



Achevé d'imprimer  
en avril 2017  
Kaslik, Liban

# الفهرس

## مقالات

### كاي شاهين

مدخل موجز إلى تاريخ التشريع والقضاء في جبل لبنان التاريخي ..... ٥

### شروق عباس فاضل

الشرط الجزائي في عقد التمويل بطريق التأجير ..... ١٧



A brief introduction to the history of law  
and justice in the historic mountain of Lebanon

مدخل موجز إلى تاريخ التشريع والقضاء  
في جبل لبنان التاريخي

---

كابي شاهين، دكتور في القانون، قاضٍ عدليّ وأستاذ جامعيّ

**Abstract**

The historical evolution of law and justice in Mount Lebanon resembles the emergence of this unique country. Several ethnic, confessional, but also geopolitical data are at the origin of the progress of this right towards its modernity today.

Thus, the spiritual leaders of the different Christian communities applied Roman-Christian law of Byzantium at the time of the principality. Later, Prince Chehab II ordered the application of Islamic law. It is only with the Moutaçarifiah that Lebanon is going to enter into the modernity of civil law of European inspiration.

"(...) القَرَوِيُّ هنا يعيشُ بهدوءٍ وسلامٍ (...) فهو على الأقل مطمئنٌ إلى حياته وحرّيته على خلاف ما يجري في المقاطعات التركية المجاورة (...) ولم أشاهد سوى فرقة ضئيلة من رجال الأمن العام للمحافظة على النظام والسكينة (...) ونظام الملكية معروفٌ ومُحترم، وهو ينتقل من الأب إلى ابنه (...) ذلك أنّ النظام يسود المقاطعة التي يقطنها النصارى إذ يمكنك أن تسير فيها بدون رفيق ليلاً ونهاراً، دون أن تخشى سرقةً أو اعتداءً فالجنايات نادرة الوقوع فيها ويعود ذلك إلى التمسك بمبادئ الدين والأخلاق لا إلى تنظيم القوانين (...)"

الأب هنري لامنس

يفتقر العالم الأكاديمي في لبنان إلى مركز بحوثٍ متخصصٍ في تاريخ التشريع والقضاء خلافاً لما هو عليه الأمر في دول الغرب عامّة، وفرنسا، التي اقتبسنا عنها التشريع والتنظيم القضائيّين، بشكلٍ خاص، حيثُ أنشئت في العديد من جامعاتها مختبراتٌ لهذه الغاية<sup>١</sup> *Laboratoires d'Histoire du droit* وتخصّص العديد من الباحثين في هذا المضمار<sup>٢</sup>.

ولا أخفي مقدار ما استمالي البحث التاريخي منذ صباي، وكم استهوتني دراسة أحوال التشريع والقضاء في جبل لبنان التاريخي بعد أن امتهنت القضاء والتدريس الجامعي. إلا أنّ انشغالاتي القضائية والأكاديمية والعائلية حالت دون تمكّني من ذلك. فكان لي، حين طُلب منّي البحث في تاريخ محكمة بلدي الحبيبة دوماً، أن أشبعتُ شيئاً من تلك الرغبة الدفينة في ذات أفكارٍ. ومن التنقيب في بطون سجلات هذه المحكمة الصلحية "ذات الاختصاص الواسع" (بحسب التسمية الرسمية في حينه) نبتت في أفكارٍ رغبة الكتابة في أحوال التشريع والقضاء في جبل لبنان التاريخي الذي افتخر بالانتماء إليه وتشرب أفكاره وأخلاقياته. وقد زادني التنقيب في بطون السجلات هذه قناعةً بأنّ دراسةً شاملةً للأوضاع الأهلية والاجتماعية والإقتصادية في جبل لبنان عامّةً يمكن أن تنطلق من سجلات القضاء ومن دراسة الأحكام فيفقه الباحث أسعار العقارات والتعاملات المالية بين الناس ويتعرّف إلى أخلاقيّاتهم وهمومهم، إلخ.

١. Poitiers, Rennes, Paris, Aix-en-Provence, Montpellier, Lyon, etc.

٢. Eric Gojoso, Claire Lovisi, Pierre Villard, Jean-Marie Carbasse...

ويهمني التأكيد بأن هذا البحث ليس تأريخاً لمؤسستي القضاء والتشريع في جبل لبنان، بل هو بكلّ تواضع مدخلٌ شديد الإقتضاب إلى هذا الأمر، كاتبه ليس بصاحب اختصاصٍ لا في التاريخ بشكلٍ عام ولا في تاريخ الحق *Histoire du droit* بشكلٍ خاص. وسنعرض تباعاً أحوال القضاء والتشريع بشكلٍ عام في بلدات الجبل التاريخي منذ عهد الأمراء والـ"مقاطعيّة" مروراً بحقبة القائمقاميين فالمتصرفيّة فأوائل عهد دولة لبنان الكبير.

### المبحث الاول. القضاء في جبل لبنان خلال عهد الأمراء والمقاطعيّة

لا شك أنّ قصبات جبل لبنان التاريخي قد شكّلت أيام الأمراء والمقاطعية موقلاً للأقليات وملجأً للحرية تنعاش فيها، باختلاطٍ خجول، طوائفٌ متعدّدةٌ مختلفه الأصل والمعتقد.

وحرصاً على احترام التعددية هذه، كرّس الأمراء اللبنانيون، من آل معن أولاً إلى آل شهاب في مرحلة ثانية، حقّ الطوائف ورؤسائها في التشريع والقضاء ما بين رعاياهم. فكان البطريرك والأساقفة يفصلون في المنازعات الحقوقية والمتعلقة منها بالأحوال الشخصية ودعاوى النفوس والتركات، وشهد لهذا الأمر الأب أوجين روجيه *Père Eugène Roger* في مؤلفه الشهير حول الأراضي المقدسة<sup>٣</sup> حيث نقرأ حول نصارى جبل لبنان بشكلٍ عام: "وليس لهذا الشعب من قضاة سوى البطريرك والأساقفة يفصلون كلّ الخلافات، وهكذا فلا علاقة للسلطنة العثمانية بالدعاوى التي تنشأ بينهم".

وقد أورد المونسنيور يوسف زيادة نصّ كتابٍ وجهه الأمير ملحم (١٧٥٠ م.؟) إلى البطريرك الماروني سمعان عوّاد يتعلّق بخلافٍ عقاريٍّ ما بين الشيخ سنتو الخازن والرهبان (لا نعرف أكثر عن هويّة هؤلاء الرهبان) طالباً منه البتّ في الخلاف "لأنّ ما يمكن نخلي النصارى يشرّعوا إلّا عند أرباب دينهم".

إلّا أنّه لا بدّ من الاستدراك في هذا المعرض، ذلك لأنّ الدعاوى الجزائية كانت دوماً من اختصاص الحكّام الزمنيين. فكتب جودت باشا أنّه، وسيراً على ما سبق أن استقرت

٣. Eugène ROGER, *La terre sainte ou description topographique très particulière des saints lieux et de la Terre de promesse avec un Traité des quatorze nations de différentes religions qui l'habitent, leurs mœurs, croyances, cérémonies et police*, 2<sup>e</sup> éd., 1664.

عليه أمور جبل لبنان منذ ما قبل العثمانيين، فإنَّ السلطنة أذِنَت للمقاطعية بالحكم في الجرائم التي تستوجب الحبس والضرب، وأبقت اختصاص القصاص في الجرائم الخطرة كالقتل والسطو للأمير الحاكم حتَّى قيلَ عن الأمير الشهابيَّ أنَّه "رئيس القضاء...".

وحصل في تلك الحقبة أنَ باشر الإكليروس، الماروني بصورةٍ خاصَّة، بتنظيم القضاء من خلال إدخال مفهوم الاختصاص المكاني، فتقرَّر في مجمع العام ١٧٤٤ حصر اختصاص الأسقف المكيانيَّ في إطار أبرشيَّته الجغرافيَّ فقط، ثمَّ كرَّست أعمال مجمع بقعاتا لعام ١٧٥٦ مبدأ الإختصاص من خلال إيلائه القضاء لِمَن استقرَّ له العلم فيه "وتعيين قاضي واحد لأجل فصل الدعاوى الزمئيَّة" ( القانون رقم ٨). وقد أخذ الأمير يوسف في العهد الشهابيَّ بفكرة التخصُّص هذه، وتوسَّع في تطبيقها لا على الموارد فحسب، بل على مسيحييَّ الجبلِ عامَّةً، فأقام المطران آدم "قاضيًا على النصارى (...)".

وكفل الأمراء للقضاة أجورهم فبلغت في العام ١٧٩١ خمسمائة غرش سنويًّا "حسب العوائد القديمة".

وكان القضاة الكنسيُّون من موارد وملكيين وأرثوذكسين يعتمدون في حكمهم على "كتاب الثاموس" في بادئ الأمر، والكتاب هذا يرجح وضعه في العام ١٠٥٨ م. وهو خلاصة الشرع الرومانيَّ الذي كان معمولاً به في الأمبراطوريَّة الرومانيَّة الشرقيَّة في ذلك الزمن نقلًا عن مجموعتيَّ ثاودوسيوس ويوستينيانوس، لا سيَّما الكتاب المعروف آنذاك بالكتاب العرقيَّ السوريَّ الرومانيَّ *Livre coutumier ou livre Syro-Romain*. ثمَّ راح الموارد يتوسَّلون للحكم كتابيَّ "مختصر الشريعة المسيحيَّة" و"الفتاوى" لعبدالله قرآلي. وما لبثَ أنَ كُرسَ الكتابان المذكورانَ تشريعًا وضعيًّا *Droit positif* في جبل لبنان، لا سيَّما بين الموارد بموجب مقرَّرات العام ١٧٤٤ المذكورة أعلاه، حيثُ اتَّخذ بطريك الموارد وأساقفة الطائفة قرارًا جاء فيه أنَ "الكتب التي نشرَّع فيها هي مختصر الشريعة والفتاوى لأخيَّنا المطران عبدالله قرآلي".

