

عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

التعويض الاتفاقي في عقد التأجير التمويلي وسلطة المحكمة إزائه

دراسة مقارنة

عايشه عبد الرحيم الطيبي

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

١٤٤٤ هـ / ٢٠٢٣ م

التعويض الاتفاقي في عقد التأجير التمويلي وسلطة المحكمة إزائه

دراسة مقارنة

إعداد:

عايشه عبد الرحيم الطيبي

بكالوريوس: قانون خاص جامعة الخليل / الخليل فلسطين.

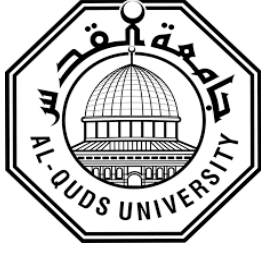
إشراف: الدكتور عبد الناصر شريف

قدم هذا البحث استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص / من

عمادة الدراسات العليا / جامعة القدس / فلسطين.

جامعة القدس

٢٠٢٣/١٤٤٤هـ / ٢٠٢٣م.



جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

برنامج: القانون الخاص

إجازة الرسالة

التعويض الاتفاقي في عقد التأجير التمويلي وسلطة المحكمة إزائه

دراسة مقارنة

اسم الطالبة: عايشه عبد الرحيم الطيطي

الرقم الجامعي: ٢١٨٢٠٢٢٩

المشرف: د. عبد الناصر شريف

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ ٢١ / ١ / ٢٠٢٣ م، من أعضاء لجنة المناقشة

المدرجة أسماؤهم وتوقيعاتهم:

التوقيع:
التوقيع:
التوقيع:

١- رئيس لجنة المناقشة: د. عبد الناصر الشريف

٢- ممتحنًا داخليًا: د. عبد الرؤوف السناوي

٣- ممتحنًا خارجيًا: د. أشرف ملحم

القدس - فلسطين

١٤٤٤هـ: ٢٠٢٣م

الإهداء

الى الذين سطوروا بدمائهم حدود الوطن الطاهرة (الشهداء) ترحماً ودُعاءً
إلى من وهبوني كل العطاء، والحنان، الى من كانوا سنداً لي في الشدائد، وكانت دعواهم لي
بالتوفيق، إلى روح التي علمتني معنى الفقد، إذ ليس الوجد في أيام الفقد الأولى، بل حين تأتي الأيام
السعيدة، فتجد أن من يستطيع مشاركتك بشكل أعمق قد رحل، والذي الحبيب أهدي إليك ثمرة جهدي،
إلى والدتي العظيمة حفظها الله ورعاها برعايته، الذين سهروا على تعليمي ومنحوني القوة في
كل مراحل حياتي الصعبة جزاهما الله عني خير الجزاء في الدارين،
إليهما أهدي هذا العمل المتواضع لكِ أدخل على قلبهما شيئاً من السعادة إلى أختي وأخواتي
الذين تقاسموا معي عبء الحياة،
إلى من ينافس الغيث في العطايا ويسبق الحياء في السجايا الذي كان خير عوناً لي في
مسيرتي زوجي الغالي حُباً وإخلاصاً.
إلى من نزعوا عني قيودَ التخبط وساروا بي نحو تحقيق الذات (أساتذتي)
وفاءً وتقديراً وإجلالاً
أهديهم جميعاً باكورة عملي

إقرار

أقر أنا معدة هذه الرسالة أنها قدمت لجامعة القدس لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة، باستثناء ما تم الإشارة له حيثما ورد، وأن هذه الرسالة أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أي درجة عليا لأي جامعة أو معهد آخر.

التوقيع: 

الاسم: عايشه عبد الرحيم الطيطي

تاريخ: ٢٠٢٣/١/٢١ م.

شكر وتقدير...

ما زلت ابتدئ وإن قرر الكل أنهم على آخر درجة في السلم .. أنا طويل سلمي وكل

نهاية عندي بداية...

الشكرُ لله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الَّذِي هَدَانَا لِهَذَا وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ لَوْلَا أَنْ هَدَانَا اللَّهُ.

انقدم بأسمى آيات الشكر والتقدير إلى أستاذي الفاضل الدكتور الفاضل عبد الناصر

الشريف فإليه يعود الفضل الاشراف على هذه الرسالة حيث قدم لي كل النصح والارشاد طيلة

فترة الاعداد فله مني كل الشكر والتقدير وإليه تعزى كل إجابة وعلى وزر ما وقعت فيه من

خطأ.

شكراً لكل من أضاف في قاموس معرفتي حرفاً داخل أسوار الجامعة وداخل أسوار الحياة...

شكراً لجامعة القدس... باسمها ومكانتها وطواقمها ولكل يد مدت من بوابتها الشريفة...

شكراً لزملائي في العلم.. وزميلاتي في المهنة.. وزملاء القلب كل من حفظ محبته وجهده...

المخلص

تنصب هذه الرسالة على موضوع ذات أهمية كبيرة على الصعيد الاقتصادي وهو التعويض الاتفاقي في عقد التأجير التمويلي وسلطة المحكمة إزائه، فالأصل أن ينفذ المدين الالتزام الواقع عليه، فإن هو أخل بذلك وجب عليه تنفيذ الالتزام التبعي وهو التعويض الاتفاقي.

وبالتالي فهو تعويض يتفق على تحديده أطراف العقد، إما في العقد ذاته أو في لاحقة يتولى المدين أدائه إلى للدائن بحالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو في حالة التأخر في ذلك فقط فالتعويض مقدر بالاتفاق وليس قضاءً، ومثال ذلك أن يتعهد مقاول البناء بدفع تعويض نقدي إذا تأخر في إتمام البناء في التاريخ المحدد، فيكون التعويض غالباً مبلغ نقدي إلا أنه لا يوجد مانع من أن يكون التعويض غير ذلك كسقوط آجال دفع مبالغ مالية كانت ستدفع على أقساط، أو تشديد شروط استعمال حق معين وهذا كاشتراط ترخيص معين.

ولهذه الموضوع أهمية كبيرة على الصعيد الفكري القانوني الفلسطيني كونها تناقش موضوع التعويض الاتفاقي في مشروع القانون المدني الفلسطيني ومقارنته مع الأنظمة القانونية في كل من مصر والأردن، ويعتبر التأجير التمويلي بشكل خاص من اهم المواضيع على الصعيد الاقتصادي، خاصة أن هذه الرسالة تبين القيمة القانونية للتعويض الاتفاقي، وبالتالي فقد احتوت هذه الرسالة على **فصل تمهيدي** يتناول عقد التأجير التمويلي والتعويض الاتفاقي في التشريعات المقارنة، و**فصل أول** يتناول طبيعة عقد التأجير التمويلي، و**فصل ثاني** يتناول تبيان سلطة القاضي التقديرية إزاء. وتوصلت الباحثة إلى عدة نتائج منها: أن التعويض الاتفاقي يجبر المتعاقدين على الالتزام بالعقد والتقيد به، وتنفيذ العقد بصورة سليمة، واحترام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ومنح القاضي سلطة واسعة في تعديل العقد وشروطه، وهذا ما يعتبر استثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

Consensual Compensation: The financial lease contract and the court's authority

Prepared by: Aisha abd alraheem titi.

Supervised by: Dr. Abdul Nasser s. J. Sharif

Abstract

This thesis focuses on a very important topic related to the economic level which is contractual compensation in the financial leasing contract and the court's authority in relation to it. The principle is that the debtor implements the obligation imposed on him, but if he fails to do so, he must implement the consequential obligation which is the contractual compensation. Therefore, it is a compensation agreed upon to be determined by the contract's parties, either in the contract itself or in a subsequent contract, the debtor undertakes to pay it to the creditor in the event that the debtor does not fulfill his obligation, or in the event of delay in that only, then the compensation is estimated by agreement and not by the judiciary. For example, the building contractor undertakes to pay monetary compensation if he is late in completing the construction on the specified date, compensation is usually a cash amount, but there is no objection to the compensation being something other than that, such as dropping the deadlines for paying sums of money that would have been paid in installments, or hardening the conditions for using a for a specific license. This topic is very important on the Palestinian legal intellectual level, as it discusses the issue of conventional compensation in the Palestinian civil law project and its comparison with the legal systems in both Egypt and Jordan, and financial leasing in particular, is considered one of the most important issues on the economic level, especially since this thesis shows the legal value of the contractual compensation, and therefore this thesis contains an introductory chapter that discusses financial lease contract and the contractual compensation in comparative legislation, and the first chapter deals with the nature of the financial leasing contract, and the second chapter deals with the statement of the judge's discretionary authority regarding the research. The researcher reached several results, including: that the conventional compensation obliges the contracting parties to abide by it, executing the contract properly respecting the principle of good faith in the implementation of contracts, and granting the judge wide authority to modify the contract and its considered an exception to the contract, the law of the contracting parties.

المحتويات

الإهداء	
إقرار	أ
شكر وتقدير	ب
الملخص	ت
Abstract	ث
موضوع البحث وأهميته:	١
فصل تمهيدي: عقد التأجير التمويلي والتعويض الاتفاقي في التشريعات المقارنة:	١٠
المبحث الأول: عقد التأجير التمويلي والتعويض الاتفاقي:	١١
المطلب الأول: عقد التأجير التمويلي في التشريعات الأجنبية والعربية:	١١
المطلب الثاني: مراحل انعقاد عقد التأجير التمويلي وأنواعه:	٣٣
المبحث الثاني: المبادئ والأحكام العامة للتعويض الاتفاقي "الشرط الجزائي":	٤٣
المطلب الأول: مفهوم التعويض الاتفاقي وشروطه:	٤٤
المطلب الثاني: أهمية التعويض الاتفاقي وخصائصه:	٥٥
الفصل الأول: طبيعة عقد التأجير التمويلي	٦٢
المبحث الأول: ماهية عقد التأجير التمويلي وأثاره	٦٣
المطلب الأول: مفهوم عقد التأجير التمويلي:	٦٣
المطلب الثاني: خصائص عقد التأجير التمويلي:	٦٧

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي والعقود المشابهة له.....	٧١
المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي:.....	٧٢
المطلب الثاني: التمييز بين عقد التأجير التمويلي والعقود المشابهة لها:.....	٧٥
الفصل الثاني: سلطة القاضي التقديرية إزاء التعويض الاتفاقي في عقد التأجير التمويلي	
.....	٨٠
المبحث الأول: طبيعة التعويض الاتفاقي وخصائصه ومصيره "الشرط الجزائي" ..	٨١
المطلب الأول: خصائص التعويض الاتفاقي:.....	٨٢
المطلب الثاني: مصير التعويض الاتفاقي في حالة فسخ او بطلان عقد التمويل.	
.....	٨٨
المبحث الثاني: سلطة القاضي التقديرية في تعديل التعويض الاتفاقي ..	٩٣
المطلب الأول: سلطة القاضي في زيادة وتخفيض التعويض الاتفاقي ..	٩٣
المطلب الثاني: النظام العام وأحكام التعويض الاتفاقي.....	١٠٢
الخاتمة:.....	١٠٧
قائمة المراجع والمصادر.....	١١٠

موضوع البحث وأهميته:

يميل الإنسان بطبيعته إلى إنشاء العلاقات والروابط بين افراد المجتمع، وتكون قائمة على المعاملات التي يتم إبرامها فيما بينهم، وذلك مع وضع قواعد تساعد على تنظيمها وترسيخها هذا من جانب، ومن جانب اخر تعتبرها مخالفة للنظام العام وتأمّر بمنعها، فعمل المشرع على مواكبة المجتمع فسن قوانين تتضمن قواعد قانونية تؤمن استمرارية الحياة الاجتماعية، وإرساء قواعد وحقوق والتزامات، حيث يعمل الدائن بالبحث عن السبل التي يضمن من خلالها تنفيذ المدين للالتزامات الملقاة على عاتقه، وغالبا ما تكون هذه الضمانات مالية، يلتزم بها المتعاقد اذا لم يتم بالالتزام او أخل به فكانت فكرة الشرط الجزائي من أجل تحقيق هذه الغاية فهي وسيلة لحث المدين على تنفيذ التزامه. فإن الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)، قديما كانت تعني الاشتراط والعقاب، حيث كان يعتبر المدين الذي لم يتم بتنفيذ الالتزامات مجرماً، فكانت الغاية ليس تعويض عن الضرر، وانما العقاب والقمع عن عدم تنفيذ الالتزام، ولكن مع تطور الحياة الاجتماعية أخذت بالتعويض الاتفاقي للحد من حجم المنازعات التي قد تثور حول مقدار تعويض الدائن عن الضرر عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأني فيه، والعمل على تخفيف عدد القضايا التي تعرض على القضاء، وتوفير الوقت والجهد والمال بالنسبة للمتعاقدين، وذلك من خلال وضع شرط بالعقد يلتزم به من لم يتم بتنفيذ الالتزام على أكمل وجه، وذلك على قاعدة العقد شريعة المتعدين، فليس للقضاء أي سلطة لتقدير قيمة التعويض، ولكن مع مرور الزمن في المغالاة في قيمة الشرط الجزائي كان لابد من تدخل القضاء في تخفيض قيمته للتخفيف من آثاره فلم يكن دور القاضي سلبيا حياله فمنحه حق التدخل وذلك لتحقيق العدالة¹.

١ طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، ٢٠٠٧، ص ٥.

ومع تطور التشريعات التي تناولت موضوع الشرط الجزائي، وكفلت لقاضي الموضوع سلطة تعديل عليه، وذلك من أجل انصاف المدين ومراعاة تحقيق مصلحة الدائن، وذلك دون ميل إذا كان تقديره يتجاوز الغرض الذي جاء من أجل تحقيقه، حيث كان عقد التأجير التمويلي من بين العقود التي انتشرت بشكل متسارع، وتضمنت نصوصه الشرط الجزائي لتنفيذ الالتزامات.

وتنوع أهمية الكتابة في عقد التأجير التمويلي نظرا لحدثة التجربة الفلسطينية بهذا النوع من التنظيم القانوني للعقود، لا سيما وأن هذا العقد أصبح أحد أهم الوسائل المنافسة والتي تفوق مصادر التمويل المصرفية الأخرى كوسيلة تمويل للاستثمارات والمشاريع الإنتاجية، وعلى اعتبار أن غالبية المصارف الإسلامية تستخدمه كإحدى صيغ التمويل والاستثمار^١، كما تظهر له أهمية خاصة نابعة من أهمية تنظيم العلاقة بين أطراف نشاط التأجير التمويلي من حقوق والتزامات؛ وكذلك تنوع أهمية الكتابة في التعويض الاتفاقي من أهميته؛ كشرط كثير الوجود في ثانيا عقد التأجير التمويلي، سيما أننا نعيش في عالم باتت فيه المعاملات المالية والعلاقات القانونية المختلفة أكثر تعقيدا عما كانت عليه في السابق، وهو أمر بات يستدعي ضرورة دراسة أحكامه، وأحكام ما يرد فيه من بنود واشترطات خاصة التعويض الاتفاقي منها. حيث تساهم عمليات التأجير التمويلي في النهوض الاقتصادي للمجتمعات لسهولة الحصول على التمويل، فهو يمثل وسيلة ناجعة لتمويل الاستثمارات، والمشاريع الإنتاجية بأسلوب يحقق أهداف المتعاقدين، ويوفر فرص عمل ويقلل من البطالة، وبالتالي فإن أهمية الدراسة تكمن في أن عقد التأجير التمويلي يعطي دفعة قوية لنمو وتطور النشاط الاقتصادي في فلسطين نتيجة تطوير المشاريع الإنتاجية المختلفة وزيادة عددها، والتي تعد عماد التنمية الشاملة.

١ حنان كمال الدين جمال ضبان، عقد التأجير التمويلي وتطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠١٥، ص ٧.

وكذلك تزيد عمليات التأجير التمويلي من إمكانية الحصول على عقد ائتمان طويل الأجل للتمويل اللازم للمشاريع الصغيرة والمتوسطة، لما توفره لها من الاستفادة من الأصول دون حاجة إلى تجميد ما يوجد من رؤوس الأموال. أو استئجار الأصول في حال عدم وجود رأسمال، ثم دفع قيمة الأقساط من الناتج الوارد من هذه الأصول، وبذلك يتمكن المستأجر من تنمية ماله ودفع التكاليف التي على عاتقه.

وعليه كانت دراسته أمراً مناسباً ومفيداً لتبيان آثار ورود الشرط الجزائي في عقد التأجير التمويلي، ناهيك إذا ما اقترنت دراسة هذه الآثار بسلطة القاضي التقديرية فيه، وموضوع رسالتنا "التعويض الاتفاقي في عقد التأجير التمويلي وسلطة القاضي التقديرية إزاءه".

الدراسات السابقة:

هناك العديد من الدراسات التي تناولت عقد التأجير التمويلي، والتي تناولت التعويض الاتفاقي أو مسماه الآخر (الشرط الجزائي)، ولكن التعويض الاتفاقي في عقد التأجير التمويلي قليل الدراسات التي تناولته وقد اخترنا منها ما يلي:

دراسة حنان كمال الدين جمال ضبان، عقد التأجير التمويلي وتطبيقاته المعاصرة: وهي رسالة ماجستير، مقدمة لكلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة (٢٠١٥): وتناولت الباحثة في الفصل الأول موضوع حقيقة التأجير التمويلي، وأنواعه، ومجالاته، وتناولت في الفصل الثاني خصائص عقد التأجير التمويلي، وتكييفه الفقهي وحكمه الشرعي، وتناولت في الفصل الثالث أركان عقد التأجير التمويلي وضوابطه، والآثار المترتبة عليه، وأسباب انتهائه، وقد توصلت الباحثة إلى عدة نتائج منها: أن عقد التأجير التمويلي هو عقد ثنائي الأطراف من حيث الإبرام، وعقد ثلاثي من حيث التنفيذ.

دراسة طارق محمد مطلق ابو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني: وهي رسالة ماجستير، مقدمة ل جامعة النجاح، (٢٠٠٧): وفيها تناول الباحث في الفصل الأول موضوع المبادئ والأحكام العامة للتعويض الاتفاقي، من خلال بيان مفهوم التعويض الاتفاقي، وأركانه، وأهميته، وخصائصه، وتناول في الفصل الثاني موضوع شروط استحقاق التعويض الاتفاقي ونطاق تطبيقه والأركان العامة للحكم بالتعويض، وتناول في الفصل الثالث موضوع علاقة التعويض الاتفاقي بالتنفيذ العيني، وتميزه عن الأوضاع القانونية المشابهة له، وتناول في الفصل الرابع موضوع آثار التعويض الاتفاقي ومدى تعلق أحكامه بالنظام العام وسلطة القاضي في تعديل هذه التعويض، وقد توصل الباحث إلى عدة نتائج منها: أن التعويض الاتفاقي هو اتفاق على تقدير التعويض، وهذه النتيجة تعتمد بشكل أساسي على القوة القانونية لاتفاق تحديد التعويض في القوانين المختلفة، أما بالنسبة لخاصية التبعية فهي تعني أن التعويض الاتفاقي التزام ثانوي جاء لضمان تنفيذ التزام آخر وهو الالتزام الأصلي بالنسبة له، وبما أن التعويض الاتفاقي تابع للالتزام الأصلي، فهو يدور معه وجوداً عدماً، وبالتالي فإن بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان التعويض الاتفاقي، ولكن ليس العكس فبطلان التعويض الاتفاقي لا يرتب بطلان الالتزام الأصلي، وقد أوصت الدراسة المشرع الأردني أن يستبدل ما يفيد تعديل التعويض الاتفاقي إلى الحد الذي يتساوى مع الضرر، إلى ما يفيد تعديله إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر.

دراسة شروق عباس فاضل، الشرط الجزائري في عقد التمويل بطريق التأجير: وهي دراسة مقدمة ل كلية الحقوق، جامعة النهريين، وفيها تناولت الباحثة موضوع التحديد القانوني للشرط الجزائري في عقد التمويل بطريق التأجير، من خلال مفهوم الشرط الجزائري، وخصائصه وعناصر استحقاقه، ومصير هذا الشرط، وطبيعته، والجدوى المتحققة منه.

دراسة طارق الحاج، معوقات التأجير التمويلي في فلسطين: وهي رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة النجاح، سنة (٢٠١٧)، وتناول فيها معوقات التأجير التمويلي، وهي في معظمها معوقات مالية وقانونية وثقافية، وقد أوصت الدراسة بتخفيض تكاليف التأجير التمويلي، والتخطيط الجيد للتدفق النقدي في الشركات المساهمة العامة الفلسطينية، حتى يتسنى لها التقدير الأفضل لجدولة سداد الالتزامات، وضرورة إصدار قانون للتأجير التمويلي، بحيث ينظم العلاقة ما بين المؤجر والمستأجر، إذ أظهرت نتائج الدراسة ارتفاع تأثير هذا العامل.

مشكلة الدراسة وتساؤلاتها:

وجد عقد التأجير التمويلي في الأساس لتلبية حاجات ومتطلبات المشاريع التي تحتاج إلى التمويل، عندما عجزت طرق التمويل التقليدية عن تلبية حاجات المشاريع الاقتصادية سواء منها الصغيرة والمتوسطة والكبيرة، للتمويل في ظل نقص أو ضعف التمويل الذاتي، أو عدم توافره، وعدم إمكان تقديم الضمانات الكافية التي تطلبها مؤسسات الإقراض التقليدية، فهو يتيح لتلك المشروعات فرصة لتمويل احتياجاتها من الأصول أو تجديدها في حالة ضعف التمويل الذاتي؛ أو في حالة الظروف الطارئة، وعلى ذلك فإنه يمكن تلخيص مشكلة الدراسة بالسؤال الآتي: ما هو موقف التشريعات من التعويض الاتفاقي، ومدى سلطة القاضي التقديرية فيه خاصة حين يرد في عقد التأجير التمويلي؟ وإلى أي مدى يمكن أن يؤثر الشرط الجزائي في عقد التأجير التمويلي؟ وما هو موقف المشرع الفلسطيني على وجه الخصوص من ذلك؟ ويتفرع من السؤال الرئيس تساؤلات فرعية تتعلق بما يلي: ما هو مفهوم عقد التأجير التمويلي وما هي مراحل وأنواعه؟ وما هو مفهوم التعويض الاتفاقي، وما هي شروط وأهميته؟ وما هي الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي وما هي آثاره؟ وما مصير التعويض الاتفاقي في حال بطلان أو فسخ عقد التأجير التمويلي؟ وما هي سلطة القاضي التقديرية في تعديل التعويض الاتفاقي؟ وما هي طبيعة التعويض الاتفاقي وعناصره، ومصيره، وخصائصه؟

أهداف الدراسة:

إن عقد التأجير التمويلي والتعويض الاتفاقي كشرط من شروط العقد الذي يكون موجوداً في ثنايا العقد التمويلي، سيما وأنه أصبحت المعاملات المالية والقانونية هي التي تعمل على تيسير الحياة الاجتماعية المختلفة، فعقد التأجير التمويلي واسع الانتشار على اعتبار أن غالبية المصارف الإسلامية تستخدمه كإحدى صيغ التمويل والاستثمار^١، وهو أمر بات يستدعي ضرورة دراسة أحكامه، وأحكام ما يرد فيه من بنود واشتراطات، خاصة التعويض الاتفاقي منها وبالتالي فإن أهداف الدراسة تكمن في:

- ١- التعرف على مفهوم كل من عقد التأجير التمويلي والتعويض الاتفاقي، وأنواعهما، وأهميتهما، وخصائصهما، والطبيعة القانونية لهما، وعلى تكييفه الفقهي والآثار المترتبة عليه.
- ٣- بيان دور القاضي فيما يتعلق بالتعويض الاتفاقي بالعقد، وذلك لتخفيف من حدة المغالاة فيه.
- ٤ - تسليط الضوء على أحكام المحاكم المتعلقة بالتعويض الاتفاقي في عقد التأجير التمويلي.

١ حنان كمال الدين جمال ضبان، عقد التأجير التمويلي وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق، ص ٧.

منهج الدراسة:

سأتبع في هذه الرسالة المنهج المقارن حيث تم تقسيمها إلى مبحث تمهيدي وفصلين

كالتالي:

الفصل التمهيدي: عقد التأجير التمويلي والتعويض الاتفاقي في التشريعات المقارنة.

الفصل الاول: طبيعة عقد التأجير التمويلي.

الفصل الثاني: سلطة القاضي التقديرية إزاء التعويض الاتفاقي في عقد التأجير التمويلي

الفصل التمهيدي:

عقد التأجير التمويلي والتعويض الاتفاقي في التشريعات المقارنة:

تقوم الحياة التجارية على العديد من العقود المتنوعة، وذلك تبعاً للنشاطات الاقتصادية التي يقوم بها التجار، بحيث يرتبط بالعديد من العلاقات التعاقدية مع غيره من التجار والموردين من ناحية، ومن ناحية أخرى مع المستهلكين، وذلك بقصد تلقي السلع التي تمكنه من تحقيق الربح من النشاط الذي يزاوله، وعليه فإنه يقوم بإبرام العديد من العقود المختلفة التي تنظم أعماله التجارية، ومن ضمن تلك العقود عقد التأجير التمويلي، فظهور هذا العقد كان نتيجة عجز العقد التقليدي عن تلبية التمويل اللازم للمشاريع التجارية^١. وعليه فإن تجهيز المشروعات على اختلاف أنواعها تكون بحاجة إلى المعدات والأصول الرأسمالية، سواء عند البدء بإنشاء المشروع أو عند إحلال وتجديد المعدات، وتجهيزه يرتب عليه تحدياً كبيراً لموارد المشروع، وهذا يؤثر ويضع القيود على حجم المشروع، أو امكانيات توسيعه، مما يترتب عليه ان يتوافر لديه الاموال اللازمة لتغطيه تكلفة المعدات أو الاصل الرأسمالي عند الحصول عليه، سواء من الرأس المالي المدفوع عند بداية المشروع أو الاقتراض من سوق رأس المال، وذلك مع تقديم الضمانات أو احتياطات المشروع ومخصصاته المالية اللازمة للسداد. وتقوم فكرة عقد التأجير التمويلي على مصادر التمويل الداخلية وهي: مصادر التمويل الذاتي للمشروع، وذلك التي تعتمد على الأموال التي يحتاج إليها لتنمية المشروع والحصول على الأرباح، ومصادر التمويل الخارجي فهي التي تعتمد على الاقتراض من البنوك، أو المؤسسات المالية^٢.

١ محمد عايد الشوابكة، عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط ١، ٢٠١١م، ص ١٤.

٢ محمود فهمي، التأجير التمويلي كوسيلة من وسائل التمويل، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٣٩٦، السنة ٧٥، ٢٠١٨، ص ١٣.

ويعبر عن التعويض الاتفاقي في عقد التأجير التمويلي، حيث يظهر أما في صورة اتفاق بين المؤجر والمستأجر، وذلك لاستحقاق المؤجر القيمة الإيجارية، وذلك حتى ولو لم ينتفع المستأجر بالمال طالما أنه لسبب يرجع إليه وليس للمستأجر^١، وإما أن يكون بناءً على اتفاق بين المتعاقدين، وذلك على اشتراط تأمين المال المؤجر، وذلك لضمان حق المؤجر باستقاء الاجرة عن باقي مدة العقد^٢، ويمكن أن يكون هناك اتفاق آخر على التعويض، وذلك بوضع بند في العقد يسمى بالتعويض الاتفاقي اذا أحل أحد الأطراف بتنفيذ الالتزام الملقاة على عاتقه في التشريعات المقارنة.

