
القانون

مجلة علمية نصف سنوية محكمة تعنى بالبحوث والدراسات القانونية
تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة بجليزان
EISSN : 2602-5159 ISSN : 2170 -0036
المجلد 07 / العدد 02 - 2018

خصوصية الضمان في عقد الاعتماد الإيجاري العقاري

Privacy Warranty in the leasing contract

الطالبي: عباس طاهر

طالب دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس

Email: absther27@gmail.com

الأستاذ الدكتور: بردان رشيد

أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس

Email: rachid-berredane@hotmail.com

تاريخ الإرسال: 2018/01/27 تاريخ القبول: 2019/02/08 تاريخ النشر: 2019/06/16

ملخص:

إن قواعد القانون المدني تجعل ضمان انتفاع المستأجر بالأصل المؤجر التزاما يقع على عاتق المؤجر، إلا أن الأمر 09-96 المتعلق بعقد الاعتماد الإيجاري والواقع العملي جعل هذا العقد يشذ عن القواعد العامة في مسألة الضمان، حيث تستغل شركة الاعتماد الإيجاري الطابع المكمل لهذا الالتزام بإدراج شرط صريح يقضي بإعفاءها من ضمان التعرض والعيوب الخفية، و بشرط أن يتقرر للمستفيد حق الرجوع على بائع العقار أو المقاول بالضمان.

الكلمات المفتاحية: الاعتماد الإيجاري العقاري؛ الضمان؛ دعوى الرجوع؛ الإعفاء.

Abstract:

Régulations of the civil right make warranty of the tenant a contract of commandment on his responsibility, but law n 09-96 related to this contract make deviate from the general regulation in warranty thus, the company use this complementary character accomplish this commitment

by adding a clear condition which consist on exemption from warranty in case there is any damage on it and give the beneficiary right of warranty.

Key words: leasing, warranty, the lessee, responsibility, avoidance

مقدمة :

الاعتماد الإيجاري العقاري يعتبر من بين الوسائل الحديثة في تمويل استثمارات المشروعات الاقتصادية، إذ يمكن صاحب المشروع من الحصول على أموال ثابتة مهنياً اشتراها أو شيدت لحسابه مقابل أدائه للمؤجر أقساطاً في شكل بدل إيجار مع تخويل المستأجر إمكانية الحصول على ملكية مجمل الأصول المؤجرة أو جزء منها.

و لقد نظم المشرع الجزائري هذا العقد بموجب الأمر 96-09¹، والذي يظهر من نصوصه أنه أعطى حرية واسعة للمتعاقدین في الاشتراط وتحديد الالتزامات ولو كان ذلك خروجاً عن القواعد العامة.

وبما أن هذا العقد هو نظام مركب، و مزيج من علاقات تعاقدية اندمجت فيما بينهما لتنتج هذا النظام القانوني الجديد²، والذي يعتبر عقد الإيجار من أهم عناصره القانونية، يلتزم فيه المؤجر بتسليم العقار إلى المستفيد وصيانته، وضمان التعرض، وضمان ما قد يعتري المال المؤجر من عيوب خفية.

ولما كانت الأحكام الخاصة بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية من القواعد التي يجوز الاتفاق على مخالفتها نظراً لعدم تعلقها بالنظام العام، فإن المؤجر الذي يمكن أن يكون بنكاً أو مؤسسة مالية أو شركة تأجير³، استغل هذا الطابع المكمل لهذه القواعد وأعطى نفسه من هذا الالتزام، مما أعطى للضمان خصوصيات في هذا

¹ الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتضمن الاعتماد الإيجاري، الجريدة الرسمية للجمهورية، العدد 3، لسنة 1996.

² علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 29.

³ نصت على ذلك المادة 01 من الأمر 96-09 بقولها: " يعتبر الاعتماد الإيجاري موضوع هذا الأمر، عملية تجارية ومالية يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانوناً ومعتمدة صراحة بهذه الصفة، مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب، أشخاصاً طبيعيين كانوا أم معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص."

النوع من العقود، وهذا ما سنتناوله في هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: إعفاء المؤجر من الضمان في عقد الاعتماد الإيجاري العقاري.

المبحث الثاني: رجوع المستفيد على البائع أو المقاول بالضمان.

المبحث الأول: إعفاء المؤجر من الضمان في عقد الاعتماد الإيجاري العقاري

تنص المادة 40 من الأمر 96-09 فيما يخص الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة على أنه: " بغض النظر عن أحكام المادتين 38 و39 من هذا الأمر يمكن الأطراف المعنية بعقد الاعتماد الإيجاري 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 عيوب أو عدم مطابقة الأصل المؤجر أو تكون هذه الضمانات محدودة.."

و عليه فإن المؤجر يمكن له أن يدرج في العقد شرط يعفيه من الضمان، مستندا في ذلك على عدة أسباب (المطلب الأول)، لكن في إطار معين لا يجوز تجاوزه، وبشروط محددة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أسباب إعفاء المؤجر التمويلي من الضمان

لدراسة أحكام الضمان في عقد الاعتماد الإيجاري العقاري، لا بد أن نبين مفهوم هذا العقد (الفرع الأول)، ثم نتطرق لمبررات إعفاء المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري العقاري من الضمان، باعتبار ذلك حالة من حالات الخروج عن القواعد العامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم عقد الاعتماد الإيجاري العقاري

تقتضي دراسة أحكام الضمان في عقد الاعتماد الإيجاري العقاري التطرق إلى دراسة هذا العقد من حيث تعريفه (أولا)، ثم الأطراف التي تتدخل في تنفيذه (ثانيا).

أولا: تعريف عقد الاعتماد الإيجاري العقاري

يعرف الفقه¹، عقد التأجير التمويلي بأنه ذلك العقد الذي يمكن المستأجر من

¹- اختلفت آراء الفقهاء في تعريف عقد التأجير التمويلي بسبب تركيز كل فئة على جانب معين في هذا العقد وإغفال جوانب أخرى، فمنهم من ركز في تعريفه على الطابع التمويلي، و هناك من عرفه اعتمادا على طابعه

الانتفاع بالمال المؤجر، سواء كان منقولاً أم عقاراً لمدة محددة بالعقد، مقابل بدل إيجار يتفق عليه، ويكون للمستأجر في نهاية المدة، إما تملك المال كله أو بعضه، مع مراعاة الأجرة التي أداها المستأجر عند تحديد الثمن، أو رده، أو تجديد العقد بشروط أخرى يتفق عليها بين طرفي العقد"¹.