إلاَّ أنَّ الأحوال التشريعيَّة تبدَّلت مع الأمير بشير الشهابيَّ الكبير، الذي وبدافع التودُّد للسلطنة العثمانيَّة من جهةٍ أولى، وليسِّطِ سُلطانه الخاص على حساب رجال الدين والمقاطعية من جهةٍ ثانية، استأثر بحقَّ تعيين القضاة وراح يذكر في فرمان تنصيب كلِّ منهم وجوب الحكم بموجب الشريعة الإسلاميَّة "مع احترام العادات المحليَّة التي تكون مخالفةً لها".

ولا بدّ في هذا المعرض، وإنصافاً لهذا الأمير الكبير، من القول بأنّ ما سار به من إصلاحات قضائية جاء بثمارٍ مستحبة، ولا نعني بذلك مسألة تطبيق الشريعة الإسلامية بالذات، بل نعني مجمل تنظيماته القضائية لا سيّما لجهة اعتماده الكفاءة والإختصاص في تسمية القضاة، وإلزامه المعنيين اتّباع أصولٍ في التحقيق.

ثمّ تدخل الكرسيّ الرسوليّ طالباً من رجال الدين الكاثوليك تطبيق الشريعة الإسلامية في مادّة الإرث خلافاً لما سارت عليه أعراف جبل لبنان من القول بعدم توريث الإبنة عند وجود الإبن وتوريث الحفيد الذي لا يحجبه العمّ. وتطبيق الشريعة الإسلامية لم يُلَاقَ بالترحاب بين أبناء الجبل النصارى، فثار أعيان كسروان من الموارنة وأوفدوا عدداً منهم إلى الأمير بشير في العام ١٨١٦، إلاّ أنّهم لم يلقوا آذاناً صاغية لدى الأمير، ولا لدى الكرسي الرسوليّ الذي عاد فأكد، ردّاً على كتاب وجهه البطريرك الحبشي (أيلول ١٨٢٦)، فتوى المجمع المقدّس للعام ١٨٠٣. كما سار الأرثوذكس بحسب مقرّرات الأمير فراخا بدورهم يطبّقون الشرع الإسلاميّ.

وعصارة القول أنّ القضاء في إمارة جبل لبنان تميّز عن سائر أنحاء السلطنة العثمانية رقيّاً وعدلاً ونزاهةً إنّ لجهة لغة الأحكام التي استقامت فيها اللغة العربية صرفاً ونحواً أو لجهة غياب الرشوة والفساد في زمنٍ كان فيه القضاء العثمانيّ في حالٍ من الإنحطاط حيث عمّت الرشوة وامتزجت اللغة العربية بتعابير من أصول تركية حتّى صارت اللغة "سئمةً هزيلة" وصار "طمع القاضي بالمال مقياس العدالة الوحيد" فراح المتقاضون يساومون القاضي على دعواهم "كالمساومة على سلعةٍ تباع وتُشْرَى".

### المبحث الثاني. القضاء في جبل لبنان خلال عهد القائمقاميتين

بعد حوادث ١٨٤٠ الأهلية التي أدّت إلى نفي أمير لبنان بشير الشهابيّ الكبير، وبعد أن عجز بشير الثالث عن فرض الأمن وإعادة تثبيت الإمارة، فُرِضَ نظام القائمقاميتين واصبحت سكّة بيروت - الشّام الحدّ الفاصل ما بين جبليّ النصارى والدروز. وأرسل السلطان العثمانيّ بعد فظائع العام ١٨٤٥ وزير خارجيته شكيب أفندي مفوضاً سامياً فنصّب إلى جانب كلّ قائمقام مجلساً طوائفياً وزوّده بما عُرفَ بالتعليمات فأوكل بموجبها

٤. V. Constantin-François CHASSEBCEUF DE LA GIRAUDAIS, comte Volney, dit VOLNEY, *Voyage en Syrie et en Égypte, pendant les années 1783, 1784 & 1785*, Paris, 1785 ; Volland et Dessenne, 1787 (2 vol.), vol. 2, p. 285.

إلى المجلس الاستشاري مهمّة القضاء وجعل على رأسه قاضيًا ومستشارًا عن كل من الطوائف التاريخية الستة (الموارنة والدروز والأرثوذكس والممكيون الكاثوليك والمتاوله والسنة) وقال بانتخاب القضاة والمستشارين من قبل الرؤساء الروحيين.

وقد جرى القضاء في ذلك الزمن على المجري عينه الذي عرفته قصبات الجبل المسيحي سابقًا، فبقيت الأحكام القضائية تصدر مستندةً إلى الشريعة والتقاليد والعوائد الراسخة في الجبل والنصوص الدينية تمامًا كما كان عليه الحال في حقبة المقاطعة والإمارة، ما يُستدلّ منه احترام السلطنة لاستقلالية الجبل القضائية والتشريعية.

وكان تنفيذ الأحكام يعتبر عملاً إدارياً لا قضائياً فأوكل أمره إلى القائمقام.

وبقي الأمر على هذا المنوال حتى نشوء متصرفية جبل لبنان<sup>٥</sup>.

### المبحث الثالث. القضاء في جبل لبنان خلال عهد المتصرفية

أنى عهد المتصرفية مكرّساً استقلالاً واسعاً لكيانٍ سياسيّ جديد عُرف باسم جبل لبنان وأقرّ به المجتمع الدوليّ. وثبت بروتوكوليّ ١٨٦١ و١٨٦٤ نظام الجبل الطوائفي ومبادئ المواطنة والمساواة بين الأهالي وألغى امتيازات المقاطعة (المواد ١ إلى ٦).

وأفرد النظام الجديد<sup>٦</sup> المواد ٧ إلى ١٤ لتنظيم القضاء. فأنشأت المادة ٧ قضاء الصلح *justice de paix* والمحاكم الابتدائية في كل قضاء، كما نصّ على تكوين مجلس المحاكمة الكبير تتمثل فيه كل من الطوائف التاريخية الستة بعضوين اثنين (يُضاف إلى الأعضاء ممثل عن الطائفة البروتستانتية أو الإسرائيلية<sup>٧</sup> كلما كان لأحد أبناء هاتين الطائفتين مصالح في الدعوى). ورسمت المادة ٨ مبادئ أصول المحاكمات فحدّدت إختصاص قاضي الصلح والمحاكم الابتدائية. وكوّنت المادة ٩ مبدأ التقاضي في المواد الجزائية على ثلاث درجات موزعةً أمر النظر بها ما بين قضاة الصلح ومجلس المحاكمة الابتدائي ومجلس المحاكمة الكبير. وأسست المادة ١٠ محكمة تجارة بيروت حاصرةً بها حقّ نظر النزاعات التجارية وتلك المدنية التي تجمع إلى أحد سكّان الجبل شخصاً أجنبيّاً.

<sup>٥</sup> Antoine KHAIR, *Le Moutaçarrafat du Mont-Liban*, Publications de l'Université libanaise, 1973.

<sup>٦</sup> Règlement organique.

<sup>٧</sup> Israélite.

كما نظمت المواد ١١ إلى ١٣ أصول تسمية القضاة وعزلهم وتأديبهم وحددت أجورهم ومستحقّاتهم وامتيازاتهم. وجاءت أخيراً المادة ١٤ لتكرس استقلال قضاء جبل لبنان عن التنظيم القضائي العثماني المعمول به في بيروت وغيرها من أراضي السلطنة بأن أرسّت مبدأ الاختصاص المكاني principe de territorialité الذي من شأنه تحديد جهة القضاء المختصّ بحسب مكان وقوع الجرم<sup>٨</sup>.

وفي عهد داود باشا ألغى نظام قضاة الصلح واستعيض عنهم بمشايع القرى وأوكل إليهم الحكم في المواد الحقوقية بما لا يتجاوز المئتي غرش حكماً مبرماً غير قابل للإستئناف، ونظر القباحات في المواد الجزائية، كما وبعض الجرح التي تقع أمامهم أثناء المحاكمة كاليمين الكاذبة وغيرها. إلا أنّ هذه التنظيمات لم تلقَ تطبيقاً كبيراً نظراً لجهل معظم مشايخ القرى للقراءة والكتابة وأصول التشريع<sup>٩</sup>.

وخلال العام ١٩١٣ أحدث المتصرف أوهانس باشا قيومجيان تعديلاً في نظام الجبل فعزّز استقلال القضاء اللبناني عن قضاء السلطنة بأنّ منّح المحاكم الابتدائية في الجبل سلطة بتّ النزاعات التجارية التي كانت تنظرها سابقاً محكمة تجارة بيروت.

وكانت القوانين العثمانية<sup>١٠</sup> نافذة في أراضي جبل لبنان، وقد ترجمها إلى العربية وشرحها بادئ الأمر الحقوقي المرحوم سليم باز. وكان للمتصرف في بعض المسائل حقّ التشريع أحياناً وكان له بصورة دائمة حقّ تفسير القوانين. وانتقلت عدوى الفساد القضائيّ والتدخلات السياسية من الولايات العثمانية إلى جبل لبنان فكثيراً ما كان المتصرفون وأزلامهم يتدخلون في الدعاوى لمصلحة أحد الخصوم ما يرجّح كفته.

وكانت الدعاوى في ذلك الزمن، كما كانت العادة الجارية في أيام القائمقاميتين، تُقدّم أمام السلطة الإدارية، الممثلة بالقائمقام أو المتصرف أو من ينتدبانه، التي تقرّر إحالتها إلى المحاكم المختصة، ويُستدَلّ على ذلك من نصّ ذيل قانون المحاكمات الحقوقية العثماني الصادر قبل الحرب العالمية الأولى بقليل، والذي عدّل الأصول المعمول بها سابقاً بأنّ أوجب رفع الدعاوى أمام المحاكم مباشرةً من غير المرور بالسلطة الإدارية، كما كرّس مبدأ المحاكمة المكتوبة في المواد المدنية بأنّ ألزم الخصوم بتبادل العرائض "الخطية"

٨. Antoine KHAIR, *Le Moutaçarrifat du Mont-Liban*, p. 55.

٩. Antoine KHAIR, *Le Moutaçarrifat du Mont-Liban*, p. 130 et s.

١٠. Émile TYAN, *Institutions du droit public musulman*, Recueil Sirey, 1957.

وكرس الطابع القضائي للتنفيذ بعد أن كانت تتولاه المراجع الإدارية كما جرى شرحه في موضع سابق.