المبحث الأول: عقد التأجير التمويلي والتعويض الاتفاقي:

تعتبر الآلية القانونية التي يتحقق فيها التمويل، وهي إجار المعدات الانتاجية أو العقارات المخصصة لأغراض المهنة، وبذلك فقد يدفعنا القول بأن نشأة عقد التأجير التمويلي ترجع الى العصور القديمة، إلا أن هناك العديد من الآراء الفقهية حول نشأة عقد التأجير التمويلي فالبعض اعتبره ظهر في عهد السومريين مدينة (أور) فيما يتعلق بالقواعد والاعراف، أي في عهد الملك البابلي حمورابي، ومن ثم انتقلت إلى القانون الروماني^٣.

والبعض الآخر يؤكد بان عقد التأجير التمويلي يرجع في وجوده الى (٣٠٠٠) قبل الميلاد في مصر، وذلك بقيام أحد الأغنياء بتأجير عقارته لمدة محددة، وبأجر معلوم^٤. إلا أن البعض الآخر اعتبر بأن عقد التأجير التمويلي الى المجتمعات الاسلامية، وذلك من خلال استثمار اموالهم لدى المضاربين بموجب عقد تحدد فيه التزامات كل طرف مقابل شهادة أسهم لتجنب الربا^٥.

المطلب الاول: عقد التأجير التمويلي في التشريعات الأجنبية والعربية:

١ نصت المادة (١١) من قانون التأجير التمويلي المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٥ على أنه: "يجوز الاتفاق على استحقاق المؤجر للقيمة الإيجارية كاملة ولو لم ينتفع المستأجر بالمال المؤجر طالما أن السبب لا يرجع إلى المؤجر".

٢ نصت المادة (١١/د) من قانون التأجير التمويلي الأردني رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٢ على أنه: "يجوز للمؤجر أن يشترط على المستأجر تأمين المأجور لضمان حقه في استيفاء الأجرة عن باقي مدة العقد والثمن المبين في العقد".

٣ فخري الدين الفقهي، صناعة التأجير التمويلي، دراسة تحليلية للسوق المصري، مجلة مصر المعاصرة، ١٩٩٨م، ص ٣١.

٤ محمود فهمي، التأجير التمويلي كوسيلة من وسائل التمويل، مرجع سابق، ص ٦٤.

٥ محمد عايد الشوابكة، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص ١٥.

اختلفت التشريعات والفقهاء في تعريف عقد التأجير التمويلي؛ نظرا لاختلاف النظم القانونية التي أخذت به، وتعدد صوره ونماذجه، لذلك سوف يتم تعريف عقد التأجير التمويلي في التشريعات الأجنبية كالتشريع الولايات المتحدة، والتشريع الفرنسي، كما تعريفه في التشريعات العربية كالتشريع المصري، والأردني، والفلسطيني.

أولاً: عقد التأجير التمويلي في التشريع الأمريكي والفرنسي:

قد تولد في كثير من الأحيان للصدف أو للظروف غير الاعتيادية من أعظم الفكر، وأبلغ النظم، وذلك عند ولادة فكره عقد التأجير التمويلي في صورتها الأصلية في الولايات المتحدة الأمريكية، والتي أسسها أحد أهم رجال الصناعة، واسمه "بوث" (Booth Junior).

فقد كان يمتلك مصنع صغير الحجم لإنتاج بعض المواد الغذائية، وأثناء حرب كوريا عام ١٩٥٠ تقدم الجيش الأمريكي بطلب من السيد بوث بتوريد كميات ضخمة من الاغذية التي تفوق القدرة الانتاجية الاعتيادية لمصنعة، وهنا أصبح في حيرة بين انه لا يريد توفيت هذه الصفقة الضخمة التي سوف تعود عليه بأرباح طائلة، وبين انه عاجز عن تلبيها لضعف قدرته الانتاجية لمصنعه، وعدم تمكنه من الحصول على القروض لشرائها^١.

١هاني دويدرا، النظام القانوني للتأجير التمويلي، دراسة نقدية في القانون الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، مصر،

١٩٩٤، ص ١٠.

وعليه وبناءً على انه لا يريد ان تضيع عليه تلك الصفقة فقد اهتمى من خلال حاجته الى استئجار المعدات اللازمة، وذلك لإنتاج المواد الغذائية، وذلك لكونه لم يكن يمتلك من المال الكافي لإنتاج تلك المواد الغذائية الضخمة، وبالتالي تكون له مصدراً لتحقيق الأرباح تفوق ما قد يحققه مصنعها، حيث كان بوث وذلك من خلال الدراسات والحسابات التي عكف عليها قد أكتشف احتراف تأجير المعدات الانتاجية للمشاريع الاقتصادية التي يمكن ان يكون مصدراً للأرباح الطائلة، فمن خلال نجاح هذه الفكرة، وعدم تعرضها لمخاطر منح الائتمان فقد قام بتأسيس أول شركة للتأجير التمويلي في الولايات المتحدة الامريكية سنة ١٩٥٢، وسجلت تحت اسم (United States Leasing Corporation)^١.

١ عين المرجع، ص ١١-١٢.

هذا وما لبث إلى أن انتشر استخدام نشاط التأجير التمويلي قد حظي بدفعه قوية عام ١٩٦٠، وذلك عندما سمح للمصارف بممارسته الولايات المتحدة الأمريكية، إلى أن بدأ هذا النشاط التجاري بالانتشار في الدول الأخرى بعد قرابه عشر سنوات من ظهوره، ففي ١٩٦٠ اعلنت الولايات المتحدة عن أول شركة للتأجير التمويلي، وسميت باسم الشركة التجارية للتأجير، هذا وما توالى النجاحات الى ان انتشر هذا النشاط في ايطاليا عام ١٩٦١م، حيث قامت بإنشاء شركة (Ali corporation)، كما وظهر في فرنسا عام ١٩٦٢م، وذلك عندما تدخل المشرع لتنظيمه بموجب القانون الذي صدر عام ١٩٦٦، وتم استكماله بمرسومين الأول في ٢٧-٩-١٩٦٧ والثاني ٤-٧-١٩٧٢ لتنظيم نشاط التأجير التمويلي، اما في بلجيكا فقد نظمتها شركة التأجير التمويلي بالمرسوم الذي صدر ١٩٦٧، هذا وقد تزايد الانتشار في اسبانيا فقد صدر المرسوم عام ١٩٧٧ الذي نظم نشاط التأجير التمويلي، وذلك من النواحي المحاسبية والمالية، وهذا يعني بان التأجير التمويلي كان الأكثر انتشاراً في المملكة المتحدة، حيث تميزت تشريعاتها بالقدرة الاستيعابية لهذا النشاط كطريقة تمويلية دون الحاجة للتعديل على القوانين، ودون الحد من الامتيازات الضريبية التي تتمتع بها تلك الشركات عند استخدامها للتأجير التمويلي، ذلك الى جانب العديد من الفروع الصناعية بحاجة الي الجرعات التمويلية، وذلك لملاحقة التكنولوجيا واحتياجات الانتاج، اما في التشريع الفرنسي فقد كانت الانتشار أبطأ بعض الشيء وذلك لأنها كانت تعتبر بان التأجير التمويلي قرضاً، منكره حق ملكية الممول للمال المؤجر، ولم ينتشر إلا بعد ان نظمه القانون ووضع له التشريعات الخاصة به. ومن خلال النجاحات والأرباح التي حققتها الشركة سرعان ما زاد الطلب على إيجار المعدات الانتاجية.

ومما ساعد في ذلك وجود السوق الحر التجاري في الولايات المتحدة، وعليه فقد تم تأسيس شركات تأجير تمويلي مما أصبح التّأجير التمويلي من الظواهر المستقرة في الولايات المتحدة الأمريكية^١.

عقد التّأجير التمويلي في الولايات المتحدة الامريكية: يعتبر أول ظهور لتكوين عقد

التّأجير التمويلي كان في الولايات المتحدة الامريكية وذلك سنة ١٩٥٢، هذا وقد حققت العديد من النجاحات، وذلك مما أدى الى زيادة حجم الأعمال والاستثمارات الى ان زادت الى ١٥٪ سنويا من الارباح، حيث كان النشاط التمويلي خلال تلك الفترة يعرف بالتّأجير التمويلي بدون حق الشراء الاختياري، وهذا مما أعطى الحق للمؤجر ببيع العوائد الانتاجية بعد انقضاء مدة التّأجير دون ان يكون للمستأجر أي حق من ايرادات بيع تلك المواد المؤجرة الي الطرف الثالث، إلا أنه وبعد ذلك صدر تشريع آخر في اغسطس سنة ١٩٨٢ لمنحهم السياسات الضريبية، ولإعطائهم دفعة قوية لشركات التّأجير التمويلي.

١صفاء عمر خالد بلعاوي، النواحي القانونية في التّأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٥، ص ١٢.

لكن اشترط القانون حتى يحق لشركة التأجير التمويلي ان تتمتع بالامتيازات الضريبية والمالية ان يتم تداول الأصول والمعدات الانتاجية لأكثر من مستأجر، لتعميم الاستفادة من التأجير التمويلي^١. وعرف التقنين التجاري الموحد الأمريكي التأجير التمويلي في المادة - ١٠٣ (Sec A) بأنه "تأجير لا يتيح فيه المؤجر اختيار تصنيع أو توريد البضائع محل العقد، ولكن يتعاقد مع طرف ثالث مورد؛ ليطبق البضائع بهدف تأجيرها إلى المستأجر"^٢، وعليه فإنه هذا التعريف اقتصر على العناصر الفعالة في عقد التأجير التمويلي بإمكانية تقرير حق للمستأجر بتملك الأصول، وعدم انفساخ العقد بالإرادة المنفردة، وبذلك الغرض الذي تخصص له الأموال المؤجرة، ويتضح أيضاً بأنه اشترط لإبرام عقد التأجير التمويلي تدخل طرف ثالث (البائع أو المورد)، فيقوم المستأجر باختيار الموارد التي يحتاجها من البائع على ان يقوم المؤجر باستئجارها لصالح المستأجر وليس للمؤجر أن يقوم هو باختيار تلك الموارد، ولا تكون تلك الأموال له بالأصل، وعليه فإنه لا يوجد ما يمنع طرفي العقد من الاتفاق على الحقوق والالتزامات التي يربتها عقد التأجير التمويلي على كل أطرافه.

١ محمود محمد فهمي، مرجع سابق، ص ٦٥.

A Lease in which the Lesser does not select , manufacturer, or supply goods , ٢ but enters into a contract with a third party supplier to acquire goods specifically for the purpose of Leasing them to the Lessee . محمد عايد الشوابكة، عقد التأجير التمويلي، دار

الثقافة، عمان، ٢٠١١، صفحة ٢٩.

- عقد التأجير التمويلي في فرنسا: تعتبر فكرة عقد التأجير التمويلي في التشريع الفرنسي التي أخذها عن الولايات المتحدة، ولكنها اكتفت بصورة التأجير التمويلي التمليكي، ويعرف التأجير التمويلي في فرنسا بمصطلح credit bail، أي الائتمان الايجاري، وكان اول تنظيم تشريعي له بموجب القانون رقم ٦٦-٤٥٥ بتاريخ ٢ يوليو ١٩٦٦. وتبنى المشرع الفرنسي هذا الاصطلاح (credit bail)، والذي يعرف بنشاط التأجير التمويلي، وعرفته المادة الاولى من ذات القانون على انه: " هي عبارة عن عمليات تأجير المعدات أو أدوات التشغيل التي تشتري بمقتضى هذا التأجير بواسطة المشروعات التي تظل مالكة لها عندما تخول هذه العمليات أيا كان وصفها المستأجر إمكانية اكتساب ملكية كل أو بعض الأموال المؤجرة مقابل ثمن يتفق عليه، مع الاخذ بعين الاعتبار اقساط الأجرة المؤداة للمؤجر"^١، الذي استقر العمل به في فرنسا، إلا أنه واجه الصعوبات في تطبيقه، وتم تعديله، وإضافة بعض الاحكام اليه بموجب اللائحة التنظيمية رقم ٨٣٧/٦٧ الصادرة بتاريخ ٢٨ تموز ١٩٦٧ والذي نظم قواعد التأجير التمويلي، حيث كانت الشركة المؤجرة تقوم بتأجير المعدات التي قامت بشرائها او بصناعتها بقصد الاستخدام، كما وتتمتع الشركات بالامتيازات الضريبية المتعلقة بالإعفاء من الضريبة وضريبة الارباح الرأسمالية، وعليه فان نطاق تطبيق هذا القانون كان مقصوراً على المعدات انتاجية وهي المنقولات المادية، والعقارات المخصصة للأغراض المهنية، إلا أن صدر بعدها قانون عام ١٩٧٢ والذي أتاح لشركات التأجير التمويلي باستيراد المعدات لتأجيرها أو لبيعها، كما وأعطى الحق للمستأجر بخيار الشراء في نهاية العقد، وذلك وفقاً للقيمة المتبقية، او بالثمن المتفق عليه، وهذا هو السائد في فرنسا^٢. ومن انواع التأجير التمويلي

في فرنسا:

١ محمود محمد فهمي، مرجع سابق، ص ٧٠.

٢ عين المرجع، ص ٦٦.

التأجير التمويلي للمنقولات: فقد عرفتھا الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٦٦-٤٥٥ سنة ١٩٦٦، عمليات التأجير التمويلي للمنقولات بأنها "عمليات تأجير المعدات (التجهيزات) وأدوات العمل المشتراة من قبل مشروعات (مؤجر)، بقصد إعادة تأجيرها مع بقائها مالكة لها عندما تعطي هذه العمليات أيا كان وصفها المستأجر إمكانية اكتساب ملكية هذه الأصول كليا أو جزئيا مقابل ثمن متفق عليه، يراعى فيه الدفعات التي تم الوفاء بها، ولو في جزء منها"، ومن خلال هذا التعريف بين المشرع الفرنسي بان تكون المنقولات محل عقد التأجير التمويلي مخصصة للأغراض المهنية، أي أن تكون معدات إنتاجية أو ادوات عمل، حيث بين بان العلاقة بين شركة عقد التأجير التمويلي والمستأجر علاقة تجارية، يقوم المستأجر من خلالها بخيار تملك المال المؤجر، فهذا يعتبر من عناصر تكييف عقد التأجير التمويلي.

التأجير التمويلي العقاري: فقد عرفتھا ذات المادة السابقة بأنها: "هي عبارة عن عمليات متضمنة تأجير العقارات لغايات الأغراض المهنية المتخصصة، سواء تم شراؤها بواسطة المؤجر او لحسابه، وهذا يعني بانها تسمح للمؤجر باكتساب ملكية كل او بعض الأصول حتى انتهاء العقد، وبالسعر المتفق عليه فيما بينهم"^٢، ويقصد بذلك بان يكون الهدف من تأجير العقارات (المأجور) مخصصة للأغراض المهنية، وتقديم خدمة مهنية، وليس للغرض الشخصي، هذا وبالمقابل اشترط بان يكون المأجور مملوك للمؤجر، إما عن طريق شرائها أو عن طريق استئجارها، وبذلك فان في نهاية العقد يكون الخيار للمستأجر بتملك المال المؤجر أو إعادة استئجارها.

القانون رقم ٦٦-٤٥٥ الفرنسي، الصادر بتاريخ ٢ تموز ١٩٦٦، المعدل باللائحة رقم ٦٧/٨٣٧، الصادر بتاريخ ٢٨-تموز ١٩٦٧ / مشار إليه، محمد عايد الشوابكة، مرجع سابق، ص ٣٤.

٢ محمد عايد الشوابكة، مرجع سابق، ص ٣٨.

التأجير التمويلي اللاحق: ويعني ذلك بأن يقوم الشخص الطبيعي او الاعتباري ببيع الاصول المملوكة له الى شركة التأجير التمويلي، على ان يقوم باسترجاعها اليه بالإجارة، ولما كان العقد يحتاج الى سيولة نقدية كبيرة، ولم يكن بإمكانه توفيرها فانه يقوم ببيع الاصول المملوكة له للشركة، ويقوم استأجرها منها فان هذه الصورة تقي المشروع من الافلاس، وتساعده على تطويره، وهذا يعني بان المستأجر في العقد يكون هو البائع لتلك الأصول اما المؤجر فهو المشتري في العقد، وعليه فانه لا يشهد هذا العقد تدخل طرف ثالث، حيث لم يذكر هذا النوع من عقود التأجير في المشرع الفرنسي، وذلك لأنها تقتصر على طرفين مؤجر ومستأجر، ولا يتطلب طرف ثالث مورد أو بائع^١، وعليه فان هذا العقد يأخذ فكرة الاحكام التي ترد في عقد التأجير التمويلي العقاري إذا كان يرد على عقارات والاحكام التي ترد على المنقولات اذا كان يرد على المنقولات، وعليه فانه يجب ان تكون الاصول مخصصة للأغراض انتاجية ومن أدوات العمل، وبناءً على ذلك فانه يحق للمستأجر في نهاية العقد أم تملك الأصل، او تجديد العقد، او رد الاموال الى شركة التأجير التمويلي^٢.

ثانياً: عقد التأجير التمويلي في التشريعات العربية:

عرف عقد التأجير التمويلي في التشريعات العربية منها التشريع المصري، والتشريع الأردني، والتشريع الفلسطيني حسب التالي:

١عبدة على حجازي، مصادر التمويل، مع شرح لمصدر القروض وبيان كيفية معاملته ضريبياً، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص٤٥.

٢هاني دويدرا، الارض كموضوع للتأجير التمويلي، دار الجامعة الجديدة، طبعة ١٩٩٩، ص٨٢.

عقد التأجير التمويلي في التشريع المصري: عرف المشرع المصري عقد التأجير

التمويلي من القانون رقم ٩٥ لسنة ٩٥، وتعديلاته رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١ على انه: "كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى المستأجر عقارات، أو منشآت مملوكة للمؤجر، أو يقيمها على نفقته بقصد تأجيرها للمستأجر، وذلك بالأوضاع والموصفات والقيمة الإيجارية التي يحددها العقد"، أي ان العلاقة بين المؤجر والمستأجر بموجب عقد التأجير التمويلي تكون قائمة على ان المستأجر، يحدد المواصفات الموارد التي يريدها، سواء كانت منقولات أو عقارات على ان يقوم المؤجر باكتساب ملكيتها من الطرف الثالث يسمى المورد، ويقوم بتأجيرها للمستأجر مقابل الاجر المحدد بالعقد، وبذلك فيكون للمستأجر في نهاية مدة الاجار إما الحق في خيار شراء الأصل موضوع العقد في الموعد، وبالمبلغ المتفق عليه على ان يراعى في تحديد الثمن المبالغ التي أداها خلال مدة الاجار، أو تجديد العقد لمدة أخرى يتم الاتفاق عليها، أو يتم إعادة الأصل الى المؤجر وبذلك فانه تم تحديد العلاقة بين طرفي العقد المؤجر والمستأجر بالعلاقة إيجاريه. كما ويعرف البند السابع من المادة الاولى المال على انه: "كل عقار، أو منقول مادي، او معنوي يكون موضوعاً لعقد التأجير التمويلي، ويكون لازماً لمباشرة نشاط إنتاجي سلمي، أو خدمي للمستأجر"^٢، وهذا يعني بان القانون ميز لنا ما هو المال الذي يكون موضوع عقد التأجير التمويلي، فالمال يكون منقولاً كالمواد الانتاجية، والاصول المتقلة، والمعدات التي يحتاجها المستأجر في مباشرة نشاطه الانتاجي، فلم تكن لديه السيولة الكافية لشرائها، فيقوم بإبرام عقد مع شركة التأجير التمويلي على ان تقوم الشركة بشراء تلك الأصول من المورد، وهو الطرف الثالث في العلاقة، وتقوم بتأجيرها الى المستأجر مقابل الدفعات التي يتم الاتفاق عليها في العقد، او ان يكون عقار كان يكون المستأجر بحاجة اليه لقيام نشاطه التجاري عليه، وذلك ايضاً مقابل الدفعات التي يتم الاتفاق عليها في العقد، وإلى جانب بعض التعريفات المتعلقة بالتأجير التمويلي، والذي يطلق عليه في بعض

١ القانون المصري، رقم (١٦) لسنة ٢٠٠١ بشأن التأجير التمويلي.

٢ البند السابع من المادة الاولى، وفق تعديل بموجب القانون المصري، رقم ١٦ لسنة ٢٠١١.

التشريعات التأجير التشغيلي والمتعلق بتأجير الأصول للقيام بعمل محدد على أن يسترد المؤجر تلك الأصول من المستأجر ليرد تأجيرها إلى مستأجر آخر، فهذا النوع من التأجير يكون قائم على العملية التجارية وليست المالية، فيكون هدف المؤجر من خلاله إلى اقتضاء ربحه عن طريق التفاوض على القيمة السوقية للأصل المؤجر، وما يميز هذا النوع بأنه لا يسمح للمؤجر باستهلاك رأسمال المستثمر، وذلك لأن فترة التعاقد تغطي جزءاً من العمر الافتراضي للعقد، حيث يكون المؤجر مسؤولاً عن صيانة وتأمين الأصول، ويتحمل مخاطر الأصول للهلاك كما ولا يكن للمستأجر خيار الشراء في نهاية العقد، مثل تأجير معدات تصوير المستندات التلفزيونيات^١.

وعليه فإن صور التأجير التمويلي في التشريع المصري هي:

التأجير التمويلي للمنقولات: يعبر عن عقد التأجير التمويلي للمنقولات، أيًا كان نوعها وطبيعتها، سواء كانت مادية، أو معنوية، على أن تكون هذه المنقولات مخصصة لمباشرة النشاط انتاجي سلعي، أو خدمي للمستأجر، أما فيما يتعلق بالمؤجر ولا يهم بعد ذلك كيف تلقى هذه الأصول، سواء كانت مملوكة له أم تلقاها من البائع، أو المورد وأياً كانت طبيعة السلع والخدمات، وعليه فإن المشرع المصري قد اتفق مع المشرع الفرنسي، بموجب أن تكون تلك الاموال من المعدات والاصول (عقارات ومنقولات) وتكون مخصصة لمباشرة النشاط الانتاجي^٢. وهذا يعني بأنه استلزم بأن تكون المنقولات أما مملوكة للمؤجر، أو تلقاه من المورد بأحد العقود الناقلة للملكية كالبيع او الهبة.

^١ محمود محمد فهمي، مرجع سابق، ص ٧١.

^٢ عبد الرحمن قرمان، عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي والنظام السعودي، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، طبعة الثالثة، ٢٠١٦ م، ص ٢١.

التأجير التمويلي العقاري: يعتبر عقد التأجير التمويلي الذي يرد على العقارات والمنشآت التي تكون مملوكة للمؤجر، أو التي يقوم باستئجارها على نفقته بناءً على طلب من المستأجر على أن يقوم بتأجيرها له، وذلك وفقاً للبنود الواردة بالعقد، فحدد عقد التأجير التمويلي المنشآت فهي تلك التركيبات التي يمكن إعادة فكها لتعود الي طبيعتها الأصلية على أن يتم إعادة تركيبها مرة أخرى في مكان آخر (كهياكل المعارض والمخازن والمستودعات)، وهذا يعني بأن المقصود بالمنشآت المتحركة على خلاف المعتاد عليه التي تكون ثابتة، ولا تتغير إلا بتغير الحال^١. وعليه فإن عقد التأجير التمويلي العقاري اشترط بأن تكون مملوكة للمؤجر، على أن يقوم بتأجيرها للمستأجر بالبدل المتفق عليه في العقد، أي أن تكون مقامة على ارضه الخاصة، أو يقيم عليها البناء بناءً على طلب المستأجر على أن يحتفظ المؤجر بملكية الارض عليه مدة الإيجار، وفي بعض الاحيان قد تكون الارض والبناء للمستأجر، ويقوم المؤجر بشرائها على أن يقوم بإعادة تأجيرها في عقد التأجير التمويلي.

١هاني دويدرا، مرجع سابق، ص ٢٦.

التأجير التمويلي اللاحق: اخذ المشرع المصري ببيان عقد التأجير التمويلي اللاحق وذلك على خلاف التشريع الفرنسي الذي أحدث جدلاً فقهيّاً حول تحديد ما هو التأجير اللاحق. فعرفته الفقرة الثالثة من المادة الثانية من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١ على انه: "عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بتأجير مال الى المستأجر تأجيرياً تمويلياً، إذا كان هذا المال قد آلت إليه ملكيته الى المؤجر من المستأجر بموجب عقد يتوقف نفاذه على إبرام عقد التأجير التمويلي"^١، وهذا يعني بأن العقد المبرم بين المؤجر والمستأجر يكون موقوف نفاذه على حين ابرام عقد التأجير التمويلي اللاحق، أي انه لم يقصد من ابرام عقد البيع التخلي عن المبيع، ولكن التأجير أي وسيلة ضمان للمؤجر. أما فيما يتعلق بتملك المستأجر الاموال المؤجرة فنصت عليه بالمادة الخامسة من ذات القانون بانه يحق للمستأجر الخيار بشراء المال، سواء كله، أو بعضه على ان لا يلحق الضرر بالمؤجر في شراء جزء من المبيع، وفي الموعد والثلث المتفق عليه في العقد، وبذلك يراعى بهذا المبلغ المبالغ التي تم التأجير فيها^٢. وهذا وقد اتفق القانون المصري مع القانون الفرنسي فيما يتعلق بتحديد الثمن أو مقابل تملك المال المؤجر لإرادة الطرفين على ان يتم مراعاة المبالغ التي أداها المستأجر دون تلك الاموال التي لم تستحق بعد، ولكن اختلف القانون المصري عن الفرنسي بأنه تم مراعاة كامل المبالغ التي اداها لا في جزء منها، على ان يكون هذا القيد على العقارات والمنقولات، على خلاف القانون الفرنسي الذي اقصره على المنقولات فقط.

١ نصت المادة (٣/٢) من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١، بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥، بشأن التأجير التمويلي، النشرة الدورية لجمعية الضرائب المصرية، مصر، بحوث ومقالات، مجلد ١٢، العدد ٤٥، ٢٠٠٢.

٢ القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥، بشأن التأجير التمويلي، المادة (٥).

اما فيما يتعلق بتملك المال المؤجر فقد يكون اما بنهاية مدة العقد، او عند فسخه إذا تم الاتفاق بين الطرفين على ذلك او عند دفع ثلاثة اقساط على الأقل، وذلك لان نص القانون اورد مبالغ الاجرة التي أداها في العقد.

عقد التأجير التمويلي في التشريع الأردني: أخذ المشرع الاردني بعقد التأجير التمويلي حيث نصت المادة الثالثة من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٢ على انه " هو عبارة عن العقد الذي يحق للمستأجر بموجبه الانتفاع بالمأجور مقابل بدل إيجار يدفعه للمؤجر، على ان يتحمل المستأجر المخاطر التي تتعلق بالمأجور"^١، وهذا يعني بان نص المشرع على تحمل الخسائر جاءت كقواعد مكملة للعقد، وليست عنصراً من عناصر تكيف العقد، وعليه فان تحمل المستأجر لبعض مخاطر العقد، لا يجعله عقداً آخر غير التأجير التمويلي، كما وحدد المشرع ماهي البنود الاساسية التي يجب ان تتوفر حتى يعتبر العقد عقد تأجير تمويلي، وهي اذا تضمن العقد التزاماً او شرطاً لنقل ملكية المأجور من المؤجر الى المستأجر، إما بمقابل بدفع المبالغ المتفق عليها في العقد، أو دون مقابل عند انتهاء مدة العقد، وعليه فقد حدد بان لا تقل مدة العقد عن ٧٥٪ من العمر التقديري للانتفاع بالمأجور^٢، كما وقد نصت المادة ٤٨٧/١ من القانون المدني الأردني فيما يتعلق بنقل ملكية المأجور الى المستأجر، على انه يجوز للبائع اذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً ان يشترط تعليق نقل ملكية المأجور الى المشتري حتى يؤدي جميع المبالغ، ولو تم نقل المبيع^٣، على انه اذا تم استيفاء الثمن تعتبر ملكية المشتري مستنده الى وقت البيع، وهذا يعني بان ملكية المال يعتبر مملوكاً للمستأجر من وقت ابرام العقد، وذلك على خلاف قانون التأجير التمويلي الأردني الذي اشترطت بان تنتقل الملكية عند انتهاء مدة العقد مقابل دفع جميع الاقساط المتفق عليها في العقد، كما وتعتبر هذه صورة من صور التأجير التمويلي التمليكي أو الرأسمالي الذي أخذ به التشريع الأمريكي.

١ القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠١٢، بشأن التأجير التمويلي، وتعديلاته بقانون رقم ٤٨ لسنة ٢٠٠٣، المادة (٣).

٢ تم اضافة هذه الحالة بموجب القانون المعدل رقم ٤٨ لسنة ٢٠٠٣.

٣ قانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، القانون المدني الاردني.

وعلى ضوء ذلك فان المشرع الاردني خالف كلاً من المشرع المصري والفرنسي، وذلك لأنه لم يعتبر العلاقة بين المؤجر والمستأجر علاقة إيجارية على الرغم من بعض مدلولات التي تشير إلى تلك العلاقة بانها ايجار، ولكنها علاقة مختلفة يصعب اعتبارها ايجار، وذلك لأنها لا تقوم على أساس المنفعة كما هو الحال في عقد الإيجار. اما فيما يتعلق بتحديد العمر التقديري للانتفاع بالمأجور بان لا تقل عن ٧٥٪، وهي الفترة التي تستخدمها المنشأة للأصل، أي عدد الوحدات الانتاجية التي يحصل عليها المستأجر من استخدام الأصل.

فهذا وبرأي الباحثة قد يثير الصعوبة في تحديد العمر الاقتصادي بالنسبة للعقارات والمنقولات المعنوية، وهذا على خلاف المنقولات المادية التي يمكن ان يتم تحديد عمرها الاقتصادي قبل المباشرة في استخدامها، الا انه ومع التطور العلمي والتقني السريع تصبح مسألة تحديد العمر الاقتصادي غير منضبطة، وذلك لانعدام الآلية القانونية التي تكون مسؤولة عن هذا التحديد. أي ان هذا المعيار لا يصلح كمعيار قانوني، وان كان يصلح كمعيار محاسبي، وهذا ما ذهبت إليه المعيار المحاسبي الدولي (١٧) لعقود التأجير التمويلي التي أوجبت أن تغطي فترة الإجارة الجانب الأكبر من العمر الاقتصادي للأصل في عقد التأجير التمويلي^١.

١ محمود فهمي وآخرون، التأجير التمويلي، والمعيار المحاسبي رقم ١٧ التعاريف، ص ٦٩.

- عقد التأجير التمويلي في التشريع الفلسطيني: يعتبر عقد التأجير التمويلي من أهم وسائل التمويل حديثاً فهو من وجهة نظر الاقتصاديين نشاط يقوم على تمويل المشاريع، وذلك أسوة بغير من وسائل وطرق التمويل، ولكن التأجير التمويلي جاء بصورة فعالة أكثر، وبطريقة أكثر حماية، وحرصاً على مصالح الأطراف، حيث جعل فكرة التمويل مشجعة أكثر، وذلك لتجنبه الكثير من المخاطر التي قد يتعرض إليها الأطراف من طرق التمويل التقليدية. حيث أنه وعلى الصعيد الفلسطيني نشأ نشاط عقد التأجير التمويلي حديثاً، وما زالت النشأة الفلسطينية حديثة، حيث بقي النشاط التمويلي دون تنظيم قانوني حتى عام (٢٠١٤) وذلك عند صدور القرار بقانون رقم (٦)، وعليه فيكون أول تنظيم قانوني لعقد التأجير التمويلي من حيث التعريف والأطراف والآثار والتنفيذ والتسجيل، هذا وقد لحقت به العديد من تعميمات التي تكون صادرة عن هيئة سوق رأس المال بشأن تنظيم آلية العمل بقطاع التأجير التمويلي. وعليه فقد عرف التأجير التمويلي في المادة الأولى من القرار بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ على انه: " هو النشاط الذي يمارسه المؤجر، والذي يمنحه بموجبه حق حيازة واستخدام العين المؤجرة إلى المستأجر لمدة محددة مقابل دفعات التأجير"، كما وعرفت عقد التأجير التمويلي على انه: "هو عبارة عن عقد خطي يتم إبرامه وتنظيمه وفقاً لأحكام هذا القرار بقانون"، ولذلك جاء القرار بقانون لينظم العلاقات بين الأطراف في تمويل مشاريعهم، من خلال عقد التأجير التمويلي حيث أنه أعطى للمؤجر الحق في ممارسة نشاطه في إيجاره الأصول المادية التي تكون ملكاً له، وذلك لاستثمارها مقابل الدفعات التي يتم الاتفاق عليها بين الأطراف في العقد كما والزم أن يكون العقد مكتوب خطي وذلك لضمان حقوق الأطراف، حيث أنه أيضاً أعطى الحق للمستأجر بحق حيازة واستخدام العين المؤجرة، وذلك مقابل دفعات التأجير.

١ القرار بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٤، بشأن التأجير التمويلي، تشريع خاص، ساري النفاذ في الضفة الغربية وغزة، م. (١).

حيث نظم القرار بقانون الفلسطيني الخاص بعقد التأجير التمويلي جميع حقوق الأطراف، كما يهدف هذا التنظيم إلى تخفيف حجم الخلافات التي قد تقع بين الأطراف، وإيجاد الحلول المسبقة لها، حيث إنها تشكل الضمانات لطرف على الآخر، وذلك لخصوصية هذا العقد، واختلافه عن غيره من العقود كما، وأن التزامات أطراف العقد تختلف عن التزامات العقود الأخرى، ومن الممكن في بعض الأحيان أن تتفق وإياها. وبالمقابل من ذلك فإن عقد التأجير التمويلي حدد الشروط الواجبة توافرها في العقد، وذلك بالمادة الرابعة من ذات القانون، وهي أن يقوم المستأجر بتحديد العين المؤجرة ويختار المورد، على أن يقوم المؤجر بتملك العين المؤجرة من المورد وذلك بهدف تأجيرها بموجب عقد التأجير التمويلي المكتوب خطي، و أنه وبموجب هذا العقد يعطي الحق للمستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، و ذلك مقابل دفعات التأجير التي يتم الاتفاق عليها بين الأطراف^١، حيث انه لم يشترط بأن تكون تلك الاموال ذات طبيعة انتاجية، بل يجوز ان تكون هذه الاموال للاستعمال الشخصي، كما ولم يشترط أيضاً شموليه، او عدم شمولية العقد لخيار الشراء، ومن صور التأجير التمويلي^٢:

التأجير المباشر: يعتبر التأجير مباشراً عندما تقوم شركة التأجير التمويلي بشراء الأصول والمعدات الانتاجية المطلوبة الذي يحددها المستفيد على ان تقوم بتأجيرها له، وذلك مقابل الدفعات بدل الإجار المتفق عليه في العقد، كما وانه لا يجوز إلغاء العقد بإرادة إحدى الطرفين المنفردة، وعليه فانه في نهاية مدة العقد يكون للمستأجر خيار تملك الاصل بالثمن المحدد في العقد.

١ القرار بقانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٤، بشأن التأجير التمويلي، المادة (٤).

٢ عثمان التكروري، القانون التجاري، محاضرات في عقد التأجير التمويلي، نشرت بتاريخ ١١/٧/٢٠٢٠، على موقع <http://www.othman.ps>.

التأجير التمويلي البدلي: وهذا يعطي الحق للمستأجر في تأجير البدلي بخيار تحديث المعدات أي إعادة صيانتها، او يقوم بتبديلها بأصل جديد، وذلك لتفادي الخسائر التي قد يصيب المعدات الانتاجية كما ولا يرتبط ذلك مدة العقد بالعمر الاقتصادي للأصول المؤجرة، وعليه وما يعطيه هذا النوع من ميزات للمستأجر فان الدفع يكون على اقساط مرتفقه، وارتفاع قيمه الفائدة عليه.

التأجير التمويلي اللاحق: يقصد بذلك البيع مع إعادة التأجير، أي يكون صاحب المشروع لدية الموارد الانتاجية التي يمارس مشروعه من خلاله ولكن بحاجة إلى سيولة نقدية كافية لإدارة مشروعه، إلا انه لم يكن لديه السبل الكافية للحصول عليها فيقوم ببيع تلك الأصول الإنتاجية إلى شركة التأجير التمويلي، ومن خلال ثمنها يقوم بسد حاجته الضرورية، وذلك بشرط ان تقوم الشركة بتأجيرها له ومن ثم يستأجرها منها.

وبناءً على ذلك يكون عقد البيع من المستأجر الى المؤجر موقوف، وذلك لان المستأجر لم يقصد من البيع التخلي عن المبيع ولكن كان الهدف إبرام عقد تأجير تمويلي اللاحق، أي ان الهدف من عقد البيع وسيلة ضمان للمؤجر، وبذلك فان الصورة في هذا العقد تقتصر على العلاقة على المؤجر والمستأجر، ولم يكن فيه طرف ثالث، وبهذا يعني بان المستأجر يبقى حائزاً للأصول الانتاجية التي قام ببيعها الى شركة التأجير التمويلي، ولكن تختلف صفته بموجب العقد، فهو بالسابق كان مالكاً للأصول الانتاجية، وبعد بيعها اصبح مستأجراً لها على أن يكون له الخيار في نهاية العقد، أما بتملكها مع الاخذ ببيع الاعتبار الدفعات السابقة، أو يقوم باسترجاعها الى شركة التأجير التمويلي.

وعليه فان عقد التأجير التمويلي يعتبر من العقود طويلة الأجل، وذلك بحسب الأصل كما ويعكس على مدى قدرة هذا العقد على التكييف وأهمية النظام الاقتصادي الذي يظهر فيه، كما وحددت المادة الخامسة من القرار بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ ما هي الأنشطة التي تعتبر من قبيل التأجير التمويلي، ووردت على سبيل المثال والمتعلقة بعملية البيع، وإعادة الاستئجار، حيث يقوم المورد من خلالها ببيع المال الى المؤجر اذا لم تكن لديه سيولة نقدية على ان يوضع شرط بالعقد والمتعلق بإعادة استئجارها وفقا لأحكام هذا القانون، اما فيما يتعلق بالتأجير من الباطن والمتمثل بقيام العلاقة بين ثلاثة اطراف، وهي ان يقوم المستأجر بموجب عقد التأجير التمويلي ويكون بموافقة من المؤجرة على ان يقوم المستأجر بتأجير العين المؤجرة من الباطن، فيكون بذلك المستأجر (مؤجر من الباطن) الى الشخص الثالث وهو (المستأجر من الباطن)، ويكون ذلك مقابل الدفعات المتفق عليها، كما ويتمتعان بكافة الحقوق والالتزامات أطراف عقد التأجير التمويلي.

أما فيما يتعلق بالتأجير اللاحق والذي يتمثل بإعادة تأجير العين المؤجرة بعد فسخ عقد

التأجير مع المستأجر الى مستأجر جديد^١.

١ المادة الخامسة، القرار بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٤، بشأن التأجير التمويلي، ساري النفاذ في الضفة الغربية وغزة.

المطلب الثاني: خطوات انعقاد عقد التأجير التمويلي وأنواعه:

التأجير التمويلي هو نظام تمويلي يقوم فيه المؤجر (الممول) بتمويل شراء أصل رأسمالي بطلب من المستأجر (مستثمر)، بهدف استثماره لمدة لا تقل عن (٧٥٪) من العمر الافتراضي للأصل، مقابل دفعات دورية (مقابل التأجير، على أن تكون دفعات مقابل التأجير قد غطت تكلفة الأصل وهامش ربح محدد)، مع احتفاظ المؤجر بملكية الأصل وحتى نهاية العقد، وحق المستأجر في خيار شراء الأصل عند نهاية مدة التأجير، أو تجديد عقد التأجير مرة أخرى. أو إعادة الأصل للمؤجر في نهاية مدة التأجير .

وهذا النظام فرضته الضرورة الاقتصادية في الوقت الحاضر، فالتطور السريع في الاقتصاد والصناعة يتطلب أن تقوم المشاريع بإدخال أحدث خطوط الإنتاج والحصول على الأجهزة الحديثة والمتطورة للحفاظ على وجودها واستمرارها، وقدرتها على المنافسة، وهو ما يحتاج إلى قدرة مالية عالية، قد تؤدي إلى تجميد رأس المال، وفقدان السيولة المالية إذا لجأ المشروع إلى موارده الذاتية، في حين أن الاقتراض من مؤسسات الإقراض التقليدية يحمله أعباء وقيودا وضمانات شخصية وعينية تعيق عمل المشروع، أو تعرضه لمخاطر السداد والإفلاس، وبالتالي فإنه يجب بيان مراحل عقد التأجير التمويلي وأنواعه.

أولاً: مراحل انعقاد عقد التأجير التمويلي:

عثمان التكروري، القانون التجاري، محاضرات في عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق.

يتطلب تنفيذ صيغة التأجير التمويلي، والتي تعتبر من صيغ التمويل المعاصرة الوقوف على الخطوات العملية الهامة لها، والتي تقوم على ثلاث مراحل هي: مرحلة دراسة العملية، ومرحلة تنفيذ العملية، ومرحلة انتهاء عملية التأجير التمويلي كالتالي¹:

المرحلة الأولى: دراسة العملية: يحدد صاحب المشروع المعدات والآلات، أو السلع التي يرغب في الحصول عليها لبدء مشروعه، أو تطويره، ومواصفاتها الفنية، ويبحث عن مورد (صانع أو منتج) أو بائع، ويقوم بالتفاوض معه بشأن مواصفات تلك المعدات والآلات أو السلع، وطريقة صنعها أو إنشائها، وخصائصها وثمانها... الخ، ويحصل منه على عرض يتضمن الثمن وجميع المواصفات المتفق عليها، ويعد دراسة جدوى اقتصادية للمشروع.

المرحلة الثانية: تنفيذ العملية: يقدم صاحب المشروع طلباً لشركة التأجير التمويلي لشراء تلك المعدات والآلات من المورد أو البائع، وتأجيرها له، ويتفاوض معها من حيث قيمتها وبديل إيجارها، ومدة الإيجار، وقيمة كل قسط وشروط العقد الأخرى.

المرحلة الثالثة: انتهاء عملية التأجير التمويلي: تقوم شركة التأجير التمويلي بدراسة الطلب ومرفقاته، وفحص الصفة المطلوب تمويلها، والحالة المالية لصاحب المشروع؛ وتتخذ قرارها في ضوء نتيجة هذه الدراسة، سواء بالموافقة أو عدم الموافقة على تمويل المشروع، وإذا وافقت على الطلب تقوم بإبرام عقدين²:

العقد الأول: عقد شراء المعدات المطلوبة مع المورد أو البائع الذي اختاره العميل وتغوض العميل في معاينة المعدات واستلامها، ويحرر محضر بالتسليم يرسل لها (شركة التأجير التمويلي)، فتدفع الثمن للبائع أو المورد.

١ احنان كمال الدين جمال ضبان، مرجع سابق، ص ٢٢.

٢ عين المرجع، ص ٢٢.

والعقد الثاني: عقد تأجير تمويلي مع العميل كمستأجر، يشتمل على شروط العقد من حيث قيمة التمويل، وما إذا كان سيرد على كامل الأموال، أو على نسبة مئوية من قيمة العقد، وآلية التسديد وقيمة الأقساط ومواعيدها؛ ومدة العقد والتزامات كل طرف والضمانات التي سيقدمها المستأجر كالتأمين على المأجور لصالح المؤجر، وغيرها من الشروط. وتدفع الأقساط الإيجارية في فترات زمنية معينة، تكون عادة مرتبطة بالعمر الافتراضي لهذه المعدات، ويشكل مجموع هذه الأقساط الدورية (الأجرة) ثمن شراء الأصول المؤجرة ومصاريف إتمام الصفقة وهامش ربح معقول. كما ينص في العقد على بقاء ملكية المأجور للمؤجر طوال مدة العقد، وعلى خيار المستأجر في الشراء في نهاية مدة الإيجار بالثمن المحدد المتفق عليه. ويراعى في تحديد الثمن عند إبداء الرغبة في الشراء؛ قيمة الأقساط المدفوعة، أي بسعر تحفيزي، وقد يتم التملك دون مقابل في بعض القوانين إذا كانت الأقساط تغطي كامل الثمن المتفق عليه. ويتبين من ذلك أن إنجاز عملية التأجير التمويلي تتطلب تدخل ثلاثة أطراف هم: **المستأجر** صاحب المشروع الذي يبادر إلى تحريك العملية لحاجته للانتفاع بالأصل في مشروعه، **والبائع** أو **المورد** الذي يريد التصرف في المنقول والحصول على الثمن، ويقوم بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد البيع لفائدة المستأجر، **وشركة التأجير التمويلي** التي تقوم بالشراء وإبرام عقد البيع مع المورد أو البائع بناء على طلب المستأجر منها ذلك، فيتحقق بذلك مراد الطرفين الآخرين، ومع ذلك يمكن أن تحصل شركة التأجير التمويلي على تمويل من مؤسسة مالية لشراء محل العقد لصالح المؤجر فيصبح عندنا طرف رابع هو تلك المؤسسة الممولة.

ولا تتعدى العلاقة بين البائع أو المورد والمستأجر اختيار الآلات وتكون العلاقة المباشرة بين ذلك البائع وشركة التأجير التمويلي، ويعتبر المستأجر في اختياره الآلات والمعدات محل عقد البيع وفحصها واستلامها بمثابة وكيل لشركة التأجير التمويلي، فإن المستأجر يتحمل كل النتائج المترتبة على سوء اختياره للآلات والموردين، وتحول له ضمانات البائع (كالعيوب الخفية)، بينما لا تتحمل شركة التأجير التمويلي أي مسؤولية ناتجة عن عملية التأجير التمويلي مع احتفاظها بحق الملكية.

وتجدر الإشارة إلى أن ما يقوم به المؤجر من دراسة العملية، وتحقيق طلب المستأجر بشراء سلعة معينة ليتاجرها أمر ضروري، ولازم للحفاظ على أمواله المراد استثمارها، ويجب أن يقوم المؤجر بمعاملاته وفق الشريعة الإسلامية، ولا يجوز له أن يشتري سلعة محرمة شرعاً^١.

ثانياً: أنواع عقد التأجير التمويلي: يوجد لعقد التأجير التمويلي عدة أنواع تختلف حسب الاعتبارات التي يقوم عليها العقد من حيث المحل ومن حيث مآل حق الملكية، ومن حيث النظر إلى إبرام العقد كالتالي:

١- **المحل:** يقسم عقد التأجير التمويلي من حيث المحل الذي يرد عليه العقد لنوعين هما نوع يرد على العقارات، ونوع يرد على المنقولات.

أ- **العقارات:** كالأراضي فيكون محلاً للعقد الإيجار التمويلي، كل أصل غير منقول، أو أصل منقول مادي أو أصل معنوي^٢.

١ حنان كمال الدين جمال ضبان، مرجع سابق، ص ٢٢.

٢ علاء الدين الخصاونة، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٢، ص ٢٣.

ويقصد بال عقار كل شيء مستقر بخيره ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف، أو تغيير في هيئته^١، واعتبر المشرع المصري العقد تأجيراً تمويلياً للعقار استناداً على المادة (٢/٣) والتي نصت على أن: "كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر إلى المستأجر عقارات، أو منشآت مملوكة للمؤجر أو يقيمها على نفقته بقصد تأجيرها للمستأجر، وذلك بالشروط والمواصفات والأوضاع والقيمة الإيجابية التي يحددها العقد"، أما بالنسبة للمشرع الأردني بين في المادة (٢/١٨) أن العقار محل العقد يخضع للتسجيل لدى دائرة الأراضي المختصة، ولا تسري عليها أحكام الشفعة والأولوية عند نقل ملكيته من المؤجر إلى المستأجر، أو من المؤجر إلى مؤجر آخر.

ب- المنقولات: كالأليات والمعدات اللازمة للمشروع ويعرف بالعقد الذي يقع على منقول ويقوم فيه المؤجر بتأجير المنقولات إلى المستأجر مقابل بدل إيجار يتفق عليه الطرفان^٢، وهذا النوع نظمه المشرع المصري فقد نصت المادة (١/٢) منه على أن: "كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى المستأجر منقولات مملوكة له، أو تلقاها من المورد استناداً إلى عقد من العقود، ويكون التأجير مقابل قيمة إيجاريه، يتفق عليها المؤجر مع المستأجر^١، أما بالنسبة للمشرع الأردني فإنه لم يميز بين عقد التأجير التمويلي للمنقولات والعقارات، ويجوز وفقاً لأحكام القانون أن يرد على منقولات أو عقارات، ويجب إخضاعها لإجراءات التسجيل المنصوص عليها وفق التشريعات النافذة، ويجب مراعاة القواعد الخاصة بتملك غير الأردنيين للأموال غير المنقولة.

٢- مال حق الملكية: يقسم عقد التأجير التمويلي من حيث مال حق الملكية لنوعين هما

التأجير التمويلي التملكي، والتأجير التمويلي غير التملكي حسب التالي:

١ القانون المدني الأردني، المادة (٥٨).

٢ هاني دويدرا، الارض كموضوع للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص ٣٦.

١ قانون التآجير التمويلي المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٥م، المادة (١/٢).

أ-التأجير التمليكي "الإجارة المنتهية بالتمليك": وهي حق شراء العين المؤجرة في نهاية مدة الإيجار من قبل المستأجر، فإذا تضمنت عقد التأجير التمويلي منح المستأجر حق تملك العين المؤجرة، فهذا يسمى الإيجار التمليكي، ويبرم المتعاقدان عقداً بمقتضاه يؤجر المؤجر المستأجر المنقولات، أو العقارات محل العقد، ويلتزم المستأجر بسداد الأقساط المترتبة عليه طوال مدة العقد ثم يملك المستأجر العين المؤجرة بعد الانتهاء من سداد الأقساط، وهنا يتحمل المستأجر كافة التكاليف الخاصة بالصيانة والإصلاح طوال مدة الإيجار^٢.

ب-التأجير التمويلي غير التمليكي: وهنا لا يوجد حق في شراء العين المؤجرة في نهاية مدة الإيجار، ويتفق المتعاقدان على تمكين المؤجر المستأجر من الانتفاع بالمال، ولا يحق له تملك العين بعد نهاية العقد وسداد أقساط الأجرة، وقد يشترط حق التمتع بعائد يصل ٩٥٪ من ثمن العين المؤجرة بعد بيعه كما هو سائد في بريطانيا، وتكون مدة هذا العقد لا تستغرق غالبية العمر الافتراضي لأصل الآلات والمعدات، وتغطي هذه المدة جزءاً من العمر الافتراضي للأصل^٣.

٣-آليه إبرام العقد: يقسم عقد التأجير التمويلي من حيث إلى إبرام العقد لنوعين هما التأجير التمويلي المباشر، والتأجير التمويلي غير المباشر حسب التالي:

١ علاء الدين الخصاونة، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٥.

٢ حسام الدين فتحي ناصف، التأجير التمويل الدولي للمنقول، دراسة للقواعد المادية وقاعد تنازع القوانين الواجبة التطبيق على التأجير التمويلي في القوانين الوطنية، واتفاقية أوتاوا الموقعة سنة ١٩٨٨، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مجلد ٤٦، العدد ٢، ٢٠٠٤، ص ٥٠.

٣ عين المرجع، ص ٥١.

أ- التمويل المباشر: يكون التأجير التمويلي مباشراً إذا تمت العلاقة التعاقدية بين المؤجر والمستأجر بعد مفاوضات بينهما، ويمكن أن تكون على أنواع معينة من المعدات، يقوم بها المؤجر بتوفير كامل قيمة الأصول المؤجرة من مصادره الخاصة، كصاحب المشرع الذي يكون بحاجة لاستغلال أصل معين كالألات، والمعدات في مشروعه، فيتوجه إلى المؤجر "شركة التأجير التمويلي" طالباً تمويله، وتقوم الشركة بتمويل شرائه أو بنائه وتحتفظ بملكيته، ثم تقوم بتأجيره إلى المستأجر "صاحب المشروع"، ويلتزم المستأجر بالوفاء بأجرة دورية طوال مدة التأجير على أن يكون له الخيار عند نهاية المدة بين تملك الأصل، أو رده إلى المؤجر أو إعادة استئجاره، وتكون العلاقة بين المؤجر والمستأجر علاقة مباشرة، يطلب فيها المستأجر سلعته ويدرس المؤجر طلبه، ويقوم الاتفاق بينهما على إبرام عقد التأجير التمويلي^٢.

ب- التمويل غير المباشر: يكون هذا النوع من خلال قيام الشركات المصنعة، أو الموردة للأصل، أو المعدات بتقديم العميل للمؤجر، وهو ما يطلق عليه تسهيلات البيع^٣، كأن يتوجه المستأجر مباشرة إلى المورد "البائع"، ويتفق معه على سلعة معينة "محل العقد" ثم يذهب المورد إلى المؤجر، ويقدم هذا العرض، ويبيدي استعداداه وموافقته على بيع السلعة إلى المؤجر، فإذا وافق المؤجر على ذلك ينعقد عقد البيع بين المؤجر والمورد، وبعدها ينعقد عقد الإيجار بين المؤجر والمستأجر، وتكون العلاقة بين المؤجر والمستأجر غير مباشرة.

١ بسام عثمان، نقل التأجير التمويلي ودوره في تفعيل مشروعات بالسكك الحديدية، منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، مجلد ٢٧، العدد ٣، ٢٠١١م، ص ٦١٥.

٢ هاني دويدرا، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ٢٠٠٣م، ص ٦٤.

٣ محمد عبد الله الرشدي، عقد الإيجار المنتهية بالتملك، دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، ٢٠٠٩م، ص ٢٢.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد التأجير التمويلي لا يقتصر على نوع واحد، وإنما يقوم على العقارات والمنقولات بكافة أنواعها، وأن عقد التأجير التمويلي قد يمنح المستأجر بتملك العين المؤجرة كالتأجير التمويلي التمليكي، وقد لا يمنح المستأجر ذلك الخيار كالتأجير التمويلي غير التمليكي، ويقوم عقد التأجير التمويلي إما عن طريق علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر، أو عن طريق علاقة غير مباشرة وهنا يتقدم المستأجر "العميل" للمؤجر عن طريق المورد.

المبحث الثاني: المبادئ والأحكام العامة للتعويض الاتفاقي

يسعى الأشخاص في أغلب الأوقات إلى ضمان المستقبل، الأمر الذي يؤدي بهم إلى الانتشار المتزايد والمتنوع للعقود من أجل تبادل الأموال والخدمات، وقد أفسح المشرع للأفراد المتعاقدة تدعيم عقودهم واتفاقاتهم بالتعويضات الاتفاقية، ولذلك يجب بيان مفهوم التعويض الاتفاقي وشروطه، وأهميته، وخصائصه.

المطلب الأول: مفهوم التعويض الاتفاقي وشروطه:

يعتبر عقد التأجير التمويلي في الوقت الحاضر هو من الصيغ المستجدة، وذلك في إطار المشروعات التجارية والصناعية، فهو الوسيلة المستحدثة للتمويل، وإن كان يرجع في أصوله الى الزمن القديم^١، فمواكبه المشرع لميل الانسان الفطري، والعيش في الوسط الاجتماعي، وما ينشأ عنه من التعاملات الاجتماعية، وتشابك المصالح فسن القوانين التي تتضمن القواعد القانونية التي تضمن وتؤمن استمرار الحياة الاجتماعية، وفرض قواعد الحقوق والالتزامات، وبذلك فإن من أهم ما توصل إليه المشرع هو السماح للأفراد بالتعاقد، وبذلك فإن العقد شريعة المتعاقدين. وبما ان طبيعة الانسان تكون قائمة على التنوع والتطور فإن علاقته الانسانية متعددة ومتطورة، وبذلك فإن المشرع كان قادراً على الاحاطة بكل ما يقوم به الانسان، فتم وضع القواعد القانونية التي تستوعب العلاقات الانسانية المتطورة، وذلك لحمايتها وتنظيمها، وبذلك فإن دخول الافراد في تلك العلاقات المتنوعة تكون قائمة على نوعين من الالتزامات، اما ان تكون التزامات أدبية (طبيعية) وهي غير ملزمة في نظر القانون، وإما الالتزامات القانونية وهي التي تنشأ عنها صفة المديونية (دائن ومدين) وهي ملزمة^٢.