كما عرفه المشرع الجزائري في المادة 04 من الأمر 09-96: "يعرف الاعتماد الإيجاري على أساس أنه غير منقول عندما يخص أصولاً عقارية مبنية أو ستبنى لسد الحاجات المهنية الخاصة بالمتعامل الاقتصادي".

و يضيف المشرع في نفس الأمر، أن الأصول المؤجرة هي أصول ثابتة مهنية اشتراها المستأجر أو بنيت لحسابه مع إمكانية تملكها كلياً أو جزء منها في أجل أقصاه انقضاء مدة الإيجار. وذلك إما عن طريق التنازل تنفيذاً للوعد بالبيع من جانب واحد، وإما عن طرق اكتساب حقوق ملكية الأرض التي شيدت عليها العمارة أو العمارات المؤجرة، سواء كان اكتساب هذه الحقوق بطريق مباشر أو غير مباشر، وإما عن طريق انتقال الأصول المشيدة على أرض مملوكة للمستأجر بقوة القانون².

ثانياً: أطراف عقد الاعتماد الإيجاري العقاري

من الناحية القانونية يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري عقداً ثنائي الأطراف، أما من الناحية الواقعية فإن العملية تتم بتواجد ثلاثة أطراف، والمتمثلين في المستأجر (أولاً)، والمورد (ثانياً)، والمؤجر (ثالثاً).

أولاً: المستأجر

لقد حدد المشرع الجزائري شخص المستأجر من خلال الأمر 09-96، وذلك باعتباره

المركب، و جمع اتجاه آخر بين الجانبين السابقين. بالمقابل اعتبره جانب من الفقه صيغة قانونية مستحدثة ذات كيان خاص. انظر: علاء الدين عبد الله فواز الخواصنة، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2002، ص14.

¹- محمود قديح محمد، الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص65.

²- انظر المادة 8 من الأمر 09-96.

متعامل اقتصادي سواء كان ذو جنسية جزائرية جزائري أو أجنبية، و يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، تابعا للقانون العام أو الخاص، فهو عادة صاحب مشروع تجاري أو صناعي أو زراعي أو فني¹، يتخذ زمام المبادرة حيث يتصل بالمورد إذا كان هناك عقار سبق بناؤه أو مقاول لبناء العقار إذا لم يكن قد سبق بناؤه.

ثانيا: المورد

يمكن أن يكون المورد بائع العقار أو بانيه، فإذا كان هو بائع العقار، يقوم بنقل ملكية العقار إلى شركة الاعتماد الإيجاري مقابل الحصول على الثمن، وفي هذه الحالة يكون في المركز القانوني للبائع، أما إذا كان المورد هو باني العقار، فإن المقاول يستبدل بمركز البائع، و هنا يتدخل المورد فقط في بداية العملية ثم ينسحب بعد انتقال ملكية العقار إلى المؤجر.²

ثالثا: المؤجر

يتمثل في مجموعة المؤسسات التي تمارس عملية الاعتماد الإيجاري، فقد تكون بنوك أو مؤسسات مالية حسب نصوص الأمر رقم 96-09، أو كل شركة تأجير مؤهلة قانونا لذلك، يتولى المؤجر شراء العقارات من البائع وتمكين المستفيد من الانتفاع به، و هو عبارة عن.

الفرع الثاني: مبررات إعفاء المؤجر من الضمان في عقد التأجير التمويلي العقاري

تظهر مبررات إعفاء شركة الاعتماد الإيجاري من الضمان، من خلال حرية المستأجر في اختيار العقار محل العقد وبأئعه أو المقاول (أولا)، وقيام المستأجر تحت مسؤوليته بعملية استلام الأصل المؤجر (ثانيا).

¹ - إلياس نازيف، سلسلة أبحاث قانونية، عقد الليزينغ في القانون المقارن، مطبعة الحلبي القانونية، لبنان، الجزء الخامس، 1999، ص 172.

- هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مطبعة الإشعاع الفنية، الطبعة الثانية، مصر، 1988، ص 85.²

أولاً: حرية المستأجر في اختيار الأصل المؤجر والمورد

يقتصر دور المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري العقاري على تمويل شراء العقار طبقاً للمواصفات التي يطلبها المستأجر، أو بنائها لحسابه الخاص، لتعيد تأجيرها إليه¹، فهو يفوض المستأجر في اختيار الأصل والتفاوض مع المورد فيما يتعلق بثمن الشراء وتحديد المواصفات الفنية بما يتفق مع طبيعة نشاطه².

وهو المبرر نفسه الذي اعتمد عليه الفقه الفرنسي في إعفاء المؤجر من الضمان، لأنه يبقى بعيداً عن المسائل الفنية المرتبطة بتنفيذ عقد الاعتماد الإيجاري³، فالمؤجر لا يتدخل في اختيار المستفيد للأصل وبائعته، كما أن بناء العقار يتم تحت إشراف ومسؤولية المستأجر.

وبالتالي يتحمل المستأجر بناء على اختياره للأصول غير المنقولة كل المخاطر الفنية والتقنية التي يمكن أن تنشأ عن تنفيذ عقد الاعتماد الإيجاري، وفي نفس الوقت يبقى المؤجر بعيداً عن كل ما قد يحدث للأصل المؤجر من مخاطر.

إلا أن الفقه والقضاء الفرنسي اختلفا حول الأساس القانوني الذي يختار بموجبه المستأجر الأموال محل عقد الاعتماد الإيجاري، فمنهم من اعتبر حق الاختيار الممنوح للمستأجر يدخل ضمن نطاق إدارة أعماله، لأنه يمارس هذا الحق قبل التوجه إلى المؤجر الذي يقوم بتمويل عملية الشراء، وذهب اتجاه آخر إلى أن هذا الاختيار يكون بناء على وكالة صادرة له من المؤجر، مع اختلافهم في نوع هذه الوكالة⁴.

ثانياً: مسؤولية المستأجر عن تسلمه للأصل المؤجر

أحالت المادة 38 من الأمر رقم 96-09 إلى القواعد العامة في القانون المدني فيما

¹- أيت ساحد كاهنة، الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة "دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة تيزي وزو، 2003، ص34.

²- نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2005، ص322.

³- هاني دويدار، المرجع السابق، ص301.

⁴- نادر عبد العزيز شافي، عقد اللزنيغ، دراسة مقارنة، الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص228.

يخص إلزام المؤجر بالقيام بالالتزامات الملقاة على عاتق صاحب الملكية لاسيما الالتزام بتسليم الأصل المؤجر طبقا للخصوصيات التقنية المعينة من قبل المستأجر، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك.

وبالرجوع إلى المادة 476 من القانون المدني الجزائري¹، نجد أن المؤجر يقوم بتسليم الأصل المؤجر للمستأجر طبقا للاتفاق الوارد بين الطرفين، غير أن الطابع الثلاثي لعقد الاعتماد الإيجاري العقاري جعل التسليم يخرج عن القواعد العامة بتدخل طرف ثالث هو الذي يقوم بعملية تسليم العقار سواء في حالة شرائه أو بناءه إلى المستأجر، وبالتالي يتحمل المستأجر مسؤولية عدم مطابقة العقار للمواصفات المتفق عليها كونه من تسلم الأصل مباشرة من المورد، وعلى هذا الأساس يعفى المؤجر من أي مسؤولية لأن دوره انحصر في تمويل المشروع فقط.

المطلب الثاني: نطاق الإعفاء من الضمان وشروطه

إن إعفاء المؤجر من الالتزام بضمان العيوب الخفية لا يحده سوى مسؤولية الشركة عن أفعالها الشخصية، والإشكال الذي يثور هو ما إذا كانت نصوص الإعفاء من الالتزام بالضمان تخص كذلك الإعفاء من الالتزام بضمان التعرض (الفرع الأول)، كما أن هذا الإعفاء إذا ترك على إطلاقه دون تحديد قد يؤثر على توازن الأداءات بين أطراف العقد مما يقتضي وجود شروط تنظم ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نطاق الإعفاء من الضمان

يلتزم المؤجر وفقا للقواعد العامة بضمان التعرض والعيوب الخفية طبقا للمادتين 483 و 488 من القانون المدني الجزائري، إلا أن المادة 490 من نفس القانون أجازت الاتفاق بين الأطراف على إعفاء المؤجر من ضمان التعرض والعيوب الخفية بالتخفيف

¹ - تنص المادة 476 من الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78، لسنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07، المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية عدد 31، لسنة 2007، على أنه يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح للاستعمال المعدل لها تبعا لاتفاق الطرفين.

أو التشديد بشرط عدم علم المؤجر بالعيوب، وعليه فهل الإعفاء من الضمان في عقد الاعتماد الإيجاري العقاري يشمل ضمان التعرض والعيوب الخفية، أم يقتصر على أحدهما دون الآخر.

أولاً: الإعفاء من ضمان العيوب الخفية

يعرف الفقه العيب الخفي بأنه ذلك العيب الذي ينقص من قيمة المبيع، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء، أو الغرض الذي أعد له، كما يعتبر من قبيل العيب أيضاً عدم توافر الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع عند تسليمه¹، وعليه يلزم المؤجر بصفته مالكا للأصل المؤجر بضمان أي عيب ينقص بصفة ملموسة من قيمة الأصل المؤجر أو يحول دون الانتفاع به وهو ما نص عليه المشرع في المادة 1/38 و6 من الأمر رقم 09-96 السالف الذكر، التي جاء فيها أنه " يعتبر المؤجر ملزماً بالقيام بالالتزامات الملقاة على عاتق صاحب الملكية والمنصوص عليها في القانون المدني، مقابل حقه في الملكية على العقار المؤجر خلال كل مدة الإيجار وما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يقضي بخلاف ذلك، لاسيما الالتزامات الآتية: الالتزام بضمان المستأجر ضد جميع عيوب الأصل المؤجر أو نقائصه والتي تحول دون الانتفاع به أو تنقص بصفة ملموسة من قيمة هذا الأصل، باستثناء العيوب والنقائص التي يسمح العرف بها أو التي أعلم بها المستأجر وكان هذا الأخير على علم بها وقت إبرام عقد الاعتماد الإيجاري"².

¹- حساني علي، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتجات "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص108.

²- يعتبر ما ورد في نص هذه المادة تطبيق لما جاء في المادة 488 من التقنين المدني الجزائري والتي نصت على أنه " يضمن للمستأجر جميع ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها، أو تنقص من هذا الانتفاع نقصاً محسوساً ولكن لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالسماح فيها ويكون مسؤولاً عن عدم وجود لصفات التي يتعهد بها صراحة أو خلوها من صفات ضرورية للانتفاع بها، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، غير أن المؤجر لا يضمن العيوب التي أعلم بها المستأجر أو كان يعلم بها هذا الأخير وقت التعاقد".

يظهر من نص هذه المادة أن المشرع لم يأت بأي جديد بل قام بتكرار حكم القواعد العامة المنظمة لالتزام المؤجر بضمان العيوب الخفية¹.

كما أجاز المشرع للأطراف عند بيانه للشروط الاختيارية الخاصة بعقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة من خلال المادة 40 من الأمر 96-09 الاتفاق على الإعفاء من ضمان العيوب الخفية التي يمكن أن تعتري الأصل المؤجر، فيعفى المؤجر من ضمانها ولا يسأل عن أي فعل يؤدي إلى إحداث ضرر بالأصل المؤجر أثناء الانتفاع به أو الإنقاص من مردوديته بسبب عيب أو نقص فيه.

وتطبيقا لذلك نصت المادة 09 من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة لبنك البركة الجزائري على أنه يعفى العميل البنك صراحة أثناء تنفيذ هذا العقد من كل مسؤولية ضمان، ويتعهد بعدم إقحامه بأي حال من الأحوال ويتخلى منذ الآن عن طلب أي تعويض كان بأي شكل من الأشكال بما فيه ما تعلق بالعيوب التي قد يتبين أنها تمس كل العقار أو جزء منه².