### المبحث الرابع. القضاء في جبل لبنان من التحرير ولغاية الخامس من شباط ١٩٢٦

تسارعت الأحداث التي أدت إلى تحرر جبل لبنان<sup>١١</sup> من نير الإحتلال العثماني<sup>١٢</sup>، وحلّ الفرنسيون محلّ "رجل العصر المريض" الذي أطفأ بقرون أربعة من الإحتلال والقهر آخر منارات النهضة العربيّة المشرقيّة التي كانت للشعوب المسيحيّة السوريّة فيها، ومن بينهم حتمًا أبناء جبل لبنان التاريخي، مساهماتٌ جَلَلٌ.

وسارع الفرنسيون إلى اتّخاذ سلسلةٍ من المقرّرات الإداريّة والقضائيّة لتسيير شؤون لبنان. إلاّ أنّ نظام المحاكم الصلحيّة بقي على حاله حتّى صدور القرار ٣٠١٨ تاريخ ٩ آذار ١٩٢٥ عن حاكم دولة لبنان الكبير. وأعاد هذا القرار رسم الخارطة القضائيّة فأنشأ إحدى عشرة محكمة ابتدائيّة، بعد ضمّ الأفضية الأربعة إلى أراضي جبل لبنان التاريخي، في كلّ من بيروت وطرابلس وصيدا وصور ومرجعيون وبعقلين وبعيدا وجونية وزغرتا وزحلة وبعلبك. كما نصّ هذا القرار على إنشاء تسع محاكم صلحيّة ذات صلاحية "واسعة" وأربعة محاكم صلحيّة ذات صلاحية "عاديّة" في بيروت وطرابلس وكسروان والمتمن.

ونظّم هذا القرار شؤون العدل فنصّ على تشكيل المحاكم وسلطات القضاة اللبنانيين والفرنسيين وأجورهم. ونصّ على بعض ضمانات التقاضي كعلائيّة لفظ الحكم، إلخ ... كما أوجب تحرير الأحكام بإحدى اللغتين العربيّة أو الفرنسيّة مانحًا المتقاضي حقّ طلب ترجمة الحكم إذا صدر في لغة لا يفقهها.

وبالتزامن مع تبدّل الخارطة الإداريّة لدولة لبنان الكبير، التي حصلت بموجب القرار المصادق عليه بالرقم ٨٦ S-a الصادر عن المفوض السامي الفرنسي ساري بتاريخ ٩ نيسان ١٩٢٥ أُعيدَ النظر بالتنظيم القضائيّ. وبالفعل صدر عن المفوض السامي الفرنسي القرار ٣٠٧١ تاريخ ١٤ نيسان ١٩٢٥ محدّدًا مناطق اختصاص المحاكم الإبتدائيّة

١١. Boutros DIB (sous la direction de), *Histoire du Liban ; des origines au XX<sup>e</sup> siècle*, éditions Philippe Rey, 2006, p. 728 et s.

١٢. Antoine BOUSTANY, *Histoire de la Grande famine au Mont-Liban*, Beyrouth, 2014.

والصلحية ابتداءً من تاريخ ٥ شباط ١٩٢٦ ثم ما لبث أن عدّل بموجب القرار ٣٤٧١ تاريخ ١٦ كانون الثاني ١٩٢٦.

وكان راتب قاضي الصلح الشهري خارج بيروت، الولاية العثمانية التي أصبحت عاصمة دولة لبنان الكبير، يبلغ ٧٢٠٠ غرشاً بموجب القرار ٣٠٧١ تاريخ ١٤ نيسان ١٩٢٥ المنوّه عنه أعلاه.

### المبحث الخامس. ملاحظات عامة حول أحوال قضاء الصلح - محكمة دوما كأمودج للدرس

إستوقفنا لدى دراستنا لسجلات المحكمة الملاحظات التالية:

- إنّ دوما كانت منذ إنشاء المحكمة في العام ١٩٢٦ تحتوي على مخفر درك بدليل وجود أحكام جزائية متعدّدة مُسنّدة لمحاضر نظّمها المخفر المذكور.
- إنّ الدرك كانوا يقومون بمهام متعدّدة أبرزها مراقبة المحلّات التجارية في السوق لجهة الإلتزام بمعايير النظافة العامّة لا سيّما في محلّات الجزارين.
- إنّ دوما كانت تضمّ سيارات ميكانيكية منذ ما قبل العام ١٩٢٦ وقد تسنّى لنا رؤية قرار جزائي بمخالفة سير في تلك السنة.
- إنّ الأحكام كانت جميعها مكتوبةً باللغة العربيّة، ما يُستدلّ معه أنّ القضاة كانوا في دوما من اللبنانيين وأنّه لم يكن بينهم فرنسيّون.
- إنّ القضاة اعتادوا حتّى الثلاثينيات من القرن الماضي تحديد الغرامات ونفقات المحاكمة بالليرة "السوريّة" وتحديد ما يقابل ذلك من العملة العثمانية القديمة لأنّ الأهالي كانوا لم يعتادوا بعد استعمال العملة الورقية الجديدة التي أدخلها الانتداب.
- إنّ الأهالي اعتادوا حتّى فترة متقدّمة من القرن العشرين تحرير سندات الدين بالـ "غرش" التركي بدليل وجود طلب حجز احتياطي يعود للعام ١٩٤٦ مُستند إلى سند دين محرّر بالعملة المذكورة يعود للعام ١٩٣٩.

- إنَّ أوَّلي المطبخ كانت في منتصف القرن العشرين لا زالت بمعظمها نحاسية، فقد قرأنا في محضر حجز منقولات يعود لكانون الثاني ١٩٤٧ أنَّ المحجوز يضمُّ "دست نحاس كبير وطنجرتين نحاس مع الغطاء وصينية نحاس ... إلخ"
  - إنَّ أجهزة الرقابة كانت فاعلةً في وزارة العدل منذ نشأة محكمة دوما. وكان المفتش inspecteur général يقوم بزيارات سنويةً إلى دوما (١٤ حزيران ١٩٢٨ و ٢٠ شباط ١٩٢٩ مثلاً) في العشرينيات والثلاثينيات من القرن الماضي فيطلع على السجلات ومهرها بتوقيعه مع عبارة "نظر". ولعلَّ المفتش العام كان فرنسيّ الجنسيةً بدليل ما شاهدناه من قيود بالفرنسية: "*Vu, l'inspecteur général*" مع التاريخ والتوقيع.
  - إنَّ الجرائم الجزائية بمعظمها من النوع البسيط كالتعدي على العقار، ولا محلَّ للجرائم الشائنة.
  - إنَّ الدعاوى المدنية تنقسم بمعظمها بين ما هو عقاريّ الطابع ودعاوى النفوس وإثبات الوفاة وتوزيع التركات.
- وخلاصة القول إنَّ أبناء جبل لبنان في تلك الأزمنة يصحَّ فيهم ما قاله العلامة الأوروبيّ دولاروك:

"إنَّ جمال لبنان وجودة مناخه، وهو على ما أعتقد أكثر المناخات اعتدالاً في سوريا، عملاً دون شكَّ على تهذيب أخلاق الأهالي وجعلها هادئةً كريمة. ففي هذا البلد يحتقرون النقائص والكذب والنميمة حتَّى أنَّ الناس لا يتحدثون عنها، ولا عن قضايا كبيرة أو اختلافات على الفائدة، أو عن إنزال عقوبة شائنة بأحد الأهلين، لأنَّ الجرم الذي يستحقُّ مثل هذه العقوبة يستحيل وقوعه".

هذه أسطرٌ من تاريخ مؤسسة عريقة من مؤسسات لبنان التاريخي. علَّنا باستذكارنا الماضي لا نَقِفُ على أطلالِ حَضَارَةٍ دَرَسَتْ بل تكون لنا قراءته فاتحةً خير لبُنْيَانٍ جَدِيد.

## المراجع

- BOUSTANY Antoine, *Histoire de la Grande famine au Mont-Liban*, Beyrouth, 2014.
- DIB Boutros (sous la direction de), *Histoire du Liban ; des origines au XX<sup>e</sup> siècle*, éditions Philippe Rey, 2006.
- KHAIR Antoine, *Le Moutaçarrifat du Mont-Liban*, Publications de l'Université libanaise, 1973.
- TYAN Émile, *Institutions du droit public musulman*, Recueil Sirey, 1957.



## The penal clause in Leasing contracts

# الشرط الجزائي في عقد التمويل بطريق التآجير

شروق عباس فاضل، دكتورة، أستاذ مساعد في كلية الحقوق - جامعة النهدين، العراق

### Abstract

The Leasing contract (or Credit-bail) contributes to developing and activating business life. Its particular legal nature distinguishes it from other contracts, whether in the options of the project beneficiary (lessee) at the end of the contract period, or in the included rights, obligations and special conditions between the parties, or in terms of guarantees accorded to the leasing company's invested funds. These guarantees may be general legal guarantees, or particular conventional ones, including indirect guarantees (the Penal clause), for facilitating the financing of industrial, commercial and service projects.

يعدّ عقد التمويل بطريق التأجير بالصيغة المعروفة في الوقت الحاضر، من العقود المستجدة في إطار المشروعات التجارية والصناعية والخدماتية، ووسيلة مستحدثة للتمويل وإن كانت أصوله الأولى تمتدّ الى زمن سابق في القدم، فظهر في الولايات المتحدة وفرنسا وانتشر إلى البلدان العربية، وتطوّر في ظلّ التقدّم الإقتصادي والتكنولوجي، وبدأت الدول على اثر ذلك تسنّ القوانين المنظمة لهذا العقد تنظيمًا شاملاً كلبنان ومصر والأردن والمغرب وتونس وغيرها.

وفي الحقيقة إن الغرض الأساسي من هذا العقد تمويل إستثمارات المشاريع التجارية والصناعية. فالمؤجر التمويلي يلتزم بشراء الأصل الذي اختاره المستأجر من البائع الذي حدّده أو دفع تكلفته دون تجميد الأموال، وبالتالي تحديد الأصول الإنتاجية وتوفيرها لإقامة هذه المشاريع، وتمكين المستأجر من الإنتفاع بالمأجور طوال مدّة العقد، وعلى المستأجر استلام هذا الأصل والمحافظة عليه وصيانته ودفع بدل الأجرة المتفق عليها.

