

**الشرط الجزائري
في عقد التمويل بطريق التأجير**

أ.م.د. شروق عباس فاضل
كلية الحقوق - جامعة النهرين

ملخص

من العقود التي زادت الحياة التجارية ثراءً وتطوراً ، عقد التمويل بطريق التأجير لما يتسم به من طبيعة خاصة تميزه عن باقي العقود ، سواء في الخيارات التي يتمتع بها المشروع المستفيد (المستأجر) في نهاية مدة العقد ، او ما يحتويه من بنود تتضمن حقوق والتزامات وشروط خاصة بين طرفي العقد ، او من حيث الضمانات المقررة لاموال الشركة الممولة (المؤجرة) المستثمرة ، سواء كانت ضمانات قانونية عامة ، او اتفاقية خاصة ، ومن اهمها الضمانات غير المباشرة (الشرط الجزائي) مقابل تسهيل تمويل المشروعات الصناعية والتجارية والخدمية .ومن ثم فإن غاية شركة التمويل هي غاية تمويلية بحتة يحق فيها للشركة استعمال كافة هذه الضمانات التي اقرتها القواعد العامة للمؤجر ،لضمان استيفائه للقيمة الايجارية من المستأجر ،لعدم تعارضها مع طبيعة وخصوصية عقد التمويل بطريق التأجير .

Abstract

Of contracts that commercial life grew richer and development, financing contract (in question) for related private nature distinguishes it from the rest of the contracts, whether in the options enjoyed by the project beneficiary (lessee) at the end of the contract period, or the contents of the items include the rights and obligations The special conditions between the parties to the contract, or in terms of prescribed safeguards for the money financing company (leased) invested, whether public legal guarantees, or a special agreement, and the most important guarantees of indirect (penalty clause) in exchange for facilitating the industrial, commercial and service projects financing. It is then the very the finance company is very purely financing the company is entitled to use all these guarantees are approved by the general rules of the lessor to ensure it meets the rental value of the tenant, because it does not conflict with the nature and specificity of financing contract by way of leasing.

المقدمة

يعد عقد التمويل بطريق التأجير بالصيغة المعروفة في الوقت الحاضر ، من العقود المستجدة في اطار المشروعات التجارية والصناعية والخدمية ، ووسيلة مستحدثة للتمويل وان كانت اصوله الاولى تمتد الى زمن سابق في القدم ، فظهر في الولايات المتحدة وفرنسا وانتشر الى البلدان العربية ، وتطور في ظل التقدم الاقتصادي والتكنولوجي ، وبدأت الدول على أثر ذلك تسن القوانين المنظمة لهذا العقد تنظيمياً شاملاً كلبان ومصر والاردن والمغرب وتونس وغيرها .

وفي الحقيقة ان الغرض الاساسي من هذا العقد تمويل استثمارات المشاريع التجارية والصناعية . فالمؤجر التمويلي يلتزم بشراء الاصل الذي اختاره المستأجر من البائع الذي حدده او دفع تكلفته دون تجميد الاموال ، وبالتالي تحديد الاصول الانتاجية وتوفيرها لاقامة هذه المشاريع ، وتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور طوال مدة العقد ، وعلى المستأجر استلام هذا الاصل والمحافظة عليه وصيانته ودفع بدل الاجرة المتفق عليها .

وللمؤجر التمويلي ضمانات قانونية واخرى اتفاقية ، ويعد الشرط الجزائي من الضمانات الاتفاقية غير المباشرة لضمان وفاء المستأجر بالتزاماته ، يؤدي الى استرداد المأجور واستحقاق فوري لبدل الاجرة المستحقة عن المدة المتبقية في العقد بالاضافة الى دفع مبلغ معين على سبيل الجزاء ، وتكمن هنا الوظيفة التأمينية له وبالتالي يتمتع هذا العقد باهمية خاصة في المجال التجاري والاقتصادي .

المبحث الاول

التحديد القانوني للشرط الجزائي في عقد التمويل بطريق التأجير

للوصول الى التحديد القانوني الدقيق للشرط الجزائي كضمان غير مباشر في عقد التمويل ، يتعين بيان مفهوم الشرط الجزائي في مطلب اول ، والخصائص التي يتميز بها في مطلب ثان .

المطلب الاول

مفهوم الشرط الجزائي

يعرف الشرط الجزائي بأنه اتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدماً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه او اخل به او تأخر في تنفيذه . ويسمى ايضاً (التعويض الاتفاقي) . وهو شرط يدرج عادة ضمن شروط العقد الاصلي (1) ، ويقوم استحقاق التعويض على اساسه ، فهو في جوهره ليس الا تقديراً اتفاقياً للتعويض الواجب ادائه فلا يعد بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض ، بل الوجوب مصدراً

اخر قد يكون التعاقد في بعض الصور (البند ب/الفقرة الثانية/المادة الاولى من اتفاقية معهد روما لسنة ١٩٨٨ بشأن عقود التأجير التمويلي الدولية/الفقرات ١-٢-٣ من المادة الثانية من قانون التأجير التمويلي المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥). وقد يكون العمل غير المشروع في صور اخرى ، الا ان المجال التعاقدي يبقى المجال الاصيل الذي يعمل فيه الشرط الجزائي^(١) . فيعد ضمان غير مباشر يجبر بمقتضاه المستأجر على الوفاء بالتزاماته ، والا تعرض للجزاء المنقو عليه ، فيؤدي الى استرداد المأجور واستحقاق الاجرة المتحققة عن المدة المتبقية في العقد فوراً مضافاً الى ذلك دفع مبلغ معين على سبيل الجزاء ، وفي الغالب يفوق مقدار هذا الجزاء (الشرط الجزائي) مقدار الضرر الذي لحق فعلاً بالمؤجر (الممول) في هذا العقد^(٢) .

عليه فإن الشرط الجزائي هو اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن (الممول) في حالة عدم التنفيذ او التأخر فيه^(٤) . تنص المادة ١٧٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على انه (يجوز للمتعاقد ان يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد او في اتفاق لاحق ويراعى في هذا الحالة احكام المواد ١٦٨ - ٢٥٦ - ٢٥٧ - ٢٥٨)^(٥) .

وإذا كانت وظيفة الشرط الجزائي (وهو من الضمانات الاتفاقية غير المباشرة) هي وظيفة تعويضية بحتة ، فيتحدد التعويض على اساس الاجرة المتبقية ، مع ملاحظة ان اجرة التمويل بطريق التأجير تتحدد وفقاً لاعتبارات مالية صرفة وبالتالي لا يمكن ان ينتج عن فسخ العقد سوى ضرر مالي بالمؤجر^(٦) . وطبقاً للقواعد العامة يتمثل التعويض بما لحق المضرور من ضرر من جراء الفسخ ، والخسارة اللاحقة به فعلاً دون الربح . وتتمثل الخسارة اللاحقة بالمؤجر في عدم إهلاك رأسماله المستثمر في التأجير التمويلي . بالاضافة الى النفقات المالية ونفقات تخزين الاصل الذي يسترده المؤجر ومصروفات بيعه او تأجيره .

وقد يتضمن الشرط معنى العقوبة المدنية والجزاء للضغط دون ان يكون حتماً غرامة اكرهية محسوبة عن التأخير في التنفيذ ودون ان يفصح المتعاقدان عن انها تمثل الضرر الذي قدره في حالة الاخلال بالعقد^(٧) . ويتحقق هذا الوصف عندما تكون قيمته اعلى من الضرر الذي وقع فعلاً فيمثل الفرق بينهما نوعاً من الجزاء ، يتحمله المدين المخل (المستأجر) ، ويكون هنا للشرط دوراً جزائياً بالقدر الذي يزيد فيه عن حقيقة الضرر الذي لحق بالدائن ، وتكمن هنا الوظيفة التأمينية له باعتباره وسيلة من وسائل الضمان والتأمين .

ويجد الشرط الجزائي مجالاً خصباً في البيع الائتماني وبالخصوص البيع بالتقسيط وعقد التأجير التمويلي محل البحث لكلا المتعاقدين وللغير على حدٍ سواء.