ثانيا: الإعفاء من ضمان التعرض

يقصد بالتعرض، إتيان المؤجر أو غيره لعمل أو تصرف من شأنه أن يؤثر سلبا على حيافة المستأجر للعين المؤجرة وانتفاعه بها انتفاعا كاملا وهادئا، ويستوي أن يؤدي هذا التعرض إلى نزاع الشيء المؤجر كليا أو جزئيا من تحت يد المستأجر، أو يؤدي فقط إلى إنقاص انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة³ وعليه يلتزم المؤجر كقاعدة عامة بضمان الحيافة والانتفاع الهادئ للأصل المؤجر، وذلك بضمان التعرض الشخصي الصادر منه، سواء كان ماديا أو قانونيا، كما يلتزم بضمان أي تعرض مبني على سبب قانوني

¹- مسيردي سيد أحمد، العلاقات القانونية الناشئة بمناسبة تكوين وتنفيذ عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2013، ص42.

²- مسيردي سيد أحمد، المرجع نفسه، ص43.

³- هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010، ص116.

لقد كرس المشرع الجزائري ما جاء في أحكام الضمان كقواعد عامة في المادة 4/38 من الأمر 09-96 وألزم المؤجر بهذه الأحكام فنص "الالتزام بعدم إلحاق أي سبب يحول دون انتفاع المستأجر بالأصل المؤجر، وبعدم إحداث، للأصل المؤجر أو لملاحقاته، أي تغيير يقلل من هذا الانتفاع، وكذا الالتزام بضمان المستأجر ضد أي أضرار أو سبب قانوني من قبل المؤجر، باستثناء أي سبب بفعل الغير، غير مدع لأي حق على الأصل المؤجر".

و لكن بخلاف الإعفاء من ضمان العيوب الخفية لم ينص المشرع الجزائري في الأمر 09-96 صراحة على إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان التعرض،² إلا أنه يمكن ضمها أن نستنتج هذا الإعفاء من خلال ما يلي:

أ- العموم الوارد في الفقرة السادسة من المادة 39 من الأمر 09-96 والذي يقضي بإعفاء المؤجر من كل مسؤولية اتجاه الأصل المؤجر أثناء الانتفاع به، من إتلاف أو هلاك غير ناتج عن استعماله استعمالا عاديا أو متفق عليه.

ب- ما تضمنته المادة 40 الأمر 09-96 من أحكام، تسمح للأطراف بالاتفاق على التنازل عن الضمانات الخاصة بسبب فعلي أو بوجود عائق أو حتى الحد من هذه الضمانات.³

الفرع الثاني: شروط الإعفاء من الضمان

إذا تقرر حق الإعفاء من الضمان بالنسبة للمؤجر، فإن هذا الإعفاء لم يترك على إطلاقه، حماية للمستفيد، واحتراما لقاعدة توازي الأداءات في عقد الاعتماد الإيجاري،

¹- تنص المادة 483 من التقنين المدني الجزائري على أنه على المؤجر أن يمتنع عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع. ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه، بل يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر عن مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر.

²- أيت ساحد كهيينة، اختلال توازن الالتزامات في عقد الاعتماد الإيجاري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 95.

³- أيت ساحد كهيينة، اختلال توازن الالتزامات في عقد الاعتماد الإيجاري، المرجع السابق، ص 96.

إذ لابد من توافر شروط حتى يتم هذا الإعفاء،¹ و قد أثبت الكثير من المنازعات أمام القضاء الفرنسي في مسألة الضمان في إطار عقد التأجير التمويلي للمنقولات، فأتجهت إحدى محاكم الدرجة الأولى إلى اعتبار شرط الإعفاء من الالتزام بالضمان صحيحا بشرط أن يقرر المؤجر للمستفيد حق الرجوع على البائع بالضمان، بمعنى الحكم بصحة حق رجوع المستفيد على البائع بالضمان تأسيسا على اعتبار أن شرط الإعفاء من الالتزام بالضمان قد تم إدراجه في عقد الاعتماد الإيجاري.

وبعد صدور هذا الحكم قررت إحدى محاكم الاستئناف أن شركة التأجير التمويلي لا تستطيع أن تعفي نفسها من المسؤولية تجاه المستأجر، ما لم يكن هذا الأخير تقرر له الحرية الكاملة في اختيار الأصل وبائعه.

وتعرضت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في حكمين لها، حيث ربطت بين شرط صحة إعفاء شركة الاعتماد الإيجاري من الالتزام بالضمان وشرط أن يتقرر للمستأجر حق الرجوع على البائع، واشترطت أن يكون هذا الرجوع فعليا، أي أن تكون حوالة حق الشركة الممولة للمستأجر بالرجوع على البائع نافذا في مواجهة هذا الأخير. ومما ينتج عن هذه الأحكام القضائية وقوع الجدل حول صحة ثلاثة شروط قد يتضمنها عقد الاعتماد الإيجاري وهي شرط توكيل المستفيد في اختيار المنقول وبائعه، وشرط إعفاء الشركة المؤجرة من الالتزام بالضمان للعيوب الخفية، وشرط حوالة حقوق الشركة إلى المستفيد بالرجوع بالضمان على البائع².

وإذا كان ما ذكر يتعلق بالإعفاء من الالتزام بضمان العيوب الخفية التي تتعلق بعقود الاعتماد الإيجاري للمنقول، فإن الحكم ينطبق على عقد الاعتماد الإيجاري للعقارات، رغم وجود الفرق من حيث طبيعة المال المؤجر، فتمويل شراء العقار يتم بنفس الطريقة التي يحصل بها تمويل شراء المنقول بإبرام عقد البيع بين المؤجر الممول لتمكين المستفيد

¹- بلعزام مبروك، الاعتماد الإيجاري للمنقولات، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2003، ص125.

²- هاني دويدار، المرجع السابق، ص305.

من الانتفاع بالأصل، وفي تمويل بناء العقار يحل المقاول محل البائع، فيتقرر حق المستفيد في الرجوع على المقاول بالضمان بناء على إعفاء شركة الاعتماد الإيجاري العقاري من الالتزام بالضمان¹.

