantial and sustained economic burden to one or both of the parties, the parties will discuss.. » V. Ibid, p. 137

[5]. ستقتصر هذه الورقة البحثية على عملية إعادة التفاوض التي تتم من قبل المتعاقدين، إلا أنه يمكن لعملية إعادة التفاوض أن تتم تحت إشراف طرف من الغير شواء كان محكما أو خبيرا أو موفقا، وإن كان هذا الغير لا يخرج في عمله هذا عن الإطار الذي ترسمه إرادة أطراف العقد.

انظر في هذا النمط من عملية إعادة التفاوض:

R. ALACHKAR, op.cit, p. 169

أولا- التزام المتعاقد المتضرر بالإخطار

بالرغم من أهمية هذا الالتزام الا انه في كثير من الأحيان لا تشير شروط إعادة التفاوض إليه ومن أمثلة الشروط التي تضمنت الاشارة إليه الشرط الذي قضى:"في حالة ما إذا حدث يعد تاريخ سريان العقد، تغير في التشريعات أو اللوائح...حينئذ يُخطر المقاول الهيئة بهذا التشريع أو اللائحة."[1]

ومن المفترض أن يتم يقوم المتعاقد المتضرر فورا بإخطار المتعاقد الآخر وإلا فقد حقه في التمسك بتغير ظروف تنفيذ العقد، وهذا ما قضت به غرفة التجارة الدولية **cci** رقم 2478 بسقوط حق شركة رومانية في التمسك بتغير ظروف تنفيذ العقد"القوة القاهرة"، بعد توقفها عن إمداد شركة فرنسية بشحنات من البترول، بعد إلغاء السلطات الرومانية لتراخيص استغلال البترول بحجة أنّ" قرار السلطات الرومانية بتاريخ 10 ماي 1973 لم يبلَّغ إلى الطرف الآخر إلا مرفقا برسالة بتاريخ 29نوفمبر 1973 عن طريق محكمة التحكيم لـCCI، ولهذا لم يعد للمدعى عليها -الشركة الرمانية- الحق في لتمسك بها – أي القوة القاهرة-، فيما يخص بالشحنات المتعلقة بالثلاثي الثاني والثالث لسنة 1973[2].

ثانيا-التزام الدائن بالرد على الإخطار

على الدائن الرد على اخطار المدين المتضرر من تغير ظروف تنفيذ العقد وذلك تمهيد لعقد اجتماع تمهيدي من اجل مناقشة هذه الوضعية التعاقدية الجديدة، ولطرح الحلول اللازمة والكفيلة بتجاوزها[3] .

بالمقابل فقد ثار التساؤل بشأن سكوت هذا المتعاقد وعدم رده على الاخطار الموجه له، وهذا ما دفع المحكمين إلى تفسير هذا الصمت بطريقة صارمة خصوصا إذا ما اقترن بملابسات معينة[4].

الفرع الثاني: التقاء المتعاقدين

يعد القاء المتعاقدين الخطوة الأولى التي تسمح للمتعاقدين بتعديل العقد من خلال إعادة التفاوض، وذلك عن طريق مناقشة مدى توافر شرو إعمال إعادة التفاوض (أولا) من عدمه (ثانيا).

أولا- اتفاق الأطراف على توافرشروط إعمال إعادة التفاوض

في حالة إتفاق الأطراف على توافر شروط إعمال إعادة التفاوض فما عليهم إلا مباشرة عملية التفاوض وفق روح من التعاون وحسن الني من أجل إنجاح هدفهم الاقتصادي، وهذا ما أشارت إليه العديد من شروط إعادة التفاوض، كالشرط الذي قضى بانه:"...بعدالة وبنفس الروح الموضوعية والتضامن التي تمثل أساس العلاقات القائمة بين الأطراف"[5].

---

[1]. أشار إليه : شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص.463.

[2] Sentence CCI, N° 2478/1974, Rec.arb.sen., de la CCI, 1974-1986, p.233

[3] . B. OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la chausse de hardship, J. D. I, 1974, N° 4, p.805

[4] R. ALACHKAR, Op.cit, p.136

5. «…équitablement dans l'esprit d'objectivité et de loyauté qui est à la base des relations existantes entre les parties.»
V. M. FONTAINE et F. DELY, Op.cit., p.514

ثانيا- عدم اتفاق الأطراف على توافر شروط إعادة التفاوض

إن اتفاق الأطراف على عدم توافر شروط إعادة التفاوض مرده الطرف أو المتعاقد المستفيد من الوضعية الجديدة للعقد، بحيث قد يكون رفضه مبررا (أ) أو غير مبرر (ب).

أ- في حالة الرفض المبرر

قد يكون رفض الدائن مبررا لعدم توافر الشروط الموجبة لإعادة التفاوض، كأن يكون الحدث الطارئ على تنفيذ العقد لا يرقى إلى الأحداث المتفق عليها الموجبة لإعادة التفاوض، وفي حال عدم رض الطرف المتضرر على ذلك إلا اللجوء إلا التحكيم وإثبات تحايل الدائن للتنصل من التزامه بإعادة التفاوض[1].

ب- في حالة الرفض غير المبرر

قد يكون رفض المتعاقد المُخطَر غير مبرر على اساس استفادته من اختلال توازن العقد الذي يتحمله الطرف المتضرر، ويعتبر مثل هذا السلوك التعاقدي منافيا لقواعد التعامل المبنية على حسن النية والتعاون، مما يجيز للمتعاقد المتضرر اللجوء إلى الغير من أجل معالجة هذا الفرض[2].

المطلب الثاني: آثار عملية إعادة التفاوض

ينجم على مباشرة عملية إعادة التفاوض عدة آثار سواء أثناء هذه العملية (فرع أول)، أو بعدها (فرع ثاني).

الفرع الأول: مصير العقد أثناء عملية التفاوض

الأصل أن مباشرة عملية اعادة التفاوض لا تؤثر على تنفيذ العقد، إذ يبقى المتعاقدون ملتزمون به كما أُبرم رغم اختلال توازنه، وهذا ما قضت به عديد شروط إعادة التفاوض، كالشرط الذي قضى:" يتم متابعة تنفيذ العقد أثناء عملية التفاوض الرامية إلى تعديل العقد، طبقا للوضع الذي كان سائدا قبل تغير الظروف أو قبل تحقق آثار هذا التغير"[3]، وهذا ما أكدته أيضا غرفة التجارة الدولية في قرارها رقم2478 حيث قضت بأنَّه:"إنّ الملحق رقم 03 لا يعطي للأطراف حق آلي لإنهاء العقد في حالة فشل المفاوضات؛ فإذا كان للمدعى عليها اللجوء إلى التحكيم متى قدرت أن رفض الطرف الآخر لمقترحاتها كان رفضا غير مبرر، إلا أنَّه طالما أنّ القرار التحكيمي الذي يُعطيها الحق لم يصدر بعد فليس هناك في الملحق رقم 03 ما يسمح بالوقف الانفرادي للتوزيعات المشار إليها في العقد"[4]

---

1 R. ALACHKAR, Op.cit, p.139

2 R. ALACHKAR, Op.cit, p.139

3 . P. ACCAOUI-LORFING, la renégociation des contrats internationaux, Thèse Doctorat, Paris, 2008, p. 374

4«Or, L'annexe 3 ne donne pas aux parties un droit automatique à la résiliation du contrat en cas d'échec des négociations. Il aurait été certes possible à la défenderesse de recourir à l'arbitrage au cas où elle estimerait que le refus par l'autre partie d'accepter le nouveau prix qu'elle lui proposait était injustifié. Mais aussi longtemps que la sentence arbitrable, qui lui donnerait raison, n'était pas rendue, rien dans l'annexe 3 ne l'autorisait à suspendre unilatéralement les livraisons prévues au contrat ».V. Sentence CCI N° 2478/1974, précité, p. 234.

غير أنه ترد على الاصل استثناءات أين تكون يوقف تنفيذ العقد وذلك بناءا على إرادة الأطراف كالشرط الذي يقضي:"سيتم وقف تنفيذ العقد طيلة فترة إعادة التفاوض الهادفة إلى التعديل"[1]، أو ان يربط المتعاقدون عملية اعادة التفاوض بأجل قصير مراعاة لمصلحة الطرف المتضرر كالشرط الذي قضى بأنه:":"13-5. في حالة الاتفاق الأطراف على الالتقاء خلال مدة 90 يوما من تاريخ استلام الإخطار من قبل الطرف الآخر من أجل السعي لتحقيق الأهداف المشار إليها في البند 13-2"[2].

وبالمقابل فقد أثيرت حالة سكوت المتعاقدين عن تنظيم مرحلة إعادة التفاوض، حيث يرى الفقه بضرورة متابعة تنفيذ العقد مراعاة لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وكذا لضرورة أن تعبر إرادة الأطراف بشكل صريح بجميع جوانب إعادة التفاوض[3]؛ غير أن بعض الفقه يرى أن حالة سكوت الأطراف يجب أن يفسر لمصلحة الطرف المتضرر من تغير ظروف تنفيذ العقد، وبالتالي ضرورة وقف تنفيذه[4].

وتبعا لذلك تبرز أهمية أن تعبر الأطراف بشكل دقيق عن جميع مراحل التفاوض لما في ذلك من أهمية في تلافي مثل هذه الحالات.

الفرع الثاني: مصير العقد بعد المفاوضات

يميز الفقه بين نوعين من الآثار تلك المتعلقة بحالة نجاح عملية إعادة التفاوض (أولا)، وتلك المتعلقة بفشل هذه الأخيرة (ثانيا).

أولا- مصير العقد في حالة نجاح المفاوضات

يترجم نجاح المفاوضات بتعديل العقد المختل توازنه بسبب تغير ظروف تنفيذه، ولا يطرح طبيعة هذا التعديل إشكالا بالنسبة لبعض الفقه، باعتبار أن الهدف الأساسي قد تم تحقيقه ألا وهو المحافظة على العقد[5]، إلا أن البعض رأى في هذا التعديل تجديدا للعقد إسقاطا على تجديد الالتزام، وإن كان هذا الأخير يفترض انصراف إرادة الأطراف إليه صراحة، في حين أن التجديد في إطار إعادة التفاوض يعود السبب فيه إلى تغير ظروف تنفيذ العقد[6].

كما أنه يجب أن ترد إرادة الأطراف صراحة بخصوص الأثر الرجعي لهذا التعديل، وإلا سرى بأثر فوري، حيث تمت الاشارة آنفا إلى المبدأ الذي يحكم العقد المتمثل في متابعة تنفيذ العقد بالرغم من مباشرة عملية إعادة التفاوض[7].

---

[1] « L'exécution du contrat sera suspendue pendant le temps de la négociation en vue de l'adaptation ».
V. J-M. MOUSSERON, Technique contractuelles, éd. Le Fêbre, Paris, 1988p. 614.

[2]« 13-5. In the event that the parties agree to a consultation they shall within ninety 90 days from the date of receipt of the notice by the other party, pursue the objectives set forth in section 13-2 ».
حيث ورد هذا الشرط في عقد بترولي بين البائع ممثلا في La société occidentale curde Sales والمشتري La société auxiliaire des pétroles، أنظر:
B. OPPETIT, Op.cit, p. 814.

[3] P. ACCAOUI-LORFING, Op.cit, p. 377

[4] من بينهم الاستاذ شريف محمد غنام، انظر:
شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص.343

[5] . M. ALMEIDA PRADO, le hardship … Op.cit, p. 150

[6] R. ALACHKAR, Op.cit, p. 199

[7] M. ALMEIDA PRADO, le hardship … Op.cit, p. 150

ثانيا- مصير العقد في حالة فشل المفاوضات

يميز الفقه بين حالتين من حالات فشل عملية إعادة التفاوض، والتي يظهر كذلك من خلالهما ما لإرادة المتعاقدين من دور في ترتيب مراكزهم العقدية، تتمثل الحالة الأولى في التنظيم المسبق لهذا الفشل (أ) من عدمه (ب).

أ- التنظيم المسبق لحالة فشل عملية إعادة التفاوض

لقد أشارت العديد من شروط إعادة التفاوض لمثل هذا الفرض إما إنهاء للعقد، أو وقفا له لمدة متفق عليها، ومن أمثلة الشروط المتضمنة لانهاء العقد نذكر الشرط الذي قضى بأنه:" إذا لم ينجح الأطراف في الوصول إلى اتفاق خلال أجل معقول فإنَّه يمكن لأي طرف إنهاء العقد أو جزء منه، والمتعلق بالكميات التي لم يتم تسليمها من الطلبية، وذلك من غير دفع تعويض"[1]، أما عن شروط إعادة التفاوض المتضمنة لوقف تنفيذ العقد كأثر لفشل المفاوضات نذكر الشرط الذي قضى أنَّه:"في حالة...فشل الأطراف في الاتفاق خلال أجل معقول لا يتعدى...يوما فإنَّه يتم وقف تنفيذ العقد مدة أقصاها...شهرا، بطلب خطي من أحد الأطراف، وفي حالة بقاء آثار الحدث غير العادل أو المخل بالعقد إلى ما بعد مدة الوقف فإنَّ لكل طرف الحق في إنهاء هذا العقد، عن طريق إعذار مكتوب وبدون دفع التعويض"[2].

خاتمة

يظهر جليا من خلال ما تقدم ما لإرادة الاطراف من دور في تجاوز العقبات التي تعترض تنفيذ عقودهم، وذلك من خلال فكرة إعادة التفاوض التي وإن بدأ تطبيقها كممارسة عقدية إلا انها لا يزال حجم التعامل بها يزداد يوما بعد يوم في شتى أنواع العقود، وذلك بالنظر إلى فعاليتها الاقتصادية والتي فرضت للإرادة العقدية بعدا جديدا في القوانين الوطنية التي سادت فيه التوجيه التعاقدي **le dirigisme contractuel** مقيدا لها؛ ولعل أن إعمال أدوات التحليل الاقتصادي تسمح بتفسير مثل هذا الدور.

غير أنه بالمقابل تجدر الاشارة إلى ضرورة أن تعبر إرادة المتعاقدين عن فكرة إعادة التفاوض بصورة دقيقة من أجل ضمان فعالية لها.

كما يجب أن تتم فكرة إعادة التفاوض وفق روح من التعاون وحسن النية والسعي المشترك للحفاظ على العقد في مواجهة ما يواجه تنفيذه من حوادث، وإلا كنا أمام حالة تعسف أحد الأطراف في مواجهة الطرف الآخر، وبالتالي تثور مسألة الشروط التعسفية.

---

[1] « Si les parties ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable, chacune d'elle pourra invoquer la résiliation du contrat ou de la partie non livrée de la commande, le tout sans indemnité »
V. M. FONTAINE, Les clauses de hardship...Op.cit., p. 35

[2]. « If…the parties shall fail to, agree within a reasonable time not to axceed…days, this agreement shall be suspended for a maximum of...months on the written request of either party. Should the cause of such unfairness or undue hardship temain unchanged after this period of suspension, then either party shall be entitled to cuncel this agreement forwith on written notice without liability for damages ».
V. M. FONTAINE, Les clauses de hardship…Op.cit, p. 36

آثار عقد الترخيص بالنظر لإرادة الأطراف

د. والي نادية ، أستاذة محاضرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محند اكلي ، البويرة.

مقدمة

أفضت التحولات الراهنة في النظام الاقتصادي العالمي إلى إنعاش مجال العقود التجارية الدولية، إذ لم تعد قاصرة على العقود التقليدية الكلاسيكية التي تنصب على عملية الشراء والبيع، بل أصبحت تشمل أنشطة جديدة تشمل عملية الاستيراد والتصدير.

تزايد التعامل بشكل متسارع بهذا النوع من العقود التجارية الدولية، كعقد الترخيص التجاري، وعقد التسيير الحر... إلخ خاصة مع ازدياد الحاجة الملحة لنقل التكنولوجيا، والخبرة الفنية، والمعرفة العلمية، فحاجة التجارة الدولية لزيادة حجم المشروع وتوسيع دائرة النشاط[1] أدى إلى ابتكار أساليب وتقنيات جديدة، يتم من خلالها نقل المعرفة الفنية من المانح حيث يلتزم بنقلها إل المرخص له، حيث تعد جوهرة العقد ونقطة ارتكاز أساسية فيه.

يلعب عقد الترخيص التجاري دورا أساسيا وفعالا في تحقيق النمو الاقتصادي، إذ الكثير من الدول تعتمد عليه بشكل أساسي، والاستثمارات فيه بالمليارات، ورغم الأهمية القصوى للعقد إلاّ أنه يفتقد للتنظيم القانوني الخاص به.

وللتعرف على أحكامه وطبيعته القانونية يتم الاستناد إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة به وتساءل في هذا الصدد عن الآثار المترتبة عن إرادة الأطراف في عقد الترخيص التجاري؟

للإلمام بالموضوع والإجابة عن الإشكالية المطروحة وجب بنا التطرق:

أولا: الطبيعة القانونية لعقد الترخيص التجاري.

ثانيا: أثر إرادة الأطراف في العقد.

أولا: الطبيعة القانونية لعقد الترخيص التجاري

يشكل عقد الترخيص التجاري ظاهرة في حدّ ذاته في مجال التجارة الدولية وعاملا مؤثرا فيها، وتعرف هذه الظاهرة على انها نظام تسويق البضائع والخدمات والتكنولوجيا[2] وتعرف أيضا أنها مجموعة من حقوق الملكية الفكرية والصناعية المرتبطة بالعلامة التجارية، والاسم التجاري، والإشارات، والتصاميم، وحقوق البيع والمعرفة الفنية، وبراءة الاختراع، لاستغلالها في إعادة بيع البضائع أو تقديم الخدمات للمستهلك الأخير[3]، ويعرف أيضا بأنه اتفاق يمنح بمقتضاه شخص هو المانح شخصا آخر هو المستفيد حق استخدام حقوق الملكية الفكرية الخاصة به، ومنها اسمه التجاري وعلامته التجارية[4]، بمعنى آخر هو اتفاق طرفين على إحداث أثر قانوني معيّن يتمثل في التزام المانح بالترخيص لشخص آخر وهو المرخص له، باستخدام العلامة التجارية وجميع الإشارات والرموز التجارية مع نقل التكنولوجيا له

(1) عبد المهدي كاظم ناصر، نظام جبار طالب، المعرفة الفنية وآثارها في عقد الفرانشيز، مجلة جامعة بابل، المجلد 17، 2009، ص 275.

(2) محمود سمير الشرقاوي، النظام القانوني لعقد الترخيص التجاري والصناعي الفرانشيز، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 2013، ص 12.

(3) المرجع نفسه، ص 13.

(4) ياسر سيد محمد الحديدي، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، رسالة دكتوراه في القانون التجاري، جامعة القاهرة، 2007، ص 19.

والمعرفة والخبرة الفنية في المقابل يلتزم الطرف الثاني بدفع أقساط متفق عليها في مدة معينة، مع الالتزام بالتنفيذ الحرفي للتعليمات المانح، وحفظ أسراره التكنولوجية ومعرفته الفنية تحت طائلة الحماية القانونية في حالة إخلاله بالالتزام.

وهو عقد غير ناقل للملكية، إذ تبقى الملكية الصناعية والفكرية في ذمة المرخص، ويقتصر أثر الترخيص على أن يمنح المرخص له حقا شخصيا في الاستعمال، لذلك يذهب الفقه إلى اعتباره صورة خاصة من الإيجار[1]، وباعتبار أنه حقا شخصيا يمنع على المرخص له التنازل عن العقد أو ايجاره من الباطن، إلاّ في حالة ورود بند في العقد، يبدو ذلك في هذه الحالة يتم الاحتكام إلى البنود العقد، باعتباره شريعة المتعاقدين.

لا يقتصر عقد الترخيص التجاري على مجرد استعمال العلامة التجارية أو الاسم التجاري، وإنما يمتد الاستفادة من التكنولوجيا المستخدمة والمعرفة الفنية، وبالتالي من خلال هذا العقد يتيح للمرخص له مقابل الرسوم التي يدفعها لمالك العلامة التجارية، إضافة للاستفادة من شهرة العلامة التجارية، يستفيد في نفس الوقت بالاطلاع على التكنولوجيا المستخدمة مع التزامه بالاحتفاظ بالسر المطلع عليه، فضلا عن تدريب وتكوين الموارد البشرية للحصول على المهارات الفنية والخبرة العلمية، واستخدام التكنولوجيا بالشكل الصحيح.

عقد الترخيص التجاري، يعد أيضا من العقود المحدّدة المدة، ينتهي الترخيص باستخدام العلامة التجارية بمجرد انتهاء المدة المتفق عليها في العقد مع القابلية للتجديد، أمّا إذا لم يتم تحديد مدة انتهاء العقد، ففي هذه الحالة يمكن لأحد الأطراف فسخ العقد بإرادته المنفردة، لكن يشترط إعذار الطرف الآخر، كما يشترط أن يكون سبب الفسخ يستند إلى سبب مشروع مع اضرار الطرف الآخر، وتعويضه ماليا.

يعدّ عقد الترخيص التجاري من العقود التبادلية الملزمة للجانبين[2] بمجرد انعقاد العقد ينشأ التزامات بين طرفيه المانح يلتزم بتمكين المستفيدين من الانتفاع بالعلامة التجارية مثلا أما الطرف الثاني فيلتزم بدفع الرسوم والمحافظة على السرية وعدم المنافسة خلال مدّة العقد.

يبدو واضحا من خلال ما سبق بحسب ما اتجه إليه الفقه أن عقد الترخيص التجاري يعتبر شكلا من أشكال الإيجار، حيث يرد محل الإيجار على المعرفة الفنية ونقل التكنولوجيا، وهذا النوع من العقود عرف انتشارا واسعا في الدول الكبرى في مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية متأثرة بالعوامل والتطورات التي حصلت بها وتنوعت شبكات الاستثمار فيها.