وللمؤجر التمويلي ضمانات قانونية وأخرى إتفاقية، ويعدّ الشرط الجزائي من الضمانات الإتفاقية غير المباشرة لضمان وفاء المستأجر بالتزاماته، يؤدي إلى استرداد المأجور واستحقاقٍ فوري لبدل الأجرة المستحقّة عن المدة المتبقية في العقد بالإضافة إلى دفع مبلغ معيّن على سبيل الجزاء، وبالتالي يتمتّع هذا العقد بأهمية خاصة في المجال التجاري والإقتصادي.

### المبحث الاول. التحديد القانوني للشرط الجزائي في عقد التمويل بطريق التأجير

لوصول إلى التحديد القانوني الدقيق للشرط الجزائي كضمان غير مباشر في عقد التمويل، يتعيّن بيان مفهوم الشرط الجزائي في مطلب أول، والخصائص التي يتميّز بها في مطلب ثانٍ.

#### المطلب الأول. مفهوم الشرط الجزائي

يعرف الشرط الجزائي بأنه إتفاق يحدّد فيه المتعاقدان مقدّمًا مقدار التعويض الذي يستحقّه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو أخلّ به أو تأخّر في تنفيذه. ويسمّى أيضاً "التعويض الإتفاقي". وهو شرط يُدرج عادة ضمن شروط العقد الأصلي، ويقوم استحقاق التعويض على أساسه، فهو في جوهره ليس إلاّ تقديراً إتفاقياً للتعويض الواجب أدائه فلا يعدّ بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض، بل للوجوب مصدر آخر قد يكون

التعاقد في بعض الصور (البند "ب" من الفقرة الثانية من المادة الأولى من إتفاقية معهد روما لسنة ١٩٨٨ بشأن عقود التأجير التمويلي الدولية؛ والفقرات ١-٢-٣ من المادة الثانية من قانون التأجير التمويلي المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥). وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى، إلا أن المجال التعاقدية يبقى المجال الأصيل الذي يعمل فيه الشرط الجزائي. فيعدّ ضمان غير مباشر يجبر بمقتضاه المستأجر على الوفاء بالتزاماته، وإلا تعرّض للجزاء المتفق عليه، فيؤدي إلى استرداد المأجور واستحقاق الأجرة المستحقة عن المدّة المتبقية في العقد فوراً مضافاً الى ذلك دفع مبلغ معيّن على سبيل الجزاء، وفي الغالب يفوق مقدار هذا الجزاء (الشرط الجزائي) مقدار الضرر الذي لحق فعلاً بالمؤجّر (الممول) في هذا العقد.

عليه فإن الشرط الجزائي هو إتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقّه الدائن (الممول) في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه. تنص المادة ١٧٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على انه "يجوز للمتعاقدين ان يحدّدا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعى في هذا الحالة أحكام المواد ١٦٨ - ٢٥٦ - ٢٥٧ - ٢٥٨".

وإذا كانت وظيفة الشرط الجزائي (وهو من الضمانات الإتفاقية غير المباشرة) هي وظيفة تعويضية بحتة، فيتحدّد التعويض على أساس الأجرة المتبقية، مع ملاحظة أن أجرة التمويل بطريق الإيجار تتحدّد وفقاً لاعتبارات مالية صرفة وبالتالي لا يمكن أن ينتج عن فسخ العقد سوى ضرر مالي للمؤجر. وطبقاً للقواعد العامة يتمثل التعويض بما لحق المتضرر من ضرر من جراء الفسخ، والخسارة اللاحقة به فعلاً دون الربح. وتتمثل الخسارة اللاحقة بالمؤجر في عدم إهلاك رأسماله المستثمر في التأجير التمويلي. بالإضافة إلى النفقات المالية ونفقات تخزين الأصل الذي يسترده ومصروفات بيعه او تأجيره.

وقد يتضمّن الشرط معنى العقوبة المدنية والجزاء للضغط دون أن يكون حتماً غرامة إكراهية محسوبة عن التأخير في التنفيذ ودون أن يفصح المتعاقدان عن أنها تمثل الضرر الذي قدره في حالة الإخلال بالعقد. ويتحقّق هذا الوصف عندما تكون قيمته أعلى من الضرر الذي وقع فعلاً فيمثل الفرق بينهما نوعاً من الجزاء، يتحمّله المدين المخلّ (المستأجر)، ويكون هنا للشرط دوراً جزائياً بالقدر الذي يزيد فيه عن حقيقة

الضرر الذي لحق بالدائن، وتكمن هنا الوظيفة التأمينية له باعتباره وسيلة من وسائل الضمان والتأمين.

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

### المطلب الثاني. خصائص الشرط الجزائي

أما عن خصائص الشرط الجزائي موضوع البحث فإنه يتميّز بما يلي:

**أولاً:** إتفاق بين طرفين على تقدير التعويض، لذا يجب أن يستوفي هذا الإتفاق أركان العقد وشروطه وتسري عليه أحكام العقد من بطلان وتوقّف وغيرها، هذا من جهة. ومن جهة ثانية بما انه إتفاق على تقدير التعويض فينبغي لكي ينتج هذا الإتفاق أثره أن تتوافر فيه جميع شروط استحقاق التعويض.

**ثانياً:** إتفاق يحدّد فيه الطرفان مقدماً مقدار التعويض، ويقتضي ذلك أن يسبق هذا الإتفاق عدم التنفيذ أو التراخي فيه، بمنأى عن الضرر، لأن تقديره يكون قبل التنفيذ. بذلك يكون التقدير جزافاً لأن المتعاقدين قدّرا التعويض المستحق مقدماً قبل وقوع الضرر ومعرفة درجة جسامته، فمن الطبيعي حتماً أن يختلف التقدير عن مقدار الضرر الحقيقي أو الفعلي الواقع على الدائن جزاء عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

**ثالثاً:** إتفاق ينطوي على خروج عن أحكام التقدير القضائي، لذا قد يكون التعويض الإتفاقي مبالغاً فيه لدرجة كبيرة أو قد يكون هذا التعويض أقلّ من الضرر الواقع فعلاً. أخيراً قد يكون هذا الإتفاق أو الشرط الجزائي بمثابة تحايل للإعفاء من المسؤولية او الحدّ منها.

ولما كان الأصل في تقدير التعويض أن يتولّاه القضاء، فإن أحكام التعويض تعدّ أحكاماً استثنائية لذلك ينبغي تفسير النصوص الخاصة بالتعويض الإتفاقي بكل دقّة ودون توسّع، وأن يكون تطبيق الشرط الجزائي مقصوداً على الحالة التي قصدها الطرفان.

**رابعاً:** إلزام تابع للإلتزام الأصلي الوارد في العقد، لأنّ الإتفاق على الشرط الجزائي لم يُقصد لذاته وإمّا تمّ بمناسبة الإتفاق على إلزام آخر وبقصد حمل المتعاقد على تنفيذه، فهو إتفاق لا يولد إلتماً أصلياً بالتعويض وإمّا ينشئ إلتماً تبعياً بتقدير التعويض في مواجهة الإلتزام الأصلي المنصبّ عليه. ويترتّب على ذلك ما يلي:

١- لا يملك الدائن مطالبة المدين إلا بالإلتزام الأصلي مادام ممكناً، كما لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الإلتزام الأصلي الوارد في العقد.

٢- إنقضاء الإلتزام الأصلي يؤدي إلى إنقضاء الشرط الجزائي الوارد في العقد بالتبعية، وقد أشارت الى ذلك المادة ٢٠ من قانون التأجير التمويلي المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥.

٣- إن التعويض الإتفاقي عن عدم التنفيذ لا يحول دون لجوء المدين إلى الوسائل المباشرة كالتنفيذ على نفقة المدين او الوسائل غير المباشرة للتنفيذ العيني كالغرامة التهديدية، بتوافر الشروط القانونية اللازمة لذلك.

٤- بطلان الإلتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي. كما ان الأوصاف التي تلحق بالإلتزام الأصلي تقترن بالتبعية بالإلتزام التبعية (الشرط الجزائي) ويصبح موصوفاً بأوصاف الإلتزام الأصلي<sup>١</sup>.

### المبحث الثاني. عناصر استحقاق الشرط الجزائي في عقد التمويل بطريق التأجير

بيننا فيما سبق أن من أهمّ الضمانات غير المباشرة للمؤجر التمويل، الشرط الجزائي، وهما أن الأخير هو تقدير مقدّم للتعويض المستحقّ عند إخلال المدين بالتزاماته (المستأجر التمويل) او التأخر فيها، وأن علة استحقاق هذا التعويض إنما هو الجزاء عن الإخلال بالتنفيذ او التأخر فيه. ومن هذا المنطلق فمن الضروري توافر عناصر التعويض بصفة عامة والمتمثلة في وجود خطأ من المدين وضرر يصيب الدائن والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر إضافة إلى الإعذار.

#### المطلب الأول. الخطأ

تشعبت آراء الفقهاء في تعريف الخطأ وتنوعت وأصبح الإختيار بينها ليس بالأمر اليسير، مع أن تعريف الأستاذ بلانيول للخطأ قد انطلقت منه غالبية التعريفات المعاصرة، وهو "الاخلال بالتزام سابق". وذهب آخرون إلى أن الخطأ هو عدم تنفيذ

١ François CHABAS, « La réforme de la clause pénale », D.S. 1976, chron., p. 230 et s.

V. aussi l'art. 1231-5 C. civ. fr.

المدين لإلتزامه وهو الخطأ العقدي، أو هو إخلال بإلتزام قانوني بعدم الإضرار بالغير، وهذا الإلتزام يكون سابقاً ويصدر عن تمييز وإدراك.

يتضح ممّا تقدّم أنّ المدين يعدّ مسؤولاً عن تنفيذ ما ألزم نفسه به في العقد إستناداً إلى أن العقد شريعة المتعاقدين ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه، ثم أنّ الإلتزام ينفذ جبراً على المدين، عليه فأن مسلك المدين نحو عدم تنفيذ إلتزامه هو الخطأ بعينه.