المطلب الثاني

خصائص الشرط الجزائي في عقد التمويل بطريق التأجير

اما عن خصائص الشرط الجزائي موضوع البحث فانه يتميز بالخصائص الآتية :-

اولاً / اتفاق بين طرفين على تقدير التعويض ، لذا يجب ان يستوفي هذا الاتفاق اركان العقد وشروطه وتسري عليه احكام العقد من بطلان وتوقف وغيرها ، هذا من جهة . ومن جهة ثانية بما انه اتفاق على تقدير التعويض فينبغي لكي ينتج هذا الاتفاق اثره ان تتوافر فيه جميع شروط استحقاق التعويض .

ثانياً / اتفاق يحدد فيه الطرفان مقدراً التعويض ، وبقتضي ذلك ان يسبق هذا الاتفاق عدم التنفيذ او التراخي فيه وبمناى عن الضرر ، لان تقديره يكون قبل التنفيذ . بذلك يكون التقدير جزافاً لان المتعاقدين قدرا التعويض المستحق مقدماً قبل وقوع الضرر ومعرفة درجة جسامته ، فمن الطبيعي حتماً ان يختلف التقدير عن مقدار الضرر الحقيقي او الفعلي الواقع على الدائن جزاء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ^(٨) .

ثالثاً / اتفاق ينطوي على خروج عن احكام التقدير القضائي ، لذا قد يكون التعويض الاتفاقي مبالغاً فيه لدرجة كبيرة او قد يكون هذا التعويض اقل من الضرر الواقع فعلاً . اخيراً قد يكون هذا الاتفاق او الشرط الجزائي بمثابة تحايل للاعفاء من المسؤولية او الحد منها ^(٩) .

ولما كان الاصل في تقدير التعويض ان يتولاه القضاء ، فأن احكام التعويض تعد احكاماً استثنائية فينبغي تفسير النصوص الخاصة بالتعويض الاتفاقي بكل دقة ودون توسع ، وان يكون تطبيق الشرط الجزائي مقصوراً على الحالة التي قصدتها الطرفان ^(١٠) .

رابعاً / التزام تابع للالتزام الاصلي الوارد في العقد ، لان الاتفاق على الشرط الجزائي لم يقصد لذاته وانما تم بمناسبة الاتفاق على التزام اخر ويقصد حمل المتعاقد على تنفيذه ، فهو اتفاق لا يولد التزاماً اصلياً بالتعويض وانما ينشئ التزاماً تبعياً بتقدير التعويض في مواجهة الالتزام الاصلي المنصب عليه . وبترتب على ذلك ما يلي :-

١- لا يملك الدائن مطالبة المدين الا بالالتزام الاصلي مادام ممكناً ، كما لا يجوز للمدين ان يعرض على الدائن الا بالالتزام الاصلي الوارد في العقد ^(١١) .

٢- انقضاء الالتزام الاصيلي يؤدي الى انقضاء الشرط الجزائي الوارد في العقد بالتبعية، وقد اشارت الى ذلك (المادة ٢٠ من قانون التأجير التمويلي المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥).

٣- ان التعويض الاتفاقي عن عدم التنفيذ لا يحول دون لجوء المدين الى الوسائل المباشرة كالنقد على نفقة المدين او الوسائل غير المباشرة للتنفيذ العيني كالغرامة التهديدية ، بتوافر الشروط القانونية اللازمة لذلك (١٢) .

٤- بطلان الالتزام الاصيلي يؤدي الى بطلان الشرط الجزائي . كما ان الاوصاف التي تلحق بالالتزام الاصيلي تقتن بالتبعية بالالتزام التبعي (الشرط الجزائي) ويصبح موصوفاً بأوصاف الالتزام الاصيلي (١٣).

المبحث الثاني

عناصر استحقاق الشرط الجزائي

في عقد التمويل بطريق التأجير

بيننا فيما سبق ان من اهم الضمانات غير المباشرة للمؤجر التمويلي ، الشرط الجزائي، وبما ان الاخير هو تقدير مقدم للتعويض المستحق عند اخلال المدين بالتزاماته (المستأجر التمويلي) او التأخر فيها ، وان علة استحقاق هذا التعويض انما هو الجزاء عن الاخلال بالتنفيذ او التأخر فيه . ومن هذا المنطلق فمن الضروري توافر عناصر التعويض بصفة عامة والمتمثلة في وجود خطأ من المدين وضرر يصيب الدائن والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر اضافة الى الاعذار (١٤) .

المطلب الاول

الخطأ

تشعبت اراء الفقهاء في تعريف الخطأ وتنوعت واصبح الاختيار بينها ليس بالامر اليسير، مع ان تعريف الاستاذ بلانيول للخطأ قد انطلقت منه غالبية التعريفات المعاصرة ، وهو (الاخلال بالالتزام سابق) . وذهب اخرون الى ان الخطأ هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه وهو الخطأ العقدي، او هو اخلال بالالتزام قانوني بعدم الاضرار بالغير، وهذا الالتزام يكون سابقا ويصدر عن تمييز وادراك (١٥) .

يتضح مما تقدم ان المدين يعد مسؤولاً عن تنفيذ ما الزم نفسه به في العقد استناداً الى ان العقد شريعة المتعاقدين ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه ، ثم ان الالتزام ينفذ جبراً على المدين ، عليه فأن مسلك المدين نحو عدم تنفيذ التزامه هو الخطأ بعينه .

بناء على ما تقدم فأن الشرط الجزائي في مجال عقد التمويل لا يستحق الا اذا كان هناك خطأ من المدين بالمفهوم المتقدم ، والغالب ان يكون هذا الخطأ هو خطأ عقدياً. تنص المادة ١٠ من قانون التأجير التمويلي المصري على انه(يتحمل المستأجر المسؤولية المدنية الناشئة عن الاضرار التي تسببها الاموال المؤجرة وفقا لاحكام القانون المدني ويتحمل المؤجر تبعة هلاك المال المؤجر متى كان ذلك بسبب لا دخل للمستأجر فيه.....) كما ان اخلاله بالالتزامات الواردة في المواد (٨م-٩م-١١م-١٩م-٢١م) يشكل خطأ من جانبه يستوجب المسؤولية. وفي حالة انتفاء الخطأ من جانب المدين فانه يرتب انتفاء المسؤولية ولا يكون مبرراً لاعمال الشرط الجزائي واستحقاقه إذ يعد تقديراً مقدماً للتعويض ، والتعويض في هذا المجال غير مبرر .

المطلب الثاني

الضرر

لا يستحق الشرط الجزائي كضمان غير مباشر في عقد التمويل بطريق التأجير اذا لم يكن هناك ضرر اصاب المؤجر (شركة التمويل) لان الضرر من اركان المسؤولية العقدية ومن شروط استحقاق التعويض الاتفاقي ، فأذا لم يوجد ضرر لا يكون هناك مبرر لاستحقاق التعويض . والضرر هو الصورة الملموسة التي تتمثل فيها نتائج الخطأ العقدي ، وهذا معناه ان الخطأ اذا لم يترتب عليه ضرر فإنه لا مجال لاعمال قواعد المسؤولية العقدية ^(١٦) . الا ان الرأي قد انقسم في مسألة اشتراط الضرر واستحقاق الشرط الجزائي من عدمه على اتجاهين :

الاتجاه الاول / يذهب الى عدم وجود ضرورة لاشتراط الضرر احتراماً لمبدأ سلطان الارادة وزيادة لطمأنينة الدائن الى الضمان . ثم ان عبارة الشرط الجزائي اضافة الى انها تمثل تعويضاً اتفاقياً عن عدم التنفيذ او الاخلال به فهي وسيلة لاكراه المدين (المستأجر) على التنفيذ ودفع كامل الاقساط المتبقية وان لم يحصل ضرر والعقوبة وفقاً لهذا المفهوم لا تستلزم الضرر ^(١٧) . ومع ذلك فان هذه القاعدة ليست من النظام العام.

الاتجاه الثاني / يذهب هذا الرأي الى ضرورة وجود الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، لان الاساس في ارادة المتعاقدين في وجود الشرط الجزائي ، اتجهت الى ثبوت الحق في ظل الجزاء المشروط اذا ترتب ضرر على الاخلال بالالتزام باعتباره تعويضاً .بالاضافة الى ان القول باشتراط توافر الضرر يتماشى مع القواعد القانونية الوضعية التي تقضي بأنه لا دعوى دون فائدة ولا فائدة دون ضرر، ثم ان العدالة تأبى ان يثري الدائن على حساب المدين اذا لم يصبه اي ضرر وهو ما اخذت به القوانين واتجاهات القضاء (١٨).