تأخر الاعتماد عليه في الدولة العربية إلى مرحلة التسعينات، حيث شاع استخدامه في منطقة الخليج العربي تحديدا حيث تستقطب كل من الكويت، والمملكة العربية السعودية، ودولة الإمارات النصيب الأكبر لهذا النشاط الاقتصادي[3].

الانتشار الواسع لعقد الترخيص التجاري، نتيجة التطور الاقتصادي الهائل الذي استفاد من التقدم التكنولوجي، وتطور شبكة المعلوماتية في عصر تكنولوجيا الاتصال، مما أدى إلى استثمار رؤوس أموال ضخمة لتوسيع

---

(1) حسام الدين الصغير، ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية، منظمة من طرف المنظمة العالمية للملكية الفكرة، مسقط، 23و 24 مارس 2004، ص 87.

(2) سامي طلال سعيد أبو غنيم، النظام القانوني لتراخيص الإمتياز في العلامات التجارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير جامعة آل البيت، عمان، 2010، ص 15.

(3) سامي طلال سعيد أبو غنيم، مرجع سابق، ص 16.

توزيع المنتجات، وتنويع تقديم الخدمات حيث تكون المنفعة متبادلة بين الطرفية، بمجرد التعبير عن ارادتهما وإفراغها بشكل رسمي عن طريق العقد المبرم بينهما، حيث يرتب آثار بين الطرفين.

ثانيا: أثر إرادة الأطراف في العقد

خصوصية السرعة والتطور المستمر للمعاملات التجارية، مهدت الطريق لظهور عقود تجارية تبرم بين رجال الأعمال، يعبّر من خلالها عن إرادتها في تبادل الانتفاع التجاري، الأمر الذي دفعا التشريعات إلى تنظيمها وضبط أحكامها لتتماشى مع التطور المستمر، وتحديدا التزامات أطراف العقد، ويحكم أن عقد الترخيص التجاري يبرم بين طرفين المانح والمرخص له تتناول التزام كل طرف على حدى.

أ. التزامات المانح:

بمجرد انعقاد العقد يلتزم المانح مقابل المرخص له الالتزام بنقل المعرفة الفنية، حيث تعد من العناصر الجوهرية لعقد الترخيص التجاري، وعليه يستوجب أن تكون المعرفة الفنية قابلة للنقل، ومحمية قانونا، ولا يكتفي بمجرد نقل المعرفة يمتد الالتزام إلى التكوين والمراقبة، وتقديم المساعدة التقنية وكيفية استخدام المعرفة الفنية على الوجه الصحيح، ويندرج ضمن المساعدة كل أشكال الدعم لإنجاح المشروع الاقتصادي والدعاية له.

يلتزم المانح بالتنازل للمرخص له عن حق استعمال العلامة التجارية أو الرسوم والنماذج والاسم التجاري أو شعار المانح وغيرها حسب ما يحدده العقد[1]، والتي يعتمد عليها هذا الأخير في تسويق منتجاته وتقديم خدماته، والتي تندرج ضمن ملكيته المحمية قانونا، بحيث تكون قد استوفت إجراءات التسجيل وفقا لما يتطلبه القانون.

المساعدات التي يقدمها المانح إلى المرخص له ليس الهدف منها فقط خدمة هذا الأخير، وإنما تهدف أيضا إلى المحافظة على اسمه وسمعة منتجاته، وفي حالة تخلف المانح عن الالتزامات المذكورة، يحق للمتلقي، استرداد المبلغ المدفوع، والمطالبة بالتعويض حسب حجم الضرر المتعرض له، ومتى كان هناك ضرر نتج عن عدم الالتزام بتنفيذ العقد من قبل المانح.

بحكم أن محل الترخيص يندرج ضمن الأموال المعنوية لها لطبيعة خاصة وهو ما يفسر لنا التزام المرخص بتمكين المرخص له بكيفية استعمالها والانتفاع بها، إلى جانب الالتزام بالضمان.

وهو يعد من أهم الالتزامات التي تقع على المرخص له إلى جانب التزامه بعدم التعرض للمرخص له في استغلال محل عقد الترخيص استغلالا هادئا، لا يعكره أي تصرف صادر من المرخص من شأنه عرقلة الانتفاع بمحل الترخيص.

يؤكدّ هذا الطرح مقولة الأستاذ **كومبو**: << **يعقد الترخيص لا يشري المرء المعرفة وإنما يشري الهدوء والسكينة** >>[2].

ذلك أن الأثر المباشر لعقد الترخيص هو إزالة ذلك العائق المتمثل في الحق الاستئثاري لمالك البراءة بحيث يستطيع المرخص له استغلال الاختراع دون اعتراض المالك، فانتقال المعرفة التكنولوجيا تعد أثر من آثار عقد الترخيص.

ب. التزامات المرخص له:

---

(1) حسام الدين الصغير، مرجع سابق، ص95.

(2) وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا، الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية – دراسة مقارنة- ، دار الثقافة، 2009، ص 65.

مقال التزام المانح اتجاه المرخص له، يترتب على هذا الأخير التزامات اتجاه المانح، فمن الطبيعي أن يلتزم المرخص بالتزام مالي مقابل الانتفاع من نقل التكنولوجيا، والمعرفة الفنية، والتي يتبعها التكوين، والمراقبة، والمساعدة التقنية، لإنجاح المشروع الاقتصادي، فإذا كان جوهر عقد الترخيص التجاري نقل المعرفة الفنية، فإن هاته الأخيرة تقوم بمبالغ مالية ورسوم يدفعها المرخص له إلى المانح طبقا للاتفاق المبرم في العقد.

بحكم أن نقل المعرفة الفنية المملوكة للمانح إلى المرخص له سوف تتيح لهذا الأخير الاطلاع على أسرارها والتعرف على خصوصياتها، حتى وإن كان بعض المالكين يرفضون منحها ويفضلون الاحتفاظ بها لأنفسهم فقط، في حالة التنازل عن الاستعمال يلتزم المرخص له بالاحتفاظ والالتزام بالسرية التامة، وعدم اطلاع المنافسين تحديدا على خصوصياتها

حيث يحتاط بكل الوسائل لضمان هذه السرية ضد كل من شأنه افشاؤها، وايصالها للمنافسين تحديدا، وحتى لا يتم الاعتداء عليها بالسرقة والتقليد[1] وفي سبيل ذلك يمنع على الزوار والمتعاملين الدخول أو التصدير في أماكن تجارب التطوير والمخابر، حتى لا يتم تسريب المعلومات والمعارف والتقنيات المستخدمة، وفي حالة إفشاء سرية المعلومات، يسأل المرخص له عن تعويض الضرر الذي نشأ عن الإفشاء سواء في مرحلة المفاوضات أو بعد إبرام العقد.

خاتمة

يعتبر عقد الترخيص التجاري من العقود الاقتصادية الهامة المساهمة بشكل فعال في تحقيق التنمية الاقتصادية، إذ يتيح لصاحب مشروع تجاري لا يملك الخبرة الفنية في الانتفاع بخبرات وتجارب أخرى مقابل مبالغ مالية يدفعها.

صياغة العقد، تتم تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة بين الطرفين وبالتالي مضمونه يعد حجة عليها، بالرغم من اهمية هذا النوع من العقود الاقتصادية في انجاح المشاريع الاقتصادية وحاجة الدول النامية إليه، إلا أن امتلاك الدول الكبرى للتكنولوجيا المتطورة أدى بها إلى احتكارها، ووضع شروط إذ كان الطرف الضعيف وعادة ما تكون دول نامية في هذا النوع من العقود، مثل إلزام الطرف المرخص له شراء المعدات وقطع الغيار من عندها حتى لو كانت متوفرة في السوق المحلية، وما هو ما يمكن المرخص من الحصول على أرباح إضافية، وأحكام السيطرة على المشروع المرخص له، مثل هاته الشروط فيها اجحاف كثير لذا يتعين على الدولة التصدي لمثل هاته البنود المجحفة في تشريعاتها لذ نوصي بما يلي:

- تسليط الضوء من طرف المشرع الجزائري في تنظيم أحكام عقد الترخيص التجاري، وتحديد نظامه القانوني بشكل تفصيلي.

- على الدول الاستعانة بعقد الترخيص التجاري في انجاز مشاريعها الاقتصادية حتى تستفيد من نقل التكنولوجيا والاحتكاك بالتجارب الناجحة في هذا المجال، مع الاحتفاظ بحقها في اتخاذ التدابير الملائمة لمنع الممارسات التعسفية في استخدام حقوق الملكية الفكرية وفقا لما هو منصوص عليه في اتفاقية تربس.

(1) عبد المهدي كاظم ناصر، مرجع سابق، ص 202.

البعد القانوني والاقتصادي لنظام البوت

د. بوجلطي عز الدين ، أستاذ محاضر
كلية الحقوق ، جامعة الجزائر1

مقدمة :

لقد لعبت التطورات الاقتصادية المتلاحقة على المستوى الدولي دورا مهما في هذا التوجه حيث ان اقتصاد اية دولة لم يعد بمعزل عن التأثيرات التي يعرفها الاقتصاد العالمي وذلك في ظل الاتجاه الواسع النطاق نحو التحرر الاقتصادي وإزالة القيود المفروضة على العلاقات الاقتصادية الدولية ،و لقدتمثلت الحلقة الأخيرة من هذا التطور المستمر في لجوء الحكومات الى أساليب تمويلية جديدة لإقامة مشاريع البنية الأساسية اشتركت جميعها في الاعتماد على القطاع الخاص المحلي منه والأجنبي وبأشكال متفاوتة ،دون تهميش إلزامية تفعيل دور الدولة لتحقيق التنمية من خلال حقها في الرقابة على حسن أداء مشاريعها التي تعد من الاعتبارات التي تعكس سيادتها ، لذا تسعي – الدول- إلى وضع الأنظمة القانونية والسياسية التي تمكنها من مواكبة المتغيرات الاقتصادية وأهمها العولمة والخصخصة حيث اتجهت كافة الدول اقتصادية المخطط إلى اقتصاد السوق .

وفي إطار هذا التوجه أعدت لجان الأمم المتحدة العديد من الدراسات وقدمت العديد من المقترحات بهدف إيجاد آليات جديدة لتحقيق التنمية الاقتصادية للدول المختلفة دون أن يكون ذلك عبثاً على ميزانيتها فعملت على تغليف تلك الآليات بالقوانين والإجراءات القانونية وأحاطتها بالضمانات اللازمة حتى تضمن تشجيع الاستثمار وحركة تداول وانتقال رؤوس الأموال بين دول العام حيث نجحت في نشر العديد من الصور والأنظمة القانونية التي تحقق الغاية لطرفيها ، وبرز كم تلك الصيغ ما يعرف "بعقود الشراكة بين القطاعين العمومي والخاص "ونظام

B . O. T وعقود الفيديكFIDIC [1]كمصطلحات عملية بشراكة الضرورية بين القطاعين العام والخاص

قصد إفساح المجال أمام الاستثمار المباشر للمنظمات والمؤسسات الاقتصادية غير الحكومية والسماح لها بالدخول والمشاركة بدور رئيسي في تحقيق تلك التنمية من خلال قيادة زمام مشروعات النشاط الاقتصادي.

يعد هذا النظام إحدى الآليات التي تسمح للقطاع الخاص ببناء وتشغيل المرافق العامة الاقتصادية دون أن تتحمل الدولة أي أعباء مالية.

ونظراً لأن نظام B . O . T أصبح يشكل أهمية كبري لكثير من دول العام وانتشر بصورة كبيرة خلال العقود القليلة الماضية فقد وقع اختيارنا لدراسة كافة الجوانب القانونية والاقتصادية للاستثمار المباشر وفقاً لنظام لهذا النظام

هذا ولا يمكن اعتبار نظام البوت مبتكرا في مجمله بل ترجع جذوره إلى ما يعرف "بعقود الامتياز "التي كانت منتشرة في القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين حيث استخدمت فرنسا بالأخص هذه العقود في مشاريع السكك الحديدية والتزويد بمياه الشرب وعرف استعمالات أكثر في مجال التنقيب والبحث هن البترول بالخصوصية التي رأيناها في الفصل الأول والتطور الجوهري في هذه العقود كان في منتصف الثمانينات حيث عرف هذا النظام التعاقدي تطورين جوهرين ،

[1] هي FIDIC عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين للتعرف على الفيديك بشمل اكثر ارجه د :مشاعل عبد العزيز الهاجري :مجلة الحقوق جامعة الكويت العدد الاول الرقم 31 لسنة 2007

يتعلق الأول في توقيع اتفاقية تنفيذ نفق 'المانش " الرابط بين فرنسا وبريطانيا وذلك بين الدولتين من جهة وشركة Euro Tunnelالخاصة من جهة ثانية ،والثاني متعلق بدعوة رئيس وزراء تركيا آنذاك (توجت اوزال) Turgot Ozal باستخدام هذا الأسلوب التعاقدي الذي يرجع إليه الفضل في استخدام العبارة المعروفة اليوم BOT [1]وهي ترجمة ل: Build, Operate and Transfer .

ومما يسمح بالقول بأفضلية اعتماد هذا النظام في عقود توليد الكهرباء هو ما اجمع عليه المشركون في المؤتمر الدولي للمشروعات بنظام البوت المنعقد بالقاهرة سنة 2001 من تعاظم استخدامه في تحقيق تنمية مشروعات البنية التحتية للدول النامية . وإدراكا لذلك تم عقد ملتقى دولي بالجزائر سنة حول: سياسات التمويل و أثرها على الاقتصاديات و المؤسسات دراسة حالة الجزائر و الدول النامية خلال الفترة 1990-2004 والذي خلص الى نتائج عديدة أهمها :

- مواصلة التزام الدولة بتمويل الاستثمار العمومي، هذا بفضل قدرات الادخار المتراكم منذ سنة 2000 في إطار مخطط دعم و إنعاش الاقتصاد الوطني. وفق

- تحول الاقتصاد من اقتصاد استدانة إلى اقتصاد تمويلي وهذا عن طريق مؤسسات تمويلية تأخذ صفة متعامل اقتصادي في هذا المجال كما سنرى ذلك في مكونات شركة المشروع المكلفة بانجاز استثمارات الطاقات المتجددة .

وبذلك يمكننا طرح الاشكالية التالية :

ماهي الابعاد القانونية والاقتصادية لنظام البوت ؟

للاحاطة بالموضوع نعرض المحورين التالين :

مبحث اول : **البعد القانوني والاقتصادي لنظام البوت**

مبحث ثاني :

مبحث أول: البعد القانوني والاقتصادي لنظام البوت

ان عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لها طبيعتها القانونية الخاصة فهي لا تمثل عقداً واحداً وإنما هي مجموعة من التعاقدات التي تتعدد أطرافها وتتشابك مصالحها الأمر الذي يثير كثير من التساؤلات القانونية والاقتصادية حول هذا النوع من العقود وأمام هذه الطبيعة الخاصة أصبح على الإدارة عند تعاقدها بنظام B.O.T أن تحدد الشكل القانوني للتعاقد بما يتوافق مع طبيعة المشروع الذي ترغب في تنفيذه بما يحقق أهدافها ويحفظ حقوقها وحقوق المنتفعين من هذا المشروع وسوف نتناول في هذا المطلب كيفية إبرامه والحقوق المترتبة عنه وذلك في مطلبين على النحو التالي :

[1] حمشو عدنان :الاستثمار في التنمية وفق نظام البوت "المجلة الاقتصادية مرز التنكية الادارية دمشق سوريا متوفر على الرابط WWW.eqtissadiya.com

مطلب أول : مفهوم نظام البوت وموقف المشرع الجزائري منه

البوت (BOT) ليس اصطلاحا قانونيا وإنما اختصارا لثلاث كلمات انجليزية . Build, Operate and Transfer التي تعني البناء –التشغيل –نقل او تحويل الملكية وهي تشكل المراحل الثلاث الحصرية لتنفيذ العقد [1]

ولقد جاء تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي [2]– CNUDCI - ان مشاريع البوت هي أساسا شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين لو احد الكيانات الخاصة يشار إليها " الاتحاد المالي للمشروع " امتياز لصوغ مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجاريا لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء الى جانب تحقيق أرباح مناسبة من العائدات المتأتية من تشغيل المشروع وفي نهاية المدة تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقا

كما يعرف عقد البوت على انه عقد بين طرفين احدهما مالك لمشروع معين في صورة الدولة او إحدى هيئاتها والقاني مستثمر من القطاع الخاص محلي او أجنبي على ان يقوم المالك بتقديم الأرض اللازمة الكائنة ضمن المشروع بينما يقوم المستثمر بإنشاء المشروع بتمويله الذاتي ثن تشغيله وإدارته فترة محددة بالاتفاق يستغل فيها المستثمر المشروع ليستعيد نفقات انجازه مع الاعتراف له بأرباح مناسبة وفي نهاية المدة المتفق عليها يعيد المشروع إلى مالكه الأصلي .[3]

أما مصطلح البووت BOOTفهو بنفس نظام البون BOTإلا بإضافة(O) ثانية والتي اختصارا ل : Owen التي تعني التملك ويقصد بذلك تملك المستثمر للمشروع الذي أنشئه ملكية مؤقتة على عكس العقد بصيغة البو ت Bot الذي لا يتضمن أي صورة من صور الملكية حيث تظل الملكية خالصة للدولة ،لذا اتجه جانب من الفقه الى عدم التفرقة بين اصطلاحي BootوBot على أساس انه وان كان أكثر تحديدا في الدلالة على مالك المشروع حال الإنشاء والتشغيل فان الملكية المقصودة حسب هذا الاتجاه ليست بالملكية الكاملة التي تعد أوسع الحقوق العينية نطاقا إنما المقصود في هذا الصدد هو الحيازة المحدودة بغرض الانتفاع لاسترجاع مصاريف الإنشاء فالفرق بينهما لفظي ليس أكثر. وبالتالي فان إعطاء هذه التسمية Boot ليس له أثرا من الناحية القانونية الا في تشجيع وتحفيزا لمستثمر الخاص في كونه يمتلك المشروع ويدعم هذا القول بما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 808من القانون المدني التي أقرت بعدم قيام الحيازة على العمل الذي يأتيه الغير إذا كان كجرد رخصة وهو الأمر الذي ينطبق على البوت وبالتالي لا ينمكن تطبيق الحيازة على العقد بالأخص المادة 827 التي تجعل من حائز المنقول او العقار الذي استمرت حيازته 15 سنة من دون انقطاع كا له فضلا عم ذلك فان أموال الدولة لا يمكن تملكها بالتقادم كما جاءت المادة 689 من ذات القانون

نستخلص فيما سبق ان عناصر نظام البوت يمكن إيجازها فيما يلي :

- انه عقد يبرم بين الدولة او إحدى الهيئات التابعة لها وطرف خاص غالبا اجنبي

- ان الغاية من هذا العقد هي إنشاء مرفق عام لإشباع حاجات عامة

---

[1] نستعمل عدة مصطلحات للدلالة على البوت :امتياز البوت ،مشاريع البوت ،نظام البوت ،اسلوب التعاقد بالبوت وكلها تنصرف الى ذات المعنى

[2] تفرير لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي :الاعمال المفبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية الدورة التاسعة والعشرون نيويورك 28ماي الى 14جوان 1996 ص3موفر على الموقع :http:://dacess-dds-ny .un.org /doc/UNDOC /GEN /V96

[3] استعمال عبارة "نقل او تحويل الملكية "لا تعني ان الملكية كانت قد انتفلت سلفا من الدولة الة صاحب المشروع وانما الذي انتقل الى الطرف الخاص هو "الحيازة القانونية " انظر احمد ماهر محمد النظلم القانوني لعقود الانشاء والتشغيل واعادة المشروع دار النهضة العربية 2005 ص31

- ثبوت حق الجهة المانحة في الإشراف والرقابة طوال مرحلة التشييد والتشغيل

- ان ملكية المرفق تظل ثابتة للجهة المانحة طوال مدة الترخيص بالاستغلال

وعلى هذا الأساس يعتبر مفهوم البوت على انه نظام تعاقدي يعكس بالدرجة الأولى توافق إرادتين او أكثر لإحداث اثر قانوني طوال المدة المتفق عليها ، كما [1] يعتبر نظاما تمويليا كونه آلية من آليات التمويل الحديثة التي تقوم على فكرة جديدة في مجال الاقتصاد والأعمال هي فكرة التمويل الذاتي (Project finance) للمشاريع الاقتصادية وضمان التسديد فيها هو العائدات المحققة من تشغيل المشروع دون التركيز على صاحبه اذ ينظر المقرضون إلى التدفقات المالية Cash Flow كمصدر لتسديد الديون المقدمة للانجاز بالإضافة الى موجدات المشروع في حالة عجز صاحبه عن سداد الديون والفوائد المستحقة عليهم كاملة في مواعيدها المحددة وهذا على عكس تمويل المشاريع التقليدية الذي يتم على أساس ضمانات بأصول مادية او عينية

ولقد استعملت الجزائر هذه الصيغة التعاقدية في مجال تحليه مياه البحر أين أخذت الشركة العامة الجزائرية للمياه ممسؤولية تنفيذ السياسة الوطنية لتنمية القطاع بموجب القانون 05-12 [2]

أما في القطاع محل الدراسة سيما في إنتاج الكهرباء فان أول استعمال لهذه التقنية التعاقدية هو العقد المبرم بين شركة كهرباء سكيكدة [3] عقدا مع مجموعة SNC Lavalin الكندية بقيمة 600مليون دولار لتصميم وإنشاء وتشغيل محطة لتوليد الكهرباء بمدة 12 سنة مع إمكانية تجديد العقد لنفس المدة وهو الأول الذي ينشا بصيغة البوت وفقا للقانون 02-01.