حيث يلتزم المدين بموجبة، وفي حال عدم تنفيذه للالتزامات الملقاة على عاتقه، او تأخر في تنفيذها بإداء بدل العطل والضرر، ففي الاساس يكون المرجع الاساسي لتحديد قيمة العطل والضرر، ففي الاساس يكون المرجع الاساسي لتحديد قيمة العطل والضرر هو القضاء.

١ شروق عباس فاضل، الشرط الجزائي في عقد التمويل بطريق التأجير، جامعة النهرين، كلية الحقوق، ص ٢٧.

٢ طارق محمد ابو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، مرجع سابق، ص ١٠.

إلا أن طريق القضاء قد يحتاج الى الكثير من الوقت والمال والجهد، وذلك أيضاً لأنه علمية تقدير التعويض ليست بالأمر السهل، فبالتالي تحتاج الى الخبرة والمعرفة التي لا تكون موجودة في القاضي فيكون بحاجة إلى تعيين الخبير، وذلك لتقدير قيمة التعطيل والضرر، وهذا أيضاً من شأنه أن يطيل في النزاع، وذلك مما يتعارض مع الغاية الاساسية من التعاقد، وهي الحصول على المنفعة بأسرع الوقت وأيسر السبل^١، وعليه كان لابد من الاطراف المتعاقدة وانطلاقاً من الحرية الممنوحة لهم في العقد (العقد شريعة المتعاقدين) بأن يتم تحديد بدل العطل والضرر ودياً فيما بينهم، على ان يتضمن العقد تعويضاً اتفاقياً، وذلك بإدراجه في صلب العقد، أو يكون في اتفاق لاحق له.

اما في عقد التأجير التمويلي فيكون الغرض الاساسي منه هو تمويل المشاريع الاستثمارية، فيتم من خلال تحديد المستأجر للموارد والاصول التي يحتاجها في مشروعة على ان يلتزم المؤجر بشراء تلك الأصول من البائع، على ان يقوم بتأجيرها للمستأجر، وذلك مقابل الدفعات التي يتم الاتفاق عليها في العقد، على ان ينتفع المستأجر بالمأجور طوال مدة العقد والمحافظة عليها من لحظة استلامه اياها وصيانتها. فعقد التأجير التمويلي يكون قائماً على نوعين من الضمانات وهي اما ان تكون ضمانات قانونية، أو ضمانات اتفاقية.

١ طارق محمد ابو ليلي، مرجع سابق ، ص ١١ .

وعليه فان التعويض الاتفاقي يعتبر من قبيل الضمانات الاتفاقيه غير مباشرة، وذلك لضمان وفاء المستأجر بالتزاماته، على ان يتم استرداد المأجور، والزامه بدفع بدل الاجرة المستحقة، وذلك عن المدة المتبقية في العقد الى جانب دفع مبلغ معين، وذلك على سبيل الجزاء. فالتعاملات القانونية كعقود البيع تكون قائمة في كثير من الأحيان على وضع شرط جزائي في العقد، وذلك لضمان في حال أخل أحد الاطراف بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه، وعليه كان لابد من بيان ما هو التعويض الاتفاقي في عقد التأجير التمويلي.

أولاً: مفهوم التعويض الاتفاقي: يوجد عدة تعاريف لمصطلح التعويض الاتفاقي، فقد عرفه الدكتور سليمان مرقص بأنه: اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين، ويكون في الغالب دفع مبلغ من النقود في حالة إخلاله بالتزام أصلي مقرر في ذمته، أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي، جزاء له على هذا الإخلال أو التأخير، وتعويضاً للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك^١. وعرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه: التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدماً، بدلاً من تركه للقاضي، والذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض من عدم التنفيذ، أو قد يتفقان على مقدار التعويض المستحق في حالة تأخر المدين بتنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض عن تأخير التنفيذ^٢.

١ سليمان مرقص، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، ١٩٦١، ص ٦٧٥.

٢ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات، آثار الالتزام، ج ٢، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة. ص ٨٥١.

وهذا يعني بأنه تعويض الاتفاقي يتم الاتفاق على تحديده أطراف العقد، إما في العقد ذاته، أو في لاحقة يتولى المدين أدائه إلى الدائن، إما في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو في حالة التأخر في ذلك فقط. فالتعويض هنا مقدر بالاتفاق وليس قضاءً، ومثال ذلك أن يتعهد مقاول في البناء بدفع تعويض نقدي إن هو تأخر في إتمام البناء في التاريخ المحدد. ولئن كان الغالب أن يكون التعويض الاتفاقي في صورة مبلغ نقدي، إلا أنه لا مانع من أن يكون في صور أخرى: كسقوط آجال دفع مبالغ مالية كانت ستدفع على أقساط، أو تشديد شروط استعمال حق معين، وهذا كاشتراط ترخيص معين. ويطلق عليه أيضاً "الشرط الجزائي"، فهو يدرج عادة ضمن شروط العقد الأصلي ليقوم استحقاق التعويض على أساسه، وهو جزائي لأن القصد منه مزدوج، فهو تعويض للدائن عما يصيبه من ضرر، وهو جزاء يفرض على المدين لعدم تنفيذه التزامه أو لإخلاله بتنفيذ التزام ترتب في ذمته، أو لتأخره في تنفيذه، وهو قد ينطوي على معنى التهديد من دون أن يعتبر بالطبع عقوبة لأن المبلغ الذي يتضمنه يقدر عادة بأكثر من الضرر الذي يصيب الدائن عند عدم التنفيذ أو التأخير في الوفاء.

وقد يكون التعويض الاتفاقي تعويضاً عن عدم التنفيذ، كما لو اشترط المشتري على البائع تعويضاً معيناً إذا تصرف في المبيع لشخص آخر، وقد يكون تعويضاً عن التأخير في التنفيذ، ومع أن الأصل أن يتناول التعويض عن عدم التنفيذ، أو عن التأخير في تنفيذ التزام عقدي إلا أنه لا مانع من الاتفاق سلفاً على تقدير التعويض المستحق عن الإخلال بالتزام غير عقدي، لكنه أي الشرط الجزائي، يجد مجالاً واسعاً في التطبيق، ولاسيما في عقود المقاولات والتوريد والاشغال.

وقد اشار المشرع العراقي الى الشرط الجزائي في المادة (١/١٧٠) من القانون المدني التي تنص على أنه: " يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما التعويض بالنص عليه في العقد او في اتفاق لاحق، ويراعى في ذلك احكام المواد ١٦٨، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨"، وهذه المواد تتعلق باستحقاق التعويض إذا استحال على الملتزم بالعقد تنفيذ التزامه عينا مالم يثبت ان استحالة التنفيذ او التأخير فيه نشأ عن سبب أجنبي، وكذلك الالتزام بأعذار المدين لاستحقاق التعويض مالم ينص القانون على غير ذلك، وصور الاعذار والاستثناءات الواردة على الاعذار. وتتعدد الاغراض من الشرط الجزائي فقد يراد منه التحايل على احكام القانون المتعلقة بفوائد التأخير، وقد يقصد به تعديل احكام المسؤولية المترتبة على الاخلال بتنفيذ الالتزام تخفيفاً، او تشديداً، وقد ينشد منه زيادة القوة الملزمة للرابطة العقدية، لكن اهم غرض يهدف اليه هو تجنب تحكم القضاء او التخفيف من تحكمه في تقدير التعويض، وتحاشي النزاع الذي يثور بشأن ركن الضرر من حيث وجوده او انعدامه ومن حيث طبيعته.

ثانياً: شروط التعويض الاتفاقي:

يجب أن تتوافر عدة شروط أو أركان نعتمد عليها لكي نستطيع الحكم بالتعويض، وهي الخطأ والضرر، والعلاقة السببية والأعذار، وهي نفسها الشروط التي يجب توافرها في الحكم بالمسؤولية العقدية.

وأخذت محكمة النقض المصرية بهذه الشروط في قراراتها، حيث نص على " أن التعويض الاتفاقي حكمه في ذلك حكم التعويض القضائي لا يجوز القضاء به إلا إذا توافرت أركان المسؤولية من خطأ وضرر، وعلاقة سببية طبقاً للقواعد العامة، قسارى ما في الأمر إن الاتفاق مقدماً على قيمة التعويض عن الإخلال بالالتزام العقدي تنفيذاً أو تأخيراً يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين، فلا يكلف الدائن إثباته"^٢. وجاء في قرار لمحكمة التمييز أنه: "إذا كانت العلاقة بين الطرفين هي علاقة تعاقدية، يحكمها عقد العقد فإنه من المقرر فقهاً وقضاءً أنه يشترط لقيام المسؤولية العقدية التي استقرت قواعدها في التشريع والفقهاء المدني على أركانها، وهي خطأ من الجانب المدني، وضرر يصيب الدائن، وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر واعذار المدين، وهي بذاتها شروط استحقاق التعويض الاتفاقي"^٣. وبالتالي فإنه سوف يتم بيان الشروط الواجب توافرها في التعويض الاتفاقي بشكل عام كالتالي:

٢ طعون أرقام ٠١٨٥٩، ٢٤٤٤، ٢٤٤٧، لسنة ١٩٧٠، جلسة ٢٠٠١/٦/١٢، انظر إبراهيم سيد أحمد، التعويض الاتفاقي فقهاً وقضاءً، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٥، ص ١٧٦.

٣ محكمة التمييز الأردنية، حقوق، قرار رقم (٢٠٠٩/٤٥١) الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٩/٩م، منشورات مركز عدالة.

الخطأ: إن الخطأ التي يصدر من المدين بصفته الشخصية، أو من أحد العاملين لديه والتابعين له هو أساس المسؤولية العقدية التي بموجبها يكون الشخص مسؤولاً عن أفعاله، ولا يستحق التعويض الاتفاقي إلا إذا أخل المدين بالتزامه العقدي بأن لم ينفذ التزامه، أو أخل في تنفيذ الالتزام أو أنه قام بتنفيذ الالتزام بشكل معيب، وبشرط أن يكون متعذراً على المدين أن ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً، لأن التعويض الاتفاقي تقدير اتفاقي للتعويض الذي يستحقه الدائن عند امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه، ويعد بمثابة تعويض بمقابل. أي تعويض يقابل عدم التنفيذ، فيكون حكمه حكم التنفيذ بمقابل، ولا يصح اللجوء إليه مادام التنفيذ الجبري العيني ممكناً. يتضح من ذلك أن المدين يعد مسؤولاً عن تنفيذ ما ألزم نفسه به في العقد استناداً إلى أن العقد شريعة المتعاقدين، ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه، ثم أن الالتزام ينفذ جبراً على المدين، عليه فأن مسلك المدين نحو عدم تنفيذ التزامه هو الخطأ بعينه. وبالتالي يقد خطأ المدين بالنسبة لالتزامه العقدي وذلك لعدم قيامه بتنفيذ التزام المترتب عليه تنفيذه أو تأخيره في التنفيذ، ولا يتخلص المدين من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي وفقاً لأحكام المادة (٢٦١) من القانون المدني الأردني، والتي نصت على أنه: " إذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية، أو حادث فجائي، أو قوة قاهرة، أو فعل الغير، أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك". ويتضح من ذلك أن هذه المادة أوردت بعض صور السبب الأجنبي الذي يعفي المدين من المسؤولية العقدية، وبالتالي يستحق التعويض، وهذه الحالات هي: الآفة السماوية، الحادث الفجائي أو القوى القاهرة، فعل الغير.

٤ ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، جزء ٢، أثار الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان، ص ٢٣٢.

٥ القانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦م، المادة (٢٦١).

الضرر: يعتبر الضرر الركن الأساسي في المسؤولية المدنية بنوعيتها العقدية، أو التقصيرية، حيث لا يوجد تعويض بدون ضرر يلحق بالدائن، فلا تتعدد المسؤولية العقدية إذا صدر خطأ من المدين، ولم ينتج عنه ضرر للدائن، فالتعويض مرهون بضرر يلحق بالدائن نتيجة فعل المدين^٦. وعرف الفقه الضرر بأنه الأذى الذي يصيب شخصاً معيناً بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذو قيمة مالية أم لا^٧. ولقد اشترط القانون المدني الأردني وقوع الضرر لقيام المسؤولية العقدية في المادتين (٣٦٠-٣٦٣) حيث نصت الأولى على أنه: "إذا تم التنفيذ العيني، أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه المدين، مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن الذي بدا من المدين"^٨. ونصت الثانية على أنه: "إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون، أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوع"^٩. ويتضح من ذلك أن الضرر أساس المسؤولية العقدية، وهو أيضاً أساس للمسؤولية التقصيرية ولا تعويض بدون ضرر، وهذا بعكس الإثراء بلا سبب، فلا يستحق التعويض الاتفاقي، إذا لم يترتب ضرر نتيجة إخلاله بالتزامه، وأن الضرر الواجب التعويض هو الضرر المحقق الذي وقع، وليس الضرر غير المحقق أو المستقبلي. وبالتالي فإنه لا يستحق التعويض الاتفاقي كضمان غير مباشر في عقد التمويل بطريق التأجير إذا لم يكن هناك ضرر أصاب المؤجر (شركة التمويل)، لأن الضرر من أركان المسؤولية العقدية.

ومن شروط استحقاق التعويض الاتفاقي، فإذا لم يوجد ضرر لا يكون هناك مبرر لاستحقاق التعويض. والضرر هو الصورة الملموسة التي تتمثل فيها نتائج الخطأ العقدي، وهذا معناه ان الخطأ إذا لم يترتب عليه ضرر فإنه لا مجال لإعمال قواعد المسؤولية العقدية، وفي إطار اثبات الضرر وخلافاً للقواعد العامة ينتقل العبء من الدائن الى المدين بفضل وجود التعويض الاتفاقي. ولخصوصية عقد التمويل بطريق التأجير لا بد من التمييز بين حالتين^{١٠}:

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

الحالة الثانية: عدم افصاح المتعاقدين أن الشرط الجزائي هو نتيجة لتأخير التنفيذ:

يمثل الضرر المقدر عن تحقق الاخلال بالعقد، وللمحكمة في هذه الحالة تقدير مدى اعمال التعويض الاتفاقي كتعويض عن الضرر من عدمه لعدم تحقق الضرر، ومسألة اثبات الأخير، على المدعي (الدائن). وقد ينقلب عبء الاثبات على المدين بمناسبة وجود التعويض الاتفاقي، فيتولى اثبات أن الدائن لم يصبه أي ضرر من جراء عدم التنفيذ أو الاخلال به. والحكمة من ذلك أن مقدار التعويض الاتفاقي في عقد التمويل يتحدد على أساس الأجرة المتبقية للمؤجر أي بناء على معايير واعتبارات مالية، فلا ينتج عن الفسخ سوى ضرر مالي للمؤجر يعوض على أساسه عن أي خسارة لاحقة به، بالإضافة الى النفقات والمصروفات التي تحملها المؤجر التمويلي. ولا يفوتنا هنا أن شروط الضرر لا بد من تحققها بأن يكون مباشراً ، ونتيجة طبيعية لإخلال المستأجر بالتزامه العقدي، ومتوقفاً عند ابرام العقد، مع مراعاة تعويض الضرر غير المتوقع في حالتي الغش والخطأ الجسيم. وبالتالي يستطيع الدائن أن يطالب بالتعويض عن الضرر الحاصل فعلاً .

العلاقة السببية: نصت المادة (٢٦٦) من القانون المدني الأردني على أنه إذا: " قدر الضمان في جميع الاحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر، وما فاته من كسب بشرط ان يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار"،^{١١} فقضت بأن الدائن يستحق التعويض في حالة كان الضرر نتيجة طبيعية للفعل "الخطأ" ويقع على الدائن عبء إثبات الضرر الذي لحق به أنه نتيجة فعل المدين، وفي التعويض الاتفاقي على الدائن أن يثبت بأن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه، او تأخر فيه، مما أدى الى إلحاق الضرر بالدائن، أما المدين لكي يدفع عن نفسه المسؤولية بدفع التعويض الذي يستحقه الدائن، على أن سبب عدم تنفيذه التزام أو التأخر في تنفيذه عائد لسبب أجنبي، وبذلك ينفي العلاقة السببية ما بين الفعل الضار الذي لحق بالدائن، وعلى محكمة الموضوع لإثبات أن العلاقة السببية ما بين الفعل والضرر، وتبين أن الضرر الذي لحق بالمدين ناتج عن عدم تنفيذ التزام أو التأخر في تنفيذه، وإلا حكمها أصح قاصر ومعرض للنقض^{١٢}. وبالتالي فإن العلاقة السببية هي العلاقة المباشرة بين خطأ المسؤول، والضرر الذي أصاب المتضرر، ويشترط للحكم بوجود هذه العلاقة أن يكون الضرر نتيجة مباشرة لهذا الخطأ، والا انعدمت المسؤولية، وعبء اثباتها على الدائن (شركة التمويل) لأنها المدعية. ومن الممكن أن يثبت المدين العكس بنفي وجود هذه العلاقة السببية، فيثبت أن الضرر الذي لحق بالمؤجر التمويلي من عدم التنفيذ او التأخر فيه يعود لسبب أجنبي، لا يد له فيه.

١١ القانون المدني الأردني، مرجع سابق، المادة (٢٦٦).

١٢ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، ط١، ص ٢٤٨.

الإعذار: نصت المادة (٣٧١) من القانون المدني الأردني على: "لا يستحق الضمان إلا بعد إعدار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو العقد"، إلا أنه استثنى بعد الحالات من توجيه الإنذار، وقام بإعفاء المدين من توجيهها في المادة (٣٦٢) التي نصت على: " لا ضرورة لأعدار المدين في الحالات الآتية: ١- إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن، او غير مجد بفعل المدين، ٢- اذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع، ٣- اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق، او شيء تسلمه دون حق، وهو عالم بذلك، ٤- اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه".

وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الأردني لم يبين الكيفية التي يكون فيها توجيه الإعذار، فقد أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ما يلي: "يصح أن يكون الإعذار عن طريق كاتب العدل كما يصح أن يكون بطريقة البريد المسجل، أو بأية طريقة أخرى تحقق الغرض المقصود، وقد يتفق أطراف العقد مقدماً على أن يكون الدين فواراً بمجرد حلول أصل الالتزام دون حاجة الى أي إجراء آخر، وهذا الاتفاق يلزمهما"^{١٣}.

يتضح من ذلك أن الإعذار يكون عن طريق كاتب العدل، أو بالبريد المسجل، أو بأي طريقة أخرى تحقق الغرض المقصود منه او مجرد حلول الأجل بالاتفاق، ويجوز في بعض القوانين المقارنة أن يكون الإعذار عن طريق الرسائل العادية، أو البرقيات بشرط أن يقدم الدائن دليل بأن المدين قد تبلغ ذلك.

١٣ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، ص ٣٩٨.

وبالتالي فإنه لا بد لاستحقاق التعويض المنصوص عليه بالتعويض الاتفاقي أن يقوم الدائن بإعذار المدين والحكمة من الاعذار، هنا أن تثبت شركة التمويل بأن المستأجر متأخر في تنفيذ التزامه من جهة، ومن جهة ثانية فإن الاعذار يمكن حسن النية من تنظيم دفاعه، لأن معرفة المدين بمدى حقوقه غالباً ما تكون غير كافية.

المطلب الثاني: أهمية التعويض الاتفاقي وخصائصه:

تقوم فكره التعويض الاتفاقي في القانون كفكرة قديمة، حيث وجدت في القانون الروماني، والتي كانت تحمل فكرة الاشتراط والعقاب كما كانوا يعتبرون المدين الذي لا يتنفذ التزاماته مجرمًا، حيث كانت الفكرة من التعويض الاتفاقي ليس التعويض عن الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام، بل قمع الجرم المقترف من قبل المدين، ومن ثم انتقلت الى البلدان العربية التي تأثرت بالقوانين الرومانية، وكان يسود هذا الانتقال فكرة العقاب أيضاً. كما واتسم بالقانون الفرنسي القديم بطابع العقاب، ولكنه ومع تطور الحياة الاقتصادية أصبحت فكرت الشرط الجزائي تقوم على التعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن جراء عدم تنفيذ الالتزام، كما لا يسمح بإعطاء الدائن مبلغاً يفوق الجزاء المشترط في العقد، اما إذا كان هذا المبلغ يفوق الضرر الحقيقي فإنه سمح بتخفيفه وذلك لصالح المدين^{١٤}.

١٤ طارق محمد مطلق ابو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٤.

أولاً: أهمية التعويض الاتفاقي:

كانت فكرة التعويض الاتفاقي أكثر انتشار في الكتب الغربية كالقانون الفرنسي والانجليزي، كما وأخذت البلدان العربية فكرة التعويض الاتفاقي، وأدخلته على قوانينها، وكانت أول دولة أخذت به هو القانون المصري، والذي أخذه عن القانون الفرنسي كما وعبر عنه السنهوري بالشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي، كما وتابعت أكثر قوانين البلدان العربية القانون المصري، وسارت على نهجها^{١٥}. حيث عرفه القانون المدني المصري بنص المادة (٢٢٣) التعويض الاتفاقي على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق"^{١٦}، أي انه أجاز للمتعاقدين تحديد مقدار التعويض، وذلك يتم إذا استحال تنفيذ الالتزام من قبل المدين عيناً وكانت الاستحالة تعود الي سبب أجنبي ليس له يد فيها، أو تأخر في تنفيذه يحكم عليه بالتعويض. ويترتب على نشوء الالتزام بين الاطراف المتعاقدة في العقد وجوب تنفيذه اختيارياً، وذلك بأن يقوم المدين بإرادته الحرة بتنفيذ الالتزام الملقاة على عاتقه، وإما أن يكون هذا التنفيذ إجبارياً وذلك باللجوء الى السلطة العامة، وذلك لإجبار المدين على التنفيذ العيني لهذا الالتزام إن أمكن وأن لم يتمكن من تنفيذه، فإنه صار إلى تنفيذه بطريق التعويض^{١٧}.

١٥ محمد الأمين الضيرير، التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، كتاب مجلة مجمع الفقه الاسلامي، المكتبة الشاملة الحديثة، ص ٤٩١.

١٦ القانون المدني المصري، الصادر بتاريخ ١٦ يوليو ١٩٨٤، المادة (٢٢٣).

١٧ عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر، الطبعة الثانية، ١٩٩٥.

كما أن الأصل في التعويض أن يكون تعويضاً قضائياً، أي يتولى القاضي تحديد مقدار التعويض، وذلك تناسباً مع قيمة الضرر، واما ان يتم التعويض بناءً على الاتفاق عليه بين الأطراف في العقد، وهذا ما يسمى بالتعويض الاتفاقي. فالتعويض الاتفاقي يعبر عنه بالاتفاق المسبق الذي يتم بين الطرفين على تقدير قيمة التعويض الذي يستحقه المؤجر (الدائن) عند عدم قيام المستأجر (المدين) بتنفيذ الالتزام، أو تأخر في تنفيذها على أن يرد هذا الاتفاق في العقد الأصلي بشروطه وببنوده، أو في اتفاق لاحق، على أن يكون هذا الاتفاق قبل فسخ العقد، وذلك حتى لا يعتبر صلحاً^{١٨}.

يعرف التعويض الاتفاقي بأنه: الاتفاق الذي يتم مقدماً بين الاطراف المتعاقدة، والذي يتم من خلاله تحديد مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزاماته، أو أخل بها أو تأخر في تنفيذها، فهو يكون بمثابة التعويض الاتفاقي في العقد فيدرج ضمن شروط العقد الأصلي على ان يتم استحقاق التعويض على أساسه، فهو في جوهره ليس الا تقديرياً تعويضاً، وذلك للتعويض الواجب أدائه، ولا يعد بذاته مصدراً لوجوب التعويض^{١٩}.

كما وعرفته المادة الثانية من قانون التأجير المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ على انه: " هو عبارة عن كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر الى المستأجر عقارات، أو منشآت مملوكة له أو يقيمها على نفقته الخاصة، وذلك بالشروط والالوضاع، والموصفات، والقيمة الإيجارية التي يحددها بالعقد"^{٢٠}.

١٨ إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، أحكام الالتزام والإثبات، دون دار نشر، ص ١١٧.

١٩ نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام/أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، ١٨٨٢، ص ٦٦.

٢٠ القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١، بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥، بشأن التأجير التمويلي، المادة (٢).

هذا وان وضع شرط بالعقد هي من الامور الممنوحة للأطراف بالعقد، وذلك لضمان تنفيذ الالتزام أي ان التعويض الاتفاقي يعتبر ضماناً غير مباشرٍ يجبر بمقتضاه المستأجر على الوفاء بالتزاماته، وإلا يتعرض للجزاء المتفق عليه، وذلك يترتب عليه استرداد المأجور بالإضافة إلى دفع باقي المبلغ المستحق عن باقي مدة العقد، وبالأجرة المتفق عليها فوراً بالإضافة الى دفع مبلغ معين، وذلك على سبيل الجزاء (التعويض الاتفاقي) وفي الغالب يفوق هذا الجزاء مقدار الضرر الذي لحق بالمؤجر (الممول) في هذا العقد^{٢١}.

فالتبيعة القانونية للتعويض الاتفاقي يعبر عنه بالالتزام التبعية للالتزام الاصلي، وذلك بان الأصل أن ينفذ الطرفين (المؤجر والمستأجر) الالتزام المترتب عليهم، فإذا أخلوا بذلك وجب عليهم تنفيذ الالتزام التبعية، وهو التعويض الاتفاقي.

فالتعويض الاتفاقي في العقد يتضمن تحديداً للجزاء الذي يترتب على الإخلال بالالتزام وذلك بتحديد مقدرا التعويض المستحق للطرف المتضرر من هذا الاخلال، فهو تقدير اتفاقي للتعويض يتم الاتفاق عليه مقدماً، فهو بند في العقد يتفق عليه الطرفان بالتراضي، وذلك قبل حدوث الخلل، ويكون اما في العقد الأصلي، أو في اتفاق لاحق (يتبع العقد) المنشئ للالتزام الأصلي حتى لا يكون مستقل عنه. حيث سُمي هذا الاتفاق بالتعويض الاتفاقي وذلك لأنه يوضع كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحقه بناءً على أساسه هذا التعويض، والتكيف القانوني له كما قال الدكتور للسهنوري فعرفه " هو التزام تابع لا التزام أصلي"^{٢٢}.

٢١ علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للإجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٤٠.

٢٢ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، نظرية الالتزام، المجلد الثاني/٨٥١-٨٥٤.

وهذا يعني بأن التعويض الاتفاقي وضعه القانون لحماية أطراف العقد، كما وأعتبره الالتزام يتبع الالتزام الأصلي، وليس التزاماً أصلياً بحد ذاته، أي ان الاصل يتم الاتفاق بين الاطراف في عقد التأجير التمويلي على تنفيذ الالتزام المترتب على كلا الطرفين، وهي أن يقوم المستأجر بتحديد الأصول التي يحتاجها لتنفيذ مشروعة، على أن يقوم المؤجر بامتلاكها، إما عن طريق شراء الأصل، أو استأجرها من المورد على ان يقوم بتأجيرها للمستأجر، وذلك بوضع شروط وبنود العقد يلتزم، من خلالها كل طرف بالالتزامات الملقاة على عاتقه.