ومن الملاحظ ان وجود الشرط الجزائي في العقد يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين ولذلك يفترض وقوع الضرر وبالتالي لا يكلف الدائن باثباته، وعلى المدين المدعي بعدم وجود اي ضرر من جراء عدم التنفيذ او التأخر فيه اثبات ذلك. وفي اطار اثبات الضرر وخلافاً للقواعد العامة ينتقل العبء من الدائن الى المدين بفضل وجود الشرط الجزائي (١٩) .

ولخصوصية عقد التمويل بطريق التأجير لابد من التمييز بين حالتين :-

الحالة الاولى / ان يحدد المؤجر التمويلي الضرر بصورة تقديرية ، اي ان يقدر مقدماً مقدار الضرر الذي يمكن ان يلحق به في حالة عدم اتمام العقد وتصدر موافقة من المستأجر على ذلك ، وبالتالي يلتزم بالشرط الجزائي فيكون الضرر واقعاً في تقدير الطرفين ، ولا يحق للمستأجر ان يفترض العكس ليتسنى له التخلص من الشرط الجزائي بل ان القاضي لا يستطيع ان يعفي المستأجر من التعويض بدعوى عدم تحقق الضرر وانما له الحق فقط بتعديل هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر بعد تحققه مستقبلاً . وللمؤجر (شركة التمويل) كامل الاقساط المتبقية من دون اثبات حصول ضرر استناداً للاتفاق الصريح والسابق على ذلك (٢٠) .

الحالة الثانية / عدم الافصاح من المتعاقدين ان الشرط الجزائي هو غرامه تهديدية عن التأخير او انه يمثل الضرر المقدر عن تحقق الاخلال بالعقد ، وللمحكمة في هذه الحالة تقدير مدى اعمال الشرط الجزائي كتعويض عن الضرر من عدمه لعدم تحقق الضرر . ومسألة اثبات الاخير ، على المدعي (الدائن) . وقد ينقلب عبء الاثبات على المدين بمناسبة وجود الشرط الجزائي فيتولى اثبات ان الدائن لم يصبه اي ضرر من جراء عدم التنفيذ او الاخلال به (٢١) .

والحكمة من ذلك ان مقدار الشرط الجزائي في عقد التمويل يتحدد على اساس الاجرة المتبقية للمؤجر اي بناء على معايير واعتبارات مالية فلا ينتج عن الفسخ سوى ضرر مالي للمؤجر يعوض على اساسه عن اي خسارة لا حقة به بالاضافة الى النفقات والمصروفات التي تحملها المؤجر التمويلي.

ولا يفوتنا هنا ان شروط الضرر لابد من تحققها بان يكون الضرر مباشراً ، ونتيجة طبيعية لاخلال المستأجر بالتزامه العقدي ، متوقفاً عند ابرام العقد ، مع مراعاة تعويض الضرر غير المتوقع في حالتي الغش والخطأ الجسيم (٢٢) . وبالتالي يستطيع الدائن ان يطالب بالتعويض للضرر الحاصل فعلاً .

المطلب الثالث

العلاقة السببية

وهو شرط عام في المسؤولية المدنية ، والشرط الجزائي خصوصاً . فتوجد المسؤولية بوجود هذه العلاقة وتنتفي بإنقائها .

والعلاقة السببية هي العلاقة المباشرة بين خطأ المسؤول والضرر الذي اصاب المضرور ، ويشترط للحكم بوجود هذه العلاقة ان يكون الضرر نتيجة مباشرة لهذا الخطأ والا انعدمت المسؤولية ، وعبء اثباتها على الدائن (شركة التمويل) لانها المدعية . ومن الممكن ان يثبت المدين العكس بنفي وجود هذه العلاقة السببية فيثبت ان الضرر الذي لحق بالمؤجر التمويلي من عدم التنفيذ او التأخر فيه لسبب اجنبي لايدله فيه (المادة ١٦٨ مدني عراقي والمادة ١٠ من قانون التأجير التمويلي المصري) ،فتنتفي العلاقة بين الخطأ والضرر (٢٣) . او ان الضرر غير مباشر او كان مباشراً غير متوقع فلا تتحقق المسؤولية ولا يستحق التعويض وبالتالي لا محل لاعمال الشرط الجزائي . وبذلك قد منح المدين مكنة للتخلص من الشرط الجزائي كاملاً ، او بانقاص قيمة التعويض المنصوص فيه باثبات ان استحالة التنفيذ او التأخر فيه كان بسبب اجنبي او ان الخطأ مشترك بينه وبين الدائن (شركة التمويل) (المادة ٢١ من قانون التأجير التمويلي المصري) .

المطلب الرابع

الاعذار

لابد لاستحقاق التعويض المنصوص عليه بالشرط الجزائي ان يقوم الدائن بإعذار المدين والحكمة من الاعذار هنا ان تثبت شركة التمويل بان المستأجر متأخر في تنفيذ التزامه من جهة ، ومن جهة ثانية فان الاعذار يمكن حسن النية من تنظيم دفاعه لان معرفة المدين بمدى حقوقه غالباً ما تكون غير كافية ، ثم ان الاعتبارات الاجتماعية والعرفية توجب بان على الدائن قبل ان يشرع في اتخاذ اجراءات عنيفة ضد المدين ان يبدأ بتنبهيه لعله يقوم بالوفاء (٢٤) . فاذا حلّ اجل التنفيذ ومع ذلك سكت الدائن عن المطالبة بالتنفيذ فيؤخذ ذلك على محمل التسامح وانه لم يصبه اي ضرر من التأخر والا فعليه ان يشعر

المدين بالالتزام بالتنفيذ باعذاره بالطرق التي رسمها القانون ويلزم فوراً بتنفيذ التزامه وكل تأخر يستوجب التعويض . ويصح ان يمنح الدائن المدين في الاعذار اجلاً لتنفيذ الالتزام دون ان يؤثر الاجل في قوة الاعذار ، فمتى حل الاجل الممنوح اصبح المدين معذراً^(٢٥) .

وشرط الاعذار غير متعلق بالنظام العام وانه مقرر لمصلحة المستأجر ومن ثم فانه يجب اثارته من المدين وتمسكه بعدم قيام شركة التمويل به للتخلص من التزامه المنصوص في الشرط الجزائي . ويمكن الاتفاق بين المتعاقدين على الاعفاء من الاعذار بشرط صريح في العقد^(٢٦) . واذا كانت الاحكام السابقة في الاعذار هي القاعدة العامة الا انها ليست مطلقة اذ ان هناك بعض الحالات لا يشترط فيها اذار المدين (المستأجر) في سبيل استحقاق التعويض حيث تنتفي الحكمة فيها من توجيهه واعتبر مجرد حلول الاجل اشعاراً كافياً للمدين بوجوب تنفيذ التزامه. وهو ما اشارت اليه الفقرات (أ-ب-ج) من المادة ١٩ من قانون التأجير التمويلي المصري.

المبحث الثالث

احكام الشرط الجزائي

كضمان اتفاقي غير مباشر في عقد التمويل بطريق التأجير

القاعدة الاساسية انه لا مجال لإعمال الشرط الجزائي في عقد التمويل مادام انه بالامكان تنفيذ الالتزام الاصلي ، فاذا لم ينفذ الالتزام الاصلي او تأخر المستأجر التمويلي فيه وتوافرت الشروط القانونية اللازمة لاستحقاق الشرط الجزائي فانه يصبح مستحقاً ويتعين الوفاء به ، بناء على ذلك اذا تحققت فرضية عدم التنفيذ للالتزام الوارد في العقد او التأخر فيه يستحق الشرط الجزائي لتوافر شروطه ويكون حق الاختيار كحق قانوني ، للدائن (المؤجر) ان يطالب بالشرط الجزائي على انه ليس طريقاً من طرق الوفاء بل هو مؤاخذه او جزاء للمدين على عدم تنفيذ التزامه او التأخر فيه وغايته ضمان تنفيذ الالتزام وتقريره ، ولا يترك الاختيار هنا للمدين حتى يجعله وسيلة للتخلص ، ولا يستبعد هنا ان للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام الاصلي الا اذا كان الاخير من غير الممكن القيام به الا من قبل المدين وامتنع عن ذلك او كان مرهقاً له ولم يلحق بالدائن ضرراً جسيماً من ذلك. و لا يجوز الجمع بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي الا في حالة التأخر في التنفيذ مع وجود تناسب بين التعويض المتفق عليه لشركة التمويل والضرر الواقع فعلاً على المؤجر التمويلي ، وبالتالي يتعين على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق

عليه . ومع ذلك ومراعاة للعدالة فان للقاضي سلطة في تعديل الشرط الجزائي في عقد التمويل بالنقص وبالزيادة في حالات معينة نتناولها في المطلبين الاتيين :-

المطلب الاول

تخفيض الشرط الجزائي

مما سبق يتبين عدم احقية شركة التمويل في التعويض المنصوص عليه بالشرط الجزائي اذا اثبت المستأجر ان شركة التأجير التمويلي المؤجرة لم يلحقها اي ضرر نتيجة اخلاله بالتزاماته او نتيجة فسخ عقد التمويل ، وللقاضي ان يحكم بذلك كما يحق له ان ينقص مقدار التعويض المتفق عليه بالشرط الجزائي اذا اثبت المستأجر انه قد نفذ جزءاً من التزامه في عقد التمويل او اذا اثبت المستأجر ان التعويض المحدد سلفاً في العقد مبالغاً فيه الى درجة كبيرة ، ولا يعني تخفيض القاضي لقيمة التعويض ان ينقصه الى درجة التعادل مع الضرر الذي وقع على شركة التمويل (المؤجرة) وانما تخفيض مقدار التعويض الى الحد الذي لا يكون مبالغاً فيه فقط ، ولضرورة لا غنى عنها (٢٧) ، ومطلبا حيويًا لمواجهة كل اشكال التعسف التي قد يسببها الشرط الجزائي . وبموجب التعديل الذي ادخله المشرع الفرنسي على نص المادة ١١٥٢ من التقنين المدني الفرنسي اصبح من حق القاضي تخفيض التعويض المتفق عليه اذا كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة كما يجوز زيادة التعويض اذا كان بخساً الى درجة كبيرة (٢٨) ، طبقاً لظروف كل قضية على حدة دون الحلول محل ارادة الطرفين المتعاقدين . ويتم تقدير المبالغة الكبيرة في تحديد قيمة التعويض المحدد بالشرط الجزائي وقت الامتناع عن تنفيذ عقد الايجار او فسخه وذلك لان التقدير يتم بناء على الاضرار التي لحقت بشركة التمويل من جراء عدم الاستمرار في تنفيذ عقد الايجار . (٢٩)

ويذهب جانب من الفقه (٣٠) ، بانه يمكن الاستناد الى التنفيذ الجزئي للعقد في اثبات مدى المبالغة الكبيرة للتعويض المقدر في الشرط الجزائي استناداً الى ف ٢ م ١١٥٢ مدني فرنسي واستخدام عبارة التنفيذ الجزئي لعقد التمويل كقرينة على اثبات المبالغة الكبيرة في التعويض ، في حين ذهب جانب اخر الى ان هذا العقد غير قابل للتنفيذ الجزئي ، الامر الذي يتعذر معه تعديل الشرط الجزائي ، وذهبت الى ذلك بعض الاحكام (٣١) . واصبح للقاضي الحق في ان يتعرض من تلقاء نفسه للشرط الجزائي في عقد التمويل بالتخفيض او بالزيادة. ولم يعد القاضي بحاجة للبحث في ثنايا نصوص العقد عن الطابع المغالى فيه للجزاء التعاقدي.

المطلب الثاني

زيادة الشرط الجزائي

للمحكمة زيادة قيمة الشرط الجزائي اذا اثبت المؤجر (الدائن) ان الاخلال بتنفيذ الالتزام العقدي ينسب الى غش او خطأ جسيم ارتكبه المستأجر (المدين) وكان الضرر يفوق في مقداره قيمة الشرط (٣٢) . وهذا الاخلال بالتنفيذ او التأخير فيه ، والذي صاحبه غش او خطأ جسيم ، على اساس ان المؤجر عند اتفائه مع المستأجر على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المستأجر او خطئه الجسيم بل اعتمد فيه ذلك على حسن النية في جميع الالتزامات وبالتالي للقاضي سلطة زيادة قيمة الشرط الجزائي (٣٣) ، من جهة .

ومن جهة ثانية اذا كانت قيمة الشرط الجزائي لا تتناسب وكونه تعويضاً جدياً عن الضرر وانما كان وسيلة تحايل للاعفاء من المسؤولية التقصيرية تطبيقاً لحكم ف ٣ / م ٢٥٩ مدني عراقي التي قضت بابطال كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع ، وبذلك فان قيمة الشرط الجزائي في هذه الحالة لا تعد تعويضاً جدياً عن ضرر واقع ، ويعد شرطاً للاعفاء من المسؤولية التقصيرية بصورة غير مباشرة ، ويكون عندئذ باطلاً (٣٤) . ومسألة زيادة التعويض في الحالتين امر يتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه .

الا انه يجب على القاضي عند تطبيقه لهذه القاعدة ان يراعي لما لعقد التمويل من طبيعة خاصة ودور اقتصادي ومالي يختلف عن غيره من العقود ، لذا يجب ان ينظر الى الشرط الجزائي نظرة موضوعية في اطار الهدف الذي يسعى اليه المتعاقدان من وراء العقد . وبالخصوص ان المأجور يتم اختياره وشراؤه بناء على رغبة المستأجر. تنص الفقرة الثانية من المادة الاولى من اتفاقية معهد روما لسنة ١٩٨٨ بشأن عقود التأجير التمويلي الدولية على انه(ان صفقة عقد التأجير التمويلي المشار اليها في الفقرة السابقة تتضمن الخصائص التالية :

أ- يحدد المستأجر المعدات ويختار المزود دون الاعتماد في الاصل على مهارة ورأي المؤجر). عليه فأن المواصفات الخاصة بالمعدات يحددها المستأجر ويقوم المؤجر بشرائها وتملكها وتسليمها للمستأجر . وهو ما اشارت اليه ايضا المواد ٥-٧ من قانون التأجير التمويلي المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ . وبالتالي فأن فسخ العقد واسترداد المأجور يؤكد الحاق الضرر بالمؤجر لان التوقعات التي اقام عليها المؤجر

حساباته قد اخل بها المستأجر الذي طلب استنجا هذه الاموال خلال مدة معينة كانت هي اساس حسابات المؤجر .

المبحث الرابع

مصير الشرط الجزائي في حالة فسخ او بطلان عقد التمويل

لضرورة البحث اقتضت الدراسة بيان مصير الشرط الجزائي في حالة فسخ عقد التمويل او بطلانه

في المطلبين الاتيين :-

المطلب الاول

حالة فسخ العقد

الفسخ هو حل الرابطة العقدية في حالة اخل احد الطرفين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد الملزم للجانبين ويتمثل هذا الاخلال بعدم التنفيذ او التأخر فيه . وفي هذا الفرض فالعقد صحيح اصلاً الا ان هذا الاخلال قد حدا بالطرف الاخر الى طلب الفسخ واعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد الا انه بطبيعة الحال فان الاثر الرجعي للفسخ سيؤدي الى حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور عندما تسترد منه الاموال المؤجرة وبالتالي تنهار اعمال المستأجر ويفشل مشروعه الاقتصادي الذي يعتمد على هذا المال مما سيلحق به اضراراً فادحة^(٣٥) . وفي هذا الفرض ان شروط العقد صحيحة لا شائبة فيها ومن بينها الشرط الجزائي ، فوجود الشرط الجزائي دلالة على ان الالتزام موقوف على شرط يعمل به في حالة تحقق هذا الاخير^(٣٦) وهو عدم التنفيذ او التأخر فيه . فاي اخلال يطلب على اثره الفسخ يؤدي الى نتيجة مفادها عدم تنفيذ العقد وتحققه يؤدي الى تحقق الشرط الجزائي فيعمل به .