مطلب ثاني :مدى ارتباط مشاريع البنية التحية لقطاع الطاقة بنظام البوت في التشريع الجزائري :

تقوم مشاريع البنية التحتية على أساس تقديم الخدمات على أوسع نطاق لهدف تحقيق التنمية لذا فان الدولة لا تقوم بإسنادها الى القطاع الخاص إلا في نطاق العقود التي تضمن حسن الأداء وعدالة التوزيع ومناسبة الأسعار فوجدت في عقود البوت الحاجة المفقودة في ضمان السيطرة على هذه المشاريع الإستراتيجية وتقديم أفضل الخدمات ، لذا حظيت مشاريع البنية التحتية لاهتمام لجنة القانون التجاري الدولي التي رصدت لها دليل تشريعي عام 2001 لتتبعه بعد ذلك لأحكام تشريعيه نموذجية قصد توفير اكبر مساعدة للدول سيما النامية منها ،وقد جاءت هذه الأحكام ثمرة جهود لمؤسسات متعاونة مع المنظمات الدولية المختصة التي استطاعت ان تعدد المشاريع التي يمكن ان يشملها البوت كنظام قانوني مركب وجديد ومنها الأشغال العامة ،فقطاعات النقل العام ،المرافق المتعلقة بإنتاج وتوزيع الكهرباء والغاز التي هي موضوع دراستنا [4]

اما في المعالجة الجزائرية القانونية لتصنيف المشاريع التي قد يشملها البوت فتجد أساسها في نص المادة 17 من الدستور التي تنص على ان "الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية وتشمل باطن الأرض ،والمناجم ، والقالع ، والموارد الطبيعية للطاقة ،والثروات المعدنية الطبيعية والحية في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية والمياه والغابات ،كما تشمل النقل بالسكك الحديدة والنقل البحري والبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية واملاك أخرى محددة في القانون "

---

[1] انظر الى نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري

[2] القانون 05-12 المؤرخ في 04 اوت 2005 المتعلق بالمياه ج ر ج ج رقم :60لسنة 2005

[3] شركة مكونة برأس مال مشترك بين شركة سونطراك وسونلغاز والوكالة الجزائرية للطاقة

[4] هناك من يصيف لهذه العناصر الخدمات ذات الاستحقاق مثل التعليم والصحة الي يطلق عليها مشاريع الرأس، مال الاجتماعي

ان استغلال المصادر الطاقوية المتجددة السابق بيانها في المطلب الأول لا بد ان يتم من خلال إقامة منشئات خاصة باستغلال الطاقات البديلة والتي تم تنظيم الإجراءات الخاصة ببنائها بالقرار الوزاري المشترك الصادر بتاريخ 6فيفري 2011 المتعلق بالإجراءات المطبقة في مجال تحضير رخصة بناء منشات الطاقة الكهربائية وتسليمها [1]

فمن خلال هذا القرار يتبين ان المنشاة الطاقوية الكهربائية و- او – الغازية هي كل منشاة لإنتاج الكهرباء مهما كان مصدرها او باستخدام الطريقة التقنية لأجل الحصول عليها (طاقة شمسية ،طاقة الرياح ، طاقة حرارية ،طاقة باطنية ،او نووية .....)المادة الثانية من القرار الوزاري المشترك.

وفي جميع الحالات يتعين على المنتج الجديد اختيار احد النظامين :نظام عام او [2] نظام خاص

فإذا كان النظام العام يتمثل أي نشاط لإنتاج الكهرباء غير الذي ينشا عن استغلال الطاقة المتجددة و غير الذي ينشا عن الإنتاج المشترك (كهرباء وحرارة)

فان النظام الخاص فهو توجيه عادي لحجم أدنى [3] من الكهرباء منتجة من طاقات متجدد

وهو الذي يعنينا بالبحث يخضع لجملة من الشروط الموضوعية والشكلية .[4]

أما الشروط الموضوعية : في سبيل تحقيق الحصة المسطرة من مساهمة الطاقات المتجددة في الحصيلة الطاقوية للبلاد ، يمكن للجنة ضبط الكهرباء والغاز ان تستدرج طلب عروض لبناء واستغلال منشئات جديدة الإنتاج الطاقة الكهربائية من الطاقات الخضراء بل انه يمكنها - في حالة الحصول على طلبات غير مجدية – ان تفرض على منتجي الكهرباء ضمن النظام العام السابق تحقيق حصة من الطاقة الكهربائية تنتج إلزاميا من مصادر طاقوية متجددة او من منظومة الإنتاج المشترك .

وهكذا يتبين من خلال الشروط الموضوعية مدى ارتباط المستثمر في انجاز منشئات إنتاج الطاقة الكهربائية بالاعتماد على الطاقة المتجددة أو بالاعتماد على الإنتاج المشترك

لكن ما علاقة هذا الارتباط بنظام البوت ؟

يبدو ارتباط مشاريع انجاز منشئات الطاقة المتجددة بالبوت من خلال النقاط التالية :

1- يحمل مصطلح الامتياز المنصوص عليه في القانون المتعلق بالكهرباء والتوزيع العمومي للغاز بالأنابيب 02-01 نفس المعني للبوت الأنف ذكره حيث نصت المادة الثانية على ان :"....الامتياز حق تمنحه الدولة لمتعامل يستغل بموجبه شبكة ويطورها ،فوق إقليم محدد ولمدة محددة بهدف بيع الكهرباء او الغاز الموزع بواسطة الأنابيب "

---

[1] القرار لوزاري المشترك الصادر بتاريخ 6فيفري 2011 المتعلق بالإجراءات المطبقة في مجال تحضير حصة بناء منشات الطاقة الكهربائية والغازية وتسليمها ج ر ج ج رقم :23 لسنة 2011

[2] يحكم هذا النظام المرسوم 06-429 المؤرخ في 26-11-2006 المحدد لدفتر الشروط المتعلق بحقوق وواجبات منتج الكهرباء ج ر ج ج رقم :76 لسنة 2006

[3] تحدده لجنة ضبط الكهرباء والغاز بصفة دورية ببرنامج عشري يحين طل سنتين (المادة 8 من القانون 02-01

[4] بالنسبة للشروط الشكلية : الاكتتاب في دفتر الشروط بالإضافة الى الحصول على رخصة الاستغلال وتجنبا للتكرار سوف نفصل هذا الارتباط في النقطة المتعلقة بمسار التعاقد

وأضافت المادة السابعة من نفس القانون " ينجز المنشئات الجديدة لإنتاج الكهرباء ويستغلها كل شخص طبيعي او معنوي خاضع للقانون الخاص او العام حائز على رخصة للاستغلال "

الملاحظ من المادتين ان المشرع أدرج كل المراحل التي يتضمنها نظام البوت وهي : الانجاز ،الاستغلال ثم إعادة المشروع الى الدولة باعتبار إنتاج وتوزيع الكهرباء والغاز نشاطا للموفق العام .

وتأكيد ذلك انه وتطبيقا للمواد 73-77و78 من هذا القانون جاء المرسوم التنفيذي 08-114 المحدد لكيفيات منح الامتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته [1] أين منح المشرع من خلاله صاحب الامتياز إمكانية إعداد التجهيزات والمنشئات المخصصة للتوزيع حسب ما هو وارد بالأخص في المواد 3،8 فـ1،9، 23 فـ1 والمادة 36 من الملحق.

وهذا ما فصله المشرع في مرحلة لاحقة بالمرسوم التنفيذي10-138المحدد [2] للقواعد التقنية لتصميم واستغلال وصيانة شبكات توزيع الكهرباء

2- تطبيقا لاحكام المواد 01 – 07 – 24 من القانون 02-01 يمكن انجاز واستغلال المنشاة الجديدة لإنتاج الكهرباء من طرف كل شخص طبيعي او معنوي خاضع للقانون الخاص او العام حائز على رخصة الاستغلال وبهذا يكون المشرع قد فتح المجال أمام المتعاملين العموميين والخواص ليتم بناء وإنشاء واستغلال منشئات جديدة لإنتاج الكهرباء بكل حرية ليخرج بذلك هذا القطاع من الاحتكار الذي كانت تمارسه الدولة بموجب القانون 85-07 والمتعلق بإنتاج الطاقة الكهربائية ونقلها وتوزيعها العمومي .

وبناء عليه فان الاستثمار في الطاقات المتجددة متاح لكل شخص طبيعي او معنوي خاضع للقانون الخاص اة العام – تحرير القطاع – يتماشى وروح البوت كونه نظام تمويلي –كما سنرى في شرح مسالة البعد الاقتصادي له - يعد أحد وسائل تمويل مشروعات إنشاء المرافق العامة عن طريق القطاع الخاص دون أن تضطر الدولة إلى اللجوء للاقتراض.

3- ان الاستثمار في انجاز منشاة الطاقات المتجددة وفي كل الحالات يكون شريطة احترام إجراءين جوهريين هما :

- الترخيص أو التصريح حسب الحالة .
- اختيار احد النظامين بين النظام العام أو النظام الخاص

وفي كلا النظامين اقر المشرع إمكانية إبرام عقود ثنائية بين المنتجين من جهة وبين الموزعين، والوكلاء التجاريين ،والزبائن المؤهلين من جهة أخرى [3].فان هذا الامر يدعم فكرة قيام الاستثمار في هذا المجال على أكثر من عقد مما يساعد على تحقيق اكبر

---

[1] المرسوم التنفيذي 08-114 المحدد لكيفيات منح الامتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته ج ر ج ج رقم 20 لسنة 2008

[2] المرسوم التنفيذي10-138المحدد للقواعد التقنية لتصميم واستغلال وصيانة شبكات توزيع الكهرباء ج ر ج ج رقم 33 لسنة 2010

[3] **المنتج** : كل شخص طبيعي او معنوي ينتج الكهرباء ،**المنتج الذاتي** :كل شخص طبيعي او معنوي ينتج الكهرباء لسد حاجاته الخاصة أساسا ،**الموزع** :كل شخص طبيعي او معنوي يقوم بتوزيع الكهرباء او الغاز بواسطة القنوات مع إمكانية بيعهما ،**الوكيل التجاري** :كل شخص طبيعي او معنوي غير منتج او موزع بشتري الكهرباء او الغاز بهدف إعادة بيعها ، **الزبون المؤهل** : الزبون الذي يتمتع بحق إبرام عقود التموين بالكهرباء او الغاز مع منتج او موزع او وكيل تجاري يختاره ولهذا الغرض له حق استخدام شبكة النقل و/او التوزيع (تعريفات من المادة الثانية من القانون 02-01

مرد ودية اقتصادية من عملية استثمارية واحدة . وهي فكرة تنسجم والى حد كبير مع قانون الصفقات العمومية[1] الذي اقر انه يمكن ان تتشكل عقود البوت بناءا على مادته الرابعة الصفقة " عقود مكتوبة تبرم قصد انجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة "

كما حدد العمليات التي تشمل بوضوح الصفقات العمومية في نص المادة 13 ف 1 من ذات القانون ومن بينها : انجاز الأشغال وتقديم الخدمات التي إذا ما اجتمعت بيد متعاقد واحد تشكل صفقة عمومية تشمل على العمليات التي يتضمنها عقد البوت –الإنشاء – التشغيل – نقل الملكية

4- كما ان المشرع وبإصداره الأمر رقم :08-04 المحدد [2] لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية يكون قد فتح الباب للتعاقد بهذا الأسلوب باعتبار المشاريع المنشاة تطبيقا لهذا القانون ترجع للدولة عند انتهاء مدة الامتياز.

5- ولعل الأهم في بيان كيفية ارتباط مشاريع الطاقات المتجددة بنظام البوت هي الضمانات التي يتمتع بها المستثمر بعد انجازه المنشاة ،فتكملة لقيامه بإنشاء المنشاة وانتاجه منها بناءا على رخصة يكون له حق الاستفادة من امتياز توزيع منتجاته الطاقوية كما هو مبين في التالي :

باستقراء القانون 02-01 والنصوص التنظيمية له يتبين ان المشرع في اعتماده هذا النظام التعاقدي قد فصل بين مرحلتين أساسيتين :

- مرحلة إنشاء منشئاه توليد الطاقة والإنتاج منها مرتبطة بالحصول على الرخصة

- مرحلة استغلا ل المنشاة – بالتوزيع منها دون النقل - مرتبطة بالحصول على الامتياز

أ – رخصة إنشاء منشئاه توليد الطاقة والإنتاج منها :

لا بد من التمييز بين الرخصة الواجب الحصول عليها لبناء منشاة محل النشاط وبين رخصة الإنتاج . فرخصة إنشاء منشاة توليد الطاقة فهي منظمة بمقتضى أحكام القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 06-02-2011 المتعلق بالإجراءات المطبقة على في مجال تحضير رخصة منشاة الطاقة الكهربائية والغازية وتسليمها اذ تنص المادة الثالثة منه على :"يقيد كب يناء أو تغيير منشاة للطاقة الكهربائية او الغازية بحيازة رخصة بناء وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما لاسيما المادة 52 من القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير والمادتان 33 و 53 من المرسوم التنفيذي 92-176 [3] والذي يحدد كيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم والتسليم المعدل والمتمم "

وعلى العموم فان رخصة البناء للمنشاة تقدم بناءا على مستندات محددة من المادة 6 إلى 11 من القرار الوزاري المشترك منها :

- مستخرج من خريطة الناحية التي يجب ان يكون بها موقع المنشاة

---

[1] مرسوم رئاسي 10-236 مؤرخ في 7اكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل المتمم ج ر ج ج رقم:58 اسنة 2010

[2] الأمر 04-08المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية ج ر ج ج رقم :49لسنة 2008 وللإشارة فان هذا الأمر ألغى الأمر رقم 06 - 11 المؤرخ في 6 شعبان عام 1427 اا وافق 30 غشت سنة 2006

[3] لقانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير ،المرسوم التنفيذي 92-176 والذي يحدد كيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم والتسليم المعدل والمتمم

- البطاقة التقنية للمنشاة

- عقد الملكية او نقرر تخصيص القطعة الأرضية

- دراسة التأثير على البيئة المؤشر والموافق عليها من قبل مصالح وزارة البيئة

أما رخصة الإنتاج فهي منظمة بموجب المرسوم التنفيذي 06-428 [1] المحدد لإجراء منح رخص الاستغلال لمنشاة إنتاج الكهرباء اين يتم تسليم الرخصة بعد التأكد من تحقق المقاييس التالية:

- سلامة وامن منشات الكهرباء والمنشات والتجهيزات المشتركة
- الفعالية الطاقوية
- طبيعة مصادر الطاقة الأولية
- القدرات الفنية والاقتصادية وكذا الخبرة المهنية لصاحب الطلب وصفة تنظيمه

ب- مرحلة الاستغلال الطاقة الناتجة – التوزيع – [2]

نظم المشرع الأحكام المتعلقة بتوزيع الطاقة الكهربائية في الباب السابع من القانون 02-01 ويندرج التوزيع ضمن نعام المرفق العام المضموم من قيل الدولة وبذبك تسمح باستغلال شبكات التوزيع من خلال التنازل عنها بمنح الامتياز بموجب مرسوم تنفيذي بناءا على اقتراح من وزير الطاقة والمناجم بعد اخذ رأي لجنة ضبط الكهرباء والغاز

والامتياز حق تمنحه الدولة لمتعامل يستغل بموجبه شبكة ويطورها فوق إقليم محدد ولمدة زمنية محددة يهدف البيع لذا فتطبيقا لنص المادة 77 من القانون صدر المرسوم التنفيذي 08-114 المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته [3]

والتي من بينها الالتزام بضمان ربط منشات الطاقات المتجددة وتوصيلها بشبكة التوزيع ، هذا وتتمثل المبادئ الأساسية لامتياز توزيع الكهرباء فيما يلي :

- الحق في القبض المباشر لتسديدات هذا المرفق لدى زبائن المرفق المتنازل عنه لما يقوم صاحب الامتياز في نفس الوقت بوظيفة الوكيل التجاري
- واجب صاحب الامتياز في أداء الخدمة للجمهور والزبائن بالقيام بتطوير المنشات وإعادة تجديدها وصيانتها
- واجب صاحب الامتياز في احترام مبادئ ديمومة واستمرارية الخدمة العمومية
- واجبه في إرجاع أملاك الامتياز إلى الدولة عند انتهاء المدة

---

[1] المرسوم التنفيذي 06-428 المؤرخ في 26-11-2006 المحدد لاجراء منح رخص الاستغلال لمنشاة انتاج الكهرباء ج ر ج ج رقم :76 لسنة 2006

[2] اماا نشاط النقل فهو محتكر طبيعيا وينم تسييره من طرف مسير وحيد ألا وهو نسير شبكة نقل الكهرباء إلا انه في إطار انفتاح السوق الوطنية الطاقوية فان تنظيم القطاع أصبح يرتكز على " مبدأ استخدام الغير لشيكات النقل وشيكات التوزيع حتى يتم تموين الزبائن المؤهلين مباشرة من منتجي الطاقة الكهربائية وكل هذا تطبيقا لنص المادة 65 من القانون 02-01 المفصلة إجراءاتها بالمرسوم التنفيذي 07-293 المحدد لكيفيات التموين واستخدام الغير لشبكات نقل وتوزيع الكهرباء والغاز مؤرخ في 26-09-2007 ج ر ج ج رقم : 62 لسنة 2007

[3] المرسوم التنفيذي 08-114 المؤرخ في 9-4-2008 المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته ج ر ج ج رقم 20 لسنة 2008

وعليه فان اندماج كل هذه الحلقات الصناعية إنشاء و إنتاج (برخصة)– توزيع(بامتياز) مع إعادة الأملاك الطاقوية الى الدولة عند نهاية الامتياز في الطاقات المتجددة يؤكد بما لا يدع مجالا للشك على ارتباط الاستثمار في هذه الطاقات بما تقتضيه أحكام نظام البوت

مطلب ثالث : أطراف نظام البوت وهيكلته :

1- اطراف نظام البوت

أ- <u>الدولة المضيفة</u> :

يقصد بالدولة المتعاقدة في مجال البوت الدولة التي تدخل في روابط تعاقدية مع أشخاص القانون الخاص - أجنبية عادة – من اجل تنفيذ المشاريع التنموية

وإذا كان تحديد الدولة على اعتبار أنها طرف في العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأجنبية لا يفي راية صعوبة تذكر إذا قامت بنفسها او عن طريق من يمثلها – رئيس الجمهورية ،رئيس الوزراء ، احدي الوزارات) بإبرام هذه العقود بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي العام فان الصعوبة في الواقع تثور اذا ما كان احد الأطراف المتعاقدة ليست الدولة ذاتها وإنما جاز تابع لها ويعمل لحسابها (في مثال الهيئات الإدارية المستقلة

والواقع لقد اتجه الفقه في تحديد المقصود من الدولة كطرف متعاقد في إطار عقود التنمية الاقتصادية الى اتجاهين متعارضين

أولهما الاتجاه الضيق الذي ينصرف عقود الدولة على العقود التي يبرمها الدولة بنفسها فقط والاتجاه الثاني الموسع يلحق عقود الدولة تلك التي تبرمها الهيئات التابعة لها وهو الرأي الراجح الذي أيده الكثير من الفقهاء وكرسته بعض أحكام التحكيم [1]

منها نص المادة 25 ف 1 من اتفاقية واشنطن المنشاة للمركز الدولي بحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار الناشئة بين الدول ورعايا جول اخرى " [2] يختص المركز بالنظر في المنازعات القانونية القائمة بين الدولة المتعاقدة او هيئة عامة او جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز...."

كما قضت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي CNUDCI "ينشئ عدد من القوانين هيئة حكومية جديدة يخول لها الدخول في اتفاق يشان مشروع بيما تفوض فوانين أخرى هذه السلطة لهيئات عمومية موجودة من قبل ووفقا لبعض القوانين يقتضي لمنح امتياز ما موافقة هيئة عليا كالبرلمان او مجلس الوزراء او سلطة إشرافية "

الحقيقة ان الاتجاه الموسع لعقود الدولة هو الأولى بالتأييد باعتباره يتناسب مع الوظيفة الجديدة للدولة في عملية التنمية الاقتصادية ، فالهيئات والأجهزة العامة للدولة وان كانت مستقلة من الناحية العضوية فإنها تعد مملوكة للدولة وتخضع لرقابتها وإشرافها وتمتعها بالشخصية القانونية ما هو الا وسيلة لتنفيذ سياسة الدولة في هذا المجال لاقتصادي ودليل ذلك اشتراط موافقة الدولة على العقود التي تبرمها.

---

[1] لمزيد من التفاصيل في عرض الاتجاهين ارجع الى أطروحة دكتوراه للباحث اقلولي محمد : النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار التجربة الجزائرية ص143-153 جامعة مولود معمري تيزي وزو 2006

[2] صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 95-346 المؤرخ في 30-10-1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن المنشاة للمركز الدولي بحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار الناشئة بين الدول ورعايا جول اخرى ج ر ج ج رقم 66لسنة 1995

ومن هذا المنطلق يعد إنشاء لجنة ضبط الكهرباء والغاز CREG من اهم التغيرات التي طرأت في قطاع الطاقة والمناجم في بداية الألفية، فبموجب المادة 116 من القانون 02-01 أنشئت هذه اللجنة التي لم تباشر مهامها الا في بداية سنة 2005 تاريخ تنصيب اللجنة المديرة

ان لجنة ضبط الكهرباء والغاز هي هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي وهي مكلفة بضمان احترام التنظيم التقني والاقتصادي والبيئي وحماية المستهلكين إلى جانب قيامها بالمهام التالية :

- تسليم الترخيصات والامتيازات :اذ تتولى اللجنة بإجراء الدراسة الأولية لطلبات رخص الاستغلال لانجاز المنشات الجديدة لإنتاج الكهرباء والنقل ،فتتأكد من مطابقتها والمعايير المحددة في المادة 13 السالف ذكرها كما تقوم باستدراج طلبات العروض في حالة نقص في الترخيصات الصادرة عن منتجي الكهرباء واتخاذ التدابير الضرورية لتلبية احتياجات السوق الوطنية .