بناءً على ما تقدّم فأن الشرط الجزائي في مجال عقد التمويل لا يستحقّ إلاّ إذا كان هناك خطأ من المدين بالمفهوم المتقدّم، والغالب أن يكون هذا الخطأ خطأً عقدياً. تنص المادة ١٠ من قانون التأجير التمويلي المصري على انه " يتحمّل المستأجر المسؤولية المدنية الناشئة عن الأضرار التي تسببها الأموال المؤجرة وفقاً لأحكام القانون المدني. ويتحمل المؤجر تبعه هلاك المال المؤجّر متى كان ذلك بسبب لا دخل للمستأجر فيه [...]"، كما ان إخلاله بالإلتزامات الواردة في المواد ٨ و ٩ و ١١ و ١٩ و ٢١ و ٢١، يشكّل خطأً من جانبه يستوجب المسؤولية. وفي حالة انتفاء الخطأ من جانب المدين فإنه يرتب إنتفاء المسؤولية ولا يكون مبرّر لإعمال الشرط الجزائي واستحقاقه إذ يعدّ تقديراً مقدّماً للتعويض، والتعويض في هذا المجال غير مبرر.

### المطلب الثاني. الضرر

لا يستحق الشرط الجزائي كضمان غير مباشر في عقد التمويل بطريق التأجير إذا لم يكن هناك ضرر أصاب المؤجّر (شركة التمويل) لأن الضرر من أركان المسؤولية العقدية ومن شروط استحقاق التعويض الإتفاقي، فإذا لم يوجد ضرر لا يكون هناك مبرّر لاستحقاق التعويض.

والضرر هو الصورة الملموسة التي تتمثّل فيها نتائج الخطأ العقدي، وهذا معناه إن الخطأ إذا لم يترتب عليه ضرر فإنه لا مجال لإعمال قواعد المسؤولية العقدية. إلاّ ان الرأي قد انقسم في مسألة إشتراط الضرر وإستحقاق الشرط الجزائي إلى إتجاهين :

**الإتجاه الأول:** يذهب إلى عدم وجود ضرورة لاشتراط الضرر إحتراماً لمبدأ سلطان الإرادة وزيادة لطمأنينة الدائن إلى الضمان. ثم إن عبارة الشرط الجزائي إضافة إلى أنها تمثّل تعويضاً إتفاقياً عن عدم التنفيذ أو الإخلال به فهي وسيلة لإكراه المدين (المستأجر) على التنفيذ ودفع كامل الأقساط المتبقية وإن لم يحصل ضرر، والعقوبة وفقاً لهذا المفهوم لا تستلزم الضرر. ومع ذلك فإن هذه القاعدة ليست من النظام العام.

**الإتجاه الثاني:** يذهب هذا الرأي إلى ضرورة وجود الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، لأن الأساس في إرادة المتعاقدين في وجود الشرط الجزائي، إتجهت إلى ثبوت الحق في ظل الجزاء المشروط إذا ترتّب ضرر على الإخلال بالإلتزام باعتباره تعويضاً. بالإضافة إلى إن القول باشتراط توافر الضرر يتماشى مع القواعد القانونية الوضعية التي تقضي بأنه لا دعوى دون فائدة ولا فائدة دون ضرر، ثم أن العدالة تأبى أن يثري الدائن على حساب المدين إذا لم يصبه أي ضرر وهو ما أخذت به القوانين واتّجاهات القضاء.

ومن الملاحظ أنّ وجود الشرط الجزائي في العقد يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين ولذلك يفترض وقوع الضرر وبالتالي لا يكلف الدائن إثباته، وعلى المدين المدّعي بعدم وجود أي ضرر من جرّاء عدم التنفيذ أو التأخر فيه إثبات ذلك. وفي إطار إثبات الضرر وخلافاً للقواعد العامة ينتقل العبء من الدائن إلى المدين بفضل وجود الشرط الجزائي.

ولخصوصيّة عقد التمويل بطريق التأجير لا بدّ من التمييز بين حالتين :

**الحالة الأولى:** أن يحدّد المؤجّر التمويلي الضرر بصورة تقديرية، أي أن يقدّر مقدّمًا مقدار الضرر الذي يمكن أن يلحق به في حالة عدم إتمام العقد وتصدر موافقة من المستأجر على ذلك، وبالتالي يلتزم بالشرط الجزائي فيكون الضرر واقعاً في تقدير الطرفين، ولا يحقّ للمستأجر أن يفترض العكس ليتسنى له التخلص من الشرط الجزائي بل ان القاضي لا يستطيع أن يعفي المستأجر من التعويض بدعوى عدم تحقّق الضرر وإمّا له الحق فقط بتعديل هذا الإتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر بعد تحقّقه مستقبلاً. وللمؤجّر (شركة التمويل) كامل الأقساط المتبقية من دون إثبات حصول ضرر إستناداً للإتفاق الصريح والسابق على ذلك.

**الحالة الثانية:** عدم إفصاح المتعاقدين أن الشرط الجزائي هو غرامه تهديدية عن التأخير أو أنه يمثّل الضرر المقدر عن تحقّق الإخلال بالعقد، وللمحكمة في هذه الحالة تقدير مدى إعمال الشرط الجزائي كتعويض عن الضرر من عدمه لعدم تحقّق الضرر، ومسألة إثبات الأخير، على المدّعي (الدائن). وقد ينقلب عبء الإثبات على المدين بمناسبة وجود الشرط الجزائي فيتولّى إثبات أنّ الدائن لم يصبه أي ضرر من جرّاء عدم التنفيذ أو الإخلال به.

والحكمة من ذلك أن مقدار الشرط الجزائي في عقد التمويل يتحدّد على أساس الأجرة المتبقية للمؤجّر أي بناء على معايير واعتبارات مالية فلا ينتج عن الفسخ سوى ضرر مالي للمؤجّر يعوّض على أساسه عن أي خسارة لاحقة به بالإضافة إلى النفقات والمصروفات التي تحمّلها المؤجّر التمويلي.

ولا يفوتنا هنا أنّ شروط الضرر لا بد من تحقّقها بأن يكون مباشراً ونتيجة طبيعيّة لإخلال المستأجر بالتزامه العقدي، ومتوقّفاً عند إبرام العقد، مع مراعاة تعويض الضرر غير المتوقّع في حالتي الغش والخطأ الجسيم. وبالتالي يستطيع الدائن أن يطالب بالتعويض عن الضرر الحاصل فعلاً.

### المطلب الثالث. العلاقة السببية

العلاقة السببية شرط عام في المسؤولية المدنية، وفي الشرط الجزائي خصوصاً. فتوجد المسؤولية بوجود هذه العلاقة وتنتفي بانتفائها.

والعلاقة السببية هي العلاقة المباشرة بين خطأ المسؤول والضرر الذي أصاب المتضرّر، ويشترط للحكم بوجود هذه العلاقة أن يكون الضرر نتيجة مباشرة لهذا الخطأ والا انعدمت المسؤولية، وعبء إثباتها على الدائن (شركة التمويل) لأنها المدعيّة. ومن الممكن أن يثبت المدين العكس بنفي وجود هذه العلاقة السببية فيثبت أن الضرر الذي لحق بالمؤجّر التمويلي من عدم التنفيذ أو التأخر فيه يعود لسبب أجنبي لا يد له فيه (م ١٦٨ مدني عراقي) فتنتفي العلاقة بين الخطأ والضرر. أو أن الضرر غير مباشر أو كان مباشراً غير متوقّع فلا تتحقّق المسؤولية ولا يستحقّ التعويض وبالتالي لا محلّ لإعمال الشرط الجزائي. وبذلك قد منح المدين فرصة للتخلّص من الشرط الجزائي كاملاً، أو بإنقاص قيمة التعويض المنصوص فيه بإثبات أن استحالة التنفيذ أو التأخر فيه كان بسبب أجنبي أو الخطأ مشترك بينه وبين الدائن، أي شركة التمويل (المادة ٢١ من قانون التأجير التمويلي المصري).

### المطلب الرابع. الإعذار

لا بدّ لاستحقاق التعويض المنصوص عليه بالشرط الجزائي أن يقوم الدائن بإعذار المدين والحكمة من الإعذار هنا أن تثبت شركة التمويل بأن المستأجر متأخّر في تنفيذ التزامه من جهة، ومن جهة ثانية فإن الإعذار يمكّن حسن النية من تنظيم دفاعه لأن

معرفة المدين بمدى حقوقه غالباً ما تكون غير كافية، ثم إن الإعتبارات الإجتماعية والعرفية توجب على الدائن، قبل أن يشرع في إتخاذ إجراءات عنيفة ضد المدين، أن يبدأ بتنبهه لعله يقوم بالوفاء. فإذا حلّ أجل التنفيذ ومع ذلك سكت الدائن عن المطالبة بالتنفيذ فيؤخذ ذلك على محمل التسامح وأنه لم يصبه أي ضرر من التأخر وإلا فعليه أن يشعر المدين بالإلتزام بالتنفيذ بإعذاره بالطرق التي رسمها القانون ويلزم فوراً بتنفيذ إلتزامه وكل تأخر يستوجب التعويض. ويصحّ أن يمنح الدائن المدين في الإعذار أجلاً لتنفيذ الإلتزام دون أن يؤثر الأجل في قوّة الإعذار، فمتى حلّ الأجل الممنوح أصبح المدين معذراً.

وشرط الإعذار غير متعلّق بالنظام العام وهو مقرّر لمصلحة المستأجر ومن ثمّ فانه يجب إثارته من المدين وممسّكه بعدم قيام شركة التمويل به للتخلّص من الإلتزام المنصوص في الشرط الجزائي. ويمكن الإتفاق بين المتعاقدين على الإعفاء من الإعذار بشرط صريح في العقد. وإذا كانت الأحكام السابقة في الإعذار هي القاعدة العامة إلا إنها ليست مطلقة إذ أنّ هناك بعض الحالات لا يشترط فيها إعذار المدين (المستأجر) في سبيل إستحقاق التعويض حيث تنتفي الحكمة فيها من توجيهه ويعتبر مجرد حلول الأجل إشعاراً كافياً للمدين بوجوب تنفيذ إلتزامه. وهو ما أشارت اليه الفقرات "أ" و"ب" و"ج" من المادة ١٩ من قانون التأجير التمويلي المصري.