بناء على ذلك فان الشرط الجزائي في حالة فسخ العقد يستمر ولا يمتد اثر الفسخ اليه للخصوصية التي يتميز بها عقد التمويل وحفاظاً على حقوق المؤجر ويعمل بهذا الشرط كضمان اتفاقي غير مباشر(المادة ٢٢ من قانون التأجير التمويلي المصري) . وعلى ما تقدم يحق لشركة التمويل (المؤجرة) استحقاق قيمة التعويض المحددة في الشرط الجزائي المنصوص عليه في عقد التمويل اذا فسخ العقد بسبب خطأ من المستأجر (المشروع المستفيد) . الا انه يحق للقاضي ان يقضي بعدم احقية شركة التمويل في التعويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي اذا اثبت المستأجر ان شركة التمويل المؤجرة لم يلحقها اي ضرر نتيجة اخلاله بالتزاماته^(٣٧) ، او نتيجة فسخ عقد التمويل كما انه يحق للقاضي

انقاص مقدار التعويض اذا اثبت المستأجر انه نفذ جزءاً من التزامه في عقد التمويل او ان التعويض كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة (٣٨) .

وقد ذهب البعض بان على القاضي عند مطالبة شركة التمويل بالتعويض المحدد في الشرط الجزائي نتيجة توقف المشروع المستفيد (المستأجر) عند سداد اقساط الاجرة او فسخ العقد مع الشركة نتيجة خطأ المستأجر (المشروع المستفيد) ان يراعي الطبيعة الخاصة لهذه العقود ودورها كوسيلة من وسائل التمويل للمشروعات الانتاجية والخدمية وقبل شراء الاصل الانتاجي محل عقد التمويل من قبل الشركة بناء على رغبة المستأجر (المشروع المستفيد) . اضافة الى ان الاخير هو الذي اختار الاصل الانتاجي محل العقد وطبقاً للمواصفات التي حددها لشركة التمويل والتي تتفق مع طبيعة نشاطه (الفقرة الثانية من المادة الاولى من اتفاقية معهد روما لسنة ١٩٨٨ وهو ما اشارت اليه المادة ٥ والمادة ٧ من قانون التأجير التمويلي المصري لسنة ١٩٩٥). بذلك على القاضي مراعاة كافة هذه الاعتبارات وهو بصدد تطبيق الشرط الجزائي وتحديد قيمته . وفي الحقيقة ان هذا الرأي محل اعتبار وذلك لان من نتائج الامتناع عن التسديد والفسخ ما سيلحق شركة التمويل من خسائر فادحة نظراً لما تتضمنه اقساط الاجرة من عناصر عن معظم ثمن الاصل الانتاجي وهامش الربح الخاص بالشركة وفوائد المال المستثمر طيلة مدة عقد التمويل ومصاريف اتمام الصفقة وابرام عقد التمويل ومن ثم فانه يجب على القاضي وحفاظاً على هذا النوع من انواع التمويل وعند مطالبة شركة التمويل بالتعويض المقرر في الشرط الجزائي محل عقد التمويل ان ينظر بعين الاعتبار الى مقدار القيمة الاجارية التي لم يسدها المشروع المستفيد عن المدة المتبقية من مدة عقد التمويل نظراً لما تمثله القيمة الاجارية المتبقية من عناصر (البند ج من الفقرة الثانية من المادة الاولى من اتفاقية معهد روما لسنة ١٩٨٨ وهو ما اشارت اليه المادة ٥ والمادة ٢٥ من قانون التأجير التمويلي المصري لسنة ١٩٩٥)، بغض النظر عن استرداد شركة التمويل للاصل الانتاجي محل العقد المفسوخ خاصة وان الهدف الذي ترمي اليه شركات التمويل من هذه العملية استثمار امواله وزيادة الانتاج وبالتالي تحقيق الازدهار والتنمية (٣٩) ، وليس الاحتفاظ بالاصل الانتاجي المؤجر او استرداده والذي قد يكون عبئاً عليها اكثر من كونه مكسباً لها في ظل التقدم التقني الذي يجعل من الاصل الانتاجي قليل القيمة فضلاً عن المصاريف التي تتكبدها شركات التمويل (مصاريف التخزين والبيع او التأجير للاصل الانتاجي مرة اخرى ومدة الاهلاك الضريبي) . من كل هذا نصل الى نتيجة مفادها بقاء الشرط الجزائي قائماً في عقد التمويل في حالة فسخ العقد لتخلف المستأجر عن التنفيذ ويعمل به كضمان اتفاقي غير مباشر .

المطلب الثاني

حالة بطلان العقد

البطلان وصف يلحق بالتصرف القانوني المعيب بسبب مخالفته لاحكام القانون المنظمة لانشائه فيجعله غير صالح لان ينتج آثاره القانونية المقصودة ، او هو الجزاء على عدم استجماع العقد لاركانه كاملة مستوفية لشروطها^(٤٠) . وهذه الاحكام او الاركان قد ترجع الى اعتبارات شكلية كما قد ترجع الى اعتبارات موضوعية مما يستتبع تنوع العيوب التي تصيب العقد عند انشاءه ومن ثم تعدد اسباب بطلانه. والعقد الباطل معدوم ولا وجود قانوني له ولا ينتج اثرا ولا حكم له اصلا . وطبقا للقواعد العامة فإن المتعاقد لا يستطيع اجبار المتعاقد الاخر على تنفيذ بنود العقد ، ولكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان . ومن المعلوم ان لعقد التمويل طبيعة خاصة ، حيث يسبقه عقد يربط بين المؤجر التمويلي والبائع (المورد او المنتج) ، وهو عقد بيع او مقاوله مستقل عن العقد المبرم بين المستفيد (المستأجر) وشركة التمويل (الفقرات ١-٢-٣) من المادة الثانية من قانون التأجير التمويلي المصري والبند ب من الفقرة الثانية من المادة الاولى من اتفاقية معهد روما) ، فاذا تقرر بطلان العقد الاصلي فانه طبقاً للقواعد العامة يقتضي الرجوع بالمتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد .

الا انه وللطبيعة الخاصة لعقد التمويل بطريق التأجير ، وللخلفية الاقتصادية والواقعية لابرامه وظهور البائع (المورد او المنتج) بدور هام في سبيل وجود هذا العقد وتقدير مصلحة المستأجر الذي عقد آماله على عقد التمويل ، فلا اثر لهذا البطلان على عقد التمويل ويعد ذلك خروجاً عن القواعد العامة وبالتالي يحكم ببقاء الشرط الجزائي . وهذه الاشكالية قد عالجتها المادة ٢٢ من قانون التأجير التمويلي المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ ، ولا يوجد حكم او نص خاص في ظل القانون العراقي لتنظيم المسألة فيبقى الامر بحاجة الى معالجة حقيقية.

اما في ظل الفقه الفرنسي فقد انقسم الراي على ثلاثة اتجاهات . الاول يرى ان بطلان او فسخ العقد الاصلي يستتبع بطلان او فسخ عقد التمويل ، وبالتالي لا وجود للشرط الجزائي . والاتجاه الثاني لا يثبت اي اثر للبطلان او الفسخ على عقد التمويل . والراجح بين هذين الرأيين هو من يذهب الى ضرورة النظر الى كل حالة على حدة للتعرف على رغبة طرفي عقد التمويل وما اذا كانا يرغبان في بقاء او فسخ الرابطة بين عقد التمويل وعقد البيع^(٤١) .

اما في حالة بطلان عقد التمويل ذاته وهو العقد الاصيلي فان القاعدة العامة تطبق في هذا الخصوص ، وتزول بنود العقد كافة ومن ضمنها الشرط الجزائي الذي له غاية تعويضية محددة فيه لا يجوز ان تمتد لسواها اضافة الى كونه التزام تابع للالتزام الاصيلي يقوم بقيامه وينقضي بانقضائه . فاذا كان الالتزام الاصيلي باطلاً يستتبع ذلك ان يكون الالتزام التابع (الشرط الجزائي) باطلاً^(٤٢) . لان التابع للشيء في الوجود يكون تابعا له في الحكم فيصح بصحته ويبطل ببطلانه . ولكن بالمقابل اذا كان الشرط الجزائي باطلا فلا يستتبع ذلك ان يكون الالتزام الاصيلي باطلا لان الشرط الجزائي لا يتعلق به مصير الالتزام الاصيلي .