- القيام بدراسات توقعات الطلب وبرمجة الاستثمارات ولهذا الغرض تعد و تحيين البرنامج البياني للاحتياجات من وسائل إنتاج الكهرباء وعرضه على الوزير المكلف بالطاقة للموافقة عليه

- القيام بدراسات تحليلية متعلقة بالعقود المبرمة في قطاع الكهرباء والغاز لفائدة السوق الوطنية

- تعداد مكافئات المتعاملين والتعريفات اذ يقع على عاتق اللجنة تحديد أجرة متعاملي القطاع وكذا تحديد التعريفات المطلقة على الزبائن

- تنظيم استخدام الشبكات لان حق الغير في استخدام الشبكة من الشروط الجوهرية لتنافسية السوق إضافة الى دورها في الشق المتعلق بحماية المستهلك وكذا الإجراءات المتخذة بشان حماية البيئة والمراقبة التقنية وكل ما تفلق بحماية المستهلك

ومع اعتبار الدولة الطرف المتعاقد الأساسي في عقود البوت فان الواقع العملي قد اثبت لجوء القطاع الخاص الى مثل هذه العقود ويكون العقد بجميع مشتملا ته خاضعا للقانون الخاص

وعادة ما توجد عدة ادوار تلعبها الدولة المضيفة عند قيامها بانجاز المشاريع وفقا لهذا النظام منها :

- إعداد الإطار القانوني الذي بعمل المشروع في نطاقه " التشريعات المعنية ، الإعفاءات الضرورية ،والتسهيلات الجبائية المختلفة .....الخ
- إعداد دراسة الجدوى لتوضيح الجوانب المختلفة للمشروع وطرحه للمناقصة
- إبرام اتفاقية الامتياز مع شركة المشروع مع توضيح كافة الحقوق والالتزامات لمختلف الأطراف المتعاقدة
- تعيين ممثل للدولة – وزارة مختصة – بمتابعة تنفيذ بنود العقد

ب - شركة المشروع :

نظرا لكبر حجم المشاريع التي يتم التعاقد فيها بإعمال نظام البوت الرأس مال والمعرفة الفنية – فان الأمر يتطلب اجتماع عدة شركات تتقدم بعطاء واحد للتعاقد على المشروع ويطلق على هذا الاجتماع "الاتحاد المالي للمشروع " أو "الكونسورتيوم « Consortium الذي يعرف على انه " عقد مبرم بين مؤسستين أو أكثر يغرض

الحصول على صفقة تنفيذ او توريد او تقديم خدمات بصفة مشتركة او تضامنية ويتخذ عدة أشكال حسب طبيعة مشاطه دون ان ينشا عنه كيانا ذاتيا يما يؤدي إلى توزيع المخاطر الاقتصادية للمشروع فيما بينهم " [1]

وتعمل شركة المشروع- المبدئية - على :

- تكوين اتحاد مالي بين المؤسسين للقطاع الخاص قصد تقديم العرض المطلوب
- تكوين شركة المشروع وتحصيل حصص رأس المال من كل المؤسسين
- القيام بعمليات الاقتراض وإبرام العقود التفصيلية لكل الأطراف المعنية التي هي :

مقاولو الأعمال الهندسية والبناء ويجب على شركة المشروع إذا أرادت الحصول على صفقة الانجاز ،اختبار المقاول الذي يتمتع بالثقة والكفاءة والخبرة العالية إضافة إلى الملاءة المالية

موردو المعدات : ويتم توقيع عقود التوريد أثناء تنفيذ الأعمال الهندسية ويفضل في المشاريع المنجزة وفقا للبوت الاعتماد على التكنولوجيا الحديثة والتي تم تجريبها قبل استعمالها النهائي قصد دفع اكبر قدر من المخاطر المحتملة

شركة التشغيل والصيانة : لأنه غالبا ما بتم توقيع عقود مقاولة من الباطن من اجل التشغيل والصيانة اللازمة للمشروع ويدخل هذا المقاول في مرحلة مبكرة لتنفيذ التوصيلات خلال مرحلة التصميم

مؤسسات التمويل : يساهم رعاة المشروع بنصيب كبير من التمويل بينما يأتي الجزء المتبقي من الدولة وجزء ثالث من البنوك التجارية والمؤسسات المالية عن طريق اتفاقيات الاقتراض الثنائية او المتعددة الأطراف

إلا انه من الجانب العملي والملاحظ ان اغلب العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية بصيغة الإنشاء والتشغيل تكون بمساهمة الرأس المال الوطني بنسبة معتبرة الأمر الذي يعتبر من التطبيقات الخاطئة لعقود البوت كونها تتناقض مع الفلسفة التمويلية لهذا النظام التعاقدي ويجعل بالتالي العقود المبرمة سلفا اقرب إلى عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص المعروفة ب :PPP

كما انه غالبا ما تشترط الدولة المضيفة وجود مستثمر محلي ضمن أعضاء الكونسورتيوم يكون من القطاع العام او الخاص للمساعدة في تأهيل الاقتصاد المحلي وهو ما اعتمده المشرع الجزائري في قانون الاستثمار 01-03 المعدل المتمم بموجب المادة الرابعة الفقرة 2

"...لا يمكن انجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51 % على الأقل من رأس المال الاجتماعي ، ويقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء "

وأكد المشرع على هذا المبدأ من خلال نص المادة 58 الفقرة 3 من فانون المالية التكميلي 2009 [2] هذا ويفضل المشرع الجزائري في المشاريع الاقتصادية عموما التي يكوم احد أطرافها تجمع شركات ان يكون بشكل شركة تضامن اتجاه الدولة او بالشراكة بذبك جاءت المادة 59 الفقرة 2 من قانون الصفقات العمومية انه " يجب ان يتدخل المتعاملون في إطار تجمع المؤسسات في شكل تجمع بالتضامن او بالشراكة "

---

[1] الكمدري عبد الله محمد طال :النظام القانوني لعقود البوت ص74 :دار النهضة العربية القاهرة

[2] الامر 09-01 المؤرخ في 22 يوليو 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ج ر ج ج رقم : 44 لسنة 2009

وأضاف المشرع قس الفقرة الرابعة انه " يكون التجمع بالتضامن هندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الصفقة كاملة ،ويكون التجمع بالشراكة عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الخدمة او الخدمات التي يمكن ان تمنح له في إطار الصفقة "

ونخلص القول في هذا الجانب انه لما كانت شركة المشروع تعتمد على عدة أطراف لتنفيذ التزاماتها بإنشاء وتشغيل المشروع ،فهي بذلك تتوسط الهيكل التعاقدي اللازم لتنفيذ المشروع من جهة ،ومن جهة أخرى توزع المخاطر المرتبطة بالمشروع على كل الأطراف

وكمثال على شركة المشروع ففي إطار تنفيذ مهامها قامت الشركة الجزائرية للطاقة المتجددة NEAL بالإعلان عن مناقصة وطنية ودولية جوان 2005 من اجل إنشاء محطة هجينة تقوم بتوليد الطاقة الكهربائية بصيغة مختلطة (طاقة شمسية وغاز طبيعي) بحاسي الرمل وأسفرت الإجراءات على اختيار شركة اسبانية لانجاز المحطة أين يتم تزويد المحطة بالغاز اللازم لإنتاج الكهرباء من طرف الشركة العمومية سونلغاز مع ضمان شراء كامل الحصة المنتجة من طرف شركة سونطراك وعلى هذا الأساس تم انشاء شركة المشروع خاضعة للقانون الجزائري نسمى" سولار باور بلا نت واحد SPP1(SOLAR POWER PLANT ONE"" وهي شركة مساهمة بين الشركة الاسبانية الحائزة على الصفقة " ابنيير ب66%والشركة الجزائرية للطاقات المتجددة 20% ومن اتحاد بنكي مشكل من البنك الخارجي الجزائري القرض الشعبي الجزائري والبنك الوطني الجزائري ب 14% ويقدر رأسمال شركة المشروع ب 80 مليون دولار

2- هيكلة نظام البوت :

يتم التوقيع على اتفاقية المشروع بعد موافقة الحكومة على إرساء العطاء وتكوين شركة المشروع التي تعد نقطة الانطلاق – أ- ونظرا لضخامة هذه المشاريع فهي تستدعي الدخول في شبكة تعاقدية واسعة تشكل الهيكل ألاتفاقي المنبثق عن اتفاقية المشروع - ب

أ – اتفاقية المشروع نقطة انطلاق مشروع البوت :

تعد اتفاقية المشروع أو اتفاقية الامتياز الوثيقة التعاقدية الأساسية في مشاريع البوت فهي بذلك الإطار التنظيمي الذي يتم فيه تناول كافة النقاط الخاصة بالمشروع من وقت المفاوضات الأولية إلى غاية نقل المشروع برمته إلى الجهة مانحة الامتياز ،كما تعتبر اتفاقية المشروع الوسيلة القانونية التي تفتح المجال للعلاقة المباشرة التي تربط السلطة المتعاقدة بشركة المشروع لذا من الضروري ان تكون مسودة اتفاقية المشروع جاهزة قبل طرح المشروع للتعاقد

وإذا كانت محتويات كل عقد تختلف من مشروع إلى آخر تبعا للظروف الاقتصادية المحيطة فان الخصائص والشروط الجوهرية لأي اتفاقية مشروع لا تختلف كثيرا عن بعضها البعض اذ بتم من خلالها التحكم والتنسيق الأمثل بين كافة عناصر الحزمة الإجمالية لمكونات المشروع ،لذا نرى ان الاتفاق يضم مجموع المسائل القانونية المحددة لنطاق المشروع والغرض منه وجميع التفاصيل المتعلقة بالتنفيذ ومسالة توزيع المخاطر بين الأطراف والقانون الواجب التطبيق وكيفية تسوية المنازعات بالإضافة إلى مختلف النصوص القانونية التي تحطم استعانة طرفي العقد لأطراف خارجية لإتمام بعض المهام المؤقتة أو الدائمة الخاصة بالمشروع

وتجعل هذه الاعتبارات من اتفاقية المشروع الأساس القانوني لأي بنيان تعاقدي وعنصر التحكم في إدارة المشروع والرقابة المتواصلة عليه لضمان كفاءته وتحقيق الأهداف الاقتصادية له بذبك فان صياغتها بشكل سليم يحتاج إلى خبراء متخصصين في هذا المجال .

ب – ملحقات اتفاقية المشروع:

تتولى الشركة الخاصة لعد التوقيع على اتفاقية المشروع تجميع مساهمات الأعضاء والقروض اللازمة وصولا للإقفال المالي قصد الدخول في مرحلة التنفيذ ،ونظرا للتعقيد الشديد الذي يميز نظام البوت فانه من الضروري الدخول في ترتيبات تعاقدية متعددة ترتبط في جوهرها باتفاقية المشروع وتبرم تنفيذا له وتتمثل في :

1- عقود التمويل :

تتميز عقود البوت بأنها من عقود التمويل – منا سنرى في البعد الاقتصادي لها – ونظرا لضخامة الأموال التي تتطلبها تشريعها فان شركة المشروع التي توفر نسبة تتراوح بين 15 و 30 % من تكاليف الاستثمار تلجا الى إبرام عقود تمويل وذلك بالاعتماد على المصادر الخارجية التي تتمثل أساسا في البنوك فصد الحصول على التمويل الباقي اللازم لتنفيذ المشروع [1]

2- عقد المقاولة : تفد عقود المقاولة من الرز العقود التي تبرمها شركة المشروع من اجل إقامة مشروع البنية التحتية في مشاريع الطاقة وبالتزام المقاول بموجب هذا العقد بتصميم وتنفيذ الأعمال المتعاقد عليها من تشييد المشروع وتحديد ما يلزمه من الآلات والمعدات وتركيبها كما يلتزم على نفقته الخاصة بتقديم الترتيبات والوسائل المقترحة لتنفيذ الأعمال وضمانات ذلك .[2]

3- عقود التشغيل والصيانة : هو الذي تعهد بمقتضاه شركة المشروع الى شركة متخصصة في التشغيل والصيانة مسؤولية تشغيل المشروع اثناء فترة معينة من الامتياز او خلال كل المدة وذاك وفق البرنامج المعد في اتفاقية المشروع وبناءا على قوانين الدولة المضيفة له [3]

وبالطبع فانه بنقل مسؤولية التشغيل تنتقل مسؤولية المخاطر إلى الشركة التي تتولى العملية وذلك في حدود التزاماتها ، وتتجلى أهمية هذا العقد كونه يمكن السلطة المتعاقدة من سد حاجيات الجمهور كما يضمن للدائنين التدفقات المالية (CASH FLOW)المطلوبة

4- عقود التوريد :هو العقد الذي تبرمه شركة المشروع من اجل شراء الطاقة اللازمة على المدى الطويل من الدولة المضيفة لتشغيل المشروع [4]

ولا بد ان يوضح هذا العقد تحمل الجهة الحكومية التكلفة في حالة الزيادة فمشاريع محطات توليد الكهرباء تحتاج إلى طاقة كبيرة سواء من البترول و الفحم و حتى المياه لذلك فان شركة المشروع تتفق مع مورد الوقود على إلزامية تقديم كمية معينة خلال فترة طويلة نسبيا حتى تضمن استقرار السعر ،معي حالة عدم حصول المحطة على الكمية المتفق

---

[1] ولما كانت البنوك تتحمل المخاطر فانها لا تقدم على الإقراض الا بعد دراسة المشروع دراسة كافية لضمان مصالحها من حيث أصول المشروع ،التدفقات النقدية وكذا ابرادات المشروع عندما بنص العقد على شراء الخدمة من طرف الحكومة بناءا على قاعدة "استلم او ادفع " وفي هذه الحالة الأخيرة نسبة المخاطرة تكون اقل1

[2] تجدر الإشارة الى ان الضمانات تنقسم الة ضمانات غير مشروطة تكون مستحقة الدفع بمجرد مطالبة شركة المشروع البنك دون المطالبة بالمستندات التي تثبت الإخلال بالعقد اما الضمان المشروط ففيه لا يدفع البنك الضامن قيمة الضمان لشركة المشروع الا اذ قامت بتقديم ما يثبت ان هنالك إخلال بالعقد

[3] سلام احمد رشاد محمود : عقد الإنشاء والإدارة والتحويل في مجال العلاقات الدولية الخاصة دار النهضة العربية 2004 ص162

[4] HAROUN ,h : Arbitrage et financement de projet BOT OP CIT P/25

عليها فان المورد يلتزم بدفع قيمتها وهو ما يعرف بمبدأ (Bay Or Pay)بذلك فان هذا النوع من العقود يحمي حقوق المستثمرين وشركة المشروع من تحمل مخاطر التشييد التي قد تتعرض لها شركة المشروع عند تأخرها في الانجاز بسبب عدم توافر المواد اللازمة للمشروع

5- عقد شراء الخدمة : هو ذلك الاتفاق بين شركة المشروع والجهة الحكومية لشراء الخدمة أين تلتزم الجهة الإدارية لدفع مبالغ مالية دورية ثابتة لفترة محددة لقاء الخدمة المنتجة وهو ما يمكنها من توفير التمويل اللازم لسداد التزاماتها

6- وغالبا ما تحتاج شركة المشروع الى الحصول على سعر الخدمة بالعملة الأجنبية على الأقل في الحدود التي تسمح لها بدفع القروض التي تحصلت عليها من البنوك الاجنبية [1]

وفضلا عن ذلك فإذا تم تحديد كمية الإنتاج التي يتعين على شركة المشروع توفيرها فإذا لم يصل الطلب إلى الكمية المتفق عليها فان الحكومة تلتزم بتسديد قيمة كل الكمية المتفق عليها بناءا على قاعدة (Tak Or Pay) لذلك تفضل شركات القطاع الخاص هذا النوع من المشاريع نظرا لانخفاض المخاطر حيث ان الإيراد يكون على أساس تعاقدي محض

وهكذا يمكن للمستفيدين من المشروع ان تربطهم علاقات مباشرة بشركة المشروع اذا كانت اتفاقية الترخيص تسمح للشركة بالبيع مباشرة للمستخدمين وفي هذه الخالة تكون الإيرادات قائمة على أساس السوق حيث تظل شركة المشروع متحملة كل المخاطر التي ندرجها في عقد خاص كما يلي

7- عقود التامين :تحتاج المشاريع الاستثمارية بنظام البوت إلى إبرام عقود تامين ضد المخاطر المختلفة التجارية السياسية بل حتى الطبيعية لذلك ينم اللجوء الى الشركات والمؤسسات والوكالات المتخصصة .

وفي هذا مصلحة لجميع الأطراف المعنية من شركة مشروع ، بنوك ،موردي الطاقة ن المشغلين للمشروع ،والحكومة المضيفة ،حتى لا بتم تكرار التامين ويسهل هصر التامين في جهة واحدة .

مبحث ثاني : الأبعاد الاقتصادية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

لقد لجأت كثير من الدول إلى إقامة مشروعات البنية التحتية وفقاً لنظام B.O.T وعلى أثر نجاح هذا النظام فقد امتد ليشمل العديد من المشروعات الاقتصادية داخل الدولة ،فنظام B.O.T يعد أحد وسائل تمويل مشروعات إنشاء المرافق العامة عن طريق القطاع الخاص دون أن تضطر الدولة إلى اللجوء للاقتراض أو فرض مزيد من الأعباء على مواطنيها أو تحمل الخزينة العمومية مزيداً من الأعباء كما تمكن مشروعاتB.O.T من إيجاد فرص للعمالة الوطنية وتدريبهم وتأهيلهم ونقل التكنولوجيا إلى الدولة.

ولم يقتصر الأخذ بنظام B.O.Tعلى الدول النامية التي تعاني عجزاً في مواردها المالية وإنما أخذت به كثير من الدول الصناعية الكبرى نظراً لما يحققه من مردود اقتصادي كبير يتمثل في إقامة المرافق العامة برؤوس أموال خاصة مما يرفع عن كاهل الحكومة عبء تحويل مثل هذه المشروعات ، وبالتالي تتمكن من توجيه مواردها المالية إلى مشروعات أخرى أكثر أهمية ولكن القطاع الخاص يرفض الدخول فيها أما لأنها قليلة العائد أو أن عائدها يأتي بعد فترة طويلة نسبياً.
وسوف نتناول في هذا الجانب الأبعاد الاقتصادية لعقود البوت في ثلاث نقاط على النحو التالي:

مطلب اول: البوت نظام تمويلي لإنشاء المشروعات

[1] يمكن هذا العقد لشركة المشروع من التخلص من مخاطر نغير سعر الصرف لتتحملها بذلك السلطة المتعاقدة

يعتبر تمويل إنشاء المشروعات بنظام B.O.T من أهم الموضوعات التي تمثل أهمية كبرى بالنسبة لجهة الإدارة وشركة المشروع أو إدارته فهذا العقد قد يستمر مدة طويلة من الزمن قد تصل إلى تسعة وتسعين عاماً كما أنه يحتاج إلى مبالغ مالية ضخمة لتمويل هذا المشروع حيث يصعب على مؤسسة مالية واحدة أن تغطي هذا التمويل مما يدفع شركة المشروع إلى تمويله من خلال مجموعة متنوعة من مصادر التمويل تعتمد فيها مؤسسات التمويل وجهات الاقتراض – عند دراسة جدوى التمويل وضمان سداد مبلغ القرض – على العوائد النقدية المتوقع الحصول عليها كنتائج لتشغيل المرفق أو المشروع بعد إنشائه

لهذا تحرص مؤسسات التمويل على التأكد من جدوى المشروع من الناحية الفنية المالية في كافة مراحله لضمان تحقيق أكبر عائد نقدي ممكن طوال فترة تشغيله وبما يمكن هذه المؤسسات من الحصول على ما قدمته من أموال. فضلاً عن ذلك فإن مؤسسات التمويل تمارس دور رقابي في كافة مراحل إنشاء المشروع وتشغيله حتى يتم سداد القرض وفوائده بهدف التقليل من المخاطر التي تتحملها شركة المشروع وما يترتب عليه من عدم قدرتها على سداد القرض . وتقدم المؤسسات المالية القروض إلى شركة المشروع مع التزام الأخيرة بتقديم تأمينات عينية أو شخصية تضمن للمؤسسات المالية فرض سيطرتها على أصول شركة المشروع اللازمة لتشغيل المرفق بكفاءة فنية ومالية كما تضمن لها مرتبة متميزة من الدائنين في حالة إفلاس شركة المشروع وتصفيتها.

1 الطرق المختلفة لتمويل المشروع المقام وفقاً لنظام : B.O.T

لقد شهدت طرق تمويل المشروعات تطوراً ملحوظاً خلال العقود القليلة الماضية ويرجع ذلك إلى تطور الفكر القانوني والمالي على المستوى المحلي والدولي ، ودعم منظمات التمويل الدولية لهذا التوجه وفي مقدمة هذه المنظمات البنك الدولي ومؤسسات التمويلية الدولية IFC ومنظمة اليونيدو UNIDO فكان التوجه إلى فتح أفاق جديدة في التمويل المصرفي . وطرق تمويل المشروع يأخذ إحدى صورتين :

الأولي تسمي تمويل المشروع دون حق الرجوع على المساهمين ، ويقصد بذلك أن مؤسسة التمويل يمكن أن ترجع على المساهمين في حدود حصصهم في شركة المشروع دون أن يطال ذلك أموالهم الخاصة أي أن مسئولية المساهمين تقتصر فقط على مقدار ما ساهموا به من رؤوس أموال.