### المبحث الثالث. أحكام الشرط الجزائي كضمان إتفاقي غير مباشر في عقد التمويل بطريق التأجير

القاعدة الأساسيّة إنّه لا مجال لإعمال الشرط الجزائي في عقد التمويل ما دام بالإمكان تنفيذ الإلتزام الأصلي، فإذا لم ينفذ الإلتزام الأصلي أو تأخر المستأجر التمويلي فيه وتوافرت الشروط القانونيّة اللازمة لاستحقاق الشرط الجزائي فإنه يصبح مستحقاً ويتعيّن الوفاء به، بناءً على ذلك إذا تحققت فرضية عدم التنفيذ للإلتزام الوارد في العقد أو التأخر فيه يستحقّ الشرط الجزائي لتوافر شروطه ويكون حقّ الإختيار كحق قانوني، للدائن (المؤجر) أن يطالب بالشرط الجزائي على إنه ليس طريقاً من طرق الوفاء بل هو مؤاخذة أو جزاء للمدين على عدم تنفيذ إلتزامه او التأخر فيه وغايته ضمان تنفيذ الإلتزام وتقريره، ولا يترك الإختيار هنا للمدين حتى يجعله وسيلة للتملّص، ولا يستبعد هنا أن للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني للإلتزام الأصلي إلا إذا كان الأخير من غير الممكن

القيام به إلا من قبل المدين وامتنع عن ذلك أو كان مرهقاً له ولم يلحق بالدائن ضرراً جسيماً من ذلك. ولا يجوز الجمع بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي إلا في حالة التأخر في التنفيذ مع وجود تناسب بين التعويض المتفق عليه لشركة التمويل والضرر الواقع فعلاً على المؤجّر التمويلي، وبالتالي يتعين على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه. ومع ذلك ومراعاة للعدالة فإن للقاضي سلطة في تعديل الشرط الجزائي في عقد التمويل بالنقص وبالزيادة في حالات معينة نتناولها في المطلبين الآتيين :

### المطلب الأول. تخفيض الشرط الجزائي

مما سبق يتبين عدم أحقية شركة التمويل في التعويض المنصوص عليه بالشرط الجزائي إذا أثبت المستأجر أن شركة التأجير التمويلي المؤجّرة لم يلحقها أي ضرر نتيجة إخلاله بالتزاماته او نتيجة فسخ عقد التمويل، وللقاضي أن يحكم بذلك كما يحق له أن ينقص مقدار التعويض المتفق عليه بالشرط الجزائي إذا أثبت المستأجر انه قد نفذ جزءاً من التزامه في عقد التمويل أو إذا أثبت المستأجر أن التعويض المحدد سلفاً في العقد مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، ولا يعني تخفيض القاضي لقيمة التعويض أن ينقصه إلى درجة التعادل مع الضرر الذي وقع على شركة التمويل (المؤجّرة) وإنما تخفيض مقدار التعويض إلى الحد الذي لا يكون مبالغاً فيه فقط، ولضرورة لا غنى عنها، ومطلباً حيويّاً لمواجهة كل أشكال التعسف التي قد يسببها الشرط الجزائي. وموجب التعديل الذي أدخله المشرّع الفرنسي على نصّ المادة ١٢٣١-٥ من التقنين المدني الفرنسي أصبح من حقّ القاضي تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة كما يجوز زيادة التعويض إذا كان بخساً الى درجة كبيرة، طبقاً لظروف كل قضية على حدة دون الحلول محل إرادة الطرفين المتعاقدين. ويتم تقدير المبالغة الكبيرة في تحديد قيمة التعويض المحدد بالشرط الجزائي وقت الإمتناع عن تنفيذ عقد الإيجار أو فسخه وذلك لأنّ التقدير يتمّ بناءً على الأضرار التي لحقت بشركة التمويل من جرّاء عدم الإستمرار في تنفيذ عقد الإيجار<sup>٢</sup>.

<sup>٢</sup> Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Cours de droit civil, t. VII : Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Cujas, 11<sup>e</sup> éd., 1988, p. 96

ويذهب جانب من الفقه<sup>٣</sup>، بأنه يمكن الإستناد إلى التنفيذ الجزئي للعقد في إثبات مدى المبالغة الكبيرة للتعويض المقدّر في الشرط الجزائي إستناداً إلى الفقرة الثانية من المادة ١٢٣١-٥ مدني فرنسي واستخدام عبارة التنفيذ الجزئي لعقد التمويل كقرينة على إثبات المبالغة الكبيرة في التعويض، في حين ذهب جانب آخر إلى أنّ هذا العقد غير قابل للتنفيذ الجزئي، الأمر الذي يتعدّد معه تعديل الشرط الجزائي، وذهبت إلى ذلك بعض الأحكام<sup>٤</sup>. وأصبح للقاضي الحقّ في أن يتعرّض من تلقاء نفسه للشرط الجزائي في عقد التمويل بالتخفيض أو بالزيادة. ولم يعد القاضي بحاجة للبحث في ثنايا نصوص العقد عن الطابع المغالي فيه للجزاء التعاقدية.

### المطلب الثاني. زيادة الشرط الجزائي

للمحكمة زيادة قيمة الشرط الجزائي إذا أثبت المؤجّر (الدائن) أنّ الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي ينسب إلى غشّ او خطأ جسيم ارتكبه المستأجر (المدين) وكان الضرر يفوق في مقداره قيمة الشرط. وهذا الإخلال بالتنفيذ أو التأخير فيه، والذي صاحبه غشّ او خطأ جسيم، على أساس أن المؤجّر عند إتفاقه مع المستأجر على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غشّ المستأجر او خطئه الجسيم بل اعتمد فيه ذلك على حسن النية في جميع الإلتزامات وبالتالي للقاضي سلطة زيادة قيمة الشرط الجزائي، من جهة.

ومن جهة ثانية إذا كانت قيمة الشرط الجزائي لا تتناسب وكونه تعويضاً جدياً عن الضرر وإما كان وسيلة تحايل للإعفاء من المسؤولية التقصيرية تطبيقاً لحكم الفقرة ٣ من المادة ٢٥٩ مدني عراقي التي قضت بإبطال كلّ شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع، وبذلك فإن قيمة الشرط الجزائي في هذه الحالة لا تعدّ تعويضاً جدياً عن ضرر واقع، ويعدّ شرطاً للإعفاء من المسؤولية التقصيرية بصورة غير مباشرة، ويكون عندئذ باطلاً. ومسألة زيادة التعويض في الحالتين أمر يتعلّق بالنظام العام ولا يجوز الإتفاق على ما يخالفه.

إلا انه يجب على القاضي عند تطبيقه لهذه القاعدة أن يراعي لما لعقد التمويل من طبيعة خاصة ودور إقتصادي ومالي يختلف عن غيره من العقود، لذا يجب أن ينظر

٣. Jacques GHESTIN (avec le concours de Christophe JAMIN et Marc BILLIAU), *Droit civil : les effets du contrat*, L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd., 1994, p. 115-117.

٤. Jacques MESTRE, « Obligations et contrats spéciaux », *RTD civ.* 1986, p. 99.

إلى الشرط الجزائي نظرة موضوعية في إطار الهدف الذي يسعى إليه المتعاقدان من وراء العقد. وبالخصوص أن المأجور يتم اختياره وشراؤه بناء على رغبة المستأجر. تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من اتفاقية معهد روما لسنة ١٩٨٨ بشأن عقود التأجير التمويلي الدولية على انه:

”إن صفقة عقد التأجير التمويلي المشار إليها في الفقرة السابقة تتضمن الخصائص التالية :

أ-يحدد المستأجر المعدات ويختار المزود دون الاعتماد في الأصل على مهارة ورأي المؤجر”.

عليه فأن المواصفات الخاصة بالمعدات يحددها المستأجر ويقوم المؤجر بشرائها وتملكها وتسليمها للمستأجر. وهو ما أشارت إليه أيضا المواد ٥-٧ من قانون التأجير التمويلي المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥. وبالتالي فأن فسخ العقد واسترداد المأجور يؤكد إلحاق الضرر بالمؤجر لأن التوقعات التي أقام عليها المؤجر حساباته قد أخل بها المستأجر الذي طلب استئجار هذه الأموال خلال مدة معينة كانت هي أساساً لحسابات المؤجر.

### المبحث الرابع. مصير الشرط الجزائي في حالة فسخ أو بطلان عقد التمويل

ضرورة البحث إقتضت الدراسة بيان مصير الشرط الجزائي في حالة فسخ عقد التمويل أو بطلانه في المطلبين الآتيين:

#### المطلب الأول. حالة فسخ العقد

الفسخ هو حلّ الرابطة العقدية في حالة إخلال أحد الطرفين بتنفيذ إلتزامه الناشئ عن العقد الملزم للجانبين ويتمثل هذا الإخلال بعدم التنفيذ أو التأخر فيه. وفي هذا الفرض فالعقد صحيح أصلاً إلا أن هذا الإخلال قد حدا بالطرف الاخر إلى طلب الفسخ وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد إلا أنه بطبيعة الحال فان الأثر الرجعي للفسخ سيؤدي إلى حرمان المستأجر من الإنتفاع بالمأجور عندما تسترد منه الأموال المؤجرة وبالتالي تنهار أعمال المستأجر ويفشل مشروعه الإقتصادي الذي يعتمد على هذا المال مما سيلحق به أضراراً فادحة. وفي هذا الفرض ان شروط العقد صحيحة لا سائبة فيها ومن بينها الشرط الجزائي، فوجود الشرط الجزائي دلالة على ان الإلتزام موقوف على شرط يعمل به في حالة تحقق هذا الأخير وهو عدم التنفيذ أو التأخر فيه.

فأي إخلال يطلب على أثره الفسخ يؤدي إلى نتيجة مفادها عدم تنفيذ العقد، وتحققه ويؤدّي بالتالي إلى تحقّق الشرط الجزائي فيعمل به.