كما يشترط وضع التعويض الاتفاقي بالعقد يلزم المخل بتنفيذ الالتزام، بدفع قيمته على سبيل التعويض الاتفاقي فيما بينهم. كما جاء أيضاً في المذكرات الإيضاحية للقانون المصري "ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أدائه"^{٢٣}.

أي يعني أن تكون قيمة التعويض الاتفاقي مناسبة للضرر الذي حصل فإذا كانت قيمة التعويض الاتفاقي أقل من قيمة الضرر الحاصل وجب على زيادتها على أن تكون مقدرة مع قيمة الضرر الحاصل، أما إذا كانت قيمة التعويض زيادة عن قيمة الضرر الحاصل هذا لا يمنع من أن يتم دفع تلك المبلغ على سبيل التعويض، إلا أنه هناك العديد من الاجتهادات التي تسمح للقاضي الموضوع بتخفيض قيمة التعويض الاتفاقي الا ان تتناسب مع قيمة الضرر وهذا ما سوف نتحدث فيه في الفصل الثاني.

٢٣ محمد الأمين الضرير، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الشرط الجزائي، المكتبة الشاملة الحديثة، ص ٤٩٢.

ثانياً: خصائص التعويض الاتفاقي:

بما أن الهدف من التعويض الاتفاقي ضمان تنفيذ الالتزام التعاقدى، حيث يمكن القول بأن التعويض الاتفاقي قبل كل شيء هو عبارة عن اتفاق بين الطرفين المتعاقدين، وبما أنه جاء لضمان تنفيذ الالتزام التعاقدى فهو يعتبر بهذه الصفة التزاماً تابعاً للالتزام الأصلي، وليس مستقلاً عنه، وعلى ذلك فإن التعويض الاتفاقي يتمتع بمجموعة من الخصائص هي^{٢٤}:

١- أنه اتفاق بين طرفين: فيجب أن يستوفي هذا الاتفاق اركان العقد وشروطه، وتسري عليه جميع احكام العقد من بطلان، وتوقف، وغيرها.

٢- محل الاتفاق فيه تقدير قيمة التعويض: ولذلك يجب أن تتوافر فيه جميع شروط استحقاق التعويض حتى ينتج هذا الاتفاق أثره.

٣- أنه اتفاق يحدد فيه الطرفان مقدما مقدار التعويض: وهي تعتمد بشكل أساسي على موقف كل نظام قانوني من التعويض الاتفاقي، فعلى الرغم من اتفاق الأنظمة القانونية على جواز اتفاق المتعاقدين على تقدير قيمة التعويض المستحق عن الضرر الناتج عن الاخلال بالعقد، والهدف من التعويض الاتفاقي فقط هو تقدير حجم التعويض المستحق في حالة اخلال أحد المتعاقدين بالتزامه الناتج عن العقد الذي أبرمه، وبالتالي يتطلب ذلك أن يسبق هذا الاتفاق عدم التنفيذ أو التأخير فيه، وإلا اعتبر صلحا وليس شرطا جزائياً.

٢٤ طارق محمد مطلق أبو ليلي، مرجع سابق، ص ١٧.

٤- أنه يعتبر اتفاقاً تبعياً: فالتعويض الاتفاقي لا ينشأ مستقلاً بل هو تابع للالتزام الأصلي الذي يتعهد المدين بتنفيذه لمصلحة الدائن، وهذا الالتزام يقتضي تنفيذه عيناً، إذ ليس للدائن أن يطالب بالتعويض إذا كان بمقدور المدين تنفيذ الالتزام عيناً، بل له ألا يقبل به ما دام التنفيذ العيني ممكناً، ذلك لأن التعويض الاتفاقي التزام ثانوي، وتابع للالتزام الأصلي، فالتعويض الاتفاقي يجب أن يشير إلى وجود التزام أصلي، يهدف إلى ضمان تنفيذه^{٢٥}. وبالتالي فإن الأصل أن يدرج التعويض الاتفاقي ضمن شروط العقد الأصلي، إلا أنه لا مانع من ان يتضمنه اتفاق لاحق بشرط ان يقع الاتفاق اللاحق قبل الاخلال بتنفيذ الالتزام، وينطوي الاتفاق على التعويض الاتفاقي على خروجه عن أحكام التقدير القضائي ولما كان الأصل في تقدير التعويض أن يتولاه القضاء، فإن أحكام التعويض تعتبر أحكاماً استثنائية، ولذلك يجب تفسير النصوص القاضية بالتعويض الاتفاقي بكل دقة ومن دون التوسع فيها، وان يكون تطبيق التعويض الاتفاقي مقصوراً على الحالة التي قصدتها الطرفان.

٢٥ إلياس ناصيف، البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزينغ، منشورات الحلبي الحقوقية، المجلد ١،

١٩٩١، ص ٤٩٨.

الفصل الأول:

حقيقة عقد التأجير التمويلي

ظهرت صيغة جديدة للتعاقد نتيجة لضعف الائتمان المقدم من قبل المدين، وتطور الحياة الاقتصادية وحاجة المستهلكين إلى استعمال السلع، وتملكها في وقت لا يكون لديهم ثمنها، فتعتمد هذه الصيغة بشكل أساسي على اجتماع عقدي البيع والإيجار في عملية عقدية واحدة، نظراً لانعدام الخبرة لدى المستهلكين بهذه العقود، فإنه قد يتم وضع شروط مجحفة وتعسفية من قبل الممولين، ويظهر ذلك بشكل واضح حينما تكون هذه العقود مكتوبة، أو مطبوعة سلفاً من قبل الممولين، وبشكل يؤدي إلى اختلال التوازن بين الالتزامات، وتسهيل تنفيذها مع التأكيد على التزامات الطرف الآخر، ووضع الضمانات الكفيلة لحصول الممول على كافة حقوقه. فالغرض الأساسي من هذا العقد تمويل استثمارات المشاريع التجارية والصناعية، ويلتزم المؤجر التمويلي بشراء الأصل الذي اختاره المستأجر من البائع الذي حدده أو دفع تكلفته دون تجميد الأموال، وبالتالي تحديد الأصول الإنتاجية وتوفيرها لإقامة هذه المشاريع، وتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور طوال مدة العقد، وعلى المستأجر استلام هذا الأصل، والمحافظة عليه، وصيانته ودفع بدل الأجرة المتفق عليها.

ونتيجة لكل ذلك اتجه الباحثون إلى دراسة هذه العقود مع مراعاة مصالح أطرافه، دون محاباة جهة على حساب الأخرى، ويعد عقد التأجير التمويلي نظاماً تعاقدياً جديداً وقديماً في الوقت نفسه، فهو حديث في أحكامه قديم في مادته، ونظراً لنجاح هذا النظام التعاقدي فقد انتشر انتشاراً واسعاً، خاصة بعد نجاح تطبيقه في الدول المتقدمة، فظهرت شركات في العالم العربي تمارس هذا النوع من التعاقد، لكنها محدودة وعلى نطاق ضيق، وقد زادت من أهميته، وجعلته من أهم أدوات

الاستثمار, تم تقسيم هذا الفصل لمبحثين تناول الأول: ماهية عقد التأجير التمويلي وأثاره وتناول الثاني: الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي والعقود المشابهة له.

المبحث الأول: ماهية عقد التأجير التمويلي وأثاره

يعتبر عقد التأجير التمويلي واحداً من أكثر أشكال التمويل مرونة، فهو يساعد بالتيسير عملية توفير مستلزمات المكاتب والمصانع والتجهيزات بسرعة فائقة، دون الحاجة إلى إنفاق مبالغ طائلة لشراء أصول جديدة ترتفع تكلفة استبدالها، أو إصلاحها فيما بعد، فقد طبقت العديد من المؤسسات المالية والمصرفية هذا العقد^{٢٦}.

وبالتالي فإنه يجب بيان مفهوم عقد التأجير التمويلي وخصائصه، والتمييز بين عقد التأجير التمويلي والعقود المشابهة لها.

المطلب الأول: مفهوم عقد التأجير التمويلي:

يعد عقد التأجير التمويلي من العقود المستجدة التي لم يتعرض لها مؤسسو الفقه الإسلامي، أما الفقهاء المحدثون فقد عرفوا هذا العقد، وناقشوه في المجامع الفقهية، وتعددت آراؤهم حوله، وبذلك فإن بيان مفهوم هذا العقد باعتباره أسلوباً تمويلياً مستحدثاً يتطلب تعريفاً لعقد التأجير التمويلي وبيان خصائصه المميزة له، فلا يصح الحديث عن الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي دون بيان مفهومه وخصائصه.

٢٦ شوقي أحمد دنيا، الإجارة المنتهية بالتملك، مجلة مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، عدد ٩، ص ٥٤.

الفرع الأول: تعريف كل من التأجير والتمويل:

يعتبر عقد التأجير التمويلي من العقود الهامة في عصرنا الحالي، حيث أن بعض المصارف الإسلامية استخدمته كأحدى صيغ التمويل والاستثمار، فهو يعتبر كأداة تمويل في مجال التجارة في عدة بلدان، وأحد أنواع أعمال الوساطة المالية، وفيه لا يكون المؤجر منتجاً للأصل، وإنما تتمثل وظيفته في تقديم التمويل لشراء الأصل من المنتج لحسابه، وباسمه ثم يؤجره إلى المستأجر، ويناسب هذا النوع من العقود المؤسسات المالية المختلفة كأحدى صيغ الاستثمار الإسلامي، باستئجارها لهذا الأصل لمدة طويلة بحيث تغطي غالب الثمن، ويكون لها الحق في نهاية العقد في ردها، وبالتالي ونتيجة لذلك فإنه يجب بيان تعريف عقد التأجير التمويلي في اللغة والاصطلاح. فيتكون مصطلح التأجير التمويلي من لفظين يختلفان في المفهوم وهما "التأجير والتمويل"، وبذلك فإنه يجب بيان مفهومهما وربطهما بمفهوم عقد التأجير التمويلي الذي نبحت فيه. **فالتأجير لغةً:** من الإجارة وهي مشتقة من الأجر، وجاءت من فعل أجر يؤجر أجره ولها معنيان الأول: الكراء على العمل، تقول: استأجرت الرجل كما في قوله تعالى: "... عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَّجٍ"^{٢٧}، أي يصير أجيري^{٢٨}، والثاني: جبر العظم الكسير^{٢٩}. وعرفه الشافعية اصطلاحاً: بأنه عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبدل، والإباحة بعوض معلوم. **والتمويل لغةً:** يرجع أصل لفظ

٢٧ القرآن الكريم، سورة القصص، مكية، آية (٢٧)، ص ٣٨٥.

٢٨ ابن منظور، لسان العرب، الجزء الرابع، ص ١٠، مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الأول، ص ٦.

٢٩ أحمد بن فارس الرازي، معجم مقاييس اللغة، الجزء الأول، ص ٦٣.

التمويل إلى مصدر الفعل مول، فهو مشتق من المال، وملته (أعطيته المال)^{٣٠}، وتمول اتخذ مال وموله غيره^{٣١}.

وفي الحديث الشريف قول رسول الله "صلى الله عليه وسلم": " خذته فتموله وتصدق به، فما جاءك من هذا المال وانت غير مسرف ولا سائل فخذ، وإلا فلا تتبعه نفسك"^{٣٢}. **واصطلاحاً:** هو عملية تنطوي على مجموعة الممارسات التي من شأنها الحصول على الأموال من مصادر مختلفة ومناسبة، والاستفادة القصوى من هذه الأصول بحيث تتحقق من جراء ذلك درجة عالية من الكفاءة في استخدام هذه الأموال^{٣٣}. وعرف بأنه: الإمداد بالأموال في أوقات الحاجة إليه^{٣٤}. ويتبين من التعريف اللغوي أن التمويل هو تقديم، أو إعطاء المال للغير بأي صفة، أما التعريف الاصطلاحي يبين أن الغرض من التمويل هو تزويد طالب التمويل بالأموال اللازمة له لتحقيق أهدافه، أو لاستثمار أو لتسديد التزاماته.

الفرع الثاني: تعريف عقد التأجير التمويلي:

نتيجة لتشابك العلاقات القانونية المترتبة على عقد الإيجار التمويلي، فقد اختلف الفقه في إعطاء تعريف محدد لهذا العقد، فهو صورة معقدة ومتشابكة لعدة عقود مسماه تشابه مع بعض هذه العقود ثم يدرج تحت مفهوم واحدٍ منها، حيث يوجد صعوبة كبيرة في تعريفه لاتصاله بجانب الاقتصادي عموماً وبطرفيه خصوصاً، وبالتالي فإن عقد التأجير التمويلي هو: أسلوب لزيادة

٣٠ محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، ص ٥٢.

٣١ أبو عباس الفيومي، المصباح المنير، الجزء الثاني، ص ٥٨٦.

٣٢ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب رزق الحكام والعاملين عليها، ح ٧١٦٣، جزء ٩، ص ٦٧.

٣٣ إبراهيم وهبي فهد وكنجو عبود كنجو، الإدارة المالية، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧م، ص ٤١.

٣٤ طارق الحاج، مبادئ التمويل، دار صفاء للنشر والطباعة والتوزيع، ٢٠١٩، ص ٢١.

رأسمال المشروع لتوسيع نشاطه، من خلال تحديد مستلزماته من الآلات والعدد والمواد التي يرغب فيها واللازمة لنشاطه، ثم يتقدم لمؤسسة مالية تعتني بهذه الأنشطة لشرائها من خلال وكيلها وتوَجِّرها للمشروع لوقت معلوم^{٣٥}. وعرف بأنه: وسيلة تمويل بمقتضاها تقوم مؤسسة مالية بتأجير بعض التجهيزات والآلات إلى عملائها، وتطبيع أحكام عقد الإيجار في العلاقة بينهما^{٣٦}. وتجدر الإشارة إلى أن الفقه لم يتعرضوا لماهية وأنواع وصور وخصائص عقد التأجير التمويلي، لكنهم أشاروا إليه عند حديثهم عن الإجارة المنتهية بالتملك، وبالرغم من اختلاف الشره في تعريفه إلا أنها جميعها تشمل مضموناً واحداً.

وبالتالي فإن **عقد التأجير التمويلي** هو: عقد جديد يتمتع بطابع تمويلي يقوم بمقتضاه المؤجر بشراء العين بقصد تأجيرها إلى المستأجر لمدة محددة مقابل أجار يتفق عليها الطرفان، ويتميز بوجود طرف ثالث هو المورد أو البائع، وعدم قابلية للإلغاء، والمستأجر غير ملزم بشراء هذه العين في نهاية مدة الإيجار، أو خلال هذه المدة، ويحتفظ المؤجر بملكية العين خلال فترة الإيجار. وأخيراً فإنه يطلق على عقد التأجير التمويلي عدة مسميات منها: الائتمان الإيجاري، أو التمويل بالاستئجار، أو التمويل التأجيري، أو الإيجار التمويلي، وغيرها من المسميات التي اختلفت كل منها بحسب الزاوية التي ينظر منها إلى التأجير التمويلي، إلا أنها جميعها تتفق في العناصر الأساسية المكونة لها، وتصب في جوهرها كونها مصدراً تمويلياً مبتكراً، وحديثاً نسبياً يوفر للمشروعات الاستثمارية أصولاً رأسمالية إنتاجية لآجال طويلة عن طريق التأجير دون الحاجة إلى

٣٥ خالد هشام محمد، البنوك الإسلامية وعقودها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة ١، ٢٠٠١م، ص ٣٧.

٣٦ عيسى بخيت، طبعة عقد الإيجار التمويلي وحدوده القانونية، رسالة، ماجستير، جامعة محمد بوترة ومرداس، ٢٠١١، ص ٢٢.

شرائها أو تملكها، وتحمل تبعات تمويلها^{٣٧}. ويرى البعض أن التأجير التمويلي نشأ كتطور للبيع الإيجاري كوسيلة للتغلب على ما يثيره تكييفه بأنه بيع من عقبات تهدد حقوق البائع، وتعوق استرداده للشيء الذي في حوزة المستأجر في حالة إفلاس الأخير، مما يؤدي إلى مزاحمة الدائنين له في ثمن هذا الشيء^{٣٨}.

المطلب الثاني: خصائص عقد التأجير التمويلي:

يتميز عقد التأجير التمويلي ببعض الخصائص التي تميزه عن غيره من الأنظمة والعلاقات العقدية الأخرى، ومن أهم هذه الخصائص كما يلي:

١- **عقد التأجير التمويلي من العقود الزمنية:** فهو عقد زمني لأنه يقع على المنفعة، والزمن عنصر جوهري فيه، فهو الذي يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها، ويترتب على ذلك جملة من النتائج هي^{٣٩}: فسخ في العقد الفوري ينسحب أثره على الماضي لأنه لا يجوز الرجوع فيه، أما المنتج في العقد الزمني فلا تنسحب آثاره على الماضي، لأن ما نفذ منه لا يمكن إعادته، وأن العقد الزمني موقف تنفيذه يترتب على النقص في كفه، وزوال جزء منه، وأن عقد الزمني تتقابل فيه الالتزامات تقابلا تاما.، وأن الأعدار ليس ضروريا في العقد الزمني، لأن ما تأخر فيه لا يمكن

٣٧ بسام عثمان، النقل التأجير التمويلي ودوره في تفعيل مشروعات بالسكك الحديدية، مرجع سابق، ص ٦٠٤.

٣٨ حمدي أحمد سعد أحمد، البيع الإيجاري، دراسة قانونية مقارنة بأحكام الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٨٧.

٣٩ عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢، ص ١٦٦.

تداركه لفوات الزمن، وأن العقد الزمني لا يمكن إلا أن يكون ممتدا مع الزمن أن لهذا العقد مدة زمنية محددة.

٢- **عقد التأجير التمويلي من العقود من عقود المعاوضة:** يقوم عقد التأجير التمويلي على أساس المبادلة، فالمؤجر يقوم بتمويل الآلات أو العقارات مقابل الحصول على بدل الإجارة، إضافة إلى هامش ربح يحققه جراء هذه العملية، وفي المقابل فإن المستأجر المنتفع بالعقد، يقوم باستخدام المأجور لتحقيق أغراضه، والسعي إلى الربح.

٣- **عقد التأجير التمويلي من العقود الملزمة للطرفين:** وهو العقد الذي يرتب التزامات تبادلية في ذمة الطرفين، بحيث يكون كل منهما دائماً من ناحية، ومديناً من ناحية أخرى^{٤٠}، ونصت المادة (١٠) من قانون التأجير التمويلي على الالتزامات المترتبة على المستأجر والمؤجر وهي: اختيار المورد والمأجور، حيازة المأجور والانتفاع به وفقاً لأحكام عقد التأجير، والحق في الرجوع على المورد مباشرة، فيما يخص جودة ونوعية المأجور، وكميته وأحكام تسليمه، والشروط الأخرى الواردة في عقد التوريد، وذلك بدون إجحاف بحق المؤجر بالرجوع على المورد^{٤١}.

ويلتزم المستأجر : تسلم المأجور بالحالة المتفق عليها في عقد التأجير، وأداء دفعات بدل الإيجار في المواعيد المتفق عليها في عقد التأجير، واستخدام المأجور وفقاً لطبيعته، وبالشكل المعتاد لاستخدامه، وذلك مع مراعاة أي أحكام خاصة في عقد التأجير، والمحافظة على المأجور بالحالة التي تسلمه بها، ومع مراعاة ما قد يطرأ على المأجور من تغييرات نتيجة الاستعمال المعتاد،

٤٠ عدنان السرحان، ونوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٠، ص ٣٦.

٤١ قانون التأجير التمويلي رقم ٤٥ لسنة ٢٠٠٨، منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٧/٨/٢٠٠٨م، عدد ٤٩٢٤، المادة (١٠/أ)، ص ٣٤٢٢.

وأى تغييرات أخرى يتفق عليها الطرفان, وصيانة المأجور على نفقته الخاصة وفقاً لعقد التأجير، أو أي معايير وأسس فنية لصيانة المأجور والمحافظة عليه, وإعادة المأجور إلى المؤجر وفق أحكام عقد التأجير أو في الحالات المحددة في هذا القانون^{٤٢}.

ونصت (م. ٦٨٤) من القانون المدني الأردني على أنه: "لا يجوز للمؤجر ان يتعرض للمستأجر بما يزعجه في استيفاء المنفعة مدة الايجار، ولا ان يحدث في المأجور تغييراً يمنع من الانتفاع به، او يخل بالمنفعة المعقود عليها، وإلا كان ضامناً. ٢- ولا يقتصر ضمان المؤجر على الاعمال التي تصدر منه، أو من اتباعه، بل يمتد هذا الضمان الى كل تعرض، أو ضرر مبني على سبب قانوني يصدر من اي مستأجر او اي شخص تلقى الحق عن المؤجر"^{٤٣}. وبالتالي فإن الالتزامات التي تترتب على المؤجر هي تسليم المأجور حسب المواصفات المتفق عليها، وضمان التعرض القانوني الصادر عن الغير^{٤٤}.

٤- عقد التأجير التمويلي من العقود ذات الاعتبارات الشخصية: يعتبر عقد الإيجار التمويلي من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، فقيام العقد يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالثقة المتبادلة بين طرفيه، فإرادي كل طرف الصفات الشخصية، والفنية، والمالية التي يتمتع بها الطرف الآخر، فيلجأ المستأجر إلى مؤجر سمعته وثقته التجارية عالية للحفاظ على مصالحه^{٤٥}، وتوفيراً لما يحتاج

٤٢ قانون التأجير التمويلي رقم ٤٥ لسنة ٢٠٠٨، المرجع السابق، المادة (١٠/ب).

٤٣ القانون المدني الأردني، مرجع سابق، المادة (٦٨٤).

٤٤ محمد جبر الألفي، التزام المؤجر بضمان الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد ١٣، العدد ٤، ص ٢١.

٤٥ محمد عبد الله الرشدي، عقد الإجارة المنتهية بالتملك، دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، ٢٠٠٩، ص ٢٧.

إليه من أموال استثمارية دون ان يواجه مشاكل تمويلية، أو قانونية تسبب له الإرهاق وتدخله في المنازعات القضائية، وأيضاً لا يرضى المؤجر التعاقد إلا مع المستأجر الذي تتوفر فيه المؤهلات الكافية لضمان قيامه بالالتزامات العقدية، وتلجأ الشركات التي تقوم بأعمال الإيجار التمويلي بمطالبة المتعاملين معها بتقديم الأوراق والمستندات التي تظهر صفاته الشخصية، وطبيعة نشاطه، وحجم أعماله وزبائنه وميزانيته.

والقروض التي حصل عليها، والعقود التي أبرمها، ونصت المادة (١٥٣) من القانون المدني الأردني على أن: "لعاقداً فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل، أو ذات المتعاقد الآخر، أو صفة فيه"^{٤٦}. ويتضح من ذلك أن شخصية المتعاقد في عقد التأجير التمويلي لها محل اعتبار، والغلط بالشخص المتعاقد يؤدي إلى فسخ العقد، وبذلك فإن المشرع حظر على الأشخاص غير المسجلين في السجلات الخاصة، أو غير الحاصلين على الترخيص من الوزارة المختصة بممارسة أعمال التأجير التمويلي، أو الإعلان بنفسه أنه يمارسها بأي صورة من الصور المنصوص عليها في المادة (١/٥) من قانون التأجير التمويلي رقم (٤٥) لسنة ٢٠٠٨^{٤٧}.

٥- عقد التأجير التمويلي من العقود الاحتمالية: يتم في العقود الاحتمالية نقل منافع

ومخاطر ملكية العين المؤجرة إلى المستأجر، والمنافع هي: التشغيل، أو الاستخدام المربح طوال

٤٦ القانون المدني الأردني، مرجع سابق، المادة (١٥٣).

٤٧ نصت المادة (١/٥) من قانون التأجير التمويلي على أنه: "يجب أن يكون عقد التأجير خطياً، وإن يتضمن البيانات التالية: ١- وصف للمأجور بشكل يميزه عن غيره مع تحديد الطرف الذي اختار هذا المأجور. ٢- اسم المورد مع تحديد الطرف الذي اختار هذا المورد. ٣- تحديد بدل الإيجار وعدد الدفعات ومواعيد تسديدها. ٤- مدة عقد التأجير. ٥- شروط وأحكام تسليم المأجور إلى المستأجر".

مدة الإيجار بدون توقف، أما المخاطر فهي: تشمل إمكانيات الخسائر من طاقة غير مشغلة، أو من التقادم التكنولوجي، أو من تغيرات في المردود ناتجة عن أوضاع اقتصادية متغيرة، إضافة إلى ذلك ما يصيب العين المؤجرة من تلف، أو خسائر تحتاج معه إلى الصيانة والإصلاح، فتكون مصروفات الصيانة والتأمين على عاتق المستأجر وهو ملزم بسداد أقساط الأجرة حتى نهاية العقد في جميع الأحوال^{٤٨}، وتجدر الإشارة إلى أن جميع القوانين التي تنظم عقد التأجير التمويلي تمنح المستأجر حق الخيار بأنه: إما أن يشتري العين المؤجرة كلها، أو بعضها في الموعد وبالثلث المحددين في العقد على أن يراعى في تحديد الثمن مبالغ الأجرة التي أداها، أو أن يجدد عقد الإجارة لمدة جديدة، وفي هذه الحالة تكون شروط العقد أخف وأيسر من الشروط السابقة للعقد الأول، أو أن يعيد العين المؤجرة إلى المؤجر وينهي العقد، وبكل الأحوال فإنه لا يجوز استخدام حقه في الخيار إلا إذا أوفى بكافة الالتزامات المترتبة عليه بموجب هذا العقد.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي والعقود المشابهة له

يتمتع عقد التأجير التمويلي بأهمية كبيرة، بوصفه أداة تمويل في مجال التجارة والاستثمار في مختلف البلدان خاصة مع تزايد حاجة المشروعات إلى مصادر تمويلية أكثر مرونة واستجابة لمتطلبات نموها وتوسعها، لكن في ظل ما يشهده العالم من تطورات سريعة في تكنولوجيا الإنتاج والتسويق، وارتفاع تكلفة الحصول على الأصول الرأسمالية والحقوق المعرفة، السبب الذي شكل عقبة في وجه المشاريع التي لا تتوافر لديها الموارد المالية الكافية للحصول على المعدات الإنتاجية

٤٨ محمد عبد الحليم عمر، التأجير التمويلي من منظور إسلامي، منشور في مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي بجامعة الأزهر، العدد ٧، ص ٢٥٩.

اللازمة، ف جاء عقد التأجير التمويلي وتغلب على هذه العقبات، ويمكن هذه المشاريع من الحصول على المعدات اللازمة عن طريق استجارها من الممول الذي يقوم بشرائها من المورد خصيصا لهذا الهدف وفقاً لشروط ومواصفات المستأجر، ويقوم الأخير بالانتفاع بها مقابل أقساط أجرة محددة يدفعها للمؤجر طيلة مدة العقد، وتكون مرتبطة بالعمر الافتراضي لهذه المعدات، وفي نهاية العقد يحق للمستأجر إما الشراء بسعر رمزي، أو تجديد العقد، أو رد المأجور وإنهاء العقد^{٤٩}.