والصورة الثانية تسمي تمويل المشروع مع حق الرجوع المحدود، ويقصد بذلك أن مؤسسة التمويل يكون لها الحق في الحصول على ما اقترضته من أصول المشروع والعائدات النقدية المتوقعة كما يكون لها الحق في الرجوع على المساهمين التي تطلب منهم ضمانات محدودة لضمان سداد مديونيات الشركة ، ويكون رجوع شركة المشروع على المساهمين محدودة بمقدار ما قدموه من ضمانات ودون أن يكون لشركة المشروع الرجوع على المساهمين في أموالهم الخاصة ، ولذلك سمي حق الرجوع المحدود ، وغالباً ما تكون هذه الضمانات محدودة من حيث الفترة الزمنية لحين إنشاء المشروع وبدء تشغيله التجاري فينقلب التمويل بعد ذلك إلى تمويل دون حق الرجوع.

ويفهم من ذلك أن حق الرجوع يكون محدوداً من جانبين الأول مقدار الضمانات المحدودة التي قدمها المساهمين والجانب الثاني الفترة الزمنية المحدودة بمرحلة إنشاء المشروع وتشييده [1]

وتأخذ طرق تمويل المشروع أشكال متعددة منها القروض – خطابات الضمان – السندات – التأجير التمويلي ، وسوف نشير إلى كل منها بشيء من الإيجاز وبما يتطلبه لتكون صورة عن تمويل مشروعات B.O.T

[1] وتهدف مؤسسة التمويل من ذلك التقليل من المخاطر المرتبطة بالإنشاء والتشييد

1 - القروض : تعتبر القروض هي الوسيلة الرئيسية لتمويل مشروعات B.O.Tحيث تحصل شركة المشروع على قروض من مؤسسات التمويل بموجب عقد قرض مبرم فيما بينهم وغالياً ما يقدم القرض على دفعات متتالية مع ربط كل دفعه بمرحلة معينة من مراحل لنشاء المشروع ،ولضمان البنوك والمؤسسات المالية الحصول على ما قدمته من قروض وفوائد فإنه تطلب الضمانات الكافية لذلك سواء ضمانات عينية أو شخصية فضلاً عن تقديرها لمدي كفاية العوائد النقدية للمشروع ، وقد تري مؤسسة التمويل الدخول كمساهمة في شركة المشروع بحيث تمول المشروع بنسبة معينة عن طريق القروض وبنسبة أخرى عن طريق الأسهم العادية.[1]

2 - خطابات الضمان :تعد خطابات الضمان إحدى الوسائل التمويلية الهامة في أسواق المال وتستخدم خطابات الضمان كوسيلة تمويلية لمشروعات B.O.T في مرحلة تقديم العطاءات حيث يطلب من المستثمر إيداع مبلغ معين من النقود في خزينة الجهة الإدارية طالبة التعاقد وذلك لضمان جديته في الدخول في المناقصة. وتقدم البنوك خطابات الضمان إلى العملاء بعد التأكد من مركزه المالي وقدره على سداد قيمة الخطاب ، وغالباً ما يطلب البنك ضمانات عينية أو شخصية لتقديم هذا الخطاب. وينطبق على التعامل بخطابات الضمان كافة أحكام القانون التجاري الكويتي.

3 الاسهم والسندات أ–الاسهم تعد الأسهم أحد مصادر تمويل مشروعات B.O.T فنظراً لأن المشروعات المقامة وفقاً لنظام B.O.Tتأخذ شكل شركة المساهمة فإن يحق لها أن تطرح أسهماً للاكتتاب العام حيث يتم الحصول على رأس المال عن طريق مؤسسي المشروع أو غيرهم ممن يدخلون مساهمين بحصة في شركة المشروع

وغالباً ما يقبل مؤسسي المشروع وغيرهم من أصحاب الأسهم إلاّ تدفع لهم أرباح استثماراتهم إلاّ بعد سداد القروض التي تتحملها شركة المشروع وغالباً ما يتم الاستثمار بالأسهم بالحد الأدنى الذي يتم استثماره في المشروع بنظام الـ B.O.T[2].

السندات:

تعد السندات وسيلة للاقتراض تلجأ إليها المشروع المقامة وفقاً لنظام B.O.Tفي مرحلة التشغيل حيث تقدم شركة المشروع بطرح سندات يكون الغرض منها سداد القروض حيث تقدم شركة المشروع بطرح سندات يكون الغرض منها سداد القروض لمؤسسات التمويل ، والاقتراض عن طريق السندات لا تلجأ إليها المشروع إلاّ بعد اتمام المشروع وبدء مرحلة التشغيل إذ أنه قبل ذلك لا توجد ضمانة عامة حقيقة للمقترضين..

–التأجيرالتمويلي: يعد التأجير التمويلي وسيلة من وسائل التمويل العيني التي تلجأ إليها المشروعات المقامة وفقاً لنظام B.O.Tوالتأجير التمويلي هو عقد يتم بين شركة المشروع وأحد المؤسسات المالية التي تتكفل بشراء ما تحتاجه شركة المشروع من معدات والآلات وفقاً للمواصفات التي تحددها الشركة على أن تقوم المؤسسة المالية بتأجير هذه المعدات أو الآلات إلى شركة المشروع مقابل إيجار رمزي يضمن للمؤسسات المالية تغطية تكلفة الأصل وتحقيق عائد لها ([3]) .

---

[1] كما حدث فعلاً في مشروع القنال الإنجليزي حيث قامت مؤسسة التمويل بتقديم القروض فضلاً عن المساهمة في المشروع

[2] ومن المعروف أن الأسهم قد تكون (عادية أو ممتازة) إلاّ أن المشروعات المقامة بنظام **B.O.T**تفضل الأخذ بالأسهم العادية نظراً لأن الأسهم الممتازة تنقل كامل المشروع خاصةً في مراحله ، ومع ذلك يصدر المشروع أسهم ذات حقوق مختلفة فقد تري الحكومة المضيفة أن المصلحة العامة تقتضي أن يكون لها سهم ذهبي يعطي لها حق التصويت والاعتراض على قرارات شركة المشروع خلال مرحلة إنشاءه ومن الأمثلة الشهيرة للمشاريع بنظام الاكتتاب بالأسهم نفق خليج سيدني

[3] ويلاحظ أن التأجير التمويلي يحقق مزايا عديدة بالنسبة لشركة المشروع حيث تحتفظ بحرية كبيرة في التحكم والسيطرة على المشروع خلال مراحل الإنشاء والتشغيل بعكس ما لو كان التمويل عن طريق القروض ، وإذا كان للتأجير التمويلي هذه المزايا إلاّ أن شركة المشروع لا يمكن أن تعتمد عليه كمصدر وحيد للتمويل ، وإنما يمكن اللجوء إليه لتمويل جزء من المشروع الخاص بالحصول على الآلات والمعدات أما باقي احتياجاتها فأنها تحصل عليه من المصادر الأخرى التي سبق ذكرها

وخلال مدة الإيجار تظل المعدات والآلات ملك للمؤسسات المالية وهذا يحقق لها ضمانة إضافية ، وغالباً ما يتم الاتفاق على نقل تبعة الهلاك إلى عاتق شركة المشروع على أساس أن الأخير يحوز هذه الآلات والمعدات.

مطلب ثاني: البوت ينقل التكنولوجيا ويدرب العمالة الوطنية

لعل من أهم مزايا نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية هو مشاركة القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي للدولة عن طريق الاستثمار المباشر في مشروعات البنية الأساسية ،

وهذا النظام من شأنه خلق فرص عمل جديدة ، وتدرب العمالة الوطنية على أحدث أساليب التقنية والتكنولوجيا الحديثة ، ونقل التكنولوجيا إلى الدولة المضيفة حيث تشترط الأخيرة على شركة المشروع استخدام أحدث وسائل التكنولوجيا بشرط صلاحيتها وملاءمتها للمشروع وللمنتج وأن تكون متناسبة والبيئة المحيطة بالمشروع ، والتي تضمن بها الحكومة استمرارية أداء المشروع وتقديمه للخدمة على أفضل وجه طوال فترة تنفيذ عقود البوت.

كما ان شركة المشروع تحقق أيضاً مكاسب عديدة من استخدام أفضل وأحدث وسائل التكنولوجيا حيث يترفع معدل الربح الاقتصادي لها خلال الفترة الزمنية المحددة لتنفيذ العقد ،والنظام القانوني للمشروعات المقامة وفقاً لنظام B.O.T يمنح جهة الإدارة الحق في دعم وتقدير عملية نقل التكنولوجيا خلال فترة تنفيذ العقد ففي المرحلة السابقة على التعاقد تحرص الحكومة على تحديد نوعية التكنولوجيا المستخدمة في المشروع عن طريق أعداد دراسة جدوى تهدف إلى تحديد نوعية التكنولوجيا المطلوب استخدامها في كل مرحلة من مراحل تنفيذ العقد (تصميم – تجهيز – بناء – تشغيل – صيانة) وغالباً ما ينص على نوعية التكنولوجيا المطلوب استخدامها في كراسة الشروط عند طرح المناقصة. أما في مرحلة تنفيذ العقد فإن نظام B.O.T يمنح جهة الإدارة الحق في تعديل التكنولوجيا الموردة للمشروع بما يتلاءم مع تطور الحياة عامة وزيادة إعداد المستفيدين من الخدمة خلال الفترة الممتدة لتنفيذ العقد. [1]

اما بشان تدريب العمالة الوطنية بالمشروع : تتميز عقود البوت بأن الحكومة المضيفة يمكن أن تشترط على شركة المشروع ضرورة الاستعانة بالعمالة الوطنية وتدريبها في كافة مراحل المشروع (إنشاء – إدارة – صيانة) على أن يكون التدريب بشقيه العملي والنظري ويكون للحكومة المضيفة في هذه الحالة حق مراقبة عملية تدريب العمالة الوطنية حتى تضمن أن العمالة الوطنية سوف تكون قادرة على تشغيل المشروع وإدارته عقب انتهاء فترة العقد يمكن للحكومة المضيفة أن تلزم شركة المشروع بتقديم تقرير دوري توضح عدد العمالة الوطنية التي تم الاستعانة بها في كل مرحلة من مراحل المشروع ، وعدد العمالة الوطنية التي تم تدريبها ونوع التكنولوجيا التي تدربوا عليها

ولاشك أن حرص الحكومة المضيفة على وجود مثل هذه الشروط يضمن لها تحقيق أكبر استفادة ممكن من عقود B.O.T ويضمن لها أيضاً إمكانية تشغيل المشروع بعمالة وطنية عقب انتهاء الفترة الزمنية للعقد ، والاعتماد على الشركات المحلية لتوريد متطلبات المشروع في كافة مراحله.

نخلص مما تقدم أن عقود B.O.Tتعتبر نافذة ميسرة لنقل التكنولوجيا الحديثة إلى الدول المضيفة دون تحمل أي أعباء مالية ، وتنشيط حركة الاقتصاد الوطني من خلال إيجاد المزيد من فرص العمل ، وتدريب العمالة الوطنية على أحدث وسائل التكنولوجيا الحديثة ، ويتحقق هذا الهدف بصورة واضحة إذا ما كانت شركة المشروع أجنبية تملك القدرات

---

[1] أن استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة من شركة المشروع في عقود **B.O.T**يجب أن تحاط بسياج من الحماية من قبل طرفي العقد فلا يجوز لأي من الطرفين كشف أية معلومات فنية إلى طرف آخر ، وعليهم تحديد نطاق السرية من حيث المحل والزمان والأشخاص المصرح لهم بالإطلاع عليها

الفنية والتكنولوجيا ما يمكنها من إنشاء المرافق الأساسية في الدولة المضيفة ويجب أن يراعي أن يكون مستوى التكنولوجيا المنقولة يتناسب مع طبيعة المشروع والمستوى الاقتصادي والاجتماعي للبيئة المنقول إليها

مطلب ثالث: البوت الية دعم الاقتصاد الوطني

تسعي حكومات الدول نحو إيجار الحلول التي تعزز قدراتها المالية وتطوير دور القطاع الخاص في المساهمة الفعلية في النشاط الاقتصادي ، ومن مظاهر ذلك مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وقد شهدت العقود القليلة الماضية اتجاه حكومات الدول المختلفة المتقدم منها والنامي إلى دعم مساهمة الاستثمار الخاص الوطني أو الأجنبي في قطاعات الاقتصاد المختلفة من خلال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.Tوقد انتشر هذا النظام على أثر ما حققه من مزايا عديدة لكل من حكومة الدول المضيفة والمستثمر.

ويمثل الاستثمار بنظام B.O.Tأحد الآليات التي تمكن الدولة من دفع عجلة النشاط الاقتصادي والإسراع بمعدلات التنمية وبالجملة دعم اقتصادها الوطني ومن أعم مظاهر ذلك ما يلي:

أولاً : تستطيع الدولة من خلال نظام B.O.T الإسراع بمعدلات التنمية الاقتصادية عن طريق إنشاء مرافق اقتصادية جديدة تحتاج إليها من محطات الكهرباء ومياه الشرب والصرف الصحي والطرف والكباري والمطارات دون أن تتحمل ميزانية الدولة أعباء مالية ، فتوجه رؤوس أموالها نحو المشروعات التي يتعذر على القطاع الخاص الاستثمار فيها أما لأنها تحتاج إلى كميات كبيرة من رؤوس الأموال أو نظراً لأنها تحقق عوائد نقدية بعد فترة طويلة من الزمن تتجاوز عمر الإنسان العادي مثال ذلك استغلال الغابات

ثانياً : نظام B.O.T يمكن من الاستفادة من خبرات القطاع الخاص في الإدارة والتمويل فالقطاع الخاص أكفأ من الدولة في إدارة مشروعات النشاط الاقتصادي فضلاً عما يقدمه من حوافز لكافة عناصر الإنتاج مما يخلق سوق مالية نشطة تشجع على الادخار . الأمر الذي يضمن رفع معدلات الأداء الإنتاجي ويرفع معدلات النمو الاقتصادي بصفة عامة.

ثالثاً : نظام B.O.T يسمح بنقل المخاطر المالية ومخاطر التشغيل والإدارة من القطاع العام إلى القطاع الخاص الذي له من الخبرة ما يجعله يتفادى هذه المخاطر أو يقلل منها

رابعاً : نظام B.O.T يساهم في خلق سوقاً إضافياً للإنتاج الوطني وكذلك توفير فرص جديدة لقطاعات المقاولة والهندسة والاستشارات للتعامل مع هذه المشروعات بالإضافة إلى دوره الهام لعملية نقل التكنولوجيا للدولة المضيفة كما أوضحنا من قبل.

خامساً : نظام B.O.T يؤدي إلى توسيع نطاق المنافسة مما يحسن أداء الاقتصاد الوطني فقد أُبتت التجارب أن دخول القطاع الخاص منافساً للقطاع العام ضمن ضوابط ومعايير محددة قد أدى إلى ارتفاع كفاءة القطاعين سواء في مجال إنتاج السلع أو الخدمات أو حتى في مجال المرافق فالمنافسة وتحرير السوق تعتبر سبباً رئيسياً للابتكار ورفع جودة السلع وخفض أثمانها الأمر الذي يحقق الفائدة للمستهلك والمجتمع من خلال خفض التكاليف وترشيد استخدام الموارد.

سادساً : نظام B.O.T يساهم في توفير العملة الأجنبية إذا كانت شركة المشروع أجنبية أو الجزء الأكبر من رأسمالها أجنبياً الأمر الذي يحدث أثاراً إيجابية متمثلة في توفير النقد الأجنبي اللازم لحكومة الدول المضيفة ، ورفع قيمة العملة الوطنية أو المحافظة على قيمتها كما يشجع سوق المال من خلال خلق أوراق مالية جديدة فغالباً ما تلجأ شركة المشروع إلى مصادر تمويلية متعددة قصد ضمان مرونة اكبر.

تعدد العلاقات في عقد تحويل الفاتورة و تأثيره على مبدأ سلطان الإرادة

د. عاشور فاطيمة ، أستاذة محاضرة "أ"

معهد الحقوق والعلوم السياسية ، المركز الجامعي تيبازة.

ملخص :

عقد تحويل الفاتورة اتفاق بين الشركة الوسيط (كما يعبر عنها المشرع) والتي تكون عبارة عن مؤسسة مالية أو تجارية مع عميلها المنتمى الذي عادة ما يكون عبارة عن مؤسسة تقدم بموجب هذا العقد كافة فواتيرها وديونها التجارية التي في ذمت مدينها إلي الشركة الوسيط لتقوم هذه الأخيرة باقتناء و اختيار الفواتير التي ترى إمكانية في تحصيلها فإذا وافقت الشركة الوسيط على كل أو بعض هذه الديون تقوم بشرائها لقاء تعجيل قيمتها للمنتمي مقابل نسبة معينة في شكل عمولة .

مع حق الشركة الوسيط في الحلول محل المنتمي في جميع الحقوق والالتزامات التي كانت مقررة له في واجهت مدينه .والتزامها من جهة ثانية بعدم الرجوع عليه في حالة امتناع المدين عن الوفاء .

وبهذا التعريف الموجز لعقد تحويل الفاتورة يتضح لنا أن العقد ينتج ثلاث علاقات :

- علاقة الأولى بين المنتمي (الدائن) و مدينه
- العلاقة الثانية بين الشركة الوسيط و المنتمي
- العلاقة الثالثة بين الشركة الوسيط والمدين و التي تنشأ بحلول الشركة محل الدائن

فإذا كانت العلاقة الأولى والثانية يحكمها مبدأ سلطانة الإرادة إلى حد بعيد ، فهل يصح ذلك في العلاقة الثالثة ؟

هذا ما سنحاول دراسته من خلال هذه الورقة البحثية

مقدمة :

تهدف التجارة إلى تبادل السلع و الخدمات بسرعة و سهولة دون الحاجة لمعاملات معقدة. فلتطوير المعاملات التجارية يجب إيجاد وسائل و طرق تتناسب مع طبيعة التجارة التي تتميز بالإئتمان و السرعة.

لذلك أوجد التعامل التجاري عقود جديدة التي تتوافق مع طبيعة المعاملات التجارية منها عقد الفرنشيز و عقد السمسرة و عقد الوكالة بالعمولة و عقد تحويل فاتورة ....وغيرها ،هذه العقود التي لها خصوصية تختلف عن ما نعهده في العقود التقليدية عامة، لما لها من إستثناءات فرضتها خصوصية المعاملات التجارية.

و يعد الحديث عن عقد تحويل الفاتورة مثال حسن لخصوصية العقود التجارية، عن غيرها من العقود من حيث طريقة الإبرام و العلاقة بين أطراف العقد والأثار

و بالخصوص من حيث مدى تأثير مبدأ سلطان الإرادة في إبرامه لما له من خصوصية.

فهو عقد بين شركة الوسيط و التي تكون عبارة عن مؤسسة مالية مع عميلها المنتمي تقدم بموجب هذا العقد كافة الفواتير و الديون التجارية التي في ذمة مدينها إلى الشركة الوسيط لتقوم هذه الأخيرة بإقتناء و إختيار الفواتير التي ترى إمكانية تحصيلها فإذا وافقت الشركة الوسيط على كل أو بعض هذه الديون تقوم بشرائها لقاء تعجيل قيمتها للمنتمي مقابل نسبة معينة في شكل عمولة.

مع حق الشركة الوسيط في الحلول مكان المنتمي في جميع الحقوق و الإلتزامات التي كانت مقرر له في مواجهة مدنية و و إلزامها من جهة ثانية بعدم الرجوع في حالة عدم قبول المدين الوفاء.

و بهذا يتضح لنا أن هذا العقد منتج لثلاثة علاقات :

- علاقة المنتمي (الدائن الأصلي) و مدينه.
- علاقة الشركة الوسيط بالمنتمي.
- علاقة الوسيط بالمدين و التي تنشأ بحلول الشركة الوسيط محل الدائن الأصلي.

فإذا كانت العلاقة الأولى و الثانية يحكمها مبدأ سلطان الإدارة إلى حد بعيد، فهل يصح ذلك في العلاقة الثالثة ؟

و من هذا نطرح الإشكالية الثالثة :

إلى أي مدى يتأثر مبدأ سلطان الإرادة بتعدد العلاقات في عقد تحويل الفاتورة ؟

هل هذا التعدد يحافظ على حرية التعاقد و مبدأ سلطان الإرادة ؟

و للإجابة على هذه الإشكالية نحاول أن نبحث الموضوع من الجوانب التالية :

المبحث الأول : مفهوم عقد تحويل الفاتورة

المطلب الأول : نشأة عقد تحويل الفاتورة.

المطلب الثاني : تعريفه و خصائصه.

المبحث الثاني : أعمال مبدأ سلطان الإرادة في عقد تحويل الفاتورة.

المطلب الأول : تجسيد مبدأ سلطان الإرادة في علاقة الوسيط بالمنتمي.

المطلب الثاني : تأثير مبدأ سلطان الإرادة في علاقة الوسيط بالمدين.

المبحث الأول : مفهوم عقد تحويل الفاتورة

إن دراسة العلاقات التعاقدية في أي عقد يستوجب الوقوف على مفهوم العقد، من خلال تعريفه و تحديد عناصره و طبيعته القانونية.

كما يستلزم منا في الكثير من الحالات الوقوف عند نشأته خاصة و نحن نتكلم عن عقد من العقود التجارية و التي نشأ جراء معاملات إستوجبت وجودها.

و عليه سوف نتطرق من خلال هذا المبحث إلى نشاة عقد تحويل الفاتورة في المطلب الأول و إلى تعريفه و خصائصه في المطلب الثاني.

المطلب الأول : نشأة عقد تحويل الفاتورة.