المبحث الخامس

طبيعة الشرط الجزائي والجدوى المتحققة منه

نتناول طبيعة الشرط الجزائي في مطلب اول والجدوى الاقتصادية المتحققة منه في مطلب ثان :

المطلب الاول

طبيعة الشرط الجزائي

الشرط الجزائي كضمان اتفاقي غير مباشر يوضع عادة كشرط ضمن بنود العقد الاصيلي المبرم بين شركة التمويل المؤجرة والمشروع المستفيد (المستأجر) ويستحق المؤجر التعويض على اساسه . وقد يكون هذا الاتفاق مستقلاً عن العقد الاصيلي ، وبالتالي لا يترك الطرفان امر تقديره الى القضاء .فان لم يقر المستفيد بالتزامه بقبل شركة التمويل او تاخر في التنفيذ يستحق هذا التعويض .وبما انه اتفاق بين الطرفين فلا بد ان يستوفي اركان وشروط العقد وتسري عليه احكامه ، من جهة ، ومن جهة اخرى انه بمثابة عقوبة مدنية بالقدر الذي يزيد فيه عن الضرر الفعلي اللاحق بالمؤجر وتكمن هنا وظيفته التأمينية^(٤٣) . وسواء ذكر ضمن بنود العقد الاصيلي بين الشركة الممولة والمستفيد ، او ضمن مشاركة لاحقة مستقلة عن العقد (البند ب /الفقرة الثانية /المادة الاولى من اتفاقية معهد روما لسنة ١٩٨٨ ويستدل ايضا في هذا الخصوص بالفقرات ١ -٢- ٣ من المادة الثانية من قانون التأجير التمويلي المصري لسنة ١٩٩٥) . ومن جهة ثالثة فان للشرط الجزائي صفة الالتزام التابع لا يقصد لذاته ولا يستقل بنفسه وانما يقع بمناسبة الاتفاق على التزام آخر فله صفة (التبعية) ، وبالتالي فان المدين ملزما بتنفيذ الالتزام العيني (الاصيلي)دون حقه في اختيار تنفيذ الشرط الجزائي ما دام ان تنفيذ الالتزام الاصيلي ممكنا،وبذلك نصل

الى نتيجة مفادها انه يدور مع الالتزام الاصلي وجوداً وعمداً والعبرة بالالتزام الاصلي لا بالشرط الجزائي^(٤٤) مع بعض الخصوصية في عقد التمويل بطريق التأجير .

المطلب الثاني

جدوى الشرط الجزائي

ان الغاية الاساسية من عقد التمويل بطريق التأجير استغلال واستثمار الاموال في تمويل المشروعات التي تفتقد الى السيولة النقدية الكافية لشراء الاصول الانتاجية لممارسة النشاط الاقتصادي او لتجديد الآلات والمعدات الانتاجية الخاصة لمسايرة التقدم التقني والتكنولوجي^(٤٥) . وتقوم شركات التمويل بشراء هذه الآلات والمعدات الانتاجية طبقاً للمواصفات والشروط التي اعلنها المشروع المستفيد وما يلزم احتياجاته والمشروع المشغل من قبله ،(وهو ما اشار اليه البند أ /الفقرة الثانية / المادة الاولى من اتفاقية معهد روما /والمادة الخامسة والسابعة من قانون التأجير التمويلي المصري) وتقوم الشركة الممولة بتأجيرها لهذا المشروع المستفيد لفترة معينة ومحددة في عقد الايجار وهو ما يقارب العمر الافتراضي للاصل الانتاجي المؤجر في مقابل التزام الاخير بالقيمة الايجارية على شكل اقساط وغالباً ما تكون هذه الاقساط هي نفس قيمة او ثمن الاصل الانتاجي المؤجر لها وفوائده ونسبة الربح طيلة مدة العقد والنفقات التي صرفت لابرار العقد ومدة الاهلاك الضريبي (البند ج / الفقرة الثانية / المادة الاولى من اتفاقية روما /والمادة الخامسة من قانون التأجير التمويلي المصري). وبذلك فان هناك فائدة عملية للمستأجر حيث يستلم المأجور (الآلات والمعدات)^(٤٦) قبل دفع اي مبلغ للممول (المؤجر) اي قبل دفع بدل او قسط الايجار للشركة الممولة مما قد يشكل خطورة على المؤجر فيضع هذا الشرط الجزائي الذي يتضمن معنى العقوبة والجزاء . وبذلك تحقق الوظيفة التأمينية له باعتباره وسيلة ضمان اتفاقية غير مباشرة . وتتحقق الجدوى والفائدة من هذا الضمان^(٤٧) . وقد يمنع وجود هذا الشرط من حدوث الخطأ او التقليل منه كما في حالة الاخلال بالتنفيذ او التأخر فيه . وبالتالي قد يفسخ عقد التمويل قبل انتهاء مدته نتيجة هذا الاخلال وتوقف سداد الاقساط المتفق عليها خلال مدة العقد والزام المشروع المستفيد (المستأجر) برد الاصل الانتاجي محل عقد التمويل (الفقرة ٣/المادة الاولى من اتفاقية روما /والمواد ١٩-٢٠ من قانون التأجير التمويلي المصري) وبالتالي فان وجود هذا الشرط يحقق لشركة التمويل نوعاً من الاطمئنان على حقوقها .

هذا وان ما يدعم هذا الضمان ان الشرط الجزائي في عقد التمويل غالباً ما يكون مبالغاً فيه لدرجة كبيرة قد لا يتناسب مع الضرر الحقيقي الذي يلحق بالشركة الممولة (٤٨) ، ليس لتحقيق اثر بلا سبب للمؤجر وانما وسيلة لضمان حقوقه لان الاخيرة تقدر قيمة الضمان بناء على اعتبارات مالية صرفة كقيمة اقساط الاجرة وما فاتها من كسب والخسارة اللاحقة (عدم اهلاك رأسمالها المستثمر في هذه العملية والنفقات المالية ونفقات تخزين الاصل الذي تسترده الشركة عند فسخ عقد التمويل الخ) . كون ان المؤجر يتكبد نفقات كثيرة عند شراء الاصول المؤجرة ويتعرض لمخاطر جدية (٤٩).

وهذه الامور تفرضها شركة التمويل باعتبارها الطرف الاقوى اقتصادياً وما لها من خبرة كمحترف وليس للمستفيد اي مقابل مع ما تحصل عليه شركة التمويل من تعويض في حالة امتناع المستفيد عن سداد اقساط الاجرة او التأخر فيها او في حالة الفسخ نتيجة خطأ المشروع المستفيد . هذا من جهة . ومن جهة ثانية فان الشركة الممولة قد تضع ضمان لحقوقها وشروطاً لمصلحتها تغل بها يد المشروع المستفيد (المستأجر) عن طلب الفسخ او الدفع بعدم التنفيذ او الامتناع الجزئي عن تنفيذ بعض الالتزامات اذا لم تؤد او تحترم شركة التمويل التزاماتها التعاقدية مع المستأجر (المستفيد) وبالتالي فان الاخير سوف يضطر لتنفيذ كافة التزاماته الواردة في عقد الايجار كي لا يتعرض للجزاء المفروض بموجب الشرط الجزائي (٥٠). كما ان القصد من هذا الضمان هو تجنب اللجوء للقضاء والتقليل من المنازعات بين الاطراف واعطاء حرية في تقدير التعويض وبالتالي يتجنب المتعاقدان نفقات اقامة الدعاوى من رسوم وكشف ومعاينة وخبرة واتعاب محاماة .

من كل ما تقدم يتبين لنا الجدوى من هذا الضمان الاتفاقي غير المباشر في ضمان تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد وتجنب الاجراءات القضائية الطويلة والمعقدة وزيادة القوة الملزمة لعقد التمويل ، والمساهمة في تنمية المجتمع وازدهاره والاسهام في تنفيذ خطط التنمية والمحافظة على الاهمية الاقتصادية لعقد التمويل بطريق التأجير .

وبالرغم من هذه الايجابيات فان فاعلية الشرط الجزائي قد تتراجع امام سلطة القاضي في تعديله زيادة او نقصانا. فضلاً عن عدم تقديم الشرط الجزائي اي ضمانات عينية او شخصية مما يجعل المؤجر (شركة التمويل) مهددة بعدم كفاية الضمان العام الا ما يخص الطابع الجزائي لهذا الشرط وبالامكان في اطار بعض التشريعات المدنية الاستناد الى بعض عيوب الارادة لابطال الشرط الجزائي . من كل ما تقدم تبقى للشرط الجزائي الاهمية والجدوى الاقتصادية كونه ضماناً للمؤجر التمويلي وان كان ضمانا اتفاقيا غير مباشر .