المبحث الثاني: رجوع المستفيد على البائع أو المقاول بالضمان

إن الطابع الثلاثي الذي يميز عملية الاعتماد الإيجاري العقاري عن غيره من العقود يجعل هذه العملية تتضمن عقدين مختلفين، عقد البيع أو المقابلة المبرم بين البائع أو المقاول و المؤجر، وعقد الاعتماد الإيجاري المبرم بين المؤجر و المستأجر، وبذلك يبقى المستأجر أجنبيا عن عقد البيع أو المقابلة، ولا يمكن تفسير حقه في الرجوع بالضمان على البائع أو المقاول إلا بعد البحث في هذه الخاصية التي تتميز بها عملية الاعتماد الإيجاري العقاري، والتي لها أثرها في دعوى الرجوع بالضمان (المطلب الأول)، والأساس القانوني لدعوى الرجوع بالضمان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطابع الثلاثي لعملية الاعتماد الإيجاري وأثره على دعوى الرجوع بالضمان

عادة ما يحصل المستأجر على العقار المؤجر مباشرة من المؤجر، إلا أنه في عقد الاعتماد الإيجاري العقاري، فإنه عوضا أن يتحصل عليه من المؤجر مباشرة يوجد هناك طرف ثالث يتوسط بين المورد والمستأجر، الأمر الذي جعل هذا العقد يختلف في تكوينه وانعقاده عن باقي العقود، لذلك وجب إبراز أهم المراحل التي يمر بها (الفرع الأول)، وعلى من يرجع المستفيد بدعوى الضمان في حالة دعوى الرجوع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطابع الثلاثي لعملية الاعتماد الإيجاري العقاري

من أجل حصول المستأجر على تمويل عن طريق الاعتماد الإيجاري العقاري عليه أن يلجأ إلى المستأجر لشراء العقار، أو بنائه، وهنا نميز بين فرضين، ففي حالة العقار الذي سبق بناؤه، يتطلب الأمر شراء مؤسسة الاعتماد الإيجاري للعقار المطلوب من بائعه

¹ - بن الشيخ هشام، الاعتماد الإيجاري للعقارات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2007، ص 95.

وتسليمه إلى المستفيد، تنفيذاً لعقد الاعتماد الإيجاري، أما في حالة العقار الذي لم يسبق بناؤه، فإنه يجب الحصول على الأرض التي يمكن أن تكون مملوكة للمستأجر، فيحتفظ بملكيتها بموجب عقد إيجار حكري مع مؤسسة الاعتماد الإيجاري، أما إذا كانت مملوكة للغير تكفلت المؤسسة بشراءها منه، وبعد تهيئة الأرض يتم إبرام اتفاق تمهيدي يتحدد فيه دور الطرفين في مرحلة البناء، فيقع على عاتق مؤسسة الاعتماد الإيجاري الالتزام بتمويل تكاليف البناء، في حين يتولى المستفيد الإشراف الفني عليها، إما بوصفه وكيلًا أو مقاولًا، وعند إتمام عمليات البناء، يتسلم المستفيد العقار باعتباره مستأجرًا له¹.

الفرع الثاني: نطاق الحقوق المقررة للمستأجر

في مقابل إعفاء شركة الاعتماد الإيجاري من الالتزام بالضمان اتجاه المستأجر، ولأن عقد البيع كان محل تفاوض بين المستأجر والبائع أو المقاول، و المستأجر هو الذي يختار الأصل و المورد بنفسه، وهو الذي يتفاوض معه على العقد، فإن حق المستأجر في الضمان يتقرر طبقاً لعقد البيع أو المقابلة دون عقد الإيجار، وبالتالي فإن نطاق الحق الذي يتمتع به المستأجر يتوقف على مركز الشخص المدين بالضمان، فإذا كان بائعاً تمتع المستأجر بالحق الناشئ عن ضمان البائع (أولاً)، وإذا كان مقاولاً فإنه يتمتع بالحق الناشئ عن ضمان المقاول (ثانياً).

أولاً: الحقوق المقررة للمستأجر طبقاً لأحكام ضمان البائع

إن حق الرجوع بالضمان على البائع الذي يتمتع به المستفيد يختلف عن حق الرجوع في عقد البيع الذي يبرمه مباشرة ولحسابه الخاص، من حيث نطاق هذا الحق الذي يتمتع به في كلتا الحالتين، لأن المستفيد في الحالة الأولى يعتبر أجنبياً عن عقد البيع، وبالتالي إذا صار متمتعاً ببعض الحقوق تجاه البائع، فهو يتمتع بحقوق هي في الأصل مقررّة للمؤجر بوصفه الطرف المشتري في عقد البيع، وهذا الأخير هو الذي سمح بتمتع

¹ - BEY EL- Mokhtar et GAVALDA CHristian, le crédit- bail immobilier, P.U.F, France, 1983, p 101.

¹ - هاني دويدار، المرجع السابق، ص 313.

المستفيد بها و في الحدود المتفق عليها في عقد الاعتماد الإيجاري.

ما يبرر رجوع المستفيد بالضمان على البائع هو أن عقد البيع كان محلا للتفاوض بين البائع والمستفيد وبالتالي تغليب فكرة سلطان الإرادة، فيكون بذلك قد ارتضى نطاق التزام البائع بالضمان في الحدود التي يقتضيها عقد البيع، كما أن المؤجر كان بعيدا عن هذا العقد ولم يفرض نمطا محددا لالتزام البائع، ولم يتدخل من أجل تعديل الالتزامات المتفق عليها¹.

كما أن عقد البيع يعتبر من العقود الفورية، مما يعني اقتصار ضمان البائع على ضمان العيوب الخفية وقت التسليم، ولفترة قصيرة، فلم يحدد المشرع الجزائري مدة معينة يمارس فيها حق للرجوع،² بخلاف المشرع الفرنسي الذي حدد هذه المدة بسنتين من تاريخ اكتشاف العيب كما جاء في المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي³.

و لقد حددت المادة 376 من القانون المدني دعاوى الضمان التي تنقرر للمستأجر عند رجوعه بالضمان على البائع كدعوى رد المبيع ودعوى إنقاص الثمن إضافة إلى المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر في حالة سوء النية، غير أن مطالبة البائع بالتنفيذ العيني أو دعوى إنقاص الثمن أو التعويض لا تأثر على استمرارية عقد الاعتماد الإيجاري، على عكس دعوى رد المبيع التي يوقف رفعها تنفيذ عقد الاعتماد الإيجاري⁴.

وبالرجوع لنصوص الأمر 96-09 فإنه لم يرد أي نص صريح يعطي الحق للمستأجر في رفع أي دعوى ضد البائع، ولعله تأثر في ذلك بالمشرع الفرنسي، بخلاف المشرع المصري الذي نص في المادة 13 من القانون رقم 95 لسنة 1995 المتعلق بالتأجير التمويلي على

² - نصت المادة 380 من القانون المدني الجزائري على ما يلي " إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية. فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة، فإن لم يفعل اعتبر راضيا بالمبيع...".