رغم أن ظهور عقد تحويل الفاتورة حديثا من حيث الشكل إلا أنه ظهوره يرجع إلى تاريخ قديم، إذ نجده في الممارسات التجارية عند البابليون و هي فكرة منحها المتخصصون في تسيير الحقوق و كذلك في تاريخ الفينيقيين الذين مارسوها في مجال التجارة البحرية (1).

و نشأة هذا العقد في إنجلترا في القرن 18 ثم إنتشر في الولايات المتحدة الأمريكية عندما كانت مستعمرة بريطانية و الأصل في نشأته يرجع لذلك البائع البريطاني الذي كان يتعامل مع السوق الأمريكية دون أن يعرفه و كان الوكيل في أمريكا يلعب دور المقيمين في بريطانيا عن طريق تقديم معلومات لعملائه في بريطانيا حول حاجات السوق و مدى يسار و أمانة المشترين لتحصيل الثمن منهم لمصالح البائعين، كما تقدم الوكيل لعملائه البائعين دفعات على الحساب من مستحقات المشترين.

بالإضافة إلى أن الوكيل يضمن أحيانا لعملائه تنفيذ الصفقات المبرمة بين المشتري الأمريكي.

ثم دخل عقد تحويل الفاتورة بعدها في أروبا مع بداية الستينات مع إنشاء أول مؤسسة مصرفية متخصصة في نظام يسمى Factor

و دخل فرنسا في شكل رسمي سنة 1965 حيث أنشأة أول شركة لتحويل الفاتورة.

و سنة 1988 تم توقيع إتفاقية أوتاو لتوحيد قواعد الشركة في مجال التجارة الدولية.

أما في الجزائر فقد إعتمد في القانون الجزائري سنة 1993 بموجب الأمر المتمم و المكمل للقانون التجاري لسنة 1973(2)

في الفصل الثالث من الباب الثالث سند الخزن و النقل و عقد تحويل الفاتورة. في المواد 543 مكرر 14 إلى 543 مكرر 18.

المطلب الثاني : تعريف عقد تحويل الفاتورة و خصائصه.

و قد جاءت في هذا المجال عدة تعريفات نذكر منها :

- عقد تحويل الفاتورة هو عقد تقوم بمقتضاه مؤسسة مختصصة " Factor " بشراء الحقوق المملوكة من مورد هو البائع على زبائنه المحليين أو الأجانب و هو المشتري وهذا مقابل الخدمات المستفاد منها (1) .
- عقد تحويل الفاتورة هو مجموعة حلول عامة لتسيير المدينين، حيث يتم تحويل الفواتير إلى مؤسسة متخصصة Factor التي تقوم بالإدارة، المراقبة، تمويل، تغطية خطر عدم التسديد (2).
- عقد تحويل الفاتورة هو تقنية تمويل حقوق قصيرة المدى، حيث تقوم مؤسسة بالتخلي على كل حقوقها (الفواتير) إلى شركة عقد تحويل الفاتورة و هي عادة فرع بنك كبير تقوم هذه الأخيرة بتغطية الفواتير، متابعة المدينين، التحصيل، تأمين المتابعة القضائية في حالة عدم الدفع (3).
- عقد تحويل الفاتورة هو عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة محل زبونها عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج عن عقد، و تتكفل بمتابعة عدم التسديد و ذلك مقابل أجر (4).
- عقد تحويل الفاتورة على أنه مجموعة الخدمات التي تقدمها شركة متخصصة لأشخاص أو المؤسسات الراغبة في إدارة حقوقها و الحصول على إعتمادات قصيرة الأجل (5). و هو أسلوب تحصيل و ضمان خطر عدم الوفاء و التمويل بواسطة تحويل الحقوق (6).
- هو إلتزام الواقع على عاتق أحد المؤسسات المتخصصة بتعجيل قيمة فواتير عميلها على مدينه مقابل إنتقال ملكية هذه الحقوق لها و تعهدها بعدم الرجوع إلى العميل في حالة إخفاقها في استيفاء هذه الحقوق و مساعدته بمجموعة كبيرة الخدمات الإدارية (7).
- هو العقد الذي بمقتضاه يتولى أحد المتخصصين و يسمى المحصل تحصيل حقوق لحسابه الخاص كانت ثابتة للمتعاقد معه و قام بالوفاء بقيمتها و ذلك مقابل إلتزام المتعاقد معه بدفع عمولة محددة (8).

و نجد أن كل التعاريف السابقة قد جاءت قاصرة لا لتستغرق كامل مدلولات العقد و عليه وجب علينا الرجوع إلى التعريف التشريعي للعقد من خلال ما جاء في نص المادة 543 مكرر 14 (09) " عقد تحويل الفاتورة هو عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى " وسيط " محل زبونها المسمى " المنتمي " عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج عن عقد و تتكفل بتبعة عدم التسديد و ذلك مقابل أجر ".

كما تعرف المادة 01 فقرة 02 من إتفاقية أوتاو (10) " هو ميثاق مبرم بين طرف الممول و طرف آخر مؤسسة الشراء أو المحول إليه و الذي بمقتضاه :

أ- يمكن أو يتعين على العميل تحويل لحساب المحول إليه، ديون ناشئة عن عقود بيع لبضائع مبرمة، بين العميل و زبائنه (المدينين) مع إستثناء الديون الناشئة عن المعاملات ذات الطابع الشخصي أو العائلي أو تلك التي لا تتعلق بتجارته.

ب- يتعين على المحول إليه، أن يأخذ على عاتقه تحقيق إثنين من الإلتزامات التالية على الأقل :

- تمويل العميل عن طريق الإعتماد أو الدفع المسبق لمجمل ديونه.
- الإمساك بحسابات العميل و فواتيره.
- تحصيل الديون التجارية للعميل.
- حماية العميل من إفلاس المدينين عن طريق تحمل تبعة هذا الإفلاس.

ج- يتعين إخطار المدينين بإنتقال الحق من العميل إلى المحول إليه

و من خلال التعاريف التشريعية لقد تحويل الفاتورة و التي حاولت أن تحدد اطراف العلاقات في العقد و كذا الإلتزامات المتبادلة غير أنها أهملت الطبيعة القانونية للعقد و التي يمكن من خلالها تحديد مفهوم دقيق للعقد.

ومن خلال التعريف التشريعي لعقد تحويل الفاتورة ، وكذا بالرجوع إلي تعريف اتفاقية أوتاو لعقد تويل الفاتورة

يمكن أن نستخلص أن عقد تحويل الفاتورة هو من العقود الائتمانية ، ويتجلى ذلك بوضوح بالعودة إلى الإلتزامات التي رتبها على عاتق الشركة الوسيط ، وهي تمويل المنتمي عن طريق فتح اعتماد أو الدفع المسبق لديونه مقابل عمولة ، يدفعها هذا الأخير لتغطية مخاطر عدم الوفاء .

المبحث الثاني : أعمال مبدأ سلطان الإرادة في عقد تحويل الفاتورة.

من خلال هذا المبحث سنحاول التطرق الي العلاقات الثلاثة التي تنشأ عن عقد تحويل الفاتورة

من خلال دراسة العلاقة الأولى بين الوسيط و المنتمي و مدى خضوعها لمبدأ سلطان الإرادة ,

كما نحول دراسة العلاقة الثانية بين الوسيط والمدين و مدى اعمال مبدأ سلطان الارادة في هذه العلاقة .

المطلب الأول : تجسيد مبدأ سلطان الإرادة في علاقة الوسيط و المنتمي.

يعتبر عقد تحويل الفاتورة عقد مبرم بين الوسيط و المنتمي.

الوسيط : يكون شركة من مهامها تحويل الفواتير و شراء الحقوق المالية و قد جاء في نص المادة 543 مكرر 18 انه تحدد عن طريق تنظيم شروط منح تأهيل لشركات بالقيام بعملية تحويل الفاتورة .

أما من جهة ثانية المنتمي :

الوسيط عادة ما يختار زبائنه بدقة و بعد تحريات واسعة عن ملائمتهم و أمانتهم ذلك أنه مضطر إلى الوثوق في صدقهم عندما يقبل أن يعجل لهم قيمة الفواتير التي يتحمل مخاطر عدم وفائها.

أليه إبرام العقد :

يفترض وجود الدائن الأصلي (المنتمي) المحتاج إلى سيولة مالية فتكفل المؤسسة الوسيط بتمويله (1) عن طريق شراء حقوقه المالية المجسدة في فواتير مقابل عمولة. و هو بذلك شكل من أشكال التمويل.

و يتم ذلك عن طريق الإتفاق المبرم بين الطرفين يخضع لمبدأ سلطان الإرادة و الحرية في التعاقد لهذا قد ترك المشرع حرية مطلقة للمنتمي و الوسيط بإدراج بيانات العقد بالإتفاق يتم من خلال ما جاء في نص المادة 543 مكرر 17.

فهو عقد رضائي بين الشركة الوسيط و المنتمي يقوم على نفس الأركان التي تقوم عليها جميع العقود.

- **الرضا :** و هو شرط أساسي لإنعقاد إذا تتجه فيه إرادة المتعاقدين لإبرام العقد و الذي يكون أهلا لإجراء مثل هذا التصرف.

و إن كانت بعض الشركات الوسيط تقوم بتحديد عقد تحويل الفاتورة مسبقا في نموذج خاص يقدم لكل طالب بالتعاقد معها و ما على العميل إلا القبول أو الرفض و ان كانت عادة و غالبا ما يقبل التعاقد معها نظرا كحاجته الماسة إلى سيولة مالية، لتجنب العجز المالي و النقص الذي يتعرض له مركزه المالي، هذا لا يعني أن رضاؤه غير موجود، بل موجود و يجب أن يكون خال من العيوب.

- **المحل :** يعتبر المحل في عقد تحويل الفاتورة الحق الثابت الذي تتضمنه الفواتير و هو مبلغ من المال الذي يتعهد الوسيط بأدائه للمنتمي، مقابل حلوله محله في إستفائها من المدين و في المقابل ذلك له عمولة مع ضمان خطر عدم الوفاء في حالة إعسار المدين أو إفلاسه و يفقد حقه في الرجوع على المدين الأصلي(1).
- **السبب :** و هو الغاية و الهدف الذي يدفع المتعاقدين إلى التعاقد .و هو هنا إستثمار أموال لتحقيق الربح بالنسبة للشركة الوسيط، عن طريق حلول الوسيط محل المنتمي في حقوقه على المدين، مع أداء قيمتها معجلا أو عند الإستحقاق مع ضمان خطر عدم الوفاء و لصحة السبب و جب أن يتوفر على شروط منها عدم مخالفته للنظام العام و الأداب العامة.

و ما يمكن إستخلاصه في هذا الشأن أن عقد تحويل الفاتورة في العلاقة بين المنتمي و الوسيط شأنه في ذلك شأن أي عقد رضائي يخضع لمبدأ سلطان الإرادة و يقوم على حرية التعاقد، لا يختلف في ذلك عن غيره من العقود.

أرجع نص المادة 543 مكرر 14 إلى 543 مكرر 18

المطلب الثاني : تأثر مبدأ سلطان الإرادة في علاقة المدين بالوسيط.

لكي تتحقق عملية تحويل الفاتورة، لا بد من وجود ثلاث أطراف و هم الدائن الأصلي الذي يتحول إلى المنتمي و الوسيط الذي يحل محل الدائن الأصلي و المدين الذي يتحول من مدين للمنتمي إلى مدين للوسيط.

هذا لا يعني أننا أمام علاقة قانونية تتكون من ثلاثة أطراف، وانما تنشأ عن عقد واحد ثلاثي روابط : بين الوسيط و المنتمي و المدين، بل أن هذا الإطار القانوني الذي يشمل هذه العلاقة الثلاثية، تشكل من إندماج غير مباشر لعقدين منفصلين.

العقد الأول هو عقد البيع أو عقد التوريد، الذي يربط الدائن و المدين و العقد الثاني هو عقد تحويل الفاتورة، الذي يربط بين الوسيط و بين المنتمي.

هذا الأخير الذي يعتبر في نفس الوقت طرفا في العقد الأول، بينما يعتبر الوسيط أجنبي عن العقد الأول و يعتبر المدين أجنبي عن العقد الثاني.

غير أنه و بموجب الإتفاق في الإطار المبرم بين المنتمي و الوسيط تتحقق العلاقة الثلاثية الأطراف لأنه بموجب هذا الإتفاق يحقق للوسيط الرجوع المباشر على المدين لإستفاد قيمة الديون الثانية في الفواتير، رغم أن المدين أجنبي عن العقد الإئتماني الرابط بين الوسيط و المنتمي.

و أشخاص العملية القانونية الثلاثية الأشخاص في عقد تحويل الفاتورة، يكونون في مراكز قانونية خاصة و متباينة و لكل طرف حقوق و واجبات تختلف عن حقوق و واجبات الأطراف الأخرى و هذا على عكس عقود مشابهة أخرى، تتميز بتعدد الأطراف بدورها، غير أن ما يميزها عن عقد تحويل الفاتورة أن الإتفاق فيها يضع جميع الأطراف في مراكز قانونية متماثلة كما في عقد الشركة أو يضع على الأقل إثنين منها في نفس المركز القانوني في مواجهة الثالث كما في عقد بيع مال مملوك على الشيوع لإثنين.

ففي عقد تحويل الفاتورة لا تنشا العلاقة الثنائية بين الوسيط و المدين عن تراضي أو عن طريق إتفاق و لا وجود لعقد مسبق بينهما.

و إنما تنشأ على مبدأ الحلول و ليس مبدأ سلطان الإرادة.

يفرضها حلول الشركة الوسيط محل الدائن الأصل و يتقرر له حق إنتقال الحق المديونية.

و ما يميز إنتقال الحق على الوجه المذكور، هو تشكيل علاقة قانونية جديدة تكون الشركة الوسيط بمقتضاها دائنة للمدين بقيمة الحق، دون أن تكون ملزمة بأي إلتزام في مواجهة، ذلك أن الوسيط ليس طرفا في العلاقة الأصلية التي تربط في الأساس المنتمي أو الدائن الأصلي بالمدين.

و لهذا يمكن أن نستخلص في الأخير أن تعدد العلاقات في عقد تحويل الفاتورة أخرجنا من المبدا الذي يفرض في أي علاقة عقدية وجود على الأقل مساحة معينة بمبدأ سلطان الإرادة.

هذا المنطق الذي يغيب إطلاق في علاقة الوسيط بالمدين في هذا العقد.

الخاتمة :

من خلال دراستنا لجوانب عقد تحويل الفاتورة يمكن أن نخلص إلى أنه شكل جديد من أشكال التعاقد و فرض قيود على حرية التعاقد و الإلتزام بحيث يضع المدين ملتزما أمام أطراف لم تكن في أصل طرف في علاقة المديونية.

و قد فرضت الحاجة الإقتصادية و ضرورة تسهيل المعاملات التجارية هذا النوع من العقود و الشكل الجديد في التعاقد يختلف على ما كان مؤلف في العقود سابقا.

و لكن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يتحكم كما يجب في الأحكام الناظمة لهذا العقد، من حيث إغفال الكثير في الجوانب التي لم تنضم، فقد حدد قواعد للعقد، دون أن ينظم المراحل التي يتم فيها إبرام العقد.

حتى النصوص المنظم لعقد تحويل الفاتورة و التي اندرجت ضمن السندات التجارية و التي لا تلتقي مع عقد تحويل في شيئ يعد من الأخطاء التي وقع فيها المشرع .

فكان أولي ادراج النصوص المتعلقة بعقد تحويل الفاتورة ضمن العقود التجارية وليس السندات التجارية .

هذا ما هو إلا دليل أن المنظومة القانونية لم تكتمل في هذا الشأن .

الهوامش :

1- لبقيرا ت عبد القادر محاضرات في القانون التجاري الجزائري السندات التجارية، ص 177القانون التجاريرمين محمد العاطف العندور، معايير كبة بازل حول الرقابة المصرفية الفعالة، مع التطبيق على الجهاز المصرفي المصري، جامعة عين شمس- مصر، 2005.

2- جريدة الخبر الأربعاء 07 جوان 2006.

3- Alexandre Cavas le factoring : ses incidences sur la rentabilité de l'exploitation mémoire pour le D.E.S.S de finance et fiscalité université de paris .

4- Banque magarine n 660 juillet – aout 2004

5- ثورية توفيق وكالة تحصيل و ضمان الحقوق التجارية، رسالة من عين شمس 1987، ص 18.

6- نادية فيصل، الأوراق التجارية في القانون التجاري، دار هومة طبعة 02 سنة 1998، ص145.

7- هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية – دار النهضة العربية – القاهرة 1997، ص 05.

8- هاني دويدار – عقد تحصيل الديون التجارية – مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الإقتصادية العددان الاول و الثاني، ص 303.

9- المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري.

10- إتفاقية اوتاو لتوحيد قواعد شراء و تحصيل الحقوق .... 28 ماي 1988 بمدينة اوتاو الكندية

LE PRINCIPE DU GRÉ À GRÉ DANS LES CONTRATS D'AFFAIRE : LIBERTE ET CONTAINTES

HAMZIZOU MOHAMED

.DIRECTEUR TECHENIQUE

Usine de Fabrication des Postes de Transformation (EURL GRGT)

EURL GRGT

Usine de Fabrication des Postes de Transformation

SOMMAIRE:

- 1- Une brève présentation « EURL GRGT».
- 2- Cas typiques de contrat ou convention
  - CONVENTION MDN
  - CONVENTION EPTRC
  - CONTRAT GRANDE MOSQUEE
  - CONTRAT MINISTERE DE L'HABITAT
  - CONTRAT SONATRACH
- 3-Problemes rencontrés

EURL GRGT

Usine de Fabrication des Postes de Transformation

1- PRESENTATION EURL GRGT :

La Direction GRGT ELEC++ s'est spécialisée dans la conception, les études et la réalisation d'ouvrage techniques destinés à tous les projets nécessitant une alimentation électrique : c'est des postes transformateurs préfabriqués en deux modèles titrés ALPHA : 10KV et 30KV, destinés aux postes livraison ; distribution public ainsi que les gros industriels dotés de grande puissance ,

Cette conception est inspirée sur la norme européenne CE 62271-202

L'avantage de cette solution est la maitrise du temps par sa mise en œuvre rapide pour tout projet

Une homologation exigible par la SONELGAZ a été attribuée février 2016 jusqu' a février 2020,une certification ISO 9001 nouvelle version a complété son palmarès,

Son effectif est composé de 38 agents en mode CDI et 13 agents engagés en CDD

EURL GRGT

Usine de Fabrication des Postes de Transformation

- **Le chiffre d'affaire mensuel a avoisiné les 15milliards /mois 2016**
- **Le chiffre d'affaire mensuel avoisine les 20 milliards /mois 2017**
- **Nous ambitionnons un chiffre d'affaire de 25 milliards/mois 2018**

EURL GRGT

Usine de Fabrication des Postes de Transformation

2- CAS TYPIQUES:

selon le code des marchés actuels 02 categories de contrats

- Contrat ou convention dont le montant est inferieur ou égal a 12 millions de dinars
- MDN (6,12mda)
- EPTRC(6,46mda)
- LA GRANDE MOSQUEE(5,5 mda
- SONATRACH
- Contrat dont le montant est superieur à 12 millions de dinars
- Ministère de l Habitat et de l'urbanisme(41,8 mda)

❑ Model Convention MDN

المادة 01: موضوع الاتفاقية

اشغال توريه ووضع محول كهربائي 630ك ا ف لتزويه الغرف الصحراوية على مستوى الفوج 116 للمنشورات العملياتية ن ع 1

المادة 02: طبيعة الخدمات :

تشمل الاشغال المراد انجازها في :اشغال توريه ووضع محول كهربائي 630ك ا ف

المادة 03: مدة الاشغال

يلتزم المقاول لانهاء الاعمال موضوع هذه الاتفاقية في اجل اقصاه 30 يوم

ابتداء من تاريخ استلامه امر البدء في الاشغال و ساري المفعول (08) ايام بعد تبليغه

كل التعلقات أو التوقفات في اشغال المشروع الخاصة بالاعيد الوطنية الدينية و اجوال الجو الطبيعية متمعية في هذه المدة و عليه فان هذه المدة تستوجب عليه الاخذ بعين الاعتبار جدول تموين بالموارد البشرية و المادية المستعملة لتاريخ بداية الاشغال و مع احترام دفتر الشروط.

المادة 04: مبلغ الاتفاقية (بكل الرسوم)

حدد المبلغ الاجمالي للاتفاقية بـ: 46.126.120,00 دج بكل الرسوم أي المبلغ بالأحرف ستة ملايين ومائة وستة وعشرون الف ومئة وعشرون دينار بكل الرسوم.

المادة 05: طريقة ابرام الاتفاقية:

يتم ابرام العقد الحالي عن طريق استشارة طبقا للشروط المادة 13 للمرسوم الرئاسي247/15 المؤرخ في 06 ذو الحجة عام 1436 الموافق لـ: 16سبتمبر سنة 2015 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

المادة 06: دفع مستحقات الاشغال:

طبقا لأحكام دفتر البنود و الشروط العامة المالية، يتم دفع المستحقات عن طريق حوالة إدارية إلى الحساب الخاص المفتوح باسم EURL GRGT على حساب الرقم 03200000115468112085 لدى بنك: AGB وهرانية

دالي ابراهيم.

في إطار الاتفاقية، يمكن للمقاول دفع مستحقات غير ملحقات، على حد اقصى(02) دفعتين تتبع بوضعيتين (02) للاشغال.

الأجل المفتوحة لإدارة لتسوية مستحقات الاشغال هو ثلاثون (30) يوما.

المادة 07: مدة الضمان:

في إطار هذه الاتفاقية يضمن المقاول الاشغال موضوع الاتفاقية لمدة 12 شهر.