الخاتمة

تبين من خلال هذه الدراسة الاهمية الاقتصادية لعقد التمويل بطريق التأجير كونه وسيلة بديلة عن الطرق التقليدية للتمويل، فهو يوفر للمستأجر التمويل اللازم ويغطي كامل استثماراته ، علماً انه اقل تكلفة من الناحية الاقتصادية ويمكنه من اختيار الاصول ومواكبة التطور العلمي والتكنولوجي ، اضافة الى الوظيفة الائتمانية بالنسبة للمؤجر وعدم تحمله لتبعية الهلاك والاضرار الناجمة عن المأجور في فترة حيازة المستأجر له ، فضلاً عن دوره في دفع عجلة التقدم وحل الكثير من الاشكالات الخاصة ببعض الشركات بسبب عدم قدرتها المالية في استخدام الاصول الانتاجية .

ويعد الشرط الجزائي من اصلح الضمانات الاتفاقية غير المباشرة حيث يمكن شركة التمويل من اقتضاء التعويض المتفق عليه دون اثبات الضرر المفترض في حالة اخلال المستأجر بواجب دفع الاجرة ، كما ان له دور في حمل المستأجر للوفاء بالتزامه . الا انه فاعليته تتأثر بسلطة القاضي في تعديل هذا الشرط بالنقصان او الزيادة وعدم كفاية الضمان العام ، كون هذا الشرط لا يقدم ضمانات اخرى وبالتالي لا يقي حركة التمويل من خطر الافلاس او الاعسار او مزاحمة الدائنين . فلا سبيل الا اللجوء احياناً الى التأمين كوسيلة للضمان بالرغم من السلبيات التي يتسم بها .

ومع ذلك لا يمكن انكار ما يتميز به الشرط الجزائي كضمان اتفاقي غير مباشر في هذا العقد ، على ان يكون المؤجر (شركة التمويل) مرخص لها قانوناً لمزاولة هذا النشاط وان يدعم الاخير بعدم تأثر العقد للبطالان او الفسخ بنص صريح قانونا ، اضافة الى توفير بعض المزايا الضريبية لنشاط التمويل لتشجيع المشاريع والشركات المحلية او الاجنبية للعمل في هذا المجال لاجل مواكبة التطورات ، ونشر الثقافة والوعي القانوني بهذا الخصوص، وبالتالي ما يحقق ذلك من آثار ايجابية على اقتصاد البلد . واخيراً ندعو المشرع العراقي الى تشريع قانون خاص بالايجار التمويلي اسوة بباقي الدول التي اصدرت قوانين بهذا الشأن ، وخاصة في ظل تشجيع سياسة الاستثمارات وتحقيق التقدم والازدهار في البلد.

الهوامش

- ١- د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام/احكام الالتزام ، دار المعرفة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٢ ، ص ٦٦ .
- ٢- شريف الطباخ ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء القضاء والفقه ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ٦٨١ .
- ٣- علي سيد قاسم ، الجوانب القانونية للايجار التمويلي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ١٤٠ . وينظر المادة الثالثة من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ اللبناني الخاص بتنظيم عمليات الايجار التمويلي.

- ٤- د. عبدالمنعم البدرابي ، النظرية العامة للالتزامات / احكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت، ١٩٦٨، ص ٨ .
- ٥- ينظر المادة ١٨٣ مدني جزائري - ٢٢٣ مدني مصري - ١٢٢٦ فرنسي . بناءً على ذلك فان هذا الشرط قد يدرج ضمن شروط العقد الاصلي ولا مانع من ان يتضمنه اتفاق لاحق بشرط ان يقع الاتفاق اللاحق قبل حصول الاخلال بالتنفيذ . ولعل العلة في ذلك ان التعويض الذي يتم الاتفاق على مقداره بعد اخلال المدين بتنفيذ الالتزام لا يمكن ان يندرج تحت مفهوم الشرط الجزائي اذ يكون في هذه الحالة تجديداً للالتزام او صلحاً بحسب الاحوال .
- ٦- د.هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، ط٢، مطبعة الاشعاع الفنية ، مصر ، ١٩٩٨ ، ص ٢٥٠. وينظر المادة الاولى من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ اللبناني الخاص بتنظيم عمليات التأجير التمويلي.
- ٧- ابراهيم سيد احمد ، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي ، ط ١ ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ٧٤ .
- ٨- د. هشام ابراهيم توفيق ، التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، ٢٠١١ ، ص ١٢٤ .
- ٩- ينظر المواد ٢٥٩ مدني عراقي ، ٢١٧ مدني مصري ، ٣٦٤ مدني اردني .
- ١٠- د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون ، القانون المدني واحكام الالتزام ، ج ٢ ، العاتك للطباعة ، القاهرة ، ص ٦٢ .
- ١١- المادة ١٢٢٨ مدني فرنسي ، ينظر ايضاً د. عبدالفتاح عبدالباقي ، النظرية العامة للالتزام ، ١٩٦٨ ، ص ٩١ وما بعدها .
- ١٢- محمد رفعت الصباحي ، الوجيز في احكام الالتزام ، جامعة طنطا ، ١٩٩٩ ، ج ٢ ، ص ٦٢ .
- 13- Francais chabas, la r'e forme la clause pe'nale – Recueil Dalloz sirey- chronique – 1976 – p230 ets.
- وينظر ايضاً نص المادة ١٢٢٧ مدني فرنسي .
- ١٤- المواد ١٧٠-١٦٨-٢٥٦-٢٥٧-٢٥٨ مدني عراقي ، ٢٦٤ مغربي ، ٢١٥ - ٢٢٠ مدني مصري .
- ١٥- د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج ٢ ، دار احياء التراث العربي ، لبنان ، ص ٨٥٦ ، د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني / الالتزامات / المجلد الثاني ، مطبعة السلام ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ١٨٦ .
- ١٦- د. عبدالقادر العراوي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المغربي ، كلية القانون ، جامعة الرباط ، ١٩٩٥ ، ج ١ ، ص ٢٨٤ .
- ١٧- وقد اتجه الفقه والقضاء الفرنسي صوب هذا الرأي وسندهم في ذلك المادة ١١٢٥ مدني . وبالتالي فأن الشرط الجزائي يستحق ولو لم يثبت الدائن ان هناك ضرراً اصابه ، ويكون الغرض هنا من الشرط الجزائي منع اي جدل يدور حول وقوع الضرر ومقدار تعويضه . ينظر د. السنهوري ، الوسيط، ج ٢، هامش ١، ص ٨٥٧، د. ابراهيم سيد احمد ، مرجع سابق، ص ١٦١ .
- ١٨- تنص الفقرة الثانية من المادة ١٨٠ مدني عراقي على انه (لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اي ضرر) وتقابلها المواد ٢٢٤ مدني مصري و ٣٦٠ - ٣٦٣ مدني اردني . مع ملاحظة ان المشرع