³ - بلهامل هشام، آثار عقد الاعتماد الإيجاري في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2014، ص 33.

⁴ - هاني دويدار، المرجع السابق، ص 317.

أنه " للمستأجر أن يرجع مباشرة على المورد أو المقاول بجميع الدعاوى التي تنشأ للمؤجر عن 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"¹.

ثانياً: الحقوق المقررة للمستأجر طبقاً لأحكام ضمان المقاول

يرجع المستأجر على المقاول بإحدى الدعاوى الثلاث التي تتقرر لصاحب العمل، حيث تستند كل دعوى منها على نوع محدد من الضمان يلتزم به المقاول وتشمل: ضمان تمام البناء، و ضمان حسن سير عناصر التجهيز، و المسؤولية العشرية (ثالثاً)

أ- ضمان تمام البناء

يمكن للمستأجر من خلال المادة 553 من القانون المدني الجزائري² و استناداً على حقه في ضمان حسن الانجاز³ أن يطالب المقاول بإصلاح جميع العيوب الناشئة عن البناء، بعد إنذاره، إذا ثبت أثناء سير العمل قيامه به على وجه معيب أو مناف لشروط العقد، غير أن المشرع لم يحدد مدة معينة لتصحيح طريقة تنفيذ المشروع، في حين حدد المشرع الفرنسي هذه المدة بسنة تسري من تاريخ استلام البناء طبقاً للمادة 1792 من القانون المدني، و يترتب على انقضاء الأجل الذي حدده المستأجر للمقاول ولم يقم بإصلاح العيوب، جاز للمستأجر طلب فسخ العقد أو أن يعهد إلى مقاول آخر بانجاز

¹- بن بريح آمال، عقد الاعتماد الإيجاري كآلية قانونية للتمويل، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص186.

²- تنص المادة 553 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم على وجه معيب أو مناف لشروط العقد جاز لرب العمل أن ينذره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً للمادة 170 أعلاه. غير أنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل إذا كان إصلاح ما في طريقه التنفيذ من عيب مستحيل "

³- كما وردت أحكام ضمان حسن الانجاز في المادة 26 من القانون رقم 04-11، المؤرخ في 17 فيفري 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 14، لسنة 2011.

ذلك العمل على نفقته.

ب- ضمان حسن سير عناصر التجهيز

تنص المادة 551 من القانون المدني الجزائري على أنه إذا تعهد المفاوض بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل "، و عليه يتحدد نطاق الضمان المشار إليه في المادة السالفة الذكر في الأضرار التي تلحق بعناصر تجهيز البناء التي لا تكون لصيقة بالأساسات أو الأعمدة أو الجدران أو الأسقف وتكون عناصر التجهيز غير لصيقة بهيكل البناء متى كان تثبيتها أو فكها أو تبديلها لا يؤدي إلى إتلاف أو نزع بعض مواد البناء¹.

كما حدد المشرع الجزائري الحد الأدنى لمدة هذا الضمان بسنة واحدة تبدأ من يوم التسليم الفعلي للعقار وفقاً للقواعد العامة حسب المادة 1/383 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه "تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول"، أما المشرع الفرنسي فقد حدده بسنتين من تاريخ استلام العقار طبقاً للمادة 1792 من التقنين المدني الفرنسي².

ج- المسؤولية العشرية

يعتبر الضمان العشري التزام قانوني يقع على عاتق المهندس المعماري والمفاوض وكل من يربطهم برب العمل عقد مقاوله يضمن خلاله هؤلاء ما يحدث من تدهم البناء كلياً أو جزئياً خلال مدة تدوم عشر سنوات، وهو ما يتبين من المادة 554 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "يضمن المهندس المعماري والمفاوض متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التدهم ناشئاً عن عيب في الأرض. ويشمل الضمان المنصوص عليه

¹- أعراب نادية، ضمانات عقد الاعتماد الإيجاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014، ص 111.

²- هاني دويدار، المرجع السابق، ص 324.

في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته".

المطلب الثاني: آليات رجوع المستأجر على البائع أو المقاول بالضمان

باعتبار المستأجر أجنبيا عن عقد البيع أو المقابلة المبرم بين المؤجر والمورد أو المقاول، فإنه لا يستطيع الرجوع على البائع أو المقاول بالضمان ما لم تمكنه شركة الاعتماد الإيجاري من ذلك، هذا ما جعل عقد الاعتماد الإيجاري يتضمن آلية لنقل هذا الحق إليه، حتي يتمكن من مواجهة البائع أو المقاول (الفرع الأول)، أما إذا تعاقد المستفيد مباشرة مع المقاول فإنه يرجع عليه مباشرة ولا حاجة لتدخل شركة الاعتماد الإيجاري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رجوع المستأجر بالضمان بواسطة شركة التأجير التمويلي

اختلف الفقه الفرنسي حول الأساس القانوني الذي يرتكز عليه المستأجر لرجوعه على المورد بالدعوى المباشرة، فهناك من أسسها على الحلول (أولا)، أو الإنابة (ثانيا)، أو الوكالة (ثالثا)، أو حوالة الحق (رابعا).

أولا: الحلول

يرى أنصار هذا الاتجاه أن المستأجر يحل تطبيقا لفكرة الحلول¹، محل المؤجر في كل حقوقه حلولاً اتفاقياً في الرجوع على البائع بما في ذلك حقه في تسليم الأشياء المبيعة وحقه في ضمان العيوب الخفية التي تعتري الأصل وتنقص من الانتفاع به في مواجهة البائع،² بمعنى أن المستفيد يحل محل شركة الاعتماد الإيجاري بالرجوع على البائع،

¹ - الحلول هو نظام قانوني يستمر بمقتضاه الدين قائماً، ويستبدل الدائن القديم بدائن جديد. انظر: أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1983، ص 374. وانظر أيضاً: المادة 264 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على أنه "من حل محل الدائن قانوناً أو اتفاقاً كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفعات ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن".

² - صفاء عمر خالد بلعوي، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، ماجستير في المنازعات الضريبية، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2006، ص 114.