المادة 08: كفالة حسن التنفيذ وكفالة الضمان

المقاول ملزم بتقديم كفالة لحسن التنفيذ تمثل نسبة 05% من مبلغ الاتفاقية، عند تقديم الوضعية الأولى للاشغال.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الدفاع الوطني
الناحية العسكرية الأولى
المديرية الجهوية للمنشآت العسكرية

تاريخ الاتفاقية: _____
تاريخ التبليغ: _____

" إتفاقية "

عملا بأحكام المادة 13 للمرسوم الرئاسي247/15 المؤرخ في 06 ذو الحجة عام 1436 الموافق لـ: 16سبتمبر سنة 2015 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

بين المتعاقدين :

وزارة الدفاع الوطني المتصرف باسم الدولة الجزائرية الممثلة من طرف المدير الجهوي للمنشآت العسكرية للناحية العسكرية الأولى ،

والمسمى فيما يلي" صاحب المشروع"

من جهة ،

جي.آر.جي.تي (G.R.G.T) مسير مؤسسة السيد توهتيت جمال
العنوان : حي تجزئة 20 اوت قطعة رقم 47 محل رقم 02 أولاد موسى بوهرداس

، من جهة أخرى

اتفقا قررا واتفقا على ما يلي:

6

أ) .

ب) المتمتعون الإقصائيون الأجانب المستفيدون من صفقة ، الذين أخلوا بالتزاماتهم الاستثمار.

7- تدور الموازنة ، الذين تم إقصائهم من قبل أنفس السبب خلال فترة ثلاثة (03) سنوات التي تلي

إقصاء بأول المؤقت.

ج) أسباب أمنية

إقصاء الشريك الأجنبي يكون دائما نهائيا.

المادة 25: يتم الإقصاء المؤقت بسبب أي إخلال آخر، مخالفات و مخالفة يقترفها الشريك المتعاقد ، التي تعتبر خاصة على :

- عدم احترام وآخر الإخلال بالشروط وآخر الالتزامات التعاقدية (عمل مضافة، نوعية...)
- مخالفات وآخر ممارسات غش أثناء تنفيذ الاتفاقية أو أثناء عمليات الإنشاء
- سوابق قضائية متصلة بنشاطاته المهنية
- تزوير وثائق إدارية أو مالية ،
- التنازل عن تنفيذ صفقة بدون عذر مقبول ، أثناء مرحلة صلاحية العروض ، قبل تبليغه الاتفاقية ، أو رفض الإشعار باستلام تبليغ الاتفاقية في الأجل المحدد بتنظيم الصفقات العمومية.
- حالة تسوية قضائية أو صلح أو أنهى عن معمل إجراء في حالة من هذه الحالات ، إلا عند إثبات أنهم مرخص من قبل الحالة لمواصلة نشاطاتهم
- الذين لم يستوفوا التزاماتهم الجبائية و شبه الجبائية.
- الذين لم يبرروا الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم
- الذي تمت إدانتهم بصفة نهائية من قبل العدالة بسبب:
- الغش جبائي
- مخالفة أحكام القوانين المتعلقة بشروط تشغيل العمال الأجانب ، المتعلقة بالإلتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي ، المتعلقة بحفظ الصحة و الأمن و طب العمل ، المتعلقة بعلاقات العمل و القانون المتعلق بتنصيب العمال و مراقبة التشغيل
- تصريح كاذب
- الذين كانوا محل قرار فسخ أثناء الثانية تحت مسؤوليتهم من قبل أصحاب المشاريع العمومية بعد إستنفاد إجراءات الطعن المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول به.
- الذين كانوا محل حكم قضائي له سلطة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة لمس نزاهتهم المهنية.
- منع المؤقت أو النهائي من التعهد يمكن إعلانه في حق المتعهدين الذين كانوا موضوع تحقيق من قبل هيئات الموظفة المذكورة في المادة الموالية ، قبل ، خلال أو بعد إجراءات إبرام الاتفاقية أو جميع الطرق

يمكن إقصاء المؤقت أيضا:

- إذا تجاوز مدة (01) واحدة في حالة التنازل عن تنفيذ الاتفاقية
- متنفس (02) في الحالات:
- منح الاتفاقية تحت مسؤولية المتعامل الاقتصادي
- المخالفة الخطيرة لتشريع العمل وضمان الاجتماعي
- عدم احترام وآخر الإخلال بالإلتزامات التعاقدية
- مخالفات وآخر ممارسات الغش
- سوابق قضائية
- خمس(05) سنوات في الحالات:
- التصريح الكاذب
- خدمة لمس نزاهتهم المهنية
- الذين لم يوفوا التزاماتهم الجبائية وشبه الجبائية

- الذين لم يستوفوا الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم
- عشرة (10) سنوات في حالات :
- الغش جبائي
- تزوير وثائق إدارية أو مالية

المادة 26: وعند الضرورة، يمكن اللجنة أن تطلب من الشريك المتعاقد المتهم أن يبين أوجه الدفاع وأسبابه، وإن تطلب الأمر، إعلامه باستلام أي وثيقة من شأنها تبرير قبوله.

المادة 27: يبلغ قرار وزير الدفاع الوطني المثبت أو المعلن أو المعدل أو الملغي رئيس اللجنة.

يكون القرار الوزاري المتخذ، مضمنا من أية علاقة تعاقدية مع الشريك المتعاقد المعني ويلغي مع ذلك مؤقتا أي عملية استلام والقضاء على الطعن.

يبلغ رئيس اللجنة القرار الوزاري إلى المعني والمتعاقد موضوع قرار الإقصاء.

المعني بقرار الإقصاء إمكانية تقديم طعن في أجل شهرين (02) ضد الأحكام المادة 27 من قانون الإجراءات المدنية.

المادة 28: في حالة طعن، يدرس هذا الأخير على أساس وثائق من طرف اللجنة في أجل شهر واحد بعد استلامه ويؤدي إلى رأي جديد للجنة عندما يصبح القرار الوزاري نهائيا، لا يمكن الطعن في قرار الإقصاء المتخذ من طرف وزير الدفاع.

المادة 29: مدة الصفقة:

الاتفاقية الحالية مكتوبة باللغة الوطنية.

المادة 30: التبليغ:

هذه الاتفاقية عقدت بين الطرفين، وقد تم تبليغ المتعامل المتعاقد(المقاول) بتاريخ.....

المادة 31: مكان توقيع الاتفاقية:

النيابة تختار المكان توقيع الاتفاقية.

المقاول

قرء وزكى

عن وزارة الدفاع الوطني

عنها الآمر بالصرف المفوض

المدير الجهوي للمنشآت الصحراوية

الناحية العسكرية الأولى

الملازم: العيد

❑ Model Convention EPTRC

ENTREPRISE PUBLIQUE DES TRAVAUX ROUTIERS DU CENTRE
EPTRC - MEDEA

CONVENTION
E.P.T.R.C – EURL GRGT
PORTANT :
- FOURNITURE D'UN POSTE
TRANSFORMATEUR SUR SKED 630 KVA

N° :15/DM/2016

ENTREPRISE PUBLIQUE DES TRAVAUX ROUTIERS DU CENTRE
EPTRC - MEDEA

CONVENTION

Entre :

Dénomination de la société : E.P.T.R.C

Adresse du siège social : Ain D'Heb - Médéa BP n° 27 - Wilaya de Médéa

Forme juridique : Société Par Actions

Capital social : 112 500 000.00 DA

Représenté Par : Monsieur RAHMANI RABAH, Directeur du Matériel, ayant pouvoirs à l'effet du présent contrat, ci-après désigné par le terme « Contractant».

Et :

Dénomination de la société : GRGT – Générale Réalisation des Grands Travaux d'Electricité

Adresse du siège social : ZONE D'ACTIVITE A BIR JA BOUSSALA PLAGE - OUEST

Forme juridique : EURL

Capital social : 02 000 000.00 DA

Représenté Par : Monsieur TOUMILIT DJAMAL, PRESIDENT DIRECTEUR GENERAL, ayant tous pouvoirs à l'effet du présent contrat, ci-après désigné par le terme « Cocontractant ».

D'autre part,

Il a été convenu et décidé ce qui suit :

ENTREPRISE PUBLIQUE DES TRAVAUX ROUTIERS DU CENTRE
EPTRC - MEDEA

ARTICLE 22 : AVENANT

Toute clause additionnelle et/ou modificative éventuelle de la présente convention devra être formulée par voie d'avenant et acceptée par les deux parties.

ARTICLE 23 : ENTREE EN VIGUEUR DE LA CONVENTION.

La présente convention entrera en vigueur lorsque les formalités prévues ci-dessous seront remplies à savoir :

- Signature du contrat par les deux parties.
- La réception du bon de commande.

POUR LE CLIENT :
EPTRC, MEDEA
Fait à Médéa Le : 02 OCT. 2016
LE DIRECTEUR : RAHMANI RABAH

POUR LE FOURNISSEUR.
EURL GRGT
Fait à Alger Le.....
LE DIRECTEUR : TOUMILIT DJAMAL

❑ Model Contrat Grande Mosquée

CONTRAT N° 01/2017
Entre
EPE DIVINDUS-SERUB Bouira – EURL GRGT

Fourniture d'un poste préfabriqué spécifique en béton armée 10KV / 400KVA. Nouvelle Mosquée MOHAMMADIA

Entre,

L'**EPE DIVINDUS-SERUB**, dont le siège social est sis à Zone des parcs BP 276 Bouira, représentée par **Monsieur DERBAL Samir, Directeur**, et désignée ci-après par l'expression « Client »

D'une part,

Et,

L'entreprise **«EURL GRGT »**, dont le siège social est sis à Zone d'Activité ChebaChebaia sortie Reghaia Plage,ALGER, représentée par **Monsieur TOUMILET Djamal** ,Président Directeur Général , ayant tous pouvoirs à l'effet du présent contrat et désignée ci-après par l'expression, **« Fournisseur »**

D'autre Part,

Il a été convenu et arrêté ce qui suit :

10

Article 13 : RESILIATION

En cas d'inexécution partielle ou totale de l'une des obligations prévues au présent contrat par l'une des deux parties, l'autre aura la faculté de résilier le présent contrat.

Toutefois, cette résiliation ne pourra intervenir qu'à l'expiration d'un délai de (08) huit jours suivant deux mises en demeure restées infructueuses.

Article 14 : FORCE MAJEURE

On entend par force majeure pour l'exécution du contrat, tout acte ou événement imprévisible, inévitable, indépendant de la volonté des parties.
Au cas où surviendrait un événement qui constituerait un cas de force majeure, les obligations affectées par la force majeure seront prorogées automatiquement d'une durée égale au retard entraîné par la survenance du cas de force majeure et de ses conséquences, étant entendu que cette prorogation n'entraînera pas de pénalité à la charge de la partie empêchée.

La partie qui invoque le cas de force majeur devra, aussitôt après la survenance d'un tel cas, adresser une notification expresse à l'autre partie.

Cette notification doit être accompagnée de toutes les informations circonstanciées utiles et intervenir dans les trente (30) jours. Tout retard pour cas de force majeur non notifié dans les conditions et formes ci-dessus, ne sera en aucune façon retenu pour le décompte du délai contractuel, ni opposable.

Si, par suite de cas de force majeure, l'une des parties ne pouvait exécuter ses obligations telles que prévues aux termes du contrat pendant une période égale ou supérieure à deux (02) mois, les parties se rencontreraient dans les plus brefs délais, pour examiner les incidences desdits événements et, en particulier, sur les délais et la poursuite des obligations respectives.

Article 15 : MISE EN VIGUEUR

Le présent contrat entrera en vigueur après accomplissement des formalités suivantes :

- La réception du bon de commande.
- Signature du contrat par les deux parties.

Fait à Bouira, les 29/03/2017

Pour L'EPE DIVINDUS-Division SERUB

Pour EURL GRGT

Gérant

11

❑ Model Contrat Sonatrach

Exploration - Production
Division Production
Direction Approvisionnements & Transport
8, Chemin du Réservoir Hydra -16035 – Alger – ALGERIE.

DOSSIER DE CONSULTATION

N°: SH-EP-DP-AT/07/17/M

FOURNITURE DE:
POSTE SHELTER HTA/BT

TABLE DES MATIERES

Section I Conditions Générales
Section II Dossier Technique
Section III Projet de Contrat

12

Section I
CONDITIONS GENERALES

Section IV Conditions Generales

Objet de la consultation

La Société Sonatrach, Activité Exploration-Production, Division Production, Direction Approvisionnements et Transport sise 08 chemin du réservoir Hydra Alger- Algérie, lance, conformément à la décision E-025 du 02 janvier 2013, portant procédure de passation des marchés de SONATRACH, une consultation pour l'acquisition de :

POSTES SHELTER HTA/BT

Dossier de la consultation
Le soumissionnaire doit examiner les instructions, modèles de documents, conditions, spécifications et autres informations contenus dans le dossier de la consultation. Il est responsable de la qualité des renseignements qui lui sont demandés par le dossier de la consultation et de la préparation d'une offre conforme à tous égards aux exigences dudit dossier.

Les soumissionnaires ayant reçu le dossier de la consultation doivent s'assurer que celui-ci est complet et signent un accusé de réception confirmant la bonne réception dudit dossier par retour fax ou e-mail.

Tous les documents du dossier de la consultation sont et demeurent la propriété exclusive de la Structure Contractante.

Forme et modalités de remise de l'offre

Les offres techniques sans aucune indication de prix et les offres financières devront être remises simultanément dans des plis intérieurs scellés séparés (1er pli : Offre Technique, 2ème pli : Offre Financière), placés dans un seul pli extérieur anonyme et scellé portant, exclusivement l'indication suivante :

SONATRACH- Activité Exploration-Production
Division Production
Direction Approvisionnements et Transport
Bureau d'Ordre au niveau du poste de garde principal de la Division Production
8, Chemin du réservoir Hydra –16035- ALGER-ALGERIE

Et l'intitulé du marché :

Consultation N° SH-EP-DP-AT/07/17/M
Fourniture de : Postes Shelter HTA/BT
« Offre Technique et Offre Financière – Confidentiel à ne pas ouvrir »

Aucune marque permettant l'identification du soumissionnaire ne doit figurer sur l'enveloppe extérieure, sous peine de rejet.

Seules les enveloppes intérieures porteront le sigle, la raison sociale et l'adresse du soumissionnaire, de façon à permettre à la Structure Contractante de renvoyer l'offre cachetée non ouverte, si elle a été déclarée « hors délais ».

Délai de validité des offres

Les offres restent valables pendant une période de cent vingt (120) jours à partir de la date d'ouverture des plis assorti d'un délai supplémentaire de trente (30) jours calendaires.

CP N°: SH-EP-DP-AT/07/17/M 1

13

Sonatrach

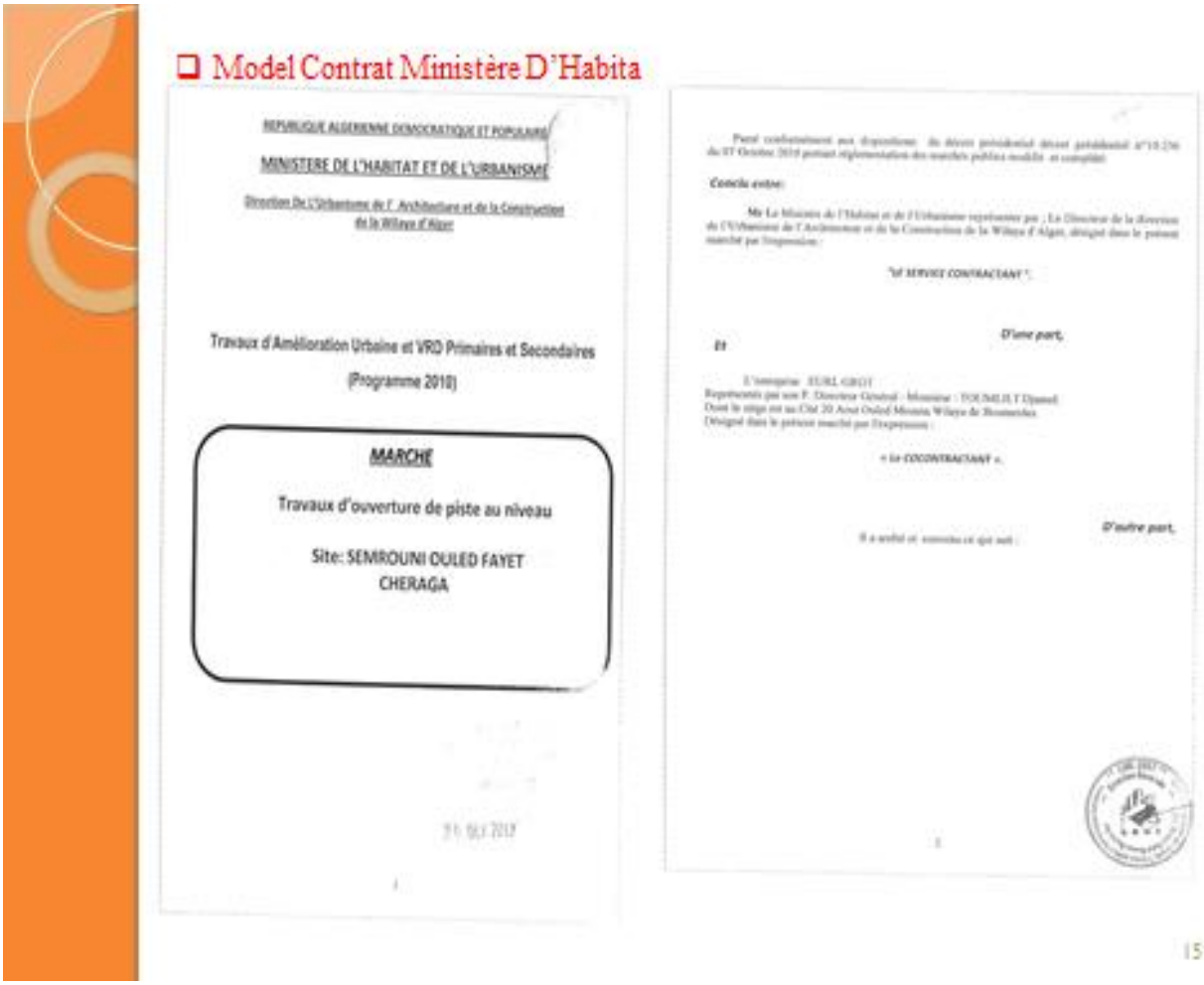
Exploration - Production
Division Production
Direction Approvisionnements & Transport

Projet de contrat

FOURNITURE DE :

POSTES SHELTER HTA/BT

14



- Model Contrat Ministère D'Habita

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

MINISTERE DE L'HABITAT ET DE L'URBANISME

Direction De L'Urbanisme de l' Architecture et de la Construction de la Wilaya d'Alger

Travaux d'Amélioration Urbaine et VRD Primaires et Secondaires

(Programme 2010)

MARCHE

Travaux d'ouverture de piste au niveau

Site: SEMROUNI OULED FAYET CHERAGA

31 JUI 2017

Conclu entre:

Me Le Ministre de l'Habitat et de l'Urbanisme représenté par ; Le Directeur de la direction de l'Urbanisme de l'Architecture et de la Construction de la Wilaya d'Alger, désigné dans le présent marché par l'expression :

"Le MAITRE CONTRACTANT".

D'une part,

Et

L'entreprise EURL GROT
Représentée par son P. Directeur Général - Monsieur : TOUMOUT Djamel
Dont le siège est au Cité 20 Aout Ouled Moussa Wilaya de Boumerdes
Désigné dans le présent marché par l'expression :

« Le COCONTRACTANT ».

D'autre part,

Il a arrêté et convenu ce qui suit :

15

SOMMAIRE

CHAPITRE I : CAHIER DES PRESCRIPTIONS SPECIALES

CHAPITRE II : CAHIER DES PRESCRIPTIONS COMMUNES

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

MINISTERE DE L'HABITAT ET DE L'URBANISME

Direction De L'Urbanisme de l' Architecture et de la Construction de la Wilaya d'Alger

SOUMISSION

Etablie en conformité des dispositions de l'article 51 du décret présidentiel N° 10236 du 07octobre 2010 complété et modifié, portant réglementation des Marchés publics et l'arrêté du 28 mars 2011 fixant les modèles de la lettre de soumission, de la déclaration à souscrire et de la déclaration de probité.

Je soussigné (e),

Nom et prénom : TOUMILIT Djamel.

Profession : P. Directeur Général.

Demeurant à : Cité 20 Aout Ouled Moussa Boumerdes.

Agissant au nom et pour le compte de : EURL GROT, inscrit (e) au registre du commerce

Sous le N° : 11 B 0720850 – 35/00.

Adresse du siège social : Cité 20 Aout Ouled Moussa Wilaya de Boumerdes.

Après avoir pris connaissance des pièces du projet de marché et après avoir apprécié, à mon point de vue et sous ma responsabilité, la nature et la difficulté des prestations à exécuter.

Remets, revêtus de ma signature, un bordereau des prix et un détail estimatif, établis conformément aux cadres figurant au dossier du projet de marché portant sur : Travaux d'amélioration urbaine et VRD Primaires et secondaires (Programme 2010) pour la réalisation des travaux d'ouverture de piste au niveau de site : SEMROUNI - OULED FAYET - CHERAGA

Me soumets et m'engage envers Mr le Ministre de l'Habitat et de l'Urbanisme représenté par Mr le Directeur de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de la protection et de la réception de l'habitat précédé à exécuter les prestations conformément aux conditions du cahier des prescriptions spéciales et moyennant la somme de :

Montant HT : 197 787 968,08 Dza

TVA 17% : 33 623 945,08 Dza

Montant en TTC : 231 411 913,16 Dza

En Lettres : Deuxcent Cent Dix Huit Millions Six Cent Douze Mille Neuf Cent Quatorze Trois Dinars et Dix Centimes

Le service contractant se libère des sommes dues, par tel, en faisant donner crédit au compte bancaire N° : 02 000 1437 072 43 208 115.