وبالتالي فإنه يجب بيان الطبيعة القانونية لعقد التأجير والتمييز بين عقد التأجير التمويلي وغيره من العقود. وبذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين تناول المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي، وتناول المطلب الثاني: التمييز بين عقد التأجير التمويلي والعقود المشابهة لها.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد التأجير التمويلي:

إن إعطاء العقد الوصف القانوني الصحيح يتطلب تحديد طبيعة هذا العقد، فالقاضي في محاولته لإعطاء وصف قانوني لاتفاق ما يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، فأدت تشابك العلاقات القانونية الناشئة عن التأجير التمويلي لتعدد الآراء الفقهية في تحدد طبيعة عقد التأجير التمويلي، خاصة أنه من حديث النشأة، وله عدد من الصيغ التي يتمتع بها، فهو ذو طبيعة مختلطة، يجمع بين العديد من القواعد القانونية المنظمة للعقود المسماة، لكنه يبقى مستقلاً عنها لعدم إمكان وضعه تحت عنوان أي من العقود المسماة التي نظمها المشرع. فالبعض يضعه تحت نظرية نقل الملكية على سبيل الضمان، ونظرية البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية على سبيل

٤٩ محمد عبد الله الرشيدى، عقد الإجارة المنتهية بالتملك، مرجع سابق، ص ٣٢.

الضمان، وبأنه عقد غير مسمى، وذو طبيعة قانونية خاصة، وأنه عقد منشأ ملكية اقتصادية، وأنه عقد مركب^{٥٠}.

وقد تبني القضاء الفرنسي نظرية الإيجار المالي في غالبية أحكامه تطبيقاً لإرادة المشرع، وبالرغم من غياب الآثار التقليدية لعقد الإيجار في العلاقة الناشئة بين الطرفين وهما شركة التأجير التمويلي "المؤجر"، والطرف الآخر "المستأجر"، أو ما يطلق عليه في قانون التأجير التمويلي الأردني بالمنتفع، ونصت المادة (٦) من قانون التأجير التمويلي على أنه: "يبقى المأجور ملكاً للمؤجر طيلة مدة عقد التأجير، ويجوز للمستأجر تملك المأجور مقابل تسديد كامل ما تبقى من بدل الإيجار قبل انتهاء مدة عقد التأجير، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك"^{٥١}. يتضح من ذلك أن نظرية الإيجار المالي تعتمد على أن الإيجار وعد مقترن بالبيع، وهو العنصر الجوهرى الذي يدخل في تكوين التأجير التمويلي.

وبالتالي فإن إيجار المستأجر ليس إيجاراً محضاً خلال مدة انتفاعه بالمأجور، وإنما هو إيجار مالي، يترتب عليه أنه متى كان الوعد بالبيع ضرورياً لتحقيق انتقال ملكية المأجور للمستأجر في نهاية مدة العقد، يصبح الوعد بالبيع ركناً جوهرياً في العقد، وإذا انتفى الوعد بالبيع نكون أمام عقد الإيجار تقليدي.

نصت المادة (٤) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ على أنه: "يعد عمل تجارياً: ١- شراء المنقولات أيا كان نوعها بقصد بيعها، أو تأجيرها بذاتها، أو بعد تهيئتها في

٥٠ نداء كاظم محمد جواد المولى، التوازن بين مسؤوليتي المؤجر والمستأجر في عقد التأجير التمويلي، دراسة في التشريع الأردني، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات، المجلد ١٣، العدد الثاني، ٢٠١٣، ص ١٢٥.

٥١ قانون التأجير التمويلي المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٥م، مرجع سابق، المادة (٦).

صورة أخرى، وكذلك بيع أو تأجير هذه المنقولات .ب- استئجار المنقولات بقصد تأجيرها، وكذلك تأجير هذه المنقولات . ج _ تأسيس الشركات التجارية"^{٥٢}. ونصت المادة (٦) من القانون التجارة اللبناني رقم (٣٠٤) لسنة ١٩٤٢م على ان: " الاعمال المبينة فيما يلي تعد بحكم ماهيتها الذاتية اعمالا تجارية برية، وكذلك جميع الاعمال التي يمكن اعتبارها مجانسة لها لتشابه صفاتها وغاياتها. ١- شراء البضائع وغيرها من المنقولات المادية وغير المادية لأجل بيعها بربح ما سواء بيعت على حالتها، ام بعد شغلها، او تحويلها. ٢ -شراء تلك الاشياء المنقولة نفسها لأجل تأجيرها، او استئجارها لأجل تأجيرها ثانية"^{٥٣}. ونصت المادة (٦) من قانون التجارة الفلسطيني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦م على أنه: " يعد اعمالاً تجارية برية: ١-شراء البضائع وغيرها من المنقولات المادية، لأجل بيعها بربح ما سواء بيعت على حالتها، أم بعد شغلها، أو تحويلها ٢- البيع أو الاستئجار، أو التأجير ثانية للأشياء المشتراة، أو المستأجرة على وجه المبين فيما تقدم ٣- اعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة"^{٥٤}.

وبالتالي فإن عقود التأجير التمويلي تعد من قبيل الأعمال التجارية وفق القانون المصري واللبناني والفلسطيني، لأن شراء العقارات أو المنقولات بقصد تأجيرها أو بيعها لأجل الربح يعد من الأعمال التجاري في تلك القوانين. أما إذا لم يسبق للمؤجر شراء الاموال محل عقد التأجير التمويلي، وكانت مملوكة له، ويكون المؤجر تاجراً، وبالتالي فإن عقود التأجير التمويلي التي يقوم

^{٥٢} قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م، الصادر بتاريخ ١٧/٥/١٩٩٩م، نشر في الجريدة الرسمية، العدد ١٩، المادة (٤).

^{٥٣} القانون التجارة اللبناني رقم (٣٠٤) لسنة ١٩٤٢م، الصادر بتاريخ ٢٤/١٢/١٩٤٢م، المادة (٦).

^{٥٤} قانون التجارة الفلسطيني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦م، المادة (٦).

بها ذلك التاجر تعد من قبيل الأعمال التجارية بالتبعية، لأن الهدف منها خدمة حاجات المجتمع التجارية، وتبعيتها لمهنة التجارة^{٥٥}.

وإذا كان المستأجر من أصحاب المهن الحرة وليس تاجراً، فإن العقد يكون عقداً مدنياً بالنسبة له، وعقداً تجارياً بالنسبة للمؤجر، وهنا يتكسب عقد التأجير التمويلي صفة الأعمال التجارية المختلطة^{٥٦}.

وبرأي الباحثة فإن عقد التأجير التمويلي، عقد جديد يجمع بين عدة عقود كعقد الإيجار والبيع وبالتقسيم وغيرها، وله طبيعة خاصة تميزه عن غيره من العقود التي يتفق معها في بعض خصائصها، ويفارقها في بعضها الآخر والتي سوف يتم بيانها والتمييز بينهما في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: التمييز بين عقد التأجير التمويلي والعقود المشابهة لها:

يتمكن المؤجر من خلال عقد التأجير التمويلي بالاحتفاظ بملكية المأجور مقابل بدل إيجار يدفعه المستأجر لقاء انتفاعه بالمأجور، ويكون للمستأجر في نهاية مدة العقد حق شراء المأجور أو رده إلى المؤجر، أو تجديد العقد، وكل ذلك يؤدي إلى تشابه بين عقد التأجير التمويلي وبين التصرفات القانونية الأخرى التي تعطي الأغراض الائتمانية ذاتها^{٥٧}، فقد حاول بعض الفقه

٥٥ نصت المادة (٨) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٠م على أن الأعمال التي يقوم بها التاجر لشئون تتعلق بتجارته تعد أعمالاً تجارية، وكل عمل يقوم به التاجر يعد متعلقاً بتجارته ما لم يثبت غير ذلك. ونصت المادة (٨) من قانون التجارة اللبناني رقم (٣٠٤) لسنة ١٩٤٢م على أن: "جميع الاعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارته تعد تجارية ايضاً في نظر القانون وعند قيام الشك تعد اعمال التاجر صادرة منه لهذه الغاية الا إذا ثبت العكس".

٥٦ عادل علي المقدادي، القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠م، ص ٨٩.

٥٧ صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي دراسة مقارنة في القانون الأردني مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي، دار وائل للنشر، ط١، عمان، ٢٠٠٥، ص ١٣٠.

إدراج عقد التأجير التمويلي تحت إحدى العقود المسماة، مثل الإيجار، والبيع بالتقسيط، واستندت بذلك على الاختلاف، والتشابه بينه وبين العقود تلك العقود، لذلك فإنه سوف يتم التمييز بين عقد التأجير التمويلي وبين عقد الإيجار، والبيع بالتقسيط، لتمييز هذا العقد عن تلك العقود.

وبالتالي فقد تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين تناول الفرع الأول: عقد التأجير التمويلي وعقد الإيجار، وتناول الفرع الثاني: عقد التأجير التمويلي والبيع بالتقسيط.

الفرع الأول: عقد التأجير التمويلي وعقد الإيجار:

عرفت المادة (٤٠٥) من مجلة الأحكام العدلية الإجارة أنها: "بيع المنفعة المعلومة بعوض معلوم"^{٥٨}. ونصت المادة (٦٥٨) من القانون المدني الأردني على تعريف عقد الإيجار أنه: "الإيجار تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصورة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم"^{٥٩}.

يتشابه عقد التأجير التمويلي مع عقد الإيجار في أن كلا منهما لا ينقل الملكية، وإنما يملك المنفعة مقابل عوض معلوم؛ لمدة محددة أي أنهما من عقود المدة^{٦٠}. لكن هناك فروق جوهرية بين العقدين كالتالي^{٦١}:

٥٨ مجلة الأحكام العدلية، مجموعة عارف رمضان (الحكم العثماني)، الصادرة في ١٨٧٧، المنشور في الجريدة الرسمية عام ١٩٣٠م، المادة (٤٠٥).

٥٩ منذر الفضل وصاحب الفتلاوي، "شرح القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية وقانون المالكين والمستأجرين لسنة ١٩٨٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٣، ص ١٦٣.

٦٠ عثمان التكروري، محاضرات في عقد التأجير التمويلي، القانون التجاري، منشورة في تاريخ ١١/٧/٢٠٢٠م، تاريخ الزيارة ١٩/٧/٢٠٢٢م، ص ٨.

٦١ عثمان التكروري، محاضرات في عقد التأجير التمويلي، المرجع السابق، ص ٩.

١- عقد الإيجار يكون بين (مؤجر ومستأجر)، بينما يحتاج عقد التأجير التمويلي وجود طرف ثالث هو المورد.

٢- الأجرة في عقد الإيجار مقابل المنفعة، بينما في عقد التأجير التمويلي هي أقساط لدين واحد لا يقبل الانقسام.

٣- هدف المستأجر في عقد الإيجار هي طلب المنفعة، بينما في عقد التأجير التمويلي هي التمويل لشراء الآلات مع خيار تملكها في نهاية مدة العقد كأحد الخيارات المتاحة له في العقد.

٤- تستفيد شركة التأجير التمويلي من القواعد المكتملة للتخلص من أعباء بعض الالتزامات العقدية، كالصيانة، وتبعية الهلاك، والمسئولية المدنية، بإلقاء عبئها على المستأجر.

٥- مدة عقد الإيجار تتحدد وفقا لإرادة طرفيه، في حين أنها تتحدد في عقد التأجير التمويلي بناء على السعر الاقتصادي للمأجور؛ ولهذا قد تمتد بما لا يقل عن ٧٥٪ من السعر الاقتصادي للمأجور.

٦- دفعات الأجرة في عقد التأجير التمويلي أكبر من أقساط الأجرة في عقد الإيجار حيث أنها تتحدد على أساس المبلغ المدفوع من شركة التأجير التمويلي لإبرام العقد، ومدة العقد لاسترداد كامل المبلغ مع نسبة ربح.

٧- المستأجر في عقد الإيجار أمامه خيارين، تمديد العقد، أو إنهائه، بينما المستأجر في عقد التأجير التمويلي له خيار ثالث هو شراء المأجور في نهاية المدة.

وعلى ذلك يتبين أن عقد التأجير التمويلي، يختلف عن عقد الإيجار في نواحي أكثر من النواحي التي يتفق معه، حيث أن أحكام عقد الإيجار تم تحويلها، لكي تتفق مع الهدف الذي وجد

من أجله عقد التأجير التمويلي، وهي تقديم التمويل مع تلافي المخاطر الائتمانية التي قد يتعرض لها الممول^{٦٢}.

الفرع الثاني: عقد التأجير التمويلي والبيع بالتقسيط:

اعتبر بعض الفقهاء عقد التأجير التمويلي بأنه بيعٌ بالتقسيط، فينطوي عقد البيع بالتقسيط على التأجيل، وزيادة بالثمن من أجل هذا التأجيل، حيث انتشر هذا البيع في التعامل بعد الحرب العالمية الثانية، لاسيما في مجال السلع المعمرة اللازمة للأسر والمنشآت، وتعمل المصارف البيع بالتقسيط فهي تشتري السلعة بثمن معجل، و تعيد بيعها إلى العميل بثمن مقسط. فقد عرفت المادة (١٠٥) من مجلة الأحكام العدلية البيع بأنه "مبادلة مال بمال"^{٦٣}. وعرفت المادة (٤٦٥) من القانون المدني الأردني بأنه "تمليك مال، أو حق مالي لقاء عوض"^{٦٤}. وبالتالي فإن عقد البيع ينقل الملكية على وجه الإلزام، ويتم نقل الملكية فيه بإرادة البائع والمشتري، وهو بذلك يختلف عن عقد التأجير التمويلي، وأن الفرق بين عقد البيع بالتقسيط وعقد الايجار التمويلي كالتالي: عقد البيع بالتقسيط، هو عقد بيع منجز تنقل فيه الملكية في الحال، لكن يتم الوفاء بالثمن بشكل أقساط دورية، في حين أن عقد التأجير التمويلي ينقل الملكية للمستأجر في نهاية مدة العقد كأحد الخيارات المقدمة للمستأجر، وليس على وجه الإلزام. وتنتقل الملكية في عقد البيع بالتقسيط بإدارة كل من البائع والمشتري، أما في عقد التأجير التمويلي تنقل الملكية بإرادة المستأجر فقط^{٦٥}.

٦٢ محمد عايد الشوابكة، عقد التأجير التمويلي، ص ٦٩.

٦٣ مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، المادة ١٠٥.

٦٤ القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م، المادة ٤٦٥.

٦٥ عثمان التكروري، مرجع سابق، ص ١٠.

الفرع الثالث: عقد التأجير التمويلي وعقد التأجير التشغيلي:

يتشابه عقد التأجير التمويلي وعقد التأجير التشغيلي^{٦٦} في أن كليهما يقومان على الفصل بين المنفعة والملكية، بحيث يبقى المؤجر في كليهما مالكا للمال المأجور والمستأجر ينتفع بالمال طيلة مدة العقد، وأنها من عقود التمويل ويتحمل المستأجر أعباء العقد كالصيانة، وتبعية الهلاك، إضافة إلى أن المستأجر في كلا العقدين يهدف الحصول على منفعة المعدات اللازمة لإنشاء مشروعه فيتوجه إلى إحدى الشركات المختصة في التأجير التمويلي، ويبرم معها عقدا يحصل من خلاله على الأموال^{٦٧}، ويختلفان من حيث المدة والمخاطر والنفقات وقابلية العقد للإلغاء كالتالي^{٦٨}: من حيث مدة عقد الإيجار التشغيلي: لا يوجد حد أدنى لمدة الإيجار، أما مدة عقد الإيجار التمويلي لا تقل مدة الإيجار عن ٧٥% من العمر الإنتاجي للأصل المؤجر.

-من حيث المخاطر والنفقات: المؤجر في عقد الإيجار التشغيلي يتحمل المخاطر والنفقات المتعلقة بالتملك فقط، ويتحمل المستأجر نفقات الاستعمال، بينما في عقد الإيجار التمويلي يتحمل المستأجر جميع المخاطر والنفقات.

٦٦ عقد التأجير التشغيلي هو: عقد إيجار عادي يتضمن انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة مقابل أجره يتفق عليها ولمدة لا تقل عن العمر الاقتصادي للمأجور دون أن يترتب على المؤجر أية أعباء ويتضمن حقا للمستأجر بإمكانية تملك الآلات الإنتاجية في نهاية مدة العقد.

٦٧ فايز نعيم رضوان، عقد التأجير التمويلي، ط٢، بدون نشر، ١٩٩٤، ص٨٣.

٦٨ صخر الخصاونة، عقد التأجير التمويلي وآثاره في القانون الأردني، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، الأردن، ٢٠٠٤، ١٤٠.

- من حيث قابلية العقد للإلغاء: يمكن إلغاء عقد التأجير التشغيلي من قبل المؤجر والمستأجر، في حين لا يمكن إلغاء العقد في عقد الإيجار التمويلي.

الفصل الثاني:

سلطة القاضي التقديرية إزاء التعويض الاتفاقي في عقد التأجير التمويلي

احتلت قواعد الإثبات القضائي أهمية كبيرة باعتبارها الوسيلة التي يتوسل بها أصحاب الحق لإقامة الدليل على قيام الحق أمام القضاء، ويتم تجريد الحق الذي يتقاضى عليه الشخص من كل قيمة مالم يقيم الدليل على قيامه، فيعتبر الدليل هو القوام الذي يحيي الحق، ويحميه، وهو الأداة المهمة التي يعتمد عليها القاضي لتحقيق من الوقائع القانونية، فهو المحور الذي تدور حوله الخصومة، ويستغل الجانب الأكبر من نشاط الخصوم والقاضي، ويجب على من يدعي حقاً تقديم الأدلة والمستندات التي تبرهن وجود هذا الحق، فعبء إثبات الادعاء يقع على من يدعيه مراعيًا الشروط القانونية الواجبة للقيام بذلك، استناداً للقاعدة التي نصت على: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر". فالقاضي يمارس عمله القضائي، ويستمد ولايته من المشرع، حيث حدد نطاق ولاية القاضي عند ممارسته لعمله القضائي وفقاً لنصوص التشريعية قاطعة الدلالة في المعنى المراد منها، لذلك فإن سلطة القاضي أثناء مباشرته لولاية القضاء ليست سلطة تقديرية، وإنما هي سلطة مقيدة بغايات العمل القضائي، فالنشاط القضائي مصدر المشرع الذي يحدد نطاق سلطة القاضي على سبيل القطع^{٦٩}. وبالتالي فإنه يجب بيان سلطة القاضي التقديرية في مجال التعويض الاتفاقي، وبذلك فقد تم تقسيم هذا الفصل إلى بحثين تناول المبحث الأول: طبيعة

٦٩ ابراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، الجامعة الأردنية، الأردن، ١٩٩٠م، ص ١٥.

التعويض الاتفاقي، وخصائصه ومصيره ، وتناول المبحث الثاني: سلطة القاضي التقديرية في تعديل التعويض الاتفاقي.

المبحث الأول: طبيعة التعويض الاتفاقي وخصائصه ومصيره "الشرط الجزائي".

عند إبرام التصرفات القانونية وعلى رأسها عقود البيع وفي أحيان كثيرة؛ يشترط أحد المتعاقدين على الآخر إلزامه بالتعويض الاتفاقي حال إخلاله بالتزام واقع على عاتق أي منهما أمام الآخر، فيعرف الشرط الجزائي في القانون بأنه تعويض اتفاقي، فنصت عليه المادة (٢٢٣) من القانون المدني التي تنص على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠". ونصت المادة (٢١٦) من نفس القانون على أنه: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث ضرر، أو زاد فيه"^{٧٠}.

ولا يجوز الاتفاق على عدم رقابة القضاء على قيمة التعويض الاتفاقي استناداً لنص المادة (٣/٢٢٤)، فذلك لا يمنع القاضي من التعرض للتعويض الاتفاقي في حالة اعتراض المدين عليه، أما إذا لم يتمسك المدين بالاعتراض على التعويض الاتفاقي يلتزم القاضي بفحواه^{٧١}. ولا يجوز المطالبة بفسخ العقد وإعمال التعويض الاتفاقي معاً، لأنه في حالة فسخ العقد المتضمن للتعويض الاتفاقي يسقط معه التعويض الاتفاقي بالتبعية، حيث أن التعويض الاتفاقي التزم تابع

٧٠ القانون المدني، مرجع سابق، المادة (٢٢٣) والمادة (٢١٦).

٧١ نصت المادة (٢٢٤) من القانون المدني على أن: "١- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ٢- يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ٣- ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين".

للاللتزام الأصلي، إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الللتزام، فإذا سقط الللتزام الأصلي بفسخ العقد، سقط معه الللتعويض الللتفاقي فلا يعدد بالللتعويض المقدر بمقتضاه، فان استحق الللتعويض للدائن، تولى الللقاضي تقديره وفقاً للقواعد العامة التي تجعل عبء إثبات الضرر، وتحققه، ومقداره على عاتق الدائن.

وبالللتالي فقد تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين تتناول المطلب الأول: خصائص الللتعويض الللتفاقي، وتتناول المطلب الللتاني: مصير الللتعويض الللتفاقي في حالة فسخ او بطلان عقد الللتمويل.

المطلب الأول: خصائص الللتعويض الللتفاقي:

يهدف الللتعويض الللتفاقي إلى ضمان تنفيذ الللتزام الللتعاقدي، فالللتعويض الللتفاقي هو عبارة عن اتفاق بين الللتطرفين الللتتعاقدن، وبما أنه جاء لضمان تنفيذ الللتزام الللتعاقدي فهو يعدد بهذه الصفة الللتزاماً تابعاً لللتزام الأصلي، وليس مستقلاً عنه. وبالللتالي فإنه الللتعويض الللتفاقي يتمتع بخاصيتين سوف أتناول في الفرع الأول: الخاصية الللتبعية، وأتناول في الفرع الللتاني: الخاصية الللتفاقية.

الفرع الأول: الللتبعية.

لا ينشأ الللتعويض الللتفاقي مستقلاً بل هو تابع لللتزام أصلي، واللتزام الأصلي هو الللتزام الذي يتعهد الللتمدين بتنفيذه لمصلحة الدائن، وهذا الللتزام يقتضي تنفيذه عيناً، إذ ليس للدائن أن يطالب بالللتعويض إذا كان بمقدور الللتمدين تنفيذ الللتزام عيناً، بل له ألا يقبل به ما دام الللتنفيذ العيني ممكناً، ذلك لأن الللتعويض الللتفاقي الللتزام ثانوي، وتابع لللتزام الأصلي، فالللتعويض الللتفاقي

يجب أن يشير إلى وجود التزام أصلي، يهدف إلى ضمان تنفيذه^{٧٢}. وبالتالي فإن التعويض الاتفاقي تابع في تكوينه ومصيره للالتزام الأصلي، فلا يكون له وجود بدونه، ولا يبقى مبدئياً بعده، إلا يوجد عليه بعض الاستثناءات هي^{٧٣}:

بيع ملك الغير: يعرف بيع ملك الغير في القانون المدني الاردني هو بأن يبيع شخص عيناً معينة بالذات ليست مملوكة لشخص آخر، ويسمى الشخص البائع بالفضولي، وبالنسبة لهذا البيع فهو يعتبر حسب القانون المدني الأردني بيعاً موقوفاً، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقولها "إن الشراء الذي يتم من فضولي لا يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، بل يعتبر عقداً موقوفاً على إجازة ذي المصلحة"^{٧٤}، وبالتالي فإن العقد الموقوف في هذه الحالة يكون موقوفاً على إقرار المالك الحقيقي للمبيع^{٧٥}، فإذا أقره نفذ العقد، وأصبح صحيحاً مرتباً لكافة أثاره، وإذا لم يقره فيعتبر عقداً باطلاً، ولا يكون بوسع المشتري إلا الرجوع على الفضولي بالتعويض، وما دام أن التعويض متفق عليه فإنه يتم الأخذ به مع بطلان الالتزام الأصلي.

أما حسب القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني، فإن كلاهما يعتبر بيع ملك الغير قابلاً للإبطال، ويعتبر العقد ساري المفعول، ومرتباً لجميع أثاره إلى أن يبطله من له الحق في إبطاله، وهو المالك الحقيقي الذي له جازته، أو عدم إجازته، فإذا أجاز نفذ وإذا لم يجزه بطل، وبالتالي فإن هذا البطلان يفتح المجال للتعويض، وما دام التعويض الاتفاقي في مثل

٧٢ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٤٩٨.

٧٣ طارق محمد أبو ليلي، مرجع سابق، ص ١٩.

٧٤ تمييز حقوق رقم ٨١/٣١٦، مجلة نقابة المحامين، ٩٨٢، ص ٢٧، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز، ج ٥، القسم الأول، ٣٩٤.

٧٥ رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، ط ٤، ١٩٩٨، ص ٦٩.

هذه الحالة ما هو إلا تحديد لقيمة التعويض، فيعتبر صحيحاً بالرغم من بطلان الالتزام الأصلي، ولكن ذلك يعتبر باطلاً في العقود الشكلية، فهي لا ترتب أثر، وبالتالي يعتبر التعويض الاتفاقي باطل.

التعهد عن الغير: نصت المادة (٢٠٩) من القانون المدني الأردني والمادة (١٥٣) من القانون المدني المصري والمادة (١٥٥) من مشروع القانوني المدني الفلسطيني على أنه: " إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم فلا يلزم الغير بتعهد، فإذا رفض الغير ان يلتزم وجب على المتعهد ان يعرض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك ان يتخلص من التعويض، بان يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به. ٢- أما إذا قبل الغير هذا التعهد فان قبوله لا ينتج اثرا الا من وقت صدوره ما لم يتبين انه قصد صراحة، او ضمنا ان يستند أثر هذا القبول الى الوقت الذي صدر فيه التعهد"^{٧٦}. يتضح من ذلك أن التعهد عن الغير هو أن يتعهد شخص بموجب عقد بأن يحمل شخصاً آخر على إبرام عقد ما، فإذا رفض هذا الشخص العقد الذي يسمى المتعهد عنه أن يلتزم بهذا العقد فإن المتعهد يعتبر مقصراً ويلزم بالتعويض تجاه من تعاقد معه، ذلك لأن التزامه هنا يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة^{٧٧}، فإذا تضمن العقد تعويضاً اتفاقياً فإن هذا التعويض يسري بينهما على الرغم من أن العقد الذي تم التعهد لأجله لم ينعقد.

تجدر الإشارة إلى أن التعاقد للغير يتضمن عقدين هما: **الأول** العقد الذي تم بين المتعهد والمتعهد له، والمتمثل بحمل المتعهد عنه على التعاقد، **والثاني** العقد الذي سوف ينعقد بين المتعهد له وعنه إذا أقر هذا الأخير للوعد الصادر من الشخص المتعهد، فإذا لم يقره لا ينعقد العقد،

٧٦ القانون المدني الأردني، مرجع سابق، المادة (٢٠٩).

٧٧ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ط٢، المكتب القانوني، ١٩٩٨م، ٢٠٦.

فالتعويض الاتفاقي استحق بسبب فشل المتعهد بحمل المتعهد عنه على إبرام العقد أي نتيجة الإخلال بالعقد الأول الصحيح، وليس بقيمة العقد الثاني الذي لم يكتمل، وبالتالي فإن التعويض الاتفاقي هنا يعتبر استثناء عن القاعدة القائلة بأن بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان التعويض الاتفاقي.

الاشتراط لمصلحة الغير: نصت المادة (٢٠٦) من القانون المدني الأردني على أنه: "ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد، أو من طبيعة التعامل، أو من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام"^{٧٨}. يتضح من ذلك أن آثار العقود تنحصر بين أطرافها، والخلف العام، ولا تنصرف إلى الغير سواء بصورة مباشرة، أو غير مباشرة، إلا أن ذلك ليس منطقياً أن يصبح شخص دائناً أو مديناً بغير إرادته، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها بقولها: "إن أثر العقد قاصر على طرفيه والخلف العام، أو الخاص، أو الدائن في الحدود التي بينها القانون، ومن ثم لا ينصرف أثره إلى الغير ولو كان تابعاً لأحد المتعاقدين.