وبالتالي تمكينه من إعمال دعوى فسخ البيع دون حاجة إلى الإذن المسبق من المؤجر التمويلي¹.

غير أن من بين الانتقادات التي وجهت إلى أنصار هذا الاتجاه، أن حلول المستأجر في جميع حقوقه والتزاماته يتنافى مع مصالح المؤجر لأنه المالك للأصل وله وحده حق فسخ عقد البيع، كما أنه لإعمال فكرة الحلول يجب أن يقوم الدائن الجديد بالوفاء بالدين كاملا و المتمثل في ثمن الأصل المؤجر بالإضافة إلى الربح حتى يحل محل الدائن القديم، وهذا ما يتنافى مع طبيعة عقد الاعتماد الإيجاري².

ثانيا: الإنابة

نصت المادة 294 من القانون المدني الجزائري على أن الإنابة تتم إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين"، فالإنابة هي عمل قانوني يحصل به المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه³، وبتطبيق هذه الفكرة على الاعتماد الإيجاري العقاري، نجد أن المؤجر ينيب البائع في الوفاء بالالتزام بالضمان لدى المستأجر، فشركة الاعتماد الإيجاري تكون بمثابة منيب، والمورد بمثابة النائب، أما المستأجر فهو مناب لديه.

ثالثا: الوكالة

نص المشرع الجزائري على تعريف الوكالة في المادة 571 من القانون المدني بأنها: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"، وبالرجوع لعقد الاعتماد الإيجاري نجد أن مؤسسة الاعتماد الإيجاري غالبا ما تمنح المستأجر حق مقاضاة المورد اعتمادا على الوكالة الصادرة منها، فإذا ظهر بالأصل المؤجر عيب يستطيع المستأجر المطالبة بإنقاص الثمن، أو المطالبة

¹- باسم أحمد مسلم حمدان، التزام المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق في عقد التأجير التمويلي "دراسة مقارنة"، دار قنديل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، 2010، ص 305.

²- قاسم علي السيد، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 131.

³- أنور سلطان، نفس المرجع السابق، ص 414.

ومع ذلك فإن الوكالة الممنوحة للمستأجر لا تحقق له أية ميزات شخصية، لأنه عندما يرفع الدعوى ويطالب بالتعويض يكون ذلك لحساب المؤجر، كما أن هذه الوكالة مطلقة، تخول المستأجر حق فسخ عقد البيع وهذا ما لا يرغب به المؤجر².

غير أن أهم ما يميز الوكالة كقالب قانوني لرجوع المستأجر بالضمان على البائع، أنها الوسيلة التي اتفق أغلب الفقه على أنها أساس التفاوض بين المستأجر و البائع عند شراء الأصل المؤجر وعند تسليمه، وبالتالي استمرارها كوسيلة لممارسة حق الرجوع من طرف المستأجر في حالة أي عيب في الأصل المؤجر³.

رابعاً: حوالة الحق

ورد تعريف حوالة الحق في المادة 239 من القانون المدني والتي جاء فيها أنه يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين⁴. فالمؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري هو المحيل باعتباره الدائن بالضمان الناشئ عن عقد البيع في مواجهة المورد والذي يمثل هنا المحال عليه، أما المستأجر فهو الشخص الأجنبي ويمثل المحال له. إلا أنه يشترط من أجل نفاذ الحقوق الناشئة عن عقد البيع في مواجهة البائع إعلام البائع بها.

¹- صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي " دراسة مقارنة في القانون الأردني مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2005، ص 227.

²- صفاء عمر خالد بلعاوي، المرجع السابق، ص 139.

³- بلهامل هشام، المرجع السابق، ص 45.

⁴- يعرف علي حسن الذنوب حوالة الحق بأنها: " اتفاق بين طرفين على نقل الحق الذي يكون لدائن، بذمة مدينه، على دائن جديد يحل محله في ذات الحق ومطالبته به، ويسمى الدائن القديم بالمحيل، والدائن الجديد هو المحال له، ويطلق على المدين بالحق الذي لم يتغير المحال عليه"، انظر: باسم أحمد مسلم حمدان، التزام المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق في عقد التأجير التمويلي " دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 310.

الفرع الثاني: رجوع المستفيد المباشر بالضمان

يمكن للمستفيد الرجوع على المقاول بالضمان مباشرة دون أي تدخل من شركة الاعتماد الإيجاري في حالة تعاقد المستأجر مع مقاول إنشاء المباني باسمه الشخصي، وهنا يكون المستفيد في مركز المقاول في علاقته بشركة الاعتماد الإيجاري، ولا يكون له ذلك سوى في فرض واحد وهو فرض عقار لم يسبق بناؤه، فتفرغ العلاقة بين المؤجر والمستأجر الخاصة بالإشراف الفني على أعمال بناء العقار في إطار عقد مقالة¹.

يرجع المستأجر على المقاول مباشرة بالضمان وفقا لأحكام المقالة من الباطن، لأنه رغم تعاقد المستأجر باسمه الشخصي مع المقاول فإن العمل يتم لحساب شركة الاعتماد الإيجاري، والإشراف على البناء وإتمامه يتطلب عقدين من عقود المقالة: الأول هو الذي يتم بين شركة الاعتماد الإيجاري والمستأجر، والثاني هو الذي يبرم بين المستفيد ومقاول إنشاء المباني، وبالتالي يصير المستفيد مقاولا أصليا، ومقاول إنشاء المباني مقاولا من الباطن، يخضع هذا الأخير للقواعد العامة في المسؤولية ولا يخضع للقواعد الخاصة بضمان المقاول².

خاتمة:

من خلال استعراضنا لهذه الدراسة يتبين لنا أن عقد الاعتماد الإيجاري العقاري وسيلة من الوسائل المستحدثة لتمويل الاستثمارات، غير أن المتفحص للأحكام المنظمة لهذا العقد يجدها تخرج عن القواعد العامة الواردة في القانون المدني في مسألة الضمان، باستغلال شركة الاعتماد الإيجاري لأحكام الأمر 96-09 المتعلق بعقد الاعتماد الإيجاري، حيث أعطى حرية واسعة للمتعاقدين في تحديد الشروط والالتزامات، والطابع المكمل لقواعد الضمان، بإدراج شرط يعفيها من أي التزام بضمان التعرض أو العيوب الخفية.

¹- هاني دويدار، المرجع السابق، ص 360.