بناء على ذلك فإنّ الشرط الجزائي في حالة فسخ العقد يستمر ولا يمتد أثر الفسخ إليه للخصوصيّة التي يتميّز بها عقد التمويل وحفاظاً على حقوق المؤجّر ويعمل بهذا الشرط كضمان إتفاقي غير مباشر (المادة ٢٢ من قانون التأجير التمويلي المصري). وعلى ما تقدّم يحقّ لشركة التمويل (المؤجّرة) استحقاق قيمة التعويض المحدّدة في الشرط الجزائي المنصوص عليه في عقد التمويل إذا فسخ العقد بسبب خطأ من المستأجر (المشروع المستفيد). إلاّ إنه يحق للقاضي أن يقضي بعدم أحقية شركة التمويل في التعويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي إذا أثبت المستأجر أن شركة التمويل المؤجّرة لم يلحقها أي ضرر نتيجة إخلاله بالتزاماته، أو نتيجة فسخ عقد التمويل كما أنّه يحقّ للقاضي إنقاص مقدار التعويض إذا أثبت المستأجر أنه نفذ جزءاً من التزامه في عقد التمويل أو أن التعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة.

وقد ذهب البعض بأنّ على القاضي عند مطالبة شركة التمويل بالتعويض المحدّد في الشرط الجزائي نتيجة توقّف المشروع المستفيد (المستأجر) عن سداد أقساط الأجرة او فسخ العقد مع الشركة نتيجة خطأ المستأجر (المشروع المستفيد) أن يراعي الطبيعة الخاصة لهذه العقود ودورها كوسيلة من وسائل التمويل للمشروعات الإنتاجية والخدماتيّة وشراء الأصل الإنتاجي محلّ عقد التمويل من قبل الشركة بناء على رغبة المستأجر (المشروع المستفيد). إضافة إلى أن الأخير هو الذي اختار الأصل الإنتاجي محلّ العقد وطبقاً للمواصفات التي حدّدها لشركة التمويل والتي تتّفق مع طبيعة نشاطه (الفقرة الثانية من المادة الأولى من اتفاقية معهد روما لسنة ١٩٨٨ وهو ما أشارت إليه أيضاً المادة ٥ والمادة ٧ من قانون التأجير التمويلي المصري لسنة ١٩٩٥). لذلك على القاضي مراعاة كافة هذه الإعتبارات وهو بصدد تطبيق الشرط الجزائي وتحديد قيمته. وفي الحقيقة ان هذا الرأي محل اعتبار وذلك لأن من نتائج الإمتناع عن التسديد والفسخ ما سيلحق شركة التمويل من خسائر فادحة نظراً لما تتضمنه أقساط الأجرة من عناصر عن معظم ثمن الأصل الإنتاجي وهامش الربح الخاص بالشركة وفوائد المال المستثمر طيلة مدة عقد التمويل ومصاريف إتمام الصفقة وإبرام عقد التمويل، ومن ثمّ فإنّه يجب على القاضي حفاظاً على هذا النوع من أنواع التمويل وعند مطالبة شركة التمويل بالتعويض المقرّر في الشرط الجزائي محل عقد التمويل أن ينظر بعين الإعتبار

إلى مقدار القيمة الإيجارية التي لم يسددها المشروع المستفيد عن المدة المتبقية من مدة عقد التمويل نظراً لما تمثله هذه القيمة من عناصر البند "ج" من الفقرة الثانية من المادة الأولى من إتفاقية معهد روما لسنة ١٩٨٨ وهو ما أشارت إليه المادة ٥ والمادة ٢٥ من قانون التأجير التمويلي المصري لسنة ١٩٩٥، بغض النظر عن استرداد شركة التمويل للأصل الإنتاجي محل العقد المفسوخ خاصة وأن الهدف الذي ترمي إليه شركات التمويل من هذه العملية هو استثمار أموالها وزيادة الإنتاج وبالتالي تحقيق الإزدهار والتنمية، وليس الاحتفاظ بالأصل الإنتاجي المؤجّر أو استرداده والذي قد يكون عبئاً عليها أكثر من كونه مكسباً لها في ظلّ التقدم التقني الذي يجعل من الأصل الإنتاجي قليل القيمة فضلاً عن المصاريف التي تتكبدها شركات التمويل (مصاريف التخزين والبيع أو التأجير للأصل الانتاجي مرة أخرى ومدة الإهلاك الضريبي). من كل هذا نصل إلى نتيجة مفادها بقاء الشرط الجزائي قائماً في عقد التمويل في حالة فسخ العقد لتخلف المستأجر عن التنفيذ ويعمل به كضمان إتفاقي غير مباشر.

### المطلب الثاني. حالة بطلان العقد

البطلان وصف يلحق بالتصرّف القانوني المعيب بسبب مخالفته لأحكام القانون المنظمة لإنشائه فيجعله غير صالح لأن ينتج آثاره القانونية المقصودة، أو هو الجزاء على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها. وهذه الأحكام أو الأركان قد ترجع إلى اعتبارات شكلية كما قد ترجع إلى اعتبارات موضوعية مما يستتبع تنوع العيوب التي تصيب العقد عند إنشائه 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 إجبار المتعاقد الآخر على تنفيذ بنود العقد، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان.

ومن المعلوم أنّ لعقد التمويل طبيعة خاصة، حيث يسبقه عقد يربط بين المؤجّر التمويلي والبائع (المورّد أو المنتج)، وهو عقد بيع أو مقاوله مستقل عن العقد المبرم بين المستفيد (المستأجر) وشركة التمويل (الفقرات ١ و ٢ و ٣ من المادة الثانية من قانون التأجير التمويلي المصري، والبند "ب" من الفقرة الثانية من المادة الأولى من إتفاقية معهد روما)، فإذا تقرّر بطلان العقد الأصلي فإنه طبقاً للقواعد العامة يقتضي الرجوع بالمتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

إلا أنه وللطبيعة الخاصة لعقد التمويل بطريق التأجير، وللخلفية الاقتصادية والواقعية لإبرامه وظهور البائع (المورّد أو المنتج) بدور هامّ في سبيل وجود هذا العقد وتقدير مصلحة المستأجر الذي عقد آماله على عقد التمويل، فلا أثر لهذا البطلان على عقد التمويل ويعدّ ذلك خروجاً عن القواعد العامة وبالتالي يحكم ببقاء الشرط الجزائي. وهذه الإشكالية قد عالجتها المادة ٢٢ من قانون التأجير التمويلي المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥، ولا يوجد حكم أو نصّ خاص في ظلّ القانون العراقي لتنظيم المسألة فيبقى الأمر بحاجة إلى معالجة حقيقية.

أمّا في ظلّ الفقه الفرنسي فقد انقسم الرأي على ثلاثة إتجاهات. الأوّل يرى أن بطلان أو فسخ العقد الأصلي يستتبع بطلان أو فسخ عقد التمويل، وبالتالي لا وجود للشرط الجزائي. والإتجاه الثاني لا يُثبت أيّ أثر للبطلان أو الفسخ على عقد التمويل. والراجح بين هذين الرأيين هو ضرورة النظر إلى كل حالة على حدة للتعرف على رغبة طرفي عقد التمويل وما إذا كانا يرغبان في بقاء أو فسخ الرابطة بين عقد التمويل وعقد البيع.

أمّا في حالة بطلان عقد التمويل ذاته وهو العقد الأصلي فإنّ القاعدة العامة تُطبّق في هذا الخصوص، وتزول بنود العقد كافة ومن ضمنها الشرط الجزائي الذي له غاية تعويضية محدّدة فيه لا يجوز أن تمتدّ لسواها إضافة الى كونه التزام تابع للإلتزام الأصلي يقوم بقيامه وينقضي بانقضائه. فإذا كان الإلتزام الأصلي باطلاً يستتبع ذلك أن يكون الإلتزام التابع (الشرط الجزائي) باطلاً. لأن التابع للشيء في الوجود يكون تابعاً له في الحكم فيصحّ بصرّته ويبطل ببطلانه. ولكن بالمقابل إذا كان الشرط الجزائي باطلاً فلا يستتبع ذلك أن يكون الإلتزام الأصلي باطلاً لأن الشرط الجزائي لا يتعلق به مصير الإلتزام الأصلي.

### المبحث الخامس. طبيعة الشرط الجزائي والجدوى المتحققة منه

نتناول طبيعة الشرط الجزائي في مطلبٍ أول والجدوى الاقتصادية المتحققة منه في مطلبٍ ثانٍ.

### المطلب الأول. طبيعة الشرط الجزائي

الشرط الجزائي كضمان إتفاقي غير مباشر يوضع عادة كشرط ضمن بنود العقد الأصلي المبرم بين شركة التمويل المؤجّرة والمشروع المستفيد (المستأجر) ويستحقّ المؤجّر التعويض على أساسه. وقد يكون هذا الإتفاق مستقلاً عن العقد الأصلي، وبالتالي لا يترك الطرفان أمر تقديره إلى القضاء. فإن لم يقيم المستفيد بالتزامه قبّل شركة التمويل أو تأخّر في التنفيذ يستحقّ هذا التعويض. وبما إنه إتفاق بين الطرفين فلا بدّ أن يستوفي أركان وشروط العقد وتسري عليه أحكامه، من جهة، ومن جهة أخرى إنه بمثابة عقوبة مدنيّة بالقدر الذي يزيد فيه عن الضرر الفعلي اللاحق بالمؤجّر وتكمن هنا وظيفته التأمينية، سواء ذكر ضمن بنود العقد الأصلي بين الشركة المموّلة والمستفيد، أو ضمن مشاركة لاحقة مستقلة عن العقد (البند "ب" من الفقرة الثانية من المادة الأولى من إتفاقية معهد روما لسنة ١٩٨٨ ويستدلّ أيضاً في هذا الخصوص بالفقرات ١ و ٢ و ٣ من المادة الثانية من قانون التأجير التمويلي المصري لسنة ١٩٩٥). من جهة ثالثة فإن للشرط الجزائي صفة الإلتزام التابع لا يقصد لذاته ولا يستقلّ بنفسه وإنما يقع بمناسبة الإتفاق على إلتزام آخر فله صفة "التبعية"، وبالتالي فإن المدين ملزم بتنفيذ الإلتزام العيني (الأصلي) دون حقّه في اختيار تنفيذ الشرط الجزائي ما دام تنفيذ الإلتزام الأصلي ممكناً، وبذلك نصل إلى نتيجة مفادها أنه يدور مع الإلتزام الأصلي وجوداً وعدمياً والعبرة بالإلتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي مع بعض الخصوصية في عقد التمويل بطريق التأجير.