Auprès : NATIXIS ALGERIE.

Adresse : Agence Roulba 06 102 , Rue Ali Lapoint, Roulba, Alger.

J'affirme sous peine de résiliation de plein droit du présent contrat ou de sa mise en règle aux torts exclusifs du maître de l'ouvrage que je (il) maîtrise de l'ouvrage ne tombe pas sous le coup des interdictions édictées par la réglementation en vigueur et les dispositions de l'Ordonnance N° 03-03 du 19/07/2003 relative à la Concurrence.

Fait à Alger le 05/05/2011

(Nom, Prénom, qualité et cachet du Soumissionnaire)

16

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

MINISTERE DE L'HABITAT ET DE L'URBANISME

Direction De L'Urbanisme de l' Architecture et de la Construction de la Wilaya d'Alger

DECLARATION A SOUSCRIRE

Etablie en conformité des dispositions de l'article 51 du décret présidentiel N° 10236 du 07octobre 2010 modifié et complété, portant réglementation des Marchés publics et l'arrêté du 28 mars 2011 fixant les modèles de la lettre de soumission, de la déclaration à souscrire et de la déclaration de probité.

Dénomination de la société ou raison sociale : EURL GROT.

Adresse du siège social : Cité 20 Aout Ouled Moussa Wilaya de Boumerdes.

Forme juridique de la société : Privé (EURL).

Montant du capital social : 95 000 000,00 DA.

Numéro et date d'inscription au registre du commerce: 35/00 0720850 B 11 du 23/03/2011.

Wilaya(s) où seront exécutées les prestations, objet du marché : Alger.

Nom, prénom, nationalité, date et lieu de naissance du ou des responsables statutaires de la société et des personnes ayant qualité pour engager la société à l'occasion du marché :

Nom et Prénom : TOUMILIT Djamel.

Nationalité : Algérienne.

Date et lieu de naissance : 17/04/1962 à Ouled Moussa.

Le déclarant atteste que la société est qualifiée et/ou agréée par un organisme spécialisé à cet effet, lorsque cela est prévu par des textes réglementaires : Oui.

Dans l'affirmative : (indiquer l'organisme qui a délivré le document, son numéro, sa date de délivrance et sa date d'expiration) : Ministère des Travaux Publics, N° 201103/15/134, Catégorie Huit (VIII), du 15/03/2011 au 17/03/2014).

Le déclarant atteste que la société a réalisé pendant les trois dernières années un chiffre d'affaires annuel moyen de : (indiquer le montant du chiffre d'affaires en chiffres et en lettres) : le montant est :

En chiffres : 536 517 518,52 DA.

En lettre : Cinq Cent Trente Six Million Cinq Cent Dix Sept Mille Cinq Cent Dix Huit Dinars et Cinquante Deux Centimes.

Existe-t-il des privilèges et nantissement inscrits à l'encontre de la société au greffe du tribunal, section commerciale? Non.

Dans l'affirmative : (préciser la nature de ces privilèges et nantissement et identifier le tribunal) : ...../.....

Le déclarant atteste que la société n'est pas en état de faillite, de liquidation ou de cessation d'activité : Oui.

Le déclarant atteste que la société ne fait pas l'objet d'une procédure de déclaration de faillite, de liquidation ou de cessation d'activité : Oui.

Le société est-elle en état de règlement judiciaire ou de concordat ? : Non.

Dans l'affirmative: (identifier le tribunal et indiquer la date du jugement ou de l'ordonnance, dans quelles conditions la société est-elle autorisée à poursuivre son activité et le nom et l'adresse du syndic du règlement judiciaire) : ...../.....

La société fait-il l'objet d'une procédure de règlement judiciaire ou de concordat ? : Non.

Dans l'affirmative : (identifier le tribunal et indiquer la date du jugement ou de l'ordonnance, dans quelles conditions la société est-elle autorisée à poursuivre son activité et le nom et l'adresse du syndic du règlement judiciaire) : ...../.....

La société a-t-elle été condamnée en application des dispositions de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003, modifiée et complétée, relative à la concurrence ? : Non.

Dans l'affirmative: (préciser la cause de la condamnation, la sanction et la date de la décision) : ...../.....

Le déclarant atteste que la société est en règle avec ses obligations fiscales, parafiscales et l'obligation de dépôt légal de ses comptes sociaux : Oui.

La société a-t-il-elle omise coupable de fausses déclarations ? : Non.

Dans l'affirmative : (préciser à quelle occasion, la sanction infligée et sa date) : ...../.....

La société a-t-elle fait l'objet d'un jugement ayant autorité de la chose jugée et constatant un délit affectant sa probité professionnelle? : Non.

Dans l'affirmative: (préciser la cause de la condamnation, la sanction et la date du jugement) : ...../.....

La société a-t-elle fait l'objet de décisions de résiliation aux torts exclusifs, par des maîtres d'ouvrages? : Non.

Dans l'affirmative : (indiquer les maîtres d'ouvrages concernés, les motifs de leurs décisions, si il y a eu recours auprès de la commission nationale des marchés compétente, ou de la justice et les décisions ou jugements et leur date) : ...../.....

La société est-elle inscrite sur la liste des opérateurs économiques interdits de soumissionner aux marchés publics, prévue à l'article 61 du décret présidentiel n° 10-236 du 28 Chawal 1431 correspondant au 7 octobre 2010, modifié et complété, portant réglementation des marchés publics ? : Non.

Dans l'affirmative : (indiquer l'infraction et la date d'inscription à ce fichier) : ...../.....

La société est-elle inscrite au fichier national des fraudeurs, auteurs d'infractions graves aux législations et réglementations fiscales, douanières et commerciales ? : Non.

Dans l'affirmative : (préciser l'infraction et la date d'inscription à ce fichier) : ...../.....

La société a-t-elle été condamnée pour infraction grave à la législation du travail et de la sécurité sociale? : Non

Dans l'affirmative : (préciser l'infraction, la condamnation et la date de la décision) : ...../.....

La société, lorsqu'il s'agit de soumissionnaires étrangers, a-t-elle manqué au respect de l'engagement d'exécuter prévu à l'article 24 du décret présidentiel n° 10-236 du 28 Chawal 1431 correspondant au 7 octobre 2010, modifié et complété, portant réglementation des marchés publics ? : Non.

Dans l'affirmative : (indiquer le maître d'ouvrage concerné, l'objet du marché, sa date de signature et de notification et la sanction infligée) : ...../.....

Indiquer le nom, le(s) prénom(s), la qualité, la date et le lieu de naissance et la nationalité du signataire de la déclaration. TOUMILIT Djamel, Président Directeur Général, Né le 17/04/1962 à Ouled Moussa, Nationalité Algérienne.

J'affirme, sous peine de résiliation de plein droit du marché ou de sa mise en règle aux torts exclusifs de la société, que ladite société ne tombe pas sous le coup des interdictions édictées par la législation et la réglementation en vigueur.

Je certifie, sous peine de l'application des sanctions prévues par l'article 216 de l'ordonnance n° 66-156 du 8 juin 1966, modifiée et complétée, portant code pénal que les renseignements fournis ci-dessus sont exacts.

Fait à Alger, le 05/05/2011

Le soumissionnaire (nom, qualité du signataire et cachet)

17

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

MINISTERE DE L'HABITAT ET DE L'URBANISME
WILAYA D'ALGER
Direction De L'Urbanisme de l' Architecture et de la Construction
de la Wilaya d'Alger

DECLARATION DE PROBITE

Etablie en conformité des dispositions de l'article 51 du décret présidentiel N° 10236 du 07octobre 2010 modifié et complété, portant réglementation des Marchés publics et l'arrêté du 28 mars 2011 fixant les modèles de la lettre de soumission, de la déclaration à souscrire et de la déclaration de probité.

Etablie en conformité des dispositions de **l'article 51 du décret présidentiel N° 10-236 du 07 octobre 2010** complété et modifié, portant réglementation des Marchés publics et **l'arrêté du 28 mars 2011** fixant les modèles de la lettre de soumission, de la déclaration à souscrire et de la déclaration de probité.

Je soussigné,
Nom et prénoms : **TOUMILIT Djamel.**
Agissant en mon et pour le compte de : **P. Directeur Général.**

Je déclare sur l'honneur que ni moi, ni l'un de mes employés, représentants ou sous-traitants, n'avons fait l'objet de poursuites pour corruption ou tentative de corruption d'agents publics.

Je m'engage à ne recourir à aucun acte ou manœuvre dans le but de fausser ou de pratiquer le tâtonnement de mon offre au détriment de la concurrence loyale.

Je m'engage à ne pas m'adonner à des actes ou à des manœuvres tendant à promettre d'offrir ou d'accorder à un agent public, directement ou indirectement, soit pour lui-même ou pour une autre entité, une rémunération ou un avantage, de quelque nature que ce soit, à l'occasion de la préparation, de la négociation, de la conclusion ou de l'exécution d'un marché, contrat ou avenant.

Déclare avoir pris connaissance que la découverte d'indices concordants de partialité ou de corruption avant, pendant ou après la procédure de conclusion d'un marché, contrat ou avenant constituerait un motif suffisant pour annuler le marché, le contrat ou l'avenant en cause. Elle constituerait également un motif suffisant pour prendre toute autre mesure coercitive, allant jusqu'à l'inscription sur la liste d'interdiction des opérateurs économiques de soumissionner aux marchés publics, la résiliation du marché ou du contrat sans engagement de poursuites judiciaires.

Certifie, sous peine de l'application des sanctions prévues par l'article 216 de l'ordonnance n° 66-156 du 8 juin 1966, modifiée et complétée, portant code pénal que les renseignements fournis ci-dessus sont exacts.

Fait à **Alger** le : **01/01/2022**
(Nom, Qualité du Signataire et cachet du soumissionnaire)

TOUMILIT Djamel

CHAPITRE I
CAHIER DES PRESCRIPTIONS SPECIALES

ARTICLE 01.01 : OBJET DU MARCHE

Le présent marché consiste à réaliser dans le cadre d'Réhabilitation Urbaine et VRD primaire et secondaire (programme 2020) : Travaux d'ouverture de pistes au niveau du site SEMAOUNI -OUED EMZI – CHERAGA.

ARTICLE 01.02 : MODE DE PASSATION DU MARCHE

Le présent marché est conclu après un avis d'appel d'offre national ouvert en vertu des dispositions des articles 26 et 30 du décret présidentiel n°. 10-236 du 07 Octobre 2010 portant réglementation des marchés publics.

ARTICLE 01.03 : PIECES CONTRACTUELLES

Les obligations du soumissionnaire pour l'exécution des travaux du présent marché sont définies dans documents suivants :

- *La soumission,*
- *La déclaration à souscrire,*
- *Le Cahier des Prescriptions Spéciales;*
- *Le Cahier des Prescriptions Communes,*
- *Le Cahier des Prescriptions Techniques (Devis descriptif)*
- *Le Bordereau des Prix Unitaires;*
- *Le devis quantitatif et estimatif*

En cas de contradiction entre elles, les pièces contractuelles prévalent les unes sur les autres dans l'ordre suivant :

- *La soumission,*
- *La déclaration à souscrire,*
- *Le Cahier des Prescriptions Communes;*
- *Le Cahier des Prescriptions Spéciales;*
- *Le Cahier des Prescriptions Techniques (Devis descriptif)*
- *Le Bordereau des prix unitaires;*
- *Le devis quantitatif et estimatif.*

ARTICLE 01.04 : CONNAISSANCE DES TRAVAUX

Les travaux à réaliser objet du présent marché consiste à la réalisation des travaux terrassements généraux, et couche de fondation en TVC et mise en assainissement

4

EURL GRGT

Usine de Fabrication des Postes de Transformation

4- DIVERS: (Problèmes Rencontrés)

- Retard sur les paiements de facture
- Mauvaise évaluation sur les risques
- Contraintes sur les contrats d'affaires avec des partenaires étrangers(lourdeur administrative) et méconnaissance des procédures
- Augmentation des prix des produits électriques quasi trimestrielles par les fournisseurs habilités
- Concurrence déloyale
- L'application du principe gré à gré répond à un contrat exceptionnel ,ce recours concerne exclusivement des cas d'urgence menaçant d'où la complexité pour sa mise en œuvre ,l'accord donné pour ce type de contrat est lourd

توصيات اشغال الملتقى الوطني الموسوم ب:
مبدأ سلطان الارادة في عقود الاعمال بين الحرية والتقييد

بتاريخ السابع من شهر نوفمبر الفين وسبعة عشر تم عقد اجتماع لجنة التوصيات لاقتراح توصيات الملتقى الوطني الموسوم بـ" مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد "بحضور أستاذة من جامعات الوطن التي تأتي أسماء هم على نحو التالي :

- أ.د. ارزيل الكاهنة جامعة ، جامعة تيزي وزو .
- د. عجالي بخالد، جامعة تيارت .
- د. زبيري بن قويدر ،جامعة الاغواط.
- د. شامي احمد،جامعة تيارت.
- د. حساين سامية. جامعة بومرداس.

على هذا الأساس تم الاتفاق على التوصيات التالية :

1- وضع مدونة خاصة بعقود الأعمال تحيّنا ما هو قائم منها بموجب تشريعات وتدارك النقائص الواردة حاليا في تنظيم البعض منها.

2- ضرورة إصدار نصوص متعلقة بعقود الأعمال بنص قانون موحد يكون في شكل " تشريع " تفاديا للتضخم القانوني برفع تدخل السلطة التنفيذية في تنظيم هذه الطائفة من العقود مع جمع النصوص القانونية الحالية المتعلقة بتنظيم عقود الأعمال في نص أو تقنين واحد يجمع الأحكام المشتركة بمراعاة خصوصية كل عقد على حدة.

3- إعادة النظر في التسمية الخاصة ببعض العقود التي لا تعبر عن مدلولها القانوني وينطبق الوضع على "عقد التسيير" باقتراح تسميته "عقد المناجمنت " أو " عقد إدارة الأعمال " أو عقد الائتمان الايجاري

4- ضرورة التخفيف من حدة استخدام النظام العام التوجيهي في صياغة القوانين المنظمة لعقود الاعمال.

5- ضرورة وضع نصوص مفصلة لمرحلة ما قبل التعاقد في عقود الأعمال بضرورة التركيز على استقبال اكبر قدر ممكن من المعلومات الفنية خدمة للاقتصاد الوطني .في هذا الشأن نوصي بالتجربة المقارنة في مسألة تنظيم الالتزام بالإعلام باعتباره الوسيلة الكفيلة بالحفاظ على مركز المتعامل الاقتصادي الوطني الضعيف.

6- ضرورة إصدار أحكام ونصوص قانونية خاصة بتنظيم مرحلة التفاوض والمسؤولية الناجمة عنها .

7- تخفيف الطابع الشكلي في عقود الأعمال بما ينسجم وطبيعة العقد.

8- نوصي بنشر مداخلات الملتقى في مسطرة قانونية تعميما للفائدة ، بعد ضبطها.

9- نوصي بترقية موضوع الملتقى إلى ملتقى دولي بغرض تبادل التجارب والخبرات للدول العربية والغربية .

عن لجنة التوصيات.

الموضوعـــــات	الصفحة

- الكلمة الافتتاحية 1
- اشكالية واهداف الملتقى ومحاوه 2
- برنامج الملتقى 3
- **تطور النظام القانوني لعقود الاعمال في القانون** 7

د. حساين سامية. كلية الحقوق ، جامعة امحمد بوقرة – بومرداس.

- **الطبيعة القانونية لعقد التسيير وفقا للقانون الجزائري** 15
- د. قبايلي طيب، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- **عقد الفرانشيز بين الحرية التعاقدية والتنظيم التشريعي ـ قانون ماكرون لـ 06 اوت 2015 نموذجا ـ** 24

د. بلعزام مبروك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد دباغين سطيف 2.

- **عن مدى تكريس عقد البوت (BOT) في التشريع الجزائري** 38
- أ . د. اقلولي صفية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو
- **الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الإيجاري ـ دراسة مقارنةـ** 44

د. حليمي ربيعة ، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة – بومرداس.

- **عقد تحويل الفاتورة سند تجاري أو مجرد ورقة تجارية** 55

د. بقار سلمى ، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة – بومرداس.

- **مكانة عقد الاعتماد الايجاري بين "مبدأ سلطان الإرادة" و" موضوعية الإرادة التعاقدية** 65

د. بن بريح امال ، كلية الحقوق، جامعة علي لونيسي – البليدة.

- **تحديد صفة المتعاقد في عقود الاعمال** 77

بعجي احمد، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1.

- **اختيار المتعاقد في العقود الدولية بين الاعتبار الشخصي والضوابط الاقتصادية (عقد نقل التكنولوجيا انموذجا)** 87

د. ونوغي نبيل ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة سطيف.

- **خصوصية الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي وانعكاساتها على مراكز الاطراف** 100

د. سامية بلجراف ، وردة شرف الدين ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة

- **مبدأ سلطان الارادة والتعاقد المؤتمت في عقود التجارة الالكترونية** 112
- د. حابت آمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو.
- **عدم التوازن العقدي في عقد التأمين** 118

د. بن عنتر ليلى، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة بومرداس.

- **مبدأ سلطان الارادة وعقد الاعتماد الايجاري** 128

د.آيت ساحد كهينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو.

- **عن تأثر الارادة في عقد تحويل الفاتورة** 135
د. فتحي ليندة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو .
- **إعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الإلكترونية الدولية:آلية أساسية أم بديل احتياطي أمام فكرة الفراغ التشريعي؟**..... 134
د. حمودي ناصر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند الحاج– البويرة.
- **الطبيعة القانونية لعقد البناء و التشغيل والتحويل (BOT) في اطار مبدأ سلطان الارادة** 155
د. شيهاني سمير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة آكلي محند الحاج– البويرة.
- **قصور تطبيق القواعد العامة للإيجار على الاعتماد الايجاري** 172
د. كسال سامية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو.
- **حول الطابع الخصوصي لعقود الاعمال: عقد الفرانشيز نموذجا**..... 182
د. حمادوش انيسة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو.
- **محدودية مبدأ سلطان الارادة في مواجهة النظام القانوني بعقود الاعمال : مثال العقود المصرفية والمالية.** 192
د. أيت وازو زاينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو.
- **عقود نقل التكنولوجيا بي التفاوض والاذعان** 199
- د. موفق نو الدين ،كلية الحقوق، جامعة لمين دباغين، سطيف.
- **اثر سلطان الارادة على تعديل القواعد العامة للايجار في عقد الاعتماد الايجاري** 206
د. شامي احمد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن خلدون ـ تيارت.
- **حسن النية في عقود الاعمال** 219
د. درماش بن عزوز، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجلفة.
UNE EXCEPTION AU PRINCIPE PACTA SUNT SERVANDA : LA THEORIE DE L'IMPREVISION
228..... HOCINE Farida .
- **مبدأ العدل و النفع في مواجهة مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال(نسبية و تراجع مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال)** 237
د. احلوش زينب، كلية الحقوق ، جامعة امحمد بوقرة – بومرداس.
- **الشكلية في عقد الاعتماد الايجاري** 249
شيخ ناجية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو.
- **حدود استخدام سلطان الارادة في عقود توزيع السيارات والمركبات الجديدة** 254
د. عجالي بخالد، كلية الحقوق والعلوم السياسة ، جامعة بن خلدون ، تيارت.
- **التحديد القانوني لعقد الفرانشيز** 269
أ. بن قايد علي محمد لامين، د. سعيداني فايزة، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة – بومرداس.
- **تحويل الفاتورة بين العقد والسند الجاري على ضوء التشريع الجزائري** 278
لعجال لامية، كلية الحقوق ، جامعة امحمد بوقرة ، بومرداس.
- **مكانة مبدأ سلطان الارادة خلال مرحلة التفاوض في عقود التجارة الدولية** 286
د. بلحارث ليندة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج امحند اكلي، البويرة.

- **نطاق العمل بمبدأ سلطان الارادة في عقود الفديك**..... 292
د. اوباية مليكة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو.
- **عدم التوازن العقدي في عقود الاعمال ومعالجته في قانون المنافسة**..... 304
د. بن حملة سامي، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري ، قسنطينة.
- **جدوى التفاوض الاتفاقي كألية لاسترجاع التوازن العقدي في عقود التسيير** 316
أ. د. صبايحي ربيعة، ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو.
- **عقد الاعتماد الايجار بين قوانين الارادة والقواعد الموضوعية** 325
د. عسالي عبد الكريم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية.
- **اعادة التفاوض في العقود الية لتجسيد مبدأ سلطان الارادة** 331
د. هني عبد اللطيف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د/ مولاي الطاهر، السعيدة.
- **اثار عقد الترخيص بالنظر لإرادة الاطراف**..... 342
د. والي نادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج محند اكلي ، البويرة.
- **البعد القانوني والاقتصادي لنظام البوت**..... 355
د. بوجلطي عز الدين، كلية الحقوق، جامعة الجزائري 1.
- **تعدد العلاقات في عقد تحويل الفاتورة وتأثيره على مبدأ سلطان الارادة** 364
- د . فاطيمة عاشور ، معهد الحقوق والعلوم السياسية ، المركز الجامعي تيبازة.

LE PRINCIPE DU GRÉ À GRÉ DANS LES CONTRATS D'AFFAIRE : LIBERTE ET CONTAINTES ……..
371.....……..……***HAMZIZOU MOHAMED***
.Directeur Techenique ,Usine de Fabrication des Postes de Transformation(EURL GRGT)
- التوصيات 383
- الفهرس..... 384

-