إلا أن حالة الاشتراط لمصلحة الغير^{٧٩} جاءت استثناءً على الأصل، وبالتالي فإنه يمكن أن تنصرف آثار العقد إلى شخص أجنبي عن العقد بوصف الاشتراط لمصلحة الغير، فتعود المنفعة من تنفيذ العقد لمصلحة شخص ثالث (المستفيد) الذي لم يشترك في إنشاء العقد. ومثالها ما يرد في عقود التأمين، أما المشتراط فيجب أن تتوافر له مصلحة مادية أو أدبية من وراء عقد

٧٨ القانون المدني الأردني، مرجع سابق، المادة (٢٠٦).

٧٩ يقصد بالاشتراط لمصلحة الغير بأنه: عقد يشترط فيه أحد المتعاقدين، ويسمى (المشترط) على طرف آخر ويسمى (المتعهد) التزاماً لمصلحته شخص ثالث ليس طرفاً في العقد يسمى (المنتفع) بحيث ينشأ لهذا الأخير بمقتضى هذا العقد حق مباشر قبل المتعهد.

الاشتراط، فإذا لم تتوافر هذه المصلحة، فإن العقد يكون باطلاً، ولكن يرى بعض الفقهاء القانونيين أن وجود التعويض الاتفاقي في عقد الاشتراط لمصلحة الغير يبعث للمشارك المصلحة التي تلزمه لإكساب العقد الصفة الشرعية التي لولاها لكان العقد باطلاً، وهذه المصلحة هي التي يستطيع من خلالها المشتراط مراقبة تنفيذ العقد، وإقامة الدعوى القضائية في حال نكول المدين عن تنفيذ التزاماته^{٨٠}.

الفرع الثاني: الاتفاقية.

يهدف التعويض الاتفاقي إلى الحد من اللجوء إلى القضاء، وعدم إطالة أمد النزاع لدى المحاكم نظراً لبطء إجراءاتها، وتجنب التكاليف والرسوم والمصاريف، وكذلك الصعوبات التي تواجه القضاء في تحديد مقدار التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخر في تنفيذه، غير أن كثيراً من الأضرار بحاجة إلى خبير لتقدير مقدار التعويض اللازم وما يتبع ذلك من نفقات، وبالتالي فإن انتقاد مقدار التعويض الاتفاقي المتفق عليه مسبقاً من قبل الأطراف وبارادتهم الحرة لا تحقق هذه الغاية، سواء كان هذا الانتقاد من قبل الدائن الذي يرى في التعويض الاتفاقي أنه غير كاف، أو من قبل الذي يدعي بأن التعويض مبالغ فيه، ويترتب على ذلك أن^{٨١}: التعويض الاتفاقي هو اتفاق بين المتعاقدين، وهذا يعني أنه يجب أن يتوافر في هذا الاتفاق الأحكام العامة الواجب توافرها في أي عقد، حتى ينشأ صحيحاً من حيث أركانه من رضا ومحل وسبب^{٨٢}، وبالأغلب يتم النص على هذا النوع من التعويض في عقد الالتزام الأصلي.

٨٠ جلال علي العدوي، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانونيين المصري واللبناني، الدار الجامعية، ص ١٤٢.

٨١ طارق محمد مطلق أبو ليلي، مرجع سابق، ص ١٧.

٨٢ حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ج ٢، ١٩٩٦، ص ٤١.

غير أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون الاتفاق عليه لاحقاً للعقد الأصلي، وهذا ما نصت عليه المادة (١/٣٦٤) من القانون المدني الأردني^{٨٣}.

تجدر الإشارة إلى أنه يشترط في التعويض الاتفاقي أن يتم الاتفاق عليه قبل إخلال المدين بالتزامه، سواء كان هذا الإخلال عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخير من تنفيذه، لأنه إذا كان لاحقاً لهذا الإخلال فإنه يعتبر صلحاً لا تعويضاً اتفاقياً. والاتفاق على التعويض الاتفاقي هو اتفاق على تقدير التعويض، وهذه النتيجة تعتمد بشكل أساسي على موقف كل نظام قانوني من التعويض الاتفاقي، فعلى الرغم من اتفاق الأنظمة القانونية على جواز اتفاق المتعاقدين على تقدير قيمة التعويض المستحق عن الضرر الناتج عن الإخلال بالعقد، فالهدف من التعويض الاتفاقي هو تقدير حجم التعويض المستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه الناتج عن العقد الذي أبرمه.

^{٨٣} نصت المادة (١/٣٦٤) من القانون المدني الأردني على أنه: "يجوز للمتعاقدان ان يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق مع مراعاة احكام القانون".

المطلب الثاني: مصير التعويض الاتفاقي في حالة فسخ او بطلان عقد التمويل.

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

أو بطلانه في المطلبين الآتيين:

الفرع الأول: حالة فسخ العقد

الفسخ هو حل الرابطة العقدية في حالة اخلال أحد الطرفين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد الملزم للجانبين، ويتمثل هذا الاخلال بعدم التنفيذ، أو التأخر فيه. وفي هذا الفرض فالعقد صحيح أصلاً إلا أن هذا الاخلال قد حدا بالطرف الاخر الى طلب الفسخ، واعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد، إلا أنه بطبيعة الحال فان الأثر الرجعي للفسخ سيؤدي الى حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور عندما تسترد منه الأموال المؤجرة، وبالتالي تنهار أعمال المستأجر، ويفشل مشروعه الاقتصادي الذي يعتمد على هذا المال، مما سيلحق به أضراراً فادحة^{٨٤}. وفي هذا الفرض أن شروط العقد صحيحة لا شائبة فيها ومن بينها التعويض الاتفاقي، فوجود التعويض الاتفاقي دلالة على ان الالتزام موقوف على شرط يعمل به في حالة تحقق هذا الأخير وهو عدم التنفيذ أو التأخير فيه^{٨٥}، وبالتالي فأى اخلال يطلب على أثره الفسخ يؤدي الى نتيجة مفادها عدم تنفيذ العقد، وتحققه، ويؤدي بالتالي الى تحقق التعويض الاتفاقي فيعمل به، بناء على ذلك فان التعويض

٨٤ الياس ناصيف، البند الجزائي في القانون المقارن وعقد اليزنغ، مرجع سابق، ص ٤٠٦.

٨٥ احمد ابراهيم عطية، بطلان وفسخ وصورية عقد البيع في ضوء الفقه والقضاء، دار الراضي للنشر، ٢٠١٠، ص ٤٧.

الاتفاقي في حالة فسخ العقد يستمر، ولا يمتد أثر الفسخ اليه للخصوصية التي يتميز بها عقد التمويل وحفاظاً على حقوق المؤجر ويعمل بهذا الشرط كضمان اتفاقي غير مباشر^{٨٦}.

وعلى ما تقدم يحق لشركة التمويل (المؤجرة) استحقاق قيمة التعويض المحددة في التعويض الاتفاقي المنصوص عليه في عقد التمويل إذا فسخ العقد بسبب خطأ من المستأجر (المشروع المستفيد). الا انه يحق للقاضي أن يقضي بعدم أحقية شركة التمويل في التعويض المنصوص عليه في التعويض الاتفاقي إذا أثبت المستأجر أن شركة التمويل المؤجرة لم يلحقها أي ضرر نتيجة اخلاله بالتزاماته، حيث قضت محكمة النقض المصرية بانه: "متى كان الحكم المطعون فيه قد اثبت ان الطاعن أخل بالتزامه بتوريد باقي كمية البضاعة المتعاقد عليها فيكون مسؤولاً عن التعويض، وكان الطرفان قد اتفقا بالعقد على تقدير هذا التعويض فان هذا التعويض الاتفاقي يقضي ان يكون على الطاعن عبء اثبات ان مورث المطعون عليهم لم يصبه ضرر نتيجة عدم التوريد"^{٨٧}. أو نتيجة فسخ عقد التمويل، كما انه يحق للقاضي إنقاص مقدار التعويض إذا أثبت المستأجر أنه نفذ جزءاً من التزامه في عقد التمويل، أو أن التعويض كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة^{٨٨}.

وقد ذهب البعض بأن على القاضي عند مطالبة شركة التمويل بالتعويض المحدد في الشرط الجزائي نتيجة توقف المشروع المستفيد (المستأجر) عن سداد أقساط الأجرة، أو فسخ العقد مع الشركة نتيجة خطأ المستأجر (المشروع المستفيد) أن يراعي الطبيعة الخاصة لهذه العقود ودورها

٨٦ نصت المادة (٢٢) من قانون التأجير التمويلي المصري على أنه: "يضمن المؤجر أن حياة المستأجر للعين المؤجرة لن تتعرض لأية معارضة أو منازعة أو ممانعة من الغير، وتحت طائلة المسؤولية والتعويض".

٨٧ محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٢٥ ١٤٢٧، الصادر بتاريخ ١٢/١٢/١٩٧٤.

٨٨ علي سيد قاسم، الجوانب القانونية لإيجار التمويل، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٤٧.

كوسيلة من وسائل التمويل للمشروعات الانتاجية والخدماتية، وشراء الأصل الانتاجي محل عقد التمويل من قبل الشركة بناء على رغبة المستأجر (المشروع المستفيد). اضافة الى أن الأخير هو الذي اختار الأصل الانتاجي محل العقد، وطبقاً للمواصفات التي حددها لشركة التمويل، والتي تتفق مع طبيعة نشاطه^{٨٩}. لذلك فإنه يجب على القاضي مراعاة كافة هذه الاعتبارات وهو بصدد تطبيق التعويض الاتفاقي وتحديد قيمته.

وفي الحقيقة ان هذا الرأي محل اعتبار، وذلك لأن من نتائج الامتناع عن التسديد والفسخ ما سيلحق شركة التمويل من خسائر فادحة نظراً لما تضمنه أقساط الأجرة من عناصر عن معظم ثمن الأصل الانتاجي، وهامش الربح الخاص بالشركة، وفوائد المال المستثمر طيلة مدة عقد التمويل ومصاريف اتمام الصفقة و ابرام عقد التمويل، ومن ثم فإنه يجب على القاضي حفاظاً على هذا النوع من أنواع التمويل، وعند مطالبة شركة التمويل بالتعويض المقرر في الشرط الجزائي محل عقد التمويل أن ينظر بعين الاعتبار الى مقدار القيمة الإيجارية التي لم يسدها المشروع المستفيد عن المدة المتبقية من مدة عقد التمويل، نظراً لما تمثله هذه القيمة من عناصر^{٩٠}، بغض النظر عن استرداد شركة التمويل للأصل الانتاجي محل العقد المفسوخ خاصة وأن الهدف الذي ترمي اليه شركات التمويل من هذه العملية هو استثمار أموالها، وزيادة الانتاج وبالتالي تحقيق الازدهار والتنمية^{٩١}، وليس الاحتفاظ بالأصل الانتاجي المؤجر، أو استرداده والذي قد يكون عبئاً

٨٩ وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة الأولى من اتفاقية معهد روما لسنة ١٩٨٨ والمادة ٥ و ٧ من قانون التأجير التمويلي المصري لسنة ١٩٩٥.

٩٠ وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة الأولى البند "ج" من اتفاقية معهد روما لسنة ١٩٨٨ وهو ما أشارت اليه المادة ٥ و ٢٥ من قانون التأجير التمويلي المصري لسنة ١٩٩٥.

٩١ مصطفى العوجي، القانون المدني، ج ١، ص ٩٨٢.

عليها أكثر من كونه مكسباً لها في ظل التقدم التقني الذي يجعل من الأصل الانتاجي قليل القيمة فضلاً عن المصاريف التي تتكبدها شركات التمويل (مصاريف التخزين والبيع أو التأجير للأصل الانتاجي مرة اخرى، ومدة الاهلاك الضريبي).

وبالنتيجة فإنني قد توصلت إلى نتيجة مفادها بقاء الشرط الجزائي قائماً في عقد التمويل في حالة فسخ العقد لتخلف المستأجر عن التنفيذ ويعمل به كضمان اتفاقي غير مباشر.

الفرع الثاني: حالة بطلان العقد.

يلحق وصف البطلان بالتصرف القانوني المعيب بسبب مخالفته لأحكام القانون المنظمة لإنشائه، فيجعله غير صالح لأن ينتج آثاره القانونية المقصودة، أو هو الجزء على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها^{٩٢}، وهذه الأحكام أو الأركان قد ترجع الى اعتبارات شكلية كما قد ترجع الى اعتبارات موضوعية مما يستتبع تنوع العيوب التي تصيب العقد عند انشائه ومن ثم تعدد أسباب بطلانه. والعقد الباطل معدوم، لا وجود قانوني له، لا ينتج أثراً ولا حكم له أصلاً. وطبقاً للقواعد العامة فإن المتعاقد لا يستطيع اجبار المتعاقد الآخر على تنفيذ بنود العقد، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان.

ومن المعلوم أن لعقد التمويل طبيعة خاصة، حيث يسبقه عقد يربط بين المؤجر التمويلي والبائع (المورد أو المنتج)، وهو عقد بيع أو مقاوله مستقل عن العقد المبرم بين المستفيد (المستأجر) وشركة التمويل^{٩٣}، فإذا تقرر بطلان العقد الأصلي فإنه طبقاً للقواعد العامة يقتضي الرجوع

٩٢ حسن علي الذنون، النظرية العامة لالتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢١١٢، ص ١٣٦.

٩٣ هذا ما أشارت إليه المادة الثانية من قانون التأجير التمويلي المصري، والبند "ب" من الفقرة الثانية من المادة الأولى من اتفاقية معهد روما.

بالمتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. الا أنه وللطبيعة الخاصة لعقد التمويل بطريق التأجير، وللخلفية الاقتصادية والواقعية لإبرامه وظهور البائع (المورد أو المنتج) بدور هام في سبيل وجود هذا العقد وتقدير مصلحة المستأجر الذي عقد آماله على عقد التمويل، فلا أثر لهذا البطلان على عقد التمويل، ويعد ذلك خروجاً عن القواعد العامة، وبالتالي يحكم ببقاء التعويض الاتفاقي^{٩٤}. أما في ظل الفقه الفرنسي فقد انقسم الرأي إلى أكثر من اتجاه كالتالي: **الاتجاه الأول:** يرى أن بطلان أو فسخ العقد الأصلي يستتبع بطلان أو فسخ عقد التمويل، وبالتالي لا وجود للتعويض الاتفاقي.

والاتجاه الثاني: يرى أنه لا يثبت أي أثر للبطلان أو الفسخ على عقد التمويل. والراجح بين هذين الرأيين هو ضرورة النظر الى كل حالة على حدة، للتعرف على رغبة طرفي عقد التمويل، وما إذا كانا يرغبان في بقاء أو فسخ الرابطة بين عقد التمويل وعقد البيع، أما في حالة بطلان عقد التمويل ذاته وهو العقد الأصلي فان القاعدة العامة تطبق في هذا الخصوص، وتزول بنود العقد كافة ومن ضمنها التعويض الاتفاقي الذي له غاية تعويضية محددة فيه لا يجوز أن تمتد لسواها، إضافة الى كونه التزاماً تابعاً للالتزام الأصلي، يقوم بقيامه وينقضي بانقضائه، فاذا كان الالتزام الأصلي باطلاً يستتبع ذلك أن يكون الالتزام التابع (الشرط الجزائي) باطلاً^{٩٥}، لأن التابع للشيء في الوجود يكون تابعاً له في الحكم فيصح بصحته، ويبطل ببطلانه، ولكن بالمقابل إذا كان الشرط الجزائي باطلاً فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلي باطلاً لأن الشرط الجزائي لا يتعلق به مصر الالتزام الأصلي.

٩٤ شروق عباس فاضل، الشرط الجزائي في عقد التمويل بطريق التأجير، مرجع سابق، ص ٣٩.

٩٥ الياس ناصيف، البند الجزائي في القانون المقارن وعقد الليزنج، مرجع سابق، ص ٤١٧.

المبحث الثاني: سلطة القاضي التقديرية في تعديل التعويض الاتفاقي.

أجازت القوانين^{٩٦} للمتعاقدين الاتفاق مسبقاً على تحديد مبلغ التعويض الاتفاقي في بداية التعاقد، أو في اتفاق لاحق، وهذا يعني أن المشرع اعتبر التعويض الاتفاقي لا يتعارض وأحكام النظام العام، إلا أن هذه القوانين خالفت هذا المبدأ، وسمحت للقاضي تعديل التعويض الاتفاقي بالزيادة أو بالنقصان في حالة عدم تناسب مقداره مع الضرر الواقع، واعتبرت سلطة القاضي في هذا التعديل من أحكام النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وبالتالي فإنه تم تقسيم هذا المبحث لمطلبين تناول المطلب الأول: سلطة القاضي في زيادة وتخفيض التعويض الاتفاقي، وتناول المطلب الثاني: النظام العام، وأحكام التعويض الاتفاقي.

المطلب الأول: سلطة القاضي في زيادة وتخفيض التعويض الاتفاقي.

يعتبر التعويض الاتفاقي متى تحققت شروط استحقاقه ملزماً للمتعاقدين والمحكمة، فالقاضي ملزم بأن يحكم على المدين المخل بالتزامه بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، بغض النظر عن مقدار الضرر الذي أصاب الدائن لأن العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن القوانين خولت القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي من حيث المبدأ، وإن كانت هذه القوانين تختلف في مدى منح القضاء هذه السلطة، حيث بلغت هذه السلطة مداها الأوسع في القانون المدني الأردني في المادة (٣٦٤) التي نصت على أنه: يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدماً قيمة الضمان

٩٦ القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري والمشروع الفلسطيني.

بالنص عليها في العقد، او في اتفاق لاحق مع مراعاة احكام القانون، ويجوز للمحكمة في جميع الاحوال بناء على طلب احد الطرفين ان تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك^{٩٧}.

يتضح من ذلك أن القانون خول القاضي في جميع الأحوال تعديل الاتفاقية، زيادة أو نقصاً، وليس من قيد لهذه السلطة سوى جعل التقدير مساوياً للضرر، فالضابط لهذه السلطة هو مقدار الضرر الواقع فعلاً، أما بالنسبة للقانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني، فقد خولو القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي هبوطاً وصعوداً ضمن شروط معين، وبالتالي فقد تم تقسيم هذا المطلب للفرعين تناول الفرع الأول: سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي، وتناول الفرع الثاني: سلطة القاضي في زيادة التعويض الاتفاقي.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي.

أغفل القانون المدني الأردني ذكر حالات تخفيض التعويض الاتفاقي في نصوصه، في حين أن القانون المدني المصري نص على هذه الحالات في المادة (٢/٢٢٤) مه والتي نصت على أنه: " ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه"^{٩٨}. وتقابله المادة (٢/٢٤١) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي نصت على أنه: " يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه"^{٩٩}. ويتضح

٩٧ القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، مرجع سابق، المادة (٣٦٤).

٩٨ القانون المدني المصري، مرجع سابق، المادة (٢/٢٢٤).

٩٩ مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠١٢، ديوان الفتوى والتشريع، المادة (٢/٢٤١).

من ذلك أن الحالات التي يجوز للمدين أن يلجأ فيها إلى المحكمة للمطالبة بتخفيض قيمة التعويض الاتفاقي تتمثل بحالتين هما^{١٠٠}:

الحالة الأولى: إذا كان تقدير التعويض الاتفاقي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة.

يحتفظ التعويض الاتفاقي في حالة عدم التنفيذ بقوته الملزمة، وبذلك فلا يكفي أن يثبت المدين أن التعويض الاتفاقي تجاوز مقدار الضرر الذي لحق بالدائن حتى يستطيع القاضي أن يخفض هذا التعويض، فيجب أن يمارس القاضي هذه السلطة بحذر وبطريقة استثنائية، فقد نصت المادة (٣٦٤) من القانون المدني الأردني على أنه: "يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق مع مراعاة احكام القانون، ويجوز للمحكمة في جميع الاحوال بناء على طلب أحد الطرفين ان تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك"^{١٠١}.

يتضح من ذلك أن عبء الاثبات يقع على المدين إذ كان التعويض الاتفاقي مجحفاً بحق المدين، فيجب عليه أن يثبت أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، فإذا لم يثبت المدين ذلك يقوم القاضي بخفض التعويض إلى الحد المعقول، أي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر لا المساوي له.

وقد قررت محكمة النقض المصرية بأن: "وجود الشرط الجزائي يفترض معه أن تقدير التعويض فيه متناسب مع الضرر الذي لحق الدائن، وعلى القاضي إعمال هذا الشرط إلا إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض

١٠٠ طارق محمد مطلق أبو ليلي، مرجع سابق، ص ٧٦.

١٠١ القانون المدني الأردني، مرجع سابق، المادة (٣٦٤).

التعويض المتفق عليه، وبذلك فالقاضي يمتلك سلطة تقديرية واسعة فيما يقرره، أو ينفيه من مبالغة في التعويض الاتفاقي، فيما يراه حداً مناسباً لتخفيضه، ولا رقابة عليه في ذلك من جانب محكمة النقض^{١٠٢}.

الحالة الثانية: التنفيذ الجزئي للالتزام.

لم يحدد المشرع الأردني الحالات التي يجوز فيها للقاضي تخفيض قيمة التعويض الاتفاقي، وبالتالي فإن للمدين في جميع الأحوال له أن يطلب من المحكمة تخفيض قيمة التعويض الاتفاقي ليكون مساوياً للضرر الواقع فعلاً، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٦٤)^{١٠٣}، وبالتالي فإنه يجوز للمدين إن رأى أن التعويض الاتفاقي مبالغ فيه، ولا يتناسب مع حجم الضرر الذي لحق بالدائن فعلاً بسبب عدم تنفيذ الالتزام الأصلي، واستطاع أن يثبت ذلك، فهنا يجوز للقاضي تخفيض التعويض الاتفاقي إلى الحد الذي يساوي الضرر، وقضت بذلك محكمة التمييز الأردنية على أنه: "عندما يكون مقدار التعويض محددًا في العقد مقدماً، فإن القاعدة أن يحكم به، إلا إذا ادعى المتعهد بأنه فاحش، أو يزيد على الضرر الحقيقي اللاحق بالطرف الآخر، فيجوز للمحكمة تخفيضه بما يساوي الضرر تطبيقاً لأحكام المادة (٣٦٤) من القانون المدني"^{١٠٤}.

وللقاضي أيضاً أن يخفض مقدار التعويض الاتفاقي إذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ جزء من التزامه الأصلي، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقولها "يحكم لصاحب البناء على

١٠٢ طارق بهاء الدين العياشي، سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، ٢٠١٦، ص ٦٨.

١٠٣ نصت المادة (٣٦٤) من القانون المدني الأردني على أنه: "يجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوي للضرر".

١٠٤ محكمة التمييز الأردنية، حقوق، قرار رقم ١٩٨٣/٥٦٠، منشورات العدالة.

المقاول بالتعويض عن الضرر الذي قدره الخبير من جراء تأخره عن تسليم البناء في الموعد المتفق عليه في الاتفاقية المعقودة بينهما، والمتضمنة موعد التسليم، وإلزام المقاول بدفع مبلغ محدد فيها عن كل يوم يتأخر فيه التسليم كتعويض الاتفاقي، ولا يؤثر عدم تكرار الشرط الجزائي في الاتفاقية اللاحقة المبرمة بينهما في الموعد المحدد للتسليم^{١٠٥}.

ونصت المادة (٢/٢٢٤) من القانون المدني المصري على هذه الحالة، ويتضح من ذلك أنه يمكن تخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام، بمعنى أن التنفيذ الجزئي يستدعي إعادة النظر في تحديد التعويض لأن هذا الأمر لم يكن ملحوظاً عند إبرام العقد، والواقع هو أنه إذا كان التعويض الاتفاقي يفرض على المتعاقدين تحديداً مسبقاً للتعويض، دون أن يترك للقاضي، بناءً لالتماس أي من المتعاقدين أي مجال لتعديل شريعة المتعاقدين، فإنه من الممكن أن تكون توقعات المتعاقدين غير كافية، عند إبرام العقد، وخاصة بالنسبة للتنفيذ الجزئي، فإذا أهمل الدائن الاستفادة من نص المادة (٣٤٢) من نفس القانون التي نصت على أنه: " إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة، وإذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلاً للوفاء فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين، وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفي حقه"^{١٠٦}.

فقد سمحت هذه المادة له بأن يرفض الإيفاء الجزئي للالتزام، وفي هذا يكون الدائن قد عدل عن المطالبة بالتنفيذ الكامل، ولا يحق له عندئذ المطالبة بالتعويض الاتفاقي كاملاً، لأنه

١٠٥ محكمة التمييز الأردنية، حقوق، قرار رقم ١٩٩٥/٥٠٢، منشورات العدالة.

١٠٦ القانون المدني المصري، المادة (٣٤٢).

بذلك يكون قد استفاد بالوقت نفسه من التنفيذ والجزاء معاً، وهذا ما نصت عليه (م. ٢/٢٢٤) السابقة، وقررت بأن للقاضي أن يعدل التعويض الاتفاقي عندما يكون التنفيذ جزئياً بناءً على طلب المدين الواقع عليه عبء اثبات التنفيذ الجزئي.

وتجدر الإشارة على أنه عندما يكون الدائن قد قبل بالتنفيذ الجزئي، فإن القانون يأخذ واقعة رضائه هذه بعين الاعتبار، فيقدر أن أهمية الضرر اللاحق بالدائن قد باتت دون المقدار المحدد بموجب التعويض الاتفاقي، واعتماداً على نية المتعاقدين المشتركة والمقدرة، يمكن النظر بتخفيض التعويض الاتفاقي بالنسبة للتنفيذ الجزئي للالتزام^{١٠٧}.

فالقانون قد منح القاضي صلاحية لتعديل التعويض الاتفاقي في حال التنفيذ الجزئي للالتزام، مما يعني أن التعديل ليس حتماً، وإنما يعود أمر النظر به إلى القاضي في ضوء الحالات والظروف، إلا أنه لا يكفي شرط قابلية الالتزام للتنفيذ الجزئي، بل لا بد من أن يكون الدائن قد استفاد من ذلك التنفيذ^{١٠٨}.

تجدر الإشارة إلى أنه وإن كان المشرع الأردني منح القاضي سلطة واسعة في تخفيض التعويض الاتفاقي، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة دون قيد أو شرط، وإنما لها قواعد مقررّة وهي ذات القواعد التي تحكم التعويض القضائي، وبالتالي فإنه يجب أن يقدم طالب تعديل التعويض الاتفاقي دليل قانوني يثبت ما يدعيه، ويثبت مثلاً أن التعويض الاتفاقي يزيد كثيراً عن الضرر الحاصل فإذا عجز عن ذلك، للمحكمة أن لا تحكم بالتعديل ويصبح ملزماً بالتعويض الاتفاقي

١٠٧ ناصيف إلياس، "عقد الليزنغ في التشريع، مرجع سابق، ص ٨١.

١٠٨ غازي أبو عرابي، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، دراسات علوم الشريعة والقانون، ١٩٩٨، ص ٥١.

المحدد في العقد، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقولها: " إن المادة ٣٦٤ من القانون المدني قد أجازت للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب الفريقين أن تعدل في الاتفاق على الشرط مساوي للضرر، وبناء عليه فإن صلاحية المحكمة في تخفيض التعويض المقدر بالشرط الجزائي بناء على طلب الملتزم، أو زيادة التعويض، وبناءً على طلب الفريق الآخر ليست صلاحية مطلقة، وإنما لها قواعد مقررة، وهي أن يقدم طالب تعديل التعويض دليلاً قانونياً يثبت ما يدعيه، فإن تخلف عن ذلك فعليه تبعة تقصيره إذ لا تحكم المحكمة حسب طلب أحد الفريقين المجرد من الدليل وبالتالي إذا لم يقدم طالب تعديل التعويض دليل قانوني يثبت ما أدعاه فيلزم بالتعويض المقرر بالشرط الجزائي المبين في العقد"^{١٠٩}.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في زيادة التعويض الاتفاقي.