### المطلب الثاني. جدوى الشرط الجزائي

إنّ الغاية الأساسيّة من عقد التمويل بطريق التأجير إستغلال وإستثمار الأموال في تمويل المشروعات التي تفتقد إلى السيولة النقدية الكافية لشراء الأصول الإنتاجية لممارسة النشاط الإقتصادي أو لتجديد الآلات والمعدّات الإنتاجية الخاصة لمسايرة التقدّم التقني والتكنولوجي. وتقوم شركات التمويل بشراء هذه الآلات والمعدّات الإنتاجية طبقاً للمواصفات والشروط التي أعلنها المشروع المستفيد وما يلائم احتياجاته والمشروع المشغّل من قبله، (وهو ما أشار إليه البند "أ" من الفقرة الثانية من المادة الأولى من إتفاقية معهد روما، والمادة الخامسة والسابعة من قانون التأجير التمويلي المصري) وتقوم الشركة المموّلة بتأجيرها لهذا المشروع المستفيد لفترة معيّنة ومحدّدة في عقد الإيجار وهو ما يقارب العمر الإفتراضي للأصل الإنتاجي المؤجّر في مقابل إلتزام الأخير بالقيمة الإيجارية على شكل أقساط وغالباً ما تكون هذه الأقساط هي نفس قيمة أو

ثم الأصل الإنتاجي المؤجّر لها وفوائده ونسبة الربح طيلة مدة العقد والنفقات التي صرفت لإبرام العقد ومدة الإهلاك الضريبي (البند "ج" من الفقرة الثانية من المادة الأولى من إتفاقية روما، والمادة الخامسة من قانون التأجير التمويلي المصري). وبذلك فإنّ هناك فائدة عملية للمستأجر حيث يستلم المأجور (الألات والمعدات) قبل دفع أي مبلغ للممؤّل (المؤجّر) أي قبل دفع بدل أو قسط الإيجار للشركة الممؤّلة ممّا قد يشكّل خطورة على المؤجّر فيضع هذا الشرط الجزائي الذي يتضمّن معنى العقوبة والجزاء. وبذلك تتحقّق الوظيفة التأمينية له باعتباره وسيلة ضمان إتفاقية غير مباشرة. وتتحقّق الجدوى والفائدة من هذا الضمان. وقد يمنع وجود هذا الشرط من حدوث الخطأ أو التقليل منه كما في حالة الإخلال بالتنفيذ أو التأخر فيه. وبالتالي قد يفسخ عقد التمويل قبل انتهاء مدّته نتيجة هذا الإخلال وتوقّف سداد الأقساط المتّفق عليها خلال مدة العقد وإلزام المشروع المستفيد (المستأجر) برد الأصل الإنتاجي محلّ عقد التمويل (الفقرة ٣ من المادة الأولى من إتفاقية روما، والمواد ١٩ و ٢٠ من قانون التأجير التمويلي المصري) ، وبالتالي فإن وجود هذا الشرط يحقّق لشركة التمويل نوعاً من الإطمئنان على حقوقها.

هذا وإنّ ما يدعم هذا الضمان أن الشرط الجزائي في عقد التمويل غالباً ما يكون مبالغاً فيه لدرجة كبيرة قد لا يتناسب مع الضرر الحقيقي الذي يلحق بالشركة الممؤّلة، ليس لتحقيق إثراء بلا سبب للمؤجّر وإنما وسيلة لضمان حقوقه لأنّ الأخيرة تقدّر قيمة الضمان بناءً على اعتبارات مالية صرفة كقيمة أقساط الأجرة وما فاتها من كسب والخسارة اللاحقة (عدم إهلاك رأسمالها المستثمر في هذه العملية والنفقات المالية ونفقات تخزين الأصل الذي تسترّده الشركة عند فسخ عقد التمويل... الخ). كون أنّ المؤجّر يتكبّد نفقات كثيرة عند شراء الأصول المؤجّرة ويتعرّض لمخاطر جديدة.

وهذه الأمور تفرضها شركة التمويل باعتبارها الطرف الأقوى اقتصادياً وما لها من خبرة كمحترف وليس للمستفيد أيّ مقابل مع ما تحصل عليه شركة التمويل من تعويض في حالة إمتناع المستفيد عن سداد أقساط الأجرة أو التأخّر فيها أو في حالة الفسخ نتيجة خطأ المشروع المستفيد. هذا من جهة. ومن جهة ثانية فإنّ الشركة الممؤّلة قد تضع ضماناً لحقوقها وشروطاً لمصلحتها تغلّب بها يد المشروع المستفيد (المستأجر) عن طلب الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ أو الإمتناع الجزئي عن تنفيذ بعض الإلتزامات إذا لم تؤدّ أو تحترم شركة التمويل إلتزاماتها التعاقدية مع المستأجر (المستفيد) وبالتالي فإن الأخير

سوف يضطرّ لتنفيذ كافة إلتزاماته الواردة في عقد الإيجار كي لا يتعرّض للجزاء المفروض بموجب الشرط الجزائي<sup>٥</sup>. كما أن القصد من هذا الضمان هو تجنّب اللجوء للقضاء والتقليل من المنازعات بين الأطراف وإعطاء حرية في تقدير التعويض وبالتالي يتجنّب المتعاقدان نفقات إقامة الدعاوى من رسوم وكشف ومعاينة وخبرة وأتعاب محاماة.

من كل ما تقدم يتبيّن لنا الجدوى من هذا الضمان الإتفاقي غير المباشر في ضمان تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد وتجنّب الإجراءات القضائية الطويلة والمعقدة وزيادة القوة الملزمة لعقد التمويل، والمساهمة في تنمية المجتمع وازدهاره والإسهام في تنفيذ خطط التنمية والمحافظة على الأهمية الإقتصادية لعقد التمويل بطريق التأجير.

وبالرغم من هذه الإيجابيات فإن فاعليّة الشرط الجزائي قد تتراجع أمام سلطة القاضي في تعديله زيادةً أو نقصاناً. فضلاً عن عدم تقديم الشرط الجزائي أي ضمانات عينية او شخصية مما يجعل المؤجّر (شركة التمويل) مهدّداً بعدم كفاية الضمان العام إلا ما يخص الطابع الجزائي لهذا الشرط وبالامكان في إطار بعض التشريعات المدنية الإستناد إلى بعض عيوب الإرادة لإبطال الشرط الجزائي. من كل ما تقدم تبقى للشرط الجزائي الأهميّة والجدوى الإقتصادية كونه ضماناً للمؤجّر التمويلي وإن كان ضماناً إتفاقياً غير مباشر.

تبيّن من خلال هذه الدراسة الأهميّة الإقتصادية لعقد التمويل بطريق التأجير كونه وسيلة بديلة عن الطرق التقليدية للتمويل، فهو يوفّر للمستأجر التمويل اللازم ويغطّي كامل إستثماراته، علماً أنه أقلّ تكلفة من الناحية الإقتصادية ويمكنه من إختيار الأصول ومواكبة التطور العلمي والتكنولوجي، إضافةً إلى الوظيفة الإئتمانية بالنسبة للمؤجّر وعدم تحمّله لتبعة الهلاك والأضرار الناجمة عن المأجور في فترة حيازة المستأجر له، فضلاً عن دوره في دفع عجلة التقدّم وحلّ الكثير من الإشكالات الخاصة ببعض الشركات بسبب عدم قدرتها المالية في استخدام الأصول الإنتاجية.

ويعدّ الشرط الجزائي من أصلح الضمانات الإتفاقية غير المباشرة حيث يمكن شركة التمويل من إقتضاء التعويض المتّفق عليه دون إثبات الضرر المفترض في حالة إخلال المستأجر بواجب دفع الأجرة، كما له دور في حمل المستأجر للوفاء بالتزامه. إلا أن فاعليّته تتأثر بسلطة القاضي في تعديل هذا الشرط بالنقصان أو الزيادة وعدم كفاية

٥. Cass. ch. mixte, 23 nov. 1990, *JCP* 1991, II, 21642, note D. Legeais.

الضمان العام، كون هذا الشرط لا يقدم ضمانات أخرى وبالتالي لا يقي حركة التمويل من خطر الإفلاس أو الإعسار أو مزاحمة الدائنين. فلا سبيل إلا اللجوء أحياناً إلى التأمين كوسيلة للضمان بالرغم من السلبات التي يتسم بها.

ومع ذلك لا يمكن إنكار ما يميّز به الشرط الجزائي كضمان إتفاقي غير مباشر في هذا العقد، على أن يكون المؤجّر (شركة التمويل) مرخصاً له قانوناً لمزاولة هذا النشاط وأن يدعم الأخير بعدم تأثر العقد للبطلان أو الفسخ بنص صريح قانوناً، إضافةً إلى توفير بعض المزايا الضريبية لنشاط التمويل لتشجيع المشاريع والشركات المحلية أو الأجنبية للعمل في هذا المجال لأجل مواكبة التطورات، ونشر الثقافة والوعي القانوني بهذا الخصوص، وبالتالي ما يحقّق ذلك من آثار إيجابية على اقتصاد البلد. واخيراً ندعو المشرّع العراقي إلى تشريع قانون خاص بالإيجار التمويلي أسوة بباقي الدول التي أصدرت قوانين بهذا الشأن، وخاصة في ظل تشجيع سياسة الإستثمارات وتحقيق التقدم والإزدهار في البلد.

## المراجع

- CHABAS François, « La réforme de la clause pénale », *D.S.* 1976, chronique, p. 230 et s.
- GHESTIN Jacques (avec le concours de JAMIN Christophe et BILLIAU Marc), *Droit civil, les effets du contrat*, L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd., 1996.
- MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Cours de Droit civil, t. V11 : Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Cujas, 11<sup>e</sup> éd., 1998.
- MESTRE Jacques, « Obligations et contrats spéciaux », *RTD civ.* 1986, p. 99.