- المصري جعل الشرط الجزائي قرينة قانونية غير قاطعة على وقوع الضرر .ويستدل ايضا في هذا الخصوص بالمادة العاشرة من قانون التأجير التمويلي المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ .
- ١٩- د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٨٥٨ ، د. هشام ابراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٦٩ .
- ٢٠- المادة ١٠ والمادة ١١ من قانون التأجير التمويلي المصري.وللمزيد من التفاصيل ينظر د. هاني دويدار ، مرجع سابق ، ص ٢٥٠ .
- ٢١- د. عبد المنعم البدرابي ، مرجع سابق ، ص ٨٩ .
- ٢٢- تنص الفقرة الثالثة من المادة ١٦٩ مدني عراقي على انه (فاذا كان المدين لم يرتكب غشاً او خطأ جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقفاً عادة وقت التعاقد من خسارة محل او كسب يفوت) .
- ٢٣- تنص المادة ١١٤٧ مدني فرنسي على انه (يحكم على المدين اذا اقتضى الامر بدفع التعويضات اما بسبب عدم تنفيذ الالتزام واما للتأخر في تنفيذه وذلك في كل مرة لا يثبت فيها ان عدم التنفيذ ناتج عن سبب خارجي لا يمكن ان يعزوا اليه وانه لا يوجد اي سوء نية من جانبه) .
- ٢٤- د. هشام ابراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٩٤ .
- ٢٥- د. سليمان مرقس ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٧٥ .
- ٢٦- وهناك بعض الحالات لا يشترط فيها اعدار المدين (المستأجر) حيث تنتقي الحكمة من توجيهه ويعد مجرد حلول الاجل اشعاراً كافياً للمدين بوجوب تنفيذ التزامه . ينظر المادة ٢٥٨ مدني عراقي ، المواد من ١٧٦ - ١٨١ مدني جزائري .
- ٢٧- علي سيد قاسم ، مرجع سابق ، ص ١٤٧ .
- ٢٨- د. سليمان مرقس ، مرجع سابق ، ج ٦ ، ص ١٩٠ .
- 29- Malaurie Philippe et AyNEs Laurent:cours de Driot Civil , Tome V11,Les contrats SPeciaux Civils et commerciaux, Cujas,11 edition,1998, p. 96.
- 30-GHESTIN JACPUES: DROIT CIVIL, les effets du contrat .avec Le concours de jamin Christophe et Billilau Marc, L, C, D2 eme edition, 1996. p. 115 - 117.
- ٣١- د. هاني دويدار ، مرجع سابق ، ص ٥٤٠ - ٥٦٨ . ينظر ايضاً :
- Jacques Mestrae, obligations et contrats spe'claux, Rev. trim. De. Droit, civil. 1986, p. 99.
- ٣٢- تنظر المواد ٣/١٧٠ - ٣/٢٥٩ مدني عراقي ، م ١٨٥ مدني جزائري ، ٢٢٥ مصري .
- ٣٣- ابراهيم الطباخ ، مرجع سابق ، ص ٦٨٨ .
- ٣٤- د. عبدالمجيد الحكيم واخرون ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٦٦ .
- ٣٥- د.الياس ناصيف،البند الجزائري في القانون المقارن وعقد اليزنغ،ط١،١٩٩١، ص ٤٠٦ .
- ٣٦- د.احمد ابراهيم عطية،بطلان وفسخ وصورية عقد البيع في ضوء الفقه والقضاء ،دار الراضي للنشر والتوزيع،٢٠١٠،ص٤٧-٤٨.

٣٧- حيث قضت محكمة النقض المصرية بانه (متى كان الحكم المطعون فيه قد اثبت ان الطاعن اخل بالتزامه بتوريد باقي كمية البضاعة المتعاقد عليها فيكون مسؤولاً عن التعويض وكان الطرفان قد اتفقا بالعقد على تقدير هذا التعويض فان هذا الشرط الجزائي يقتضي ان يكون على الطاعن عبء اثبات ان مورث المطعون عليهم لم يصبه ضرر نتيجة عدم التوريد) ينظر الطعن رقم م نق م - ٢٥ - ١٤٢٧ - في ١٢/١٢/١٩٧٤ للمزيد يراجع ابراهيم الطباخ ، مرجع سابق ص٦٨٨ .

٣٨- علي سيد قاسم ، مرجع سابق ، ص١٤٧ .

٣٩- د. مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج ١ ، ص٥٩٢ ، د. هشام ابراهيم توفيق ، مرجع سابق ، ص٢٨ .

٤٠- د. احمد ابراهيم عطية ، مرجع سابق ، ص٤٨ ، د.حسن علي الذنون،النظرية العامة للالتزامات ،المكتبة القانونية،بغداد،٢٠١٢،ص١٣٦ .

٤١- ينظر موقف محكمة النقض الفرنسية ، القرارات الصادرة في ٢٣/١١/١٩٩٠ . د. الياس ناصيف ، مرجع سابق ص٤٠٧ .

٤٢- د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص٨٦٢ - ٨٦٣ ، د.الياس ناصيف،مرجع سابق،ص٤٠٧. وينظر ايضاً م ١٢٢٧ مدني فرنسي ، ويستدل ايضاً بالمادة ١١٢٧ مدني عراقي في هذا الخصوص .

٤٣- د. ابراهيم دسوقي ابوالليل ، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية ، جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٨٤ ، ص٢٥٤ .

٤٤- المستشار عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء،ج٢،٢٠٠٤ منشأة المعارف،الاسكندرية،ص٢٠١،ابراهيم سيد احمد ، مرجع سابق ، ص٧٨ .

٤٥- المادة الاولى من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ اللبناني،وينظر ايضاً لمزيد من التفاصيل د. هاني دويدار ، مرجع سابق ، ص٥١٧ .

٤٦- ينظر المادة ٤ / أ والمادة ١١ من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ اللبناني بهذا الخصوص ،والمادة ٨ من قانون التأجير التمويلي المصري.

٤٧- د. ابراهيم دسوقي ابو الليل ، مرجع سابق ، ص٢٥٢ - ٢٥٤ - ٢٥٨ .

٤٨- د. عبدالمنعم البدر اوي ، مرجع سابق ، ص٨ .

٤٩- ينظر المادة ٢٥ من قانون التأجير التمويلي المصري .وللمزيد من التفاصيل يراجع د. الياس ناصيف ، مرجع سابق ، ص١٥٤ .

٥٠- ينظر المادة ٣ من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ اللبناني بهذا الخصوص وقد قضت الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية الى ان فسخ عقد الايجار التمويلي ينتج عنه بقاء الشروط التي ترمي الى معالجة اثار الفسخ قائمة اي رد الاصل الانتاجي للمؤجر التمويلي من جهة وتعويض الفسخ الوارد في الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد من جهة اخرى . للمزيد ينظر :

Cass. Ch. Mixte 23/11/1990 . J. c, 1991 , 11 , 21642, not D. Le Geais.

المراجع

اولا- المراجع العربية

- ١- د. ابراهيم دسوقي ابوالليل ، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية ، جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٨٤.
- ٢- ابراهيم سيد احمد ، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي ، ط ١ ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ .
- ٣- د.احمد ابراهيم عطية،بطلان وفسخ وصورية عقد البيع في ضوء الفقه والقضاء ،دار الرازي للنشر والتوزيع ،٢٠١٠.
- ٤ - د.الياس ناصيف،البند الجزائي في القانون المقارن وعقد اليزنغ،ط١،١٩٩١ .
- ٥-د.حسن علي الذنون،النظرية العامة للالتزامات ،المكتبة القانونية،بغداد،٢٠١٢.
- ٦-سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني / الالتزامات / المجلد الثاني ، مطبعة السلام ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
- ٧- شريف الطباخ ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء القضاء والفقه ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ .
- ٨- د .عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج ٢ ، دار احياء التراث العربي ، لبنان .
- ٩- د. عبدالفتاح عبدالباقي ، النظرية العامة للالتزام ، ١٩٦٨ .
- ١٠-د. عبدالقادر العرعراوي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المغربي ، كلية القانون ، جامعة الرباط ، ١٩٩٥ ، ج ١ .
- ١١-د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون ، القانون المدني واحكام الالتزام ، ج ٢ ، العاتك للطباعة ، القاهرة .
- ١٢- د. عبدالمنعم البدراوي ، النظرية العامة للالتزامات / احكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت، ١٩٦٨.
- ١٣-المستشار عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء،ج٢،منشأة المعارف،الاسكندرية،٢٠٠٤ .
- ١٤- علي سيد قاسم ، الجوانب القانونية للايجار التمويلي ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

- ١٥- محمد رفعت الصباحي ، الوجيز في احكام الالتزام ، جامعة طنطا ، ١٩٩٩ ، ج ٢ .
- ١٦- د. مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج ١ ، بدون مكان ، بدون سنة .
- ١٧- د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام/احكام الالتزام ، دار المعرفة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٢ .
- ١٨- د. هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، ط ٢، مطبعة الاشعاع الفنية ، مصر ، ١٩٩٨ .
- ١٩- د. هشام ابراهيم توفيق ، التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، ٢٠١١ .

ثانيا - المراجع باللغة الفرنسية

- 1- Francais chabas, la r'e forme la clause pe'nale – Recueil Dalloz sirey-
chronique – 1976 .
- 2-GHESTIN JACPUES: DROIT CIVIL, les effets du contrat .avec Le concours
de jamin Christophe ET Billilau Marc, L, C, D2 eme edition, 1996.
Jacques Mestrae, obligations et contrats spe'claux, Rev. trim. De. Droit, .
3.civil. 1986
- 4- Malaurie Philippe et AyNEs Laurent:cours de Driot Civil , Tome V11,Les
.contrats SPeciaux Civils et commerciaux, Cujas,11 edition,1998.