عندما يتم تحديد التعويض الاتفاقي بمبلغ منخفض إلى درجة كبيرة ولا يتناسب مع الضرر الذي يصيب الدائن إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه، فقد أعطى القاضي صلاحية زيادة التعويض الاتفاقي لمصلحة الدائن إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي مع ما يتماشى مع مبادئ العدالة، لكن اختلف موقف القانون المدني الأردني عن موقف القانون المدني المصري كالتالي^{١١٠}:

منح المشرع القاضي في القانون الأردني سلطة مطلقة في زيادة التعويض الاتفاقي مثلما منحة سلطة واسعة في تخفيض التعويض، كما ذكر في المادة (٣٦٤)، ولم يحدد الحالات التي يجوز فيها زيادة مقدار التعويض الاتفاقي من قبل القاضي بناء على طلب الدائن، وهذا يعطي الدائن في كل حالة لا يتناسب فيها التعويض الاتفاقي مع الضرر الواقع فعلاً، حق اللجوء إلى

١٠٩ محكمة التمييز الأردنية، حقوق، قرار رقم ١٩٩٥/٣٩١، منشورات العدالة.

١١٠ طارق بهاء الدين العياشي، سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات، مرجع سابق، ص ٧٢.

القضاء مطالباً بزيادة مقدار التعويض الاتفاقي إذا استطاع اثبات ما يدعيه، ويجوز للقاضي زيادة قيمة التعويض الاتفاقي ليتساوى مع الضرر، وله في ذلك سلطة تقديرية فإذا استطاع الدائن مثال أن يثبت أن الخلل بالالتزام الأصلي كان بسبب غش المدين أو خطئه الجسيم^{١١١}. فالقاضي يملك سلطة زيادة التعويض الاتفاقي إذا استطاع الدائن أن يثبت أن التعويض الاتفاقي يتضمن معنى الاعفاء، أو التخفيف من المسؤولية عن العمل غير المشروع^{١١٢}. وبالتالي فإن إطلاق سراح سلطة القاضي لتعديل التعويض الاتفاقي لا تعني إهدار كل قيمة له فهو من ناحية أي القاضي لا يملك مباشرة سلطته هذه إلا إذا طلب منه ذلك أحد الخصوم، ومن ناحية أخرى أن التعويض الاتفاقي يبقى مفيداً للدائن لأنه يعفيه من عبء الإثبات، ويلقي به على المدين الذي يدعي عدم وقوع الضرر أو أن التعويض المتفق عليه مبالغ فيه^{١١٣}.

أما المشرع المصري فلم يشترط المساواة بين قيمة التعويض والضرر الحاصل، فإذا تبين للقاضي أن التعويض المتفق عليه بين الدائن والمدين ليس مبالغاً فيه وإنما هو أقل من الضرر الحقيقي بشيء معقول، فإنه لا يقرر زيادة التعويض ليكون مساوياً للضرر، بل يحكم به كما هو، ويكون التعويض الاتفاقي بمثابة اتفاق على التخفيف من المسؤولية، وبالتالي فإنه لا مجال لزيادة التعويض الاتفاقي فيه إذا طالب الدائن بذلك في القانون المصري إلا في حالتين:

الحالة الأولى: إذا ارتكب المدين نفسه غشاً أو خطأً جسيماً.

١١١ نصت المادة (٢/٣٥٨) من قانون المدني الأردني على أن: "..... في كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأً جسيماً".

١١٢ نصت المادة (٢٧٠) من قانون المدني الأردني على أن: "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار".

١١٣ أمين دواس، القانون المدني، أحكام التزام، دراسة مقارنة، دار الشروق، الأردن، ٢٠٠٥، ص ٧٨.

نصت المادة (٢٢٥) من القانون المدني المصري على أنه: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً، أو خطأ جسيماً"^{١١٤}. يتضح من ذلك أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بزيادة مقدار التعويض الاتفاقي إلا إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، فيجب على القاضي زيادة مقدار التعويض الاتفاقي ليكون متناسباً مع الضرر إذا استطاع إثبات ذلك.

قضت محكمة النقض المصرية بأن: " الغش يبطل التصرفات، هي قاعدة قانونية سليمة، ولو لم يجر بها نص خاص في القانون، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش، والخديعة، والاحتيال، وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في المتعاقدات والتصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات"^{١١٥}.

الحالة الثانية: إذا كان التعويض الاتفاقي يتضمن اعفاء أو تخفيضاً من المسؤولية

التقصيرية.

نصت المادة (٢١٧) من القانون المدني المصري على أنه: "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع"^{١١٦}. يتضح من ذلك أنه لا أن يتفق الطرفان على اعفاء المدين من مسؤوليته التقصيرية، ويكون هذا الاتفاقي باطلاً لو تم لتعارضه مع النظام العام، وبالمقابل منه يعتبر الاتفاق على تشديد المسؤولية التقصيرية اتفاقاً صحيحاً فهو لا يخالف النظام العام، ويترتب عليه أنه إذا كان مقدار التعويض الاتفاقي تافهاً، أو أقل من قيمة

١١٤ القانون المدني المصري، مرجع سابق، المادة (٢٢٤).

١١٥ طارق بهاء الدين العياشي، سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات، مرجع سابق، ص ٧٣.

١١٦ القانون المدني المصري، مرجع سابق، المادة (٢١٧).

الضرر الناشئ عن العمل غير المشروع، جاز للدائن أن يطلب من المحكمة زيادة مقدار هذا التعويض ليكون متناسباً مع الضرر الحاصل، ولا يملك المدين أن يتمسك في هذه الحالة بالتعويض المتفق عليه، ويقوم القاضي بتقدير التعويض المناسب بما له من سلطة في ذلك دون التقيد بالتعويض المتفق عليه^{١١٧}. وتجدر الإشارة أن المشرع الأردني أعطى سلطة واسعة في زيادة مقدار التعويض الاتفاقي، بينما قام المشرع المصري بتحديد الحالات التي يتدخل فيها القاضي من أجل زيادة مقدار التعويض.

المطلب الثاني: النظام العام وأحكام التعويض الاتفاقي.

لقد قام المشرع بتشريع القواعد القانونية بهدف تنظيم العلاقات بين الناس، وأقرنها بالجزاء واعطاها صيغة الالتزام، وقسم هذه القواعد إلى قواعد آمرة، واعتبرها من النظام العام، ولم يجز الاتفاق على خالفها، وأخرى مكملة، وأجاز الخروج عليها، بمعنى الاتفاق على مخالفتها.

ونظراً لأهمية التعويض الاتفاقي في الحياة العملية والاقتصادية، فقد عمد المشرع في كل من الأردن ومصر إلى تنظيم أحكامه وفق اعتبارات النظام العام، أي أنه أورد بهذا الشأن قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، وبذلك فقد تم تقسيم هذا المطلب لفرعين تناول الفرع الأول: موقف القانون المدني الأردني، وتناول الفرع الثاني: موقف القانون المدني المصري والفلسطيني.

١١٧ غازي أبو عرابي، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، مرجع سابق، ص ٥٩.

الفرع الأول: موقف القانون المدني الأردني.

نصت المادة (٢/٣٦٤) من القانون المدني على أنه: "١- يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق مع مراعاة احكام القانون, ٢- ويجوز للمحكمة في جميع الاحوال بناء على طلب أحد الطرفين ان تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك"^{١١٨}.

يتضح من ذلك أن المشرع الأردني جعل بعض أحكام التعويض الاتفاقي من النظام العام

ومنها:

١- أنه اعتبر الضرر ركناً أساسياً لاستحقاق التعويض الاتفاقي، فلا يكون موجباً لإعمال التعويض الاتفاقي إذا تخلف أو تأخر المدين عن تنفيذ التزامه المقترن بتعويض اتفاقي ولم يلحق ضرراً بالدائن لتعلق ذلك بالنظام العام، وبالتالي لو تم الاتفاق بين المتعاقدين على استحقاق التعويض الاتفاقي حتى ولو لم يلحق ضرراً بالدائن، فللمدين اللجوء إلى المحكمة مدعياً عدم وقوع الضرر للتهرب من دفع قيمة التعويض الاتفاقي.

٢- اعتبر القانون المدني الأردني أن التعويض الاتفاقي الذي يكون مبالغاً فيه يقصد التحايل على قواعد قانونية أمره باطلاً كما هو الحال في حالة الفوائد الاتفاقية، حيث أن المشرع الأردني وضع حداً أقصى للفائدة وهي ٩٪، وبالتالي ليس باستطاعة الأفراد المتعاقدة تجاوزها بالاتفاق على تعويض اتفاق أكبر من تلك النسبة لتعلق هذا الأمر بالنظام العام.

١١٨ القانون المدني، مرجع سابق، المادة (٢/٣٦٤).

٣- يعتبر الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية أو تخفيفها في الحالة التي يرتكب فيها المدين غشاً، أو خطأً جسيماً باطلاً استناداً لنص المادة (٢/٣٥٨)^{١١٩}. وبالتالي فإن التعويض الاتفاقي الذي تكون قيمته تافهة لا يتضمن معنى الإعفاء من تلك المسؤولية، ويعتبر باطلاً لتعلق الأمر بالنظام العام.

٤- اعتبر القانون الأردني الاتفاق على التعويض الاتفاقي باطلاً في حالة التي يكون القصد منها الاعفاء من المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الفعل الضار، لتعلق ذلك بالنظام العام استناداً للمادة (٢٧٠) من القانون المدني^{١٢٠}.

٥- أعطى القانون الأردني للمحكمة سلطة التدخل لتعديل التعويض الاتفاقي، سواء بالزيادة أو النقصان بناءً على طلب أحد المتعاقدين ليتساوى مع مقدار الضرر الحاصل فعلاً واعتبر ذلك من النظام العام، وبالتالي يعتبر أي اتفاق يتضمن استبعاد سلطة المحكمة سواء بالزيادة أو النقصان باطلاً استناداً لنص المادة (٢/٣٦٤) التي نصت على أنه "... يقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك"^{١٢١}.

الفرع الثاني: موقف القانون المدني المصري والفلسطيني.

نصت المادة (٢٢٤) من قانون المدني المصري على أنه: "١- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ٢- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا

١١٩ نصت المادة (٢/٣٥٨) من القانون المدني على: "وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم".

١٢٠ نصت المادة (٢٧٠) من القانون المدني على أنه: " يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار".

١٢١ القانون المدني الأردني، مرجع سابق، المادة (٢/٣٦٤).

التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ٣- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين". ويقابها المادة (٢٤١) من مشروع القانون الفلسطيني والتي نصت على أنه: "١- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ٢- يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ٣- إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، ٤- يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرات السابقة"^{١٢٢}.

وبالتالي فقد اعتبر كلاً من المشرع المصري ومشروع القانون الفلسطيني أحكام التعويض الاتفاقي من النظام العام واعتبر الخروج عليها باطلاً.

لقد أوجب المشرع وقوع الضرر لاستحقاق التعويض الاتفاقي، وبالتالي أي اتفاق بين المتعاقدين يتضمن استحقاق التعويض الاتفاقي، حتى ولو لم يحصل ضرراً يعتبر باطلاً لمخالفته للنظام العام^{١٢٣}.

واعتبر المشرع التعويض الذي يكون في حالة تشديد المسؤولية، وعند المبالغة فيه أنه باطل إذا كانت قيمة التعويض الاتفاقي تزيد عن قيمة الضرر بشكل كبير، ولا يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على اقتضاء كامل المبلغ المتفق عليه بموجب التعويض الاتفاقي إذا قام المدين بتنفيذ الالتزام جزئياً، لأن المشرع أعطى القاضي في هذه الحالات سلطة تخفيض التعويض الاتفاقي بناءً على طلب المدين.

١٢٢ مشروع القانون الفلسطيني، المادة (٢٤١).

١٢٣ حسام الدين كامل أهواني، النظرية العامة للالتزام، ج٢، أحكام الالتزام، ص ٧٩.

وأعطى المشرع الدائن الحق في مطالبة زيادة قيمة التعويض الاتفاقي إذ كان أقل من الضرر الحاصل فعلاً لا في الحالة التي يرتكب المدين فيها غشاً، أو خطأً جسيماً، واعتبرها من النظام العام ولا يجوز مخالفتها.

اعتبر المشرع أيضاً أن التعويض الاتفاقي ذو القيمة مبالغ فيها في الحالة التي يكون فيها هذا المبلغ تعويضاً عن التأخير محله فوائد اتفاقية، واعتبره من النظام العام، إذ لا يجوز أن يزيد التعويض الاتفاقي على الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية، لأن النصوص التي تنظم الفوائد تتعلق بالنظام العام.

واعتبر المشرع أن الاتفاق على الإعفاء أو التخفيض من المسؤولية التصيرية الناشئة عن العمل غير المشروع باطلاً لتعارض ذلك مع النظام العام استناداً (م. ٣/٢١٧) من القانون المدني^{١٢٤}. وبالتالي فإن المتعاقدان لا يستطيعان الاتفاق على تعويض اتفاقي ذات قيمة تافهة يكون القصد منه إخفاء حقيقة الإعفاء من المسؤولية التصيرية لتعلق ذلك بالنظام العام. وهو بهذا الاتجاه يتفق مع موقف المشرع الأردني السابق ذكره.

وبالتالي فإننا نستنتج مما سبق أن أحكام التعويض الاتفاقي متعلقة بالنظام العام، ولا يجوز الاتفاق على حرمان المدين من التمسك بعدم استحقاق التعويض الاتفاقي في حالة انتفاء الضرر، أو طلب تخفيضه في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، أو إذا كان تقديره مبالغاً فيه، وكذلك لا يجوز حرمان الدائن من المطالبة بزيادة التعويض الاتفاقي في الحالة التي يرتكب فيها الدائن غشاً أو خطأً جسيماً، إلا أن القانون أعطى للمتعاقدين الحرية في تحديد قيمة التعويض

١٢٤ نصت المادة (٣/٢١٧) من القانون المدني المصري على أنه: "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع".

الاتفاقي، ومنح القاضي سلطة تعديل مقداره لكي يتناسب والضرر الحاصل فعلاً، أو ليتساوى معه كما تطلب ذلك القانون المدني الأردني، واعتبر ذلك من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على استبعاد تلك السلطة، إلا أنه يتطلب إعمال هذه السلطة على وجود طلب الدائن أو المدين ولا يستطيع القاضي تطبيقها من تلقاء نفسه.

الخاتمة:

يتعلق التعويض الاتفاقي بشكل مباشر بالعقود على اعتبار أنه يوجد بصورة بند أو شرط ضمن شروط العقد، فهو بهذا يجمع بين موضوعات القانون المدني، والقانون التجاري ذلك لأن العقود قد تكون مدنية أو تجارية، ثم أن التعويض الاتفاقي يعتبر نوعاً من أنواع التعويض، وكما

هو معلوم للجميع لا يوجد تعويض مدني وآخر تجاري، فالأحكام العامة للتعويض واحدة، وبذلك فقد أصبح للتعويض الاتفاقي أهمية كبيرة في المجالات التعاقدية، ويتجلى ذلك بأنه يسمح للمتعاقدين تحديد التعويض المستحق عن الإخلال بالالتزام التعاقدى قبل حصوله، فهو يسمح للدائن بمعرفة ما سوف يحصل عليه من تعويض إذا أخل المدين في تنفيذ التزامه، وبذات الوقت يسمح للمدين بمعرفة مقدار التعويض الذي سوف يدفعه في حالة اخلاله بالالتزام الملقى على عاتقه، ونحصر التعويض في عقد التمويل بطريق التأجير كونه وسيلة بديلة، عن ويغطي كامل استثماراته، فهو يوفر للمستأجر التمويل اللازم له بأقل تكلفة من الناحية الاقتصادية، ويمكنه من اختيار الأصول ومواكبة التطور العلمي والتكنولوجي، وبنهاية؟ الرسالة فقد توصلت لمجموعة من النتائج والتوصيات هي:

أولاً: النتائج

١. ان الالتزام بإلزامية التعويض الاتفاقي هو تكريس لمبدأ سلطان الارادة وتشكيك يه مبني على حماية المتعاقد الضعيف في عقد التأجير التمويلي وعليه فقد اختلفت التشريعات بشأنه.

٢. أن التعويض الاتفاقي يجبر المتعاقدين على الالتزام بالعقد والتقيد به، وتنفيذ العقد بصورة سليمة، واحترام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ومنح القاضي سلطة واسعة في تعديل العقد وشروطه، وهذا ما يعتبر استثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

٣. اعتبرت بعض أحكام التعويض الاتفاقي من النظام العام ولا يجوز مخالفتها، حيث اشترطت وجوب توافر ركن الضرر لاستحقاق التعويض الاتفاقي، إلا أنها أعطت منحت القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي بالتخفيض إذا كان تقدير التعويض الاتفاقي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، وإذا قام المدين بتنفيذ جزء من الالتزام الأصلي، وبالزيادة إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً.

٤. أعطت القوانين القاضي سلطة واسعة في تعديل العقد، خاصة في التعويض الاتفاقي وهذا ما يعتبر استثناءً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حيث أعطى كامل الصلاحية للمحكمة بتعديله وتحديد وتقدير الضرر في المادة (٢١٤) من القانون المدني الأردني، حيث ان قيمة التعويض المتفق عليه غير ملزم للمحكمة وبالتالي يملك القاضي سلطة تعديله في حالة ان يقوم أحد أطراف العقد او المتعاقدين بتقديم طلب للمحكمة بتقدير الضرر، بما يتناسب مع الضرر الواقع.

٥. استمرار التعويض الاتفاقي في حالة فسخ العقد ولا يمتد أثر الفسخ للعقد الأصلي، وذلك للخصوصية التي يتميز بها عقد التمويل وحفاظاً على حقوق المؤجر في حالة الفسخ، وذلك بسبب تخلف المستأجر عن تنفيذ الالتزام المترتب عليه ويعمل بهذا الشرط كضمان اتفاقي غير مباشر.

ثانياً: التوصيات

١. أوصي بضرورة تسجيل المتعاقدين مضمون العقد أو مضمون التعويض الاتفاقي والنص عليه صراحة وذكر ما يترتب نتيجة الاخلال به.

٢.أوصي بضرورة تعديل المشرع الأردني لنص (٣٦٤) لتصبح على النحو الآتي: "

أ-يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون.

ب-لا يكون الضمان مستحقاً، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر.

ج-يجوز للمحكمة أن تعدل هذا الضمان إلى ما يساوي الضرر في الحالات التالية بناء على طلب أحد الطرفين:

- إذا أثبت المدين أن الضمان كان مبالغاً فيه.

- أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

- إذا اثبت الدائن أن الضمان كان تافهاً.

- إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً.

د-يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرات السابقة."

٣. أوصي بضرورة الابتعاد عن الثغرات التي تؤدي إلى اضعاف التعويض الاتفاقي، مثل الاكتفاء بادعاء

المدين لنقل عبء الاثبات من المدين إلى الدائن، أو تطبيق التعويض الاتفاقي كما تم الاتفاق عليه بين

المتعاقدين، وبغض النظر عن مبلغ التعويض مقارنة مع الضرر الحاصل.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

القوانين واللوائح والتشريعات.

١- القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م.

- ٢- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م.
- ٣- قانون التأجير التمويلي الأردني رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٢م.
- ٤- قانون التأجير التمويلي المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٥م.
- ٥- القانون المدني المصري، الصادر بتاريخ ١٦/٧/١٩٨٤م.
- ٦- القانون التجارة اللبناني رقم (٣٠٤) لسنة ١٩٤٢م، الصادر بتاريخ ٢٤/١٢/١٩٤٢.
- ٧- قانون التجارة رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦م.
- ٨- القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠١٢، بشأن التأجير التمويلي، وتعديلاته بقانون رقم ٤٨ لسنة ٢٠٠٣.
- ٩- القرار بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٤، بشأن التأجير التمويلي، ساري النفاذ في الضفة الغربية وغزة.
- ١٠- قانون التأجير التمويلي رقم ٤٥ لسنة ٢٠٠٨، الجريدة الرسمية بتاريخ ١٧/٨/٢٠٠٨م، عدد ٤٩٢٤.
- ١١- قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، الصادر بتاريخ ١٧/٥/١٩٩٩م، الجريدة الرسمية، العدد ١٩.
- ١٢- القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١، بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥، بشأن التأجير التمويلي.
- ١٣- الفتوى رقم ٩٧٥، تاريخ ١/٣٢/١٩٩٦، ملف رقم ٥٤٠/٢/٣٧.
- ١٤- طعون أرقام ٠١٨٥٩، ٢٤٤٤٤، ٢٤٤٤٧ لسنة ١٩٧٠، جلسة ١٢/٦/٢٠٠١.
- ١٥- مجلة الأحكام العدلية، الصادرة في ١٨٧٧، المنشور في الجريدة الرسمية عام ١٩٣٠م.
- ١٦- محكمة التمييز الأردنية، حقوق، قرار رقم (٢٠٠٩/٤٥١) الصادر بتاريخ ٩/٩/٢٠٠٩م.

١٧- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني.

١٨- النشرة الدورية لجمعية الضرائب المصرية، مصر، بحوث ومقالات، مجلد ١٢، العدد ٤٥،
٢٠٠٢.

• الكتب العامة

- ١- ابن منظور، لسان العرب، الجزء الرابع، مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الأول.
- ٢- أبو عباس الفيومي، المصباح المنير، الجزء الثاني.
- ٣- أحمد بن فارس الرازي، معجم مقاييس اللغة، الجزء الأول.
- ٤- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب رزق الحكام والعاملين عليها، ح ٧١٦٣،
جزء ٩.
- ٥- محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع.

• المراجع العامة.

- ١- إبراهيم وهبي فهد وكنجو عبود كنجو، الإدارة المالية، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان،
١٩٩٧م.
- ٢- إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، أحكام الالتزام والإثبات، دون دار
نشر.
- ٣- إلياس ناصيف، البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزينغ، منشورات الحلبي الحقوقية،
المجلد ١، ١٩٩١.
- ٤- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات
الجامعة الأردنية.

٥- حمدي أحمد سعد أحمد، البيع الايجاري، دراسة قانونية مقارنة بأحكام الايجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧م.

٦- خالد هشام محمد، البنوك الإسلامية وعقودها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة ١، ٢٠٠١م.

٧- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ج ٥، ط ١، منشورات المكتبة العصرية، بيروت.

٨- سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الجزء الثاني، ١٩٨٧م.

٩- سليمان مرقص، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، ١٩٦١.

١٠- شوقي دنيا، الإجارة المنتهية بالتمليك، مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، عدد ٩.

١١- طارق الحاج، مبادئ التمويل، دار صفاء للنشر والطباعة والتوزيع، ٢٠١٩.

١٢- عادل علي المقدادي، القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠م.

١٣- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، نظرية الالتزام، المجلد

الثاني

١٤- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات، آثار الالتزام، ج ٢، دار

النشر للجامعات المصرية، القاهرة.

١٥- عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢.

١٦- عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر، ط ٢، ١٩٩٥.

- ١٧- عدنان السرحان، ونوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٠.
- ١٨- فايز نعيم رضوان، عقد التأجير التمويلي، ط٢، بدون نشر، ١٩٩٤.
- ١٩- محمد الأمين الضرير، التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، كتاب مجلة مجمع الفقه الاسلامي، المكتبة الشاملة الحديثة.
- ٢٠- محمد الأمين الضرير، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الشرط الجزائي، المكتبة الشاملة الحديثة.
- ٢١- محمد جبر الألفي، التزام المؤجر بضمان الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد ١٣، العدد ٤.
- ٢٢- محمد عبد الله الرشيد، عقد الإجار المنتهية بالتمليك، دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، ٢٠٠٩م.
- ٢٣- منذر الفضل وصاحب الفتلاوي، "شرح القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية وقانون المالكين والمستأجرين لسنة ١٩٨٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٣.
- ٢٤- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة الالتزام/احكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، ١٨٨٢.
- ٢٥- نداء كاظم محمد جواد المولى، التوازن بين مسؤوليتي المؤجر والمستأجر في عقد التأجير التمويلي، دراسة في التشريع الأردني، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات، المجلد ١٣، العدد الثاني، ٢٠١٣.

٢٦- هاني دويدرا، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ٢٠٠٣م.

٢٧- ياسين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، جزء ٢، أثار الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان.

• **المراجع المتخصصة.**

١- بسام عثمان، نقل التأجير التمويلي ودوره في تفعيل مشروعات بالسكك الحديدية، منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، مجلد ٢٧، العدد ٣، ٢٠١١م.

٢- حسام الدين فتحي ناصف، التأجير التمويلي الدولي للمنقول، دراسة للقواعد المادية وقاعد تنازع القوانين الواجبة التطبيق على التأجير التمويلي في القوانين الوطنية، واتفاقية أوتاوا الموقعة سنة ١٩٨٨، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مجلد ٤٦، العدد ٢، ٢٠٠٤.

٣- حنان كمال الدين جمال ضبان، عقد التأجير التمويلي وتطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون-الجامعة الاسلامية، غزة، ٢٠١٥.

٤- رمضان صديق، التأجير التمويلي، فتوى الجمعية العمومية بقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري.

٥- شروق عباس فاضل، الشرط الجزائي في عقد التمويل بطريق التأجير، جامعة النهريين، كلية الحقوق.

٦- صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي دراسة مقارنة في القانون الأردني مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي، دار وائل للنشر، ط١، عمان، ٢٠٠٥.

- ٧- صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي وآثاره في القانون الأردني، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، الأردن، ٢٠٠٤.
- ٨- صفاء عمر خالد بلعوي، النواحي القانونية في التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، رسالة ماجستير في المنازعات الضريبية، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٥.
- ٩- طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، ٢٠٠٧.
- ١٠- عبد الرحمن قرمان، عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي والنظام السعودي، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، طبعة الثالثة، ٢٠١٦م.
- ١١- عبيدة على حجازي، مصادر التمويل، مع شرح لمصدر القروض وبيان كيفية معاملته ضريبياً، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.
- ١٢- عثمان التكروري، القانون التجاري، محاضرات في عقد التأجير التمويلي.
- ١٣- علاء الدين الخصاونة، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٢.
- ١٤- علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١٥- عيسى بخيت، طبيعة عقد الإيجار التمويلي وحدوده القانونية، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوترة ومرداس، ٢٠١١.
- ١٦- فخري الدين الفقي، صناعة التأجير التمويلي، دراسة تحليلية للسوق المصري، مجلة مصر المعاصرة، ١٩٩٨م.

- ١٧- فؤاد درادكة، الشرط الجزائي "التعويض الاتفاقي" في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ١٩٩٤م.
- ١٨- محمد عايد الشوابكة، عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط ١، ٢٠١١م.
- ١٩- محمد عبد الحليم عمر، التأجير التمويلي من منظور إسلامي، منشور في مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي بجامعة الأزهر، العدد ٧.
- ٢٠- محمود فهمي وآخرون، التأجير التمويلي، والمعيار المحاسبي رقم ١٧ التعاريف.
- ٢١- محمود فهمي، التأجير التمويلي كوسيلة من وسائل التمويل، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٣٩٦، السنة ٢٠١٨م.
- ٢٢- هاني دويدرا، الارض كموضوع للتأجير التمويلي، دار الجامعة الجديدة، طبعة ١٩٩٩.
- ٢٣- هاني دويدرا، النظام القانوني للتأجير التمويلي، دراسة نقدية في القانون الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، مصر، ١٩٩٤.

• المقالات

- ١- عثمان التكروري، محاضرات في عقد التأجير التمويلي، القانون التجاري، منشورة في تاريخ ٢٠٢٠/٧/١١م، تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٧/١٩م.