²- هاني دويدار، المرجع نفسه، ص 361.

ولعل ما يبرر هذا الإعفاء اقتصر دور شركة الاعتماد الإيجاري على تمويل شراء العقار أو تمويل بنائه، وحرية المستأجر الكاملة في اختيار الأصل المؤجر ومورده، كما أن الطابع الثلاثي لهذا العقد يفرض تدخل طرف ثالث يتولى عملية تسليم الأصل المؤجر للمستأجر الذي يتحمل بناء على ذلك مسؤولية عدم مطابقة العقار للمواصفات المتفق عليها.

إلا أنه وبخلاف الإعفاء من ضمان العيوب الخفية لم ينص المشرع الجزائري في الأمر 09-96 على الإعفاء صراحة من ضمان التعرض، وكان لابد من النص عليه وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة، حتى تنسجم الأحكام المنظمة لهذا النوع من العقود.

ومن أجل توفير حماية كافية للمستفيد من تعسف شركة الاعتماد الإيجاري في إعفاء نفسها من الضمان، ليكون هناك توازن في التزامات أطراف عقد الاعتماد الإيجاري، يجب وضع شروط محددة من أجل اعتبار شرط الإعفاء صحيحا، فإنه يجب أن تتقرر للمستأجر الحرية الكاملة في اختيار الأصل وبأبعده، والرجوع بالضمان على المورد مقابل إعفاء المؤجر من هذا الالتزام.

وبما أن المستأجر هو الذي يختار الأصل والمورد بنفسه وهو الذي يتفاوض معه على العقد فإن حق المستأجر في الضمان يتقرر طبقا لعقد البيع أو المقابلة دون عقد الإيجار، وبالتالي فإن نطاق الحق الذي يتمتع به المستأجر يتوقف على مركز الشخص المدين بالضمان، فإذا كان بائعا تمتع المستأجر بالحق الناشئ عن ضمان البائع وإذا كان مقاولا فإنه يتمتع بالحق الناشئ عن ضمان المقاول.

إن كون المستأجر أجنبيا عن عقد البيع أو المقابلة يمنعه من الرجوع على البائع أو المقاول إلا إذا مكنه المؤجر من ذلك بتضمين عقد الاعتماد الإيجاري العقاري آلية لنقل هذا الحق، أما إذا تعاقد المستفيد مع المقاول فإنه يرجع عليه مباشرة دون تدخل شركة الاعتماد الإيجاري.

ويمكن في الأخير أن نقترح التوصيات التالية:

- على المشرع إعادة النظر في القواعد المكملة التي تضمنها الأمر 09-96، والتي تستغلها

شركة الاعتماد الإيجاري إضافة إلى تفوقها الاقتصادي وموقعها في العلاقة التعاقدية كعمول، واستبدالها بقواعد أمرة حفاظا على مصالح الأطراف والتوازن في الأداءات في عقد الاعتماد الإيجاري، كما عليه مراجعة النصوص المنظمة لعقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة.

- يجب وضع نصوص صريحة في الأمر 96-09 تنظم أحكام الضمان خاصة ما تعلق بضمان التعرض الذي لم ينص عليه المشرع، وإعادة النظر في الأحكام المنظمة لضمان العيوب الخفية التي ما هي إلا تكرار للقواعد العامة الواردة في القانون المدني.

- كذلك على المشرع تحديد المدة التي يرجع فيها المستأجر على البائع ومنحه الحق في رفع الدعوى ضده وهو الأمر الذي لم تضبطه لا القواعد العامة ولا الأمر 96-09.

- وبما أن عقد الاعتماد الإيجاري يخول المستأجر حق الرجوع على البائع بالضمان، فإنه يستوجب أيضا أن يتضمن هذا العقد آلية لنقل هذا الحق إليه، من أجل أن تكون تلك الحقوق المنقولة إليه نافذة في مواجهة البائع.

قائمة المراجع:

أ- المؤلفات:

- 1- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1983
- 2- إلياس نازيف، سلسلة أبحاث قانونية، عقد الليزينغ في القانون المقارن، مطبعة الحلبي القانونية، لبنان، الجزء الخامس، 1999.
- 3- - باسم أحمد مسلم حمدان، التزام المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق في عقد التأجير التمويلي "دراسة مقارنة"، دار قنديل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، 2010.
- 4- - صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي "دراسة مقارنة في القانون الأردني مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2005.
- 5- علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للايجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.

- 6- مسيردي سيد أحمد، العلاقات القانونية الناشئة بمناسبة تكوين وتنفيذ عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2013.
 - 7- محمود قديح محمد، الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي " دراسة مقارنة "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018.
 - 8- نادر عبد العزيز شافي، عقد الليزنغ، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الجزء الأول، 2004.
 - 9- نجوى إبراهيم البدالي، عقد الايجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2005.
 - 10- هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مطبعة الإشعاع الفنية، الطبعة الثانية، مصر، 1988.
 - 11- هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010.
- ب- الرسائل والمذكرات الجامعية:
- 1- أعراب نادية، ضمانات عقد الاعتماد الإيجاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014.
 - 2- أيت ساحد كاهنة، الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003.
 - 3- أيت ساحد كهينة، اختلال توازن الالتزامات في عقد الاعتماد الإيجاري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.
 - 4- بلعزام مبروك، الاعتماد الإيجاري للمنقولات، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2003.
 - 5- بلهامل هشام، آثار عقد الاعتماد الإيجاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2014.

6- بن الشيخ هشام، الاعتماد الإيجاري للعقارات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2007.

7- بن بريح آمال، عقد الاعتماد الإيجاري كآلية قانونية للتمويل، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

8- حساني علي، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتجات "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012.

9- صفاء عمر خالد بلعاوي، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، ماجستير في المنازعات الضريبية، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2006.

ج- القوانين:

1- الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78، لسنة 1975، المعدل والمتمم.

2- الأمر رقم 09-96 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتضمن الاعتماد الإيجاري، الجريدة الرسمية العدد 3، لسنة 1996.

3- القانون رقم 04-11 المؤرخ في 17 فيفري 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، العدد 14، لسنة 2011.

د- المراجع باللغة الفرنسية:

1-BEY EL- Mokhtar et GAVALDA CHristian, le crédit- bail immobilier, P.U.F, France, 1983, p 101.